

ACTUALIDAD JURIDICA IBEROAMERICANA

IDIBE
Instituto de Derecho Iberoamericano



ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA / EDICIÓN SEMESTRAL / JUNIO 2022 / VALENCIA-ESPAÑA

Publicación de circulación Internacional
Actualidad Jurídica Iberoamericana
https://www.revista-aji.com

Editan:
Instituto de Derecho Iberoamericano.
C/ Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15 Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
web: www.idibe.org

Tirant lo Blanch.
C/Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia (España).
Telf. +34 963 61 00 48.
Correo electrónico: tlb@tirant.com
web: www.tirant.com

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

Actualidad Jurídica Iberoamericana se encuentra indexada en los siguientes índices de calidad: REDIB, ANVUR, LATINDEX, CIRC, MIAR y SCOPUS.

Así mismo se encuentra incluida en los siguientes catálogos: Dialnet, RODERIC, Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN), Ulrich's, Dulcinea.

Impreso en España
Diagramación: Elias On - elias.on@live.com

SUMARIO

16 bis

ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO EN HOMENAJE AL PROFESOR CESARE MASSIMO BIANCA

Coordinadores: Mirzia Bianca y José Ramón de Verda y Beamonte

PRÓLOGO. Mirzia Bianca 19

DOTTRINA

A) PARTE GENERAL

01/ Note sul disegno di legge per la revisione del codice civile (as n. 1151). Guido Alpa (Italia) 22

02/ Eguaglianza reciproca e autodeterminazione identitaria: rileggendo un saggio sulle autorità private. Angelo Barba (Italia) 42

03/ Autonomía de la voluntad y Derecho supletorio "Standum est chartae". Carmen Bayod López (España) 74

04/ Le "autorità private" nell'era della sostenibilità. Gli impatti dell'ESG disclosure regulation e del taxonomy regulation. Elena Bellisario (Italia) 104

05/ La subsidiariedad en el lenguaje jurídico. Roberto Carleo (Italia) 124

06/ La sfida sociale del diritto privato tra antiche e nuove questioni. Rosario Carrano (Italia) 146

07/ Interpretare. Enrico del Prato (Italia) 168

08/ Delimitando conceptos jurídicos, también, en el plano internacional: el artículo XXI GATT como paradigma. Carlos Esplugues Mota (España) 184

09/ Cultura, arte e diritto. In ricordo di un maestro. Giampaolo Frezza (Italia) 216

10/ Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs: l'hypothèse de la "dynamique de normes". Huges Fulchiron (Francia) 242

11/ L'interprete di fronte alla riforma del terzo settore. Andrea Fusaro (Italia) 260

12/ Spigolature in tema di circolazione dei beni e pubblicità, nella dichiarazione di morte presunta. Emanuela Giacobbe (Italia) 270

13/ L'interpretazione del contratto nel passaggio del diritto da scienza teoretica a scienza pratica. Nicolò Lipari (Italia) 298

14/ ¿De qué se habla cuando se alude a la causa del negocio jurídico? Pedro Luis Landestoy Méndez (Cuba) 310

15/ Aspectos psicológicos de la reflexión judicial. Agustín Luna Serrano (España) 342

16/ La buona fede. Vincenzo Mirmina (Italia) 376

17/ Relación contractual o derecho de dominio. Una controversia sobre la naturaleza jurídica del trabajo en el siglo XX chileno. Ricardo Pérez de Arce Molina (Chile) 396

18/ Porous Walls and Spectral Nuisances Condos, Intercultural Law and Spatial Justice. Mario Ricca (Italia) 420

19/ Dal diritto dei mercanti al V libro del codice civile unificato e oltre. Paolo Spada (Italia) 454

20/ Il Professor Bianca e la Costituzione. Marisa Malagoli Togliatti (Italia) 468

21/ La imprescriptibilidad atípica de las pretensiones civiles. ¿Sólo la ley puede crear supuestos de imprescriptibilidad? Enrique Varsi Rospigliosi y Marco Andrei Torres Maldonado (Perú) 482

22/ Diritto consuetudirario e rapporti di diritto civile nel sistema italo-europeo delle fonti: una basilare ricostruzione del problema e alcune riflessioni interlocutorie. Pietro Virgadamo (Italia) 510

B) DERECHO DE LA PERSONA

23/ Diritti allo specchio: nome e identità personale nella sfera delle relazioni familiari. Benedetta Agostinelli (Italia) 538

24/ Cronaca di una morte annunciata: il tramonto del patronimico. Michela Cavallaro (Italia) 560

25/ *Quo vadis* derecho de disposición sobre el cadáver. Una mirada desde la Constitución de la República de Cuba de 1976 al texto vigente. Jorge Enriquez Sordo (España) 584

26/ El derecho de los niños, niñas y adolescentes 30 años después de la Constitución de 1991: avances y perspectivas. Rosa Elizabeth Guío Camargo (Colombia) 608

27/ Reflexiones sobre el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 2006 y su controvertida exégesis por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Aurora López Azcona (España) 636

28/ El artículo 12 de la Convención y el deber de los estados partes de proteger a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Elena López Barba (España) 668

29/ Líneas básicas de la reforma del Código civil español sobre el régimen jurídico de la discapacidad psíquica. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (España) 690

30/ Amministrazione di sostegno. Concetta Priore (Italia) 712

31/ El daño-muerte: la experiencia brasileña y europea y los *vindicatory damages*. Nelson Rosenvald (Brasil) 736

32/ El estatuto jurídico de las entidades religiosas con notorio arraigo en España. Diego Torres Sospedra (España) 762

C) DERECHO DE FAMILIA

33/ La solidarietà post-coniugale a cinquant'anni della legge sul divorzio. Enrico Al Mureden (Italia) 792

34/ Un paso adelante, dos atrás, en torno al proceso de liquidación del régimen de separación de bienes. Adrián Arrébola Blanco (España) 816

35/ La tutela del diritto del minore alla frequentazione dei congiunti alla luce delle restrizioni conseguenti alla pandemia covid-19. Tommaso Auletta (Italia) 834

36/ La suficiencia de la autonomía privada para la regulación de las relaciones afectivas. Gianni Ballarani (Italia) 862

37/ Apellido familiar, apellido de los hijos e igualdad de género en el derecho italiano. Hacia la superación del modelo familiar patriarcal. Vicenzo Barba (Italia) 886

38/ Il diritto di famiglia e la missione del giurista. L'insegnamento di mio padre Cesare Massimo Bianca. Mirzia Bianca (Italia) 920

39/ Incidencia de la reforma en materia de capacidad jurídica en los procesos de nulidad, separación y divorcio. Mª Amalia Blandino Garrido (España) 840

40/ *Ex facto oritur ius*? Menores extranjeros y unidad familiar. Gabriele Carapezza Figlia (Italia) 964

41/ L'originalità dell'approccio e l'attualità del pensiero del professore Cesare Massimo Bianca. Giovanna Chiappetta (Italia) 980

42/ La legge 28 dicembre 2012, 219: impatto sulla vita professionale degli avvocati. Fiorella D'Arpino (Italia) 990

43/ Enriquecimiento injustificado por haber convivido: ¿tiene sentido hablar de este modo? Cristina de Amunátegui Rodríguez (España) 1002

44/ La mediazione familiare e la mediazione familiare integrata. Cristina de Simone (Italia) 1046

45/ La noción de "desequilibrio" en la compensación por separación o divorcio (una reelaboración del concepto por parte de la jurisprudencia). José Ramón de Verda y Beamonte (España) 1054

46/ L'adozione sociale. Arturo del Giudice (Italia) 1078

47/ Las obligaciones en el Derecho de familia. María Candelaria Domínguez Guillén y Edison Lucio Varela Cáceres (Venezuela) 1106

48/ La injerencia desbordada de lo público en las relaciones familiares como causa de su debilitamiento. Pilar María Estellés Peralta (España) 1132

49/ Genitori d'intenzione e diritti dei figli. Alberto Maria Gambino (Italia)..... 1158

50/ Régimen de comunicación de los abuelos con los nietos: análisis de su problemática y propuesta *de lege ferenda* desde la perspectiva del *favor minoris*. Manuel Ángel Gómez Valenzuela (España). 1174

51/ Il cognome del figlio tra principio di non discriminazione dei genitori e diritto all'identità personale del minore. Maria Alessandra Iannicelli (Italia)..... 1204

52/ La autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho familiar. Cristián Lepin Molina (Chile). 1236

53/ Interesse superiore del minore: la figura dei nonni nell'istituto dell'affidamento familiare. Rosita Lifrieri (Italia) . 1256

54/ L'affidamento e la collocazione dei figli minori nel diritto spagnolo. Javier Martínez Calvo (España) 1276

55/ L'affidamento familiare nella mia esperienza di giudice penale. Fulvia Misserini (Italia) 1302

56/ Relaciones familiares y daños en el Derecho argentino. Mariel F. Molina de Juan (Argentina) 1304

57/ Diritto all'assegno divorzile e convivenza *more uxorio*. Arnaldo Morace Pinelli (Italia) 1342

58/ L'effettività del diritto del minore a crescere nella propria famiglia. Gaetano Edoardo Napoli (Italia)..... 1358

59/ La posizione del minore nei procedimenti di separazione. Adriana Neri (Italia)..... 1378

60/ Custodia monoparental con régimen de visitas amplio *versus* custodia compartida. Más allá del *nomen*. Marta Ordás Alonso (España)..... 1400

61/ La guarda y custodia compartida en México. Una solución jurisprudencial. Gisela María Pérez Fuentes (México) 1434

62/ Le strutture plurali della parentela. Marco Rizzuti (Italia)..... 1464

63/ Il contributo di Cesare Massimo Bianca alla riforma della filiazione nell'ordinamento civile italiano. Riccardo Rosetti (Italia) 1478

64/ La destrutturazione del modello di divorzio. Liliana Rossi Carleo (Italia)..... 1502

65/ Ripensando l'adozione particolare, tra limiti funzionali e integrazione analogica. Ugo Salanitro (Italia)..... 1524

66/ I figli prima di tutto. Susanna Sandulli (Italia) 1554

67/ La prospettiva paidocentrica quale *fil rouge* dell'attuale diritto di famiglia. Michele Sesta (Italia) 1572

68/ England and Wales. A jurisdiction without a matrimonial property regime. Jens M. Scherpe (Inglaterra)..... 1602

69/ Régimen de estancias, visitas, comunicaciones y relación con los menores tras la Ley 8/2021, de 2 de junio. Blanca Sillero Crovetto (España) 1622

70/ La tutela del minore di eta' nel conflitto familiare e il ruolo dell'avvocato. Maria Letizia Spasari (Italia) 1652

71/ La famiglia di fatto dal diritto europeo al diritto nazionale, tra diritto vivente e diritto vigente. Michele Tamponi (Italia) . 1690

72/ La importancia de la mediación en el Derecho de familia actual. En especial en las crisis de pareja con presencia de menores. Beatriz Verdera Izquierdo (España)..... 1708

D) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

73/ Fusione delle società transfrontaliere per un mercato sostenibile europeo. Salvatore Aceto di Capriglia (Italia)..... 1742

74/ Nullità selettiva e ordini di investimento: espediente linguistico o ampliamento dello statuto delle nullità di protezione? Agnese Alamanni (Italia)..... 1792

75/ Le azioni a tutela del debitore sovraindebitato e della massa dei creditori dalla legge sul sovraindebitamento al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Francesco Angeli (Italia). 1828

76/ Conversione d'ufficio del contratto nullo e controllo delle conseguenze secondo proporzionalità e ragionevolezza. Marco Angelone (Italia)..... 1854

77/ Eterointegrazione e gestione delle sopravvenienze "regolatorie" nei contratti dei Servizi di interesse economico generale. Giovanni Berti de Marinis (Italia)..... 1890

78/ En torno al retraso jurídicamente relevante. Andrea Salud Casanova Asencio (España) 1922

79/ Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione. Giovanni D'Amico (Italia)..... 1948

80/ La doctrina de los actos separables desde la óptica iusprivatista. Borja del Campo Álvarez (España)..... 1980

81/ Los riesgos en el contrato de venta al peso de productos agrícolas en la Comunitat Valenciana. Jesús Estruch Estruch (España)..... 2014

82/ Acto jurídico, operaciones complejas y jurisprudencia sobre la acción revocatoria en el sistema italiano. Lourdes Fernández del Moral Domínguez (Italia)..... 2046

83/ In tema di azione redibitoria e quasi redibitoria. Luigi Garofalo (Italia) 2076

84/ Ratio, portata ed effetti del divieto del patto commissorio (a partire dalle opere di cesare Massimo Bianca). Andrea Maria Garofalo (Italia) 2092

85/ Gravità dell'inadempimento e leasing tra disciplina legale, diritto vivente e prassi. Mariassunta Imbrenda (Italia)..... 2126

86/ El contrato de cuidado y manutención. Emanuele Lucchini Guastalla (Italia)..... 2154

87/ El contrato de custodia y administración de valores. Rachele Marseglia (Italia) 2168

88/ L'attuale portata dell'art. 2740 c.c. nell'interpretazione della recente giurisprudenza costituzionale e di legittimità. Lorenzo Mezzasoma (Italia)..... 2194

89/ Ancora sul divieto del patto commissorio, tra questioni di principio ed esigenze della pratica. Andrea Nervi (Italia) 2214

90/ Reflexiones en torno a las viviendas de uso turístico y al reparto competencial entre Estado, comunidades autónomas y municipios. Manuel Ortiz Fernández (España) .2236

91/ La pretendida "realidad" del comodato. Isabel J. Rabanete Martínez (España) 2264

92/ Rinegoziazione dei contratti d'impresa e principio di buona fede (considerazioni sul post-pandemia). Maddalena Rabitti (Italia) 2296

93/ La respuesta a la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales por razones de vulnerabilidad social y económica. Carmen Sánchez Hernández (España)..... 2318

94/ Los gastos generales en el contrato de obra: una reflexión con ocasión de la pandemia en Chile. Álex Zúñiga Tejos (Chile)..... 2348

E) DERECHO DE DAÑOS

95/ Responsabilita civile e diritto internazionale privato: un caso di studio. Lucilla Gatt (Italia)..... 2374

96/ Hipótesis de daño no patrimonial derivado de la lesión de un interés constitucionalmente relevante en la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione*. Eva María Martín Azcano (España)..... 2420

97/ Determinación de la ley aplicable en accidentes de circulación por carretera (Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 9 de septiembre de 2020). Alfonso Ortega Giménez (España) 2462

98/ Illecito, risarcimento e (nuove) funzioni della responsabilità civile. Massimo Paradiso (Italia) 2478

99/ Juego de responsabilidades derivadas de modalidades contractuales especialmente controvertidas en materia

de privacidad: especialidades del régimen administrativo sancionador. Juan Francisco Rodríguez Ayuso (España) 2496

100/ Il danno da perdita del rapporto parentale e la più recente evoluzione della giurisprudenza di legittimità. Claudio Scognamiglio (Italia) 2516

F) DERECHOS REALES

101/ Vicende traslative di immobili gravati da usufrutto successivo. Causa in concreto e variabilità strutturale dell'atto notarile. Marco Bellinvia e Antonio Musto (Italia) ...2538

102/ Derechos reales de nuevo cuño: a propósito de las afecciones y externalidades derivadas de la construcción de parques eólicos en suelo agrícola. Rafael Bernad Mainar (España) 2570

103/ Afectaciones en suelo agrícola derivadas de la construcción de parques eólicos: el problema de las externalidades del derecho de propiedad desde la perspectiva del análisis económico del Derecho (AED). Rafael Bernad Mainar y Miguel Ángel Tenas Alós (España) .. 2606

104/ L'acqua come bene collettivo. Maria Cristina Cervale (Italia) 2636

105/ "Multiproprietà": alla ricerca di una definizione. Alfio Cillepi (Italia)..... 2664

106/ La facultad dominical de exclusión y el cierre de fincas (de la sencilla exégesis del artículo 388 del Código civil español a su compleja y heterogénea aplicación práctica). Pilar Gutiérrez Santiago (España) 2698

107/ L'*uso esclusivo* e il *numerus clausus dei diritti reali* secondo le Sezioni Unite. Francesco Mezzanotte (Italia).....2734

108/ La protección del deudor hipotecario en la normativa legal dirigida a regular el crédito inmobiliario. Mª Pilar Montes Rodríguez (España) 2766

109/ El expediente de subasta notarial. Ubaldo Nieto Carol (España) 2796

110/ Efectos reales y obligacionales de las prohibiciones de disponer voluntarias en el ordenamiento jurídico español. Jesús Palomares Bravo (España) 2836

111/ La protección jurídica del software a través de las invenciones implementadas por ordenador. Edgar Saiz Aznar (España)..... 2868

112/ La pubblicità sanante: profili applicativi e nuove prospettive *de iure condendo*. Massimo Saraceno (Italia)..... 2898

113/ Le ipotesi "tipiche" di cessazione del fondo patrimoniale. Giuseppe Trapani (Italia).....2922

G) DERECHO DE SUCESIONES

114/ Sui legati disposti in favore dei legittimari. Davide Achille (Italia) 2952

115/ Repercusiones civiles por la falta al deber de presentación del testamento ológrafo. Aurelio Barrio Gallardo (España) 2978

116/ Un debate abierto: ¿modificación o supresión del régimen de legítimas en el Código civil español? Salvador Carrión Olmos (España) 3010

117/ Derechos del conviviente supérstite en la sucesión *mortis causa*: propuesta de reforma del Código civil. María Dolores Cervilla Garzón (España) 3040

118/ Il legato del diritto di uso o di abitazione a favore del convivente. Alessandro de Donato (Italia) 3070

119/ Requisitos y límites del ejercicio de la facultad de testar por las personas con discapacidad. Isabel Zurita Martín (España) 3098

H) DERECHO DE CONSUMO

120/ Riflessioni critiche sull'azione inibitoria collettiva nella nuova formulazione introdotta nel codice di procedura civile. Alessandra Bellelli (Italia) 3126

121/ Desarmonización de la tutela del consumidor en los viajes combinados: interacción entre el Derecho Comparado y el Derecho Internacional Privado. Alfredo Ferrante (Italia) 3142

122/ Los criterios subjetivos y objetivos de conformidad en la venta de bienes de consumo. Gonzalo Muñoz Rodrigo (España) 3184

123/ La evolución del concepto de consumidor. María José Reyes López (España) 3230

124/ The role played by "granular legal norms" in the protection of vulnerable consumers. Pietro Sirena (Italia) 3258

125/ Consumatore e prosumerismo energetico nel quadro regolatorio europeo. Lucia Ruggeri (Italia) 3290

I) DERECHO Y BIOÉTICA

126/ Maternità surrogata, le ragioni del divieto e le proposte di regolamentazione: un cerchio che non si chiude. Lucia Bozzi (Italia) 3318

127/ La inscripción de la filiación, como hijo matrimonial, a favor de la cónyuge de la madre biológica y el requisito de la justificación del uso de técnicas de reproducción asistida. Carolina del Carmen Castillo Martínez (España) 3342

128/ Rapporti genitoriali e gestazione per altri: legami adottivi fra stepchild adoption e second-parent adoption. Alessandra Cordiano (Italia) 3370

129/ Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini: alla ricerca dell'identità perduta o mai acquisita. Chiara Ingenito (Italia) 3392

130/ La determinación de la filiación *contra legem* del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor. Virginia Múrtula Lafuente (España) 3424

131/ Se la situazione cambia: separazione personale dei coniugi e impianto di embrioni crioconservati. Enrico Quadri (Italia) 3466

132/ La implantación errónea de embriones y las diferentes concepciones sobre la familia. Alma M. Rodríguez Guitián (España) 3484

J) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

133/ Alcance jurídico de la protección de datos en el proceso civil transfronterizo. David Carrizo Aguado (España) 3514

134/ *Sharenting* e riservatezza del minore in rete. Massimo Foglia (Italia) 3550

135/ L'informazione a tutela della parte debole nella contrattazione digitale. Marialuisa Gambini (Italia) 3570

136/ La regulación de la inteligencia artificial en la Unión Europea y su repercusión en el contrato de seguro. Pablo Girgado Perandones (España) 3612

137/ La responsabilidad de los prestadores de servicios en la era digital. Sonia Martín Santisteban (España) 3642

138/ Comunicare nell'infosfera. società digitale e nuova vulnerabilità della persona umana. Raffaella Messinetti (Italia) 3684

139/ L'economia di piattaforma e la qualificazione del lavoro digitale al vaglio della UK Supreme Court: il caso Uber v. Aslam. Rosario Petruso (Italia) 3708

140/ Questioni in tema di intelligenza artificiale e disciplina del contratto. Massimo Proto (Italia) 3746

141/ Inteligencia artificial y los derechos en torno a la creación y la imagen. Francisca Ramón Fernández (España) 3762

RECUERDOS

142/ Valeria Butitta (Italia) 3794

143/ Maurizio d'Errico (Italia) 3795

144/ Gianni Iudica (Italia) 3798

145/ Monica Velletti (Italia) 3800



DIRECTOR

Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SUBDIRECTOR

Dr. Juan Antonio Tamayo Carmona
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Dr. Pedro Chaparro Matamoros
Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Salvatore Aceto di Capriglia
Professore Associato di Diritto Comparato, Universidad de Nápoles Parthenope, Italia

Dra. Esther Algarra Prats
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Marco Angelone
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad "G. di Annunzio" de Chieti-Pescara, Italia

Dr. Vicenzo Barba
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Javier Barceló Doménech
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Cesare Massimo Bianca
Professore Emerito di Diritto Privato, LUMSA, Roma, Italia

Dra. Mirzia Bianca
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Dr. Salvador Carrión Olmos
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Gabriele Carapezza Figlia
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Giovanna Chiappetta
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Calabria, Italia

Dr. André Dias Pereira
Director del Centro Biomédico de la Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Andrea Federico
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giampaolo Frezza
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Stefania Giova
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Molise, Italia

Dr. Pablo Girgado Perandones
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Cristián Lepin Molina
Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile

Dr. Andrea Lepore
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Fabricio Mantilla Espinosa
Catedrático de Contratos Civiles y Mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Fabrizio Marinelli
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Graciela Medina
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Lorenzo Mezzasoma
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Mariel F. Molina de Juan
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Juan Antonio Moreno Martínez
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dra. Gisela María Pérez Fuentes
Catedrática de Derecho Civil, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México

Dr. Giovanni Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dra. Carolina Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad Federico II, Nápoles, Italia

Dra. María José Reyes López
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Raffaele Picaro
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Nelson Rosenvald
Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho Damasio, Sao Paulo, Brasil

Dra. Adela Serra Rodríguez
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Antonella Tartaglia Polcini
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Sannio, Italia

Dr. Francisco Ternera Barrios
Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. David Vargas Aravena
Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Asunción Colás Turégano
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Dra. Margarita Castilla Barea
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dr. Luis de las Heras Vives
Abogado. Vicepresidente del IDIBE.

Dr. Gorka Galicia Aizpurua
Profesor Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dr. Emanuele Indracollo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Aurora López Azcona
Profesora Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dra. Pilar Montés Rodríguez
Profesora Titular (Escuela Universitaria) de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Pilar Estellés Peralta
Profesor Agregado de Derecho Civil, Universidad Católica de Valencia
"San Vicente Mártir", España

Dr. Pietro Virdagamo
Professore Ordinario Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia.

Dra. Sonia Rodríguez Llamas
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente: Dr. Gonzalo Muñoz Rodrigo
Investigador Predoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Belén Andrés Segovia
Investigadora del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia, España

D. Francesco Angeli
Assegnista di ricerca, Università degli studi di Perugia, Italia

Dr. Adrián Arrebola Blanco
Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

Dra. Ana Isabel Berrocal Lanzarot
Profesora Contratada Doctora, Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Giovanni Berti de Marinis
Professore Associato di Diritto dell'Economia, Universidad de Perugia, Italia

D. Álvaro Bueno Biot
Investigador Predoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Borja del Campo Álvarez
Becario de Investigación del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Oviedo, España

Dra. Ana Isabel Blanco García
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Cristina Cervale
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Andrea Casanova Asencio
Investigadora Postdoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España.

Dr. Jorge Enriquez Sordo
Abogado

Dra. Elena de Luis García
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Doña Ana Elisabete Ferreira
Professora Investigadora na Facultade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Massimo Foglia
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giuseppe Garofalo
Assegnista di ricerca, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Manuel García Mayo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Sevilla, España

Dr. Carlos Gómez Asensio
Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

Dr. Manuel Ángel Gómez Valenzuela
Profesor Sustituto Interino de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dr. Fernando Hernández Guijarro
Profesor Contratado Doctor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València, España

Dr. Francesco La Fata
Ricercatore di Diritto dell'Economia, Universidad de Florencia, Italia

D. Marco Li Pomi
Assegnista di Ricerca, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Miguel Herrero Medina
Investigador Postdoctoral del Departamento de Derecho Romano e Historia del Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Andrés Marín Salmerón
Investigador Postdoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

Dr. Javier Martínez Calvo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dr. Manuel Ortiz Fernández
Profesor Ayudante de Derecho Civil, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

Dr. Alfonso Ortega Giménez
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad de Elche, España

D. Jesús Palomares Bravo
Investigador Predoctoral en Departamento de Derecho Civil, Universidad de Málaga, España

Dra. Carla Pernice
Ricercatore di Diritto dell'Economia, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", Universidad de Florencia, Italia

Dr. Rosario Petruso
Ricercatore di Diritto Comparato, Universidad de Palermo, Italia

Dra. Monica Pucci
Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Perugia, Italia

Dra. Isabel Rabanete Martínez
Profesora Asociada del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Rizzuti
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Florencia, Italia.

D. Juan Carlos Rocha Valle
Notario y Defensor Público en el área del Derecho Civil, Nicaragua

Dr. Valerio Rotondo
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Molise, Italia

Dra. Romina Santillán Santa Cruz
Investigadora del Grupo de Investigación "Ius Familiae" de la Universidad de Zaragoza, España

Dr. Eduardo Taléns Visconti
Profesor Contrado Doctor de Derecho del Trabajo,Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Inês Viana de Oliveira Martins
Professora Auxiliar na Facultade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

D. Daniel Vicente Martínez
Profesor Contratado en el Área de Ciencias Jurídicas, Universidad Internacional de Valencia, España

D. Calogero Valenza
Assegnista di Ricerca, Uiversidad Ca' Foscari, Venecia, Italia

Dra. Sara Zubero Quintanilla
Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España



PRÓLOGO

Questa felice iniziativa editoriale si deve all'affettuosità, all'iniziativa e allo spirito organizzativo del Prof. Josè Ramon de Verda y Beamonte che ha deciso di dedicare un Quaderno della prestigiosa rivista da Lui diretta al ricordo del Suo caro amico Cesare Massimo Bianca. Si, l'amicizia tra mio padre e Jose' è stata l'esempio più virtuoso di sodalizio umano e intellettuale, uno scambio sincero e puro di idee e di sentimenti e rappresenta un esempio incomparabile e raro di legame accademico.

Di questo legame il ricordo che custodisco sono le Giornate di Valencia del 2018, una serie di Convegni organizzati da José con la presenza di mio padre. Di quelle Giornate ricordo con nostalgia l'armonia e la spensieratezza della mia famiglia, tutta ed eccezionalmente riunita.

I ringraziamenti a José per questa iniziativa editoriale sono duplici, sia per l'idea di realizzarla sia per l'impegno profuso nel portarla a termine, impegno che ha richiesto un notevole dispendio di energie e di attenzione, data la mole dei contributi.

Si tratta di un'opera poderosa che raccoglie moltissimi contributi sia della dottrina italiana che della dottrina europea ed internazionale e che per questo motivo rispecchia in pieno la personalità di mio padre, sempre aperto alle altre esperienze del contesto europeo e internazionale, che studiava e indagava con spirito curioso e generoso. Si tratta di un'opera che ha richiesto quasi due anni di raccolta, di selezione, di adeguamento editoriale dei contributi.

I contributi sono tanti e desidero ringraziare ciascun autore che ha voluto partecipare a questa iniziativa con entusiasmo. Desidero ringraziare anche i ragazzi che mi hanno aiutato a controllare la parte italiana dei contributi e in particolare Rosita Lifrieri, Susanna Sandulli, Vincenzo Mirmina e da ultimo Oreste Borrello.

A Josè ancora un grazie dal profondo del mio cuore per aver reso possibile il ricordo di un grande Maestro

Mirzia Bianca

DOCTRINA

NOTE SUL DISEGNO DI LEGGE PER LA REVISIONE DEL CODICE CIVILE (AS N. 1151)

NOTES ON THE DRAFT LAW FOR THE REVISION OF THE CIVIL CODE (AS NO. 1151)

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 22-41

Guido ALPA

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: CMaestro del diritto civile, l'opera di Cesare Massimo Bianca ha segnato per più di sessant'anni la scienza del diritto civile in Italia, con contributi determinanti in materia di teoria generale del diritto, diritto delle persone, diritto di famiglia, diritto delle obbligazioni e dei contratti, danno e altri aspetti di rilievo. In questo contributo l'A. esamina le proposte di revisione del codice civile presentate al Senato nel 2019 alla luce della evoluzione del diritto civile, promossa dal Maestro commemorato con questo libro.

PALABRAS CLAVE: codice civile, contratti, diritto civile.

ABSTRACT: *Distinguished scholar of Civil Law, Cesare Massimo Bianca has left his mark for more than sixty years on the science of civil law in Italy, through pivotal essays in the field of theory of law, law of persons, family law, law of obligations and contracts, damages and other relevant themes. In this essay the Author examines the proposal of revision of the Civil Code filed with Senate on 2019 in the light of evolution of civil law support by the Master commemorated in this book.*

KEY WORDS: *civil code; contracts; civil law.*

SUMARIO.- I. LE VICISSITUDINI DEL CODICE CIVILE.- II. LA DISCIPLINA DELLE OBBLIGAZIONI E DEI CONTRATTI.- III. LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO.- IV. L' EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO CIVILE.- V. ATTUALITÀ DEL CODICE CIVILE.- VI. I PROPOSITI DELLA «DELEGA AL GOVERNO PER LA REVISIONE DEL CODICE CIVILE».

I. LE VICISSITUDINI DEL CODICE CIVILE.

Per avviare il discorso sulla revisione del codice civile proposta dal Presidente del Consiglio dei Ministri Giuseppe Conte e dal Ministro della Giustizia Alfonso Bonafede con il progetto di disegno di legge comunicato alla Presidenza del Senato il 19 marzo 2019 (AS N. 1151) occorre riprendere alcuni aspetti rilevanti del codice civile tuttora in vigore[1].

Nel corso degli anni alcune parti sono state integralmente abrogate e sostituite con nuove disposizioni, mentre altre, affidate a norme di carattere generale o di rinvio, sono state affiancate da leggi speciali.

Il Libro I è in attesa di una completa riformulazione, perché la disciplina delle associazioni e delle fondazioni appare lacunosa e poco adeguata alle modalità di svolgimento delle attività consociative. Con legge speciale si è provveduto a disciplinare il c.d. Terzo settore (d.lgs.3 luglio 2017, n. 117, modif. con d.l. 17 marzo 2020, n. 18, converto in l. 24 aprile 2020, n. 27)[2].

Le regole sul diritto di famiglia (modificate in corrispondenza della approvazione della legge sul divorzio) sono state integralmente sostituite da quelle recate dalla riforma compiuta con l.19 maggio 1975, n.171, a cui poi si sono affiancate la legge sull'adozione dei minori e di recente la legge sulle unioni di persone dello stesso sesso e sulle convivenze (l.20 maggio 2016, n.76)[3].

1 I caratteri della codificazione e le scelte fondamentali dei redattori sono illustrati con grande chiarezza ed acume da Bianca, C.M. nel suo trattato *Diritto civile*, terza ed., Giuffrè, Milano, 2019, un'opera straordinaria che ha accompagnato l'intera vita del Maestro e tutti gli studiosi del diritto civile che, in modo diretto o indiretto, si possono considerare suoi allievi.

2 Consorti, P., Gori, L., Rossi E.: *Diritto del terzo settore*, Zanichelli, Bologna, 2018.

3 Il contributo di C. M. Bianca alla evoluzione del diritto di famiglia è stato essenziale, in materia di diritti fondamentali della donna e del minore, in materia di filiazione, adozione e anche tutela dell'embrione. V. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, vol. 2, *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2014.

• Guido Alpa
Professore Emerito di Diritto Civile Università La Sapienza. Email: alpa@studiolegalealpa.it

Il libro II è stato modificato solo marginalmente, ma, per la sua coesione tecnica, e per la sua utilità pratica, non ha suscitato iniziative di revisione complessiva.

Il Libro III è stato oggetto di ampia discussione, specie con riguardo alle regole sulla proprietà, considerate troppo minuziose; anche in questa materia tuttavia la prassi ha superato il dettato delle norme, sì che si sono create situazioni giuridiche soggettive mediante il ricorso a contratti atipici di utilizzazione dei beni[4]. Si è inoltre aperta negli ultimi anni un'ampia discussione sulla riformulazione della disciplina dei beni pubblici e dei beni privati che per ragioni paesaggistiche o culturali dovrebbero essere esposti alla fruizione pubblica (c.d. beni comuni)[5].

Sul Libro IV mi soffermerò tra poco.

Il Libro V è stato modificato molte volte con interventi sul rapporto di lavoro, affiancato dallo Statuto dei lavoratori (l. 20 maggio 1970, n. 300), e con la riforma delle società (d.lgs. nn. 5 e 6 del 2003).

Innanzitutto, esso offre per la prima volta una disciplina organica del rapporto di lavoro, in cui il rapporto prevale sul contratto. Poi, rigoverna la disciplina delle società, tendendo a salvaguardare la libertà di mercato (anche se molteplici sono gli interventi autoritativi cari all'ideologia corporativa) e a conservar del vecchio codice i principi di autogoverno, autotutela, proporzione tra potere e rischio[6]. Inoltre, estende l'area dell'impresa, sino a ricomprendervi le iniziative economiche a scopo non commerciale.

E' chiaro che la disciplina del lavoro risente dei principi del corporativismo: il sistema «si proponeva di realizzare, indirettamente, l'obiettivo di sanare le contraddizioni resi palesi dalla crisi dello stato di diritto liberal-borghese, immettendo il "sociale" nella regolamentazione generale del rapporto di lavoro nell'impresa», e realizzava nel contempo un obiettivo politico, mantenendo «attraverso la delega della politica sindacale ad un organismo di diritto pubblico, quale era il sindacato unico fascista, il rigido controllo, centralizzato e burocratico, sull'effettivo svolgersi delle dinamiche economico-sociali».

L'immagine di mercato che emerge dalla disciplina del codice – al libro quinto si affiancherà il numero più alto di leggi speciali, rispetto agli altri libri – è piuttosto nebulosa: non mancano disposizioni che fanno riferimento ai monopoli, ma una lineare disciplina della concorrenza, quale oggi si è venuta formando grazie agli interventi comunitari, nel codice non si può proprio rinvenire.

4 Per tutti v. Gambaro, A.: *La proprietà*, Giuffrè, Milano, 2016.

5 Rodotà, S.: *Il terribile diritto*, Zanichelli, Bologna, 2013.

6 Oppo, G.: in AA.VV.: *I cinquanta anni del codice civile. Atti del Convegno di Milano, 4-6 giugno 1992*, vol. I e II, Giuffrè, Milano, p. 272.

L'impresa, sempre per obbedire alla ideologia del regime, è intesa in senso unitario; questo concetto unificante è certamente una finzione, del tutto inadatto a riflettere la realtà economica di allora, e ancor meno quella di oggi[7]: i fenomeni che distinguono l'impresa commerciale da quella agricola, la piccola dalla media o dalla grande impresa, a tacer d'altri, non sono certo riconducibili ad un unico comun denominatore. Anche i rapporti tra disciplina di codice e disciplina dettata dalle leggi speciali (in primis, la legge fallimentare) non sono lineari; d'altra parte, la distanza dalla realtà è ancor più sottolineata oggi, con l'emersione del diritto comunitario, ove l'impresa non deve avere necessariamente scopo lucrativo, ove non è rilevante la forma giuridica esterna, e così via.

Il Libro VI è stato modificato in vari punti, anche con riferimento alla disciplina delle trascrizioni.

Si era tuttavia avvertita l'esigenza di accorpare le regole di interi settori che, pur avendo qualche riferimento nel codice civile, meritavano di essere regolati in modo analitico, come è avvenuto per il diritto bancario, con il t.u.b. e del diritto finanziario con il t.u.f.

A partire dal Duemila si sono collegati al codice civile dei codici di settore, sulla tutela del consumatore, sull'ambiente, sui beni culturali, sulle assicurazioni.

II. LA DISCIPLINA DELLE OBBLIGAZIONI E DEI CONTRATTI.

Il Libro IV non è il frutto di una crasi tra tradizione francese ed edificazione pandettistica, né costituisce un mero aggiornamento del codice italiano-francese delle obbligazioni, anche se le tracce dei due modelli sono ben visibili[8]. Esso costituisce l'esito, invero, di una abilissima tecnica redazionale che ha costruito la sua trama momento per momento, come risulta dalla documentazione storica concernente questa parte del codice, probabilmente la più ricca e attendibile[9].

L'istituto fondamentale di questo libro è il credito, essendo l'istituto fondamentale del quinto libro il lavoro e del terzo libro la proprietà. Ormai non vi è più un universo che ruota intorno alla proprietà, ma un sistema economico composito in cui proprietà, credito e lavoro sono coordinati, anzi, fusi, in un unico intento conformativo, la società corporativa.

Anche il libro quarto contiene importanti novità, che, secondo alcuni autori, sottolineano la frattura, piuttosto che non la continuità, di questa disciplina rispetto

7 Jaeger, P.G, in AA.VV.: *I cinquanta anni*, cit., p. 308.

8 Sacco, R.: *Il contratto in generale,* Giappichelli, Torino, 1975, p. 208.

9 Ferri, G.B.: *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del Libro delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 1990.

alla disciplina prevista nel codice del 1865. Rispetto a quella codificazione, infatti, le nuove regole contengono alcuni meccanismi tecnici che distanziano il codice vigente dalle codificazioni ottocentesche. Pur dando ampio spazio alla volontà delle parti, vi sono direttive che ampliano l'intervento dello Stato, nella veste del legislatore o nel ruolo del giudice, nelle pattuizioni private. Si pensi alle clausole generali, ai poteri equitativi affidati al giudice per completare o integrare le pattuizioni private, al controllo delle condizioni generali di contratto, alla sostituzione automatica di clausole, etc.[10]

Altre novità riguardano l'articolazione dei criteri di valutazione della diligenza, la pervasività della clausola di correttezza, il superamento del principio di tipicità delle obbligazioni, la disciplina delle trattative, i contratti di massa e tutti gli interventi che sembrano codificare una sorta di "pubblicizzazione" del contratto[11].

Il codice non definisce il rapporto obbligatorio, ma lo erige a elemento fondamentale, quasi si trattasse del minimo comun denominatore, dei rapporti tra privati[12].

La fedeltà al modello francese si rinviene là dove si conserva il principio consensualistico[13]: la proprietà si trasmette mediante un contratto giustificato da una causa senza bisogno della consegna o di pubblicità, si perpetua il divieto del patto successorio, la responsabilità da fatto illecito non presuppone la violazione di un diritto, la ripetizione dell'indebito non è tributaria dell'errore. La fedeltà al modello tedesco si ha là dove si parla di prestazione in luogo dell'adempimento, si distingue la nullità dalla annullabilità e dalla inefficacia, si prevede la estinzione dei rapporti giuridici patrimoniali e così via[14].

In materia di contratti speciali il legislatore non segue il criterio ordinante delle prestazioni o del contenuto dell'accordo, ma quello del tipo[15]. In ogni caso, le regole speciali prevalgono su quelle generali, sicché il rapporto tra le due categorie di norme è nel senso della prevalenza della specialità sulla generalità e non viceversa[16].

10 Mengoni, L., in AA.VV.: *I cinquant'anni*, cit., p. 240.

11 Patti, S.: in AA.VV.: *I cinquant'anni*, cit., p. 766.

12 Costanza, M.: in AA.VV.: *I cinquant'anni*, cit., p. 754.

13 Sul punto v. Bianca, C.M.: *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1995.

14 Sacco, R.: in AA.VV.: *I cinquant'anni*, cit., p. 209.

15 De Nova, G.: in AA.VV.: *I cinquant'anni*, cit., p. 218.

16 De Nova, G.: in AA.VV.: *I cinquant'anni*, cit., p. 219; Vitucci, P.: "Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti", *Contr. impr*, 1988, p. 804 ss.; Galgano, F.: *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1990, p. 126; contra Benedetti, G.: "La categoria generale del contratto", *Rivista di diritto civile*., 1991, I, p. 662.

Gran parte delle disposizioni sono derogabili, e quindi la libertà contrattuale delle parti ha la prevalenza sulle direttive del legislatore. Le norme imperative per parte loro non rispondono tutte alla medesima ratio: alcune riguardano la struttura degli atti, altre la forma, altre la durata, altre ancora la ripartizione dei rischi, poche sono a tutela di uno dei soli dei contraenti, e più numerose sono quelle a difesa dell'interesse generale.

Saggiamente la Commissione che lo ha redatto ha ignorato la figura del negozio giuridico, pur fortemente radicata nella cultura italiana, anche per effetto della tradizione pandettistica, preferendo prevedere regole sul contratto, applicabili anche all'atto unilaterale, considerato strumento concreto e più duttile.

Il Libro IV con le sue clausole generali ha consentito alla giurisprudenza di adattare il codice alle operazioni economiche nuove, di volta in volta create dalla prassi, e di far fronte alle esigenze degli operatori.

III. LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO.

Il codice civile è stato rinnovato in via interpretativa in due fasi recenti. La prima si è denominata "costituzionalizzazione del diritto privato", la seconda "europeizzazione del diritto privato".

La Costituzione della Repubblica, del 1948, si apre con le norme che tutelano la persona e i cc.dd. diritti "inviolabili"; tali norme offrono protezione al singolo, sia inteso individualmente, sia nelle formazioni dove si svolge la sua personalità (art. 2) cioè la famiglia, la scuola, la comunità di lavoro, le associazioni di varia natura; particolare rilievo è dato al principio di eguaglianza e alle libertà individuali. Nella parte I, che tratta dei diritti e dei doveri dei cittadini, vengono sanciti importanti diritti della persona, dalla inviolabilità personale a quella del domicilio, dal segreto della corrispondenza al diritto di associazione (artt. 13 ss. Cost.). Sono centrali altresì le norme dedicate alla famiglia, protetta come "società naturale" (art. 29 Cost.), come comunità nella quale si assicura l'eguaglianza giuridica e morale dei coniugi (art. 29, 2° co., Cost.), come centro di educazione, di istruzione e mantenimento dei figli (art. 30 Cost.), siano essi nati dal matrimonio, o fuori di esso da persone tra loro non coniugate. Tra i diritti della persona la Costituzione individua anche il diritto alla salute (art. 32), inteso non solo come diritto a non subire trattamenti sanitari senza il consenso dell'interessato, ma anche come diritto soggettivo perfetto che ciascuno può rivendicare nei confronti dei terzi che dovessero violarlo o porlo in pericolo, mediante attività industriali rischiose,

fenomeni di inquinamento ambientale (vedi anche art 9), condizioni di lavoro pericolose[17].

Il lavoro (e il rapporto di lavoro) è oggetto speciale di tutela: già l'art. 1 ne fa prova, essendo il lavoro assunto a fondamento della Repubblica, e strumento di differenziazione dei cittadini (art. 3, 2° co., Cost.); l'ordinamento stabilisce provvidenze a favore dei lavoratori (artt. 35 ss., Cost.).

Ma uno degli aspetti più profondamente innovativi della Costituzione è rappresentato dalla prospettiva sociale in cui sono considerati i rapporti economici. Infatti l'impresa (art. 41 Cost.) e la proprietà (art. 42 Cost.) sono intese non più come privilegio di pochi, ma come oggetto di attività economica libera che non si può svolgere in contrasto con l'utilità sociale, né in violazione della sicurezza, della dignità e della libertà umana, dei singoli lavoratori e, più in generale, dei cittadini[18].

La Costituzione continua a garantire la proprietà privata individuale, ed esclude che essa possa essere soppressa, ma riserva al legislatore la possibilità di intervenire mediante norme limitative della proprietà privata volte a garantirne la funzione sociale attraverso la tutela di interessi collettivi o generali.

Un esempio ci è offerto dalla disciplina sull'equo canone che realizza certamente la funzione sociale della proprietà, nella misura in cui limita i poteri del proprietario a vantaggio della categoria dei locatori, gli inquilini. Così pure dalla disciplina delle terre incolte che limita i poteri dei proprietari terrieri per assicurare ai non abbienti la possibilità di coltivare la terra non utilizzata e trarne prodotti.

Alla stessa logica risponde la disciplina dell'impresa. Si riconosce infatti la libertà di iniziativa economica privata, ma si afferma il principio che essa possa essere limitata, per la realizzazione dei fini sociali. A questo principio si affida la dottrina per individuare la cornice di regole che costituiscono la base del diritto dei consumatori. Il corpus di regole sulla tutela del consumatore, poi raccolto nel codice del consumo del 2005, prende avvio dalla riforma della disciplina delle Camere di Commercio, a cui si dedica Cesare Massimo Bianca, e dai progetti di riforma della disciplina del codice civile sulle clausole vessatorie e sui contratti del consumatore[19].

17 Di questi principi si era fatto interprete il Governo Ciampi nella persona del Min. Affari Sociali, Fernanda Contri, nel presentare al parlamento, il 5-1-1994, un disegno di legge recante "principi di tutela dei diritti dei minori", che, per le vicende politiche dell'epoca, non ha potuto essere approvato.

18 Sul punto v. Garilli, A.: "Tutela della persona e tutela della sfera privata nel rapporto di lavoro", *Rivista critica di diritto privato,* 1992, p. 321.

19 Bianca C.M. (a cura di): "Le condizioni generali di contratto", I-II, Giuffrè, Milano 1979-1981.

Riflettendo la cultura dell'epoca, la Costituzione non esprime chiari principi in materia di concorrenza, sicché la dottrina - costituzionalistica e formalistica - ha via via arricchito in via interpretativa il suo dettato[20].

Fino alla metà degli anni Sessanta, e ancora all'inizio degli anni Settanta i cultori del diritto privato, nella quasi totalità, si sono rifiutati di considerare le disposizioni costituzionali come norme incidenti i rapporti privati, mantenendo il codice civile al centro di un sistema monolitico a cui facevano da cornice le leggi speciali[21].

Di una vera e propria svolta si può parlare solo a partire dagli anni Sessanta: con diversi metodi gli studiosi del diritto civile si interrogano sulla attualità e sulla utilità della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, se ne tracciano i nuovi confini, se ne individuano le radici filosofiche e sociologiche, se ne discute la necessità e se ne sottolineano i presupposti ideologici ed economici. In termini riassuntivi, si apre il dibattito sulla crisi della distinzione, che, per i civilisti, significa vera e propria "crisi del diritto privato".

I riferimenti essenziali, che ancor oggi sono esplicitamente richiamati, oppure serpeggiano nelle trattazioni istituzionali, sono costituiti da un saggio di Michele Giorgianni[22] e da due voci enciclopediche, l'una di Rosario Nicolò[23] e l'altra di Salvatore Pugliatti[24].

Gran parte della dottrina civilistica coopera per rifondare il diritto privato; questo processo di svecchiamento, di adeguamento o di superamento degli istituti antichi investe tutti i settori del diritto privato: le clausole generali[25]; le persone giuridiche e le associazioni non riconosciute[26]; la proprietà[27]; la responsabilità civile[28];

20 In argomento v. ora Patti, S.: "La cultura del diritto civile e la Costituzione", *Cultura e Costituente*, Atti del convegno di Teramo, 4-8.11.1997; Patti, S.: "Fascismo, codice civile ed evoluzione del diritto privato", *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 543 ss.

21 La vicenda è stata oggetto di riflessioni di rilievo: v., ad es., Nicolò, R.: "Codice civile", *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 243 ss.; Rescigno, P.: *Introduzione al codice civile,* Laterza, Roma-Bari, 1992; Irti, N.: *Codice civile e società civile*, Laterza, Roma-Bari, 1996; nonché i contributi di AA.VV. raccolti ne *I cinquant'anni del codice civile*, Giuffrè, Milano, 1994.

22 "Il diritto privato ed i suoi attuali confini", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*., 1961, p. 391 ss.

23 "Diritto civile", *Enciclopedia del diritto*., vol. XII, Milano, 1964, p, 904.

24 "Diritto pubblico e diritto privato", *ivi*, p. 696 ss.

25 Rescigno, P.: "L'abuso del diritto", *Rivista di diritto civile*, 1965, I, p. 205 ss.

26 V. ad es. Galgano, F.: "Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica", *Rivista di diritto civile*, 1965, I, p. 553 ss.; Id., "Partiti e sindacati nel diritto comune delle associazioni", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1966, II, p. 507 ss.

27 Sulla quale si erano stagliate le osservazioni di Rodotà, S.: "Note critiche in tema di proprietà", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, p. 1252 ss.

28 Trimarchi, P.: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961; Rodotà, S.: *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964; Busnelli, F.: *La lesione del credito*, Giuffrè, Milano, 1964.

il rapporto proprietà-contratto[29] e, soprattutto, la concezione del contratto[30] a cui si aggiungeranno, tra gli altri, gli studi di Cesare Massimo Bianca, Giovanni B. Ferri, Antonino Cataudella, Adolfo di Majo, Mario Bessone. Ma famiglia e successioni dovranno attendere ancora qualche anno per una rivisitazione complessiva.

IV. L' EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO CIVILE.

Dalla fine degli anni Ottanta del Novecento si è venuta manifestando l'europeizzazione del diritto civile[31]. Le fonti del diritto europeo, costituite in primis dai regolamenti e dalle direttive, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, dai provvedimenti della Commissione europea, e poi dalla Carta dei diritti fondamentali, hanno modificato in modo irreversibile i sistemi nazionali e introdotto nuovi principi e nuove regole incidenti sui rapporti tra privati. In materia di responsabilità civile, l' affermazione del principio di responsabilità senza colpa che riguarda i danni da circolazione di prodotti difettosi, in materia contrattuale la nullità delle clausole abusive nei contratti dei consumatori, in materia di circolazione dei beni, l'introduzione delle garanzie speciali nei contratti di vendita, il controllo delle concentrazioni e delle pratiche monopolistiche, l'abuso di dipendenza economica, sono alcune delle grandi innovazioni introdotte da una politica del diritto che si ispira alla economia sociale d'impresa. Si sono poi consolidati interi settori dell'ordinamento europeo e degli ordinamenti interni aggregati intorno alla tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori e dei risparmiatori, si è affermato il principio di tutela dell'ambiente che deve essere bilanciato con i profitti d'impresa, e le rivoluzioni tecnologiche hanno prodotto una spinta notevole per l'adeguamento degli ordinamenti ai nuovi fenomeni digitali.

Si è poi registrato l'erompere dei diritti fondamentali nel panorama dei diritti e degli interessi della persona. La giurisprudenza della Corte di Giustizia, unitamente a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo ha introdotto nuove tecniche di bilanciamento degli interessi, che ha inciso sulla conclusione e sulla esecuzione dei contratti e sulle regole di risarcimento del danno da atto illecito.

Nel contempo il progetto culturale di realizzare una sorta di "codice" civile europeo, promosso da Università e gruppi di studio, anche legati alle professioni, è stato realizzato attraverso la redazione di Principi in materia contrattuale, attraverso la redazione di un Draft Common Frame of Reference, aggregando le

29 Lipari, N.: *Il negozio fiduciario,* Giuffrè, Milano, 1964.

30 Bianca, C.M.: "L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale", *Rivista di diritto civile*, 1964, I, p. 478 ss.; Sacco, R.: "Autonomia contrattuale tipi", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1966, II, p. 785 ss.; Barcellona, P.: "Sui controlli della libertà contrattuale", *Rivista di diritto civile*, 1966, II, p. 580 ss.

31 Per la verità, anche in anni anteriori si era posto il problema, e se ne era fatto carico un grande Maestro del diritto civile dell' Università di Padova, sul cui pensiero v. Scalisi, V.: "Alberto Trabucchi e la costruzione in Europa di un diritto privato comune", *Europa e diritto privato*, 2008, p. 910 ss.

diverse esperienze nazionali, mediate dal diritto europeo vigente, attorno a una terminologia comune e a principi direttivi comuni.

V. ATTUALITÀ DEL CODICE CIVILE.

Il dibattito sulla opportunità di ricodificare oggi il diritto civile, o, meno drasticamente, di procedere alla revisione del codice vigente nelle sue parti più obsolete si è ripresentato in occasione delle celebrazioni degli anniversari del codice civile e soprattutto per il cinquantenario del codice[32]. A scoraggiare i fautori di una riforma integrale si è sottolineato come il testo del codice sia stato scritto con precisione e raffinatezza tecno-linguistica; che il codice, come del resto la Costituzione repubblicana, sia stato frutto di un compromesso non ideologico ma tecnico; che proprio il linguaggio del codice serviva a dare significato ad alcuni termini di natura civilistica impiegati nella Costituzione; che le scelte compromissorie del codice non potevano soffocare le potenzialità di sviluppo del sistema[33]. Si è anche sottolineato che le lacune imputate al codice in realtà non sono tali, in quanto non è pensabile che nel 1942 il legislatore si dovesse preoccupare della dissolubilità del matrimonio, della sostituzione del regime di separazione dei beni con quello di comunione, delle regole relative allo statuto dell'embrione, e così via[34]. Si è inoltre precisato che il codice non ha mancato nell'assolvimento della sua funzione originaria, che corrispondeva poi a quella dei codici previgenti: assicurare a tutti gli individui un complesso di regole semplici e chiare applicabili a tutti, e per questo appunto denominate regole del codice "civile", senza distorsioni di status individuali o di gruppo; costituire espressione della positività e statualità del diritto, aspetti che assumono il significato di un vero e proprio baluardo che pone il codice al riparo dalle intrusioni dell'ideologia fascista, i cui principi non trovano albergo nel corpo del codice. Se si trascurano le disposizioni che indulgevano alla mistica del regime[35] si rinviene nel codice, secondo un giudizio da molti condiviso, innanzitutto una linea di continuità con i codici previgenti e quindi una "compattezza" di modello normativo che costituisce un valore in sé, a cui si affianca la consapevolezza che molte delle soluzioni accolte rispondevano pienamente alle istanze della maggioranza degli italiani[36]. La perfezione tecnica, la modernità delle concezioni, la novità dell'impianto normativo sono i caratteri impressi dai giuristi che hanno collaborato alla sua redazione, anche da quelli che, divenuti poi antifascisti, non vollero far mancare il loro apporto per la buona

32 V. in particolare gli Atti del convegno organizzato a Milano, presso l'Università Statale, già cit.

33 Rescigno, P.: "Rilettura del codice civile", in AA.VV.: *I cinquant'anni*, cit., p. 16 ss.

34 Rescigno, P.: "Rilettura del codice civile," cit., p. 22.

35 Sul punto v. Ungari, P.: *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963.

36 È opinione di Ghisalberti, C.: "Tradizione e innovazione nel codice civile del 1942", in AA.VV.: *I cinquant'anni*, cit., p. 66 ss.

riuscita dell'impresa[37]. Si è anche sostenuto che "il codice civile del 1942 non è il codice del regime fascista ma il codice della tradizione scientifica italiana, in una linea di continuità e di progresso rispetto al codice civile prefascista del 1865" e non è neppure il codice della disfatta perché dopo la guerra esso ha mostrato una insospettata vitalità; in più, la sua adattabilità alle nuove esigenze – carattere che ne ha consentito la conservazione – è dovuta al tenore generale delle sue disposizioni[38].

Secondo Mengoni il codice civile del 1865 "fu introdotto dal movimento della borghesia liberale per l'unità nazionale, e dunque un fatto eminentemente politico-costituzionale, il codice del 1942 è un prodotto del ceto professionale dei giuristi, e dunque un fatto eminentemente culturale e tecnico, al quale il declinante contesto politico di allora fornì le condizioni storiche di possibilità, ma non la motivazione dei suoi contenuti essenziali"[39]. L'ideologia fascista "lambisce appena la disciplina degli istituti[40] l'orientamento a cui – si dice – volessero rimanere fedeli gli stessi redattori del codice, a parole, e nelle apparenze, portati a manifestare il favor per la concezione fascista del codice e l'ossequi agli esponenti del regime, ma nella sostanza fortemente decisi ad esaltare gli aspetti tecnici, considerando gli altri un mero fregio facile da erodere, lasciando intatta la bontà della costruzione.

L'infittirsi delle leggi speciali ha portato alla perdita di centralità del codice nella disciplina dei rapporti tra privati. Anche se non si vuol sposare fino in fondo l'idea di Natalino Irti sulla "decodificazione", è un fatto che interi settori dell'ordinamento sono retti non dal codice civile, ma da leggi organiche o da una miriade di provvedimenti, derogatori del codice. Si pensi alla disciplina della concorrenza e del mercato, alla disciplina dei rapporti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria, ai rapporti agrari, agli enti non lucrativi a tacer di molti altri. La riprova di questa nuova struttura dell'ordinamento è data dai codici delle leggi speciali, commentate con dottrina e giurisprudenza, in cui si avverte quanto sia policentrico ormai il sistema (sempre che si possa continuare a parlare di sistema)[41].

Il diritto giurisprudenziale ha poi modellato gli istituti di codice, ne ha inventati di nuovi, ha segnato una netta prevalenza delle regole operazionali sulle regole scritte. Tanto è vero che oggi, tra le fonti, si annoverano le "fonti non scritte"[42].

37 In questo senso si esprime Ghisalberti, C.: "Tradizione e innovazione", cit., p. 68.

38 Così Falzea, A.: in AA.VV.: *I cinquant'anni*, cit., p. 203.

39 Mengoni, L: cit., p. 237.

40 Così Irti, N., cit., p. 430.

41 V. i due codici complementari, l'uno – il Codice civile – commentato sotto la direzione di A. Trabucchi e G. Cian, l'altro – le Leggi complementari – commentato sotto la direzione di G. Alpa e P. Zatti, (Padova, 1999) che sono uno specchio fedele delle addizioni al codice e del parziale spodestamento del codice civile.

42 V. il vol. 2 del *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 1998.

Sul piano delle prassi, si è registrata l'espansione enorme dei contratti atipici, il diffondersi di formule aggregative di persone che svolgono attività solo parzialmente lucrative, o attività destinate agli aggregati e ai terzi. Sul piano professionale, si è passati dall'attività individuale all'attività aggregata. Sul piano del lavoro, l'assistenza pensionistica e così via.

Sicché oggi si pensa non alla ricodificazione ma ad una revisione del codice. Sulla opportunità di mantenere in vita "un" codice civile non vi sono dubbi[43], anche se la discussione è stata accesa.

VI. I PROPOSITI DELLA «DELEGA AL GOVERNO PER LA REVISIONE DEL CODICE CIVILE».

Negli ultimi anni, il Consiglio nazionale forense, il Consiglio superiore della magistratura, le corti superiori, le associazioni tra le quali Civilisti Italiani, in diverse sedi accademiche o istituzionali, hanno richiamato l'attenzione del legislatore, dei giudici, dei cultori del diritto civile, sulle riforme che negli altri Paesi erano state congegnate e approvate per rendere i codici civili più adeguati alle nuove esigenze individuali e collettive, sociali ed economiche: si è cominciato con la riforma del codice civile olandese[44], con la riforma del diritto delle obbligazioni del codice civile tedesco del Duemila[45], per passare alle grandi riforme del codice napoleonico in Francia e in Belgio, alla riforma del codice civile portoghese, e alle riforme dei Paesi del Centro e Sud America. Si è sempre pensato all'idea di codice[46], ritenendo che questa sia una forma di tecnica legislativa ancor attuale, sia per costituire il palinsesto delle regole di "parte generale" del diritto civile, alla base della minutissima legislazione speciale, solo in qualche caso organizzata attraverso "codici di settore", sia per esprimere i valori sui quali poggia l'aggregato sociale[47], sia per risolvere in modo organico e sistematico i conflitti che si creano quasi in ogni ambito della vita della collettività.

Ma l'atteggiamento dell'interprete di oggi non è tale da considerare il codice come uno strumento autosufficiente e onnicomprensivo, dovendo esso coordinarsi con la Costituzione – e il giudice procedere a una interpretazione delle regole

43 Sacco, R.: "Il codice civile: un fossile legislativo?", in *Trattato*, cit., p. 441 ss.

44 Hesselink, M.W.: "Il codice civile olandese del 1992: un esempio per un codice civile europeo?", in Alpa G., Buccico E.N. (a cura di), *La riforma dei codici in Europa e il progetto di Codice civile europeo*, Giuffrè, Milano, 2002.

45 Canaris, C.W.: "La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts", Cedam, Padova, 2003; Patti, S.: "Ricodificazione", *Rivista di diritto civile*., n. 2/2018, p. 435-453.

46 Sacco, R.: *Trattato di diritto civile*, vol. I, Utet, Torino, 2005. L'età della decodificazione (come descritta nel libro di N. Irti, Giuffrè, Milano, 1979) si è espansa attraverso la moltiplicazione delle leggi speciali, ma non ha cancellato la tecnica codicistica

47 Rescigno, P.: *Codici: storia e geografia di un'idea*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

costituzionalmente orientata –, con la Carta dei diritti fondamentali e dei Trattati europei – e il giudice procedere a una interpretazione orientata secondo le fonti europee, inclusa la Carta Edu quale fonte interposta ex art. 117 Cost.- i principi generali consegnati dalla tradizione o derivati in via induttiva dalle regole[48], e i valori inverati nei diritti fondamentali ex art. 6 del Trattato di Lisbona[49].

E non è tale da considerare il codice come una stella fissa, perché la sua interpretazione varia con il tempo, grazie alle addizioni effettuate mediante le fonti citate, i precedenti giurisprudenziali (anche se non strettamente vincolanti), i principi e i valori maturati nella cultura giuridica[50]. Di qui la distinzione tra legge e diritto, e l'"invenzione" del diritto (secondo l'accezione di Paolo Grossi[51]) comprensivo della legge ma non esaurito in essa, e, in uno stadio ulteriore, la rilevanza della giurisprudenza (e della dottrina, secondo le opinioni di Rodolfo Sacco[52] e di Nicola Lipari[53]) quale fonte in senso sostanziale dell'ordinamento.

L'Associazione Civilisti Italiani nell'ultimo triennio ha organizzato diversi seminari sulla revisione del codice civile e suggerito al Governo di farsi tramite di questa esigenza. Il Governo ha raccolto la sollecitazione ed ha presentato al Senato un progetto di legge di delega per revisione (A.S.1151-2019).

L'iniziativa governativa appare apprezzabile almeno sotto due aspetti: per aver raccolto l'esigenza di un ammodernamento del testo e per aver proposto non una revisione integrale del codice, ma solo alcuni interventi circoscritti, salvandone l'impianto e la gran parte delle norme, le quali, introdotte nel 1942, hanno resistito per quasi ottant'anni grazie alla loro interpretazione evolutiva, alle grandi riforme (del diritto di famiglia e del diritto societario) e ai più modesti ritocchi via via apportati nel corso di queste decadi.

Se si guarda ai principi e ai criteri direttivi elencati nel disegno di legge presentato al Senato il 19 marzo 2019 (AS n. 1151), si può notare che l'unica "riforma" consistente riguarda il Libro I (lett. a)[54].

Le altre proposte riguardano:

48 Alpa, G.: *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 2005; D'Amico G., Pagliantini, S.: *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Giappichelli, Torino, 2018.

49 Per tutti, v. Ridola, P.: *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino, 2006.

50 Lipari, N.: *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008.

51 Grossi, P.: *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017; e già Id., *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

52 "Le fonti non scritte e l'interpretazione", *Trattato di diritto civile*, Torino, 1999.

53 *Il diritto civile tra legge e diritto*, Giuffrè, Milano,2018

54 Sul punto vds. già AA.VV., "Per la riforma del codice civile", atti del convegno AIGA (Genova, 1992), Padova, 1994.

- istituti che non hanno avuto riconoscimento né legislativo né giurisprudenziale, come gli accordi familiari prematrimoniali ed endomatrimoniali (lett. *b*), i patti successori e i patti di famiglia, questi ultimi regolati da un testo che è rimasto in larga parte inapplicato (lett. *d*), o istituti che hanno avuto una semplice menzione o hanno sollevato dubbi interpretativi come il trust e i contratti di affidamento fiduciario (lett. *p*), o istituti che sono di dubbia interpretazione e che meritavano dunque una esplicita inclusione nel tessuto codicistico, come la rinegoziazione del contratto in caso di eccessiva onerosità o di presupposizione (lett. *i*);

- l'aggiornamento di norme che apparivano superate dalle esigenze attuali, come la riserva dei legittimari (lett. *c*), oppure l'introduzione di nuovi schemi contrattuali tipizzati socialmente (lett. *l*), e nuove forme di garanzia del credito (lett. *o*);

- l'adeguamento delle regole vigenti alle disposizioni dell'Unione europea, come il certificato successorio (lett. e) e la disciplina della nullità in caso di violazione di diritti fondamentali (lett. *h*);

- l'adeguamento delle regole vigenti alle nuove tecniche di commercializzazione di prodotti e servizi (lett. *g*);

- il coordinamento delle regole nei settori della responsabilità precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale (lett. *m*);

- la razionalizzazione delle tecniche di risarcimento del danno morale (lett. *n*).

Forse l'unica direttiva che si poteva colmare mediante l'utilizzazione della buona fede concerne la lett. f in ordine alle informazioni che le parti si debbono scambiare nella fase precontrattuale. Ma, ricordando i contrasti di dottrina e giurisprudenza sorti a proposito dell'effetto negoziale delle informazioni al cliente dovute dalle banche e dagli intermediari finanziari, degli errori in esse eventualmente contenuti o della valutazione discutibile della adeguatezza patrimoniale e della consapevolezza del rischio, appariva opportuno provvedere con legge.

Alcune di queste regole, poi, si sono rese necessarie dal conflitto delle interpretazioni: con un encomiabile modello di decisione la Suprema corte ha individuato le modalità di applicazione dell'art. 2059 cc. sul danno morale (ord. 27 marzo 2018, n. 7513); ma restano aperte le questioni relative alla applicazione della riforma della responsabilità medica (l.24.3.2017.n.24), all'applicazione uniforme delle tabelle predisposte dal Tribunale di Milano per il risarcimento del danno alla persona[55], e alle altre voci di danno via via elaborate dalla medicina legale.

55 Sul danno v. Bianca, C.M.: "La responsabilità", *Diritto civile*., vol. 5, Giuffrè, 2015.

In ogni caso, nel testo del disegno di legge più volte sono menzionati i diritti fondamentali e la clausola di buona fede.

Rispetto a questi contenuti, non credo si potessero risolvere tutti i problemi con la semplice applicazione delle clausole generali. È pur vero che il "tempo delle clausole generali", per riprendere una felice espressione di Stefano Rodotà[56] non è mai finito; come sono da rivalutare i principi generali, non potendosi ritenere che essi siano semplici regole di secondo livello, ma piuttosto valori fondamentali dell'intero ordinamento. Ma la elevazione a rango di disposizione di un orientamento interpretativo dà maggiore certezza del diritto[57].

Piuttosto c'è da chiedersi se nella delega si possa ricomprendere una disposizione di carattere generale che, al pari di quella prevista dal progetto di codice civile europeo (Draft Common Frame of Reference) dispone, in apertura della disciplina (Book *I*, art. 1.102) che le regole: «(…) are to be read in the light of any applicable instruments guaranteeing human rights and fundamental freedoms and constitutional laws»[58].

Come trattare i diritti fondamentali nella riforma del codice civile?

Si possono individuare diverse soluzioni.

La prima è quella formale: riprendere una norma di carattere generale e onnicomprensivo come quella del DCFR o dei primi progetti della riforma del code civil napoleonico; in quest'ultimo caso, le proposte sono cadute senza una ragione comprensibile, anche perché il Ministero della giustizia francese, che ha redatto l'ultimo testo, poi approvato con qualche variante dal Parlamento, non si è peritato di spiegarlo.

La seconda passa attraverso l'applicazione delle clausole generali, in particolare la buona fede e l'ordine pubblico: strada già arata dalla nostra giurisprudenza, e sembra preferita dal disegno di legge citato. In questo caso, le clausole generali avrebbero un ruolo straordinario.

56 Saggio ora ristampato in Rodotà, S.: *Critica del diritto privato. Editoriali e saggi della Rivista critica del diritto privato*, a cura di G. Alpa G., Marella M.R., Jovene, Napoli, 2017.

57 Sono disponibili in Internet gli atti del Convegno sul drafting legislativo della Associazione Civilisti Italiani, 25 gennaio 2019.

58 V. Gruppo di studio su un codice civile europeo e Gruppo di ricerca sul diritto privato vigente dell'Ue (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Outline Edition*, edizione curata da C. Von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, con la collaborazione di: H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swann, P. Varul, A. Veneziano e F. Zoll, Sellier, Monaco di Baviera, 2009, p. 177.

La terza passa attraverso la rivalutazione dei principi generali, applicabili dall'interprete[59].

La seconda e la terza soluzione chiamano in prima linea il giudice, al quale possiamo certo confidare questo alto e grave compito, quale è la difesa dei diritti fondamentali, compito affidato non solo alla Corte costituzionale o alle corti superiori, ma all'opera di ogni magistrato.

Le innovazioni che, nella disciplina del contratto in generale, mi sembrano più significative sono quelle che propongono di ampliare la responsabilità precontrattuale – peraltro già prevista nel codice agli artt. 1337 (clausola di buona fede) e 1338 (culpa in contrahendo) – introducendo l'obbligo di fornire informazioni determinanti per il consenso; le regole sulle conseguenze dell'impiego di pratiche scorrette ; l'introduzione dell'istituto della rinegoziazione, che attenta dottrina aveva già ricostruito (e ritenuto applicabile) sulla base della clausola di buona fede[60].

Non sappiamo quale potrà essere l'esito del progetto di legge, ma confidiamo che con il concorso dei giuristi più attenti si possa raggiungere un risultato soddisfacente.

59 Sul punto v. Alpa, G.: "I principi generali", cit.

60 Macario, F.: *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *I cinquanta anni del codice civile. Atti del Convegno di Milano*, 4-6 giugno 1992, vol. I e II, Giuffrè, Milano, p. 272.

Alpa, G.: *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 2005.

Bianca, C.M.: (a cura di), "Le condizioni generali di contratto", I-II, Giuffrè, Milano 1979-1981.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, terza ed., Giuffrè, Milano, 2019;

Busnelli, F.: *La lesione del credito*, Giuffrè, Milano, 1964.

Canaris, C.W.: *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, Cedam, Padova, 2003.

Consorti, P., Gori L., Rossi E.: *Diritto del terzo settore*, Zanichelli, Bologna, 2018.

D'Amico, G., Pagliantini S.: *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Giappichelli, Torino, 2018.

Ferri, G.B.: *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del Libro delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 1990.

Gambaro, A.: *La proprietà*, Giuffrè, Milano, 2016.

Grossi, P.: *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017.

Grossi, P.: *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

Hesselink, M.W.: "Il codice civile olandese del 1992: un esempio per un codice civile europeo?", in Alpa, G., Buccico, E.N. (a cura di), *La riforma dei codici in Europa e il progetto di Codice civile europeo*, Giuffrè, Milano, 2002.

Irti, N.: *Codice civile e società civile*, Laterza, Roma-Bari, 1996

Lipari, N.: *Il negozio fiduciario,* Giuffrè, Milano, 1964;

Lipari, N.: *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008.

Macario, F.: *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996

Rescigno, P.: *Codici: storia e geografia di un'idea*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

Rescigno, P.: *Introduzione al codice civile,* Laterza, Roma-Bari, 1992.

Ridola, P.: *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino, 2006.

Rodotà, S.: *Critica del diritto privato. Editoriali e saggi della Rivista critica del diritto privato*, a cura di G. Alpa G., Marella M.R., Jovene, Napoli, 2017.

Rodotà, S.: *Il problema della responsabilità civile,* Giuffrè, Milano, 1964.

Rodotà, S.: *Il terribile diritto*, Zanichelli, Bologna, 2013.

Sacco, R.: *Il contratto in generale,* Giappichelli, Torino, 1975, p. 208.

Sacco, R.: *Trattato di diritto civile*, vol. I, Utet, Torino, 2005.

Trimarchi, P.: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961.

EGUAGLIANZA RECIPROCA E AUTODETERMINAZIONE IDENTITARIA: RILEGGENDO UN SAGGIO SULLE AUTORITÀ PRIVATE

MUTUAL EQUALITY AND IDENTITARIAN SELF-DETERMINATION: RE-READ AN ESSAY ON PRIVATE AUTHORITIES)

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 42-73

Angelo BARBA

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il saggio analizza le categorie dell'eguaglianza reciproca e della pari dignità sociale come fondamenti della legalità costituzionale del diritto privato edificata sul primato della persona.

PALABRAS CLAVE: Potere privato; eguaglianza reciproca; dignità; legalità costituzionale; stato pluralista; laicità.

ABSTRACT: *The essay aims at analyzing the principles of mutual equality and equal social dignity as pillars of the constitutional legitimacy of the private law system based on the primacy of persons.*

KEY WORDS: *Private power; Mutual equality; Dignity; Constitutional legitimacy; Legal pluralism; Secularism.*

SUMARIO.- I. EGUAGLIANZA RECIPROCA E PARI DIGNITA' SOCIALE:IL SENSO DI UN INSEGNAMENTO.- II. CONTENUTI DELLA LEGALITA' E SVILUPPO DELLA PERSONA .- III. COSCIENZA E AUTODETERMINAZIONE : LA CONCEZIONE SOSTANZIALISTA.- 1. (SEGUE) DALLA VERITA'ALL'IDENTITA': IL PIENO SVILUPPO DELLA PERSONA.- IV. TECNICA DELLA LAICITA' E PRIMATO DELLA SCELTA IDENTITARIA.- V. DAL SOGGETTO ASTRATTO ALLA PERSONA REALE.- VI. LA FUNZIONE IDENTITARIA DELLA COSCIENZA.- 1. (SEGUE) LA 'SECOLARIZZAZIONE ' DELLA COSCIENZA.- VII. AUTODERTERMINAZIONE ED OBIEZIONE: DIFFERENTI TECNICHE DEL PLURALISMO.- VIII. LA NEUTRALITA' INCLUSIVA DELLA DECISIONE PUBBLICA.- 1. (SEGUE) LA DECISIONE DEL GIUDICE ED IL SILENZIO DEL LEGISLATORE TOLLERANTE.- VIIII. DIGNITA' E LIMITI ALL'AUTODETERMINAZIONE.

I. EGUAGLIANZA RECIPROCA E PARI DIGNITA' SOCIALE: IL SENSO DI UN INSEGNAMENTO.

Il discorso giuridico sulle questioni bioetiche, e più in generale sugli interrogativi sollevati dal conflitto tra la vita e le regole, incontra il tema dei diritti della coscienza e, attraverso questo, raggiunge la relazione antagonista tra potere pubblico e scelta privata[1]. Una direzione di analisi che conduce al diritto all'autodeterminazione come forma giuridica più evoluta e generale dell'autonomia privata; e che deve essere accolta e meditata utilizzando anche gli esiti e le categorie epistemologiche elaborate dal Prof. Cesare Massimo Bianca nel breve ed intenso volume sulle Autorità private[2].

Da quell'insegnamento il giurista è sollecitato a riscoprire e custodire il senso e il valore costruttivo dell'eguaglianza reciproca come categoria tecnica che organizza la riflessione critica sul potere privato e, in particolare, a riconoscere nel conflitto tra autorità ed uguaglianza uno spazio culturale da ricondurre al principio della pari dignità sociale delle persone.

Attraverso l'eguaglianza reciproca, quella che nella riflessione del Bianca esclude la legittimità del potere privato di imporre ad altri le proprie decisioni, si analizza l'autonomia individuale oltre il consueto ambito tematico circoscritto alla protezione della libertà di scelta rispetto alle autorità pubbliche e senza

1 L'espressione "diritti della coscienza", creata da Jemolo, A.C.: "Il diritto positivo e i diritti della coscienza", Giur. it. 1964, II, c. 91 e ss., viene di frequente utilizzata nelle sentenze della Corte costituzionale, v. Corte Cost., 19 dicembre 1991, n. 467, Giur. it., 1992, I, c. 630 ss.; Corte Cost., 20 febbraio 1997, n. 43, Foro it., 1997, I, c. 984 ss.; Corte Cost., 12 luglio 2000, n. 271, Giur. it., 2000, c. 1893 ss. Per una suggestiva analisi Colaianni, N.: Tutela della personalità e diritti della coscienza, Cacucci, Bari, 2000, p. 35 ss.

2 Bianca, C. M.: Le autorità private, Jovene, Napoli, 1977, passim, ma pp. 4-8 e pp. 82-93.

• Angelo Barba
Professore Ordinario di Diritto Privato presso il Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici dell'Università di Siena,E-mail: angelo.barba@unisi.it

assecondare le suggestioni concettualistiche sollecitate, in alcune ricostruzioni, dalla teoria del negozio giuridico[3].

L'esito sistematico, quello che veniva elaborato nel segno del riconoscimento della autorità di diritto privato solo per la protezione dell'incapace o per garantire la partecipazione democratica del singolo nei gruppi intermedi, conserva ragioni di attuale interesse anche con riguardo alla possibilità di elaborare un modello ermeneutico del diritto privato adeguato alla laicità della democrazia pluralista.

Infatti, l'autodeterminazione dei soggetti, intesa come libertà di sviluppare la propria personalità morale e come potere di autoregolare i propri interessi, riceve dal principio dell'eguaglianza reciproca una ulteriore misura di effettività e di garanzia; misura che coinvolge le forme e le tecniche di tutela della persona anche nei rapporti regolati dal diritto privato.

La costruzione della personale biografia attraverso l'eguaglianza reciproca dei poteri – quella che individua e circoscrive la misura del potere privato – viene accolta e rispettata nel sistema pluralista nel segno della 'legittimazione sociale' e formalizzata nel giuridico come 'pari dignità sociale' della scelta di vita. La delegittimazione giuridica e culturale dell'autorità privata, intesa come priorità o antecedenza assiologica di un modello di vita che trasforma e riduce la scelta divergente in mera eccezione tollerata, costruisce la legalità costituzionale della democrazia pluralista.

Un modello di organizzazione della convivenza che protegge il primato della persona riconoscendo il potere privato di autodeterminazione nella misura di estensione circoscritta solo dall'altrui potere di autodeterminazione.

L'eguaglianza reciproca studiata dal Prof. Cesare Massimo Bianca rappresentava, quindi, una prima, significativa, elaborazione orientata al superamento del modello offerto dalla democrazia liberale e al progressivo riconoscimento culturale del sistema inclusivo attuato con l'affermazione della democrazia pluralista.

Tale elaborazione deve essere riscoperta e meditata ancora oggi per la costruzione della neutralità assiologica del sistema del diritto privato edificato sul primato della persona. Ossia sul riconoscimento della pari dignità sociale delle scelte di vita e, quindi, dell'eguale valore giuridico, in termini di meritevolezza di protezione, da riconoscere all'autodeterminazione che orienta e organizza il pieno sviluppo della persona. L'eguaglianza reciproca, se accolta come categoria dogmatica che orienta e controlla l'impegno ermeneutico, adegua la neutralità della forma giuridica alla legalità costituzionale dell'inclusione.

3 Un'impostazione ed un esito diversi ma complementari rispetto a quelli che erano stati elaborati da Lombardi, G.: Potere privato e diritti fondamentali, Giappichelli, Torino, 1970, p. 35 ss. e p. 100 ss.

La persona costituisce il fondamento del potere di autodeterminazione; l'eguaglianza reciproca, intesa come pari dignità sociale della scelta, di tale potere individua l'unico limite compatibile con la legalità costituzionale. Limite che, nella concreta esperienza giuridica, si manifesta attraverso il bilanciamento organizzato e controllato dal criterio della ragionevolezza[4].

La riflessione sulle autorità privata rivela, dunque, un significativo ed attuale valore epistemologico nella costruzione della laicità della Stato pluralista. Le innovazioni scientifiche e tecnologiche sollecitano la "scoperta dell'uomo interiore" e ripropongono i classici interrogativi del rapporto tra autorità e libertà, tra foro interno e foro esterno, tra convinzione personale che orienta la scelta e decisione pubblica[5]. Gli interrogativi che il giurista è abituato a prendere in considerazione quando riflette sui diritti della coscienza e, più in particolare, quando cerca di riconoscere i limiti che il diritto impone ai convincimenti interiori.

L'autodeterminazione individuale innesca conflitti tra poteri privati che pure devono essere accolti e gestiti adottando modelli argomentativi costruiti attraverso un'ermeneutica e una dogmatica del diritto privato rispettose della legalità costituzionale e, quindi, della laicità dell'argomentazione giuridica.

D'altro canto, però, l'urgenza e la drammaticità dei problemi connessi al governo della vita, individuale e di relazione, e della morte non devono assecondare la percezione, per certi versi inquietante, ma per altri rassicurante, di un limite tematico.

Vi è, infatti, un problema più generale che coinvolge la democrazia pluralista in ambiti diversi da quelli riconducibili al rapporto tra decisione pubblica ed autonomia della persona, e rispetto ai quali la riflessione bioetica costituisce un aspetto, un profilo paradigmatico ma non esclusivo.

In realtà il postmoderno sollecita una rinnovata e più generale riflessione del giurista, e del privatista in particolare, sulla centralità della persona che costruisce ed afferma la propria identità attraverso la scelta. Una riflessione che coinvolge gli istituti classici del diritto privato e che non dovrebbe limitarsi a mobilitare risorse culturali per riflettere sul controllo causale del contratto, in termini di liceità o di meritevolezza dell'interesse, e sulla responsabilità civile.

Vuol dirsi di una strategia ermeneutica dedicata alla costruzione della legalità costituzionale inclusiva, ossia che riconosca come fondamento e come limite solo il primato della persona, della sua vita e della sua dignità nella misura della

4 Cfr. Perlingieri, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", Riv. dir. civ., 2018, p. 716 ss.

5 Si v. a riguardo Arendt, H.: La vita della mente, Il Mulino, Bologna, 1987, p. 369 ss.

eguaglianza reciproca del valore giuridico dei poteri privati. L'eguaglianza reciproca costruisce e garantisce il legame sociale[6].

II .CONTENUTI DELLA LEGALITA' E SVILUPPO DELLA PERSONA.

Si riscopre così un significato ulteriore della legalità costituzionale che in questa sede può essere solo accennato. Vuol dirsi, in particolare, della dignità della persona e della eguaglianza reciproca dei poteri che costruiscono la libertà, come contenuti ontologici della legalità costituzionale. Contenuti che rivelano la necessità ma anche tutta l'insufficienza della concezione solo epistemologica della legalità. Ossia di quella concezione che le democrazie liberali, a differenza dei sistemi di democrazia pluralista, individuano attraverso la certezza del diritto[7].

In tal modo le diverse opzioni consentite dall'innovazione scientifica e tecnologica circa la propria vita (individuale e relazionale) o la propria morte indicano una significativa direzione di indagine per ricostruire una diversa concezione della soggettività giuridica, fondata sull'identità della persona oltre che sull'astratta capacità di diritto[8].

I temi ed i problemi che il termine bioetica è in grado solo ellitticamente di evocare, segnalano infatti una modalità del libero sviluppo della persona e, con questa, un'arricchita concezione del personalismo giuridico. In realtà lo sviluppo della persona, la costruzione e l'affermazione della propria identità conoscono modalità ulteriori che pure riconducono alla scelta tra diverse alternative che non costituiscono equivalenti funzionali, ma si fanno carico della specificità del modo di percepire se stessi.

Le esemplificazioni possibili riguardano il modo di concepire la propria vita di relazione e quindi le scelte circa i contesti sociali cui affidare l'edificazione della propria identità sentimentale, genitoriale, politica, culturale e, dunque, più in generale, relative alle situazioni sociali ove il singolo "svolge la sua personalità" (art. 2 Cost.). Ma ci si può soffermare anche sulla relazione tra retribuzione ed esistenza libera e dignitosa indicata dall'art. 36 Cost., scoprendo il significativo valore che il consumo assume per lo sviluppo della persona e, quindi, rispettando la definitiva affermazione di antropologie giuridiche ulteriori e diverse rispetto a quelle evocate dalla proprietà e dal lavoro.

6 Cfr. Schiavone, A.: Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia, Einaudi, Torino, 2019, p. 281 ss.

7 Si v. Irti, N.: Un diritto incalcolabile, Giappichelli, Torino, 2016, p. 19 ss., p. 89 ss.

8 Sui temi richiamati nel testo v. Rodotà, S.: Dal soggetto alla persona, Editoriale scientifica, Napoli, 2007, passim; Id.: La vita e le regole, Giuffrè, Milano, 2012, passim; Id.: Il diritto di avere diritti, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 125 ss.

Tra retribuzione sufficiente, nel senso complessivo che è stato attribuito a questa espressione, da un lato; e vita libera e dignitosa per sé e per la propria famiglia, dall'altro, vi è l'accesso ai beni ed ai servizi, ossia il consumo come medio economico–giuridico funzionale al libero sviluppo della persona. Il consumo consente la realizzazione della persona a prescindere dal "luogo" in cui si verifica e dalla "modalità" in cui si realizza l'accesso al bene o al servizio: se si colloca all'interno del mercato attraverso la forma giuridica dello scambio, ovvero al di fuori del mercato secondo la modalità giuridica che può realizzare la solidarietà che ispira la giustizia distributiva, è circostanza di sicuro rilievo in prospettive diverse — e non solo giuridiche — da quella suggerita dalla necessaria relazione tra consumo e sviluppo della persona. E non è priva di rilevo la circostanza che il Codice del consumo si apra con il catalogo dei diritti "riconosciuti come fondamentali" ai consumatori (art. 2, comma II) e che tra questi figuri il diritto ad un'adeguata informazione ed il diritto all'educazione al consumo.

L'osservatore che riesca a superare le ragioni di perplessità sollevate dall'idea che sia il legislatore ordinario a riconoscere dei diritti fonda mentali, e che, soprattutto, resista alla tentazione di ridurre il problema dell'informazione alla disciplina dell'atto e del rapporto attraverso il riferimento a regole di validità e a regole di responsabilità, scopre il senso più generale dell'informazione e della formazione come condizioni di effettività della libertà della scelta di consumo.

Nondimeno, la riflessione che accolga della parola "educazione" un significato più ricco di quello che il termine di solito esprime se riferito al rapporto tra genitori e figli; tale riflessione, si diceva, potrà ricostruire il senso dell'azione dei "soggetti pubblici" che svolgono attività destinate all'educazione dei consumatori con il solo scopo di rendere "chiaramente percepibili benefici e costi conseguenti alla loro scelta", e prendendo in "particolare considerazione le categorie di consumatori maggiormente vulnerabili" (art. 4 cod. cons.)[9].

Vuol dirsi della funzione identitaria che informazione e formazione devono svolgere, per assicurare la consapevolezza della scelta, attraverso la rappresentazione comprensibile del maggior numero possibile di punti di vista, di possibilità e di soluzioni diverse. Una funzione identitaria del tutto ragguagliabile a quella che è stata sottolineata con riguardo alla scuola, non solo pubblica, attraverso il riferimento alla riflessione di Gaetano Salvemini sulla laicità[10].

La medesima funzione, d'altro canto, che da tempo è percepita nella riflessione sul pluralismo dell'informazione e che, in definitiva, si risolve nell'affermazione della positiva neutralità. Ossia della neutralità come risultato dell'azione che consente

9 A riguardo rinvio a Barba, A.: Consumo e sviluppo della persona, Giappichelli, Torino, 2017, passim.

10 La lezione di Salvemini è riferita e meditata da Rodotà, S.: Perché laico, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 4 s.

la effettiva libertà nella formazione dell'individuale percezione di senso, e dunque nella scelta, in quanto caratterizzata dalla imparziale descrizione del maggior numero di informazioni e di significati possibili.

III. COSCIENZA E AUTODETERMINAZIONE: LA CONCEZIONE SOSTANZIALISTA.

Il tradizionale discorso giuridico sulla cosciente autodeterminazione identitaria definisce il suo oggetto, e lo qualifica, secondo le consuete categorie della libertà negativa e della libertà positiva[11]. Si tratta, a ben vedere, di una impostazione inadeguata al dato costituzionale che deve essere integrata ed estesa nel segno dell'inclusione della dignità e della eguaglianza reciproca.

Integrazione ed estensione che, d'altro canto, devono custodire avvertita consapevolezza anche del contenuto più sofisticato e complesso che, nella democrazia pluralista, assume la solidarietà come ulteriore categoria fondativa della legalità costituzionale.

L'eguaglianza reciproca nella libertà di autodeterminazione che caratterizza la dinamica sociale nel segno della pari dignità delle persone crea solidarietà; costruisce, detto in altri termini, legame sociale inclusivo che lo Stato deve proteggere e assecondare rimuovendo gli ostacoli che anche solo di fatto possono impedire il pieno sviluppo della persona.

La solidarietà, considerata nel senso più esteso che è reso percepibile attraverso gli aggettivi "politica, economica e sociale" (art. 2 Cost.), costituisce l'esito che il sistema pluralista intende raggiungere mediante il dovere che limita il potere privato.[12] La democrazia pluralista riconosce nella solidarietà il valore sociale creato dal primato della persona e nel primato della persona la direzione assiologica convergente che orienta la dignità, l'eguaglianza e la libertà.

L'argomentazione tradizionale, invece, muove dall'esigenza epistemologica di definire la coscienza, di individuare un qualcosa di cui predicare la libertà nella forma giuridica del diritto fondamentale. E l'osservatore può registrare diverse definizioni di coscienza: "la facoltà spettante all'individuo di credere a quello che più gli piace, o di non credere, se più gli piace, a nulla"[13]; "il patrimonio di convinzioni

11 È un'impostazione molto diffusa, v. per tutti Di Cosimo, G.: Coscienza e costituzione, Giuffrè, Milano, 2000, p. 73 ss.

12 La solidarietà è generata dal dovere, non è fonte di doveri. Il fatto o l'atto produce un vincolo adeguato alla produzione di solidarietà.

13 È la definizione di Ruffini, F.: La libertà religiosa. Storia dell'idea, Giuffrè, Milano 1967 (ristampa della 1^ ed., Torino 1901), p. 11.

interiori la cui tutela è essenziale per preservare la dignità della persona umana"[14]; "la libertà di formare in concreto entro di sé proprie personali convinzioni"[15].

Attraverso un Substanzbegriff l'osservatore individua il risultato o l'antecedente del processo cognitivo, il formarsi di una convinzione di cui afferma la libertà, per poi interrogarsi sui modi e sui limiti in cui tale convinzione può manifestarsi all'esterno[16].

In tale direzione di analisi il problema giuridico della cosciente autodeterminazione si risolve nella libertà da ingerenze esterne sull'azione cognitiva, sulla formazione della convinzione e sulla possibilità che il foro interno si traduca in azione adeguata (alla) o divergente dalla regola che pone un obbligo o un divieto[17].

La decisione pubblica deve, da un lato, promuovere e proteggere la scelta cognitiva; dall'altro, selezionare le ipotesi in cui riconoscere il privilegio della coscienza, ossia la possibilità giuridica dell'azione divergente.

Nella prima prospettiva si pone un problema di eguaglianza, nel senso che occorre una giustificazione razionale per giustificare una diversa misura di promozione, e quindi di protezione, di un convincimento rispetto ad un altro; nella seconda si pone un problema di verità, di autenticità della convinzione richiamata che il giudice dovrà accertare per consentire, se del caso, persino l'immunità dalla sanzione.

L'esito dell'argomentazione costruita sul Substanzbegriff — non l'unico, ma quello che adesso interessa — è nel senso che il foro esterno, la manifestazione del convincimento, non costituisce una condizione necessaria della libertà di coscienza. Quest'ultima resta libera se sottratta all'ingerenza dello Stato: non è indispensabile che la coscienza si traduca in libertà di agire.

La persona può manifestare la propria convinzione (artt. 19 e 21 Cost.) ma non è indispensabile che agisca secondo la propria convinzione perché la coscienza sia libera.

14 È la definizione elaborata da Di Cosimo, G.: Coscienza e, cit., p. 4.

15 Così Bellini, P.: "Nuova problematica della libertà religiosa individuale nella società pluralista", in Aa. Vv.: Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico, Giuffrè, Milano, 1973, p. 1133; cfr. anche Spadaro, A.: Libertà di coscienza e laicità nello stato costituzionale, Giappichelli, Torino 2008, p. 58 ss.; Pinelli, C.: "Esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche e libertà di religione", Giur. cost., 2011, p. 947 ss.

16 Il termine Substanzbegriff è utilizzato per richiamare l'insegnamento ricevuto dal neo-criticismo della Scuola di Marburg e, più specificamente, la distinzione tra concetti di sostanza e concetti di funzione. Il noto saggio di Cassirer, E.: è tradotto in italiano con il titolo Sostanza e funzione: sulla teoria della relatività di Einstein, Nuova Italia, Firenze 1973; ma v. altresì la preziosa riflessione di Marramao G.: L'ordine disincantato, Editori Riuniti, Roma, 1985, passim, ma p. 73 ss. e quella di Ferrari, M.:Ernst Cassirer. Dalla scuola di Marburgo alla filosofia della cultura, Olschki, Firenze 1996, passim, ma p. 147 ss. e p.160 ss.

17 La sanzione è l'indice della oggettiva possibilità dell'azione divergente.

Il discorso giuridico che voglia tener conto del dato normativo rispettando l'indicazione della Corte Costituzionale circa il valore di "norma interposta" da riconoscere alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, può già registrare una diversa impostazione[18].

L'art. 9, comma I della CEDU riconosce il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, ed include in tale libertà quella di cambiare religione o convinzione, e quella di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

È utile altresì ricordare che una disposizione identica è contenuta nel I comma dell'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea.

Ma un'indicazione pure significativa è offerta dal II comma dell'art. 9 CEDU, dove si afferma che la libertà di manifestare la propria religione o il proprio convincimento può essere oggetto di quelle sole restrizioni che, stabilite dalla legge, costituiscono misure necessarie in una società democratica, per la protezione dell'ordine pubblico, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e della libertà altrui.

Il discorso dovrà ritornare sulla norma appena richiamata, intanto conviene sottolineare come la libertà di manifestare il proprio convincimento attraverso contegni tipizzati appartenga al contenuto della libertà di coscienza e come proprio tale contenuto conosca una più intensa tutela attraverso la disposizione accolta nel II comma.

1. (Segue) Dalla verita' all'identita': il pieno sviluppo della persona.

Vi è un ulteriore ragione che induce a dubitare della concezione sostanzialista dei diritti della coscienza. Una ragione immediatamente connessa al sistema costituzionale ed al principio personalista su cui è costruita la democrazia pluralista[19].

La Costituzione italiana non menziona la libertà di coscienza e la vicenda storica non consentì il confronto sulla proposta di legge costituzionale, presentata il 23 febbraio 1972 da Lelio Basso, che prevedeva di aggiungere all'art. 19 Cost. la premessa: "La libertà della fede e della coscienza è inviolabile"[20].

18 Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348, Giur. cost., 2007, p. 3475.

19 Cfr. Perlingieri, P.: "Principio personalista, dignità umana e rapporti civili", Annali SISDiC, 2020, p. 1ss.

20 A tal riguardo v. Lariccia, S.: Stato e chiese in Italia 1948–1980, Queriniana, Brescia, 1981, p. 208ss.

Ma il silenzio della Costituzione, se non ha impedito meditate ricostruzioni sulla libertà di coscienza come diritto inviolabile (art. 2 Cost.), neppure impedisce una riflessione intesa a problematizzare la concezione sostanzialista della libertà di coscienza come diritto all'autodeterminazione sotto il profilo della legalità costituzionale, ossia della sua congruità rispetto all'ordine etico posto dalla Costituzione[21].

A tal fine occorre considerare la vicenda culturale e giuridica che ha consentito, da un lato, il rifiuto dell'idea secondo cui la verità è un antecedente, quindi un limite, del potere; e dall'altro il superamento della concezione per cui la verità è il risultato dell'esercizio del potere.

In termini assai schematici, vuol dirsi che è opportuno aver presente la vicenda che conduce, attraverso il giusnaturalismo ed il positivismo dello Stato legale, all'affermazione dello Stato costituzionale, in cui accanto al principio di statuizione si colloca l'assiologia costituzionale come parametro di legittimazione.

L'assiologia costituzionale conosce il primato della persona e dunque delle identità che ciascuno costruisce ed afferma nel rispetto dell'altro, nel rispetto della legalità costituzionale.

Il trascorrere dalla verità all'identità impedisce la ricostruzione della coscienza e dei suoi diritti esclusivamente in termini di antecedente dell'azione, di foro interno che si contrappone al foro esterno, di esercizio solo cognitivo da proteggere e rispettare.

L'affermazione dell'identità, ciò che il linguaggio del costituente riferisce attraverso la formula "pieno sviluppo della persona" e che il costituente tedesco esprime con l'espressione, per certi aspetti più efficace, "freie Entfaltung", determina anche il superamento di quella differenza tra foro interno e foro esterno, che il giurista ha ricevuto dalla cultura di matrice liberale, e che pure ha contribuito ad individuare un ambito sottratto allo Stato, uno spazio libero dal diritto, all'interno del quale la persona costruisce la propria identità senza il pericolo di ingerenze esterne o manipolazioni.

Il primato della persona e della sua identità si risolve nella libertà di svolgere la propria personalità anche al di fuori delle formazioni sociali e nel dovere della Stato di rimuovere persino gli ostacoli che solo di fatto impediscono il pieno sviluppo della persona umana, oltre che di rispettare l'autonoma costruzione della personale biografia.

21 Per la ricostruzione della libertà di coscienza come diritto inviolabile v. Di Marzio, P.: "La libertà di coscienza come diritto soggettivo", in Botta, R. (a cura di): L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico, Giuffrè, Milano, 1991, p. 267 ss.

Al contrario, intesa come Substanzbegriff, la coscienza ripropone una modalità argomentativa costruita sulla distinzione tra sfera cognitiva ed azione; tale distinzione, se da un lato costituisce una garanzia di libertà dall'ingerenza dello Stato, dall'altro asseconda una separazione tra dimensione interiore ed azione che è incompatibile con il primato della persona come identità che si costruisce nella realtà della vita, nella quotidiana azione esistenziale.

Il libero sviluppo della persona, la libertà dell'azione reale che consente l'affermazione della propria identità, ossia dell'azione collocata nello spazio, nel tempo e nel complesso delle relazioni sociali in cui è situata la persona, deve essere favorita dalla decisione pubblica, non solo rispettata, dal momento che l'art. 3, comma II, Cost. riconosce come "compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana".

Vuol dirsi in altri termini che la distinzione tra foro interno e foro esterno, quella posta alla base della concezione sostanzialista della coscienza, riconosce nella 'norma' il fondamento di una distinzione tra dimensioni della persona (interiore ed esteriore) che ripropone l'idea del diritto (privato) come contesto formale in cui rilevi un soggetto astratto dalla propria realtà identitaria.

Il primato assiologico della persona, quello che realizza nella democrazia pluralista il principio personalistico, pone al centro del sistema la concreta identità. Ed in tale prospettiva, la riflessione del giurista ha percepito il senso della costituzionalizzazione della persona come vicenda culturale e giuridica caratterizzata dall'affermazione del soggetto concreto su quello astratto, ossia dalla rilevanza giuridica della persona reale accanto al soggetto astratto dalla propria identità.

La separazione tra coscienza e diritto asseconda la centralità del soggetto astratto dalla propria identità ed affida alla decisione pubblica l'indicazione della possibilità e del limite dell'affermazione identitaria, della rilevanza della persona reale.

La legalità costituzionale, rimeditata anche attraverso il riferimento alla norma interposta consegnata al giurista dalla Convenzione europea dei dritti dell'uomo, propone un modello del tutto differente che può anche essere espresso con la modalità argomentativa della regola e dell'eccezione nel senso che il riconoscimento del diritto al libero sviluppo della persona (artt. 2 e 3 Cost.) pone come "regola" la libertà di costruire e di affermare la propria identità e, dunque, di scegliere tra opzioni diverse, e come eccezione la restrizione di tale libertà.

Il comma II dell'art. 9 della CEDU afferma che è la "restrizione", ciò che il giurista riconduce alla forma del divieto e dell'obbligo, che richiede una giustificazione. La limitazione della libertà di manifestare la propria identità, è questo il senso che si ritiene di poter ricavare dalla legalità costituzionale arricchita dalla norma interposta, deve essere intesa come "eccezione" giustificata esclusivamente da una necessità democratica, dunque come misura speciale da controllare sotto il profilo della razionalità giuridica.

L'obbligo o il divieto che, come eccezione, restringono la libertà di manifestare la propria identità devono resistere al controllo di legalità costituzionale. In definitiva, è la separazione tra foro interno e foro esterno che deve essere giustificata da una specifica necessità democratica, non l'unità tra dimensione interiore ed esteriore in cui si risolve l'identità della persona che costruisce la propria reale biografia, che sceglie sempre secondo le proprie convinzioni e le proprie concrete esigenze di vita.

La capacità identitaria, quella che realizza il primato della persona nella democrazia pluralista postmoderna, riscopre così nella coscienza un Funktionsbegriff, ossia un concetto che si esaurisce solo nell'attitudine funzionale a realizzare la combinazione dei singoli, reali elementi identitari della persona.

Dunque, a voler indicare una prima conclusione, può dirsi che la coscienza è funzione di identità che si realizza anche attraverso l'azione e, di conseguenza, appartiene alla capacità della persona di agire liberamente per raggiungere il proprio pieno sviluppo.

IV. TECNICA DELLA LAICITA' E PRIMATO DELLA SCELTA IDENTITARIA.

Scegliere la coscienza ed i suoi diritti come prospettiva per proporre un nuovo statuto giuridico della effettiva capacità di autodeterminazione identitaria pone ulteriori interrogativi. In particolare, l'aver individuato nella coscienza una funzione del l'identità, ossia la modalità del trascorrere dal soggetto astratto alla persona concreta, impone la ricerca degli elementi identitari riconosciuti dal sistema positivo. Nella ricognizione degli elementi identitari il discorso incontra il principio della laicità.

La Corte costituzionale, nella nota sentenza n. 203 del 12 aprile 1989, ha affermato che "il principio supremo della laicità dello Stato è uno dei profili della forma di Stato delineata dalla carta costituzionale della Repubblica".[22]

22 Corte Cost., 12 aprile 1989, n. 203, Dir. famiglia, 1989, p. 443. Si v. Colaianni, N.: "Trent'anni di laicità", Stato, Chiese e pluralismo confessionale, (www.statoechiese.it), fascicolo n. 20, 2020.

La laicità, dunque, caratterizza la forma di Stato, caratterizza la democrazia nel senso della "pari dignità sociale" delle identità, ossia dell'eguale rispetto delle identità come principio fondamentale e come limite fondamentale della centralità della persona.

L'affermazione del primato della persona, lo si è già accennato, realizza una conformazione del rapporto autorità–libertà caratterizzata dalla prevalenza dell'identità sulla verità; e tale prevalenza determina la complessità sociale, ossia la diversità delle identità come valore da proteggere e da promuovere.

Il principio di laicità riesce a connotare la democrazia in quanto individua e predispone una tecnica di gestione della complessità sociale; in quanto realizza, detto in altri termini, una modalità organizzativa della sovranità che riconosce e promuove in modo eguale la complessità sociale.

Dunque, la laicità coincide con il pluralismo nel senso che il rispetto delle identità e l'azione pubblica necessari per consentire il libero sviluppo della persona, cioè per la costruzione e l'affermazione nella realtà esistenziale della propria, specifica biografia, devono essere garantiti nella misura dell'uguaglianza reciproca.

Intesa come pluralismo, la laicità costituisce un principio regolativo non solo della azione pubblica, e tale principio è formalizzato nella pari "dignità sociale" delle persone (art. 3 Cost.)[23].

Il metodo laico non consente di escludere o di favorire la religione così come non consente di escludere o di favorire qualsiasi altra componente identitaria della persona; così come, in particolare, non consente di escludere o di favorire gli elementi identitari di tipo biologico o di considerare rilevanti solo quelli di tipo ideale.

Tutti gli elementi identitari che la coscienza individuale percepisce ed organizza nella costruzione e nell'affermazione della propria personalità devono essere rispettati nella misura dell'eguale reciprocità. La laicità come metodo si traduce nella pari dignità sociale delle biografie individuali.

La pari dignità dell'identità manifestata nel sociale, ossia contestualizzata nel tempo e nello spazio e nel complesso delle relazioni sociali in cui è inserita la persona — è questo il significato dell'aggettivo sociale — è collocata nella Costituzione accanto al principio di eguaglianza formale ed è in stretta connessione

23 A riguardo cfr. Patti, S.: "Il metodo scientifico di Reiner Schulze per l'armonizzazione del diritto privato europeo", Riv. dir. civ., 2021, p. 337 ss.; Perlingieri, P.: "Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica", Riv. dir. civ., 2010, p. 317 ss.

con il compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che impediscono il libero sviluppo della persona umana.

Viene garantita la libertà di scegliere il modo in cui realizzare se stessi e, quindi, di manifestare la propria identità ed è assicurata la effettiva capacità identitaria: la libertà della coscienza individuale di organizzare l'azione corrispondente alla percezione di sé.

Ma vi sono ulteriori considerazioni sollecitate dal 1^ comma dell'art. 3 Cost., una volta che la funzione della coscienza incontra la tecnica laica della gestione della complessità sociale che il termine pluralismo è in grado di evocare con precisione tecnica.

Si tratta di riflessioni diverse da quella, pure significativa, che consente di percepire il limite e l'insidia immanente ad una concezione sostanzialista della coscienza costruita solo sulla dimensione ideale e che, quindi, esclude qualsiasi componente biologica. Vuol dirsi in particolare della rilevanza costituzionale della specificità, ossia della realtà, della persona. Un profilo, quest'ultimo, che la riflessione del Prof. Bianca percepiva, già nel libro sulle autorità private, in termini di effettività.

Il libero sviluppo della persona e la pari dignità sociale delle identità riconoscono la rilevanza giuridica delle componenti identitarie come imprescindibile connotazione reciproca dell'eguaglianza. Connotazione che si colloca accanto a quelle, formale e sostanziale, che l'osservatore è abituato ad analizzare nei rapporti tra il singolo e l'autorità pubblica.

Ciò da cui la legge si astrae per garantire l'eguaglianza formale viene protetto e promosso (dallo Stato) attraverso l'eguaglianza sostanziale che consente la costruzione e l'affermazione della propria identità secondo un modello di reciproca uguaglianza; ossia il modello che assicura la pari dignità sociale delle identità autodeterminate.

La scelta identitaria è dunque protetta, sempre nel segno della pari dignità, anche nei rapporti tra privati.

V. DAL SOGGETTO ASTRATTO ALLA PERSONA REALE.

Affermare che la decisione pubblica deve rispettare e promuovere l'affermazione dell'identità, ossia la effettiva capacità identitaria, significa prendere atto di un dato giuridico di particolare rilievo, ossia della necessità ma anche dell'insufficienza della fondamentale, virtuosa finzione su cui è costruita l'eguaglianza formale.

Nella prospettiva dell'eguaglianza formale la persona è posta dinanzi alla legge come se non esistessero differenze "di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali".

Ma attraverso la pari dignità sociale delle identità agite, attraverso il libero sviluppo della personalità, tali differenze riemergono e rivendicano eguale rispetto.

È dunque in questa prospettiva che occorre condurre la laica ricognizione delle componenti identitarie che la coscienza organizza in personale biografia, proprio movendo dagli elementi da cui la legge si astrae per assicurare l'eguaglianza formale.

Il trascorrere dal soggetto astratto (eguaglianza in senso formale) alla persona reale significa riconoscere il valore della complessità sociale, vuol dire riconoscere nella laicità immanente al pluralismo la tecnica che consente la 'scoperta dell'uomo interiore'. Di una diversa soggettività giuridica che si colloca accanto a quella astratta e che consente la effettiva realizzazione del principio personalistico.

Ma è opportuno sottolineare come anche nella ricognizione delle componenti identitarie che la coscienza organizza occorre tener conto delle indicazioni offerte dal diritto europeo. In tale prospettiva è prezioso il riferimento all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Nel 1 comma di quell'articolo vi è un'indicazione significativa ai fini della ricognizione delle componenti identitarie, un allargamento della rilevanza esistenziale prevista dal 1 comma dell'art. 3 Cost., che coinvolge l'origine etnica e sociale, le caratteristiche genetiche, le convinzioni di qualsiasi natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, le tendenze sessuali.

Nella diversa e più larga prospettiva europea le componenti identitarie comprendono la biologia della persona e non consentono la rilevanza di una biologia astratta dalla biografia o a questa indifferente.

L'unità della persona non autorizza un diverso trattamento del dato biologico, come se esistesse una identità biografica distinta e minore rispetto a quella biologica.

La pari dignità sociale delle componenti identitarie, la laicità della decisione pubblica che gestisce la complessità sociale promovendo il libero sviluppo della persona, non autorizza la distinzione tra biologia e biografia, ed è proprio su tale distinzione che, a ben vedere, è possibile ricostruire la complessa vicenda giuridica

e culturale che muove dalla sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 15 aprile 2010 e giunge sino alla legge sulle unioni civili (l. n. 76 del 20 maggio 2016)[24].

Nella percezione del giudice ordinario il divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso aveva già sollevato un dubbio di costituzionalità in ragione del confronto con la diversa e positiva soluzione giuridica edificata in base alla legge sulla rettificazione del sesso dei transessuali.

Il mutamento della conformazione anatomica, non certo genetico o di percezione di sé, che consente il matrimonio al transessuale che ha ottenuto, dopo il trattamento medico–chirurgico, la rettificazione di attribuzione di sesso in base alla legge 14 aprile 1982, n. 164, non sembrava giustificare la restrizione per persone che hanno scelto di conservare l'originaria conformazione anatomica.

Adesso interessa solo sottolineare come, già in quella percezione, fosse il diverso trattamento tra biografia e biologia a sollecitare il controllo, la verifica della razionalità giuridica del divieto. Ed è significativo, in tal senso, che il giudice a quo rilevasse come: "…la l. n. 164 del 1982 ha profondamente mutato i connotati dell'istituto del matrimonio civile consentendone la celebrazione tra soggetti dello stesso sesso biologico ed incapaci di procreare, valorizzando così l'orientamento psicosessuale della persona. Con riferimento all'assetto normativo sistematico delineato l'identità di sesso biologico non può essere legittimamente invocata per escludere gli omosessuali dal matrimonio. Se è vero, infatti, che fattore meritevole di tutela è l'orientamento psicosessuale della persona, non appare in alcun modo giustificata la discriminazione tra coloro che hanno naturale orientamento psichico che li spinge ad una unione omosessuale, e non vogliono pertanto effettuare alcun intervento chirurgico di adattamento, né ottenere la rettificazione anagrafica per conseguire un'attribuzione di sesso contraria al sesso biologico,— ai quali è precluso il matrimonio —, e i transessuali che sono ammessi al matrimonio pur appartenendo allo stesso sesso biologico ed essendo incapaci di procreare"[25].

VI. LA FUNZIONE IDENTITARIA DELLA COSCIENZA.

Indicazioni di significativo valore, sempre sotto il profilo della pari dignità sociale delle scelte identitarie, è possibile rintracciare già nella giurisprudenza della Corte costituzionale che, con riguardo al rapporto tra coscienza e religione, aderisce alla "dottrina prevalente" che "fa ormai rientrare la tutela della cosiddetta libertà di coscienza dei non credenti in quella della più ampia libertà in materia religiosa

24 A riguardo cfr. Nicolussi, A.: "Famiglia e biodiritto civile", Europa dir. priv., 2019, p. 713 ss.; Sesta, M.: "La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali", Riv. trim. dir. proc. civ., 2017, p. 567 ss.

25 Trib. Venezia, ord. 3 aprile 2009, Foro it. 2009, I, c. 2234. Su biologia e biografia cfr.la stimolante riflessione di Mancina, C.: La laicità al tempo della bioetica, Il Mulino, Bologna, 2009, passim, ma p. 49 ss. e p.79 ss.

assicurata dall'art. 19, il quale garantirebbe altresì…la corrispondente libertà negativa".[26]

La decisione pubblica che assume la forma giuridica della sentenza di costituzionalità accoglie, dunque, una definizione della libertà di coscienza diversa da quella per cui libertà di coscienza e libertà di culto costituiscono gli aspetti fondamentali "nei quali si concreta ed estrinseca il diritto di libertà religiosa"[27], così abbandonando la classica impostazione per cui la libertà di coscienza si risolve in un "presupposto di più specifici diritti" ed in particolare del diritto di libertà religiosa.[28]

Un'impostazione ed una concezione destinate a consolidarsi nella giurisprudenza costituzionale, ed in particolare in quella che ha ricostruito la libertà religiosa garantita dall'art. 19 Cost. come diritto inviolabile, tutelato "al massimo grado" dalla Costituzione.[29]

È stato sottolineato altresì che la garanzia costituzionale ha valenza anche "positiva". Infatti, e si tratta di una considerazione di particolare rilievo per la riflessione che si sta svolgendo, il principio di laicità che contraddistingue l'ordinamento repubblicano è da intendersi, secondo l'accezione che la giurisprudenza costituzionale ne ha dato, non come indifferenza dello Stato di fronte all'esperienza religiosa, bensì come tutela del pluralismo, a sostegno della massima espansione della libertà di tutti, secondo criteri di imparzialità[30].

Ma la connotazione inclusiva della laicità viene affermata anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Persino quando ritiene che la decisione, stabilita in un ordinamento nazionale, di vietare ai dipendenti pubblici di indossare simboli espressione di una determinata religione durante l'esercizio dell'attività lavorativa sia conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Infatti, se il divieto è a) previsto dalla legge, b) applicato in modo non discriminatorio e c) si prefigge di garantire analoghi diritti e libertà altrui, è da ritenersi compatibile con la Convenzione. Conclusione argomentata movendo dal

26 Corte Cost., 10 ottobre 1979, n. 117, Giur. cost., 1979, p. 816 ss.

27 Così D'Avack, P.A.: "Libertà di coscienza, di culto e di propaganda", Enc. Dir., vol. XXIV, Milano, 1974, p. 592.

28 Si v. in tal senso Modugno, F.: I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale, Giappichelli, Torino, 1995, p. 22; Colaianni, N.: Tutela della personalità e diritti della coscienza, cit., p. 25 ss. e p. 30 ss.

29 Corte Cost., 12 aprile 1989, Foro it., 1989, I, c. 1333; Corte Cost., 27 aprile 1993, n. 195, Foro it., 1995, I, c. 3114; Corte Cost., 8 ottobre 1996, n. 334, Foro it., 1997, I, c. 25; Corte Cost., 10 marzo 2016, n. 52, Foro it., 2016, I, c. 1940.

30 Corte Cost., 24 marzo 2016, n. 63, Foro it., 2017, I, c. 1451; Corte Cost., 20 novembre 2000, n. 508, Foro it., 2002, c. 985. Ma già, cfr. Corte Cost., 14 novembre 1997, n. 329, Foro it., 1998, c. 26; Corte Cost., 18 ottobre 1995, n. 440, Foro it., 1996, I, c. 30; Corte Cost., 12 aprile 1989, n. 203, Foro it., 1989, I, c. 1333. Si v. inoltre Corte Cost., 7 aprile 2017, n. 67, Foro it., 2017, I, c. 1450; Corte Cost., 5 dicembre 2019, n. 254, Riv. giur. edilizia, 2020, I, p. 3 ss.

principio per cui la protezione della laicità dello Stato è legittima ed è conforme ai valori che sono alla base della Convenzione.[31]

Nondimeno occorre sottolineare che il riconoscimento della libertà di coscienza come diritto inviolabile della persona (art. 2 Cost.) assume una connotazione ancora parziale se è circoscritto alla rilevanza giuridica della "relazione intima e privilegiata dell'uomo con sé stesso". Se, detto in altri termini, il discorso giuridico non acquisisce l'attitudine costruttiva immanente all'idea che tale relazione privilegiata, cui pure è da riconoscere il merito di aver consolidato il superamento di una concezione della coscienza costruita sul rapporto tra uomo e Dio, non viene considerata di rilievo costituzionale solo "quale principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo".[32]

Vi è, quindi, un ulteriore, significativa affermazione che probabilmente non ha sollecitato la riflessione dell'interprete e che, invece, sembra di particolare rilievo per ricostruire nel diritto privato vivente, ossia interpretato ed applicato nel rispetto della legalità costituzionale, la libertà dell'azione identitaria.

La coscienza non è solo "la base spirituale e il fondamento etico– giuridico" delle libertà e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti al l'uomo come singolo, dunque un antecedente che rende possibile la realtà della libertà; ma anche il "regno delle virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella vita di relazione". Si afferma con chiarezza che la coscienza gode di una protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino compressi nelle loro possibilità di manifestazione e di svolgimento a causa di preclusioni o di impedimenti posti alle potenzialità di determinazione della coscienza medesima, che non resistono al controllo di ragionevolezza.

In tale affermazione vi è già una traccia della funzione identitaria della coscienza in quanto destinata a rendere effettiva l'espressione dei diritti inviolabili, ma l'analisi del dato giurisprudenziale riesce ad individuare un ulteriore e significativo sviluppo nel riconoscimento dell'autodeterminazione come autonomo diritto fondamentale della persona[33].

31 Corte edu, 26 novembre 2015, n. 64846/11, Quad. dir. pol. eccl., 2016, p. 782 ss.

32 Questo il senso della fondamentale sentenza Corte Cost., 19 dicembre 1991, n. 467, Giur. it., 1992, I, c. 630.

33 Il riferimento è non solo alla sentenza Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 438, Foro it., 2009, I, c. 1328; ma v. anche la sentenza Corte Cost., 30 luglio 2009, n. 253, Foro it., 2009, I, c. 2889. Si v. inoltre l'Editoriale di Rodotà, S. , Riv. crit. dir. priv., 2009, p. 3 ss. Ma v. anche la sentenza Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, Foro it., 2009, I, c. 2301 che si pronunciava sull'incostituzionalità del divieto di produzione di un numero di embrioni superiore a tre previsto dalla legge 40 del 2004, in particolare il punto 6.1 del Considerato in diritto.

1. (*Segue*) La 'Secolarizzazione 'della coscienza.

Tale riconoscimento, ancora oggi sottovalutato in troppi scritti, utilizza il consenso informato al trattamento sanitario solo come paradigma del diritto al libero sviluppo della persona che si manifesta attraverso la scelta consapevole.

Il giudice delle leggi include nella costruzione della legalità costituzionale la funzione identitaria della scelta consapevole. La coscienza assiste la scelta combinando tutti i fattori identitari: la relazione intima e privilegiata dell'uomo con sé stesso, attraverso la co scienza–funzione, rivela "la realtà", quindi l'effettività, della libertà fondamentale al libero sviluppo.

Occorre tuttavia chiarire che l'analisi del dato giurisprudenziale su libertà di co- scienza e libertà di religione coglie solo alcuni, importanti ma parziali profili di un più generale processo di 'secolarizzazione della coscienza': una formula, quest'ultima, convocata adesso per denominare un'evoluzione giurisprudenziale nel segno della progressiva affermazione della laicità delle forme e delle tecniche di tutela del diritto privato.

A riguardo l'osservatore può registrare il definitivo superamento delle ragioni di perplessità manifestate dalla giurisprudenza con l'affermazione per cui il riferimento ad un'indistinta e non precisata coscienza sociale, se può avere rilievo sul piano assiologico e delle modifiche normative, più o meno auspicabili, secondo le diverse opzioni culturali, "non è criterio che possa legittimamente guidare l'attività dell'interprete del diritto positivo"[34].

Superamento concretizzato nel principio per cui il riconoscimento del diritto di un soggetto di rifiutare un trattamento sanitario quando tale decisione sia assunta per ragioni religiose, "allorché cioè si esplichi il diritto all'autodeterminazione soggettiva intesa come potere di controllare le modalità di costruzione della propria identità personale", incide, in termini di "irrilevanza del rifiuto di trasfusione", ai fini della valutazione ex art. 1227 c.c.[35]

Sempre in punto di secolarizzazione della coscienza occorre sottolineare come il principio della parità di trattamento delle confessioni religiose, principio sancito dagli artt. 1 e 2 della direttiva 2000/78/CE e dagli artt. 43 e 44 del d.lgs. n. 286 del 1998, è stato interpretato ed applicato nel senso che deve essere assicurata una forma di uguaglianza tra tutte le forme di religiosità, in essa compreso il credo ateo o agnostico, e che la sua violazione integra una discriminazione vietata.

34 Cass., sez. un., 22 luglio 2015 n. 15350, Foro it., 2015, I, c. 2682.

35 Cass., 15 gennaio 2020 n. 515, Foro it., 2020, I, c. 2062.

Tale discriminazione si verifica in particolare quando, nella comparazione tra due o più soggetti, non necessariamente nello stesso contesto temporale, uno di essi è stato, è o sarebbe avvantaggiato rispetto all'altro, sia per effetto di una condotta posta in essere "direttamente dall'autorità o da privati", sia in conseguenza di un comportamento, in apparenza neutro, ma che abbia comunque una ricaduta negativa per i seguaci della religione discriminata[36].

Il diritto all'autodeterminazione assume altresì una specifica connotazione tecnica nel giudizio di responsabilità civile del medico. In particolare, è stato affermato il principio di diritto per cui l'inadempimento dell'obbligo di acquisire il consenso informato del paziente assume una diversa rilevanza causale a seconda che sia dedotta la violazione del diritto all'autodeterminazione o la lesione del diritto alla salute.

Infatti, mentre nel primo caso l'omessa o insufficiente informazione preventiva evidenzia "ex se" una relazione causale diretta con la compromissione dell'interesse all'autonoma valutazione dei rischi e dei benefici del trattamento sanitario; nel secondo caso l'incidenza eziologica del deficit informativo sul risultato pregiudizievole dell'atto terapeutico correttamente eseguito dipende dall'opzione che il paziente avrebbe esercitato se fosse stato adeguatamente informato ed è configurabile soltanto in caso di presunto dissenso.

Di tale principio la conseguenza è che l'allegazione dei fatti dimostrativi di tale scelta costituisce parte integrante dell'onere della prova del nesso eziologico tra inadempimento ed evento dannoso. Onere che in applicazione del criterio generale di cui all'art. 2697 c.c., grava sul danneggiato[37].

Di particolare rilievo è, ancora con riguardo al diritto all'autodeterminazione, il principio di diritto per cui se il danneggiato allega di aver subito un danno generato ex art. 1223 c.c. dalla omessa informazione, spetta al giudice accertare se il danno invocato abbia superato la soglia della serietà e gravità, da determinarsi nel bilanciamento tra principio di solidarietà e di tolleranza secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico.

Tuttavia, il presupposto indispensabile per l'apprezzamento e la conseguente risarcibilità di un pregiudizio discendente dalla lesione del diritto del paziente ad autodeterminarsi è che l'evento si ponga in correlazione causale con le sofferenze patite che non devono consistere in meri disagi o fastidi.

36 Cass., 17 aprile 2020, n. 7893, Foro it., 2020, I, c. 1538.

37 Cass., 4 novembre 2020, n. 24471.

Dunque, non è risarcibile un presunto danno quando nell'omessa informazione non sia dato scorgere alcun tipo di pregiudizio al di là della mera privazione del diritto di scegliere fine a sé stesso. Ma, d'altro canto, l'istanza risarcitoria deve essere accolta quando il diritto all'autodeterminazione risulti il presupposto per il compimento di una pluralità di possibili scelte che l'omessa informazione ha impedito venissero assunte.

La lesione del diritto all'autodeterminazione rileva nei limiti in cui esiste il potere di scegliere[38].

VII. AUTODETERMINAZIONE ED OBIEZIONE: DIFFERENTI TECNICHE DEL PLURALISMO.

Il discorso si è già soffermato sulla scoperta della persona reale accanto al soggetto astratto e sulla necessità che il giurista si interroghi sulla nuova capacità giuridica di cui ha bisogno il diritto privato della democrazia pluralista postmoderna. Si tratta di un problema complesso, che consente una pluralità di approcci; tuttavia, nella direzione di analisi indicata dalla libertà di coscienza, la strategia epistemologica che sembra più adeguata in termini di analisi ermeneutica e dogmatica è quella scandita dalla contrapposizione tra autodeterminazione (scelta), da un lato, e obiezione, dall'altro[39].

Sotto il profilo della conformazione della decisione pubblica si tratta in entrambi i casi (autodeterminazione/obiezione) di forme destinate alla gestione della complessità sociale; e tuttavia la preferenza per l'una o per l'altra non è indifferente per la ricostruzione del diritto privato come sistema che asseconda, protegge e favorisce la costituzionalizzazione della persona, ossia il progetto culturale e giuridico della centralità del soggetto reale nel sistema di principi che concretizza la legalità costituzionale allargata non solo alle norme interposte in senso formale ma anche a quelle interposte in senso solo materiale (soft law)[40].

Persino le logiche che assistono l'autodeterminazione, la scelta, da un lato, e l'obiezione di coscienza, dall'altro, sono molto diverse. L'obiezione asseconda la logica del conflitto e, di conseguenza, quella della prevalenza esclusiva; l'autodeterminazione, attraverso la scelta, quella della compatibilità inclusiva.

38 Cass., 16 marzo 2021, n. 7385.

39 La letteratura giuridica in tema di obiezione è molto vasta, v. ma solo come indicazioni di massima, Bertolino, R.: L'obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione, Giappichelli, Torino, 1994, passim; Montanari, B.: Obiezione di coscienza. Un'analisi dei suoi fondamenti etici e politici, Giuffrè, Milano, 1976, passim, ma pp. 49-79; Guarino, A.: Obiezione di coscienza e valori costituzionali, Jovene, Napoli, 1992, passim, ma p. 14 ss.; Lillo, P.: "Obiezioni di coscienza ed esperienza giuridica. Riflessioni sui nuovi volti di Antigone", Dir. Famiglia, 2010, p. 1761 ss.

40 Cfr. per alcuni spunti ed istruttive indicazioni Rodotà, S.: La via , cit., p. 36 s. e p. 67ss.

Entrambe sono tecniche della società pluralista in quanto destinate a gestire la complessità sociale.[41] Tuttavia, l'obiezione gestisce il conflitto secondo una modalità che consente solo in astratto la permanenza dei valori antagonisti, ma in concreto determina la prevalenza e, dunque l'esclusione, di una delle due assiologie. La scelta, l'opzione della coscienza, neutralizza il conflitto senza occultarlo. In tal caso, la decisione pubblica prende atto che nella realtà il conflitto esiste e mette la persona nella condizione di scegliere tra le possibili alternative consentite dalla legalità costituzionale.

L'eguaglianza reciproca ed effettiva del potere privato, e dunque la connotazione culturale e giuridica del diritto privato funzionale alla legalità costituzionale, appartiene alla scelta autodeterminata più che all'obiezione. La prima, non la seconda, riesce a realizzare il pieno sviluppo della persona (art. 2, Cost.).

Dal punto di vista giuridico occorre innanzitutto segnalare come le grandi vicende della coscienza che hanno sollecitato ed accompagnato la riflessione del giurista, sono in prevalenza caratterizzate nel segno della 'necessità' costituzionale della demolizione dell'obbligo o del divieto per affermare la libertà della scelta, ossia dell'opzione dettata dall'identità coordinata dalla coscienza.

Paradigmatica, in tal senso, è l'intera vicenda culturale e giurisprudenziale che ha coinvolto, e per certi aspetti coinvolgerà ancora, la legge n. 40 del 2004. A cominciare dal divieto di produrre un numero di embrioni superiore a tre demolito dalla sentenza della Corte Cost. n. 151 del 2009, sino alla dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa ed al superamento del limite dell'impossibilità della diagnosi preimpianto[42].

Si tratta solo di esemplificazioni di un più esteso e coinvolgente processo di revisione dell'impianto originario della legge n. 40 del 2004 nel segno della progressiva acquisizione di spazi ulteriori per il diritto privato, ossia per l'esercizio del potere di consapevole autodeterminazione.

In tal senso occorre sottolineare come anche il riconoscimento della legittimità costituzionale del divieto di maternità surrogata debba essere collocato all'interno di un più complesso impegno ermeneutico e sistematico della giurisprudenza che, d'altro canto, è giunta ad affermare il principio di diritto per cui non è in contrasto con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo status genitoriale secondo il modello

41 Sull'obiezione di coscienza come tecnica del pluralismo v. Rodotà, S.: "Problemi dell'obiezione di coscienza", Quad. dir. pol. eccl., 1993, p. 53 ss.

42 Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, Foro it., 2014, I, c. 2324; Corte Cost., 5 giugno 2015, n. n. 96, Foro it., 2015, I, c. 2250; Corte Cost., 11 novembre 2015, n. 229, Foro it., 2015, I, c. 3749.

dell'adozione piena o legittimante. Il giudice ha altresì sottolineato, in particolare, come non costituisca a riguardo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo sia omogenitoriale (solo) se venga esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione[43].

A ben vedere, in punto di analisi teorico-generale, sia l'opzione che l'obiezione accettano la rilevanza esterna della coscienza. Tuttavia, l'obiezione presuppone una norma antagonista che ha imposto, attraverso l'obbligo o il divieto, una scelta che contrasta con l'azione identitaria del singolo. Al contrario, il primato della scelta realizzato attraverso l'autodeterminazione presuppone una norma che non ha fatto (imposto) una scelta.

VIII. LA NEUTRALITA' INCLUSIVA DELLA DECISIONE PUBBLICA.

Pensare alla libertà di coscienza in relazione al diritto all'autodeterminazione significa assecondare la prospettiva della scelta (opzione) in quanto più coerente alla legalità costituzionale della democrazia laica. Quella che non riconosce alla decisione pubblica il potere di imporre scelte identitarie ma solo il dovere di favorire l'autonomia delle scelte individuali e che, dunque, rifiuta la deriva nichilista nel segno del primato assiologico della persona.

Nella prospettiva appena indicata, l'obiezione di coscienza rimane una tecnica del pluralismo nel senso che costituisce una regola di default. L'obiezione è chiamata a rimuovere un ostacolo al pieno sviluppo della persona che è stato posto dalla norma. Ma ciò significa, sembra opportuno ricordarlo, accettare comunque un grave rischio: quello rappresentato dalla circostanza che una maggioranza parlamentare possa selezionare il punto di vista, la scelta identitaria, da proteggere attraverso l'obiezione.

E si tratta di un rischio reale se si considera, ad esempio, che soltanto la disobbedienza civile, che è cosa diversa dall'obiezione di coscienza, o l'emigrazione - ossia l'alternativa che storicamente ha avviato il percorso storico della libertà di coscienza e che oggi si ripropone nella forma del turismo procreativo, ma con toni non meno drammatici ed esclusivi - soltanto secondo queste due modalità (obiezione o disobbedienza civile), si diceva, era possibile la scelta della fecondazione eterologa ed è, ancora oggi, possibile il ricorso alla maternità surrogata altruistica o l'adozione piena e legittimante da parte della coppia omoaffettiva[44].

43 Cass. 31 marzo 2021, n. 9006. Sentenza, quest'ultima, da meditare in relazione alla precedente sentenza, resa sempre a Sezioni Unite, Cass., 8 maggio 2019, n 12193, Foro it., 2019, I, c. 4027. Sul divieto di maternità surrogata Corte Cost. 18 dicembre 2017, n. 272, Foro it., 2018, I, c. 16. Cfr. Grasso, A.G.: La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva, Aracne, Roma, 2020, passim, ma p. 109 ss. Si v. inoltre Di Masi, M.: L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale, Jovene, Napoli, 2020, p. 192 ss.

44 Art. 12, comma 6, l. 40 del 19 febbraio 2004 e art. 1, comma 20, l. 76, del 20 maggio 2016.

Occorre ricordare che il II comma dell'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea menziona l'obiezione di coscienza, ma la riconosce secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. Una norma orientata nel senso del rifiuto di un'obiezione di coscienza generalizzata come diritto fondamentale della persona. La tipicità legislativa dell'obiezione di coscienza accolta nella Carta dei diritti fondamentali conferma la preferenza per una tecnica legislativa che non ha bisogno di ricorrere all'opt–out per assicurare il rispetto della legalità.

La norma che rispetta e favorisce la scelta, in quanto non ricorre alla tecnica dell'obbligo o del divieto, abbandona la logica oppositiva ed accoglie la prospettiva della compatibilità fra scelte diverse. Sceglie una tecnica di gestione della complessità sociale che, laddove rilevi l'identità della persona, afferma principi e pone garanzie procedimentali, utilizza norme elastiche da concretizzare nella specificità del caso concreto in cui si trova la persona, affida, in definitiva, all'autodeterminazione del singolo la scelta finale[45].

La secolarizzazione della coscienza, e dunque l'affermazione dell'autodeterminazione come diritto fondamentale della persona, determina un rovesciamento di prospettiva con riguardo alla tecnica di gestione della complessità sociale consentita dalla diversità delle identità.

La decisione pubblica riconosce come regola la neutralità inclusiva, non più solo tollerante, che la laicità della democrazia richiede per favorire lo sviluppo della persona e crea le condizioni della scelta. Si apre alla complessità senza precludere nulla di quanto appartenga alla legalità costituzionale e ciò secondo un modello che l'osservatore ha già conosciuto, lo si è ricordato, attraverso le grandi vicende dell'obiezione di coscienza; quelle che hanno registrato il trascorrere dall'obbligo o dal divieto, alla facoltà esercitata in modo consapevole.

In altri termini - quelli consueti nel linguaggio del biodiritto ma paradigmatici - le vicende che procedono nel senso dell'affermazione del primato del consenso reso consapevole dalla garanzia dell'informazione.

In tal modo il senso del discorso riscopre il prezioso valore dell'insegnamento ricevuto dalla riflessione sull'immunità e sul privilegio. L'autodeterminazione ripropone l'idea dell'immunità che si lega, da un lato, alla disuguaglianza e , dall'altro, all'autonomia; ed in tal modo realizza una nuova, positiva "..inviolabilità della persona nelle manifestazioni più gelose della libertà, della coscienza, del riserbo'[46].

45 Si cfr. a riguardo Rodotà, S.: "Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile", Riv. Dir. Comm., 1967, p. 91 ss.

46 Il riferimento è al saggio di Rescigno, P.: "Immunità e privilegio", in Persona e comunità, vol. I, Cedam, Padova, p. 392 ss.

A ben vedere, un'idea non diversa da quella che il costituente consegna alla disposizione contenuta nell'art. 32 laddove si afferma che "La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana". Una norma cui è possibile riconoscere una particolare attitudine sistematica se collegata al primato della persona e del suo libero sviluppo, che gli art. 2 e 3 Cost. indicano come i valori fondamentali della democrazia pluralista.

Al contrario, attraverso l'obiezione di coscienza si afferma l'idea del privilegio, dell'allargamento della capacità intesa come possibilità di fare quanto vietato o di non fare quanto prescritto come obbligatorio. Il potere pubblico, in tale prospettiva, è chiamato a riconoscere l'esenzione dal diritto posto come comune, a riconoscere speciali ambiti di disuguaglianza formale per assicurare la rilevanza delle reali diversità.

1. (*Segue*) La decisione del giudice ed il silenzio del legislatore tollerante.

In tale direzione di analisi, l'osservatore scopre l'insidia della decisione del giudice della coscienza e deve interrogarsi sui rischi immanenti alla tecnica dell'obiezione governata dal giudice.

In particolare, non interessa insistere ancora sul limite della concezione sostanzialista di tipo ideale, ed esclusivo degli altri elementi identitari della persona, di cui si è già detto e che pure è di rilievo nella individuazione del problema della coscienza. Occorre, invece, sottolineare solo la circostanza che la decisione che gestisce l'obiezione della coscienza è preliminarmente costretta a verificare l'esistenza di un tipo di convinzione cui ricondurre il comportamento.

Nulla di diverso da quanto avviene con quel procedimento che consente la qualificazione giuridica che il privatista è abituato a riferire attraverso il termine sussunzione; ma qui il problema è diverso e più insidioso, dal momento che il concetto antecedente di riferimento, la categoria della sussunzione, non è posta dalla legge, ma è ricavata da una caratteristica del dato sociologico.

L'esistenza della convinzione si risolve in un dato quantitativo che può essere riferito alla condivisione dell'idea ovvero al suo riconoscimento come categoria assiologia ordinante. In entrambi i casi la decisione è rimessa ad un dato quantitativo che esclude la rilevanza della persona interessata.

Al contrario, una volta che si riconduca il problema alla realtà del sistema di valori consegnato alla Costituzione, e in particolare si consideri che la decisione pubblica non può anteporre la verità all'identità della persona, l'osservatore può riscoprire ed utilizzare una diversa direzione di analisi.

Lo stato costituzionale che realizza la democrazia laica in quanto pluralista, lo si è già ricordato, non riconosce come antecedente della decisione la verità della convinzione; riconosce solo il primato dell'identità della persona.

Anche rispetto alla sentenza, dunque, la modalità di gestione della complessità affidata all'obiezione di coscienza dimostra la propria inadeguatezza; d'altro canto anche in sistemi che conoscono la libertà di coscienza come dato positivo, ed il riferimento è all'art. 4 del Grundgesetz tedesco, la dottrina prende atto delle ragioni che impongono di dubitare persino della legittimità del tipo di problema sollevato attraverso il rapporto tra verità e coscienza – quello che, in definitiva, caratterizza la decisione giudiziaria nella prospettiva dell'obiezione di coscienza – ed individua la soluzione nel radicale mutamento di prospettiva consentito dalla pluralistiche Gesetzgebung.

Nondimeno, occorre sottolineare l'insidia sottesa al silenzio del legislatore che sembra utilizzare la tolleranza per dissimulare la difficoltà politica, non certo giuridica, di gestire la complessità sociale.

Il riferimento è ancora all'esperienza giuridica tedesca ed in particolare al riconoscimento del diritto auf selbstbestimmtes Sterben come espressione dell'autonomia della persona da parte della Corte costituzionale federale.[47] La difficoltà del legislatore a trovare il punto di equilibrio politico necessario per la costruzione di meccanismi normativi di garanzia ragguagliabili a quelli contenuti nella legge italiana n. 219 del 2017 (artt. 1 e 2), potrebbe sollecitare o assecondare l'illusione che l'assenza di regola, il silenzio del legislatore, rappresenti una soluzione adeguata in termini di liberale tolleranza. E tuttavia, proprio il mancato intervento del legislatore genera l'insidia di soluzioni discrezionali e variabili in ragione delle diverse sensibilità ed organizzazione delle amministrazioni pubbliche regionali.

IX. DIGNITA' E LIMITI ALL'AUTODETERMINAZIONE.

Il breve discorso sulla libertà di coscienza deve limitarsi ad indicare almeno i termini generali del problema dei limiti che la legalità costituzionale impone all'azione identitaria; e ciò non solo in una prospettiva più larga di quella consentita dall'indispensabile riferimento ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale richiamati dall'art. 2 Cost., ma anche in considerazione della rilevanza che assume, in funzione di limite, il principio della pari dignità sociale[48].

47 BverfG, 20 febbraio 2020 (2 BvR2347/15 – Rn. 1-343), v. a riguardo Colaianni, N.: "L'aiuto al suicidio tra Corte costituzionale 242/2019 e BundesVerfassungsGericht 26 febbraio 2020", Stato, Chiese e pluralismo confessionale, (https://www.statoechiese.it), fascicolo n. 6, 2020.

48 Cfr. il saggio di Marella, M.R.: "Il fondamento sociale della dignità umana", Riv. crit. dir. priv., 2007, p. 67ss. Si v. inoltre Tampieri, M.: "L'identità personale: il nostro documento esistenziale", Europa dir. priv., 2019, p. 1195.

Intanto conviene precisare che il superamento dell'impostazione edificata sull'obiezione di coscienza circoscrive in misura assai significativa l'attitudine costruttiva del dibattito - ancora ricco di stimoli e di suggestioni da recuperare e sviluppare sotto altri profili – relativo al rapporto tra obbligo politico, obbligo giuridico e libertà di coscienza. A tal riguardo sembra però utile almeno ricordare come già la cultura liberale era giunta al ridimensionamento di tale rapporto attraverso la considerazione che l'obbligo giuridico non può contrastare né con l'obbligo politico né con l'obbligo morale se la dinamica del potere resta circoscritta dalle garanzie di libertà ed uguaglianza "che sono ulteriormente ribaditi dal dettato dell'art. 32, comma 2", dove si afferma che "La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana"[49].

È, invece, dal principio di pari dignità sociale che deriva il profilo più delicato del complesso problema dei limiti del diritto di autodeterminazione. Vuol dirsi in particolare della necessità che a tutti venga riconosciuto un eguale diritto di autodeterminazione e, dunque, della necessità giuridica e politica che l'esercizio della libertà identitaria non si traduca nella limitazione della libertà altrui.

Si tratta di un aspetto delicato e controverso, anche in ragione del fatto che la questione del conflitto presuppone l'individuazione della persona, ossia del titolare del diritto alla cosciente autodeterminazione. Aspetto, quest'ultimo, di particolare rilievo nella individuazione del limite da riconoscere, ma si tratta solo di un esempio, rispetto alle scelte identitarie connesse alla procreazione. Infatti, la parificazione dell'embrione e del feto alla persona, individua un soggetto su cui può incidere nel senso del limite l'esercizio della libera autodeterminazione della madre.

Più in generale, occorre limitarsi a richiamare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che nel Capo primo, quello dedicato alla "Dignità", pone nell'art. 3, II comma, tre divieti accanto al principio del consenso in formato.

In realtà anche quest'ultimo assume rilevanza sotto il profilo del limite, dal momento che non può esserci alcuna scelta senza un'adeguata consapevolezza dei vantaggi e degli svantaggi – intesi, questi ultimi, nel senso della maggiore o minore corrispondenza alle esigenze identitarie della persona interessata – connessi alle possibili alternative.

Adesso tuttavia interessa sottolineare, in particolare, come sia la dignità della persona, quella che nella sua dimensione sociale contribuisce in maniera significativa a giustificare il diritto fondamentale di autodeterminazione nel significato accolto

49 Si v. a riguardo Passerin d'Entrèves, A.: "Obbligo politico e libertà di coscienza", Riv. int. fil. dir. 1973, pp. 41- 53.

in questa riflessione; sia proprio la dignità della persona, si diceva, il fondamento costruttivo individuato dalla Carta dei diritti per rintracciare i principi di divieto[50].

La figura del limite appartiene al discorso giuridico sulla libertà dell'autodeterminazione, ma la sua formalizzazione non si realizza con la tecnica del divieto specifico di una o più azioni de terminate.

La legislazione per principi circoscrive in modo significativo la libertà di autodeterminazione, ma sempre secondo quella modalità elastica che consente, nell'affermazione come nella negazione della libertà, il primato della persona radicata nella propria realtà identitaria.

I tre divieti menzionati nel comma 2 dell'art. 3, a ben vedere, prefigurano identità, modi di essere vietati: l'identità seriale, la trasformazione del corpo in una fonte di lucro, l'eugenetica come selezione delle identità, più che singoli comportamenti indicano costruzioni identitarie incompatibili con il principio di dignità della persona.

Ancora una volta, la concreta operatività del principio, il suo tradursi in regola di decisione resta affidata alla gestione della singola identità nella dimensione reale della persona. Anche rispetto al divieto, è questo il senso del discorso, l'individuo resta persona e non è imprigionato nell' astratta soggettività.

50 Sulla dignità come fonte di limiti v. Resta, G.: "La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (Note a margine della carta dei diritti)", Riv. dir. civ., II, 2002, p. 801 ss.; Cricenti, G.: "Il lancio del nano. Spunti per un'etica del diritto civile", Riv. crit. dir. priv., 2009, p. 21 ss. Ma v. Mazzoni C.M.: Quale dignità. Il lungo viaggio di un'idea, Olschki, Firenze, 2019, p. 69 ss., p. 95 ss.

BIBLIOGRAFIA

Arendt, H.: La vita della mente, Il Mulino, Bologna, 1987, p. 369 ss.

Barba, A.: Consumo e sviluppo della persona, Giappichelli, Torino, 2017.

Bellini, P.: "Nuova problematica della libertà religiosa individuale nella società pluralista", in Aa. Vv.: Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico, Giuffrè, Milano, 1973, p. 1133.

Bertolino, R.: L'obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione, Giappichelli, Torino, 1994.

Bianca, C. M.: Le autorità private, Jovene, Napoli, 1977, pp. 4-8 e pp. 82-93.

Colaianni, N.: "L'aiuto al suicidio tra Corte costituzionale 242/2019 e BundesVerfassungsGericht 26 febbraio 2020", Stato, Chiese e pluralismo confessionale, (https://www.statoechiese.it), fascicolo n. 6, 2020.

Colaianni, N.: "Trent'anni di laicità", Stato, Chiese e pluralismo confessionale, (www.statoechiese.it), fascicolo n. 20, 2020.

Colaianni, N.: Tutela della personalità e diritti della coscienza, Cacucci, Bari, 2000, p. 35 ss.

Cricenti, G.: "Il lancio del nano. Spunti per un'etica del diritto civile", Riv. crit. dir. priv., 2009, p. 21 ss.

D'Avack, P.A.: "Libertà di coscienza, di culto e di propaganda", Enc. Dir., vol. XXIV, Milano, 1974, p. 592.

Di Cosimo, G.: Coscienza e costituzione, Giuffrè, Milano, 2000, p. 73 ss.

Di Marzio, P.: "La libertà di coscienza come diritto soggettivo", in Botta, R. (a cura di): L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico, Giuffrè, Milano, 1991, p. 267 ss.

Di Masi, M.: L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale, Jovene, Napoli, 2020, p. 192 ss.

Ferrari, M.:, Ernst Cassirer. Dalla scuola di Marburgo alla filosofia della cultura, Olschki, Firenze 1996, p. 147 ss. e p.160 ss.

Grasso, A.G.: La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva, Aracne, Roma, 2020, p. 109 ss.

Guarino, A.: Obiezione di coscienza e valori costituzionali, Jovene, Napoli, 1992, p. 14 ss.

Irti, N.: Un diritto incalcolabile, Giappichelli, Torino, 2016, p. 19 ss.e p. 89 ss.

Jemolo, A.C.: "Il diritto positivo e i diritti della coscienza", Giur. it. 1964, II, c. 91 ss.

Lariccia, S.: Stato e chiese in Italia 1948–1980, Queriniana, Brescia, 1981, p. 208 ss.

Lillo, P.: "Obiezioni di coscienza ed esperienza giuridica. Riflessioni sui nuovi volti di Antigone", Dir. Famiglia, 2010, p. 1761 ss.

Lombardi, G.: Potere privato e diritti fondamentali, Giappichelli, Torino, 1970, p. 35 ss. e p. 100 ss.

Mancina, C.: La laicità al tempo della bioetica, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 49 ss. e p.79 ss.

Marella, M.R.: "Il fondamento sociale della dignità umana", Riv. crit. dir. priv., 2007, p. 67 ss.

Marramao G.:L'ordine disincantato, Editori Riuniti, Roma, 1985, p. 73 ss.

Mazzoni C.M.: Quale dignità. Il lungo viaggio di un'idea, Olschki, Firenze, 2019, p. 69 ss.e p. 95 ss.

Modugno, F.: I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale, Giappichelli, Torino, 1995, p. 22.

Montanari, B.: Obiezione di coscienza. Un'analisi dei suoi fondamenti etici e politici, Giuffrè, Milano, 1976.

Nicolussi, A.: "Famiglia e biodiritto civile", Europa dir. priv., 2019, p. 713 ss.

Passerin d'Entrèves, A.: "Obbligo politico e libertà di coscienza", Riv. int. fil. dir. 1973, pp. 41-p. 53.

Patti, S.: "Il metodo scientifico di Reiner Schulze per l'armonizzazione del diritto privato europeo", Riv. dir. civ., 2021, p. 337 ss.

Perlingieri, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", Riv. dir. civ., 2018, p. 716 ss.

Perlingieri, P.: "Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica", Riv. dir. civ., 2010, p. 317 ss.

Perlingieri, P.: "Principio personalista, dignità umana e rapporti civili", Annali SISDiC, 2020, p. 1 ss.

Pinelli, C.: "Esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche e libertà di religione", Giur. cost., 2011, p. 947 ss.

Rescigno, P.: "Immunità e privilegio", in Persona e comunità, vol. I, Cedam, Padova, p. 392 ss.

Resta, G.: "La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (Note a margine della carta dei diritti)", Riv. dir. civ., II, 2002, p. 801 ss.

Rodotà, S :Il diritto di avere diritti, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 125 ss.

Rodotà, S: La vita e le regole, Giuffrè, Milano, 2012.

Rodotà, S.: "Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile", Riv. Dir. Comm., 1967, p. 91 ss.

Rodotà, S.: "Problemi dell'obiezione di coscienza", Quad. dir. pol. eccl., 1993, p. 53 ss.

Rodotà, S.: Dal soggetto alla persona, Editoriale scientifica, Napoli, 2007.

Rodotà, S.: Perché laico, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 4 s.

Ruffini, F.: La libertà religiosa. Storia dell'idea, Giuffrè, Milano 1967 (ristampa della 1^ ed., Torino 1901), p. 11.

Schiavone, A.: Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia, Einaudi, Torino, 2019, p. 281 ss.

Sesta, M.: "La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali", Riv. trim. dir. proc. civ., 2017, p. 567 ss.

Spadaro, A.: Libertà di coscienza e laicità nello stato costituzionale, Giappichelli, Torino, 2008, p. 58 ss.

Tampieri, M.: "L'identità personale: il nostro documento esistenziale", Europa dir. priv., 2019, p. 1195.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DERECHO SUPLETORIO "STANDUM EST CHARTAE"*

AUTONOMY OF WILL AND SUPPLETORY LAW. "STANDUM EST CHARTAE"

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 74-103

* Esta obra se ha elaborado en el marco del grupo de referencia (S.15-F17), sobre Investigación y Desarrollo del Derecho civil de Aragón, que está "Financiado por el Gobierno de Aragón y cofinanciado con Feder 2014-2020" "Construyendo Europa desde Aragón". Una versión completa de este estudio que incluye el tratamiento de las fuentes del Derecho y las fuentes del Derecho civil, así como las relaciones entre el Derecho civil del Estado y los diversos Derechos civiles españoles puede verse en Bayod López, C.; "La competencia en materia de fuentes del Derecho civil foral o especial Standum est chartae y Derecho supletorio. Una primera aproximación", RDCA-XXV, 2019, pp.91-128.

CARMEN Bayod López

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: El principio "Standum es Chartae" forma parte de las fuentes del Derecho civil de Aragón. En razón de ello, los particulares pueden regular sus intereses privados como bien les parezca y dentro de los límites del "Standum" (lo imposible, la Constitución y las normas imperativas del Derecho aragonés) en aquellas materias civiles en las que Aragón, teniendo competencia para ello, no hubiera legislado. De esta manera, el pacto impide la aplicación de las normas de Derecho supletorio, que bien podrían disponer otra cosa o incluso prohibir en su ámbito de aplicación lo pactado por los particulares.

La regla general permite afirmar que las normas de Derecho supletorio son dispositivas y por ello, lo regulado por el Derecho estatal, cuando tiene una aplicación supletoria en los territorios con Derecho civil propio, puede ser desplazado por la autonomía de la voluntad.

La validez o no del pacto no depende de lo que disponga el Derecho del Estado cuando tiene aplicación supletoria; su validez dependerá de que dicho pacto no infrinja los límites del "Standum" (de la autonomía de la voluntad en general entre los que se encuentran los principios Éticos (límites intrínsecos a la autonomía de la voluntad) que entraña el orden público constitucional. Estos principios exigen del juez no una tarea de subsunción de los hechos en la norma aplicable, que en estos casos no la hay por definición; sino un ejercicio de ponderación: el pacto será válido, "a menos que infrinja los principios de orden público (moral y buena costumbres)" que informan todo el Derecho civil español, y son un límite a la autonomía de la voluntad ex art. 3 CDFA.

PALABRAS CLAVE: Autonomía de la voluntad; "standum est chartae"; libertad civil; normas de "ius cogens"; normas imperativas; Derecho supletorio; orden público; moral; buenas costumbres.

ABSTRACT: *The "Standum est Chartae" principle is part of the civil law sources of Aragon. Beacuse of that, people can regulate their private interests as they see fit and within the limits of the "Standum" (the impossible, the Constitution and the imperative norms of Aragonese Law). Thus the, the pact prevents the application of the rules of extension law, which could otherwise provide otherwise or even prohibit in their scope what was agreed by individuals.*

The general rule allows to affirm that the norms of extensión law are optional, and therefore, what is regulated by state law when it has a extension application in the territories with its own civil law, can be displaced by the autonomy of the volition. The validity or not of the pact does not depend on what is provided by state law when it has extension application; its validity will depend on the fact that said agreement does not violate the limits of the "Standum" among which are the Ethical principles.

KEY WORDS: *Autonomy of the will; "standum" est chartae; civil liberty; "ius cogens"; rolues; extension law; public order; moral; good customs.*

SUMARIO.- I. LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS: EL "STANDUM EST CHARTAE".- II. "STANDUM ES CHARTAE": SU ÁMBITO DE APLICACIÓN. III. LOS LÍMITES AL "STANDUM": ¿LO SON LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SUPLETORIO? -1. Lo imposible.- 2. ¿Y el Derecho natural?- 3. La Constitución.- A) Su inclusión en 1999-. B). Los principios: Ética y Derecho.- C) Los límites constitucionales. Principios éticos: variación y ponderación.- 4. Normas imperativas del Derecho aragonés.- A) "Las normas imperativas del Derecho aragonés" y "norma imperativa aplicable en Aragón": ¿expresan lo mismo?- B) ¿Cuáles son las normas imperativas del Derecho aragonés?- 5. ¿Hay normas imperativas en el Derecho supletorio?- A) El punto de partida: una pregunta mal formulada.- B) Los principios Éticos del sistema: moral, buenas costumbres y orden público.- C) Quid iuris, si la norma del Derecho supletorio es expresión del orden público español. Los límites intrínsecos a la autonomía de la voluntad.- IV. "STANDUM EST CHARTAE": ¿HASTA DÓNDE? ALGUNOS EJEMPLOS PRÁCTICOS.- 1. El punto de partida.- A) La exigencia de ponderación en su aplicación.- B) Aplicación o inaplicación del Derecho supletorio.- 2. Algunas cuestiones prácticas.- A) Sustituciones fideicomisarias, prohibiciones de disponer y otras cuestiones semejantes.- B) Pactos de familia: maternidad subrogada, alimentos.- V. REFLEXIONES FINALES.

I. LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS: EL "STANDUM EST CHARTAE".

El art. 3 CDFA recoge uno de los principios tradicionales aragoneses que, desde Joaquín Costa, en lo que atañe al Derecho civil, se vincula a la libertad civil, a la autonomía de la voluntad, como principio que debe regir en Derecho privado y en particular en el Derecho civil.

Ya mucho antes, en la Edad Moderna, este brocardo aragonés se asoció a las libertades del Reino de Aragón y se mostró en la vieja Europa y en América del Norte como un ejemplo a seguir en la configuración del Estado moderno[1].

Sobre el "Standum" han escrito mucho y bien los profesores Lacruz Berdejo[2] y Delgado Echeverría[3], seguidos en sus apreciaciones y conclusiones, por la doctrina y el foro[4].

1 Morales Arrizabalaga, J.: *Fueros y libertades del Reino de Aragón. De su formación medieval a la crisis preconstitucional (1076-1800)*, ed. Rode, Zaragoza, 2007, pp. 76-83; Magoni, Cl.: *Fueros y libertades. El mito de la Constitución aragonesa en la Europa Moderna.* Traducción de Antonio Pérez Martín El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012.

2 Lacruz Berdejo, J.L: "Comentario al art. 3 Comp.", en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón,* T. I, ed. DGA, Zaragoza, 1988, pp. 229 a 298.

3 Delgado Echeverría, J.: "Comentario al art. 3 CDFA" en *Comentarios al Código del Derecho foral de Aragón,* ed. Dikynson, Madrid, 2015 pp. 101 a 104 [= *Código del Derecho foral de Aragón. Concordancias, doctrina y jurisprudencia*, ed. DGA, Zaragoza, 2015, reimpreso en 2018, pp. 105 a 108.]; Delgado Echeverría, J.: "Las fuentes del Derecho civil aragonés" (revisada por C. Bayod) en *Manual de Derecho foral aragonés*, coordinado por Bayod López y Serrano García, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2021, pp. 83 y ss.

4 Desde hace más de una década el profesor Moreu Ballonga le ha dedicado al "Standum" más páginas que ningún otro autor. Con todo, su opinión claramente contraria a la exégesis de este precepto formulada

• Carmen Bayod López
Carmen Bayod López es Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza. Investigadora Principal del Grupo de Referencia del Gobierno de Aragón Investigación y Desarrollo del Derecho civil de Aragón (Grupo IDDA), http://gidda.unizar.es.mialias.net. Correo electrónico: cbayod@unizar.es

Junto al profesor Delgado Echeverría[5] podemos afirmar que los pactos, la autonomía privada, no es fuente del Derecho en Aragón, pero sí lo es este principio tradicional, acaso el más importante, a mi juicio, y por ello aparece específicamente contemplado desde 1967 en un precepto propio: el art. 3 de la Compilación aragonesa y ahora en el art. 3 del Código del Derecho foral de Aragón (en adelante CDFA), sin perjuicio de algunas modificaciones que se han producido en estos años[6].

Su ubicación sistemática en el Título Preliminar del Código produce dos importantes efectos: por un lado, que la autonomía privada preside todas las materias civiles aragonesas que se puedan comprender en la expresión conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral o especial, y no solo en la contratación privada sino también el Derecho de familia, Derecho de sucesiones y en el Derecho civil patrimonial.

Por otro lado, esta primacía de la voluntad, decía Lacruz, hace que las leyes gocen de una presunción de supletoriedad, lo que se traduce en entender que las leyes aragonesas son dispositivas[7] y, por lo tanto, pueden ser desplazadas por la voluntad de los particulares[8], lo cual como señala Delgado Echeverría, no supone una limitación para el legislador aragonés que puede establecer todas las normas imperativas que le parezcan convenientes[9].

por la doctrina más autorizada, no ha contado en todos estos años con seguidores ni en la academia ni en el foro. Sus obras sobre el "Standum" son: "Joaquín Costa, el *standum est chartae*, y la actual política legislativa sobre el Derecho civil aragonés», *Homenaje al Profesor Lluis Puig i Ferriol,* Vol. II. Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 1809 a 1838; "Mito y realidad del *standum est chartae*, *Un jurista aragonés y su tiempo. El doctor Juan Luis López, Primer Marqués del Risco (1644-1703)*, Coord. M. A. González San Segundo, DGA, Zaragoza, 2007, pp. 315 a 503; "Sobre la influencia de Joaquín Costa en el Derecho civil aragonés", en el libro *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectivas, libro homenaje al Profesor Juan José Gil Cremades,* editado por el Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, pp. 741 a 772; y *Mito y realidad en el "standum est chartae*", Cívitas, Madrid, 2009; "Una reflexión sobre el llamado Código de Derecho Foral de Aragón de 2011" en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, coord. por Luis Díez-Picazo, Vol. 2, 2014, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 2143 a 2187.

5 Sigo lo dicho por el maestro y revisado por mí en "Las fuentes", cit., pp. 93 y ss.

6 Sobre las modificaciones de este precepto ya en 1985 [Ley 3/1985, de 21 de mayo], dónde se suprime la referencia al Derecho natural y la posterior reforma de 1999 [Ley 1/1999, de 24 de febrero] que da nueva redacción al Título Preliminar de la Compilación para adaptarlo a los principios constitucionales, ha sido explicados por Delgado Echeverría "Las fuentes", cit. pp. 90 a 93 y también en su "Comentario al art. 1º de la Compilación», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. I, dirigidos por Lacruz, DGA, Zaragoza, 1988, pp. 99 y ss.

7 Sobre las diversas categorías de normas, a las que luego me referiré, Delgado Echeverría, J.: "Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles" *DOXA*, núm. 29, 2006, pp. 195 a 218; y Atienza Rodriguez, M. y Ruiz Manero, J.: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* Ariel, 4ª ed. Barcelona, 2016.

8 Lacruz Berdejo, J.L.: "Comentario al art. 3 Comp.", cit. p. 274 y ss; en el mismo sentido Delgado Echeverría: "Las fuentes", cit. P .92.

9 Delgado Echeverría: "Las fuentes", cit. p.95.

II. *STANDUM ES CHARTAE*: SU ÁMBITO DE APLICACIÓN.

1. En todo el Derecho civil aragonés posible: "conservación modificación y desarrollo".

Como afirma el profesor Delgado Echeverría, el "Stamdum" opera en la totalidad del ordenamiento civil de competencia aragonesa; como él afirma, en opinión que comparto, "hasta donde podría legislar el legislador aragonés, y con la misma libertad, pueden disponer los aragoneses mediante sus pactos o disposiciones"[10].

Señala entonces, que en este ámbito no hay más normas imperativas que las aragonesas y que en estas materias las normas del Código civil sólo pueden ser supletorias de la voluntad de los particulares[11].

En efecto, el Derecho estatal solo es supletorio de la voluntad de los particulares cuando éstos nada acuerdan; si hay pacto, las normas del Derecho supletorio no se aplican, ya que el sistema de fuentes aragonés lo impide: "El Derecho civil general del Estado se aplica como supletorio en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que lo informan" (art. 1.2 CDFA en relación con el art. 149-3 CE).

Por lo tanto, si hay una norma aragonesa, en este caso el pacto ("Standum"), el Derecho del Estado no es de aplicación; sólo se aplicará como Derecho supletorio si nada han pactado al respecto los particulares (y no hay ley o costumbre aragonesa, claro ésta) y entonces en el estado de su actual vigencia y con respeto a los principios que informan el ordenamiento civil aragonés.

Veámoslo con un ejemplo.

En Aragón no se regula la comunidad de bienes, pero sí algunos aspectos de la comunidad hereditaria (arts. 365 y ss.; 369 y ss. CDFA), de las comunidades en mano común (arts. 585 a 587 CDFA) y del consorcio foral (art. 373 y ss.) por lo que, tal vez, el legislador aragonés pudiera tener competencia en esta materia.

Tomemos entonces como axioma que el legislador aragonés sí tiene competencia en esta materia (la comunidad de bienes) y pensemos que tres aragoneses compran en proindiviso una finca en Longares y acuerdan que permanecerán en la indivisión durante quince años[12].

10 Delgado Echeverría: "Las fuentes", cit. p.95-96

11 Delgado Echeverría: "Las fuentes", cit. p.95

12 El art. 400 CC resultará aplicable como Derecho supletorio del Estado solo si los adquirentes en proindiviso no han pactado otra cosa.

El pacto es perfectamente válido ya que no resulta aplicable el art. 400 CC (art. 1.2 CDFA), puesto que los particulares siguiendo el sistema de fuentes han cerrado la entrada a la aplicación del Derecho supletorio: si hay pacto no hay laguna que cubrir.

No cabe duda que el legislador aragonés, si tiene competencia para regular la comunidad de bienes, puede regularla como quiera y establecer un plazo diverso al de diez años (ya lo ha hecho en el art. 365 CDFA) y no parece que ese plazo (10 años) pertenezca al orden público español[13].

Ahora bien, dicho esto, otra cosa será que pensemos que sí deba existir un plazo en que finalice la situación de indivisión de la propiedad.

En efecto, ¿diríamos lo mismo si estos tres aragoneses acuerdan que la comunidad romana será indivisible "sine die" y renuncian al ejercicio de la acción de división?

Si creemos que este pacto es inválido, ¿cuál es la causa? No parece que lo sea porque así lo afirma "imperativamente" el art. 400 CC, puesto que habiendo pacto esta norma no se aplica en Aragón: ni como imperativa ni como dispositiva: el pacto le ha cerrado la entrada.

Si creemos que este pacto es inválido, será porque infringe un límite dentro del sistema de fuentes que determina en cada momento las reglas de validez y eficacia de los actos llevados a cabo por los particulares. Esto creo que es el "quid" de la cuestión y no lo que diga el art. 400 CC u otra norma de Derecho supletorio.

2. Ámbito de no aplicación: El Derecho civil del Estado.

El "Stamdum est chartae", sujeto a los límites que la misma norma señala, tiene aplicación en el marco de la competencia civil autonómica, pero no en aquellas materias civiles que son competencia exclusiva del Estado.

Estas normas de competencia exclusiva del Estado, "en todo caso", producirán en Aragón (lo mismo que en Madrid, en Sevilla, en Barcelona o Lugo) los efectos que le son propios y de acuerdo con el sistema de fuentes del art. 1 del CC; en el que no opera el "Standum" o "paramiento fuero vienze" del Derecho navarro o el art. 1255 CC.

13 Así lo afirmó Lacruz Berdejo: "Comentario", cit., p. 286.

Ni siquiera como ha pretendido algún autor entran en conflicto con el Derecho aragonés (o con cualquier otro Derecho civil autonómico) imponiendo un límite más al "Standum" a través de una norma imperativa no aragonesa[14].

Si se me permite el símil, estas normas imperativas no aragonesas juegan en distinta "liga" y por ello no entran en "competición" con las aragonesas: simplemente se aplican en Aragón (o en Cataluña, o en Galicia) como en el resto del territorio nacional.

III. LOS LÍMITES AL *STANDUM*: ¿LO SON LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SUPLETORIO?

El art. 3 del CDFA establece como límites a la autonomía de la voluntad, "lo imposible, la Constitución y la norma imperativa aragonesa".

1. Lo imposible.

Desde la redacción originaria de este precepto en la Compilación de 1967, se ha supeditado la validez y eficacia de los pactos y disposiciones acordados por los particulares a que "no resulte de imposible cumplimiento".

Este límite, como afirmara el profesor Lacruz, puede referirse a obstáculos físicos, morales o legales[15].

Por su parte, el profesor Delgado señala igualmente que este límite se refiere tanto a una imposibilidad física como jurídica. Pone como ejemplos la imposibilidad originaria de la prestación o una compraventa sin precio. Tal vez por ello, indica el maestro Delgado, este límite pocas veces se transgredirá en la práctica pero su

14 El profesor Moreu Ballonga pone como ejemplo de pactos ilícitos otorgados en capítulos matrimoniales por contravenir normas imperativas de los arts. 82 a 86 del Código civil (él se refiere a su redacción de 1981), señalando que aquéllas son normas del Derecho español de aplicación general y directa en toda España que pueden actuar como límites imperativos al "Standum est chartae". (*cfr.* Moreu Ballonga: "Mito y realidad", cit., p. 363 nota al pie 86). A lo largo de esta obra señala también como límites al "Standum" la regulación de las cláusulas generales y cláusulas abusivas en la contratación, los reglamentos internacionales o las normas procesales para afirmar, a mi juicio con gran error por su parte, que son límites del Derecho estatal al "Standum". Estas normas de aplicación general y directa en toda España (art. 149.1-8ª CE) sencillamente no son normas aragonesas y por no serlo no entran en colisión con ninguna otra norma del Derecho aragonés, no forman parte de su sistema de fuentes y se han de aplicar tal y como se disponga por el sistema de fuentes del Derecho del Estado: su aplicación, efectos e interpretación es uniforme en todo el territorio nacional, no solo en Aragón, también en Cataluña o en el País Vasco; si son imperativas, en ningún lugar del territorio nacional será posible un pacto en contrario, producen los efectos que le son propios conforme a su sistema de fuentes estatal sin colisionar con el sistema de fuentes autonómico, que no tiene aplicación al no ser éstas, "en todo caso", normas de competencia civil foral. Afirmar lo contrario, a lo que creo, contradice las relaciones entre el Derecho del Estado y el resto de los Derechos civiles españoles en el marco que diseña la CE., quizá por defender este autor ideas diversas afirme que el Derecho supletorio es imperativo en Aragón, contradiciendo con ello las afirmaciones de Lacruz, Sancho Rebullida, Delgado, Serrano, Bayod, entre otros, e incluso Miguel del Molino, quien ya afirmo en 1585 que el Derecho supletorio no puede ser imperativo.

15 Lacruz Berdejo: "Comentario", cit., pp. 264 a 267.

existencia muestra "en positivo que está al alcance de la autonomía de la voluntad todo lo que es posible sin excepción, ni precisión de ningún fundamento: también lo inusitado, lo desconocido hasta entonces, aun lo arbitrio y caprichoso (…) sin más apoyo para la validez del acto de autonomía que el principio "Stadum est chartae" (…)"[16].

2. ¿Y el Derecho natural?

El art. 3 de la Compilación entre los límites del "Standum" incluía, junto a lo imposible y a la norma imperativa aplicable en Aragón, "que la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones no sea contraria al Derecho natural".

El Derecho natural, según explicaba LACRUZ, representa el contenido ético que todos los pactos deben guardar, representa la expresión de las buenas costumbres o la moral de la sociedad en cada momento concreto[17].

La referencia al Derecho natural como límite del "Standum" fue suprimida en 1985 y su supresión gozó de la crítica doctrinal[18].

Señalaba también LACRUZ que, con todo, dicha supresión no alteraba el panorama legal, en el cual "siempre tendrá lugar la ética común como principio del Derecho aragonés de los del art. 1º Comp." Sin duda, añadía, la moral corriente sigue siendo un límite al albedrío de la voluntad[19].

Por lo tanto, cabe concluir, teniendo en cuenta lo afirmado por LACRUZ que, aun a falta de mención expresa, la moral y las buenas costumbres, representan un principio ético del Derecho foral de Aragón que limita la autonomía de la voluntad.

Estos principios de contenido ético son los que ahora señala la Constitución[20] como seguidamente vamos a ver.

3. La Constitución: Derecho natural y orden público.

A) Su inclusión en 1999.

Como afirma DELGADO, es obvio que la autonomía privada de los aragoneses está sujeta a la Constitución, pero convenía expresarlo en el art. 3 CDFA. Por ello, desde 1999, esta norma añade, junto al límite de lo imposible y las normas

16 LACRUZ BERDEJO: "Comentario", cit., pp. 96 y 97.

17 LACRUZ BERDEJO: "Comentario", cit. pp. 265.

18 LACRUZ BERDEJO: "Comentario", cit. pp. 265; DELGADO ECHEVERRÍA: "Las fuentes", cit. p.96.

19 LACRUZ BERDEJO: "Comentario", cit. pp.265 a 267.

20 Así lo afirma el profesor DELGADO ECHEVERRÍA: "Las fuentes", cit. p.96

imperativas del Derecho aragonés, que "la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos y disposiciones (…) no sea contraria a la Constitución"[21].

Señala Delgado que la referencia a la Constitución viene a desempeñar la función que históricamente correspondió al Derecho natural, a la vez que proporciona también los principios de orden público español que han de respetarse en todo caso[22].

La Constitución no es una norma que pertenezca al Derecho aragonés, está por encima de él, y por ella Aragón tiene competencia en materia civil y es el Derecho aragonés el que pertenece y se integra en el marco español y europeo a través de la Constitución.

En efecto, la Constitución, como señala la profesora Parra Lucán, debe ser el punto de partida en toda consideración que se haga sobre la autonomía de la voluntad. Ciertamente la Constitución no garantiza expresamente la autonomía privada, pero la autonomía privada es sin duda un valor constitucional[23].

La dignidad de la persona, el Derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa fundamentan, al decir de la profesora Parra Lucán[24], el principio de la autonomía privada en la Constitución[25].

Por ello también, como afirma Parra Lucán, la Constitución suministra el marco, las limitaciones y las razones, por las que el legislador puede introducir límites a su ejercicio; así como también es la Constitución la que proporciona los principios del ordenamiento que pueden servir para orientar una interpretación de los límites previstos por el legislador[26].

B) Los principios constitucionales: Ética y Derecho.

En estos últimos años, la profesora Parra Lucán y el grupo de investigadores que ha dirigido han abordado los diversos límites a la autonomía de la voluntad teniendo en cuenta los principios constitucionales en los diversos sectores del ordenamiento (persona, familia, sucesiones, relaciones laborales, contratos, derechos reales, etc.).

21 Delgado Echeverría: "Las fuentes", cit. p.97.

22 Delgado Echeverría: "Las fuentes", cit. p. 97.

23 Así lo afirma Parra Lucán, M.A.: "La autonomía privada en el Derecho civil: tendencias y transformaciones, en AA.VV.: *La autonomía privada en el Derecho civil*, Dirigido por María Ángeles Parra Lucán, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2016, p. 30.

24 Parra Lucán, M.A.: "La autonomía privada", cit. p.30.

25 En similares términos los afirmó también De Castro en su obra "Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", en *ADC*, T. IV, 1982, p. 1067 nota al pie 288.

26 De Castro: "Limitaciones intrínsecas", cit. p.31.

Tomando como punto de partida estos estudios[27] creo que podemos colegir los límites a la autonomía privada derivados de la Constitución, los principios en ella contenidos y que han de informar los convenios de los particulares, su autonomía de la voluntad.

- *Con carácter general* creo que debemos de partir de *algunas cuestiones previas que informan todo el ordenamiento civil español* (que no sólo está formado por el Código civil, a él pertenecen también el resto de los Derechos civiles españoles).

1. El respeto a los Derechos fundamentales. Representan un límite a la autonomía de la voluntad cuando ésta no es respetuosa con los mismos (principios de igualdad, libertad ideológica y religiosa, derechos al honor, etc.)[28].

2. La protección del débil. El estado social y de Derecho impide que la autonomía de la voluntad pueda ejercerse en cualquier dirección. En sus parámetros debe estar la protección de los más desfavorecidos. La profesora Parra pone como ejemplos de exigencia constitucional la protección de los consumidores o la subordinación de toda la riqueza al interés general[29].

3. La seguridad del tráfico jurídico y la protección de los terceros en la contratación.

- *En particular* en la autonomía privada se deben *tener en cuenta los principios de orden público generales* que informan cada parcela en la que fraccionamos el Derecho civil.

---

27 Las siguientes páginas son deudoras de las lecturas de las siguientes obras que indico. De ellas deduzco lo que creo que son los principios constitucionales que operan sobre el "Standum". Obras dirigidas por la profesora Parra Lucán: *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio*. Dirigido por María Ángeles Parra Lucán, Comares, Granada, 2016; *La autonomía privada en el Derecho civil*, Dirigido por María Ángeles Parra Lucán, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2016; *Derecho y autonomía privada*. Actas del Congreso Internacional "Límites a la autonomía de la voluntad" celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza los días 29 y 30 de septiembre de 2016, dirigido por María Ángeles Parra Lucán y coordinado por Silvia Gaspar Lera, Comares, Granada, 2017. Además, he tenido especialmente en cuenta las siguientes obras de la autoría de la Dra. Parra, en la actualidad Magistrada de la Sala 1ª del TS, "Autonomía de la voluntad y derecho de familia", en AA.VV.: *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*. Tomo I, Derecho de la persona, familia y sucesiones, Madrid, 2012, pp. 97 a 454; "La autonomía privada en el Derecho civil: tendencias y transformaciones", en AA.VV.: *La autonomía privada en el Derecho civil*, Dirigido por María Ángeles Parra Lucán, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2016, pp. 29 a 60; *La autonomía privada en el Derecho civil*, ed. Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018. En esta última obra, la lección inaugural del curso académico 2018-2019 en la Universidad de Zaragoza, la autora resume todas las anteriores. También me han parecido interesantes las reflexiones de Rober Alexy sobre los Derechos humanos en Alexy, R: "La dimensión real e ideal del Derecho", en *Acto de investidura del Grado de Doctor Honoris Causa. Universidad de Zaragoza 27 de octubre de 2016*, Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2016, pp. 39 a 50 y también De castro y Bravo, F.: "Limitaciones intrínsecas", cit. pp. 987 a 1085; y Delgado Echeverría, J.: "Autonomía privada y Derecho de sucesiones", en AA.VV.: *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo I, *Derecho de la persona, familia y sucesione*s, Madrid, 2012, pp. 513 a 640.

28 Parra Lucán: "La autonomía privada", cit., p. 16.

29 Parra Lucán: "La autonomía privada", cit., pp. 14 a 17. En el mimo sentido De Castro: "Limitaciones intrínsecas", cit. p.31

- Así, por ejemplo, en *materia de familia* el interés del menor (STC 4/2001, de 15 de enero) o la dignidad de la persona, pero también el principio de igualdad y el reconocimiento de los derechos fundamentales a los miembros de la familia. El orden público actual admite diversos modelos familiares pero, por ejemplo, excluye la poligamia, sin perjuicio de reconocimiento de hijos y madres[30].

- En lo que atañe al *Derecho de la persona*, como señala la profesora Parra, la moral y el orden público, informados por los derechos fundamentales que, como ha señalado el TC, forman parte del orden público constitucional (STC 19/1985 de 13 de febrero) y deben ser tenidos en cuenta en los pactos entre particulares. Por un lado, reconociendo un mayor ámbito de autonomía contractual a las personas con discapacidad, en base a la dignidad de la persona y por otro limitando actos de autonomía de la voluntad, si vulnera la dignidad de la persona[31].

- Señala la profesora Parra que en el "Derecho de sucesiones" el orden público se vincula cada vez más al principio de no discriminación y a la tutela de los derechos fundamentales. (STC 9/2010, de 27 de abril, que sigue los principios de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 13 de julio de 2004, caso Plat et Puncernau contra Andorra)[32] que, a mi juicio, deben coordinarse con la voluntad de disposición del causante en la elección de heredero ya que, en principio, no existe un derecho subjetivo a recibir liberalidades.

- Por último, en materia de "Derecho patrimonial" la protección del consumidor, principios de no discriminación, la seguridad jurídica, la libertad de mercado, la protección de los terceros, la buena fe, la propiedad privada y su transmisión inter vivos o mortis causa evitando las vinculaciones perpetuas, son principios, entre otros, que deben informar este sector del Derecho privado[33].

C) Los límites constitucionales. Principios éticos: variación y ponderación.

Los límites a la autonomía privada en Aragón, al "Standum est chartae", derivados de la Constitución son los mismos que en cualquier otro Derecho civil español puesto que los principios constitucionales son de aplicación general y directa en todo el territorio nacional y representan los valores Éticos del

30 Parra Lucán: "La autonomía privada", cit., pp. 30 a 39.

31 Parra Lucán: "La autonomía privada", cit., pp. 23 a 30.

32 Parra Lucán: "La autonomía privada", cit., pp. 40 y 41. Sobre los límites a la autonomía de la voluntad en materia sucesoria me parece relevante la obra de Vaquer Aloy, Antoni: "Límites a la autonomía privada en el Derecho de sucesiones" en AA.VV.: *La autonomía privada en el Derecho civil*, Dirigido por María Ángeles Parra Lucán, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2016 pp. 245 a 294; y más ampliamente en Vaquer Aloy, A.: *Libertad de testar y libertad para testar,* Ediciones Olejnik, Argentina, 2018.

33 Parra Lucán: "La autonomía privada", cit., pp. 43 a 59.

ordenamiento jurídico nacional y supranacional: el Derecho internacional aplicable en todo nuestro ordenamiento[34].

Los límites a la autonomía de la voluntad nacen de los principios que se derivan del sistema constitucional. Estos principios, que han de presidir las relaciones de los ciudadanos en todas sus manifestaciones, representan el contenido ético que valida los pactos y las decisiones unilaterales dentro del sistema y por lo tanto son variables, dependen de los valores que la sociedad tenga en cada momento.

Por ser principios, como afirma Atienza, no pueden ser aplicados de manera directa sino a través de una ponderación[35]. Por lo tanto, le corresponderá al Juez determinar en cada caso cuando estos principios operan como un límite al pacto, a la autonomía de la voluntad.

Será este juicio, esta ponderación, la que permitirá valorar si el pacto produce una vulneración de los principios constitucionales, sólo entonces el pacto dejará de ser eficaz, bien por ser inválido, si es esa la consecuencia que se deriva del sistema (art. 6 CC) bien por producir otros efectos de los previstos por las partes, manteniendo su validez, pero extirpando la cláusula inválida (se tiene por no puesta) o integrando el pacto conforme a la normativa aplicable.

4. Normas imperativas del Derecho aragonés.

A) "Las normas imperativas del Derecho aragonés" y "norma imperativa aplicable en Aragón": ¿expresan lo mismo?

El limite referido a "las normas imperativas del Derecho aragonés" se introduce en 1999 (Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte) y, como se indica en su Preámbulo "En los artículos segundo y tercero se aclara que no hay más normas imperativas o prohibitivas aplicables en Derecho civil de Aragón –límites, en consecuencia, tanto a la costumbre como al principio standum est chartae que las del ordenamiento jurídico aragonés y las superiores del mismo, es decir, la Constitución; evitando así, alguna duda interpretativa a la que acaso

34 Estos límites, el orden público, al que me refiero, y que en nuestro Derecho civil aragonés entra de la mano de la Constitución, ha encontrado un acomodo expreso en la Ley 7 de la Compilación Navarra modificada por la Ley 21/2019, que bajo la rúbrica "Paramiento", dispone: "Conforme al principio "paramiento fuero vienze" o "paramiento ley vienze", la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la *moral o al orden público*, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad.
"Se entienden comprendidos en el límite del orden público, entre otros, la efectividad de los derechos humanos, el fundamento de las instituciones jurídicas y la tutela de los valores inherentes al sistema democrático y social constitucionalmente consagrado". [El entrecomillado es mío]

35 Atienza Rodriguez, M.: "Un supuesto enigma jurídico: el orden público", en AA.VV.: *Conceptos multidimensionales del derecho*, coordinado por María Paz García Rubio, Josep Joan Moreso, Ignacio Varela Castro, Reus, Madrid, 2020, pp.61-84.

se prestaba el texto de la Compilación, que fue redactado en el marco jurídico preconstitucional".

La redacción anterior a la reforma se refería a "norma imperativa aplicable en Aragón" expresión que respondía a la misma idea que expresa ahora el texto vigente.

Como escribiera Lacruz "Las declaraciones de las partes que reciben su fuerza del principio de autonomía, por supuesto no son fuente del Derecho, pero el principio que les da vigor sí, y es el principio el que traza el ámbito posible de tales declaraciones, ámbito que no podrá ser sino el del propio principio, para el cual «no son norma imperativa aplicables en Aragón» las del Código civil porque éste es de rango inferior al principio y no se aplica simultáneamente con él"[36].

En razón de todo ello, el profesor Lacruz afirmó vigente el art. 3 Comp., que las normas del Derecho supletorio no son imperativas no están por encima de la autonomía de la voluntad[37].

Es más, y como también escribiera Lacruz, la Constitución sanciona la anterior afirmación: "El «Standum est chartae», principio general del Derecho foral aragonés, queda así consagrado, en virtud de la Constitución, y esa es la gran prestación de nuestra Ley Fundamental al Fuero , como de rango superior al Derecho supletorio, igual que la actividad del legislador aragonés y la del pueblo aragonés en la formación de la costumbre y por el mismo título: el legislador central no puede interferir la acción de esas fuentes, porque la superioridad de las fuentes aragonesas es ahora un valor constitucional"[38].

Por lo tanto cabe concluir que no hay ninguna variación en el sistema[39].

36 Lacruz: "Comentario", cit. pp. 272. Todavía el profesor Lacruz reafirma esta idea en la p. 273 al escribir que, dentro del ámbito de competencia de Aragón sobre Derecho civil, "dentro de él no valdrá la legislación del poder central sino como Derecho supletorio. Y si hasta ese ámbito llega la competencia legislativa de la Comunidad aragonesa a título de 'desarrollo del Derecho foral', hasta ahí mismo alcanza la virtualidad del Stamdum est chartae".

37 Esta afirmación se reitera a lo largo de toda la obra, *vid.* pp. 249, 250, 251,252, 254, 266, 267, 268, 269, 271, 273, 274, 275, etc. Por lo demás, estas ideas, ya estaban consagradas en el siglo XVI en los textos de Miguel del Molino y Portolés, respecto de la falta de vigor del Derecho romano ("de iure") frente al fuero, porque de *foro estamos a la carta*. Así, Miguel del Molino, comentando la aplicación de "la exceptio non numerata pecunia señala: "Unde ex quod venditor renunciavit dictae exceptioni non refert, utrum confessus fuisset recepisse pretium vel non. Non obstat, quod dictum est de correctione iuris communis: quia in Aragonia fori habentur pro iure communi. Unde in hoc Regno numquam est recurrendum ad ius commun, nisi ubi forus deficit". *cfr.* Molino, *Repertorium fororum et observantiarum Regni Aragonum*, 1585, fol. 127 y 156.

38 Lacruz Berdejo: "Comentario", cit., pp.274.

39 No piensa lo mismo Moreu Ballonga: "Mito y realidad", cit. pp. 366 a 387.

B) ¿Cuáles son las normas imperativas del Derecho aragonés?

Como señala el profesor DELGADO[40] "Estas son, ante todo, las normas emanadas del legislador, pero también pueden derivar de la costumbre y de los principios generales tradicionales. Las legales se encontrarán casi exclusivamente en las leyes autonómicas de carácter civil". Añade, además, que en otras leyes no civiles también puede haber normas prohibitivas, pero recuerda que si están dictadas al amparo de un título competencial diversos de la conservación, modificación y desarrollo el Derecho civil propio no podrán determinar las consecuencias inter privados del incumplimiento de las prohibiciones legales (STC 264/1993, de 22 julio)[41].

Entre estas normas, como también señala el profesor DELGADO, se encuentran las normas cogentes contenidas en el propio Código del Derecho foral de Aragón.

5. ¿Hay normas imperativas en el Derecho supletorio?

A) El punto de partida: una pregunta mal formulada.

El profesor LACRUZ, en su formidable comentario al art. 3 Comp., explica con excelentes argumentos, a los que ya me he referido en puntos anteriores, que las normas del Código civil, cuando son aplicables como Derecho supletorio, pueden ser desplazadas por la autonomía de la voluntad, porque carecen de imperatividad; en concreto, afirma que las reglas imperativas de la legislación general, en principio, pueden ser desconocidas en Aragón, por voluntad de los declarantes manifestada en la carta[42]. Las normas imperativas del Código civil no tienen por qué ser normas imperativas en Aragón.

Con todo, afirmaba el maestro LACRUZ, sí era posible la existencia de límites y no sólo para los particulares sino también para el propio legislador; estos límites vendrían de la mano de lo que él denominó el «orden público nacional»[43].

Esto mismo indica el profesor DELGADO cuando afirma que hasta donde puede llegar el legislador aragonés, pueden llegar los particulares en sus pactos y acuerdos[44].

Pues bien, y tomando un ejemplo de LACRUZ: ¿sería posible hoy en Aragón la fundación de un mayorazgo?

40 DELGADO ECHEVERRÍA: "Las fuentes", cit. p. 97 y 98.

41 DELGADO ECHEVERRÍA: "Las fuentes", cit. p. 97.

42 LACRUZ BERDEJO: "Comentario", cit. p. 276.

43 LACRUZ BERDEJO: "Comentario", cit. p. 277.

44 DELGADO ECHEVERRÍA: "Las fuentes", cit. p. 95.

La pregunta correcta no es si esto lo prohíbe el Código civil y dicha prohibición afecta al "Standum" y, por lo tanto, hay normas de Derecho supletorio imperativas en Aragón (o en cualquier otro Derecho)[45].

A mi juicio, lo que nos debemos preguntar es si un mayorazgo podría ser regulado por el legislador aragonés y dentro de qué límites.

Por un lado, es requisito previo que esta materia sea competencia civil del legislador autonómico y, por otro, que no vulnere los límites constitucionales, en particular el orden público español.

Llegados a este punto, la pregunta no está en la imperatividad o no del Derecho supletorio, sino en la trasgresión de los principios éticos: moral, buenas costumbres y orden público nacional.

Esto que obliga al legislador aragonés no puede ser preterido por los ciudadanos sujetos a dicho ordenamiento.

B) Los principios Éticos del sistema: moral, buenas costumbres y orden público.

El Código del Derecho foral de Aragón hace referencia a las buenas costumbres y al orden público en el art. 424, "Invalidez de la disposición testamentaria", al establecer que «Es nula la disposición testamentaria esencialmente determinada por un motivo contrario a la ley, "al orden público o a las buenas costumbres"».

De buenas costumbres habla también el art. 476, "Condiciones válidas", al afirmar que «Son válidas todas las condiciones que no sean imposibles o contrarias a las leyes o "a las buenas costumbres". En particular es válida la condición de contraer o no contraer matrimonio o hacerlo con persona determinada, así como la condición de que el heredero o legatario hagan alguna disposición mortis causa en favor del disponente o de otra persona»[46].

45 El profesor Moreu Ballonga pretende demostrar que las normas de Derecho supletorio del Código civil sí pueden ser imperativas en Aragón, de manera que no es cierto que las únicas normas imperativas al "Standum" sean las aragonesas. Pues bien, en la nota al pie 11 de este análisis ya he advertido lo que, a mi juicio, es un error de este autor, el afirmar que las normas estatales directamente aplicables en Aragón son un límite más al "Standum". Respecto de las normas imperativas del Derecho supletorio, y su aplicación imperativa también en Aragón habiendo pacto, puede verse, a título de ejemplo, las afirmaciones que vierte en "Autonomía de la voluntad", cit. p. 456. En todas las demás obras indicadas sobre el "Standum" en la nota al pie 5 de este trabajo, mantiene de forma recurrente los mismos argumentos. Estas afirmaciones, a mi juicio y con el respeto debido a mi colega, no son técnicamente correctas: la imperatividad no tiene que ver con el Derecho supletorio sino con los principios Éticos que informan el sistema jurídico español. Estos principios no sólo afectan a los particulares: también al legislador aragonés (o catalán o gallego) en lo que atañe a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio.

46 El Código del Derecho foral de Aragón también se refiere a la moral (o más bien a la falta de la misma), como límite a las actuaciones de los particulares en el art. 5.6, al establecer que "El menor no emancipado debe obedecer, en todo en cuanto 'no sea ilícito o inmoral', a sus guardadores legales y cumplir sus indicaciones»; o en el art.80.6 al indicarle al Juez que "No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal por atentar contra la integridad moral (…) del otro progenitor o de los hijos', o en el art. 118 al proclamar como causa

El orden público y las buenas costumbres son necesariamente un límite ético a cualesquiera pactos, acuerdos o manifestaciones de voluntad que realicen los particulares en cualesquiera materias: familiares, sucesorias, obligacionales o patrimoniales.

Ambos principios representan el contenido Ético del ordenamiento español que preside la Constitución y no sólo los principios aragoneses, que no podrán contradecir aquellos otros.

Los acuerdos entre particulares, del tipo que sean, deben respetar dichos principios; sólo si lo hacen, son válidos dentro del sistema, su incumplimiento o desconocimiento podrá ser impuesto por la fuerza coactiva del Estado a través del proceso judicial[47].

El art. 476 CDFA contiene, a lo que creo, una explicación de este contenido ético, no sólo por exigir que las condiciones impuestas a los sucesores no sean contrarias a las buenas costumbres sino, sobre todo, por ejemplificar que son válidas, frente a lo que dice el Código civil, la condición de contraer o no contraer matrimonio o de hacerlo con persona determinada.

En efecto, antes del 23 de abril de 1999, la condición impuesta por un causante aragonés a su heredero de no contraer matrimonio con determinada persona para poder adir la herencia, era válida y eficaz aun cuando el art. 793 CC establece que la misma se tendrá por no puesta, esta ineficacia sólo se aplica, en su caso, a los sujetos a dicha legislación, pero no a los aragoneses.

En razón de ello, esta norma pudo ser desplazada por la voluntad de los aragoneses, (al igual que en 1999, lo hace el legislador) porque no vulnera ningún principio ético o principio constitucional, en este caso el "ius connubii" (art. 32 CE), que evidentemente no se ve afectado: al llamado a la herencia o legado no se le prohíbe casarse, puede hacerlo, otra cosa es que no herede.

El art. 476 CDFA representa una de esas normas que ejemplifican que en Derecho aragonés (pero ya en 1967 y aun antes) no rigen determinadas prohibiciones que el Código civil mantiene[48].

de desamparo la privación de 'asistencia moral'". La ética en las actuaciones de los particulares no puede ser desconocida por el Derecho.

47 Así lo afirmaba ya De Castro en "Limitaciones", cit. p. 989. En el mismo sentido, Parra Lucán: "La autonomía", cit. p. 15.

48 *Vid*. Delgado Echeverría: "Las fuentes", cit. p. 98. Indica varias normas que ejemplifican esta situación.

C) Quid iuris, si la norma del Derecho supletorio es expresión del orden público español: Los límites intrínsecos a la autonomía de la voluntad.

- *Los límites intrínsecos a la autonomía de la voluntad.* El profesor De Castro en 1982 publicó en el Anuario de Derecho civil un excelente trabajo, "Limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad"[49], que ha sido puesto en valor recientemente por los trabajos de la profesora Parra Lucán[50], que sigue estos planteamientos, así como por Atienza en su reciente análisis sobre el orden público[51].

En dicho estudio, el profesor De Castro reaccionó en aquel momento frente a lo que denominó "una serie de corrientes de la doctrina jurídica y de la ideología política alentadas o fomentadas por poderosos grupos de intereses que repugnan cualquier limitación a la autonomía. La ideología liberal (…) el positivismo predica la desconexión del Derecho respecto de la Ética" y defendió que la autonomía de la voluntad contiene unos límites intrínsecos conforme a su misma naturaleza jurídica, de manera que sólo con el respeto a estos límites se podrá exigir coactivamente, a través de la fuerza del Estado y de los poderes públicos, su cumplimiento[52].

Esos límites intrínsecos a la autonomía de la voluntad se encuentran en las buenas costumbres que representan el orden público nacional.

Señalaba, además, que los límites intrínsecos a la autonomía de la voluntad no solo se hallan en el Derecho común (se refiere al art. 1255 CC) sino incluso, decía, "en Derechos con fórmulas más exaltadoras de la autonomía. En Aragón, el principio «stamdun est chartae» se entiende subordinado a lo que dicta el Derecho natural (…). En Navarra su principio «paramiento fuero vienze» (ley 7º del Fuero Nuevo) se limita diciendo que la voluntad expresa no ha de ser contraria a la moral o al orden público"[53].

Por lo tanto, no cabe duda, que los pactos para ser exigibles y conseguir que el Estado imponga su cumplimiento a través del ejercicio de las correspondientes acciones procesales debe mantener los valores éticos que representan los diversos principios que componen el orden público.

De Castro afirmó que la noción de orden público "sirve de medio de comunicación entre el sistema jurídico positivo y los valores éticos y de justicia (el

49 De Castro: "Limitaciones", cit., pp. 987 a 1085.

50 A título de ejemplo *vid.* Parra Lucán: "La autonomía privada en" cit. pp. 29 a 60; "La autonomía privada en el Derecho civil", cit. pp. 11 a 17, y pp. 46 a 58.

51 Atienza Rodriguez: "Un supuesto enigma", cit. p.74.

52 De Castro: "Limitaciones", cit. Pp. 988 y 989 y 1051.

53 De castro: "Limitaciones", cit. pp. 1066, nota al pie 287.

buen orden jurídico). El intérprete y el juez se encuentran con ello expresamente autorizados para desentenderse de la letra de la ley y, considerando el todo del ordenamiento jurídico (leyes, principios generales del Derecho) y la misma naturaleza del Derecho, negar amparo a situaciones contrarias a los criterios propios de la moral o de la justicia"[54].

En definitiva, y como afirma Atienza, este análisis realizado por De Castro proporciona una visión pospositivista del Derecho[55] que, a mi juicio, no ha faltado en la doctrina civil aragonesa a través de la expresa referencia a los principios en los que tradicionalmente se inspira el Derecho aragonés así como en la mención al Derecho natural, ahora sustituido en el art. 3 CDFA por la Constitución.

Todo ello va a significar que en la aplicación del Derecho se han de tener en cuenta no sólo las reglas, las normas, sino también los principios.

- *Los límites intrínsecos y standum est chartae*. Afirmaba De Castro que la referencia al orden público (al Derecho natural o las buenas costumbres) permiten las sinergias entre el Derecho positivo y la Ética y la Moral.

En la actualidad el art. 3 CDFA no habla de orden público, ni de moral o de buenas costumbres y acaso, una visión precipitada de las cosas[56], podría llevar a pensar que en Aragón no existe una especial relación entre Ética y Derecho.

Nada más lejos de la realidad, como ya afirmó Lacruz[57], y como indica en la actualidad el profesor Delgado[58], la conexión entre Ética y Derecho, que antes representaba el Derecho natural (al que también aludía De Castro) se halla ahora, por un lado, en los principios constitucionales (la Constitución, límite expreso al *Standum*) como expresión del orden público nacional y, por otro, en los principios tradicionales aragoneses (art. 1 del CDFA), a los que en su momento ya se refirió Lacruz[59] como límites intrínsecos al "Standum", tras la desaparición de la referencia al Derecho natural en 1985.

54 De castro: "Limitaciones", cit. pp. 1037.

55 Atienza Rodriguez: "Un supuesto enigma", cit. p. 77 y 78. Señala que esta visión del Derecho pospositivista, que permite afirmar que el Derecho no sólo está compuesto por reglas sino también por principios, fue defendida a finales de los años sesenta del siglo XX por Dworkin [*Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984]. Añade Atienza, con cita de Delgado Echeverría, que "De Castro, en posición minoritaria, defendió sin embargo que los principios tenían una función informadora y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico". Esa opinión encontró acogida, primero, en la reforma del título preliminar del Código en 1974, y luego contribuyó a que los civilistas aceptaran la existencia de unos principios constitucionales que eran superiores a las leyes: "El reconocimiento por los civilistas de que los principios generales del Derecho (al menos algunos principios: los constitucionales) son superiores a las leyes y les sirven de fundamento puede considerarse un triunfo póstumo, y en un contexto distinto, de las concepciones de De Castro, hasta entonces minoritarias y criticadas" (Delgado: "Retos de la dogmática", cit. pp. 44 y 45)».

56 *Vid*, Moreu Ballonga: "Mito y realidad", cit.

57 Lacruz Berdejo: "Comentario", cit. Pp. 265 a 267.

58 Delgado Echeverría: "Las fuentes", cit. p.97.

59 Lacruz Berdejo: "Comentario", cit., pp. 265 a 267.

- *Normas, reglas y principios*[60].

Una tradicional clasificación de las normas pasa por afirmar que los enunciados normativos ordenan, prohíben o permiten; de ahí se deriva una tradicional clasificación, entre normas imperativas, prohibitivas y dispositivas[61], solo estás últimas pueden ser desplazadas por la autonomía de la voluntad.

Dicho esto, cabe preguntarse si las normas que contienen el orden público, por representar un límite a la autonomía de la voluntad, deben ser necesariamente imperativas o prohibitivas.

A ello responde expresamente De Castro[62] al afirmar que "no hay razones para no entender como orden público las normas dispositivas que cumplen la función de realizar los principios latentes del ordenamiento positivo".

En efecto, como también afirma De Castro, las normas dispositivas (él las refiere a la regulación de los contratos) que se recogen en los Códigos, son las reglas habitualmente seguidas en la práctica de los negocios y por ello se puede presumir que, en caso de silencio de los contratantes, serían también las queridas por estos. No tendrían otro valor que el de meras reglas supletorias, y quedaría al libre e ilimitado arbitrio de los mismos contratantes regular cuál ha de ser el contenido de los contratos.

Afirma también, en este sentido, que la regulación propuesta por el legislador "responde a la regulación que se ha estimado como normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones". Ello no significa, añade, que los contratantes estén constreñidos a seguir el modelo legal, pero – sigue diciendo- "los pactos o cláusulas que se desvíen del mismo habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces". Su ineficacia se derivará si hay un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño para una de las partes que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato[63].

Esto se producirá cuando esas normas dispositivas contengan los principios latentes en el ordenamiento positivo que representan el orden público del sistema.

60 Para tratar de estas cuestiones me parece fundamental la obra de los filósofos Atienza y Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho,* cit.

61 De castro: "Limitaciones", cit. pp.1060.

62 De castro: "Limitaciones", cit. p. 1061.

63 De castro: "Limitaciones", cit. pp. 1060 y 1061.

Pues bien, dicho esto, ¿se puede afirmar, como pretende algún autor[64], que todas las "leyes estatales imperativas supletoriamente aplicables en Aragón, tanto civiles como procesales (LEC), como las comunitarias europeas imperativas, como las procedentes de los tratados internacionales, tengan que actuar en Aragón siempre como necesariamente dispositivas"? o lo que es lo mismo, ¿se puede afirmar que el Derecho supletorio aplicable en Aragón puede ser imperativo?

Antes de seguir, despejemos dudas y sentemos las bases de la explicación.

1º. Como señala Delgado, la autonomía de la voluntad de los particulares, reflejada en Aragón a través del principio "Standum est chartae", llega tan lejos como puede llegar el legislador. Por lo tanto, el Derecho supletorio, por definición, es dispositivo y siempre desplazable por la autonomía de la voluntad[65].

2º. Las normas procesales (Lec), los tratados internacionales o las normas comunitarias europeas no forman parte de la competencia civil aragonesa, por ello su aplicación será uniforme y general en todo el territorio nacional. Estas normas no son supletorias, por lo tanto, son ajenas al sistema de fuentes del Derecho civil propio.

3º. Los principios contenidos en reglas regulativas en cuanto son expresión del orden público español sí son un límite a la autonomía de la voluntad y, por lo tanto, al "Standum", tal y como se recoge en el art. 3 CDFA.

Pues bien, creo que con seguridad cabe afirmar que no hay normas imperativas del Derecho supletorio. Otra cosa es que en el Derecho supletorio, las normas dispositivas, como afirmará De Castro, contengan una manifestación del orden público nacional, si así fueran, será ese principio que conecta Ética y Derecho el que limita el contenido del pacto y también las facultades del legislador ordinario, pero no el Derecho supletorio.

IV. "STANDUM EST CHARTAE": ¿HASTA DÓNDE? ALGUNOS EJEMPLOS PRÁCTICOS.

1. El punto de partida.

A) La exigencia de ponderación en su aplicación.

En aquellas materias sujetas a la competencia del legislador aragonés y en las que éste no ha legislado, los aragoneses pueden establecer los pactos que

64 Moreu Ballonga: "Autonomía de la voluntad", cit. p. 456.

65 Delgado Echeverría: "Las fuentes", cit. p. 95. Lo mismo afirmó Lacruz Lacruz: "Comentario", cit. p. 274.

tengan por conveniente siempre que no contradigan lo imposible, la Constitución o norma imperativa aragonesa, alejándose tanto como quieran de la regulación del Código civil, pues este no es aplicable en Aragón, al haber un pacto entre aragoneses (art. 149-3 CE y art. 1.2 CDFA).

Ahora bien, esos pactos, para ser protegidos por el Derecho, no deben traspasar los límites señalados por el art. 3 CDFA y en particular, los límites éticos que representan los principios constitucionales.

Ciertamente, cuando lo que se infringe es una norma imperativa, la solución no es tan compleja, en principio, puesto que los operadores jurídicos deben llevar a cabo una tarea de subsunción y, tras ello, aplicar la consecuencia jurídica prevista.

En efecto, imaginemos que la norma de competencia X establece que para otorgar pacto sucesorio se exige la mayoría de edad. Si B es menor de edad, el pacto sucesorio será inválido dentro del sistema.

Ahora bien, cuando lo que se ha tener en cuenta es un principio, no hay subsunción, sino ponderación, serán los tribunales, el intérprete del pacto, quien tendrá que establecer, tal y como señala Atienza, "caso por caso si la autonomía de la voluntad resulta derrotada por el conjunto de los otros principios que, explícita o implícitamente, dotan de sentido a nuestro Derecho (…)"[66].

En efecto, en un ordenamiento A una norma X permite aponer a los testamentos las condiciones de casarse o no casarse o hacerlo o no con determinada persona. Pero existe también un principio Z aplicable en dicho ordenamiento que impide la discriminación por razón de raza, sexo o religión.

Un ciudadano de A establece en su testamento que "Y será su heredero universal si no se casa con una mujer de raza gitana": ¿es válida dentro del sistema esta disposición testamentaria?

En un caso como este y a mi juicio, debe prevalecer la libertad del testador, que puede discriminar en su elección de heredero como bien le parezca, ya que con esta disposición no se vulnera ningún derecho fundamental[67].

66 Atienza Rodriguez: "Un supuesto enigma", cit. p.8 0.

67 El pacto será válido "a menos que" vulnere el orden público. Un pacto como este no lo vulnera; dicha disposición no afecta a los gitanos ni los discrimina: si dejamos sin efecto la cláusula, la gitana no es heredera del causante, en nada le afecta y al causante no tiene por qué gustarle los gitanos; ni tampoco vulnera el "ius connubii" del heredero: Y se puede casar con la gitana: él elige: amor o dinero. La fórmula "a menos que" la tomo de Atienza en la obra de 2020 referida.

En efecto, nada le impide a Y casarse, si quiere, con una mujer de raza gitana, otra cosa es que si lo hace no heredará[68].

La máxima que aplicaríamos en este caso sería la siguiente: "si te puedo no dar nada, lo que te doy será con las condiciones que yo quiera"; no aceptar este principio, a lo creo, limita la autonomía de voluntad del causante, sin perjudicar los derechos del llamado a la herencia: nada le impide casarse, ni hacerlo con quién él quiera, además no hay un derecho a recibir liberalidades más allá de la legítima.

Con todo, como fácilmente se observa, en este caso, al tener que ponderar los intereses en juego la solución no es tan sencilla[69].

B) Aplicación o inaplicación del Derecho supletorio.

- *Aplicación: a falta de pacto (arts. 1.2 CDFA y 149-3 CE).* En los supuestos de ausencia de regulación aragonesa, bien sea legal o consuetudinaria, en materias de competencia civil foral, resultará aplicable el Derecho supletorio del Estado siempre que los particulares no establezcan los pactos que tengan por conveniente.

Si tres aragoneses compran en Longares y en proindiviso una finca, sin añadir nada más, el régimen jurídico aplicable a esta situación de comunidad, a falta de regulación expresa en el Derecho civil propio, será la aplicación de la regulación que de la misma ofrece el Código civil español, cabe entender que este régimen es el querido por los particulares al no introducir alteración alguna en el mismo y el mismo será aplicable en su actual estado de vigencia.

- *Inaplicación: existencia de pacto.* Si esos tres aragoneses del ejemplo establecen una regulación propia sobre sus derechos y obligaciones en lo que atañe a la situación de copropiedad sobre la finca, no resulta aplicable el Código civil: éste

68 En el mismo sentido se manifiesta Parra Lucán al afirmar que "En el ámbito sucesorio (y en este sentido creo que podría argumentarse de la misma manera para las liberalidades inter vivos), en mi opinión, cuando no existe el derecho a recibir una liberalidad no debe reconocerse el derecho a recibirla, frente a la voluntad del testador, argumentando que el motivo es ilícito por discriminatorio: la tía soltera feminista que prefiere dejar sus bienes a sus sobrinas y nada a los sobrinos, la madre que no deja nada al hijo que pertenece a un partido o practica una religión cuyas ideas le repugnan, o a la hija lesbiana por no admitir sus preferencias sexuales (…) Imponer la igualdad y negar la posibilidad de que el testador, dentro de los límites legales, escoja a sus sucesores equivaldría a negar la libertad testamentaria. En última instancia, acabaría considerándose discriminatoria toda disposición que, en ejercicio de la libertad de disponer, se apartara del modelo de la sucesión legal, que se inspira en un principio de igualdad (*cfr.* art. 521 del Código foral)". *Cfr.* en "Nulidad y revocación del testamento unipersonal (Especial atención a los límites de la voluntad de disponer y su control)" en *Actas de los XIV Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2015, p. 174. En el mismo sentido Delgado Echeverría: "Autonomía privada", cit. 535 y 536.

69 En Derecho comparado la solución no será la misma (*vid.* Parra Lucán: "Nulidad", p. 171). En nuestro Derecho foral y en un caso como el propuesto, posiblemente todos acordarían la validez de la disposición testamentaria. Con todo, con carácter general y no referido a este caso, Vaquer Aloy afirma que "las condiciones que contradicen los Derechos fundamentales son ilícitas porque vulneran una norma jurídica. (…) La libertad de testar es la clave de bóveda de nuestro derecho sucesorio, pero no debe fomentarse su ejercicio en detrimento de derechos fundamentales y otros derechos y libertades, en especial cuando no responde a un interés razonable" (*cfr. Libertad de testar,* cit. pp. 124 y 125).

no es fuente del Derecho civil aragonés al impedirle su aplicación el art. 149.3 CE en relación con el art. 1.2 CDFA.

La fuente que deben valorar los operadores jurídicos: jueces, notarios, registradores, etc. es el pacto que, para ser válido y eficaz, debe acomodarse a los límites del art. 3 CDFA.

Si lo tres aragoneses deciden mantener la indivisión de la finca durante 15 años (o 20) la respuesta a la validez o no de dicha cláusula no está en el art. 400 CC que no se aplica por definición, sino en el cumplimiento de los límites del art. 3 CDFA.

Este pacto es válido "a menos que" sea de imposible cumplimiento, o contradiga un principio constitucional o una norma imperativa aragonesa[70], lo que desde luego no se produce en este caso.

Por último, pensemos que los tres amigos anteriores acuerden mantener la indivisión de la finca "sine die" y renunciando a la acción de división de por vida. ¿Es válido este pacto?

Su validez o invalidez no se funda en que contradiga lo dispuesto en el art. 400 CC, este precepto sigue sin aplicarse. El pacto será válido a menos que contradiga los límites del "Standum".

Posiblemente en este caso la invalidez del pacto deriva de principios constitucionales que proclaman el Derecho a la propiedad privada y a la herencia (art. 33 CE) y a la libertad de mercado, (art. 38 CE). Si este pacto contradice dichos principios que integran el orden público español el pacto será inválido, pero no en otro caso. La infracción no deriva del art. 400 CC, sino de haber traspasado los límites del art. 3 CDFA.

2. Algunas Cuestiones prácticas[71].

A) Sustituciones fideicomisarias, prohibiciones de disponer y otras cuestiones semejantes.

- Las sustituciones fideicomisarias y el límite del segundo grado: el art. 781 CC

70 En el mismo sentido Lacruz Berdejo: "Comentario", cit., p. 286.

71 En este apartado me sirvo de algunos ejemplos puestos por el profesor Moreu Ballonga en los que considera que los particulares sujetos al Derecho civil de Aragón no pueden establecer pactos diversos a lo previsto en el Código civil en ausencia de legislación propia aragonesa. [*cfr.* "Autonomía de la voluntad", cit. p. 456 nota al pie 14].

El vigente Código del Derecho foral de Aragón no regula las sustituciones voluntarias. En esta materia parece que no hay duda de la competencia legislativa aragonesa para abordar su regulación.

Si ello es así, el causante sujeto a la ley civil aragonesa (art. 9.8 CC y art. 22 RU 250/2012, sobre ley aplicable a las sucesiones) puede llegar tan lejos en sus pactos como lo haría el legislador aragonés.

Pue bien, pensemos que un causante establece una sustitución fideicomisaria en favor de personas no nacidas ni concebidas que llegue hasta cuatro generaciones: *Quid iuris?*

En este caso, las normas del Código civil quedan desplazadas por la autonomía de la voluntad de los particulares y por lo tanto dichas reglas no son aplicables, no lo es el art. 781 CC, que establece una limitación expresa en dos generaciones.

La pregunta no es si el art. 781 CC, norma imperativa en el sistema del Código, lo es también en Aragón (no puede serlo por definición). La pregunta es si dicha norma recoge un principio de orden público que por serlo sea uno de los límites del "Standum" y por ello también un límite para el legislador ordinario que no puede vulnerar los principios constitucionales.

¿Podría el legislador aragonés establecer una norma que pusiera el límite de las sustituciones fideicomisarias en cuatro generaciones? Creo que ello sí sería posible, de hecho, ese es límite que establece el legislador navarro en la ley 224.

El principio de orden público no está tanto en el número, dos o cuatro generaciones, (acaso mientras no sea excesivo), sino en que haya alguno, ya que no se admite en nuestro ordenamiento la vinculación perpetua de la propiedad desde las leyes desamortizadoras[72].

Por lo tanto, el establecimiento de una sustitución fideicomisaria en Aragón que supere el límite previsto en el art. 781 CC, no es inválida como regla. Será el Juez el que, tomando como premisa que sí afecta al orden público la vinculación perpetua de la propiedad, valorará la justificación de la temporalidad en el llamamiento previsto a los particulares[73], pero la justificación nunca debe ser el art. 781 CC.

72 *Vid.* en este sentido Vaquer Aloy: "Límites", cit. p. 285.

73 El profesor Lacruz Berdejo ["Comentario", cit., pp. 297] consideró que sólo el legislador podía establecer un límite distinto, pero no el causante. No aporta mayores argumentos y, a mi juicio, esta afirmación no se corresponde con las premisas de las que parte el maestro, pues el mismo afirma que todo lo que puede hacer el legislador aragonés (como luego también afirma Delgado, Serrano y yo misma, por no citar a más discípulos de la escuela) pueden hacerlo los aragoneses.

- Censos irredimibles (art. 1608 CC) y prohibiciones perpetuas de disponer (art. 785-2 CC)

En Aragón no se regulan los censos, partiendo de la premisa de que la Comunidad Autónoma sí tiene competencia para regular esta materia, algún autor se pregunta si será posible el pacto entre aragoneses de un censo perpetuo e irredimible para el censatario, alegando como fundamento de la invalidez el art. 1608 CC.[74].

El censo es una prestación periódica dineraria anual, de carácter perpetuo o temporal, que se vincula con carácter real a la propiedad de una finca, la cual garantiza su pago directa e inmediatamente. La característica esencial de los censos es su redimibilidad por voluntad del censatario, así lo fue también en los textos aragoneses históricos (Observancia única "De iure emphiteutico").

Si este pacto supone una vinculación de la propiedad será inválido ex art. 3 CDFA.

Por la misma razón lo será también una disposición testamentaria con una prohibición perpetua de disponer impuesta al heredero o legatario.

Debemos recordar que en Aragón la vinculación (Fuero "de rebus vinculatis") no podía sobre pasar los veinte años.

C) Pactos de familia: maternidad subrogada, alimentos.

- Gestación por sustitución. Pensemos en un pacto de maternidad subrogada por la que una mujer (la abuela del nacido) cede su vientre para que con material genético de su hijo y nuera (que no puede gestar) nazca un niño que cederá a éstos para que lo inscriban como hijo suyo.

Las razones para determinar si este pacto es o no válido, no radican en el art. 10 de la Ley estatal 14/2006; si creemos que su aplicación es supletoria en Aragón afirmando con ello la competencia legislativa aragonesa en esta materia.

Una vez más, el pacto será válido "a menos que" contradiga una norma de orden público; esto es, que vaya en contra de la dignidad de la persona, o perjudique el interés del menor que, aun no nacido, debe ser relevante.

Pues bien, en nuestro Derecho no está claro que la maternidad por sustitución, afecte a orden público. En este sentido se manifiesta Atienza, quien afirma, por un lado, que el art. 10 Ley 14/2006 no establece una prohibición, sino que fija

74 Moreu Ballonga: "Autonomía", cit., p. 456.

una condición de nulidad de los contratos, si bien, en nuestro caso, ello será irrelevante: el art. 10 no se aplica supletoriamente al haber un pacto.

Por otro, y esto sí nos interesa, porque dicho pacto no contradice la dignidad humana (como ha señalado la sentencia del TS de 6 de febrero de 2016) si, como dice Atienza, un pacto atenta contra la dignidad humana cuando "se trata a un ser racional solo como instrumento y no siempre y al mismo tiempo como un fin en sí mismo. ¿Qué razones hay para pensar que un niño que nace de esa manera y una mujer gestante van a ser tratados necesariamente solo como un medio, o sea, no van a ser considerados también como fines en sí mismos? Yo creo que ninguna, o ninguna que sea sólida"[75].

Pues bien, si admitimos este razonamiento, el pacto será válido en Aragón y en otros Derechos civiles españoles que con competencia en la materia no hubieran regulado esta situación, incluida Cataluña. Será nulo en los territorios españoles en los que se aplique el Código civil, pero por incumplir con una condición de validez de la norma de competencia que lo regula, pero no por afectar (siguiendo el argumento de Atienza) a la Ética del sistema: común a todo el territorio nacional.

- *Renuncia a los alimentos*. Una persona que padece una anomalía física renuncia a pedir alimentos futuros a un hermano suyo con el que se lleva muy mal. Una vez más la validez del pacto, si Aragón tiene competencia para regular esta materia, no depende del art. 151 CC, sino de la Ética del sistema.

Si consideramos que es un principio de orden público la solidaridad familiar y la prestación de alimentos entre parientes, el pacto no será válido; pero si pensamos que la obligación de garantizar la subsistencia de los particulares y en especial de las personas aquejadas de una minusvalía debe residir en el Estado, a través de un sistema de pensiones (art. 49 CE), tal vez el pacto no contradiga ningún principio, sobre todo, si acaso, el legislador aragonés al regular esta materia, pudiera considerar que la obligaciones de alimentos sólo debe darse entre ascendientes y descendientes, excluyendo a los hermanos: ¿por qué no?

No pretendo con ello decir que ésta (o la indicadas en resto de ejemplos) sea la solución, sino que el Juez tiene que aplicar el art. 3 CDFA, ponderar los principios y, en todo caso, inaplicar la norma del Código civil, al cerrar su paso el sistema de fuentes aragonés: art. 1.2 CDFA y 149-3 CE.

75 Atienza Rodriguez: "Un supuesto enigma", cit. p. 80.

V. REFLEXIONES FINALES.

Ninguna de estas materias que he puesto como ejemplo las regula el CDFA y es muy probable que en ellas tengan competencia las Cortes aragonesas por presentar estas instituciones una "conexión suficiente" con el ordenamiento civil aragonés que permita abordar su regulación y desarrollo.

Si esto es así, y los particulares regulan sus intereses sobre estas cuestiones el Derecho supletorio del Estado deja de ser aplicable en Aragón: en estos casos no es fuente del Derecho civil aragonés puesto que los particulares aponen un pacto que cierra la entrada de su aplicación en el sistema foral: art. 1.2 CDFA en relación con el art. 149-3 CE.

El Juez sólo puede y debe estar "a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento, o sea contraria a la Constitución o las normas imperativas del Derecho aragonés".

En estos casos, en los que hay ausencia de norma aragonesa, escrita o consuetudinaria, el pacto, para ser exigible deberá respetar los límites intrínsecos del ordenamiento español: los principios constitucionales que relaciona Ética y Derecho, esta es la misión del Juez: ponderar los principios y validar el pacto en el sistema a menos que aquél no respete el orden público establecido.

Todo ello demuestra que el "Standum", la autonomía de la voluntad, es una herramienta de ponderación en manos de los Jueces y de los particulares para implementar el "desarrollo" del Derecho civil foral aragonés (o de otro Derecho civil español) en el marco de sus competencias.

BIBLIOGRAFÍA.

ALEXY, R.: "La dimensión real e ideal del Derecho", en Acto de investidura del Grado de Doctor Honoris Causa, Universidad de Zaragoza 27 de octubre de 2016, ed. Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2016, pp. 39 a 50.

ATIENZA RODRIGUEZ, M.: "Un supuesto enigma jurídico: el orden público", en AA.VV.: *Conceptos multidimensionales del derecho*, coordinado por María Paz García Rubio, Josep Joan Moreso, Ignacio Varela Castro, Reus, Madrid, 2020, pp. 61-84.

ATIENZA RODRIGUEZ, M. y RUIZ MANERO, J.: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel-Derecho, 4ª ed. Barcelona, 2016.

BAYOD LÓPEZ, C.: "La competencia en materia de fuentes del Derecho civil foral o especial Standum est chartae y Derecho supletorio. Una primera aproximación", *RDCA-XXV,* 2019, pp.91-128.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: "Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *ADC,* T. IV, 1982, pp. 987 a 1085.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles", *DOXA*, núm. 29, 2006, pp. 195 a 218.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Autonomía privada y Derecho de sucesiones", en AA.VV.: *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo I, *Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Madrid, 2012, pp. 513 a 640.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Comentario al art. 3 CDFA", en AA.VV.: *Comentarios al Código del Derecho foral de Aragón,* ed. Dikynson, Madrid, 2015, pp. 101 a 104 [= *Código del Derecho foral de Aragón. Concordancias, doctrina y jurisprudencia*, DGA, Zaragoza, 2015, reimpreso en 2018, pp. 105 a 108.]

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Las fuentes del Derecho civil aragonés" (revisada por Carmen Bayod) en AA.VV.: *Manual de Derecho foral aragonés*, coordinado por Bayod López y Serrano García, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2021 pp. 69 a 105.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: "Comentario al art. 3 Comp.", en AA.VV.: *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón,* T. I, DGA, Zaragoza, 1988, pp. 229 a 298.

MAGONI CI.: *Fueros y libertades. El mito de la Constitución aragonesa en la Europa Moderna*. Traducción de Antonio Pérez Martín, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012.

Morales Arrizabalaga, J.: *Fueros y libertades del Reino de Aragón. De su formación medieval a la crisis preconstitucional (1076-1800)*, Rode, Zaragoza, 2007.

Moreu Ballonga, J.L.: "Mito y realidad en el Standum est chartae", en AA.VV.: *Un jurista aragonés de su tiempo. El doctor Juan Luis López. Primer Marques del Risco, (1644-1703),* coordinador Miguel ángel González de Sansegundo, edita Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 315 a 503.

Moreu Ballonga, J.L.: "Autonomía de la voluntad y sus límites en el llamado Código del Derecho Foral Aragonés", en *Derecho y autonomía privada*. Actas del Congreso Internacional "Límites a la autonomía de la voluntad" celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza los días 29 y 30 de septiembre de 2016, dirigido por María Ángeles Parra Lucán y coordinado por Silvia Gaspar Lera, Comares, Granada, 2017, pp. 451 a 471.

Parra Lucán, M.A.: "Nulidad y revocación del testamento unipersonal (Especial atención a los límites de la voluntad de disponer y su control)", en *Actas de los XIV Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2015, pp. a 135 a 197.

Parra Lucán, M.A.: "La autonomía privada en el Derecho civil: tendencias y transformaciones" en AA.VV.: *La autonomía privada en el Derecho civil*, Dirigido por María Ángeles Parra Lucán, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2016, pp. 29 a 60.

Parra Lucán, M.A.: *La autonomía privada en el Derecho civil*, Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018.

Vaquer Aloy, A.: "Límites a la autonomía privada en el Derecho de sucesiones", en AA.VV.: *La autonomía privada en el Derecho civil*, Dirigido por María Ángeles Parra Lucán, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2016, pp. 245 a 294.

Vaquer Aloy, A: *Libertad de testar y libertad para testar,* Ediciones Olejnik, Argentina, 2018.

Villa Torrano, A.: "La moral como límite a la autonomía privada. Una aproximación desde la metaética" en *Derecho y autonomía privada*. Actas del Congreso Internacional "Límites a la autonomía de la voluntad" celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza los días 29 y 30 de septiembre de 2016, dirigido por María Ángeles Parra Lucán y coordinado por Silvia Gaspar Lera, ed. Comares, Granada, 2017.

LE "AUTORITÀ PRIVATE" NELL'ERA DELLA SOSTENIBILITÀ. GLI IMPATTI DELL'ESG DISCLOSURE REGULATION E DEL TAXONOMY REGULATION

"PRIVATE AUTHORITIES" IN THE ERA OF SUSTAINABILITY. THE IMPACTS OF ESG DISCLOSURE REGULATION AND TAXONOMY REGULATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 104-123

Elena
BELLISARIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il contributo traccia, attraverso la lente delle "autorità private", l'evoluzione delle politiche europee in tema di sostenibilità e di responsabilità sociale delle imprese. L'analisi consente di constatare un costante ricorso a tecniche di regolazione ibride, il cui altalenante mescolarsi, tra ampliamenti e restrizioni dei poteri dei privati, non può comunque prescindere da un loro rilevante coinvolgimento nei processi decisionali e di produzione delle regole.

PALABRAS CLAVE: Sostenibilità e responsabilità sociale delle imprese; auto-regolamentazione, co-regolamentazione, etero-regolamentazione; non Financial Disclosure; EGS disclosure; tassonomia attività sostenibili.

ABSTRACT: *The contribution traces, through the lens of "private authorities", the evolution of European policies on sustainability and corporate social responsibility. The analysis notes a constant use of hybrid regulation techniques, whose fluctuating mix between extensions and restrictions of private powers, however, cannot ignore their significant involvement in decision-making and rule-making processes.*

KEY WORDS: *Sustainability and corporate social responsibility; self-regulation, co-regulation, hetero-regulation; non financial disclosure; EGS disclosure; taxonomy of sustainable activities.*

SUMARIO.- I. TECNICHE DI REGOLAZIONE DEL MERCATO: AUTORITÀ PRIVATE E MODELLI DI AUTOREGOLAZIONE REGOLATA.- II. LE POLITICHE UE IN TEMA DI RSI E SOSTENIBILITÀ. PRIMA FASE: APPROCCIO SOFT E POTENZIAMENTO DELLE AUTORITÀ PRIVATE.- III. SEGUE. SECONDA FASE: APPROCCIO FLESSIBILE E NON INTRUSIVO. LA DIRETTIVA 2014/95/UE SUGLI OBBLIGHI DI INFORMAZIONE NON FINANZIARIA.- IV. SEGUE. TERZA FASE: LA SPINTA DECISA. IL PACCHETTO DEL PIANO D'AZIONE PER LA FINANZA SOSTENIBILE.- V. UNA CO-REGOLAMENTAZIONE SBILANCIATA? IL DECLINO DELLA "VOLONTARIETÀ" DELLA RSI.

I. TECNICHE DI REGOLAZIONE DEL MERCATO: AUTORITÀ PRIVATE E MODELLI DI AUTOREGOLAZIONE REGOLATA.

Le riflessioni del Maestro intorno al fenomeno delle "autorità private", di diritto e di fatto (dalla famiglia ai gruppi sociali organizzati)[1], resteranno scolpite nelle future generazioni di giuristi.

In «un contributo di pensiero che felicemente concilia la stringata rapidità delle notazioni con la ricchezza dei contenuti»[2], appaiono subito evidenti al lettore la straordinaria lungimiranza della prospettiva d'indagine e la persistente attualità di un fenomeno dalla inesauribile capacità espansiva.

Con la globalizzazione, il progresso e la tecnica, nuovi spazi si sono dischiusi al potere dei privati, consentendo l'identificazione di nuove "autorità private" nei più vari settori dell'ordinamento, con evidenti ripercussioni sul sistema tradizionale delle fonti del diritto e sul rapporto pubblico-privato. E se da allora il contesto è profondamente cambiato, immutabile resta l'esigenza – sempre al centro del pensiero e dell'impegno del Maestro – di accertare se situazioni di assoggettamento ad un altrui potere decisionale di fatto importino l'intervento del legislatore, cui spetta il compito di arginare quei poteri dei privati che, sconfinando nell'abuso, determinano intollerabili diseguaglianze.

Non a caso la comunità scientifica ha voluto di recente celebrare questo prezioso contributo, fra i tanti del Maestro, con alcuni Incontri di Studio[3].

1 Bianca, C.M.: *Le autorità private*, con Presentazione di Pietro Rescigno, Jovene, Napoli, 1977.

2 Così Rescigno, P.: "Presentazione" al volume di Cesare Massimo Bianca, cit., p. XI.

3 "I poteri dei privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da Le autorità private di C.M. Bianca", Incontri di studio organizzati congiuntamente dall'Università degli Studi Roma Tre (27 ottobre 2017) e l'Università Commerciale L. Bocconi (9 novembre 2017), sfociati nel volume Sirena, P. e Zoppini, A. (a cura di): *I poteri dei privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da "Le autorità private" di C.M. Bianca*, RomaTrE-Press, Roma, 2018.

• Elena Bellisario
Associato di Diritto privato, Università degli Studi Roma Tre. E-mail: elena.bellisario@uniroma3.it

Ancor prima, le riflessioni ivi contenute indussero chi scrive a impostare su di esse uno studio monografico sul tema della "responsabilità sociale delle imprese" (RSI), declinandola alla luce del principio di sussidiarietà sociale[4]. Nell'analisi di quel fenomeno fu infatti determinante, solo per citare alcuni passi, «[i]l riscontro di posizioni autoritarie nell'ambito del diritto privato», l'esistenza di «poteri decisionali (…) fondati (…) solo su posizioni di forza economico-sociale» e «l'affermarsi di un nuovo diritto economico quale diritto dei rapporti d'impresa, dove l'intervento dello Stato porterebbe alla compenetrazione di tecniche pubbliche e private»[5].

Le politiche europee in tema di "RSI" e di "sostenibilità"[6] sono espressione emblematica di questa continua "compenetrazione": esse costituiscono lo specchio e la traduzione di una tecnica di regolamentazione ibrida, che coniuga il diritto prodotto da soggetti istituzionali con le regole del mercato e della società civile, disegnando un sistema che si "auto-regola" nell'ambito di un ordine giuridico.

Nella logica della sussidiarietà, alle imprese – quali autorità private di rilevanza pubblica – viene riconosciuto un "ruolo guida" nello sviluppo delle regole di RSI; alle autorità pubbliche spetta invece un "ruolo di sostegno"[7]. Le imprese – viene di recente affermato dalla Commissione[8] – sono chiamate a svolgere un «ruolo chiave nella transizione verso la sostenibilità»: nel corso degli ultimi decenni, «sia su base volontaria sia incoraggiate dalle autorità pubbliche», un numero in continua crescita di imprese ha fatto della responsabilità sociale un elemento centrale della propria missione aziendale. Tuttavia occorre ancora, ed è altresì possibile, «fare di più a tutti i livelli»[9].

4 Sia consentito il rinvio a Bellisario, E.: *La responsabilità sociale delle imprese fra autonomia e autorità privata*, Giappichelli, Torino, 2012, in part. p. 5, nota 6. Più in generale, sul principio di sussidiarietà orizzontale, v. Nuzzo, M. (a cura di): *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2014.

5 Bianca, C.M.: *Le autorità private*, cit., passim (in part. pp. 55 e 85).

6 Pur nascendo distinti (la "sostenibilità" riferita all'ambiente, la "RSI" alle tematiche sociali), la reciproca interrelazione e convergenza tra i due concetti è da tempo emersa e riconosciuta, tanto da divenire l'uno parte integrante dell'altro ed essere sovente utilizzati anche come sinonimi. Si è infatti evidenziato che la RSI è «l'aspetto microeconomico del concetto macroeconomico di sviluppo sostenibile» (così il Parere del Comitato economico e sociale europeo del 14 dicembre 2006 in merito alla Comunicazione della Commissione "*Il partenariato per la crescita e l'occupazione: fare dell'Europa un polo di eccellenza in materia di responsabilità sociale delle imprese*") e si è altresì sottolineato che «il concetto di RSI tipicamente impiegato in seno alle istituzioni dell'Unione europea dovrebbe essere considerato come sostanzialmente inscindibile dai concetti correlati di impresa responsabile o etica, "ambiente, società e governance", sviluppo sostenibile e rendicontabilità delle imprese» (così la Risoluzione del Parlamento europeo sulla "*Responsabilità sociale delle imprese: promuovere gli interessi della società e un cammino verso una ripresa sostenibile e inclusiva*" del 6 febbraio 2013). Da ultimo, la Commissione definisce la RSI come "importante attivatore trasversale" per la transizione verso la sostenibilità: v. il Documento di riflessione "*Verso un Europa sostenibile entro il 2030*" del 30 gennaio 2019, COM (2019) 22 fin.

7 «Lo sviluppo della RSI dovrebbe essere guidato dalle imprese stesse. Le autorità pubbliche dovrebbero svolgere un ruolo di sostegno attraverso una combinazione intelligente di misure politiche volontarie e, ove necessario, di regolamentazione complementare, per esempio per promuovere la trasparenza, creare incentivi di mercato per il comportamento responsabile delle imprese e garantire la rendicontabilità aziendale». Così la Comunicazione della Commissione "*La responsabilità sociale delle imprese: una nuova strategia dell'Unione europea per il periodo 2011-2014*" del 25 ottobre 2011, COM (2011) 681 def.

8 Documento di riflessione "Verso un Europa sostenibile entro il 2030", cit., p. 26.

9 Documento di riflessione "Verso un Europa sostenibile entro il 2030", cit., p. 27.

La sostenibilità in ogni sua declinazione – già da tempo trasversale a tutte le politiche d'azione europee e in esse integrata – diventa questione cruciale in un'economia travolta dalla crisi pandemica. La sua assoluta centralità e priorità – dall'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile del 2015 e dall'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici, entrato in vigore nel 2016, passando per il New Green Deal del 2019 fino al Next Generation EU del 2020, fondato sul duplice obiettivo di stimolare investimenti per la ripresa e sostenere riforme che aumentino la sostenibilità delle singole economie europee – impone dunque di proseguire l'analisi sulle strategie adottate e adottande, continuando a far tesoro dell'insegnamento del Maestro.

II. LE POLITICHE UE IN TEMA DI RSI E SOSTENIBILITÀ. PRIMA FASE: APPROCCIO SOFT E POTENZIAMENTO DELLE AUTORITÀ PRIVATE.

A vent'anni dal Libro Verde "Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese"[10], il quadro giuridico di riferimento in materia ha conosciuto un'evoluzione incessante e via via sempre più rapida, nell'ambito della quale sono individuabili tre diverse fasi.

Nella prima, che abbraccia il decennio 2001-2011, domina un approccio che si caratterizza non tanto per i contenuti, quanto per la sottolineatura forte della "volontarietà", e quindi della non vincolatività, delle iniziative di RSI. Un approccio che si traduce nel ricorso sistematico ad atti atipici, quali Libri verdi, Comunicazioni, Risoluzioni, e che ben esprime quella tendenza più generale inevitabilmente generata dalla globalizzazione, ossia un netto "slittamento" del diritto da hard a soft.

Per l'Europa si tratta infatti di una scelta strategica quasi "obbligata", in quanto dettata dalla necessità di difendere la propria legislazione, nel timore che la durissima concorrenza a livello mondiale produca una pericolosa "corsa al ribasso" nelle regole conquistate, conquista che al tempo stesso è, paradossalmente, una delle cause della delocalizzazione delle imprese verso Paesi in via sviluppo o in transizione.

Questa strategia si concretizza perciò nell'introduzione di una disciplina incentivante, con funzione premiale, essendo il diritto promozionale l'unico che consenta di oltrepassare la frontiera (del rispetto) degli obblighi e, quindi, anche i confini del diritto nazionale ed europeo[11].

10 COM (2001) 366. Tale documento aveva un duplice obiettivo: primo, lanciare il dibattito sul concetto di responsabilità sociale delle imprese (RSI) e, secondo, definire le modalità di costituzione di un partenariato inteso a favorire lo sviluppo di una struttura europea di promozione di tale concetto.

11 Per una sintesi delle iniziative adottate e delle ragioni di policy sottese, sia consentito rinviare a Bellisario, E.: "La responsabilità sociale delle imprese fra autonomia e autorità privata", *Danno e resp.*, 2013, p. 809 ss.

Un approccio, dunque, in cui regna l'autoregolazione[12], e giustificato dalla convinzione/illusione che «la riduzione dell'intervento legislativo e il conseguente potenziamento dell'autonomia privata» possano risultare «compensati o compensabili dalla scelta volontaria dell'impresa di preoccuparsi e, soprattutto, di "dare conto" delle ricadute sociali del proprio operato»[13].

III. SEGUE. SECONDA FASE: APPROCCIO FLESSIBILE E NON INTRUSIVO. LA DIRETTIVA 2014/95/UE SUGLI OBBLIGHI DI INFORMAZIONE NON FINANZIARIA.

A partire dalla citata Comunicazione "La responsabilità sociale delle imprese: una nuova strategia dell'Unione europea per il periodo 2011-2014" del 25 ottobre 2011, si comincia a prendere atto della scarsa efficacia di un approccio esclusivamente soft e volontario, in cui tutto – rule-making, rule-monitoring, rule-enforcement – è lasciato al potere dei privati, e si comincia ad avvertire la necessità di una nuova, diversa strategia: una strategia finalizzata a rendere le pratiche socialmente responsabili credibili, trasparenti, comparabili e, quindi, basata su un potenziamento della regolazione "dall'alto" e del ruolo dell'ordinamento giuridico[14].

Del resto, come altrove osservato[15], ciò risulta pienamente conforme alla sussidiarietà orizzontale, la quale ha in sé un duplice aspetto: quello "negativo", che impone l'astensione dell'intervento pubblico ove i privati siano in grado di autoregolarsi in modo efficiente e ottimale; quello "positivo", che attribuisce, come vero e proprio obbligo, all'autorità pubblica il compito di incitare, sostenere e, se necessario, anche sostituire gli attori insufficienti.

Parallelamente, analoga insoddisfazione circa il carattere meramente volontario della RSI riaffiora a livello internazionale, essendo sotto gli occhi di

12 Giova qui ricordare che l'Accordo interistituzionale "Legiferare meglio" del 16 dicembre 2003, in GUCE, C 321, punto 22 (ora sostituito dall'Accordo del 13 aprile 2016, in GUUE, L 123), definisce l'autoregolamentazione come la «possibilità lasciata agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni, di adottare tra di loro e per sé stessi orientamenti comuni a livello europeo (in particolare codici di condotta o accordi settoriali). In linea generale, tali iniziative autonome non presuppongono una presa di posizione da parte delle istituzioni». Più di recente essa è definita come «l'adozione da parte degli attori economici di certe regole di condotta nelle relazioni reciproche oppure nei confronti di terzi sul mercato e nella società, regole il cui rispetto è frutto di un accordo tra gli stessi attori, senza meccanismi coercitivi esterni». Così il Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema "Autoregolamentazione e coregolamentazione nel quadro legislativo dell'UE" del 22 aprile 2015, in GUUE C/291, punto 3.2.

13 Bellisario, E.: *op. ult. cit.*, p. 810.

14 Cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo del 6 febbraio 2013 sulla "Responsabilità sociale delle imprese: comportamento commerciale trasparente e responsabile e crescita sostenibile", ove si sottolinea che «le imprese non possono sostituirsi alle funzioni delle autorità pubbliche per quanto concerne la promozione, l'implementazione e il controllo di norme sociali e ambientali» (punto 1) e altresì che la stessa nuova definizione di RSI proposta dalla Commissione nel 2011 «neutralizza la contrapposizione tra approcci volontari e approcci obbligatori» (punto 5).

15 Bellisario, E.: *op. ult. cit.*, p. 820.

tutti che il ricorso a strumenti soft – fra cui i Principi guida su Imprese e Diritti Umani del 2011 – e l'impegno su base volontaria non hanno mai fermato le gravi violazioni dei diritti umani commesse dalle multinazionali. Così, fra i vari tentativi (invano) messi in atto a partire dagli anni Settanta al fine di creare un codice di condotta vincolante per le imprese transnazionali in materia di diritti umani[16], nel 2014, su iniziativa dell'Equador, passa la Risoluzione n. 26/9 del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite, che istituisce un Gruppo di lavoro intergovernativo con il mandato di avviare un processo volto all'introduzione di uno strumento internazionale giuridicamente vincolante per regolamentare, nel quadro del diritto internazionale, le attività delle società transnazionali e delle altre imprese[17].

Tornando al contesto europeo, l'acquisita consapevolezza della necessità di «fare di più»[18] si traduce in intervento assai rilevante, sia nella forma che nei contenuti, che segna una prima significativa svolta nell'azione dell'Ue: la direttiva 2014/95/UE (c.d. NFRD - Non Financial Reporting Directive) in tema di comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e sulla diversità da parte di talune imprese e gruppi di grandi dimensioni.

L'obiettivo di questa disciplina – la quale, secondo la strategia di better regulation, è stata preceduta da ampie consultazioni pubbliche con le parti interessate, tanto in sede europea quanto in sede di attuazione nell'ordinamento italiano ad opera del d. lgs. n. 256/2017[19] – è quello di migliorare la comunicazione delle informazioni in tema di RSI (e di diversità nella composizione degli organi di amministrazione e controllo), al fine di accrescerne «la pertinenza, l'uniformità e la comparabilità» (considerando n. 21).

Tra le varie opzioni possibili, si è privilegiato un approccio improntato alla "non intrusività" e alla "flessibilità", in considerazione della natura "multidimensionale" della RSI e della diversità delle politiche applicate dalle imprese in materia.

16 Per una sintesi dei numerosi negoziati e dei loro fallimenti, v. Marrella, F.: "Imprese transnazionali e diritti umani", in AA.VV.: *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2019, p. 721 ss.

17 Sui lavori del Gruppo, che ha pubblicato nell'agosto 2020 una seconda bozza rivista di strumento giuridicamente vincolante, v. il sito: *https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx*.

18 V. retro, testo e nota 9.

19 Per un'analisi più dettagliata, sia consentito rinviare ancora a Bellisario, E.: "Rischi di sostenibilità e obblighi di disclosure: il d.lgs. n. 254/2016 di attuazione della dir. 2014/95/UE", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, I, p. 19 ss.

In base a tale approccio, fondato sul principio del "comply or explain"[20], le imprese soggette alla disciplina[21] conservano un'ampia discrezionalità nel definire il contenuto delle loro strategie e nella scelta degli standard specifici e dei relativi KPIs (Key Performance Indicators), e altresì margini di flessibilità nel comunicare le informazioni pertinenti; tuttavia esse hanno l'obbligo di rendere una "dichiarazione di carattere non finanziario" (DNF) comprendente "almeno" le informazioni essenziali in materia ambientale e sociale, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani, alla lotta contro la corruzione attiva e passiva. Le imprese che invece non applicano politiche in relazione a uno o più dei predetti aspetti, devono fornire una spiegazione chiara e articolata del perché di tale scelta.

Quindi, detto altrimenti: non vi è un obbligo per le imprese di adottare una politica in tema di sostenibilità, né di comunicarla in tutti i suoi aspetti, ma vi è in ogni caso un obbligo di comunicare: ciò che si fa oppure, se non si fa, di motivare la scelta operata[22].

Si resta, dunque, nell'ambito di tecniche di regolazione miste o di c.d. co-regolamentazione[23], attraverso un intervento funzionalizzato al controllo del potere privato e delle sue forme di esercizio: un intervento che non soltanto indirizza, ma – con una "spinta" tutto sommato ancora "gentile", benché certamente non soft

20 Giova ricordare che il principio del comply or explain – "rispetta o spiega" – era già noto nel nostro ordinamento, ove ha conosciuto un lungo percorso evolutivo: inizialmente era contenuto nel solo codice di autodisciplina delle società quotate del 1999; poi è stato inserito nelle Istruzioni al Regolamento dei Mercati di Borsa Italiana; infine, ha fatto ingresso nel TUF (d.lgs. n. 58/98), prima per effetto delle modifiche introdotte con la legge sul risparmio (l. n. 262/05) e, in seguito, per effetto del recepimento della direttiva 2006/46/CE, relativa ai conti annuali di taluni tipi di società. Come noto, in base a tale principio, le società quotate italiane sono tenute – non già ad aderire bensì – a rendere pubblica la scelta di aderire a codici di comportamento in materia di governo societario e, in caso di adesione, a fornire informazioni al mercato con riferimento alle condotte effettivamente applicate tra quelle raccomandate dal codice (compliance), motivando, contestualmente, la scelta di discostarsi da una o più best practices (explain).

21 Destinatari delle disposizioni sono gli enti di interesse pubblico – società i cui valori mobiliari sono negoziati in mercati regolamentati italiani e UE, banche, compagnie di assicurazione e riassicurazione – che durante l'esercizio finanziario abbiano avuto, in media, un numero di dipendenti superiore a 500 e che alla data di chiusura del bilancio abbiano superato almeno uno dei due seguenti limiti dimensionali: *a*) totale dello stato patrimoniale: 20.000.000 di euro; *b*) totale dei ricavi netti delle vendite e delle prestazioni: 40.000.000 di euro.

22 Analogamente, in materia di diversità nella composizione degli organi di amministrazione e controllo, la direttiva modifica, ampliandolo, il contenuto obbligatorio della "relazione sul governo societario" (art. 20, lett. *g*, direttiva 2013/34/UE), imponendo alle grandi imprese di fornire informazioni sulla loro politica, anche per quanto riguarda l'età, il sesso, la diversità geografica, il percorso formativo e professionale. Le società che non hanno una politica in materia di diversità saranno unicamente tenute a spiegare il perché di questa scelta.

23 L'Accordo interistituzionale "*Legiferare meglio*" del 16 dicembre 2003, cit., punto 18 (ora sostituito dall'Accordo del 13 aprile 2016, cit.), definisce la coregolamentazione come il «meccanismo mediante il quale un atto legislativo comunitario conferisce la realizzazione degli obiettivi definiti dall'autorità legislativa ai soggetti interessati riconosciuti in un determinato settore». Più di recente, essa è definita come una «forma di regolamentazione delle parti interessate (*stakeholder*) che è promossa, orientata, guidata o controllata da una terza parte (sia essa un organismo ufficiale o un'autorità di regolamentazione indipendente) di norma dotata di poteri di esame, di controllo e, in alcuni casi, sanzionatori». Così il Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema "Autoregolamentazione e coregolamentazione nel quadro legislativo dell'UE", cit., punto 3.4.

come in passato – piega l'autonomia dei privati al perseguimento di obiettivi di rilievo pubblicistico, senza tuttavia imporre vincoli o limitazioni troppo penetranti[24].

Inizia così ad emergere con più forza quel ruolo di "sostegno" che – in una logica collaborativa e di interdipendenza pubblico-privato, in attuazione della sussidiarietà, anche verticale – spetta alle autorità pubbliche attraverso una «combinazione intelligente di misure politiche volontarie e, ove necessario, di regolamentazione complementare»[25].

IV. SEGUE. TERZA FASE: LA SPINTA DECISA. IL PACCHETTO DEL PIANO D'AZIONE PER LA FINANZA SOSTENIBILE.

A partire dal 2015, con ritmi sempre più incalzanti, l'Unione europea comincia ad avviare un programma legislativo decisamente ambizioso per la riconversione del sistema produttivo UE a paradigmi di sostenibilità.

Le iniziative sono numerose, sono fra loro intrecciate e complementari e, soprattutto, sono sempre più hard. Alcune di queste perseguono l'obiettivo di rendere i criteri ambientali, sociali e di governance (ESG nell'acronimo inglese comunemente utilizzato: Environmental, Social and Governance) un elemento centrale della regolamentazione del settore finanziario.

È infatti evidente che per realizzare la transizione ecologica e rendere l'Europa climaticamente neutra entro il 2050, le politiche pubbliche non basteranno e saranno necessari ingenti finanziamenti anche da parte di investitori privati. Un'attenzione specifica viene perciò dedicata, attraverso una strategia rinnovata, alla finanza sostenibile[26], allo scopo di stabilire criteri chiari e condivisi a livello europeo per definire in primo luogo che cosa è sostenibile e, quindi, evitare di

24 Al riguardo, però, già si anticipa (v. *infra*, testo e nota 46) che il 21 aprile 2021 la Commissione ha presentato una Proposta di direttiva sull'informativa in materia sostenibilità delle imprese (c.d. Corporate Sustainability Reporting Directive - CSRD) dando seguito all'intento – già espresso nella presentazione del Green Deal europeo – di intervenire in modo più pervasivo sulla direttiva 2014/95/EU. Ciò in considerazione della crescente richiesta, soprattutto da parte degli investitori e delle organizzazioni della società civile, di informazioni sociali e ambientali quantitativamente maggiori e qualitativamente più significative. Come di consueto, la Proposta è stata preceduta da una consultazione pubblica (svoltasi dal 20 febbraio al 14 maggio 2020) che ha toccato, in particolare, i seguenti punti: valutare l'opportunità di prevedere uno standard obbligatorio comune; individuare eventuali ulteriori ambiti di indagine non finanziaria e categorie di informazioni; verificare se la diversità di disciplina in materia di attestazione tra informazioni finanziarie e informazioni non finanziarie sia giustificabile e appropriata; valutare un ampliamento dell'ambito dei destinatari della NFRD. Per una sintesi dei risultati emersi, v. il documento "Summary Report of the Public Consultation on the Review of the Non-Financial Reporting Directive", reperibile sul sito *https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12129-Revision-of-Non-Financial-Reporting-Directive/public-consultation*.

25 Comunicazione della Commissione del 25 ottobre 2011, cit., punto 3.4.

26 Come precisato dalla Commissione, per "finanza sostenibile" si intende generalmente «il processo di tenere in debita considerazione, nell'adozione di decisioni di investimento, i fattori ambientali e sociali». Così la Comunicazione "Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile" dell'8 marzo 2018, COM (2018) 97 fin. (punto 1).

finanziare progetti improntati al "greenwashing", cioè progetti che si dichiarano verdi ma che non rispettano davvero l'ambiente.

In particolare, è la Comunicazione della Commissione "Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile" dell'8 marzo 2018[27], e la successiva su "Il Green Deal europeo" del 1° dicembre 2019[28], ad imprimere una decisa accelerazione all'azione Ue, che sfocia in un "poderoso" pacchetto di misure dall'impatto rivoluzionario, i cui pilastri portanti sono:

- il Regolamento (UE) 2019/2088 del 27 novembre 2019, relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari (c.d. SFDR, ossia: Sustainable Finance Disclosure Regulation, o anche ESG Disclosure Regulation) e

- il Regolamento (UE) 2020/852 del 18 giugno 2020, relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088 (c.d. Taxonomy Regulation)[29].

Nella consapevolezza che questi interventi legislativi richiederebbero un'analisi ben più approfondita di quella che è possibile svolgere in queste pagine, preme tuttavia tratteggiarne i punti salienti al fine di dare l'idea non soltanto della loro notevole portata innovativa, ma altresì del sostanziale mutamento nella "combinazione intelligente" tra i diversi strumenti di regolazione utilizzati e dei suoi riflessi sul ruolo delle autorità private.

27 Nello specifico il "Piano" – che si fonda sulle Raccomandazioni formulate dal "Gruppo di esperti di alto livello sulla finanza sostenibile" istituito dalla Commissione alla fine del 2016 – si articola in 10 azioni al fine di realizzare i seguenti tre obiettivi: 1) orientare i capitali privati verso investimenti sostenibili; 2) integrare la sostenibilità nella gestione dei rischi; 3) promuovere la trasparenza sui temi ESG (Environmental, Social and Governance) in una prospettiva di lungo periodo.

28 «Il settore privato sarà determinante per finanziare la transizione verde. Servono segnali sul lungo periodo per indirizzare i flussi finanziari e di capitale verso gli investimenti verdi ed evitare gli attivi non recuperabili. Nel terzo trimestre del 2020 la Commissione presenterà una strategia rinnovata in materia di finanza sostenibile, incentrata su una serie di azioni. Questa strategia consoliderà innanzitutto le basi su cui poggiano gli investimenti sostenibili. Parlamento europeo e Consiglio dovranno segnatamente adottare la tassonomia per la classificazione delle attività ecosostenibili» Così la Comunicazione "*Il Green Deal europeo*" del 1° dicembre 2019, COM (2019) 640 fin. (punto 2.2.1).

29 Fra le altre misure che si inseriscono in questo innovativo Piano d'azione, vanno menzionati: il Regolamento (UE) 2019/2089 (c.d. Climate Benchmark Regulation), che modifica il regolamento (UE) 2016/1011 per quanto riguarda gli indici di riferimento UE di transizione climatica, gli indici di riferimento UE allineati con l'accordo di Parigi e le comunicazioni relative alla sostenibilità per gli indici di riferimento; il Regolamento (UE) 2021/337 del 16 febbraio 2021 che modifica il regolamento (UE) 2017/1129 per quanto riguarda il prospetto UE della ripresa e adeguamenti mirati per gli intermediari finanziari, nonché la direttiva 2004/109/CE per quanto riguarda l'uso del formato elettronico unico di comunicazione per le relazioni finanziarie annuali, per sostenere la ripresa dalla crisi COVID-19; i Regolamenti delegati della Commissione nn. 2020/1816, 2020/1817 e 2020/1818, che integrano il regolamento (UE) 2016/1011 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda rispettivamente: la spiegazione nella dichiarazione sull'indice di riferimento del modo in cui i fattori ESG si riflettono in ciascun indice di riferimento fornito e pubblicato; per quanto riguarda il contenuto minimo della spiegazione del modo in cui i fattori ESG si riflettono nella metodologia degli indici di riferimento; per quanto riguarda le norme minime per gli indici di riferimento UE di transizione climatica e per gli indici di riferimento UE allineati con l'Accordo di Parigi.

A) ESG Disclosure Regulation (o SFDR).

Al fine di aumentare la trasparenza sui fattori e sui rischi di sostenibilità nei processi decisionali e di consulenza relativi agli investimenti, e di rafforzare la comparabilità dei prodotti finanziari, l'ESG Disclosure Regulation introduce per i "partecipanti ai mercati finanziari" e per i "consulenti finanziari" (definiti all'art. 2, rispettivamente n. 1 e n. 11)[30] nuovi e specifici obblighi di informativa precontrattuale e continuativa destinata agli investitori finali.

Benché il regolamento si focalizzi sull'informativa in materia di sostenibilità, il suo impatto non è affatto limitato alla sola "ESG disclosure", giacché inevitabilmente l'adempimento di questi obblighi andrà a permeare l'intero processo di strutturazione, promozione e vendita dei prodotti finanziari, con ricadute significative su tutti o quasi i processi aziendali.

Si tratta di una regolamentazione molto dettagliata, che prevede regimi differenziati a seconda dei soggetti e della tipologia di prodotto. In via meramente schematica, gli obblighi di disclosure si articolano, infatti, su due livelli: informazioni riferite al soggetto/attività (c.d. "entity level")[31] e informazioni riferite al prodotto finanziario (c.d. "product level")[32], e vengono altresì differenziati a seconda della modalità di fornitura (nell'informativa precontrattuale, sui siti web o nelle relazioni periodiche).

Il "rischio di sostenibilità", conformemente a quanto già stabilito dalla legislazione settoriale, viene definito come «un evento o una condizione di tipo ambientale, sociale o di governance che, se si verifica, potrebbe provocare un significativo impatto negativo effettivo o potenziale sul valore dell'investimento» (art. 2, n. 22), mentre nell'articolata definizione di "investimento sostenibile" (art. 2, n. 17) si sancisce, quale elemento determinate al fine di poter assegnare tale qualifica, il principio del "non arrecare un danno significativo" a nessuno degli obiettivi ESG.

Alle Autorità europee di vigilanza (ESAs) è affidato il compito di sviluppare ulteriori norme tecniche di dettaglio (RTS secondo l'immancabile acronimo

30 Come precisato dal considerando n. 7, i soggetti che svolgono «simultaneamente attività di partecipanti ai mercati finanziari e di consulenti finanziari (…) dovrebbero essere considerati partecipanti ai mercati finanziari se agiscono in qualità di realizzatori di prodotti finanziari, ivi compresa la gestione del portafoglio, e dovrebbero essere considerati consulenti finanziari se forniscono consulenza in materia di investimenti o di assicurazioni».

31 In particolare gli artt. 3-6 pongono obblighi di disclosure dei processi interni su: politiche in materia di rischio di sostenibilità; effetti negativi per la sostenibilità a livello di soggetto; politiche di remunerazione relativamente all'integrazione dei rischi di sostenibilità; integrazione dei rischi di sostenibilità.

32 In particolare gli artt. 7-9 pongono obblighi di disclosure sugli effetti negativi per la sostenibilità del prodotto finanziario; nonché – per prodotti che promuovono caratteristiche ambientali o sociali o che abbiano come obiettivo investimenti sostenibili – su come il prodotto sia conforme agli aspetti ESG che lo stesso si propone di rispettare e/o perseguire, nonché su come eventuali indici di riferimento designati per il prodotto siano coerenti con tali aspetti.

inglese, ossia Regulatory Technical Standards), che la Commissione ha facoltà di adottare mediante atti delegati ex art 290 TFUE[33].

Per quanto riguarda l'informativa a livello di prodotto, il principio del comply or explain trova applicazione per la generalità di prodotti finanziari resi disponibili: pertanto, se la valutazione dei rischi di sostenibilità porta a concludere che rischi non sussistono, occorre spiegarne le ragioni. Se, viceversa, la valutazione porta a concludere che tali rischi sono rilevanti, occorre comunicare, in termini qualitativi o quantitativi, la misura in cui quei rischi possono incidere sulla performance del prodotto finanziario. Con riferimento, invece, ai prodotti finanziari sostenibili, gli obblighi di informativa si intensificano e altresì si differenziano a seconda che si tratti di prodotti che "promuovono caratteristiche sostenibili" (c.d. "light green products") ovvero di prodotti che "hanno come obiettivo investimenti sostenibili" (c.d. "dark green products").

Come emerge già da questi rapidi cenni, ampia è la categoria di prodotti oggetto del regolamento, parimenti ampia è la platea di destinatari, e considerevoli sono gli obblighi di disclosure ad essi richiesti. Peraltro, solo per alcuni secondo la più flessibile logica del generale principio comply or explain (in base alla quale ove gli "effetti negativi" delle decisioni di investimento sui fattori di sostenibilità non siano stati presi in considerazione, occorre fornire una chiara motivazione di tale mancata considerazione). Difatti fanno eccezione i FMPs (altro acronimo per "partecipanti ai mercati finanziari") che, alla data di chiusura del bilancio, impiegano in media più di 500 dipendenti nel corso dell'esercizio finanziario, o che sono imprese madri di un grande gruppo che su base consolidata impiega in media più di 500 dipendenti nel corso dell'esercizio finanziario (art. 4, commi 3 e 4). A partire dal 30 giugno 2021, tali soggetti sono perciò obbligati tout court a rendere una dichiarazione relativa alle loro politiche in materia di dovuta diligenza per quanto riguarda i principali effetti negativi delle decisioni di investimento sui fattori EGS. Ossia, detto altrimenti, sono obbligati anche ad adottare tali politiche.

Inevitabilmente l'impatto di questi obblighi andrà ben oltre la mera disclosure, essendo evidente che la comunicazione al pubblico delle informazioni richieste non potrà che essere il risultato finale di un processo che implica l'ingresso dei fattori EGS in tutte le fasi più rilevanti dei processi aziendali di strutturazione,

33 Il 4 febbraio 2021 le Autorità europee di vigilanza hanno pubblicato e trasmesso alla Commissione Europea la bozza di Final Report sui Regulatory Technical Standards (RTS) relativi al SFDR, la cui applicazione è prevista con decorrenza dal 1° gennaio 2022. Tuttavia, avendo la Commissione già chiarito che l'applicazione del regolamento – in relazione al livello 1 sui principi generali dell'informativa ESG – non è subordinata all'adozione formale e all'entrata in vigore degli RTS, le ESAs hanno precisato che tali RTS, seppure in bozza e suscettibili di modifiche nel processo di adozione in corso, possono già costituire un'utile guida nell'interpretazione e applicazione della normativa (ESAs, *Supervisory Statement* del 25 febbraio 2021, in *https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/jc _2021_06_joint_esas_ supervisory_statement_-_sfdr.pdf*).

promozione e vendita dei prodotti finanziari, finendo per ripercuotersi anche su tutte le imprese che, a valle, aspirano ad attrarre finanziamenti.

B) Taxonomy Regulation.

Come detto, la transizione richiederà l'apporto di ingenti volumi di capitali privati verso "attività economiche sostenibili". Il che impone necessariamente e urgentemente una comprensione condivisa del senso dell'espressione e, quindi, l'elaborazione di una "tassonomia" dell'UE che fornisca definizioni unificate e che garantisca l'affidabilità e la comparabilità delle informazioni sugli investimenti sostenibili[34].

A questo obiettivo mira l'altro pilastro del Piano d'azione europeo, ossia il regolamento (UE) 2020/852, che istituisce un sistema unificato di classificazione della attività economiche considerate sostenibili.

Questo sistema si basa su alcuni semplici principi, ma di assai più complessa attuazione pratica.

In primo luogo vengono fissati sei obiettivi di sostenibilità (art. 9)[35]; quindi, si stabilisce che un'attività economica può essere considerata sostenibile se contribuisce a uno di questi obiettivi (art. 3, lett. a), se è conforme ai "criteri di vaglio tecnico" fissati dalla Commissione (art. 3, lett. d) e se rispetta i principi minimi sanciti a livello internazionale in tema di diritti umani (art. 3, lett. c)[36]; infine, posto che ogni attività può sotto alcuni aspetti contribuire, sotto altri nuocere alla sostenibilità, si sancisce il principio secondo cui un'attività economica non può essere considerata ecosostenibile se arreca all'ambiente più danni che benefici. In altri termini: un'attività è ecosostenibile solo se non arreca un danno significativo a nessuno degli obiettivi ambientali di cui all'art. 9 (art. 3, lett. b).

È evidente che, data la complessità e la natura altamente tecnica della creazione di un siffatto sistema di classificazione, non solo ci vorrà del tempo per un'elaborazione compiuta, ma sarà altresì necessario ricorrere al contributo

34 Come specificato dalla Commissione europea, la tassonomia è «requisito essenziale per procedere con la creazione di norme e marchi, la calibrazione dei requisiti prudenziali e l'utilizzazione di indici di riferimento relativi al basso contenuto di carbonio. La tassonomia dell'UE è inoltre complementare all'attuazione di azioni come la comunicazione societaria o la fornitura di consulenza finanziaria». "Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile", cit., punto 5.

35 Ai sensi dell'art. 9 i sei obiettivi sono i seguenti: *a*) la mitigazione dei cambiamenti climatici; *b*) l'adattamento ai cambiamenti climatici; *c*) l'uso sostenibile e la protezione delle risorse idriche e marine; *d*) la transizione verso un'economia circolare; e) la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento; *f*) la protezione e il ripristino della biodiversità e degli ecosistemi.

36 Si tratta, in particolare, delle "Linee Guida" OCSE destinate alle imprese multinazionali, dei "Principi guida" delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani, della "Dichiarazione tripartita" di principi sulle imprese multinazionali e la politica sociale, adottata dall'ILO.

tecnico di esperti, anche al fine di aggiornarlo e tempestivamente adeguarlo alla rapida evoluzione della scienza e della tecnologia.

Circa l'aspetto temporale, il legislatore europeo opta quindi per un approccio graduale, ma al tempo stesso serrato, iniziando con la tassonomia delle attività riguardanti i primi due obiettivi ambientali entro la fine del 2021, e programmando quella relativa agli altri quattro obiettivi entro la fine del 2022.

Per quanto concerne il cuore del regolamento, ossia le modalità di elaborazione dei cc.dd. "criteri di vaglio tecnico" – cioè i parametri tecnici «granulari e calibrati» per stabilire cosa contribuisce alla sostenibilità e cosa, invece, arreca un danno significativo – da adottarsi sotto forma di "atti delegati"[37], il regolamento considera «di particolare importanza» svolgere «opportune consultazioni» in linea con le procedure e le formule standard del programma "Legiferare meglio"[38].

Così, in questa consueta logica "partecipativa" e di cooperazione pubblico/privato, si stabilisce che il processo di fissazione e aggiornamento dei criteri di vaglio tecnico coinvolga i pertinenti portatori di interessi e sia basato sulla consulenza di esperti di comprovata competenza ed esperienza nei settori in questione. Viene perciò istituita una "Piattaforma sulla finanza sostenibile" composta da rappresentanti sia del settore pubblico che del settore privato[39], con il compito di fornire consulenza alla Commissione sullo sviluppo, l'analisi e il riesame dei criteri di vaglio tecnico (art. 20)[40].

37 Il «ruolo importante» degli atti delegati e degli atti di esecuzione nel diritto dell'Unione è sottolineato nell'Accordo interistituzionale "Legiferare meglio" del 13 aprile 2016, cit., punto 26: «usati in modo efficace e trasparente e in casi giustificati, essi sono uno strumento essenziale per legiferare meglio e contribuiscono a garantire una legislazione semplice e aggiornata e un'attuazione efficace e rapida della stessa».

38 «La consultazione del pubblico e dei portatori di interesse è parte integrante di un processo decisionale ben informato e del miglioramento della qualità di tale processo. (…) la Commissione, prima di adottare una proposta, conduce consultazioni pubbliche in maniera aperta e trasparente, facendo in modo che le modalità e le scadenze di dette consultazioni permettano una partecipazione quanto più ampia possibile. In particolare la Commissione incoraggia la partecipazione diretta alle consultazioni delle PMI e di altri utenti finali, anche tramite internet. I risultati delle consultazioni del pubblico e dei portatori di interesse sono comunicati senza indugio ai co-legislatori e resi pubblici». Accordo interistituzionale "Legiferare meglio" del 13 aprile 2016, cit., punto 19.

39 Come stabilito dal considerando n. 50 «[t]ra gli esperti del settore pubblico dovrebbero rientrare i rappresentanti dell'Agenzia europea dell'ambiente, delle AEV, della Banca europea per gli investimenti e dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali. Tra gli esperti del settore privato dovrebbero rientrare i rappresentanti dei partecipanti ai mercati finanziari e non finanziari e dei settori economici, in rappresentanza delle industrie interessate, nonché soggetti con competenze in materia contabile e di rendicontazione. La piattaforma dovrebbe inoltre includere esperti che rappresentino la società civile, compresi esperti con competenze nel settore ambientale, sociale, del lavoro e della *governance*. I partecipanti ai mercati finanziari dovrebbero essere incoraggiati a informare la Commissione qualora ritengano che un'attività economica che non soddisfa i criteri di vaglio tecnico o per la quale non è ancora stato fissato alcun criterio debba essere considerata ecosostenibile, in modo da aiutare la Commissione a valutare l'opportunità di integrare o aggiornare i criteri di vaglio tecnico».

40 Per maggiori informazioni sulla Piattaforma, v. il sito *https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance/overview-sustainable-finance/platform-sustainable-finance_en*.

Ma non solo. Un'analoga – ma non identica – "funzione consultiva" viene assegnata anche a un altro organo già esistente e operativo dal 2018, ossia il "Gruppo di esperti degli Stati membri sulla finanza sostenibile", al quale si conferisce ora uno status formale (art. 24)[41]. Chiaramente non si tratta del medesimo "Gruppo di esperti" – istituito anch'esso nell'ambito del "Piano d'azione per la finanza sostenibile", ossia il c.d. TEG (Technical Expert Group on Sustainable Finance) – al quale succede ora Piattaforma[42], bensì di un organo "ponte" tra Commissione e Stati membri per facilitare un tempestivo scambio di opinioni, e altresì incaricato, prima e durante l'adozione degli Atti delegati, di fornire consulenza alla Commissione sia sull'adeguatezza dei criteri di vaglio tecnico, sia sull'approccio adottato dalla Piattaforma per quanto riguarda la loro elaborazione.

L'impatto di questo regolamento – come è evidente – andrà ben oltre la lotta al greenwashing, implicando piuttosto un rivoluzionario cambio di rotta nei sistemi produttivi verso l'obiettivo di un'Europa climaticamente neutra entro il 2050. Tuttavia il punctum dolens – se non il vero e proprio scoglio – dell'intero sistema così concepito è la fissazione dei criteri di vaglio tecnico, senza i quali il regolamento resta lettera morta. La posta in gioco – anche questo è evidente – è altissima: il futuro del nostro Pianeta, certamente, ma anche giganteschi interessi economici e politici.

Non stupisce, quindi, che alla prova dei fatti questo sistema si sia parzialmente inceppato. Durante la breve consultazione pubblica – aperta dal 20 novembre 2020 al 18 dicembre 2020 – sul primo progetto di Atto delegato, che avrebbe dovuto diventare operativo dal 1° gennaio 2021, è pervenuto un numero di commenti tale (oltre 46.000) da costringere la Commissione al rinvio della sua adozione al fine di valutare «il volume e la natura» delle risposte ricevute. Segno inequivocabile dei malumori suscitati da una proposta basata su criteri e soglie estremamente rigidi[43]

41 Per maggiori informazioni sul c.d. MSEG (Member States Expert Group on Sustainable Finance), creato nell'ambito del "Piano d'azione per la finanza sostenibile" per sostenere la Commissione nella preparazione e attuazione di programmi, politiche e proposte, v. il sito *https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail .groupDetail&groupID=3603*.

42 Difatti, già nella Relazione alla Proposta di regolamento [2018/0178 (COD)] si prevedeva che «la Piattaforma (…) sostituirà il gruppo di esperti con compiti analoghi creato in precedenza». Per maggiori informazioni sul lavoro e sulla composizione del c.d. TEG (Technical Expert Group on Sustainable Finance) – che a sua volta ha proseguito il lavoro del (diverso) Gruppo di Esperti di alto livello sulla finanza sostenibile (c.d. HLEG: *High-level Expert Group on Sustainable Finance*) istituito nel dicembre 2016 (v. retro, nota 27) – v. il sito *https://ec.europa.eu/info/publications/sustainable-finance-technical-expert-group_it*.

43 Fra i punti più contestati della proposta sulla tassonomia, vi è *in primis* la mancata considerazione del gas naturale come combustibile "di transizione", anche quando sostituisce il carbone nella produzione di energia. Un gruppo di dieci Paesi (Bulgaria, Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Grecia, Ungheria, Malta, Polonia, Romania e Slovacchia) ha presentato alla Commissione europea un "documento di lavoro" esprimendo le proprie preoccupazioni sul punto. Inoltre, i criteri di vaglio tecnico finiscono col premiare una minuscola percentuale delle migliori aziende che perseguono obiettivi ambientali, mentre le imprese chiedono alla Commissione di premiare ogni azienda che raggiunga un comprovato miglioramento delle prestazioni ambientali rispetto alla media. Sulle osservazioni e le raccomandazioni formulate dalla Piattaforma sulla bozza di Atto delegato, v. la Consultation Response del 18 dicembre 2020, pubblicata sul sito *https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and _finance/documents/201218-eu-platform-on-sustainable-finance-opinion-taxonomy-delegated-act_en.pdf*. Per superare l'*impasse*, la soluzione

e della attuale "insostenibilità" di una transizione così repentina e radicale per il sistema produttivo europeo.

Ciò nonostante, il Piano d'azione prosegue: benché obbligata a prendere tempo sui punti più spinosi[44], il 21 aprile 2021 la Commissione ha annunciato l'adozione di un ulteriore corposo "pacchetto" di misure che includono: l'Atto delegato con la prima serie di criteri di vaglio tecnico relativi ai primi due obiettivi ambientali[45]; una Proposta di direttiva sull'informativa in materia sostenibilità delle imprese[46]; sei Atti delegati modificativi relativi ai doveri fiduciari e alla consulenza in materia di investimenti e assicurazioni[47].

V. UNA CO-REGOLAMENTAZIONE SBILANCIATA? IL DECLINO DELLA "VOLONTARIETÀ" DELLA RSI.

Se certamente l'autoregolazione resta uno strumento assai efficace per governare realtà complesse, non c'è dubbio che in essa non può essere riposta una fiducia incondizionata[48].

di compromesso appare allo stato l'elaborazione di una definizione più ampia della categoria di attività "in transizione" nell'ambito della tassonomia.

44 Oltre al gas naturale, per ora né escluso né incluso nella tassonomia, un'altra questione cruciale, sulla quale occorrerà trovare un delicato compromesso, riguarda l'energia nucleare. La relazione tecnica di valutazione delle possibili conseguenze nocive (principio DNSH: "do no significant harm") redatta dal *Joint Research Centre* (servizio interno di scienza e conoscenza della Commissione) è attualmente all'esame di due Gruppi di esperti indipendenti (il Gruppo di esperti sulla protezione dalle radiazioni e la gestione dei rifiuti e il Comitato scientifico per la salute, l'ambiente e i rischi emergenti sull'impatto ambientale); sulla base dei risultati di queste tre relazioni di valutazione la Commissione adotterà la sua decisione. Rinviata al prossimo Atto delegato è anche l'inclusione nella tassonomia del settore agricolo, essendo attualmente in corso negoziati interistituzionali sulla politica agricola comune.

45 Il campo d'applicazione del primo Atto delegato – che sarà ufficialmente adottato alla fine di maggio per poi essere esaminato dal Parlamento europeo e dal Consiglio – include settori (come l'energia, la silvicoltura, l'industria manifatturiera, i trasporti e l'edilizia) che in Europa sono responsabili di quasi l'80 % delle emissioni dirette di gas a effetto serra e ricomprende le attività economiche di circa il 40 % delle società quotate in borsa.

46 C.d. Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), che rivede, rafforza ed estende le regole della NFRD anche alle piccole e medie imprese con titoli quotati in mercati regolamentati, ad eccezione delle micro-imprese quotate.

47 I sei Atti modificativi sono diretti a garantire che le società finanziarie includano la sostenibilità nelle loro procedure e modelli di business (in modo che i fattori di sostenibilità siano considerati nella progettazione dei prodotti di investimento e assicurativi) e altresì nella consulenza in materia di investimenti fornita ai clienti. In particolare, i consulenti dovranno ora ottenere informazioni non solo – come già previsto – sulla conoscenza ed esperienza di investimento del cliente, sulla sua situazione finanziaria, capacità di sopportare perdite, obiettivi di investimento e tolleranza al rischio (c.d. "valutazione di idoneità"), ma anche sulle sue preferenze di sostenibilità.

48 Come a più riprese ribadito a livello europeo, l'autoregolamentazione e la coregolamentazione sono da molto tempo considerate «indispensabili per assicurare una regolamentazione adeguata di attività economiche e sociali differenti» e, quindi, come «importanti strumenti complementari o supplementari dell'eteroregolamentazione (hard law), ma mai come un'alternativa ad essa». Noti sono infatti i vantaggi connessi al loro utilizzo: «eliminazione degli ostacoli al mercato unico, semplificazione delle norme, flessibilità e rapidità di applicazione, alleggerimento dei percorsi legislativi e corresponsabilità delle parti interessate». Ma parimenti noti sono anche i limiti, che «dipendono soprattutto dall'efficacia del monitoraggio e delle sanzioni, dall'incertezza circa l'adesione di tutte le parti ai codici concordati, nonché dalle condizioni di piena compatibilità con l'insieme delle norme vigenti e dei requisiti previsti da un inquadramento legislativo adeguato nel campo della salute, della sicurezza e dei servizi di interesse

Il fenomeno osservato ne è la dimostrazione concreta: la quasi totale deregolazione (hard) della responsabilità sociale delle imprese, la blanda co-regolamentazione e il parallelo trionfo dell'auto-regolamentazione hanno infatti nel tempo evidenziato inefficienze nel suo esercizio tali da condurre a risultati nulli, se non controproducenti, favorendo comportamenti opportunistici (le note pratiche di greenwashing).

Si è quindi compreso che, per conferire quella credibilità necessaria al suo efficace funzionamento, la RSI non poteva sfuggire ad una più attenta e incisiva regolamentazione pubblica, restando tuttavia aperto il problema – tecnico e politico – di stabilire il "come".

L'attesa risposta dell'Ue al riguardo è oggi chiara, ambiziosa e coraggiosa.

Del resto, non è solo una variante meramente lessicale se il ruolo delle imprese viene declassato da "guida" a "chiave"[49]: il legislatore si è riappropriato di un ruolo forte, di architetto del sistema, orientandolo con strumenti hard verso i fini desiderati, il che ha inevitabilmente comportato un depotenziamento dei poteri dei privati.

Ad un diritto incentivante e premiale, certamente ancora caratterizzante la RSI, si è oggi affiancato un diritto anche sanzionatorio, o quanto meno preventivo-dissuasivo: se non si comunicano – di fatto: se non si adottano – politiche in materia, si rischia di essere tagliati fuori da finanziamenti e dal mercato.

La tecnica di regolazione utilizzata è sempre la medesima, ossia un mix «intelligente di misure politiche volontarie e (…) di regolamentazione complementare», ma il potenziamento della etero-regolazione e l'impatto che essa è destinata a produrre sono tali che pare davvero difficile continuare a parlare della RSI come di un fenomeno "volontario": questa tradizionale peculiarità appare oggi a tal punto svilita da risultare quasi evanescente, trattandosi a ben vedere di una scelta ormai di fatto imposta, almeno per le imprese operanti in Europa.

Ma poiché l'efficacia della nuova strategia resta tutta da verificare sul campo, viene da chiedersi se, forse, questa netta escalation di vincoli e questa decisa accelerazione della tempistica non siano eccessive.

Ferma restando la totale condivisibilità degli obiettivi perseguiti, e altresì dell'idea di puntare sul mercato dei servizi finanziari ai fini di una conversione ESG delle attività economiche svolte nell'Unione, tuttavia non si può fare a meno di

generale». Così il Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema "Autoregolamentazione e coregolamentazione nel quadro legislativo dell'UE" del 22 aprile 2015, cit., punto 4.10, lett. *f*.

49 V. retro, par. 1, testo e note 7 e 8.

esprimere alcune preoccupazioni sulle potenziali ricadute complessive di queste regole, la cui applicazione appare, allo stato, molto complicata e, soprattutto, molto costosa.

Così, ad esempio, in relazione al SFDR, ci si interroga se la conformità ai nuovi obblighi di informativa ESG, in aggiunta a quelli di disclosure e di condotta già esistenti, possa realmente migliorare l'informativa degli investitori, che saranno destinatari di una mole enorme di informazioni precontrattuali, con il rischio, quindi, di non essere adeguatamente considerate e/o comprese[50]. Fonte di incertezze è poi la distinzione fra "prodotti che promuovono caratteristiche ambientali o sociali" e "prodotti aventi come obiettivo investimenti sostenibili", e il concetto stesso di "investimento sostenibile", in relazione al quale si rileva la vaghezza del principio del "non arrecare un danno significativo" e la necessità di fornire ulteriori chiarimenti e indicazioni in merito alla corretta interpretazione e applicazione del regolamento[51]. A ciò si aggiunge la difficoltà e l'onerosità per le imprese, specie se medio-piccole, di reperire tutte le dettagliate informazioni richieste dalla regolamentazione per fornirle a chi su di loro dovrebbe investire.

Perplessità ancor maggiori suscita il Taxonomy Regulation che, per quanto apprezzabile negli intenti, rischia di trasformarsi in boomerang. Da un lato, infatti, esso potrebbe determinare un accentramento degli investimenti verso quelle pochissime aziende oggi in grado non solo di svolgere attività economiche compliant con i criteri di vaglio tecnico, ma anche di ottemperare ai nuovi obblighi di trasparenza e di far fronte ai relativi costi, che rischiano di tradursi, in definitiva, in uno svantaggio competitivo rispetto alle imprese extra-UE. Dall'altro lato, nell'ipotesi in cui la Commissione sia "costretta" ad abbassare quei criteri, vi è il rischio che in tal modo si finisca per favorire proprio ciò che l'intervento intendeva scongiurare, cioè il perpetuarsi di pratiche di greenwashing.

E ancora: da più parti si rileva un apparente scollamento tra regole di ESG disclosure, regole sulla tassonomia green e regole per la dichiarazione non finanziaria, che sembrano richiedere una rendicontazione separata su una varietà di indicatori correlati ma non allineati. Al riguardo è quindi auspicabile che il

50 In tal senso, Amato, G., Pierotti, N., Benvenuto, R.: "Regolamento SFRD e norme tecniche di attuazione: la 'sfida' delle sustainability disclosures", *http://www.dirittobancario.it/news/finanza/regolamento-sfrd-e-norme-tecniche-di-attuazione-la-sfida-delle-sustainability-disclosure*s, 15 marzo 2020, che evidenziano il rischio di uno «sforzo di conformità sproporzionato se non inutile, talvolta».

51 Cfr. ancora Amato, G., Pierotti, N., Benvenuto, R.: "Regolamento SFRD e norme tecniche di attuazione", cit. Da ultimo v. la Comunicazione "Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio 'non arrecare un danno significativo' a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza" del 12 febbraio 2021, COM (2021) 1054 fin., che tuttavia, come si evince dal titolo, fornisce orientamenti tecnici che si limitano a definire le modalità di applicazione del principio DNSH ("do no significant harm") esclusivamente nel contesto dell'RRF (Regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza nella versione concordata a livello politico tra il Parlamento europeo e il Consiglio nel dicembre 2020, 2020/0104 COD).

regolatore europeo fornisca un quadro coerente e uniforme sulle modalità di funzionamento di ciascuna disclosure insieme alle altre.

Nell'attesa, le imprese direttamente coinvolte hanno iniziato ad attrezzarsi per rispondere ai nuovi obblighi, mentre il nostro legislatore ha già posto le basi per la creazione di un "Sistema volontario di certificazione ambientale per la finanza sostenibile" al fine di valutare la natura ecosostenibile dei progetti di investimento pubblici o privati, in coerenza con le nuove regole[52].

In questo quadro perennemente mutevole, è agevole constatare che il fenomeno osservato costituisce uno dei molteplici sviluppi delle intuizioni del Maestro: se indubbiamente le tecniche di governo di realtà (e di sfide) complesse non possono più prescindere da un rilevante coinvolgimento dei privati nei processi di produzione delle regole[53], al tempo stesso si conferma la necessità di un ruolo più incisivo del regolatore pubblico. È infatti evidente che la diffusa presenza di "autorità private" nell'era della sostenibilità non assicura affatto che queste operino «in posizione di sostanziale parità», che costituisce la condicio sine qua non affinché «quella concordata» possa effettivamente rappresentare «la soluzione ottimale»[54].

52 I commi 743-746, legge bilancio 2021, recano norme in materia di certificazione ambientale per la finanza sostenibile: in particolare, si istituisce presso il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare il "Sistema volontario di certificazione ambientale per la finanza sostenibile", cui ciascun soggetto, pubblico o privato, può accedere su base volontaria; si demanda a una delibera del Comitato interministeriale per la programmazione economica, su proposta del Ministro dell'Ambiente, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, la definizione – in via sperimentale – di indicatori volti a misurare il grado di sostenibilità ambientale e la natura ecosostenibile dei progetti di investimenti nonché le modalità di calcolo degli stessi, «tenuto conto dei criteri di vaglio tecnico adottati dalla Commissione europea in materia». Inoltre si istituisce, presso il Ministero dell'Ambiente, il Comitato per la finanza ecosostenibile con il fine di esaminare le richieste e rilasciare la certificazione ambientale, definendone la composizione e demandando a un DPCM la determinazione delle modalità di funzionamento, ivi compresi i compensi per i componenti.

53 In linea, del resto, con il Target 16.7 dell'Agenda 2030: "Garantire un processo decisionale responsabile, aperto a tutti, partecipativo e rappresentativo a tutti i livelli".

54 Così Bianca, C.M.: *Le autorità private*, cit., p. 79, in relazione agli accordi di categoria, rilevando che una «regolamentazione legislativa inderogabile può presentare il rischio di una eccessiva rigidità rispetto alla specialità del rapporto e alle particolari esigenze settoriali», e ravvisando quindi la «soluzione ottimale» in quella «concordata dalle stesse categorie interessate in posizione di sostanziale parità».

BIBLIOGRAFIA

Amato G., Pierotti N., Benvenuto R.: "Regolamento SFRD e norme tecniche di attuazione: la "sfida" delle sustainability disclosures", http://www.dirittobancario.it/news/finanza/regolamento-sfrd-e-norme-tecniche-di-attuazione-la-sfida-delle-sustainability-disclosures, 15 marzo 2020.

Bellisario, E.: La responsabilità sociale delle imprese fra autonomia e autorità privata, Giappichelli, Torino, 2012.

Bellisario, E.: "La responsabilità sociale delle imprese fra autonomia e autorità privata", *Danno e resp.,* 2013, p. 809 ss.

Bellisario, E.: "Rischi di sostenibilità e obblighi di disclosure: il d.lgs. n. 254/2016 di attuazione della dir. 2014/95/UE", *Nuove leggi civ. comm.,* 2017, I, p. 19 ss.

Bianca, C.M.: Le autorità private, con presentazione di Pietro Rescigno, Jovene, Napoli, 1977.

Marrella, F.: "Imprese transnazionali e diritti umani", in AA.VV.: Il libro dell'anno del diritto, Treccani, Roma, 2019, p. 721 ss.

Nuzzo, M. (a cura di): Il principio di sussidiarietà nel diritto privato, Giappichelli, Torino, 2014.

Sirena, P. e Zoppini, A. (a cura di): I poteri dei privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da "Le autorità private" di C.M. Bianca, RomaTrE-Press, Roma, 2018.

LA SUBSIDIARIEDAD EN EL LENGUAJE JURÍDICO

SUBSIDIARITY IN THE LEGAL LANGUAGE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 124-145

Roberto
CARLEO

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: La reforma constitucional de 2001 introdujo en la Constitución italiana (art. 118, u.c., Cost) el llamado principio de subsidiariedad horizontal, que favorece la iniciativa autónoma de los particulares para la realización de actividades de carácter general. Esto inspira una profunda reinterpretación de muchos institutos de derecho privado, empezando por el sistema de fuentes y el reparto de competencias entre legislación y jurisdicción. La propia noción de autonomía privada está siendo reconsiderada por su capacidad para establecer normas que van más allá del ámbito de las partes contratantes.

El profesor Cesare Massimo Bianca, ya en 1977, lo anticipó: "La afirmación de que el acto de negociación es constitutivo de normas puede responder (...) a la idea de un orden autónomo de los particulares, pero también responder a la idea de un orden estatal único que otorga a los particulares una competencia normativa restringida".

PALABRAS CLAVE: Subsidiariedad; autonomía privada; Constitución; interpretación; legislación; jurisdicción.

ABSTRACT: *The so-named principle of horizontal subsidiarity was introduced in the Italian Constitution (art. 118, u.c., Cost) by the 2001 constitutional reform. This improves autonomous initiative performances of private individuals working on general character activities. All this inspires you a deep re-study of many private law's institutions. The study has to restart from the sources' system and from the splitting competences of legislation and jurisdiction. The very notion of private autonomy itself is reconsidered because of its capacity to dictate rules which go beyond the sphere of the contracting parties.*

In 1977 Professor Cesare Massimo Bianca anticipated: "The negotiation's act is itself constitutive of norms and can answer (...) to the idea of an autonomous order of private individuals but also answer to the idea of a single state order which grants a restricted normative competence to private".

KEY WORDS: *Subsidiarity; private autonomy; Constitution; interpretation; legislation; jurisdiction.*

SUMARIO.- PRÓLOGO.- I. PLURALIDAD DE CONTEXTOS Y POLISEMIA DEL TÉRMINO "SUBSIDIARIEDAD".- II. SUBSIDIARIEDAD VERTICAL Y HORIZONTAL.- III. SUBSIDIARIEDAD Y AUTONOMÍA PRIVADA.- IV. ALGUNAS APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD HORIZONTAL EN LA LEGISLACIÓN ITALIANA.- V. LA EFICACIA CONFORMADORA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.

PRÓLOGO.

La reforma constitucional del 2001 introdujo el principio de "subsidiariedad horizontal" en el último párrafo del artículo 118 de la Constitución italiana.

Hoy en día existe un intenso debate sobre las aplicaciones del principio di subsidiariedad en el derecho privado[1], pero, incluso antes de la introducción de la nueva versión del artículo 118 de la Constitución italiana, el Maestro que aquí se celebra ya había demostrado la sensibilidad de prever la capacidad autónoma de los particulares de tomar la iniciativa en la formación de las normas que establecen reglas no sólo para las partes del contrato, sono también para regular actividades de interés general.

El punto de partida no puede sino encontrarse en las páginas de la monografía sobre "Autoridades privadas"[2]. El profesor Bianca, en 1977, razonando sobre la posibilidad de considerar la negociación como una fuente normativa, observaba cómo "la afirmación de que el acto de negociación es constitutivo de normas puede responder (...) a la idea de un sistema autónomo de los particulares pero también a la idea de un único sistema estatal que otorga a los particulares una competencia normativa restringida".

Entre las distintas acepciones de la palabra "subsidiariedad" (de las que nos ocuparemos a continuación)[3], en derecho civil, la doctrina puntualiza una distinción entre la autonomía privada (que crea normas destinadas a aplicarse en el ámbito interno de las relaciones entre particulares) y la subsidiariedad, la cual pone de manifiesto un poder conferido a los particulares para autorregularse y cuyas normas serán de aplicación también "externa" a las relaciones entre los particulares que las han emanado[4].

1 V. los estudios de Nuzzo, M. (coord.): *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I y II, Giappichelli, Turín, 2014.

2 Bianca, C.M.: *Le autorità private*, Jovene, Nápoles, 1977.

3 Cf. par. 1.

4 Cf. Nuzzo, M.: *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., p. 10 ss.

• Roberto Carleo
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università degli Studi di Napoli "Parthenope". Email roberto.carleo@uniparthenope.it

Para una autorizada doctrina, en cambio, autonomía y subsidiariedad podrían coincidir, ya que no habría razón para construir una "clara distinción entre una autonomía de negociación que realiza intereses individuales y una autonomía de negociación que realiza intereses generales, en cuanto ya se hace difícil la distinción misma entre interés general e interés individual"[5].

Para la doctrina mayoritaria, la subsidiariedad (partiendo de la etimología "subsidium", que significa ayuda o apoyo, lo que parece implicar una relación entre un poder principal y otro subordinado, que interviene, precisamente, de forma subordinada) asumiría un papel (meramente) complementario, mientras que para otros autores[6] asume un papel de primer orden en cuanto está llamada a gestionar los intereses concretos que están más cerca del sujeto al que se le reconoce el poder de elaborar la norma jurídica, teniendo en cuenta la utilidad social. Sólo después, si acaso, interviene el poder público. Por lo tanto la subsidiariedad no viene a integrar o completar, sino que opera en vía "originaria y primaria".

En los ámbitos objeto de autorregulación asistimos a una "transición irrefrenable de un derecho que se creaba de forma jerárquica a un derecho que se escribe y se reescribe por diferentes sujetos, legislador, juez, autoridades independientes, doctrina, particulares, entre los que a menudo es difícil establecer quién manda y quién obedece"[7].

Entre los numerosos casos en los que se manifiesta el principio de subsidiariedad horizontal y de "autorregulación", de los que nos ocuparemos más adelante, a título de ejemplo y sin ninguna pretensión de exhaustividad, se pueden observar algunos casos que reflejan ciertas líneas evolutivas consolidadas, entre otras, en los códigos de conducta (y en general en el denominado softlaw, cuyos rasgos característicos y que lo diferencian del hardlaw se difuminan cada vez más), en la normativa sobre la gestión de las crisis de la empresa (en particular, se observa, en los planes de intervención y en la normativa del sobreendeudamiento), en las distintas formas de "desjudialización" como las ADR y los instrumentos extrajudiciales para obtener la separación y el divorcio, en la reciente legislación del "tercer sector"[8], etc.

La doctrina también ha propuesto algunas clasificaciones de las diferentes hipótesis de manifestación del principio de subsidiariedad horizontal en "los

5 Perlingieri, P.: "La sussidiarietà nel diritto privato", *Rass. Dir. Civ.*, 2, 2016, p. 688; Id., "Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti", IV ed., IV, *Attività e responsabilità*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2020, p. 44 ss.; cf. Imbrenda, M.: *Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2016, p. 56, la cual se muestra de acuerdo con la idea de que la autonomía ha de entenderse "como la facultad de regular incluso intereses que no son individuales".

6 Cf. Nuzzo, M.: *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., p. 15.

7 En este sentido, Punzi, A.: "Prefazione", en G. Benedetti, *Oggettività essenziale dell'interpretazione*, Giappichelli, Turín, 2014, p. XVI.

8 Conte, G.: *L'impresa responsabile*, Giuffrè, Milan, 2018, p. 129 ss.

contratos sustitutivos de medidas administrativas" (por ejemplo, acuerdos urbanísticos), en los "contratos alternativos a medidas judiciales "(por ejemplo, el laudo en un arbitraje no formal u otras formas de ADR) y en el "contrato-fuente de derecho" (por ej., contratos colectivos, códigos deontológicos)[9].

Además, observando siempre la legislación más reciente, nuevas expresiones de la subsidiariedad horizontal pueden encontrarse por ejemplo en las "líneas guía" en materia de responsabilidad médica (dónde se asiste a una especie de delegación legislativa en favor de los médicos para dictar las reglas que establecer los standars de la conducta diligente).

Incluso entre los remedios que se debaten actualmente para adecuar los contratos de ejecución duradera a las contingencias sobrevenidas provocadas por la pandemia Covid-19 no faltan voces dirigidas a indicar la oportunidad de recurrir a la renegociación de los contratos no de forma obligatoria, impuesta de autoridad por la ley, sino de forma voluntaria, es decir, como opción elegida autónomamente por las partes, pero asistida e incentivada por intervenciones públicas, a través de formas de regulación conjunta entre el Estado y los particulares[10].

Por último, la subsidiariedad parece inspirar incluso nuevas técnicas de regulación. Pensemos, por ejemplo, al principio de responsabilidad introducido en el RGPD, en el que el legislador europeo encuentra el sistema para superar incluso los límites territoriales de la ley renunciando a emanar las reglas pero designando un regulador encargado de adoptar las soluciones más adecuadas para la protección de los datos personales (el responsable del tratamiento), se encuentre dónde se encuentre[11].

9 Maisto, F.: *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2016.

10 Sobre este punto, puede encontrarse una referencia particular a la subsidiariedad en Rabitti, M. - Malvagna, U.: "Filiere produttive e COVID-19: tra rinegoziazione e co-regolazione", *Nuovo dir. civ.*, 4/2020, p. 369 ss. (disponible en acceso abierto en www.nuovodirittocivile.it), quienes proponen una solución mediante un "impulso leve" e incentivos a la renegociación para resolver los problemas de los desequilibrios contractuales derivados de la pandemia en curso, evitando la intervención del legislador y adoptando la solución de "proporcionar una forma de corregulación, en la que las reglas sean establecidas por el mercado y compartidas por la autoridad, siguiendo el modelo del «círculo regulador»". Es decir, se trata de un mecanismo ascendente que parte del impulso regulador del mercado e introduce normas en el sistema – o, al menos, directrices inmediatamente operativas – que luego, en su caso, pueden ser tomadas en consideración por el legislador y plasmadas en preceptos normativos.
Pasando del plano teórico al práctico, la idea es que, en aplicación del principio de subsidiariedad, sea el mercado el que seleccione, con la ayuda de las Cámaras de Comercio y las Asociaciones Comerciales, las mejores prácticas – cláusulas de negociación que cumplan con el principio de corrección, buenas prácticas o prácticas comerciales justas – para compartirlas con la AGCM, que las transforma en puntos de referencia, mediante la predisposición, la difusión y la publicación de encuestas, o mediante la adopción de Vademécum o Directrices".

11 Nos remitimos a Carleo, R.: "Il principio di accountability nel GDPR: dalla regola alla auto-regolazione", *Nuovo dir. civ.*, 1/2021, p. 359 ss. Este nuevo sistema resulta especialmente apreciado también por algunos filósofos que, para explicar eficazmente el fenómeno, recurren a la sugerente metáfora del pasaporte, que funciona como una "banda elástica" (en este sentido Floridi, L.: *Il verde e il blu. Idee ingenue per migliorare la politica*, Raffaello Cortina Editore, Milan, 2020, p. 28 s., quien elogia, en este punto, el método del GDPR (Reglamento General de Protección de Datos) "que, de forma ingeniosa, supera la desconexión post-westfaliana, explotando, en cambio, la soldadura ... entre identidad personal y datos, para justificar que,

La intuición del Maestro que en esta ocasión celebramos, ha sido, pues, muy provechosa y fecunda en sus distintos desarrollos, aún por definir, en relación a las aplicaciones del principio de subsidiariedad, a los que se dedican las siguientes reflexiones.

I. PLURALIDAD DE CONTEXTOS Y POLISEMIA DEL TÉRMINO "SUBSIDIARIEDAD".

En el lenguaje jurídico, en una primera aproximación y en su acepción más amplia, el término "subsidiariedad"[12] se refiere una relación entre lo principal y lo subordinado por la que el subordinado deberá ejercitar un poder o cumplir un deber sólo si el sujeto titular del poder o sobre el que grava el deber en vía principal, no pueda o no quiera llevarlo a cabo.

Este significado genérico viene especificado en los distintos contextos en los que se utiliza el término: así, por ejemplo, en el ámbito civil, el vocablo subsidiariedad se usa siempre para hacer referencia al orden según el cual, en caso de concurrencia de deudores, cada deudor tiene que realizar la prestación debida.

Se pueden ver, por ejemplo, los artículos 189 C.c. italiano (relativo a la posibilidad para los acreedores particulares o privativos de uno de los cónyuges de ejercitar una acción en vía subsidiaria contra los bienes de la comunidad); art. 190 C.c. relativo a la posibilidad de los acreedores de la sociedad conyugal de ejercitar una acción en vía subsidiaria contra los bienes privativos de uno de los cónyuges; así como la referencia que el art. 2160 C.c. hace a la responsabilidad subsidiaria del concedente del fundo en la aparcería y del aportante de los animales del contrato agrícola "soccida" (art. 2177 C.c.); al igual que la referencia contenida en el artículo 2776 C.c. italiano sobre la "ordenación subsidiaria" de algunos créditos respecto al precio de la venta forzosa de los inmuebles.

En este contexto, establecer que el patrimonio de un determinado sujeto debe ser "excluido" en vía subsidiaria respecto al de un segundo sujeto, significa que el acreedor deberá ir contra el patrimonio de este segundo sujeto y, solo en

allí donde se traten los datos de un ciudadano europeo, se aplique la ley europea". Y continúa: "El GDPR vincula los datos a la fuente y no el derecho al territorio, un poco como la lógica del pasaporte, que no da derecho a expatriarse (por ejemplo, a veces incluso se necesita un visado) sino a repatriarse, ligando el portador a su nacionalidad, como una goma elástica").

12 El término proviene del latín subsidium: ayuda, apoyo. Si partimos de la etimología para analizar este principio, se ha afirmado que éste se va desarrollando progresivamente en las sociedades modernas en diversos ámbitos sociales, incluidos (y no sólo) el jurídico (por ejemplo: político, filosófico, religioso, etc.). Nace como principio de organización social. En primer lugar, aparece como construcción teórica detallada y estructurada, que puede remontarse a la doctrina social de la Iglesia Católica, que promovió este principio, subrayando sobre todo el papel de la familia y de los "grupos de presión" en todos los sectores de la sociedad (para un análisis más completo, *vid.* Sgreccia, E.: *Manuale di bioetica: aspetti medico-sociali*, Vita e Pensiero, Milan, 2002, p. 591 ss.).

caso de insuficiencia de éste, podrá dirigirse también contra el patrimonio del primer sujeto (que goza del denominado "beneficio de excusión").

Esto diferencia la subsidiariedad de otras figuras afines, aunque diferentes, como la "solidaridad", que representa siempre una situación de garantía para el acreedor, según la cual los deudores se encuentran situados al mismo nivel y todos está obligados a cumplir la prestación en su integridad.

En el ámbito penal, el término "subsidiariedad" indica, en cambio, la relación entre dos disposiciones que regulan diferentes grados o tipos de agresión al bien jurídicamente protegido, en virtud de la cual, ante la posibilidad de utilizar distintos instrumentos de tutela, como, por ejemplo, una sanción administrativa y una sanción penal, se reconoce al legislador el poder optar por una sola de las sanciones posibles, teniendo en cuenta que la sanción penal es la "solución extrema" a la agresión sufrida por el bien jurídico protegido y, como tal, sólo se establecerá cuando, en el juicio de valor que tipicamente el legislador tiene que realizar, la sanción extra-penal no pueda cumplir la función disuasoria o represiva adecuada a la exigencia de protección del bien jurídico considerado[13].

En este mismo sentido, en el ámbito de la ejecución penal, el término subsidiariedad indica que por lo que se refiere a la aplicación de la condena, la prisión constituye la *extrema ratio*, aplicable como tal sólo cuando, en relación a la gravedad del delito o a la personalidad del condenado, no haya otras medidas idóneas o penas alternativas.

En Derecho público, este mismo vocablo hace referencia, en cambio, al principio regulador de una organización social según el cual el ente de rango inferior (o sea, más cercano al ciudadano) debe desarrollar todas las tareas y funciones que pueda cumplir correctamente, sin verse obstaculizado por la actuación del ente o de la autoridad de nivel superior.

Estos tendrán no solo que abstenerse de intervenir (implicación negativa), sino también empeñarse a ofrecer un apoyo útil al ente subordinado, al que queda encomendada la gestión lo más autónoma posible dentro de sus competencias (implicación positiva).

La autoridad jerárquicamente superior y, en particular, el Estado, mantiene una competencia residual en relación a las materias que estime necesario, debiéndose retirar y dejar que actúen entidades más circunscritas (públicas o privadas) y más cercanas al individuo, allí dónde éstas puedan asegurar una gestión más eficiente de los distintos intereses en juego.

13 Entre otros, *vid.* Grasso, G. - R. Sicurella, R. (coord.): *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milan, 2007, p. 721 ss.; Donini, M.: "Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 17 ss.

La relevancia de este principio se funda en la premisa según la cual las agrupaciones u organizaciones libres de personas conocen ciertas realidades periféricas mejor que las autoridades centrales de nivel más elevado. Desde hace tiempo se considera que, por lo que refiere a la administración pública, con la aplicación del principio de subsidiariedad (que trata las relaciones "verticales" entre los diversos niveles territoriales de poder), se mejoraría la lucha contra la ineficacia, el derroche, el asistencialismo y el excesivo centralismo burocrático.

En base a lo expuesto y con referencia a las relaciones entre la autoridad pública y los cuerpos intermedios, la Corte Constitucional, recientemente, ha considerado que si los "sujetos de las libertades sociales" se encuentran en condiciones de llevar a cabo una función social o de satisfacer necesidades privadas, si bien de interés general (como por ejemplo, la instrucción, la educación, la asistencia sanitaria, los servicios sociales, la información), el Estado no debe privar a estas "sociedades de orden inferior" de sus competencias, sino más bien, tiene que sostenerlas – incluso financieramente – y, como mucho, coordinar sus actuaciones con las de los otros cuerpos intermedios.

Los países de cultura anglosajona (principalmente Reino Unido y Estados Unidos) vienen mencionados a menudo como ejemplos de una sociedad en la que el principio de subsidiariedad tiene un valor fundamental. Este principio ya aparece recogido en la Constitución de los Estados Unidos, si bien únicamente por lo que se refiere a la relación entre el gobierno federal y los distintos Estados federales (subsidiariedad vertical), y no entre el Estado y los cuerpos intermedios (subsidiariedad horizontal).

En el ordenamiento europeo, el principio de subsidiariedad fue introducido en el artículo 5 del Tratado de Maastricht sobre la Constitución Europea de 1992[14] (actualmente, con la reforma de los Tratados comunitarios que tuvo lugar en el 2007 por el Tratado de Lisboa, se encuentra regulado en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea). En este principio está basados el ejercicio de las competencias por parte de la UE, así como el reparto de las mismas entre la Unión y los Estados miembros.

14 Este principio, en efecto, aparece recogido en el Preámbulo del Tratado: "Resueltos a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad".
Y también aparece expresamente recogido en el artículo 5 del Tratado de la CE, que hace referencia a la subsidiariedad como principio regulador de las relaciones entre Unión y Estados miembros.
"La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado".

En base al principio de subsidiariedad, en los ámbitos de competencia no exclusiva de la Unión, ésta interviene sólo si y en la medida en que los objetivos de la acción prevista no puedan ser realizados adecuadamente por parte de los Estados miembros y pueden, en cambio, realizarse a nivel central de la UE. Con esta finalidad el principio de subsidiariedad se asocia al de "proporcionalidad", en virtud del cual, el contenido y la forma de la acción de la UE "se limita a lo estrictamente necesario para conseguir los objetivos de los Tratados".

En el Derecho europeo, por tanto, la subsidiariedad se configura como un principio dinámico, que permite ampliar las competencias de la UE cuando sea necesario y, al revés, restringirlas cuando no lo sea, sin atribuir a la UE competencias ulteriores[15].

II. SUBSIDIARIEDAD VERTICAL Y HORIZONTAL.

En el Ordenamiento jurídico italiano, el término subsidiariedad ha entrado recientemente en la Constitución (junto a los principios de diferenciación y de adecuamiento) con la reforma del título V de la Parte II de la Constitución introducida con la Legge Costituzionale n. 3/2001[16].

El artículo 118 de la Constitución italiana establece que "Se asignan a los Municipios las funciones administrativas, salvo que, para asegurar su ejercicio unitario, se encomienden a las Provincias, Áreas Metropolitanas, Regiones y al Estado en virtud de los principios de subsidiariedad, de diferenciación y de adecuamiento". El párrafo 4 de este artículo establece además que "El Estado, las Regiones, las Áreas Metropolitanas, las Provincias y Municipios favorecerán la iniciativa autónoma de los ciudadanos, individualmente o asociados, para el desarrollo de actividades de interés general, conforme al principio de subsidiariedad"[17].

15 En relación al ejercicio del principio de subsidiariedad por parte de la UE y, en particular, al proceso de creación y armonización del Derecho privado europeo común en forma de "*soft law*" (es decir un derecho "opcional" contenido en un "tool box", así como se calificaba antes al Draft Common Frame of Reference y después la actual Common European Sales Law (CESL)), precisamente el reconocimiento del principio de subsidiariedad en el artículo 5 del Tratado, que limita la legislación comunitaria únicamente a los objetivos que non pueden alcanzarse con la normativa interna, ha llevado a algunos importantes Estados de la Unión Europea (tales como Austria, Bélgica, Reino Unido y Alemania) a rechazar la propuesta de la CESL, por considerarla contraria al mencionado principio. En particular, las críticas del Reino Unido han sido expresadas claramente por Hertzell, E. - Macqueen, H.: "The proposal for a Common European Sales Law: some fondamental questions – How should it function within the existing legal framework?", 1° de marzo de 2012 (consultable en www.europarl.europa.eu).

16 A diferencia de lo que sucedió, hasta hace pocos años, en otras experiencias profundamente influidas por el federalismo (como U.S.A., Suiza, Alemania y UE), el principio de subsidiariedad, en Italia, no se ha considerado como un principio básico del ordenamiento. Es más, se consideraba incompatible con el modelo regional "pluralista" presente en la Constitución italiana. Efectivamente, antes de la introducción de este principio en el nuevo artículo 118 de la Constitución, se encontraba en vigor el denominado principio del paralelismo, en virtud del cual correspondían al Estado y a las Regiones las potestades administrativas en relación a las materias sobre las que ejercitaban la potestad legislativa.

17 El principio (además del párrafo 4 del artículo 118 de la Constitución Italiana, en la distinta acepción de subsidiariedad horizontal de la que hablamos) aparece nuevamente – en esta ocasión con referencia a los

Ya los primeros comentaristas habían subrayado que, en relación al tenor literal de las normas, el principio de subsidiariedad implicaba, en primer lugar, que las instituciones nacionales y supranacionales deberían crear las condiciones para que los particulares y las agrupaciones sociales (los denominados "cuerpos intermedios") pue dan actuar libremente sin sustituirse a los mismos en el desarrollo de sus actividades. En segundo lugar, habían afirmado que la intervención pública debería caracterizarse por ser temporal y lo más próxima posible al ciudadano, reconociendo pero también que quedaba siempre un núcleo de funciones inderogables e inalienables (como la coordinación, el control y la garantía de los niveles mínimos de los derechos sociales, la equidad, etc.).

En base a todo lo indicado, se ha observado que el término subsidiariedad tiene, ya desde un punto de vista normativo, por lo menos dos significados:

A) subsidiariedad vertical: con el que se indica que la distribución jerárquica de las competencias debe dirigirse hacia los entes más próximos al ciudadano y, por tanto, más cercanos a las necesidades del territorio;

B) subsidiariedad horizontal: con el que se indica el principio organizativo en virtud del cual la competencia originaria y primaria (para la regulación de los intereses privados, aunque de relevancia general), corresponde a los sujetos particulares, ya se presenten de forma individual o asociados entre ellos[18], mientras que el Estado, a través de sus distintas estructuras, podrá intervenir legítimamente sólo si la autorregulación de los sujetos particulares no resulta idónea para realizar una tutela equilibrada de todos los intereses en juego. Intervención que, en cualquier caso, será legítima sólo si respeta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y, por tanto, restrinja la competencia primaria de los particulares dentro de los límites estrictamente necesarios para la tutela del interés que no

poderes sustitutivos del Gobierno respecto a las Regiones y a los otros entes territoriales – también en el artículo 120, párrafo 2 (y en particular en el último párrafo), según el cual: "El Gobierno puede sustituirse a los órganos de las Regiones, de las Áreas Metropolitanas, de las Provincias y de los Municipios en caso de una violación de las normas y Tratados internacionales o de la normativa comunitaria o también en caso de grave peligro para la integridad y la seguridad pública, o cuando lo requiera la protección de la unidad jurídica o la unidad económica y en particular la tutela de los niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales, prescindiendo de los límites territoriales de los gobiernos locales. La ley regula los procedimientos necesarios a garantizar que los poderes sustitutivos se ejerzan respetando el principio de subsidiariedad y del principio de colaboración leal".

18 El principio de subsidiariedad, a nivel comunitario y nacional, ha sido analizado por muchos autores, entre otros, ver. Estella, A.: *The EU Principle of subsidiarity and its critique*, O.u.p. Oxford, 2002; Broughton, L.M.: *Subsidiarity and Proportionality in European Law*, Bepress, Berkeley, 2007; en la Doctrina italiana, ver, Massa Pinto, I.: *Il principio di sussidiarietà: profili storici e costituzionali*, Jovene, Nápoles, 2003; Strozzi, G.: "Il principio di sussidiarietà nel futuro dell'interpretazione europea: un'incognita e molte aspettative", *Jus*, Milan, 1994, p. 364 ss.; Albanese, A.: "Il principio di sussidiarietà orizzontale, autonomia sociale e compiti pubblici", *Dir. Pubbl.*, 2002, p. 51 ss.; De Felice, D.: *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2008; Rescigno, G.U.: "Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali", *Dir. Pubbl.*, 2002, p. 5 ss.; Salerno, G.; *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione Europea*, Giappichelli, Turín, 2010, p. 13 ss. Por último, recogemos el interesante trabajo de Bocchini, F.: *Contributo allo studio del diritto sussidiario*, Aracne, Roma, 2013, en el que se analiza el problema del ámbito de operatividad del principio de subsidiariedad horizontal.

resulte protegido adecuadamente por aquellos en el ejercicio de su poder de autonomía[19].

La subsidiariedad horizontal expresa, por tanto, un criterio de reparto de competencias entre los poderes públicos locales y los sujetos particulares, individuales y colectivos[20]. La regla es que el ejercicio de las actividades de interés general corresponde a los particulares o a las formaciones sociales, mientras que la entidad pública local desarrolla un papel subsidiario de coordinación, control y promoción. Únicamente cuando las funciones asumidas y los objetivos prefijados puedan desarrollarse de forma más eficiente y eficaz por parte de los poderes públicos, éstos, entonces, tendrán también el poder de sustitución[21].

III. SUBSIDIARIEDAD Y AUTONOMÍA PRIVADA.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional italiano, con las sentencias de 24 de febrero de 2003, núms. 300 y 301[22], ha especificado ulteriormente el contenido operativo del principio de subsidiariedad afirmando que éste diseña un nuevo sistema de relaciones entre lo público y privado, atribuyendo relevancia de principio constitucional a un modelo organizativo en el que el desarrollo de la sociedad civil se realiza desde el respeto y la valorización de las fuerzas individuales, asegurando a los sujetos en los que se articula "la organización de las libertades sociales", el derecho a interpretar las necesidades colectivas que

19 Sobre este aspecto, desde hace tiempo, v. Caretti, P.: "Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale", *Quaderni Cost.*, 1993, p. 7 ss.

20 Un ejemplo particularmente significativo se encuentra en el difuso recurso a los "cometidos" con los que la Autoridad (y en particular la Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, pero también otras, como, últimamente, la Autorità Garante per le Comunicazioni, que ha añadido una regulación similar en las recientes modificaciones de la regulación de los procedimientos sancionadores) "orientan" los comportamientos de las empresas que, efectivamente comprometiéndose a tener en futuro comportamientos correctos o, por lo menos, calificados así por las Autoridades, logran evitar o reducir las sanciones por las reclamaciones formalmente recibidas.
Es cierto también que el fenómeno de la relevante expansión del número y de las funciones de las Autoridades administrativas independientes (*vid.* Predieri, A.: *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Florencia, 1997), que se ha hecho ambigüo por la naturaleza híbrida de las mismas, por la falta de representación democrática y por la interferencia con los poderes del Estado en los (numerosos y neurálgicos) sectores de competencia (Irti, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, rist. 2003, p. 35 ss.), parece que se contrapone al principio de subsidiariedad, especialmente con la horizontal, y con la autonomía contractual, puesto que estas Autoridades constituyen un instrumento por medio del cual el Estado no solo regula, sino también interviene autoritariamente en el mercado.

21 Un ejemplo de estas dificultades puede verse en la reciente legislación que, modificando la regulación de las Cámaras de Comercio, en vez de implementar la concesión a los órganos periféricos de funciones públicas, parece por el contrario "centralizar" la gestión territorial y autónoma de actividades importantes, como, por ejemplo, la gestión del Registro Mercantil, sustrayéndosela a las Cámaras de Comercio (las cuales sin embargo representarían a nivel local un puente eficaz entre Estado y empresas) y atribuyéndola a la administración central del Estado (a través del Ministerio de Desarrollo Económico).

22 En estas sentencias, el Tribunal Constitucional estudió la naturaleza de las personas jurídicas de derecho privado de las fundaciones bancarias, declarándo la inconstitucionalidad del artículo 11 de la Ley núm. 448/2001, limitada a algunos de los puntos en los que aparecía con más fuerza la sujeción al poder estatal (Tribunal Constitucional, sentencias de 24 de septiembre de 2003, núm. 300 y 301, en *Corr. Giur.*, 2003, 1567 ss. Para ampliar el estudio sobre esta cuestión, v. Nuzzo, M. (coord.): *Le fondazioni bancarie*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2000.

emergen de la sociedad y de esforzarse directamente en su realización. Se deduce que el reparto fundamental de competencias entre el Estado, con las distintas estructuras en las que se articula, y las organizaciones que expresan las "libertades sociales" constitucionalmente garantizadas, se realiza del siguiente modo: al Estado corresponde el cumplimiento de los actos y de las actividades que tienden a la realización de los "bienes públicos", tales como, por ejemplo, política exterior, defensa y fuerzas armadas, moneda, protección del ahorro, protección de la competencia, orden público y seguridad, etc.. A los entes que son expresión de las "libertades sociales", entre los que se encuentran naturalmente las personas jurídico-privadas, corresponde, en cambio, la realización de los actos y de las actividades que tienden a la realización de los "bienes privados", como la enseñanza, investigación científica, sanidad, beneficencia y asistencia a los sujetos débiles, protección y valorización del patrimonio cultural, etc.

El tenor literal del artículo 118, párrafo 4, de la Constitución Italiana, permite añadir a estos aspectos dos consideraciones adicionales: a) la atribución de competencias a la autonomía privada incluye tanto la actividad de los particulares como la de las organizaciones a las que éstos pertenecen; b) esta competencia conlleva una actividad de interés general.

Todo lo observado lleva a considerar necesario realizar algunas precisiones que no tienen sólo relevancia terminológica.

Hoy es opinión común considerar que forma parte de la competencia de los particulares, como ya ha sido descrita, el regular, en el ejercicio de su poder de autonomía, las materias en las que se encuentran involucrados intereses privados de carácter general, en el sentido indicado por la Corte Constitucional. Todo ello ha llevado a menudo a considerar que esta autonomía "normativa" que se manifiesta, por ejemplo, en los "códigos de conducta", utilizados siempre con mayor frecuencia como fuentes reguladoras de sectores relevantes de la actividad de los particulares y de la contractual[23], constituyan momentos diferentes de un mismo fenómeno que estaría incluido en el nomen de autonomía privada.

En realidad, la referencia expresa a las actividades de interés general contenida en el artículo 118, párrafo 8, de la Constitución Italiana – que merece una atención particular[24] – parece situar estos poderes de autonomía en niveles o planos diferentes.

23 Con relación al tema de los Códigos de conducta de origen no estatal, es interesante el análisis realizado por Galgano, F. - Marrella, F.: "Diritto e prassi del commercio internazionale", en *Tratt. Galgano*, Cedam, Padova, 2010, p. 872 ss.

24 Irti, N.: "Tramonto della sovranità e diffusione del potere", *Dir. soc.*, 2009, p. 465 ss., y en Id. *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 107 ss., en particular *vid.* p. 117, en donde el autor afirma en relación al artículo 118, párrafo 4 de la Constitución Italiana que: "es una norma a la que la doctrina deberá prestar atención, ya que confiere a la libertad de iniciativa y al ejercicio de las actividades privadas la protección del

La autonomía contractual del artículo 1322 c.c. italiano se expresa en el contrato y, por su propia esencia, se encuentra legitimada a regular las relaciones entre las partes del contrato, resultando ajena a la regulación de los intereses generales.

El poder de autorregulación atribuido a los particulares en las materias en las cuales se manifiesta su competencia originaria y primaria en virtud del principio de subsidiariedad, formulado en el artículo 118, párrafo 4 de la Constitución Italiana, tiene que ver, en cambio, con el poder de dictar reglas que, refiriéndose a intereses de relevancia general, producen efectos en relación a todos los portadores de esos intereses, a pesar de que éstos no hayan participado a la elaboración de estas reglas, como sucede, por ejemplo, en el caso de los códigos de conducta, los cuales, según la opinión dominante, producen efectos no solo para los sujetos pertenecientes a la categoría que aprobó el Código, sino también para todos los que con éstos se relacionan en las materias objeto de la autorregulación, siendo expresión "de la irrefenable transición de un derecho que se creaba en forma jerárquica a un derecho que está escrito y reescrito por sujetos diversos, legislador, juez, autoridades independientes, doctrina, particulares, entre los que a veces es difícil establecer quien manda y quien obedece"[25].

De este modo, la diferencia esencial entre estas dos hipótesis explica las diferencias que ya en un primer análisis parecen evidentes y, entre éstas, la razón del diverso modo de operar de la autonomía contractual, que produce efectos sólo entre las partes, y la autonomía "normativa", que produce efectos también para terceros, precisamente por el principio de subsidiariedad. Se trata, en efecto, de figuras en las que se expresa siempre una libertad de los particulares pero según diferentes configuraciones jurídicas y con diferentes reglas, por lo que hay que considerarlas figuras distintas para poder entender correctamente el ámbito de desarrollo del principio de subsidiariedad[26].

IV. ALGUNAS APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD HORIZONTAL EN LA LEGISLACIÓN ITALIANA.

Entre los diversos ámbitos en los que puede desarrollarse el principio de subsidiariedad, en Italia, con frecuencia, viene aplicado en el ámbito del servicio sanitario nacional (donde clínicas privadas desarrollan en régimen de convenio, funciones de hospitales públicos con el reembolso integral de los costes).

"interés general", interés, que no se considera inherente con los intereses privados, y por tanto exige una determinación específica. La protección de la libertad, y por tanto de los poderes relativos, aparece aquí en función del interés general".

25 Punzi, A.: *Prefazione*, en Benedetti, G.: *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., p. XVI.

26 Pero véase, en cambio, en el sentido de la coincidencia entre autonomía negociadora y subsidiariedad, la autorizada doctrina citada en la nota 5.

Otras aplicaciones, se pueden observar, por ejemplo, en el ámbito de la asistencia pública en caso de catástrofes, en las que se reconoce a las asociaciones privadas una libertad de intervención (sin contribuciones públicas), si bien bajo la coordinación de los servicios públicos de protección civil. En tales supuestos, sin embargo, la subsidiariedad se comporta más bien de un modo complementario, mientras que la intervención de la autonomía privada parece unirse más bien a la acción del Estado.

Más específicos, aunque, a veces, aparentemente menos evidentes, son los ámbitos de manifestación del principio en su acepción "horizontal": fundaciones bancarias, contratos de redes de empresas, patrimonios autónomos destinados a una finalidad determinada, instrumentos alternativos de resolución de conflictos (ADR), etc. Este elenco, por otra parte, solo ejemplificativo y, por tanto, incompleto, pone de manifiesto que el principio atraviesa enteramente el sistema jurídico privado, el cual, aun faltando puntuales intervenciones legislativas, debe ser igualmente revisado a la luz del principio de subsidiariedad.

Emblemático es el caso de las nuevas reglas sobre la crisis de las empresas, objeto de recientes y repetidas intervenciones legislativas desde el 2005.

En un primer momento, el legislador se limitó a confiar a la autonomía de los privados una materia que antes había sido sustraída a la competencia de éstos. Después, con las sucesivas modificaciones legislativas de 2007 y de 2010, ha previsto instrumentos idóneos a dar estabilidad a los efectos del acuerdo (piénsese en la exención de la acción revocatoria del artículo 67, párrafo 3, letra e) Ley Concursal italiana o "Legge Fallimentare") así como instrumentos dirigidos a facilitar a las partes adherentes el acuerdo de reestructuración (piénsese en la prohibición de empezar y proseguir acciones cautelares y ejecutivas sobre el patrimonio del deudor y en la prededucción de los créditos derivados de la financiación efectuada por la banca y los intermediarios financieros en ejecución de un acuerdo de reestructuración homologado, como también de la efectuada por los socios)[27].

El objetivo hacia el que se dirige el legislador, con el impulso comunitario[28], parece ser el de realizar una síntesis de los intereses de carácter público que se encuentran a la base de la normativa examinada (en este sentido, por ejemplo, la calificación de la insolvencia del deudor no comerciante que puede tener efectos en la economía nacional) y de los intereses de carácter privado de los diversos

27 Así, *vid.* Tuccillo, R.: "Accordi di ristrutturazione: elementi costitutivi, funzione e rimedi", *en Il principio di sussidiarietà nel diritto privato, cit., vol. II,* p.521.

28 Véase la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2011, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el procedimiento de insolvencia en el marco del Derecho de sociedades de la UE, en el que se considera expresamente que las recomendaciones deben respetar los derechos fundamentales y el principio de subsidiariedad.

protagonistas de la situación concreta, reconociendo a estos últimos la posibilidad de definir un acuerdo dirigido a superar la crisis, aunque siempre bajo la vigilancia activa del juez.

Incluso en presencia de una pluralidad de intereses diferentes, todos merecedores de protección y tutela, como es el interés del acreedor a la mejor y más rápida satisfacción de sus propios créditos, el interés del deudor a utilizar instrumentos eficientes para superar la crisis y no tener que soportar mayores cargas que las estrictamente necesarias para la satisfacción de los intereses de los acreedores en la cantidad y según la modalidad aceptadas por los mismos, el interés objetivo del mercado y de los trabajadores a la continuidad de la actividad de la empresa saneada.

El Estado, mediante el principio de subsidiariedad horizontal, reconoce el poder de autorregulación de los particulares en la gestión de la crisis de la empresa (y también del sobreendeudamiento del deudor no comerciante).

Ya sea desde el punto de vista de la elección del mecanismo más idóneo para realizar una composición eficiente de los intereses en juego, ya sea desde la perspectiva de la valoración de la conveniencia del instrumento elegido, confiando al deudor que formula la propuesta y a los acreedores que deciden si adherir a ésta, la composición de los diversos intereses en juego, incluidos todos aquellos que, como hemos visto, no se refieren directamente a ellos, y, al mismo tiempo, reservando al Juez, por una parte, la función de control formal de la legalidad del procedimiento de decisión, privándolo de la posibilidad de realizar un juicio de fondo y, por otra parte, como reconoce la jurisprudencia, el control de la coherencia entre el acto resultante del ejercicio del poder de autorregulación de las partes y la finalidad por la cual aquel poder se le ha atribuido, es decir, un control que determine la ineficacia del acuerdo que comporte un abuso de aquel poder.

El principio de subsidiariedad horizontal en especial conlleva: a) una atribución a los particulares del poder de regular en vía primaria los intereses privados, incluso aquellos que tienen una relevancia general para la colectividad, identificada en este caso en relación a todos los intereses implicados en la situación de crisis de la empresa (a la que especialmente se refieren: el interés del deudor de liberarse de un modo eficiente de las deudas, el interés de los acreedores en lograr la mejor satisfacción de sus créditos, el interés de los trabajadores y el interés objetivo del mercado en la continuidad de la empresa rescatada); b) el poder del Juez de controlar que la combinación de todos los intereses en juego se realice de un modo razonable y proporcional, usando correctamente el procedimiento elegido, evitando que se que se incurra en un abuso del poder de autorregulación, es decir, en un uso distorsionado del instrumento elegido para la composición de la

crisis y que podría conllevar la atribución a cada uno de los intereses mencionados una ventaja no coherente con la finalidad para el que ese poder se atribuye a los particulares.

V. LA EFICACIA CONFORMADORA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.

El principio de subsidiariedad, así entendido, se convierte de alguna manera en una "lente" a través de la cual se analizan las normativas de derecho privado, ya sea interpretándolas en base a cómo son, ya sea conformándolas en base a cómo deberán ser.

En este sentido, el principio de subsidiariedad podrá entenderse según dos significados contiguos y complementarios: por una parte, como criterio de interpretación[29] de las normas, cualquiera que sea su fuente, pública o privada, y, por otra parte, criterio de producción[30] de aquellas normas.

En el primer significado, la subsidiariedad pone el canon hermenéutico, por el que se debe atribuir preferencia a la fuente más próxima a los intereses regulados.

En su segundo significado, la subsidiariedad constituye el poder de autorregulación de los particulares en materia de intereses privados con carácter general, en el sentido de fuente de producción normativa de la autonomía privada, según el sentido expuesto en los párrafos anteriores. Actuando, por tanto, al mismo tiempo como criterio de distribución de competencias entre lo público y lo privado y como parámetro de referencia para la interpretación de las normas así establecidas.

En este sentido, la jurisprudencia más reciente, ha puesto de manifiesto un aspecto distinto del principio de subsidiariedad que incide no solo en el reparto de las competencias entre poder normativo del ordenamiento y poder de autorregulación de los particulares (también éste con eficacia normativa en el sentido anteriormente indicado), sino también en el reparto de las competencias entre legislación y jurisdicción.

En este ámbito, efectivamente, el principio de subsidiariedad, entendido como reconocimiento del poder de regular las concretas relaciones existentes, conlleva una ampliación del poder del juez que no se limita a determinar y declarar la norma legal aplicable al caso concreto, sino que se hace partícipe del proceso de producción del derecho aplicable en concreto.

29 Del Prato, E.: "Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti", *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 257 ss., y en *Studi in onore di N. Lipari*, Giuffrè, Milán, 2008, p. 771 ss.

30 De Felice, D.: *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, cit., p. 10 ss.

Según una doctrina ya constante en el Tribunal Supremo italiano, hay que entender superado el tradicional reparto de competencias que asignaba a la legislación el poder exclusivo de individuar y determinar las situaciones jurídicamente relevantes, realizar la ponderación de los intereses implicados, establecer la regla de esta ponderación, indicar el interés que merece protección y, finalmente, establecer y acordar la forma técnica para su protección.

En este sentido se sostiene, en efecto, que se ha establecido un reparto diferente de competencias. Al legislador corresponde, exclusivamente, establecer cuáles son los intereses jurídicamente relevantes y al Juez, en cambio, corresponde efectuar la composición de estos intereses en relación al caso concreto sometido a su juicio y determinar el remedio más coherente con la mejor protección del interés considerado, en concreto, prevalente, favoreciendo, así, de acuerdo con las exigencias de una realidad cada vez más compleja, globalizada y que cambia siempre más rápidamente, la capacidad diversificada y elástica de las decisiones judiciales que permita ofrecer la respuesta más adecuada para cada caso concreto.

Este cambio de perspectiva que amplía el papel de la jurisdicción en relación al control de la autonomía privada[31] y a la determinación de los "remedios" más eficaces para solucionar el caso concreto, que se ejerce a menudo recurriendo a las cláusulas generales, aplicando especialmente la figura del abuso del derecho[32], al igual que los principios constitucionales[33], pone de manifiesto, no obstante, también la otra cara de la moneda, introduciendo un nuevo significado (o quizás,

31 Similares poderes por parte del Juez para controlar los actos de autonomía privada constituyen una drástica diferencia de nuestro sistema con los ordenamientos de common Law en los que rige, por el contrario, el principio de la "sanctity of contract", por el que es inconcebible la injerencia de un tercero (o el Juez) en la regulación concordada por las partes. Hay que añadir, además, que en esos ordenamientos – como ya se ha puesto de manifiesto – aunque esté bien consolidado el principio de subsidiariedad vertical, no se contempla en cambio el de subsidiariedad horizontal.

32 Dejando de lado la abundante jurisprudencia en materia tributaria, en ámbito civil, entre las principales sentencias en tema de abuso de derecho, recordamos: in materia de desistimiento ad nutum, Cass., 18 de septiembre de 2009, n. 20106 (en *Foro it*., 2010, c. 85 ss., comentada por Palmieri, A. - Pardolesi, R.: "Della serie "a volte ritornano". L'abuso del diritto alla riscossa"); en materia de fraccionamiento del crédito en varias demandas judiciales de ejecución, Cass., 20 de noviembre de 2009, n 24539 (en *Giur. it.,* 2010, p. 1875 ss., comentada por A. Ronco), y también Cass., 15 de noviembre de 2007, n. 23726 (en *Riv. dir. civ*., 2009, p. 347 ss., comentada por Donati, A. "Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito"); en materia de arrendamiento, Cass., 31 de mayo de 2010, núm. 13208 (en *Giur. it*., 2011, p. 794 ss., comentado por Rescigno, P.: "Un nuovo caso di abuso del diritto", *Obbl. Contr*., 2011, p. 263 ss., comentada por Trubiani, F.: "Un'ipotesi di utilizzo "scorretto" della risoluzione: un nuovo caso di abuso del diritto?").

33 V., Corte Constitucional, ord. 2, 2 de abril de 2014, n. 77 (en *Contratti*, 2014, p. 927 ss., comentada por D'amico, G.: "Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"") (v. ord. de 24 de octubre de 2013, núm. 248, en *Giur. cost*., 2013, p. 3767 ss., comentada por Astone, F.: "In tema di riducibilità della caparra manifestamente eccessiva"), en la que reconoce al Juez "posibles márgenes de intervención (…) frente a una cláusula contractual que refleja (…) una regulación de los intereses opuestos no equitativos y gravemente desequilibrados en perjuicio de una parte. En virtud de la invocación *ex officio* de la nulidad (total o parcial) *ex* artículo 1418 del Código Civil, de la cláusula, en contraste con el artículo 2 de la Constitución (sobre el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad), que se inserta directamente en el contrato, combinado con el canon de la buena fe, atribuyéndole *vis* normativa, "implicando de esta forma a la relación obligatoria también en la tutela del interés del socio en la medida en que no contravenga los intereses propios del obligado" (Cass., núm. 10511 del 1999; y antes núm. 3775 del 1994 y también en Cass., Sez. unite núm. 18128 del 2005 y núm. 20106 del 2009).

un declive) de la "certeza del derecho"[34] y llevando a sus últimas consecuencias la "crisis de la hipótesis de hecho de la norma"[35].

Esa "competencia normativa restringida" otorgada a los particulares, o ese "ordenamiento autónomo de los particulares" que el Maestro ya había deducido hace casi medio siglo de la "afirmación de que el acto de negociación es constitutivo de normas", de la que hemos partido, hoy se ha extendido ampliamente, hasta el punto de dar lugar a una revolución en el sistema de fuentes y un nuevo reparto de competencias entre legislación y jurisdicción.

34 La idea de que las decisiones jurisprudenciales uniformes puedan asegurar la certeza del derecho a largo plazo en lugar de la legislación, que, a causa de su continua, incontrolada y desordenada proliferación, sólo puede garantizar una efímera certeza a corto plazo, puede encontrarse y analizarse en Leoni, B.: *La libertà e la legge*, (orig. "*Freedom and the Law*", 1961) con la introducción de R. Cubeddu, Liberi-Libri, Macerata, 1994, trad. M.C. Pievatolo, p. 10 ss. También puede verse en Carleo R. - D'alessandro, L.: "*Bruno Leoni: o dello scambio come fondamento del diritto*", en Irti, N. (coord.): *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, Cedam, Pádova, 1999, p. 41 ss.

35 Irti, N.: "*La crisi della fattispecie*", *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; Id.: *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, *passim*; Id.: *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari, 2007, *passim*.

BIBLIOGRAFIA

Albanese, A.: "Il principio di sussidiarietà orizzontale, autonomia sociale e compiti pubblici", *Dir. Pubbl.*, 2002, p. 51 ss.

Astone, F.: "In tema di riducibilità della caparra manifestamente eccessiva", *Giur. cost.*, 2013, p. 3767 ss.

Bianca, C.M.: *Le autorità private*, Jovene, Nápoles, 1977.

Bocchini, F.: *Contributo allo studio del diritto sussdiario*, Aracne, Roma, 2013.

Broughton, L.M.: *Subsidiarity and Proportionality in European Law*, Bepress, Berkeley, 2007.

Caretti, P.: "Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale", *Quaderni Cost.*, 1993, p. 7 ss.

Carleo R. - D'alessandro, L.: "Bruno Leoni: o dello scambio come fondamento del diritto", en Irti, N. (coord.): *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, Cedam, Pádova, 1999, p. 41 ss.

Carleo, R.: "Il principio di accountability nel GDPR: dalla regola alla auto-regolazione", *Nuovo dir. civ.*, 1/2021, p. 359

Conte, G.: *L'impresa responsabile*, Giuffrè, Milan, 2018, p. 129 ss.

D'amico, G.: "Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"", *Contratti*, 2014, p. 927 ss.

De Felice, D.: *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2008.

Del Prato, E.: "Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti", *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 257 ss.

Del Prato, E.: "Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti", en *Studi in onore di N. Lipari*, Giuffrè, Milan, 2008, p. 771 ss.

Donati, A. "Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito", *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 347 ss.

Donini, M.: "Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 17 ss.

Estella, A.: *The EU Principle of subsidiarity and its critique*, O.u.p. Oxford, 2002.

Floridi, L: *Il verde e il blu. Idee ingenue per migliorare la politica*, Raffaello Cortina Editore, Milan, 2020, p. 28 s.

Galgano, F. - Marrella, F.: "Diritto e prassi del commercio internazionale", en *Tratt. Galgano*, Cedam, Padova, 2010, p. 872 ss.

Grasso, G. - R. Sicurella, R. (coord.): *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milan, 2007, p. 721 ss.

Hertzell, E. - Macqueen, H.: *The proposal for a Common European Sales Law: some fondamental questions – How should it function within the existing legal framework?*, Audizione del ParlamentoEuropeo, Commissione per gli affair giuridici, 1° marzo 2012, consultable en www.europarl.europa.eu.

Imbrenda, M.: *Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2016, p. 56.

Irti, N.: "La crisi della fattispecie", *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.

Irti, N.: "Tramonto della sovranità e diffusione del potere", *Dir. soc.*, 2009, p. 465 ss.

Irti, N.: *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, *passim*.

Irti, N.: *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari, 2007, *passim*.

Irti, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, rist. 2003, p. 35 ss.

Leoni, B.: *La libertà e la legge*, (orig. "*Freedom and the Law*", 1961) Liberi-Libri, Macerata, 1994, trad. M.C. Pievatolo, p. 10 ss.

Maisto, F.: *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2016.

Massa Pinto, I.: *Il principio di sussidiarietà: profili storici e costituzionali*, Jovene, Nápoles, 2003.

Nuzzo, M. (coord.): *Le fondazioni bancarie*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2000.

Nuzzo, M. (coord.): *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I y II, Giappichelli, Turín, 2014.

Palmieri, A. - Pardolesi, R.: "Della serie "a volte ritornano". L'abuso del diritto alla riscossa", *Foro it.*, 2010, c. 85 ss.

Perlingieri, P.: "Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti", IV ed., IV, *Attività e responsabilità*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2020, p. 44 ss.

Perlingieri, P.: "La sussidiarietà nel diritto privato", *Rass. Dir. Civ.*, 2, 2016, p. 688.

Predieri, A.: *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Florencia, 1997.

Punzi, A.: "Prefazione", en G. Benedetti, *Oggettività essenziale dell'interpretazione*, Giappichelli, Turín, 2014, p. XVI.

Rabitti, M. - Malvagna, U.: "Filiere produttive e COVID-19: tra rinegoziazione e corregolazione", *Nuovo dir. civ.*, 4/2020, p. 369 ss.

Rescigno, G.U.: "Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali", *Dir. Pubbl.*, 2002, p. 5 ss.

Rescigno, P.: "Un nuovo caso di abuso del diritto", *Obbl. Contr.*, 2011, p. 263 ss.

Salerno, G.; *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione Europea*, Giappichelli, Turín, 2010, p. 13 ss.

Sgreccia, E.: *Manuale di bioetica: aspetti medico-socialli*, Vita e Pensiero, Milán, 2002, p. 591 ss.

Strozzi, G.: "Il principio di sussidiarietà nel futuro dell'interpretazione europea: un'incognita e molte aspettative", *Jus*, Milán, 1994, p. 364 ss.

Trubiani, F.: "Un'ipotesi di utilizzo "scorretto" della risoluzione: un nuovo caso di abuso del diritto?", *Obbl. Contr.*, 2011, p. 263 ss.

Tuccillo, R.: "Accordi di ristrutturazione: elementi costitutivi, funzione e rimedi", en Nuzzo, M. (coord.): *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. II, Giappichelli, Turín, 2014.

LA SFIDA SOCIALE DEL DIRITTO PRIVATO TRA ANTICHE E NUOVE QUESTIONI

THE SOCIAL CHALLENGE OF PRIVATE LAW BETWEEN OLD AND NEW ISSUES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 146-167

Rosario
CARRANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Seguendo alcuni spunti di riflessione di Cesare Massimo Bianca sul ruolo del diritto e del giurista, il saggio individua alcune questioni in tema di inizio vita (aborto e procreazione artificiale), in cui è possibile verificare l'adempimento del compito del giurista di fare del diritto uno strumento a servizio dell'uomo, mediante una risposta globale alle sue esigenze di tutela.

PALABRAS CLAVE: Ruolo del giurista; funzione del diritto; giustizia sociale; tutela della persona; interpretazione; ideologia; aborto; procreazione artificiale; solidarietà sociale; autodeterminazione; diritto di informazione; risarcimento del danno.

ABSTRACT: *Following some ideas of Cesare Massimo Bianca on the role of law and the jurist, the essay identifies some issues in terms of early life (abortion and artificial procreation), in which it is possible to verify the fulfillment of the jurist's task of making law an instrument at the service of man, through a global response to his protection needs.*

KEY WORDS: *Role of the jurist; function of law; social justice; protection of the person; interpretation; ideology; abortion; artificial procreation; social solidarity; self-determination; right to information; compensation for damage.*

SUMARIO.- I. IL DIRITTO PRIVATO E LA SFIDA SOCIALE.- 1. L'impegno per la costruzione di una società più giusta.- 2. L'impegno nella ricerca di risposte globali a tutela della persona.- 3. La neutralità ideologica dell'interprete.- 4. L'interpretazione ideologica del giurista e le risposte parziali del diritto: le c.d. materie eticamente sensibili.- II. ALCUNE QUESTIONI IN TEMA DI INIZIO VITA.- 1. La questione dell'aborto.- A) Il diritto di informazione e la tutela risarcitoria.- 2. La questione della procreazione artificiale.

I. IL DIRITTO PRIVATO E LA SFIDA SOCIALE.

In un articolo pubblicato nel 1980, sulla rivista "Iustitia", dal titolo "Il diritto privato e la sfida sociale", il Prof. Cesare Massimo Bianca svolgeva alcune importanti riflessioni di carattere generale sul ruolo del diritto privato e dell'interprete in una società caratterizzata da profondi cambiamenti[1].

Il tema del ruolo del giurista assume una particolare rilevanza nel pensiero e nelle opere di Cesare Massimo Bianca e si interseca in maniera inestricabile con l'altro tema della funzione del diritto[2].

La profondità delle sue riflessioni in merito, inoltre, è tale da garantirne la persistente attualità e, quindi, l'interesse per il giurista di oggi, offrendo, allo stesso tempo, l'occasione per fare il punto della situazione a distanza di oltre 40 anni in un contesto socio-culturale profondamente mutato rispetto a quell'epoca.

1. L'impegno per la costruzione di una società più giusta.

Proprio partendo da alcune considerazioni in ordine alla funzione del diritto, e in particolare del diritto privato, il Maestro giunge ad attribuire a quest'ultimo una funzione sociale che definisce in termini di "sfida". Precisamente, la "sfida sociale" del diritto privato viene intesa non già in termini di "lotta sociale"[3] bensì come un "impegno" per la giustizia.

1 Bianca, C.M.: "Il diritto privato e la sfida sociale", *Iustitia*, 1980, p. 213, ora in Bianca, C.M.: *Realtà sociale ed effettività della norma*, Milano, 2002, pp. 141 ss.

2 Sul ruolo del giurista, come uno dei messaggi principali e fondamentali lasciati in eredità dal Prof. Cesare Massimo Bianca, si sofferma anche Mirzia Bianca, fedele custode ed interprete del pensiero del Maestro, che non esita ad utilizzare la più incisiva espressione di "missione" del giurista: cfr. Bianca, M.: "Il diritto di famiglia e la missione del giurista. L'insegnamento di mio padre Cesare Massimo Bianca", *www.rivistafamilia.it*, pp. 125-126.

3 Bianca, C.M.: "Il diritto ", cit., p. 146, ove precisa che occorre respingere "ogni suggestione di una utilizzazione del diritto in chiave di lotta sociale".

• Rosario Carrano
Magistrato ordinario,Tribunale di Rieti (ITA). E-mail: rosario.carrano@giustizia.it.

Il Maestro, infatti, avvertiva nitidamente "la consapevolezza che il diritto si pone come uno strumento per la costruzione di una società giusta"[4] e "la giustizia che la società di oggi reclama più apertamente è la giustizia che si esprime nella tutela prioritaria della persona umana quale valore ultimo al quale tutti i rapporti sociali sono ordinati"[5].

Non si può non evidenziare la perfetta corrispondenza di tale impostazione con la nozione di giustizia consegnataci dalla tradizione secondo cui "Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi"[6].

A tal proposito, infatti, il Professore ha avuto modo di precisare che "La ricerca della giustizia è allora un 'impegno giuridico' che deve essere assolto dando a ciascuno ciò che gli spetta come diritto inviolabile" e che "La costante ricerca di ciò che è moralmente dovuto è allora alla base dell'operare secondo giustizia. L'idea della giustizia come impegno continuo è mirabilmente espressa nella nota definizione di Ulpiano, dove il 'ius' non è da intendere come il dato offerto al giurista ma come il risultato della sua ricerca su ciò che a ciascuno è dovuto secondo il senso del giusto"[7].

Tale impegno rappresenta il vero compito dell'interprete che è quello di "fare del diritto uno strumento a servizio dell'uomo, e quindi uno strumento di giustizia sociale"[8].

Tuttavia, ciò che in Cesare Massimo Bianca colpisce più di ogni altra cosa, non è tanto l'ideale di giustizia in sé, quanto piuttosto il fatto che tale ideale in lui si sia tradotto in vera e propria realtà: l'idea della giustizia sociale come fine del diritto[9], espressa in questo e in altri scritti, non è rimasta confinata nell'ambito astratto delle idee, ma in Cesare Massimo Bianca si è concretizzata in un personale e costante impegno morale e professionale per la costruzione di un più giusto diritto privato e, in definitiva, per una società più giusta.

4 Bianca, C.M.: "Il diritto", cit., p. 145: "Ma proprio questa consapevolezza sembra manchi alla nostra dottrina che continua a rivendicare la sua non contaminazione ideologica ignorando l'impegno che la società le chiede".

5 Bianca, C.M.: "Il diritto", cit., p. 144.

6 D. 1.1.10 pr.: La giustizia consiste nella costante e perpetua volontà di attribuire a ciascuno il suo diritto.

7 Bianca, C.M.: "Riflessioni di un civilista sul diritto naturale", in P. Sirena (a cura di), *Oltre il "positivismo giuridico"*,in onore di A. Falzea, Napoli, 2011, p. 45.

8 Bianca, C.M.: "Il diritto", cit., p. 146.

9 Cfr. Bianca, C.M.: "Il diritto", cit., p.144: identificare il fondamento del diritto nella giustizia sociale significa, in definitiva, porre la stessa persona umana come fine ultimo di tutto l'ordinamento giuridico. Come ben evidenziato dal Maestro, infatti, porre la giustizia sociale come fondamento del diritto significa "riconoscere che il diritto è in funzione della tutela dell'uomo e quindi dei suoi interessi essenziali di rispetto della persona e di solidarietà".

La dimostrazione più evidente di quella costante volontà di "dare a ciascuno il suo" ("suum cuique tribuere") la si rinviene nel suo continuo impegno per "un più giusto diritto di famiglia"[10].

A tal proposito, infatti, basti ricordare come il Maestro, sin dal 1967, avanzò la proposta di eliminare ogni diversità di trattamento tra figli legittimi e naturali, affermando decisamente che "una delle più pressanti esigenze morali" riguarda la "equiparazione dello stato di figlio naturale allo stato di figlio legittimo. Si tratta di un principio che non trova piena corrispondenza nel comune sentire: la sua affermazione non può nascere quindi da un'indagine sociologica ma da un'istanza di giustizia proposta alla società"[11].

Questa istanza di giustizia sociale ha dovuto attendere altri 45 anni prima di trovare compimento con la legge 10 dicembre 2012, n. 219 (c.d. riforma Bianca), che ha finalmente introdotto il principio della unicità dello stato di figlio (art. 315 c.c.).

Non c'è dubbio che questa vicenda rappresenti uno degli esempi più eloquenti di quella "costante e perpetua volontà di attribuire a ciascuno il suo diritto" che, nel caso di specie, si è tradotta in un personale impegno morale e professionale durato quasi mezzo secolo.

2. L'impegno nella ricerca di risposte globali a tutela della persona.

Nel pensiero di Cesare Massimo Bianca, inoltre, la ricerca della giustizia si specifica nella ricerca di risposte globali orientate alla tutela della persona e, con riguardo al ruolo dell'interprete, in una interpretazione delle norme orientata a tal fine.

In particolare, movendo dall'individuazione del compito dell'interprete consistente nel "fare del diritto uno strumento a servizio dell'uomo, e quindi uno strumento di giustizia sociale", il Maestro specificava che "questo impegno significa che dal diritto ci attendiamo risposte globali, anche se non definitive, all'esigenza di rispetto e di solidarietà della persona umana"[12]. Tale impegno, inoltre, "significa ancora che ciascuno, nel suo ruolo, deve contribuire a dare queste risposte, e che l'interprete deve allora adeguare per quanto possibile le norme che interpreta ai principi costituzionali che esprimono il valore prioritario dell'uomo"[13].

10 Così il titolo di un suo saggio: Bianca, C.M.: "Verso un più giusto diritto di famiglia", *Iustitia*, 2012, p. 237 ss.

11 Cfr. Bianca, C.M.: "Lo psedo-riconoscimento dei figli adulterini", in *La riforma del diritto di famiglia* (Atti del I Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione «Giorgio Cini» nei giorni 30 aprile-1° maggio 1967), Padova 1967, p. 183 ss.

12 Bianca, C.M.: "Il diritto", cit., p. 146.

13 Bianca, C.M.: "Il diritto", cit., p. 146.

Per indicare qualche esempio della necessità di "quelle risposte globali che a volte si intravedono incompiutamente nei programmi politici e che la dottrina non riesce neppure a prospettare", venivano richiamate alcune tematiche, quali l'aborto, il problema della casa e dell'abitazione ed, infine, il tema dell'adozione.

Colpisce, in particolare, il riferimento alla questione dell'aborto: "La battaglia sul divieto penale dell'aborto appare del tutto inutile di fronte ad una realtà dell'aborto clandestino che il divieto penale non è certo riuscito ad evitare e neppure a frenare. Bisognava e bisogna, piuttosto, chiedersi quale concreta solidarietà sia possibile offrire alla donna spinta ad abortire per le sue circostanze personali o per le sue condizioni socio-economiche. Di questo la dottrina non si è minimamente preoccupata"[14].

Appare evidente qui il rimprovero mosso nei confronti di quella dottrina positivista che, preoccupata di non veder contaminata la scienza giuridica da valutazioni etiche e sociali, disattende pienamente quell'impegno a "fare del diritto uno strumento a servizio dell'uomo" finendo altresì per accentuare il distacco tra la lettera della legge e la realtà sociale.

A tal proposito, altrettanto eloquente è il prosieguo del discorso su questo punto: "Abbiamo una legge la quale prevede che la donna deve essere fatta consapevole dei suoi diritti di lavoratrice e di madre, e degli aiuti che essa potrà ricevere, senza dirci tuttavia quali siano questi diritti e questi aiuti. Il silenzio sta piuttosto ad indicare che non vi sono né diritti né aiuti e che la donna deve risolvere da sé il suo problema"[15].

Colpisce ancora, la perdurante attualità delle critiche avanzate in tema di adozione, sebbene trattavasi allora di adozione speciale, con riguardo alla mancanza di sostegni economici alla famiglia di origine del minore tali da consentire a quest'ultimo di poter crescere nella propria famiglia: "qui il silenzio della dottrina diviene ancora più significativo se si tiene presente che abbiamo una legge dello Stato che sancisce il diritto dei genitori a ricevere dalla comunità i mezzi per risolvere i loro compiti (art. 30^2 Cost.)"[16].

E proprio con riferimento a quest'ultima questione, il Maestro concludeva sottolineando ancora una volta l'esigenza di una risposta globale di giustizia sociale: "Ecco dunque ancora un esempio della necessità di una risposta globale o quanto

14 Bianca, C.M.: "Il diritto", cit., pp. 146-147.

15 Bianca, C.M.: "Il diritto", cit., p. 147.

16 Anche in questo caso, l'impegno di Cesare Massimo Bianca per un diritto più giusto si è concretizzato con la riforma della filiazione (legge n. 219 del 2012 e d.lgs. 154 del 2013), che ha introdotto l'art. 79 *bis* nella legge sull'adozione (l. n. 184 del 1983), il quale prevede che: "il giudice segnala ai comuni le situazioni di indigenza di nuclei familiari che richiedono interventi di sostegno per consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia".

meno della necessità di porre il problema di una risposta globale orientata alla tutela della persona"[17].

3. La neutralità ideologica dell'interprete.

La riflessione del Maestro, però, non si è fermata alla mera constatazione del fallimento del diritto e del giurista nel fornire risposte parziali e non globali alle esigenze di tutela della persona, ma si è spinta anche all'individuazione delle cause che ne sono alla base, sinteticamente individuate nella c.d. neutralità ideologica dell'interprete.

Alla radice di questo fallimento del giurista, secondo il Professore, vi è la concezione, tipica di certa dottrina positivista, secondo la quale il giurista dovrebbe assumere un ruolo di neutralità ideologica nei confronti delle realtà metagiuridiche.

A ben vedere, infatti, la critica del Maestro è rivolta non tanto alla ingiustizia della legge, quanto piuttosto al ruolo dell'interprete che, nell'interpretare la legge, spesso disattende il suo compito di cercare una risposta integrale alle esigenze di tutela della persona.

Più precisamente, la critica è rivolta a quell'esasperato positivismo normativo in base al quale "il ruolo del giurista e la sua stessa affidabilità dipenderebbero proprio dalla sua capacità di non farsi portatore di alcuna ideologia che non sia quella del rispetto della legge".

A tal riguardo, occorre subito precisare che il riferimento alla "ideologia" che dovrebbe guidare il giurista nell'interpretazione della legge deve essere correttamente inteso come un rimando a quell'insieme di valori giuridici e metagiuridici di cui l'interprete dovrebbe farsi portatore.

Sul punto, infatti, è lo stesso Professore che, in altra occasione, rivolgendosi ai giovani, ha sottolineato che "il diritto è una realtà umana affidata alle loro azioni e alle loro coscienze, cioè, in definitiva, ai loro ideali politici, sociali, morali, religiosi. Nella capacità di trovare e credere in questi ideali e di farli valere attraverso il diritto, sono riposte, più che in una incondizionata fede nel precetto legislativo, le speranze della società"[18].

Tali ideali, nel pensiero di Cesare Massimo Bianca, devono essere individuati fondamentalmente nei principi di uguaglianza, di solidarietà e di giustizia sociale,

17 Bianca, C.M.: "Il diritto", cit., p. 148.

18 Bianca, C.M.: "L'autonomia dell'interprete a proposito del problema della responsabilità contrattuale", in *Studi in onore di Zingali*, III, Milano, 1965, p. 159; *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 478 ss.; *Realtà sociale ed effettività della norma giuridica. Scritti giuridici*, vol. I, t. 1, cit., p. 3 ss.

una triade che non a caso viene definita da Mirzia Bianca come la "piattaforma ideologica" del suo pensiero[19].

4. L'interpretazione ideologica del giurista e le risposte parziali del diritto: le c.d. materie eticamente sensibili.

Ciò posto, è interessante constatare come ancora oggi la presenza di risposte parziali da parte del diritto alle esigenze di tutela della persona nella sua globalità siano dovute proprio ad una non corretta impostazione ideologica di fondo da parte dell'interprete.

Ciò emerge oggi con particolare evidenza soprattutto nell'ambito delle materie c.d. eticamente sensibili. Si tratta, infatti, di ambiti in cui è più facile constatare l'esistenza di alcune interpretazioni "ideologiche" delle norme di riferimento.

In questo senso, però, il termine "ideologia" assume un'accezione prettamente negativa. Il riferimento alla "ideologia", infatti, deve essere qui inteso non già in positivo, come l'espressione di determinati ideali, quanto piuttosto in negativo, come l'assolutizzazione di una determinata idea che si traduce in una prevalenza assoluta di un interesse rispetto ad ogni altro, finendo così per realizzare un contemperamento non equo tra contrapposte esigenze in conflitto tra loro.

A tal riguardo, può essere senz'altro ripresa l'efficace espressione di "tirannia dei diritti" utilizzata dalla Corte costituzionale[20] e poi anche dalla Suprema Corte di Cassazione[21], con la quale si è voluto indicare in maniera sintetica quel

19 Cfr. il bellissimo contributo di Bianca, M.: "Il diritto", cit., p. 126, la quale evidenzia la "particolare sensibilità per i valori di giustizia sociale, uguaglianza e solidarietà, tasselli di quella che mi piace chiamare la piattaforma ideologica del Suo pensiero. Chiaramente questi valori sono l'humus di tutti i Suoi scritti, anche se hanno trovato più piena espressione nel diritto di famiglia. Inoltre proprio in questo settore del diritto civile mio padre ha portato a pieno compimento la Sua idea sul ruolo del giurista, ruolo che nella Sua prospettiva era da intendersi più propriamente come una vera e propria "missione" per la realizzazione dei principi di giustizia, uguaglianza e solidarietà".

20 Cfr. C. cost. n. 85 del 2013 (sul caso Ilva di Taranto): "Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. […] La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale".

21 Cfr., ad es., Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, con riguardo all'interesse del minore: "In effetti, il principio dell'interesse del minore "da solo non può essere decisivo" (in tal senso, Corte Edu, 3 ottobre 2014, Jeunesse c. Olanda, P. 109): altrimenti, tale diritto diventerebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente garantite alla persona, che costituiscono nel loro insieme la tutela della sua dignità; infatti, tutti i diritti costituzionalmente protetti si trovano in rapporto di integrazione

bilanciamento non equilibrato di contrapposti interessi, determinato appunto dalla prevalenza assoluta di un diritto rispetto ad un altro in conflitto.

In quest'ottica, quindi, deve oggi rivendicarsi una rinnovata "neutralità ideologica" dell'interprete nelle tematiche c.d. eticamente sensibili al fine di individuare quell'equo bilanciamento tra contrapposti interessi in conflitto, di non facile realizzazione.

Sull'esempio del Maestro, quindi, si vuole cercare di individuare alcune questioni in cui ciò può risultare più evidente, con particolare riguardo alla tematica del c.d. inizio vita.

II. ALCUNE QUESTIONI IN TEMA DI INIZIO VITA.

1. La questione dell'aborto.

Come è noto, la legge sulla interruzione volontaria della gravidanza ha introdotto nel nostro ordinamento un diritto ad abortire, al ricorrere delle condizioni di legittimità previste dalla stessa legge[22]. L'opinione oggi largamente diffusa è quella ritenere che tale diritto sia espressione del più ampio diritto di autodeterminazione della donna, tutelando così l'interesse di quest'ultima ad interrompere gravidanze non desiderate. Tale interpretazione, inoltre, si fonda sull'idea secondo la quale l'oggetto della tutela giuridica sarebbe rappresentato in ultima analisi dalla libertà di autodeterminazione della donna.

A ben vedere, tuttavia, si tratta di una interpretazione "ideologica", nel senso sopra chiarito, dal momento che si tende ad assolutizzare il principio di autodeterminazione, a discapito degli altri principi e valori presi in considerazione dalla legge, con la conseguenza, inoltre, di fornire una risposta parziale ed incompleta alle esigenze di tutela della donna.

Una risposta globale, infatti, implica ben altre soluzioni, che vanno al di là della mera tutela della sua libertà, richiedendo invece delle concrete risposte di solidarietà sociale nei suoi confronti: la sfida sociale del diritto privato si gioca proprio qui, tra risposte parziali e risposte globali orientate alla tutela della persona.

reciproca e sono soggetti al bilanciamento necessario ad assicurare una tutela unitaria e non frammentata degli interessi costituzionali in gioco (Corte cost. n. 85 del 2013, n. 10 del 2015, n. 63 del 2016)".

22 Cfr. Cass. sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, che parla di "un vero e proprio diritto all'autodeterminazione della gestante di optare per l'interruzione della gravidanza", ritenendo che la legge in questione abbia "introdotto nel nostro ordinamento la possibilità legale di ricorrere all'aborto, legittimando l'autodeterminazione della donna a tutela della sua salute, e non solo della sua vita, pur nel rispetto di condizioni rigorose, espressione di un bilanciamento di esigenze di primaria rilevanza".

Innanzitutto, dal punto di vista metodologico, occorre osservare che il suddetto procedimento esegetico non prenda le mosse dalla lettera e dallo spirito della legge, bensì parta dall'idea predominante secondo cui ciò che bisogna tutelare è l'autodeterminazione della donna, a prescindere da quello che la stessa legge dice. Ciò risulta dimostrato già dal semplice fatto che si tratta di una idea che non trova nessun fondamento normativo nella legge n. 194 del 1978. Si tratta, quindi, di un evidente esempio di approccio ideologico ad una questione eticamente sensibile.

Movendo, invece, dal chiaro tenore delle disposizioni normative, si deve in primo luogo evidenziare come in nessun punto del testo legislativo sia dato rinvenire alcun riferimento al concetto di autodeterminazione della donna.

Inoltre, emerge con palese evidenza che tutto l'impianto normativo in questione si regge sul doppio pilastro della tutela del diritto alla vita del concepito e del diritto alla salute della donna, che rappresentano i due contrapposti interessi in conflitto.

In particolare, l'art. 4, nel fissare le condizioni di liceità dell'interruzione della gravidanza nei primi novanta giorni, in mancanza delle quali l'aborto rimane pur sempre un reato[23], prevede la necessaria sussistenza di circostanze da cui potrebbe derivare "un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica", mentre, dopo i novanta giorni (c.d. aborto terapeutico), è necessaria la sussistenza di un "grave pericolo" per la vita o la salute della donna[24] e, laddove sussista anche la possibilità

23 Cfr. art. 19, legge 22 maggio 1978, n. 194: "Chiunque cagiona l'interruzione volontaria della gravidanza senza l'osservanza delle modalità indicate negli articoli 5 o 8, è punito con la reclusione sino a tre anni.
La donna è punita con la multa fino a lire centomila.
Se l'interruzione volontaria della gravidanza avviene senza l'accertamento medico dei casi previsti dalle lettere a) e b) dell'articolo 6 o comunque senza l'osservanza delle modalità previste dall'articolo 7, chi la cagiona è punito con la reclusione da uno a quattro anni.
La donna è punita con la reclusione sino a sei mesi.
Quando l'interruzione volontaria della gravidanza avviene su donna minore degli anni diciotto, o interdetta, fuori dei casi o senza l'osservanza delle modalità previste dagli articoli 12 e 13, chi la cagiona è punito con le pene rispettivamente previste dai commi precedenti aumentate fino alla metà. La donna non è punibile.
Se dai fatti previsti dai commi precedenti deriva la morte della donna, si applica la reclusione da tre a sette anni; se ne deriva una lesione personale gravissima si applica la reclusione da due a cinque anni; se la lesione personale è grave questa ultima pena è diminuita.
Le pene stabilite dal comma precedente sono aumentate se la morte o la lesione della donna derivano dai fatti previsti dal quinto comma".

24 Cfr. art. 6, legge 22 maggio 1978, n. 194: "L'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna". In giurisprudenza, cfr. ad es., Cass. civ., sez. III, 11 aprile 2017, n. 9251: "in tema di responsabilità medica da nascita indesiderata, la mancanza della mano sinistra del nascituro non è una malformazione idonea a determinare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, requisito imposto dall'art. 6, lett. b), della l. n. 194 del 1978 per far luogo all'interruzione della gravidanza dopo i primi 90 giorni dal suo inizio, sicché, non potendosi legittimamente ricorrere all'aborto, dall'omessa diagnosi dell'anomalia fetale non può derivare un danno risarcibile".

di vita autonoma del feto, l'aborto è consentito solo nel caso di grave pericolo di morte della madre[25].

Nei primi novanta giorni di gravidanza, inoltre, il pericolo di pregiudizio all'integrità psico-fisica della donna, può essere collegato non solo al suo stesso stato di salute, ma anche ad altre situazioni espressamente previste dal medesimo art. 4, quali le sue condizioni economiche, sociali, familiari, le circostanze in cui è avvenuto il concepimento oppure previsioni di anomalie o malformazioni del concepito[26].

Pertanto, al fine di ritenere lecito il ricorso all'interruzione della gravidanza entro i primi novanta giorni, non è sufficiente l'esistenza di una delle suddette condizioni personali della donna, circostanze del concepimento o malformazioni del concepito, essendo altresì necessario che tali condizioni e circostanze incidano effettivamente sullo stato di salute della donna stessa.

Ciò, infatti, viene espressamente ribadito dalla medesima legge, laddove impone ai soggetti competenti di attivarsi per trovare possibili soluzioni alternative all'aborto "specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall'incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante" (cfr. art. 5)[27].

Sulla base di tale impostazione, quindi, la facoltà abortiva, lungi dal tutelare il mero interesse della donna a non avere gravidanza indesiderate, rappresenta piuttosto un mezzo di tutela del diverso diritto alla salute della stessa.

25 Cfr. art. 7, comma 3, legge 22 maggio 1978, n. 194: "Quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, l'interruzione della gravidanza può essere praticata solo nel caso di cui alla lettera a) dell'articolo 6 e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto".

26 Cfr. art. 4, legge 22 maggio 1978, n. 194: "Per l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico istituito ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della legge 29 luglio 1975, n. 405, o a una struttura sociosanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia".

27 Cfr. art. 5, legge 22 maggio 1978, n. 194: "Il consultorio e la struttura socio sanitaria, oltre a dover garantire i necessari accertamenti medici, hanno il compito in ogni caso, e specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall'incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante, di esaminare con la donna e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto".
Analogo compito spetta al medico di fiducia, il quale, insieme alla donna, valuta "le circostanze che la determinano a chiedere l'interruzione della gravidanza; la informa sui diritti a lei spettanti e sugli interventi di carattere sociale cui può fare ricorso, nonché sui consultori e le strutture socio-sanitarie" (cfr. art. 5, comma 2).

La diversità di impostazione non è meramente teorica ma implica rilevanti conseguenze sul piano pratico, con particolare riguardo alla tutela risarcitoria.

Oggi, infatti, si riconosce pacificamente un diritto al risarcimento del danno derivante dalla mancata interruzione della gravidanza per fatto imputabile al medico che abbia colposamente omesso di diagnosticare o di informare compiutamente la donna di una grave malformazione del feto (c.d. danno da nascita indesiderata).

Orbene, escludendo il diverso caso in cui la condotta colposa del medico abbia cagionato direttamente un danno al concepito, nel caso in cui, invece, tale condotta omissiva abbia solamente impedito alla donna di poter ricorrere all'interruzione della gravidanza, la conseguenza logica sul piano giuridico dovrebbe essere quella di ritenere il medico responsabile solamente del danno alla salute psico-fisica effettivamente subito dalla donna per la mancata interruzione della gravidanza.

Oggi, invece, in tema di danno da c.d. nascita indesiderata, si assiste ad un orientamento giurisprudenziale che include nell'ambito dei danni risarcibili anche i pregiudizi patrimoniali consistenti nelle spese di cura, di assistenza e di mantenimento del figlio malformato, fino a ricomprendervi le spese per l'adeguamento della propria abitazione alla condizione di invalidità del figlio[28].

A ben vedere, però, il presupposto logico giuridico di un simile orientamento è rappresentato dal fatto per cui il bene giuridico tutelato dalla legge sull'interruzione della gravidanza non è più il diritto alla salute della donna, bensì il suo diritto di autodeterminazione.

Se così non fosse, infatti, non troverebbe alcuna giustificazione il risarcimento dei danni patrimoniali conseguenti al mancato aborto, quali il pregiudizio economico per la diminuzione dell'attività e del reddito professionale del genitore la cui vita è stata stravolta dalla nascita di un figlio disabile, oltre alle spese di cura, di assistenza del figlio malformato, nonché le spese straordinarie di adeguamento dell'abitazione, fino ad arrivare alle ordinarie spese di mantenimento del figlio stesso.

Si tratta, infatti, di pregiudizi patrimoniali che nulla hanno a che fare con la tutela del diritto alla salute della donna, essendo piuttosto riferiti alla lesione del diverso diritto alla sua autodeterminazione[29].

28 Cfr. Cass. civ., sez. III, 6 luglio 2020, n. 13881.

29 Come già evidenziato, infatti, la tutela della libertà di autodeterminazione della donna non trova nessun fondamento normativo nella legge sull'interruzione volontaria della gravidanza. La ratio della legge 22 maggio 1978, n. 194, infatti, lo si ripete ancora, non è quella di tutelare l'autodeterminazione della donna, bensì la sua integrità psico-fisica.

Inoltre, l'estensione della tutela risarcitoria alla lesione della libertà di autodeterminazione della donna, finisce per addossare ingiustamente al medico responsabile il risarcimento di ingenti danni patrimoniali che non sono però causalmente ricollegabili al suo inadempimento, violando così il principio del risarcimento del danno effettivo[30].

Deve ritenersi, quindi, che, nella specifica fattispecie in esame, l'unico danno che la madre possa reclamare a causa del mancato aborto per fatto imputabile al medico, sia rappresentato dal pregiudizio alla propria salute psico-fisica[31].

A) Il diritto di informazione e *la tutela risarcitoria.*

Come già accennato, una risposta globale all'esigenza di tutela della donna in gravidanza richiede ben altre soluzioni, che non si limitano all'alternativa tra aborto e sua tutela risarcitoria, ma richiedono invece delle concrete risposte di solidarietà sociale nei suoi confronti.

Occorre muovere dalla constatazione che, normalmente, di fronte al dramma di una gravidanza difficile, la prima e più facile soluzione che si prospetta alla donna è solamente quella dell'interruzione della gravidanza, quando invece è la stessa legge n. 194 del 1978 ad impegnare tutti i soggetti coinvolti nel fare tutto il possibile per trovare delle soluzioni alternative all'aborto, cercando altresì di rimuovere le cause che potrebbero spingere una donna verso tale decisione.

L'art. 2 della legge n. 194 del 1978, prevede che i consultori familiari, istituiti dalla legge 29 luglio 1975, n. 405, assistono la donna in gravidanza "informandola sui diritti a lei spettanti" (art. 2, lett. a) sia come madre che come lavoratrice (art. 2, lett. b), attuando ulteriori interventi speciali in suo sostegno (art. 2, lett. c),

30 Invero, l'estensione del danno risarcibile in tema di mancato aborto sta piuttosto ad indicare l'esistenza di una funzione suppletiva dei rimedi privatistici rispetto agli interventi pubblicistici che lo Stato e i vari enti competenti dovrebbero farsi carico: il medesimo rilievo, sebbene in diversa fattispecie, viene fatto da Cass. sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., secondo cui "il contrario indirizzo giurisprudenziale e dottrinario, favorevole alla riconoscibilità di una pretesa risarcitoria del nato disabile verso il medico, pur se palesi un'indubbia tensione verso la giustizia sostanziale, finisce con l'assegnare, in ultima analisi, al risarcimento del danno un'impropria funzione vicariale, suppletiva di misure di previdenza e assistenza sociale: in particolare, equiparando quoad effectum l'errore medico che non abbia evitato la nascita indesiderata, a causa di gravi malformazioni del feto, all'errore medico che tale malformazione abbia direttamente cagionato: conclusione, che non può essere condivisa".

31 Sul punto, cfr. anche Cass. sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in tema di c.d. danno da nascita indesiderata, che ha solo accennato alla questione: "Esclusa, infatti, la configurabilità di un danno in re ipsa - quale espressamente prospettato dai ricorrenti - occorre che la situazione di grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, L. n. 194 del 1978, ex art. 6, lett. b), (danno potenziale), si sia poi tradotto in danno effettivo, eventualmente verificabile anche mediante consulenza tecnica d'ufficio. Esula, altresì, dal thema decidendum di questa fase di legittimità il problema dell'identificazione dell'eventuale pregiudizio, legato da vincolo causale immediato e diretto, al fatto colposo dei sanitari (artt. 1223 e 2056 c.c.): se limitato allo stesso danno alla salute prefigurato ex ante quale causa permissiva dell'interruzione di gravidanza - restando cioè interno alla fattispecie di cui all'art. 6, in considerazione della natura eccezionale della norma - o se sia esteso a tutti danni-conseguenza riconducibili, in tesi generale, all'ordinaria responsabilità aquiliana".

nonché "contribuendo a far superare le cause che potrebbero indurre la donna all'interruzione della gravidanza" (art. 2 ,lett. d).

L'art. 5, inoltre, assegna al consultorio familiare e alla struttura socio sanitaria "il compito in ogni caso, e specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall'incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante, di esaminare […] le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto".

Analogo compito spetta al medico di fiducia, il quale, insieme alla donna, valuta "le circostanze che la determinano a chiedere l'interruzione della gravidanza; la informa sui diritti a lei spettanti e sugli interventi di carattere sociale cui può fare ricorso, nonché sui consultori e le strutture socio-sanitarie" (cfr. art. 5, comma 2).

Non serve aggiungere altre parole di fronte ad un chiaro dettato legislativo che esprime in maniera evidente la necessità di un grande impegno solidale verso la donna.

Ora, se compito del giurista è quello di "fare del diritto uno strumento a servizio dell'uomo", allora, nella materia in questione, sarà suo compito quello di offrire una interpretazione della legge che si ponga in linea con quell'obiettivo di fornire risposte globali alle esigenze di tutela della persona.

L'interruzione della gravidanza, di per sé, non rappresenta certo una risposta globale alle esigenze di tutela della donna che deve affrontare una gravidanza, un parto o una maternità difficile. Di fronte a tale situazione, l'offerta dell'aborto è senz'altro la risposta più facile, veloce ed economicamente più conveniente, ma certamente non è la risposta più giusta che si può offrire.

In tal senso, quindi, va custodito l'insegnamento del Prof. Cesare Massimo Bianca che dell'impegno morale e professionale per una società più giusta ne ha fatto il suo movente fondamentale: risuonano ancora attuali le parole del Maestro quando avvertiva il giurista che "bisogna, piuttosto, chiedersi quale concreta solidarietà sia possibile offrire alla donna spinta ad abortire per le sue circostanze personali o per le sue condizioni socio-economiche. Di questo la dottrina non si è minimamente preoccupata"[32].

32 Bianca, C.M.: "Il diritto", cit., pp. 146-147.

Concretizzando il discorso, per fare un esempio di quale potrebbe essere il ruolo dell'interprete di fronte ad una legge sull'interruzione della gravidanza com'è quella attualmente vigente, si potrebbe pensare appunto ad un impegno del giurista di cercare una soluzione ermeneutica che valorizzi il diritto all'informazione della donna in gravidanza[33], riconoscendone una tutela risarcitoria non solo quando l'informazione sia finalizzata all'interruzione della gravidanza, ma piuttosto, quando essa sia, al contrario, finalizzata alla prosecuzione della stessa[34].

Come detto, infatti, oggi si parla molto del diritto al risarcimento del danno in capo alla donna per l'omessa informazione da parte del medico in ordine alle malformazioni del feto, la quale avrebbe esercitato la facoltà di abortire se fosse stata correttamente informata[35] (c.d. danno da nascita indesiderata[36]).

Non si parla, invece, del diritto al risarcimento del danno in capo alla donna in gravidanza per l'omessa informazione da parte dei soggetti competenti in ordine a tutti gli aiuti e i diritti che le spettano, informazioni che, ove fossero state correttamente fornite, avrebbero indotto la donna a non abortire.

33 La rilevanza di un generale dovere informativo del medico, viene confermata anche dall'art. 14, legge 22 maggio 1978, n. 194: "Il medico che esegue l'interruzione della gravidanza è tenuto a fornire alla donna le informazioni e le indicazioni sulla regolazione delle nascite nonché a renderla partecipe dei procedimenti abortivi, che devono comunque essere attuati in modo da rispettare la dignità personale della donna.
In presenza di processi patologici, fra cui quelli relativi ad anomalie o malformazioni del nascituro, il medico che esegue l'interruzione della gravidanza deve fornire alla donna i ragguagli necessari per la prevenzione di tali processi".

34 Secondo l'impostazione qui seguita, quindi, da un lato, occorrerebbe limitare la tutela risarcitoria esclusivamente ai pregiudizi derivanti dalla lesione all'integrità psico-fisica della donna (nel caso di danno da c.d. nascita indesiderata) e, dall'altro, lato, occorrerebbe ampliare il rimedio risarcitorio alle ipotesi di omessa informazione sulle soluzioni alternative all'aborto, che, ove fornite, avrebbero indotto la donna a non abortire (si potrebbe parlare, qui, per usare la stessa, seppur infelice terminologia, di un danno da aborto indesiderato o da mancata nascita).

35 Sul tema v. Cass. sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.: "in tema di responsabilità medica da nascita indesiderata, il genitore che agisce per il risarcimento del danno ha l'onere di provare che la madre avrebbe esercitato la facoltà di interrompere la gravidanza - ricorrendone le condizioni di legge - ove fosse stata tempestivamente informata dell'anomalia fetale; quest'onere può essere assolto tramite "praesumptio hominis", in base a inferenze desumibili dagli elementi di prova, quali il ricorso al consulto medico proprio per conoscere lo stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante o le sue pregresse manifestazioni di pensiero propense all'opzione abortiva, gravando sul medico la prova contraria, che la donna non si sarebbe determinata all'aborto per qualsivoglia ragione personale".

36 Per una critica all'espressione "nascita indesiderata", v. Cass. civ., sez. III, 6 luglio 2020, n. 13881: "occorre puntualizzare che il diritto del quale in questa sede si chiede tutela è il diritto al risarcimento dal danno da privazione della facoltà di esercitare una consapevole scelta se effettuare o no un aborto terapeutico. Appare più corretto qualificare infatti in questi termini il diritto al risarcimento dei danni in caso di deprivazione del diritto della madre, conseguente alla omessa informazione sulla esistenza di malformazioni del feto tali da consentire l'accesso all'aborto terapeutico, piuttosto che nei termini di "danno da nascita indesiderata", talvolta usati, alquanto brutali e che non danno conto con sufficiente rispetto della sofferenza che c'è dietro sia alla scelta di procedere consapevolmente nella gravidanza che darà luogo alla nascita di un bambino menomato, sia alla scelta di interromperla".
A tale condivisibile rilievo, sia consentito aggiungere che l'espressione "danno da nascita indesiderata" sta a significare che il nato, sebbene malformato, è un "danno" per i propri genitori e che la sua nascita non è desiderata da questi ultimi: sul punto, occorre osservare come non solo l'uso di tale terminologia, ma anche la stessa azione risarcitoria esperita dai genitori, sia lesiva della dignità della persona umana, nella specie del figlio nato malformato.

La stessa legge 22 maggio 1978, n. 194, in particolare, riconosce in capo alla donna in gravidanza un diritto di informazione in ordine a tutte le possibili opzioni che l'ordinamento riconosce a tutela della madre e del concepito, come alternativa all'interruzione della gravidanza.

Precisamente, l'art. 2 della stessa legge prevede che i consultori familiari, istituiti dalla legge 29 luglio 1975, n. 405, assistono la donna in gravidanza "informandola sui diritti a lei spettanti".

L'ordinamento, infatti, riconosce una serie di aiuti e sostegni di tipo economico e sociale alla donna che voglia proseguire la gravidanza, fino ad arrivare ad alcuni strumenti che consentono di tutelare la vita nascente anche nell'estrema ipotesi in cui la donna rifiuti il proprio figlio.

Tra questi ultimi, occorre segnalare innanzitutto il diritto della madre all'anonimato (art. 30, comma 1, d.P.R. 3 novembre 2000), avente rilievo costituzionale, in quanto volto a tutelare la vita del nascituro e la salute della madre (cfr. Corte cost. n. 278 del 2013)[37].

In secondo luogo, deve ritenersi che rientrino nell'ambito delle informazioni da garantire alla donna in gravidanza anche quelle relative alle iniziative nascenti dalla società civile specificatamente rivolte a tal fine, espressione di quel principio di sussidiarietà orizzontale che i vari enti, tra cui anche lo Stato, sono tenuti a

37 Sul tema, v. di recente Cass. 22 settembre 2020, n. 19824: "il diritto della madre a mantenere l'anonimato al momento del parto - invocato, nel caso di specie, dalla ricorrente per impedire l'accertamento giudiziale della maternità nei confronti della propria madre premorta - trova il proprio riconoscimento nel nostro ordinamento in una pluralità di norme che, integrandosi tra loro, ne consentono la tutela nel modo più ampio:
- il D.P.R. 3 novembre 2000, art. 30, comma 1, secondo cui "la dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata";
- il D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 93, comma 1 (codice in materia di dati personali), secondo cui "il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata avvalendosi della facoltà di cui al D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, art. 30, comma 1, possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse, in conformità alla legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento";
- La L. 4 maggio 1983, n. 184, art. 28, comma 7, secondo cui "L'accesso alle informazioni non è consentito se l'adottato non sia stato riconosciuto alla nascita dalla madre naturale e qualora anche uno solo dei genitori biologici abbia dichiarato di non voler essere nominato, o abbia manifestato il consenso all'adozione a condizione di rimanere anonimo";
- l'allegato del D.M. 16 luglio 2001, n. 349, prescrive in caso di donna che vuole partorire in anonimato (figlio non riconosciuto o di filiazione ignota) che si deve indicare il codice 999 per "Donna che non vuole essere nominata".
Il diritto della madre all'anonimato è stato oggetto anche di un intervento della Consulta, che nella sentenza n. 278/2013, nel riconoscerne il fondamento costituzionale, ha evidenziato che riposa sull'esigenza di salvaguardare madre e neonato da qualsiasi perturbamento, connesso alla più eterogenea gamma di situazioni, personali, ambientali, culturali, sociali, tale da generare l'emergenza di pericoli per la salute psico-fisica o la stessa incolumità di entrambi e da creare, al tempo stesso, le premesse perchè la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili. La salvaguardia della vita e della salute sono, dunque, i beni di primario rilievo presenti sullo sfondo di una scelta di sistema improntata nel senso di favorire, per se stessa, la genitorialità naturale".

favorire[38]. Si pensi, ad es., alle numerose associazioni e movimenti per la vita presenti sul territorio che offrono un supporto specifico e competente a tutela della donna e del bambino.

Infatti, deve ritenersi che il favorire "l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà" c.d. orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.), rappresenti uno dei compiti dello Stato (art. 3 Cost.) volti a rimuovere quegli ostacoli che di fatto impediscono alla donna di rendersi pienamente consapevole delle responsabilità connesse alla procreazione.

L'estensione dell'obbligo informativo anche a tali contenuti, quindi, costituisce un modo specifico con cui lo Stato garantisce il "diritto alla procreazione cosciente e responsabile" (art. 1, legge n. 194 del 1978), che non si identifica con il diritto della donna ad abortire, ma al contrario, consiste nel diritto ad avvalersi di tutti quei servizi di assistenza, educazione e informazione che rientrano tra le finalità tipiche dei consultori familiari, appositamente istituiti a tal fine (cfr. legge 29 luglio 1975, n. 405) e che è evidentemente teso a tutelare in via preventiva "la vita umana fin dal suo inizio" (cfr. art. 1, cit.), non già a tutelare in via successiva l'autodeterminazione della donna[39].

2. La questione della procreazione artificiale.

Restando sempre nell'ambito delle questioni relative al c.d. inizio vita, una delle tematiche che oggi risulta essere maggiormente problematica, per i fini che qui interessano, è senz'altro quella della procreazione artificiale.

Anche questo, infatti, rappresenta un ambito paradigmatico nel quale, dall'analisi delle risposte che vengono date al problema che si cerca di risolvere, si può facilmente verificare se ci troviamo di fronte ad una "una risposta globale

38 Tra queste, inoltre, rientra anche quella meritoria opera di volontariato che, riprendendo una secolare tradizione, ha istituito le c.d. culle per la vita (cfr. sul punto www.culleperlavita.it), finalizzate ad accogliere in sicurezza e riservatezza i figli nati da donne che non possono o non vogliono tenerlo, avviandoli poi all'adozione.

39 Invero, l'unico riferimento implicito ed indiretto al concetto di autodeterminazione procreativa, lo si può rinvenire nello stesso art. 1, laddove si specifica che l'aborto non costituisce in nessun caso un mezzo di controllo delle nascite. Si tratta, tuttavia, di un concetto che assume ben altra portata rispetto a quello qui criticato.
Cfr. art. 1, commi 2 e 3, cit.: "L'interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite.
Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell''ambito delle proprie funzioni e competenze, promuovono e sviluppano i servizi socio-sanitari, nonché altre iniziative necessarie per evitare che l'aborto sia usato ai fini della limitazione delle nascite".
Sul punto, la Suprema Corte ha avuto modo di precisare che "Il diniego, in linea di principio, dell'interruzione di gravidanza come strumento di programmazione familiare, o mezzo di controllo delle nascite, e "a fortiori" in funzione eugenica, emerge, infatti, inequivoco già dall'art. 1, contenente l'enunciazione solenne della gerarchia dei valori presupposta dal legislatore, rivelatrice della natura eccezionale delle ipotesi permissive; fuori delle quali l'aborto resta un delitto" (così, Cass. sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767).

orientata alla tutela della persona" oppure se si tratta solamente di risposte parziali che affrontano solo una parte del problema.

Tutta la questione della fecondazione assistita nasce fondamentalmente da un problema di sterilità o infertilità della persona. E' solo, infatti, in queste ipotesi tassativamente previste dalla legge che è consentito accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

La legge 19 febbraio 2004, n. 40, precisamente, stabilisce che il ricorso alla fecondazione assistita è consentito solo nel caso in cui "non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità" (art. 1, co. 2), ossia "quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione" (art. 4).

L'obiettivo del legislatore, inoltre, è quello di incentivare la ricerca sulle cause della sterilità e della infertilità, come, peraltro, espressamente indicato nella stessa legge n. 40 del 2004, la quale si pone come finalità quella di "favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana" (art. 1), promuovendo allo stesso tempo le "ricerche sulle cause patologiche, psicologiche, ambientali e sociali dei fenomeni della sterilità e della infertilità" e favorendo "gli interventi necessari per rimuoverle nonché per ridurne l'incidenza" (art. 2).

Tuttavia, il nodo centrale della questione è dato dal fatto che tali tecniche di fecondazione assistita non hanno natura terapeutica, in quanto esse non sono finalizzate a curare la patologia riproduttiva, ma rappresentano solamente uno strumento artificiale di procreazione alternativo al naturale rapporto sessuale. In altri termini, la fecondazione assistita non risolve il problema, ma si limita ad aggirare l'ostacolo, lasciando così la persona affetta dalla patologia riproduttiva nella stessa situazione di prima.

Inoltre, dal momento che le tecniche di fecondazione artificiale non hanno natura terapeutica, queste sono andate perdendo inevitabilmente ogni aggancio con l'aspetto patologico, finendo così per identificarsi con una semplice modalità alternativa di procreazione di un essere umano.

L'esclusione della "ratio" terapeutica, infatti, ha portato alcuni ordinamenti a riconoscere l'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale anche ad alcune persone, come quelle omosessuali, per le quali la "sterilità" è un elemento fisiologico della coppia e non uno patologico della persona. Se questa è la tendenza, a breve si arriverà a consentire l'accesso alla fecondazione artificiale anche alle donne in menopausa, equiparando così in maniera artificiosa una condizione naturale e fisiologica legata all'età della donna ad una "patologia" riproduttiva.

L'utilizzo di tecniche che non hanno nessuna finalità curativa per risolvere problemi di salute della persona evidenzia già di per sé la natura parziale e non globale della risposta ad una esigenza di tutela.

In questo modo, infatti, al legittimo desiderio di una coppia di avere dei figli, desiderio peraltro maggiormente accentuato proprio nei casi in cui vi siano difficoltà a procreare, viene data una soluzione parziale, in quanto finalizzata a risolvere una parte del problema (la mancanza di figli) e non invece a dare una "risposta globale", volta cioè a rimuovere interamente il problema (la patologia riproduttiva) e le sue conseguenze (la mancanza di figli).

Ecco dunque un altro esempio di risposta parziale e non globale alle esigenze della persona umana.

Il compito del giurista, allora, dovrebbe essere quello di proporre, per quanto gli è possibile ed in base al ruolo specifico che ciascuno ricopre, una interpretazione della legge n. 40 del 2004 che sia orientata alla tutela globale della persona umana.

In tale prospettiva, quindi, si potrebbero per esempio evidenziare i caratteri della strumentalità e della residualità delle tecniche di fecondazione assistita.

Precisamente, il carattere strumentale lo si desume dalla stessa legge n. 40 del 2004, la quale indica come finalità quella di "favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana" (art. 1), promuovendo allo stesso tempo le "ricerche sulle cause patologiche, psicologiche, ambientali e sociali dei fenomeni della sterilità e della infertilità" e favorendo "gli interventi necessari per rimuoverle nonché per ridurne l'incidenza" (art. 2).

Ciò significa, quindi, che la legge sulla fecondazione assistita, per espressa previsione normativa, si pone come strumento finalizzato comunque alla "soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità", cioè come strumento a tutela di un diritto alla salute, precisamente di salute sessuale e riproduttiva, e non a tutela di un diritto di autodeterminazione, che finisce per sconfinare poi nel mero arbitrio.

Allo stesso modo, si potrebbe porre in evidenza il carattere della residualità delle tecniche in oggetto.

Anche qui è la stessa legge che prevede la possibilità di accedere alla fecondazione assistita solo nei casi di sterilità o di infertilità tassativamente previsti dalla legge. La legge n. 40 del 2004, infatti, stabilisce che il ricorso alla fecondazione assistita è consentito solo nel caso in cui "non vi siano altri metodi terapeutici

efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità" (art. 1, co. 2) [40], ossia "quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione" (art. 4)[41].

Inoltre, è la stessa legge n. 40 del 2004 che, in tema di consenso informato (art. 6), stabilisce che "Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita" (art. 6, comma 1).

In ciò emerge il carattere residuale di tali tecniche e la loro subordinazione alla finalità primaria costituita dalla cura della patologia.

Ora, se la prassi seguita presso le strutture che effettuano tali pratiche di fecondazione artificiale mostra come, in realtà, spesso si operi in violazione de suddetti principi di strumentalità (rispetto alla finalità curativa) e di residualità (rispetto ad altri metodi alternativi sia medici che giuridici), il giurista potrebbe non di meno enucleare da tali principi giuridici alcuni precisi obblighi di informazione in capo al personale medico addetto a tali pratiche.

A tal riguardo, inoltre, si potrebbe valorizzare maggiormente il riferimento normativo alla "impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione" mediante "altri metodi terapeutici efficaci". Esistono, infatti, metodi consistenti in un insieme di tecniche diagnostiche e di interventi medici (sia farmacologici che chirurgici) che hanno per obiettivo l'individuazione della causa dell'infertilità e la sua puntuale rimozione[42].

40 L'art. 1, comma 2, tuttavia, deve essere letto alla luce di Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96 (sulla c.d. diagnosi pre-impianto), che ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche".

41 La Corte Costituzionale, con sentenza 9 aprile - 10 giugno 2014, n. 162, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente articolo, comma 3, "nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili".

42 Un valido esempio è rappresentato dalla c.d. Naprotecnologia (traduzione dell'inglese *Na.pro. technology*, abbreviazione di *Natural Procreation Technology*). Si tratta di una metodologia che nasce negli Stati Uniti, ma ancora poco applicata in Europa, e che risulta essere più efficace, più economica e meno invasiva della fecondazione artificiale. Inoltre, l'elemento più importante di tale metodologia è che, a differenza delle tecniche di procreazione artificiale, la naprotecnologia è una vera e propria terapia, in quanto è finalizzata alla cura delle relative patologie riproduttive. Per riferimenti in lingua italiana, v. www.naprotecnologia.ch: i vantaggi che derivano dalla naprotecnologia rispetto alla fecondazione artificiale sono numerosi: a) le percentuali di successo sono molto più elevate in termini di nascite da coppie che seguono i trattamenti; anzi, spesso le coppie che si rivolgono alla naprotecnologia sono proprio quelle che hanno già sperimentato i fallimenti della fecondazione in vitro; b) i costi economici sono enormemente più ridotti; c) i costi non economici, quali lo stress fisico e psichico della coppia che si sottopone alle tecniche di fecondazione artificiale, sono praticamente inesistenti (si pensi, ad esempio, al bombardamento ormonale cui si

Inoltre, il carattere residuale delle tecniche in questione viene evidenziato dalla legge non solo con riguardo al "altri metodi terapeutici", ma anche con riguardo ad altri strumenti giuridici alternativi alla procreazione medicalmente assistita, primo fra tutti il ricorso all'adozione (cfr. art. 6, comma 1, legge n. 40 del 2004), rispetto alla quale le tecniche di procreazione artificiale si pongono oggettivamente in conflitto[43].

In conclusione, quindi, dagli stessi principi di strumentalità e di residualità della legge n. 40 del 2004, potrebbe scaturire un obbligo in capo al medico di informare la coppia che si rivolge alla struttura dell'esistenza di altri metodi di soluzione della patologia, ed indicare le strutture competenti e specializzate a tal fine[44]. L'inadempimento di tale obbligo di informazione potrebbe dar luogo, poi, anche ad una responsabilità per risarcimento del danno, qualora si accertasse che la coppia avrebbe potuto risolvere i problemi riproduttivi facendo ricorso a tecniche alternative alla fecondazione artificiale, se fosse stata adeguatamente informata.

sottopone la donna per avere una stimolazione ovarica, con possibili complicazioni quali la sindrome di iperstimolazione); d) il benessere della coppia è posto al centro della terapia.

43 Sull'adozione come alternativa alla procreazione medicalmente assistita, cfr. Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, che ha evidenziato come le tecniche di procreazione medicalmente assistita e, in particolare, la pratica della maternità surrogata, si pongano oggettivamente in conflitto con l'istituto dell'adozione.
Sul punto, v. anche il condivisibile rilievo di Morace Pinelli, A.: "La Corte costituzionale interviene sui diritti del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. Brevi note a Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33", *www.giustiziainsieme.it:* "A nostro avviso, il legislatore dovrà, innanzitutto, favorire la costituzione di rapporti di filiazione giuridica tra persone esistenti, anziché il ricorso alle tecniche di p.m.a., con una profonda revisione della legge sulle adozioni".

44 In un'ottica "de jure condendo", l'esistenza di metodi terapeutici alternativi di risoluzione delle problematiche legate alla salute riproduttiva potrebbe essere valorizzata mediante la richiesta di ricevere uno specifico consenso informato sul punto da parte della coppia che chiede di accedere alle tecniche di procreazione artificiale, con indicazione specifica dei singoli metodi alternativi e delle loro caratteristiche in termini di costi e benefici sulla salute di tutti i soggetti coinvolti (la donna, la coppia e l'embrione), rispetto alle tecniche di PMA.

BIBLIOGRAFIA

Bianca, C.M.: "Il diritto privato e la sfida sociale", *Iustitia*, 1980, p. 213.

Bianca, C.M.: "L'autonomia dell'interprete a proposito del problema della responsabilità contrattuale", in *Studi in onore di Zingali*, III, Milano, 1965, p. 159.

Bianca, C.M.: "Lo psedo-riconoscimento dei figli adulterini", in *La riforma del diritto di famiglia* (Atti del I Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione «Giorgio Cini» nei giorni 30 aprile-1° maggio 1967), Padova 1967, p. 183 ss.

Bianca, C.M.: "Riflessioni di un civilista sul diritto naturale", in P. Sirena (a cura di)*Oltre il "positivismo giuridico"*, in onore di A. Falzea, Napoli, 2011, p. 45.

Bianca, C.M.: *Realtà sociale ed effettività della norma*, Milano, 2002, pp. 141 ss.

Bianca, M.: "Il diritto di famiglia e la missione del giurista. L'insegnamento di mio padre Cesare Massimo Bianca", *www.rivistafamilia.it*, pp. 125-126.

Morace Pinelli, A.: "La Corte costituzionale interviene sui diritti del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. Brevi note a Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33", *www.giustiziainsieme.it*.

INTERPRETARE

INTERPRETIVE ACTIVITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 168-183

Enrico DEL PRATO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il contributo riflette sul nocciolo dell'attività ermeneutica nella dimensione del diritto, demarcandolo dall'opera integrativa.

PALABRAS CLAVE: Interpretazione; norma; diritto; autonomia privata; contratto; integrazione.

ABSTRACT: *The paper reflects on the core of the interpretive activity in legal framework, also in order to mark the border with the integrative work.*

KEY WORDS: *Interpretation; rule; law; private autonomy; contract, integration.*

SUMARIO.- I. PREMESSA.- II. LA QUESTIONE.- III. INTERPRETAZIONE, TRADUZIONE, ESECUZIONE, CRITICA.. IV. SPECIFICITA' DELL'INTERPRETAZIONE GIURIDICA. INTERPRETE E ALGORITMO. V. INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO.- VI. INTERPRETAZIONE DEL FATTO.-VII. CONCLUSIONI.

I. PREMESSA.

L'interpretazione è al centro della dinamica giuridica: serve per stabilire se una vicenda è rilevante per il diritto e, in caso positivo, quali ne sono gli effetti. Essa, dunque, è strumento di selezione del materiale funzionale alla qualificazione di un fatto, di un atto o di un negozio, che consiste in regole con cui i privati plasmano i loro interessi.

Non vi è vicenda sottoposta al vaglio del diritto che non passi per l'interpretazione, veicolata dalle regole che vi presiedono e da quelle dettate per l'accertamento dei fatti. Il giudicare muove dall'interpretazione e, mediante la qualificazione dei fatti, si risolve nell'individuare il trattamento giuridico. Ne sono oggetto, al contempo, il fatto e la norma giuridica perché la qualificazione del primo si connette al senso della seconda. E l'interpretazione demarca il giudicare dal mero decidere perché solo nel primo è necessaria la motivazione, che è deputata ad offrire il percorso ermeneutico del giudicante.

L'importanza dell'ermeneutica l'ha resa oggetto di innumerevoli contributi, dalla filosofia del diritto, alla teoria generale fino alle più minute questioni, con accenti così variegati da alimentare il dubbio che manchi un criterio condiviso. In queste pagine non intendo ripercorrerli[1] né ho i mezzi per farlo; mi limiterò solo a una breve riflessione.

II. LA QUESTIONE.

La circostanza che, nella dimensione del diritto, l'interpretazione sia funzionale ad individuare gli effetti di un fatto giuridico ha concorso ad estenderne il significato perché ha indotto a comprendervi tutto ciò che è strumentale a quello scopo. Come tutte le estensioni di senso, essa pone il dubbio se rappresenti una utile espansione della "categoria" o ne comporti un'alterazione generando una confusione di piani. Perciò è opportuno il tentativo di fissare in cosa consista

1 Per questo ometto ogni citazione, che sarebbe inevitabilmente soverchiata da sconfinate lacune, ad eccezione di qualche riferimento al pensiero di C.M. Bianca.

• Enrico del Prato
Ordinario di Diritto civile, Università di Roma La Sapienza, E-mail: enrico.delprato@uniroma1.it

l'interpretazione per isolarne il senso nel quadro dell'indagine strumentale ad individuare gli effetti di una vicenda giuridica.

In questo contesto confluiscono più componenti. La constatazione, appartenente alla tradizione della teoria della conoscenza, che la comprensione si risolve nel rapporto tra oggetto e soggetto senziente, e perciò risente dell'individualità di quest'ultimo -del modo in cui egli è portato a concepire la realtà, reale ed immaginaria, e a cogliere i caratteri di quella specifica realtà oggetto di interpretazione-, si riflette, nella dimensione giuridica, su due piani che, nel ragionare, si intersecano: l'interpretazione del fatto concreto in sé e l'interpretazione del diritto oggettivo.

L'attività ermeneutica si snoda, quindi, su due livelli. Nel dibattito dei giuristi essa si riferisce alle norme di diritto oggettivo, anche dettate dall'autorità amministrativa, ed alle regole poste dall'autonomia privata. Sull'altro piano si tratta di accertare e qualificare fatti in vista degli effetti che ne derivano, mediante il raccordo con le fonti da cui quegli effetti discendono: le norme e le regole negoziali. Ma l'interpretazione del fatto ha uno spettro più esteso, perché occorre per stabilire se esso possiede i caratteri da cui trarre conseguenze rilevanti per il diritto, ponendosi come componente dell'accertamento. Pensiamo, ad esempio, al compito del giudice penale nel valutare le note psicologiche dell'intenzione -il dolo, la colpa- di un comportamento, là dove il mero fatto in violazione della norma non costituisca il fondamento della responsabilità, come invece accade nell'illecito amministrativo.

Dunque l'interpretazione è immanente alla valutazione giuridica. Ma, come accennavo, essa viene tradizionalmente riferita alle norme, che costituiscono il diritto oggettivo, e alle regole private, che sono fatti caratterizzati dall'essere precetti, perché esprimono un intento dispositivo.

Con questa premessa possiamo chiederci in cosa consista l'ermeneutica giuridica e, di riflesso, quali siano i criteri che vi presiedono con specifico riguardo a due questioni dibattute: i limiti del ruolo dell'interprete nell'applicazione del diritto; l'ordine applicativo delle disposizioni in tema di interpretazione del contratto (artt. 1362-1371 c.c.).

È noto che, da tempo, l'art. 12 disp. prel. c.c., che pone la regola ermeneutica di interpretazione della legge, è oggetto di qualche strale per la sua asserita rigidità, e tuttavia gode di perdurante riguardo da parte della dottrina; mentre nell'ermeneutica contrattuale, è censurata l'idea che l'utile applicazione delle norme che dettano i criteri per accertare l'intento dei contraenti (cosiddette di interpretazione soggettiva: artt. 1362-1366 c.c.) escluda il ricorso a quelle che ne prescindono (cosiddette di interpretazione oggettiva: artt. 1367-1371 c.c.). La

nomenclatura -soggettiva, oggettiva- può risultare ambigua, ma l'importante è intendersi.

III. INTERPRETAZIONE, TRADUZIONE, ESECUZIONE, CRITICA.

Tutto si interpreta, anche i fatti consistenti in comportamenti umani, quando l'intento che li impregna rileva per la produzione di effetti giuridici: è il caso dei cosiddetti negozi di attuazione, dove dalle circostanze oggettive si desume la determinazione dell'autore. In sede penale è, evidentemente, assai diffuso tale approccio, perché i fatti accertati vengono interpretati allo scopo di valutare se rivelino, univocamente, l'elemento soggettivo del reato.

Sarebbe riduttivo muovere dalla premessa che l'impiego normativo del termine "interpretare" (cfr. gli artt. 12, disp. prel. c.c., 1362-1371 c.c.) rispecchi un significato esclusivo della dimensione giuridica. Non è dubbio che esso si riferisca all'interpretazione di regole -di diritto oggettivo o di matrice privata-, ma ciò non toglie che il nocciolo dell'attività ermeneutica costituisca una costante del pensiero e della conoscenza, e quindi è informato a caratteri propri in tutte le sue manifestazioni. Donde l'opportunità, già ampiamente percepita da alcuni studiosi, di allargare lo sguardo verso altri fenomeni.

Lasciando da parte qualche impiego del termine alieno dal suo significato perché allusivo al modo di svolgimento di un compito (ad es., si interpreta l'esercizio di una funzione), il riferimento più ravvicinato all'interpretazione si coglie nella traduzione, che è la trasposizione di un testo in una lingua diversa riferendo il pensiero che esso esprime. Perciò la traduzione può non essere letterale se la lettera tradisce il senso inteso dall'autore nel modo in cui si percepisce nella lingua di origine.

Qui la relazione tra oggetto dell'interpretazione e soggetto che se ne fa carico è condizionata da una pluralità di componenti: essa risente delle convenzioni linguistiche e delle categorie cognitive proprie di ogni classe glottologica, oltre che della naturale precomprensione dell'interprete, propria di ogni attività percettiva, la quale può introdurre scollamenti di senso tali da comportare varianti del pensiero affidato al testo originario. In proposito è sufficiente prendere in considerazione gli sconfinati contributi sull'interpretazione dei testi biblici -nella tradizione cristiana e, più intensamente, in quella ebraica- per avvedersi della rilevanza del problema. In campo giuridico basta ricordare le analisi storiografiche sull'interpolazione dei testi giuridici romani, da cui traspare un approccio tendente a cogliere ed isolare categorie concettuali e mezzi argomentativi propri della dottrina classica.

In sintesi, il tradurre non è disgiunto dall'interpretare come attività ermeneutica: il secondo è una componente del primo, inevitabile ma correttamente impiegata solo in quanto aiuti a comprendere il senso del testo nella lingua originale.

L'interpretazione concorre con la conoscenza dei caratteri glottologici di tale lingua, ma la sua essenza è nel considerare le tradizioni culturali e i gusti dell'autore come criteri per la comprensione e la trasmissione del suo pensiero.

Sia pure in misura minore e con accenti diversi, l'interpretazione dell'opera teatrale e dell'opera musicale danno luogo alle medesime questioni, qui sovrastate dalle doti naturali e tecniche e dalla capacità espressiva dell'interprete: in una parola, dalla sua arte (del resto la stessa legge sul diritto d'autore, n. 633/1941, gli attribuisce diritti a struttura proprietaria o di credito agli artt. 72 ss. separatamente dall'autore dell'opera dell'ingegno). Qui si interpreta per eseguire. L'esecuzione è riflessione e creazione a cui concorre l'animo dell'interprete: se così non fosse, essa si ridurrebbe a un calcolo.

Ma l'esecuzione ha il suo limite nel testo: l'artista ne è posseduto e ne trasmette la profondità, senza lasciar debordare il suo egocentrismo a scapito dell'opera che esegue. In ambito musicale, talvolta lo stesso autore lascia alcune facoltà all'esecutore: pensiamo agli assoli virtuosistici (detti anche cadenze, sia pure in un significato diverso da quello proprio di questo termine nella teoria musicale) che precedono la conclusione del primo movimento di un concerto per solista e orchestra, che spesso l'autore consentiva e che egli stesso talvolta improvvisava nelle sue esecuzioni. Ma la cadenza è creazione dell'esecutore, innesto del suo apporto in un'opera altrui: donde l'esigenza della sua coerenza al contesto in cui si inserisce. Eccessi virtuosistici possono snaturare l'aura del brano manifestando l'egocentrismo dell'esecutore. Ancora più marcata, poi, è la libertà che per solito esercitano i musicisti nel jazz, dacché alla parte scritta dall'autore dei c.d. standard si affianca l'improvvisazione, che è vera e propria creazione autonoma, sebbene ispirata all'opera originaria.

Il senso dell'interpretazione si abbandona con la critica. Quando si vuol trarre dall'opera un senso ulteriore rispetto al testo, si muove dall'interpretazione per tendere all'illustrazione del pensiero dell'autore, nelle sue possibili esplicazioni. Qui l'apporto del critico concorre al risultato al pari di quello dell'autore; nella critica la relazione tra interprete e oggetto dell'interpretazione diviene paritetica perché il primo afferma ciò che egli scorge nel secondo oltre il suo portato immediatamente percepibile, e talvolta prescindendovi. Lo si coglie costantemente nell'analisi delle opere affidate ad immagini o a sculture.

IV. SPECIFICITA' DELL'INTERPRETAZIONE GIURIDICA . INTERPRETE E ALGORITMO.

L'interpretazione giuridica ha un carattere proprio. Nella traduzione interpretare serve alla trasposizione del testo, nell'opera artistica serve all'esecuzione, mentre

il diritto non si riproduce: si applica nel dover essere in cui esso consiste. Lo si interpreta per osservarlo spontaneamente e per decidere, tramite un giudizio, se esso sia stato violato o quale sia il dover essere in caso di controversia. Donde la specificità dell'interpretazione del diritto, che è in funzione dell'applicazione. Ciò, peraltro, è proprio anche dell'interpretazione dei testi biblici nella loro parte precettiva (così come, in altri ordinamenti, dei testi coranici, che talvolta assumono il valore di vere e proprie norme giuridiche, applicate dalle corti).

In proposito è tradizionale, e opportuna, la demarcazione tra interpretazione dei testi normativi e interpretazione degli atti di autonomia privata. Mentre dei primi il senso va colto in funzione dell'applicazione, nei secondi occorre accertare l'intento dell'autore o degli autori, come qualsiasi fatto, che rappresenta ciò in vista del quale si interpreta, per stabilirne la vigenza e gli effetti. Ma questo accertamento va compiuto in applicazione delle norme di ermeneutica (cfr. gli artt. 1362-1371 c.c. per i contratti, oltre a una serie di norme speciali), che, a loro volta, sono oggetto di interpretazione.

Dunque, pur tenendo fermo un nocciolo comune, occorre tener conto dei profili che diversificano l'interpretazione della legge da quella degli atti di autonomia privata, avendo, però, presente che la prima detta i criteri che presiedono alla seconda.

Nell'esperienza giuridica da tempo si fa spazio l'idea che l'interprete possa, e anzi debba, assumere un ruolo creativo. Segnatamente il giudice foggerebbe il diritto nell'effettività, creando il cosiddetto diritto giurisprudenziale, il quale nasce dalle sentenze, essenzialmente di legittimità, per costituire il diritto vivente.

Da qui l'interrogativo: in quali limiti la funzionalità all'applicazione del diritto dovrebbe conferire al termine "interpretazione" un significato diverso da quello che esso ha negli altri campi? Se interpretare significa essenzialmente rispecchiare il dettato, nel diritto esso è riconoscimento del senso di una regola nell'intenzione di chi l'ha dettata, opportunamente contestualizzato e attualizzato. Ed è questo il punto: contestualizzazione e attualizzazione possono essere variamente impiegate, nel rispetto del sistema giuridico o, sia pure inconsapevolmente, determinandone l'eversione.

Sebbene -lo abbiamo rilevato- ogni interprete ponga qualcosa di sé nell'esercitare la sua funzione, occorre, allora, intendersi circa il confine oltre il quale la creatività adultera l'interpretazione trasformandola in integrazione a prescindere dal senso del testo precettivo. Non ne discende inevitabilmente un ostacolo alla creatività del giudicare -che, in molte espressioni, è assai meno creativo di quanto aspiri ad essere-, ma, almeno, sarà chiaro il confine che separa l'ermeneutica dall'opera di integrazione. Questa potrà essere legittima se non collide con le norme che

governano l'ermeneutica giuridica, ma deve restare distinta perché veicolare per interpretazione ciò che non lo è alimenta una finzione di fedeltà al testo, e all'intenzione, mentre, nella realtà, si intende prescindere da entrambi.

L'inevitabile portato creativo dell'ermeneuta impedisce di ridurre il diritto a un fenomeno algoritmico. L'intelligenza artificiale può processare grandi quantità di dati assai più rapidamente dell'intelligenza umana. Ma ricorrervi nelle decisioni non risolve il problema; ne trasferisce l'epicentro dal ruolo del singolo interprete a quello di chi assume il potere di definire i criteri applicativi affidati all'algoritmo. La questione non è da poco, perché il costo della calcolabilità e della conseguente omogeneità delle decisioni discenderebbe dal modo in cui questo potere viene esercitato.

V. INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO.

Il diritto deve tendere alla giustizia attraverso l'ordine delle categorie di cui le norme sono espressioni o segnali. Corredo ne è la certezza del trattamento giuridico, un obiettivo da raggiungere piuttosto che un dato da cui partire, per garantirne la costanza in funzione dell'eguaglianza: un obiettivo non agevole a causa della confusione nutrita da un'ipertrofia normativa, spesso non adeguatamente ponderata, e dalla complessità della rete delle fonti del diritto.

Ma il diritto non è puramente geometrico. Già la *Interessenjurisprudenz* avvertiva il ruolo dell'argomentazione e della giustificazione della decisione. La percezione dei limiti del calcolo e del sillogismo ha attenuato l'eredità del deduttivismo ed è approdata alla ragionevole discrezionalità dell'interprete. Tuttavia l'incertezza che ne deriva ha alimentato il bisogno di un ritorno a un diritto calcolabile e alla prevedibile certezza del trattamento giuridico dato dalla decisione giudiziaria.

Definitivamente tramontata l'illusione del primo positivismo, secondo cui una corretta interpretazione si riduce a una mera esegesi che conduce all'attribuzione di un unico senso al testo normativo, occorre fare i conti con la staticità del testo di fronte ai cambiamenti della società e dei suoi valori, che può riflettersi già sullo stesso piano esegetico, là dove viene a modificarsi la valenza semantica di un'espressione impiegata dalla legge (pensiamo alle vicende della famiglia che emerge dall'art. 29 Cost.).

Quest'ordine di questioni è affievolito negli ordinamenti giuridici teleologicamente orientati, dove il criterio di attribuzione di senso è dato dalla finalità che li ispira. Lo si coglie efficacemente nel diritto canonico, in cui il portato teologico impedisce la fissità letterale della norma, la cui attuazione si deve conformare al primo; anche, plausibilmente, negli ordinamenti giuridici

positivi confessionali, nei quali il diritto positivo è sovrastato e integrato dalle norme religiose. E tuttavia, pur riconoscendo un ruolo creativo all'interprete nell'adattamento della norma alla realtà mediante il dato teologico, quest'ultimo, per lo scopo che rivela, è oggetto di un ferreo controllo.

Negli ordinamenti aconfessionali le cosiddette clausole generali e la pervasiva portata dei principi, evocati da testi normativi (recentemente, non di rado, in modo declamatorio e simbolico) o tratti dalla loro applicazione, rappresentano il terreno dove l'impulso alla creatività dell'interprete gode di maggiori spazi.

Ma interpretare non è creare. La tendenza alla svalutazione del testo normativo -dolorosamente spiegabile con la poca ponderazione che ne accompagna la redazione- non può trovare fondamento nell'idea che il diritto vive e si esaurisce nel caso in cui va a concretizzarsi, se non altro perché la regola applicata a quel caso è, ovviamente, preesistente ed è destinata a successiva vigenza anche a prescindere dal modo in cui viene interpretata nella singola vicenda. Mentre l'idea che il senso di una norma emerga nella sua applicazione al fatto, pur condivisibile in linea di principio, si colora di una valenza in qualche misura ideologica là dove è invocata per consegnare alla giurisdizione una funzione normativa che, nel nostro sistema, le è estranea in quanto i giudici sono soggetti alla legge (art. 101, 2° comma, Cost.).

Le norme sulla produzione normativa e sulla funzione giurisdizionale non lasciano spazi per istanze giusliberiste fondate su un'asserita esigenza di realismo. Sentimenti antipolitici e scarsa perspicuità nella redazione dei testi normativi favoriscono una traslazione di potere verso la giurisdizione: ma non è questo il dover essere dell'ordinamento per come è normativamente. L'interprete va messo al posto che l'ordinamento gli assegna, dal quale esula, fisiologicamente, la legittimazione del soggettivismo ermeneutico, che trasformerebbe la giurisdizione in legislazione rendendo il guardiano foggiatore della giuridicità.

Con ciò non si vuol negare l'inevitabile partecipazione di ciascun interprete alla definizione del trattamento del fatto sottoposto alla sua cognizione. Lo si avverte, specialmente, nei casi limite, su cui si saggia la tenuta delle regole, là dove viene in considerazione l'analogia (art. 12, 2° comma, disp. prel.), che è un ragionamento fondato sul senso del fatto e della norma, volto a perseguire la completezza del sistema normativo. Il giudizio di eccezionalità, che ne circoscrive l'ambito (art. 14 disp. prel.), legittima il massimo apporto dell'interprete.

Ma il limite della sua funzione, e dunque del suo potere, è dato dalla impossibilità di attribuire alla norma da applicare, letta nella prospettiva del sistema, un significato che le è estraneo o, il che ne è il risvolto, privarla di un segmento della sua prescrittività.

Occorre perciò riconoscere il ruolo primario dell'interpretazione letterale, ma plasmato dall'esigenza di coordinare la norma col sistema, contestualizzandone ed attualizzandone il senso mediante una valutazione storica e teleologica, a cui concorre l'impiego della ragionevolezza, perché anche la capacità predittiva del legislatore risente dei limiti intrinseci ad ogni scelta che si proietta nel futuro. Perciò l'"intenzione del legislatore" (art. 12, 1° comma, disp. prel. c.c.), che impone all'interprete la ricerca delle ragioni e degli interessi che impregnano una disciplina, non circoscrive l'indagine al tempo in cui essa fu emanata, ma la estende all'attualità, in funzione della sua applicazione.

La cosiddetta interpretazione costituzionalmente orientata rappresenta un significativo punto di emersione di tale criterio: ma comunque, là dove viene in rilievo l'applicazione di una norma subordinata ad un'altra, l'opera di adeguamento al senso della seconda non può condurre ad attribuire alla prima un significato che non ha, anche se sarebbe opportuno che lo avesse. La sola possibilità, in tal caso, è data dalla dichiarazione di incostituzionalità della disposizione primaria e dall'annullamento di quella secondaria.

S'intende, peraltro, che il compito ermeneutico della Corte costituzionale, nell'attribuzione di senso alle norme che evocano principi, si pone su un piano diverso perché la portata del principio si attinge dal complessivo sistema costituzionale e dalla naturale ricezione dei valori espressi dalla società.

Per concludere: la libera discrezionalità dell'interprete non può debordare nella creazione; quando una norma è suscettibile di più significati, tale discrezionalità è, essenzialmente, limitata alla scelta tra uno di essi, giustificata da una motivazione che dia atto della dimensione sistematica, storica e teleologica a cui l'esercizio ermeneutico deve conformarsi.

In questo quadro mi piace menzionare due contributi del Maestro che ricordiamo. Nel dare risalto all'effettività, elevata a principio, egli ha sostenuto l'esigenza di "trarre la nozione di norma giuridica dall'esperienza"[2]. Ma, con ciò, non ha inteso legittimare qualche potere normativo della giurisprudenza, a cui riconosce il ruolo di fonte indiretta del diritto, al pari della dottrina[3], ma ha voluto sottolineare che "l'effettività è il momento essenziale della giuridicità in quanto le norme che sono effettivamente applicate possono dirsi ordinatrici di rapporti sociali, mentre le norme generalmente disapplicate non regolano i rapporti sociali e possono quindi avere solo l'apparenza di norme giuridiche"[4]. Ancora: "Il diritto effettivo non può dunque essere ricercato nella vincolatività delle sentenze

2 Bianca, C.M.: "Ex facto oritur ius", ora in *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, vol. I, t. I, Giuffrè, Milano, 2002, p.189 ss., spec. p.200 s.

3 *Ivi,* p.205 ss.

4 *Ivi*, p.201.

o nell'autorità normativa dei giudici. Esso deve piuttosto essere colto nel *fatto obiettivo* che la norma viene socialmente accettata come norma giuridica secondo determinati significati e contenuti, cioè nel fatto della sua reale operatività. *L'accettazione sociale della norma* è *il fatto dal quale scaturisce il diritto*"[5]. Il necessario legame con la dimensione sociale del diritto, rappresentato dall'effettività, non snatura, però, l'ordine e la sistematica delle fonti.

Il secondo contributo manifesta la costante tensione di C.M. Bianca, con garbata tenacia, verso la protezione dei deboli. In tema di filiazione, prima della riforma del 2012-2013, a cui ha dato un contributo centrale, egli avvertiva fortemente la violazione della dignità umana nella discriminazione dei figli nati fuori dal matrimonio e dei parenti "naturali"[6]. E tuttavia aveva ben presente che il compito dell'interprete non poteva condurre al superamento della fedeltà al sistema normativo: il contributo del giurista può consistere "nell'anticipare istanze ideali che il contesto sociale tende a maturare" per promuovere "una sollecitazione -più o meno efficace- che si inserisce nel vasto e continuo processo di rinnovamento dell'ordinamento"[7].

VI. INTERPRETAZIONE DEL FATTO.

Veniamo all'interpretazione dell'atto di autonomia. Esso non è norma ma fatto consistente in un complesso di regole. Perciò gli è estraneo il carattere della completezza che impronta l'ordinamento giuridico e da cui discende l'esigenza dell'analogia (art. 12, 2° comma, disp. prel. c.c.). Le lacune di un atto negoziale sono colmate dalle norme dispositive e, in difetto, dalle altre fonti di integrazione (art. 1374 c.c.). Lo stesso art. 1365 c.c., in tema di indicazioni esemplificative, non enuncia il ricorso all'analogia, ma allude al suo opposto. Disponendo l'estensione della portata di un patto anche ai casi diversi da quello impiegato a titolo di esempio "ai quali, secondo ragione, può estendersi lo stesso patto", tale disposizione fissa un criterio volto a palesare l'intento dei contraenti, eccedente il testo letterale, sul presupposto che, mediante l'indicazione esemplificativa, essi abbiano istituito un regime destinato ad operare anche nei casi analoghi a quello espresso.

Fermiamo l'attenzione alle disposizioni dettate per l'interpretazione del contratto (artt. 1362-1371 c.c.), applicabili anche agli atti unilaterali tra vivi, in difetto di norme specifiche, nei limiti della compatibilità (art. 1324 c.c.). È da dire che la giurisprudenza ne afferma, tendenzialmente, l'applicazione anche al testamento

5 *Ivi*, p.205.

6 Cfr. "I parenti naturali non sono parenti? La parola torna alla Corte costituzionale e I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua", ora in *op. cit.*, vol. I, t. II, rispettivamente p.1025 ss. e p.1037 ss.

7 *Interpretazione* e *fedeltà alla norma*, ora in *op. cit.*, vol. I, t. I, p.139.

(per il quale sono dettate norme interpretative speciali; cfr. l'art. 625 c.c.), con gli adattamenti resi opportuni dalla unilateralità e dalla funzione *mortis causa* che lo caratterizza, nonostante il limite testualmente posto dall'art. 1324 c.c. Ma ciò è corretto solo per quelle disposizioni informate alla funzione ermeneutica, là dove cioè l'interpretazione consiste nell'individuazione dell'intento del disponente: entro questo limite è legittimo l'impiego delle disposizioni dettate per il contratto per interpretare un testamento.

Dicevo che è sottoposta a diffusa critica la sistematica secondo cui l'insieme delle norme contenute nel capo dedicato all'interpretazione del contratto è strutturato in due blocchi: le disposizioni che dettano i criteri per accertare l'intento (artt. 1362-1366 c.c.) e quelle che ne prescindono (artt. 1367-1371 c.c.). La portata della demarcazione risiede in ciò, che il secondo blocco di norme viene in considerazione solo dopo che l'applicazione del primo non ha dato frutto, quando cioè residua un dubbio su quale sia l'intenzione affidata al contratto o ad alcune sue clausole.

Il punto è che la gerarchia delle norme di ermeneutica contrattuale si ricava dal tenore delle stesse perché gli artt. 1367-1371 c.c. presuppongono, testualmente, la permanenza di un dubbio circa la comune intenzione dei contraenti: dunque la conclusione che tali disposizioni siano invocabili solo quando quelle volte ad accertare l'intento non hanno dato esito discende dall'interpretazione della legge ed è legata all'oggetto dell'ermeneutica negoziale[8]. Non si ravvisa, invece, l'esigenza di istituire una gerarchia tra le cosiddette norme di interpretazione oggettiva se non là dove essa risulti espressamente, come nel caso della regola finale affidata all'art. 1371 c.c.

Se non esistessero norme sull'interpretazione dell'atto di autonomia, nessuno -salvo qualche dittatore- immaginerebbe di dare all'autoregolamento un significato diverso da quello che rispecchia l'intento dell'autore solo perché lo ritiene preferibile. La ricerca dell'intento è connaturata all'ermeneutica: se si tende ad altro si esce dal campo dell'interpretazione e si accede a quello dell'integrazione e della manutenzione.

E tuttavia l'esistenza di un sistema di norme di ermeneutica contrattuale (oltre che di ulteriori disposizioni speciali) reca in sé lo sbocco verso l'integrazione perché, se è controverso il senso di una o più clausole e l'impiego degli strumenti propriamente ermeneutici non consente di accertare l'intento che esse esprimono, la lite dovrà pur essere decisa, anche a costo di conferire a quelle clausole un senso che non rispecchia l'intento degli autori, e cioè applicando gli artt. 1367-1371 c.c.

8 Questa impostazione è nitidamente condivisa da Bianca,C.M.: *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2019, 3ª ed., p.373 e p. 397.

Ma questa non è interpretazione: è integrazione, imposta dal *munus* di decidere gravante sul giudice nei limiti delle domande e delle allegazioni delle parti.

In tale contesto il canone di buona fede (art. 1366 c.c.) diviene perno della vicenda interpretativa perché intende collegare alle clausole il senso che poteva attribuirvi un contraente in buona fede.

Discipline dettate a tutela di una parte in ragione della sua condizione (caso emblematico è il consumatore) innestano nell'opera ermeneutica la funzione di tutelare quel contraente (cfr. l'art. 35 cod. cons., d.lgs. 6.9.2005 n. 206, che rispecchia il generale regime codicistico dell'art. 1370 c.c.).

In proposito si è ritenuto che la regola secondo cui "in caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore" (art. 35, 3° comma, cit.) possa essere disattesa allorché, attribuendo alla clausola un significato che ne importi la caducità per vessatorietà, si realizzi un assetto di interessi più favorevole al consumatore in applicazione del regime legale.

Alla base di questa soluzione è la premessa che la massima effettività della tutela sia un fine cogente. Essa potrà anche essere condivisa: ma occorre aver presente che il procedimento che vi conduce è fuori dall'interpretazione, perché connette effetti al contratto a prescindere dall'accertamento dell'intenzione degli autori. La si può argomentare così: una volta stabilito che norme imperative presidiano determinati interessi (ad es. quelli del consumatore) a scapito di altri, la loro applicazione scardina la funzione ermeneutica e impone di ricondurre al contratto effetti a prescindere dall'intenzione delle parti. Ciò, tuttavia, non è interpretazione, ma integrazione.

Analogamente accade in sede penale, dove l'applicazione delle circostanze aggravanti del reato presuppone l'accertamento della rappresentazione soggettiva delle stesse da parte del reo, diversamente dalle circostanze attenuanti, di cui è sufficiente l'oggettiva rilevabilità in sé. Il primo accertamento si fonda sull'interpretazione; non il secondo, che si riduce in un effetto di favore derivante dalla legge.

VII. CONCLUSIONI.

In conclusione. Il presidio della ragionevolezza, a cui va riconosciuta la funzione di plasmare l'applicazione delle regole sulla specificità dei fatti (ne è precipua espressione il principio di vicinanza alla prova rispetto all'art. 2697 c.c.), e il fascino del "diritto vivente" e della "giurisprudenza creativa" sono da amministrare con la necessaria cautela. Nonostante la scadente e prolissa formulazione delle norme

a cui l'infingardo legislatore ci ha resi avvezzi, l'illazione che il tenore letterale di una disposizione possa essere disatteso per la sua incongruità o per la sua inadeguatezza al caso concreto attribuisce a chi decide una funzione che -almeno nel nostro ordinamento- non gli appartiene, a meno che non gli sia espressamente riconosciuta dalle "valvole" approntate dal sistema, come, ad es., nel caso di mancanza di offensività di un comportamento pur penalmente rilevante.

Il mescolamento di funzioni che sembra germinare dalla liquidità della società e l'esaltazione della relativizzazione che ne segue, se attecchiscono sul terreno del diritto, possono avviare un percorso ermeneutico tale da indurre la conclusione che anche i semafori si interpretano. Con ciò non si intende escludere che la percezione dell'inadeguatezza di una norma possa indurne una progressiva disapplicazione o l'adattamento del senso ai valori che emergono dal sistema, come, ad es., è avvenuto per l'art. 2059 c.c. in tema di danno non patrimoniale. Ma qui lo stesso tenore della disposizione ne ha consentito l'estensione alla luce delle norme costituzionali.

BIBLIOGRAFIA

BIANCA, C.M.: "Ex facto oritur ius", in *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*,vol.I,t.1, Giuffrè,Milano, 2002, p.189 ss.

BIANCA, C.M.: "I parenti naturali non sono parenti? La parola torna alla Corte costituzionale e I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua", in *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, Milano, 2002, vol. I, t. II, p.1025ss. e p.1037ss.

BIANCA, C.M. : "Interpretazione e fedeltà alla norma ", in *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, Milano, 2002, vol. I, t. 1, p.139.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, *Il contratto, III,* Giuffrè, Milano, 2019, 3ª ed., p. 373 e p. 397.

DELIMITANDO CONCEPTOS JURÍDICOS, TAMBIÉN, EN EL PLANO INTERNACIONAL: EL ARTÍCULO XXI GATT COMO PARADIGMA*

DEFINING LEGAL CONCEPTS, ALSO, AT THE INTERNATIONAL LEVEL: ARTICLE XXI GATT AS A PARADIGM

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 184-215

* Artículo elaborado en el marco del Proyecto PROMETEO GVA2018/111.

Carlos
ESPLUGUES
MOTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: La posibilidad de utilizar la referencia a la protección de los "intereses esenciales de seguridad" de un Estado con objeto de limitar los flujos comerciales internacionales se encuentra recogida en el artículo XXI del GATT de 1994 que reproduce, invariados, los términos originarios de GATT de 1947. Invisible durante décadas, el precepto ha visto doblemente incrementada su relevancia en los últimos tiempos, al convertirse en el texto de referencia a la hora de diseñar un gran número de las cláusulas de excepción recogidas, tanto en los distintos Tratados de Libre Comercio, como en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Y verse, además, recientemente sometido, por partida doble, su significado y extensión al escrutinio ante la Organización Mundial del Comercio, favoreciéndose, como analizamos en el presente artículo, una clarificación de su naturaleza, contenido y extensión. Aunque, el precepto resulto más lejanos que los textos nacionales para algunos particulares, su trascendencia es enorme, y el impacto en nuestra vida diaria resulta innegable, poniendo de manifiesto, por ende, cómo atrás quedaron los tiempos en que lo "nacional" y lo "internacional", también en relación con las fuentes y con la interpretación de las normas, eran realidades paralelas que nunca se cruzaban.

PALABRAS CLAVE: Artículo XXI GATT; intereses esenciales de la seguridad del Estado; inversiones extranjeras; libre comercio internacional; OMC.

ABSTRACT: *The reference to the protection of the "essential security interests" of a State in order to limit international trade flows is set forth by Article XXI of the the GATT 1994. The provision reproduces unchanged the original terms of the GATT de 1947. Invisible for decades, the article has gained today a double relevance. On the one hand, because it constitutes the reference when designing a large number of exception clauses embodied in the several Free Trade Agreements and Agreements for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments concluded in the last decades. Secondly, because the provision has been subject in two recent occasions to the scrutiny of the World Trade Organization and its nature, meaning and scope are starting to be more settled. Although, this kind of provisions may be considered by some people far more distant than national texts, its relevance is enormous and the impact on our daily life is undeniable. At the same time they show that those times when "national" and "international" legal sources never interacted and no impact on their common interpretation existed are gone.*

KEY WORDS: *Article XXI GATT; State's Essential Security Interests; Foreign Investment; International Free Trade; WTO.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: LA CURIOSIDAD Y LA SOLVENCIA COMO REFERENTES.- II. LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ESENCIALES DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO COMO LÍMITE A LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. III. EL PROCESO DE DELIMITACIÓN DEL SIGNIFICADO DEL ARTÍCULO XXI GATT.- 1. El debate sobre la eventual naturaleza discrecional –"self-judging"- del artículo XXI GATT.- A) Argumentario favorable a su carácter discrecional. B) Visiones favorables a una visión restrictiva del precepto.- C) La presencia de una novedosa práctica en torno al precepto.- 2. La fijación del contenido del artículo XXI GATT y de las concretas medidas susceptibles de ser adoptadas a su amparo.- A) La tradicional ausencia de una práctica internacional clara y unidireccional en relación con el significado de "intereses esenciales de seguridad" del Estado.- B) El significado de medidas "necesarias" para la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.- IV. ALGUNAS CONCLUSIONES Y CIERTAS PISTAS.

I. INTRODUCCIÓN: LA CURIOSIDAD Y LA SOLVENCIA COMO REFERENTES.

Consciente de la ineludible exigencia de atender a la cambiante realidad social con vistas a asegurar la necesaria efectividad del Derecho[1], la figura del Profesor Cessare Massimo Bianca, civilista insigne, se caracterizó desde sus inicios por su inmensa curiosidad, y ductilidad, a la hora de afrontar la ciencia jurídica, sus bases, objetivos y fines, y el estudio de las distintas categorías que la componen. Su amplísima obra, anclada en una marcada vocación comparatista, constituye un ejemplo paradigmático de la voluntad de aportar respuestas serias, sólidas y originales a las transformaciones de la sociedad, desde el más acendrado rigor intelectual.

Sostenido, precisamente, en esa vocación constante de indagar en la mudable fisonomía del Derecho en una realidad aceleradamente "líquida"[2] como la que vivimos, el presente artículo aborda una manifestación peculiar del proceso de mestizaje jurídico que adjetiva al actual momento jurídico. Un proceso acelerado y cada vez más habitual, caracterizado por la interrelación entre las fuentes nacionales y las internacionales, la difuminación de las tradicionales fronteras entre el Derecho Público y el Privado, y el redimensionamiento del entendimiento y finalidad de ciertas instituciones y ramas del Derecho que, surgidas con un fin concreto, se ven ahora atribuidas finalidades, adicionales o no, diferentes. Todo ello se hace especialmente patente al aproximar la obtusa y mudable noción de "interés esencial de la seguridad del Estado". Un concepto jurídico indeterminado

1 Bianca, C.M.: *Realtà sociale ed effettivita della norma: scritti giuridici,* Giuffre, Milan, 2002, 2 vols.

2 Parafraseando a Bauman, Z.: *Modernidad líquida*, FCE, México, 2002.

• Carlos Esplugues Mota
Catedrático de Derecho internacional privado, Universidad de Valencia. Correo electrónico: carlos.esplugues@uv.es

presente en el artículo XXI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en adelante, GATT) que, si bien de partida puede presentarse como muy lejana a la realidad privada, incide de forma directa, y cada vez más usual e intensa, en ella.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ESENCIALES DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO COMO LÍMITE A LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES.

La posibilidad de utilizar la referencia a la protección de los "intereses esenciales de seguridad" de un Estado para limitar los flujos comerciales internacionales se encuentra recogida en el artículo XXI del GATT de 1994 que reproduce, invariados, los términos originarios de GATT de 1947[3]. Invisible durante décadas, el precepto ha visto doblemente incrementada su relevancia en los últimos tiempos, al convertirse en el texto de referencia a la hora de diseñar un gran número de las cláusulas de excepción recogidas, tanto en los distintos Tratados de Libre Comercio (en adelante TLCs), como en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante APPRIs). Y verse, además, recientemente sometido, por partida doble, su significado y extensión al escrutinio ante la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC).

Bajo la denominación genérica de cláusulas de excepción –o "non-precluded measures provisions"[4], en inglés- se incluyen a aquella disposiciones incluidas en los TLCs -y en los APPRIs[5]-, que buscan combinar el aseguramiento del libre comercio, con la protección de los intereses esenciales de seguridad del Estado, y de sus políticas y valores. Su objetivo específico radica en limitar o evadir las obligaciones que surgen en el marco del específico tratado que los incorpora, amparándose para ello en la necesidad de salvaguardar la seguridad nacional, los intereses esenciales de seguridad, el orden público o nociones similares de un concreto país[6]. En tal sentido, proceden a reconocer, con distintos grados de amplitud y elaboración, el derecho del Estado parte a la autodefensa.

3 Respecto del proceso de su redacción, vid. Lester, S.L. y Zhu, H.: "A Proposal for Rebalancing to Deal with National Security Trade Restrictions", *Fordham Int'l L.J.*, 2019, vol. 42, nº. 5, p. 1452.

4 Un análisis en profundidad de la naturaleza de este tipo de cláusulas se encuentra en Burke-White, W. y Von Staden, A.: "Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, 2008, vol. 48, nº. 2, p. 320 y ss.

5 Con una relevancia adicional en el ámbito de las inversiones extranjeras, atendida la ausencia de un marco legal de carácter global y su enorme fragmentación. Vid. Rose-Ackerman, S. y Billa, B.: "Treaties and National Security", *International Law and Politics*, 2008, vol. 40, p. 443; Sornarajah, M.: *Resistance and Change in the International Law of Foreign Investment*, CUP, Cambridge, 2015, pp. 316–318.

6 Sobre las diferentes formas de regular esta cuestión, vid. Akande, D. y Williams, S.: "International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO?", *Virginia Journal of International Law*, 2003-2004, vol. 43, pp. 366–367.

Tras décadas de fomento de la liberalización del comercio internacional y con ello, de una doble eclosión en el número de operaciones comerciales internacionales desarrolladas en su seno, y en la búsqueda de un marco regulador común para éstas, bien de origen internacional o anacional[7], los últimos años han sido testigos de un profundo cambio de escenario, caracterizado por la creciente oposición a la globalización. Y por la consolidación de posiciones de nacionalismo económico, marcadamente unilateralistas y proteccionistas, en el que la referencia a la seguridad nacional, a los intereses esenciales de seguridad, al orden público económico o similares de los Estados cobran un creciente protagonismo.

Se trata de nociones genéricas, carentes habitualmente de un claro significado. Y cuyo uso, cada vez más usual para justificar la adopción de ciertas decisiones contrarias al libre comercio, plantea como debate de fondo la veracidad del aparente peligro para el Estado. O, por contra, su utilización como excusa para camuflar motivos comerciales o políticos, que poco o nada tienen que ver con reales cuestiones de seguridad.

En concreto, el mencionado artículo XXI GATT "allows countries to violate their WTO obligations in the pursuit of national security"[8] al afirmar la imposibilidad, en ciertos casos fijados por el propio texto[9], de interpretar cualquier disposición del GATT en un sentido que:

"a) imponga a una parte contratante la obligación de suministrar informaciones cuya divulgación sería, a su juicio, contraria a los intereses esenciales de su seguridad; o

b) impida a una parte contratante la adopción de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, relativas:

i) a las materias fisionables o a aquellas que sirvan para su fabricación;

ii) al tráfico de armas, municiones y material de guerra, y a todo comercio de otros artículos y material destinados directa o indirectamente a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas;

iii) a las aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional; o

7 Al respecto, vid. Esplugues Mota, C.: *El control de las inversiones extranjeras directas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 61 y ss.

8 Federer, H.: "GATT Article XXI: Trade Sanctions and the Need to Clarify the Security Exceptions", *Cambridge Law Review*, vol. 3, 2018, p. 220.

9 Un análisis en profundidad del precepto se puede encontrar en Hahn, M.J.: "Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception", *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, 1990-1991, p. 583 y ss.

c) impida a una parte contratante la adopción de medidas en cumplimiento de las obligaciones por ella contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales."

Si bien esta tipología de cláusulas ha estado presente desde antiguo en estos acuerdos[10], lo cierto es que han gozado de una muy escasa relevancia práctica hasta tiempos muy recientes. En concreto, el tenor del artículo XXI GATT ha permanecido incólume desde su promulgación en 1947, reproduciéndose sin más en el GATT 1994[11]. No se ha intentado ninguna reforma, incluso durante la negociación de la OMC. Más aún, los ambiguos términos del precepto se han visto reproducidos, sin alteración alguna, en varios de los instrumentos legales sobre los que se articula la OMC. Así ocurre con el artículo XIVbis del Acuerdo General sobre el Comercio de servicios (en adelante, AGCS)[12], el artículo 73 del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante, ADPIC)[13] y los artículos XXIII:1 o 2.2 del Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio (en adelante, Acuerdo OTC). Viéndose igualmente reproducido sin más en, o sirviendo de referencia para, un número muy relevante de las cláusulas de excepción recogidas en los TLCs -y también en los diversos APPRIs[14].

Todos estos instrumentos incorporan excepciones basadas en la consecución de ciertos legítimos objetivos estatales[15]. Coincidiendo en la idea de que la liberalización del comercio y los compromisos surgidos de la red de tratados que regulan los flujos comerciales internacionales no necesaria, ni totalmente, prevalecen sobre los intereses vitales de los Estados en la defensa y protección de su propia existencia y objetivos[16]. Y, consecuentemente, permiten disfrutar a éstos de una amplia discreción al momento de especificar que consideran necesario para proteger sus intereses esenciales de seguridad frente a riesgos, ya reales o potenciales, para ésta.

10 Vid. Rose-Ackerman, S. y Billa, B.: "Treaties and National", cit., p. 454.

11 Sobre el GATT 1994 y los cambios de contenido y entorno existentes respecto de la versión originaria de 1947, vid. Nagy, C.I.: "World Trade, Imperial Fantasies and Protectionism: Can You Really Have Your Cake and Eat It Too", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2019, vol. 26, nº. 1, p. 102 y ss.

12 Un análisis en profundidad del precepto se encuentra en Cottier, T. y Delimatsis, P.: "Article XIVbis GATS: Security Exceptions", en AA.VV.: *Max Planck Commentaries on World Trade Law, WTO – Trade in Services* (ed. por Wolfrum, R., Stoll, P.T. y Feinäugle, C.), Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2008, vol. 6, p. 6 y ss.; Weber, R.H. y Baisch, R.: "Revisiting the Public Moral/Order and the Security Exception under the GATS", *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, 2018, vol. 13, nº. 2, p. 376 y ss.

13 Vid Lee, J.: "Commercializing National Security: National Security Exceptions' Outer Parameter under GATT Article XXI", *Asian J. WTO & Int'l Health L & Pol'y*, 2018, vol. 13, pp. 289-290.

14 Y en menor medida en el art. XIVbis AGCS. Al respecto, Esplugues Mota, C.: *El control,* cit., p. 137 y ss.

15 Cottier, T. y Delimatsis, P.: "Article XIVbis", cit., p. 1.

16 *Ibid*., p. 1.

III. EL PROCESO DE DELIMITACIÓN DEL SIGNIFICADO DEL ARTÍCULO XXI GATT.

La finalidad del artículo XXI GATT, y del resto de cláusulas diseñadas en los distintos acuerdos internacionales en línea con él, es equilibrar la protección de los intereses esenciales de seguridad de los Estados miembros de la OMC, con el fomento y salvaguarda del libre comercio. Sin embargo, y aunque nos encontramos ante cláusulas de naturaleza excepcional, la generalidad con que vienen redactadas, y la indeterminación de los conceptos en ellas incorporados, favorecen que el recurso a las mismas pueda generar importantes incertidumbres y tensiones en el comercio internacional[17], haciendo ineludible un esfuerzo de depuración de su significado.

En tal sentido, el artículo XXI GATT -y todas aquellas cláusulas convencionales que se basan en él o, sin más, lo reproducen[18]- plantea directamente la cuestión del sentido atribuible a los diversos conceptos expresados en su tenor. Especialmente, con relación al significado a otorgar a la noción de "intereses esenciales de su seguridad" presente en sus apartados a) y b), así como al término "necesarias" recogido en el apartado b) del precepto. Todo ello en el marco del debate sobre la capacidad del Estado que se ampara en este tipo de cláusulas de moldear libremente su significado, dotándolas, en suma, de una naturaleza plenamente discrecional –"self-judging"-. O, por contra, de la eventual presencia de ciertos límites para aquel en dicho proceso[19].

La realidad demuestra que no se trata de cuestiones sencillas. La respuesta otorgable a ambas se ve directamente afectada por la escasa práctica[20] con que ha contado el artículo XXI GATT hasta tiempos muy recientes, tanto en el marco del GATT, primero, como de la OMC, después[21]. La referencia al precepto ha sido marginal, casi excepcional[22]. En muy pocas ocasiones se conformaron grupos especiales para abordar controversias que implicaran su aplicación[23], y en todo

17 WTO: *Decision Concerning art. XXI of the General Agreement (30 November 1982)*, WTO Doc L/5426, 1982, nº. 1.

18 Nótese, Esplugues Mota, C.: *El control,* cit., p. 141 y ss.

19 Vid. Federer, H.: "GATT Article", cit., p. 221.

20 En contraste con lo que ha ocurrido con el artículo XX GATT, al respecto, vid. Akande, D. y Williams, S.: "International Adjudication", cit., p. 373. Vid. también, Alford, R.P.: "The Self-Judging WTO Security Exception", Utah Law Review, 2011, vol. 3, pp. 750–751.

21 Vid. Alford, R.P.: "The Self-Judging", cit., p. 750; Lindsay, P.: "The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure?", *Duke Law Journal*, 2002-2003, vol. 52, pp. 1297 y 1299–1300.

22 Cottier, T. y Delimatsis, P.: "Article XIVbis", cit., p. 2.

23 Un análisis de ellas se encuentra en Esplugues Mota, C.: "La creciente interacción entre la seguridad nacional y el comercio internacional: hacia una concreción del significado y alcance del artículo XXI GATT en tiempos de cambios tecnológicos y competencia geopolítica", *CdT*, 2020, vol. 12, nº. 1, p. 184 y ss. Nótese, igualmente, Schloemann, H.L. y Ohlhoff, S.: "'Constitutionalization" and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence", *American Journal of International Law*, 1993, vol. 93, pp. 100–104; Bhala, R.: "National Security and International Trade Law: What the GATT Says, and What the United States Does", *University of Pennsylvania Journal of International Law,* 1989, vol. 19, pp. 268–275.

caso, en aquellas ocasiones en que así ocurrió, no permitieron aportar una clara guía en relación con el precepto, su naturaleza o su contenido[24]. Lo que ha favorecido, entre otras consecuencias, que la escasa interpretación del artículo haya tenido su origen habitualmente fuera del marco de la OMC.

Este escenario, sin embargo, ha comenzado a cambiar en los últimos años con la publicación del Informe del Grupo Especial en el asunto Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito, de abril de 2019[25]. Al que más recientemente ha seguido, el 16 de junio de 2020, el Informe del Grupo Especial en el asunto Arabia Saudita - Medidas Relativas a la Protección de Derechos de Propiedad Intelectual[26]. La relevancia de estos Informes se incrementa exponencialmente si recordamos el ya mencionado impacto que el artículo XXI GATT ha tenido en el tenor de las cláusulas de excepción recogidas en los distintos TLCs y APPRIs y la pendencia, en estos momentos, de otros varios asuntos en los que el artículo XXI GATT se encuentra en el centro de la disputa[27].

1. El debate sobre la eventual naturaleza discrecional –"self-judging"- del artículo XXI GATT.

El artículo XXI GATT es un precepto deliberadamente ambiguo[28]. Por su propia naturaleza, y atendidos los objetivos que busca alcanzar, se encuentra redactado en términos bastante vagos y genéricos[29]. A primera vista, su amplio y flexible tenor posibilitaría a los Estados miembros de la OMC la adopción de medidas económicas, incluso dotadas con una potencial finalidad política, que, de partida, hubieran podido ser interpretadas como inadmisibles bajo el normal régimen del GATT, y del resto de instrumentos que conforman la OMC[30]. Más

24 Un análisis en profundidad de esta cuestión se encuentra en Esplugues, C.: *Foreign Investment, National Security and Strategic Assets*, Cambridge, intersentia, 2018, pp. 116-135. Nótese, igualmente, Peng, S.Y.: "Cybersecurity Threats and the WTO National Security Exceptions", *Journal of International Economic Law*, 2015, vol. 18, nº 2, pp. 460–461; Federer, H.: "GATT Article", cit., pp. 221-224.

25 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS512, Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*, de 05.04.2019, WT/DS512/7, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds512_s.htm. En relación con ella, vid. Esplugues Mota, C.: "La creciente interacción", cit., p. 189 y ss.; Voon, T.: "The Security Exception in WTO Law: Entering a New Era", *AJIL Unbound*, 2019, vol. 113, p. 46.

26 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS567, Arabia Saudita - Medidas Relativas a la Protección de Derechos de Propiedad Intelectual*, de 16.06.2020, WT/DS567/R, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/567r_s.pdf

27 Nótese, Paulsen, M.: "The Beginning, End, and Imminence of Invoking Essential Security at the WTO", *International Economic Law and Policy Blog*, 25.07.2021, https://ielp.worldtradelaw.net/

28 Lindsay, P.: "The Ambiguity", cit., p. 1298.

29 Cann, W. jr.: "Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance between Sovereignty and Multilateralism", *Yale Journal of International Law*, 2001, vol. 26, p. 415.

30 Hahn, M.J.: "Vital Interests", cit., p. 560; Shapiro, D.T.: "Be Careful What You Wish for: U.S. Politics and the Future of the National Security Exception to the GATT", *George Washington Journal of International Law & Economy*, 1997, vol. 31, p. 111.

aún, su eventual naturaleza plenamente discrecional –"self-judging"-[31], podría servir como una excusa para la protección de sectores industriales o empresas consideradas "vitales" para el Estado[32], dado que correspondería a éste, en última instancia, darle al precepto el sentido y la amplitud que deseen.

Esta capacidad extremadamente amplia, casi sin límites, atribuida al Estado a la hora de conformar su significado y extensión, podría acabar minando el funcionamiento del sistema, al amparar conductas excesivas o abusivas por parte de aquel[33]. De hecho, la única garantía frente a la práctica impunidad que parece ofrecer esta interpretación del precepto, sería el espíritu con que cada Estado procede a interpretar y a aplicar, tanto el artículo XXI GATT, como todas aquellas cláusulas convencionales diseñadas a partir del mismo[34], asumiendo que estos lo harían atendiendo al espíritu de la norma[35].

No estamos, sin embargo, ante una cuestión cerrada. A pesar de la escasa práctica que ha generado el artículo XXI GATT hasta fechas recientes, el debate en torno a su naturaleza ha sido amplio y la doctrina aporta una pluralidad de argumentos de índole diversa en favor[36] y en contra[37] de su carácter discrecional.

A) Argumentario favorable a su carácter discrecional.

Focalizándonos en la interpretación favorable a esta naturaleza discrecional, y al amparo del mandato del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[38], cualquier disposición convencional, incluyendo por tanto al artículo XXI GATT y todas aquellas cláusulas convencionales elaboradas

31 Vid. Alford, R.P.: "The Self-Judging", cit., p. 706. También, Schill, S.W. y Briese, R., "'If the State Considers": Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement", *Max Planck Yearbook of United Nations Law,* 2009, vol. 13, p. 67, aportando una definición de discrecional (*self-judging*).

32 Por ejemplo, el art. XXV GATT. Vid. Schill, S.W. y Briese, R., "'If the State", cit., p. 107; Hahn, M.J.: "Vital Interests", cit., p. 597.

33 Nagy, C.I.: "World Trade", cit., p. 114.

34 Dattu, R. y Boscariol, J.: "GATT Article XXI, Helms–Burton and the Continuing Abuse of the National Security Exception", *Canadian Business Law Journal*, 1997, vol. 28, p. 204. Sin embargo, se señala que su valoración en el marco general del GATT favorecería una interpretación restrictiva. Al respecto, Hahn, M.J.: "Vital Interests", cit., p. 579.

35 Browne, R.E.: "Revising "National Security" in an Interdependent World: The GATT Article XXI Defense after Helms–Burton", *The Georgetown Law Journal*, 1997, vol. 86, p. 411.

36 Puede encontrarse una primera aproximación global al tema en, Akande, D. y Williams, S.: "International Adjudication", cit., p. 381 y ss.

37 Y existen argumentos tanto a favor como en contra. Vid. en este sentido, Goodman, R.: "Norms and National Security: The WTO as a Catalyst for Inquiry", *Chicago Journal of International Law*, 2001, vol. 2, nº. 1, pp. 104–105; P Lindsay, P.: "The Ambiguity", cit., manifestando posiciones en contra -p. 1280 y ss.- y a favor -p. 1286 y ss.-; UNCTAD: *The Protection of National Security in IIAs*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, UNCTAD/DIAE/IA/2008/5, New York/Geneva, United Nations, 2009, p. 55.

38 BOE, de 13.06.1980.

con base en éste, debe ser interpretada en el "contexto" de los términos del tratado, y "teniendo en cuenta su objeto y fin"[39].

Sin embargo, y tal como han resaltado algunos grupos especiales en el marco del GATT y de la OMC, también el objeto del específico precepto debe ser valorado. En el caso concreto del artículo XXI GATT, se trata de la potencial adopción por parte del Estado "de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad"[40]. Sopesar ambas perspectivas, se dice, resulta imprescindible para articular el exacto significado y contenido del precepto[41] y, con ello, adicionalmente, de las cláusulas recogidas en los distintos TLCs y APPRIs elaboradas a su sombra.

Al amparo de este apartado b) del artículo XXI GATT, el Estado contratante contaría con plena discrecionalidad para decidir sobre la validez de cualquier acción adoptada por él con el objeto de preservar los intereses esenciales de su seguridad[42]. A él le correspondería, de forma unilateral y plena, articular su significado. Y, consecuentemente, y en consonancia con ello, decidir por sí sólo si una medida resulta esencial para proteger sus intereses esenciales de seguridad, y si aparece vinculada a una de las condiciones fijadas por el propio artículo XXI GATT en sus distintos apartados[43]. En suma, nada en el marco del GATT –y por ende, de todos aquellos textos convencionales que lo mimetizan- impediría a un miembro adoptar "todas las medidas que estime necesarias" para la protección de los intereses esenciales de su seguridad pudiendo, por lo tanto, proceder a la suspensión de sus obligaciones convencionales[44].

En el entorno específico de la OMC, la inclusión de esta regla -una cláusula de escape omnímoda[45]- en su entramado convencional supondría el reconocimiento pleno del derecho de cada Estado a proteger su soberanía frente a riesgos exteriores, articulando la base legal indispensable para la adopción de cualesquiera

39 Vid. Nolan, M.D. y Sourgens, F.G.: "The Limits of Discretion? Self-Judging Emergency Clauses in International Investment Agreements", *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 2001, vol. 1, p. 395; Browne, R.E.: "Revising "National Security"", cit., pp. 422–423. En relación con las distintas potenciales interpretaciones, vid. Moon, W.J.: "Essential Security Interests in International Investment Agreements", *Journal of International Economic Law*, 2012, vol. 15, nº. 2, pp. 492–495.

40 OMC: *Informe del Órgano de Apelación de 12.9.2005 en la Diferencia DS286, Comunidades Europeas — Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, de 30.05.2005, WT/DS269/AB/R, pp. 93-94, nn°. 238–239, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds269_s.htm.

41 OMC: *Informe del Grupo Especial de 1.12.2003 en la Diferencia DS246, Comunidades Europeas — Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, de 01.12.2003, WT/DS246/R, p. 111, nº. 7.40, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds246_s.htm.

42 Cann, W. jr.: "Creating Standards", cit., p. 415).

43 Alford, R.P.: "The Self-Judging", cit., p. 704.

44 Emmerson, A.: "Conceptualizing Security Exceptions: Legal Doctrine or Political Excuse?", *Journal of International Economic Law*, 2008, vol. 11, p. 136. Esta interpretación se vería amparada, *a contrario*, por la Sentencia de 27.06.1986 en el asunto Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. U.S.) 1986 ICJ 14.

45 Schloemann, H.L. y Ohlhoff, S.: "'Constitutionalization" and Dispute", cit., p. 426; Emmerson, A.: "Conceptualizing Security", cit., p. 145.

medidas que considere necesarias para amparar sus intereses esenciales de seguridad[46]. Lo que, de facto, se traduciría, en última instancia, en la atribución a los Estados miembros de la OMC –o parte en textos convencionales que incluyan una cláusula de similares características- de la capacidad de desvincularse unilateralmente de sus obligaciones convencionales en ciertas ocasiones[47].

B) Visiones favorables a una visión restrictiva del precepto.

No se trata, empero, de una posición unánime. De hecho, esta unanimidad dista mucho de existir. Distintos autores entienden que ninguno de los razonamientos aportados apoyaría una interpretación plenamente discrecional de la excepción recogida en el precepto[48], existiendo, por ende, una pluralidad de argumentos en contra de tal entendimiento.

Así, los propios trabajos preparatorios del artículo XXI GATT secundarían esta posición restrictiva[49], con lo que la interpretación y práctica del precepto no quedaría, por lo tanto, a la sola discrecionalidad de los Estados parte en el Acuerdo[50]. Adicionalmente, se incide en la obligación de interpretar las disposiciones de un Tratado a la luz de los principios generales del Derecho. Y se hace patente, igualmente, el apoyo a una interpretación más objetiva del artículo, que limite la capacidad de los Estados de ampararse en él[51].

Más aun, se dice, un análisis del tenor del artículo XXI GATT permitiría condicionar una eventual interpretación discrecional, al existir divergencias objetivas entre sus tres apartados, y sobre el grado de controversia que cada uno de ellos genera[52]. La cláusula de excepción no sería así general, sino que, por el contrario, aportaría un nivel limitado de excepcionalidad aplicable a ciertas especificas situaciones[53]. En este sentido, al considerar la frase "que estime necesarias" en relación con la mención a los "intereses esenciales de su seguridad" recogida en el artículo XXI.b) GATT, el ejemplo paradigmático de cláusula de interpretación discrecional para algunos[54], la mayor dificultad estribaría en el significado atribuible

46 Bhala, R.: "National Security", cit., p. 267, el precepto se valora en profundidad en pp. 268-275.

47 Peng, S.Y.: "Cybersecurity Threats", cit., pp. 458-459; Hahn, M.J.: "Vital Interests", cit., p. 559; Cottier, T. y Delimatsis, P.: "Article XIVbis", cit., p 2.

48 Vid. Alford, R.P.: "The Self-Judging", cit., pp. 706–707.

49 WTO: "Article XXI. Security Exceptions", en *Analytical Index of the GATT*, https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/gatt_ai_e.htm, pp. 608–610.

50 Rose-Ackerman, S. y Billa, B.: "Treaties and National", cit., p. 467.

51 En línea con el mandato del art. 31.3.c) de la mencionada Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados de 23.05.1969. Vid. Pérez, A.S.: "WTO and U.N. Law: Institutional Comity in National Security", *Yale Journal of International Law*, 1998, vol. 23, p. 328.

52 Bhala, R.: "National Security", cit., p. 267.

53 Schloemann, H.L. y Ohlhoff, S.: "'Constitutionalization" and Dispute", cit., p. 442.

54 Nolan, M.D. y Sourgens, F.G.: "The Limits", cit., p. 404.

al término "necesarias" un punto que, como veremos más adelante[55], sí que ha sido objeto de análisis por la práctica existente en relación con los artículos XX y XXI GATT.

C) La presencia de una novedosa práctica en torno al precepto.

Toda esta situación expuesta, empero, se ha visto sacudida con la ya avanzada publicación, en abril de 2019, del Informe del Grupo Especial en el asunto Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito. Una decisión que abre nuevas, aunque no totalmente lineales, perspectivas con relación a la concreción de la naturaleza del artículo XXI GATT y su práctica. Y a la que ha seguido, en junio de 2020, el Informe del Grupo Especial en el asunto Arabia Saudita - Medidas Relativas a la Protección de Derechos de Propiedad Intelectual, en el que, en el marco de la ruptura de relaciones diplomáticas entre Qatar y Arabia Saudita, producida en 2017, se planteaba la cuestión de la promoción por parte de este último país de una emisora deportiva –beoutQ- frente a la quatarí red beIN Sports, prohibida en Arabia Saudita desde esa fecha, titular de los derechos en Oriente Medio para transmitir eventos deportivos, y a quien se impidió defender tales derechos ante los tribunales de Arabia Saudita[56].

Focalizándonos en el primero de ellos, en el año 2016, y en el entorno de las graves tensiones existentes entre ambas naciones desde 2014, Ucrania inició acciones contra la Federación Rusa en relación con diversas medidas, adoptadas por ésta última, que restringían y prohibían el tráfico en tránsito a través de la frontera ruso-bielorusa, de mercancías procedente de Ucrania hacia los mercados de Asia Central[57]. Ucrania impugnó tales medidas ante la OMC alegando que eran contrarias al artículo V del GATT –que reconoce la libertad de tránsito- y del artículo X GATT –"Publicación y aplicación de los reglamentos comerciales"-. Así como a un conjunto de compromisos asumidos por parte de Rusia recogidos en el protocolo de acceso de este país a la OMC. Rusia, sin entrar a abordar los argumentos jurídicos o fácticos alegados por Ucrania, respondió invocando el artículo XXI.b)iii) GATT.

El 5 de abril de 2019, el Grupo Especial hizo público su Informe. La decisión adoptada aborda algunas de las cuestiones -muy relevantes- que han sido objeto de controversia desde el momento de redacción del precepto: entre ellas, su eventual naturaleza discrecional, y el concreto significado atribuible a la noción de "intereses esenciales de la seguridad". El resultado final, ya lo avanzamos, presenta importantes claroscuros.

55 Vid. II.2.B) infra.

56 El Informe del Grupo Especial refiere, en concreto, a ciertas medidas adoptadas al amparo del art. 73.b)iii) ADPIC, que reproduce el tenor de art. XXI.b)iii) GATT.

57 Vid. al respecto, OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS512,* cit., p. 32, nº. 7.28.

El Informe del Grupo Especial admite de partida que "el mero sentido de las palabras y la construcción gramatical"[58] del artículo XXI GATT puede dar cabida a una interpretación según la cual la expresión "que estime" necesarias para la protección de los intereses esenciales de seguridad del Estado que las adopta, recogida en el precepto, parecería apoyar una visión muy amplia de éste, y de la capacidad del Estado para hacerlo.

Significativamente, ésta era la posición apoyada por Rusia en sus alegaciones, al apuntar que el Grupo Especial carecía de jurisdicción para evaluar medidas[59] decididas al amparo del artículo XXI del GATT de 1994, en tanto que dicho precepto conferiría al Estado que lo invoca "discreción exclusiva para determinar la necesidad, la forma, el diseño y la estructura de las medidas adoptadas"[60]. En esta línea, Rusia consideró que las cuestiones que plantea su referencia al artículo XXI.b)iii) del GATT iban más allá del alcance de las relaciones comerciales y económicas entre Miembros de la OMC, y no están comprendidas en el ámbito de ésta. Cualquier otra interpretación, añadía, "daría lugar a una injerencia en [los] asuntos internos y externos de un Estado soberano"[61]. Por consiguiente, bastaría "con que un Miembro declare que las medidas adoptadas son medidas que estima necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional"[62], sin que dicha valoración subjetiva de un miembro de la OMC pueda ser puesta en duda o controlada de nuevo por ninguna otra parte u órgano judicial[63].

En consecuencia, Rusia se ciñó a sostener que el Grupo Especial, atendida su incompetencia, debería limitar sus constataciones en la presente diferencia a una estricta declaración del hecho de que Rusia había invocado el inciso iii) del apartado b) del artículo XXI del GATT de 1994, sin proceder seguidamente a tratar el fondo de las alegaciones de Ucrania[64].

Llamativamente, en similar sentido se manifestaron los Estados Unidos de América al negar la capacidad del Grupo Especial para examinar la invocación del artículo XXI GATT, o para formular constataciones sobre las alegaciones planteadas en la presente diferencia. En contraste con las afirmaciones realizadas

58 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS512,* cit., p. 43, nº. 7.65.

59 En relación con este debate, vid. Esplugues Mota, C.: "La creciente interacción", cit., p. 189 y ss.

60 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS512,* cit., pp. 25-31. En relación con las posiciones mantenidas por la Federación Rusa y los EE.UU., vid. Lester, S.L. y Zhu, H.: "A Proposal", cit., pp. 1462-1463.

61 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS512,* cit., p. 33, nº. 7.29.

62 Ibid.

63 Ya que las medidas en cuestión no son medidas comerciales ordinarias que los grupos especiales de la OMC evalúan regularmente, Ibid.

64 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS512,* cit., p. 25, nº. 7.4.

por el resto de Estados terceros[65], el gobierno norteamericano apoyó que cada Miembro de la OMC conserva la facultad de determinar por sí mismo los asuntos que estime necesarios para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, tal como queda "reflejado" en el texto del artículo XXI del GATT de 1994. Añadiendo que se trata de un "derecho inherente" que ha sido reconocido por las partes contratantes del GATT, y los Miembros de la OMC, en repetidas ocasiones[66].

En esta línea, el gobierno norteamericano resaltó que ésta no ha sido una posición exclusiva de los EE.UU., sino que "For decades, the United States, as well as other WTO Members, has consistently held the position that actions taken pursuant to Article XXI are not subject to review in GATT or WTO dispute settlement. Each sovereign has the power to decide, for itself, what actions are essential to its security, as is reflected in the text of GATT 1994 Article XXI". Y que ésta ha sido la misma posición mantenida por los Estados Unidos "in 2018 as it was in 1982, 1949, and indeed during the negotiation of the GATT itself"[67]. Agregando por último, que "The United States wishes to be clear: if the WTO were to undertake to review an invocation of Article XXI, this would undermine the legitimacy of the WTO's dispute settlement system and even the viability of the WTO as a whole"[68].

Sin embargo, y a pesar de todas estas afirmaciones, el Grupo Especial en su Informe en el asunto Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito entiende que las distintas circunstancias previstas en los subapartados i) a iii) del apartado b) del artículo XXI GATT "actúan como cláusulas calificativas limitativas; en otras palabras, califican y limitan el ejercicio de la discreción otorgada a los Miembros en la parte introductoria a estas circunstancias." Y, a partir de ello, el Grupo Especial procede a preguntarse si resulta lógico, habida cuenta de esta función limitativa, "dejar su determinación exclusivamente a la discreción del Miembro invocante"[69].

De acuerdo con el Informe, la respuesta a esta cuestión se vería apoyada por el análisis del proceso de elaboración del precepto, del que se deriva con claridad que los redactores consideraron que las cuestiones reflejadas en los actuales artículos XX y XXI del GATT de 1947 son de índole diferente, como lo evidencia

65 La UE, por ejemplo, considera que el art. XXI GATT constituye una "affirmative defence" y que "Accordingly, it is for the respondent to invoke this provision and the respondent will bear the burden of proving that the applicable conditions are met", European Union: *Third Party Written Submission, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit*, de 08.11.2017, WT/DS512, p. 6, nº. 24, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156602.pdf. Ello implica la obligación de demostrar que se cumplen las diversas exigencias recogidas en el art. XXI GATT (Ibid., p. 9, nº. 38).

66 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS512*, cit., p. 40, nº. 7.51.

67 Ibid., p. 41.

68 Ibid., p. 39.

69 Ibid., p. 43, nº. 7.65.

su separación en dos artículos[70]. En tal sentido, el "equilibrio" que se estableció con las excepciones relativas a la seguridad consistía en que los Miembros gozarían de "cierta libertad" para determinar cuáles eran los intereses esenciales de su seguridad y la necesidad de adoptar medidas para proteger esos intereses, a la vez que se reduciría el posible abuso de las excepciones, limitando las circunstancias en las que estas podrían invocarse a las especificadas en los incisos del apartado b) del artículo XXI del GATT: "a la luz de este equilibrio, las excepciones relativas a la seguridad quedarían sujetas a las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias establecidas en otra parte de la Carta"[71].

Por lo tanto, concluye el Grupo Especial que la referencia a "que estime", presente en la parte introductoria del apartado b) del artículo XXI, no se extiende a la determinación de las circunstancias descritas en cada inciso. Sino que "para que una medida esté comprendida en el alcance del apartado b) del artículo XXI, debe constatarse objetivamente que cumple los requisitos enunciados en uno de los incisos enumerados de dicha disposición"[72].

Esta referencia a la objetividad de la valoración de la medida adoptada implica, en última instancia, limitar la naturaleza estrictamente discrecional –"self-judging"- del artículo. Lo que supone que su interpretación ya no va a ser meramente subjetiva y no va a depender exclusivamente de la voluntad del Estado que adopta la decisión, obligando a éste a responder a los términos exactos del precepto. Y, en tal sentido, como señala el Informe del Grupo Especial en el asunto Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito, y reitera el Informe del Grupo Especial en el asunto Arabia Saudita — Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual, "se requiere evaluar si el Miembro invocante ha articulado los 'intereses esenciales de ... seguridad' para cuya protección, a su juicio, son necesarias las medidas en litigio y evaluar asimismo si las medidas están tan alejadas, o desligadas" de la situación en disputa[73].

Ello exige, adicionalmente, que el Estado que se ampara en dicha cláusula lo haga de buena fe –esto es, que "no utilice(n) las excepciones previstas en el artículo XXI como un medio para eludir las obligaciones que les corresponden en virtud del GATT de 1994"[74]. Quedando obligado, además, a "formular los intereses esenciales de seguridad que se afirma surgen de la grave tensión internacional en grado suficiente para demostrar su veracidad"[75].

70 En relación con este punto, vid. Esplugues Mota, C.: *El control de las inversiones,* cit., pp. 75-76.

71 Ibid., p. 54, nº. 7.98.

72 Ibid., p. 54, nº. 7.101.

73 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS567,* cit., p. 121, nº. 7.230.

74 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS512,* cit., p. 62, nº. 7.134.

75 Ibid., cit., p. 61, nº. 7.133.

Todo lo anterior se plasma, en suma, en el requerimiento de "que las medidas en litigio cumplan un requisito mínimo de plausibilidad en relación con los intereses esenciales de seguridad presentados, es decir, que no sean implausibles como medidas de protección de dichos intereses"[76].

Los Informes de los Grupos Especiales en los asuntos Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito y Arabia Saudita — Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual entrañan una importante clarificación de la naturaleza del artículo XXI GATT, al ofrecer "un marco analítico que puede orientar la evaluación de si un demandado ha invocado adecuadamente"[77] el precepto o no. Su relevancia, empero, no queda limitada a esta cuestión, por importante que ésta es, sino que la trasciende, afectando a la concreción de su específico significado y extensión, en unos términos, como seguidamente observaremos, no siempre plenamente coherentes con la posición mantenida en relación con la naturaleza discrecional, o no, del precepto.

2. La fijación del contenido del artículo XXI GATT y de las concretas medidas susceptibles de ser adoptadas a su amparo.

En tal sentido, el debate sobre la naturaleza del artículo XXI GATT no cierra las controversias en relación con él. Resulta imprescindible precisar su exacto contenido y abordar la condición de las medidas susceptibles de ser adoptadas a su amparo. En esta tarea, una vez más, se ha echado históricamente en falta la existencia de una práctica mínima en relación con la norma que permita sustentar una interpretación del exacto significado atribuible a la expresión "intereses esenciales de su seguridad" recogida en el apartado b) del artículo XXI GATT[78]. Una situación que ahora, también, comienza a cambiar.

La doctrina apoya una interpretación amplia del concepto de "intereses esenciales" de la seguridad del Estado, sin que ello se traduzca en la correlativa atribución de un significado coherente al mismo[79]. La amplitud con que viene redactado el artículo XXI GATT -y, también, muchas de las cláusulas de excepción recogidas en los distintos textos convencionales que lo reproducen o se amparan en él- tiende, igualmente, a favorecer su entendimiento extensivo. Algunos países,

76 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS567,* cit., p. 121, nº. 7.230.

77 Ibid., cit., p. 126, nº. 7.241.

78 Se trataría de "a treaty exception rarely adjudicated". Vid. en tal sentido, Kurtz, J.: "Adjudging the Exceptional at International Investment Law, Security, Public Order and Financial Crisis", *International and Comparative Law Quarterly,* 2010, vol. 59, p. 326.

79 Vid. en relación con éste y otros conceptos similares, Esplugues Mota, C.: *El control de las inversiones,* cit., p. 101 y ss.; Esplugues, C.: *Foreign Investment*, cit., pp. 78 a 111. Igualmente, considérese, Burke-White, W. y Von Staden, A.: "Investment Protection", cit., p. 351 y ss.

de hecho, han manifestado de forma explícita el apoyo a esta posición: la práctica de los EE.UU.[80] o de la India[81], ha aportado cierta guía al respecto.

Significativamente, esta posición encuentra eco en la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, al aceptar que el precepto no sólo cubre riesgos militares, sino que incluye otros riesgos de naturaleza diversa, por ejemplo, económicos y vinculados con la seguridad. En este sentido, y de acuerdo con su sentencia de 27 de junio de 1986 en el asunto Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. U.S.): "the concept of essential security interests certainly extends beyond the concept of an armed attack, and has been subject to very broad interpretations in the past"[82]. Sin embargo, una vez más, no estamos ante una posición unánime, y esta idea no encuentra un apoyo nítido del propio Tribunal en su Sentencia de 12 de diciembre de 1996 en el asunto Oil Platforms (Iran v. U.S.) 1996[83].

La seguridad nacional, los intereses esenciales de la seguridad nacional, y otros conceptos relacionados recogidos en el artículo XXI GATT y en las distintas cláusulas de excepción presentes en el amplio entramado convencional en materia de libre comercio e inversiones, refieren ampliamente a ideas vinculadas a la integridad y poder del Estado como un aparato institucional[84]. Aun no resultando idénticos, y pudiendo su interpretación diferir en ocasiones, siendo factible, incluso, que sean entendidos e interpretados de forma distinta en supuestos internos e internacionales[85], todas ellas constituyen nociones que evocan consideraciones generales de protección de la seguridad del Estado, de la salvaguarda de sus ciudadanos y de aspectos esenciales de su forma de vida[86]. Estando destinadas a cubrir el mismo o similares objetivos: la protección de los intereses esenciales de un Estado frente a ciertos riesgos y peligros generados por el comercio internacional en un concreto momento. Sin quedar claro, en cada caso, qué específicos intereses deben ser defendidos de qué clases de concretos peligros.

80 En tal sentido, el Message from the President of the United States Transmitting the Treaty between the United States of America and Mongolia concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment of 1994 with Annex and Protocol, signed at Washington, of 06.10.1994, 104th Congress 1st Session Senate Treaty Doc. 104-10, Art. 10, http://www.state.gov/documents/organization/43579.pdf. En términos similares, Message from the President of the United States Transmitting the Treaty between the United States of America and Azerbaijan concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, of 01.08.1997, Art. XIV, https://2001-2009.state.gov/documents/organization/43478.pdf.

81 Así, por ejemplo, en India el concepto de "essential security" ha sido considerado como equivalente al de "security of the State". Considérense las Sentencias del Tribunal Supremo Indio de 7.9.1965 en el asunto Dr. Ram Manohar Lohia v. State of Bihar and Others, Supreme Court of India ([1966] AIR 740, [1966] SCR (1) 709) y de 11.7.1985 en el asunto Union of India v. Tulsiram Patel ([1985] AIR 1416, [1985] SCR Supl. (2) 131). Vid. Burke-White, W. y Von Staden, A.: "Investment Protection", cit., pp. 353–354.

82 Cit., p. 107, nº. 224.

83 1996 ICJ 803.

84 Waldron, J.: "Safety and Security", en AA.VV.: *Civil Liberties, National Security and Prospects for Consensus. Legal, Philosophical and Religious Perspectives* (ed. por reed, e. y dumper, m.), Cambridge, CUP, 2012, p. 14.

85 Burke-White, W. y Von Staden, A.: "Investment Protection", cit., pp. 360–361.

86 OECD: *Security-Related Terms in International Investment Law and in National Security Strategies*, Paris, OECD, May 2009, p. 3.

A) La tradicional ausencia de una práctica internacional clara y unidireccional en relación con el significado de "intereses esenciales de seguridad" del Estado.

La referencia a los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la seguridad nacional, el orden público y el resto de nociones recogidas en las cláusulas de excepción presentes en los distintos textos convencionales pueden significar cosas distintas para gente diversa, en momentos diferentes, en lugares dispares[87]. Debido a esta relatividad intrínseca, cabe también que respondan a una pluralidad amplia de intereses y valores[88]. Todas las nociones mencionadas constituyen conceptos elásticos y altamente contextuales cuya interpretación va a depender de una multiplicidad de factores, incluyendo la percepción del peligro, el conjunto de valores a ser protegidos, y los medios a través de los que se va a canalizar esta protección[89].

El significado del término "intereses esenciales de la seguridad del Estado"[90] ha sido aproximado en el marco de algunos arbitrajes de inversión, aunque no se ha aportado una clara descripción de lo que actualmente significa y cubre. Sin embargo, se considera habitualmente que no sólo los riesgos militares sino también los económicos vienen cubiertos por él.

En este sentido, el laudo sobre responsabilidad dictado, en 2006, en el asunto LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic[91] abordó la interpretación del término "essential security interests" presente en el artículo XI[92] del Treaty between the United States and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment de 1991[93]. El tribunal arbitral apoyó una interpretación amplia del concepto y señaló que "Este Tribunal rechaza la interpretación según la cual el Artículo XI sólo es aplicable a circunstancias relacionadas con la acción militar o la

87 Wolfers, A.: ""National Security" as an Ambiguous Symbol", *Political Science Quarterly*, 1952, vol. 67, nº. 4, p. 481.

88 Lindsay, P.: "The Ambiguity", cit., p. 1297.

89 Nasu, H.: "The Expanded Conception of Security and International Law: Challenges to the UN Collective Security System", *Amsterdam Law Forum,* 2011, vol. 3, nº. 3, p. 15.

90 Sobre la amplia noción de "intereses esenciales", vid. Bjorklund, A.K.: "Emergency Exceptions", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of International Investment Law* (ed. por Muchlinski, P.T., Ortino, F. y Schreuer, C.), Oxford, OUP, 2008, pp. 476–485.

91 De 03-10-2006, ICSID Case No. ARB/02/1, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0461.pdf. Igualmente, laudo de 12.05.2005 en el asunto CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, ICSID Case nº. ARB/01/8, p. 104, nº. 359, http://www.italaw.com/cases/288. En relación con la interpretación, vid. Burke-White, W. y Von Staden, A.: "Investment Protection", cit., p. 394 y Kurtz, J.: "Adjudging", cit., pp. 362–365.

92 Art. XI: "*This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests*."

93 http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/ar-us/trt_ar_us.pdf.

guerra. … Cuando las bases económicas de un Estado se encuentran sitiadas, la severidad del problema puede compararse con la de una invasión militar''[94].

Esta posición se desarrolló con posterioridad, en 2007, en el laudo dictado en el asunto Sempra Energy International v. Argentine Republic[95] y, en 2008, por el dictado en relación con el asunto Continental Casualty Company v. Argentine Republic[96]. En este último caso, se hizo una referencia a la Carta de Naciones Unidas: ''As to 'essential security interests,' it is necessary to recall that international law is not blind to the requirement that States should be able to exercise their sovereignty in the interest of their population free from internal as well as external threats to their security and the maintenance of a peaceful domestic order. It is well known that the concept of international security of States in the Post World War II international order was intended to cover not only political and military security but also the economic security of States and of their population. The Preamble to the Charter of the United Nations and, even more relevant for the present case, that of the International Monetary Fund support this approach. As noted by the International Law Commission, States have invoked necessity 'to protect a wide variety of interests, including safeguarding the environment, preserving the very existence of the State and its people in time of public emergency, or ensuring the safety of a civilian population''[97].

Sin embargo, como decimos, no ha existido tradicionalmente una interpretación clara y global del término, y la forma en que éste sea finalmente interpretado dependerá, en gran medida, del momento y lugar en que se produzca, y del concreto acuerdo que se esté valorando. En este proceso, tampoco el Informe del Grupo Especial en el supuesto de Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito aborda de forma definitiva el significado de ''intereses esenciales de la seguridad'' del Estado, aunque sí aporta ciertas pautas para su aproximación. Se diseña, así, ''un marco analítico''[98] que puede orientar la evaluación de si un demandado ha invocado adecuadamente, como con posterioridad pondrá de manifiesto el Informe del Grupo Especial en el asunto Arabia Saudita — Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual.

94 Decisión sobre responsabilidad de 03.10.2006 en el asunto LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, cit., p. 76, nº. 238.

95 Laudo de 28.09.2007 en el asunto Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case nº. ARB/02/16, p. 110, nº. 374, http://www.italaw.com/cases/1002.

96 Laudo de 05.09.2008 en el asunto Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case nº. ARB/03/9, pp. 76-77, nº. 175, www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0228.pdf.

97 Pp. 79-80, nº. 180. El laudo añade en este mismo *nº. 180,* que, ''the invocation of the clause does not require that the situation has already degenerated into one that calls for the suspension of constitutional guarantees and fundamental liberties. There is no point in having such protection if there is nothing left to protect''.

98 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS567,* cit., p. 126, nº. 7.241.

El Informe del Grupo Especial en el supuesto de Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito comienza señalando que es la propia salvaguarda de dichos "intereses esenciales de la seguridad" del Estado en supuestos de grave tensión internacional lo que justifica su adopción. Añadiendo que se trata de un concepto más restringido que el de "intereses de … seguridad", y que vendría referido "a los intereses relacionados con las funciones más fundamentales del Estado, a saber, la protección de su territorio y su población frente a amenazas externas y el mantenimiento de la ley y el orden público a nivel interno"[99].

A partir de ello, sin embargo, de forma significativa y en contraste con la clara posición mantenida por el propio Grupo Especial en relación con la naturaleza discrecional del artículo XXI GATT, el Informe precisa que los intereses específicos que se consideran directamente pertinentes para la protección de un Estado frente a las amenazas externas o internas dependerán de la situación particular, y de las percepciones del Estado en cuestión. Y que cabe esperar, por lo tanto, que varíen en función de las circunstancias. Añadiendo que "Por estos motivos, en general se deja en manos de cada Miembro definir lo que considera que son los intereses esenciales de su seguridad"[100].

Esta interpretación supone, en última instancia, atribuir un carácter muy amplio a la determinación del significado de la noción y, con ello, insistimos, modular grandemente el impacto real de la negación de la naturaleza discrecional –"self-judging"- del artículo XXI GATT apoyada por el propio Grupo Especial, en la medida en que los Estados podrán considerar prácticamente todo como contrario a los intereses esenciales de su seguridad.

En todo caso, añade el Informe del Grupo Especial, esto último no implica otorgar una capacidad omnímoda al Estado para elevar cualquier preocupación al grado de "interés esencial de… seguridad". Como ya hemos señalado se entiende que la discreción del Estado "está limitada por su obligación de interpretar y aplicar el inciso iii) del apartado b) del artículo XXI del GATT de 1994 de buena fe… un principio general del derecho internacional que subyace a todos los tratados, codificado en el párrafo 1 del artículo 31… y el artículo 26… de la Convención de Viena"[101]. Lo que, en concreto, supone que no se puedan utilizar las excepciones previstas en el artículo XXI GATT como un medio para eludir las obligaciones que les corresponden en virtud del GATT de 1994[102]. Exigiéndose, consecuentemente, que las medidas en litigio cumplan con el mencionado "requisito mínimo de plausibilidad en relación con los intereses esenciales de seguridad presentados,

99 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS512*, cit., p. 61, nº. 7.130.

100 Ibid., p. 61, nº. 7.131.

101 Ibid., p. 61, nº. 7.132.

102 Ibid., p. 61, nº. 7.133.

es decir, que no sean implausibles como medidas de protección de dichos intereses"[103]. En el caso presente, y tras analizar todos los extremos apuntados, el Grupo Especial acabó considerando que las medidas adoptadas por Rusia eran acordes con el artículo XXI.b) GATT[104].

En esta línea, el Informe del Grupo Especial en el asunto Arabia Saudita — Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual, de abril de 2020, va un paso más allá en el proceso de depuración del significado de los términos recogidos en el artículo XXI GATT. El Grupo Especial procede a aplicar en esta ocasión el "marco analítico" articulado en el Informe del Grupo Especial en el asunto Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito, señalando que la Arabia Saudita había articulado expresamente los "intereses esenciales de su seguridad", refiriéndose a su protección "frente a los peligros del terrorismo y el extremismo"[105]. Se trataría, en suma, de "proteger a los ciudadanos sauditas y la población sauditas, las instituciones gubernamentales sauditas y el territorio de la Arabia Saudita frente a las amenazas del terrorismo y el extremismo"[106]. Y uno de los medios para ello es, precisamente, "poniendo fin a toda interacción directa o indirecta entre la Arabia Saudita y Qatar… finaliza(ndo) o prev(iniendo) todo contacto o interacción, directo o indirecto, entre los nacionales de la Arabia Saudita y Qatar"[107].

Estaríamos, por lo tanto, ante unos intereses "claramente 'relacionados con las funciones más fundamentales del Estado, a saber, la protección de su territorio y su población frente a amenazas externas y el mantenimiento de la ley y el orden público a nivel interno"[108].

Al abordarlas la situación en concreto, el Grupo Especial en el asunto Arabia Saudita — Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual señala que el "requisito de que un Miembro invocante articule los 'intereses esenciales de su seguridad' en grado suficiente para posibilitar una evaluación de si las medidas impugnadas están relacionadas con dichos intereses no es especialmente oneroso y está debidamente sujeto a un examen limitado por parte de un grupo especial"[109]. Se trata, en suma, de verificar si se ha realizado una articulación "mínimamente satisfactoria"[110] del precepto, asumiendo que "esta etapa analítica sirve principalmente para proporcionar un punto de referencia a fin

103 Ibid., p. 62, nº. 7.138.

104 Ibid., p. 64, nº. 7.148.

105 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS567,* cit., p. 135, nº. 7.280.

106 Ibid., p. 136, nº. 7.284.

107 Ibid., p. 136, nº. 7.284.

108 Ibid., p. 135, nº. 7.280.

109 Ibid., p. 136, nº. 7.281.

110 Ibid., p. 135, nº. 7.281.

de examinar las 'medidas' previstas … Es decir, esta etapa analítica posibilita que el Grupo Especial evalúe si alguna de las medidas declaradas incompatibles con el Acuerdo sobre los ADPIC está plausiblemente relacionada con la protección de esos intereses esenciales de seguridad"[111].

En este supuesto específico, las medidas habían tenido como resultado impedir que la sociedad quatarí beIN, titular de los derechos de retrasmisión deportivas en la región, consiguiera "un abogado saudita para hacer respetar sus derechos de propiedad intelectual por medio de procedimientos civiles de observancia ante las cortes y los tribunales de la Arabia Saudita (las medidas contra las muestras de solidaridad)[112]", atendida la instrucción dada a los abogados de la Arabia Saudita de abstenerse de representarle. A la vista de ello, el Grupo Especial se plantea si estas medidas "cumpl[en] un requisito mínimo de plausibilidad en relación con los intereses esenciales de seguridad presentados"[113], concluyendo que, efectivamente, así ocurre[114].

Sin embargo, correlativa y llamativamente, el Grupo Especial entiende que no puede decirse lo mismo respecto de la relación entre los antes mencionados intereses esenciales de la seguridad de la Arabia Saudita "y la no aplicación por sus autoridades de procedimientos y sanciones penales a beoutQ"[115]. Esta es la emisora deportiva promocionada por las autoridades saudíes y que "piratea emisiones a escala comercial"[116], afectando no solo a Qatar o los nacionales de Qatar, sino también a una serie de terceros titulares de derechos, sin que se apliquen procedimientos o sanciones penales por parte del gobierno saudí. Respecto de estas medidas el Grupo Especial considera que "la no aplicación de procedimientos y sanciones penales a beoutQ no 'cumpl[e] un requisito mínimo de plausibilidad en relación con los intereses esenciales de seguridad presentados, es decir, que no sean implausibles como medidas de protección de dichos intereses'"[117]. Y que, por lo tanto, no podrían quedar amparadas por el artículo 73.b) ADPIC, que reproduce el mandato del artículo XXI.b) GATT.

B) El significado de medidas "necesarias" para la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

En contraste con la noción de "intereses esenciales de su seguridad" que, a pesar de estos recientes avances, está todavía en proceso de construcción, el

111 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS567,* cit., p. 136, nº. 7.281.

112 Ibid., p. 136, nº. 7.285.

113 Ibid.

114 Ibid., p. 137, nº. 7.288.

115 Ibid., p. 137, nº. 7.289.

116 Ibid., p. 138, nº. 7.291.

117 Ibid., p. 139, nº. 7.293.

término "necesidad" recogido en el propio artículo XXI.b) GATT –"…adopción de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad"-, sí que ha sido interpretada por varios grupos especiales, tanto, primero, en el marco del GATT como, con posterioridad, de la OMC[118], principalmente, eso sí, en relación con el artículo XX GATT[119].

De este análisis se han derivado tres ideas esenciales:

1) En primer lugar, y en relación con la naturaleza de la específica medida a adoptar por parte del Estado que se ampara en el precepto, la decisión del Órgano de Apelación en el asunto Corea — Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada, en 2000[120], articuló ciertos parámetros en torno a la determinación de cuando una medida era necesaria de acuerdo con el artículo XX.d) GATT, incidiendo en la equivalencia entre "necesaria" e "indispensable" a efectos de valorarla.

En tal sentido, señala la decisión del Órgano de Apelación que "el alcance de la palabra 'necesarias', según se emplea en el contexto del apartado d) del artículo XX, no se limita a lo que es 'indispensable' o 'de absoluta necesidad' o 'inevitable'. Las medidas que son indispensables o de absoluta necesidad o inevitables para lograr la observancia cumplen sin duda las prescripciones del apartado d) del artículo XX. Pero otras medidas también pueden quedar comprendidas en el ámbito de esta excepción. La palabra 'necesarias', tal como se utiliza en el apartado d) del artículo XX, se refiere, a nuestro juicio, a una variedad de grados de necesidad. En un extremo de este continuo, 'necesarias' se entiende como 'indispensables'; en el otro extremo, en el sentido de 'que contribuyen a'. Consideramos que una medida 'necesaria' está, en este continuo, situada significativamente más cerca del polo de lo 'indispensable' que del polo opuesto, de lo que simplemente 'contribuye a'"[121].

2) En segundo lugar, y en línea directa con lo anterior, se procede a diseñar un test para "sopesar y confrontar" la específica medida planteada por el Estado,

118 Vid. Kurtz, J.: *The WTO and International Investment Law Converging Systems*, Cambridge, CUP, 2016, pp. 200–202.

119 En relación con su significado tómese en consideración Burke-White, W. y Von Staden, A.: "Investment Protection", cit., p. 343 y ss.; Yannaca-Small, K.: "Essential Security Interests under International Investment Law", en AA.VV.: *International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World*, Paris, OECD, 2007, pp. 99–101 u Orakhelashvili, A.: "Threat, Emergency and Survival: The Legality of Emergency Action in International Law", *Chinese Journal of International Law,* 2010, pp. 353–355.

120 OMC: *Informe del Órgano de Apelación en la Disputa DS161, Corea — Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada,* de 11.12.2000, WT/DS169/ WT/DS161/AB/R, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds161_s.htm.

121 Ibid., pp. 55-56, nº. 161. Igualmente, considérese, OMC: *Informe del Órgano de Apelación en la Disputa DS135, Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto,* de 12.03.2001 WT/DS135/AB/R, pp. 62-63, nº. 172, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds135_s.htm y OMC: *Informe del Grupo Especial en la Disputa DS285, Estados Unidos — Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas,* de 10.11.2004, WT/DS285/RW p. 240, nº. 6.475, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds285_s.htm.

con vistas a establecer si una decisión que no contaba con la condición de "indispensable", sin embargo, sí que resultaba "necesaria" en el marco del artículo XX.d) GATT.

En concreto, esta determinación conlleva, tal como precisa el Órgano de Apelación en el asunto Corea — Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada la exigencia de sopesar, principalmente, tres factores:

a) En primer lugar, "la contribución de la medida para lograr la observancia a hacer cumplir la ley o reglamento en cuestión", sin establecer nivel alguno para tal contribución[122].

b) En segundo "la importancia de los intereses o valores comunes protegidos por esa ley o reglamento" y,

c) En tercer lugar, "la repercusión concomitante de la ley o reglamento en las importaciones o exportaciones"[123].

3) En todo caso, se añade que, evaluada la necesidad de la medida, es indispensable considerar si existe alguna otra alternativa que resulte más acorde con la filosofía del GATT que la efectivamente propuesta por el Estado. En este sentido, el Informe del Grupo Especial en la Diferencia de los Estados Unidos contra Tailandia: cigarrillos[124] de octubre de 2007 interpretó el término "necesario" como significando la ausencia de cualquier, "alternative measure which (the state) could reasonably be expected to employ and which is not inconsistent with other GATT provisions is available to it. By the same token, in cases where a measure

122 Vid. OMC: *Informes del Órgano de apelación AB-2014-1 y AB-2014-2 en las Disputas DS400 y DS401, Comunidades Europeas – Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas*, de 22.05.2014, WT/DS400/AB/R y WT/DS401/AB/R, p. 175, nº. 5.213, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/DS/400ABR.pdf.

123 OMC: *Informe del Órgano de Apelación en la Disputa DS161,* cit., p. 58, nº. 164. También, OMC: *Informe del Órgano de Apelación en la Disputa DS135,* cit., pp. 62-63, nº. 172 y OMC: *Informe del Grupo Especial en la Disputa DS285,* cit., p. 240, nº. 6.476. En relación con la aplicación del criterio, vid. OMC: *Informe del Órgano de Apelación en la Disputa DS302, República Dominicana — Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, de 25.04.2005, WT/DS302/AB/R pp. 27-28, nº. 71, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds302_s.htm; OMC: *Informe del Grupo Especial en la Disputa DS366, Colombia — Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada,*
de 27.04.2009, WT/DS366/R, p. 193-233, nn°. 7.482-7.620, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds366_s.htm; OMC: *Informe del Órgano de Apelación en la Disputa DS, Brasil – Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, de 03.10.2007, WT/DS332/AB/R, pp. 71-75, nn°. 151-156, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/332ABR.pdf u OMC: *Informes del Grupo Especial en la Disputa DS398, China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*, de 5.7.2011, WT/DS394/R, WT/DS395/R y WT/DS398/R, pp. 166-170, nn°. 7.478-7.493, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/398R.pdf.

124 GATT: *Informe del Grupo Especial en la Disputa Tailandia — Restricciones a la importación de cigarrillos* e *impuestos internos sobre los cigarrillos*, de 7.11.1990, DS10/R-37S/2009, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/edis03_s.htm, reproduciendo el GATT: *Informe del Grupo Especial en la Disputa Estados Unidos — Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930,* de 07.11.1989, L/6439-36S/345, p. 45, nº. 5.26, https://www.wto.int/spanish/tratop_s/dispu_s/87tar337.pdf.

consistent with other GATT provisions is not reasonably available, a contracting party is bound to use, among the measures reasonably available to it, that which entails the least degree of inconsistency with other GATT provisions"[125].

En línea con ello, el informe del Grupo Especial en el asunto Estados Unidos — Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930, de enero de 1989, ya había precisado que la calificación como "necesaria" de una medida adoptada por un Estado no puede ser considerada cuando existe otra alternativa que no resulta inconsistente con otros preceptos del GATT, y está, además, "razonablemente a su alcance": "es indudable que una parte contratante no puede justificar en tanto que 'necesaria' en el sentido del apartado d) del artículo XX una medida incompatible con otra disposición del Acuerdo General si tiene razonablemente a su alcance otra medida que no sea incompatible. Análogamente, en los casos en que una parte contratante no tiene razonablemente a su alcance una medida compatible con otras disposiciones del Acuerdo General, esa parte contratante debe utilizar, de las medidas que tenga razonablemente a su alcance, aquella que suponga el menor grado de incompatibilidad con las otras disposiciones del Acuerdo General"[126].

El significado atribuible a "razonablemente a su alcance" fue explicado por el informe del Grupo Especial en el asunto Canadá — Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato aplicado al grano importado, de abril de 2004[127], apuntando que: "los criterios pertinentes para determinar si existe una medida alternativa que esté 'razonablemente al alcance' son: i) el grado en que la medida alternativa 'contribuye a la realización del fin perseguido'; ii) la dificultad de aplicación; y iii) el efecto en el comercio de la medida alternativa en comparación con el de la medida cuya justificación se alega con arreglo al artículo XX. El Órgano de Apelación ha declarado también que, además de estar 'razonablemente al alcance', la medida alternativa debe lograr el nivel de observancia buscado. A este respecto, el Órgano de Apelación ha reconocido que 'los Miembros de la OMC tienen el derecho de determinar por sí mismos el nivel de observancia de sus leyes y reglamentos compatibles con la OMC'"[128].

A efectos de la aplicación del precepto, recordemos que hablamos del artículo XX GATT, y extrapolando las soluciones e interpretaciones formuladas al artículo XXI GATT, debería existir, por lo tanto, un peligro creíble para que el Estado

125 Cit., p. 20, nº. 74.

126 GATT: *Informe del Grupo Especial en la Disputa Estados Unidos — Artículo 337,* cit., p. 52, nº. 5.26. También, OMC: *Informe del Órgano de Apelación en la Disputa DS161,* cit., p. 50, nº. 165 y OMC: *Informe del Órgano de Apelación en la Disputa DS135,* cit., p. 62, nº. 171.

127 OMC: *Informe del Grupo Especial en la Disputa Canadá — Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato aplicado al grano importado*, de 06.04.2004, WT/DS276/R, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds276_s.htm.

128 Ibid. p. 217, nº. 6.226.

pudiera ampararse en él. Y la respuesta otorgada por el Estado, además, debería ser necesariamente razonable[129].

Se requeriría, en suma, un estándar de exigencia más elevado que la mera voluntad del Estado, que no podría obviar unilateralmente sus obligaciones derivadas del entramado convencional de la OMC con objeto de proteger todo tipo de intereses, sino únicamente aquellos intereses de seguridad calificables de "esenciales", atendida la práctica del GATT/OMC en la materia. Más aún, resulta necesario que la alusión que el Estado realiza a los intereses esenciales de su seguridad sea realizada de buena fe[130].

Esta reiteración de la referencia a la buena fe en el recurso al artículo XXI GATT constituiría un argumento adicional en favor de una interpretación limitada de la naturaleza discrecional del precepto. El principio de buena fe[131] constituye un elemento fundamental de interpretación del Acuerdo de la OMC[132], que apoya la razonable aplicación de los derechos otorgados por éste a los Estados parte[133] y, subsecuentemente, previene a cualquier miembro de abusar de los derechos convencionales que se le reconocen en el marco del Acuerdo[134].

Todo lo anterior conduce, en la práctica, a considerar, por ejemplo, que unas medidas tendentes a limitar la importación en la República Popular China de determinados productos audiovisuales exclusivamente por parte de algunas concretas empresas públicas chinas con objeto de revisar su contenido y salvaguardar, así, la moral pública en la RPC, se entendieron como no necesarias: "Al sopesar y confrontar los factores pertinentes, recordamos en primer lugar el hecho de que la protección de la moral pública es un objetivo gubernamental sumamente importante y que China ha adoptado un elevado nivel de protección de la moral

129 Bhala, R.: "National Security", cit., p. 275.

130 Schloemann, H.L. y Ohlhoff, S.: "'Constitutionalization" and Dispute", cit., p. 444; Alford, R.P.: "The Self-Judging", cit., pp. 705–706.

131 Vid. Akande, D. y Williams, S.: "International Adjudication", cit., p. 389 y ss. Con respecto al significado de este principio, Nótese Peng, S.Y.: "Cybersecurity Threats", cit., p. 467; Nolan, M.D. y Sourgens, F.G.: "The Limits", cit., p. 408 y ss.; UNCTAD: *The Protection,* cit., p. 40.

132 OMC: Informe del Grupo Especial de 10.11.2004 en la Disputa en la Disputa DS285, *Estados Unidos — Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas, cit.,* p. 148, nn°. 6.50 y 606 (con práctica).

133 OMC: Informe del Órgano de Apelación de 12.10.1988 en la Disputa DS58, *Estados Unidos — Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS58/AB/R, p. 62, n°. 158, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds58_s.htm, u OMC, Informe del Grupo Especial de 27.11.2014 en la Disputa DS457, *Perú — Derecho adicional sobre las importaciones de determinados productos agropecuarios*, WT/DS457/R, p. 41, n°. 7.94, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds457_s.htm.

134 OMC, Informe del Órgano de Apelación de 12.10.1988 en la Disputa DS58, *Estados Unidos — Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, *cit*., pp. 61-62, n°. 158. Sobre la importancia de la buena fe en este ámbito, considérese, Burke-White, W. y Von Staden, A.: "Investment Protection", cit., pp. 377–381. Llevada hasta sus últimas consecuencias, esta interpretación supondría entender que es la buena fe y no el contenido de la decisión adoptada por el Estado lo que debería ser evaluado por cualquier posible Grupo que evaluase la situación generada. Vid. al respecto Akande, D. y Williams, S.: "International Adjudication", cit., p. 390.

pública en su territorio. Además, debemos tener en cuenta el hecho de que no estamos convencidos de que estos requisitos, que excluyen a las empresas con inversión extranjera, contribuyan a la protección de la moral pública; que no está claro en qué medida limitan, en su caso, las importaciones totales de los productos pertinentes; y que excluyen completamente a determinados tipos de empresas de China del derecho a realizar actividades de importación. Teniendo en cuenta que no nos resulta evidente que los requisitos en cuestión contribuyan a proteger la moral pública y que esos requisitos niegan por completo el derecho a importar a empresas chinas pertinentes, a nuestro juicio no pueden ser considerados restricciones 'necesarias' del derecho a tener actividades comerciales, pese a que la protección de la moral pública es un interés importantísimo y su repercusión restrictiva en el comercio puede parecer limitada"[135].

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES Y CIERTAS PISTAS.

Con los Informes de los Grupos Especiales en los supuestos de Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito y Arabia Saudita — Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual parece iniciarse una nueva era en relación con la práctica e interpretación del artículo XXI GATT. Más allá de su objetiva trascendencia, ambos Informes patentizan la dificultad que supone la fijación del significado de preceptos fruto de complejas negociaciones internacionales, redactados en un período histórico y en una concreta lengua, que luego son traducidos y aplicados en otros momentos en distintos lugares y por órganos diversos, lo que les añade un elemento adicional de dificultad.

Aunque, seguro, más lejanos que los textos nacionales para algunos particulares, su trascendencia es enorme y el impacto en nuestra vida diaria resulta innegable. Atrás quedaron los tiempos en que lo "nacional" y lo "internacional" también en relación con las fuentes eran realidades paralelas que nunca se cruzaban. La revolución tecnológica ha borrado fronteras, también, en el ámbito del Derecho y puesto de manifiesto la necesidad, como bien afirmaría el Prof. Bianca, de afrontar las nuevas realidades que la práctica diaria muestra desde la solvencia intelectual y la flexibilidad.

135 OMC, Informe del Grupo Especial, de 12.8.2009 en la Disputa DS363, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, WT/DS363/R, p. 346, nº. 7.868, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/363R-00.pdf.

BIBLIOGRAFÍA

AKANDE, D. y WILLIAMS, S.: "International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO?", *Virginia Journal of International Law*, 2003-2004, vol. 43, pp. 366–367

ALFORD, R.P.: "The Self-Judging WTO Security Exception", Utah Law Review, 2011, vol. 3, p. 750

BAUMAN, Z.: *Modernidad líquida*, FCE, México, 2002

BHALA, R.: "National Security and International Trade Law: What the GATT Says, and What the United States Does", *University of Pennsylvania Journal of International Law,* 1989, vol. 19, p. 268

BIANCA, C.M.: *Realtà sociale ed effettivita della norma: scritti giuridici,* Giuffre, Milan, 2002, 2 vols

BJORKLUND, A.K.: "Emergency Exceptions", en AA.VV.: *The Oxford Handbook of International Investment Law* (ed. por MUCHLINSKI, P.T., ORTINO, F. y SCHREUER, C.), Oxford, OUP, 2008, p. 476

BROWNE, R.E.: "Revising "National Security" in an Interdependent World: The GATT Article XXI Defense after Helms–Burton", *The Georgetown Law Journal*, 1997, vol. 86, p. 411

BURKE-WHITE, W. y VON STADEN, A.: "Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, 2008, vol. 48, nº. 2, p. 320

CANN, W. JR.: "Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance between Sovereignty and Multilateralism", *Yale Journal of International Law*, 2001, vol. 26, p. 415

COTTIER, T. y DELIMATSIS, P.: "Article XIVbis GATS: Security Exceptions", en AA.VV.: *Max Planck Commentaries on World Trade Law, WTO – Trade in Services* (ed. por WOLFRUM, R., STOLL, P.T. y FEINÄUGLE, C.), Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2008, vol. 6, p. 6

DATTU, R. y BOSCARIOL, J.: "GATT Article XXI, Helms–Burton and the Continuing Abuse of the National Security Exception", *Canadian Business Law Journal*, 1997, vol. 28, p. 204

EMMERSON, A.: "Conceptualizing Security Exceptions: Legal Doctrine or Political Excuse?", *Journal of International Economic Law*, 2008, vol. 11, p. 136

ESPLUGUES, C.: *Foreign Investment, National Security and Strategic Assets*, Cambridge, intersentia, 2018

ESPLUGUES MOTA, C.: *El control de las inversiones extranjeras directas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018

ESPLUGUES MOTA, C.: "La creciente interacción entre la seguridad nacional y el comercio internacional: hacia una concreción del significado y alcance del artículo XXI GATT en tiempos de cambios tecnológicos y competencia geopolítica", *CdT*, 2020, vol. 12, nº. 1, p. 170.

FEDERER, H.: "GATT Article XXI: Trade Sanctions and the Need to Clarify the Security Exceptions", *Cambridge Law Review*, vol. 3, 2018, p. 220

GOODMAN, R.: "Norms and National Security: The WTO as a Catalyst for Inquiry", *Chicago Journal of International Law*, 2001, vol. 2, nº. 1, p. 104

HAHN, M.J.: "Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception", *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, 1990-1991, p. 583

KURTZ, J.: "Adjudging the Exceptional at International Investment Law, Security, Public Order and Financial Crisis", *International and Comparative Law Quarterly,* 2010*,* vol. 59, p. 326

KURTZ, J.: *The WTO and International Investment Law Converging Systems*, Cambridge, CUP, 2016

LEE, J.: "Commercializing National Security: National Security Exceptions' Outer Parameter under GATT Article XXI", *Asian J. WTO & Int'l Health L & Pol'y*, 2018, vol. 13, p. 289

LESTER, S.L. y ZHU, H.: "A Proposal for Rebalancing to Deal with National Security Trade Restrictions", *Fordham Int'l L.J.*, 2019, vol. 42, nº. 5, p. 1452

LINDSAY, P.: "The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure?", *Duke Law Journal*, 2002-2003, vol. 52, p. 1297

MOON, W.J.: "Essential Security Interests in International Investment Agreements", *Journal of International Economic Law*, 2012, vol. 15, nº. 2, p. 492

NAGY, C.I.: "World Trade, Imperial Fantasies and Protectionism: Can You Really Have Your Cake and Eat It Too", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2019, vol. 26, nº. 1, p. 102

NASU, H.: "The Expanded Conception of Security and International Law: Challenges to the UN Collective Security System", *Amsterdam Law Forum,* 2011, vol. 3, nº. 3, p. 15

NOLAN, M.D. y SOURGENS, F.G.: "The Limits of Discretion? Self-Judging Emergency Clauses in International Investment Agreements", *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 2001, vol. 1, p. 395

OECD: *Security-Related Terms in International Investment Law and in National Security Strategies*, Paris, OECD, May 2009

ORAKHELASHVILI, A.: "Threat, Emergency and Survival: The Legality of Emergency Action in International Law", *Chinese Journal of International Law,* 2010, p. 353

PENG, S.Y.: "Cybersecurity Threats and the WTO National Security Exceptions", *Journal of International Economic Law*, 2015, vol. 18, nº 2, p. 460

PÉREZ, A.S.: "WTO and U.N. Law: Institutional Comity in National Security", *Yale Journal of International Law*, 1998, vol. 23, p. 328

ROSE-ACKERMAN, S. y BILLA, B.: "Treaties and National Security", *International Law and Politics*, 2008, vol. 40, p. 443

SCHILL, S.W. y BRIESE, R., "'If the State Considers': Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement", *Max Planck Yearbook of United Nations Law,* 2009, vol. 13, p. 67

SCHLOEMANN, H.L. y OHLHOFF, S.: "'Constitutionalization" and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence", *American Journal of International Law*, 1993, vol. 93, p. 100

SHAPIRO, D.T.: "Be Careful What You Wish for: U.S. Politics and the Future of the National Security Exception to the GATT", *George Washington Journal of International Law & Economy*, 1997, vol. 31, p. 111

SORNARAJAH, M.: *Resistance and Change in the International Law of Foreign Investment*, CUP, Cambridge, 2015

UNCTAD: *The Protection of National Security in IIAs,* UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, UNCTAD/DIAE/IA/2008/5, New York/Geneva, United Nations, 2009

Voon, T.: "The Security Exception in WTO Law: Entering a New Era", *AJIL Unbound*, 2019, vol. 113, p. 46

Waldron, J.: "Safety and Security", en AA.VV.: *Civil Liberties, National Security and Prospects for Consensus. Legal, Philosophical and Religious Perspectives* (ed. por reed, e. y dumper, m.), Cambridge, CUP, 2012, p. 14

Weber, R.H. y Baisch, R.: "Revisiting the Public Moral/Order and the Security Exception under the GATS", *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, 2018, vol. 13, nº. 2, p. 376

Wolfers, A.: ""National Security" as an Ambiguous Symbol", *Political Science Quarterly*, 1952, vol. 67, nº. 4, p. 481

WTO: "Article XXI. Security Exceptions", en *Analytical Index of the GATT*, https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/gatt_ai_e.htm, pp. 608

WTO: *Decision Concerning art. XXI of the General Agreement (30 November 1982)*, WTO Doc L/5426, 1982, nº. 1

Yannaca-Small, K.: "Essential Security Interests under International Investment Law", en AA.VV.: *International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World*, Paris, OECD, 2007, p. 99

CULTURA, ARTE E DIRITTO. IN RICORDO DI UN MAESTRO

CULTURE, ART AND LAW. IN MEMORY OF A TEACHER

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 216-241

Giampaolo
FREZZA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de octubre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Dopo aver affrontato i rapporti fra arte e diritto nella Costituzione repubblicana italiana del 1948, il saggio affronta il tema del c.d. diritto di autentica delle opere d'arte e dell'ammissibilità dell'accertamento giudiziale della loro autenticità, negata con fermezza dalla giurisprudenza delle Corti italiane.

PALABRAS CLAVE: Opera d'arte; autenticità; diritto.

ABSTRACT: *After dealing with the relationship between art and law in the Italian law system (particularly in the Italian Constitution of 1948), the essay deals with the theme of the so-called right to authenticate works of art and the admissibility of judicial assessment of their authenticity, firmly denied by the jurisprudence of the Italian Court.*

KEY WORDS: *Artwork; authenticity; law.*

SUMARIO.- I. UN RICORDO DEL MAESTRO.- II. CULTURA, ARTE E DIRITTO TRA VALORI, PRINCIPI E REGOLE.- III. FACOLTA' DI AUTENTICA E LIBERA MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO.- IV. ACCERTAMENTO GIUDIZIALE DELL'AUTENTICITA' DELL'OPERA D'ARTE: LE CHIUSURE DELLA GIURISPRUDENZA.- V. UNA POSSIBILE RICOSTRUZIONE TEORICA.

I. UN RICORDO DEL MAESTRO.

Nel dedicare uno scritto ad un Maestro del diritto civile vorrei partire da un ricordo, già pubblicato sulla rivista *Il diritto di famiglia* e *della persona*, dell'uomo Cesare Massimo Bianca[1].

"Ci ritroviamo, con animo accorato, a dar corso alla penna in queste pagine per ricordare il Maestro indiscusso e indimenticabile del diritto civile – prima ancora del diritto e della scienza in assoluto – che è stato il Professor Cesare Massimo Bianca.

Il compito è arduo: le ragioni dell'intelletto, di cui Egli è stato raffinatissimo cultore, si colorano, per chi scrive, di ricordi del cuore, inevitabilmente destinati a prevalere, senza mai offuscare, le prime.

Ciò mi muove, senza esitazione, a voler tratteggiare alcuni attimi di esperienza, che Egli mi ha, più o meno consapevolmente, donato, i quali, vissuti nel tempo, rimangono scolpiti nella dimensione dell'eterno.

Tre ricordi, in particolare, riaffiorano, forse non a caso.

Ci trovavamo, il Maestro ed io, a Valencia, nel 2018, proprio in occasione delle *Giornate Internazionali di Diritto di famiglia* organizzate in Suo Onore.

Quel che più mi colpì, durante una pausa-caffè, fu intravederLo mentre si aggirava tra gli astanti, con una piccola macchina fotografica, immerso a carpire – ad «eternare», direbbe qualche letterato – quei piccoli momenti di umanità che coloravano, ed in fin dei conti avrebbero reso etimologicamente memorabile, sopra ogni umana scienza, quello scorcio di vita.

Il secondo ricordo trova la sua cornice a Roma, presso la sede del CNR, nell'aprile del 2019, durante la presentazione degli *Studi in onore di Pasquale*

1 Frezza, G.: "In ricordo di Cesare Massimo Bianca", *Dir. fam. pers.*, 2020, p. 1235.

• Giampaolo Frezza
Professore ordinario in Diritto civile e Istituzioni di diritto privato, Università Lumsa. E-mail: frezza@lumsa.it

Stanzione. Il Professore, tra gli altri illustri relatori, parlò magistralmente di un "diritto all'accoglienza", suscitando in me, che sempre da Lui sono stato paternamente "accolto", oltre al consueto stupore per la semplicità con la quale Egli coniava risolutive espressioni cariche di significati tecnici, quella filiale meraviglia di fronte alla Sua dolce arte di vivere, di intercettare le umane fragilità e di saperne fare non solo scienza, ma soprattutto vita.

Il terzo, ed in questa sede ultimo, ricordo, è purtroppo successivo alla Sua scomparsa.

Essendo io chiamato a sostituire il Professore per gli esami di Diritto civile presso la sede romana della Lumsa, fui impedito, per alcuni minuti, dal potervi procedere di fronte alla ferma decisione degli esaminandi, ignari del lutto che ci aveva colpito, di «aspettarLo».

Fui costretto a portare il peso atavico dell'uomo maturo, che si piega al dovere di mettere dei giovanissimi di fronte all'inevitabile dolore della vita. Scoppiarono a piangere. Ed io, ovviamente, fui umanamente incapace di esaminare con accademico distacco: chi legge capirà, ma soprattutto, sono certo che comprenderà.

Forse questi tre ricordi, così diversi tra loro, sono istintivamente divenuti tra moltissimi altri, in questa sede, pagine scritte, per quel tesoro che portano con loro: l'anima del Maestro, il quale mi ha sempre insegnato, con la testimonianza di vita, insieme al Diritto civile e ai suoi valori, altrettante verità: che le cose che contano sono alla fine le più semplici; che viviamo per accogliere e per essere accolti; che la vera missione del Professore è amare gli studenti, certo, sempre, di averne amore in cambio anche oltre la morte.

Nulla di ciò, credo, può darsi per scontato. Là dove, talvolta, ci si accontenta di celebrare una grande personalità, lascia in me profondi sensi di gratitudine poter ricordare al contempo – dono raro – soprattutto una Grande Persona".

A questa "Grande Persona" intendo dedicare alcune riflessioni sul tema della bellezza, della cultura, dell'arte e del diritto: sostantivi, quelli oggetto di indagine, che hanno caratterizzato la Sua personalità[2].

2 Approfondimenti in Frezza, G.: *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, Esi, Napoli, 2019, p. 11 ss., anche per quanto riguarda la bibliografia di riferimento, monografia che ha ispirato le pagine di cui qui al testo. Sui rapporti fra arte e diritto, v. Frezza, G.: "Opere d'arte e diritto all'autenticazione", *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 1734 ss.; Donati, A.: "Autenticità Authenticité, Authenticity dell'opera d'arte. Diritto, mercato, prassi virtuose", *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 987 ss.; Cherti, S.: "L'acquisto di arte moderna e contemporanea", *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 50 ss.; Mastropietro, B.: "Mercato dell'arte e autenticità dell'opera: un "quadro" a tinte fosche?", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 556 ss.; Virgadamo, P.: "La protezione giuridica dell'opera d'arte ai confini del diritto d'autore (e oltre): dalla logica mercantile all'assiologia ordinamentale", *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 1478 ss.; Guardamagna, M.F.: "L'azione di accertamento giudiziale dell'autenticità di un'opera. I recenti sviluppi giurisprudenziali", *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 1588 ss. A livello monografico, per un'analisi comparativa, v. Donati, A.: *Law and Art: diritto civile e arte contemporanea*, Giuffrè, Milano, 2012.

II. CULTURA, ARTE E DIRITTO TRA VALORI , PRINCIPI E REGOLE.

Il fenomeno culturale, di cui l'arte e la bellezza sono le espressioni più tangibili, occupa nella Costituzione repubblicana del 1948 un ruolo molto significativo[3]: si tratta degli artt. 9 e 33 cost.[4] e, per quanto riguarda il riparto delle competenze, dell'art. 117, commi 2 e 3, cost. Il coordinamento, sul piano interpretativo e applicativo, delle predette disposizioni normative delinea un'idea di espressione artistica che opera tra la funzione sociale del sistema ordinamentale e le libertà individuali. Con riguardo al primo aspetto, la promozione dell'arte esige la predisposizione delle condizioni necessarie, poste in essere dallo Stato, all'esercizio in concreto delle libertà artistiche (secondo la Corte costituzionale, il valore estetico-culturale è primario nell'ordinamento italiano e lo Stato e gli enti locali devono concorrere alla sua promozione)[5]. Con riferimento al secondo, invece, l'arte si inserisce a pieno titolo nella trama dei diritti fondamentali della persona umana, primi fra tutti, quelli garantiti negli artt. 1, 2, 3, comma 2 e 4, comma 2, cost.[6].

Dall'interpretazione di questo complesso di norme, sembra potersi affermare che l'arte è diretta a informare il sistema ordinamentale nella sua globalità e si lega al valore primario della persona e al suo pieno e integrale sviluppo (art. 2 cost.)[7].

La consacrazione di tali libertà, fra l'altro, serve a garantire, riguardo ai diritti ad essi collegati, l'effettività della tutela giurisdizionale, nel caso in cui tali interessi siano lesi dalla condotta illecita di soggetti pubblici e privati[8]. Ci riferiamo, in particolare,

3 Insuperata, a tal proposito, è l'analisi di Santoro Passarelli, F.: "I beni della cultura secondo la Costituzione", *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Cedam, Padova, 1973, p. 1421 ss. Sul piano storico, deve osservarsi che lo Statuto albertino non contemplava, a tal proposito, alcuna disposizione normativa: l'art. 28 si occupava della sola libertà di stampa, demandando alla legge ordinaria il compito di reprimerne gli abusi (Polacchini, F: "La libertà di espressione artistica in una prospettiva multilivello", in F. Polacchini (a cura di), *La libertà di espressione artistica. Limiti giuridici e politically correct*, Persiani, Bologna, 2018, p. 11 ss.). Questo atteggiamento era conseguente ai valori su cui si fondava quel sistema ordinamentale: l'affermazione della libertà, compresa quella artistica, si traduceva nell'imposizione di un dovere di astensione in capo ai pubblici poteri (Giannini, M.S.: "L'organizzazione della ricerca scientifica", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 4; Bonifacio, F.: "La ricerca scientifica", in C.M. Iaccarino (a cura di), *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. L'istruzione*, Neri Pozza editore, Vicenza, 1967, p. 277). Lo Stato doveva astenersi dall'interferire nell'ambito delle "libertà" culturali, e, di conseguenza, la tutela dell'arte (nonché quelle della ricerca scientifica e della libertà di insegnamento) non assumeva, in positivo, rilievo costituzionale (Crisafulli, V.: "La scuola nella Costituzione", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 55). In risposta allo Stato totalitario fascista e all'idea di subordinare la cultura e l'arte alle direttive di tale regime (Merusi, F.: "Art. 9", in *Commentario della Costituzione*, *Princípi fondamentali*, (a cura di G.Branca), Zanichelli, Bologna, 1975, p. 436), la Costituzione oggi in vigore si è ispirata ai valori di cui qui al testo.

4 Baratta A.: *Stato sociale* e *libertà d'arte. Profili filosofici, costituzionali* e *penali del concetto dell'arte in relazione all'osceno*, Cedam, Padova, 1966, p. 7.

5 Corte cost., 9 marzo 1990, n. 118; Corte cost., 18 dicembre1985, n. 359; Corte cost., 24 giugno 1986, n. 151; Corte cost., 29 marzo 1985, n. 94.

6 Perlingieri, P.,Messinetti, R.: "Art. 9", in *Commentario alla Costituzione italiana*, (a cura di P.Perlingieri), Esi, Napoli, 2001, p. 44; Bianco G.: "Ricerca scientifica (teoria generale e diritto pubblico)", *Digesto*, *Disc. pubbl.*, XIII, Utet, Torino, 1997, p. 360, con particolare riguardo al coordinamento con l'art. 3 cost.

7 Ancora Perlingieri, P. e Messinetti, R.: "Art. 9", cit., p. 44.

8 Polacchini F.: "La libertà", cit., p. 18. L'effettività della tutela dei diritti è un'esigenza latente nel sistema ordinamentale, che trova punti di emersione diversificati, oggetto di attenzione sempre crescente da parte della letteratura: cfr., nei diversi ambiti, tra i più recenti contributi, Alcaro, F.: "Una riflessione

alla tutela dei diritti d'autore e, soprattutto, a quella apprestata dall'ordinamento a favore del soggetto che possa vantare sulla *res* "opera d'arte" (corporale o meno) un diritto di proprietà. È proprio su quest'ultimo aspetto che si ravvisa in Italia, come in altri ordinamenti giuridici[9], un vuoto di tutela, a cui il giurista deve, attraverso i canoni dell'interpretazione, dare risposta, la stessa che cercheremo di individuare nel corso di queste brevi riflessioni.

L'opera d'arte, quale prodotto di tale attività, rientra, fra l'altro, nella più ampia nozione di "beni culturali", come definiti dagli artt. 2 e 20 del codice dei beni culturali: si tratta di un concetto che comprende oltre alla *res* corporale anche una dimensione ulteriore che trascende, in sé, la consistenza materiale della "cosa" e che investe l'attitudine a realizzare interessi eterogenei e valori costitutivi di una comunità, di un luogo, di un'epoca[10]. Può, allora, parlarsi della rilevanza del *corpus mysticum* oltre il *corpus mechanicum*[11], ove gli interessi in gioco assumono, come efficacemente sintetizzato, valore "metaindividuale"[12] e ciò ha determinato la valorizzazione del profilo dinamico di tali beni, rispetto a quello statico e strutturale, su cui, per anni, la dottrina si è adagiata[13]: dalla mera conservazione si è passati – a seguito del progresso economico e sociale e della sempre maggiore sinergia fra pubblico e privato – alla loro valorizzazione[14], come momento di completamento del disegno tracciato dalla Costituzione[15].

su "fatto" e "diritto" (ed effettività)", *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 773 ss.; Filograno, G.R.: "Regole limitative della responsabilità civile in tema di vigilanza bancaria ed esigenze di effettività nella tutela del risparmio popolare", *Foro nap.*, 2017, p. 389 ss.; De Angelis, M.: *L'effettività della tutela della salute ai tempi della crisi*, Esi, Napoli, 2016; Siclari, D.: *Effettività della tutela dei diritti e sistema integrato dei servizi sociali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; Prisco, I.: "Il rilievo d'ufficio della nullità tra certezza del diritto ed effettività della tutela", *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 1227 ss.

9 Donati, A.: "La definizione giuridica delle opere d'arte e le nuove forme di espressione artistica contemporanea", *La rivista del consiglio*, 2017-2018, p. 118 ss., ove una comparazione con gli ordinamenti francese e americano; Palandri, L.: *Giudicare l'arte, Le Corti degli Stati Uniti e la libertà di espressione artistica*, Firenze University Press, Firenze, 2016, p. 71 ss.

10 Rodotà, S.: "Lo statuto giuridico dei beni culturali", *Annali dell'associazione Ranuccio Bianchi-Bandinelli*, I, 1994, p. 15. Sull'argomento, in luogo di altri, cfr. Alibrandi, T. e Ferri, P.G.: *I beni culturali e ambientali*, Giuffré, Milano, 2001, p. 25 ss.; Chiti, M.P.: "I beni culturali", in *Tratt. dir. amm. europ.*, (diretto da M.P.Chiti, G.Greco), Parte speciale, I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 351; Cerulli Irelli, G.: "I beni cultuali nell'ordinamento italiano vigente",in M.P.Chiti(a cura di), *Beni culturali e comunità europea*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 28 ss.; Comporti, M.: "Per una diversa lettura dell'art. 1153 c.c. a tutela dei beni culturali",in *Le ragioni del diritto*, Scritti in onore di Mengoni L., I, Giuffrè, Milano, 1995, p. 420 ss.; Ainis, M., Fiorillo, M.: "I beni culturali",in *Tratt. dir. amm.*, (diretto da S. Cassese), II, Giuffrè, Milano, 2003, p. 1452 ss.

11 Fra i pubblicisti, fondamentale è il riferimento a Giannini, M.S.: "I beni culturali", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 24. Sulla circolazione dei beni d'arte, Costanza, M.: "La circolazione delle opere d'arte: regole civilistiche di scambio", in M. Costanza(a cura di), *Commercio e circolazione delle opere d'arte*, Cedam, Padova, 1990, p. 6.

12 Gambaro, A.: "Il diritto di proprietà", in *Tratt. dir. civ. comm.*, (diretto da A.Cicu, e F. Messineo), VIII, 2, Giuffrè, Milano, 1995, p. 425, il quale, fra l'altro, pone in evidenza il carattere enfaticao di ogni definizione legislativa.

13 Lo chiarisce bene Nervi, A.: "Il comodato di opera d'arte", in *Trattato dei contratti*, (diretto da P. Rescigno, E. Gabrielli), 13, *I contratti del turismo, dello sport e della cultura*, (a cura di F.Delfini, F.Morandi,), Utet, Torino, 2010, p. 539 ss., p. 543.

14 Casini, L.: "La valorizzazione dei beni culturali", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 792 ss.

15 Ci sembra molto efficace la conclusione cui addiviene Nervi, A.: "Il comodato", cit., p. 549, secondo cui "nell'attuale contesto socio-economico e normativo il mondo dei beni culturali conosce una nuova stagione, nella quale – sotto la spinta di vari fattori – assume specifico rilievo la loro valorizzazione, intesa come sviluppo ed ampliamento delle relative potenzialità di godimento e di fruizione. Queste attività non

L'arte, specie quella contemporanea, è oggi anche un bene rifugio frutto di investimenti molto significativi, onde circola come una forma di ricchezza, ma, dal punto di vista della garanzia della sua dichiarazione di "autenticità", tale circolazione non appare informata a principi che ne attestino la certezza e la sicurezza[16]. Non appaiono, peraltro, adeguate, al tal fine, le regole di cui alla l.n. 106 del 2004 sul c.d. deposito legale, applicabili, al più, alle manifestazioni dell'arte contemporanea che si esprimono per mezzo di una *performance*: tale deposito deve, invero, effettuarsi presso l'Istituto centrale per i beni sonori e audiovisivi e ha ad oggetto documenti sonori e video prodotti totalmente o parzialmente in Italia.

Guardando, invece, alle manifestazioni, come dire, tradizionali dell'arte (quelle cioè, che si sostanziano, ad esempio, in una pittura o in una scultura), con l'intento di garantirne la sicurezza nella circolazione, un'attenta dottrina – richiamando, peraltro, in tale ambito i princípi di adeguatezza e ragionevolezza[17] – ricorda la vigenza del sistema introdotto con la l.n. 1062 del 1971. Tale legge "prevede che nei procedimenti penali per i reati di contraffazione, alterazione, riproduzione illegittima a scopo di lucro, commercio, falsa dichiarazione di autenticità della copia, qualora vi sia dubbio sull'autenticità dell'opera, il giudice debba avvalersi dei periti indicati dal Ministero per i beni culturali": di conseguenza, nella prospettiva qui in analisi, "sarebbe, a tal fine, probabilmente auspicabile una maggiore organizzazione tramite appositi albi dei soggetti idonei a valutare il valore artistico delle opere creative, magari suddivisi per apposite competenze specifiche, con un coinvolgimento attivo della Pubblica Amministrazione in funzione di controllo

sono più compito esclusivo dell'apparato pubblico, ma richiedono anche il coinvolgimento ed il supporto degli operatori privati. Si aprono, quindi, nuove frontiere per l'autonomia negoziale, poiché l'intervento dei privati in questo specifico settore transita attraverso l'elaborazione e la definizione di nuovi schemi negoziali, ovvero la rivisitazione di schemi già esistenti, ma bisognosi di adattamento alle mutate esigenze. Lo studioso del diritto privato e dei fenomeni contrattuali non può, quindi, restare silente di fronte a questo nuovo scenario".

16 In termini generali, v. Vettori, G.: "Circolazione dei beni e ordinamento comunitario", in *www.personaemercato.it* (19 maggio 2008). Con specifico riguardo alla nostra indagine, v. M.Costanza, (a cura di), *Commercio e circolazione di opere d'arte*, Cedam, Padova, 1990. Sull'emergere di un principio giuridico connesso alla sua circolazione e alla sua commercializzazione, v. Frezza, G.: *Arte* e , cit.,p. 28 ss., ove abbiamo argomentato che oggi si assiste ad una crescente e significativa diffusione, ai diversi livelli delle fonti italo-europee, di regole giuridiche create allo scopo di garantire la circolazione della "ricchezza", nella sua accezione più ampia, secondo parametri di certezza e di sicurezza: si pensi – tanto per fare alcune esemplificazioni e senza la pretesa della completezza – alle norme comunitarie sull'accreditamento e la vigilanza del mercato nella commercializzazione dei prodotti; a quelle, parimenti comunitarie, sull'accreditamento nell'accesso all'attività degli enti creditizi; a quelle, di produzione interna, riguardanti il controllo sulle emissioni di monete metalliche. Si abbia riguardo, ancora, alle regole di "sicurezza" create nel quadro delle certificazioni della qualità dei prodotti, in particolare di quelli industriali, e nell'ambito dei mercati finanziari, nonché alla realizzazione di "certezze" tramite il sorgere dei c.d. organismi indipendenti (ampia trattazione e riferimenti in Benedetti, A.: *Certezza pubblica* e *"certezze" private*, Giuffrè, Giuffrè, Milano, 2010, p. 89 ss.); a quelle sulla tutela del consumo (Perlingieri, G.: *La convalida delle nullità di protezione* e *la sanatoria dei negozi giuridici*, Esi, Napoli, 2011, p. 35 ss.; Prisco, I.: *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse* e *adeguatezza del rimedio*, Esi, Napoli, 2012, p. 12 ss.; Polidori, S.: *Nullità di protezione* e *sistematica delle invalidità negoziali*, Esi, Napoli, 2016, p. 9 ss.); e, infine, alle regole sulla circolazione della ricchezza immobiliare (Frezza, G.: "Circolazione immobiliare e certezza del diritto", *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 167 ss.).

17 Su cui, per tutti e di recente, Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015.

e coordinamento. Allo stesso modo, anche il desueto registro delle opere protette potrebbe svolgere in realtà una funzione assai utile, almeno in termini di presunzione di artisticità della creazione ivi iscritta. La protezione dell'opera artistica è, infatti, notoriamente giustificata da interessi tanto privati (come il diritto morale dell'artista), quanto pubblici o collettivi (quali quelli relativi alla protezione del patrimonio artistico, dei beni culturali, del controllo del mercato), interessi, questi ultimi, che proprio la produzione artistica contemporanea ha saputo far emergere con forza, sol che si pensi alla recente proposta di considerare le opere di *street art* alla stregua di beni comuni"[18].

Il Registro pubblico generale delle opere protette, però, non è mai stato creato con riguardo alle opere d'arte, onde appare oggi molto problematico parlare di un vero e proprio obbligo di registrazione effettivamente sanzionato[19], forse complice la macchinosa procedura, comprensiva di un'onerosa autenticazione disciplinata in sede regolamentare. Ecco perché si auspica che, "a fronte delle problematiche connesse alla conservazione e documentazione delle opere d'arte contemporanea, si potrebbe ipotizzare l'adeguamento di tale registro a finalità di tutela e protezione della produzione artistica contemporanea, effimera e spesso realizzata con materiali che si degradano velocemente"[20].

Deve, inoltre, considerarsi che il 29 agosto 2017 è entrato in vigore l'art. 1, commi 175 e 176 della legge 4 agosto 2017 n. 124, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza*, che ha introdotto modifiche al codice dei beni culturali con lo scopo di semplificare le procedure relative al controllo della circolazione delle cose antiche che interessano il mercato dell'antiquariato. Al di là delle novità riguardanti le soglie temporali (da cinquanta a settanta anni) e valoriali stabilite come limite oltre il quale è previsto l'obbligo di preventiva autorizzazione all'esportazione delle opere, si introduce, ai fini di certezza e di sicurezza, il registro in formato elettronico con caratteristiche tecniche tali da consentire la consultazione in tempo reale al Soprintendente[21].

Un dato appare, allora, incontrovertibile: il principio della certezza e della sicurezza dei traffici giuridici (anche di opere d'arte) si oggettivizza oggi in una serie di regole informate alla realizzazione di un interesse collettivo e superindividuale, che, in quanto tale, travalica quello meramente privatistico.

18 Virgadamo, P.: "La protezione", cit., p. 1493.

19 Sessa, M.V.: "La tutela degli interessi pubblici e privati nella riproduzione delle opere d'arte", *Foro amm.*, 2001, p. 1019 ss., la quale, non a caso, configura quello in esame come un interesse collettivo.

20 Donati, A.: "Autenticità Authenticité ",cit., p. 987 ss.

21 Tale registro è diviso in due elenchi: il primo è relativo alle cose per le quali occorre la presentazione all'ufficio di esportazione; il secondo è afferente alle cose per le quali l'attestato è rilasciato in modalità informatica senza necessità di presentazione della cosa all'ufficio di esportazione, salva la facoltà del soprintendente di richiedere in ogni momento che taluna delle cose indicate nel secondo elenco gli sia presentata per un esame diretto.

Per tali ragioni attenta dottrina richiama, giustamente, le esigenze di tutela della "pubblica fiducia scaturente dalla relazione caratterizzata dallo *status* professionale"[22]: a queste esigenze deve, di necessità, ispirarsi chi oggi si prefigga lo scopo di far circolare documenti che certifichino l'autenticità delle opere d'arte. Non si tratta solo di manifestare, con tale attività, liberamente il proprio pensiero e di esercitare le attività connesse con il godimento del diritto d'autore, ma dello svolgimento di un'attività permeata di valori e di princípi superindividuali.

Tale aspetto non sarà affatto secondario nella risoluzione delle problematiche che, proprio in ambito circolatorio, emergono nel mondo dell'arte, come nel paragrafo che segue ci prefiggiamo di trattare.

III. FACOLTA' DI AUTENTICA E LIBERA MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO.

Nel nostro ordinamento giuridico è assente un riferimento legislativo tipico sulla c.d. facoltà di autentica e di archiviazione dell'opera d'arte[23]. La legislazione ordinaria disciplina solo taluni aspetti legati alla tutela di quest'ultima: in particolare, gli artt. 2575 c.c. e ss. si occupano di regolare l'oggetto, l'acquisto, il contenuto, i soggetti, il trasferimento del diritto di utilizzazione ed il ritiro dell'opera dal commercio, ma nulla dicono in ordine al problema delle archiviazioni.

Anche la l.n. 633 del 1941 sul diritto d'autore non contiene una disposizione normativa specifica in tal senso; essa, dopo aver definito le opere protette, i soggetti del diritto di autore, il contenuto e la durata di tale diritto, introduce norme particolari riguardanti talune categorie di opere. Gli artt. 144-155 e ss. regolano, in particolare, i diritti di autore sulle vendite, successive alla prima, di opere d'arte e manoscritti, i cui contenuti prescindono dalla questione che ci occupa in questa sede[24].

Né soccorrono, a tal proposito, la legge sulla tutela delle cose d'interesse artistico o storico (l.n. 1080 del 1939)[25] ed il d.P.R. n. 19 del 1979, di ratifica ed

22 Calvo, R.: "Expertise degli strumenti ad arco e affidamento nel prisma della responsabilità senza contratto", *Contr. impr.*, 2010, p. 8, nell'ambito dell'autenticità degli strumenti ad arco. Tale saggio tende ad applicare il regime delle obbligazioni di salvaguardia volte a proteggere i terzi, nei rapporti fra quest'ultimo e il "certificatore": si tratta della teoria del c.d. contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi.

23 Da un punto di vista del diritto comparato, si rinvia all'informazione di Donati, A.: "Autenticità Authenticité", cit., p. 1000, che riporta l'esempio della Francia, ove la l.n. 57-298 dell'11 marzo 1957, recepita nel codice della proprietà intellettuale, ha introdotto una deroga alla caratteristica dell'indisponibilità del diritto morale di autore, consentendo all'artista la facoltà di disporre di tale situazione giuridica soggettiva, potendo egli nominare, per testamento, un ente che gestisca, dopo la sua morte, le varie forme con cui tale diritto morale concretamente si estrinseca, compresa quella di rilasciare certificati di autenticità.

24 Si veda, anche, l'art. 144, comma 1, l.n. 633 del 1941, sostituito ad opera dell'art. 2, comma 2, d. lgs. 13 febbraio 2006, n. 118, che ha recepito la Direttiva 2001/84/CE, il quale prevede, a favore dell'autore, un diritto ad un compenso sul prezzo di ogni vendita successiva alla prima cessione dell'opera. Sul diritto patrimoniale di autore, di recente, Virgadamo, P.: "La protezione ", cit., p. 1500, per gli approfondimenti.

25 Approfondimenti in Sessa, V.M.: "L'opera d'arte e la sua riproduzione", *Foro amm.*, 2000, p. 2941 ss., ove l'A., dopo aver delineato il concetto tecnico e quello giuridico di opera d'arte, si occupa, fra l'altro, dell'ambito

esecuzione del Testo di Parigi della Convenzione universale di Berna del 24 luglio 1971[26].

Un primo indizio normativo si rinviene nell'art. 64 del codice dei beni culturali (d. lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*), a norma del quale "chiunque esercita l'attività di vendita al pubblico, di esposizione a fini di commercio o di intermediazione finalizzata alla vendita di opere di pittura, di scultura, di grafica ovvero di oggetti di antichità, o di interesse storico od archeologico, o comunque abitualmente vende le opere o gli oggetti medesimi, ha l'obbligo di consegnare all'acquirente la documentazione attestante la autenticità o, almeno, la probabile attribuzione e la provenienza delle opere medesime; ovvero, in mancanza, di rilasciare, con le modalità previste dalle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, una dichiarazione recante tutte le informazioni disponibili sull'autenticità o la probabile attribuzione e la provenienza. Tale dichiarazione, ove possibile in relazione alla natura dell'opera e dell'oggetto, è apposta su copia fotografica degli stessi"[27].

Quello in esame è un effetto legale tipico[28], avente ad oggetto l'obbligo, in capo a chi svolge attività di vendita al pubblico, di consegnare i certificati di autenticità delle opere che provengono dall'artista (chiamate, con linguaggio mercantile, le "autentiche su foto"), o quelli che provengono dagli enti certificatori costituiti a tale scopo, e, in mancanza, di dichiararne l'autenticità o la probabile attribuzione e provenienza.

L'art. 64 codice dei beni culturali consente, però, una prima sommaria e descrittiva classificazione del concetto di "archiviazione": da un lato, la dichiarazione di "accreditamento"[29], posta in essere da chi esercita attività di vendita al pubblico,

di applicabilità della l.n. 633 del 1941 e della l.n. 1089 del 1939, compresi i limiti temporali di tutela del diritto di autore.

26 La Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche è stata firmata il 9 settembre 1886, completata a Parigi il 4 maggio 1896, riveduta a Berlino il 13 novembre 1908, completata a Berna il 20 marzo 1914, riveduta a Roma il 2 giugno 1928, a Bruxelles il 26 giugno 1948, a Stoccolma il 14 luglio 1967 ed infine a Parigi il 24 luglio 1971.

27 Articolo così modificato dal d. lgs. 26 marzo 2008, n. 62. In base ad un condivisibile orientamento giurisprudenziale, la norma in analisi si applica al caso di cui al testo: invero, "secondo il nuovo codice dei beni culturali, le opere di autori viventi e quelle la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquanta anni sono escluse dalla disciplina generale sui beni culturali del patrimonio nazionale, ma non dalla disciplina specifica relativa all'autenticazione e alla contraffazione delle opere d'arte": Trib. Lecce, 20 aprile 2009. Per l'ampia e condivisibile motivazione di quanto appena riportato, si rinvia al testo del provvedimento. Sull'articolo citato nel testo, v. Mastropietro, B.: "Mercato dell'",cit., p. 556 ss., la quale analizza, partitamente, i problemi legati al rilascio dell'autentica direttamente dall'autore (di opere materiali e immateriali) e quelli connessi al rilascio da parte di enti certificati e degli eredi dell'artista. Sulla tutela dei beni culturali v., in termini generali, Mansi, A.: *La tutela dei beni culturali e del paesaggio*, Cedam, Padova, 2004, p. 173 ss., in ordine agli aspetti della commerciabilità di tali beni e a quelli relativi alla contraffazione delle opere d'arte.

28 Cass., 3 luglio 1993, n. 7299, *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 410; *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1925; *Dir. aut.*, 1994, p. 424, con riguardo al medesimo obbligo imposto dall'art. 2 della l.n. 1062 del 1971.

29 Secondo la terminologia di Cipolla, P.: "La prova del falso d'arte, tra il principio del libero convincimento e l'obbligo di motivazione razionale", *Giur. merito*, 2010, p. 2201, il quale distingue l'autenticazione, propria dell'autore o del perito, dall'accreditamento, che è di chiunque; Cipolla, P.: "La falsificazione di opere

recante tutte le informazioni disponibili sull'autenticità o la probabile attribuzione e la provenienza dell'opera in mancanza di altra documentazione; dall'altro, la documentazione, diversa da quella precedente, attestante la autenticità o almeno la probabile attribuzione e la provenienza delle opere medesime.

Tutto questo complesso di norme non consente, però, di rispondere all'interrogativo avente ad oggetto la configurazione, o meno, nel nostro ordinamento giuridico della facoltà di autentica, se del caso in esclusiva, in capo a specifici soggetti: sul punto possono individuarsi vari orientamenti.

Secondo il primo[30], tale facoltà rientra nell'ambito dell'oggetto del diritto morale di autore e spetta a quest'ultimo quando è in vita: egli, *ex* art. 20 l.n. 633 del 1941, può, infatti, "rivendicare la paternità dell'opera e opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione"; egli può, inoltre, opporsi a qualsiasi "atto a danno dell'opera stessa" che possa arrecare "pregiudizio al suo onore e alla sua reputazione", onde è l'unico legittimato alla dichiarazione di autenticità. Per essere qualificata quale espressione del diritto morale di autore, la facoltà di autentica, nell'ottica di tale impostazione, si deve trasmettere ai legittimari e alle altre categorie di eredi di cui all'art. 20 l.n. 633 del 1941, quale acquisto *iure proprio* (e non *mortis causa*) in occasione della morte[31], sottoposto alla condizione che il chiamato accetti l'eredità[32]. Nella prassi mercantile, da tale impostazione si fa discendere che il diritto di autenticazione spetta in esclusiva, quando l'autore è morto, alle sole categorie individuate dall'art. 23 l.n. 633 del 1941, in particolare ai legittimari (ad esempio, al coniuge superstite e ai figli).

Altra impostazione, invece, è riconducibile alla giurisprudenza di merito, quella secondo cui "l'*expertise* è un documento contenente un parere autorevole di un esperto in merito all'autenticità e alla attribuzione di un'opera e tale documento può essere rilasciato da chiunque ritenuto competente sul mercato, non trattandosi di un diritto riservato in esclusiva agli eredi dell'artista, i quali non possono, quindi, attribuire o negare a terzi, ad esempio critici d'arte o studiosi, la facoltà di rilasciare

d'arte", *Giur. merito*, 2013, p. 2032; Cipolla, P.: "L'arte contemporanea, la repressione penale del falso e l'art. 2, comma 6, d.lgs. 29 ottobre 1999 n. 490", *Cass. pen.*, 2002, p. 2463 ss. Parla, invece, di una sorta di "autodichiarazione", Ardito, A.: "Commento all'art. 64, in *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di A.Angiuli, A., V.Caputi Jambrenchi), Giappichelli, Torino, 2005, p. 190. Secondo altra parte della dottrina, tale certificato sarebbe finalizzato a garantire la "liceità" della provenienza: Papa, A.: "Commento all'art. 64, Testo unico sui beni culturali", (a cura di V. Italia), Giuffrè, Milano, 2000, p. 177. Sul commento alla norma si rimanda a Milione, A.: "Commento all'art. 64", in M.A. Sandulli(a cura di*),Codice dei beni culturali e del paesaggio*,Giuffrè, Milano, 2006, p. 479, ove indicazioni di dottrina.

30 Indicazioni in Frezza, G.: "Arte e", cit., p.39 ss.

31 Trib. Milano, 1° luglio 2004.

32 Su cui, per tutti, Palazzo, A.: "Le successioni", Trattato di diritto privato, (diretto da G.Iudica, P.Zatti), I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 3 ss.; Perlingieri, P.: "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 90; Ascarelli ,T.: *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, 761; Cicu, A.: *Successioni per causa di morte*, Parte generale, Trattato di diritto civile, (diretto da A.Cicu, F.Messineo) XII, Giuffrè, Milano, 1961, p. 70.

e*xpertise* in merito all'autenticità dell'opera del loro congiunto. La formulazione dei giudizi sulla autenticità di un'opera d'arte di un artista defunto costituisce espressione del diritto alla libera manifestazione del pensiero e, pertanto, può essere effettuata da qualunque soggetto accreditato esperto dal mercato''[33].

Orientamento, quello appena accennato, che ribadisce la concezione secondo cui ''rivestendo l'attribuzione di un'opera ad un artista un mero e*xpertise* a livello mercantile, può essere effettuata da qualunque soggetto accreditato esperto da parte del mercato''[34]. Si tratta, dunque, di una facoltà insita nel diritto alla libera manifestazione del pensiero, di cui all'art. 21, comma 1, cost.[35].

Il problema consiste, ora, nella qualificazione giuridica di tale attività.

Secondo una parte della dottrina, il giudizio espresso tramite archiviazione, ad esempio da parte di un ente certificatore, si risolve in una ''opinione personale'', come tale soggettiva, inidonea ad assurgere a valore oggettivo. L''''opinione'', in tale ottica, oltre ad essere espressione dell'art. 21 cost., è anche attuazione dell'art.

33 Trib. Roma, 16 febbraio 2010, *Dir. fam. pers*., 2011, p. 1730 ss. V., inoltre, App. Milano, 18 aprile 2017, n. 1654; Trib. Roma, 31 marzo 2010; App. Roma, 8 giugno 2010, n. 3657; Trib. Milano, 17 aprile 2014, n. 5552.

34 Trib. Milano, 13 dicembre 2004, sez. spec. *Proprietà intellettuale*.

35 Che la manifestazione del pensiero debba intendersi quale libertà con contenuti che non possono essere sempre uguali a sé stessi, ma devono essere valutati ''(…) caso per caso evitando (…) giudizi pronunciati *ex ante* sulla base di un editto perpetuo'', e, dunque, nel senso del testo: Paladin, L.: ''Libertà di pensiero e libertà d'informazione: le problematiche attuali'', *Quad. cost*., 1987, p. 12; Di Giovine, A.: *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 12; Visconti, C.: *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 243 e ss. Lungo tale linea interpretativa, Morrone, A.: *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 451, parla di ''dialettica tra disposizioni costituzionali, disposizioni legislative e contesti''. Adeguata sintesi in Caruso, C.: ''Tecniche argomentative della Corte costituzionale e libertà di manifestazione del pensiero'', in C.Valentini (a cura di), *Costituzione e ragionamento giuridico*, Archetipo Libri, Bologna, 2012, p. 169 ss. È utile qui ricordare che autorevole dottrina, più in generale, colloca tale libertà nel sistema dei diritti fondamentali della persona (si tratta della tesi, nota ai costituzionalisti, come teoria ''individualista''): Esposito, C.: ''La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano'', in C. Esposito (a cura di),*Diritto costituzionale vivente: Capo dello Stato ed altri saggi* ,Giuffrè, Milano, 1992, p. 119, secondo il quale ''quando si afferma che la nostra Costituzione garantisce il diritto di manifestazione del pensiero in senso individualistico si intende dunque dire che esso è garantito al singolo come tale indipendentemente dalle qualifiche che il singolo possa avere in alcuna comunità e dalla funzioni connesse a tali qualifiche; si vuole dire che esso è garantito perché l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero ed eventualmente insieme operare (…)''; Barile, P.: *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 81; Pace, A.,Manetti, M.: ''Articolo 21'',in G.Branca, A.Pizzorusso(a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*,Zanichelli, Bologna, 2006, p. 97 ss. Sui rapporti fra libera manifestazione del pensiero e dignità umana, v. Scaffardi, L.: *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Cedam, Padova, p. 228 ss. Per l'analisi dell'art. 21 Cost. in relazione al principio di eguaglianza, Caretti, P.: ''Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in società multietnica'', *Scritti in memoria di Paolo Barile*, Cedam, Padova, 2003, p. 125 ss. e Pizzorusso, A.: ''Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con princípi costituzionali, *Scritti in memoria di Paolo Barile*, Cedam, Padova, 2003, p. 667. Sul sito della Corte costituzionale (*https//www.cortecostituzionale.it/documeti/convegni-semirari/stu_284.pdf*) è, d'altra parte, possibile leggere il documento, curato da Nicastro, G. (maggio 2015) dal titolo *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela della personalità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, ove, si conclude che ''la Corte, pur facendosi carico di identificare il fondamento costituzionale dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, in concreto, poi, con riguardo ai diritti della personalità, abbia fatto ricorso, essenzialmente, al solo generico richiamo all'art. 2 cost. Tale richiamo, proprio per tale genericità, è idoneo a consentire il riconoscimento di diritti costituzionali sempre 'nuovi' e di contenuto imprecisato, il che, quando tale contenuto sia antitetico rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero, si traduce in una, anch'essa sempre 'nuova' (e poco prevedibile), limitazione della stessa''.

33 cost., là dove la dichiarazione promani dal libero insegnamento. In tal senso, l'"opinione" è necessariamente legata alla dignità scientifica e all'autorevolezza del suo autore.

In base ad altro orientamento, «la c.d. "archiviazione", in quanto non proveniente dall'autore o da esperto di rilievo nazionale, *a rigore* costituisce "autenticazione" e rientra nella categoria dell'accreditamento, il cui valore dipende dai titoli di chi lo predispone: essa costituisce una mera scrittura privata avente contenuto dichiarativo (assertivo) di un fatto non riferibile al dichiarante, come tale ascrivibile alla categoria dei "pareri"»[36].

Riteniamo che una qualificazione giuridica univoca dell'attività qui in esame non possa essere appagante, onde appare indispensabile calarla nella peculiarità e della concretezza del fatto a cui esse si riferisce[37]. Al di là del *nomen iuris*, invero, un dato appare incontrovertibile: la qualificazione della manifestazione del pensiero *ex* art. 21 cost. può rilevare, di per sé, là dove sia estrinsecata nei compiti di uno studioso esperto che scrive un saggio scientifico (da qui, il coordinamento con l'art. 33 cost.), oppure uno scritto pubblicato nella stampa di opinione o, infine, un'idea manifestata pubblicamente o per mezzo dei c.d. *media* e dei c.d. *social*. In queste ipotesi, si applicheranno i limiti di cui al comma 6 dell'art. 21 cost.

L'ipotesi è diversa invece – come nella gran parte dei casi concreti – quando la manifestazione del pensiero sia calata in un assetto di interessi contrattuale, là dove il contenuto della dichiarazione esprime certamente il pensiero, ma si tratta non già di un'"opinione" puramente soggettiva, quanto di un "parere" fondato su valutazioni oggettive: altro è, infatti, esprimere la propria idea sulla bellezza dell'opera o sulla sua idoneità ad essere considerata tale (valutazione puramente soggettiva), altro è verificare che la firma del dipinto sia autografa, che la tela corrisponda a quelle di regola utilizzate dall'artista, che il tratto grafico sia ad esso

36 Cipolla, P.: "La prova", cit., p. 2206, ove viene anche chiarita l'importanza che può avere, sul piano probatorio, un'attestazione di autenticità (e le sue caratteristiche): "affinché l'attestazione di una fondazione d'arte sulla autenticità di un'opera (espressa per iscritto o per il tramite di un componente) presenti quella credibilità razionale da rendere superfluo un accertamento di natura peritale occorre che la fondazione sia composta da stretti collaboratori del maestro, la cui attività sia sottoposta alla verifica di esperti nell'opera dell'artista, come tali riconosciuti nel ristretto *milieu* artistico; che le attestazioni, lungi dal ridursi in apodittici giudizi di autenticità o non autenticità, siano adeguatamente motivate, mediante la comparazione – nella tecnica, nelle forme, e nei materiali utilizzati – con opere certamente riferibili all'autore del lavoro oggetto dell'accertamento; che la fondazione presenti una attendibilità storica, per il fatto di operare nel settore da molti anni e non sia stata coinvolta – direttamente o indirettamente – in false attestazioni sull'autenticità di opere sottoposte al suo vaglio; che non emergano elementi da cui si desumano interessi patrimoniali o di altro tipo delle fondazioni in parola a manipolare la verità delle attribuzioni. Si tratta di requisiti in linea con il principio per cui l'affermazione della responsabilità penale non deve lasciare spazio ad una spiegazione alternativa altrettanto credibile, regola ancor più preziosa in un settore, quello dell'arte, caratterizzato da plurimi profili di opinabilità".

37 Secondo il metodo suggerito da Perlingieri, P.: "Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare", *Riv. dir. comm*., 1969, I, p. 455 ss.

riconducibile, che i colori siano di qualità uguale a quelli di cui si forniva l'artista, ecc. (valutazioni oggettive)[38].

Questa precisazione può sembrare poco rilevante, ma, in realtà, svelerà la propria pregnanza in relazione a quanto si argomenterà qui di seguito: essendo, infatti, l'opinione "incoercibile" non è data, in astratto, azione contro chi, esprimendo il proprio parere, non riconosca l'autenticità dell'opera non archiviandola: non è pensabile, infatti, una coercizione contro il pensiero e, dunque, deve escludersi la possibilità di adire il giudice per ottenere un'archiviazione, come dire, "coattiva", quando questo o quell'ente esprimano il loro parere negativo. Il problema si intreccia, in sintesi, con l'esistenza o meno di un diritto all'accertamento giudiziale dell'autenticità dell'opera, su cui si dirà nel paragrafo che segue.

IV. ACCERTAMENTO GIUDIZIALE DELL'AUTENTICITA' DELL'OPERA D'ARTE: LE CHIUSURE DELLA GIURISPRUDENZA.

Siamo così giunti al nocciolo essenziale della questione, ovvero quella avente ad oggetto l'ammissibilità di una domanda di accertamento dell'autenticità di un'opera d'arte[39]: si badi, però, come insegna la casistica, che essa può essere prodromica rispetto all'esigenza di tutela di una situazione sostanziale, come quella relativa al risarcimento dei danni per responsabilità extracontrattuale[40]. Altre volte, tale accertamento può costituire il presupposto di una richiesta di tutela volta ad eliminare una situazione di incertezza riguardante il diritto di proprietà (dell'opera d'arte)[41]. Alcune volte, ancora, tale pretesa è proposta *tout court*, a prescindere cioè dal suo necessario collegamento ad un diritto soggettivo, sol perché l'ente certificatore, accreditato dal mercato – onde in grado di influire sulla valutazione economico-patrimoniale dell'opera – ne esclude l'inserimento, nel proprio archivio[42], oppure erra la sua datazione[43].

Non va, infine, dimenticato che l'accertamento dell'autenticità può costituire il presupposto dell'oggetto di una domanda di risoluzione del contratto di vendita

38 Si può tracciare un parallelismo descrittivo, a nostro avviso, fra quanto argomentato nel testo e l'attività del venditore-gallerista dell'opera, il cui comportamento deve essere sempre informato agli obblighi di diligenza e correttezza (art. 1176 c.c.), onde egli risponde in solido (art. 2055 c.c.) dei danni qualora l'opera venduta si rilevi poi plagiata: Cass., 26 gennaio 2018, n. 2039, *Riv. dir. ind*., 2018, II, p. 420. Il principio che emerge dalla lettura di questa sentenza ci consente di affermare che ricade sempre sugli operatori esperti del mercato dell'arte l'obbligo di comportarsi con il dovere di diligenza qualificata *ex* art. 1176 c.c.

39 Il tema è stato trattato da Gurdamagna, M.F.: "L'azione di accertamento giudiziale dell'autenticità di un'opera. I recenti sviluppi giurisprudenziali", *Dir. fam. pers*., 2018, p. 1588 ss.

40 Cass., 4 maggio 1982, n. 2765, *Giust. civ*., II, 1982, p. 1745, con nota di Di Majo A.:*Ingiustizia del danno e diritti non nominati*; e *Foro it*., I, 1, 1982, c. 2864, con osservazioni di Macario ,F.

41 App. Milano, 11 dicembre 2002, *Dir. aut*., 2004, p. 224, con nota adesiva di Fabiani M.

42 Trib. Milano, 19 giugno 2006, *Rep. Foro it*., 2008, voce *Diritti d'autore*, n. 127; Trib. Milano, 18 gennaio 2006, *Rep. Foro it*., 2009, voce *Diritti d'autore*, n. 74; Trib. Milano, 17 ottobre 2007, *Rep. Foro it*., 2009, voce *Diritti d'autore*, n. 142.

43 Trib. Milano, sez. propr. intell., 14 luglio 2012, n. 8626, *Danno e resp*., 2014, p. 291.

dell'opera (da un lato, per mancanza o difetto di qualità essenziali del bene oggetto della vendita, *ex* art. 1497 c.c.; dall'altro, allo scopo di far accertare la consegna di *aliud pro alio*); oppure di annullamento per errore sulle qualità essenziali dell'opera d'arte, *ex* art. 1429 n. 2 c.c.

Ci occuperemo, nel prosieguo dell'indagine, del solo caso in cui tale pretesa è proposta *tout court*, a prescindere cioè dalla tutela di una situazione soggettiva che ne faccia da presupposto.

Secondo una decisione della Suprema Corte di Cassazione[44], in tema di giudizio di cognizione, l'azione di accertamento non può avere ad oggetto – salvi i casi eccezionalmente previsti dalla legge – una mera situazione di fatto, ma deve tendere alla tutela di un diritto che sia già sorto, in presenza di un pregiudizio attuale e non meramente potenziale, onde è inammissibile l'azione volta a conseguire l'autonomo accertamento della paternità di un'opera d'arte.

La giurisprudenza di merito appare, invece, attestata su due contrapposte posizioni. Il Tribunale di Milano, ad esempio, ha ritenuto di recente ammissibile tale azione se fondata su elementi (scientifici e fattuali) incontrovertibili e ha invece dichiarato inammissibile la condanna all'inserimento nel catalogo generale di un artista, curato da un ente che svolge un'attività di archiviazione delle opere d'arte, rappresentando quest'ultima una libera manifestazione del pensiero, e, come tale, trattandosi di un'attività incoercibile[45]. Diversa, invece, è la posizione del Tribunale di Roma, che ha emanato numerosi provvedimenti – peraltro in un brevissimo lasso di tempo – con il medesimo "fatto" e le stesse "motivazioni": in particolare, al rifiuto di archiviazione dell'ente certificatore più accreditato sul mercato è seguita la domanda di accertamento fondata sul presupposto secondo cui il parere è stato reso con imperizia e superficialità e violazione dei più elementari princípi di diligenza professionale, domanda dichiarata, però, inammissibile dal giudice[46].

Il ragionamento alla base di tali decisioni può così sintetizzarsi:

a) il parere rilasciato da qualsivoglia ente certificatore costituisce un'opinione libera (art. 21 cost.);

b) l'oggetto principale della domanda, in questi casi, è l'accertamento della paternità dell'opera, là dove si versi in presenza di discordanza di pareri, ovvero si versi in ipotesi di incertezza. Da qui, l'emergere dell'interrogativo se esista un potere del giudice di accertare, con carisma di verità, tale autenticità;

44 Cass., 30 ottobre 2017, n. 28821, *Foro it.*, 2018, 1, 1, c. 167.

45 Trib. Milano, sez. spec. impresa, 15 febbraio 2018, n. 4754, *Dir. fam. pers.*, 2019, p. 660 ss.

46 Trib. Roma, 15 maggio 2017, n. 9610, *Foro it.*, 2017, 1, c. 3772; Trib. Roma, 17 aprile 2018, n. 7792; Trib. Roma, 21 giugno 2018, n. 12692.

c) deve escludersi che tale potere possa essere esercitato mediante il riferimento all'art. 72 legge not., avente ad oggetto l'accertamento dell'autenticità della sottoscrizione, come peraltro già chiarito dalla giurisprudenza del passato;

d) in assenza di dati inoppugnabili, quali la documentazione fotografica dell'artista mentre realizza l'opera, non è possibile accertare se un'opera pittorica sia attribuibile ad un certo autore sulla sola base del tratto ovvero della firma, se non in termini probabilistici;

e) non esiste, dunque, un diritto, giudizialmente tutelabile, all'accertamento dell'autenticità di un'opera[47]. Da questo punto di vista, osserva il Tribunale di Roma, "se è vero che l'azione di accertamento giudiziale o cognizione ha per obiettivo l'enunciare l'esistenza di un diritto come volontà prescrittiva della legge nel dirimere un caso concreto, allora verrebbe qui in considerazione esclusivamente l'attività di «mero accertamento», ovvero la diversa esigenza di determinare la certezza o meno sull'esistenza di un diritto. L'accertamento, infatti, qui non appare finalizzato a conferire verità processuale e a rendere effettiva una norma applicabile nel caso concreto, bensì solo ad accertare un diritto astrattamente considerato. L'attenzione deve essere quindi focalizzata su quale sia il diritto" (…) che si "ritiene dove essere oggetto dell'accertamento giudiziale. Tale diritto non può riguardare naturalmente la proprietà dell'opera, essendo pacifico ed indiscusso che l'opera d'arte pittorica *sub iudice* appartiene a parte attrice, ne può riguardare il diritto morale d'autore", che appartiene ai soggetti indicati dall'art. 20 l. aut.;

f) in tal caso, sempre secondo il giudice romano, la domanda non ha ad oggetto l'accertamento di un diritto, bensì la verifica dell'esistenza di tutta una serie di qualità del bene, quali il tratto, i colori, l'uso di una determinata tela o di un certo soggetto, i quali, se insieme considerati, possono condurre e concorrere ad un giudizio di probabilità in relazione all'esecuzione da parte di un determinato artista, che operava secondo schemi noti.

Questa giurisprudenza sembra oggi consolidata, ma in un recente scritto abbiamo provato ad individuare delle argomentazioni, in una prospettiva strutturale e funzionale, a favore dell'ammissibilità di una simile pretesa di accertamento[48].

V. UNA POSSIBILE RICOSTRUZIONE TEORICA.

Riteniamo, innanzitutto, fondamentale proporre un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'azione di accertamento e del suo oggetto e, riprendendo Wach e Chiovenda, sottolineare come sia necessario, al fine di

47 Trib. Roma, 15 maggio 2017, *Foro it*., 2017, I, 12, c. 3772, con nota di Casaburi G.

48 Frezza, G.: *Arte* e, cit.,p. 76 ss.

valutare l'ammissibilità della tutela giurisdizionale richiesta, considerare l'«incertezza pregiudizievole»[49] nell'ottica secondo la quale il processo non serve «solo alla tutela dei diritti soggettivi, ma prima ancora all'attuazione del sistema ordinamentale». In questa prospettiva, propendiamo per un approccio ermeneutico nel contesto del quale sia possibile tutelare anche «interessi giuridicamente non rilevanti come diritti soggettivi, per i quali non vige la protezione costituzionale dell'art. 24 Cost. se non sotto il profilo funzionale»[50] e ciò nell'ottica di configurare un'azione di accertamento più aderente alla realtà sociale[51].

Deve, in secondo luogo, evidenziarsi che la codificazione del 1942 ha segnato – in estrema sintesi e per quanto qui utile – il superamento della concezione naturalistica della nozione di "cosa" e, al tempo stesso, grazie al contributo della migliore dottrina civilistica, si è giunti a formulare una chiara distinzione fra la cosa e il bene (nel cui ambito oggettivo riteniamo debba essere ricompresa anche l'opera d'arte). La prima è concepita come nozione pregiuridica e neutra, mentre il secondo è l'esito della qualificazione giuridica[52] ed è inteso quale sintesi, compiuta dall'ordinamento, fra l'utilità espressa dalla cosa (elemento oggettivo) e l'interesse apprezzato dall'ordimento a tutela della situazione giuridica soggettiva di riferimento

49 Chiovenda, G.: "Azioni e sentenze di mero accertamento", *Riv dir proc.,* 1933, I, pp. 31 ss.; Chiovenda, G.: "Adolf Wach", *Riv. dir. proc. civ.,* 1926, I, p. 366 ss.

50 Frezza, G.: *Arte* e, cit., p.91.

51 Secondo Ferrari, F.: "Un inquadramento sistematico del diritto all'autenticità dell'opera d'arte: "Arte e diritto fra autenticazione e accertamento" di Frezza, G.", recensione in corso di pubblicazione in *www.dirittodelleartiedellospettacolo.it* (messa gentilmente a disposizione dall'A.), «un fenomeno simile – oggi risolto a livello normativo quantomeno nel settore della proprietà intellettuale – si è peraltro posto in passato nell'ambito della discussione in merito alla possibilità di agire in accertamento negativo addirittura in via cautelare, come invece oggi previsto dall'art. 120 comma 6 *bis* c.p.i. Proprio con riferimento alle azioni di accertamento negativo, rispetto alle quali il timore è evidentemente quello di evitare la reintroduzione nell'ordinamento delle azioni di iattanza, alla luce della mancanza di una norma *ad hoc*, alcuni processualcivilisti hanno affermato che le azioni in questione non avrebbero ad oggetto il diritto in sé, ma semplicemente una "questione", vale a dire il singolo profilo concretamente allegato per sostenere l'inesistenza del diritto. Pertanto, nell'ambito di un'azione di accertamento negativo l'oggetto del giudizio riguarderebbe non il diritto in sé, ma mere questioni (Merlin, E.: "Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio", *Riv. dir. proc.* 1997, pp. 1064 ss. e spec. pp. 1082 ss., la quale, in particolare, motiva la propria posizione facendo riferimento alle elaborazioni dottrinali relative alla natura del giudizio di opposizione all'esecuzione ed ai principi in tema di ripartizione dell'onere probatorio nell'ambito di tali azioni) e il limite vero dell'azione di accertamento sarebbe costituito dal fatto che «non è possibile chiedere al giudice l'accertamento di un fatto nella sua "materialità" disgiunta, cioè, dalla valutazione della sua efficienza giuridica rispetto alla vitalità di una determinata situazione soggettiva» (Merlin, E.: "Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio", cit., pp. 1081-1082). Emerge tuttavia in questa ipotesi la necessità di occuparsi non tanto della possibilità di configurare un accertamento della questione, quanto della portata del giudicato nel caso di specie e questa elaborazione induce inevitabilmente il processualcivilista ad interrogarsi rispetto alla figura, ben nota quantomeno a livello giurisprudenziale, del giudicato implicito (si badi che il giudicato implicito si sostanzia nella pretesa di attribuire ad un *decisum* inespresso degli effetti analoghi a quelli che solitamente discendono da una *decisum* espresso, nonostante non vi sia nessuna disposizione del codice di rito che autorizza a compiere una tale operazione, a differenza del codice del processo amministrativo che – all'art. 9 – contempla la possibilità che la sentenza contenga un capo implicito sulla giurisdizione che, se non dedotto nel giudizio di impugnazione con specifico motivo, è idoneo ad acquisire autorità di cosa giudicata) con tutte le difficoltà che la stessa pone considerato che, quantomeno secondo una certa impostazione, non può predicarsi l'esistenza di un ordine delle questioni all'interno della stessa categoria (cfr. in merito l'interessante e recente studio monografico Fanelli, G.: *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, Pacini, Pisa, 2020) (merito-merito nel caso di specie)».

52 Perlingieri, P.: *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di cosa futura*, Esi, Napoli, 1962, p. 45.

(elemento soggettivo)[53]. Enfatizzare uno solo dei due fattori detti, allo scopo di assicurare l'unitarietà della nozione teorica di bene, è un approccio formalistico, statico e parziale. Alla identificazione del bene quale interesse, a cui consegue la qualificazione della situazione di "apprensione" dello stesso, deve accompagnarsi anche la valutazione dell'utilità espressa dalla cosa, che, nel caso di un'opera d'arte, è ad un tempo esistenziale e patrimoniale. Ci sembra, allora, che l'inammissibilità dell'azione di accertamento dell'autenticità dell'opera d'arte porti a disconoscere l'importanza del coelemento "utilità" dalla nozione di bene, come sembra invece argomentare la giurisprudenza qui criticata. Se, dunque, le opere d'arte possono considerarsi delle *res* in senso giuridico (ovverosia, sintesi di interessi e di utilità), sembra fondamentale affermare che, con l'inammissibilità dell'accertamento dell'autenticità dell'opera, si frustri questo elemento ontologicamente legato alla nozione di bene giuridico: un'opera d'arte non autentica, invero, non presenta il carattere dell'utilità.

Ci è apparso fondamentale, in terzo ed ultimo luogo, analizzare come si estrinseca lo statuto proprietario sulle opere d'arte: l'art. 832 c.c. definisce, è ben noto, il diritto di proprietà come facoltà di godimento e, separatamente, di disposizione del bene[54]. Non si tratta, all'evidenza, di un'endiadi, e, di conseguenza, i due poteri assumono autonomo significato.

La disposizione normativa, in particolare, non può essere intesa solo come sinonimo del "diritto di alienare" il bene di cui si è proprietari (nel nostro caso, l'opera d'arte), ma consiste, secondo condivisibile impostazione, nel "potere di appropriarsi del valore economico del bene"[55]. Depone verso questa impostazione il dato costituzionale e, di conseguenza, la nozione che si è andata elaborando, nel corso degli ultimi anni, sulla tutela costituzionale del diritto di proprietà.

Se, infatti, il codice civile incentra il diritto di proprietà in un variegato catalogo di azioni a sua difesa e forma diverse di tutela[56], la Costituzione è idonea a

53 È la nota dottrina di Pugliatti, S.: "Riflessione in tema di *universitas*", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 992. Aderisce, Carapezza Figlia, G.: *Oggettivizzazione e godimento delle risorse idriche. Contributo a una teoria dei beni comuni*, Esi, Napoli, 2008, pp. 8-29.

54 Sulla proprietà insuperata è l'opera del Maestro che onoriamo in queste pagine: Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 2017. V., inoltre, Barassi, L.: *Proprietà e comproprietà*, Giuffrè, Milano, 1951; Irti N.: *Proprietà e impresa*, Jovene, Napoli, 1965; Salvi, C.: "Il contenuto del diritto di proprietà", in *Cod. civ. Comm.*, (diretto da P.Schlesinger), Giuffrè, Milano, 1994; Gambaro, A.: *La proprietà*, Trattato dei diritti reali, I, Proprietà e possesso, (a cura di A.Gambaro, U.Morello), Giuffrè, Milano, 2008, p. 295 ss.; Perlingieri, P.: *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Camerino-Napoli, 1971-1972.

55 Argiroffi, C.: "Delle azioni a tutela della proprietà", in *Codice civile Commentario*, (diretto da P.Schlesinger, e continuato da F.D.Busnelli), Giuffrè, Milano, 2011, p. 24 ss.

56 Si tratta di azioni aventi ad oggetto il mero accertamento del diritto di proprietà e tendono ad "eliminare ogni incertezza sulla legittimità del potere di fatto e di diritto sul bene o meglio nella dichiarazione di una rispondenza dello stato di fatto allo stato di diritto" (Colantuoni, L.: "Le azioni petitorie" ,in *Trattato dei diritti reali*, (diretto da A.Gambaro, U.Morello), I, Proprietà e possesso, Milano, 2008, p. 983.).
Il nostro ordinamento prevede variegate figure di azioni di mero accertamento: si pensi a quella di cui all'art. 949 c.c. e all'azione di regolamento dei confini, onde l'interrogativo, in dottrina, sull'ammissibilità di una figura generale di accertamento, atipica.

delinearne un elemento contenutistico rilevante, da intendersi quale sintesi fra il valore patrimoniale del bene (situazione giuridica patrimoniale) e la realizzazione del valore della persona (situazione giuridica esistenziale).

La proprietà dell'opera d'arte rappresenta l'esempio paradigmatico di una situazione che somma i detti profili esistenziali (si pensi ai profili meramente estetici legati al possesso e al godimento dell'opera stessa) e patrimoniali. Tale situazione giuridica, però, secondo il nostro punto di vista, non può essere intesa solo in modo statico (a cui consegue l'accertamento tramite le azioni tipiche disciplinate dal codice civile), come sembra argomentare la giurisprudenza di merito che occupa la nostra indagine e che qui si critica, quanto piuttosto, in un'accezione dinamica, come potere di disposizione.

Entra qui in gioco l'ente certificatore, a cui si domanda l'archiviazione a seguito della conclusione di un contratto di prestazione intellettuale. L'emanazione di un parere negativo è, come detto, espressione della manifestazione del libero pensiero, come tale incoercibile, ovverosia un'opinione pura e insindacabile. Abbiamo già argomentato che, in realtà, questa "opinione", calandosi in un concreto assetto di interessi di tipo contrattuale, deve necessariamente oggettivizzarsi in un parere da rendere con diligenza, serietà e buona fede. Al diniego di archiviazione e alla conseguente domanda di accertamento giudiziale dell'autenticità, non può darsi risposta negativa sulla base dell'assunto, proprio della descritta giurisprudenza di merito, secondo cui si accertano diritti e non fatti, qual è la circostanza che l'opera sia autentica o meno, perché in tal modo la sfera patrimoniale relativa al potere di disposizione del bene "opera d'arte" verrebbe irrimediabilmente compromessa, soprattutto quando l'ente certificatore è quello più accreditato dal mercato dell'arte.

Guardando la vicenda in un'ottica economico-mercantile, infine, tale posizione potrebbe qualificarsi come "dominante" e contraria alle regole della concorrenza proprie del sistema italo-europeo delle fonti del diritto[57].

Queste tre argomentazioni (l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'azione di accertamento; l'opera d'arte come bene in senso giuridico comprendente anche l'*utilitas*; la nozione funzionale della proprietà dell'opera) ci sembra che possano rappresentare dei punti saldi per l'ammissibilità dell'azione di accertamento giudiziale di autenticità, ovviamente attraverso l'ausilio, per il giudice, di una CTU.

57 Sul piano teorico, secondo Mongillo, R.: *Opere dell'ingegno, idee ispiratrici e diritto d'autore*, Esi, Napoli, 2012, p. 78, l'interesse comune alla fruizione delle idee, della cultura e dell'arte è quello di evitare che si creino disincentivanti "monopoli": "la non tutelabilità dell'idea in sé (…) potrebbe apparire, *prima facie*, addirittura contraria allo scopo di incentivare la produzione di nuove opere". Sulle regole, di produzione comunitaria, della concorrenza, contrarie alla creazione di situazioni di monopolio, v., in luogo di altri, Fratea, C.: *Il* private enforcement *del diritto della concorrenza nell'Unione europea*, Esi, Napoli, 2015.

BIBLIOGRAFIA

Alcaro, F.: "Una riflessione su "fatto" e "diritto" (ed effettività)", *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 773 ss.

Alibrandi, T., Ferri, P.G.: *I beni culturali e ambientali*, Giuffré, Milano, 2001, p. 25 ss.

Ardito, A.: "Commento all'art. 64," in *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di A.Angiuli, , V.Caputi Jambrenchi), Giappichelli, Torino, 2005, p. 190.

Argiroffi, C.: "Delle azioni a tutela della proprietà", in *Codice civile Commentario*, (diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D.Busnelli,), Giuffrè, Milano, 2011, p. 24 ss.

Ascarelli ,T.: *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, p.761.

Barassi, L.: *Proprietà e comproprietà*, Giuffrè, Milano, 1951.

Baratta A.: *Stato sociale e libertà d'arte. Profili filosofici, costituzionali e penali del concetto dell'arte in relazione all'osceno*, Cedam, Padova, 1966, p. 7.

Barile, P.: *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 81;

Benedetti, A.: *Certezza pubblica e "certezze" private*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 89 ss.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 2017.

Bianco G.: "Ricerca scientifica (teoria generale e diritto pubblico)", *Digesto, Disc. pubbl.*, XIII, Utet, Torino, 1997, p. 360.

Bonifacio, F.: "La ricerca scientifica", (a cura di C.M. Iaccarino), *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. L'istruzione*, Neri Pozza editore, Vicenza, 1967, p. 277.

Calvo, R.: "Expertise degli strumenti ad arco e affidamento nel prisma della responsabilità senza contratto", *Contr. impr.*, 2010, p. 8.

Carapezza Figlia, G.: *Oggettivizzazione e godimento delle risorse idriche. Contributo a una teoria dei beni comuni*, Esi, Napoli, 2008, pp. 8-29.

Caretti, P.: "Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in società multietnica", *Scritti in memoria di Paolo Barile*, Cedam, Padova, 2003, p. 125 ss.

Caruso, C.: "Tecniche argomentative della Corte costituzionale e libertà di manifestazione del pensiero", (a cura di C.Valentini), in *Costituzione e ragionamento giuridico*, Archetipo Libri, Bologna, 2012, p. 169 ss.

Casini, L.: "La valorizzazione dei beni culturali", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 792 ss.

Cerulli Irelli, G.: "I beni cultuali nell'ordinamento italiano vigente", (a cura di M.P. Chiti), *Beni culturali e comunità europea*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 28 ss.

Cherti, S.: "L'acquisto di arte moderna e contemporanea", *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 50 ss.

Chiti, M.P.: "I beni culturali", in *Tratt. dir. amm. europ.*, (diretto da M.P.Chiti,G. Greco), Parte speciale, I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 351.

Cicu, A.: *Successioni per causa di morte,* Parte generale, Trattato di diritto civile, (diretto da Cicu, A. e Messineo, F., XII, Giuffrè, Milano, 1961, p. 70.

Cipolla, P.: "L'arte contemporanea, la repressione penale del falso e l'art. 2, comma 6, d.lgs. 29 ottobre 1999 n. 490", *Cass. pen.*, 2002, p. 2463 ss.

Cipolla, P.: "La falsificazione di opere d'arte", *Giur. merito*, 2013, p. 2032.

Cipolla, P.: "La prova del falso d'arte, tra il principio del libero convincimento e l'obbligo di motivazione razionale", *Giur. merito*, 2010, p. 2201.

Comporti, M.: "Per una diversa lettura dell'art. 1153 c.c. a tutela dei beni culturali",in *Le ragioni del diritto*, Scritti in onore di Mengoni L., I, Giuffrè, Milano, 1995, p. 420 ss. Ainis, M.,Fiorillo, M.: "I beni culturali",in *Tratt. dir. amm.*, (diretto da S. Cassese), II, Giuffrè, Milano, 2003, p. 1452 ss.

Costanza, M.: "La circolazione delle opere d'arte: regole civilistiche di scambio", (a cura di M.Costanza), in *Commercio e circolazione delle opere d'arte*, Cedam, Padova, 1990, p. 6.

Crisafulli, V.: "La scuola nella Costituzione", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 55.

De Angelis, M.: *L'effettività della tutela della salute ai tempi della crisi*, Esi, Napoli, 2016.

Di Giovine, A.: *I confini della libertà di, manifestazione del pensiero* , Giuffrè, Milano, 1988, p. 12.

Di Majo A.:"Ingiustizia del danno e diritti non nominati",*Giust. civ.*, II, 1982, p. 1745.

Donati, A.: "Autenticità Authenticité, Authenticity dell'opera d'arte. Diritto, mercato, prassi virtuose", *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 987 ss.

Donati, A.: "La definizione giuridica delle opere d'arte e le nuove forme di espressione artistica contemporanea", *La rivista del consiglio*, 2017-2018, p. 118 ss.

Donati, A.: *Law and Art: diritto civile e arte contemporanea*, Giuffrè, Milano, 2012.

Esposito, C.: "La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano", in *Diritto costituzionale vivente: Capo dello Stato ed altri saggi* (a cura di C.Esposito), Giuffrè, Milano, 1992, p. 119.

Fanelli, G.: *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, Pacini, Pisa, 2020.

Ferrari, F.: "Un inquadramento sistematico del diritto all'autenticità dell'opera d'arte: "Arte e diritto fra autenticazione e accertamento" di Frezza, G.", recensione in corso di pubblicazione *www.dirittodelleartiedellospettacolo.it* .

Filograno, G.R.: "Regole limitative della responsabilità civile in tema di vigilanza bancaria ed esigenze di effettività nella tutela del risparmio popolare", *Foro nap.*, 2017, p. 389 ss.

Fratea, C.: *Il* private enforcement *del diritto della concorrenza nell'Unione europea*, Esi, Napoli, 2015.

Frezza, G.: "Circolazione immobiliare e certezza del diritto", *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 167 ss.

Frezza, G.: "In ricordo di Cesare Massimo Bianca", *Dir. fam. pers.*, 2020, p. 1235.

Frezza, G.: "Opere d'arte e diritto all'autenticazione", *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 1734 ss.

Frezza, G.: *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, Esi, Napoli, 2019, p. 11 ss.

GAMBARO, A.: "Il diritto di proprietà", in *Tratt. dir. civ. comm.*, (diretto da A.CICU, F.MESSINEO), VIII, 2, Giuffrè, Milano, 1995, p. 425.

GAMBARO, A.: *La proprietà*, Trattato dei diritti reali, I, Proprietà e possesso, (a cura di A.GAMBARO, U.MORELLO), Giuffrè, Milano, 2008, p. 295 ss.

GIANNINI, M.S.: "I beni culturali", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 24.

GIANNINI, M.S.: "L'organizzazione della ricerca scientifica", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 4.

GUARDAMAGNA, M.F.: "L'azione di accertamento giudiziale dell'autenticità di un'opera. I recenti sviluppi giurisprudenziali", *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 1588 ss.

GURDAMAGNA, M.F.: "L'azione di accertamento giudiziale dell'autenticità di un'opera. I recenti sviluppi giurisprudenziali", *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 1588 ss.

IRTI N.: *Proprietà e impresa*, Jovene, Napoli, 1965.

M.COSTANZA(a cura di):*Commercio e circolazione di opere d'arte*, Cedam, Padova, 1990.

MANSI, A.: *La tutela dei beni culturali e del paesaggio*, Cedam, Padova, 2004, p. 173 ss.

MASTROPIETRO, B.: "Mercato dell'arte e autenticità dell'opera: un "quadro" a tinte fosche?", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 556 ss.

MERLIN, E.: "Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio", *Riv. dir. proc.* 1997, pp. 1064 - 1082 ss.

MERUSI, F.: "Art. 9", in *Commentario della Costituzione*, *Princípi fondamentali*, (a cura di BRANCA, G.), Zanichelli, Bologna, 1975, p. 436.

MILIONE, A.: "Commento all'art. 64", in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di M.A. SANDULLI), Giuffrè, Milano, 2006, p. 479

MONGILLO, R.: *Opere dell'ingegno, idee ispiratrici e diritto d'autore*, Esi, Napoli, 2012, p. 78.

MORRONE, A.: *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 451.

Nervi, A.: "Il comodato di opera d'arte", in *Trattato dei contratti*, (diretto da P.Rescigno, E.Gabrielli) 13, *I contratti del turismo, dello sport e della cultura*, (a cura di F. Delfini, F.Morandi), Utet, Torino, 2010, p. 539 ss., p. 543.

Pace, A., Manetti, M.: "Articolo 21",in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, (a cura di G.Branca, A. Pizzorusso), Zanichelli, Bologna, 2006, p. 97 ss.

Paladin, L.: "Libertà di pensiero e libertà d'informazione: le problematiche attuali", *Quad. cost.*, 1987, p. 12.

Palandri, L.: *Giudicare l'arte, Le Corti degli Stati Uniti e la libertà di espressione artistica*, Firenze University Press, Firenze, 2016, p. 71 ss.

Palazzo, A.: "Le successioni", in *Trattato di diritto privato*, (diretto da G. Iudica, P.Zatti), I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 3 ss.

Papa, A.: *Commento all'art. 64, Testo unico sui beni culturali*, (a cura di V. Italia), Giuffrè, Milano, 2000, p. 177.

Perlingieri, G.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Esi, Napoli, 2011, p. 35 ss.

Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015.

Perlingieri, P. : Messinetti, R.: "Art. 9", in *Commentario alla Costituzione italiana*, (a cura di P.Perlingieri), Esi, Napoli, 2001, p. 44.

Perlingieri, P.: "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 90.

Perlingieri, P.: "Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare", *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss.

Perlingieri, P.: *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di cosa futura*, Esi, Napoli, 1962, p. 45.

Perlingieri, P.: *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Camerino-Napoli, 1971-1972.

Pizzorusso, A.: "Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con princípi costituzionali", *Scritti in memoria di Paolo Barile*, Cedam, Padova, 2003, p. 667.

Polacchini, F: "La libertà di espressione artistica in una prospettiva multilivello", (a cura di F. Polacchini), *La libertà di espressione artistica. Limiti giuridici e politically correct*, Persiani, Bologna, 2018, p. 11 ss.

Polidori, S.: *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Esi, Napoli, 2016, p. 9 ss.).

Prisco, I.: "Il rilievo d'ufficio della nullità tra certezza del diritto ed effettività della tutela", *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 1227 ss.

Prisco, I.: *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Esi, Napoli, 2012, p. 12 ss.

Pugliatti, S.: "Riflessione in tema di *universitas*", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 992.

Rodotà, S.: "Lo statuto giuridico dei beni culturali", *Annali dell'associazione Ranuccio Bianchi-Bandinelli*, I, 1994, p. 15.

Salvi, C.: *Il contenuto del diritto di proprietà*, Cod. civ. Comm., (diretto da P.Schlesinger), Giuffrè, Milano, 1994.

Santoro Passarelli, F.: "I beni della cultura secondo la Costituzione", *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Cedam, Padova, 1973, p. 1421 ss.

Scaffardi, L.: *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Cedam, Padova, p. 228 ss.

Sessa, M.V.: "La tutela degli interessi pubblici e privati nella riproduzione delle opere d'arte", *Foro amm.*, 2001, p. 1019 ss.

Sessa, V.M.: "L'opera d'arte e la sua riproduzione", *Foro amm.*, 2000, p. 2941 ss.

Siclari, D.: *Effettività della tutela dei diritti e sistema integrato dei servizi sociali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

Vettori, G.: "Circolazione dei beni e ordinamento comunitario", *www.personaemercato.it* (19 maggio 2008).

Virgadamo, P.: "La protezione giuridica dell'opera d'arte ai confini del diritto d'autore (e oltre): dalla logica mercantile all'assiologia ordinamentale", *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 1478 ss.

VISCONTI, C.: *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 243 ss.

INTERACTIONS ENTRE SYSTÈMES OU ENSEMBLES NORMATIFS*: L'HYPOTHÈSE DE LA "DYNAMIQUE DE NORMES"

INTERACTIONS BETWEEN NORMATIVE SYSTEMS OR SETS THE «STANDARD DYNAMICS» HYPOTHESIS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 242-259

* Pour des raisons purement opératoire, on utilisera dans cet article le terme de «système normatif» pour désigner un ensemble de normes édictées par des auteurs intégrés à ce système, ordonnées entre elles et asservies à des finalités communes (cf. un système juridique national ou le droit de l'UE) ; on entendra par « ensemble normatif » un ensemble de normes auxquelles adhèrent différents sujets mais qui sont édictées par des auteurs divers et ne sont pas nécessairement coordonnées les unes par rapport aux autres (cf. les normes internationales).

Huges
FULCHIRON

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: L'essai analyse ce que l'on appelle la dynamique entre les normes : un phénomène qui concerne non seulement le droit international et le droit de l'Union Européenne, mais aussi le droit interne matériel. Il analyse en particulier l'importance de l'interaction normative dans différents domaines du droit : du droit des contrats et du commerce au droit des personnes et de la famille.

PALABRAS CLAVE: Interaction normative; droit international; droit de l'Union Européenne; droit interne.

ABSTRACT: *The essay analyzes the so-called dynamic between norms: a phenomenon that concerns not only international and European Union law but also substantive domestic law. In particular, it analyzes the importance of the normative interaction in different areas of law: from contract and commercial law to personal and family law.*

KEY WORDS: *Normative interaction; international law; European Union law; domestic law.*

SUMARIO.- I. INTRODUCTION.- II. PRESENTATION DE L'HYPOTHESE DE LA DYNAMIQUE DES NORMES.- 1. La loi du libéralisme maximum.- 2. Les méthodes utilisées par les juridictions chargées de garantir les droits et libertés fondamentaux.- 3. Les méthodes d'interprétation dynamique. 4. La référence au consensus.- III. LES PHENOMENES DE CONTAGION.- 1. La loi de la compatibilite minimum.- IV. DISCUSSION AUTOUR PHENOMENE DE DYNAMIQUE DES NORMES.- 1. Phénomène européen ou phénomène global?.- 2. Un phénomène doté d'un «dynamisme propre»?.- V. CONCLUSIONS.

I. INTRODUCTION.

Dans le monde globalisé qui est le nôtre, systèmes et ensembles normatifs entrent en relation les uns avec les autres[1]. Le phénomène n'intéresse pas seulement les spécialistes de droit international ou de droit européen : il concerne le droit dans ses différentes dimensions tant il est vrai que ses conséquences affectent profondément le droit « matériel » interne[2]. Particulièrement évidente dans le domaine des contrats et plus généralement du droit des affaires où l'on raisonne souvent en termes de concurrence ou d'efficacité des systèmes juridiques, cette nouvelle réalité s'impose aussi en matière de droit des personnes et de la famille. Moins étudiée, elle y est pourtant d'autant plus intéressante que les phénomènes d'interactions y sont peut-être les plus forts.

A priori, l'affirmation peut sembler paradoxale : le droit des personnes et de la famille n'est-il pas traditionnellement considéré comme le bastion des particularismes nationaux ? En ce qu'elle touche les structures les plus profondes de la société, la famille constitue un élément de l'identité de chaque pays. D'où le lien souvent fait de façon spontanée entre droit de la famille et souveraineté des États, et, corrélativement, la méfiance à l'égard de normes « venues d'ailleurs[3] ».

Pourtant, et à bien des égards, la famille et son droit sont devenus un véritable « laboratoire » des interactions entre normes nationales et internationales. Cette évolution est liée à l'internationalisation des sources du droit de la famille et à la place de plus en plus importante attachée aux droits et libertés reconnus aux

1 Cf. Delmas-Marty,M..: *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006 ; *adde* les réflexions de Berge, J.S.: in *Les ordres juridiques* (Santi Romano et J.S. Berge), 2015, et réf. cit.

2 Cf. Bonnet, B.: " Traité des rapports entre ordres juridiques", *The Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 2016 et du même auteur, " Repenser les rapports entre ordres juridiques", *The Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 2013.

3 Carbonnier, J.: " Droit et passion du droit sous la Vème République", Flammarion, Paris 1996, p. 47

• Huges Fulchiron
Professeur de droit civil, droit international privé, droits fondamentaux, à l'Université Jean Moulin Lyon 3. E-mail: hugues.fulchiron@univ-lyon3.fr.

individus tels qu'ils sont garantis par de grands instruments internationaux[4] : que l'on songe par exemple à la révolution qu'a entraînée dans de nombreux systèmes juridiques, dont le système juridique français, la reconnaissance des droits de l'enfant par la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE). Elle est également liée aux efforts de coopération entre Etats en matière de circulation des personnes et de leur statut familial : en témoignent les travaux réalisés en matière d'adoption internationale dans le cadre de la Convention de La Haye sur l'adoption internationale ou les réflexions actuelles sur la cohabitation hors mariage ou sur la reconnaissance de la filiation des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse[5].

En Europe, le phénomène d'internationalisation se double d'un phénomène d'européanisation avec la construction d'un espace juridique européen ou plus précisément d'un double espace juridique européen : celui du Conseil de l'Europe et celui de l'Union européenne. Or l'un et l'autre s'intéressent de plus en plus aux questions familiales[6].

L'affirmation vaut bien sûr pour le Conseil de l'Europe, à travers l'importante production normative de ses différents organes[7] et, surtout, la jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'homme (Cour EDH), avec, en particulier, l'interprétation dynamique qu'elle donne de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[8] (Conv. EDH).

Le même constat s'impose pour l'Union européenne. A priori, l'intérêt de l'Union européenne (UE) pour les questions familiales peut surprendre. Les finalités premières de la construction européenne sont avant tout politiques et économiques ; l'Union n'a d'ailleurs pas de compétence directe en la matière : les questions de mariage, de filiation, de responsabilité parentale, de successions etc. sont de la compétence des Etats[9]. Pour autant les Communautés européennes puis l'Union européenne ont très vite manifesté leur intérêt pour les questions familiales : conséquences attachées à la liberté de circulation et d'établissement du travailleur, construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice,

4 Cf. l'article précurseur de Meulders-klein, M.T. : " Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? ", *La personne, la famille et le droit*, Bruylant, 1999, p. 495 s. Pour une réflexion générale sur la fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques, cf Dubout, E., Touze, S.: *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pédone, Paris, 2010.

5 Cf. le site de la conférence de DIP de La Haye

6 Fulchiron, H., Bidaud- Garon, C. : *Vers un droit européen de la famille*, Dalloz, Vanves, 2014.

7 Cf. not. les travaux de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ou du Comité d'experts sur le droit de la famille, site du Conseil de l'Europe.

8 Cf. Sudre, F.: *La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale*, Bruylant, Bruxelles, 2002. Sudre, F.: *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme,* Bruylant, Bruxelles, 2002.

9 Les Traités soumettent d'ailleurs la matière familiale à une procédure particulière (cf. art. 81.3 TFUE).

promotion des droits fondamentaux, création de la citoyenneté européenne, ont placé l'individu et la famille au centre des préoccupations de l'Union[10].

En Europe, ce sont donc trois niveaux de normes qu'il convient d'articuler entre elles : les normes nationales des différents Etats, les normes européennes et les normes internationales. Or, ces trois « ensembles normatifs » interagissent les uns avec les autres : non seulement les normes internationales et européennes exercent une profonde influence sur les normes nationales, parfois même en « forçant » certaines évolutions, mais encore les normes nationales, les normes européennes et les normes internationales sont désormais mises en réseau à travers les renvois qui se multiplient entre les différents textes de référence, et, surtout à travers l'utilisation par les jurisprudences nationales, européennes et internationales de normes appartenant à d'autres ensembles (normes nationales, européennes ou internationales). De plus, ces interactions entre normes qui s'influencent mutuellement, produisent un effet de levier qui, à bien des égards, accélère les évolutions : c'est ce que appelera le phénomène de « dynamique des normes ».

Il convient de poser l'hypothèse de la « dynamique des normes » (I) puis de la discuter (II).

II. PRESENTATION DE L'HYPOTHESE DE LA DYNAMIQUE DES NORMES.

La dynamique des normes et liée à différents phénomènes que, *jocandi causa*, on pourrait présenter sous forme de deux « lois d'évolution[11] » : la loi du libéralisme maximum (A), et la loi de la loi de la compatibilité minimum (B).

1. La loi du libéralisme maximum.

L'idée peut être résumée de la façon suivante: dans des ensembles normatifs qui interagissent les uns avec les autres, et tout particulièrement dans les systèmes normatifs coordonnés à travers la constitution d'ensembles régionaux

10 Panet, A.: *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne, Contribution à l'étude de la méthode de la reconnaissance mutuelle*, thèse, Lyon, 2014

11 Il faut bien sûr avoir conscience de tout ce que le terme de « loi » peut avoir d'excessif et de simplificateur. De plus, les évolutions présentées ont leur part d'erratisme, lié par exemple à la conjoncture politique propre à un pays donné à une époque donnée de son histoire. Dans les évolutions il n'y a en tout cas ni déterminisme (elles interviennent dans un contexte social et politique particulier), ni caractère linéaire (il peut y avoir de brusques accélérations, des points de blocage ou des changements de direction, parfois des retours en arrière, sans que, pour autant, la croissance générale soit interrompue, les évolutions prenant parfois des voies que l'on n'aurait pas imaginées au départ). Surtout il convient de se départir de toute idée de « progrès » (ce qui supposerait un jugement de valeur portées sur ces évolutions alors qu'il s'agit ici d'essayer de décrire un phénomène de la façon la plus objective possible) et de tout ce qui pourrait ressembler à une sorte de « sélection naturelle » des « bonnes lois » (d'un point de vue idéologique et/ou politique, en ce sens que triompheraient *nécessairement* les lois qui seraient les mieux adaptées aux besoins de la société) : pas de darwinisme juridique…

plus ou moins intégratifs, le système le plus « libéral » tend « naturellement » à s'imposer aux autres, soit directement, soit indirectement. Ce phénomène est particulièrement sensible lorsque ces ensembles placent aux centres de leurs préoccupation le respect des droits et libertés de l'individu : le dynamisme propre aux droits et libertés fondamentaux renforce et oriente la dynamique des normes.

On raisonnera essentiellement à partir du cas européen qui, comme on l'a souligné, est sans doute le plus significatif[12]. Dans cet espace, la dynamique des normes est portée par les méthodes utilisées par les hautes juridictions chargées de garantir les droits et libertés de l'individu et par ce que l'on serait tenté d'appeler des phénomènes de contagion.

2. Les méthodes utilisées par les juridictions chargées de garantir les droits et libertés fondamentaux.

Deux méthodes que pratique notamment la cour EDH mais que d'autres juridictions nationales (notamment les juridictions constitutionnelles) ou régionales (que l'on songe par exemple à la Cour interaméricaine des droits de l'homme) utilisent d'une façon ou d'une autres méritent une attention particulière : la méthode ou plutôt les méthodes d'interprétation dynamique d'une part, la référence au consensus d'autre part.

3. Les méthodes d'interprétation dynamique.

Pour la Cour EDH, la Convention est un instrument vivant (d'autres juridictions nationales ou internationales ont utilisé des expressions comparables pour désigner leur texte de référence : l'image canadienne d'un « arbre vivant » par exemple[13]) qui doit être interprété à la lumière des conditions d'aujourd'hui[14]. En conséquence, son interprétation doit être animée par les principes de la « société démocratique » dont se réclame la cour *i.e.* le pluralisme, l'esprit d'ouverture et la tolérance vis à vis d'idées ou de comportements qui peuvent « heurter, choquer ou inquiéter » de larges fractions de la population (selon la formule de l'arrêt Dudgeon c. Royaume-Uni[15]).

De plus, ce dynamisme interprétatif conduit la Cour à découvrir sans cesse de nouvelles dimensions aux droits et libertés garantis par la Convention : en

12 Cf. *infra*

13 Cf., dans la ligne de la théorie de « l'arbre vivant », la formule utilisée par la Cour suprême du Canada dans le Renvoi relatif au mariage entre personnes de même sexe (2004 CSC 79, (2004) 3RCS 698) : «*Notre Constitution est un arbre vivant qui, grâce à un interprétation progressiste, s'adapte et répond aux réalités de vie moderne*». Rappr. la position du CDH qui affirme que le PIDCP doit être interprété «*comme un instrument vivant et que les droits qu'il protège devraient être appliqués dans le contexte et à la lumière de la situation d'aujourd'hui*» (CDH, n°829/1998, *Judge c. Canada*, déc. 5 août 2003, req. n°7367/76).

14 Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, par. 31

15 Cour EDH, 26 octobre 1981, n°7525/76

développant par exemple les incidences du droit de toute personne au respect de son identité au titre du droit au respect de la vie privée tel que garanti par l'article 8 Conv. EDH, la Cour met dans les plateaux de la balance de nouveaux poids en faveur des droits et libertés de l'individu, forçant les Etats à donner sans cesse plus de consistance aux arguments qu'ils avancent pour justifier l'atteinte qui leur est reprochée ou démontrer son caractère proportionné au but légitime recherché. Que s'ils n'y parviennent pas, ou si leurs arguments paraissent trop légers, l'arbitrage se fera en faveur des requérants, donc de solutions plus libérales. La question de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse en est une illustration topique[16].

L'impact de cette interprétation dynamique est amplifié par la pratique de « globalisation des sources[17] », textes et jurisprudence d'origines diverses étant mis au service d'une lecture du texte de référence, ce qui sauf exception, permet d'augmenter le niveau de protection garanti. En témoignent par exemple les références que font la Cour EDH ou la CJUE à la CIDE[18], l'utilisation par la Cour EDH des sources légales et jurisprudentielles du droit de l'Union, et, réciproquement, les emprunts de la CJUE à la jurisprudence de la Cour EDH[19]. La méthode de globalisation peut conduire à mettre relation des normes qui n'appartiennent pas aux mêmes espaces : en témoigne l'utilisation réciproque de leurs jurisprudences respectives par la Cour EDH et par la Cour interaméricaine des droits de l'homme[20].

Est ainsi assuré, avec des paliers et des « sas » liés notamment à la résistance des Etats ou à l'impact que pourrait avoir l'évolution en cause sur d'autres questions sensibles, une protection toujours renforcée des droits et libertés fondamentaux, dont les implications, de plus en plus nombreuses, donnent à l'individu une liberté croissante en matière personnelle et familiale. Et même quand le législateur ou le juge n'ose pas franchir le pas, la référence à d'autres systèmes permet, en quelque sorte, de fixer la ligne d'horizon.

16 Cf. les arrêts Labassée c. France, 26 juin 2014, n°65941/11 et Mennesson c. France, 29 juin 2014, n°65192, adde Grde ch., 10 avril 2019, avis consultatif, n°P16-2018-001

17 Sur l'interprétation de la Convention à la lumière d'autres instruments internationaux, cf. not. Wachsmann, P.: "Réflexions sur l'interprétation « globalisante » de la convention européenne des droits de l'homme", in *La conscience des droits*, *Mélanges*, J.P. Costa (a cura di), Dalloz, Vanves, 2011, p. 665 s. et réf. cit.

18 Cf. par ex. les arrêts *Labassée* et *Mennesson* de la Cour EDH (préc.) qui lisent le droit de l'enfant au respect de son identité (art. 8 Conv. EDH) à la lumière de l'article 9 de la CIDE (cf. *supra*).

19 Cf. par ex. l'arrêt *Schalck et Kopf* ou l'arrêt *Oliari*, préc. Dans l'arrêt *Goodwin c. Royaume Uni*, du 11 juillet 2002, la Cour EDH, pour écarter sa jurisprudence antérieure et faire peser sur les Etats une obligation positive de reconnaître juridiquement la conversion sexuelle d'un transsexuel opéré et d'en tirer les conséquences en matière de mariage, s'était également appuyée sur l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux relatif au droit de se marier.

20 Sur les emprunts de la Cour EDH et de la CJUE à leurs jurisprudences respectives, cf. Turgis, S.: *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Pedone, Paris, 2012, *op. cit.*, spéc. p. 404 s.

On pourrait faire des remarques comparables à propos d'une autre méthode utilisée par la Cour EDH et reprise sous des formes et à des degrés divers par d'autres juridictions: la référence au consensus.

4. La référence au consensus.

L'utilisation du consensus est l'illustration par excellence d'une interaction entre les systèmes normatifs nationaux et plus généralement entre les ensembles normatifs nationaux, régionaux et internationaux. Il s'agit d'en voir ici les conséquences en matière de dynamique des normes. On raisonnera là encore à partir de l'exemple de la Cour EDH.

Dans ses décisions, la Cour EDH prend très souvent appui sur ce qui constituerait la conception « consensuelle » de la famille, commune aux Etats partis, pour justifier l'adaptation de la Convention aux changements sociaux et à l'évolution des mœurs. Par ce biais, la cour fonde une évolution (comme dans l'arrêt Marckx[21]) ou plus souvent restreint la marge de liberté laissée aux Etats[22]. Dans un cas comme dans l'autre, la solution la plus libérale s'impose.

Il en va différemment, du moins en apparence, lorsque la Cour EDH recourt à l'argument du consensus pour bloquer une évolution, au motif que le consensus fait défaut ou que se dégage un consensus négatif (comme elle l'a fait par exemple sur la question du mariage homosexuel, cf. l'arrêt Schalk et Kopf[23]). Mais qui ne voit que la référence au consensus porte en elle même la potentialité d'évolutions ultérieures, dès lors qu'un consensus « positif » se sera peu à peu formé ou que le consensus « négatif » se sera rompu ou qu'il s'inversera[24] ?

Un second facteur contribue à la « loi du libéralisme maximum » : les phénomènes de contagion

III. LES PHENOMENES DE CONTAGION.

Il ne s'agit pas seulement de constater que la présence de systèmes innovants dans le pays A pousse à la réforme le pays B (pour prendre là encore l'exemple du mariage entre personnes de même sexe, on dira : puisque les Hollandais l'on fait, puisque les Hollandais et les Belges l'ont fait, puisque les Hollandais, les Belges et les Espagnols l'ont fait…). Le phénomène de contagion n'a alors rien que de très

21 Cour EDH, 13 juin 1979, n°6833/74

22 Cf. les arrêts *Oliari c. Italie* (Cour EDH, 21 juillet 2015, req. n°18766/11 et 36030/11, D. 2015, 1646, obs. F.Sudre, ,2160, note H.Fulchiron) et *Taddeucci et McCall c. Italie*, (Cour EDH, 30 juin 2016, req. n°51362/09, JCP 2016, act. 760, obs. F. Sudre, D. 2016, p. 2100, note H. Fulchiron).

23 Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche, préc.*

24 Sudre,F.: "La mystification du « consensus européen »", *JCP*, 2015, p. 1369.

classique. De façon plus originale, il apparaît que le phénomène de contagion est induit par les interactions entre ensembles normatifs.

On pourrait, là encore, prendre l'exemple du mariage homosexuel. Imaginons un couple homosexuel néerlandais qui se marie aux Pays Bas ou un couple de Polonaises qui se marie en France. Les époux souhaitent s'installer en Pologne et s'y faire reconnaître en tant que couple marié. Conformément à un raisonnement classique, on serait tenté d'affirmer que ce mariage, quoique valablement célébré puisque les « époux » ont la nationalité d'un pays qui admet le mariage entre personnes de même sexe ou a sa résidence habituelle dans un tel Etat, ne peut produire d'effet en Pologne au motif qu'il doit être considéré comme inexistant (la catégorie « mariage » du droit polonais ne peut intégrer une forme d'union qui diffère radicalement de la définition même du mariage en droit interne) ou que l'ordre public polonais en matière internationale s'oppose à ce qu'il produise ses effets en Pologne, la Constitution polonaise affirmant le caractère hétérosexuel du mariage[25]. Mais dans un système européen tel que celui de l'UE, gouverné par le principe de libre circulation des personnes un tel barrage peut-il tenir longtemps ? La CJUE ne prétendra-t-on pas que le reconnaître une telle union, valablement célébrée dans un pays membres, ne constitue pas une entrave aux droits et libertés de reconnus aux citoyens européens, notamment à la liberté de circulation et d'établissement, les « époux européens » étant en droit d'attendre que leur mariage soit reconnu dans les autres Etats membres et produise les mêmes effets qu'un mariage « ordinaire » ? En quelque sorte, on serait tenté de dire que la construction d'un espace de libre circulation des biens et des personnes postule la libre circulation des couples homosexuels. Après une longue série d'arrêts sur le nom, de l'arrêt Garcia Avello[26] à l'arrêt Bogendorff von Wolffersdorf[27], l'arrêt Coman[28], quand bien même la CJUE prétendrait lui donner une portée limitée, a ouvert la voie à un principe général selon lequel le refus de reconnaître une situation personnelle ou familiale valablement créée dans un Etat membre, constituerait au moins potentiellement une entrave à la liberté de circulation garantie à tout citoyen européen par le Traité UE (art. 21), une telle restriction ne pouvait être justifiée, selon l'arrêt Sayn-Wittgenstein, que par des considérations liées à l'ordre public, étant entendu, affirme la cour, que « l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société ».

25 Cf. l'article 18 de la Constitution polonaise.

26 CJCE, 2 oct. 2003, aff. C-148/02, *Garcia-Avello c. Belgique*, CJCE, 14 oct. 2008, aff. C-353/06, *Grunkin-Paul,* CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-208/209, *Sayn-Wittgenstein c. Autriche,* CJUE, 2 juin 2016, *Runevic-Vardyn c. Lituanie*, 12 mai 2011, C-391/09.

27 CJUE 2 juin 2016, *N. Peter Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe, Zentraler Juristicher Dienst der Stadt Karlsruhe*, C-438/14 ; *adde* CJUE 8 juin 2017, *Freitag c. Roumanie*, C-541/15,

28 CJUE, Grde ch., 5 juin 2018, C-673/16

Les mêmes forces sont à l'œuvre au niveau de la Cour EDH : dans les arrêts Wagner et al. c. Luxembourg[29] et Négrépontis-Giannisis c. Grèce[30], la Cour semble poser, sur le fondement du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention, un principe de reconnaissance, dans les Etats membres, des situations valablement créées dans un autre pays (i.e. valablement créée au regard des normes applicables dans ce pays, qui peut d'ailleurs être un pays tiers au Conseil de l'Europe). Seules pourraient justifier un refus des raisons liées à la défense de principes essentiels du pays d'accueil.

Or, une fois « accueilli » dans un système (j'allais dire un organisme) qui lui était a priori hostile, la solution étrangère va peu à peu « s'acclimater ». Le seuil de tolérance du pays d'accueil va s'abaisser, la réaction de son ordre public s'atténuer, ce qui ne peut qu'avoir une influence sur l'évolution du droit interne : comment en effet maintenir une interdiction en droit interne si au nom du principe de reconnaissance un Etat doit abaisser internationalement le seuil de ses interdits ? D'autant que les limites de la reconnaissance sont des plus incertaines : fraude, liens de proximité, abus de droit etc., sont des instruments difficiles à manier. Seul l'ordre public pourrait permettre à un Etat de refuser la reconnaissance, mais un ordre public réduit à ses principes essentiels et cantonné par l'obligation de respecter les droits et libertés de la personne.

Particulièrement sensibles en Europe où se conjuguent les forces respectives des droits et libertés reconnus aux citoyens de l'UE et celles des droits fondamentaux garantis par la Cour EDH, les phénomènes de contagions touchent d'autres systèmes juridiques : que l'on songe là encore aux pays qui, quoiqu'hostiles au mariage entre personnes de même sexe, ont accepté de reconnaître les mariages valablement célébrés dans un autre Etat[31]. Là encore, le dynamisme des droits fondamentaux alimente la dynamique des normes.

La loi du libéralisme maximum se combine avec une autre loi, celle de la compatibilité minimum.

1. La loi de la compatibilite minimum.

Il est loin le temps où les systèmes juridiques vivaient isolés, cloisonnés, protégés les uns contre les autres par un bouclier d'ordre public international et seulement coordonnées par quelques règles de conflit. Ainsi, dans une UE, dominée par le principe de libre circulation des biens et des personnes, les systèmes s'importent

29 CEDH, 28 juin 2007, n° 76240/01, *Wagner c/ Luxembourg,*

30 CEDH, 2 mai 2011, n° 56759/08, *Negrepontis-Giannisis c/ Grèce*

31 Par exemple, le 21 décembre 2006, la High court of Justice israélienne a admis que deux israéliens de même sexe mariés au Canada en 2003 pouvaient enregistrer leur mariage en tant que tel en Israël alors même qu'Israël ne connaît pas le mariage entre personnes de même sexe.

et s'exportent, et, parfois, se concurrencent. Le constat vaut pour le droit des contrats ou le droit des sociétés comme pour le droit de la famille. De ce point de vue, la construction de l'UE induit un changement radical de perspective. Le problème n'est plus seulement de savoir si tel système juridique ou tel élément de ce système est conforme ou non à telle ou telle norme supranationale. Au sein de l'espace de l'UE, cette question se double d'une autre question : les droits et situations crées valablement dans un Etat membre peuvent-ils circuler dans d'autres Etats membres ?

Des questions comparables se posent en Europe et hors Europe sous l'influence d'autres droits et libertés : ceux qui sont garantis par les droits fondamentaux reconnus à toute personne humaine. Dès lors que des droits lui ont été reconnus dans un pays donné, peut-on les lui refuser dans un autre ? Dans ce cas, l'exigence de reconnaissance ne concerne pas seulement les pays appartenant à un même ensemble normatif : elle prend une dimension « globale ».

Or, cette exigence de reconnaissance ne va pas sans influencer le fond même du droit : les personnes circulant avec leur statut familial, leurs droits acquis, leurs espérances légitimes, des systèmes de coordination doivent être mis en place qui supposent a minima la création d'instruments de liaison, voire une certaine standardisation du droit par des normes légiférées ou jurisprudentielles, cette standardisation alimentant en retour la dynamique dont elle est le produit.

Prenons l'exemple des instruments de coordination créés dans le cadre de la construction de l'ELSJ de l'UE. Dans le grand débat sur unification, harmonisation ou coordination des droits nationaux, la place de ces instruments semble claire : il s'agirait seulement de mettre en relation des systèmes qui conservent leur identité. Mais ces instruments n'en sont pas moins des outils d'harmonisation partielle des droits, voire d'unification du droit : par les définitions communes posées dans les textes européens, par les restrictions apportées au domaine de l'ordre public (les barrières s'abaissant pour accueillir les lois et les décisions étrangères), par la reconnaissance de l'optio juris etc. Même des instruments purement techniques en apparence, comme les certificats prévus par certains règlements de l'UE pour faciliter la circulation des actes au sein de l'espace européen (en matière successorale, en matière d'enlèvement d'enfant, de droit de visite ou d'obligation alimentaire par exemple), peuvent contribuer à cette harmonisation/unification. C'est d'ailleurs ce lien entre fond du droit et instruments de liaison qui explique les difficultés auxquelles se heurte la construction au niveau de l'UE d'un règlement sur l'état civil qui dépasserait la simple technique des actes constatant cet état,

tant sont imbriquées les éléments liés à l'état de la personne et le document qui les constate[32].

Partiels, ces éléments, fussent-ils purement techniques en apparences, contribuent à une standardisation des droits. Or cette standardisation n'est pas seulement la conséquence de la dynamique des normes. Elle en est aussi une des forces de développement : d'une part en effet elle facilite la circulation ultérieure des modèles ; d'autre part, le standard peut devenir un modèle. Par là-même, la standardisation alimente le phénomène de « dynamique ». A travers les instruments communs ou à travers les modèles de référence posés, on oriente en effet les systèmes dans une perspective de réforme qui participe à la dynamique des normes par les évolutions qu'elles impliquent directement.

III. DISCUSSION AUTOUR PHENOMENE DE DYNAMIQUE DES NORMES.

Tel qu'il vient d'être présenté, le phénomène de dynamique des normes suscite un certain nombre d'interrogations. Il ne s'agit pas de porter un jugement de valeur sur une réalité qui est ce qu'elle est, mais d'en préciser la portée pour mieux en comprendre l'importance. De ce point de vue, deux questions doivent notamment être posées. S'agit-il d'un phénomène spécifiquement européen ou d'un phénomène « global » (A) ? Le phénomène serait-il doté d'un « dynamisme propre » en ce sens qu'il s'auto-alimenterait, au risque de ne plus pouvoir être vraiment contrôlé (B) ?

1. Phénomène européen ou phénomène global ?

On l'a dit, la dynamique des normes se manifeste avec une force particulière dans les pays européens, en raison du degré « d'intégration » des droits nationaux dans des ensembles régionaux (Conseil de l'Europe, Union européenne) ayant développé un système normatif qui pour des raisons juridiques (pour l'Union européenne) ou pour des raisons à la fois juridiques, politiques et symboliques (pour le Conseil de l'Europe), s'imposent aux Etats membres. L'intégration multiplie en effet les hypothèses d'interactions entre normes qui alimentent la dynamique. Combinée avec la promotion des droits fondamentaux, elle-même source d'interactions entre ensembles et systèmes normatifs, elle donne au phénomène sa pleine intensité. Mais celui-ci joue également dans d'autres régions du monde, par exemple en Amérique du Nord ou en Amérique latine. Parfois, c'est un pays, qui, dans une zone de « résistance », se laisse entraîner par cette dynamique (cf.

32 Cf. Règlement (UE) 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'union européenne…

pour le mariage entre personnes de même sexe la position de l'Afrique du Sud[33]). En ce sens, le phénomène de dynamique des normes, lié aux interactions entre systèmes normatifs, notamment dans les matières marquées par la promotion des droits et libertés fondamentaux, est bien un phénomène « global ».

Les traductions et le rythme des évolutions engendrées sont très différents dans le temps (avec, parfois, des temps de stagnation et de brusques évolutions) et dans l'espace (selon les pays et les régions du monde). Elles peuvent se heurter dans tel ou tel système national à des phénomènes de résistance, voire de rejet. A certains égards, elles risquent de contribuer à creuser les différences, au moins momentanément, entre les systèmes nationaux qui, comme les pays européens, sont au cœur de cette dynamique et les systèmes qui, centrés sur la « nationalité » de leur droit, notamment en matière familiale, restent en marge des phénomènes contemporains de régionalisation et d'internationalisation des systèmes juridiques. De plus, il est des pays dont les normes structurantes, fortement marquées par une idéologie politique morale ou religieuse, refusent une évolution de leurs règles juridiques (mais l'immobilisme de leur droit ne signifie pas que ces sociétés ne soient pas travaillées en profondeur par des évolutions sociales comparables à celles qui traversent d'autres sociétés[34]…). De ce point de vue, la dynamique des normes peut avoir à la fois un pôle « positif » (i.e. constituer une force d'évolution convergente entre systèmes), et un pôle « négatif[35] » (i.e. accentuer les ruptures entre systèmes : que l'on songe par exemple à des questions telles que le statut de la femme, l'égalité entre enfants nés en mariage ou hors mariage, le mariage entre personnes de même sexe ou l'homoparentalité). Reste à savoir si au-delà de ces divergences, la dynamique créée pourra entraîner l'ensemble des systèmes juridiques nationaux, sinon dans leurs règles, du moins dans leurs pratiques, selon une orientation commune.

2. Un phénomène doté d'un «dynamisme propre»?.

Empruntée au droit français de la responsabilité civile du fait des choses[36], l'expression « doté d'un dynamisme propre », conduit à s'interroger sur la force du phénomène et surtout sur le caractère autonome de son développement.

33 L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe par la loi du 30 novembre 2006 sur injonction de la Cour constitutionnelle, s'explique par le souci de lutter contre toutes les formes de discrimination au lendemain de l'abolition de l'apartheid.

34 Cf. Foblets, M.C.,Gaudreault-Desbiens, J.F., Dundes Renteln, A.: *Cultural Diversity and the Law*, Bruylant-Yvon Blais, Bruxelles-Montreal, 2010.

35 Les termes « positifs » et « négatifs » n'incluent aucun jugement de valeur : leur utilisation tend seulement à décrire le phénomène à travers une image

36 Cf. Malaurie,P.,Aynes, L.,Stoffel-Munck, P.: "Droit des obligations", *The Librairie générale de droit et de jurisprudence* LGDJ, 8ème éd., n°203 et réf. cit.

Porté dans l'espace européen par la conjonction de deux forces, celles de la fondamentalisation du droit et celles de la construction d'un espace juridique intégré, il peut, à bien des égards, paraître irrépressible. S'y manifesterait le « toujours plus » d'une Cour EDH « sortie de son lit ». Et ne peut-on craindre que Cour EDH et CJUE ne se laissent entraîner dans une sorte de surenchère favorisée par l'articulation entre Conv. EDH et CDFUE telle que prévue par la Charte[37] ? Or, dira-t-on, en inventant sans cesse de nouveaux droits individuels on ne fait qu'attiser les revendications égoïstes, au risque de faire exploser la cohésion sociale[38]. On risque également de remettre en cause des équilibres démocratiques déjà fragilisés par la montée en puissance du pouvoir judiciaire : les juges s'arrogeraient le pouvoir de procéder aux arbitrages qui, en principe, relèvent de la compétence des Etats et, plus profondément, des peuples à travers leurs représentants élus. La dynamique des normes constituerait ainsi un des instruments de la prise du pouvoir par les juges.

Poussant encore plus loin l'analyse, on pourrait se demander si le phénomène ne risque pas de dépasser ceux qui sont sensés le mettre en œuvre. Les forces que l'on libère de tout cadre, à travers l'interprétation dynamique ou la globalisation des sources notamment, ne sont-elles pas en train d'échapper aux juges eux-mêmes, entrainés dans une sorte de spirale ascendante de reconnaissance des droits, la reconnaissance de l'un appelant la reconnaissance de l'autre ? Les systèmes interagissant les uns avec les autres, les politiques menées par les législateurs et les juges nationaux interfèrent sans cesse avec celles que conduisent les juges supranationaux, sans que les logiques propres aux uns et aux autres soient toujours bien comprises et que les limites explicites ou implicites posées par les uns aient un sens pour les autres. L'interaction des systèmes normatifs dans un espace intégré tel que l'espace européen pris dans sa double dimension, produirait en quelque sorte une énergie que nul ne parviendrait plus à maîtriser, ni le juge, ni les Etats, ni les citoyens : l'apprenti sorcier…

De telles craintes doivent être apaisées. Tout d'abord, dans le dialogue que la Cour EDH et la CJUE développent autour des droits et libertés fondamentaux tels que garantis par la Conv. EDH et par la Charte, la CJUE fait preuve d'une grande prudence. A plusieurs reprises, les juges de Luxembourg ont affirmé que le droit de l'Union n'oblige les États membres à respecter les droits garantis par la Charte que lorsqu'ils agissent dans le champ d'application des Traités, *i.e.* lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union[39]. La Charte ne connaîtra donc pas le destin fabuleux

37 Cf. *supra*

38 Pour un rappel (critique) cf. par ex. O'Boyle, M.: "The legitimacy of Strasbourg review : time for a reality check ? ", in *La conscience du droit,* Mélanges, P. Costa (a cura di), Dalloz, Vanves, 2011, p. 489.

39 Cf. par ex. CJUE, 15 novembre 2011, aff. C-256/11, *Murat Dereci.*

de la Conv. EDH et la concurrence entre les deux instruments en est fortement limitée.

Ensuite, il faut se garder de croire que les évolutions décrites soient linéaires et moins encore inéluctables. Un instrument tel que la marge nationale d'interprétation peut servir de « joint de dilatation » permettant aux Etat d'adapter leurs droits sans renoncer à ce qu'ils considèrent comme des éléments de leur identité. En matière de reconnaissance des situations créées dans un autre Etat membre, l'exception d'ordre public, celui-ci fût-il réduit à son essence, aura une fonction comparable. Peuvent également intervenir des « systèmes de refroidissement » qui ralentissent les effets de réaction en chaîne causés par la dynamique des normes. Tel peut être le cas de la retenue dont fait preuve la Cour dans ses interventions sur un certain nombre de problèmes qui divisent profondément les Etats membres, comme le mariage entre personne de même sexe ou la gestation pour autrui : l'arrêt Paradiso Campanelli, rendu dans un contexte de GPA, est une illustration[40]. Parfois même, sur les questions de droit à la vie[41] ou de laïcité[42] par exemple, elle préfère pratiquer l'art noble de l'esquive. Contribue à canaliser les évolutions le souci de la CJUE de préserver l'autonomie du droit de l'UE vis à vis de la Cour EDH : en témoigne notamment l'avis négatif rendu par la CJUE sur l'adhésion de l'UE à la Conv. EDH[43]. Mais le système de refroidissement le plus efficace réside peut-être dans la volonté des Etats de réaffirmer leur autorité à travers, notamment, la redéfinition du principe de subsidiarité et son inscription dans le Protocole additionnel n°15[44] : lors de sa négociation, certains Etats n'ont pas fait mystère de leur intention d'user de ce texte pour faire rentrer la Cour dans son lit[45]. Plus généralement, les diverses crises que connaissent aujourd'hui les Europes pourraient contribuer au ralentissement de la dynamique des normes.

V. CONCLUSIONS.

Parler de « dynamique des normes », c'est parler par image : il s'agit seulement de mettre un nom sur un phénomène. Né de la conjonction de forces particulières

40 *Paradiso et Campanelli c. Italie*, Grde Chambre, 24 janvier 2017, n°25358/12.

41 Cf. les arrêts *SAS c. France*, du 1er juillet 2014, req. n°43835/11, sur l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, ou *Osmanglu et Kocabas c. Suisse*, 10 janvier 2017, sur l'obligation pour les filles mineures scolarisées dans un établissement cantonal de suivre les cours de natation mixte.

42 Cf. l'arrêt *Schalk et Kopf*, préc., dans lequel la Cour ayant statué sur l'absence de violation au regard de l'article 12 (droit de se marier et de fonder une famille) invoque l'exigence d'une lecture cohérente de la convention pour ne pas se prononcer sur l'essentiel, *i.e.* l'existence éventuelle d'une discrimination sur le fondement des articles 8 et 14.

43 Avis du 18 décembre 2014, préc.

44 Sur le protocole n°15, cf. Maliverni, G.: "Le protocole n°15 à la convention européenne de droits de l'homme", *Reveue, trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, p. 51. Sudre, F.: "La subsidiarité, nouvelle frontière de la Cour EDH ? ", *JCP G.*, 2013, p. 1086.

45 Cf. *La réforme de la Convention EDH : Interlaken, Izmir, Brighton et au delà*, 2014, publication disponible sur le site de la Cour EDH.

à un moment donné et dans un contexte juridique, politique et idéologique particulier, il peut prendre des formes multiples et, surtout, se développer à un rythme et avec une intensité très différents. Il revêt une dimension particulière en Europe parce que, comme on l'a souligné, s'y conjuguent les forces combinées de l'intégration politique et juridique portée par l'UE d'une part, et de la promotion par la Cour EDH des droits fondamentaux d'autre part : la rencontre de ces deux forces, leur articulation à travers les textes (cf. la Charte de l'UE) et le dialogue des juges, alimentent la dynamique. Dans d'autres pays, il peut se développer de façon plus discrète ou ne se traduire que dans des domaines particuliers (ceux des droits de la femme ou des droits de l'enfant par exemple). Il n'est reste pas moins qu'il s'agit bien d'un phénomène général dont il est encore difficile de mesurer les conséquences.

Phénomène marquant du droit contemporain, la « dynamique des normes » constitue peut-être une des caractéristiques d'un monde juridique « globalisé ».

BIBLIOGRAPHIE

Berge, J.S.: *Les ordres juridiques* (avec S. Romano et J.S. Berge), 2015.

Bonnet, B.: " Repenser les rapports entre ordres juridiques", *The Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 2013.

Bonnet, B.: "Traité des rapports entre ordres juridiques", *The Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 2016.

Carbonnier, J.:" Droit et passion du droit sous la Vème République", Flammarion, Paris 1996, p. 47.

Delmas-Marty, M.: *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.

Dubout,E.,Touze,S.: *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pédone, Paris, 2010.

Foblets,M.C., Gaudreault -Desbiens, J.F., Dundes Renteln, A.: *Cultural Diversity and the Law*, Bruylant-Yvon Blais, Bruxelles-Montreal, 2010.

Fulchiron,H., Bidaud-Garon, C. : *Vers un droit européen de la famille*, Dalloz, Vanves, 2014.

Malaurie,P.,Aynes,L.,Stoffel-Munck,P.: "Droit des obligations", The Librairie générale de droit et de jurisprudence LGDJ, 8ème éd., n°203.

Malinverni, G.: "Le protocole n°15 à la convention européenne de droits de l'homme", *Reveue, trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, p. 51.

Meulders-Klein,M.T.: " Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? ", *La personne, la famille et le droit*, Bruylant, 1999, p. 495 s.

O'boyle, M.: "The legitimacy of Strasbourg review : time for a reality check ?", in *La conscience du droit,* Mélanges, P. Costa (a cura di), Dalloz, Vanves, 2011, p. 489.

Panet, A.: *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne, Contribution à l'étude de la méthode de la reconnaissance mutuelle*, thèse, Lyon, 2014.

Sudre, F. : "La mystification du « consensus européen »", *JCP*, 2015, p. 1369.

Sudre, F.: "La subsidiarité, nouvelle frontière de la Cour EDH ? ", *JCP G.*, 2013, p. 1086.

SUDRE, F.: *La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale*, Bruylant, Bruxelles, 2002.

SUDRE,F.: *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme,* Bruylant, Bruxelles, 2002.

TURGIS, S.: *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Pedone, Paris, 2012, p. 404 ss.

WACHSMANN,P.: "Réflexions sur l'interprétation « globalisante » de la convention européenne des droits de l'homme", in *La conscience des droits*, *Mélanges*, J.P. COSTA (a cura di), Dalloz, Vanves, 2011, p. 665 ss.

L'INTERPRETE DI FRONTE ALLA RIFORMA DEL TERZO SETTORE

THE INTERPRETER FACED WITH THE REFORM OF THE THIRD SECTOR

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 260-269

Andrea
FUSARO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Con la legge 6 giugno 2016, n. 106 (Codice del terzo settore) il legislatore italiano ha riordinato e rivisto organicamente la disciplina degli Enti del Terzo settore (ETS), compresa quella tributaria. Il Codice definisce gli ETS, individuandone lo scopo perseguito, e li modella prevalentemente sugli schemi delle associazioni e delle fondazioni. I commentatori non hanno mancato di sottolineare le lacune e le contraddizioni del testo normativo, nato prematuro e in assenza della riforma codicistica auspicata: nella ricostruzione della disciplina e nella soluzione dei dubbi ermeneutici sollevati riveste quindi fondamentale importanza il ruolo dell'interprete.

PALABRAS CLAVE: Enti del Terzo settore; codice del terzo settore; interpretazione

ABSTRACT: *The Italian law of June, 6th 2016, n. 106 (Third Sector Code) has deeply reformed the Third Sector's Entities' legal framework, included the tax law sector. The Code defines the Third Sector's Entities, identifying their aim, and basing their discipline on the example of the associations and foundations. Legal scholars have already underlined some inconsistencies of the Code, promulgated too early and without the desired reform of the civil code: therefore, the interpreter has a central role in solving these hermeneutical issues.*

KEY WORDS: *Third Sector's Entities; third sector code; interpretation.*

SUMARIO.- I. LA RIFORMA.- II. GLI ETS.- III. I MODELLI DI RIFERIMENTO.- IV. L'INTERPRETAZIONE ORIENTATA ALLE CONSEGUENZE.- V. SPUNTI METODOLOGICI.

I. LA RIFORMA.

La legge 6 giugno 2016, n. 106 ha previsto il riordino e la revisione organica - mediante la redazione di un apposito Codice - della disciplina speciale e delle altre disposizioni vigenti relative agli enti del Terzo settore, inclusa la disciplina tributaria. Il Codice del Terzo Settore è stato adottato con il decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, il quale in apertura enuncia l'obiettivo di "sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa" (art. 1)[1].

I principi generali sono fissati attraverso il riconoscimento del valore e della funzione sociale "degli enti del Terzo settore, dell'associazionismo, dell'attività di volontariato e della cultura e pratica del dono quali espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo", di cui "è promosso lo sviluppo salvaguardandone la spontaneità ed autonomia, e ne è favorito l'apporto originale per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale" (art. 2).

A termini dell'art. 40, primo comma, d.lgs. 117/2017 "le imprese sociali sono disciplinate dal decreto legislativo recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale". Con il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112 è stata adottata la "Revisione della disciplina in materia di impresa sociale", il cui primo articolo dispone che "Possono acquisire la qualifica di impresa sociale tutti gli enti privati, inclusi quelli costituiti nelle forme del libro V del codice civile, che esercitano in via stabile e principale un'attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, adottando modalità di gestione responsabili e trasparenti e favorendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alle loro attività".

1 Avevo riepilogato le linee della riforma in Fusaro, A.: "L'autonomia organizzativa negli Enti del Terzo Settore": in P. Sirena e A. Zoppini (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, Roma, Tre Press, 2018, pp. 41 ss.; Fusaro, A.: "La revisione della disciplina degli Enti del libro primo del codice civile", *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1358; Fusaro, A.: "Spunti per un'ermeneutica della Riforma del Terzo settore e dell'Impresa sociale", *Federalismi.it*, 2020, n. 10, pp. 229 ss. Doveroso citare le pagine di Bianca, M. C.: "Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore", *Rivista ODC*, 2019.

• Andrea Fusaro
Ordinario di diritto privato comparato, Universitá di Genova, E-mail: andrea.fusaro@unige.it

Il perimetro applicativo delle disposizioni del d.lgs. 117/2017 è esteso alle "categorie di enti del Terzo settore che hanno una disciplina particolare", purché non derogate e "in quanto compatibili" (art. 3). Per quanto non previsto dal Codice, agli enti del Terzo settore si applicano le norme del Codice civile e le relative disposizioni di attuazione.

L'estensione delle regole dettate per associazioni e fondazioni a tutti gli ETS costituiti in tali forme determina la comunanza della disciplina contenuta negli artt. 20-31, la quale integra - e sostituisce - le disposizioni del libro primo attraverso l'innesto di molte regole societarie. I richiami ad articoli del libro quinto sono particolarmente numerosi in tema di amministrazione, controllo e revisione legale dei conti.

II. GLI ETS.

La connotazione dell'ETS è affidata al duplice requisito dello scopo prefisso e dell'attività svolta: il primo è identificato nel "perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale" (art. 5); il secondo è fatto consistere nell'esercizio "in via esclusiva o principale" di "una o più attività di interesse generale".

Sono considerate di interesse generale, se "svolte in conformità alle norme particolari che ne disciplinano l'esercizio", le attività indicate al primo comma dell'art. 5, attraverso un elenco solo in parte coincidente con quello dell'impresa sociale. A fianco di queste ne sono consentite altre (art. 6), alla duplice condizione che "l'atto costitutivo o lo statuto lo consentano" e siano "secondarie e strumentali rispetto alle attività di interesse generale".

La preclusione dello scopo di lucro soggettivo trova disciplina a fianco della destinazione del patrimonio, in virtù della comune previsione. Quale realizzazione di tale precetto è presentato (al secondo comma) il divieto della "distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominate a fondatori, associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di ogni altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto associativo". Al terzo comma sono indicate le ipotesi di "distribuzione indiretta di utili", recuperando le indicazioni dettate da previgenti disposizioni della legislazione speciale in materia. L'esclusione circa la distribuzione di utili ha visto spesso abbinate prescrizioni circa la devoluzione del patrimonio in caso di scioglimento e questo testo ha fatto tesoro dei precedenti. Si collega al divieto del lucro soggettivo la previsione - nel Codice sistemata più avanti - relativa al trattamento economico e normativo dei dipendenti.

III. I MODELLI DI RIFERIMENTO.

La sagoma degli Enti del Terzo Settore è tendenzialmente modellata sugli schemi consolidati di associazioni e fondazioni, salvo varianti ove si trovano perlopiù rispecchiate le acquisizioni della prassi, mentre talora sono inedite. L'analisi porta allo scoperto la variegata ispirazione del testo e segnala come esso sia a volte allineato alle categorie, a volte invece refrattario nei loro confronti.

La disciplina dettata in ordine agli statuti ora si mostra rispondente alla sedimentazione interpretativa maturata a margine dei modelli offerti dal codice civile e dalla legislazione in materia, ora invece esibisce scelte innovative. I commenti ai decreti legislativi 112 e 117 del 2017 ne hanno denunciato lacune e contraddizioni, come c'era da attendersi, considerando che i lavori hanno dovuto concludersi in anticipo rispetto ai tempi preventivati, in ragione della caduta del Governo investito dalla delega, quindi impedendo la rifinitura del testo. All'interprete compete confrontarsi con una legislazione nata prematura, inoltre non supportata dal codice civile ammodernato, essendo rimasto inattuato tale segmento[2].

Occorre individuare il canone ermeneutico raccomandabile verso un articolato qui e là ancora bisognoso di una finale revisione linguistica e concettuale, definire il peso da assegnare a discontinuità intermittenti rispetto alla tradizione, mettendo in conto il rischio di disattenzioni, quale sembra intravedersi nella disposizione di apertura del d.l. 112/2017 che riferisce l'esclusione della finalità lucrativa all'attività esercitata anziché allo scopo dell'ente che la conduce, esibendo una prospettiva sfasata rispetto non solo alla tradizione risalente[3], ma allo stesso quadro normativo, che in nessun altro luogo mostra l'intenzione di sovvertire la distinzione tra lucro soggettivo e oggettivo.

Com'è ovvio, la svalutazione del dettato normativo non può, tuttavia, diventare il canone ermeneutico dominante. Lo si constata, tra l'altro, a proposito della messa a punto della fisionomia della Aps e della conseguente distinzione dalla Odv, laddove emerge la persuasività sul piano teleologico degli esiti attinti attraverso l'interpretazione letterale. La questione si appunta sui contorni della Aps, che una tesi intenderebbe caratterizzata specularmente rispetto alla Odv quanto ai destinatari dell'attività, nel senso che dovrebbe intendersi rivolta prevalentemente agli associati. Si tratta di un'interpretazione additiva, sfornita di supporto testuale, dal momento che l'art. 35 d. l. vo. 117/2017 tra i destinatari annovera i terzi a fianco "dei propri associati o delle persone aderenti agli enti associati, di loro familiari",

2 Avevo considerato gli inconvenienti conseguiti al mancato esercizio della delega in ordine all'ammodernamento del codice (fatta eccezione per l'inserimento dell'art. 42 bis) nel contributo Fusaro, A.: "Attuazione o correzione della riforma degli enti del terzo settore?", *Pol. Dir.*, 4, 2019, p. 673 ss.

3 Quale avevo riepilogato a suo tempo nel lavoro giovanile Fusaro, A.: "Il lucro nelle associazioni", *Riv., crit. dir. priv.*, 1989, p. 221 ss.

senza ordine di priorità[4]; nondimeno quella posizione ritiene che per simmetria con l'art.32 d. l. vo. 117/2017 si debba replicare la "prevalenza" e per individuare un criterio distintivo rispetto alla Odv vada intesa in maniera speculare, così da pretendere che destinatari siano prevalentemente i propri associati. Del resto, si aggiunge, l'attività verso terzi nelle Aps non potrebbe essere esclusiva, altrimenti non si coglierebbe la differenza con le Odv[5].

Neppure tale caratterizzazione è ascrivibile alla storia della Aps, mancando nella legge 383 /2000, che era stata concepita in termini ecumenici. Una cosa è la ODV, che rispetto al vecchio regime (dove si parlava si solidarietà e quindi tradotto con terzietà) si è aperto agli associati, altra la APS che non ha cambiato alcuna caratteristica, ma è trasmigrata nel Cts con pregi e difetti della legge abrogata.

IV. L'INTERPRETAZIONE ORIENTATA ALLE CONSEGUENZE.

Come illustri filosofi del diritto hanno rimarcato, la farraginosità e l'oscurità della legislazione esaltano il ruolo dei commentatori, che si trovano a usufruire di una discrezionalità superiore rispetto all'ordinario[6]. Occorre chiarire se, in assenza di precisi indici normativi, tali caratteristiche valgono anche a legittimare l'abbandono delle convinzioni maggiormente condivise in dottrina e in giurisprudenza; si pensi all'assunto circa l'identità del tipo di tutte le associazioni, che siano prive oppure fornite di personalità giuridica[7], al cui ripudio segue la configurazione dell'ottenuto riconoscimento quale trasformazione, conclusione che viene talora confortata attraverso una sfumatura del testo dell'art. 42 bis c.c.[8]. Il buon senso suggerisce di ridurre le stravaganze di cui non si colga alcuna logica, tuttavia è ovvia l'arbitrarietà della valutazione[9].

L'aspirazione a esaltare la portata innovativa della riforma conduce talora a riportare alla luce, non sempre con consapevolezza storica, antiche teorie quale la

4 La prevalenza è citata solo in relazione alla modalità di prestazione volontaria dei propri aderenti.

5 Questa linea sarebbe condivisa al Ministero, ma non se ne trova traccia nelle note e nelle Circolari ministeriali; nella Circolare 20/2018 si invita semplicemente a specificare la categoria dei beneficiari.

6 Tarello, G.: *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, opera mirabile che combinava avvedutezza teorica e ragione storica.

7 In tema Bianca, M. C.: *Diritto Civile. La norma giuridica. I soggetti*, 1, Milano, Giuffrè, 2002, p. 380.

8 L'allusione è diretta alla nota questione circa il perimetro di operatività dell'art. 42 bis c.c. cui ho accennato nel saggio Fusaro, A.: "Trasformazione, fusione, scissione degli enti del libro primo e degli ETS", *Riv. not.*, 2018, n.1, p. 7 ss.

9 Come osserva Marra, R.: "Filosofia del diritto e scienza giuridica", *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2016, 1, p. 55 ss. sull'interpretazione, dopo Giovanni Tarello, la filosofia del diritto vede una sostanziale divisione di campo tra due indirizzi: uno ermeneutico che si rifà a H. G. Gadamer, i cui rappresentanti principali sono Viola, F. e Zaccaria, G.: *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, p.1999, e Pastore, B., Zaccaria, G. e Viola, F.: *Le ragioni del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2017; un altro analitico, al cui interno si segnalano Luzzati, C.: *Del giurista interprete*, Torino, Giappichelli, 2016 e Pino, G.: *Interpretazione e crisi delle fonti*, Modena, Mucchi, 2014.

veneranda concezione che nella prima metà del secolo scorso legava associazioni e cooperative[10]; altra volta a mettere da parte impostazioni ormai consolidate[11].

Sembrerebbe legittimarsi ampiamente l'interpretazione orientata alle conseguenze, la quale tuttavia non è consueta per la nostra mentalità formalista, che è maggiormente rassicurata dalla fedeltà alla lettera della legge, dall'analogia *legis* oppure *iuris*. Ad esempio, l'attribuzione di significato all'art. 22, 1' c, d.lgs. 117/2017, circa l'assegnazione del controllo per l'attribuzione della personalità giuridica agli ETS è rimasta a lungo contesa tra opposte tesi (che guardano l'una alla concentrazione in capo al notaio, l'altra alla sopravvivenza dell'apparato predisposto dal d.p.r. 361/2000), polarizzate anche quanto al tenore degli argomenti che le supportano, il diverso ossequio al dettato normativo[12] rivestendo peso superiore rispetto alla considerazione degli inconvenienti collegati alla duplicazione dei controlli.

V. SPUNTI METODOLOGICI.

Merita adesione il competente suggerimento rivolto all'elaborazione in ogni ambito di criteri differenziati di "successo interpretativo" che non sono facilmente esportabili in altri settori, per intendere che uno studioso di diritto civile interpreta in modo profondamente diverso dai tributaristi e consentire circa la fondatezza di questo assetto[13].

Ogni qualvolta un angolo del diritto privato viene sottoposto ad accurato scandaglio affiora l'enorme complessità interna e la smisurata varietà dei "codici interpretativi"[14]. Nel Terzo settore non entrano in gioco solo aspetti di diritto privato[15], ma occorre fare i conti anche con aspetti di diritto tributario, amministrativo, comunitario e via dicendo[16]; è inevitabile consumare il tentativo di

10 La celebre posizione di Ascarelli, T.: "Cooperativa e società. Concettualismo giuridico e magia delle parole", *Riv. soc.*, 1957, p. 397 (personalmente l'avevo ripresa nella monografia Fusaro, A.: *L'associazione non riconosciuta: modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padova, Cedam, 1990).

11 L'allusione è diretta, tra l'altro, al ricordato assunto circa l'identità del tipo delle associazioni.

12 L'inserimento del comma 1 bis nell'art 22 d.lgs. 117/2017 ha realizzato un'opportuna correzione interpretativa rivolta ad accorpare in capo all' Ufficio Ets il controllo sul conseguimento della personalità giuridica, estromettendo l'ufficio regionale o prefettizio, risparmiando le navette ed evitando il rischio di contrasto di valutazioni, quale si sono ingenerate nel periodo transitorio

13 Si segnalano Luzzati, C.: *Del giurista interprete*, cit.

14 Come li chiama Chiassoni, P.: *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007.

15 Altro è chiedersi se esiste ancora un diritto privato e quale consistenza abbia, questione sulla quale si rinvia a Zoppini, A.: *Il diritto privato e i sui confini*, Il Mulino, Bologna, 2020

16 Luzzati, C.: *Del giurista interprete*, cit., osserva che è scomparsa quella grande semplificazione che era l'idea di codice celebrata da Natalino Irti. L'unità sistematica non è più assicurata a priori. Le leggi speciali incombono e diventa arduo «metter ordine al gran disordine», come recitano i versi del Matrimonio segreto del Cimarosa, che Giulio Scarpelli citava volentieri. La grande tentazione è servirsi dei princìpi costituzionali. Ma, come sappiamo, la Costituzione è un enorme magazzino/calderone di princìpi bilanciabili in cui si trova tutto e il contrario di tutto. La sensazione è che dovremo sempre di più fare i conti col disordine e che ci andrà ancora bene se riusciremo a trovare/stabilire qualche ordine locale mediante i ragionamenti

conciliare i divaricati criteri ermeneutici informati a un diverso grado di fedeltà al lessico del legislatore (notoriamente massimo in ambito tributario).

Altre volte sarebbe opportuno attenersi più al testo e ad un'interpretazione teleologica della norma che sia rispettosa della volontà del legislatore (seppur delegato). Una cosa è la ODV che rispetto al vecchio regime (dove si parlava si solidarietà e quindi tradotto con terzietà) si è giustamente aperto ai soci.

Altra è la APS che non ha cambiato nessuna delle sue caratteristiche, tanto è vero che pregi e difetti della 383 sono stati trasferiti nel Codice. La prevalenza è citata solo in relazione alla modalità di prestazione volontaria dei propri aderenti.

Il Codice del Terzo Settore esibisce segmenti in cui l'intera sistematica è fuori fuoco e dove è talora verificabile la cattiva riuscita delle tecniche formalistiche di costruzione della fattispecie. Non è, tuttavia, agevole individuare un approccio differente, vista anche la duttilità dei princìpi[17]. In ogni caso, partendo dal presupposto che c'è differenza fra un'interpretazione creativa e una eversiva e dall'idea parallela che non ci può essere un'autentica fedeltà a un legislatore che non è stato messo in grado di tirare a lucido il suo lavoro, si tratta di prendere atto che qui si presentano spesso più soluzioni esegetiche alternative. Laddove non si creda nel mito dell'unica "soluzione giusta", ci si attesta a metà tra l'ambigua dimensione del *de iure condito* e l'altrettanto ambigua dimensione del *de iure condendo*, presentando le scelte per quello che sono, le faccia l'interprete oppure il futuro legislatore[18].

In definitiva, all'interprete si raccomanda di non nascondere i dubbi e di mostrare una serie di ricostruzioni alternative, valutandone i pro e i contra ed esprimendo apertamente le preferenze.

dei giuristi (era l'idea del libro di Gentili, A.: *Il diritto come discorso*, 2013, che, ammessa la creatività, cercava di evitare il libertinaggio argomentativo, come lo chiamava). Del resto, sempre sostiene Luzzati, C.: *Del giurista interprete*, cit., dovremmo farla finita con la questione scontata se nell'interpretazione si sia creativi. Il problema che dovrebbe essere messo all'ordine del giorno è ormai quello del «buon uso della creatività dei giuristi» (lo storico Vidal Naquet scrisse su Giuseppe Flavio un libro dal titolo geniale: Du Bon usage de la trahison).

17 Preziose notazioni sono reperibili nell'ultimo capitolo di Luzzati, C.: *L'interprete e il legislatore*, Milano, Giuffrè, 2000.

18 Luzzati, C.: *Del giurista interprete*, cit, prosegue sottolineando quanto sia importante la retorica con cui si presentano i problemi, quasi altrettanto importante quanto le soluzioni proposte.

BIBLIOGRAFIA

Ascarelli, T.: "Cooperativa e società. Concettualismo giuridico e magia delle parole", *Riv. soc.*, 1957, p. 397.

Bianca, M. C.: "Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore", *Rivista ODC*, 2019.

Bianca, M. C.: *Diritto Civile. La norma giuridica. I soggetti*, 1, Milano, Giuffrè, 2002.

Chiassoni, P.: *Tecnica dell'intepretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007.

Fusaro, A.: "Attuazione o correzione della riforma degli enti del terzo settore?", *Pol. Dir.*, 4, 2019, pp. 673 ss.

Fusaro, A.: "Il ucro nelle associazioni", *Riv., crit. dir. priv.*, 1989, p. 221 ss.

Fusaro, A.: "L'autonomia organizzativa negli Enti del Terzo Settore": in P. Sirena e A. Zoppini (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, Roma, Tre Press, 2018, pp. 41 ss.

Fusaro, A.: "La revisione della disciplina degli Enti del libro primo del codice civile", *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1358.

Fusaro, A.: "La riforma del diritto societario letta attraverso gli occhiali del notaio", *Riv. dir. priv.*, 2004, pp. 467 ss.

Fusaro, A.: "Spunti per un'ermeneutica della Riforma del Terzo settore e dell'Impresa sociale", *Federalismi.it*, 2020, n. 10, pp. 229 ss.

Fusaro, A.: "Trasformazione, fusione, scissione degli enti del libro primo e degli ETS", *Riv. not.*, 2018, n.1, pp. 7 ss.

Fusaro, A.: *L'associazione non riconosciuta: modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padova, Cedam, 1990.

Gentili, A.: *Il diritto come discorso*, 2013.

Luzzati, C.: *Del giurista interprete*, Torino, Giappichelli, 2016.

Luzzati, C.: *L'interprete e il legislatore*, Milano, Giuffrè, 2000.

Marra, R.: "Filosofia del diritto e scienza giuridica", *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2016, 1, p. 55 ss.

Pastore, B., Zaccaria, G. e Viola, F.: *Le ragioni del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2017.

Pino, G.: *Interpretazione e crisi delle fonti*, Modena, Mucchi, 2014.

Tarello, G.: *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.

Viola, F. e Zaccaria, G.: *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

Zoppini, A.: *Il diritto privato e i sui confini*, Il Mulino, Bologna, 2020.

SPIGOLATURE IN TEMA DI CIRCOLAZIONE DEI BENI E PUBBLICITÀ, NELLA DICHIARAZIONE DI MORTE PRESUNTA

CONSIDERATIONS ON THE CIRCULATION OF GOODS AND PUBLICITY IN THE DECLARATION OF PRESUMED DEATH

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 270-297

Emanuela
GIACOBBE

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de junio de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Nell'ambito delle vicende del soggetto, profilo particolare del quale gli ordinamenti tutti si sono, in un modo o nell'altro, occupati, riguarda la incertezza circa le sorti del medesimo. Il legislatore del 1942, discostandosi in parte dalla tradizione precedente, ha deciso di superare la situazione di incertezza creata dalla scomparsa di un soggetto accompagnata dal perdurare della carenza di notizie, attraverso la dichiarazione di morte presunta del soggetto, con cui si pone fine alla persona della quale, per un lasso di tempo dato, si ignora l'esistenza. Obiettivo dell'indagine è verificare la incidenza della dichiarazione di morte presunta, e dell'eventuale ritorno del soggetto di cui fu dichiarata la morte presunta, sulla circolazione dei beni ed il relativo sistema di pubblicità.

PALABRAS CLAVE: Morte presunta; successione; eredità; ritorno; restituire; recuperare. trascrizione.

ABSTRACT: *In the context of a person's events, a particular aspect that all legal systems have dealt with in one way or another concerns uncertainty on the person's fate. In 1942 Italy's legislator, partly departing from the previous tradition, decided to overcome the situation of uncertainty created by the disappearance of a person accompanied by a continuous lack of information, by declaring the person's presumed death. The declaration puts an end to a person whose existence has been unknown for a given period of time. The aim of this work is to verify the effect of the declaration of presumed death. It further examines the implications of an eventual reappearance of the person whose death was declared, of the circulation of assets and of the related system of publicity.*

KEY WORDS: *Presumed death; succession; inheritance; return; regaining; transcription.*

SUMARIO.- I. PREMESSA.- II. DICHIARAZIONE DI MORTE PRESUNTA, APERTURA DELLA SUCCESSIONE ED ACQUISTO DELL'EREDITÀ.- III. LA TRASCRIZIONE DELL'ACQUISTO.- IV. IL RITORNO DEL MORTO PRESUNTO.- V. IL RECUPERO DEI BENI E LA PUBBLICITÀ.

I. PREMESSA.

Un soggetto scompare, e non dà più notizie di sé. Il nostro legislatore, come è noto, regolamenta le vicende tutte che si ricollegano a tale evenienza tramite gli istituti della scomparsa, dichiarazione di assenza e dichiarazione di morte presunta, di cui agli artt. 48 ss. cod. civ.

Scomparsa ed assenza potevano considerarsi istituti di solida sperimentazione in un sistema, come il nostro, di derivazione francese, laddove la dichiarazione di morte presunta venne dal codice del 1942 introdotta *ex novo,* essendo sconosciuta alle previgenti codificazioni di matrice francese[1]. Nuovo l'istituto, ma non le esigenze al medesimo sottese, che, in via di estrema sintesi, possono individuarsi nella volontà di preservare la prevalenza dell'interesse alla circolazione dei beni rispetto all'interesse dell'assente o mancante, nella convinzione che l'utilità pubblica dovesse prevalere sull'interesse privato[2].

Scomparso un soggetto, pertanto, ove ve ne sia bisogno, potrà nominarsi, ex art. 48 cod. civ., un curatore al fine di conservare, e preservare, il di lui patrimonio. Trascorsi due anni, nel perdurare della mancanza di notizie, si può pervenire, ex art. 49 cod. civ., alla di lui dichiarazione di assenza, al fine di consentire che dati soggetti, di cui al comma 2 art. 50 cod. civ., siano immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente.

La posizione di detti soggetti, in relazione all'esigenza di fondo dalla quale si sono prese le mosse, non può considerarsi, però, ottimale, essendo essi abilitati a godere dei beni, ma non a disporne ex artt. 52 ss. cod. civ.

1 Diversa impostazione si rinveniva nel codice civile generale austriaco che, ai §§ 24, 112 e 277 disciplinava la dichiarazione di morte, senza peraltro formalizzare la situazione di assenza; *cfr.* Ellinger J.: *Manuale del diritto civile austriaco,* ver. it. Rotondi, I, Antonio Arzione, Milano, 1853, pp. 61 ss.; Martinez D.: *Al codice civile austriaco. Spiegazioni*, I, Ranieri Fanfani, Milano, 1823, pp. 188 ss.; Winiwarter G.: *Il diritto civile austriaco*, ver. it. Callegari, I, Giuseppe Antonelli, Venezia, 1837, pp.144 ss.

2 *Cfr.* Baudana Vaccolini C.: *Commento al codice civile del Regno d'Italia*, I.2, Salviucci, Roma, 1872, pp. 847 ss.; Borsari L.: *Commentario al codice civile italiano*, I, unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, Napoli, 1871, p. 247; Bianchi F. S.: *Codice civile italiano,* IV, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1890, pp. 982 ss.; Plasman L. C.: *Code et traité des absents*, I, Videco, Delamotte, Paris, 1841, p. 232; De Moly A.G.: *Traité des absents*, Durand, Paris, 1844, p. 543; Talandier F.: *Nouveau traité des absens*, Th. Marmignon, Limonges,1831, pp. 228 ss.

• Emanuela Giacobbe
Professore Ordinario di diritto privato, LUMSA (Sede Roma). E-mail: giacoema@libero.it.

Proprio - o anche - al fine di superare tale ibrida condizione, il legislatore del 1942 introdusse la dichiarazione di morte presunta, attraverso la quale, trascorso il lasso di tempo richiesto ora dall'art. 58 ora dall'art. 60 cod. civ., del soggetto di cui non si abbiano più notizie viene decretata la fine[3].

II. DICHIARAZIONE DI MORTE PRESUNTA, APERTURA DELLA SUCCESSIONE ED ACQUISTO DELL'EREDITÀ.

Effetto necessitato, ed implicito, della statuizione della fine del soggetto è la apertura della sua successione[4]. Apertasi la successione per causa di morte, la eredità viene offerta, secondo indicazioni di carattere generale, a determinati soggetti, i quali la acquisteranno, assumendo la veste di eredi, attraverso la accettazione, secondo quanto in termini generali prevedono gli artt. 459 ss. cod. civ.

Nel contesto degli effetti della dichiarazione di morte presunta, tuttavia, il legislatore ha omesso di chiarire attraverso quale meccanismo i successibili acquistino i beni offerti loro. L'art. 63 cod. civ. si limita, infatti, a statuire che divenuta eseguibile la sentenza – che dichiara la morte presunta - coloro che ottennero l'immissione, o i loro successori, possano disporre liberamente dei beni, mentre con l'art. 64 cod. civ. si specifica che se non vi sia stata immissione nel possesso temporaneo dei beni, gli aventi diritto indicati nei capoversi dell'articolo 50 cod. civ., o i loro successori, conseguono il pieno esercizio dei diritti loro spettanti.

La formulazione delle riportate disposizioni ha fatto pensare, ad una parte della dottrina[5], che la mancata indicazione della modalità acquisitiva dell'"eredità", nella evenienza di cui all'art. 63 cod. civ., sia dovuta al fatto che l'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente "surroga la necessità di accettazione dell'eredità, sicché coloro che beneficiano della immissione non potranno nemmeno rinunciare all'eredità stessa". Si viene, implicitamente, ad ipotizzare che vi sia una differenza sostanziale nell'acquisto dell'eredità, tra le fattispecie di cui, rispettivamente, all'art. 63 ed all'art. 64 cod. civ.[6]

3 Discusso se si sia in presenza di un "succedaneo" dell'accertamento della morte, come affermato da *Cfr.* Zatti P.: "Valutazione di probabilità e di opportunità nella dichiarazione di morte presunta", *Rivista trimestrale diritto e procedura civile,*1970, p. 1267, ovvero di una modalità di accertamento indiretto della morte, come ritenuto da Giorgianni M.: *La dichiarazione di morte presunta*, Giuffrè, Milano, 1943, rist. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1978, pp. 97 ss. e pp. 224 ss.

4 Affermazione, codesta, che può considerarsi sufficientemente consolidata; cfr. Giorgianni M.: *La dichiarazione di morte presunta,* cit., pp. 25 ss. e 35 ss.; Carresi F.: "La dichiarazione di morte presunta", *Rivista di diritto civile*,1968, I, p. 353; Barillario D.: *Della dichiarazione di morte presunta*, in AA.VV.: *Commentario del codice civile*, (diretto da A. Scialoja, G. Branca), Zanichelli, Il Foro italiano, Bologna, Roma, 1970, pp. 365; Esu M.: *L'assenza e la dichiarazione di morte presunta*, in AA.VV. *Trattato di diritto privato*, 2 (diretto da P. Rescigno), Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1982, p. 477 ss.

5 *Cfr.* Castellano P.: *La successione a causa di morte*, in AA.VV. *Successioni* e *donazioni*, (a cura di Fava), Giuffré, Milano, 2017, p. 28.

6 Per l'ipotesi e la critica alla medesima Barillario D.: *Della dichiarazione di morte presunta,* cit., p. 372.

Apparentemente, tale ricostruzione si mostra supportata proprio dal tenore letterale dell'art. 63 cod. civ., il cui comma 1 potrebbe essere letto nel senso di ricollegare automaticamente la libera disponibilità dei beni alla sentenza che dichiara la morte presunta, senza necessità di alcun – ulteriore – apporto volitivo da parte degli immessi in possesso, laddove il riferimento al conseguire il libero esercizio dei propri diritti, di cui all'art. 64 cod. civ, sarebbe meno significativo sotto questo profilo.

Ciò nonpertanto, tale ricostruzione può essere accolta, presentando non pochi profili di perplessità. Si deve, in primo luogo, considerare che la dichiarazione di assenza non apre – neanche provvisoriamente - la successione[7], la immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente non venendo configurata alla stessa stregua di una aggiudicazione, ancorché provvisionale, dell'eredità[8]. Richiedere, o non richiedere, la immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, oltre tutto, è una facoltà rimessa alla libera scelta del soggetto, di modo che, come si ricava dal coordinato disposto degli artt. 50 e 55 cod. civ., ove colui che sarebbe stato il primo chiamato non abbia richiesto, per qualsivoglia ragione, di essere immesso in possesso, l'immissione potrà essere richiesta, ed ottenuta, dal chiamato in subordine[9], senza che ciò abbia alcun effetto preclusivo delle ragioni – un domani anche successorie – di chi vanti una posizione poziore. Quella immissione, allora, non potrebbe surrogare la accettazione dell'eredità, anche perché non è detto che l'immesso sia – di poi – anche vocato.

Sotto altro profilo, un acquisto automatico del patrimonio del dichiarato morto presunto da parte dell'immesso nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, si porrebbe in contraddizione con il principio – che oggi possiamo considerare generale – della intangibilità della sfera giuridica altrui[10]: non è erede chi non vuole[11].

7 Su questo punto, in effetti, la dottrina si mostra pressoché concorde; tra i tanti *cfr.* Zatti P.: "L'immissione in possesso dei beni dell'assente", *Rivista di diritto civile*, 1969, I, p. 253; Romagnoli E.: *Dell'assenza,* in AA.VV. *Commentario del codice civile*, (diretto da A. Scialoja, G. Branca), Zanichelli, Il Foro italiano, Bologna, Roma, 1970, 235; Cariota Ferrara L.: *Assenza e successione per causa di morte, transazione sui beni dell'assente, patto successorio*, in AA.VV. *Studi in memoria di Filippo Vassalli*, I, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1960, pp. 247ss.

8 Molto chiaro, in tal senso Borsari L.: *Commentario al codice civile italiano*, I, cit., p. 243; Romagnoli E.: *Dell'assenza*, cit., p. 259 ss.

9 In senso contrario Zatti P.: "L'immissione in possesso dei beni dell'assente", cit., p. 253, e tuttavia, che il richiedente la immissione non debba provare la propria prossimità di grado era risultato del tutto pacifico nel vigore delle codificazioni ottocentesche; *cfr.* Baudana Vaccolini C.: *Commento al codice civile del Regno d'Italia*, I.2, cit., p. 767; Demolombe C.: *Corso del codice civile*, I, Tipografia di Gaetano Reale, Napoli, 1847, p. 280; Borsari L., *Commentario al codice civile italiano,* I, cit., p. 217.

10 Per economia si rinvia a Astone A.: *Contratto negozio regolamento. Contributo allo studio del negozio unilaterale*, Giuffré, Milano, 2008, pp. 238 ss. soprattutto 247 ss. ed ivi ampi approfondimenti.

11 Che non vi potesse essere un acquisto automatico era, del resto, assodato anche nel vigore del cod. civ. 1865, ove pure la immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente altro non era che uno degli effetti della medesima dichiarazione di assenza. Il passaggio dal possesso temporaneo a quello definitivo – che poteva aversi se l'assenza fosse continuata per lo spazio di trent'anni dopo la immissione nel possesso temporaneo o se fossero trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente e le ultime notizie di lui risalissero a tre anni addietro - ex art. 36 cod. civ. 1865, non avveniva di diritto, ma a seguito di un provvedimento del tribunale emesso ad istanza delle parti interessate. Osservava, sul punto, Calcaterra V.: *Genesi e sviluppo*

Il silenzio serbato dal legislatore in merito alla modalità acquisitiva della successione apertasi a causa della dichiarazione di morte presunta deriva dal fatto che egli ha sostituito alla immissione nel possesso definitivo la dichiarazione di morte presunta[12] , e, di conseguenza, con una sorta di quello che oggi chiameremmo la tecnica del "copia ed incolla", ha sostituito alla istanza per richiedere la immissione nel possesso definitivo l'istanza per la dichiarazione di morte presunta, supponendo, erroneamente, che si trattasse della stessa cosa. Non si è, allora, tenuto nel debito conto che quella era pur sempre un effetto della dichiarazione di assenza, per ottenere il quale effetto occorreva sempre un'autonoma domanda, mentre la dichiarazione di morte presunta è una fattispecie produttiva di dati effetti, la modalità del realizzarsi dei quali il legislatore avrebbe dovuto disciplinare, a meno di non rinviare

L'immesso nel possesso temporaneo dei beni dell'assente – così come qualsivoglia altro soggetto – non può vedere modificata la propria sfera giuridica, sol perché si è aperta una successione in suo favore, in mancanza di un comportamento, commissivo o omissivo, che quella modifica renda a lui imputabile, senza contare che alla dichiarazione di morte presunta ben può pervenirsi anche se una precedente dichiarazione di assenza non vi sia stata. Deve, di conseguenza, concludersi che la successione apertasi a causa della dichiarazione di morte presunta conduca all'acquisto della eredità delata, quale regola generale ed in ogni evenienza, *aduendo*[13].

III. LA TRASCRIZIONE DELL'ACQUISTO.

Con la "adizione" dell'eredità – o atti o fatti ad essa equiparati – si determina, secondo quanto è dato ricavare dal coordinato disposto degli artt. 63 e 64 cod. civ., il trasferimento dei diritti e rapporti già facenti capo al dichiarato morto presunto ai di lui successori. Tale trasferimento, ove relativo a diritti reali immobiliari, "non deve rimanere sprovvisto di pubblicità"[14], e ciò a differenza della immissione nel

del codice civile del Regno d'Italia, III.1, Migliaccio, Salerno, 1873, p. 168: "la legge esaurisce il suo compito e fa l'erede, l'uomo fa il suo tornaconto ed accetta o rinuncia l'eredità"; sul tema Pacifici Mazzoni E.: *Codice civile commentato*, V, Eugenio e Filippo Cammelli, Firenze, 1876, 21 ss.; Ricci F.: *Corso teorico-pratico di diritto civile*, IV, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1878, pp.17 ss.; sintesi in Natoli U.: "Chiamato alla successione", *Enciclopedia del diritto,* VI, Milano, 1960, pp. 919 ss

12 *Cfr.* Degni F.: *Le persone fisiche*, in AA.VV. *Trattato di diritto civile*, II.1, (diretto da F. Vassalli), Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1939, p. 82; il parallelismo viene evidenziato anche da Gangi C.: *Persone fisiche e persone giuridiche*, Giuffré, Milano, 1948 pp. 66 ss.

13 Parafrasando le parole di Fulci A.: *Delle successioni legittime e testamentarie*, I, Tipografia Popolare, Messina, 1873, p. 9. Si tratta, del resto della conclusione cui perviene la maggior parte della dottrina; *cfr.* Giorgianni M.: *La dichiarazione di morte presunta,* cit., pp. 45 ss.; Barillario D.: *Della dichiarazione di morte presunta,* cit., pp.368 ss. soprattutto 372; Santarcangelo G.: *Volontaria giurisdizione*, in AA.VV. *Formulario notarile commentato*, (a cura di G. Petrelli), V.1, Giuffré, Milano, 2008, p. 195; Sgroi V., "Morte presunta (dir. civ.)", *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Giuffré, Milano, 1977, p. 122; Esu M.: *L'assenza e la dichiarazione di morte presunta,* cit., p. 479.

14 Sono le parole di Ferri L., Zanelli P.: *Della trascrizione. Trascrizione immobiliare*, in *Commentario al codice civile*, (diretto da A. Scialoja, G. Branca), Zanichelli, Il Foro italiano, Bologna, Roma, 1995, p. 207.

possesso temporaneo dei beni dell'assente, di cui all'art. 50 cod. civ., la quale, non determinando, ex art. 52 cod. civ., trasferimento alcuno, sfugge a qualsivoglia forma di pubblicità.

Pacifico, anche nel vigore della previgente codificazione, che la immissione nel possesso provvisionale dei beni dell'assente non fosse assoggettata alla pubblicità immobiliare[15], un problema attinente al regime pubblicitario non si poneva, in passato, neanche in relazione alla immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente, della quale, in un certo senso, la dichiarazione di morte presunta ha preso il posto[16], ma ciò in considerazione del fatto che, ad eccezione dell'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario, ex coordinato disposto degli artt. 1933 n. 2 e 955 cod. civ. 1865[17], gli acquisti *mortis causa* non erano soggetti a trascrizione[18].

Riconosciuto, oggi, che il trasferimento di beni immobili per successione del morto presunto necessiti di essere assoggettato ad una forma di pubblicità[19], la mancanza di una previsione esplicita porta ad interrogarsi sulla base di quale referente normativo tale pubblicità debba essere curata.

Al fine di rispondere a detto interrogativo, occorre considerare i risultati cui si è creduto di poter pervenire, e cioè che la sentenza che dichiara la morte presunta determini la apertura della successione con contestuale delazione, ma non produca essa stessa il trasferimento dei beni già facenti capo al dichiarato morto presunto, per tale trasferimento necessitandosi della *aditio*[20]*:* non è la sentenza di dichiarazione di morte presunta ad operare il trasferimento dei beni

15 In tal senso, già, Flandin L.: *De la transcription en matière hypothécaire*, I, Cosse et Marchal, Imprimeurs-Éditeurs, Paris, 1861, p. 429, ove si osserva che *Le jugement, qui prononce l'envoi en possession provisoire des biens d'un absent au profit de ses héritiers présomptifs, n'étant point translatif de propriété, puisque ceux qui ne jouissent qu'en vertu de l'envoi provisoire ne peuvent aliéner, ni hypothéquer les biens de l'absent, il est indubitable que ce jugement n'est pas sujet à transcription*; così, ancora, Ferrarotti T.: *Commentario teorico pratico comparato al codice civile italiano*, XIII, Tipografia Vercellino,Torino, 1865, p. 46; Luzzati I.: *Della trascrizione*, I, Unione Tipografica Editrice,Torino, 1878, p. 212.

16 Da cui, probabilmente, la ragione della mancanza di una disposizione esplicita e diretta in tal senso nel nostro codice.

17 Sul spunto, approfonditamente e per tutti, Luzzati I.: *Della trascrizione*, I, cit., pp. 273 ss.

18 Esattamente in questo senso Luzzati I.: *Op. cit.*, p. 212; Coviello N.: *Della trascrizione*, I, Margheri, Unione Tipografico Editrice Torinese, Napoli, Torino, 1924, pp. 347 ss.; Cesano G.: *Della trascrizione secondo il codice civile del Regno d'Italia*, Tipografia Caldo e Pellino Torino, 1866, pp. 10 ss.. Vi era, è pur vero, l'art. 17 L. 3272/1923, che prevedeva la trascrizione delle trasmissioni di beni per successione testata o intestata, ma a detta trascrizione veniva attribuita natura fiscale e non di diritto sostanziale; *cfr.* Pugliatti S.: *La pubblicità nel diritto privato*, I, in *Scritti giuridici*, II, Giuffré, Milano, 2010, p. 1324.

19 L'opportunità di trascrivere l'acquisto in questione, ma l'inammissibilità di una applicazione analogica delle relative norme, conduce Pugliatti S.: *La trascrizione immobiliare*, II, in *Scritti giuridici*, II, Giuffré, Milano, 2010, p. 1569 a negare la trascrivibilità dell'acquisto in questione.

20 In tal senso anche Giorgianni M.: *La dichiarazione di morte presunta,* cit., 43 alla nota 45, pur nell'ambito di una impostazione molto diversa da quella di cui nel testo; Gazzoni F.: *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in AA.VV. *Trattato della trascrizione*, I.1, (a cura di E. Gabrielli, F.Gazzoni), Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 2012, pp. 491 – 492.

in capo ai successori, rappresentando essa soltanto "l'atto che produce l'evento giuridico costituente l'antecedente dell'acquisto"[21]

Partendosi da tale premessa, emerge la non condivisibilità della tesi secondo la quale sarebbe la sentenza che dichiara la morte presunta a dover essere trascritta ex art. 2645 cod. civ., per gli effetti di cui all'art. 2644 cod. civ.[22], così come l'impostazione che tale sentenza vuole trascritta ex art. 2651 cod. civ.[23], non potendo essere la sentenza che dichiara la morte presunta a dover essere trascritta nei registri immobiliari [24].

Dando per acquisito che la pubblicità tenda a "rendere conoscibile il fatto, l'atto, il negozio, ma ad essa non sfugge il risultato del fatto o dell'atto, cioè l'effetto giuridico"[25], sembra doversi riconoscere, senza che ciò determini una violazione del principio di tassatività delle norme sulla trascrizione[26] che l'"atto" da trascrivere non sia, dunque, la sentenza che dichiara la morte presunta, bensì l'accettazione

21 Sono le parole di Pugliatti S.: *La trascrizione immobiliare*, II, cit., 1567.

22 In tal senso Maiorca C.: *Della trascrizione*, in AA.VV. *Commentario al codice civile*, (diretto da M. D'Amelio, E. Finzi), Barbera, Firenze, 1943, 179

23 In tal senso Triola R.: *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in AA.VV. *Trattato di diritto privato*, (diretto da M. Bessone), IX, Giappichelli, Torino, 2012, p. 172; vi aderiscono Asaro S., Colletti F., Recco D.: *La trascrizione*, Giuffré, Milano, 2011, p. 67, ma in contraddizione con la premessa di cui a p. 66; per una critica alla quale impostazione, Gazzoni F.: *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in AA.VV. *Trattato della trascrizione*, I.2, (a cura di E. Gabrielli, F. Gazzoni), Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 2012, p. 342.

24 L'art. 2651 cod. civ., del resto, viene riferito agli acquisti a titolo originario, il che induce Ciatti Caimi A.: *Della trascrizione degli atti relativi a beni immobili*, in AA.VV. *Il codice civile. Commentario*, (fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli), Giuffré, Milano, 2018, pp. 409 ss. ad affermare che detta trascrizione non possa neanche essere ricondotta al principio di cui all'art. 2650 cod. civ. e rilevando quale mera pubblicità notizia, al solo fine di rendere più completo il sistema degli atti di traffico aventi ad oggetto diritti reali immobiliari; sul punto, altresì Gazzoni F.: *La trascrizione immobiliare*, II, in AA.VV. *Il codice civile. Commentario*, (diretto da P. Schlesinger), Giuffré Milano, 1993, 239 ss., soprattutto 258; id., *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I.2, cit., soprattutto 456 ss.; Stolfi G., "Appunti sugli artt. 2644 e 2651 c. c.", *Giurisprudenza italiana*, 1975, I, 2, c. 291; che alla trascrizione di cui all'art. 2651 cod. civ. sia estranea la funzione di cui all'art. 2644 cod. civ., è affermazione che si rinviene in Cass. 29 aprile 1982 n. 2717; Cass. 20 marzo 1999 n. 2600, *Giustizia civile*, 2000, I, p. 176; Cass. 26 novembre 1999 n. 13184, in *Diritto fallimentare*, 2000, II, p. 1125 con osservaz. di Ragusa Maggiore G.; Cass. 3 febbraio 2005 n. 2161, *Giurisprudenza italiana*, 2005, c. 2275 con nota di Peratoner R.: "Usucapione e trascrizione", e in *Rivista del notariato,* 2006, II, p. 208 con nota di Metallo S.: "Conflitti giuridici e trascrizione: la pubblicità dichiarativa e non costitutiva".

25 Non è questa la sede per approfondire il tema dell'oggetto della trascrizione, in "bilico" tra l'atto e l'effetto, basti il rinvio a Pugliatti S.: *La trascrizione*, I.1 *La pubblicità in generale*, in *Scritti giuridici* III, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 1570 ss., da cui è tratto il brano riportato nel testo.

26 Principio di tassatività, peraltro, la cui portata necessita di essere puntualmente definita, essendosi osservato che "atteso che oggetto della pubblicità mediante trascrizione è l'effetto prodotto e non l'atto che lo produce, è fuori luogo ... porsi il problema della tipicità della previsione normativa con riferimento agli atti. La tipicità riguarda gli effetti"; in tal senso Gazzoni F.: *La trascrizione immobiliare*, I, in AA.VV. *Il codice civile. Commentario*, (diretto da P. Schlesinger), Giuffré, Milano, 1998, p. 104; esclude una vera e propria tassatività, in tema però di pubblicità notizia, "ampliando in una certa, cauta misura, il suo raggio di azione", Baralis G.: *La nota di trascrizione*, in AA.VV. *Trattato della trascrizione*, II.2 (a cura di E. Gabrielli, F. Gazzoni), Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 2014, pp. 107; id., *Eccezionalità e specialità nella pubblicità immobiliare*, ivi, pp. 303 ss. soprattutto 317 ss. ove si ritiene che "il rigore dogmatico, nel senso di fedeltà al diritto comune e alla letteralità delle norme in tema di pubblicità, importa il pagamento di un ulteriore caro prezzo laddove si sacrificano ragioni di economicità e completezza"; rivisitazione della tematica in Petrelli G., *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, passim, soprattutto 263 ss.

dell'eredità, secondo il disposto dell'art. 2648 cod. civ.[27] e per gli effetti di cui all'art. 2650 cod. civ.[28].

La sentenza che dichiara la morte presunta dovrà essere presentata da chi richiede la trascrizione[29], ex art. 2660 cod. civ., ai sensi del quale il richiedente la trascrizione di un acquisto a causa di morte deve presentare, tra l'altro, il certificato di morte dell'autore della successione, certificato di morte al quale l'art. 30 d.lgs. 346/1990 espressamente equipara – ai fini della dichiarazione di successione – la copia autentica della sentenza che dichiara la morte presunta[30]

IV. IL RITORNO DEL MORTO PRESUNTO.

Per la elaborazione della disciplina tutta della dichiarazione di morte presunta, il vero snodo problematico che il legislatore dovette affrontare non riguardava

27 In tal senso Ferri L., Zanelli P.: *Della trascrizione. Trascrizione immobiliare*, cit., pp. 206 – 207; Giorgianni M., *Op. loc. cit.*; Nicolò R.: *La trascrizione*, II, GiuffrèMilano, 1973, p. 15 ss.; Gazzoni F.: *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I.2, cit., p. 342; id., *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I.1, cit., p. 492; id., *La trascrizione immobiliare*, II, cit., p. 123; Cervelli S., *Trascrizione ed ipoteca*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 73; Zaccaria A., Troiano S.: *La pubblicità degli acquisti mortis causa*, in *Diritto civile*, IV.2, (diretto da N. Lipari, P. Rescigno), Giuffré, Milano, 2009, p. 97; Sitzia L., "Trascrizione degli acquisti per causa di morte", *Digesto discipline privatistiche sezione civile*, agg. XI, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 2018, pp. 453 ss.; Asaro S., Colletti F., Recco D.: *La trascrizione*, cit., p. 66.

28 In merito alla relazione tra la trascrizione degli acquisti *mortis causa* ed il principio della continuità delle trascrizioni, Cass. 5 maggio 1962 n. 889, in *Giustizia civile*, 1962, I, p. 1688; Cass. 4 maggio 1985 n. 2800, *Giurisprudenza agraria italiana*, 1985, II, p. 471; sul punto Gazzoni F.: *La trascrizione immobiliare*, II, cit., pp. 198 ss.; Santangelo E.: "La pubblicità dell'accettazione dell'eredità", *Vita notarile*, 1974, pp. 1020 ss.; Vacirca V.: "Appunti sulla trascrizione con particolare riferimento agli acquisti *mortis causa*", *Vita notarile*, 2009, pp. 1175 ss.; Regine F.: "Questioni in tema di trascrizione degli acquisti *mortis causa"*, *Notariato*, 2014, pp. 616 ss.; Zaccaria A.: "La pubblicità delle disposizioni *mortis causa*: principio di continuità e risoluzione dei conflitti", *Rivista di . diritto civile*, 2014, I, pp. 207 ss.; Chianale A.: "Per una rilettura della regola di continuità delle trascrizioni"*, Rivista di diritto civile*, 2016, II, pp. 770; Ferrario Hercolani M.: *La trascrizione degli acquisti mortis causa*, in AA.VV.: *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, I, (diretto da G. Bonilini), Giuffrè, Milano, 2009, pp. 1365 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

29 Secondo Trib. Torino, 18 ottobre 2006, *Dvd juris data*, voce *Trascrizione, procedimento*, non è in tal caso operativo il principio di cui all'art. 18 comma 2 L. 241/1990, secondo cui i documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento, sono acquisiti d'ufficio quando sono in possesso dell'amministrazione procedente, ovvero sono detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni. L'amministrazione procedente può richiedere agli interessati i soli elementi necessari per la ricerca dei documenti

30 In tal senso, già Ferri L., Zanelli P.: *Della trascrizione. Trascrizione immobiliare*, cit., 207. Analoga equiparazione si rinviene nell'art. 620 cod. civ. relativamente alla pubblicazione del testamento, ove si prevede che al verbale, sottoscritto dalla persona che presenta il testamento, dai testimoni e dal notaio, debba essere unito l'estratto dell'atto di morte del testatore o copia del provvedimento che ordina l'apertura degli atti di ultima volontà dell'assente o della sentenza che dichiara la morte presunta; *cfr.* Capozzi G.: *Successioni e donazioni*, I, Giuffré, Milano, 2009, pp. 26 ss., ove anche il raffronto tra l'art. 620 cod. civ. e le formalità di cui alla L. 307/1981, di ratifica ed esecuzione della convenzione relativa alla istituzione di un sistema di registrazione dei testamenti, firmata a Basilea il 16 maggio 1972. Anche l'art. 6 della citata legge, per quanto qui rileva, contiene una equipollenza tra certificato di morte e sentenza che dichiara la morte presunta, prevedendo che chiunque creda di averne interesse può chiedere al conservatore del registro generale dei testamenti allegando il certificato di morte del testatore o copia autentica del provvedimento che ordina l'apertura degli atti di ultima volontà dell'assente o della sentenza dichiarativa di morte presunta, un certificato cumulativo di tutte le iscrizioni esistenti nel registro relativamente alla persona defunta; per ulteriori osservazioni al riguardo si rinvia a Natale A., *La pubblicazione del testamento*, in AA.VV.: *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, II, (diretto da G. Bonilini), Milano, 2009, pp. 1469 ss.; in termini più generali, per gli adempimento di cui all'art. 2660 cod. civ. si rinvia a Frezza G., *Annotazioni. Cancellazioni. Titolo e nota di trascrizione. Formalità e procedimento*, in AA.VV.: *Il codice civile. Commentario*, (fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli), Giuffré Milano, 2017, pp. 239 ss.

tanto il decretare la fine del soggetto, pur nella perdurante ignoranza circa le sue sorti, quanto piuttosto il fatto che, data quella ignoranza, il soggetto, del quale pure era stata disposta la fine, pur poteva fare ritorno: "evento giuridicamente disgraziatissimo è che il dichiarato morto sia vivo e ritorni"[31]. L'esigenza ingenerata dal ritorno, ed alla quale il legislatore si è fatto carico di dare una risposta, non era, e non è, quella di restituire alla vita chi non è mai morto, bensì regolare l'*an*, il *quando* ed il *quomodo* della (ri)definizione di quegli effetti che l'ordinamento aveva stabilito dovessero prodursi, data la situazione di stasi, conseguente alla ignoranza circa le sorti del soggetto, che non si era potuta superare in altro modo se non dichiarandone la morte presunta. Era, ed è, piuttosto evidente che, verificatasi tale occorrenza, il diritto dovesse cedere il passo al fatto e rimettere, diciamo così, le cose al loro posto, tale finalità essendo regolata, quanto ai profili patrimoniali, dall'art. 66 cod. civ., con il quale il legislatore ha dato una risposta al problema, eminentemente pratico, volto a conciliare il fatto del ritorno o della prova della esistenza in vita di colui di cui era stata dichiarata la morte presunta, con la sistemazione che ai di lui beni è stata data a seguito di quella dichiarazione ex artt. 63 e 64 cod. civ..

La soluzione adottata dal comma 1 art. 66 cod. civ. è che la persona di cui è stata dichiarata la morte presunta, se ritorna o ne è provata l'esistenza, ricupera i beni nello stato in cui si trovano e ha diritto di conseguire il prezzo di quelli alienati, quando esso sia tuttora dovuto o i beni nei quali sia stato investito.

Tale previsione mostra delle sensibili differenze rispetto alla regolamentazione dell'analogo fatto del ritorno nel contesto della dichiarazione di assenza. L'art. 56 cod. civ., premesso, al comma 1, che il ritorno o prova della esistenza dello assente facciano cessare gli effetti della dichiarazione di assenza, prevede, al comma 2, che, in tale evenienza, i possessori temporanei dei beni dell'assente debbano restituirli. Si viene a configurare, quindi, un vero e proprio obbligo restitutorio in capo agli immessi – quantunque con i temperamenti in loro vantaggio previsti dal medesimo comma 2 art. 56 cod. civ.- conseguente alla cessazione degli effetti della dichiarazione di assenza, che li priva della legittimazione a detenere i beni altrui.

L'art. 66 cod. civ., per contro, non dice affatto, che il ritorno o prova dell'esistenza di colui di cui è stata dichiarata la morte presunta facciano cessare gli effetti della dichiarazione di morte presunta, dalla quale omissione sembra doversi ricavare non essere il fatto del ritorno – o della prova dell'esistenza – a porre fine agli effetti di cui agli artt. 63 e 64 cod. civ.: per privare della titolarità dei beni coloro che su di essi acquistarono diritti per effetto della dichiarazione di morte presunta, occorre l'iniziativa di colui che era stato dichiarato morto presunto, o chi per lui, diretta

31 Sono le parole di Brunetti G.: *La dichiarazione giudiciale di morte dello scomparso*, in *Scritti giuridici varii*, IV, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1925, p. 274

a recupero di quei beni[32]. Conseguentemente, l'art. 66 cod. civ. non impone a coloro che erano succeduti al morto presunto alcun obbligo di restituire i beni, bensì "abilita" il soggetto di cui era stata dichiarata la morte presunta a recuperarli.

Non è senza ragione che l'art. 66 cod. civ. faccia riferimento al "recuperare", mentre l'art. 56 cod. civ. parli di "restituire", alla luce dell'impostazione che vede nel recuperare il conseguimento per la prima volta di un possesso e*x novo* e nel restituire la riacquisizione della cosa di cui si è perduto il possesso[33].

La differente lettera degli artt. 56 e 66 cod. civ. deriva, dunque, dalla differente prospettiva da cui vengono riguardate le conseguenze del ritorno (o prova della esistenza), che corrisponde ad una diversa situazione sostanziale che vede, nel primo caso, sorgere un obbligo di restituzione a carico di chi detiene i beni altrui, obbligo insussistente nel secondo caso, ove il legislatore si è limitato a riconoscere in capo al soggetto di cui è stata dichiarata la morte presunta un "potere" di recuperare i beni dall'altrui patrimonio. La mancanza di un obbligo di restituire, in capo a coloro che sono succeduti al morto presunto, si giustifica proprio in quanto essi sono i legittimi proprietari – o titolari di altro diritto – dei beni che, in conseguenza della dichiarazione di morte presunta, sono pervenuti loro per successione; si attribuisce, pertanto al morto presunto, poi ritornato, una facoltà di recuperare i beni, nello stato in cui si trovano, da chi non è gravato da alcun obbligo restitutorio per essere il legittimo titolare degli stessi[34].

Che i successori del morto presunto siano i titolari del diritto di proprietà, o altro diritto loro trasmesso per successione, su quei beni, e che tali rimangano finché il soggetto del quale è stata dichiarata la morte presunta non assuma l'iniziativa volta a recuperarli al proprio patrimonio, trova, incidentalmente, conferma nel fatto che, cessati gli effetti della dichiarazione di assenza per il ritorno o la prova dell'esistenza dell'assente, l'art. 56 comma 1 cod. civ. prevede la possibilità di adottare provvedimenti per la conservazione del patrimonio dell'assente ai sensi dell'art. 48 cod. civ.. Tale possibilità non viene, invece, prevista, dagli artt. 66 e 67 cod. civ., proprio perché, nonostante il suo ritorno o prova della di lui esistenza, manca un "patrimonio del morto presunto" necessitante di essere conservato, essendo stato quel patrimonio, ormai ed ancora, acquistato dai di lui successori.

32 Contra Giorgianni M.: *La dichiarazione di morte presunta,* cit., pp. 103 ss.

33 Indicazione che viene tratta da Pugliatti S.: *Rivendica, reintegra e azione per restituzione*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 2008, pp. 365 ss.; anche Giorgianni M.: *La dichiarazione di morte presunta,* cit., 108 alla nota 29 sottolinea che "nel caso in cui il titolo di acquisto si risolva *ex nunc*, non la azione di restituzione diretta alla consegna della cosa, ma la *condictio* diretta al ritrasferimento compete all'interessato".

34 Si vedano, in merito, le osservazioni del Sindacato degli avv. e proc. di Trapani, in *Osservazioni e proposte sul progetto del libro primo*, II, Roma, 1933 199, ove si apprezza la dizione recupera – ed anzi la si vorrebbe sostituire con "ha diritto a recuperare" – per chiarire che il recupero non è la conseguenza del ritorno, ma della volontà del morto presunto, che potrebbe non richiedere la restituzione dei beni.

Volendosi definire la tipologia di situazione giuridica soggettiva in cui versa il morto presunto che ritorna, sembrerebbe potersi affermare che egli sia investito, e*x lege*, della titolarità di un diritto potestativo di recuperare, dal patrimonio altrui, i beni, diritto che può definirsi di riscatto[35]. È pur vero che il riscatto, o retratto, legale è fattispecie comunemente connessa ad una prelazione legale [36], e tuttavia, prelazione e riscatto sono fattispecie distinte, asservite alla realizzazione di interessi concettualmente diversi, l'uno ad essere preferito, l'altro all'acquisto[37]; nella fattispecie di cui all'art. 66 cod. civ., evidentemente, è unicamente questo secondo l'interesse preso in considerazione. L'interesse del morto presunto ritornato al (ri) acquisto dei beni viene, peraltro, delimitato dall'art. 66 cod. civ., che attribuisce al morto presunto "redivivo" il diritto di recuperare i beni, ma solo nello "stato in cui si trovano", dalla quale delimitazione consegue che il riconosciuto diritto non travolge i diritti acquistati, a qualunque titolo, dai terzi. Si è, con tale previsione, concretizzata la volontà di preservare, il quanto più possibile, la posizione del riscattato e dei suoi aventi causa[38], piuttosto che la posizione del morto presunto riscattante.

V. IL RECUPERO DEI BENI E LA PUBBLICITÀ.

La qualificazione del potere di recuperare i beni, accordato dall'art. 66 cod. civ. al morto presunto ritornato, in termini di diritto potestativo, consente di spiegare la ragione per la quale l'art. 66 cod. civ. non espliciti espressamente quali siano le azioni che competono al morto presunto ritornato, al fine di recuperare i beni, di contro a quanto avviene nell'art. 73 cod. civ. che, relativamente alle successioni alle quali sarebbe stato chiamato il morto presunto, espressamente gli accorda la petizione dell'eredità[39].

Per recuperare i beni, dei quali, allo stato, il morto presunto non è più titolare per essere stati i medesimi devoluti ad altri in seguito alla successione apertasi a

35 L'idea che non esistano diversi tipi di riscatto, ma un'unica figura generale da cui desumere chiare indicazioni legislative di disciplina per ciascuna delle singole figure speciali, sia pure nel rispetto delle peculiarità di ciascuna, è portata avanti da Trimarchi A. G. M.: "Prelazione e retratto successorio: profili applicativi", *Notariato*, 1998, p. 333

36 *Cfr.*, per una indicazione di sintesi, Luminoso A., *La vendita con riscatto*, in AA.VV.: *Il Codice civile. Commentario*, (diretto da P. Schlesinger), Milano, 1987, pp. 198 ss.; Gabrielli G., "Diritti di riscatto attribuiti dalla legge e pubblicità immobiliare dell'atto di esercizio", *Rivista di diritto civile*, 2004, I, p. 695; Trimarchi A. G. M.: *Op. loc. cit.*; Gallo P., "Prelazione", *Digesto discipline privatistiche sezione civile,* XIV, Torino, 1996, 167; Triola R.: *La prelazione legale*, Giuffré, Milano, 2003, p. 301; Sirena P.: *Il riscatto*, in AA.VV.: *Trattato della trascrizione*, II.1, "a cura di E. Gabrielli, F. Gazzoni), Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 2014, 302.

37 Come rimarcato da Carpino B., *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Jovene, Napoli, 1977, pp. 32 ss.; id., "Riscatto (dir. priv.)", *Enciclopedia del diritto,* XL, Milano, 1989, 1108; id., "Prelazione e riscatto II immobili urbani", *Enciclopedia giuridica,* XXIII, Treccani, Roma, 1990, 2,

38 Già Borsari L.: *Commentario del codice civile italiano*, I, cit., p. 247 evidenziava come l'art. 39 cod. civ. 1865, disciplinante il ritorno dell'assente dopo la immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente, fosse scritto contro l'assente e non già in suo favore.

39 Indicazione, codesta, prontamente evidenziata da Schlesinger P.*: La petizione di eredità*, Giappichelli, Torino, 1956, 42 ss.

causa della dichiarazione di morte presunta, il morto presunto, il cui ritorno o prova dell'esistenza risultino da sentenza, ex art. 67 cod. civ., non deve esperire un'azione "restitutoria", ma deve esercitare il proprio diritto potestativo comunicando, a coloro che gli succedettero ai sensi degli artt. 63 e 64 cod. civ., la dichiarazione di riscatto.

Il diritto di recuperare – la titolarità de – i beni si esercita, quindi, stragiudizialmente, tramite un negozio unilaterale recettizio[40]. Naturalmente non è da escludere, date anche le possibili contestazioni in merito ai beni recuperabili, che venga proposta apposita domanda giudiziale, volta ad ottenere una sentenza che presupposti e legittimità dell'esercizio del diritto di riscatto accerti[41], la quale domanda giudiziale rileva, comunque, quale modalità di manifestazione (giudiziale) della volontà di recuperare i beni, prima ancora che come atto introduttivo del giudizio[42].

Ove i beni da recuperare siano immobili, la dichiarazione di riscatto dovrà essere fatta per iscritto sotto pena di nullità, sulla falsariga di quanto richiesto dall'art. 1503 cod. civ. in tema di vendita con patto di riscatto[43] Quantunque, infatti, la previsione di cui all'u.c. art. 1503 cod. civ.- che l'onere formale, in caso di beni immobili, espressamente impone – sia stata giustificata sulla base dell'esigenza di evitare tentativi di speculazione da parte dell'alienante[44], non sembra potersi

40 *Cfr.* Rubino D.: *La compravendita*, in AA.VV.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXIII, (diretto da A. Cicu, F. Messineo), Milano, 1952, p. 730; Bianca C. M.: *La vendita e la permuta*, in AA.VV.: *Trattato di diritto civile*, VII.1, (diretto da F. Vassalli), Torino, 1972, p. 579; Carpino B.: *La vendita con patto di riscatto*, cit., p. 267; Mirabelli G.: *Dei singoli contratti*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1991, 33.

41 *Cfr.* Luminoso A.: *La vendita con riscatto*, cit., 377, il quale evidenzia come gli effetti del riscatto non possano discendere da una pronuncia costitutiva del giudice, il quale può solo essere chiamato a verificare se vi sia stato un valido ed efficace esercizio del riscatto; ha sostenuto, di conseguenza Cass. 10 ottobre 1970 n. 1911, relativamente ad una fattispecie ove il giudice, dopo avere accertato la sussistenza delle condizioni per l'esercizio del diritto di riscatto convenzionale di un immobile venduto, aveva disposto, senza che vi fosse un'istanza specifica al riguardo, che la sentenza produceva gli effetti del contratto di riscatto non concluso, non violare il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato il giudice che, superfluamente, enunci nel dispositivo della sentenza effetti che già derivano *ex lege* dalla situazione accertata, indipendentemente dalla sua pronunzia.

42 Si sono parafrasate le parole di Sirena P.: *Il riscatto*, in AA.VV.: *Trattato della trascrizione*, cit., p. 294.

43 Nella consapevolezza di assumere, quale modello di riferimento, uno degli istituti tra i più controversi che la tradizione abbia tramandato, in via descrittiva può osservarsi come anche nel riscatto convenzionale vi sia un soggetto – non più proprietario – titolare del diritto potestativo di riavere il bene – compravenduto – da chi ne ha legittimamente acquisito la proprietà. Da qui la analogia con il meccanismo delineato dall'art. 66 cod. civ. ove pure vi è un soggetto non più proprietario – il morto presunto – titolare del diritto potestativo di recuperare i beni – già caduti in successione – da chi ne ha legittimamente acquistato la titolarità. Anche il riscatto convenzionale, del resto, è stato ricondotto alla categoria del diritto potestativo; *cfr.*, Bianca C. M.: *La vendita e la permuta*, cit., p. 570; che il diritto di riscatto possa essere considerato "anche come un diritto potestativo", viene sostenuto da Pugliatti S.: *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Giuffré Milano, 1964, p. 34; Calvo R.: *La potestà di riscatto del venditore*, *Rivista di diritto civile*, 2013, I, p. 1319; Sicchiero G.: *Strategie contrattuali finalizzate alla tutela dei patrimoni personali*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 599; Gabrielli G.: *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, pp. 95 ss.

44 *Cfr.* Cass. 8 febbraio 1969 n. 434, in *Giustizia civile*, 1969, I, p. 1056 secondo cui la disposizione dell'u.c. dell'art.1503 cod. civ., la quale prescrive che 'nella vendita di beni immobili la dichiarazione di riscatto deve essere fatta per iscritto a pena di nullità, è diretta a stroncare tentativi di speculazione, e cioè ad evitare che il venditore, il quale non abbia i mezzi all'uopo sufficienti, dichiari ugualmente di volere riscattare l'immobile, senza che di tale dichiarazione rimanga prova documentale, e tenti cosi di trarre un ingiusto profitto. Nelle vendite immobiliari, perciò, la dichiarazione di riscatto non è valida se non è fatta con atto

disconoscere che la detta imposizione dell'onere formale sia dovuta, quanto meno anche, alla considerazione della "vicenda della proprietà di un bene immobile" che l'esercizio del diritto di riscatto determina[45], in linea con quanto è dato desumere dal coordinato disposto degli artt. 1350 e 1324 cod. civ.[46].

La necessità della forma scritta, per il negozio unilaterale di esercizio del diritto di riscatto di un bene immobile, si riconnette, allora, alla idoneità di detto negozio ad incidere sulla titolarità del diritto sul bene in questione, che, nel nostro caso, dal successore passa, o foss'anche torna, al morto presunto "redivivo", sembrando evocare i requisiti formali richiesti nel titolo per effettuare la pubblicità di cui agli artt. 2657 cod. civ[47]. Ed allora, sia che tale incidenza venga intesa quale "nuovo" trasferimento[48], sia che la si consideri una riappropriazione *ex nunc* del diritto alienato[49], e quand'anche la si volesse ritenere la conseguenza dell'avveramento di una condizione risolutiva[50], sembra che a tale "vicenda" debba essere data idonea pubblicità[51].

Al fine di inquadrare nella maniera più lineare possibile la tematica in oggetto, occorre ricordare che le "vicende della proprietà dei beni immobili", caduti nella successione del soggetto di cui è stata dichiarata la morte presunta poi ritornato,

scritto, che, pertanto, costituisce elemento essenziale del negozio unilaterale ricettizio, in cui si concreta la detta dichiarazione, da comunicarsi al compratore entro il termine stabilito. L'atto scritto può assumere tanto la forma della scrittura privata quanto quella dell'atto pubblico, ma mentre per la scrittura privata non è discutibile che sia necessaria la sottoscrizione della parte, senza la quale l'atto e da considerarsi giuridicamente inesistente, per l'atto pubblico, invece, la sottoscrizione può non essere necessaria.

45 Sono le parole di Luminoso A.: *La vendita con riscatto*, cit., p. 381.

46 Che l'imposizione dell'onere formale anche al negozio unilaterale i cui effetti corrispondano a quelli di cui all'art. 1350 cod. civ., possa farsi derivare dalla previsione generale di cui all'art. 1324 cod. civ. consente, in questa sede, di non entrare nel merito della tematica inerente alla natura – eccezionale o meno – delle norme che impongono l'adozione di una data forma, su cui, per tutti, si rinvia a Perlingieri P.: *Forma del contratto e formalismo degli interpreti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1987, passim. L'imposizione della forma scritta, ogni qualvolta il riscatto o retratto abbia ad oggetto beni immobili è risultato cui, coordinando gli artt. 1350 e 1324 cod. civ., perviene la dottrina prevalente ove la specifica previsione normativa nulla preveda al riguardo; *cfr.* Bianca C. M.: *La vendita e la permuta*, cit., p. 581; Carpino B.: *Prelazione e riscatto*, II, cit., p. 10; Durante V.: "Prelazione e riscatto III retratto successorio", voce *Enciclopedia giuridica*, XXIII, Treccani, Roma, 1990, p. 5; Triola R.: *Prelazione legale*, cit., p. 318; Bonilini G.: "Retratto successorio", *Digesto discipline privatistiche sezione civile* XVII, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1988, p. 430; Bonilini G., Coppola C., *Il retratto successorio*, in AA.VV.: *Trattato delle successioni e donazioni*, (a cura di G. Bonilini), IV, Milano, 2009, pp.106 – 107; Tagliaferri V., *Prelazione e riscatto,* in AA.VV.: *Trattato dei diritti reali*, "diretto da A. Gambaro, U. Morello, I, Milano, 2008, p. 724; Trimarchi A. G. M.: *Prelazione e retratto successorio: profili applicativi*, cit., 333 ss.; in giurisprudenza Cass. 27 novembre 2006 n. 25130, in *Vita notarile*, 2007, p. 717; Cass. 14 aprile 2000 n. 4858, in *Foro italiano*, 2000, I, c. 2529; Cass. 3 settembre 1985 n. 4577; Cass. 2 aprile 1984 n. 2159, in *Giustizia civile*, 1984, I, p. 2516; Cass. 19 febbraio 1981 n. 1028.

47 Ampiamente, sul punto Frezza G.: *Annotazioni. Cancellazioni. Titolo e nota di trascrizione. Formalità e procedimento*, cit., pp. 99 ss.; Baralis G.: *Il titolo*, in AA.VV.: *Trattato della trascrizione*, II.2, (a cura di E. Gabrielli, F. Gazzoni), Torino, 2014, p. 115 ss.; per i profili attinenti alla intavolazione Sicchiero G.: *L'intavolazione*, ivi, soprattutto pp. 461 ss.

48 *Cfr.*, per tutti Gabrielli G.: *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 91.

49 *Cfr.*, per tutti, Luminoso A.: *La vendita con riscatto*, cit., soprattutto p. 470.

50 *Cfr.*, per tutti, Greco P., Cottino G.: *Della vendita*, in AA.VV.: *Commentario del codice civile*, (diretto da A. Scialoja, G. Branca, Zanichelli, il Foro italiano, Bologna, Roma, 1981, 334 ss.

51 Per un collegamento tra l'art. 1350 cod. civ. e le esigenze pubblicitarie, Gazzoni F.: *La trascrizione immobiliare*, I, cit., 100.

sono, in ipotesi, relativamente ai profili pubblicitari, quanto meno tre, per ciascuna delle quali occorre verificare se ed a quale regime pubblicitario vada assoggettata. Vi è, infatti, l'acquisto compiuto dai successori del morto presunto ex artt. 63 e 64 cod. civ.; l'acquisto compiuto dagli aventi causa dai detti successori; il "recupero" dei beni da parte del morto presunto ritornato.

Per quanto concerne l'acquisto compiuto da coloro che sono succeduti al morto presunto, ai sensi degli artt. 63 e 64 cod. civ., si è visto che il medesimo vada trascritto ai sensi dell'art. 2648 cod. civ. Detta trascrizione è richiesta ai fini della continuità, di cui all'art. 2650 cod. civ., giovando, quindi, in ultima analisi, ai successivi aventi causa dal successore[52].

Gli aventi causa, *inter vivos*, dai successori del morto presunto sono, a tutti gli effetti, dei comuni acquirenti, il cui acquisto andrà trascritto, se del caso, ai sensi dell'art. 2643 nn. da 1 a 4 cod. civ., per gli effetti di cui all'art. 2644 cod. civ.

L'interrogativo che, in questo quadro, l'esercizio, da parte del morto presunto ritornato, del diritto di recuperare i beni pone, è se esso sia idoneo ad ingenerare un conflitto con gli aventi causa dai successori, e sulla base di quali norme un eventuale conflitto vada risolto. Si è visto, infatti, come, già sulla base dell'art. 66 cod. civ., gli aventi causa dal successore del morto presunto siano fatti salvi, salvezza che, tuttavia, secondo un criterio che può considerarsi di carattere generale, deve fare i conti con il sistema della pubblicità[53]. Sorge, pertanto, l'interrogativo se possano sorgere conflitti tra il morto presunto ritornato e gli aventi causa dai suoi successori, che abbiano acquistato dopo il detto ritorno, ovvero anche prima, ma che non abbiano trascritto il proprio acquisto.

Dall'itinerario sin qui condotto, sembra potersi affermare che il recupero dei beni da parte del morto presunto ritornato non incida sul fondamento dell'acquisto, a causa di dichiarazione di morte presunta, compiuto dai suoi successori, non essendo, allora, la eventuale domanda giudiziale, a tal fine proposta, trascrivibile ai sensi dell'art. 2652 n. 7 cod. civ.. Quantunque, infatti, i rapporti tra la citata disposizione e l'artt. 534 cod. civ. risultino tutt'altro che piani[54], il potere di

52 *Cfr.* Gazzoni F.: *La trascrizione immobiliare*, II, cit., pp. 198 ss.; id.: *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I.2, cit., pp. 399 ss.; Ciatti Caimi A.: *Della trascrizione degli atti relativi a beni immobili*, cit., pp. 399 ss.; Triola R.: *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, cit., p. 164; Ferrario Hercolani M.: *La trascrizione degli acquisti mortis causa*, cit., p. 1365.

53 Se può pensare, a titolo esemplificativo, alla salvezza degli acquisti degli aventi causa, di buona fede, dal simulato acquirente ex art. 1415 comma 1 cod. civ., su cui, per tutti, Orestano A.: *Le domande dirette all'accertamento della simulazione*, in AA.VV.: *Trattato della trascrizione* II.1,, (diretto da E. Gabrielli, F. Gazzoni), Unione Tipografica Torinese, Torino, 2014, pp. 139 ss.; ed ancora alla salvezza dei diritti dei terzi di cui agli artt. 1458 comma 2 e 1452 cod. civ., su cui, ancora e per tutti, Orestano A.: *Le domande di risoluzione, di rescissione, di revocazione delle donazioni e le domande di autorizzazione alla accettazione dell'eredità in nome e luogo del rinunciante*, ivi, pp. 71 ss.

54 Si veda, in merito, la puntuale ed approfondita ricostruzione di Frezza G.: *La trascrizione delle domande giudiziali*, in AA.VV.: *Il codice civile. Commentario*, (fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli), Giuffré,

recuperare i beni, di cui all'art. 66 cod. civ. non è riconducibile al disposto degli artt. 533 e 534 cod. civ.[55], la quale non riconducibilità induce ad escludere che l'eventuale azione a tal fine promossa sia riconducibile all'art. 2652 n. 7 cod. civ.. Il fondamento dell'acquisto del successore del morto presunto è, infatti, la sentenza – eseguibile – di dichiarazione di morte presunta, e detta sentenza non viene "contestata" – né sarebbe contestabile in quella sede – dall'azione diretta a recuperare i beni.

Rispetto al "fondamento" dell'acquisto, geneticamente perfetto, la situazione che si viene a creare, a seguito dell'esercizio, da parte del morto presunto ritornato, del diritto di recuperare i beni, è più affine – con i dovuti distinguo – a quanto si verifica nella risoluzione della disposizione testamentaria per inadempimento del *modus*, significativamente collocata al n. 1 dell'art. 2652 cod. civ., e non già nel successivo n. 7, neanche la risoluzione incidendo sul "fondamento" dell'acquisto, l'"anomalia" riguardando lo svolgimento del rapporto e non già la sua fonte[56].

La circostanza che il recupero dei beni, da parte del morto presunto ritornato, sottragga, *ex nunc,* quei beni a chi li aveva acquistati, in virtù della successione apertasi in virtù della sentenza di dichiarazione di morte presunta, induce ad escludere che si possa procedere alla annotazione della sentenza, di cui all'art. 67 cod. civ., che il fatto del ritorno "accerta", a margine della trascrizione dell'acquisto del successore, ai sensi dell'art. 2655 n. 1 cod. civ., soluzione che viene suggerita da chi reputa il ritorno dover far "considerare nulli gli acquisti dei soggetti considerati negli art. 63 e 64 c. c."[57]. Così come non è la sentenza di dichiarazione di morte presunta a trasferire la titolarità dei beni, non è neanche il ritorno l'evento che quella titolarità fa venir meno. Quand'anche lo fosse, tuttavia, gli acquisiti ex artt. 63 e 64 cod. civ. non sono, ex art. 66 cod. civ., considerati nulli, essendo comunque fatti salvi i diritti dei terzi, mentre "la disciplina per così dire sostanziale della nullità non prevede alcuna ipotesi in cui siano fatti salvi i diritti acquistati dai terzi, il che

Milano, 2014, pp. 375 ss.; sul punto anche Orestano A., *Le domande con le quali si contesta il fondamento di un acquisto a causa di morte,* in AA.VV.: *Trattato della trascrizione*, II.1, (diretto da E. Gabrielli, F. Gazzoni), Unione Tipografica Torinese, Torino, 2014, pp. 175 ss.

55 "Nell'art. 66 è dettata una disciplina che mira proprio a consacrare la rilevanza di quello stato interinale di effettiva titolarità determinata dalla dichiarazione di morte presunta al di là della portata accordata dall'art. 534 alla mera apparenza di titolarità", come puntualmente sottolineato da Schlesinger, *La petizione di eredità* P.: cit., pp. 40 ss.; escludono che la persona ritornata possa avvalersi di una tutela analoga a quella accordata dalla petizione dell'eredità anche Cicero C., Sitzia L., *Petizione di eredità*, in AA.VV.: *Il codice civile. Commentario,* (fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli), Milano, 2013, p. 57.

56 In questo senso Orestano A.: *Le domande di risoluzione, di rescissione, di revocazione delle donazioni* e *le domande di autorizzazione alla accettazione dell'eredità in nome* e *luogo del rinunciante*, cit.,p. 83 il quale, per tale ragione, osserva che ove fosse mancata l'espressa previsione, comunque la norma di riferimento avrebbe dovuto essere l'art. 2652 n. 1 cod. civ. e non già il numero 7; diversa, per contro, la posizione di Frezza G.: *La trascrizione delle domande giudiziali*, cit., pp. 299 – 300, per il quale l'art. 648 comma 2 cod. civ. contempla una impugnazione *sui generis*, e la ricomprensione all'interno del n. 1 art. 2652 cod. civ., piuttosto che nel n. 7, considera priva di fondamento razionale e discriminatoria.

57 Soluzione, codesta, prospettata da Triola R.: *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, cit., p. 172, il quale, si ricorderà, quanto all'acquisto dei successori del morto presunto, considera che si debba trascrivere la sentenza di dichiarazione di morte presunta ai sensi dell'art. 2651 cod. civ.

comporta che la sentenza opera secondo il modello della così detta retroattività reale''[58].

Siamo, allora, in presenza di un fatto ulteriore e successivo al ''perfezionamento'' della fattispecie acquisitiva, alla medesima ''esterno'', idoneo ad incidere sui relativi effetti, il quale potrebbe ''evocare'' il verificarsi di un evento ''condizionante'' i detti effetti.

Sulla base di tale ''suggestione'', il ritorno del morto presunto è stato concepito alla stessa stregua di una *condicio juris* risolutiva[59], il cui avveramento andrebbe annotato a margine della trascrizione dell'accettazione dell'eredità (o acquisto del legato) in virtù dell'u.c. art. 2655 cod. civ.[60]. Tuttavia, anche l'annotazione dell'avveramento della condizione risolutiva, di cui all'art. 2655 cod. civ., si coordina con la c.d. efficacia retroattiva reale del detto avveramento, ex artt. 1357 e 1360 cod. civ.[61], che certamente manca nell'ipotesi del ritorno del morto presunto[62],

58 *Cfr.* Orestano A., *Le domande dirette a far dichiarare la nullità o a far pronunziare l'annullamento di atti soggetti a trascrizione* e *le domande dirette ad impugnare la validità della trascrizione*, in AA.VV.: *Trattato della trascrizione*, II.1, (diretto da E. Gabrielli, F. Gazzoni), Torino, 2014, p. 164.

59 Che la *condicio juris* sia un "comodo contenitore verbale" viene evidenziato da Gabrielli G.: "Pubblicità degli atti condizionati", *Rivista di diritto civile*, 1991, I, p. 43, riprendendo le parole di Scialoja A.: *Condizione volontaria* e *condizione legale*, in *Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, pp. 15 ss..

60 In questo senso Gazzoni F., *La trascrizione degli atti* e *delle sentenze*, I.2, cit., p. 341, secondo una impostazione accolta senza riserve da Frezza G., *Annotazioni. Cancellazioni. Titolo* e *nota di trascrizione. Formalità* e *procedimento*, cit., pp. 76 ss.; osserva, in merito Baralis G.: *Eccezionalità* e *specialità nella pubblicità immobiliare,* cit., pp. 342 che "la disciplina della trascrizione in un certo senso appare "povera" rispetto alle figure di diritto sostanziale, avendo previsto una specifica, particolare pubblicità "solo" per termine e condizione donde la tendenza ad inquadrare nella condizione fattispecie il cui grado di vicinanza con la condizione è più o meno marcato" adducendo il venir meno degli acquisti degli eredi e dei legatari a seguito del ritorno del soggetto di cui era stata dichiarata la morte presunta, nonché il patto di riscatto, ma mentre il caso del ritorno del morto presunto considera ragionevole riportarlo al fenomeno condizionale, non così argomenta per il patto di riscatto che appare all'Autore non facilmente assimilabile alla condizione in ragione della sua specifica, importante valenza che lo renderebbe non congruo rispetto all'accessorietà della condizione.

61 Nesso posto in risalto da Trib. S. Maria Capua Vetere 24 febbraio 2006 n. 59, in *Vita notarile*, 2006, I, p. 606 con nota di. Tardivo C. M: "Brevi (ed ulteriori) osservazioni in tema di decadenza e revoca della convenzione ex art. 35, legge n. 865/1971 e di riflessi sull'iscrizione ipotecaria ex art. 10 ter", ove si rimarca come con l'avveramento della condizione risolutiva si ripristina la situazione anteriore alla stipulazione della convenzione medesima e ciò sia tra le parti che nei confronti dei terzi. Conseguentemente per l'effetto retroattivo reale (tipico dell'avveramento della condizione risolutiva) l'acquisto del diritto "sub condicione" cade "ipso iure" fin dall'inizio, e così pure i diritti che l'acquirente "sub condicione" ha concesso a terzi nell'intervallo. Ciò in forza dello speciale effetto reale attribuito per legge alla clausola condizionale tramite la disposizione generale di cui all'art. 1357 cod. civ. a mente del quale chi ha un diritto subordinato a condizione risolutiva può disporne in pendenza di questa: ma gli effetti di ogni atto di disposizione sono subordinati alla stessa condizione; nei medesimi termini Trib. S. Maria Capua Vetere 19 settembre 2000, in *Vita notarile*, 2000, p. 1342 con nota di Tardivo C. M.: "Ulteriori note in tema di decadenza e revoca della convenzione ex art. 35, legge n. 865/1971 e di riflessi sull'iscrizione ipotecaria ex art. 10 ter*"*; Cass. 28 febbraio 1969 n. 663, in *Giustizia civile*, 1969, I, p. 1915; Cass. 28 maggio 1975 n. 2175; Cass. 5 maggio 1984 n. 3049.

62 Notazione, codesta, che non sfugge a Gazzoni F.: *Op. loc. cit.*, il quale pure osserva che, ove il bene sia stato alienato, ex art. 66 cod. civ. il già morto presunto avrà diritto di ottenere la proprietà dei beni nei quali il prezzo dell'alienazione è stato investito, la quale osservazione, però, a parte il fatto che un prezzo potrebbe non esserci, mal si concilia con la affermata venuta meno *ex tunc* della successione e conseguente acquisto *mortis causa*.

o, quanto meno, subisce una significativa "limitazione", proprio in relazione alla possibilità di recuperare i beni, ad opera dell'art. 66 cod. civ.[63].

Non sembra giovare, onde avallare la prospettata soluzione, il parallelismo che si è creduto poter instaurare con l'acquisto del legato, anch'esso considerato sottoposto alla *condicio juris* risolutiva della "rinuncia"[64], il cui verificarsi pure andrebbe annotato ai sensi dell'art. 2655 cod. civ.[65]. Tale soluzione, del resto, non è incontroversa. Se, da un lato, la retroattività della rinunzia al – o se si preferisce il rifiuto del - legato[66], ha fatto ritenere che la medesima dovrebbe andare esente da qualsivoglia pubblicità, dovendosi considerare l'acquisto del legato "come mai avvenuto"[67], sull'opposto versante, trattandosi pur sempre di "dismissione", ancorché retroattiva, di un acquisto già avvenuto, non è mancato chi abbia affermato la necessità di procedere alla trascrizione ex art. 2643 n. 5 cod. civ.[68].

Condivisibile o meno che sia tale ultima soluzione, con riferimento alla rinunzia al legato, dalla medesima traspare la preoccupazione dalla quale si sono prese le

63 Così Sgroi V.: *Morte presunta (dir. civ.)*, cit., p. 126.

64 *Cfr.* Gazzoni F.: *Op. cit.,* p. 341, il quale, peraltro, a proposito del legato – v. p. 334 – reputa tale condizione non andare menzionata ai sensi dell'art. 2659 u.c. cod. civ. "se non altro perché ove il legatario disponesse del legato in favore di terzi, ciò equivarrebbe ad accettazione, la quale impedirebbe il rifiuto stesso. I terzi pertanto non devono essere tutelati sul piano della pubblicità", analoga argomentazione si rinviene in Sciarrino V., Ruvolo M.: *La rinunzia all'eredità*, in AA.VV.: *Il codice civile. Commentario*, (fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli), Giuffrè. Milano, 2008, p. 193. Se, tuttavia, quanto al legato, può anche sostenersi che l'atto di disposizione impedisca l'avveramento della *condicio juris*, da cui la salvezza dei diritti dei terzi, la stessa spiegazione non può valere per l'atto di disposizione posto in essere dal successore del morto presunto, tenuto conto che, quantunque neanche il ritorno del morto presunto vada, evidentemente, menzionato ai sensi dell'art. 2659 cod. civ., un atto di disposizione posto in essere dal successore del morto presunto non può certo impedirne il ritorno.

65 Così, ancora Gazzoni F.: *Op. cit.,* p. 252; seguito da Frezza G. *Annotazioni. Cancellazioni. Titolo e nota di trascrizione. Formalità e procedimento*, cit., p. 78; su questa medesima linea si muove anche Baralis G., *L'annotazione*, in AA.VV.: *Trattato della trascrizione*, II.2, (diretto da E. Gabrielli, F. Gazzoni), Unione Tipografica Torinese, Torino, 2014, p. 148; Rizzi R. A.: "Acquisto e rinunzia al legato: forma, trascrizione e disciplina fiscale", *Notariato*, 2014, p. 235; Natale A.: "Le rinunzie a diritti ereditari", *Famiglia persone successioni*, 2007, p. 320

66 *Cfr.* Masi A. *Dei legati*, in AA.VV.: *Commentario del codice civile*, (diretto da A. Scialoja, G. Branca), Zanichelli, Il Foro italiano, Bologna, Roma, 1979, p. 11.

67 In tal senso Ferri L.: *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, Giuffré, Milano, 1960, 12 ss., soprattutto p. 17; Ferri L., Zanelli P., *Della trascrizione. Trascrizione immobiliare*, cit., p. 14; Sicchiero G.: "Rinuncia al legato. Forma e termini per la rinuncia del legato in sostituzione di legittima", *Giurisprudenza italiana*, 2018, c. 1074, ma a patto che nessuno abbia mai trascritto l'acquisto; se invece qualcuno abbia trascritto l'attribuzione del legato, allora la rinuncia andrà necessariamente annotata a margine della trascrizione, perché il principio di continuità delle trascrizioni osta a che sussistano contemporaneamente più acquisti del medesimo bene verso un dante causa: l'annotazione della rinuncia renderà efficace, per la continuità verso il *de cuius*, la trascrizione di chi subentra al legatario rinunciante.

68 "Ovvio" che si debba trascrivere, se il diritto legato è di natura immobiliare, appare a D'Orazi Flavoni M.: "La trascrizione della rinunzia ad eredità ed a legato", *Giustizia civile*, 1951, I, p. 651; così pure Capozzi G.: *Successioni e donazioni*, II, Giuffrè, Milano, 2009, p. 1151; Forti P.: *Gli acquisti di immobili ereditari e la trascrizione per causa di morte*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 229; Sitzia L.: *Trascrizione degli acquisti a causa di morte*, cit., pp. 453 ss.; in questo senso sembra muoversi la giurisprudenza, in considerazione del fatto che essa richiede, per la rinunzia al legato immobiliare la forma scritta il che, secondo Ferri L.: *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, cit., p. 9, non può che correlarsi con l'art. 2643 n. 5 cod. civ.; *cfr.* Cass. 3 aprile 1954, n. 1040, *Foro italiano*, 1954, I, C.754 con osservaz. di Stolfi G.: "In tema di forma della rinuncia al legato di immobili"; Cass. 12 febbraio 1972 n. 513; Cass. 10 giugno 2003 n. 9262, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, c. 748; Cass. 7 maggio 2013 n. 10605; Cass. 9 giugno 2017 n. 14503.

mosse: in presenza di un "cambiamento" nella titolarità di diritti immobiliari, detto cambiamento necessita di essere assoggettato ad idonea pubblicità.

Tenute, allora, ferme le conclusioni prospettate ai paragrafi precedenti, sembra potersi pervenire ad una risposta all'interrogativo proposto più lineare, ed in ultima analisi più semplice, assoggettando la dichiarazione volta a recuperare i beni alla trascrizione di cui all'art. 2645 cod. civ.. Nei precedenti paragrafi si è, infatti, pervenuti alla conclusione che il potere attribuito al morto presunto ritornato, ex art. 66 cod. civ., vada qualificato in termini di diritto potestativo di riscatto *ex lege*, ancorché avulso da qualsivoglia collegamento con una prelazione legale. Il mancato collegamento del diritto di riscatto *ex lege* alla sussistenza di una prelazione legale, e la assenza della fonte convenzionale, rende più agevole pervenire alla soluzione indicata, poiché molte delle difficoltà che si connettono alla pubblicità del retratto legale, e riscatto convenzionale, sono connesse a quel *favor* per il retraente, o riscattante, insito nella prelazione legale che il medesimo vanta, o nella convenzione che lo ha previsto[69]. Sgombrato il campo dalla "realità", che si riconnette al menzionato *favor*, sembra che tutti i problemi di coordinamento degli artt. 1504 e 2653 n. 3[70] nonché la loro trasposizione al riscatto legale vengano meno.

A differenza di quanto previsto dall'art. 1504 cod. civ., l'art. 66 cod. civ. non accorda al morto presunto ritornato il diritto di "ottenere il rilascio della cosa anche dai successivi acquirenti, purché il patto sia ad essi opponibile". Da ciò si può trarre la conseguenza che quand'anche per l'esercizio del diritto di recuperare i beni, accordato al morto presunto ritornato, sia prospettabile un termine – data la salvezza della prescrizione di cui all'u.c. art. 66 cod. civ.[71] – la salvezza dell'avente causa dal successore del morto presunto (riscattato), nei confronti del morto presunto che esercita il proprio diritto (riscattante), non deve essere riguardata in relazione al tempo dell'avvenuto acquisto, se precedente o successivo al termine per l'esercizio del riscatto, e, in questo secondo caso, se l'azione o dichiarazione di riscatto sia stata trascritta nei sessanta giorni successivi. Nell'ipotesi di cui all'art. 66 cod. civ. si ha, più semplicemente, un soggetto che, attraverso un negozio unilaterale, (ri)acquista, in quel momento, la titolarità di diritti immobiliari da colui che è effettivamente stato il proprio successore, sicché potrà prevalere sull'avente causa da costui solo se detto negozio – o la domanda giudiziale promossa per il medesimo fine – sia stato trascritto, ex art. 2645 cod. civ., prima della trascrizione

69 Per una sintesi Sirena P.: "Il problema della trascrivibilità della domanda di riscatto legale", *rivista di diritto civile*, 2014, I, p. 627 ss.; id., *Il riscatto*, cit., soprattutto pp. 302 ss.; Gabrielli G., *Diritti di riscatto attribuiti dalla legge e pubblicità immobiliare dell'atto di esercizio*, cit., pp. 694 ss.

70 Sui quali, per tutti si rinvia a Frezza G.: *La trascrizione delle domande giudiziali*, cit., pp. 461 ss.

71 Sul punto si rinvia a Barillario D.: *Della dichiarazione di morte presunta*, cit., p. 388.

dell'acquisto dell'avente causa dal successore, successore che, in tal caso, funge da "comune autore"[72].

72 È questa, se non abbiamo frainteso, la soluzione cui, in tema di riscatto legale, perviene Gazzoni F.: *La trascrizione degli atti e delle sentenze,* I.1, cit., p. 502; così pure Trimarchi A. G. M.: *Prelazione e retratto successorio: profili applicativi*, cit., pp. 333 ss.; parzialmente differente la posizione di Gabrielli G.: "Diritti di riscatto attribuiti dalla legge e pubblicità immobiliare dell'atto di esercizio", cit., p. 702 ss. secondo cui la trascrizione dovrebbe avvenire, per applicazione diretta – estensiva? – dell'art. 2653 n. 3 cod. civ.; nettamente contra entrambe le soluzioni Sirena P., "Il problema della trascrivibilità della domanda di riscatto legale", cit., pp. 639 ss. in considerazione della "naturale retroattività" che l'Autore riconosce al riscatto, sia legale che convenzionale.

BIBLIOGRAFIA

Astone, A.: *Contratto negozio regolamento. Contributo allo studio del negozio unilaterale*, Giuffré, Milano, 2008

Baralis, G.: *La nota di trascrizione*, in AA.VV.: *Trattato della trascrizione*, II.2 (a cura di E. Gabrielli, F. Gazzoni), Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 2014, p. 1303

Baralis, G.: *Eccezionalità e specialità nella pubblicità immobiliare*, in AA.VV.: *Trattato della trascrizione*, II.2 (a cura di E. Gabrielli, F. Gazzoni), Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 2014, p. 303

Baralis, G., *L'annotazione*, in AA.VV.: *Trattato della trascrizione*, II.2, (diretto da E. Gabrielli, F. Gazzoni), Unione Tipografica Torinese, Torino, 2014, p. 127

Baralis, G.: *Il titolo*, in AA.VV.: *Trattato della trascrizione*, II.2, (a cura di E. Gabrielli, F. Gazzoni), Torino, 2014, p. 115 Barillario D.: *Della dichiarazione di morte presunta*, in AA,VV, *Commentario del codice civile*, (diretto da A. Scialoja, G. Branca), Zanichelli, Il Foro italiano, Bologna, Roma, 1970

Baudana Vaccolini, C.: *Commento al codice civile del Regno d'Italia*, I.2, Salviucci, Roma, 1872

Bianca, C. M.: *La vendita e la permuta*, in AA.VV.: *Trattato di diritto civile*, VII.1, (diretto da F. Vassalli), Torino, 1972

Bianchi, F. S.: *Codice civile italiano,* IV, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1890

Bonilini, G., Coppola, C., *Il retratto successorio*, in AA.VV.: *Trattato delle successioni e donazioni*, (a cura di G. Bonilini), IV, Milano, 2009

Borsari, L.: *Commentario al codice civile italiano*, I, unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, Napoli, 1871

Brunetti, G.: *La dichiarazione giudiciale di morte dello scomparso*, in *Scritti giuridici varii*, IV, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1925, 273

Calcaterra, V.: *Genesi e sviluppo del codice civile del Regno d'Italia*, III.1, Migliaccio, Salerno, 1873

Calvo, R.: "La potestà di riscatto del venditore", *Rivista di diritto civile*, 2013, I, p. 1319

Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, I, Giuffré, Milano, 2009

Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, II, Giuffrè, Milano, 2009, p. 1151

Cariota Ferrara, L., *Assenza e successione per causa di morte, transazione sui beni dell'assente, patto successorio*, in *Studi in memoria di Filippo Vassalli*, I, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1960

Carpino, B., *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Jovene, Napoli, 1977,

Carpino, B. "Riscatto (dir. priv.)", *Enciclopedia del diritto,* XL, Milano, 1989, 1108;

Carpino, B., "Prelazione e riscatto II immobili urbani", *Enciclopedia giuridica,* XXIII, Treccani, Roma, 1990

Carresi, F.: "La dichiarazione di morte presunta", *Rivista di diritto civile*,1968, I, p. 339

Castellano, P., *La successione a causa di morte*, in *Successioni e donazioni*, (a cura di Fava), Giuffré, Milano, 2017

Cervelli, S., *Trascrizione ed ipoteca*, Giuffrè, Milano, 2009

Cesano, G., *Della trascrizione secondo il codice civile del Regno d'Italia*, Tipografia Caldo e Pellino Torino, 1866

Chianale, A., "Per una rilettura della regola di continuità delle trascrizioni", *Rivista di diritto civile*, 2016, II, p. 770

Ciatti Caimi, A.: *Della trascrizione degli atti relativi a beni immobili*, in AA.VV.: *Il codice civile. Commentario*, (fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli), Giuffré, Milano, 2018

Coviello, N., *Della trascrizione*, I, Margheri, Unione Tipografico Editrice Torinese, Napoli, Torino, 1924

Degni, F., *Le persone fisiche*, in AA.VV.: *Trattato di diritto civile*, II.1, (diretto da Vassalli), Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1939

Demolombe, C.: *Corso del codice civile*, I, Tipografia di Gaetano Reale, Napoli, 1847

De Moly, A.G.: *Traité des absents*, Durand, Paris, 1844

D'Orazi Flavoni, M.: "La trascrizione della rinunzia ad eredità ed a legato", *Giustizia civile*, 1951, I, p. 651

Durante, V.: "Prelazione e riscatto III retratto successorio", voce *Enciclopedia giuridica*, XXIII, Treccani, Roma, 1990

Ellinger, J.: *Manuale del diritto civile austriaco,* ver. it. Rotondi, I, Antonio Arzione, Milano, 1853

Esu, M.: *L'assenza* e *la dichiarazione di morte presunta*, in AA.VV.: *Trattato di diritto privato*, 2, (diretto da Rescigno), Unione Tipografico Editrice Torinese,Torino, 1982

Ferrario Hercolani, M.: *La trascrizione degli acquisti mortis causa*, in AA.VV.: *Trattato di diritto delle successioni* e *donazioni*, I, (diretto da G. Bonilini), Giuffrè, Milano, 2009, p. 1259

Ferrarotti, T.: *Commentario teorico pratico comparato al codice civile italiano*, XIII, Tipografia Vercellino,Torino, 1865

Ferri, L.: *Rinunzia* e *rifiuto nel diritto privato*, Giuffré, Milano, 1960

Ferri, L., Zanelli, P.: *Della trascrizione. Trascrizione immobiliare*, in *Commentario al codice civile*, (diretto da A. Scialoja, G. Branca), Zanichelli, Il Foro italiano, Bologna, Roma, 1995

Flandin, L., *De la transcription en matière hypothécaire*, I, Cosse et Marchal, Imprimeurs-Éditeurs, Paris, 1861

Forti, P.: *Gli acquisti di immobili ereditari* e *la trascrizione per causa di morte*, Giuffrè, Milano, 2010

Frezza, G., *Annotazioni. Cancellazioni. Titolo* e *nota di trascrizione. Formalità* e *procedimento*, in AA.VV.: *Il codice civile. Commentario*, (fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli), Giuffré Milano, 2017

Frezza, G., *La trascrizione delle domande giudiziali*, in AA.VV.: *Il codice civile. Commentario*, (fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli), Giuffré, Milano, 2014

Fulci, A.: *Delle successioni legittime* e *testamentarie*, I, Tipografia Popolare, Messina, 1873

Gabrielli, G.: *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974

Gabrielli, G.: "Pubblicità degli atti condizionati", *Rivista di diritto civile*, 1991, I, p. 43

Gabrielli, G., "Diritti di riscatto attribuiti dalla legge e pubblicità immobiliare dell'atto di esercizio", *Rivista di diritto civile*, 2004, I, p. 695

Gallo, P., "Prelazione", *Digesto discipline privatistiche sezione civile,* XIV, Torino, 1996, 167

Gangi, C.: *Persone fisiche e persone giuridiche*, Giuffré, Milano, 1948

Gazzoni, F.: *La trascrizione immobiliare*, I, in AA.VV.: *Il codice civile. Commentario*, (diretto da P. Schlesinger), Giuffré, Milano, 1998

Gazzoni, F.: *La trascrizione immobiliare*, II, in AA.VV.: *Il codice civile. Commentario*, (diretto da P. Schlesinger), Giuffré Milano, 1993

Gazzoni, F., *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in AA.VV.: *Trattato della trascrizione*, I.1 (a cura di E. Gabrielli, F. Gazzoni), Torino, 2012

Gazzoni, F.: *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in AA.VV.: *Trattato della trascrizione*, I.2 (a cura di E. Gabrielli, F. Gazzoni), Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 2012

Giorgianni, M.: *La dichiarazione di morte presunta*, Giuffrè, Milano, 1943, rist. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1978

Greco, P., Cottino, G., *Della vendita*, in AA.VV.: *Commentario del codice civile*, (diretto da A. Scialoja, G. Branca, Zanichelli, il Foro italiano, Bologna, Roma, 1981

Luminoso, A., *La vendita con riscatto*, in AA.VV.: *Il Codice civile. Commentario*, (diretto da P. Schlesinger), Milano, 1987

Luzzati, I.: *Della trascrizione*, I, Unione Tipografica Editrice, Torino, 1878

Maiorca, C., *Della trascrizione*, in AA.VV.: *Commentario al codice civile*, (diretto da M. D'Amelio, E. Finzi), Barbera, Firenze, 1943

Martinez, D.: *Al codice civile austriaco. Spiegazioni*, I, Ranieri Fanfani, Milano, 1823

Masi, A. *Dei legati*, in AA.VV.: *Commentario del codice civile*, (diretto da A.. Scialoja, G. Branca), Zanichelli, Il Foro italiano, Bologna, Roma, 1979

Mirabelli, G.: *Dei singoli contratti*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1991

Natale, A.: *La pubblicazione del testamento*, in AA.VV.: *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, II, (diretto da G. Bonilini), Milano, 2009, p. 1431

Natale, A.: "Le rinunzie a diritti ereditari", *Famiglia persone successioni*, 2007, p. 320

Natoli, U.: "Chiamato alla successione", *Enciclopedia del diritto,* VI, Milano, 1960, p. 919

Nicolò, R.: *La trascrizione,* II, Giuffrè, Milano, 1973

Orestano, A., *Le domande dirette a far dichiarare la nullità o a far pronunziare l'annullamento di atti soggetti a trascrizione* e *le domande dirette ad impugnare la validità della trascrizione*, in AA.VV.: *Trattato della trascrizione*, II.1, (diretto da E. Gabrielli, F. Gazzoni), Torino, 2014, p. 163

Orestano, A., *Le domande con le quali si contesta il fondamento di un acquisto a causa di morte,* in AA.VV.: *Trattato della trascrizione*, II.1, (diretto da E. Gabrielli, F. Gazzoni), Unione Tipografica Torinese, Torino, 2014, pp. 175

Orestano, A.: *Le domande di risoluzione, di rescissione, di revocazione delle donazioni* e *le domande di autorizzazione alla accettazione dell'eredità in nome* e *luogo del rinunciante*, in AA.VV.: *Trattato della trascrizione*, II.1 (diretto da E. Gabrielli, F. Gazzoni), Unione Tipografica Torinese, Torino, 2014, p. 71

Orestano, A.: *Le domande dirette all'accertamento della simulazione*, in AA.VV.: *Trattato della trascrizione* II.1, (diretto da E. Gabrielli, F. Gazzoni), Unione Tipografica Torinese, Torino, 2014, p. 139

Pacifici Mazzoni, E., *Codice civile commentato*, V, Eugenio e Filippo Cammelli, Firenze, 1876

Perlingieri, P.: *Forma del contratto* e *formalismo degli interpreti*, Edizioni Scientifiche Italiane,Napoli, 1987

Petrelli, G.: *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009

Plasman, L. C.: *Code et traité des absents*, I, Videco, Delamotte, Paris, 1841

Pugliatti, S.: *La trascrizione*, I.1 *La pubblicità in generale*, in *Scritti giuridici* III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 1077

Pugliatti, S.: *La trascrizione immobiliare*, II, in *Scritti giuridici*, II, Giuffré, Milano, 2010, p. 1497

Pugliatti, S.: *La pubblicità nel diritto privato*, I, in *Scritti giuridici*, II, Giuffré, Milano, 2010, p. 1185

Pugliatti, S.: *Rivendica, reintegra* e *azione per restituzione*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 2008, 357

Pugliatti, S., *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Giuffré Milano, 1964

Regine, F., "Questioni in tema di trascrizione degli acquisti *mortis causa*", *Notariato*, 2014, pp. 616

Ricci, F.: *Corso teorico-pratico di diritto civile*, IV, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1878

Rizzi, R. A.: "Acquisto e rinunzia al legato: forma, trascrizione e disciplina fiscale", *Notariato*, 2014, p. 235

Romagnoli, E.: *Dell'assenza,* in *Commentario del codice civile* (diretto da A. Scialoja, G. Branca), Zanichelli, Il Foro italiano, Bologna, Roma, 1970

Rubino D.: *La compravendita*, in AA.VV. *Trattato di diritto civile* e *commerciale*, XXIII, (diretto da A. Cicu, F. Messineo), Milano, 1952

Santangelo, E.: "La pubblicità dell'accettazione dell'eredità", *Vita notarile*, 1974, p. 1020

Santarcangelo, G.: *Volontaria giurisdizione*, in AA.VV.: *Formulario notarile commentato*, (a cura di G. Petrelli), V.I, Giuffré, Milano, 2008

Schlesinger, P., *La petizione di eredità*, Giappichelli, Torino, 1956

Scialoja, A.: *Condizione volontaria* e *condizione legale*, in *Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, p. 15

Sciarrino, V., Ruvolo, M.: *La rinunzia all'eredità*, in AA.VV.: *Il codice civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli), Giuffrè. Milano, 2008

Sgroi, V., "Morte presunta (dir. civ.)", *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Giuffré, Milano, 1977, p. 110

Sicchiero, G.: "Strategie contrattuali finalizzate alla tutela dei patrimoni personali", in *Obbligazioni e contratt.*, 2010, 599

Sicchiero, G.: "Rinuncia al legato. Forma e termini per la rinuncia del legato in sostituzione di legittima", *Giurisprudenza italiana*, 2018, c. 1074

Sirena, P.: "Il problema della trascrivibilità della domanda di riscatto legale", *Rivista di diritto civile,* 2014, I, p. 627

Sirena, P.: *Il riscatto*, in AA.VV.: *Trattato della trascrizione*, II.1, "a cura di G. Gabrielli, F. Gazzoni), Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 2014,

Sitzia, L., "Trascrizione degli acquisti per causa di morte", *Digesto discipline privatistiche sezione civile*, agg. XI, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 2018, 453

Tagliaferri, V.: *Prelazione e riscatto,* in AA.VV. *Trattato dei diritti reali* (diretto da A. Gambaro, U. Morello), I, Milano, 2008, 724

Talandier, F.: *Nouveau traité des absens*, Th. Marmignon, Limonges,1831

Trimarchi, A. G. M.: "Prelazione e retratto successorio: profili applicativi", *Notariato*, 1998, 333

Triola, R.: *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), IX, Giappichelli, Torino, 2012

Triola, R.: *La prelazione legale*, Giuffré, Milano, 2003

Vacirca, V.: "Appunti sulla trascrizione con particolare riferimento agli acquisti mortis causa", *Vita notarile*, 2009, pp. 1175

Winiwarter, G., *Il diritto civile austriaco*, ver. it. Callegari, I, Giuseppe Antonelli, Venezia, 1837

Zaccaria, A.: "La pubblicità delle disposizioni *mortis causa*: principio di continuità e risoluzione dei conflitti", *Rivista di . diritto civile*, 2014, I, p. 207

Zaccaria, A., Troiano, S.: *La pubblicità degli acquisti mortis causa*, in *Diritto civile*, IV.2, (diretto da N. Lipari, P. Rescigno), Giuffré, Milano, 2009, p. 97

ZATTI, P.: "Valutazione di probabilità e di opportunità nella dichiarazione di morte presunta", *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*,1970, p. 1245

ZATTI, P.: "L'immissione in possesso dei beni dell'assente", *Rivista di diritto civile*, 1969, I, p.

L'INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO NEL PASSAGGIO DEL DIRITTO DA SCIENZA TEORETICA A SCIENZA PRATICA*

THE INTERPRETATION OF CONTRACT IN THE TRANSITION OF LAW FROM A THEORETICAL TO A PRACTICAL SCIENCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 298-309

* Intervento introduttivo al Seminario internazionale organizzato in occasione del XXXVI anniversario del codice civile peruviano, sul tema *"Actualidad de las reglas de interpretacion contractual"*, e svoltosi (in collegamento via internet con l'Italia) a Lima il 14 novembre 2020. Lo scritto è destinato al numero speciale della *Revista Actualidad Juridica Iberoamericana* dedicato al ricordo di Cesare Massimo Bianca.

Nicolò LIPARI

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il saggio si sofferma sull'evoluzione dell'interpretazione della legge e del contratto, analizzando il mutamento del procedimento ermeneutico in relazione al cambiamento del diritto da scienza teoretica a scienza pratica.

PALABRAS CLAVE: Interpretazione; legge; contratto; principio di ragionevolezza.

ABSTRACT: *The essay looks at the evolution of the interpretation of law and contract, analyzing the change in hermeneutic procedure in relation to the change of law from a theoretical to a practical science.*

KEY WORDS: *Interpretation; law; contract; principle of reasonableness.*

SUMARIO.- I. PREMESSA.- II. L'EVOLUZIONE DELL'INTERPRETAZIONE.- III. IL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA COME NUOVO MODELLO ARGOMENTATIVO.- IV. LA RAGIONEVOLEZZA NELL'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE E DEL CONTRATTO.- V. CONCLUSIONI.

I. PREMESSA.

Nella tradizione culturale dei paesi di diritto scritto la riflessione sull'interpretazione del contratto si è sempre svolta in parallelo con quella sull'interpretazione della legge. Si potrebbe anzi dire che, al di là della diversità degli oggetti, il giurista continentale ha sempre colto nella definita individuazione di un oggetto per la sua analisi il proprium del diritto come scienza. Si tratti di ricavare la norma dalla volontà del sovrano o dalla volontà dei contraenti, egli ha sempre inteso che la specificità del diritto si caratterizza per la puntuale definizione del punto di riferimento oggettivo della riflessione. Nell'area continentale – che guarda con distacco e una punta di malcelata superiorità alle modalità applicative dei paesi di common law – il positivismo giuridico ed il volontarismo danno alle dottrine giuridiche la certezza di essere diventate finalmente una scienza, sul presupposto che questa implichi la definita specificazione del suo oggetto e la verificabilità dei risultati conseguiti nell'interpretazione del medesimo. Dato per scontato che una vera scienza, in quanto scienza teoretica, si attiene ai fatti, diventa non essenziale differenziare le leggi positive dalle dinamiche contrattuali. Le une e le altre sono fatti e una vera scienza si attiene ai fatti. Gli ordinamenti giuridici che dettano regole per l'interpretazione della legge (sul falso presupposto che queste abbiano una loro anelastica definitività e si sottraggano ad un autonomo e storicamente condizionato processo interpretativo) finiscono per fare insistito riferimento alla "volontà del legislatore". In parallelo si assume che il contratto "ha forza di legge fra le parti".

Tuttavia questo accostamento tra legge e contratto nell'interpretazione giuridica non è casuale perché lascia intendere in trasparenza che, al di là del suo ambito applicativo, il processo volto all'attribuzione di significato ad un documento, ad un'espressione linguistica, ad un comportamento, in altri termini il risultato dell'interpretazione, si connette inevitabilmente alla sua incidenza su quella dimensione relazionale e comunicativa che caratterizza il diritto come esperienza di rapporto.

• Nicolò Lipari
Professore emerito di diritto privato presso la Sapienza Università di Roma

E' stato giustamente detto (Gentili) che dettare regole per l'interpretazione, quale che ne sia l'oggetto, è, a ben vedere, operazione contro senso perché nello svolgimento dell'attività interpretativa l'interprete si sarebbe comunque districato secondo ragione, fermo restando che la "correttezza" del procedimento interpretativo non può certo essere valutata secondo parametri assimilabili a quelli con cui si giudica la correttezza di un'operazione matematica. La semantica come attribuzione di significato alle forme espressive di un linguaggio (quale che esso sia) implica un necessario riferimento ad indici storici, ambientali, contestuali che non possono, per loro natura, essere ricondotti a paradigmi formali. Con la conseguenza che – si tratti della forma espressiva di un enunciato legislativo o di un contratto di durata – se il significante risulta definito una volta per tutte, non è affatto detto che una volta per tutte debba ritenersi assegnato il significato. Eppure, se si ripercorre la storia del diritto, nella lunga stagione del cognitivismo, si coglie la linea continua di una riflessione che ricerca in quei fatti che sono le norme di legge o i contratti il definito oggetto della sua analisi. E si finge di non intendere che è assolutamente impossibile definire quegli "oggetti", intenderne il significato, coglierne la rispettiva forza di incidenza sui rapporti concreti senza valutare il contesto entro il quale la norma incide o il contratto opera. Pretendere che il giudice "dica" ciò che "è stato detto" e che quindi il processo interpretativo (della legge o del contratto) si risolva nel rendere chiaro ciò che preesiste all'attività dell'operatore si risolve in una mera petizione di principio.

Spero di non scandalizzare nessuno se dico che su questa petizione di principio tuttora si radica la struttura didattica delle nostre Facoltà giuridiche. Certamente in Italia, ma, per quanto io ne sappia, anche nella maggior parte dei Paesi di diritto scritto. I manuali di diritto che circolano nelle nostre Università sono prevalentemente strutturati in chiave di espressione di una scienza teoretica che coglie nella puntuale definizione del suo oggetto il suo momento caratterizzante. Quello che è stato definito il "dubbio del giurista" non appartiene al nostro panorama formativo; abbiamo difficoltà a spiegare, come professori, la riluttanza dei fatti a farsi incasellare negli enunciati normativi o negli schemi della dottrina. Qualche tempo fa, nel quadro di un convegno sulla formazione del giurista, ho preso lo spunto da quelle sentenze della Corte costituzionale italiana (ma non solo di questa) che, modificando – a legislazione costituzionale e ordinaria invariata – una precedente pronuncia di legittimità costituzionale, esplicitamente assumono, per giustificare la diversità di soluzione, che oggetto dell'analisi in chiave di costituzionalità non sono soltanto testi ma contesti e mi sono domandato, senza tuttavia ricevere soddisfacenti risposte, chi nelle nostre Facoltà insegnasse agli studenti ad analizzare non solo i testi, ma anche i contesti. Dobbiamo una buona volta renderci conto, facendo di questa constatazione il presupposto delle nostre operazioni interpretative, che non possiamo coltivare una visione autoriflessiva del diritto, non possiamo continuare a promuovere quella prospettiva etnocentrica

che il modello positivistico ha radicato. Dobbiamo semmai predicare la sua natura interdisciplinare, facendo una buona volta comprendere che nessuna operazione interpretativa può essere svolta – abbia essa ad oggetto un enunciato legislativo o un testo contrattuale – assumendo a proprio esclusivo criterio orientativo il dogma positivistico di dettati formalizzati.

II. L'EVOLUZIONE DELL'INTERPRETAZIONE.

Non mi è evidentemente consentito in questa sede affrontare funditus un problema che tocca alla radice il tema della giuridicità nel tempo presente, posto che qui intendo semplicemente chiarire come oggi il tema dell'interpretazione del contratto esiga di rompere le rigide paratie entro le quali era stato costretto in passato. Per chi ne abbia curiosità o voglia, ai fini di prospettive di più ampio respiro, rinvio al mio ultimo volume che ho significativamente intitolato "Diritto e ragione". Quel che mi pare qui essenziale preliminarmente chiarire è che nessuna operazione interpretativa può essere correttamente impostata senza prendere consapevolezza del fatto che oggi siamo ormai usciti dalla stagione che intendeva il diritto come scienza teoretica, essendo dunque necessario assumerlo, nonostante le resistenze della cultura tradizionale, ancora schiava dei vecchi concettualismi, come scienza pratica.

E si tratta certamente di un passaggio epocale che impone una radicale revisione dei nostri strumenti operativi. Una scienza teoretica, infatti, implica il riferimento ad un oggetto definito (nel caso del diritto un sistema di norme poste dal legislatore), mentre una scienza pratica assume ad oggetto della propria analisi le modalità di svolgimento di una prassi nella quale è implicato lo stesso operatore. Per riprendere una terminologia che mi è cara, nel passaggio dall'una all'altra prospettiva il giurista non deve più guardare all'alto di atti di posizione, ma al basso di atti di riconoscimento. Non deve cioè limitarsi ad analizzare testi (sia pure nella consapevolezza di un'alternativa fra procedimenti interpretativi), ma deve abituarsi ad analizzare contesti, che spesso si indirizzano non in funzione di precetti ma di indici di valore condivisi. Può essere significativo ricordare – specie ad un uditorio non italiano – che un nostro filosofo del diritto della nuova generazione (Vogliotti), riaffrontando, in uno degli ultimi volumi degli Annali dell' "Enciclopedia del diritto", il tema classico del principio di legalità, ha affermato, proprio nell'ottica di un diritto inteso non come scienza teoretica ma come scienza pratica, che oggi legalità non può significare più riferimento ad un sistema definito di enunciati normativi, ma semmai (con termine greco) eupraxía, cioè prassi indirizzata ad un risultato di giustizia. Ecco dunque emergere, nei processi applicativi del diritto, persino una terminologia che era del tutto sconosciuta ai nostri Maestri. Si pensi al riferimento al principio di ragionevolezza, che tende ormai a diventare, al di là delle ricorrenti accuse riferite alla sua indeterminatezza, il criterio principe non solo del sindacato

di costituzionalità, ma di qualunque processo applicativo del diritto anche in sede di giurisdizione ordinaria. Rompendo la logica condizionante della fattispecie, il letto di Procuste del formalismo legalista, la dittatura del codice, si sceglie una bussola di orientamento che chiede all'operatore il riferimento ad una pluralità di indici (comportamentali, valoriali, sociologici). Giudicare una legge in chiave di ragionevolezza significa leggerla non nell'ottica di chi l'ha dettata, ma secondo il filtro valutativo (e quindi gli indici di valore) di chi la deve applicare.

Il profilo del ragionevole viene cioè collocato al cuore dell'opera di sistematizzazione del diritto e del ragionamento giuridico, proprio nel momento in cui si prende consapevolezza che il sapere giuridico non è un sapere veritativo o descrittivo, ma un sapere costruttivo, valutativo, ipotetico, dubitativo in linea con il metodo delle scienze pratiche. Un sapere che non può ambire a verità e dimostrazione, ma deve accontentarsi di verosimiglianza e di persuasione e che, appunto per questa sua natura (almeno in apparenza) epistemologicamente fragile, esige un impegno argomentativo particolarmente forte.

III. IL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA COME NUOVO MODELLO ARGOMENTATIVO.

Lascio a ciascuno dei miei provveduti ascoltatori di intendere quanto ciò implichi una radicale revisione dei modelli argomentativi ai quali noi stessi siamo stati educati. A noi hanno insegnato a ricercare, nell'ottica della certezza, un oggetto che preesisteva alla nostra analisi e, prima che la tragedia delle grandi dittature innestasse le rivoluzioni costituzionali che i più anziani di noi hanno vissuto, ci siamo abbeverati alla dottrina di Kelsen, secondo il quale la giustizia, che è il fine delle scienze pratiche, diventa un "ideale irrealizzabile". Al contrario, secondo l'insegnamento bimillenario di Aristotele, i saperi che hanno come oggetto l'azione dell'uomo (la politica, l'etica, il diritto) non possono darsi il metodo proprio di quelle scienze che hanno per oggetto la natura. L'oggetto delle scienze pratiche non è un dato di fronte al quale il giurista deve piegarsi e ad esso sottoporsi, ma una pratica, un progetto in cui il soggetto conoscente è personalmente e inesorabilmente coinvolto. Proprio in questa chiave la ragionevolezza assume un peculiare rilievo perché l'applicazione del diritto – quale che sia la sua veste lessicale – alla particolare situazione della vita non è un'attività meramente riproduttiva di un significato preesistente, ma un'attività produttiva orientata dal fatto, influenzata dalle categorie di senso e di valore della comunità che si rivolge al giudice ed è guidata dalle precomprensioni dell'interprete.

Nel riferimento al principio di ragionevolezza si viene cioè radicando il modo di intendere il diritto nell'esperienza contemporanea. Non si tratta più di giustificare ciò che è stato detto a monte, ma semmai di intendere ciò che può essere capito

e condiviso a valle. Fondamentali rimangono a questo riguardo le riflessioni di Esser, secondo il quale in ogni soluzione giudiziale (quale che sia il suo oggetto) deve risultare evidente "la relazione di significato con una soluzione accettabile secondo ragionevolezza", posto che, se così non fosse, si ricadrebbe in quella visione, che pure la storia ha conosciuto, "di accettazione dell'autorità del diritto e della legge come di un'autorità tecnica, incomprensibile a quelli che ne stanno al di fuori". In altre termini, la ragionevolezza va intesa come la "soggettiva disponibilità e l'oggettiva possibilità di un dibattito cosciente con opinioni e argomenti che rendano possibile la formazione del consenso" e, pertanto, base ineliminabile delle decisioni giudiziali che intendano rispondere agli "orizzonti di attesa" della collettività.

Nelle varie peregrinazioni che in questi ultimi anni ho fatto in varie sedi universitarie, prima che il pericolo della pandemia operasse da freno alla nostra libertà di circolazione, ho constatato che un simile modo di intendere il nuovo ruolo del giurista comincia a serpeggiare – nonostante inevitabili resistenze e attriti (basti per tutti l'oscura piaga del nichilismo giuridico) – nei dibattiti e nelle prese di posizione ufficiali, sia pure ancora con la timidezza di chi teme di sovvertire la solidità di categorie concettuali stratificate negli anni. Pur con le difficoltà che discendono dall'utilizzare strumenti argomentativi ai quali non siamo stati educati, si comincia a capire che l'operatore giuridico, e segnatamente il giudice, quale che sia l'oggetto della sua analisi, deve giustificare la soluzione non in funzione di un presupposto dato, ma in chiave di persuasione, al fine di ottenere adesione o assenso, con conseguente collocazione del decisore su di un terreno comune rispetto al potenziale interlocutore. Un atteggiamento di questo tipo vale innanzitutto a contraddire in radice la ricorrente obiezione – troppo spesso moltiplicata da una pubblicistica di basso profilo – secondo la quale il superamento dei rigidi paradigmi positivistici si offrirebbe al rischio di un atteggiamento del tutto soggettivo e incontrollabile da parte del giudice. L'individualità contraddice all'adesione ed esclude quello che è un presupposto essenziale del richiamo alla ragionevolezza, cioè la convergenza su un'idea comune del diritto come ordinamento. Non ci si deve, in altri termini, spaventare – come da taluno ancora si paventa nell'ottuso richiamo alla legge di Hume sull'impermeabilità tra giudizi di fatto e giudizi di valore – se, come giuristi, siamo chiamati ormai costantemente a compiere (o a verificare) giudizi di valore. Non va mai dimenticato che la conoscenza scientifica presuppone un qualche universo culturale e quindi un mondo di valori. D'altra parte, se si assume che i giudizi di fatto siano, al di là della loro potenziale falsificabilità, prima o poi comunque garantiti da riscontri evidenti e, almeno allo stato, inconfutabili, analogo riscontro è possibile, a mio avviso, ipotizzare per un giudizio di valore, se questo viene riferito non al giudizio in sé, assunto in una sua imperscrutabile individualità, ma al modo con cui esso risulta, in un determinato momento storico, recepito e condiviso all'interno della comunità in cui quel giudizio è stato espresso.

Vi è una verificabilità che si fonda sulla puntualità di un dato e una verificabilità che invece si ricollega alla diffusività o all'evidenza di una opinione. Quel che mi sembra essenziale accentuare è che la ragionevolezza – non a torto definita (Zagrebelsky) come la testimonianza "della trionfale ricomparsa dall'altro lato del diritto, il lato materiale" – è il tipo di razionalità proprio della ragione pratica e perciò sfugge a qualsiasi tentativo di darle un fondamento giuridico positivo. Di questo essa è infatti criterio di validità: non è dal medesimo fondata, ma ne è semmai il fondamento.

IV. LA RAGIONEVOLEZZA NELL'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE E DEL CONTRATTO.

Si tratta di un presupposto del quale è necessario tener conto se vogliamo correttamente riflettere, nell'ottica del diritto come scienza pratica, al modo di svolgere una corretta interpretazione del contratto. A prescindere dalle ipotesi in cui è lo stesso legislatore a far richiamo al paradigma del "ragionevole" quale criterio qualificante di un comportamento o di una situazione che spetta al giudice di valutare, il passaggio del diritto da scienza teoretica a scienza pratica ha segnato una singolare divaricazione del modo di svolgimento del procedimento interpretativo siccome riferito alla legge o al contratto. Quel che per secoli era apparso simmetrico oggi risulta svolto in termini sostanzialmente oppositivi. Mentre per l'interpretazione della legge – non solo in chiave costituzionale, ma nel modo concreto di operare del giudice ordinario – è ormai diffuso il convincimento che essa debba essere intesa in chiave di ragionevolezza, cioè assicurandone la simmetria con i criteri valutativi dei destinatari, per il contratto si continua prevalentemente a ritenere che esso dipenda esclusivamente dalla determinazione volitiva dei contraenti, che sia cioè atto di autoregolamentazione, destinato ad incontrare esclusivamente i limiti dettati dal legislatore quando ritenga, per esempio, di definire in qualche modo e di tutelare il contraente debole. Così argomentando non ci si rende conto che, se il principio di ragionevolezza viene inteso quale criterio fondante dell'ordinamento, che quindi prescinde da ogni enunciazione formale, non si può assumere che nella disciplina del contratto esso invece esiga un puntuale riferimento testuale.

La nota sentenza della Cassazione italiana sul "caso Renault" (Cass. 18 settembre 2009, n. 20106) è, per molti versi, indicativa di un radicale mutamento di registro rispetto ai vecchi paradigmi argomentativi. In un rapporto contrattuale fra imprenditori che prevedeva a vantaggio di uno solo di essi il recesso *ad nutum* la Corte ha abbandonato i vecchi schemi scolastici, secondo i quali il recesso si qualifica come diritto potestativo, il cui esercizio è rimesso alla mera discrezionalità del titolare rispetto alla quale la controparte non può né deve far nulla, e ha ammesso (proprio in chiave di ragionevolezza) il controllo giudiziale sull'esercizio di quel diritto, consentendo al giudice di valutarne come abusiva l'attuazione

laddove questa non tenga conto anche dell'interesse della controparte nonché dell'incidenza dei suoi effetti sull'intera collettività. Non deve distrarre il fatto che il fondamento giustificativo della decisione si radichi ancora sulla clausola generale di buona fede. Nelle stagioni di passaggio è fisiologico che le aperture a nuovi paradigmi argomentativi si canalizzino entro gli schemi di vecchie categorie classificatorie. Quel che conta è evidenziare l'affermazione secondo la quale è necessario mantenere il rapporto giuridico entro i binari dell'equilibrio e della proporzione, in qualche modo leggendo l'esecuzione del contratto nella chiave della doverosità di un controllo giudiziale degli atti di autonomia sul terreno di un giudizio di ragionevolezza. Si nota nella motivazione della richiamata sentenza lo sforzo di canalizzare una tendenza del tutto nuova, che trova il suo fondamento nell'impianto costituzionale, entro i paradigmi e gli schemi classificatori del codice. Ma è agevole prevedere che, prima o poi, ci si libererà anche da questo ancoraggio residuo e si navigherà a vista per ricondurre il contratto, nella chiave del principio di solidarietà, entro i confini non di un risultato di convenienza privata, bensì di giustizia collettiva. Il diffuso indirizzo costituzionale, che ha indotto a ritenere il principio di solidarietà quale profilo che necessariamente connota il contenuto di qualsiasi contatto al di là dell'intento stesso delle parti, fa capire che nell'esperienza contemporanea il contratto non può più essere assunto nell'ottica rigida di una volizione o di un autoregolamento, ma nella prospettiva più ampia di un equilibrio che trascende gli stessi interessi dei contraenti.

Siamo qui al di fuori del classico modo di operare delle clausole generali (che presuppongono uno spazio di libertà offerto all'interprete dal legislatore), perché ci si deve rendere conto che non è possibile valutare alcun comportamento se non collocandolo nel quadro di un complessivo (riconosciuto ed operante) tessuto di valori e sarebbe del tutto assurdo pensare che a questo raccordo necessario si sottraggano gli atti di autonomia privata. Sono quindi destinate – a mio giudizio – ad essere progressivamente superate quelle posizioni, ancora presenti nella dottrina e nella giurisprudenza, secondo le quali non è consentita alcuna valutazione in chiave di giustizia, socialità, ragionevolezza sugli atti di autonomia privata, perché ciò finirebbe per contraddire l'essenza stessa di questa, trattandosi di un indice esterno ai modi del suo esercizio. A ben vedere, lo stesso processo teorico che ha condotto a parlare di primo, secondo e terzo contratto è sintomo di uno svolgimento di questo segno, sia pure ancora orientato da un'ottica di tipo legalista.

V. CONCLUSIONI.

Un simile capovolgimento di prospettiva rispetto ai nostri vecchi schemi scolastici è dunque una conseguenza necessaria e imprescindibile del passaggio del diritto da scienza teoretica a scienza pratica. Nel momento in cui la prassi diventa il nostro punto di riferimento necessario non possiamo più intendere il rapporto

giuridico come mera conseguenza dell'atto, diventando anzi le modalità del suo svolgimento, nelle peculiarità di un definito contesto storico e ambientale, criterio essenziale di orientamento per intendere l'ambito di efficacia della determinazione volitiva. Il significante si carica di significato in funzione di indici esterni alla sua struttura enunciativa.

Aggiungo che per conseguire un risultato di questo tipo l'interprete non ha più bisogno di formali dettati normativi, posto che si tratta di un esito che si riconduce – come ho detto – ad un principio fondativo della giuridicità dal quale lo stesso intervento legislativo dipende. Quando, per esempio, l'art. 421 del nuovo codice civile brasiliano del 2002 esplicitamente afferma che la libertà di contrarre "è esercitata in ragione e nei limiti della funzione sociale del contratto", non possiamo limitarci a registrare che qui il legislatore ha sovvertito un postulato del liberismo economico anteponendo l'interesse della collettività a quello dei contraenti. Se il contratto oggettivamente ha una funzione sociale questa non dipende certo da una imposizione dall'alto, con la conseguenza che un suo mancato riconoscimento finirebbe per rendere del tutto inoperante la norma che la negasse, posto che la storia ci insegna che la sostanza finisce sempre per prevalere sulla forma. Si determina cioè, nell'esperienza contemporanea, con riferimento al contratto, una vicenda analoga a quella che abbiamo vissuto, nei lontani anni Sessanta, quando si cominciò a parlare di "funzione sociale della proprietà". I tradizionalisti dell'epoca riaffermarono perentoriamente l'assolutezza di quello che Rodotà ha chiamato il "terribile diritto", ma la storia ha fatto giustizia dei loro dubbi e oggi la posizione che colloca la proprietà in una dimensione non semplicemente individuale deve ritenersi assolutamente prevalente.

Personalmente credo – e mi scuso se i rigorosi limiti di tempo di questa relazione non mi consentono, al di là delle affermazioni di principio, più puntuali esemplificazioni – che l'esperienza condurrà inevitabilmente a superare prospettive come quella dell'art. 1366 del codice civile italiano, che si limita a riconnettere l'interpretazione del contratto alla buona fede, così come quella dell'art. 168 del codice civile peruviano, che, rendendo esplicito ciò che il codice italiano in una certa misura sottintende, dispone che l'interpretazione del contratto si svolga "in conformità a quanto in esso è espresso e secondo il profilo della buona fede". Lo stesso sforzo della dottrina e della giurisprudenza di considerare l'applicazione diretta dei principi costituzionali in materia contrattuale quale frutto dell'interpretazione secondo buona fede appare, a mio giudizio, indice della stagione di passaggio che ci avvolge, nella quale, anche per vincere le resistenze di una cultura tradizionale, è sembrato in un primo tempo necessario canalizzare i nuovi procedimenti interpretativi entro paradigmi consueti.

La fioritura di scritti alla quale di recente abbiamo assistito in tema di giustizia del contratto e di oggettivazione dello scambio (intesa questa come capacità per il giudice, anche al di là di un espresso richiamo normativo e anche a prescindere da un abuso del contraente, di valutare e sanzionare la congruità dello scambio contrattuale) evidenzia, al di là delle tecniche utilizzate per la soluzione proposta, un'esigenza di fatto non sopita e oggi non più eludibile. In altri termini, se è vero che il giudice non può limitarsi a considerare il diritto come frutto di una imposizione e quindi la norma giuridica come semplice comando, ma deve impegnarsi a ricercarne quella qualità deontologica che la comunità di riferimento sia in grado di comprendere e di attuare, non deve cioè considerarla come fatto ma come valore (rapportandola al suo dover essere in un contesto storico dato), non credo ci sia da menar scandalo se si afferma che anche in tema di contratto la sua attività non può limitarsi a giudicare la corrispondenza dell'atto di autonomia a parametri prefissati dalla legge, ma deve scendere a valutare la sua concreta incidenza in chiave di effettività e quindi la sua capacità di non risolversi in una inaccettabile sperequazione a danno di una delle parti o in una pericolosa incidenza nella sfera di terzi.

La giustizia è sempre stata pensata come alternativa alla forza, proprio perché la giustizia, per sua natura, è soggetta ad essere discussa, mentre la forza invece è perfettamente riconoscibile e non può essere posta in discussione. Su questo presupposto Pascal, in uno dei suoi "Pensieri", amaramente osservava che, "non riuscendo a rendere forte il giusto, si è reso giusto il forte". Credo che non solo il giurista, ma ciascuno di noi come cittadino, si debba battere per evitare che una tale affermazione trovi conferma anche nel nostro tempo. Nel momento stesso in cui si riconosce che, quali che siano i rapporti di forza che hanno condotto alla promulgazione di un enunciato, questo è soggetto ad un controllo di contenuto dal quale dipende la persistenza della sua validità e che comunque lo stesso modo di intenderlo e di applicarlo va ricondotto ad un principio di ragione accettato e condiviso, significa che oggi la giustizia fa premio sulla forza, che il rapporto con la giustizia ha finito per diventare, come sopra ricordavo, costitutivo dello stesso concetto di legalità.

Dobbiamo renderci conto che una simile verità va riflessa anche all'interno della disciplina del contratto, specie in un momento in cui la forza del mercato tende ad imporsi sulla debolezza del cittadino comune. Mi auguro che questo seminario possa rappresentare una tappa significativa lungo questa strada.

¿DE QUÉ SE HABLA CUANDO SE ALUDE A LA CAUSA DEL NEGOCIO JURÍDICO?

WHAT IS TALKED ABOUT WHEN THE CAUSE OF THE DEAL IS REFERRED TO?

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 310-341

Pedro Luis
LANDESTOY
MENDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de agosto de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: La causa del negocio jurídico es uno de los tópicos del Derecho privado que más polémica ha desatado desde su formulación. Esa controversia no cesa en la actualidad donde se debate todavía entre los que la quieren desechar como algo inútil y los que defienden su permanencia en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación. En ese contexto adverso, el presente artículo se propone realizar un estudio de la causa desde su conceptualización a fin de brindar una definición holística del fenómeno en contraste con su concepción doctrinal imperante.

PALABRAS CLAVE: Causa del negocio jurídico; tipo negocial; causa concreta.

ABSTRACT: *The cause of the deal is one of the topics of private law that has unleashed the most controversy since its formulation. This controversy does not cease today where it is still debated between those who want to dismiss it as something useless and those who defend its permanence in the doctrine, jurisprudence and legislation. In this adverse context, this article aims to carry out a study of the cause from its conceptualization in order to provide a holistic definition of the phenomenon in contrast to its prevailing doctrinal conception.*

KEY WORDS: *Cause of deal; business type; specific cause.*

SUMARIO.- I. PREFACIO.- II. ¿CAUSA O CAUSAS?.- III. CAUSA EFICIENTE.- IV. CAUSA FINAL.- 1. La causa concreta del negocio jurídico y el tipo negocial genérico. V. CAUSA IMPULSIVA.- VI. CONSIDERACIONES *AD FINEM*.

I. PREFACIO.

El cuestionamiento sobre la causalidad es algo casi innato en el ser humano, no en balde la pregunta frecuente del niño que comienza a conocer el mundo es el porqué de cada cosa. Se nota desde que se comienza a pensar que los fenómenos no pueden surgir porque sí, sino que cada uno tiene un propósito particular, algo por lo cual existen, una finalidad, una causa. Esta verdad tan evidente se convirtió en el motor de todo el conocimiento humano, Aristóteles señala que "[…] no tenemos ciencia de una cosa sino cuando hemos conocido la causa"[1].

Esta cientificidad causalista cobra un valor excepcional en la teoría general del negocio jurídico, la cual no es parte de las realidades factuales, sino que constituye una construcción dogmática con fines eminentemente científicos. Así, al tratar de estudiar el contrato, el testamento y el matrimonio, fenómenos tan diferentes cual se pueda imaginar, como una unidad conceptual brotó el elemento volitivo a modo de eje común; mas, la voluntad per se no puede explicar la amalgama de fenómenos que se engloban bajo el título de negocio jurídico sino que es necesario percatarse que todas las figuras nacidas del acto volitivo tienen una finalidad, que es la que el hombre persigue alcanzar con el acto y es la que al Derecho le tocará cuestionar si merece tutela o no[2].

Uno de los más prestigiosos tratadistas sobre el negocio jurídico[3], al definirlo apunta: "La institución del negocio jurídico no consagra la facultad de 'querer' en el vacío […] más bien, según hemos visto, garantiza y protege la autonomía privada, en la vida de relación, en cuanto se dirige a ordenar intereses dignos de tutela en las relaciones que los afectan. […] Es el acto con el cual el individuo regula por sí

1 Aristóteles: *Analíticos posteriores,* (traducción de F. de P. Samaranch), Aguilar, Madrid, 1958, I.2.

2 En este sentido, Ihering (*El fin en el Derecho,* (traducido por L. Rodríguez), Rodríguez Serra editor, Madrid, 1911, p. 8), expresa que: "Es, por lo tanto, necesario, para que la voluntad obre, una razón suficiente, una causa. Es la ley universal. En la naturaleza inanimada esta causa es de esencia mecánica (causa efficiens); psicológica cuando se refiere á (*sic*) la voluntad: ésta obra en vista de un fin (Zweck, causa finalis) […] El hombre que obra, no obra porque, sino á (*sic*) fin de, á (*sic*) fin de conseguir tal ó (*sic*) cual objeto. Este á (*sic*) fin rige de un modo tan ineludible la acción de la voluntad, como el porque (*sic*) determina el movimiento de la piedra que cae. Un acto de la voluntad sin causa final, es un imposible tan absoluto como el movimiento de la piedra sin causa eficiente".

3 Betti, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, (traducción y concordancias con el Derecho español por A. Martín Pérez), editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 51-52.

• Pedro Luis Landestoy Mendez
Notario de La Habana. Correo electrónico: pllandestoy@gmail.com

los intereses propios en las relaciones con otros [...] y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo [...]".

Es la causa el nexo entre la declaración de voluntad y la tutela jurídica, elementos conceptuales del negocio jurídico[4]. Es por eso que aquí, como apuntaba el Estagirita, hacer ciencia sobre el negocio jurídico es también conocer sus causas; solo que en esta sede la causa del acto volitivo no supone exclusivamente un ejercicio académico, sino que es pauta de solución práctica de problemas relacionados con negocios concretos y hasta de política legislativa. No en balde otro gran tratadista apunta: "Cuando se trata de un acto no negocial, el Derecho considera: ¿se quiso, cómo se quiso lo hecho? (cuestión de imputabilidad o de atribución). Cuando la materia se considera negocial, se tienen en cuenta, además, las cuestiones: ¿Qué se quiso; hasta dónde se quiso? (regulación del contenido), ¿por qué, para qué se actúa? (determinación de la causa)"[5].

Empero, el jurista italiano Giommaria Deiana,[6] en frase profética en relación con las disquisiciones teóricas que sobre la causa se han desarrollado, sostiene que hoy es necesario antes de iniciar una discusión sobre la causa que se alcance un acuerdo sobre el significado que se dará a la citada palabra, dado que esta ha adquirido tantos, que puede decirse de ella que ya casi no tiene ninguno. En efecto, bajo el título de causa en el Derecho civil se desarrollan muchos conceptos, incluso dentro de la teoría del negocio jurídico puede hablarse de muchas causas y de sus diversas funciones. Es por lo que este artículo tiene como claro propósito sistematizar los elementos esenciales de una conceptualización holística de la causa del negocio jurídico objetivo imprescindible para arribar a un concepto de causa del negocio que satisfaga las exigencias que hoy le presenta el Derecho privado.

II. ¿CAUSA O CAUSAS?

Estudiar la causa como fenómeno *in abstracto*, aun para aplicar sus elementos a ciencias particulares, es objeto de la filosofía, definida incluso en ocasiones como la ciencia de las primeras causas. Es por lo que se hace necesario adoptar una base, si se quiere un sistema o escuela filosófica sobre la que estudiar el tema, primero en sí mismo, para luego hacerlo en sede del negocio jurídico. Cabe de plano descartar las escuelas postrenacentistas, principalmente las que toman como sustrato el empirismo y el positivismo, pues subestiman en sus concepciones la noción de

4 Así lo sostiene también Sánchez Ocejo (*La nulidad en el Derecho privado*, Jesús Montero editor, La Habana, 1938, p. 156), para quien: "Precisamente la causa es el punto en que armonizan la voluntad contractual y el poder público".

5 de Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 26.

6 Deiana, G.: "Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell´obbligazione", *Rivista di diritto civile*, I-II, 1938, p. 127.

causa como algo útil de estudiar. Señala al respecto Millán Puelles[7] que a partir de Kant el sentido fuerte de la palabra ciencia, que supone la certeza causal, va siendo reemplazado por una acepción débil que se contenta con pedir a las ciencias un carácter sistemático, a lo que Zubiri añade que: "No solamente, pues, no es la idea de causa la que dio origen a la ciencia moderna, sino que ésta tuvo su origen en el exquisito cuidado con que restringió aquélla"[8]. Pero en realidad el desprecio por el estudio de la causa comienza antes del filósofo de Königsberg, desde fines de la Edad Media, con el determinismo expuesto por Guillermo de Ockham ya se vislumbran ataques contra el principio de finalidad, los que serán más feroces a partir del mecanicismo geométrico de Descartes y Spinoza, el evolucionismo materialista de Spencer y Darwin, la dialéctica eficientista de Hegel y Marx, el optimismo inmanentista de Leibniz y, finalmente, en el criticismo kantiano.

Contrario sensu, la filosofía griega y medieval pueden considerarse eminentemente causalistas. Desde los presocráticos la idea de la causa era recurrente en su explicación del mundo, aunque (a semejanza de lo que ocurre entre los juristas contemporáneos) este término no tenía un significado unívoco y por lo general cada filósofo lo empleaba para una función diferente. Así Ferrater Mora señala que los pitagóricos consideraron los números y las figuras geométricas como causas, pero eran solo causas formales[9]. Empédocles consideró el Amor y la Discordia (la Unión y la Separación) como causas, pero como causas eficientes. Anaxágoras hizo del "Nous" una causa, pero enfocada como una causa final. Los atomistas consideraron que todos los acontecimientos suceden necesariamente, y con ello que hay un principio de necesidad que es la universalidad del nexo causal. Ya el realismo platónico comienza a plantearse el fenómeno causal íntegramente, aunque con una fuerte influencia del eficientismo sobre el finalismo.

No caben dudas de que la filosofía aristotélica –y su continuación tomista– ha sido el sistema que mejor ha estudiado el fenómeno causal, pues lo ha hecho de forma integradora partiendo de definir la causa como concepto unitario para luego clasificar las diferentes modalidades o tipos que puede adoptar[10]. Pero,

7 *Vid.* Millán Puelles, A.: *Fundamentos de filosofía*, editorial Rialp, Madrid, 1962, p. 51.

8 Zubiri, X.: *Naturaleza, Historia, Dios*, Alianza editorial, Madrid, 1987, p. 289.

9 *Vid. per omnia* Ferrater Mora, J.: *Diccionario de filosofía.* tomo I *A-K*, editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1964, p. 271.

10 En palabras de Dualde (*Concepto de la causa en los contratos (La causa es la causa)*, editorial Bosch, Barcelona, 1949, p. 21) "Difícilmente se encontrará un filósofo que haya dedicado más atención que Aristóteles al principio de causalidad. Por cualquier parte que se abra su Metafísica aparece la palabra causa, ya para profundizar su sentido, ya para esclarecerlo con insistentes ejemplos". Además de esta profundidad del análisis aristotélico de la causa, otro argumento que pesa a favor de partir de la noción del Estagirita para analizar la causa del negocio jurídico es el hecho de su influencia en los glosadores, a saber, los creadores de la noción de causa del contrato que se maneja hoy. Estos al crear la figura tenían la vista puesta en Aristóteles. Sobre esta influencia de la teoría aristotélica de la causa en los juristas medievales, vid per omnia Söllner, A.: "Die Causa im Kondiktionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, núm. 77, 1960, pp. 183 y ss.

aunque no es errado hablar de causa como fenómeno independiente y único, este macroconcepto sólo es útil para la metafísica como ciencia del ente en tanto tal, mas, para el estudio de ciencias particulares como el Derecho, concebirla desde su generalidad puede traer más tinieblas que luces[11]. Es por lo que, si bien conceptualmente existe la causa, esta es por lo general clasificada. No tratándose por lo tanto de conceptos desligados sino, que participando todas de las mismas notas conceptuales, se encargan de diversas funciones. Así, aun cuando la filosofía aristotélica estudia cuatro causas (material, formal, eficiente y final), siguiendo la metodología tradicional de los estudios jurídicos se abordarán solo los términos comúnmente aceptados como causa del negocio, a saber: causa eficiente, causa final y causa impulsiva.

III. CAUSA EFICIENTE.

Comenzar hablando de la causa eficiente es una necesidad. Si bien esta no es el objeto de la investigación, definirla y distinguirla de la causa final es un requisito de primer orden pues constituye el concepto más generalizado, e incluso el que muchos autores (filósofos y juristas) conciben como el único válido[12].

La eficiente es, en términos de Aristóteles, "… aquello de donde proviene el inicio primero del cambio"[13]. Constituye una de las causas extrínsecas del ente, es decir, una realidad distinta de dicho ser que ejerce una influencia en su constitución o sobre su desarrollo. Dicho de modo más coloquial, la causa eficiente de un ente es el elemento, diferente de este en cuanto a naturaleza, que lo produce, modifica o extingue o que al menos influye en su proceso existencial. Se aprecia entonces que los elementos conceptuales indispensables al hablar de causa eficiente son la alteridad y la producción de un efecto.

La alteridad viene dada por el presupuesto de que nada se produce a sí mismo pues, de hacerlo, no habría verdadera producción al darse una preexistencia, así la causa eficiente tiene que preexistir a su efecto y por lo tanto ser distinta de este.

11 En la opinión de d´Ors (*De la guerra y de la paz*, ediciones Rialp, Madrid, 1954, p. 160): "Si la teoría de la causa jurídica se nos presenta confusamente en la jurisprudencia, ello se debe, ante todo, si no me equivoco, a la utilización de la misma palabra –*causa*– para el doble sentido de causa eficiente y causa final".

12 Hoy más que crisis del concepto de causa podría decirse que existe una crisis del principio de finalidad al concebir la causa solo desde su prisma eficientista. Entre los juristas destaca la posición de Núñez Lagos ("Causa de la 'traditio' y causa de la 'obligatio'", *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, tomo II (coordinado por J. Gómez Gálligo), editorial Thomson Civitas, Navarra, 2009, p. 3710) quien sostiene: "Causa es la razón justificativa de la eficacia jurídica de un acto humano." y de manera más determinante la de Guasp ("Indicaciones sobre el problema de la causa en los actos procesales", *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1948, p. 406) para quien: "De las múltiples acepciones que la noción de causa recibe en el orden jurídico, debe retenerse aquí la idea exclusiva de causa motora o eficiente, el cur agitur, descartando como figuras que pertenecen a otra serie de cuestiones, las llamadas causas materiales, causas formales o causas finales del acto mismo".

13 Aristóteles: *Metafísica* (introducción, traducción y notas de Calvo Martínez), editorial Gredos, Madrid, 1994, p. 208.

En cuanto a la producción del efecto constituye el sentido de ser de este tipo de causa que se enfoca en ejercer un influjo o crear una realidad determinada. Es el elemento que la distingue de las otras causas extrínsecas y principalmente de la causa final, al decir de Steenberghen: "la causa extrínseca propiamente dicha es la causa eficiente, la que ejerce un influjo real sobre otra realidad […] la causa ejemplar y la causa final no tienen, pues, influencia directa sobre el efecto, ejercen una influencia de orden intencional sobre el espíritu de la causa eficiente"[14].

Todo esto arroja una realidad incuestionable: el negocio jurídico es una causa eficiente por excelencia y así es concebido incluso por el Derecho positivo cubano (cfr. artículo 47 inciso b) del Código Civil). La causalidad aquí se explica precisamente en el par dialéctico: causa/efecto. Así, los hechos de la naturaleza, como los del mundo jurídico, se suceden encadenados unos a otros, de tal manera que un acontecer de la naturaleza o una acción humana provocan resultados o cambios en uno u otro orden, los cuales a su vez se convierten en causa de otros efectos y así sucesivamente. Un negocio jurídico crea, modifica o extingue una relación jurídica, efecto considerado como consecuencia de aquel; el efecto está unido a la causa por un nexo, por una relación que determina que cierta causa produzca indefectiblemente cierto resultado (v.gr., contrato-obligación-atribución patrimonial).

Lo que verdaderamente constituye un quebradero de cabeza es determinar cuál es la causa eficiente del negocio jurídico.

Una primera tesis que se podría sostener es que el negocio jurídico no tiene causa eficiente, pues su esencia es ser principio de la cadena de fenómenos, es decir, es causa primera e incausada en cuanto a causa eficiente, lo cual tendría cierto amparo en el elemento de la alteridad pues la fuente del negocio jurídico (la autonomía privada) es un componente constitutivo intrínseco, al ser su causa material. Así, al no poderse detectar una causa fuente del negocio fuera de sí mismo, podría decirse que no es efecto de un fenómeno anterior.

Mas, esta no parece ser una tesis válida, si bien es muy fácil. El negocio jurídico no es una deidad increada y creadora, es obra de un acto humano voluntario. Lo que lleva a que una segunda tesis sostenga a la autonomía privada como causa eficiente del negocio jurídico, pero esto trae un cuestionamiento conceptual: o bien puede identificarse la causa eficiente con la causa material, o bien la autonomía privada no es la causa material del negocio.

El primer cuestionamiento es rechazado de plano. La causa material y la causa eficiente nunca podrán ser las mismas, pues si la tarea de la causa eficiente es

14 Steenberghen, F.: *Ontología*, editorial Gredos, Madrid, 1957, p. 144.

conectar a la causa material con la causa formal o, dicho de otra manera, dar a la materia prima o potencia una forma o acto, no puede ser la causa material causa eficiente de sí misma. Aquí radica la alteridad estudiada: la causa material es intrínseca al ente, mientras que la causa eficiente tiene que precederlo.

Por su parte, analizar qué tipo de causa es la autonomía privada en relación con el negocio jurídico es algo más engorroso.

Se sostiene como premisa que la autonomía privada, entendida como el poder de autodeterminación de la persona[15], constituye causa material del negocio jurídico. Aristóteles define a la materia como "[…] aquello desde lo cual, permaneciendo intrínseco a lo que deviene, es engendrada la cosa"[16], lo que hace deducir que es el sujeto permanente de los cambios y el sujeto determinable de cuya potencialidad se constituye un nuevo ser, por lo que asume el carácter de causa material todo aquello que dispone al ente para recibir algo[17]. Esta definición se corresponde plenamente con el papel que desempeña la autonomía privada en el acto negocial.

La autonomía privada es lo que permite la creación de negocios jurídicos, o sea, es el "poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social"[18].

Estas notas conceptuales arrojan que la autonomía privada es la materia altamente potencial que puede adoptar la forma que quiera en dependencia del fin que se proponga y del influjo en ella de la causa eficiente. Al igual que la causa material, la autonomía privada no tiene acto en sí, sino una enorme potencialidad para ser puesta en acto. Por su parte, sí comunica de su esencia al negocio que de ella nazca, constituye su fundamento. Es por lo que la segunda tesis tampoco es aceptada, aunque da luces en relación con la que –a juicio del investigador– es la tesis correcta.

Si bien la autonomía privada no concuerda con el concepto causa eficiente sino material, sí lo hace lo que la transforma en una voluntad concreta, es decir, en una voluntad con contenido negocial. Esto puede encontrarse en la manifestación de voluntad.

15 *Vid*. de Castro y Bravo, F.: *El negocio*, cit., p 11.

16 Aristóteles: *Física* (traducción y notas de Guillermo R. de Echandía), editorial Gredos, Madrid, 1995, p. 54.

17 *Vid*. Vigo, R. L.: *Las causas del Derecho*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 38.

18 de Castro y Bravo, F.: *El negocio*, cit., p. 12.

Desde esta perspectiva es dable ver cómo la manifestación de voluntad constituye el punto de partida del negocio jurídico, es de donde nace, lo que pone en acto la tan potencial autonomía privada, al realizase sobre el poder le brinda a la persona, pero devenir en lo que la saca de su abstracción para convertirla en realidad negocial concreta.

IV. CAUSA FINAL.

He aquí el objeto de esta investigación, la causa final del negocio jurídico. A propósito, expresa Vigo: "Para comprender el ente no basta relacionarlo con la causa eficiente, o sea, por detrás de su origen o fuente, sino que además se necesita vincularlo 'por delante' hacia aquello por el cual el ente existe y brinda la significación a su existencia"[19].

Desde esta frase del iusfilósofo argentino es dable percatarse que la finalidad constituye el elemento fundamental dentro de la esencialidad de un fenómeno, en efecto, la causa final "[…] es aquello para lo cual"[20] se hace algo, en palabras de Aristóteles. No en balde, si bien en el resto de las posiciones científicas la noción que prima como causa es la eficiente, en sede del negocio jurídico al hacer referencia a su causa se está haciendo alusión a su causa final.

Desde la perspectiva de la metafísica aristotélica, la causa final es considerada la causa de las causas[21], pues la causalidad del fin reside en la atracción que despierta en el agente, o sea, mediante esta atracción del fin la causa final mueve a la causa eficiente a producir el cambio, dando a una causa material una determinada causa formal. En palabras de Tomás de Aquino: "el fin es la causa de la causalidad de la causa eficiente porque él es el que hace que la causa eficiente sea (actualmente) eficiente"[22]. Desde el Derecho se obtienen conclusiones similares, para Baldo la causa final es "objetum intellectum, sicut signum est objectum visus et portus est objectum navigatium; et quicquid agimus, propter finem agimus"[23], es decir, en resumen, el fin perseguido por la voluntad.

En un agente inteligente el fin es siempre lo primero y por el cual se organizan los medios destinados a alcanzarlo, por tanto, a pesar de su nombre, la causa final es en todo acto humano la primera de las causas porque todas las demás

19 Vigo, R. L.: *Las causas*, cit., p.119.

20 Aristóteles: *Metafísica*, cit., p. 208.

21 *Vid per omnia* Garrigou-Lagrange, R.: *El realismo del principio de finalidad*, editorial Desclée, Buenos Aires, 1949, passim.

22 Tomás de Aquino: *De principus naturae*, *cit. pos* Finance, J.: *Conocimiento del ser*, editorial Gredos, Madrid, 1971, p. 419.

23 Baldo degli Ubaldi: *Commentarium in Sextum Codicis Libris*, Lugduni, 1585, título XLIV, Lex Primus, núm. 12, folio 162.

dependen en su ejercicio del fin, este da razón de la estructura de la acción y de su desenvolvimiento. Esta característica de la causa final es reconocida incluso por juristas al analizar específicamente el tema de la causa del negocio jurídico, al respecto señala DE RUGGIERO: "En la serie de las representaciones psíquicas que preceden a toda declaración de voluntad y que determinan la acción humana es siempre posible distinguir la última, que funciona como motivo determinante de la acción de todas las demás que le acompañan"[24].

Estas luces teóricas sobre la causa final in abstracto permiten sostener dos tesis en relación con la causa final del negocio jurídico, las cuales será imprescindible explicar antes de determinar cuál entender por esa causa final del negocio.

Primero, ha de tenerse claro que todo negocio jurídico tiene una causa final y, segundo, que esa causa final ejerce una influencia tan fuerte en su configuración y efectos que es imposible comprender el negocio en concreto sin valorar su causa final.

La primera tesis, sostenida por importantes tratadistas del tema[25], parte de la concepción del negocio jurídico como un acto puramente humano y el concepto, ya estudiado, de causa final. Una definición muy general, pero muy precisa, apunta que el negocio jurídico es la manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos de lo cual se desprende la necesidad de una finalidad en él. Como fenómeno, el negocio jurídico es esencialmente finalístico, la persona o las personas que manifiestan su voluntad no desean que se produzca cualquier efecto jurídico sino el que se han propuesto como fin alcanzar. De ahí que la causa final determina al negocio en su concepción, en su nacimiento y en su desarrollo.

Cuando se analiza la estructura de la causa eficiente del negocio (fase de su concepción) es posible percatarse que lo primero en la manifestación de voluntad es el conocimiento del fin, seguido del deseo de alcanzarlo, lo que transluce el efecto de la causa final sobre la causa eficiente. Es decir, la voluntad humana se convierte en voluntad negocial concreta cuando llega al conocimiento de un fin y este la atrae: sin fin a alcanzar la voluntad negocial no nace.

Tras el conocimiento del fin apetecible el negocio nace (fase del nacimiento) adoptando una forma negocial específica (influjo de la causa formal en la causa material) y esta será la que más convenga para alcanzar el fin deseado. Por lo que

24 DE RUGGIERO, R.: *Instituciones de Derecho Civil,* volumen primero, *Introducción y parte general, derecho de las personas, derechos reales y posesión* (traducción, notas y concordación con la legislación española de A. SERRANO SUÑER y J. SANTA-CRUZ TEIJEIRO), editorial Reus, Madrid, 1929, pp. 279.

25 *Vid*. CARIOTA-FERRARA, L.: *El negocio jurídico* (traducción, prólogo y notas de M. Albaladejo), editorial Aguilar, Madrid, 1956, p. 492; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XVI, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963, fascículo I enero-marzo, p. 28; TRAVIESAS, M. M.: "La causa en los negocios jurídicos", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, volumen 67, Nº 134, 1919, p. 61.

esta elección tendrá necesariamente el influjo de una causa final. Que el negocio en concreto sea una donación, una compraventa o un testamento va a depender exclusivamente de la causa final, sin esta no habría necesidad de variedad de formas negociales.

Ya nacido el negocio (fase de desarrollo), el sujeto de la relación jurídica creada buscará siempre la realización del fin propuesto, si ese fin se frustra o pierde, la relación jurídica carece de sentido.

De este modo, como no existe acto voluntario sin una finalidad buscada, no puede existir negocio jurídico sin causa final. Siendo entonces innegable la presencia de la causa final en el negocio, lo segundo a afirmar es que la comprensión de aquel como fenómeno dependerá casi exclusivamente del estudio de aquella.

Dentro de los elementos esenciales del negocio jurídico la causa final es la que lo configurará dentro de un tipo negocial u otro. Como en todos los entes, y principalmente aquellos que nacen de una mente inteligente, la causa final actúa sobre todos los elementos de este; estos se configurarán partiendo de las exigencias que el fin deseado les trace para poder alcanzarlo. Una imagen gráfica ilustra muy bien esto: si la causa eficiente es el motor que empuja, la causa final es el motor que hala, que atrae hacia sí, moldeando por consiguiente los caminos que el ente (en este caso el negocio jurídico) deberá transitar.

Pero la causa final no es solo imprescindible para comprender el negocio como fenómeno estático, sino que será el factor que tomar en cuenta en su desarrollo dinámico. La causa final no solamente determina la manifestación de voluntad, sino que es la que liga a esta los efectos jurídicos. Dicho de otro modo, para que un negocio sea aprehendido y resguardado por el Derecho, aquel atenderá a su causa final. ¿Es esta consecuencia fortuita? Para nada, el Derecho atenderá a la causa para darle la naturaleza jurídica al negocio porque la finalidad que este persigue es lo que configura y determina su naturaleza y sus efectos.

Partiendo de estas certezas sobre la existencia e importancia de la causa final en el negocio jurídico es hora de determinar cuál es. No se trata pues sobre las posturas teóricas que se han sostenido en relación con cuál es la causa del negocio jurídico, tema que merece un análisis autónomo y pormenorizado. Aquí se expone cuál es a juicio del investigador su naturaleza, criterios que obligatoriamente beberán de lo expuesto por la doctrina precedente pero que se tratará de fundamentar desde los argumentos sostenidos hasta ahora en esta investigación y no en los de los autores con los que se comparte la misma filiación.

Es entonces cuando hay que plantearse la pregunta: ¿la causa final del negocio jurídico está en los intereses de los sujetos negociantes, en los fines tutelados por el Derecho o por la sociedad o en la concepción misma del negocio?

La primera respuesta es que puede estar en los tres lugares, los agentes negociadores tienen sus fines que son los móviles de índole exclusivamente personal que los mueven a negociar, los fines tutelados por el Derecho o por la sociedad es lo que le brinda el carácter jurídico al negocio, mas, se sostiene por este investigador, que el negocio jurídico per se tiene un fin distinto a esos dos, y aquí es donde se encuentra la verdadera causa final.

Doctrina muy respetada tanto en el plano filosófico[26] como en el jurídico[27] ha defendido, para poder mantener la armonía dentro de las tres posiciones, que existen dentro de la clasificación causa final dos subclasificaciones: una primera, el "finis operandi", llamada entre los civilistas la concepción subjetiva de la causa, que atiende a la intención del agente y una segunda, el "finis operis", concepción objetiva de la causa para los juristas, que sería el fin al cual está ordenada la obra por su propia naturaleza, sin faltar como es natural las posiciones eclécticas o mixtas que toman un poco de cada una.

Empero, a criterio de este investigador, la causa final no tiene subclasificaciones, sino que esta división responde a dos fenómenos diferentes, así el fin del agente no constituye una causa final sino una causa impulsiva (que será tratada en el próximo epígrafe). La causa final influye en el ente no en el agente por lo que este tiene una causa propia pues de lo que se trata no es de la atracción en el sujeto negociante sino en el negocio mismo.

Aquí volver a Aristóteles no vendría nada mal. Aunque el Estagirita insiste mucho en la finalidad, sería un error suponer que, para él, esta era equivalente a la finalidad extrínseca, algo así como si se dijera, por ejemplo, que la hierba crece para que las ovejas tengan con qué alimentarse. Al contrario, insiste mucho más en la finalidad intrínseca o inmanente (así, el árbol logra cumplir su finalidad no cuando su fruto forma un manjar saludable o grato para el hombre, sino cuando él mismo alcanza todo el perfecto desarrollo de que es capaz, esto es, la perfección de su forma), pues, según el filósofo, la causa final de un ente es la realización plena de su causa formal[28]. Dicho razonamiento es extrapolable al negocio jurídico, solo que habría que hacer la acotación de qué se entiende en esta sede por realización plena de la causa formal.

26 Vigo, R. L.: *Las causas*, cit., p. 122.

27 Diez-Picazo y Ponce de León, L.: "El concepto de causa", cit., pp. 30-32.

28 *Vid.* Aristóteles: *Metafísica*, cit.,36-b, 11.

La causa formal es aquella por lo que una cosa es lo que es, o aquello por lo cual cada cosa recibe su especie, siendo por lo tanto parte intrínseca, determinante y especificadora del ente. Esta concepción hace difícil homologar a la causa formal del negocio con lo que la doctrina civilística ha identificado como forma de este[29]. Se hace imprescindible acotar que la causa formal del negocio trasciende la mera exteriorización de voluntad, esta constituye el tipo negocial concreto que adopta la potencial voluntad humana.

Siendo así, la causa final del negocio jurídico sería el tipo negocial genérico o si se quiere el tipo negocial perfecto. Pero, ¿qué significa esta definición exactamente? Es necesario, comenzar por su formulación en negativo, lo cual resulta imprescindible por las similitudes que tiene este criterio con las llamadas teorías objetivas italianas (Cfr. Scialoja[30], de Ruggiero[31], Betti[32] y principalmente Pugliatti[33]).

Lo primero a esclarecer es que el tipo negocial genérico no es el que el Derecho impone. Ciertamente los cuerpos normativos han acogido una serie de tipos negociales que se han positivado dándole un régimen jurídico propio y especial, mas no puede negarse que el tipo negocial precedió a la norma jurídica, por lo que lejos de haber sido una imposición legal fue la ley la forzada a su regulación. O sea, muchos tipos negociales genéricos están previstos en la ley, pero esta no los agota, no cabe hablar de un numerus clausus de tipos negociales porque no debe identificarse tipo negocial con tipicidad jurídica[34].

El tipo negocial genérico se ubica dentro de la categoría de tipo ideal[35], el cual se define como la sublimación mental de determinados elementos de la realidad y la fusión del comportamiento habitual de las manifestaciones individuales existentes. En esta categoría se cataloga dentro del tipo ideal axiológico el cual tiene un sentido teleológico al poner en evidencia el "telos" de cualquier cosa y cualquier fenómeno humano. O sea, no se refiere a un ser sino a un deber ser.

29 En la doctrina patria, Valdés Díaz ("Causa de las relaciones jurídicas civiles", *Derecho Civil. Parte General* (bajo su coordinación), editorial Félix Varela, La Habana, 2006, p. 234) identifica a la forma del negocio jurídico con la manera en que se exterioriza la voluntad.

30 Scialoja, V.: *Negocios jurídicos* (traducción de la cuarta edición italiana por F. de Pelsmaeker e Iváñez), editorial de la Gavidia, Sevilla, 1942, pp. 74 y ss.

31 de Ruggiero, R.: *Instituciones*, cit., pp. 278 y ss.

32 Betti, E.: *Teoría general*, cit., pp. 132 y ss.

33 Pugliatti, S.: "Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici" y "Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico", ambos en *Diritto civile. Metodo-teoria-pratica*, Saggi, Giuffrè editore, Milán, 1951, el primero en pp. 75 y ss. y el segundo en pp. 105 y ss. Para este autor el papel de la autonomía privada se agota en la formación del "factum", mientras que la causa está siempre en la Ley, de donde derivan los efectos jurídicos.

34 Para la relación armónica entre autonomía privada y tipo negocial *vid per omnia*: Hinestrosa, Fernando: "Autonomía privada y tipicidad contractual", *Revista de Derecho Privado*, núm. 24, enero – junio de 2013, pp. 3 y ss.

35 *Vid per omnia*. Weber, M.: *Gesamte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Verlag von J.C.B. Mohr, Tübingen, 1922, pp. 192 y ss.

Más concretamente, al hacer referencia al tipo negocial genérico o perfecto se alude a la elaboración o síntesis abstracta e ideal que compendia la estructura y la función inmanente de una determinada categoría negocial, a un esquema lógico-jurídico, es decir, se hace referencia a los modelos negociales sobre la base de los cuales los agentes celebran sus negocios particulares[36]. Esta concepción genérica del tipo negocial es "el motor que hala", es la fuerza atrayente que pone en acto a las causas eficiente, material y formal, es la causa objetiva que persiguen los sujetos negociadores: que el negocio jurídico que están celebrando sea conforme con ese tipo negocial genérico.

Dada esta definición cabe identificar al tipo negocial genérico con la función del negocio[37], bien entendida esta como razón económico-jurídica[38], como fin económico y social[39] o como función práctico-social[40], si bien existe un punto clave que diferencia la tesis defendida con la de los maestros italianos. Estos refieren a la función del negocio como resultado de una voluntad legal o social, mientras que se es del criterio que el tipo negocial genérico se da independiente de su recepción socio-jurídica.

DE RUGGIERO –postura defendida también por BONFANTE–[41], parte de definir la causa del negocio jurídico como "el fin económico y social reconocido y protegido por el Derecho"[42], poniendo como elemento conceptual básico el carácter jurídico de aquella. Esta postura limita el concepto y la importancia de la causa a su función de tutela jurídica del negocio. Así, la causa es presentada como el elemento objetivo sobre la base del cual el Derecho admite ciertos negocios y desestima otros. Lo cierto es que la causa cumple con esta función, pero no exclusivamente.

Pero, lo más arriesgado de esta teoría es que circunscribe la causa del negocio solo a la que la ley recepcione, siendo por demás una posición excesivamente positivista. Esta postura el autor la resume con una frase muy ilustrativa, para él la causa "representa en cierto modo la voluntad de la ley frente a la voluntad privada"[43]. He aquí el peligro que señalaba DE LA CÁMARA acerca de las teorías

36 *Cfr.* GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: *Estructura y función del tipo contractual*, editorial Bosch, Barcelona, 1979, p. 533; TRIMARCHI, P.: *Istituzioni di Diritto Privato*, Giuffrè editore, Milano, 2009, p. 193.

37 Así también lo entiende GUZMÁN BRITO ("Tipo, función y causa en la negocialidad", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 41, diciembre del 2013, consultado el 17 de junio de 2019 en http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000200001) para quien "la función de un acto viene determinada por el tipo real a que es posible reconducirlo como término". No obstante, el citado autor no identifica ni al tipo ni a la función con la causa.

38 *Vid*. COVIELLO, N. y L. COVIELLO: *Manuale di Diritto civile italiano, Parte Genérale*, Società editrice libraria, Roma, 1929, pp. 430 y ss.

39 *Vid*. DE RUGGIERO, R.: *Instituciones*, cit., pp. 278 y ss; BETTI, Emilio: *Teoría general*, cit., pp. 132 y ss.

40 *Vid.* CARIOTA-FERRARA, L.: *El negocio*, cit., p. 489.

41 *Vid*. BONFANTE, P.: "Il contratto e la causa del contratto", *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1908, pp. 115 y ss.

42 DE RUGGIERO, R.: *Instituciones*, cit., p. 281.

43 Ibídem.

objetivas sobre la causa: "Entendida esta como la función económico-social del contrato, la tentación de limitar la libertad de los particulares a la simple posibilidad de dar vida a supuestos contractuales que encajen dentro de los esquemas típicos contemplados por el legislador, es casi insoslayable."[44]

Una postura mucho más elaborada es sostenida por Betti, quien desplaza, aunque con el mismo resultado, el elemento conceptual del reconocimiento o tipicidad jurídico-legal al reconocimiento o tipicidad social.

Este autor parte de criticar la postura positivista-legalista analizada: "cuando se remite a la voluntad de la ley no advierte que la causa, antes aún que una noción jurídica, es una noción social", "la causa o razón del negocio se identifica con la *función económico-social* del negocio entero, considerado, con independencia de la tutela jurídica", "[…] es un fenómeno social antes de transformarse, por virtud de la recepción en un hecho jurídico. En efecto, si la causa fuese simplemente la función jurídica, no sería la síntesis funcional de los elementos del negocio, sino la de los efectos que el Derecho le une"[45].

Mas, luego de estas acertadas críticas, asume una posición socializante al trasladar la necesidad conceptual de la recepción legal a la recepción social. Así lo expresa al definir lo que entiende por tipicidad negocial: "[…] las causas de negocios son típicas en el sentido de que, pese a no estar taxativamente indicadas en la ley, deben, sin embargo, en general ser admitidas por la conciencia social como correspondientes a una exigencia práctica legítima, a un interés social duradero, y como tal, consideradas dignas de tutela jurídica"[46].

A esta postura socializante se le podría señalar las mismas críticas que le señala Betti a las posturas legalistas, pues la teoría de la recepción con que explica la extralegalidad de la función del negocio se le aplicaría ahora a su tesis: así como la causa del negocio precede a la valoración y posterior recepción/rechazo que de ella hace la ley, lo hace de igual modo con el interés social.

Los tipos negociales genéricos, que sintetizan, como se ha apuntado, tanto los elementos como los efectos del negocio en cuestión, no dependen para su conceptualización de la legitimación social ni legal. Ahora bien, partiendo de esta causa, que ya existe, la sociedad y la ley valorarán la pertinencia del negocio celebrado y si coincide con lo social y legalmente admitido, lo tutelarán o lo

44 de la Cámara Álvarez, M.: "En torno al concepto de la causa de los contratos", *Estudios de Derecho Civil*, editorial Montecorvo, Madrid, 1985, p. 538.

45 Betti, E.: *Teoría general*, cit., pp. 140-142.

46 Ídem, pp. 152-153.

desecharán. Es por esta preexistencia inmanentista de la causa a la ley y a los objetivos sociales que puede hablarse de causas ilícitas o inmorales[47].

Pero entonces, si el tipo negocial genérico no nace ni de la ley ni de la sociedad, cabe preguntarse de dónde nace. Interrogante conducente a la afirmación de que constituye resultado de una elaboración intelectual[48] del o de los agentes negociadores partiendo de sus necesidades o aspiraciones, los que podremos llamar también motivos. Estas necesidades o motivos (causa impulsiva del negocio) llevan a los agentes a concebir intelectivamente un tipo negocial que dé solución a aquellos y convertir ese tipo genérico en el fin a alcanzar. Concebido ese tipo genérico influye sobre la voluntad y mediante la declaración surge el negocio concreto, el cual debe buscar la realización plena de aquel genérico que le sirve como guía, como fin; es esto lo que quiere decir aquel aforismo tan repetido: "nihil volitum nisi praecognitum". Sólo lo que se conoce se desea, por lo que la causa del negocio no es tampoco producto de la voluntad sino de la razón, influyendo a posteriori en aquella. Así lo entiende también Engisch cuando afirma que "[…] el tipo ideal no se concibe arbitrariamente, sino que se construye en función de manifestaciones empíricas"[49].

Como apoyatura explicativa tráigase también a colación a uno de los mejores ilustradores del Derecho, dice Carnelutti: "La idea del fin del acto tiene sus raíces en el concepto ya conocido bien del interés y de la necesidad. Si ve pan el que tiene hambre piensa en el acto de saciarla con él; tal es el germen del acto para el que toma el pan y se sacia" aquí vemos la causa impulsiva actuando en el agente. "Lo que así se representa es el cambio en el que se desarrolla el interés del agente; este cambio es el fin en comparación con un principio. Un principio es el interés en poseer pan; un fin, el tomar posesión de él" o sea, un principio es la causa impulsiva, los motivos, un fin es el negocio que se propone para alcanzarlo, concluye el maestro italiano: "El fin del acto consiste, pues, en un suceso futuro en el que se desarrolla un interés del agente"[50].

Ahora bien, ¿es esta postura objetiva como se sostiene?

47 *Apud.* Clavería Gosálbez, L. H.: *La causa del contrato*, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1999, p. 16.

48 Resulta imprescindible distinguir esta elaboración intelectual de la manifestación de voluntad para lo que se traen a colación las palabras de Scialoja (*Negocios*, cit., p. 29): "Con las debidas reservas tenderemos, pues, a distinguir en toda serie de pensamientos, la voluntad de la simple inteligencia, del acto intelectual. El matemático que demuestra un teorema, no hay duda que sigue una serie de pensamientos lógicamente ligados entre sí, mas no por ello diremos que lleva a cabo un acto de voluntad. Al contrario, cuando la serie de pensamientos es de tal naturaleza que cada uno de ellos excita activamente al otro y esta sucesiva y continuada excitación de pensamientos llega a transformarse en una energía final, que se traduce después en un acto en el mundo exterior, entonces diremos que en tal serie de pensamientos está la voluntad."

49 Engisch, K.: *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales* (estudio preliminar y traducción de J. J. Gil Cremades), ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, p. 440.

50 Carnelutti, F.: *Teoría general del Derecho*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 312.

Si, como sostiene Giorgianni: "De una concepción objetiva verdadera y propia sólo se puede hablar cuando la causa se separa de toda ligadura con la ‹voluntad› y se lleva al dominio exclusivo del ordenamiento"[51] entonces no encaja la postura doctrinal asumida con la objetividad pretendida. Mas, se entiende que es objetiva porque desliga la causa del negocio del arbitrio de los agentes; si bien estos son sus creadores en el plano intelectual, al nacer esta se objetiva en sí misma convirtiéndose en un algo extrínseco a la voluntad negocial declarada que la tiene que asumir íntegra y si no la frustra o falsea.

Es por lo que la objetividad de la causa nace del propio negocio propuesto, esto determina que, a intereses iguales, responderán causas iguales; es decir, si dos declaraciones de voluntad buscan los mismos fines deberán tener por causa el mismo tipo negocial genérico. Los tipos negociales más frecuentes son adoptados por la sociedad y la norma dándoles otra tipicidad, en este caso, social y legal, pero ni siquiera pueden identificarse las tipicidades sociales o legales con la tipicidad genérica negocial. Esta responde a parámetros eminentemente abstractos y configuradores. Así, el tipo negocial genérico no es la compraventa sino la causa "credendi", la cual por demás comparte con la permuta, con el arrendamiento y con todos los demás contratos sinalagmáticos; no es la donación sino la causa "donandi", presente también por todos los contratos lucrativos; no es el matrimonio sino la "affectio", causa común a los negocios familiares.

Es así como esta tesis puede identificarse con la teoría clásica sobre la causa[52]. Dentro de los autores que hacen confluir la causa del negocio en los fines que impulsan a las partes a contratar hay quienes señalan con mucha precisión que la representación psíquica que ha tenido el sujeto para obligarse se objetiva al punto de hacer de ella una razón típica y constante en cada género de contrato. Apuntan que la causa consiste en los contratos bilaterales, para cada una de las partes que se obliga en el objeto de la obligación de la otra; en los unilaterales interesados, para la única parte que resulta obligada en el hecho cumplido por aquel que con el contrato no ha asumido ninguna obligación, y en los contratos gratuitos en el espíritu de liberalidad en sí mismo considerado[53].

Obviando los señalamientos que la doctrina posterior ha realizado a la segunda parte de la teoría[54] (partiendo de la confusión que crea entre causa,

51 Giorgianni, M.: "La causa del negocio jurídico. Estudio de derecho italiano y comparado" (traducido por L. Diez-Picazo), *Revista de Derecho Notarial*, año XXII, núm. XCIII-XCIV, julio-diciembre, 1976, p. 101.

52 Y más allá si admitimos con Calasso (*Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Giuffrè editore, Milán, 1959, p. 300) que en el pensamiento de Baldo la causa se objetiva en la figura negocial que la realiza.

53 *Vid*. Domat, J.: "Los lois civiles par leur ordre naturel", *Œuvres Complètes*, *Tome Premier* (revue, corrigée et précédée d'une notice historique sur Domat par J. Remy), libraire de jurisprudence, Paris, 1828, pp. 122 y ss.

54 *Vid*. Ernst, A.: "La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions?", *Revue Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste*, 1826, pp. 250 y ss.; Laurent, F.: *Principios de Derecho Civil francés*, tomo XVI, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México D.F., 2010, pp. 166 y ss; Baudry-Lacantinerie, G. et L. Barde: *Traité théorique et practique de Droit civil – Des Obligations,* tome premier,

consentimiento y objeto) se propone concentrar esfuerzos ahora en el postulado general conceptual del que parte: la causa próxima, el fin inmediato, la que se revela como determinante del acto de voluntad y en este sentido tipifica el negocio del que se trata, pudiendo decirse con propiedad que es de ella de donde emana la obligación. ¿Acaso no se está refiriendo al tipo negocial genérico que se describe?

En efecto, todos los agentes negociadores son atraídos por la bondad de un tipo negocial genérico, avalado o no por elementos extranegociales. Este tipo negocial es la causa final del negocio concreto que celebrará el o los agentes, pues es el fin que perseguirá alcanzar, el cual por demás no está en sus móviles ulteriores sino objetivamente en el negocio.

1. La causa concreta del negocio jurídico y el tipo negocial genérico.

Luego de la Segunda Guerra Mundial y el retorno de Italia a la democracia, el papel tradicional de la causa en la doctrina italiana y recogido en el Codice de 1942 comenzó a ser cuestionado sobre todo desde la promulgación de la actual Constitución en que primó como valor la libertad individual. Al respecto, Bianca señala: "In nome della libertà contrattuale si è respinto il ruolo che i redattori del codice civile avevano inteso attribuire alla causa quale criterio di controllo della rilevanza sociale degli interessi delle parti. Questo ruolo esprimeva l'ideologia politica a suo tempo dominante e pertanto, si è detto, esso non avrebbe più ragione d'essere in un sistema di libero mercato"[55]. Sin embargo, la causa continuaba ostentando un valor indiscutible en el Derecho italiano ya que ese valor supremo de la libertad debía conjugarse con el de utilidad social: "La libertà d'iniziativa economica, che si realizza attraverso l'autonomia privata, è infatti costituzionalmente tutelata purché non si svolga in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (art. 412 Cost.). È espressa in tal modo chiaramente la distinzione tra l'esercizio dell'attività economica immeritevole di tutela e l'esercizio illecito perché vietato dall'ordinamento. Alla norma del codice sull'autonomia privata occorre allora dare un'interpretazione orientata in conformità della norma costituzionale e ravvisare come immeritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico gli interessi che contrastano con l'utilità sociale"[56].

Librairie de la Sociètè du Recueil J-B. Sirey et du Journal du Palais, Paris, 1906, pp. 373 y ss.; Planiol, M.: *Traité Élémentaire de Droit Civil*, tome deuxième, septième édition, Librairie Génerale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1917, pp. 344 y ss.; Dabin, J.: *La teoría de la causa* (traducción, notas y concordancias por F. de Pelsmaeker), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1929, pp. 16 y ss.; en los actuales Galicia Aizpurúa, G.: "Algunas consideraciones sobre los elementos esenciales del contrato en el Código civil español", *Revista Boliviana de Derecho*, № 26, julio 2018, pp 158 y ss.

55 Bianca, C. M.: "Causa concreta del contratto e diritto effettivo", *Rivista di diritto civile*, vol. 60, núm. 2, 2014, p. 252.

56 Ídem, p. 253.

En este contexto, Giovanni B. Ferri[57] da un giro en la conceptualización sobre la causa al cuestionar su concepción como función económico-social y crear una noción denominada función económico-individual. Esta tesis, sin abandonar el funcionalismo, pretendía encontrar la causa, no en el tipo contractual abstractamente considerado y reconocido por la ley o por la sociedad, sino en la función concreta del negocio. Desde esta definición, la causa se transforma en la expresión objetiva de las finalidades subjetivas que los autores del negocio intentan conseguir, convirtiéndose en el elemento del contrato que técnicamente vincula a la operación económica, entendida en su globalidad, con los sujetos que son sus autores.

A partir de ese momento, en el Derecho italiano comenzó lo que se dio en llamar la dualidad en la concepción de la causa del contrato, manteniendo todavía relevancia la concepción de la función económico-social, pero comenzando a penetrar la idea de función económico-individual cada vez con mayor énfasis. Para Perlingieri: "Si opera, cosí, una duplicazione tra causa 'astratta' e causa 'concreta'"[58], entendiendo como causa abstracta la noción de función económico-social y como causa concreta la de función económico-individual.

No obstante, es importante señalar que, aun cuando este cambio de idea comporta una subjetivización de la causa, nunca se llega en Italia a identificar la causa con los motivos de las partes, siempre se mantiene la idea de función vinculada a los efectos que ocasiona el contrato en el contexto de la operación económica[59]. Así, con un concepto diríase abarcador, Alpa decide definir a la causa simplemente como función económica sin los apelativos polémicos de social o individual: "La causa è lo scopo del negozio […] La causa dunque è la funzione economica che adempie il negozio che si conclude"[60]. No obstante, el autor sostiene que la doctrina italiana actual se decanta mayoritariamente por la idea de causa concreta producto a las mayores posibilidades prácticas que ofrece: "La dottrina moderna, invece, ha abbandonato la teoria tradizionale e preferisce parlare di causa come fondamento economico individuale del contratto; in questo senso, nella causa rientrano le aspettative che le parti oggettivamente

57 *Vid*. Ferri, G. B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè editore, Milán, 1966, passim; "Operazioni negoziali ‹complesse› e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico", *Diritto e giurisprudenza, Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile*, anno 123 - serie III, vol. LXIV, 2008, pp. 317 y ss.; "Equivoci e verità sul negozio giuridico e sulla sua causa", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, vol. 85, núm. 2, 2008, pp. 171 y ss.

58 Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 491.

59 Para Sangermano ("La Causa", *Trattario di Diritto Civile, Contratto in generale* (a cura di P. Cendon), Giuffré editore, Milano, 2016, p. 221): "L'aspetto funzionale sussiste nella causa, ma tale aspetto va letto e interpretato del punto di vista dell'individuo o degli individui autori del negozio giuridico: la causa è, quindi, funzione economico-individuale".

60 Alpa, G.: *Manuale di Diritto Privato*, Wolters Kluwer CEDAM, Vicenza, 2015, p. 406.

potevano nutrire sui risultati dell'affare. Le anomalie di funzionamento della causa sconvolgono l'economia dell'affare''[61].

En la jurisprudencia, la concepción de causa como función económico-social continuó en todo el siglo XX como preponderante, incluso a inicios del siglo XXI todavía es posible encontrar sentencias que proclaman: "La causa del contratto si identifica con la funzione economico-sociale che il negozio obiettivamente persegue e che il diritto riconosce come rilevante ai fini della tutela apprestata, rimanendo ontologicamente distinta rispetto allo scopo particolare che ciascuna delle due parti si propone di realizzare; ne consegue che si ha illiceità della causa, sia nell'ipotesi di contrarietà di essa a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, sia nell'ipotesi di utilizzazione dello strumento negoziale per frodare la legge, qualora entrambe le parti attribuiscano al negozio una funzione obiettiva volta al raggiungimento di una comune finalità contraria alla lege''[62]. Centrándose por lo general en la ilicitud de la causa de los contratos atípicos, pues la doctrina de la causa abstracta niega la posibilidad de una causa ilícita en los contratos típicos. Es precisamente por esta imposibilidad que la Corte de Casación va acogiendo progresivamente el concepto de causa concreta ligada por lo general a casos de negocios en fraude de ley (Cfr. Cass. 23 maggio 1987, № 4681) y de evasión fiscal (Cfr. Cass. 19 febbraio 2000, № 1898), según referencia Alpa[63].

En esta línea, se dicta una sentencia crucial en 2005, sobre todo, porque se considera el antecedente más próximo al cambio de jurisprudencia operado un año después. Como se ha señalado, la concepción de la causa como función económico-individual vino de la mano de la evasión fiscal, con lo que no es de extrañar que esta sentencia haya sido dictada por la sección tributaria de la Corte de Casación y no por la civil. Se trata de la № 22932 por la cual se declaró la nulidad de un contrato de constitución de usufructo de acciones por defecto de causa, alegando que el usufructuario no obtenía ninguna ventaja económica y por lo tanto no se cumplía la función perseguida concretamente en dicho negocio. Se constata cómo la Corte tiene que aludir a la concepción de causa concreta porque la función económico-social no daba solución al asunto. Dicho contrato respondía a un tipo contractual tutelado por el ordenamiento con lo que no podía alegarse causa ilícita, siendo necesario ir a la concepción concreta al deducir que no existía causa por no cumplirse la finalidad económica del contrato.

El cambio definitivo de criterio judicial operó con la emblemática sentencia № 10490 dictada el 8 de mayo de 2006 por la sección III de la Corte de Casación. El caso conflictual se trataba de un contrato de consultoría celebrado entre una

61 Ídem, p. 409.

62 Cass., Sez. III, 4 aprile 2003, № 5324.

63 *Vid.* Alpa, G.: *Il contrato in generale, I-Fonti, teorie, metodi*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, p. 164.

sociedad y su administrador. La Corte entendió que la causa de dicho contrato era la operación económica en que se insertaba: el intercambio de la actividad de consultoría que realizaría el administrador y la correspondiente compensación económica que le daría la sociedad. El problema radicaba en que tal actividad consultora ya era desarrollada por el administrador en cumplimiento de los deberes propios de su cargo, con lo cual la causa de dicho contrato padecía de un defecto: su inexistencia. Es notable cómo la sentencia no duda en afirmar: "La causa quale elemento essenziale del contrato non deve essere intensa come mera ed astratta funzione economico sociale del negozio bensì come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, e cioè come funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo contrattuale astratto, fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti." Es decir, comienza a primar la idea de que una concepción abstracta de la causa, vinculada a la función que la norma atribuye en la tipificación contractual, no ofrece pauta para la solución de casos en los que podría apreciarse formalmente el elemento causal pero que en la operación económica concreta no responde a un criterio válido[64]. Así, la causa comienza a ser entendida como síntesis de los intereses reales que el contrato particular está dirigido a realizar en la operación económica en que se inserta.

Nótese que, a pesar de sus semejanzas con la jurisprudencia francesa derivada del caso "Point video-club" al manejar la causa del contrato dentro de la operación económica concreta en que se inserta, la solución italiana puede calificarse de más objetiva al concebir esta operación económica no como los beneficios esperados por una parte y no conseguidos por razones ajenas al contrato mismo, sino como la ausencia de efectos propios, la inoperancia funcional del contrato. Este carácter objetivo de la causa concreta es defendido vehementemente por Roppo: "La concezione concreta della causa non significa (e non deve implicare) un ritorno alla concezione soggettiva della causa […] 'Concretò' non s'identifica con 'soggettivo'; la concretezza può (e qui deve) declinarsi in termini di oggettività"[65].

Tras esta sentencia, el criterio de la causa concreta fue ampliamente acogido en la jurisprudencia del máximo foro italiano (cfr. Cass. 11 giugno 2007, № 13580; Cass. 12 novembre 2009, № 23941; Cass. Sez. Un., 18 febbraio 2010, № 394; Cass. Sez. Un., 18 marzo 2010, № 6538; Cass. 18 agosto 2011, № 17360; Cass. 21 dicembre 2012, № 23713[66]; Cass. 8 aprile 2014, № 8505). A partir de ella,

64 Nivarra, Ricciuto y Scognamiglio (*Diritto privato*, G. Giappicheli editore, Torino, 2013, p. 319) señalan: "In questa prospettiva, la causa non si configura più come il tipo astratto, bensì come la concreta funzione che le parti hanno ritenuto di imprimere al contratto e che ora ben potrà risultare illecita se illecite sono gli interessi effettivamente perseguiti".

65 Roppo, V.: *Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 364.

66 Esta sentencia en particular refiere lo definitivo de este cambio de criterio jurisprudencial: "La causa del contrato, così come affermato da questa corte di legittimità con le sentenze 10490 del 2006, 16315 e 26956 del 2007, non può ulteriormente essere intensa, in censo del tutto astratto, come funzione

la causa sirve para controlar el cumplimiento efectivo del interés concreto del negocio, pero también de otros intereses no financieros cuando los propósitos no patrimoniales objetivados han sido frustrados. No obstante, estas sentencias han sufrido una dura crítica por parte de la doctrina anticausalista, la que Bianca califica en dos direcciones fundamentales: "a) avrebbero adottato una decisione possibilmente giusta mentre avrebbero dovuto applicare un altro principio o motivare diversamente la decisione, oppure b) hanno applicato il principio della causa concreta per adottare una soluzione sbagliata"[67].

Sin embargo, la utilidad indiscutible de la noción de causa y más específicamente de causa concreta la ve este maestro italiano de manera primordial en la hermenéutica contractual. Al respecto señala: "L'inutilità della causa concreta è affermata principalmente in tema di interpretazione del contratto, la quale deve procedere, si dice, applicando i criteri ermeneutici senza scomodare la causa. Ma, come si è già avuto modo di osservare, la causa concreta si pone essa stessa quale criterio ermeneutico. L'interprete deve indagare la comune intenzione delle parti, ma per accertare che cosa realmente le parti hanno voluto occorre accertare qual è lo scopo perseguito, qual è l'interesse che il contratto è diretto a realizzare. L'esame delle dichiarazioni delle parti non basta, già in quanto le dichiarazioni possono essere ambigue, discordanti o anche incomplete. Le dichiarazioni, si aggiunga, possono essere chiare e tuttavia non rendere il significato dell'operazione contrattuale"[68].

Nótese, sin embargo, que Bianca también alude a un concepto funcionalista de la causa concreta, no identificada con los motivos de las partes sino con la noción estructuralista del negocio. Así también lo vemos en otra parte de su obra, pero igualmente ligada al criterio hermenéutico: "el significado de aquello que las partes han acordado no puede en efecto ser adecuadamente investigado si no se tiene en cuenta las razones prácticas del negocio, o sea la causa concreta […] Es la causa la que justifica el contrato y su relativa regulación, y que por tanto permite esclarecer el significado de las declaraciones y de los comportamientos de las partes, y de superar eventuales incoherencias, ambigüedades o inclusive discordancias del texto"[69]. Esta noción de causa concreta guarda muchas similitudes con la noción propuesta de tipo negocial genérico, pues este no se identifica con los tipos legales ni sociales sino con la configuración específica de cada negocio jurídico en concreto.

economico-sociale del negozio, svincolata tout court dalla singola fattispecie contrattuale, bensì come funzione economico-individuale del singolo, specifico negozio, da valutarsi in tali termini sotto il profilo tanto genetico, quanto funzionale; onde la obiettivazione (quale quella verificatasi nel caso di specie) di un motivo di cui la controparte sia resa espressamente partecipe è destinata ad integrare l'elemento causale della convenzione negoziale nella misura in cui esso resulta determinante della formazione del consenso".

67 Bianca, C. M.: "Causa concreta", cit. pp. 256 y 257.

68 Ídem, p. 267.

69 Bianca, C. M.: *Derecho civil*, tomo III - *El contrato* (traducido por F. Hinestrosa y É. Cortés, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 404 y 405.

V. CAUSA IMPULSIVA.

Hablar de la causa impulsiva desde el prisma filosófico se torna algo difícil, partiendo de que no es una de las clasificaciones de la causa que define y analiza la filosofía aristotélica. Esta ausencia es más que explicable ya que este tipo de causa no influye sobre el ente en sí mismo, es un móvil exclusivo del o de los agentes ("non est proprie causa, sed motivum quoddam ad disponendum") por lo que no tiene sentido, partiendo de esta lógica de pensamiento, incluirla dentro del estudio de las causas (referidas estas, como son, exclusivamente al ente).

La primera distinción entre causa final y causa impulsiva es tradicionalmente atribuida a los posglosadores. Baldo[70] sostuvo que la causa impulsiva no es propiamente una causa sino un motivo. Este elemento conceptual es sin dudas el principal en la definición del fenómeno. Así, la causa impulsiva, denominada también "contrahendi" u ocasional, hace referencia a las motivaciones que animan al sujeto a celebrar determinado negocio jurídico. Dichas motivaciones son interpretadas como de naturaleza subjetiva y circunstancial.

Esta definición muy genérica es sostenida, no obstante, por los principales tratadistas del tema. Así, desde los que la vituperan, señala Ripert que: "El motivo es la razón puramente individual y contingente por la cual una persona ha contratado"[71], desde Hispanoamérica León Hurtado define la causa ocasional como: "los motivos individuales, personales de cada parte"[72]; mientras que entre los que la alaban, Peña y Bernaldo de Quirós apunta que: "viene siendo admitida por la Jurisprudencia la teoría subjetiva de la causa individual, impulsiva y determinante, elevando por excepción el móvil a la categoría de verdadera causa"[73] y Josserand alega que: "Así nació y se desarrolló, al lado y por encima de la teoría clásica de la causa, un sistema más amplio y psicológico, que toma en consideración no sólo los móviles abstractos y permanentes que se han integrado en el contrato, sino también los móviles concretos, individuales y variables que en un caso determinado, en la especie han inducido a las partes a contratar y han sido, por consiguiente, determinantes" [74].

La gran interrogante entonces es si constituye la impulsiva una causa del negocio o es solamente un elemento interno sin trascendencia alguna para la

70 Baldo degli Ubaldi: *Commentarium*…, cit., folios 162 y ss: "Nam causa impulsiva propie non est causa, sed est quoddam motivum, sed dic, loquit, et in causa finali, quae propie est causa".

71 Ripert, G. y J. Boulanger: *Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol*, tomo IV, vol. I (traducción D. García Daireaux), La Ley, Buenos Aires, 1963, p. 187.

72 León Hurtado, A.: *La causa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1961, pp. 25-26.

73 Peña y Bernaldo de Quirós, J. M.: "Causa ilícita y fraude de acreedores", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XV, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1962, fascículo IV octubre-diciembre, p. 1086.

74 Josserand, L.: *Derecho Civil,* tomo II, vol. I (traducción S. Cunchillos), ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, p. 112.

relación negocial. La respuesta no resulta fácil, pues se debe partir de que no es una causa propiamente del negocio (al menos desde la perspectiva causalista aristotélica) pero, al ser una causa que impulsa a los agentes a negociar, no caben dudas de que ejercerá una influencia decisiva sobre este, pudiendo entonces ser analizada como una de sus causas, si bien no su causa final.

Para esta tarea lo primero será, como se ha hecho en las dos causas anteriores, decir qué se entiende por causa impulsiva para luego determinar hasta dónde influye en el negocio.

Definir la causa impulsiva como los motivos que llevan a negociar no puede discutirse, toda la doctrina iusfilosófica y civilista están de acuerdo en ello. Lo que sí vale aclarar es que no hay sustento objetivo para decir que son motivos internos de una parte, desconocidos por la otra o por los destinatarios como apuntan los autores citados con un claro influjo de Capitant.

El maestro francés para desligarse tanto del causalismo clásico como del causalismo objetivo crea la llamada concepción subjetiva de la causa conocida también como concepción convencional[75] distinguiendo los motivos que impulsan individualmente a las partes contratantes de los motivos aunados de ambas en el consentimiento. Desde ahí se ataca a los primeros, llamándoles causa impulsiva y alegando su irrelevancia para la vida del negocio, y se pondera a los segundos, tomándolos por causa final del negocio: "La razón consiste en que el contrato es esencialmente un acuerdo de voluntades; el acuerdo de voluntades es quien fija límites a su contenido. Todo lo que han convenido los interesados, es decir, todo aquello en que se han puesto de acuerdo, viene a ser un elemento constitutivo del contrato. Por el contrario, aquello que no han conocido ni deseado las partes contratantes, queda fuera del campo contractual, y, por consiguiente, no puede ejercer ninguna influencia sobre la validez de las obligaciones. Ahora bien, el motivo psicológico que determina a cada uno a obligarse, no forma parte del acuerdo de voluntades"[76].

Mas, por qué esta distinción, acaso los motivos consentidos de los agentes no son también subjetivos y circunstanciales, siendo por ende "finis operandi" y no "finis operis". Queda claro que los móviles, individuales o consentidos, no son causa final del negocio pues estos operan en los agentes y no directamente en el ente. Es por ello que cabe concluir que tanto los móviles individuales de cada agente como los comunes de estos son causa impulsiva y no causa final.

75 *Vid*. Melich Orsini, J.: "La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXVII, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, fascículo I, enero-marzo1984, p. 36.

76 Capitant, H.: *De la causa de las obligaciones* (traducción E. Tarragato y Contreras), editorial Góngora, Madrid, 1927, pp. 21-24.

No obstante, la causa impulsiva va a tener una influencia acentuada en la faz dinámica del negocio y por lo tanto es también crucial su estudio para entender el fenómeno negocial.

El mismo Capitant[77], luego de establecer la importancia de los motivos para la constitución del contrato (aun cuando los confunde con la causa eficiente) señala que el Derecho no los toma en consideración, posición cuando menos contradictoria y que además no parece haber triunfado en la doctrina y jurisprudencia francesas de las últimas décadas. Así, señala Reigné: "le but contractuel commun aux parties ou poursuivi par l'une d'elles et pris en compte par les autres; le défaut de cause s'identifierait à l'impossibilité pour les parties d'atteindre ce but contractuel"[78].

VI. CONSIDERACIONES *AD FINEM*.

La principal aversión a la doctrina de la causa ha provenido históricamente de su difícil conceptualización, lo cual se repite en las tendencias contemporáneas del Derecho comparado. Resulta lógico que una institución sobre la que no hay consenso en su definición, en sus características y en las funciones que cumple esté destinada a desaparecer. Es por eso que, si se quiere mantener o rescatar a la causa como elemento esencial del negocio jurídico, debe partirse de establecer qué se refiere cuando es invocada.

La dificultad principal a la hora de definir la causa del negocio es lo polisémico del constructo, que alude a distintos fenómenos, todos, eso sí, necesarios para que el ente exista. Así, la filosofía aristotélica califica como causa a cuatro fenómenos que comparten esencia pero que se diferencian sobre todo en su función. De esas cuatro las que más trascienden a la dinámica negocial son la eficiente y la final, estas son además la principal diferencia entre la causa del negocio jurídico y la causa de la obligación y de la atribución patrimonial. Mientras estas últimas se corresponden con una concepción causal eficientista, la primera responde a criterios finalísticos. A estas dos es necesario añadir la causa impulsiva que, aunque no tiene influencia inmediata en el ente sino en el agente, su trascendencia a la relación negocial es determinante.

Los presupuestos teóricos que debe tener una conceptualización válida de la causa son: 1.- ha de ser un concepto que tenga una coherencia lógica y epistemológica a fin de que todos los negocios jurídicos concretos encuentren en

77 "El motivo ejerce una influencia decisiva sobre la voluntad del que contrata. Es lo que le determina a obligarse. Existe una relación indiscutible de causa, a efecto entre el motivo y la obligación. Y por eso que el error sobre el motivo no anula la obligación. El Derecho no lo tiene en cuenta; aunque el consentimiento no corresponda a la voluntad efectiva del contratante, admite sin embargo la validez de la obligación." (*De la causa*, cit., pp. 21.)

78 Reigné, P.: "La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français", Thèse de doctorat en Droit privé, soutenue en 1993 à Paris 2, p. 25.

ella referencia; 2.- ha de dar respuesta a los problemas que la causa está destinada a resolver; y 3.- ha de tratarse de un concepto abstracto que responda no solo a las funciones clásicas que se le atribuyen sino también a los nuevos vericuetos que puedan surgir en el negocio y en la relación negocial.

Estos presupuestos teóricos conducen a concebir a la causa final del negocio como el tipo negocial genérico, entendido como la síntesis abstracta o elaboración lógico-jurídica de la estructura y los efectos del negocio, que guía cada una de las manifestaciones negociales concretas. Este concepto, que parte de la categoría de tipo ideal axiológico, responde al prototipo que se trazan los agentes negociadores para celebrar sus negocios independientemente de las particularidades de estos, da una respuesta coherente a cada una de las funciones clásicas que la causa ha asumido y tiene la suficiente plasticidad conceptual como para adecuarse a las nuevas circunstancias que puedan darse en el ámbito negocial.

BIBLIOGRAFÍA

Alpa, G.: *Il contrato in generale, I-Fonti, teorie, metodi*, Giuffrè Editore, Milano, 2014.

Alpa, G.: *Manuale di Diritto Privato*, Wolters Kluwer CEDAM, Vicenza, 2015.

Aristóteles: *Analíticos posteriores* (traducción de F. de P. Samaranch), Aguilar, Madrid, 1958.

Aristóteles: Física (traducción y notas de G. R. de Echandía), editorial Gredos, Madrid, 1995.

Aristóteles: *Metafísica* (introducción, traducción y notas de T. Calvo Martínez), editorial Gredos, Madrid, 1994.

Baldo degli Ubaldi: *Commentarium in Sextum Codicis Libris*, Lugduni, 1585.

Baudry-Lacantinerie, G. et L. Barde: *Traité théorique et practique de Droit civil – Des Obligations,* tome premier, Librairie de la Sociètè du Recueil J-B. Sirey et du Journal du Palais, Paris, 1906.

Betti, E.: *Teoría general del negocio jurídico* (traducción y concordancias con el Derecho español por A. Martín Pérez), editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

Bianca, C. M.: "Causa concreta del contratto e diritto effettivo", *Rivista di diritto civile*, vol. 60, núm. 2, 2014.

Bianca, C. M.: *Derecho civil*, tomo III - *El contrato* (traducido por F. Hinestrosa y É. Cortés), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

Bonfante, P.: "Il contratto e la causa del contratto", *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1908.

Calasso, F.: *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Giuffrè editore, Milán, 1959.

Capitant, H.: *De la causa de las obligaciones* (traducción E. Tarragato y Contreras), editorial Góngora, Madrid, 1927.

Cariota-Ferrara, L.: *El negocio jurídico* (traducción, prólogo y notas de M. Albaladejo), editorial Aguilar, Madrid, 1956.

Carnelutti, F.: *Teoría general del Derecho*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

Clavería Gosálbez, L. H.: *La causa del contrato*, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1999.

Coviello, N. y L. Coviello: *Manuale di Diritto civile italiano, Parte Genérale*, Società editrice libraria, Roma, 1929.

d´Ors, Á.: *De la guerra y de la paz*, ediciones Rialp, Madrid, 1954.

Dabin, J.: *La teoría de la causa* (traducción, notas y concordancias por F. de Pelsmaeker), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1929.

de Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, editorial Civitas, Madrid, 1985.

de Ruggiero, R.: *Instituciones de Derecho Civil,* volumen primero - *Introducción y parte general, derecho de las personas, derechos reales y posesión* (traducción, notas y concordación con la legislación española de A. Serrano Suñer y J. Santa-Cruz Teijeiro), editorial Reus, Madrid, 1929.

de la Cámara Álvarez, M.: "En torno al concepto de la causa de los contratos", *Estudios de Derecho Civil*, editorial Montecorvo, Madrid, 1985.

Deiana, G.: "Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell´obbligazione", *Rivista di diritto civil*e, I-II, 1938.

Diez-Picazo y Ponce de León, L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XVI, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963

Domat, J.: "Los lois civiles par leur ordre naturel", *Œuvres Complètes*, *tome premier* (revue, corrigée et précédée d'une notice historique sur Domat par J. Remy), libraire de jurisprudence, Paris, 1828.

Dualde, J.: *Concepto de la causa en los contratos (La causa es la causa)*, editorial Bosch, Barcelona, 1949.

Engisch, K.: *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales* (estudio preliminar y traducción de J. J. Gil Cremades), ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968.

Ernst, A.: *La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions?*, Revue Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste, 1826.

Ferrater Mora, J.: *Diccionario de filosofía,* tomo I *A-K*, editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1964.

Ferri, G. B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè editore, Milán, 1966.

Ferri, G. B.: "Operazioni negoziali 'complesse' e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico", *Diritto e giurisprudenza, Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile*, anno 123 - Serie III, vol. LXIV, 2008.

Ferri, G. B.: "Equivoci e verità sul negozio giuridico e sulla sua causa", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, vol. 85, núm. 2, 2008.

Finance, J.: *Conocimiento del ser*, editorial Gredos, Madrid, 1971.

Galicia Aizpurúa, G.: "Algunas consideraciones sobre los elementos esenciales del contrato en el Código civil español", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 26, julio 2018.

Garrigou-Lagrange, R.: *El realismo del principio de finalidad*, editorial Desclée, Buenos Aires, 1949.

Gete-Alonso y Calera, M. C.: *Estructura y función del tipo contractual*, editorial Bosch, Barcelona, 1979.

Giorgianni, M.: "La causa del negocio jurídico. Estudio de derecho italiano y comparado" (traducido por L. Diez-Picazo), *Revista de Derecho Notarial*, año XXII, núm. XCIII-XCIV, julio-diciembre, 1976.

Guasp, J.: "Indicaciones sobre el problema de la causa en los actos procesales", *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1948.

Guzmán Brito, A.: "Tipo, función y causa en la negocialidad", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 41, diciembre del 2013.

Hinestrosa, F.: "Autonomía privada y tipicidad contractual", *Revista de Derecho Privado*, núm. 24, enero – junio de 2013.

Ihering, R.: *El fin en el Derecho* (traducido por L. Rodríguez), Rodríguez Serra editor, Madrid, 1911.

Josserand, L.: *Derecho Civil,* tomo II, volumen I (traducción S. Cunchillos), ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.

Laurent, F.: *Principios de Derecho Civil francés*, tomo XVI, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México D.F., 2010.

León Hurtado, A.: *La causa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1961.

Melich Orsini, J.: "La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXVII, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, fascículo I, enero-marzo1984.

Millán Puelles, A.: *Fundamentos de filosofía*, editorial Rialp, Madrid, 1962.

Nivarra, L., V. Ricciuto y C. Scognamiglio: *Diritto privato*, G. Giappicheli editore, Torino, 2013.

Núñez Lagos, R.: "Causa de la 'traditio' y causa de la 'obligatio'", *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* tomo II (coordinado por J. Gómez Gálligo), editorial Thomson Civitas, Navarra, 2009.

Peña y Bernaldo de Quirós, J. M.: "Causa ilícita y fraude de acreedores", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XV, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1962, fascículo IV octubre-diciembre.

Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civil*e, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

Planiol, M.: *Traité Élémentaire de Droit Civil*, tome deuxième, Librairie Génerale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1917.

Pugliatti, S.: "Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici" y "Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico", ambos en *Diritto civile. Metodo-teoria-pratica*, Saggi, Giuffrè editore, Milán, 1951.

Reigné, P.: "La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français", Thèse de doctorat en Droit privé, soutenue en 1993 à Paris 2.

Ripert, G. y J. Boulanger: *Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol*, tomo IV, vol. I (traducción D. García Daireaux), La Ley, Buenos Aires, 1963.

Roppo, V.: *Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2001.

Sánchez Ocejo, A.: *La nulidad en el Derecho privado*, Jesús Montero editor, La Habana, 1938.

Sangermano, F.: "La Causa", *Trattario di Diritto Civile, Contratto in generale* (a cura di P. Cendon), Giuffré editore, Milano, 2016.

Scialoja, V.: *Negocios jurídicos* (traducción de la cuarta edición italiana por F. de Pelsmaeker e Iváñez), editorial de la Gavidia, Sevilla, 1942.

Söllner, A.: "Die Causa im Kondiktionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, núm. 77, 1960.

Steenberghen, F.: *Ontología*, editorial Gredos, Madrid, 1957.

Traviesas, M. M.: "La causa en los negocios jurídicos", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, vol. 67, núm. 134, 1919.

Trimarchi, P.: *Istituzioni di Diritto Privato*, Giuffrè editore, Milano, 2009.

Valdés Díaz, C.: "Causa de las relaciones jurídicas civiles" *Derecho Civil. Parte General* (bajo su coordinación), editorial Félix Varela, La Habana, 2006.

Vigo, R. L.: *Las causas del Derecho*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

Weber, M.: *Gesamte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Verlag von J.C.B. Mohr, Tübingen, 1922.

Zubiri, X.: *Naturaleza, Historia, Dios*, Alianza editorial, Madrid, 1987.

ASPECTOS PSICOLÓGICOS DE LA REFLEXIÓN JUDICIAL

PSYCHOLOGICAL ASPECTS OF JUDICIAL REFLECTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 342-375

Agustín LUNA SERRANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Se examinan algunos aspectos relacionados con la reflexión psicológica llevada a cabo por el juez para llegar a la conclusión que se plasma en su sentencia.

PALABRAS CLAVE: Aspectos psicológicos; actividad judicial.

ABSTRACT: *Some aspects related to the psychological reflection carried out by the judge in order to reach the conclusion reflected in the sentence are examined.*

KEY WORDS: *Psychological aspects; judicial activity.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA PRECOMPRENSIÓN.- III. LAS CONJETURAS.- IV. LA PRESUPOSICIÓN.- V. LAS PRESUNCIONES.- VI. LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA.- VII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

En la actividad intelectual del juez o del árbitro llamado a dirimir un conflicto de intereses se desenvuelve normalmente en su mente un itinerario discursivo orientado por el sentido común, que es expresión de la razón[1], y conducido por la lógica, en cuanto que ambas son guías diferentes, aunque no excluyentes ni alternativas, de cuya conjugación convergente se espera la plausibilidad de la decisión. No puede dejar de tenerse en cuenta, por lo demás, que, según es propio del actual estadio de la concepción del derecho –cuya propia ciencia no se aprecia como teorética sino como práctica–, se tiende claramente a privilegiar la lógica deóntica, en la que no se rechaza el recurso a reglas de oportunidad, sobre la lógica formal[2].

En el apenas indicado devenir de la conformación de la decisión judicial sostenida por la lógica y el sentido común es claro que juegan un cometido importantísimo, además del que corresponde a la razón, aspectos psicológicos propios de la particular personalidad –de la psique– del juzgador, como son su bagaje cultural, su educación, su clase social, su ideología o su actitud y sensibilidad ante las tensiones que se producen en la vida social, así como, igualmente, su perspicacia –entre otros alcances, para apreciar indicios significativos[3]– e incluso su imaginación. La consideración de esta no indiferente realidad, que se superpone a su preparación técnica de jurista, alcanza particular significación si se piensa

1 El contenido de este pequeño estudio fue expuesto como comunicación a la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, de la que el autor es académico de número, en su sesión del día 30 de septiembre de 2021.
Cfr. Art. 282.2 LEC.

2 Hay que considerar, efectivamente, como autorizadamente se ha dicho –así De los Mozos y de los Mozos, J. L.: *Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno*, Edersa, Madrid, 1977, p. 10– que el discurso jurídico no puede constituirse ya sobre una "ciencia especulativa o teorética" sino sobre una ciencia con "función práctica", "que se manifiesta en un saber problemático o *aporético*, que no se obtiene únicamente por sucesivas operaciones lógicas, derivadas de la norma legal o del sistema normativo, sino en un conjunto de valoraciones en relación con la *justicia* concreta, en las que lo racional o lo legal no son más que uno de tantos componentes".

3 La indicación de indicios es abundante en la obra, construida fundamentalmente en base a sentencias de apelación, de Muñoz Sabaté, L.: *Suma de probática civil. Cómo probar los hechos en el proceso civil*, La Ley, 2ª ed., Las Rozas, 2011, *passim*, que se refiere, entre otros muchos, a los indicios *ad iuvantibus, affetio, ambulatio, cognitio, cura, comparatio, character, deliveratio, fama, fortuna, habitus, locus, mutatio, opportunitas, personalitas, possessio, possessio instrumenti, previssio, professionalitas, proffero, reparatio, responsio, retentio possessionis, silentium, similitudo, tempus* y *ubicatio rei*. El ahora citado profesor y abogado barcelonés es autor de un conocido *Tratado de probática judicial* (5 vols.), J. M. Bosch, Barcelona, 1992-1996.

• Agustín Luna Serrano
Catedrático de Derecho Civil y Abogado.

en la posibilidad o incluso en la probabilidad de que, en no pocas ocasiones, la decisión del juzgador se conforma a través de impresiones y de puntos de vista que mentalmente confluyen en la concreción de una solución que luego formalmente se plasma *a posteriori*, de manera más o menos articulada y con la oportuna ayuda de la argumentación jurídica, en la debida motivación del fallo acogido en la sentencia.

Aunque acaso exagerada en su realismo radical, no deja de entrañar más de un punto de verdad la consideración de que en la sentencia judicial trasciende más decisivamente el "criterio personal del operador" que "la voluntad del legislador"[4], ni puede pensarse que es del todo desencaminada la idea, que no es una novedad de nuestros días, de que la argumentación judicial, más que proceder al establecimiento de unas premisas para llegar a una deducción –según la conocida regla denominada del *modus ponendo ponens*[5]–, se desenvuelve formalizando una conclusión para la que se buscan luego unas premisas de justificación[6]. Hay que tener en cuenta que la cadena evolutiva del discurso no es en el pensamiento humano sistemática y que a menudo suele tener el primer lugar en ella la impresión intuitiva y luego, aunque no siempre la misma se requiera, la reflexiva explicación de la derivación confirmatoria del inicial barrunto mediante la traída a colación de unos antecedentes justificativos[7]. Algo así ocurre también con frecuencia

4 *Cfr.* Nieto, A., en Nieto, A. y Fernández, T. R.: *El Derecho* y el revés (diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces), Ariel, Barcelona, 1998, p. 15. Actitud de los jueces que puede verse fomentada por los agobios y urgencias de su trabajo: *vid.* al respecto, del propio Nieto, A.: *Balada de la justicia y de la ley*, Trotta, Madrid, 2002, p. 249.

5 Según la cual, averiguado el antecedente (*ponendo*), se propone (*ponens*) el consecuente: una referencia a ella puede encontrarse en Atienza, M.: *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006 (2ª reimpresión 2010), p. 151.

6 *Cfr.*, resueltamente, Calogero, G.: *La logica del giudice e suo controllo in Cassazione*, Cedam, Padova, 1964 (1ª ed. 1934), pp. 61 y 64, en cita de Gentili, A.: *Senso e consenso (Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti)*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2015, p. 100. Según, en efecto, el indicado autor, "il giudice procede in realtà all'inversa: dalla conclusione alla ricerca delle premesse in cui sussumerla, affinché la giustifichino".
Puede también existir el magistrado misericordioso, que no duda en favorecer a la parte presuntamente desvalida sin que sea segura en derecho la razón de la atribución del beneficio a cargo de la otra parte. He tenido ocasión de conocer una sentencia en la que consta fehacientemente que una mujer, empleada por su conviviente, decidió terminar dicha relación laboral y la convivencia *more uxorio* con su patrón, porque no quería seguir soportando las intemperancias de su conviviente. Pasado cierto tiempo, los interesados volvieron a establecer una relación de carácter laboral, lo que da lugar a presumir que volvieron a establecer una situación de convivencia. Sin embargo tal relación laboral y la supuesta relación y la supuesta relación de convivencia no habría llegado a durar ni siquiera un año, por lo que no habría dado lugar a la subsistencia legal de la figura de la unión estable de pareja. Todo ello no obstante, se tiende en la sentencia, ante la frecuente realidad de ser sumamente difícil establecer el momento de la finalización o extinción de las relaciones *more uxorio*, a enlazar una convivencia, terminada por decisión de la mujer, con la otra, que se considera ligada a una relación laboral, y a dar lugar a una indemnización periódica por cierto tiempo a la mujer.
Es muy posible que estas ideas cobren impulso a la luz de los vigorosos planteamientos de rechazo radical de la técnica de la subsunción, de la ya asumida aceptación de la conversión de la jurisprudencia de declarativa en creativa, de la idea de que el ordenamiento debe proponerse más sobre principios que sobre normas, de que debe preponderar un derecho dúctil y de que todo o casi todo se cura con el ungüento de la razonabilidad. Pero no es posible ahondar aquí en estas trascendentales cuestiones.

7 Frente a las apreciaciones reflejadas en el texto observa, sin embargo, Hernández Gil, A.: *El abogado y el razonamiento jurídico*, Sucesores de Ribadeneyra, Madrid, 1975, pp. 84-85, que (la opinión tan difundida, sobre todo a propósito de la sentencia, de que se accede al fallo por simple impresión (llamémosla buen sentido, hábito de juzgar, intuición, etc.), y *a posteriori* se busca el revestimiento jurídico o lógico-jurídico

respecto de la decisión judicial, en la que la solución intuitivamente alcanzada, según lo que podría describirse como su composición de lugar, es objeto luego, en una suerte de invertida *ars inveniendi*, de una averiguada derivación justificativa en la motivación, en veste formalizada de una *ars iudicandi* que conduce de las premisas a la conclusión, en razón de la explicación que debe contener, si bien no necesariamente de manera exhaustiva, la sentencia que se dicta[8].

Sea como fuere, estas elementales consideraciones –que no necesariamente se inscriben en la perspectiva de la vieja admonición de que *sensus non est inferendus sed efferendus* y que sin duda reflejan la influencia de aspectos más propios de una concepción pragmática y no formal de la reflexión– comportan que, en relación a la actividad jurisdiccional, alcancen carta de naturaleza aspectos de carácter psicológico y por ello frecuentemente aunque no siempre necesariamente ligados a la argumentación de naturaleza tópica[9], como son la precomprensión, las conjeturas, la presuposición, las denominadas *praesumptiones hominis* o judiciales o las máximas de experiencia[10], que, al margen o en el límite de la ley pero no necesariamente contra ella, afectan o tienen una apreciable trascendencia en la consideración y en la decisión del árbitro de derecho o del juez y pueden tener una influencia posiblemente determinante en el caso de la actividad decisoria del árbitro de equidad.

(con lo que éste no conduce al fallo, sino que viene predeterminado por él), a pesar de presentarse como eminentemente empírica y práctica no me parece del todo real ni completamente generalizable. El hecho de que pueda procederse al establecimiento de una proposición en forma de conclusión que no sea el producto de una inferencia no quiere decir que el tratamiento subsiguiente sea un simple artificio o una apariencia de lógica".

8 No está lejos de estos planteamientos la consideración de que, en el discurso judicial, priman en el contexto dispositivo o de *decisión* los aspectos de carácter pragmático, mientras que en el contexto de *justificación* o de motivación priman los aspectos o elementos de carácter lógico: *cfr.* Scarpelli, U.: "Sull'analisi delle argomentazioni giudiziarie", *Quaderni del Foro Italiano*, 1970, col. 76 ss. Con cuanto en el texto señalado concuerda la opinión de ser habitual, en no pocos teóricos de la argumentación jurídica, "la puntualización de que sus análisis no se ubican en el contexto del descubrimiento, sino en el de la justificación": así, García Amado, J. A.: "La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias", *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 45, 2000, pp. 103-129, esp. p. 117.

9 Sobre la cual puede verse la monografía de Viehweg, T. (1907-1988): *Topik und Jurisprudenz*, Beck'sche Verlagbuchhandlung, Munich, 1953, de la que hay traducción de L. Díez-Picazo Ponce de León, con prólogo de E. García de Enterría, *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964. Sobre la tópica, como disciplina que sugiere puntos de referencia de carácter orientativo y enseña a encontrar argumentos, puede verse también del propio Viehweg, T.: *Tópica y filosofía del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1987. A propósito de la tópica y su conexión con el discurso jurídico, véase la contribución de García Amado, J. A.: *Teorías de la tópica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.
No cabe duda, sin embargo, de que muchas de las apoyaturas con las que se ayuda el juez en la formación de su decisión constituyen *loci* comunes de valor relativo, señalados por la experiencia pero de identidad suficiente para aplicarlos a la solución jurídica que se propone.

10 Conceptos que no son siempre fáciles de deslindar y son fáciles de confundir, como a veces es de ver en la doctrina de los clásicos. Así, por ejemplo, Del Castillo de Sotomayor, J.: *De conjecturis*, 1726, IV, 59, núms. 11 ss., pp. 604 ss., coloca en el ámbito de las conjeturas a la presuposición que se encierra en la llamada cláusula *rebus sic stantibus*.
Uno de nuestros más conocidos civilistas equipara a los denominados conceptos válvulas o a los llamados *standards* las máximas de experiencia: *cfr.* Castán Tobeñas, J.: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Reus, Madrid, 1947 (reimp. de 2005, con prólogo de J. J. Pintó Ruiz), p. 171. Por su parte, Gentili, A.: *Senso e consenso*, cit., p. 21, parece acercar las máximas de experiencia a los índices que dan lugar a las conjeturas cuando aprecia que las máximas indican que es lo que probablemente las partes contratantes han querido.

Por otra parte, la exigencia de la ponderación de la equidad en la aplicación de las normas, a que está obligado el juzgador[11], se coloca, por definición, al margen de la ley y se articula necesariamente, más que en la lógica pura, a través de la razón propia del sentido común, mediante la cual, por lo demás, solamente pueden alcanzar precisión los parámetros, criterios o *tests* de ponderación de la proporcionalidad[12] y sobre todo –en cuanto que "tende ormai a diventare, in maniera sempre più diffusa, un indice individuante della giuridicità"[13]– de la razonabilidad, tan aprovechados, en particular este último, por la doctrina y por la jurisprudencia[14]. Lo mismo cabría decir en cuanto a la precisión, sólo alcanzable en función de la razón fruto del sentido común, de los numerosísimos conceptos jurídicos indeterminados contenidos en las leyes y también, al menos en muchas de las veces, de las denominadas cláusulas generales, en particular las que se refieren a la buena fe y a las buenas costumbres, así como en relación a los modelos de apreciación referencial que, como los de buen padre de familia, ordenado comerciante, persona de buenos antecedentes y buen labrador, se encuentran en nuestras leyes[15].

Los aspectos que, en base a estas sencillas primeras indicaciones, son objeto de atención en estas pocas páginas –ordenadas a resaltar los aspectos psicológicos que en la actividad del juzgador se hacen presentes de manera constante–, tienen como referente compartido la experiencia del hombre común, que, en la mente del intérprete, abogado o juzgador, opera en el doble sentido funcional –a la par estático y dinámico– de depósito de vivencias en una suerte de *ars inveniendi* o

11 *Cfr.* Art. 3.2, proposición primera, CC.

12 Sobre cuyo parámetro es de recordar, entre otras contribuciones, las debidas a Bernal Pulido, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2003, y González Beilfuss, M.: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2015. En el ámbito de la contratación privada es de resaltar el estudio de Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rassegna di Diritto civile*, 2001, pp. 334 ss., luego incorporado en el volumen que recoge diversas contribuciones del propio Perlingieri, P.: *Il Diritto dei contratti fra persona e mercato. Profili di Diritto civile*, Esi, Napoli, 2003, pp. 441 ss.

13 Así, recientísimamente, Lipari, N.: *s. v.*, "Contratto e principio di ragionevolezza", en AA.VV.: *Enciclopedia del Diritto. I tematici*, I-2021. *Contratto* (dir. G. D'Amico), Giuffrè-Francis Lefebvre, Milano, 2021, pp. 356-384, esp. pp. 356, en la cual, en n. 3, se indica que ha llegado a ser la razonabilidad un "principio arquitectónico del sistema", haciéndose al respecto mención de la contribución de D'Andrea, L.: *Il principio di ragionevolezza come criterio architettonico del sistema*, en AA.VV.: *La ragionevolezza nel Diritto* (al cuidado de M. La Torre y A. Spadaro), Giappichelli, Torino, 2002, pp. 231 ss. En la señalada brillante exposición, que constituye un convencido alegato de la centralidad del papel que juega la razonabilidad en el Derecho, afirma N. Lipari de verse considerar la razonabilidad como "criterio che governa e indirizza ogni procedimento applicativo del Diritto" y como "principio che innerva l'intero ordinamento" (p. 373, n. 111), por lo que debe reconocerse "al principio di ragionevolezza un ruolo centrale e decisivo nel processo applicativo" (p. 377) del Derecho.

14 La abundancia de posibles citas jurisprudenciales referidas a la razonabilidad mediante indicación, sobre todo, de sentencias del Tribunal Constitucional, pero también del Tribunal Supremo, dispensa de su precisa indicación. Entre la profusa literatura existente sobre la materia, se señala la monografía de Perlingieri, G.: *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el Derecho civil* (trad. del original italiano y prólogo de A. Luna Serrano), Dykinson, Madrid, 2016.

15 En relación a las cláusulas generales, a los conceptos jurídicos indeterminados, a los modelos de apreciación referencial y a los parámetros, criterios o *tests* de ponderación puede verse Luna Serrano, A.: *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 127-151, 151-160, 172-174 y 174-182, respectivamente [de cuya obra hay una 2ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2021].

de establecimiento o descubrimiento de premisas y de sustrato generador de la reelaboración de datos abierto a la *ars iudicandi* que conduce a la conclusión por parte del sujeto pensante en relación a supuestos de la realidad que le circunda[16]. Es decir, según se ha precisado con acierto, como "movimiento circular y de continuo e incesante reenvío entre subjetiva capacidad de reflexión y materialidad objetiva sobre la que reflexionar"[17].

Hay que reconocer, en todo caso, que las cuestiones aquí examinadas, aunque bastante atendidas doctrinalmente en otros tiempos y en otras latitudes, suscitan menos, ahora y aquí, la curiosidad de los estudiosos, no sólo porque su tratamiento versaría, a pesar de su indudable interés, *de apicibus iuris civilis*, sino también porque dicho tratamiento no se referiría tanto al discurso guiado por la lógica de la razón cuanto a la deducción que genera la no tan apreciada experiencia común. No hay que olvidar al respecto, como se estableció sabiamente, que "una cosa aprecia la razón y otra la experiencia. La razón juzga a la luz de la verdad, de modo que el recto juicio subordina las cosas menores a las mayores; la experiencia, en cambio, se inclina de ordinario por consideraciones dictadas por la conveniencia, porque aprecia las cosas que la verdad considera menores"[18]. En el fondo de la cuestión, como es fácil de entender, campea la tensión entre la llamada lógica formal y la denominada lógica deóntica.

Las breves indicaciones que siguen, aunque apegadas a la más estricta cotidianeidad de la vida jurídica, sugieren que en su actividad el jurista se revela como artista de la razón[19], sin que, por lo demás, podamos olvidar, como nos pone de relieve un conocido dramaturgo francés que "le droit est la plus puissante des

16 La referencia a la centralidad que alcanza en el derecho la experiencia del hombre común es la base de la filosofía jurídica de Capograssi, G. (1889-1956), figura de jurista de gran sencillez, de profesor y rector de universidad, de abogado, de personaje de indudable influencia política sin ejercer de político y componente de la Corte Constitucional de su país, cuyas obras más representativas son *Saggio sullo Stato* (1921), *Analisi dell'esperienza comune* (1930), *Studi sull'esperienza giuridica* (1932), *Introduzione alla vita etica* (1935) e *Il problema de la scienza del diritto* (1939). Bajo el título de *La vita etica* estos escritos de Capograssi –la totalidad de su producción científica, bajo el título genérico de *Opere* se reúnen en los vols. I-VI (1959) y VII (1990), Milano, Giuffrè– se recogen, al cuidado de F. Mercadante, en edición de Editorial Bompiani, de Milán, de 2008. Entre nosotros, la editorial Encuentro ha publicado sus obras *El individuo sin individualidad* (2015), *La vida ética* (2017) y *La experiencia común* (trad. de A. Llano Torres) (2020).

17 *Cfr.* Lipari, N.: "Il diritto come crocevia fra le culture", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, pp. 1 ss. y ahora en *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 239-311, esp. p. 301, movimiento, dice, "che è compresso nella profondità espressiva della parola «sperienza»" y del que se precisa que "pone l'impossibilità di misurare la distanza tra soggetto e oggetto, come entità individuate, localizzate ciascuna nella statica di un punto".

18 Traducción libre del autor del pasaje del gran Aurelius Augustinus en su *De libero arbitrio*, Liber tertius, IV, 17, a tenor del cual "*Aliter enim aestimat ratio aliter usus. Ratio aestimat luce veritatis, ut recto iudicio subdat minori maioribus; usus autem consuetudine comoditatis plerumque inclinatur, ut ea aestimet quae veritas minora esse convincit*".

19 *Cfr.*, sobre la cuestión la sugerente monografía de Legendre, P.: *Il giurista artista della ragione* (al cuidado de L. Avitabile con introducción de J. B. Ferri), Giappichelli, Torino, 2001.

ècoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la realité"[20].

II. LA PRECOMPRENSIÓN.

De la interpretación, que es actividad intelectual fundamental del jurista, se ha dicho con razón que es labor que "partiendo de determinados signos capta y atribuye significados".

No es pensable, sin embargo, que la atribución de significado a los signos –emitidos, por lo que aquí nos interesa, por las normas o por los hechos– opere al margen de la precomprensión del sentido primígeno con que alcanza significado y valor el signo mismo en la mente del intérprete, en cuanto que "no se puede comprender sin precomprender". Es decir, lo que es lo mismo, sin la apoyatura en un trasfondo espiritual, psicológico o mental[21] que consiente y modela, a la vez que condiciona, la formulación de una hipótesis de partida o primitiva representación anticipada del resultado de la reflexión propia del comprender a que aboca el proceso mental del juez o del jurista en general, puesto que dicha reflexión psicológica e intelectualmente "concierne contemporáneamente a las diferentes normas potencialmente aplicables, a los hechos a regular y a la norma o las normas a escoger"[22] y a aplicar al supuesto objeto de enjuiciamiento. De aquí que se hable, entre los juristas, de la "función heurística de la precomprensión"[23] o, entre los teóricos de la interpretación, de ser la precomprensión "primera entre todas las condiciones hermenéuticas", por conformarse en ella anticipaciones de sentido y proyectos de solución[24]. Entre precomprensión y comprensión se da una relación semejante a la que media entre lo que los filósofos llaman conocimiento *a priori*, no empírico ni experimentado, y conocimiento *a posteriori*, circunscrito, a partir del primero, a la observación relativa de cosas, de situaciones y, en nuestro caso, de conflictividades sociales reducibles a soluciones normalizadas.

20 *Cfr.* Giraudoux, J.: "La guerre de Troie n'aura pas lieu", acto II, escena 5ª, en *Le théâtre complet*, vol. 6, Ides et calendes, Neuchâtel-Paris, 1946, p. 81.

21 Como "relación vital con la misma cosa de que habla el texto" se ha descrito a veces a la precomprensión: *cfr.* Bultmann, R.: "Das Problem der Hermeneutik", *Glauben und Verstehen*, II, Mohr, Tübingen, 1952, pp. 217, 219 s. y 227.

22 Acojo aquí algunas sugerencias y tomo prestadas algunas expresiones de Zaccaria, G., en Viola, F. y Zaccaria, G.: *Le ragioni dil diritto*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 218. Señala este autor que el razonamiento jurídico parte con una "operación mental de tipo extralógico o prelógico, con una valoración que reposa sobre un pre-comprender" (p. 227).

23 *Cfr.*, al respecto, la contribución de Mengoni, L.: "Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica generale", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, VII, 1978, pp. 128 ss., reproducida en *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 1-23, esp. pp. 18-23. Como precisa este prestigioso autor (p. 7), la precomprensión viene a ser "un dato non sopprimibile nel quale si rileva la struttura anticipatoria della comprensione".

24 *Cfr.* Gadamer, H. G.: *Wahrheit und Methode*, 6ª ed., Tübingen, 1970, p. 299 (trad. it. con el título de *Verità e metodo* por G. Vattimo), Bompiani, Milano, 1972, p. 374).

De este modo, la insuprimible precomprensión –*Vorverständnis* para los alemanes–, que se configura como el punto de partida[25] hacia la comprensión en la sucesión de fases –el conocido como círculo hermenéutico entre interpretante e *interpretandum*[26]– en que mentalmente se articula la interpretación, vendría naturalmente a estar influenciada y a ser en buena parte condicionada por el sustrato, esto es, por la psique que condiciona la personalidad[27], y por los diversos estratos mediante los que se modela la educación del intérprete –en nuestro caso del abogado y, sobre todo, del juez–, como son su pertenencia a un determinado grupo o clase social, su particular adscripción ideológica –a través, por ejemplo, de las diferentes asociaciones judiciales–, sus inclinaciones respecto de las distintas doctrinas jurídicas –por ejemplo, ser propenso o adversario a la apreciación del daño moral[28]– o, incluso, su preferencia ideológica[29] –por ejemplo, en cuanto al uso neutral o de clase del derecho[30]–, su inclinación más o menos conservadora o progresista en cuanto al entendimiento de la actividad declarativa o creativa de la jurisprudencia[31], su apreciación acerca de la oportunidad de sustituir la consideración del derecho como ciencia teórica por la valoración del mismo como ciencia práctica o la conciencia y el sentido que él mismo confiere a la

25 La precomprensión configura, en efecto, un ente contingente del que partir y al que sobrepasar para llegar al ser mediante la comprensión: *cfr.* al respecto Gentili, A.: *Senso e consenso,* cit., p. 72.

26 *Vid.* Hoy, D. C.: *Il circolo ermeneutico. Letteratura, storia e ermeneutica filosofica* (trad. it. de F. D'Agostini), Il Mulino, Bologna, 1990.

27 Sobre la posible influencia en la decisión judicial de los planteamientos personales puede verse la contribución del profesor de Rotterdam Van Dunné, J. M.: "El papel de los valores personales en el razonamiento jurídico", en AA.VV.: *Racionalidad e irracionalidad en la política y el Derecho* (Actas del simposio de Filosofía del Derecho, Universidad de Deusto, abril 1987), Universidad de Deusto, Bilbao, 1990, pp. 25-35, donde se hace referencia al trinomio de Persona-Res-Societas y donde se tienen en consideración conceptos como valores personales, valores de situación, intuición o corazonada.
Se trata en el fondo de la peliaguda cuestión de si la personalidad "está ya constituida «*a nativitate*» y definida «*ab ovo*»; o si, por el contrario, esa personalidad es la síntesis interna de la, como si dijéramos, externa existencia suya": *vid.* en relación a esta alternativa la contribución de mi admirado y siempre recordado profesor zaragozano Ramiro Rico, N. (†1977): "El porvenir de los derechos individuales", *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1949, y reproducida en su libro póstumo *El animal ladino y otros estudios políticos* (con prólogo de F. Murillo y L. Díez del Corral), Alianza Editorial, Madrid, 1980, pp. 135-159, esp. p. 151, por referencia a la que "se llama frecuentemente la plasticidad del alma humana o, simplemente, plasticidad humana".

28 Uno de los primeros estudios sobre el daño moral se debe a Álvarez Vigaray, R.: "La responsabilidad por daño moral", *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 81 ss. Entre nosotros se ha mostrado contrario a la indemnización del daño moral Díez-Picazo, L.: *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008; y en el Derecho italiano Donati, A.: *Danno non patrimoniale e solidarietà. I limiti della ammissibilità della riparazione del danno non patrimoniale nella giurisprudenza dei supremi Collegi*, Cedam, Padova, 2004.

29 Véase, con carácter general, la monografía de Prieto Sanchís, L.: *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.

30 Se alude aquí a la tendencia del llamado "uso alternativo del derecho", en decadencia, pero sin fenecer del todo, a raíz de la caída del muro de Berlín. Sobre tal tendencia puede verse AA.VV.: *L'uso alternativo del diritto*, vol. I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, y vol. II, *Ortodossia giuridica e pratica politica* (al cuidado de P. Barcellona), Bari, Laterza, 1973. Sobre la cuestión puede verse recientemente Lipari, N.: "L'uso alternativo del diritto oggi", *Giustizia civile*, 2018, pp. 75 ss., trabajo recogido luego en Lipari, N.: *Diritto civile e ragione*, Milano, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2019, pp. 149-176, quien considera que tal corriente de opinión se encuentra hoy, en Italia, del todo superada.

31 Puede verse a este propósito, Viola, F.: "Ideologia e interpretazione del diritto nell'esperienza italiana", en Viola, F., Villa, V. y Urso, M.: *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Edizioni Celup, Palermo, 1974, pp. 165-224.

propia función[32]. En razón de sus variados componentes[33], algunos de los cuales superan claramente el ámbito de lo gnoseológico –según es a veces observable en los llamados votos particulares, en especial de magistrados del Tribunal Constitucional[34]–, la precomprensión supone también un básico criterio de justificación, por lo que en realidad se configura, a la vez, como condición del conocimiento de los hechos y como condicionamiento de la evaluación de su significado.

La precomprensión tiene desde luego una no negligible influencia en las decisiones judiciales –por ejemplo, a propósito de su consideración como elemento de interpretación de normas y de valoración de hechos[35]–, en cuanto que el autor de las mismas no puede desprenderse de su propia personalidad, por lo que ha merecido la atención de destacados juristas[36], pero es evidente que la misma no puede ser tan determinante que degenere en un *arbitrium iudicis*, pues, si es seguramente insuprimible que en el ánimo reflexivo del juzgador influya en todo caso –con una intensidad que no puede desconocerse ni medirse– lo

32 Conciencia y sentido de la propia función judicial caracterizada en función de la tradición cultural en que se inserte la apreciación de la indicada función. Véase al respecto la contribución de Schiavello, A.: "Positivismo inclusivo, oggetività ed interpretazione del diritto", en AA.VV.: *Prassi giuridica e controllo di razionalità* (al cuidado de L. triolo), Giapichelli, Torino, 2001, pp. 165-196, esp. p. 186. [El volumen recoge las actas del VI Coloqui Internacional Italo-Español de Teoría del Derecho (Trapani, 22-23 de septiembre de 2000)].
En relación a la personalidad del juez, expresa Segura Vega, M.: *Sobre la interpretación del Derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003, p. 45, que la misma "incluye ideología, creencias, prejuicios", de modo que ello "incide necesariamente en sus propias percepciones y condicionan en algún sentido su actividad". "Por esta razón –dice–, la visión que cada sujeto tiene de la realidad de los hechos puede ser potencialmente diferente y es relativamente frecuente que así suceda en la práctica judicial".

33 Por su parte, Wróblewsky, J.: "L'interprétation en Droit: théorie et idéologie", *Archives de philosophie du Droit*, núm. 17, 1972, p. 66, se refiere a estar constituida la precomprensión por la educación personal del intérprete, por su cultura ética, económica y política, por su participación más o menos intensa en las tradiciones de la sociedad en el que actúa, por el modo en que percibe y se refleja en él la situación histórica en que vive o por su capacidad de valoración de circunstancias y acaeceres.

34 Las discrepancias de solución que suponen los votos particulares, así como las diferentes soluciones que pueden dar los tribunales en las distintas instancias, abocan a la idea de que sobre un mismo caso no hay una sola respuesta judicial correcta: véase sobre esta cuestión la contribución de Otero Parga, M.: "La cuestión de la única respuesta judicial correcta", en AA.VV.: *La argumentación jurídica. problemas de concepto, método y aplicación* (al cuidado de F. Puy Muñoz y J. G. Portela), Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004, pp. 296-325, quien niega resueltamente la posibilidad de la única respuesta, a la cual ni siquiera considera deseable.

35 Puede verse al respecto la contribución de Pérez Álvarez, M. A.: *Realidad social y jurisprudencia. Diez tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas*, Colex, Madrid, 2005.

36 A esta categoría psicológica previa y condicionante de la comprensión tiene dedicada una significativa obra Esser, J. (1910-1999): *Vorverständnis und Methoden wahl in des Rectsfindung*, Frankfurt a. M., 1970, de la que hay versión italiana Esser, J.: *Precomprensione e scelta di metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decissionale del giudice* (trad. de S. Patti y G. Zaccaria, con introducción de P. Rescigno), Esi, Napoli, 1983. Sobre los planteamientos contenidos en esta destacada obra pueden verse los estudios de Zaccaria, G.: *Ermeneutica e giurisprudenza sulla metodologia di Josep Esser*, Giuffrè, Milano, 1984, esp. pp. 145-176; Id.: "Precomprensione e controlli di razionalità nella prassi del giudice", *Rivista de diritto civile*, núm. 30, fasc. 3, 1984, pp. 313-321; Id.: *L'arte d'interpretare. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 1990, pp. 18 ss.; Id.: "Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser: un confronto con Ronald Dworkin", *Ragion pratica*, VI, núm. 11, 1998, pp. 137-156. Sobre la precomprensión puede verse también la contribución de De Ruggiero, L.: "Sul concetto di precomprensione", *Politica del diritto*, núm. 14, fasc. 4, 1984, pp. 577-598, así como la debida a Canale, D.: "La precomprensione dell'interprete è arbitraria?", *Ars interpretandi*, 2006, pp. 331 ss.

que puede considerarse como el *background* o fondo de conocimientos y de condicionantes que dan lugar a su precomprensión, debe exigirse al mismo tiempo que su juicio, en el que no es inoportuno que se tengan en cuenta valoraciones suplementarias de las estrictamente jurídicas y formales, se contenga en los límites de una cierta lógica y del sentido común. Como, en particular, se ha expresado autorizadamente, "la apreciación judicial de las concepciones ético-sociales debe ser coherente con el criterio jurídico representativo de lo que en la sociedad se siente como ideal", aunque no pueda en cierto grado desligarse el juzgador de la realidad de que tal apreciación "está condicionada por la precomprensión que, en razón de su educación, de su bagaje intelectual y de su adscripción ideológica, tenga el juez perteneciente a un cierto contexto económico-social"[37].

Puede concluirse, en efecto, con un distinguido civilista que formó parte de la Corte Constitucional de su país, que "el intérprete no debe dejarse guiar por la precomprensión, sino que debe tematizarla en estrecha adherencia a los hechos y en consecuencia con el texto, y por esta vía «ponerse fuera del prejuicio»"[38].

III. LAS CONJETURAS.

Como recuerda una destacable sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de la que fue ponente el civilista barcelonés Luís Puig Ferriol[39], las conjeturas han atraído desde antiguo la atención de los juristas[40], de manera que,

37 *Cfr.* Esser, J.: *Precomprensione e scelta*, cit., p. 57. En una dirección coincidente señala justamente Mengoni, L.: "La polemica di Betti con Gadamer", en su libro de estudios menores *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 77, que "la precomprensión tiene un valor eurístico: sirve para abrir los ojos al contenido del texto, a poner en movimiento el proceso interpretativo proporcionando una primera orientación. Sería un grave error considerarla como guía que conduce, a través de la elección de criterios metodológicos, la interpretación hacia un resultado previamente predeterminado por las convicciones del juez sobre lo que es justo, esto es, por sus prevenciones ideológicas. El intérprete no debe abandonarse a las solicitaciones de la precomprensión, sino que debe tematizarla en consonancia con el texto y por este camino «apartarse del prejuicio». En otro caso somete la alteridad del texto a sus propios preconceptos".
Puede verse también al respecto, con carácter general, la reflexión de Prieto Sanchís, L.: *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993.

38 *Cfr.* Mengoni, L.: *Teoria generale*, cit.
Cabe aquí recordar que ya San Raymundo de Penyafort, *Summa casuum*, liber I, 10, casus quintus (ed. Laget), Lyon, 1718, pp. 92-93, advertía al juez que *non debet iudicare secundum suam privatam conscientiam, quam apportavit de domo*, texto, formulado acaso de manera demasiado familiar, que parece derivado de otro de San Ambrosio, que se refiere a la *domesticae propositio voluntatis* y a que no se debe librar el juez a *nihil privatum meditatum domo*. Tomo estas referencias de Laingui, A.: "L'ordo iudiciarius selon saint Thomas", en AA.VV.: *L'educazione giuridica*, vol. VI, t. I, Esi, Napoli, 1994, pp. 39 y 46. La señalada colección constituye una magna obra de investigación promovida por el cultísimo prof. Alessandro Giuliani, catedrático que fue en la Universidad de Perugia y a cuyo nombre se ha intitulado la anteriormente Facultad de Derecho y ahora "Dipartimento per gli studi giuridici" de dicha universidad.

39 Se hace referencia a la STSJ Cataluña 5 febrero 2001 (RJC 2002, 674) (ponente Puig Ferriol), relativa a "la conjetura de considerar llamados a los nietos como fideicomisarios, como excepción a la regla general que los hijos puestos en condición no se consideren llamados como herederos fideicomisarios, si por no hacer tránsito a los nietos adquiere el patrimonio hereditario una persona ajena al círculo familiar". El recurso de casación acogido en esta resolución fue redactado por el gran jurista y prestigiosísimo abogado don José Juan Pintó Ruiz.

40 Destaca al respecto la obra de Menochius, G.: *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis*, Domenicum Tarinum, Augusta Taurinorum, 1594.

"según los autores de la época del *ius commune*, se define la conjetura como un *rationale vestigium veritatis*, en el sentido de que de la voluntad presunta del testador se puede extraer por vía deductiva –lo que era cuestión básica en el caso de autos examinado en la indicada resolución– su voluntad real". Todo ello en base a la convicción de que, si bien –como se subrayaba– *in incertis, non certis, locus est coniecturis*[41], la conjetura conduce normalmente, a pesar de su incertidumbre y en razón de proceder de verdades seguras[42], a la determinación, por la vía psicológica de la convicción, de la efectiva realidad[43]. Además de respecto de la averiguación de la voluntad del testador –es decir, por generalización, respecto de la interpretación del testamento–, la apreciación presuntiva mediante inferencia provocada por signos o indicios de la distorsionada voluntad de los agentes de un negocio *inter vivos* alcanza particular relieve, como también veremos, en tema de simulación contractual, anomalía frecuente pero no necesariamente defraudatoria que, por otra vía, sería en la práctica muy difícil de detectar[44]. De esta manera, cabe decir que lo que no es posible concluir *ex veritate trahat formam similitudinis ex coniectura*[45].

Cabe recordar aquí la conocida obra clásica de Derecho civil catalán Finestres y de Monsalvo, J. (1688-1777): *Praelectio cervariensis sive commentarius accademicus ad titulum pandectarum de vulgari et pupilari substitutione*, Cervera, 1752, de la cual hay reproducción anastática con su texto traducido, con estudio introductorio, notas e índices de M. Pérez Simeón, Barcelona, Departament de Justícia, 2005. Finestres tiene repetidamente en cuenta la obra de Faber, A. (o Fabro, 1557-1624): *Coniecturarum iuris civilis libri viginti*, Colonia, 1630, al que cita repetidas veces (pp. 205, 241, 261, 299 y 347 de la traducción). A la conjetura *ad probandam filiationem* se refiere Olibani, A.: [*Commentaris*] *De actionibus. Pars secunda*, Typographia Gabrielis Graelii et Gerardi Dotilii, Barcinonae, 1645, pp. 407, n. 14 (en donde se asocia a la conjetura a la misma finalidad que las *praesumptiones*. [Según la edición facsímil hecha en Barcelona, Departament de Justícia, 1988, con estudio introductorio de C. J. Maluquer de Motes i Bernet y A. Vaquer Aloy].
Cabe significar que la consideración del recurso a la *coniectura* en orden a la *divinatio* mediante la apreciación de *signis* tiene una brillante expresión en la obra de Marco Tulio Cicerón, *De divinazione*, de la cual hay una edición, con texto latino y texto italiano al frente e introducción, traducción y notas de S. Timpano, de la milanesa Editorial Garzanti, con 8ª ed. de 2008 (la primera de 1988). Vale la pena recordar que el recurso a los signos adivinatorios era tan importante en Roma que la actividad de interpretar ciertos signos (vuelo de las aves o examen de vísceras de los animales) se hizo con frecuencia obligatoria en relación a los asuntos públicos de gran trascendencia. Ello al punto de propiciar la organización de la función, pudiendo verse a este propósito la interesante monografía de Catalano, P.: *Contributi allo studio del diritto augurale*, vol. I [único publicado], Giappichelli, Torino, 1960. En el primitivo procedimiento penal se conocen las conjeturales "prueba del fuego" y "prueba del agua" y durante siglos la consistente en el "juramento". En el Derecho procesal francés se conoce la figura del "serment" (con la fórmula "je le jure").

41 *Cfr.* De Rosate, A.: *Trattatus illustrium in utroque tum pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iurisconsultorum*, t. II, Venetiis, 1583, I, Quaestio IIII, 7 (*conjecturis locus est in incertis*).

42 *Cfr.* De Nitto, A.: "Processo e procedura in Domat", en AA.VV.: *L'educazione giuridica*, vol. VI, t. I, Esi, Napoli, 1994, pp. 80-103, esp. p. 97.

43 La referencia a las conjeturas encuentra espacio, por ejemplo, en la argumentación del civilista veronés, operante con éxito en la segunda mitad del siglo XV, Bartolomeo Cipolla, quien, en su *Tractatus de contractibus emptionum vel locationum cum pacto de retrovendendo simulatis* y sobre la generalizada afirmación de que *in incertis, non certis, locus est coniecturis,* se refiere a la adecuada apreciación del dolo por conjeturas e igualmente a la de la simulación: *cfr.* dicho tratado en el volumen que –comenzando por su conocidísimo *Tractatus de servitutibus urbanorum praediorum*– recoge todos los suyos, Cepollae, B.: *Varii tractatus*, Haeredes Ioannis Mariae Bonelli, Venetiis, 1571, pp. 200*r*, 202*v*, 203*r*, 204*r* y *v* y 219*r*, en cuya última se distingue entre *legítimas probationes, praesumptiones, indicia* y *probabiles coniecturae*. De este autor se popularizaron las que se denominaron *cautelae Caepolle,* subterfugios para sortear la ley, sugeridos abundantemente en su *Tractatus cautelarum*.

44 En efecto, amparándose en afirmaciones del gran Baldo de Ubaldis, sugiere Cepollae, B.: *Varii tractatus*, cit., p. 204*v*, que *conjecturae sufficiunt in quae communiter in secreto fiunt*.

45 Conformo esta consideración parafraseando expresiones del *Liber iudicum popularis* (versión redactada por el juez Bonsom de Barcelona, s. X-XI), Manuscrito Z. 11. 2 de El Escorial, ed. Barcelona, Departament de

En materia de interpretación del testamento, tanto la doctrina como la jurisprudencia no tienen mayor inconveniente en recurrir, para la averiguación del sentido de la voluntad del testador –en concurso con las denominadas pruebas intrínsecas o, alternativamente, cuando esta vía se muestra al respecto insuficiente o inconcluyente– a los llamados elementos extrínsecos de interpretación de la voluntad del *de cuius*, como pueden ser sus hábitos, su conducta respecto de ciertos bienes, sus modos o modalidades de expresión y sus actos o manifestaciones posteriores al otorgamiento del testamento o también el contexto social y cultural, así como el entorno personal y familiar, el lugar y el tiempo en que se desenvolvió la vida del testador y en que se formó y se formuló su decisión[46].

Esta posibilidad se ha mostrado particularmente significativa respecto de la institución testamentaria de los fideicomisos, en relación a los cuales ya advertían las fuentes romanas que en ellos muchas veces conviene atenerse más a la voluntad del testador que a sus palabras[47]. En el derecho civil catalán el recurso a los medios extrínsecos relativamente a la interpretación –y en concreto a la conjetura derivada de los mismos–, ha sido tradicionalmente acogido en relación al supuesto del denominado fideicomiso familiar *si sine liberis decesserit*, según puede apreciarse en la concorde continuidad de doctrina y jurisprudencia en su apreciación de ser razón de tal institución la salvaguardia del patrimonio agrario en su integridad y la conservación del mismo en el seno de la família[48]. Estos planteamientos, en la actualidad legalmente ya no referenciados, se reflejan todavía, con la expresión de "conjetura de piedad" a favor de los nietos, en la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña de 1960[49].

Justícia i Interior, 2003, pp. 343-347.

46 La denominada "prueba extrínseca" de la averiguación de la voluntad del testador más allá de las palabras por él utilizadas es acogida favorablemente, aunque con las debidas cautelas, por una jurisprudencia constante y, desde luego por la doctrina, dentro de la cual se señalan las contribuciones de Castán Vázquez, J. M.: "La interpretación del testamento en el Derecho común", *Revista de Derecho Privado*, 1973, pp. 277 ss.; García Amigo, M.: "Interpretación del testamento", *Revista de Derecho Privado*, 1969, pp. 931 ss.; Puig Brutau, J.: "La interpretación de testamento en la jurisprudencia", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. XII, 1962, pp. 511 ss.; y Jordano Barea, J. B.: *Interpretación del testamento*, Casa editorial Bosch, 1958, del cual es de ver también su análisis del art. 675 CC en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo), t. IX, vol. 1º-A, Madrid, Edersa, 1991. En la doctrina extranjera destaca la monografía, bien conocida entre nosotros, de Rescigno, P.: *Interpretazione del testamento*, Jovene, Napoli, 1952.

47 *Cfr. Codex Justiniani*, 6, 42, 16. Sobre las conjeturas respecto de la averiguación de la voluntad del testador es clásido el estudio de Mantica, F.: *Tractatus de coniecturis ultimarum voluntatum, in libros duodecim distinctus*, Venetiis, 1619.

48 La ya señalada STSJ Cataluña 5 febrero 2001, cita al respecto obras clásicas del Derecho civil catalán como las debidas a Cáncer, Peguera, Vives y Cebrià o Borrell y Soler y hace referencia abundante a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 22 octubre 1889, 2 octubre 1900, 10 diciembre 1913, 7 julio 1932, 1 marzo 1941, 2 febrero 1950 –de la que hace especial mención– y 13 marzo 1959), sin olvidar la S. del Tribunal de Cassació de Catalunya 8 octubre 1936, de la que fue ponente el ilustre jurista don Ramón María Roca Sastre. Cabe recordar aquí la importante monografía de Roca Sastre, R. M.: *El problema fideicomisario de los hijos puestos en condición*, Casa editorial Bosch, Barcelona, 1948, en cuyas páginas 85-102 se recoge, en apéndice, la referida sentencia del Tribunal de Casación de Cataluña, en la que se hace reiterada mención de las conjeturas.

49 *Cfr.* Art. 170 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña aprobada por la ley 40/1960, de 21 de julio.

IV. LA PRESUPOSICIÓN.

En la percepción inicial del sentido de los hechos sobre los que debe fallar, es normal que el juzgador capte la tensión establecida entre los diferentes intereses de los litigantes en razón de las alternativas expectativas en que cada uno de ellos cifra el resultado de las actuaciones que son origen de su enfrentamiento. Hay que tener en cuenta, en efecto, que cuando los particulares actúan en la vida social suelen decidirse en consideración de ciertos datos o presupuestos de hecho en los que instintivamente cifran en su ánimo unas ciertas expectativas de ventaja o de satisfacción que esperan alcanzar, por más que sea posible que tales datos o presupuestos de hecho puedan cambiar, alterarse o incluso fallar[50].

Esta actitud psicológica referida a la esperanza de que la acción emprendida tendrá la consecuencia esperada ha sido conceptualizada jurídicamente, en cuanto que puede alcanzar trascendencia en determinados aspectos, como "presuposición" y la misma ha sido teorizada, desde hace bastante tiempo, por una acreditada doctrina, que viene a definirla como la representación, eventualmente falsa o inadecuada, de las expectativas que de manera recognoscible han influido sobre las motivaciones de la voluntad de un sujeto, el cual, en su caso, no habría emitido su declaración de haber tenido conocimiento directo de las cosas venideras[51].

En relación a la operatividad de las conjeturas –y a la atención a los datos extrajurídicos– en la conformación de la actividad del jurista, es de observar que en la consideración que se lleva a cabo en ella no se tienen en cuenta "tanto de juicios de verdad como de juicios de valor (*Werturteile*)", de modo que la recta solución de una cuestión jurídica se contrae en gran medida a una tarea que requiere de una "cierta intuición y de criterio práctico": *vid.* las consideraciones del prestigioso profesor civilista, que también ejerció funciones judiciales, Ernst Zitelmann, sobre cuya actividad científica se ocupa la contribución de Betti, E. (1890-1968): "Metodica e didattica del Diritto secondo Ernst Zitelmann", *Rivista internazionale di filosofia del Diritto*, núm. 5, 1925, pp. 49-85, luego reproducida en *Diritto, metodo, ermeneutica* (al cuidado de G. Crifó), Giuffrè, Milano, 1991, pp. 11-57, encontrándose la frase transcrita en p. 15. Respecto a cuanto apreciado en esta breve contribución la lectura del estudio de referencia puede ser considerada de indudable interés.

50 Sobre algunas de las cuestiones a las que se refiere este apartado se encuentran amplias referencias en la obra del prestigioso civilista barcelonés Puig Brutau, J.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II, vol. I., Casa Editorial Bosch, 2ª ed., Barcelona, 1978, pp. 391-439, en el apartado titulado "Límites a la exigibilidad de las obligaciones contractuales". Puede verse también la amplia contribución de Gavidia Sánchez, J. V.: "Presuposición y riesgo contractual", *Anuario de Derecho Civil*, t. XL-2, 1987, pp. 525-600.
Véase más ampliamente sobre la cuestión Luna Serrano, A.: *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 274-293, y en su versión italiana (trad. de L. Mezzasoma y L. Baciucco, con prólogo de V. Rizzo), Esi, Napoli, 1917, pp. 239-256, así como la contribución del autor intitulada "Un apunte sobre la presuposición", en AA.VV.: *Derecho de obligaciones y contratos. En homenaje al profesor Ignacio Serrano García* (dir. E. Muñiz Espada), La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 339-362.

51 La figura de la presuposición fue, en efecto, conceptualizada por Windscheid, B.: *Die Lehre des römanischen Rechts von des Boraussetzung*, Düsseldorf, 1850, ocupándose también de la misma este destacado civilista alemán en *Lehrbruch das Pandecktenrechts*, I, Frankfurt am Main, 1887, pp. 311 ss. (trad. it. con el título de *Diritto delle pandette*, de Fadda y Bensa, I (1ª ed.), Torino, 1930, parágrafos 97-100, pp. 394 ss.
La categoría no goza, de todas formas, de la aceptación generalizada de la doctrina y, por ejemplo, el ya recordado gran jurista Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridicio* (3ª ristampa corretta della seconda edizione) [el volumen forma parte del *Trattato di Diritto civile italiano*, dir. F. Vasalli], Utet, Torino, 1960, pp. 526-530, critica esta doctrina por artificiosa y la considera (p. 527) "costruzione amfibia ed equivoca" [de esta magnífica monografía hay edición anastática al cuidado de G. Crifó, con una introducción de G. B. Ferri, que forma el vol. 31 de las "Ristampe della Scuola di specializzacione in Diritto civile dell'Università di Camerino", Esi, Napoli, 2002].

La presuposición entendida de este modo, a la que el ordenamiento ha dado cierta relevancia en relación sobre todo a las convenciones, se referiría, por tanto, a "una circunstancia externa que, sin ser prevista como condición del contrato, constituye un presupuesto objetivo del mismo"[52], lo que plausiblemente se explicaría porque, en efecto, ciertas circunstancias, presentes o futuras, actúan en la mente de los contratantes como motivaciones esenciales, de tal suerte que "si el sujeto supiera que no existen o que no llegarán a verificarse, no habría contratado". De este modo y a partir de este estado de espíritu, que psicológicamente es de certeza y no de duda, quien contrata "está convencido de la realidad presente o futura de los motivos que le inducen a contratar: da por sentada la verificación de determinado supuesto de hecho, o su subsistencia, y presuponiendo que es así, celebra el negocio. Y tan cierto está de cuanto se representa o presupone que no revela los motivos del acto, ni menos hace depender de ellos el efecto del contrato elevando tales motivos a condición explícita"[53].

En el sentido expuesto, es plausible pensar que la voluntad negocial de los contratantes se configura incluyendo mentalmente alguna "condición no expresada o no desenvuelta o implícita" –como se ha designado con frecuencia adaptando terminología alemana (*unentwickelte Bendingung*) o inglesa (*implied term* o *implied condition*)– a propósito de la situación actual o de la evolución de los hechos que inciden en la relación convencionalmente establecida, en cuanto a que la otra parte ha de cumplir o que el cumplimiento que debe llevar a cabo o el que nosotros debemos realizar tendrán lugar en circunstancias sustancialmente inalteradas; o bien evaluando, en su real entidad y tal como son al contratar, los datos objetivos o presupuestos que se representan y constituyen la conocida como situación negocial de partida o "base del negocio" y confiando en su posible permanencia o en su previsible evolución (la *Geschäftsgrundlag*e de los alemanes); o, incluso, en una concepción más moderna, dando a tales datos una relevancia causal en cuanto determinantes del denominado "fin del contrato" (traducido del concepto germano de *Geschäftzweck*). Constituyendo, en definitiva, una suerte de reserva mental (*virtuelle Vorbehalt*) que se insertaría en la disciplina negocial en consideración a la virtualidad de la buena fe[54] y dando lugar a que los conceptos

Por su parte, tampoco se muestra partidario de la aceptación de los planteamientos conexos a la figura de la presuposición, aunque se refiere a la misma como "interesantísimo y grave problema" (p. 509, n. 103), Cariota Ferrara, L.: *El negocio jurídico* (trad. esp. de M. Albaladejo), Aguilar, Madrid, 1956, pp. 508-513, quien considera que la categoría en cuestión no está prevista positivamente (p. 512).
Véase sobre estas interesantes cuestiones la destacada monografía de Camardi, C.: *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Giuffrè, Milano, 1997.

52 *Cfr.* Bianca, C. M., Patti G. y Patti, S.: *Lessico di Diritto civile*, Giuffrè, 2ª ed., Milano, 2001, p. 580.

53 *Cfr.* Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. de A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J.: *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1, Dykinson, 5ª ed. revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Madrid, 2011, p. 435, y *vid.* también en los mismos elementos, I-3 (3ª ed. revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría), Dykinson, Madrid, 2005, pp. 119 s.

54 Sea permitido remitir al respecto de nuevo a Luna Serrano, A.: *Las normas*, cit., pp. 137-141.

indicados trasciendan enlazados en relación a la interpretación del contrato o, de manera más apremiante, en relación a la integración del contenido del mismo.

Sin que sea posible abundar en este lugar sobre las explicaciones teóricas acerca de la relevancia de la presuposición[55], conviene hacer referencia a su virtualidad operativa en el ámbito del ordenamiento, en cuanto que las que pueden llamarse genéricamente presuposiciones no dejan de estar presentes en nuestra legislación ni deja de recurrir a ellas la jurisprudencia[56], siendo también sensibles a tenerlos en cuenta ciertas propuestas encaminadas a modernizar perfectivamente el sistema normativo.

El ordenamiento tiene en cuenta, en efecto, la realidad psicológica de que cuando compramos una cosa no nos entregará el vendedor una cosa viciada o defectuosa o cuya entidad no se conforma con las características con las que se muestra o de las que se dice tener en los folletos o anuncios de su propaganda, por lo que el ordenamiento debe tender a corregir en lo posible estas anomalías[57]. En este ámbito legislativo se debe recordar también la norma que expresamente se apoya en la idea de presuposición cuando afirma que "se entiende implícita en las recíprocas" la facultad de resolver por incumplimiento las obligaciones[58], regla que se ampara en la idea, tan sencilla como profunda –*nemo liberalis esse praesumitur*–, de que "no es normal, salvo en situaciones de beneficencia, compasión o caridad, que el ser humano, de natural egoísta, sacrifique una parte de su patrimonio, o asuma una carga obligacional, y se avenga a empobrecerse en beneficio de otro sin justificación alguna, sin recibir algo que para él valga más, o lo prefiera a lo que sacrifica", pues es claro que "nadie se sacrifica si no es por causa de que va a recibir la contrapartida", de modo que, si tal habitual creencia actúa subjetivamente, ella misma "objetivamente exige que la contrapartida sea

55 Por ejemplo, si, no pudiendo la presuposición constituir una verdadera condición, pudiera trascender dando lugar a una *exceptio* o a una *condictio*.

56 La idea de "presuposición" que campea en el concepto de "implicitud" de la facultad no prevista expresamente que se contiene en el art. 1124 CC y a la que se refiere en concreto la STS 17 mayo 1986 (ponente De Castro García), relativa a la resolución contractual derivada en el caso de autos de una "imprevisible mutuación fáctica", se propende hoy a ser sustituida por la de carácter subjetivo de la llamada cláusula implícita *rebus sic stantibus* o por las tendencialmente más objetivadas de la desaparición de la "base del negocio" o de la frustración del "fin del contrato", según es de ver en diversas STS como las de 23 noviembre 1962 (ponente Lojo Tato), 10 octubre 1980 (ponente Santos Briz), 9 diciembre 1983 (ponente Santos Briz), 27 octubre 1986 (ponente De Castro García), 14 diciembre 1993 y 20 abril 1994 (ponente en ambas Gullón Ballesteros). Es evidente, sin embargo, que estos varios conceptos no son sino versiones relativas a la posición psicológica con que actúan los contratantes, como evidencian las STS que se refieren a la no obtención de la finalidad perseguida por las partes mediante el contrato y la contradicción que respecto de ella supone la frustración de las legítimas expectativas económicas de quienes pactan o del fin práctico que los contratantes esperan alcanzar: *vid*., en este sentido, entre otras y siempre por vía de ejemplo, las STS 18 noviembre 1983 (ponente De la Vega Benayas), 25 noviembre 1983 (ponente Pérez Gimeno), 22 marzo 1985 (ponente De la Vega Benayas), o 11 julio 1991 (ponente Fernández Rodríguez).

57 *Cfr.* Arts. 1474.2° y 1484-1499 CC. y art. 17 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

58 *Cfr.* Art. 1124 CC.

real[59]". Por otra parte, y aunque en estos supuestos no se haga legal referencia a ninguna cláusula condicional implícita, es también de considerar que la idea de presuposición se encuentra en la base de las normas que, frente al principio de irrevocabilidad de las donaciones, previenen excepcionalmente la revocación de las mismas por sobreveniencia o supervivencia de hijos e incluso –si más que en la punición del beneficiario ingrato se piensa en la decepción del benefactor por el inesperado desprecio recibido– por ingratitud[60].

Por su parte, la jurisprudencia, aunque con frecuentes llamadas de atención a la cautela, a la moderación y a la prudencia, no ha dejado de acudir –recurriendo también a veces a las teorías que considera como formas doctrinalmente más evolucionadas[61] de la "presuposición", de la "excesiva onerosidad sobrevenida" o de la "desaparición de la base del negocio"[62]– a una hipotética y presupuesta condición tácita o "no desarrollada" y, en concreto, a una "implícita cláusula *rebus sic stantibus*" –de cierto intensificado protagonismo con ocasión de la todavía no superada actual pandemia[63]– que "conduciría al terreno de la presuposición"[64], encaminada a corregir, a través de una suerte de *reductio ad aequitatem*, los sobrevenidos, extraordinarios e imprevisibles desequilibrios que, por hacerse las prestaciones debidas más costosas, más incómodas o más peligrosas, se producen, con carácter grave y desproporción exorbitante, en las relaciones contractuales[65]. El juzgador habrá de considerar si, en función de parámetros propios del sentido

59 Tomo estas expresiones de un texto inédito cuando lo utilicé, espléndido como suyo, del gran jurista y destacadísimo abogado J. J. Pintó Ruiz, intitulado "Estudio sobre el art. 1124 del Código civil", destinado a ser expuesto en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, cuyo envío mucho agradecí en su día a tan prestigioso autor.

60 *Cfr.* Arts. 644 y 648 CC.

61 *Cfr.*, en tal sentido, la STS 1 marzo 2007 (ponente Montés Penadés).

62 *Cfr.*, por vía de ejemplo, las STS 17 mayo 1986 (ponente De Castro García), de 21 de febrero de 1990 (ponente Barcalá Trillo-Figueroa), 10 diciembre 1990 (ponente González Poveda) y 6 noviembre 1992 (ponente Morales Morales). En relación a la desaparición de la base del negocio, que podría apreciarse en dos perspectivas, como la de la cláusula *rebus sic stantibus* y la de la frustración del fin del contrato, *vid.* la STS 10 abril 2002 (ponente Corbal Fernández).

63 Véase, por ejemplo, la reciente monografía de García Pita y Lastres, J. L.: *Contratos y Covid: el principio "pacta sunt servanda" y la regla "rebus sic stantibus"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. Puede verse también la amplia obra colectiva (716 pp.) de AA.VV.: *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del covid-19* (al cuidado de V. Rizzo, L. Mezzasoma, E. Llamas Pombo y G. Berti de Marinis), Esi, Napoli, 2021, con relevante participación española –A. Cañizares Laso, M. J. Cazorla González, M. P. García Rubio, E. I. Varela Castro, E. Llamas Pombo, F. J. Pérez-Serrabona González, J. L. Pérez-Serrabona González y M. J. Reyes López–. Se señala también la contribución de E. Torrellas Torrea, *La resolución de los contratos por consumidores en tiempos de pandemia. Art. 36, I y II, RD-Ley 11/2020*, en *Derecho civil*, vol. VIII, núm. 2 (2021), pp. 93-145.

64 Según expresión de la STS 17 mayo 1957 (ponente Eyré Varela).

65 *Cfr.*, por su gran expresividad, la STS 23 abril 1991 (ponente González Poveda), que resume y sistematiza la jurisprudencia anterior y cuya doctrina se ha trasladado a otras resoluciones posteriores, como, por ejemplo, las STS 6 noviembre 1992 (ponente Morales Morales), que se refiere al enorme desequilibrio de las prestaciones, 29 mayo 1996 (ponente Ortega Torres), que decide sobre el concepto de la base del negocio, 10 junio 1996 (ponente Morales Morales), que aprovecha el concepto de frustración del fin del contrato, y 1 febrero 1997 (ponente González Poveda), por referencia a la cláusula *rebus sic stantibus*. Últimamente pueden verse, en general sobre la aplicación de los conceptos reconducibles a la idea de precomprensión las STS 17 noviembre 2000 (ponente Villagómez Rodil), 21 marzo 2003 (ponente Corbal Fernández), 1 marzo 2007 (ponente Montés Penadés),21 mayo 2009 (ponente Marín Castán), 17 enero 2013 (ponente Marín Castán) y 26 abril 2013 (ponente O'Callaghan Muñoz).

común y de la razonabilidad, aprecia en función de las circunstancias si ha lugar a admitir virtualidad a la presuposición, cuando del conjunto de circunstancias extralegales, pero trascendentes, le inclinan, a su entender, suficientemente a ello.

Es de advertir, en cualquier caso, que ante los supuestos examinados la doctrina jurisprudencial no se orienta tanto por soluciones resolutorias sino por la adopción de mecanismos modificativos o revisores[66], de modo que, al no autorizar la extinción o resolución de la relación contractual, se tiende a corregir o compensar el desequilibrio obligacional instaurado por la alteración de lo que en general puede denominarse "base del negocio"[67].

En relación a lo candente con que se presentan en la práctica en las cuestiones a las que se hacen referencia en este apartado cabe significar, como ya se ha sugerido, la atención que a las mismas se presta en las recientes propuestas de modernización del Código civil y del Código de comercio[68].

V. LAS PRESUNCIONES JUDICIALES.

La presunción de la certeza de un hecho del que no se sabe que existe con seguridad puede adoptarse no sólo por la ley sino ser asumida también, a partir de unos hechos o circunstancias conocidos, por parte del juez y, desde luego, alegarse, en aras de la función defensiva que tiene confiada, por parte del abogado

Un caso interesante de presuposición puede referirse, por ejemplo, a la caracterización de una finca urbana: *vid.*, al respecto, Cosentino, E.: "Presupposizione e sopravvenuta inedificabilità dei suoli", *Foro italiano*, 1995, I, 1, cols. 1601 ss.

66 La ya antigua STS 6 junio 1959 (ponente De Vicente Tutor Guelbenzu), que cita a propósito la ya recordada de 6 junio 1957 (ponente Euré Varela), propende, en efecto, más que por rescindir, por compensar y declara que "los efectos de la cláusula *rebus sic stantibus* no son rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgando solamente los modificativos del mismo encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones". Más recientemente y con abundantísimas referencias jurisprudenciales, la STS 27 noviembre 2013 (ponente Ferrándiz Gabriel) señala que la "jurisprudencia ha destacado la admisibilidad en nuestro sistema de ciertos medios de corrección de la frustración económica del contrato en determinadas situaciones particulares y admitiendo la influencia de los cambios imprevistos sobre la resolución del vínculo y, especialmente, la modificación equitativa de su contenido".

67 La doctrina jurisprudencial que podría citarse al respecto es muy abundante. En este sentido pueden señalarse las STS 17 noviembre 2000 (ponente Villagómez Rodil), 21 marzo 2003 (ponente Corbal Fernández), que se refiere al aniquilamiento de las prestaciones, 9 mayo 2009 (ponente Marín Castán), en relación a la variación de las circunstancias, 20 noviembre 2009 (ponente O'Callaghan Muñoz), referida a la desproporción exorbitante al igual que la del mismo ponente de 21 febrero 2012, 2 febrero 2012 (ponente también O'Callaghan Muñoz), que se refiere a la base del negocio, 21 enero 2013 (ponente Marín Castán), 18 enero 2013 (ponente Ferrándiz Gabriel), que se refiere a la variación de las circunstancias, y 30 junio 2014 (ponente Orduña Moreno), relativa a la modificación de las circunstancias y a la sobrevenida excesiva onerosidad.

68 En relación al CC la Comisión General de Codificación ha propuesto un proyectado art. 1213 relativo a la alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias que sirvieron de base al contrato que determina una excesiva onerosidad o haya frustrado el fin del contrato; y la Asociación de Profesores de Derecho Civil en su *propuesta* de modificación modernizadora del CC (Madrid, Tecnos, 2018, pp. 685 ss.) incluye un art. 526-5 dedicado a "alteraciones extraordinarias de las circunstancias básicas del contrato" en donde se señala que en razón de excesiva onerosidad o frustración del fin del contrato puede éste ser objeto de revisión.
Por su parte, la Comisión de Codificación en su Propuesta del Código Mercantil incluye un art. 416-2 referido precisamente a la "excesiva onerosidad del contrato".

en su argumentación encaminada a convencer al juzgador. Respecto de esta realidad de la adopción de presunciones utilizables en el proceso no formuladas en la ley o *praesumptiones legis* son expresiones calificativas usadas por la doctrina las de *praesumptio facti*, *praesumptio hominis*, "presunción simple" o, según la denominación legal, "presunción judicial", en cuanto establecida por el juzgador[69].

En cuanto que, legal y doctrinalmente se inscribe en el ámbito de la prueba de los hechos a enjuiciar, de la presunción judicial se ha dicho, en descripción de claros tintes psicológicos que no diferiría si se aplicase a cualquier otra *praesumptio hominis*, que supone "un proceso lógico mediante el cual, razonando sobre las consecuencias y efectos previamente deducidos de hechos sabidos y un cuerpo de realidad cierta, se llega a dar por conocido un supuesto fáctico que no lo era, pero que indudablemente se produjo, si bien no deja rastros exteriorizados necesarios para su posible apreciación directa, sin necesidad de recurrir a la vía, siempre más fácil, de la inducción"[70].

Como declara, según es sabido, una reiterada jurisprudencia, la presunción judicial decisivamente "opera cuando no concurren pruebas directas suficientes sobre las cuestiones del debate"[71]. En efecto, a falta de prueba directa –también a mayor abundamiento acompañando cumulativamente a la misma– y como define la ley, "a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a efectos del proceso, de otro hecho si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano"[72]. De este modo, "la presunción judicial consiste en la estimación de un hecho no directamente probado como cierto por inferirse razonablemente de otro hecho directamente probado"[73].

El nexo que debe subsistir *per relationem* entre el hecho conocido por admitido o demostrado y el hecho ignorado que se presume –el a veces denominado hecho derivado o hecho consecuencia– y que implica que el hecho que se trata de deducir se aprecie sobre datos de conocimiento proporcionados por el hecho-base, no requiere sin embargo de la existencia entre ellos de una derivación

69 *Cfr.* Art. 386.1, proposición primera, LEC.

70 *Cfr.* la STS 20 junio 1991 (ponente Villagómez Rodil), cuya doctrina recoge la STS 15 noviembre 1993 (ponente González Poveda).

71 *Cfr.*, entre otras muchas, las STS 3 octubre 1986 (ponente Santos Briz), 14 octubre 1991 (ponente Villagómez Rodil), 2 febrero 1993 (ponente Ortega Torres), 17 marzo 1994 (ponente Villagómez Rodil), 17 febrero 1998 (ponente García Varela), 1 marzo 2000 (ponente Sierra Gil de la Cuesta) y 17 junio 2000 (ponente De Asís Garrote).

72 *Cfr.* el ya citado art. 386.1 LEC. Faltando el enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir según las reglas del criterio humano, de la lógica y de la razón o del raciocinio lógico, el establecimiento judicial de la presunción sería censurable en casación, como tiene declarado una jurisprudencia cuya abundante copia dispensa de una cita pormenorizada.

73 Utilizo aquí un pasaje de la STS 10 febrero 1998 (ponente Almagro Nosete).

mecánicamente necesaria[74], dotada de ineludibilidad o univocidad, sino basarse en una reflexiva ponderación de carácter inductivo inspirada también en el razonable criterio de la normalidad. Es claro, por lo demás, que unos mismos hechos pueden dar lugar, mediante inducción surgida a partir de ellos, a conclusiones lógicas o plausibles diversas e incluso contradictorias, sin que ello comporte en el razonamiento del juez error, falta de lógica o arbitrariedad, pudiendo en tal caso operar el juzgador de modo discrecional, optando por la conclusión que considere más plausible o adecuada[75].

Como inferencia de apreciación exclusivamente personal del juzgador –en su caso, a propuesta acogida de uno de los abogados de los litigantes–, la presunción judicial tiene el carácter de prueba indirecta, de significado subsidiario o supletorio de la prueba directa –que adorna, en cambio, a la presunción legal no destruida de contrario–, de modo que, si bien el juez puede aprovecharse de ella, no está obligado a recurrir a la misma[76].

En este sentido, se considera que el poder aprovecharse el juez de la *praesumptio hominis*, con los condicionantes que marca la ley, tiene carácter discrecional. Sin embargo, ocurre que hay casos en que la derivación del hecho conocido del que puede presumirse otro a partir del mismo parece bastante sencilla a la vez que casi mecánicamente lógica[77], de modo que podría pensarse que no debería admitirse con total lenidad la no utilización judicial de una deducción presuntiva

74 *Cfr.* la STS 20 julio 2006 (ponente Corbal Fernández). Basta, en efecto, que la inducción en que consiste la presunción sea plausible por ponderada y razonable en el *iter* reflexivo del juzgador, como ha puesto de relieve en diversas ocasiones la jurisprudencia: *cfr.*, entre otras, las STS 21 noviembre 1998 y 1 julio 1999 (ponente en ambas González Poveda).
Esta característica de la presunción judicial comporta, en la apreciación de algunos, que "les présomptions du fait de l'homme ont un aspecte trop conjectural pour ne pas être sujettes à caution" y ello porque "la vraisemblance de ces présomptions est peu pérentoire": *cfr.* Piédelièvre, A.: *Introduction à l'étude du Droit*, Maisson, Paris, 1981, p. 142. Seguramente una consideración de este tipo inspira el art. 1353 CC fr., que exige de tales presunciones del magistrado que sean "présomptions graves, précises et concordants", si bien es opinión generalizada que un hecho único sea suficiente si parece determinante: *cfr.*, en este último aspecto, Malinvaud, F.: *Introduction à l'étude du Droit. Cadre juridique des relations* économiques, Litec, Paris, 1992, p. 255.

75 Sobre estas cuestiones es relativamente abundante la doctrina jurisprudencial: *cfr.*, entre otras, las STS 4 julio 1996 y 23 julio 1998 (ponente en ambas Fernández-Cid de Temes), 31 marzo 1999 (ponente Marina Martínez-Pardo), y 16 julio 2001 (ponente Corbal Fernández).

76 *Cfr.* las STS 10 febrero 1996, 16 mayo 2001 y 10 julio 2003 (ponente en todas ellas González Poveda), 21 de septiembre 2001 (ponente Marín Castán), 16 julio 2003 (ponente García Varela) 20 octubre 2006 (ponente Gullón Ballesteros), 6 noviembre 2006 (ponente Montés Penadés), y 14 abril 2008 (ponente Ferrándiz Gabriel).

77 Por ejemplo, es supuesto característico de presunción judicial deducir de la actitud silente de una persona una declaración tácita de voluntad: *cfr.* las STS 16 abril 1985 (ponente De la Vega Benayas) y 31 diciembre 1987 (ponente Serena Belloso). Una STS 28 mayo 1988 (ponente Santos Briz) acoge la presunción de que, remitidas unas mercancías a portes pagados, debe entenderse que viajaron hasta el domicilio del comprador por cuenta y riesgo del vendedor; y otras de 30 mayo 1987 (ponente Serena Belloso) y 25 marzo 1991 (ponente Fernández-Cid de Temes), sugieren que, no constando que los envíos fueron realizados a portes pagados, ha de entenderse que lo fueron a portes debidos.

particularmente favorecida por los hechos probados, sobre todo en el supuesto de que hubiera planteado su oportunidad una de las partes litigantes[78].

De la bastante frecuente simulación contractual[79], en la que, si es relativa, la declaración de lo verdaderamente querido se esconde bajo el velo de otra y se oculta, como decían los antiguos *in tegumentis verborum tecta* y en que, si es absoluta, la declaración negocial que se hace no se asienta en intención alguna, se hace muy difícil sobre todo para los terceros eventualmente perjudicados por la simulación, una prueba directa, por cuanto que el *consilium simulationis*, que compromete a los autores del negocio simulado, tiene su base en el intento de mantener en secreto lo que acuerdan bajo un "disfraz para encubrir un negocio diverso"[80] o bien en su decisión de aparentar que contratan cuando no acuerdan nada.

Las dificultades de la prueba directa de la simulación determinan que haya de recurrirse con gran frecuencia, para su apreciación, a las presunciones judiciales en las que se parte de hechos acreditados para apreciar la simulación[81].

El supuesto que ha venido siendo más frecuente de simulación relativa es el que encubre una donación bajo la capa de una compraventa, en relación al cual han constituido índices sobre los que establecer la presunción judicial de existencia de donación, algunas circunstancias que, por su reiteración, han venido a hacerse

78 La STS 23 julio 1998 (ponente Fernández-Cid de Temes) advierte que, si es "excepcional que pueda impugnarse en casación haberse omitido su empleo" (de la presunción basada en la deducción del juzgador de instancia), "tal excepcionalidad no implica imposibilidad y esta Sala ha casado sentencias por no emplear la prueba de presunciones cuando los hechos demostrados para la propia sentencia recurrida surge la cohesión, coherencia y congruencia obligada".

79 Sobre la figura de la simulación contractual, frecuentemente atendida por la doctrina, se indican al menos las contribuciones monográficas de Cárcaba Fernández, M.: *La simulación en los negocios jurídicos*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996, y de Albaladejo, M.: *La simulación*, Edisofer, Madrid, 2005. En el Derecho italiano es básica la obra de Ferrara, F.: *La simulazione dei negozi giuridici*, Athenaeum, 5ª ed., Roma, 1922, de la que hay trad. esp. de Atard y de De la Fuente, Edersa, 5ª ed., Madrid, 1931.

80 El acuerdo simulatorio comporta con mucha frecuencia que los simulantes se provean precautoriamente de una "contradeclaración", lo que entre ellos facilita la prueba de la simulación para desbaratar su trascendencia, en el caso de que alguno de ellos quiera aprovecharse de ella.
La prueba, en cambio, puede resultar particularmente difícil para los terceros eventualmente perjudicados por la simulación: por ejemplo, acreedores de los simulantes que, por consecuencia de la simulación, ven lesionado su crédito o afectados sus bienes por la creación de titularidades ficticias: *cfr.* la STS 25 marzo 2013 (ponente Ferrándiz Gabriel).

81 El recurso en estos casos a la *presumptio hominis* judicial es muy frecuente, como pone de relieve una nutrida doctrina jurisprudencial: *cfr.*, por vía de ejemplo y entre otras muchas, las STS 24 abril 1961 (ponente De Vicente Tutor y Guelbenzu), 2 diciembre 1983 (ponente Casares Córdoba), 10 julio 1984 (ponente De Castro García), 13 octubre 1987 (ponente Latour Brotons), 5 noviembre 1988 (ponente Fernández Rodríguez), 29 septiembre 1989 (ponente González Poveda), 28 febrero 1991 (ponente Ferrándiz Gabriel), 16 septiembre 1991 (ponente Martínez-Calcerrada y Gómez), 29 marzo 1993 (ponente Martínez-Calcerrada y Gómez), 13 octubre 1993 (ponente Almagro Nosete), 15 noviembre 1993 (ponente González Poveda), 14 junio 1997 (ponente Villagómez Rodil), 21 septiembre 1998 (ponente García Varela), 27 abril 2000 (ponente Corbal Fernández), 6 junio 2000 (ponente García Varela), 20 octubre 2005 (ponente O'Callaghan Muñoz), 19 junio 2006 (ponente Salas Carceller), 4 abril 2007 (ponente Almagro Nosete), 26 junio 2007 (ponente Xiol Ríos), 24 julio 2007 (ponente Xiol Ríos), 5 octubre 2007 (ponente Auger Liñán), 30 noviembre 2007 (ponente Corbal Fernández), 28 febrero 2008 (ponente Ferrándiz Gabriel), 18 marzo 2008 (ponente Salas Carceller), 14 mayo 2008 (ponente Xiol Ríos), 29 mayo 2008 (ponente Salas Carceller), 21 diciembre 2009 (ponente Corbal Fernández) y 25 marzo 2013 (ponente Ferrándiz Gabriel).

típicas, como la relación de parentesco cercano entre comprador y vendedor, la ausencia de prueba respecto del precio, el precio vil o la falta de capacidad económica de quien aparece como comprador[82].

A diferencia de lo que ocurre con la presunción legal, cuya trascendencia puede discutirse en el proceso a través de la alegación y prueba del llamado "hecho impeditivo", la presunción judicial no admite ser discutida durante el proceso, por cuanto que sólo se conoce su aprovechamiento por el juzgador cuando éste dicta su sentencia. Ello obligaría, en su caso, a recurrir en otra instancia superior la resolución y tachar la presunción de que se ha aprovechado el juez al decidir de irrazonable o contraria a los criterios elementales de congruencia por los que se rige el criterio humano.

VI. LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA.

Al margen de las poco antes consideradas presunciones judiciales se colocan conceptualmente las denominadas máximas de experiencia, que, de manera bastante frecuente, conducen inductivamente al juez a alcanzar conclusiones que derivan de lo que es propio que descienda, según la naturaleza de las cosas o las opiniones generalizadas, del conjunto, apreciado sin vicio de error lógico o jurídico[83], de ciertos datos, hechos, acontecimientos, aspectos o circunstancias que, de un modo u otro e incluso desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, se revelan en el devenir del procedimiento y que de suyo conllevan de manera apremiante *–inductione et particularium rerum observatione–* unas determinadas consecuencias que, como suele decirse con palabras vulgares que traducirían en el sentir popular el viejo consejo de que *experientia docet*, "se caen por su propio peso"[84].

Es cierto, desde luego, que la contundente derivación psicológica que, en el discurrir judicial, suponen las máximas de experiencia –cuyo nombre procede de la expresión alemana *Erfahrungssätze* y cuya utilización en el pensamiento del juzgador es semejante a lo que los ingleses llaman discurrir según *reason by rules of thumb*–, no difiere en cuanto a su entramado discursivo de la reflexión que tiene en cuenta la *communis opinio* o, dicho de una manera más circunstanciada y apropiada,

82 A la tipicidad de muchos de ellos como índices de simulación de la venta que esconde una donación se refiere la STS 25 marzo 2013 (ponente Orduña Moreno).

83 *Cfr.* Fazzalari, E.: *Il giudizio civile di cassazione*, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 12-14. Como expresa este distinguido procesalista la noción de "máximas de experiencia" es anfibológica y supone un término –una proposición del lenguaje, según precisa (p. 91)– más bien aproximativo que viene a indicar una proposición verificada en cuanto referida a la experiencia y que es comúnmente acogida (pp. 84-87, esp. pp. 85 y 87).

84 Como se ha apreciado al respecto, "le massime d'esperienza sono generalmente il prodotto della prolungata osservazione di un rapporto di causa ad effetto": *cfr.* Bobbio, N.: *s. v.*, "Norma" en *Enciclopedia* [Einaudi], IX, Einaudi, Torino, 1980, pp. 876-897, ensayo luego comprendido en *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1984, pp. 177-213, esp. p. 178, por donde se cita.

la *opinio posita in communi omnium intellectu*, pero en el caso de las máximas la conclusión que por sí mismas inductivamente implican[85] se deriva de un modo más directo de la naturaleza de las cosas o de las realidades económico-sociales y, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la presunción judicial, no supone la derivación que hace autoritativamente el juzgador de un concreto hecho-base conocido o probado sino del conjunto de datos que emergen en el proceso y que en consideración a la experiencia llaman la atención del juez civil o penal[86], en su caso advertido por uno de los abogados, en el devenir de las actuaciones procesales. Estos perfiles característicos de la figura no dejan de reflejarse en el hecho de que, con frecuencia, se aligere la justificación de la conclusión a la que abocan mecánicamente los hechos o circunstancias que configuran la inducción en que consiste la apreciación de la máxima, a la que la jurisprudencia –abundantísima al respecto– califica como apreciación jurídica de experiencias de carácter "vital", como "derivaciones de reglas empíricas frecuentemente comprobadas" o como juicios hipotéticos surgidos de hechos[87] o circunstancias "concluyentes" y con base en un "orden normal de convivencia"[88]. Se trata, en efecto, de vulgarizaciones de conocimientos naturales o científicos, más o menos sólidos o débiles, de los que se derivan conexiones genéricas de incierto, pero compartido, fundamento cognoscitivo[89].

85 El proceso inductivo que es propio de la significación de las máximas de experiencia es resaltado por E. Fazzalari, *Il giudizio*, cit., p. 93, quien subraya que la inducción que se extrae en este caso aboca a un enunciado extremamente probable. Que se trate en este caso de un juicio no deductivo sino de inducción es también advertido por el civilista Piras, S.: "Le massime d'esperienza e la motivazione insuficiente", *Jus*, 1955, pp. 105 ss.

86 La categorización de las máximas de experiencia se formuló inicialmente en el ámbito de la doctrina jurídica penal por obra de Stein, F.: *Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Hirschfeld, Leipzig, 1893, donde se califica a las máximas de experiencia como "definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de estos casos, pretenden tener validez para otros nuevos". De la destacada contribución de F. Stein hay trad. esp. de A. de la Oliva con el título de *El conocimiento privado del juez (Investigaciones sobre el Derecho probatorio en ambos procesos)*, Eunsa, Pamplona, 1973, en la que se dedican a las máximas de experiencia las pp. 23-184, de cuya traducción hay ediciones posteriores hechas en Madrid, Ceura, 1990, y Bogotá, 1999.

87 Por ejemplo, la STS 4 diciembre 2007 (ponente Xiol Ríos) se refiere a la "regla de experiencia obtenida, de manera racional, de los datos suministrados por los dictámenes médicos obrantes en los autos".

88 *Cfr.* la STS 28 febrero 1989 (ponente Fernández-Cid de Temes), resolución que seguida en cuanto a la significación conceptual de las máximas de experiencia por muchísimas otras hasta nuestros días, lo que haría muy larga la cita de todas ellas.
Se asemeja la apreciación en la reflexión del juzgador de las máximas de experiencia a lo que, como se ha sugerido en el texto, en el Derecho anglosajón se conoce como razonar según reglas de experiencia (*reason by rules of thumb*), sobre cuya modalidad discursiva puede verse Schauer, F.: *Playing by the rule*s, Clarendon, Oxford, 1991, p. 192, de cuya obra hay versión esp. *Las reglas en juego. Un examen filosófico en la toma de decisiones basadas en reglas en el Derecho y en la vida cotidiana* (trad. de C. Orunesu y J. L. Rodríguez), Marcial Pons, Madrid, 2004. A las máximas de experiencia se hace frecuente referencia a la obra de Atienza, M.: *El Derecho*, cit., pp. 91, 92, 206, 223, 230 (de donde se toma la referencia anterior), 231, 233 y 234. En la consideración de este autor (pp. 91-92) el recurso a las máximas de experiencia supondría una concepción pragmática de la argumentación –en cuanto que emplearía argumentaciones materiales–, distinta de la argumentación formal, de manera que "las «reglas de inferencia» materiales no serían, desde la perspectiva formal, otra cosa que premisas".

89 Puede verse al respecto el estudio de Gascón Abellán, M.: "Sobre la racionalidad de la prueba", en AA.VV.: *Prassi giuridica e controllo di razionalità* (al cuidado de L. Triolo), Giapichelli, Torino, 2001, pp. 97-114, esp. p. 108.

Es de resaltar, en todo caso, que la jurisprudencia se ha cuidado reiteradamente de desbaratar la confusión que a veces emerge en la doctrina entre máximas de experiencia y presunción judicial y que en su intento discriminador haya argumentado, con finura, que la reflexión del juez que se apoya en una máxima de experiencia "no se proyecta sobre el punto de vista de la apreciación probatoria sino desde el de la valoración probatoria"[90], de modo que, en su caso, viene a constituirse, con una amplitud característica, en una "afirmación de un dato intangible, de contenido básicamente psicológico, mediante un proceso discursivo o inferencia compleja, con proposiciones intermedias propias de la valoración de la prueba dentro del marco de la sana crítica"[91]. En este sentido, se ha señalado en la doctrina jurisprudencial, con tanta concisión como claridad, que no es posible identificar «justificar» con «probar», "pues la prueba hace referencia únicamente a aspectos fácticos y la justificación es más amplia y comprende otros aspectos, como las reglas lógicas, máximas de experiencia, juicios de valor, etc."[92].

En razón de que nuestro Tribunal de Casación ha entendido, en atención a estar basadas las máximas en la experiencia común y la naturaleza de las cosas, que en la utilización de las mismas no se da el que denomina "riesgo de sorpresividad", en cuanto que se refieren a "factores previsibles por el intelecto humano en relación al asunto de que se trate"[93], las máximas de experiencia son tenidas muy en cuenta en la doctrina de la jurisprudencia civil[94]. A este propósito se puede recordar, por vía de simples ejemplos que sería muy fácil multiplicar, que las máximas de experiencia se han referido a las anomalías que suelen acompañar a las sociedades anónimas de carácter familiar[95], a la inclusión como honorarios profesionales de cantidades relativas a la prestación de un aval[96], al montante

90 Así la STS 4 febrero 2016 (ponente Vela Torres).
Advierte justamente Carnelutti, F.: *La prueba civil* (con apéndice de G. P. Augenti y trad. esp. de N. Alcalá-Zamora y Castillo), Depalma, 2ª ed., Buenos Aires, 1982, p. 43 (n. 66), que el uso de la palabra prueba para el conocimiento de las reglas de experiencia es no sólo inoportuno, sino, en rigor, impropio, y que tampoco pueda hacerse mención distintiva entre la prueba de los hechos (*Beweis der Tatsachen*) y la prueba de las reglas de experiencia (*Beweis der Erfahrungssätze*), en cuanto que ello supondría una "extensión desmesurada del concepto de prueba".

91 *Cfr.* la STS 11 octubre 2006 (ponente Ferrándiz Gabriel).

92 *Cfr.* la STS 21 junio 2011 (ponente Corbal Fernández).
La diferencia señalada en el texto de pertenecer las máximas de experiencia a aspectos propios de la justificación supone la superación de entender las máximas como una suerte de "présomptions extralegales" o de "présomptions fondées sur l'experience" –así caracterizadas a veces en la doctrina francesa de mediados del pasado siglo– y la reconducción de la figura a las derivaciones propias de la naturaleza de las cosas en la apreciación corriente de los fenómenos y de las realidades sociales. La reflexión judicial que tiene en cuenta máximas de experiencia es expresión de la realidad de deber guiarse la acción por valores que no se crean por las personas sino que de alguna manera se encuentran en la realidad social.

93 *Cfr.* la STS 16 enero 2012 (ponente Corbal Fernández), que aparece a veces, por error, como de 2011.

94 La apreciación judicial de las máximas de experiencia puede ser objeto de examen por parte del Tribunal de Casación, desde luego en relación al control de la motivación relativa a la *quaestio facti*: así Fazzalari, *Il giudizio*, cit., p. 91 y *vid.* también Calamandrei, P.: "Massime d'esperienza in Cassazione", *Rivista di Diritto processuale civile*, 1927, II, pp. 128 ss.

95 *Cfr.* STS 28 febrero 1989 (ponente Fernández-Cid de Temes).

96 *Cfr.* STS 24 febrero 1998 (ponente Almagro Nosete).

indemnizatorio en relación a un contrato de agencia rescindido sin preaviso[97], a la conclusión derivada de unos datos contenidos en unos dictámenes médicos[98], a la exoneración de responsabilidad civil del abogado respecto de la no presentación de recurso por decisión del padre del demandado[99], a la calificación de un contrato como de venta de cosa ajena[100], a la previsibilidad de la imposibilidad subjetiva del cumplimiento del pago aplazado de la vivienda[101], a la dificultad de obtener de un promotor inmobiliario financiación con la garantía de un terreno sobre el que pesa anotación preventiva de demanda[102], a la adecuación de la indicación de un plazo señalado en meses en lugar de referirlo a una fecha fija para absorber posibles retrasos puntuales ocasionados por disfunciones del proceso constructivo[103] o bien, para evitar una prolijidad en que sería muy fácil incurrir dada la abundancia de resoluciones en la materia, a la intrascendencia del intento de exonerarse una empresa de responsabilidad civil por los daños debidos a las fisuras aparecidas en unos codos de cobre fabricados por ella y destinados a instalarse en un circuito de calefacción al no hacerse indicación concreta de la alegada posibilidad de que las mismas fueran debidas a múltiples causas[104].

VII. CONCLUSIÓN.

Puede afirmarse, para terminar, que los índices de configuración de la decisión judicial examinados se conforman en base a las que pueden denominarse como "reglas de oportunidad" aprestadas para suplir o superar las dudas e incertidumbres que se suscitan en la actividad jurisdiccional[105] y que, asimismo, se inscriben tales índices en los criterios sobre los que se endereza, según es frecuente en derecho, la conocida como lógica deóntica, la cual, aunque alejada de la lógica alética o formal, no es menos lógica que ésta, en cuyo universo se inscribe, por lo demás, el entendimiento del significado y el alcance del ya recordado parámetro de razonabilidad por el que se considera que debe transitar, según opinión doctrinal

97 *Cfr.* STS 19 diciembre 2005 (ponente Montés Penadés).

98 *Cfr.* STS 4 diciembre 2007 (ponente Xiol Ríos).

99 *Cfr.* STS 23 febrero 2010 (ponente Xiol Ríos).

100 *Cfr.* STS 11 octubre 2006 (ponente Corbal Fernández).

101 *Cfr.* STS 19 mayo 2015 (ponente Baena Ruiz).

102 *Cfr.* STS 30 diciembre 2015 (ponente Baena Ruiz).

103 *Cfr.* STS 28 junio 2015 (ponente Baena Ruiz).

104 *Cfr.* la STS 14 septiembre 2018 (ponente Parra Lucán).
Las cuestiones a que se refiere este apartado relativo a las máximas de experiencia pueden verse con mayor amplitud en el estudio de Luna Serrano, A.: "Las máximas de experiencia en la reciente doctrina civil del Tribunal Supremo", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2019, pp. 875-890. Dicho estudio se expuso resumidamente en la conferencia de clausura dictada en el ámbito del VII Congreso Internacional de "Derecho privado, consumo y responsabilidad" celebrado en la Universidad de Granada los días 19 y 20 de febrero de 2020 y fue aportado, con el título de "Las máximas de experiencia en la jurisprudencia civil" a los *Scritti in onore di Antonio Flamini* (al cuidado de R. Favale y L. Ruggeri), t. II, Esi, Napoli, 2020, p. 717-730.

105 Tomo aquí expresiones de Gentili, A.: *Senso e consenso*, cit., p. 21.

cada vez más generalizada, la reflexión judicial[106]. Cabe incluso decir de la lógica deóntica, como ha sido sostenido con gran autoridad, que es "más lógica" que la racional, "pues tiene una finalidad de «comprensión» de la cual carece la lógica pura tradicional".

Esta lógica pragmática o de lo razonable se encuentra, en efecto, transida "por juicios de valor, por estimaciones; además de por relaciones entre valores y fines; y también por nexos entre fines y medios". "Refleja –además– las enseñanzas de la experiencia práctica, es decir, de la razón vital (las propias experiencias individuales) y de la razón histórica (los aleccionamientos sociales de las experiencias del prójimo)"[107].

Trasunto de la "razón vital" que es acogida en la experiencia individual son la precomprensión y la presuposición que influyen o soportan la decisión judicial; y "aleccionamientos sociales de las experiencias comunes" son las conjeturas, las *praesumptiones hominis* y las máximas de experiencia de que se aprovecha el juez al conformar y formular su fallo.

106 Como ha señalado vigorosamente, en un libro tan breve como sugerente, que es compendio de su pensamiento de jurista, Lipari, N.: *Elogio della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2021, pp. 61-62, que "ragionevole non coincide con razionale; anzi vi è tra i due termini una significativa distanza semantica. Il «razionale» ha riferimento alla coerenza logica, cioè attiene alla non contradizione tra elementi di uguale valore; il «ragionevole» propone invece la congroenza rispetto a valori sostanziali. Il primo termine cioè indica un carattere formale, il secondo un valore materiale. La razionalità può essere guidata anche indipendentemente di ogni previo riferimento di segno assiologico; non così per la ragionevolezza che non è invece comprensibile prescindendo del riferimento a un indice di valori". La razonabilidad es por eso –dice (p. 61)– "certamente riconducibile a una convinzione diffusa, a un consenso sociale".

107 *Cfr.* Recasens Siches, L.: "La filosofía del Derecho de Luís Recasens Siches. Autoexposición", en AA.VV.: *La filosofía del Derecho en España*, Universidad de Granada, Granada, 1975 (constituye el núm. 15-1975 de los "Anales de la cátedra Francisco Suárez"), pp. 339-377, esp. p. 369. Puede verse también, del propio Recasens Siches, L.: *El logos de lo razonable como base para la interpretación jurídica*, Diánoya, México, 1955. Sobre este autor puede verse, en general, el libro colectivo de AA.VV.: *La filosofía jurídica de Luís Recasens Siches*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1974, y por lo que aquí interesa la contribución, dentro de dicho volumen, de Castro Cid, B.: *Teoría del razonamiento jurídico de Recasens Siches*, pp. 229-240.
A la improcedencia de una integración puramente lógica del Derecho se refiere Lipari, N.: "Scelte politiche e determinazione storica dei valori realizzabili", en AA.VV.: *L'uso alternativo del Diritto*, II. *Ortodossia giuridica e prattica politica* (al cuidado de P. Barcellona), Laterza, Bari, 1973, pp. 37-44.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo, M.: *La simulación*, Edisofer, Madrid, 2005.

Atienza, M.: *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

Bernal Pulido, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2003.

Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridicio*, Utet, 2ª ed., 3ª reimp., Torino, 1960, pp. 526-530.

Betti, E.: "Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, núm. 5, 1925, pp. 49-85.

Bianca, C. M., Patti G. y Patti, S.: *Lessico di diritto civile*, Giuffrè, 2ª ed., Milano, 2001.

Bobbio, N.: *s. v.*, "Norma" en *Enciclopedia* [Einaudi], IX, Einaudi, Torino, 1980, pp. 876-897.

Bultmann, R.: "Das Problem der Hermeneutik", *Glauben und Verstehen*, II, Mohr, Tübingen, 1952.

Calamandrei, P.: "Massime d'esperienza in Cassazione", *Rivista di diritto processuale civile*, 1927, II, pp. 128 ss.

Canale, D.: "La precomprensione dell'interprete è arbitraria?", *Ars interpretandi*, 2006, pp. 331 ss.

Camardi, C.: *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Giuffrè, Milano, 1997.

Cárcaba Fernández, M.: *La simulación en los negocios jurídicos*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996.

Cariota Ferrara, L.: *El negocio jurídico* (trad. esp. de M. Albaladejo), Aguilar, Madrid, 1956.

Carnelutti, F.: *La prueba civil* (con apéndice de G. P. Augenti y trad. esp. de N. Alcalá-Zamora y Castillo), Depalma, 2ª ed., Buenos Aires, 1982.

Castán Tobeñas, J.: *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Reus, Madrid, 1947.

Castán Vázquez, J. M.: "La interpretación del testamento en el derecho común", *Revista de derecho privado*, 1973, pp. 277 ss.

Castro Cid, B.: "Teoría del razonamiento jurídico de Recasens Siches", en AA.VV.: *La filosofía jurídica de Luís Recasens Siches*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1974, pp. 229-240.

Catalano, P.: *Contributi allo studio del diritto augurale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1960.

Cepollae, B.: *Varii tractatus*, Haeredes Ioannis Mariae Bonelli, Venetiis, 1571.

Cosentino, E.: "Presupposizione e sopravvenuta inedificabilità dei suoli", *Foro italiano*, 1995, I, 1, cols. 1601 ss.

D'andrea, L.: *Il principio di ragionevolezza come criterio architettonico del sistema*, en AA.VV.: *La ragionevolezza nel diritto* (al cuidado de M. La Torre y A. Spadaro), Giappichelli, Torino, 2002, pp. 231 ss.

De los Mozos y de los Mozos, J. L.: *Metodología y ciencia en el derecho privado moderno*, Edersa, Madrid, 1977.

De Nitto, A.: "Processo e procedura in Domat", en AA.VV.: *L'educazione giuridica*, vol. VI, t. I, Esi, Napoli, 1994, pp. 80-103.

De Rosate, A.: *Trattatus illustrium in utroque tum pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iurisconsultorum*, t. II, Venetiis, 1583.

De Ruggiero, L.: "Sul concetto di precomprensione", *Politica del diritto*, núm. 14, fasc. 4, 1984, pp. 577-598.

Del Castillo de Sotomayor, J.: *De conjecturis*, 1726.

Díez-Picazo, L.: *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008.

Donati, A.: *Danno non patrimoniale e solidarietà. I limiti della ammissibilità della riparazione del danno non patrimoniale nella giurisprudenza dei supremi Collegi,* Cedam, Padova, 2004.

Esser, J.: *Precomprensione e scelta di metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decissionale del giudice* (trad. de S. Patti y G. Zaccaria, con introducción de P. Rescigno), Esi, Napoli, 1983.

Esser, J.: *Vorverständnis und Methoden wahl in des Rectsfindung*, Frankfurt a. M., 1970.

Faber, A.: *Coniecturarum iuris civilis libri viginti*, Colonia, 1630.

Fazzalari, E.: *Il giudizio civile di cassazione*, Giuffrè, Milano, 1960.

Ferrara, F.: *La simulazione dei negozi giuridici*, Athenaeum, 5ª ed., Roma, 1922.

Finestres y de Monsalvo, J.: *Praelectio cervariensis sive commentarius accademicus ad titulum pandectarum de vulgari et pupilari substitutione*, Cervera, 1752.

Gadamer, H. G.: *Wahrheit und Methode*, 6ª ed., Tübingen, 1970.

García Amado, J. A.: "La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias", *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 45, 2000, pp. 103-129.

García Amado, J. A.: *Teorías de la tópica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.

García Amigo, M.: "Interpretación del testamento", *Revista de Derecho Privado*, 1969, pp. 931 ss.

García Pita y Lastres, J. L.: *Contratos y Covid: el principio "pacta sunt servanda" y la regla "rebus sic stantibus"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Gascón Abellán, M.: "Sobre la racionalidad de la prueba", en AA.VV.: *Prassi giuridica e controllo di razionalità* (al cuidado de L. Triolo), Giapichelli, Torino, 2001, pp. 97-114.

Gavidia Sánchez, J. V.: "Presuposición y riesgo contractual", *Anuario de Derecho Civil*, t. XL-2, 1987, pp. 525-600.

Gentili, A.: *Senso e consenso (Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti)*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2015.

Giraudoux, J.: *Le théâtre complet*, vol. 6, Ides et calendes, Neuchâtel-Paris, 1946.

González Beilfuss, M.: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

Hernández Gil, A.: *El abogado y el razonamiento jurídico*, Sucesores de Ribadeneyra, Madrid, 1975.

Hoy, D. C.: *Il circolo ermeneutico. Letteratura, storia e ermeneutica filosofica* (trad. it. de F. D'Agostini), Il Mulino, Bologna, 1990.

Jordano Barea, J. B.: "Comentario al art. 675 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo), t. IX, vol. 1A, Edersa, Madrid, 1991.

Jordano Barea, J. B.: *Interpretación del testamento*, Casa editorial Bosch, 1958.

Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. de A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J.: *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. I, Dykinson, 5ª ed. revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Madrid, 2011.

Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. de A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J.: *Elementos de Derecho civil*, t. I, vol. III, Dykinson, 3ª ed. revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Madrid, 2005.

Laingui, A.: "L'ordo iudiciarius selon saint Thomas", en AA.VV.: *L'educazione giuridica*, vol. VI, t. I, Esi, Napoli, 1994.

Legendre, P.: *Il giurista artista della ragione* (al cuidado de L. Avitabile con introducción de J. B. Ferri), Giappichelli, Torino, 2001.

Lipari, N.: *s. v.*, "Contratto e principio di ragionevolezza", en AA.VV.: *Enciclopedia del diritto. I tematici*, I-2021. *Contratto* (dir. G. D'Amico), Giuffrè-Francis Lefebvre, Milano, 2021, pp. 356-384.

Lipari, N.: *Elogio della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2021.

Lipari, N.: *Diritto civile e ragione*, Milano, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2019, pp. 149-176.

Lipari, N.: "L'uso alternativo del diritto oggi", *Giustizia civile*, 2018, pp. 75 ss.

Lipari, N.: *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017.

Lipari, N.: "Scelte politiche e determinazione storica dei valori realizzabili", en AA.VV.: *L'uso alternativo del diritto*, II. *Ortodossia giuridica e prattica politica* (al cuidado de P. Barcellona), Laterza, Bari, 1973, pp. 37-44.

Luna Serrano, A.: "Las máximas de experiencia en la jurisprudencia civil", en AA.VV.: *Scritti in onore di Antonio Flamini* (al cuidado de R. Favale y L. Ruggeri), t. II, Esi, Napoli, 2020, p. 717-730.

Luna Serrano, A.: "Las máximas de experiencia en la reciente doctrina civil del Tribunal Supremo", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2019, pp. 875-890.

Luna Serrano, A.: *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, Dykinson, Madrid, 2019.

Luna Serrano, A.: "Un apunte sobre la presuposición", en AA.VV.: *Derecho de obligaciones y contratos. En homenaje al profesor Ignacio Serrano García* (dir. E. Muñiz Espada), La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 339-362.

Luna Serrano, A.: *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 274-293.

Malinvaud, F.: *Introduction à l'étude du droit. Cadre juridique des relations économiques*, Litec, Paris, 1992.

Mengoni, L.: *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985.

Mengoni, L.: "Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica generale", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, VII, 1978, pp. 128 ss.

Nieto, A.: *Balada de la justicia y de la ley*, Trotta, Madrid, 2002.

Nieto, A. y Fernández, T. R.: *El derecho y el revés (diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces)*, Ariel, Barcelona, 1998.

Mantica, F.: *Tractatus de coniecturis ultimarum voluntatum, in libros duodecim distinctus*, Venetiis, 1619.

Menochius, G.: *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis*, Domenicum Tarinum, Augusta Taurinorum, 1594.

Muñoz Sabaté, L.: *Suma de probática civil. Cómo probar los hechos en el proceso civil*, La Ley, 2ª ed., Las Rozas, 2011.

Olibani, A.: [*Commentaris*] *De actionibus. Pars secunda*, Typographia Gabrielis Graelii et Gerardi Dotilii, Barcinonae, 1645.

Otero Parga, M.: "La cuestión de la única respuesta judicial correcta", en AA.VV.: *La argumentación jurídica. problemas de concepto, método y aplicación* (al

cuidado de F. Puy Muñoz y J. G. Portela), Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004, pp. 296-325.

Pérez Álvarez, M. A.: *Realidad social y jurisprudencia. Diez tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas*, Colex, Madrid, 2005.

Perlingieri, G.: *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el derecho civil* (trad. del original italiano y prólogo de A. Luna Serrano), Dykinson, Madrid, 2016.

Perlingieri, P.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Profili di diritto civil*e, Esi, Napoli, 2003, pp. 441 ss.

Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *Rassegna di diritto civile*, 2001, pp. 334 ss.

Piédelièvre, A.: *Introduction à l'étude du Droit*, Maisson, Paris, 1981.

Piras, S.: "Le massime d'esperienza e la motivazione insuficiente", *Jus*, 1955, pp. 105 ss.

Prieto Sanchís, L.: *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993.

Prieto Sanchís, L.: *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.

Puig Brutau, J.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II, vol. I., Casa Editorial Bosch, 2ª ed., Barcelona, 1978, pp. 391-439.

Puig Brutau, J.: "La interpretación de testamento en la jurisprudencia", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. XII, 1962, pp. 511 ss.

Ramiro Rico, N.: "El porvenir de los derechos individuales", *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1949.

Ramiro Rico, N.: *El animal ladino y otros estudios políticos* (con prólogo de F. Murillo y L. Díez del Corral), Alianza Editorial, Madrid, 1980, pp. 135-159.

Recasens Siches, L.: "La filosofía del Derecho de Luís Recasens Siches. Autoexposición", en AA.VV.: *La filosofía del Derecho en España*, Universidad de Granada, Granada, 1975, pp. 339-377.

Recasens Siches, L.: *El logos de lo razonable como base para la interpretación jurídica*, Diánoya, México, 1955.

Rescigno, P.: *Interpretazione del testamento*, Jovene, Napoli, 1952.

ROCA SASTRE, R. M.: *El problema fideicomisario de los hijos puestos en condición*, Casa editorial Bosch, Barcelona, 1948.

SCARPELLI, U.: "Sull'analisi delle argomentazioni giudiziarie", *Quaderni del Foro Italiano*, 1970, col. 76 ss.

SCHAUER, F.: *Playing by the rules*, Clarendon, Oxford, 1991.

SCHIAVELLO, A.: "Positivismo inclusivo, oggetività ed interpretazione del diritto", en AA. VV.: *Prassi giuridica e controllo di razionalità* (al cuidado de L. TRIOLO), Giapichelli, Torino, 2001, pp. 165-196.

SEGURA VEGA, M.: *Sobre la interpretación del derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003.

STEIN, F.: *Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Hirschfeld, Leipzig, 1893.

VAN DUNNÉ, J. M.: "El papel de los valores personales en el razonamiento jurídico", en AA.VV.: *Racionalidad e irracionalidad en la política y el derecho* (Actas del simposio de Filosofía del Derecho, Universidad de Deusto, abril 1987), Universidad de Deusto, Bilbao, 1990.

VIEHWEG, T.: *Tópica y filosofía del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1987.

VIOLA, F.: "Ideologia e interpretazione del diritto nell'esperienza italiana", en VIOLA, F., VILLA, V. y URSO, M.: *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Edizioni Celup, Palermo, 1974, pp. 165-224.

VIOLA, F. y ZACCARIA, G.: *Le ragioni dil diritto*, Il Mulino, Bologna, 2013.

WINDSCHEID, B.: *Die Lehre des römanischen Rechts von des Boraussetzung*, Düsseldorf, 1850.

WINDSCHEID, B.: *Lehrbruch das Pandecktenrechts*, I, Frankfurt am Main, 1887, pp. 311 ss.

WRÓBLEWSKY, J.: "L'interprétation en droit: théorie et idéologie", *Archives de philosophie du droit*, núm. 17, 1972

ZACCARIA, G.: "Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser: un confronto con Ronald Dworkin", *Ragion pratica*, VI, núm. 11, 1998, pp. 137-156.

ZACCARIA, G.: *L'arte d'interpretare. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 1990, pp. 18 ss.

ZACCARIA, G.: *Ermeneutica e giurisprudenza sulla metodologia di Josep Esser*, Giuffrè, Milano, 1984.

ZACCARIA, G.: "Precomprensione e controlli di razionalità nella prassi del giudice", *Rivista de diritto civile*, núm. 30, fasc. 3, 1984, pp. 313-321.

LA BUONA FEDE

THE GOOD FAITH

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 376-395

Vincenzo
MIRMINA

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il saggio analizza il principio di buona fede nella sua evoluzione normativa e giurisprudenziale. Attraverso l'approfondimento dottrinario del dato normativo e le pronunce giurisprudenziali sul tema, l'indagine si sofferma sull'origine etica del concetto di buona fede, sulle diverse accezioni nel codice civile (buona fede in senso oggettivo e in senso soggettivo), sul contenuto del principio in materia contrattuale ed in altri settori del diritto come la famiglia, la tutela giudiziale dei diritti, la privacy e l'intermediazione finanziaria.

PALABRAS CLAVE: Buona fede; buona fede oggettiva e soggettiva; contratti; contratti di investimento; rapporti familiari; abuso del diritto; abuso dei mezzi espropriativi; privacy.

ABSTRACT: *The essay analyzes the principle of good faith in its normative and jurisprudential evolution. Through an in-depth study of the normative data and the jurisprudential pronouncements on the subject, the investigation focuses on the ethical origin of the concept of good faith, on the different meanings in the civil code (good faith in an objective and subjective sense), on the content of the principle in contractual matters and in other areas of law such as the family, the judicial protection of rights, privacy and financial intermediation.*

KEY WORDS: *Good faith; objective and subjective good faith; contracts; investment contracts; family relationships; abuse of right; abuse of expropriation means; privacy.*

SUMARIO.- I. IL CONCETTO DI BUONA FEDE TRA ETICA E DIRITTO.- II. LA BUONA FEDE NEL CODICE CIVILE DEL 1942 E LA SUA EVOLUZIONE IN DOTTRINA E GIURISPRUDENZA.- III. LA BUONA FEDE NELLE TRATTTATIVE, NELL'INTERPRETAZIONE E NELL'ESECUZIONE DEL CONTRATTO.- IV. LA BUONA FEDE AL DI FUORI DELLA DISCIPLINA DEL CONTRATTO E DEI RAPPORTI OBBLIGATORI - 1. La buona fede nel diritto di famiglia.- 2. La buona fede in altri settori del diritto.- V. CONCLUSIONI.

I. IL CONCETTO DI BUONA FEDE TRA ETICA E DIRITTO.

La buona fede è un concetto pregiuridico, che fonda le sue radici in stati etici quali la lealtà, l'onestà, la coscienziosità, la correttezza ed in tutto ciò che concerne l'agire probo.

Prima di positivizzarsi nel diritto, quindi, il significato della buona fede deve essere ricercato nell'etica, ossia in quel complesso di regole e di valori inerenti il comportamento umano che tendono al bene in contrapposizione al male.

Come evidenziato dal filosofo Emanuele Severino, la buona fede è cooriginaria alla malafede in quanto sia il bene che il male appartengono alla natura umana. In questo contesto tra ciò che è corretto e ciò che non lo è, la buona fede assume un ruolo di criterio guida del comportamento umano nella vita di relazione, prima come regola morale e poi, dopo essere assimilata dall'ordinamento, come regola giuridica.

Come la dottrina[1] ha evidenziato, infatti, la norma morale deve essere distinta dalla norma giuridica in quanto la prima funge da imperativo solo qualora la coscienza del singolo ne accetti spontaneamente il comando, la seconda, invece, è sempre vincolante in quanto imposta dall'ordinamento giuridico.

Il passaggio da norma morale a norma giuridica rende la buona fede un principio etico-giuridico di carattere generale, in cui è il diritto a dare rilevanza giuridica all'etica nel regolare i rapporti tra i consociati, realizzando in tal modo il dovere di solidarietà sociale di cui all'art.2 della Costituzione.

II. LA BUONA FEDE NEL CODICE CIVILE DEL 1942 E LA SUA EVOLUZIONE IN DOTTRINA E GIURISPRUDENZA.

Il codice civile italiano del 1942 contiene circa 70 riferimenti alla buona fede in diversi settori del diritto e con accezioni diverse.

1 Bianca, C.M., Bianca, M.: *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2018, p.6. Torrente, A., . Schlesinger, P.: *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2013, pp.9-10.

• Vincenzo Mirmina
Avvocato e docente del Master di II livello in informatica giuridica presso la Sapienza Università di Roma. Email: vincenzo.mirmina@studiolegalemirmina.it

A riguardo, la dottrina[2] concorda nel distinguere la buona fede in senso oggettivo o correttezza dalla buona fede in senso soggettivo. La prima trova esplicito riconoscimento in materia di contratti e di obbligazioni (artt.1175, 1337, 1358, 1366, 1375, 1460 c.c.) e consiste in una regola di condotta che, al di là della specificità del singolo regolamento negoziale, obbliga ciascuna delle parti a comportarsi in modo leale e corretto, salvaguardando l'interesse dell'altra a prescindere dall'esistenza di determinati obblighi contrattuali o extracontrattuali o di determinate disposizioni di legge. La seconda, invece, rileva in materia possessoria (art.1147, 1152, 1153, 1155, 1157 c.c.) e di matrimonio putativo (art.128, 129, 129 bis c.c.) come situazione psicologica di ignoranza di ledere il diritto altrui.

Tale distinzione si rinviene già nel diritto romano, dove la buona fede in senso soggettivo è un requisito dell'usucapione e la buona fede in senso oggettivo, invece, seppur non espressamente definita nelle fonti, costituisce un dovere etico di correttezza, radicato nella coscienza sociale, in base al quale il singolo deve comportarsi lealmente nei rapporti con gli altri consociati.

Si tratta di un concetto che veniva applicato sia come precetto dell'agire umano, sia come regola processuale espressione di un principio di giustizia sostanziale. Sotto questo aspetto, la buona fede in senso oggettivo può essere assimilata al concetto di equità ex art.113 c.p.c. vigente nell'ordinamento processuale civile italiano. Equità che si sostanzia nel contemperamento di contrapposti interessi tra le parti, rilevanti secondo coscienza sociale, a cui il giudice deve attenersi per regolare il caso concreto quando non deve applicare le norme di diritto.

Inoltre, occorre rilevare che la dottrina più attenta[3] ha osservato che, in passato, sia la giurisprudenza sia la dottrina hanno mostrato una certa difficoltà a comprendere il significato e la rilevanza della buona fede oggettiva in materia contrattuale e di obbligazioni.

Infatti, l'idea attuale di buona fede quale principio etico-giuridico di solidarietà contrattuale, che trova il suo fondamento costituzionale nel dovere di solidarietà sociale di cui all'art.2 Cost., è solo il punto di arrivo a cui oggi giunge la giurisprudenza con un orientamento ormai unanime[4].

In passato, il richiamo al dovere di buona fede veniva interpretato dai giudici di legittimità secondo due correnti di pensiero tra loro antitetiche.

2 Bianca, C.M. : *Diritto civile 3 Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2019, pp.454-458. Galgano, F.: *Trattato di diritto civile*, Volume I, Wolters Kluwer Cedam, Padova, 2015, p.469. Bianca, C.M., Patti, G., Patti, S.: *Lessico di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2001, pp.97-99. Romano, S.: *Buona fede (dir. priv.)* in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Varese, 1959, pp.677-699.

3 Bianca, C.M.: *Diritto civile 3 Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, pp.454-458

4 Cass. civ., 15 ottobre 2012, n.17642; Cass. civ., 18 settembre 2009 n. 20106.

Secondo un primo indirizzo[5], il dovere di buona fede e di correttezza di cui agli artt.1375 c.c. e 1175 c.c. non crea un autonomo obbligo giuridico ma rileva solo quale criterio di qualificazione e di valutazione del comportamento dei contraenti. In caso di violazione di tale dovere, quindi, non si configura un comportamento illegittimo, fonte di responsabilità, se in concreto non vi è una lesione del diritto altrui già direttamente riconosciuto da una norma giuridica.

Tale impostazione seguiva una corrente di pensiero[6] che considerava la buona fede una norma esclusivamente etica, priva di un reale contenuto giuridico ed avente una valenza meramente retorica legata al clima politico vigente al tempo di emanazione del codice civile del 1942, caratterizzato da un rigoroso giuspositivismo tipico dei regimi totalitari.

In base ad un secondo orientamento[7], invece, la buona fede è uno dei cardini della disciplina delle obbligazioni, la cui violazione si verifica non solo se una delle parti agisce con dolo ma anche quando il comportamento non sia improntato ai canoni di schiettezza, di diligente correttezza e di solidarietà sociale.

Tale indirizzo giurisprudenziale, da una parte, esaltava la buona fede come dovere etico e giuridico, dall'altra però, non forniva una chiara idea di cosa doveva intendersi per buona fede o correttezza, dato che i riferimenti ai predetti canoni etici risultavano troppo generici ed equivoci. A tal fine, una parte della dottrina[8] ha tentato di attribuire alla buona fede il contenuto dei principi generali dell'ordinamento o dei principi costituzionali, ma non è riuscita a delineare un significato univoco utilizzabile in concreto come criterio di condotta o di decisione.

Altra corrente di pensiero[9], invece, ha cercato di individuare un significato operativo-pratico al concetto di buona fede in materia contrattuale, evidenziando che essa non si sostanzia in un dovere generico di solidarietà nella vita di relazione, ma in un specifico obbligo di lealtà e di reciproco affidamento tra individui legati da un rapporto negoziale.

La buona fede in tal modo assume un reale valore pratico, che la dottrina più sensibile[10] ha esteso in ambiti diversi dal contratto e dalle obbligazioni. La lealtà e il reciproco affidamento, infatti, rappresentano il tessuto connettivo del dovere di solidarietà sociale di cui all'art.2 Cost., che trascende da un'ottica esclusivamente

5 Cass. civ., 3 febbraio 1994, n.1091; Cass. civ., 20 luglio 1977 n.3250.

6 Corradini, D.: *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1979, p.317.

7 Cass. civ., 13 novembre 1987, n.8351; Cass. civ., 5 gennaio 1966 n.89.

8 Rodotà, S.: *Le fonti dell'integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, p.163.

9 Cattaneo, G.: "Buona fede obiettiva e abuso del diritto", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1971, p.613.

10 Bianca, C.M.: *Diritto civile 3 Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p.504. Bianca, M.: "La buona fede nei rapporti familiari", in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, n.6. pp.910-917.

negoziale e trova applicazione anche in altri settori dell'ordinamento, come nel diritto di famiglia ed in ogni altro contesto relazionale in cui tale dovere deve essere necessariamente rispettato.

III. LA BUONA FEDE NELLE TRATTTATIVE, NELL'INTERPRETAZIONE E NELL'ESECUZIONE DEL CONTRATTO.

Anche se la buona fede o correttezza è un principio generale applicabile in diversi settori del diritto, è indubbio che, come precedentemente osservato, la disciplina e le relative teorie dottrinarie nascono dalla materia del contratto e delle obbligazioni.

Per comprendere appieno la portata della c.d. regola di correttezza, quindi, occorre analizzarne il contenuto ed approfondirlo nei momenti più significativi della vicenda contrattuale.

Innanzitutto, occorre sottolineare che la buona fede quale regola di condotta non ha un contenuto predeterminato, ma si configura quale clausola generale[11] che può consistere in comportamenti attivi o passivi, che dipendono dalle circostanze concrete di un determinato rapporto. Tenendo conto di questa caratteristica, la buona fede si sostanzia in una norma neutra o, per mutuare un concetto caro al diritto penale, in una norma in bianco, che si colora in modo diverso a seconda della tipologia di rapporto in cui essa deve essere applicata ed in base alla diversa fase contrattuale in cui deve essere attuata.

A riguardo, la dottrina[12] ha precisato che la buona fede si specifica in due diversi canoni di condotta: come obbligo di lealtà di comportamento nella fase di formazione del contratto (art.1337 c.c.) ed in sede di interpretazione (art.1366 c.c.), e come obbligo di salvaguardia degli interessi dell'altra parte negoziale nella fase di esecuzione del contratto.

Per quanto concerne la formazione del contratto, si è sottolineato[13] che l'obbligo di lealtà riguarda non solo il modo in cui una parte rappresenta gli elementi di un determinato rapporto ma anche il modo di accogliere tale rappresentazione da parte dell'altro potenziale contraente.

11 Il riferimento alla buona fede o correttezza come clausola generale si riscontra spesso sia in dottrina che in giurisprudenza. *Ex multis* in dottrina: Scognamiglio, C.: "Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata", in *Annuario del contratto 2010*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 17–47. Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, p.560. Bianca, C.M.: *Diritto civile 3 Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p.502; ed in giurisprudenza: Cass. civ., 6 maggio 2020, n.8497; Cass. civ., 30 gennaio 2019, n.2525; Cass. civ.,15 maggio 2018, n.11746; Cass. civ., 21 ottobre 2013, n.23873.

12 Bianca, C.M.: *Diritto civile 3 Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2019, pp.456-458.

13 Romano, S.: *Buona fede (dir. priv.)* in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Varese, 1959, pp.680.

Nella fase delle trattative, infatti, il proponente compie degli atti rappresentativi della realtà di fatto o di diritto che devono essere rispettosi del canone di lealtà, in modo tale che l'elemento rappresentato sia conforme alla realtà fattuale o giuridica inerente a quella determinata situazione negoziale. L'altra parte, invece, è nella posizione di poter valutare la proposta solo attraverso un accertamento unilaterale offerto dal proponente. In tale contesto, quindi, il rispetto del canone di lealtà da parte di chi propone un determinato affare comporta un legittimo affidamento della controparte, che a sua volta deve comunque tenere un comportamento leale e corretto durante le trattative.

Sebbene la buona fede si sostanzi in una regola di condotta neutra, non predeterminabile a priori, la dottrina[14] ha individuato una serie di obblighi tipici ricavabili dal dovere di comportarsi correttamente nella fase precontrattuale ex art.1337 c.c.. Tra tali obblighi vi è il dovere di informazione, ossia il dovere di comunicare alla controparte gli elementi necessari per formarsi un'idea esatta del contratto. Si tratta di un obbligo informativo che comprende anche le cause di invalidità e di inefficacia del contratto ma non anche le notizie o le circostanze utili a valutare la convenienza dell'affare.

A riguardo, appare interessante notare che la giurisprudenza di legittimità[15] ha escluso che dal dovere di comportarsi secondo buona fede nelle trattative derivi l'obbligo di informare la controparte delle proprie situazioni economiche, salvo che ciò non sia espressamente previsto dal contratto o non derivi dalla legge come nei contratti bancari.

Orientamento questo che denota come il dovere di lealtà precontrattuale non può comunque andare oltre l'apprezzabile sacrificio per la parte che è tenuta a comportarsi correttamente. Si tratta di un limite che vale in tutte le fasi contrattuali, oltre che, in generale, in tutte le tipologie di fattispecie negoziali, in quanto costituisce un elemento ontologicamente connaturato al concetto stesso di buona fede.

Ulteriori doveri precontrattuali sono: l'obbligo di chiarezza, inteso come dovere di evitare un linguaggio non pienamente comprensibile dalla controparte, l'obbligo di mantenere il segreto sui fatti conosciuti in circostanza delle trattative, il dovere di custodia dei beni consegnati prima della conclusione del contratto quando la prassi negoziale ne prevede la possibilità di un esame prima della stipulazione ed il dovere di compiere gli atti necessari per la validità ed efficacia del contratto.

14 Gallo, P.: *Contratto e buona fede*, Utet, Milano, 2014, p. 257. Gaggero, P.: *La trasparenza nel contratto*, Giuffrè Milano, 2011, p.61. Roppo, V.: *Il contratto*, in *Trattati di diritto privato*, a cura di Iudica G. Zatti P., Giuffrè, Milano, 2011, p.257. Bianca, C.M.: *Diritto civile 3 Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p.163

15 Cass. civ., 11 ottobre 1994, n.8295.

La violazione di tali doveri, quindi, comporta per la parte inadempiente una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c..

Per quanto riguarda l'interpretazione del contratto, come detto precedentemente, la buona fede di cui all'art.1366 c.c. rileva in senso oggettivo come obbligo di lealtà. Obbligo che si concretizza, come sostenuto in dottrina[16] ed in giurisprudenza[17], nel non suscitare falsi affidamenti e nel non contestare ragionevoli affidamenti ingenerati nella controparte.

L'interpretazione del contratto secondo buona fede, quindi, comporta la necessità di preservare il ragionevole affidamento di ciascuna parte sul significato dell'accordo. Si è precisato[18], infatti, che, come criterio ermeneutico, la lealtà deve essere improntata allo spirito di collaborazione per l'adempimento delle reciproche aspettative dei contraenti.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità[19] ha affermato che l'obiettivo di preservare il ragionevole affidamento di ciascuna parte sul significato dell'accordo deve essere tenuto in considerazione anche dal giudice nell'applicare il criterio esegetico di cui all'art. 1366 c.c..

Nello specifico, il giudice, per procedere ad una interpretazione del contratto secondo buona fede, deve analizzare le espressioni usate dalle parti contraenti stabilendo quale sia il significato obbiettivo che le stesse hanno voluto attribuire al contratto, tenendo conto delle circostanze concrete su cui le parti hanno fatto ragionevole affidamento e ricercandone così la comune intenzione, senza sovrapporre una propria soggettiva opinione all'effettiva volontà dei contraenti.

Per quanto riguarda l'esecuzione del contratto, invece, la buona fede di cui all'art.1375 c.c. si configura come un obbligo per ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio.

Sebbene, come già sottolineato, la buona fede si risolve in una clausola generale che riguarda una regola di condotta neutra, la dottrina[20] ha indicato alcuni comportamenti tipici in cui può specificarsi l'obbligo di salvaguardia nella fase esecutiva del contratto.

In particolare, tale obbligo può comportare l'esecuzione di prestazioni non dovute, la modificazione del proprio comportamento, la tolleranza delle modifiche

16 Bianca, C.M.: *Diritto civile 3 Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2019, p.385

17 Cass. civ., 19 marzo 2018, n.6675.

18 Betti, E.: *Interpretazione della legge e degli altri atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1971, p.386.

19 Cass. civ., 20 luglio 2000, n.9532.

20 Bianca, C.M.: *Diritto civile 3 Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2019, pp.456-458.

alla prestazione di controparte, la comunicazione di circostanze rilevanti per l'esecuzione del contratto e l'esercizio di poteri discrezionali volti a salvaguardare l'utilità dell'altra parte. Tali condotte, comunque, non devono superare il limite dell'apprezzabile sacrificio e non devono risultare incompatibili con l'interesse negoziale della parte che è tenuta a comportarsi secondo buona fede.

Si tratta di condotte tipizzate che, specularmente a quanto già evidenziato in sede di trattative, possono rilevare in relazione al concreto atteggiarsi del rapporto negoziale instaurato tra le parti.

Le condotte tipiche sopra delineate permettono di comprendere meglio il perché parte della dottrina[21] ritiene che la buona fede di cui all'art.1375 c.c. sia fonte di integrazione del contratto, costituendo uno dei criteri legali di integrazione indicati dall'art.1374 c.c.

Altra parte della dottrina[22], invece, sostiene che il richiamo operato dal Legislatore alla buona fede nell'esecuzione del contratto non attiene all'individuazione del contenuto negoziale ma al momento successivo della sua attuazione. Secondo tale prospettiva, la buona fede rileva non come fonte di interazione del contratto ma come criterio di valutazione *ex post* del comportamento dei contraenti nell'esecuzione del contratto. Ciò traspare dal dato normativo, che colloca la buona fede non all'interno dell'art.1374 c.c. ma in una norma a parte, ossia nel successivo art.1375 c.c..

A riguardo, la giurisprudenza[23] sembra aderire al primo orientamento dottrinario sostenendo che la buona fede nell'esecuzione del contratto deve essere intesa come fattore di integrazione negoziale in quanto contribuisce a determinare le rispettive obbligazioni dei contraenti.

Infine, occorre menzionare chi[24] ha sottolineato che la buona fede oggettiva ha la funzione di mantenere le circostanze fattuali relative al contratto in linea con quanto stabilito dai contraenti. Funzione che viene anche corroborata dal giudice che assume un ruolo inventivo nell'estrapolare comportamenti tipici inediti rispetto allo stretto dettato del regolamento contrattuale. Tale attività creativa del giudice, però, non è libera ma rientra sempre nell'ambito delle possibilità selezionate dalla ragione pratica immanente al negozio.

21 Bianca, C.M., Bianca, M.: *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2018, pp.454-456. Gallo, P.: *Trattato del contratto*, Utet, Milano, 2010, p. 1376. Rodotà, S.: *Le fonti dell'integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, p.117.

22 NAtoli, U.: *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1984, p.39 e 124. Breccia, U.: *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1968, p.172

23 Cass. civ., 12 aprile 2006, n.8619.

24 Nivarra, L.: *Esecuzione del contratto* in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Varese, 2021, pp.540-541.

In tale ottica, si criticano gli usi distorti della buona fede volti a riscrivere l'originario contenuto negoziale o a porre in equilibrio le posizioni asimmetriche dei contraenti. Siffatti usi distorti infatti, si porrebbero in contrasto con l'intento del legislatore del 1942 che, nel riferirsi alla buona fede nell'esecuzione del contratto, avrebbe posto l'attenzione sulla mediazione concretizzatrice del giudice nel regolare gli interessi contrattuali coinvolti, non attribuendo alla buona fede il ruolo di ricerca e di attuazione di una giustizia contrattuale.

La critica sorge dall'analisi del diritto vivente, dove si registra un orientamento giurisprudenziale tendente a concepire la buona fede sia come riscrittura dell'originario regolamento negoziale sia come riequilibrio delle posizioni contrattuali. Il riferimento è alla pronuncia delle Sezioni Unite[25] in tema di nullità selettive nei contratti di investimento.

Secondo i giudici di legittimità, nel caso in cui l'investitore avanzi una domanda di nullità ex art. 23, comma 3, t.u.f. (D.Lgs. n.58/1998)[26], volta a dichiarare l'invalidità solo di alcuni ordini di acquisto di titoli di investimento, l'intermediario può opporre l'eccezione di buona fede se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno in relazione alla complessiva esecuzione degli ordini conseguiti alla conclusione del contratto quadro.

Si tratta di una fattispecie complessa, nella quale la buona fede viene invocata dalla parte contrattualmente più forte, ossia dalla società di intermediazione mobiliare, e non dal contraente debole, ossia dall'investitore, in un ambito contrattuale assai delicato, caratterizzato dall'alea dei mercati mobiliari legata al fluttuare delle quotazioni di borsa. Settore in cui occorre salvaguardare sia la posizione dell'investitore, quale parte debole del contratto, sia il mercato, pena il crollo del sistema economico-finanziario. In questo contesto, la buona fede assurge a criterio di riequilibrio del rapporto negoziale non in un'ottica di compensazione tra prestazioni, ma di limite ad eventuali abusi o ingiustizie che l'ordinamento non potrebbe tollerare.

Non sembra, quindi, che l'uso della buona fede da parte dei giudici di legittimità possa considerarsi distorto. La buona fede, infatti, quale clausola generale può tradursi anche nel riscrivere il contenuto negoziale e nel riequilibrare le posizioni

25 Cass. civ., Sez. Un., 04 novembre 2019, n.28314.

26 L'art. 23 t.u.f. (D.Lgs. n.58/1998) ai commi 1, 2 e 3 prevede che:"1. I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, sono redatti per iscritto, in conformita' a quanto previsto dagli atti delegati della direttiva 2014/65/UE, e un esemplare e' consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d'Italia, puo' prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma, assicurando nei confronti dei clienti al dettaglio appropriato livello di garanzia. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto e' nullo.
2. È nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto.
3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente.".

contrattuali nel caso concreto, se ciò risulti necessario a salvaguardare gli interessi negoziali coinvolti. Ciò che emerge dal diritto vivente appare più la conferma della natura etico-giuridica del principio di buona fede, quale espressione del dovere di solidarietà sociale di cui all'art.2 Cost., che il distaccamento del formante giurisdizionale da quello legale.

IV. LA BUONA FEDE AL DI FUORI DELLA DISCIPLINA DEL CONTRATTO E DEI RAPPORTI OBBLIGATORI.

1. La buona fede nel diritto di famiglia.

Come già detto precedentemente, la buona fede oggettiva, anche se espressamente richiamata nel codice civile solo in materia di contratti e di obbligazioni (artt.1175, 1337, 1358, 1366, 1375, 1460 c.c.), è un principio generale che trova applicazione anche in altri settori del diritto.

La dottrina più sensibile[27], infatti, ha evidenziato che la regola comportamentale di correttezza, quale espressione del principio di solidarietà sociale ex art.2 Cost., trova applicazione non solo nei rapporti negoziali tra debitore e creditore ma anche nei rapporti familiari.

In particolare, si è proceduto ad individuare la tutela del legittimo affidamento, l'obbligo di lealtà e l'obbligo di salvaguardia, che già la dottrina ha enucleato in materia contrattuale quali estrinsecazioni del principio di buona fede nei termini sopra evidenziati, anche nelle relazioni familiari.

La rilevanza del principio di buona fede in tale ambito giuridico trova una sua giustificazione anche nell'evoluzione sociale del concetto di famiglia, che da una struttura statica-patriarcale si è trasformata in una struttura dinamica-paritaria. La comunità familiare, infatti, non è più caratterizzata dalla figura del *pater familias* autoritario, che decide la sorte di ogni membro familiare a lui sottomesso, ma si articola in un rapporto paritario tra i suoi componenti, che con i rispettivi ruoli, doveri e obblighi reciproci, esplicano la propria personalità nel pieno rispetto dei diritti fondamentali tutelati e garantiti dall'art.2 Cost..

In questo nuovo contesto, si comprende meglio l'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione[28] che, in tema di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio, ha affermato che il matrimonio-rapporto è: "fonte di una pluralità di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità anche genitoriali

27 Bianca, M.:"La buona fede nei rapporti familiari", *Actualidad Jiuridica Iberoamericana*,2019, n.10, pp.12-31.

28 Cass. civ. S.U., 17 luglio 2014, n.16379.

in presenza di figli, di aspettative legittime e di legittimi affidamenti degli stessi coniugi e dei figli, sia come singoli sia nelle reciproche relazioni familiari.".

L'esigenza di tutelare il legittimo affidamento nei rapporti familiari trova un riscontro normativo nella disciplina del matrimonio putativo ex artt.128 c.c. e seguenti ed un riscontro giurisprudenziale anche in tema di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ex art.263 c.c..

Sul matrimonio putativo, si è evidenziato che la disciplina ha l'obiettivo di salvaguardare colui che ignorava la causa del matrimonio, prevedendo espressamente la responsabilità di chi ha violato l'affidamento del coniuge in buona fede. In tale ambito, quindi, la buona fede rileva in senso soggettivo, consentendo la produzione degli effetti del matrimonio valido fino alla sentenza che pronuncia la nullità.

Per quanto riguarda l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ex art.263 c.c., invece, si registra un orientamento della giurisprudenza di merito[29] che ha dichiarato inammissibile la domanda ex art.263 c.c. proposta da chi era consapevole di riconoscere come proprio un figlio altrui. Si tratta di pronunce molto significative in quanto offrono una nuova chiave di lettura dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità. Norma che consente l'impugnazione solo per il dato oggettivo della mancanza di verità biologica, non menzionando, come presupposto dell'azione, la situazione psicologica di colui che effettua il riconoscimento. In tali ipotesi, la buona fede rileva non solo in senso soggettivo ma anche in senso oggettivo come obbligo di comportarsi con correttezza nei rapporti familiari.

Nello specifico, è interessante notare che la giurisprudenza di merito si colloca in linea con l'orientamento della Cassazione[30] che, in tema di fecondazione assistita eterologa, aveva affermato il principio secondo cui: "la buona fede, correttezza e lealtà nei rapporti giuridici rispondono a doveri generali, non circoscritti agli atti o contratti per i quali sono richiamate da specifiche disposizioni di legge; questi doveri, nella particolare materia dei rapporti di famiglia, assumono il significato della solidarietà e del reciproco affidamento".

Pronuncia di notevole importanza in quanto ha affermato il divieto del coniuge o del convivente, che ha dato il consenso alla fecondazione eterologa, di agire per il disconoscimento o di impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità già prima che tale divieto fosse sancito dall'art.9 L. n.40/2004 ("Norme in materia di procreazione medicalmente assistita").

29 Trib. Trento, 14 novembre 2016. Trib. Napoli, 13 aprile 2013. Trib. Roma, 17 ottobre 2012.

30 Cass. civ., 16 marzo 1999, n.2315.

Sempre nei rapporti familiari, inoltre, la buona fede in senso oggettivo, intesa come obbligo di lealtà, si traduce anche in un dovere di informare l'altro familiare di ogni circostanza rilevante attinente alla relazione familiare nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio. Tale dovere sussiste a prescindere che tra i componenti della famiglia vi siano o meno obblighi di assistenza morale o di fedeltà e al di là che la famiglia sia fondata sul matrimonio, sull'unione civile o sulla convivenza di fatto.

Devono ritenersi superati, infatti, quegli orientamenti dottrinari[31] secondo cui l'obbligo di lealtà in ambito familiare, inteso come dovere di comunicazione delle vicende della vita familiare, si concretizzi in una specificazione dell'obbligo di assistenza morale o dell'obbligo di fedeltà. Tenendo conto dell'evolversi del concetto di famiglia e della diffusione delle diverse forme in cui essa si sviluppa, come le unioni civili, la convivenza *more uxorio*, oltre che il matrimonio, il principio di buona fede non può ridursi ad una mera specificazione di un obbligo previsto dalla legge, ma deve essere inteso nella sua ampia portata di principio generale etico-giuridico, che trova applicazione al di là della specifica norma regolatrice di una determinata comunità familiare.

Per quanto riguarda la buona fede intesa come obbligo di salvaguardia dell'interesse altrui, invece, occorre menzionare un pronuncia della giurisprudenza di legittimità[32] in tema di cessazione della convivenza *more uxorio*.

Nello specifico, i giudici di legittimità hanno statuito che, in caso di rottura della relazione, il convivente, proprietario dell'immobile in cui si svolgeva la convivenza *more uxorio*, ha l'obbligo di concedere all'altro partner un congruo termine per cercare un'altra sistemazione in ragione del canone di buona fede e correttezza, volto a tutelare le situazioni di legittimo affidamento sorte a seguito della convivenza.

Tale pronuncia si colloca in linea con l'orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione[33] e della Corte Costituzionale[34] secondo cui la convivenza *more uxorio* è fonte di doveri morali e sociali per ciascun convivente nei confronti dell'altro, in quanto formazione sociale idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione.

31 Bianca, C.M.: *Le Unioni Civili e le convivenze. Commento alla legge n.76/2016 e ai d.lgs. n.57/2017: d.lgs.n.67/2017. D.lgs.7/2017,* Giappichelli, Torino, 2017, p.142. Auletta, T.: *Riservatezza e tutela della personalità*, Giuffrè, Milano, 1978, p.191.

32 Cass. civ. 21 marzo 2013, n.7214.

33 Cass. civ. 19 giugno 2009, n.14343.

34 Corte Cost. 14 aprile 2010, n.138.

In tale contesto, quindi, la buona fede si conferma ancora una volta espressione del dovere di solidarietà sociale di cui art.2 Cost. e trova la sua legittimazione nella vita di relazione familiare, al di là delle diverse forme in cui essa di manifesta (matrimonio, unione civile, convivenza *more uxorio*).

2. La buona fede in altri settori del diritto.

Oltre che nel nei rapporti familiari, la buona fede rileva anche in altri settori dell'ordinamento, come nel diritto processuale.

A riguardo, i giudici di legittimità[35], con un indirizzo da ritenersi ormai consolidato, hanno affermato che il frazionamento giudiziale di un credito unitario deve ritenersi contrario alla regola generale di correttezza e buona fede e si risolve in abuso del processo.

Sul punto, la dottrina più attenta[36] ha osservato che occorre distinguere tra abuso del diritto e buona fede. Il primo si risolve in un controllo di ragionevolezza dell'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive. Il secondo, invece, si sostanzia in una verifica dei comportamenti del creditore e del debitore sotto il profilo della lealtà e della correttezza.

Inoltre, occorre considerare che il precedente orientamento giurisprudenziale trova un corrispondente normativo nell'ambito del processo esecutivo all'art. 483 c.p.c.. Norma che, nel disciplinare le modalità dell'esecuzione forzata, consente al creditore di cumulare i mezzi espropriativi previsti dall'ordinamento per la soddisfazione delle proprie ragioni creditorie ma, nel contempo, permette al debitore di proporre opposizione al giudice dell'esecuzione per limitare l'espropriazione al mezzo scelto dal creditore o, in mancanza, a quello stabilito dal giudice.

Sebbene la disposizione non menzioni espressamente la buona fede, appare chiaro che il Legislatore abbia voluto, in sede esecutiva, contemperare l'esigenza di tutela del credito con quella di salvaguardia del debitore dal rischio di un abuso dei mezzi espropriativi da parte del creditore, che nell'agire per il recupero del credito è tenuto a comportarsi con lealtà e correttezza. Anche in tale contesto, quindi, la buona fede trova una sua significativa applicazione come criterio di condotta nell'esecuzione coatta del diritto.

35 Cass. civ. S.U. 15 novembre 2007, n.23726. Cass. civ. 11 giugno 2008, n.15476. Cass. civ. 11 marzo 2016, n.4867

36 Scognamiglio, C.: "L'abuso del diritto" in *Contratti*, 1, 2012, p.5 ss..

Al di là delle disposizioni del codice civile e dei profili di diritto processuale, occorre evidenziare che richiami alla buona fede, alla lealtà e alla correttezza si rinvengono in altri testi normativi.

In tema di privacy, ad esempio, l'art.8, par.2 della Carta di Nizza sancisce espressamente che i dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà. Con l'introduzione del Regolamento UE 2016/679 (G.D.P.R.), infatti, parte della dottrina[37] ha sottolineato che la buona fede deve conformare di sé tutte le procedure di acquisizione, trattamento e circolazione del dato.

Ciò trova conferma nella Dichiarazione dei diritti di internet, approvata dalla Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet il 14 luglio 2015, il cui art.12, al 1 comma, sancisce che: "I responsabili delle piattaforme digitali sono tenuti a comportarsi con lealtà e correttezza nei confronti di utenti, fornitori e concorrenti.".

Altro esempio di richiamo normativo al principio di lealtà e correttezza si rinviene in materia di ordinamento della professione forense.

Nello specifico, la L.n.247/2012 all'art.3, comma II, prevede che: "La professione forense deve essere esercitata con indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo sociale della difesa e rispettando i principi della corretta e leale concorrenza".

Ed ancora, in materia di intermediazione finanziaria, l'art.21, comma I, lett.a), del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e succ. mod.) stabilisce che: "Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati".

Si tratta di esempi normativi che dimostrano l'importanza sempre maggiore che l'ordinamento attribuisce al principio di buona fede nelle sue specificazioni di lealtà e correttezza nei diversi settori del diritto. L'incorporazione del principio di buona fede nella norma giuridica, infatti, permette al dovere di solidarietà sociale ex art.2 Cost. di assumere una valenza non solo generale e astratta ma anche concreta e specifica nel peculiare ambito di riferimento regolato dal diritto.

V. CONCLUSIONI.

37 Astone, A.: *I dati personali dei minori in rete*, Giuffrè, Milano, 2019, pp.21-22.

Dall'analisi del principio di buona fede si evince una tendenza giusnaturalistica dell'ordinamento a rimarcare certi valori etici di comportamento in tutte le vicende relazionali umane.

L'agire in modo leale e corretto, infatti, è divenuto un canone di condotta di carattere generale, che viene espressamente richiamato non solo nel codice civile ma anche in altre disposizioni normative, nazionali ed internazionali, oltre che dalla giurisprudenza di legittimità e di merito.

Una giustificazione a questo riferimento alla correttezza al di fuori delle norme del codice civile può essere rinvenuta nella continua proliferazione normativa a livello nazionale e dell'U.E.

Oggi, infatti, a seguito dell'evoluzione tecnologica, scientifica e sociale, si registra l'esigenza di una legislazione volta o a regolare materie ancora prive di una esplicita disciplina giuridica oppure a riformare materie già regolamentate dal diritto ma in maniera inadeguata ad offrire una reale e concreta tutela.

Un esempio di una disciplina nuova legata all'evoluzione tecnologica scientifica si rinviene nella privacy. Tema oggi regolato dal Regolamento UE 2016/679 (G.D.P.R.) che ha portato in Italia all'adozione del D.lgs. n.101/2018, che a sua volta ha modificato il codice della privacy (ossia il D.lgs.n.196/2003 che aveva recepito la direttiva 95/46, modificando la precedente L. n.675/1996.). Regolamento UE 2016/679 (G.D.P.R.) che ha permesso di regolare nuovi fenomeni sociali diffusi sul web come la profilazione, che lo stesso art. 4 n.4 del Regolamento UE 2016/679 definisce come: "qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica".

Si comprende, quindi, come in tale ambito la buona fede rappresenta, più che un valore generico e astratto, un'esigenza concreta che il Legislatore avverte nel regolare fenomeni che, di per sé, si presentano difficilmente controllabili e prevedibili negli sviluppi.

Un esempio, invece, di materia oggetto di numerose riforme legislative legate all'evolversi sociale è il diritto di famiglia.

Come già osservato precedentemente, infatti, l'evoluzione sociale del concetto di famiglia, da struttura statica-patriarcale a struttura dinamica-paritaria, ha portato il Legislatore nel tempo a dover intervenire o riformando settori già regolamentati

dal diritto, come il rapporto tra coniugi nel matrimonio (L.n.171/1975) e, in tempi più recenti, la filiazione (Legge 219/2012), oppure creando nuovi istituti come le unioni civili (L. n.76/2016).

Anche in tale contesto, la buona fede assume un ruolo di canone di condotta nella vita di relazione. Si attribuisce rilevanza alla sostanza del rapporto, al di là che riguardi coniugi, conviventi *more uxorio* o partner dell'unione civile, ciò che rileva è l'agire leale e corretto nella conduzione dei rapporti familiari.

In sintesi, alla luce delle superiori considerazioni, è possibile concludere che anche il concetto di buona fede, al pari di molti altri istituti giuridici, ha subito un'evoluzione nel corso degli anni. Evoluzione che può essere assimilata al percorso dello spirito delineato da Hegel nel suo celebre scritto "La Fenomenologia dello spirito". Infatti, così come lo spirito si immerge nella natura e fa esperienza, prima di ritornare di nuovo spirito secondo il principio di conservazione e superamento (c.d. Aufhebung), allo stesso modo, il concetto di buona fede presenta una simile trasformazione nel tempo. Da criterio di condotta etico diviene criterio giuridico in un processo evolutivo che inizialmente, come sopra evidenziato, appariva ininfluente nel regolare i comportamenti umani ma che, con il passare degli anni, ha aumentato la sua valenza giuridica conservando la propria natura etica.

In tal modo, la buona fede non è più qualcosa di attinente solo all'etica o solo al diritto, ma è un *unicum* inscindibile che permette alla norma morale di avere una rilevanza legale e alla norma giuridica di avere una valenza etica. Con questo contenuto, infatti, il principio di buona fede assume un carattere generale nel nostro ordinamento in tutti i settori del diritto. Si tratta di un dato obiettivo, che emerge dal formante legale e dal formante giurisprudenziale e che rispecchia quell'esigenza di ricerca del giusto che è connaturata all'animo umano.

BIBLIOGRAFIA

Astone, A.: *I dati personali dei minori in rete*, Giuffrè, Milano, 2019, pp.21-22.

Auletta, T.: *Riservatezza e tutela della personalità*, Giuffrè, Milano, 1978, p.191.

Betti, E.: *Interpretazione della legge e degli altri atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1971, p.386.

Bianca, C.M. : *Diritto civile 3 Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2019, pp.385, 454-458.

Bianca, C.M., Bianca, M.: *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2018, pp.6, 454-456.

Bianca, C.M.: *Le Unioni Civili e le convivenze. Commento alla legge n.76/2016 e ai d.lgs. n.57/2017: d.lgs.n.67/2017. D.lgs.7/2017,* Giappichelli, Torino, 2017, p.142

Bianca, C.M.: *Diritto civile 3 Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, pp 163,.454-458, 502-504.

Bianca, M.: "La buona fede nei rapporti familiari", in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, n. 6. pp.910-917.

Bianca, M.: "La buona fede nei rapporti familiari", *Actualidad Jiuridica Iberoamericana*,2019, n.10, pp.12-31.

Bianca, C.M., Patti, G., Patti, S.: *Lessico di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2001, pp.97-99.

Breccia, U.: *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1968, p.172.

Cattaneo, G.: "Buona fede obiettiva e abuso del diritto", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1971, p.613.

Corradini, D.: *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 317.

Galgano, F.: *Trattato di diritto civile*, Volume I, Wolters Kluwer Cedam, Padova, 2015, p.469.

Gaggero, P.: *La trasparenza nel contratto*, Giuffrè Milano, 2011, p.61.

Gallo, P.: *Contratto e buona fede*, Utet, Milano, 2014, p.2 57.

GALLO, P.: *Trattato del contratto*, Utet, Milano, 2010, p. 1376.

GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, p.560.

NATOLI, U.: *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1984, p.39 e 124.

NIVARRA, L.: *Esecuzione del contratto* in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Varese, 2021, pp.540-541.

RODOTÀ, S.: *Le fonti dell'integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, pp.117, 163.

ROMANO, S.: *Buona fede (dir. priv.)* in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Varese, 1959, pp.677-699.

ROPPO, V.: *Il contratto*, in *Trattati di diritto privato*, a cura di Iudica G. ZATTI P., Giuffrè, Milano, 2011, p.257.

SCOGNAMIGLIO, C.: "Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata", in *Annuario del contratto 2010*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 17–47.

SCOGNAMIGLIO, C.: "L'abuso del diritto" in *Contratti*, 1, 2012, p.5 ss..

TORRENTE, A., . SCHLESINGER, P.: *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2013, pp.9-10.

RELACIÓN CONTRACTUAL O DERECHO DE DOMINIO. UNA CONTROVERSIA SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL TRABAJO EN EL SIGLO XX CHILENO

CONTRACTUAL RELATIONSHIP OR DOMAIN RIGHT. A DISPUTE ABOUT THE LEGAL NATURE OF LABOR IN THE CHILE AN TWENTIETH CENTURY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 396-419

[*] El presente artículo es parte de la investigación para la tesis del Doctorado en Historia de la Universidad San Sebastián denominada, "El Derecho del Trabajo como herramienta política. Evolución de las instituciones jurídico laborales en un tiempo de revoluciones (1964–1973)".

Ricardo PÉREZ DE ARCE MOLINA

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Dentro de los elementos fundantes de una sociedad, siempre estará el de las formas jurídicas que reviste el trabajo humano de carácter económico y, especialmente, la vinculación de las personas con su faena productiva y con el dominio del producto resultante de su desempeño. En Chile, como en gran parte del mundo, la forma de vinculación individual laboral ha sido invariable desde los inicios del siglo XX, la figura del "contrato de trabajo", sin perjuicio de algunas características y contenidos de este que han sido elementos más mutables. En este artículo se revisa la trayectoria en Chile de las teorías jurídicas que buscaron alternativas de vinculación laboral desde miradas cooperativistas o comunitaristas, con trabajadores propietarios sin contrato de trabajo de por medio, reservando al ámbito privado las relaciones jurídicas intraempresa y la incorporación directa del producto del trabajo al patrimonio de los mismos trabajadores. Esta idea fue recibida por teóricos del Derecho entre las décadas de 1920 y 1950, expresándola en escritos de tono muy crítico en formato teórico y académico. Con todo, en el año 1964, varios de estos juristas accedieron al gobierno chileno declarando su intención de poner en práctica aquellas mismas ideas laborales antes formuladas, pero en una época muy distinta que no permitía tales proyectos.

En un período constituyente como el que se vive en Chile durante 2021-2022, el estudio de la trayectoria de las ideas jurídicas, sean estas exitosas o no, se hace necesario en la búsqueda de definiciones y legitimidades políticas.

PALABRAS CLAVE: Chile; Derecho del Trabajo; Eduardo Frei Montalva; Salvador Allende; cooperativismo; comunitarismo; relación laboral.

ABSTRACT: *Among the foundational elements of a society, there will always be the ones that concerns the legal forms of the human economic work, specially, the link of the workers with their productive center and with the ownship of the product resulting from their performance. In Chile, as in much of the world, the form of individual labor bonding has been invariable since the beginning of the 20th century, the figure of the "employment contract", notwithstanding to some characteristics and contents of this contract that have been more mutable. This article reviews the trajectory in Chile of legal theories about alternative employment relationships from cooperative or communitarian views, with proprietary workers without an employment contract involved, reserving intra-company legal relations and the direct incorporation of the product to the private sphere of the workers. This idea was received by Chilean jurists between the 1920s and 1950s, expressing it in highly critical writings in a theoretical and academic format. However, in 1964, several of these jurists acceded to the Chilean government declaring their intention to put into practice those same labor ideas formulated by themselves, but at a very different time that did not allow such projects.*

In a constituent period such as that experienced in Chile during 2021-2022, the study of the trajectory of legal ideas, whether successful or not, is necessary in the search for definitions and political legitimacy.

KEY WORDS: *Chile; Labor Law; Eduardo Frei Montalva; Salvador Allende; cooperativism; communitarianism; employment relationship.*

SUMARIO.- INTRODUCCIÓN.- I. EL PARADIGMA LABORAL EN LA LEY CHILENA EN SUS PRIMERAS EXPRESIONES. LAS LEYES SOCIALES DE 1924 Y EL CÓDIGO DEL TRABAJO DE 1931.- II. LOS PENSADORES ALTERNATIVOS AL PARADIGMA OFICIAL DEL TRABAJADOR SUBORDINADO.- 1. Alberto Hurtado Cruchaga.- 2. Eduardo Frei Montalva.- 3. Gustavo Lagos Matus.- III. EL TIEMPO DE ACTUAR. LA DÉCADA DE 1960 Y LA PRESIDENCIA DE EDUARDO FREI MONTALVA EN 1964.- IV. EL RESULTADO: NADA EN LO INDUSTRIAL Y UNA FUGAZ OPORTUNIDAD EN LO AGRÍCOLA.- V. LA CONTROVERSIA POR LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN LABORAL Y LA PREVALENCIA DE LA RELACIÓN MEDIADA POR EL ESTADO.- VI. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN.

La regulación del fenómeno del trabajo humano productivo ha sido un tópico dentro del Derecho que ha requerido de la incorporación de los más diversos y amplios conceptos de las ciencias sociales, jurídicas y económicas, con la finalidad de determinar la estructura jurídica funcional a la organización social y productiva, y a la vez, que responda a las concepciones fundamentales del orden público, la dignidad humana y los demás elementos fundantes del derecho de una sociedad.

Las formas jurídico-laborales que fueron naciendo a partir de la segunda mitad del siglo XIX y en especial, de las primeras décadas del siglo XX tuvieron que hacerse cargo de la dificultad que presentaba el trabajo industrial subordinado en el cual una persona se obligaba a desempeñar una labor sin incorporar a su patrimonio el producto de esta, debiendo además un importante grado de subordinación y dependencia a un tercero que era propietario de la industria.

Se ha estudiado y escrito de forma abundante en diversas épocas acerca de la íntima relación entre el Derecho del Trabajo y las formas políticas y sociales que tuvieron lugar en desde las últimas décadas del siglo XIX en adelante en el mundo y en Chile[1]. De todos estos estudios, resulta interesante observar que, sin perjuicio de la posición que se adopte frente a las variadas líneas de doctrina o de aplicación práctica, uno de los principales problemas jurídicos que debe resolverse es el de

1 Entre muchos otros, véase sobre la problemática teórica del Derecho del Trabajo: Lagos Matus, G.: *El Problema Histórico del Trabajo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1950; Walker Linares, F.: *Nociones elementales de Derecho del Trabajo*, Nascimento, Santiago, 1957; Walker Errázuriz, F.: *Derecho de las Relaciones Laborales*, Editorial Universitaria, Santiago, p.203; Ugarte Cataldo, J.L.: *Derecho del Trabajo: Invención, teoría y crítica*, Thomson Reuters, Santiago, 2014; Ruiz Godoy, R.: *Historia de la legislación laboral en Chile. Proyectos, debates y regulaciones del mundo del trabajo en la historia chilena*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2018; Rojas Miño, I.: *El Derecho del Trabajo en Chile. Su formación histórica y el control de la autonomía colectiva*, Thomson Reuters, Santiago, 2016; Palomeque, M.C.: *Derecho del Trabajo e Ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1973–1923)*, Teknos, Madrid, 2011; Lizama Portal, L. "El Derecho del Trabajo chileno durante el Siglo XX", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, Vol. 2, nº4, pp. 109–142.

• Ricardo Pérez de Arce Molina
Director Clínica Jurídica sede Santiago, Universidad San Sebastián, Chile. Correo electrónico: riparcem@yahoo.es

la sujeción de una persona a una disciplina de trabajo requerida por un tercero, a cambio de una contraprestación en dinero. A esto debe adicionarse que, en el Derecho del Trabajo más común, el vínculo laboral contiene el elemento de "subordinación y dependencia" como condición esencial sin otro fundamento que el de mantener una estructura productiva en términos operativamente funcionales.

En las páginas siguientes se buscará mostrar la forma en que una concepción alternativa de sociedad reflexionada desde una corriente filosófico-política, fue pensada para ser introducida a través del Derecho del Trabajo chileno desde la teoría y luego desde la legislación, desplazando el centro del vínculo laboral hacia una relación de Derecho Privado con el dominio en el centro, en lugar del principio tutelar en favor del del trabajador. En primer lugar, revisaremos algunas manifestaciones de la forma en que la idea de organizar el trabajo desde un paradigma distinto al de la sociedad industrial fue recepcionada por los juristas chilenos, reemplazando la subordinación y dependencia por formas colaborativas no subordinadas. A continuación, se verá la forma en la que estas visiones y proyectos se transformaron en propuestas programáticas para la campaña presidencial de Frei Montalva en 1964 bajo la consigna de "Revolución en Libertad" que sostenía la imagen del proyecto de la Democracia Cristiana en 1964. Por último, se hará un razonamiento sobre la proyección que tuvieron estos nuevos paradigmas en dos áreas: la industrial y la agraria, mostrando la diferencia que se alcanzó a producir, con un modelo de mayor intervención estatal para el primero, y otro proyectado hacia una situación comunitarista con una relación privada de dominio en el centro.

I. EL PARADIGMA LABORAL EN LA LEY CHILENA EN SUS PRIMERAS EXPRESIONES. LAS LEYES SOCIALES DE 1924 Y EL CÓDIGO DEL TRABAJO DE 1931.

La figura jurídica del contrato de trabajo para definir el vínculo laboral era natural a la forma de organización industrial del trabajo, pero su definición legal no fue orgánica ni tuvo lugar de una sola vez, sino que fue desarrollándose en el tiempo en un período de consolidación de la legislación laboral que va de 1924 a 1931, a pesar de que desde 1906 ya había leyes que regulaban las relaciones laborales[2].

El movimiento militar o "ruido de sables" de 5 de septiembre de 1924 tuvo entre sus primeras acciones políticas la presión ejercida sobre el Congreso Nacional para la inmediata promulgación de las llamadas Leyes Sociales de 8 de septiembre del mismo año, que marcaron el inicio de una nueva etapa en el desarrollo del

2 Sobre la primera legislación, ver Yáñez Andrade, J.C.: "Antecedentes y evolución histórica de la legislación social de Chile entre 1906 y 1924", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 1999, XXI pp. 203-210.

Derecho del Trabajo chileno con un cuerpo legal que regulaba la mayoría de las materias relativas a la organización del trabajo. En palabras de Francisco Walker Linares, estas nuevas leyes sociales "nacieron de un modo improvisado, les faltó una base más jurídica y la colaboración de los juristas; los abogados las ignoraron en un principio, y la crítica que de ella se hizo no fue constructiva"[3]. En efecto, las disposiciones legales de 1924 sobre contrato de trabajo se contenían en dos leyes. La Ley 4.053 de "contrato de trabajo" no entregaba una definición del contrato a la que referir, dejando además sus límites y contornos indefinidos y excluyendo a las relaciones laborales agrícolas expresamente[4]. La otra norma era la Ley 4.059 de contrato de trabajo para "empleados particulares" que establecía un estatuto distinto, en general más beneficioso y solo aplicable para una categoría limitada de trabajadores[5].

Algunos años después, el sistema de la legislación laboral terminó de consolidarse con el Código del Trabajo de 1931 que recogía la legislación anterior, pero también introducía algunos elementos que no habían sido legalizados. El presidente de la República Carlos Ibáñez del Campo había presentado un proyecto de Código del Trabajo para su estudio y aprobación en el Congreso Nacional, sin embargo, concordante con su carácter autoritario, y antes de que el estudio se efectuara, el ejecutivo promulgó derechamente un Código del Trabajo por la vía de un Decreto con Fuerza de Ley en uso de facultades delegadas al presidente para otras materias[6]. El Código contenía las definiciones de contrato de trabajo que faltaban en las leyes anteriores, tenía nuevamente de manera explícita la regulación de la terminación del contrato y además daba reglas, aunque de manera muy imperfecta, al trabajo agrícola, incluyendo como figuras de este Código algunas formas de relación laboral que venían de la antigua tradición como eran entre otros los "medieros", "inquilinos" y "reemplazantes"[7].

Como se desprende del tenor del artículo 75 del Código del Trabajo de 1931, las categorías de trabajadores agrícolas son meramente enunciativas, con

3 Walker Linares, F.: *Nociones elementales*, cit., p. 157.

4 Ley 4.053: Artículo 1.o El contrato de trabajo, tanto individual como colectivo, se rejirá por las disposiciones de la presente lei, con preferencia a las leyes jenerales (se transcribe con ortografía original).

5 Ley 4.053 de Contrato de trabajo, disponible en: http://bcn.cl/2l9i9; Ley 4.059 sobre contrato de trabajo entre patrones y empleados particulares, disponible en: http://bcn.cl/2n4in

6 Se trata del DFL 178 de 1931.

7 El Código comenzaba precisamente con aquello que faltaba, una definición de contrato de trabajo:
"Art. 1. Contrato de Trabajo es la convención en que el patrón o empleador y el obrero o empleado se obligan recíprocamente, éstos a ejecutar cualquiera labor o servicio material o intelectual y aquellos a pagar por esta labor o servicio, una remuneración determinada".
Para el caso de los trabajadores agrícolas, el Código solo se limitaba a nombrar algunas clases de trabajadores sin determinar los conceptos o las categorías vinculares de cada uno. El Código solo los refería a ellos como "obreros agrícolas":
"Art. 75. Son obreros agrícolas los que trabajan en el cultivo de la tierra, como los inquilinos, medieros y voluntarios en general, y todos los que laboren en los campos bajo las órdenes de un patrón y no pertenezcan a empresas industriales o comerciales derivadas de la agricultura", (Código del Trabajo Chile de 1931, disponible en: http://bcn.cl/2fzqt).

lo que podían y de hecho así era, existir más categorías. Años más tarde, la ley 8.811 de sindicación campesina nombraba a otras categorías que también se desempeñaban desde antiguo en el campo, los "reemplazantes" y los "afuerinos". Desde la doctrina jurídica, tampoco existía una claridad acerca del ámbito material y personal de la aplicación del contrato de trabajo en atención a elementos que resultaban ajenos a esta legislación como el de las "regalías" y más aún, la obligación que tenía el inquilino de someter a miembros de su familia a trabajo para el predio de su empleador o bien, de subcontratar a trabajadores a su costa para cubrir esta obligación[8].

II. LOS PENSADORES ALTERNATIVOS AL PARADIGMA OFICIAL DEL TRABAJADOR SUBORDINADO.

En los años y décadas siguientes a la Primera Guerra Mundial el Derecho del Trabajo se fue consolidando en diversas latitudes, especialmente en Europa y Estados Unidos además de varios países de América Latina, con diversas intensidades y ritmos, pero con principios relativamente comunes en cuanto a los paradigmas de la relación individual. La base de la estructura jurídico-laboral era el "contrato de trabajo" con su núcleo en la subordinación y dependencia. Pese a ello, las miradas críticas sobre la organización de la economía, el trabajo y el Derecho se iban diversificando durante la primera mitad del siglo XX desde muchos sectores, teorías e ideologías políticas, y más aún con posterioridad a la crisis económica de 1929.

En Chile, al tiempo en que se formalizaba la nueva legislación laboral en las décadas de 1920 y 1930, se desarrollaban paralelamente diversas doctrinas que intentaban el establecimiento de proyectos sociales basados en teorías políticas como las derivadas de la Doctrina Social de la Iglesia, el cooperativismo o el anarquismo, o bien en experiencias internacionales como las de la Unión Soviética o Italia de aquellas décadas. De entre estas, veremos a continuación las que son más próximas a las visiones privatistas de la relación laboral, con base en teorías cooperativistas y en parte social cristianas, que fueron desarrollándose en la literatura y doctrina jurídica con la pretensión de proyectarse en el tiempo y convertirse en real alternativa a las formas de organización más difundidas en la época que otorgaban un importante papel al Estado como organizador o como mediador de la relación laboral.

8 Las dificultades de comprensión de la naturaleza de las formas de relación laboral, se puede leer en tratadistas de la época de vigencia de dicha legislación: Walker Linares, F.: *Nociones elementales*, cit., 243-247; Humeres Magnan, H.: *Apuntes de Derecho del Trabajo*, Editorial Jurídica, Santiago, 1963, p. 61-63; Fermandois, F.J.: *Derecho del Trabajo. Tomo I*, Editorial Universitaria, Santiago, 1961, p. 425-430.

. Dentro de los autores de mayor notoriedad en esta línea se puede mencionar a Eduardo Frei Montalva, Alberto Hurtado Cruchaga y Gustavo Lagos Matus. Frei y Hurtado habían vivido experiencias intelectuales europeas en las que tuvieron contacto con el catolicismo social, el mundo sindical y teóricos como Jacques Maritain, con quien Eduardo Frei tuvo un intercambio directo de ideas[9].

La mirada doctrinaria que estos juristas aportaron puso importantes matices con respecto a la dinámica predominante del Derecho del Trabajo que buscaba de una u otra forma un punto de encuentro o conciliación entre trabajadores y empleadores con el Estado como mediador del conflicto. En el caso de estos autores, al menos antes de la década de 1950, no concibieron la legislación laboral como la herramienta capaz de establecer y operativizar un equilibrio social mediante la institucionalización del conflicto o la introducción de mejoras en las remuneraciones o las condiciones de trabajo. Al contrario, el planteamiento que estos autores tenían en el período correspondía más bien a un quiebre del *status quo*, produciendo una profunda reforma, una refundación o una "revolución", según cada caso, pero en todos ellos, con una base jurídica de organización de las relaciones laborales con exclusión de la vinculación contractual.

La matriz de ideas que se puede identificar en estas visiones tiene su base en el solidarismo y el cooperativismo francés y su recepción en Chile con una práctica que se había articulado desde el siglo XIX a través de diversas cooperativas, aun sin ley que las regulara[10]. El cooperativismo tenía dos variantes principales, una de ellas, el de la cooperativa de trabajo y la otra, la cooperativa de consumo. Aquella variante que refiere al trabajo sostenía que la remuneración o salario era un elemento que separaba al trabajador de la actividad productiva en sí misma, por lo que era necesario organizar la producción prescindiendo del salario como forma de compensar el esfuerzo desplegado, permitiendo que el trabajador adquiriera patrimonialmente el producto de su trabajo de forma directa e íntegra[11]. Esto difería sustancialmente de la dinámica de armonización o equilibrio entre trabajadores y propietarios, aun cuando, en sus planteamientos había algunos conceptos híbridos que matizaban bastante la radicalidad originaria del planteamiento.

9 Lavín, A. et al.: *Biografía y testimonios del Padre Alberto Hurtado*, Centro de Estudios y Documentación Padre Hurtado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 38-46; Clavero, M.: "Un punto de inflexión en la vida del padre Alberto Hurtado. Itinerario y balance de su viaje a Europa, de 1947", *Teología y Vida*, 2005, Vol. XLVI, pp. 314-317; Arrau Corominas, F.: "Una aproximación al pensamiento político del ex Presidente de la República de Chile Eduardo Frei Montalva", en AA.VV.: *Eduardo Frei Montalva: Fe, política y cambio social"*, ed. D. Vásquez y F. Rivera, Ediciones de la Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, 2013, pp. 62-66.

10 La regulación jurídica de las cooperativas está dentro de las Leyes Sociales de 1924, con la Ley 4.058. Ver, Nayan, P. et al.: *Situación actual del cooperativismo agropecuario en Chil*e, Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola, Santiago, 2012, pp. 18–26.

11 Walker Linares, F.: *Nociones elementales* cit., p. 104.

Ciertamente, esta línea de pensamiento era una continuación de los conceptos fijados en "Rerum Novarum" de León XII y actualizados en 1931 por el Papa Pío XI en su carta "Quadragesimo Anno". En el texto de este último texto pontificio, ya se manifestaba el nuevo criterio que tensionaba la estructura misma del trabajo, oponiendo a la figura del contrato de trabajo o "arriendo y alquiler de trabajo", otro elemento del ámbito privado del Derecho como era el "contrato de sociedad". "De este modo, los obreros y empleados se hacen socios en el dominio o en la administración o participan, en cierta medida, de los beneficios percibidos"[12].

1. Alberto Hurtado Cruchaga.

Alberto Hurtado Cruchaga, abogado formado en la Universidad Católica de Chile y titulado en 1923, dedicó gran parte de su reflexión jurídica a los alcances de la legislación social y laboral que estaba produciéndose durante sus años de estudiante y los inmediatamente posteriores[13]. Ya en 1921, Hurtado sostenía la necesidad de una nueva regulación que incorporara el fenómeno de la Cuestión Social en vista del abandono que existía de los trabajadores, dedicando su memoria para el grado de Bachiller en Leyes y Ciencias Políticas a esta materia bajo el título "Necesidad e Importancia de la Reglamentación de Trabajo de los Niños"[14].

Por otra parte, las dificultades y defectos de las estructuras jurídicas fundamentales del Derecho del Trabajo también eran observadas por Alberto Hurtado como necesitadas de redefiniciones desde los mismos conceptos, más allá de una reforma o corrección de los textos legales. Respecto de las figuras vinculares del trabajo agrícola, Hurtado observaba que la inadecuación de estas con los conceptos de dignidad humana eran de tal entidad que llegan a afectar la propia libertad de las personas. Señalaba que "El inquilinaje es un vestigio del régimen de encomiendas". El empleador necesitaba "tener trabajadores estables obligados", lo que conseguía mediante el otorgamiento de beneficios que solo podían hacerse efectivos en el lugar geográfico y en la actividad que resulta necesaria al empleador, como son los terrenos de autocultivo. La ley solo otorgaba la alternativa de contratar, a costa del propio trabajador, a una especie de sub-trabajador bajo su propia responsabilidad, práctica que era conocida como "echar peón". Hurtado complementa la idea indicando que "Mucha responsabilidad de este estado de cosas recae en la falta absoluta de esfuerzo serio de los patrones por capacitar a sus inquilinos para una vida independiente"[15].

12 Pío XI, *Quadragesimo anno*, n° 64 y n° 65.

13 Respecto de la formación de Alberto Hurtado como abogado, véase Irureta, P.: "La vocación jurídica de Alberto Hurtado S.J.", estudio preliminar, *Obras jurídicas completas. Alberto Hurtado Cruchaga,* Lexis Nexis, Santiago, 2005.

14 Hurtado Cruchaga, A.: *Obras jurídicas completas*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, pp. 121–200.

15 Hurtado Cruchaga, A.: *Moral social*, Universidad Católica de Chile, Santiago: 2004, p. 233.

Frente a la situación crítica Alberto Hurtado no proponía mejorar el sistema de contrato de trabajo. Por el contrario, el planteamiento consistía en la reconstrucción de una sociedad con base en principios diversos y en los cimientos jurídicos de esta, debía haber un Derecho del Trabajo también completamente distinto al que se estaba consagrando en Chile. Uno de los elementos que resultaba complejo era el "régimen de salariado", que era el pilar fundante del contrato de trabajo. Este régimen jurídico, según Alberto Hurtado, podía convertir al trabajo en una mercancía sujeta a las leyes de la oferta y la demanda[16]. Afirma Hurtado: "El régimen salariado en sí no es injusto (…) pero no es el mejor régimen y el catolicismo social tiende a superarlo"[17].

Las bases de la transformación social debían estar dadas por estructuras que "desproletarizaran" a la sociedad, abriendo al mayor número posible de personas las posibilidades de acceder a la propiedad de la faena en lugar de recibir un salario. Esto podía ser a través del fomento de la producción artesanal, del pequeño comercio y "la transformación de la empresa capitalista en comunidad de trabajo", lo cual debía hacerse "con gran inteligencia jurídica"[18]. Alberto Hurtado convocaba a los profesionales a trabajar para poder obtener "soluciones concretas y precisas" a la problemática social, en especial desde un nuevo Derecho del Trabajo que podía ser estudiado y propuesto desde una facultad de Derecho[19]. Por último, lo deseable era que la voluntad y la energía que impulsara a la reorganización social debía nacer de los mismos interesados en ella, específicamente trabajadores y empleadores, debiendo intervenir el Estado solo en caso de que no hubiese capacidad de estos grupos de generar las formas y bases jurídicas necesarias, y siempre en búsqueda del bien común[20].

En suma, dentro de los elementos que resultan más relevantes en una visión alternativa de la organización jurídica del trabajo, está el de "comunidad de trabajo", que concibe la unidad productiva o empresa como una propiedad detentada por todos los que intervenían en ella, permitiendo además que el trabajador quedara

16 Esta crítica al trabajo asalariado ya había sido formulada por Karl Marx en El Capital, (Libro I, Capítulo V, sección III), aunque de manera más radical y sin los matices que presenta Alberto Hurtado. Cfr. Marx, K. y Engels, F.: *El Capital*. Libro I (Madrid, Akal, 2016), 241–268; y Marx, K. "Trabajo asalariado y capital" en *Obras escogidas*, Vol I, Akal, Madrid, 2016. Alberto Hurtado comparte la identificación del trabajo asalariado con la mercantilización del mismo. Sin embargo, también es explícito en distanciarse de las observaciones de Marx, al afirmar que es falsa la teoría marxista de la plusvalía, porque el dueño del capital tiene derecho a amortizar su aporte y el técnico tiene derecho a un mayor salario por el mayor valor que produce con su trabajo. Cfr. Hurtado Cruchaga, A.: *Moral Social*, cit., p. 240.

17 Hurtado Cruchaga, A.: *Moral Social*, cit., p. 233–236.

18 Hurtado Cruchaga, A.: *Moral Social*, cit., p. 238.

19 Hurtado Cruchaga, A.: "Segunda Conferencia de un ciclo en la Universidad Católica entre el 5 y el 7 de junio de 1945, como homenaje a los 25 años de rectorado de Mons. Carlos Casanueva", en *La búsqueda de Dios. Conferencias, artículos y discursos pastorales*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, pp. 111–116.

20 Hurtado Cruchaga, A (compilador): *El Orden Social Cristiano en los documentos de La Jerarquía Católica*, Club de lectores, Santiago, 1947.

directamente como dueño del producto de su trabajo. El segundo elemento es la autonomía legislativa que debían tener los que estaban directamente interesados en la regulación del trabajo. Debe tomarse en cuenta que, en aplicación del principio de "comunidad de trabajo", con el tiempo debería desaparecer la diferencia entre empleador y trabajador, resultando una sola comunidad con facultad de autorregularse, al menos en la forma en que se organizan sus participantes.

2. Eduardo Frei Montalva.

Eduardo Frei Montalva, desde el tiempo en que era estudiante de Derecho y luego profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Católica de Chile[21], maduraba el concepto de una organización del trabajo en la que no se vinculara a las personas con la faena o industria mediante un contrato de intercambio de servicios por remuneración o lo que se denominaba "régimen de salariado". En el año 1933 consignaba su activa reflexión jurídica y política estudiantil en su memoria de grado en la Facultad de Derecho que se titula "El régimen salariado y su posible abolición". Sostenía que: "...el régimen del salario significa una cosa que es imposible de aceptar como definitiva: la separación del capital y del trabajo"[22]. La única forma posible de desempeñar un trabajo humano y justo, según Frei, era la cooperación, y esta quedaba imposibilitada en un sistema contractual que divide a los participantes de la empresa en grupos esencialmente diferenciados a causa de la propiedad. Además de lo anterior, Frei sostenía en 1933 que la verdadera integración de los trabajadores a las estructuras productivas no se agotaba en la empresa, sino que también, como obreros y empleados, debían participar del quehacer productivo empresarial y de la vida nacional. Esta visión, posiblemente fuese derivada de las enseñanzas del sacerdote y político italiano Luigi Sturzo[23].

En cuanto a una posible identificación con el corporativismo o el fascismo italiano, Frei despeja la duda señalando que se trata de un corporativismo social cristiano que tiene en el centro la dignidad humana en ejercicio de libertades políticas, pero con un orden económico predispuesto[24]. El destino debía ser un verdadero "socialismo estatal que se presenta en varias tonalidades, ha significado indiscutibles ventajas, pues con todos sus defectos ha realizado una mayor proporción de justicia y para comprenderlo así, bastaría hacer un balance

21 Eduardo Frei fue profesor de la asignatura de Derecho del Trabajo en la Universidad Católica. Ver, San Francisco, A. (Director): *Historia de Chile 1960 – 2010 Tomo III*, Universidad San Sebastián, Santiago, 2018, p. 93.

22 Frei Montalva, E.: *El régimen salariado y su posible abolición*, *Tesis de grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1933, citado por Gasmuri, C. et al.: *Eduardo Frei Montalva 1911-*1982, Fondo de Cultura económica, Santiago, 1996, p. 28.

23 Gasmuri, C. et al., *Eduardo* Frei, cit., p. 28.

24 Ver, Frei Montalva, E.: "Conferencia en la Universidad Católica. Publicada en el Diario Ilustrado el 18 de Junio de 1934", en, O. Pinochet de la Barra (Comp.): *Eduardo Frei M. Obras Escogidas*, Ediciones Centro de estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar, Santiago, 1993, p. 55.

comparativo de la situación de las masas obreras y de la clase media en un período de cincuenta años"[25]. Esta organización en torno al trabajo abarcaba toda la vida nacional, con una estructura de carácter corporativista según Frei: "Entonces, el cuadro más o menos del futuro sería un Ejecutivo fuerte, controlado por un Parlamento político y que entrega la actividad económica a un Parlamento corporativo o Consejo de Corporaciones[26].

Con el tiempo, se observaría que este pensamiento jurídico laboral de Eduardo Frei Montalva fue adquiriendo un tono cada vez más morigerado y tenue, en la medida en que iba asumiendo mayor poder político. Además de aquello, el siglo avanzaba en un esquema de Guerra Fría que dejaba pocos espacios para discursos de "tercera vía".

3. Gustavo Lagos Matus.

Algunos años más tarde que los anteriores, en 1948 juraba como abogado Gustavo Lagos Matus. A diferencia de Hurtado y Frei, Lagos se había formado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile a la que se incorporó como profesor extraordinario de Derecho del Trabajo en 1950[27]. Su pertenencia a esta universidad y especialmente a la disciplina del Derecho del Trabajo, hace presumir que tuvo contacto como estudiante o como académico con algunos de los primeros teóricos del Derecho del Trabajo chileno difusores de los principios del "tripartismo" proveniente de la OIT, y que enseñaban en dicha Facultad, Moisés Poblete Troncoso y Héctor Escribar Mandiola entre otros.

Lagos Matus, por el contrario, era partícipe de la idea política de organizar de una manera diversa la sociedad y el trabajo y de la idea jurídica de eliminar el contrato de trabajo como figura de vinculación de trabajadores. Del mismo modo que Frei, también concibe el Derecho del Trabajo como la herramienta idónea para una profunda transformación de la sociedad y del trabajo[28]. Del mismo modo, concebía como inviable el vínculo laboral basado en el contrato de principios liberales, ya que generaba en la práctica una pérdida de libertad de las personas. Era necesario transformar "la libertad formal del liberalismo en una libertad efectiva, lograda por la valoración de la esfera económica de su actividad". El Derecho del Trabajo debe manifestarse en leyes que puedan "expresar plenamente el

25 Frei Montalva, E. *La Política y el Espíritu*, Ercilla, Santiago, 1940, p. 148.

26 Frei Montalva, E.: "Conferencia en la Universidad", cit., pp. 57–59. Esta concepción de unificación de las fuerzas productivas o de capital y trabajo entraba en conflicto con la doctrina de Marx, que no creía en la posibilidad de integrar capital y trabajo a la manera de una "sociedad de accionistas", desechando la posibilidad de cogestionar la empresa. Este punto se hará relevante desde el momento en que las doctrinas marxistas comiencen a ganar posiciones en la política chilena. Cfr. Marx, K.: *Miseria de la filosofía*, EDAF, Madrid, 2013, pp. 155–156.

27 De Ramón, A.: *Biografías de Chilenos miembros de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, Vol. III*., Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, p. 15–16.

28 Lagos Matus, G. *El Problema* cit., p. 129.

valor económico social del trabajo", concluye a continuación que "el Derecho del Trabajo en su período actual, obrando aún en una sociedad capitalista, de espíritu y de estructura, ha sido incapaz de llevar a cabo por sí solo tal tarea"[29].

La idea jurídica de Gustavo Lagos avanza un poco más que las de sus predecesores con una intención más concreta, pero con los conceptos y herramientas del Derecho del Trabajo vigente y en consonancia con el social cristianismo, integrando elementos de "Propiedad del empleo" que, según Lagos podía materializarse en la prohibición del despido injustificado, "Colaboración del trabajo en la gestión", acceso paulatino de los trabajadores a la propiedad de la empresa entre otros. Todo esto para que, finalmente se pueda alcanzar una transformación del "régimen salariado" por el de sociedad y participación de todos en el producto de su trabajo[30].

III. EL TIEMPO DE ACTUAR. LA DÉCADA DE 1960 Y LA PRESIDENCIA DE EDUARDO FREI MONTALVA EN 1964.

El año 1960 encuentra a Eduardo Frei Montalva como Senador de la República con una importante experiencia desde 1945 como ministro del presidente Juan Antonio Ríos y también como candidato a la presidencia de la República en 1958. Por su parte, Lagos Matus ocupaba cargos internacionales en el Banco Interamericano de Desarrollo[31]. En el caso de Alberto Hurtado Cruchaga, ya había fallecido en 1952, convirtiéndose en un gran referente moral e intelectual. Tiempo después, el año 2005, fue canonizado por el Papa Benedicto XVI.

En 1964, Eduardo Frei Montalva ganó las elecciones presidenciales con una campaña de mucha carga simbólica con hitos como la "Marcha de la Patria Joven" y discursos encendidos y convocantes dirigidos a la población en general con una propuesta de cambios profundos en la sociedad, fundándola en bases más justas y mejores[32]. Sin embargo, también había en el país una matriz política muy distinta a la que existía en las décadas de 1930 y 1940, con una polaridad en torno a ejes como comunismo-anticomunismo o, imperialismo-revolución, entre otros. Con todo, el simbolismo orientado a una nueva fundación de la sociedad marcó el tono de la candidatura[33].

29 Lagos Matus, G. *El Problema* cit., pp. 130-131.

30 Lagos Matus, G. *El Problema* cit., pp. 197–201.

31 De Ramón, A.: *Biografías de Chilenos*, cit., Vol III, pp. 15-16.

32 Hubo muchos actos a lo largo de Chile con una construcción simbólica refundacional y grandiosa. La más recordada es la Marcha de la Patria Joven que convoca a una multitud de caminantes a lo largo de Chile para reunirse en Santiago para un encuentro final con el candidato Frei. Ver, Gómez Prieto, O. (dir.), *Patria Joven* (film), 1964, disponible en: http://cinetecavirtual.cl/cineteca/index.php/Detail/objects/4442

33 San Francisco A. (Director), *Historia de* Chile, cit. pp. 119-155. Frei Montalva, E. "Discurso de la Patria Joven, Parque Cousiño, jun. 21, 1964", en O. Pinochet de la Barra (Comp), *Eduardo* Frei, cit., pp. 292-296.

La figura simbólica de la campaña llegó a ser tan grande que se le dio la característica de una "revolución", pero para caracterizarse a sí misma como diferente de otras propuestas revolucionarias se le llamó "Revolución en Libertad". Esta denominación requirió ciertamente de un desarrollo conceptual importante tanto en el tiempo anterior a las elecciones como durante el ejercicio del gobierno.

El desafío programático era bastante complejo, dado que había que sostener teóricamente que la propuesta de la Democracia Cristiana era una "revolución", logrando convocar a algunos votantes de un ámbito más popular y de tendencia hacia la izquierda política, procurando en todo momento no parecer una amenaza para la derecha, que temía el avance de los sectores marxistas. Alcanzar este objetivo requería de una enorme flexibilidad conceptual, y de fórmulas más simbólicas que técnicas, para lo cual las teorías del Derecho del Trabajo de las décadas anteriores podrían verse como herramientas adecuadas de campaña dadas sus posibilidades de exhibir un punto medio entre la relación laboral industrial y la estatal. Por una parte, se podía mostrar una transformación de las estructuras sociales desde la organización del trabajo, y por otra, la consolidación de una relación laboral dentro del ámbito del Derecho Privado y no como una vinculación centralizada en el Estado.

El programa fue consignado en diferentes documentos que desarrollaban los conceptos políticos, jurídicos, culturales y en general de la vida nacional. Respecto de los conceptos laborales específicos que se incorporaban, estos aparecían como fundamentos y facilitadores de las reformas y transformaciones de la sociedad mediante el cambio de paradigmas de vinculación laboral, lo que implicaba además un nuevo concepto jurídico de empresa y una nueva forma de organización económica y política[34].

En 1962 se había elaborado un documento denominado "Informe Preliminar para un Programa de Gobierno de la Democracia Cristiana" que era el resultado del Primer Congreso de Profesionales y Técnicos de la Democracia Cristiana e Independientes. Bajo el acápite "Política de Trabajo", entre otros elementos sobre el trabajo, se consigna un desarrollo del concepto jurídico de empresa que fuera funcional a figuras vinculares diversas a las contractuales. Persiste la idea de que se debe ordenar las relaciones jurídicas de trabajo hacia un proceso de adquisición

34 En la candidatura de Frei Montalva a la presidencia de la República de 1958 ya se habían utilizado las mismas teorías jurídico-laborales, pero en un contexto de menor grandiosidad que la campaña de 1964. Ver, *Votar por Frei es votar.* Punto 10, número V. Folleto de 1958. Este documento consigna en su Punto 4 la misma persistente idea del control de la empresa por sus propios trabajadores en un proceso paulatino: "4. La empresa moderna, sea estatal o privada requiere, para su desenvolvimiento, de una creciente participación de los trabajadores en sus decisiones, en la organización de las relaciones de trabajo y en sus utilidades. El gobierno de Frei impulsará la racionalización de las empresas y propiciará la integración del trabajo organizado a la empresa".

paulatina de la empresa por parte de sus propios trabajadores, eliminando con ello al final del proceso, el vínculo contractual.

Como forma de organización social de la producción, también es persistente una idea de "tercera vía", que pretende terminar con la "inhumanidad de la empresa capitalista", aun cuando para esto se requiera de todas formas de la figura del contrato de trabajo que vinculara al trabajador a la empresa mediante una remuneración que permitiría la "capitalización" y paulatina adquisición de la empresa[35].

En tiempos más próximos a las elecciones, los documentos programáticos eran persistentes con las propuestas sobre una redefinición del concepto de empresa que permitiera terminar con la vinculación contractual del trabajo. Con todo, debe observarse que no se trata de propiedad estatal o de abolición de la propiedad privada, sino que más bien, de transferencia del dominio a los trabajadores de cada empresa. Las nuevas figuras empresariales, debían "propender a confundir en unas mismas manos el capital y el trabajo, de modo que los trabajadores sean dueños de su trabajo", además de que "se propenderá, también, a que progresivamente el sector trabajo participe en la dirección y copropiedad de las empresas"[36]. También de forma más explícita: "Los trabajadores como cuerpo integrante de la empresa adquirirán progresivamente su propiedad a través de un reparto de la capitalización de las empresas"[37].

Desde el punto de vista de las relaciones jurídicas de trabajo y la participación en la política nacional, se aspiraba a la existencia de una integración de trabajadores y política en una articulación a través de un "Consejo de Productividad integrado por representantes de los trabajadores y los empresarios, bajo la dirección del ministro del Trabajo y con una secretaría técnica"[38].

35 El documento señalaba: "Abiertas al trabajador las vías de acceso a la cultura, al ahorro y a la capitalización, a la dirección del Gobierno y de la economía, no puede perpetuarse la imagen del sector capitalista y del sector asalariado. Una democracia económica fundada en los valores del hombre hará del trabajo una herramienta principal del progreso y el desarrollo, pero, al mismo tiempo –a través del ahorro y la capitalización que deben permitir las remuneraciones y participaciones justas en el proceso productivo– un instrumento de acceso a los medios de producción y al capital en general. Habrá, pues, organizaciones que representen el interés de los capitales invertidos en la vida económica o del trabajo operante en la misma, pero el "hombre trabajador" podrá ser al mismo tiempo el "hombre capitalista", en el sentido del que ha tenido acceso a la propiedad de los medios de producción y que defiende al legítimo interés invertido en ellos como el fruto del ahorro, a través de un trabajo remunerado con justicia". *Informe Preliminar para un Gobierno de la Democracia Cristiana. Primer Congreso Nacional de Profesionales y Técnicos de la Democracia Cristiana e Independientes*, Editorial del Pacífico, Santiago, 1962, p. 92.

36 *Su Compromiso con Chile… Síntesis de El Programa*, Editorial del Pacífico, Santiago, 1964, p. 15.

37 *El Gobierno Nacional y Popular. Resumen del Programa de Gobierno de Frei, destinado a servir de guía a los Jefes de los Frentes y Dirigentes de la campaña, en general,* s/d. p. 34.

38 *El Gobierno Nacional y Popular. Resumen del Programa de Gobierno de Frei, destinado a servir de guía a los Jefes de los Frentes y Dirigentes de la campaña, en general,* s/d. p. 33.

En suma, la idea acerca de redefinir las relaciones jurídicas de trabajo desde un paradigma distinto al contractual, con todas las transformaciones que eso requiere, parecía continuar con vida en medio de la década de 1960 y a las puertas del inicio de un gobierno integrado por varios de aquellos juristas que la proponían en las décadas de 1930, 1940 y 1950, y que ahora eran militantes del Partido Demócrata Cristiano. Eduardo Frei Montalva, candidato presidencial, Gustavo Lagos Matus, futro ministro de justicia desde 1969, William Thayer Arteaga, quien se sumaba a este ideario aunque con importantes matices y que asumiría un rol fundamental desde el Ministerio del Trabajo durante casi todo el período de gobierno, tendrían la tarea de llevar a cabo la materialización de una "revolución en libertad", redefiniendo los paradigmas laborales, empresariales, económicos y en definitiva sociales.

IV. EL RESULTADO: NADA EN LO INDUSTRIAL Y UNA FUGAZ OPORTUNIDAD EN LO AGRÍCOLA.

En 1964, tras acceder Eduardo Frei Montalva a la presidencia de Chile como militante del Partido Demócrata Cristiano, los anteriores y grandiosos discursos sobre una nueva sociedad transformada por el Derecho del Trabajo eran traducidos a expresiones programáticas de campaña electoral. Sin embargo, a pesar de haber sido impulsadas y promulgadas numerosas leyes laborales en el período de Frei, nada se acercó a lo propuesto en el ideario y los programas de gobierno. El paradigma legal de vínculo laboral seguiría siendo el contrato de trabajo sin ningún contrapeso, pero en el ámbito agrario si hubo elementos que podrían ser interpretados como preparatorios de estructuras laborales no contractuales sujetas en el derecho de dominio.

La Reforma Agraria es un tópico de importantes complejidades históricas, jurídicas y económicas que requiere de una mirada más especializada y en detalle de la que se está haciendo en estas páginas, pero de todas formas es importante resaltar algunos puntos que dicen relación con la idea jurídica que estamos observando[39]. Como se ha visto más arriba, las figuras de vinculación laboral agrícola eran diversas de las existentes en el ámbito industrial, además de no ser, en muchos aspectos, figuras propias del Derecho del Trabajo como, por ejemplo, los inquilinos, los reemplazantes u "obligados", entre otros. No se debe considerar al trabajo agrícola como un área menor o complementaria durante la

39 Sobre el proceso de Reforma Agraria del gobierno de Eduardo Frei Montalva, ver, Robles, C. y Kay, C.: "La Transición del Sistema de Hacienda al Capitalismo Agrario en el Chile Central", en AA.VV., *Historia política de Chile, 1810 – 2010. Tomo III, Estado y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2018, pp. 107–139. Rojas Marín, A. "La Reforma Agraria del Presidente Eduardo Frei Montalva (1964-1970), en AA.VV., *Reforma agraria 50 años después. Origen y desarrollo del proceso*, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2017, pp. 157-148. Avendaño, O. "La Reforma Agraria en el Gobierno del Presidente Eduardo Frei Montalva: un cambio estructural y la incorporación del campesinado", en AA.VV., *Eduardo Frei Montalva: un gobierno reformista*, Universitaria, Santiago, 2016, pp. 165–169.

década de 1960. Un importante porcentaje de la población de Chile aún vivía en el territorio rural, a pesar de que se experimentaba un proceso de migración hacia las ciudades. En 1960 un 31,8 % de la población nacional aún vivía en el campo[40].

El camino de la Reforma Agraria en Chile había comenzado con el proceso del presidente Jorge Alessandri Rodríguez con la ley 15.020 de 1962, que fue criticada por considerarse de un alcance excesivamente limitado. De ahí en más, cada uno de los dos períodos presidenciales siguientes, esto es, Eduardo Frei Montalva y Salvador Allende Gossens, dieron su propio impulso y sello al proceso de Reforma Agraria[41]. En 1965, en el mensaje presidencial del proyecto de una nueva ley de Reforma Agraria, Eduardo Frei señalaba: "En resumen, al realizar la reforma agraria, perseguimos lograr la transformación de las estructuras de la agricultura en forma tal, que posibiliten la incorporación de todo el sector rural al desarrollo social, cultural, económico y político de la nación"[42].

La disposición política en el Congreso Nacional fue bastante favorable a introducir cambios en la legislación de Reforma Agraria, con apoyos de sectores fuera del gobierno como la de los partidos Comunista y Socialista que resolvían apoyar la iniciativa del gobierno para dar una mayor orientación social al proceso[43]. De todas formas, no dejaban de señalar importantes reparos a las reformas, como expresaba el senador Víctor Contreras al expresar: "En muchas oportunidades, hemos oído hablar acerca de la necesidad de uniformar tanto la previsión como la reglamentación en cuanto a jornadas de trabajo. Nuevamente se nos promete regularizar esta situación. Votaremos favorablemente esta observación, aun cuando no nos satisface en absoluto"[44].

Sea como fuere, la discusión y tramitación del proyecto siguió adelante. Se contemplaba una etapa que podía ser transitoria o podía quedar de forma permanente en la que la propiedad de la tierra era comunitaria, como eran los "asentamientos". En este caso, el paradigma de vínculo laboral ya no era el contrato de trabajo, sino que había una relación de dominio que consecuencialmente permitía que el producto del trabajo quedara en el patrimonio del trabajador de manera comunitaria.

40 *Características Básicas de la Población (Censo de 1960)*, Dirección de Estadística y Censos, Santiago, 1964.

41 El concepto de la Reforma Agraria como una solución al abandono sufrido por la población campesina más que como un asunto de propiedad o economía, venía siendo planteado por Frei Montalva desde las décadas anteriores. A esto refiere en su calidad de senador en alocuciones parlamentarias en 1951. Diario de sesiones del Senado (Sesión 12 de 3 de julio de 1951), pp. 430–439.

42 Diario de sesiones de la Cámara de Diputados (Sesión 23 de 24 de noviembre de 1965), p. 2145.

43 Avendaño, O.: "La Reforma", pp. 166–167; y, San Francisco A. (Director), *Historia de Chile,* cit., Tomo II pp. 160 – 161.

44 Diario de sesiones del Senado (Sesión 35 de 14 de abril de 1966), p. 2027.

De este modo, la arista laboral de la Reforma Agraria además permitía declarar algún grado de cumplimiento del programa y el ideario de gobierno[45].

La nueva Reforma Agraria estuvo consagrada en un sistema legal que consistía principalmente en una Ley de Reforma Agraria y otra de Sindicación Campesina que cambiaba por completo la lógica del sistema anterior que había sido establecido en el período del presidente Gabriel González Videla. Ambas leyes en conjunto podrían ser interpretadas desde una perspectiva más global, como una preparación para formas laborales comunitarias o cooperativas, erradicando el contrato de trabajo y la subordinación y dependencia, estableciendo como paradigma preponderante, la relación privada y de dominio. Ciertamente, no es posible una comprobación histórica acerca de la eficacia o real virtud de este sistema agrario para alcanzar dichos objetivos, dado que el proceso cambió de rumbo y luego fue discontinuado en 1973.

La Ley 16.640 de Reforma Agraria de 1965 establecía formas empresariales y de trabajo que admiten vinculaciones no contractuales de trabajadores y faena, como era la propiedad cooperativa y los asentamientos. Por su parte, le Ley 16.625 de Sindicación Campesina consagraba una forma de organización sindical de base territorial en lugar de empresarial, que podría haber sido también la forma de preparar la organización de los campesinos según las mismas problemáticas económicas y geográficas. Ambas leyes formaban un sistema que en conjunto y en el tiempo se orientaban a una constitución laboral comunitarista o cooperativa, en la que la vinculación contractual ocuparía un lugar secundario.

El texto de la Ley 16.640 consagraba los asentamientos prescribiendo que "Asentamiento es la etapa transitoria inicial de la organización social y económica de los campesinos", que tenía entre otros objetivos "Preparar y capacitar a los asentados para que asuman completamente, al término del asentamiento, las responsabilidades de propietarios y empresarios agrícolas" y, "Orientar e impulsar el desarrollo de la comunidad, promoviendo la preparación, creación y fortalecimiento de sus cooperativas u organizaciones de base'[46].

La otra figura que podría considerarse de preparación para estructuras de trabajo no subordinado es la de "unidades agrícolas familiares" que, si bien es cierto, distribuye una especie de propiedad individual, también establece como requisito para esta forma de tenencia de la tierra "Pertenecer a una cooperativa de reforma agraria, cuando la Corporación al momento de efectuar la asignación haya

45 Así lo proclamaba el diputado oficialista Héctor Valenzuela a propósito de la Reforma Agraria: "Así el Partido Demócrata Cristiano y el presidente Frei estamos cumpliendo nuestra promesa al pueblo que puso su fe y su esperanza en el programa de la revolución en libertad". Diario de sesiones de la Cámara de Diputados (Sesión 85 de 10 de mayo de 1966), pp. 8075–8076.

46 República de Chile, "Ley 16.640 de Reforma Agraria, artículo 66", disponible en: http://bcn.cl/2lplv

establecido la obligatoriedad de pertenecer a ella, por el plazo que determine"[47]. Además de esto, se declara que la explotación de los campos debía ser directa por los asignatarios, aun cando se permitía algún grado de contrato de trabajo ocasional y complementario[48].

El sistema de Reforma Agraria, en definitiva, presentaba formas de propiedad que a la vez eran de organización del trabajo de una manera diversa a la lógica del contrato de trabajo industrial intermediado por el Estado a través de la legislación tutelar laboral. Su real aptitud para provocar la transformación propuesta por la teoría y los programas políticos no pudo observarse en su desarrollo temporal, además de las críticas que dentro del mismo Congreso Nacional se formularon en su tiempo. Con todo, parece claro que en un ámbito imperfectamente regulado como era el del trabajo campesino, las figuras laborales contractuales no fueron el centro de los cambios, con lo que no se profundizó la estructura del trabajo subordinado y dependiente, sino que más bien se intentó seguir otro camino[49].

V. LA CONTROVERSIA POR LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN LABORAL Y LA PREVALENCIA DE LA RELACIÓN MEDIADA POR EL ESTADO.

En el tiempo inmediatamente siguiente al gobierno de Eduardo Frei Montalva, en Chile se vivió nuevamente un giro político de bastante intensidad con un simbolismo de significación refundacional. El gobierno del nuevo presidente Salvador Allende Gossens, que gobernó desde 1970 a 1973, presentaba una convocatoria política bajo la denominación de ser una "vía chilena al socialismo", que buscaba el establecimiento de estructuras industriales y laborales participativas, basadas en principios diversos del contrato de trabajo, pero también, lejanos de las ideas jurídicas proclamadas desde el entorno del anterior presidente Eduardo Frei Montalva[50].

El programa del gobierno que recién estaba asumiendo, desplazaba a la relación laboral nuevamente hacia el ámbito de las relaciones jurídicas públicas, con el Estado en un papel de organizador y en muchos casos, derechamente como

47 República de Chile, "Ley 16.640 de Reforma Agraria, artículo 75", disponible en: http://bcn.cl/2lplv

48 De este modo lo señalaba el artículo 67 de la ley 16.640: "En las tierras asignadas en conformidad a los incisos precedentes se entiende que el trabajo normal de explotación agrícola será ejecutado por los campesinos asignatarios de la tierra y sus familias o por los campesinos miembros de una cooperativa asignataria de tierras y sus familias. Sólo cuando las necesidades de la explotación exijan trabajo complementario, podrán contratar asalariados con carácter ocasional, quienes tendrán derecho a una participación en los beneficios de la explotación de acuerdo a las normas que se establezcan en el Reglamento" (ley disponible en: http://bcn.cl/2lplv).

49 Diario de sesiones de la Cámara de Diputados (Sesión 13 de 5 de julio de 1966), 1757.

50 Corvalán Márquez, L.: *Del anticapitalismo al neoliberalismo en Chile. Izquierda, centro y derecha en la lucha entre los proyectos globales, 1950–2000*, América en Movimiento, Santiago, 2018, pp. 188–191; San Francisco A. (Director), *Historia de Chile*, cit., Tomo IV, pp. 689–693.

empleador. Nuevamente la naturaleza jurídica de la relación laboral se ponía en el centro de los mecanismos de reformulación sociopolítica y otra vez, el foco se desplazaba más hacia afuera de la relación privada. El propio presidente Allende lo sostenía de forma muy categórica en sus discursos en los que se preocupaba de que no quedara duda acerca de que el camino de su gobierno se apartaba de la vinculación laboral privada basada en el dominio[51].

En el ámbito agrícola, en el que si se había avanzado hacia el establecimiento de relaciones jurídicas de trabajo con orientación hacia una naturaleza de Derecho Privado, el gobierno de Salvador Allende también implementó algunos mecanismos que significaban una variante en la Reforma Agraria. Esto no se hizo con una nueva ley de reforma sino que más bien se fue configurando a través de la creación de instancias de organización desde el Estado, en conjunto con las agrupaciones de trabajadores, que permitían insertarse en un sistema de producción diverso al de la relación privada de propietarios comunitarios. De este modo, se formó una institucionalidad con los Centros de Producción (CEPRO) y Centros de Reforma Agraria (CERA) que articulaban al trabajo campesino. Ambas clases de instituciones se erigieron en aplicación de legislación vigente con anterioridad para la Reforma Agraria chilena. Los CERA se constituían como una forma de coordinación desde el Estado para el funcionamiento de una economía planificada y coordinada con organizaciones sindicales. Los CEPPRO a su vez, coordinaban a los trabajadores de empresas agrícolas de propiedad del Estado[52]. En definitiva, en la economía agrícola se reorientaba el proceso de reforma hacia paradigmas jurídicos de relación mediada por el Estado, o derechamente, de Estado empleador.

A fin de cuentas, lo que había acontecido en Chile desde inicios del siglo XX hasta la década de 1970 mostraba un panorama en el que la idea jurídica sobre la organización del trabajo presentaba dos polos en los cuales el Estado tenía una participación directa. En uno de ellos, la relación laboral era intermediada por el Estado, bajo la figura del contrato de trabajo protegido con un contenido mínimo bajo el principio de irrenunciabilidad, y en el otro extremo, había una concepción de un Estado empleador, aunque con importantes matices que reservaban áreas

51 Son muy ilustrativas las palabras con que el presidente Allende manifiesta su desacuerdo con el paradigma del trabajador propietario frente a la CUT, que a la época era la central sindical más grande y unida al gobierno: "Nosotros decimos no a las empresas de trabajadores ¿Cuándo, en qué momento de la historia? ¿Cuándo, los otros gobiernos hicieron viable las empresas de los trabajadores? … ¡Miren qué manera de disfrazar de capitalistas a los trabajadores! De pretender dividir la clase. ¡Miren qué forma sinuosa de pretender distorsionar la realidad de los trabajadores! Las empresas estatizadas, las empresas nacionalizadas, el carbón, el salitre, el hierro, el cobre, el petróleo, el acero, las empresas textiles, las empresas de cemento, los bancos, son del pueblo de Chile, son de todos los trabajadores y no de un grupo de trabajadores". Allende, S.: "Discurso del Acto Inaugural del VI Congreso de la Central Única de Trabajadores, 8 de diciembre de 1971", en *Archivo Salvador Allende*, Vol. 8, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Morelia, 1990, p. 36.

52 Díaz Osorio, J.: "La Reforma Agraria del Presidente Salvador Allende Gossens (1970-1973).", en AA.VV., *Reforma agraria 50 años después. Origen y desarrollo del proceso*, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2017, pp. 155-178.

de la economía a la iniciativa privada, pero siempre con una coordinación vinculada a la organización estatal a través de los sindicatos. En medio de estos dos núcleos conceptuales, se intentaba abrir paso la idea jurídica acerca de la naturaleza privada de la relación laboral, en la que no existía un Estado mediador y tampoco un Estado empleador, sino que por el contrario, había una relación jurídica de trabajo de naturaleza privada, que se estructuraba con base al derecho de dominio que permitía que el producto del trabajo se incorporara de forma directa en el patrimonio del trabajador-propietario, sin la necesidad de un salario. Esto mostraba la importancia de la organización de las relaciones jurídicas de trabajo para la construcción de estructuras políticas, incluso sobre las propias normas jurídicas que refieren a las formas del Estado, las cuales no tuvieron una discusión tan intensa como aquellas que referían a la economía y al trabajo humano.

Esta circunstancia se vio confirmada en los años siguientes bajo el poder militar que imperó en Chile entre 1973 y 1990, que impuso un viraje político que se apoyó nuevamente en la regulación de las relaciones laborales, esta vez, regresando al paradigma del Estado mediador, pero con un grado importante de liberalización del contenido del contrato de trabajo, como lo dispusieron los respectivos decretos leyes que conformaron el Plan Laboral, especialmente el Decreto Ley 2200 que desregulaba la relación laboral, pero explicitando la mediación del Estado en la relación laboral, como era el paradigma clásico. Así lo establecía el artículo 2 de la señalada norma legal al decir que "Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios"[53].

Desde la década de 1980 y hasta la actualidad, el paradigma jurídico laboral se ha mantenido invariable. La controversia por la naturaleza jurídica de la relación laboral quedó definida en torno a la relación contractual dirigida legislativamente con un contenido mínimo irrenunciable y una fiscalización estatal especializada de cumplimiento de las leyes laborales con una oficina laboral denominada Dirección del Trabajo[54].

VI. CONCLUSIONES.

En estas páginas hemos seguido la trayectoria de una idea jurídica que intentaba ser alternativa a la que fue preponderante durante todo el siglo XX y que consistía en la vinculación del trabajador mediante el contrato de trabajo con subordinación y dependencia. Esta propuesta intentó posicionarse en Chile como una solución

53 Rojas Miño, I.: *El Derecho del Trabajo en Chile. Su formación histórica y el control de la autonomía colectiva*, Thomson Reuters, Santiago: 2016, pp. 192-199.

54 La irrenunciabilidad está en el artículo 5 del Código del Trabajo: "Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo".

de tercera vía entre "derecha e izquierda" o entre "capitalismo y comunismo", a la manera de síntesis que resolviera el conflicto de las dos nociones antecedentes.

Esta idea, planteada en el medio chileno entre otros por los abogados Alberto Hurtado Cruchaga, Eduardo Frei Montalva y Gustavo Lagos Matus, pudo transitar hasta la década de 1960, en la que fue utilizada para darle vitalidad a un programa de gobierno que buscaba instalarse como una "Revolución en Libertad", aprovechando ideas jurídico-laborales de transformación social. Pero la realidad política de los años 1960 era muy distinta a la de las décadas de 1930 o 1940. El mundo se movía en otra dirección, con un espectro político que esencialmente tenía dos polos en medio de una Guerra Fría que daba muy pocos espacios al surgimiento de proyectos políticos no alineados. Chile no era la excepción a esta dinámica, y resulta bastante difícil pensar que, en las décadas de 1950 en adelante, los gobiernos chilenos no estuvieran fuertemente exigidos interna e internacionalmente por alguna de las potencias en pugna, más aún, después del año 1959 en el que la Revolución Cubana se mostraba como una esperanza o como una amenaza para los países americanos, según fuera el caso. Este escenario político parecía muy poco propicio para un intento de esta naturaleza.

Lo que se pudo observar finalmente, es que la idea jurídica sobre las formas empresariales y vinculares del trabajo quedó reducida a su mínima expresión en el momento de su encuentro con el poder político en 1964. No existieron intentos por implementar la empresa comunitarista o cooperativa en el área industrial, y no se observa nada que reemplace al contrato de trabajo por otra figura vincular.

La incógnita, de todas formas, queda abierta en lo relativo al ámbito agrícola. Esta área tal vez hubiera podido ser más propicia para intentar redefinir las estructuras laborales. Pudo apreciarse que, como parte de la Reforma Agraria de Eduardo Frei Montalva, se dispusieron algunas figuras legales que tendían a la propiedad comunitaria o cooperativa de la empresa, disminuyendo la incidencia del contrato de trabajo. Esto quedaba con el matiz de la institucionalidad agraria que había creado a continuación el gobierno de Salvador Allende, aun cuando el resultado que aquello pudo haber producido en la transformación de las relaciones jurídicas de trabajo sólo hubiera sido posible apreciarlo en un período más largo de tiempo.

Sea como fuere, las formas laborales agrarias solo podían servir de base y preparación para una transformación que por diversas razones no llegó a efectuarse en ese gobierno ni en los siguientes, hasta su total interrupción en 1973.

BIBLIOGRAFÍA.

Arrau Corominas, F.: "Una aproximación al pensamiento político del ex Presidente de la República de Chile Eduardo Frei Montalva", en AA.VV., *Eduardo Frei Montalva: Fe, política y cambio social"*, Ediciones de la Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, 2013, pp. 62-66.

Avendaño, O.: "La Reforma Agraria en el Gobierno del Presidente Eduardo Frei Montalva: un cambio estructural y la incorporación del campesinado", en, AA.VV, *Eduardo Frei Montalva: un gobierno reformista*, Universitaria, Santiago, 2016, pp.159-195.

Clavero, M.: "Un punto de inflexión en la vida del padre Alberto Hurtado. Itinerario y balance de su viaje a Europa, de 1947", *Teología y Vida*, 2005, Vol. XLVI, pp. 314-317.

Corvalán Márquez, L.: *Del anticapitalismo al neoliberalismo en Chile. Izquierda, centro y derecha en la lucha entre los proyectos globales, 1950–2000*, América en Movimiento, Santiago, 2018.

Díaz Osorio, J.: "La Reforma Agraria del Presidente Salvador Allende Gossens (1970-1973)", en AA.VV., *Reforma agraria 50 años después. Origen y desarrollo del proceso*, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2017, pp. 155-178.

Frei Montalva E.: *La Política y el Espíritu*, Ercilla, Santiago, 1940

Irureta, P.: "La vocación jurídica de Alberto Hurtado S.J.", estudio preliminar, *Obras jurídicas completas de Alberto Hurtado Cruchaga*, Lexis Nexis, Santiago, 2005.

Gazmuri C. et al.: *Eduardo Frei Montalva 1911-1982*, Fondo de Cultura económica, Santiago, 1996.

Huneeus, C. y Couso, J. (Editores): *Eduardo Frei Montalva: un gobierno reformista*, Universitaria, Santiago, 2016.

Hurtado Cruchaga, A.: *Obras jurídicas completas*, Lexis Nexis, Santiago, 2005.

Hurtado Cruchaga, A.: *Moral social*, Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004.

Hurtado Cruchaga, A. (compilador): *El Orden Social Cristiano en los documentos de La Jerarquía Católica*, Club de lectores, Santiago, 1947.

Lagos Matus, G.: *El Problema Histórico del Trabajo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago: 1950.

Lizama Portal, L.: "El Derecho del Trabajo chileno durante el Siglo XX", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, Vol 2, nº 4, pp. 109–142.

Nayan, P. et. al.: *Situación actual del cooperativismo agropecuario en Chile*, Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola, Santiago, 2012.

Palomeque, M.C.: *Derecho del Trabajo e Ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1973–1923)*, Teknos, Madrid: 2011.

Pérez Guiñez, A. (Director), *Eduardo Frei Montalva: Fé, Política y cambio social*, Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, 2013.

Robles C. y Kay, C.: "La Transición del Sistema de Hacienda al Capitalismo Agrario en el Chile Central", en AA.VV., *Historia política de Chile, 1810–2010. Tomo III, Estado y sociedad*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2018, pp. 107-139.

Rojas Marín, Á.: "La Reforma Agraria del Presidente Eduardo Frei Montalva (1964-1970)", en AA.VV., *Reforma agraria 50 años después. Origen y desarrollo del proceso*, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2017, pp. 157-148.

Rojas Miño, I.: *El Derecho del Trabajo en Chile. Su formación histórica y el control de la autonomía colectiva*, Thomson Reuters, Santiago, 2016.

Ruiz Godoy, R.: *Historia de la legislación laboral en Chile. Proyectos, debates y regulaciones del mundo del trabajo en la historia chilena*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2018.

San Francisco, A. (Director): *Historia de Chile 1960–2010, Tomo II*, Universidad San Sebastián, Santiago, 2016.

San Francisco, A. (Director): *Historia de Chile 1960–2010 Tomo III*, Universidad San Sebastián, Santiago, 2018.

Ugarte Cataldo, J.L.: *Derecho del Trabajo: Invención, teoría y* crítica, Thomson Reuters, Santiago, 2014.

Walker Errázuriz, F.: *Derecho de las Relaciones Laborales*, Editorial Universitaria, Santiago, 2003.

Walker Linares, F.: *Nociones elementales de Derecho del Trabajo*, Nascimento, Santiago, 1957.

Yáñez Andrade, J. C.: "Antecedentes y evolución histórica de la legislación social de Chile entre 1906 y 1924", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos,* 2011, XXI, pp. 203-210.

POROUS WALLS AND SPECTRAL NUISANCES CONDOS, INTERCULTURAL LAW AND SPATIAL JUSTICE

MURI PERMEABILI E DISTURBI SPETTRALI DI CONDOMINIO, DIRITTO INTERCULTURALE E GIUSTIZIA DELLO SPAZIO

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 420-453

Mario RICCA

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Nella vita quotidiana, l'incontro nello spazio è un incontro di personalità attive. Non avviene nel vuoto, ma piuttosto all'interno di una dimensione relazionale plasmata da scalpelli semantici e intessuta di storie, narrazioni, ricordi "reali" e "immaginari". Queste caratteristiche della vita quotidiana sono particolarmente evidenti all'interno di contesti di convivenza multiculturale. Al loro interno, la percezione di qualsiasi oggetto, evento o soggetto è una sintesi delle sue contiguità spaziali e semiotiche, formata da sequenze di relazioni e connessioni che portano al suo verificarsi. Il significato di ogni entità che "occupa" lo spazio è l'epitome, la condensazione, delle esperienze precedenti attualizzate attraverso la memoria così come le possibili implicazioni future "rappresentate" dall'immaginazione. Pertanto, ciò che "è" e il suo spazio di esistenza dipendono dalla configurazione del contesto di esperienza e di significazione.

Gli spazi vissuti sono, tuttavia, spazi sociali, e come tali sono bersagli di proiezioni assiologiche, teleologiche e normative. Comprendere lo spazio della convivenza implica, quindi, un'analisi delle sue connessioni con le "scansioni" categoriali e normative che danno "ritmo" al suo uso e ne plasmano il significato. Il risultato di tali "lavorazioni semiotico-spaziali" sarà proattivamente incarnato dalla percezione culturale, psicofisica e irriflessiva dello spazio, generando così la sua "coseità" (o "thingness"). Le implicazioni reciproche tra soggettività, spazialità e categorizzazione possono essere efficacemente comprese attraverso lo spettro di una tipica fonte di conflitto nella convivenza abitativa: la legge sul disturbo.

Il risultato di tale analisi porta a riconoscere i diritti umani e il loro uso interculturale come un'interfaccia adatta a veicolare la traduzione e la compenetrazione tra spazi di esperienza fisici e culturali, vicini e lontani. Tali pratiche traslazionali e transazionali permettono l'emersione di uno spazio di convivenza multiculturale dotato dell'efficacia inerente alla normatività del diritto. Essa appare come una dimensione "corologica", all'interno della quale segno e materia, soggetto e spazio, categorie e geografia/topografia, insieme, riarticolano le loro connotazioni lungo un continuum di senso ed esperienza che trova nel condominio e nel suo processo di "apart-ment" (separazione/esclusione) sia una metafora che un laboratorio per le possibilità di coesistenza globale, cioè un "worldominium".

PALABRAS CLAVE: Geografia legale; Legge sul disturbo; Coesistenza urbana; Corologia legale.

ABSTRACT: *In quotidian life, the encounter in space is an encounter of active bodies. It does not occur in a void, but rather within a relational dimension that has been shaped by semantic chisels and interwoven with stories, narrations, and both "real" and "imaginary" recollections. These features of quotidian life are especially apparent inside contexts of multicultural coexistence. Within them, the perception of any given object, event, or subject, is a synthesis of its spatial and semiotic contiguities, formed by sequences of relations and connections that bring about its occurrence. The significance of each entity which "occupies" space is the epitome, the condensation, of previous experiences actualized through memory as well as the possible future implications "presentified" by imagination. Therefore, that which "is" and its space of existence depend on the configuration of the context of experience and signification.*

Lived spaces are, however, social spaces, and as such are targets of axiological, teleological and normative projections. Understanding the space of coexistence implies, therefore, an analysis of its connections with categorical and normative "scansions" that give "rhythm" to its use and mold its meaning. The result of such "semiotic-spatial workings" will be proactively embodied by the cultural, psycho-physical and irreflexive perception of space, so engendering its "cosality" (or "thingness"). The reciprocal implications between subjectivity, spatiality and categorization can be effectively understood through the spectrum of a typical source of conflict in housing coexistence: nuisance law.

The outcome of such an analysis leads to the recognition of human rights and their intercultural use as an interface suitable for conveying translation and interpenetration between physical and cultural, close and remote, spaces of experience. Such translational and transactional practices allow for the emersion of a space for multicultural coexistence endowed with the effectiveness inherent in the normativity of law. It appears as a "chorological" dimension, within which sign and matter, subject and space, categories and geography/topography, together, re-articulate their connotations along a continuum of sense and experience that finds in the condominium and its process of "apartment" (separation/seclusion) both a metaphor and a laboratory for the possibilities of global coexistence, that is, a "worldominium."

KEY WORDS: *Legal Geography; Nuisance law; Interculture; Urban Coexistence; Legal Chorology.*

SUMARIO.- I. PROLOGUE.- II. INVASIVE EMISSIONS, NUISANCES, AND SPATIALITY.- III. TRANSLATING SPACES: PLURAL SPATIALITIES AND THE UBIQUITY OF CONNOTATIONS.- IV. THINGS, WORDS, SPATIAL JUSTICE: A CHOROLOGICAL GAZE.

I. PROLOGUE.

In quotidian life, the encounter (in and across space) is a bodily one. However, it does not occur in a void but is always intermingled with narrations, images, "real" or "imaginary" stories[1]. In addition, space is imbued with categorizations. Categories, in turn, come out of pro-active synthesis and epitomize the psychological processes that embody experience. Embodiments and narrations of space, if understood as features of quotidian life, are particularly apparent within the micro-spaces of coexistence carved out by the architecture of condominiums whenever people from different cultures live in them. Right where the separation intrinsic in the idea of *apart-ment* yields its conceptual and pragmatic threshold towards the condo's micro-territories—the so-called *common property*—space and meanings are prone to coalesce into one another. In these cases, spatial proximity weakens the cartographies of coexistence rooted in each culture. Simultaneously, however, the physical continuity between the different semantic landscapes projected by inhabitants from different cultures and origins shapes new inter-spaces of life. And just there, in such inter-spaces, the geographically "remote" (precisely because known, remembered, and acted by people) ends up acquiring semiotic proximity.

The factors that serve as bridges between inside and outside, the distant and the close, transfiguring the categorical borders of each of these elements, are the "etcetera" of the human, that is, everything that arises from the multi-sensoriality inherent in the encounters prompted by the (inevitable) sharing of everyday life. Within this set one can enlist smells, stink, sounds, voices, noises, invasive emissions, discharges, propagations, emanations, vibrations, etc. In short, all that is capable of crossing borders and barriers, making perceptible and obtruding the physicality of subjects and their signs beyond walls, bulkheads and boundaries. Like ghosts, these clues of human presence, declined in its reciprocal Otherness, re-map, just as occurs in our dreams, what is "in here" and "out there," and therefore the "coherent" and the "incoherent," the "simultaneous" and the "asynchronous": in other words all the grammar of ownership and/or possession.

1 Cfr. Valentine G.: "Living with Difference: Reflections on Geography of Encounter," *Progress in Human Geography*, 2008, 32, pp. 321 ff.

• Mario Ricca
Full Professor in Intercultural Law at Parma University e-mail: mario.ricca@icloud.com

In this remolded but only apparently oneiric dimension of life, the impossible becomes possible, the unpredictable becomes certain, and frantic conflicts between subjectivities bereft of their previous semantic coordinates take place. Both coexistence and the hope of carrying it out pacifically envisage, as a unique perspective for their feasibility, the intercultural translation between different lexicons of spatiality embedded inside the knowledge and habits of condos, that is, the "co-owners" of condominiums. Spaces and claims for space, in the middle of this game of connection and competition between different cognitive Otherness, become only one continuous dimension that is to be polyphonically understood, at least if people are to become able to live peacefully within it.

In such situations, the different cultural landscapes of people seem to be, in a sense, conflating in a shrunken ubiquity. So, the threads of an intercultural and inter-spatial translation between them appear to be an exercise in the multilateral re-writing of subjectivity. In the midst of the crossed contextualizations necessary for an intercultural translation, the morphological differences between behaviors and perceptions can turn into categorical continuities, and vice versa. This is because the same values or ends can be implemented and substantiated by means of actions, objects, emanations, etc. that are morphologically very different from each other. Consequentially, what looks different, contrary or annoying, can subsequently appear to comprise semantic and axiological connotations placed along a *continuum,* capable of surfacing and generating new forms and categories resulting from similar processes of intercultural translation.

In quotidian experience, each connotative element included in the categorical schemas, taken as a measure of diversity and intolerance of the Other, can evade and overcome a rigid in/out logic, so as to open inter-categorical and inter-spatial bridges and pathways. In these *ventures* space transfigures, thus, in *chora*,[2] that is, a synthesis between meaning and matter, as if it were a semantic-material unity of the experience and, at the same time, its generative source. The re-writing of anthropological subjectivities of co-owners or condos, induced and compelled by physical proximity and coexistence, cannot, therefore, be anything other than an intercultural chorology.

In any condominium, however, legal experience also takes its place. So, the development of a lexicon concerning intercultural coexistence from different cultures among condos will inevitably have to cross paths with the legal cartographies

2 See Sallis, J.: *Chorology: On Beginning in Plato's Timaeus*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 1999; Sallis, J.: 2000, *Force of Imagination: The Sense of the Elemental*, Indiana University Press, Bloomington – Indianapolis, 2000. A very interesting use of "chorology", as a semantic-spatial continuum (or connotative continuum, which is simultaneously semantic and spatial), can be found in Rohrbacher, G. P.: *The Architectural Details of Alvaro Siza: A Chorology*, Thesis (M.S.)--Massachusetts Institute of Technology, Dept. of Architecture, free download available at *https://dspace.mit.edu/handle/1721.1/69751*, 1998, and his analysis of Alvaro Siza's architectural work.

of social action. The creolized spatiality embodied and co-engendered by subjects and their actions can find a lever for its efficacy in the most general axiological-legal patterns—especially human rights—so as to use them as mirrors and as means to figure out and normatively shape new features of subjectivity.

Once again by means of intercultural translation, actions (perceived as) morphologically incompatible with each other could be thus included in the categories of legal language. This effect will renew the previous semantic borders of legal statements and, therefore, their pragmatic and spatial consequences. Ends and values, by virtue of their semantic plasticity, will serve, then, as axes for the legitimation of differences and, through the normative and socially shaping action of law, trigger a chorological change, and mold new kinds of spatial experience. In this way, the claims prompted by cultural difference can be inscribed within the meshes of legal language. Consequentially, they can acquire socio-political effectiveness and determine, through the institutional "power" of discourse on rights, a kind of "collapsing in on themselves" of the very same categories used by the "power" of dominant groups to establish and reproduce themselves.

Perhaps and surprisingly, the law's words could generate within the mini-world of condominiums or, more icastically, within "worldominiums," a lexicon and an experience of inter-subjectivity capable of promoting planetary ubiquity: an opportunity not to be missed.

I. INVASIVE EMISSIONS, NUISANCES, AND SPATIALITY

Space and culture are coextensive in both common and legal languages. The spatial "scansions" also include within them categorical schemas and coordinates of sense. But categorical schemas, in turn, give rhythm to the spatial experience[3].

3 On relationship between meaning and embodiment of experience considered from the angle of categorization processes, see the following theoretical pathway (organized in thematic rather than chronological terms): Bruner, J. S., Goodnow J. J., Austin G. A. and Brown R. W.: *A Study of Thinking*, John Wiley & Sons, New York – London – Sidney, 1956: (trad. it. *Il pensiero. Strategie e categorie*, Armando Editore, Roma, 1973); Johnson, M.: 1987, *The Body in the Mind: The Bodily Basis of Meaning, Imagination and Reason*, The University of Chicago Press, Chicago 1987.; Johnson, M.: *The Meaning of the Body: Aesthetics of Human Understanding*, The University of Chicago Press, Chicago – London 2007; Lakoff, G.: *Women, Fire and Dangerous Things: What Categories Reveal About the Mind*, The University of Chicago Press, Chicago, 1987; Gibson, J. J.:*The Ecological Approach to Visual Perception*, Houghton Mifflin, Boston, 1979; Csordas, T. J.: "Introduction: The Body as Representation and Being in the World," in T. J. Csordas (ed.), *Embodiment and Experience: The Existential Ground of Culture and Self*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; Langacker, R. W.: *Foundations of Cognitive Grammar: Theoretical Prerequisites*, Stanford University Press, Stanford, 1987; Langacker, R. W.: *Grammar and Conceptualizations*, Mouton de Gruyter, Berlin – New York, 2000; Langacker, R. W.: *Concept, Image, and Symbol: The Cognitive Basis of Grammar*, Mouton de Gruyter, Berlin – New York, 2002; Gibbs, R. W. 1994: *Poetics of Mind: Figurative Thought, Language, and Understanding*: Cambridge University Press, New York, 1994; Gibbs, R. W.: *Embodiment and Cognitive Science*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005; Talmy, L.: *Toward a Cognitive Semantics: Vol. I, Concept Structuring Systems*, MIT Press, Cambridge (MA), 2003; Violi, P.: *Significato ed esperienza*, Bompiani, Milano, 1997; Ziemke, T., Zlatev, J., Frank, R.M.: (eds.), *Body, Language, and Mind. I. Embodiment*, Mouton de Gruyter, Berlin, 2007; Franck R.M., Driven R., Ziemke T., and Bernárdez E.: (eds.), *Body, Language, and Mind. II. Sociocultural Situadness*, Berlin: Mouton de Gruyter, Berlin, 2008; Goodwin, C.: *Il senso del vedere*, Meltemi, Roma:

Both of these statements are matched by an article of the Italian Civil Code, which can serve as a sort of axis to rule the continuous crossover of the spaces condos live in and through. The text runs as follows:

Immissioni. Articolo 844 cod. civ.

Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi.

Nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve contemperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà. Può tener conto della priorità di un determinato uso.[4]

Invasive emissions. Art. 844 Italian Civil Code.

The owner of land cannot prevent the emission of smoke, heat, fumes, noises, vibrations or similar propagation from the land of a neighbor unless they exceed normal tolerability, with regard also to the condition of the sites.

In applying this rule the court shall reconcile the requirements of production with the rights of ownership. It can also take into account the priority of a given use.

I will attempt to explain the problems of spatiality and sharing of space that constitute the subject of this statement[5]. These are the same problems that, in turn, originate from this legislative text because of the interplay between its provisions and the cultural patterns implicitly enshrined in the assertions it includes. Before

Meltemi (traduzione di scritti vari a cura di A. Duranti), 2003; Gregory, R. L.: *Eye and Brain*, Oxford University Press, Oxford-New York (trad. it. *Occhio e cervello. La psicologia del vedere*, Raffaello Cortina, Milano) 1998, spec. 7 ff.; Andreas, S.: *Six Blind Elephants,* Real People Press, Lafayette (CA) (trad. it. *La costruzione del significato. I sei elefanti ciechi*, Roma 2008: Astrolabio – Ubaldini Editore), 2006; Farnell, B.: *Dynamic Embodiment for Social Theory: "I move therefore I am"*, Routledge, London – New York, 2012; Bauman, Z.: *Modernity and Ambivalence*, Polity Press in association with Blackwell, Cambridge, 1991 (trad. it. *Modernità e ambivalenza*, Torino 2010: Bollati Boringhieri, e ibidem spec, pp. 11 ff., 30 ff.); Blumenberg, H.: *Theorie der Unbegriffchkeit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 2007 (trad. it. *Teoria dell'inconcettualità*,: due punti edizioni, Palermo 2011). These works are coordinated, in my perspective, with the semiotic-pragmatist approach developed by Charles Sanders Peirce, William James, and John Dewey.

4 It is worth considering that the above cited article, as indeed the whole Italian Civil Code, was written and enacted in 1942.

5 As for an overview of the invasive emissions (immissioni) in Italian law, see Mazzola, M. A.: *Immissioni e risarcimento del danno*, Wolters Kluwer, Milano, 2009. With regard to a comparative analysis as concerns invasive emissions, carried out through a compassion among different Western legal systems, see the research, albeit not very recent, carried out by Traisci, F. P., *Le immissioni fra tutela proprietaria e tutela della persona. Modelli a confronto*, ESI, Napoli, 1996. Comparative legal analysis turned up no evidence of salient differences with regard to the theoretical approach to the space that underlies this essay. The above remarks concerning the article 844 of Italian Civil Code can be extended, in many respects, also to the regulations provided by other Western countries such as, for instance, the "tort of nuisance" of Common Law systems, even if the category of *nuisance* is different in its structure from the Italian "immissioni."

I continue, however, it is to be highlighted that the above statement has been deemed extensible also to condominium relationships, although its text cites exclusively the "land of a neighbor."

Article 844 is titled "Immissioni," best translated into English by the expression "Invasive Emissions," which both evokes and focuses on the idea of "introduction." With this formula, the statement seems to refer to the situation in which somebody is introducing something into a space (which is part of another's property). The focus of the rule is not, therefore, on the emission of something taken in and of itself but rather on the "attitude" of such an "entity" to penetrate into a *given* other's space. In some respects, this terminological and normative choice is quite plausible. The statement is placed within the section of the Italian Civil Code on rights *in rem*, that is to say "the prerogatives and ways of possessing things" (understanding this formula as broadly as possible), from property to lawful possession in its strict sense, and other kinds of rights in rem such as usufruct, use, detention, tenure, etc. Furthermore, Article 844 refers to the "owner of land" as the subject entitled to claim the legal remedies. Nonetheless, the emphasis placed on the occurrence of an "introduction" or "penetration"—namely the invasion of a space by something that is alien or unrelated to it—conveys the idea of a "populated spatiality": as if that which the norm rules over were a "full" space, already filled with the pragmatic projections of categorical scansions. In other words, the target of the statement seems to be not an empty space but rather a lived space, already conceptualized symbolically as well pragmatically. To use a very current divide often invested with a sort of ontological signification, one could say that Article 844 refers to the *place* where ownership take its shape rather than to the *space*[6].

In light of this categorical divide, it would remain to be seen, however, to what specific place the substance that allegedly penetrates or is introduced belongs. Does it perhaps migrate from an indistinct space into a place? And then, what *kind* of space would such an indistinct space be? Furthermore, to what extent could this space be considered indistinct, and thereby dialectically different from the place that is subject to ownership? Whatever answers we might be able to imagine, however, we cannot help considering the "invading entity" as a connotative element. So, we should question if its simple presence, inside the space it comes from, does not tend to discount the supposed indistinctiveness of that same space. The basic assumption in the commonly agreed space/place distinction is that space is un-connoted and, in any case, its connotations have no connection with human experience. However, it is very hard to understand how connotations can be an object of *thinking* outside of any relation to human experience, including the

6 On the space/place divide – albeit, as will be seen below, not shared in this text – see, among the first to propose it, Tuan, Y. F.: 1, *Space and Place: The Perspective of Experience*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1977.

"experiences of knowing and representing;" on the other hand, it seems to be equally difficult to think of any kind of space devoid of connotations. Unlike space, all places should be specifically connoted and related to human and even personal experiences. What about, however, if more than one place or several places share the same connotations so as to result in a *continuum of places*? Is it no true that such a *continuum* compels us to perceive and conceptualize it as a *space* – despite its non-lack of connotations?

The sequence of questions raised here, even only within the spectrum of a safeguarding from invading emissions, would seem to undermine the consistency of the space/place divide, so showing, if anything, its merely heuristic significance (providing that it can always assume it), that is to say practical, but surely neither ontological nor absolute. This observation becomes rather obvious when we consider that any invading penetration presumes an emission. Such an emission, actually, originates in another place. What is more, to investigate and hold the emission responsible, and thereby to take it as a pre-condition of a future behavior compelled by law and targeted to eliminate penetration or invasion, we have to relate this emission to another place where someone lives and "acts." To clarify further, we could analyze the following paradox.

Could we reasonably consider the presence of oxygen (in the quantities ordinarily existing in the Earth's atmosphere) in someone's land as a consequence of an invading and unlawful emission? Oxygen, within the range just considered, exists in all places and spaces—with the understanding that such a terminological distinction between place and space is used here in order to include in this mental experiment the space/place divide. If it so, then we could conclude that the substances or entities capable of *giving place* to an unlawful penetration into *other places* must correspond with something specific, not-common, consequentially inherent in another space in any case, and at least connoted by those same substances and their productive sources: in short, another *place*.

If, however, a substance connotes a place by means of its presence, what does it produce when it penetrates into another place? The more intuitive answer would seem to be: "it is in motion," thereby the correct answer is "a crossing." But along with such a crossing, it would transplant a connotation from one place to another, that is, in crossing it re-connotes the second connotation. The matter at stake is, thus, whether it produces such an event or effect lawfully. However, the legitimacy or unlawfulness of the material-connotative moving/transplanting both testifies to and presupposes the legitimacy of the distinction between the involved places: therefore, the basic issue becomes whether a place, taken as such and with respect to a specific substance or entity, is to be considered as a place distinct from another or not. Yet, was it not the "indistinctiveness" between

different places the connotation, or better the meta-connotation, assumed at the basis of the configuration of space as dissimilar from place? If it so, the inter-place shifting seems thus to occur along the slippery and blurred axes of distinctiveness/indistinctiveness, which has its hub in the physical and semantic ubiquity (lawful or unlawful) of a connotation embodied by the substance *presumed to be invading*.

To fully realize all the implications of the last statements, I propose a few further questions. Where does the movement of the emitted invasive substance occur? Could it be in a space void? Or, rather, always and (however) within and through spaces already made dense with connotations, which, in turn, are punctuated, separated, ruled, distinguished, and gathered up within categorical and experiential sets and their borders? In other words, is space not, always and in any case, saturated by actual or potential places? Is the invasion or penetration not a snapshot of the moment in which the emission and its space of pertinence penetrate into another space, thus engendering an inter-space? An interspace that is, in turn, nothing but the transformative dimension continuously underlying spaces/places, if captured and understood in their inevitable precariousness and contingency?

The inter-spatial "transversality" of substances appears intrinsic to and even coextensive with the subjective side of any invasion caused by emissions, at least as I have just re-configured them, that is, as the focus moment of a dynamic of spaces. What qualifies the unlawful penetration is precisely the perception of an intrusion, the occurrence of a break into a lived space, rather than the penetration or the overriding caused by a substance taken in and of itself. This means that the invasion does not take place in an objective world, a "real" reality *placed* over there regardless of human agents, but it is instead a phenomenon germinating just where the boundaries between subjects and the world dissolve, and in this way, it produces a *space of experience*. Therefore, the inter-space of the penetration/intrusion will not only host this experience but will be co-engendered by its occurrence along with the web of relationships underlying its emersion, its appearance, as a phenomenon. The cultural dimension is shown to be, thereby, pivotal to understanding the scope of Article 844. This is because the ground from which the "invading penetration" germinates, coincides with the conceptual lens put on by each individual, his cognitive habits and interactions with the environment.

The movement of emissions through spaces also brings a cultural movement. Moreover, the emitted substances are always the outcome of an action with some end in view, molded by pragmatic plans, etc. Invading substances are the exceeding "propagation" of such actions, a sort of "furthering," which protrudes, overflowing from the space, the circuit of "the emitting," and invades the others' space.

Propagation—a term employed in the same Article 844—denotes the crossing of borders (if taken in a metaphorical and immaterial sense, a sort of trespass), as well as overloading, expansion, spreading and, even pollution or contamination (nuisance)[7]—to be intended in its etymological sense as a *cum-tangere*, that is, producing a contact and "con-taminant"). So, the passage from one space to another, if configured as an annoying propagation, has to do again with the distinction and separation between lived and already occupied spaces; indeed, it presumes this distinction. Whereas if no one perceived the "alienness" of the invading substance, then there would be neither propagation nor intrusion. The other's space, the invaded space, would be already (lawfully) "inhabited" by that entity, the emitted substance, which therefore would not be an invading one. In a sense, it would be already (at least potentially) inside the other's space. In other words, the other's space would appear to be categorically and experientially continuous with the space of the neighbor who is emitting the substance.

The above articulated inter-spatial continuity is a very relevant analytical achievement. It allows us to bring to light how distinct spaces also have both common connotations and different ones, which work as sources of spatial distinction. This is, moreover, a characteristic extensible to all categorical circuits and domains. Every categorical area or frame can be seen to have connotations in common with other categories, although the latter can be distinguished from the former because of the presence within them of other, differing connotations. The game of "distinction" revolves around the degree of salience recognized by each connotation, either different or common, which is considered relevant or decisive in order to distinguish between categories and/or spaces. This conclusion leads us, however, to an important focal point. Setting the categorical axes of salience and the corresponding connotations is the result of cultural, axiological and, therefore, "subjective" choices. A crucial referral to indexes or cultural patterns, however, can also be found in Article 844, cited above. The invading emission or intrusion is considered to be annoying or a cause of nuisance, and thereby subject to inhibition, only if and when it exceeds normal tolerability. But it is actually very difficult to imagine a more intensively culture-based standard of judgment than "tolerability," even more if it is further qualified as "normal."

7 *Trespass* and *nuisance* are terms used to label the legal remedies to protect possession in Common Law. These two remedies differ, however, in one basic feature – traceable also in Civil Law systems – between the instrument provided against the infringement of ownership in a strict sense and emissions. «Trespass» concerns the cases in which someone physically invades the borders of other's property. «Nuisance» relates, instead, to the disturbance that someone produces to the detriment of the use of possession by another neighbor. As regards emissions in Common Law, see Beever, A.: *The Law of Private Nuisance*, Hart Publishing, Oxford – Portland (Or.), 2013; Sidoli del Ceno, J.: "Landlords and the Law of Nuisance," *Landlord and Tenant Review*, 2015, 9 (1), pp. 1-5; and, more recently, with a particular focus on the relationships between public and private aspects of *nuisance tort*, see Lee, M.: "The Public Interest in Private Nuisance: Collectives and Communities in Tort," *The Cambridge Law Journal*, 74(2), 2015, 329-358, DOI: 10.1017/S000819731500032X, Published online: 08 May 2015.

What is normal and for whom? And under what conditions? In accordance with what kind of cognitive or behavioral habits? All questions that seem to become even more significant, if we consider that "normality" is here anchored to tolerability. Actually, the "tolerable" presumes, even in and of itself, the existence of a previous standard of normality. On the other hand, the idea of "tolerability" also suggests the possibility of a variation or fluctuation of such a standard as a result of negotiations and transactions between the exigencies of the social actors involved in each particular situation. The flexibility of this standard increases further, however, as soon as we consider the objects and phenomena to which it relates. Article 844 is concerned with propagations of various kinds, such as smoke, heat, fumes, noise, vibrations, and so on. How do we distinguish, however, sounds from noises? And what is their degree of normal tolerability? In assessing such distinctions, much depends on subjective sensibilities, habits, education and, not least, cognitive abilities (he who plays a musical instrument and has some experience with neighbors being particularly *numb* to the beauty of music, will easily understand what I mean)[8].

What should we consider to be too hot? Does it correspond with an absolute value in Fahrenheit/Celsius, or rather is it to be assessed with respect to the general external climate conditions? And what is, then, "smoke" or "steam"? Is it distinct from the air, the condensed air, or from water vapor? And if it were the case, which features make it so? In the end, we cannot help but be concerned with the "piece de resistance": the "fumes", otherwise identifiable, in everyday language, as "stink" and "stench." What differentiates a smell from a stench? In this case, the cultural and psycho-cultural elements constitute the parameter. How can we conceive of a "stink" without considering the perceptive habits of different individuals and their cultural and subjective inclinations? On the other hand, the intermingling between culture, identity and "stink" appears very close. As with cultural habits, it is rare that someone is aware of the smell or stink he/she emanates, or is even able to perceive it. What surfaces on the stage of conscience are, more generally, only other peoples' stink. Importantly, this observation is not only an off-putting acknowledgement, but is also a clue that within our perceptions there are always cognitive constants at work. What flows into our cognitive habits and stably joins their work, tends as a rule to slip out of consciousness and operate as a background of understanding and perception. It functions as a

8 In this regard, however, art. 6-ter of Law No. 12/2009 must be taken in account, as to the parameters provided for the identification of noises not exceeding the limits of normal tolerability.: «Art. 6-ter.- (Normale tollerabilità delle immissioni acustiche). — 1. Nell'accertare la normale tollerabilità delle immissioni e delle emissioni acustiche, ai sensi dell'articolo 844 del codice civile, sono fatte salve in ogni caso le disposizioni di legge e di regolamento vigenti che disciplinano specifiche sorgenti e la priorità di un determinato uso». This is a statement including a *renvoi* to other legal rules. This article, admittedly, limits the discretion of judges in assessing the exceeding of normal tolerability. Nonetheless, the use of a statutory law to determine the intensity of sounds and noises, insofar as they can be qualified as disturbing and invasive emissions, confirms the axiological/cultural, rather than empirical character of this parameter.

relational platform underlying the production of experience and the emersion, through interactions with the environment, of that which we represent as objects or phenomena occurring in the outside world. When they appear and take shape, objects and phenomena surface from a web of relationships tacitly taken for granted, for they are previously acquired and, somehow, grafted onto the mind's processes as constants of experience. But it is just for this reason that "one's own smell or scent" to those from the places where one permanently stays for a certain length of time, end up becoming imperceptible, like environmental constants (the same environment, it should be noted, of which we are part and parcel, including what represents us to ourselves, that is, our conscious thought).

Once again, let me give a final example. Even "vibrations" and their perception can be influenced by the variability of the environment. We need only think about the vibrations that footsteps cause against the floor, or those produced by heating systems, or air-conditioner compressors—all well known to be matters of endless disagreement in condos.

The list featured in Article 844 is not, however, a closed one. The expression "and similar propagations" opens the doors, conversely, to the possibility of extensive analogical interpretations. In line with what was noted above with regard to the relationships among space, connotations, and invading emissions, the open structure of that list also implies, in turn, the openness of spatiality and its configurations, so that they will become dynamic and transformative. This latter observation —I know—could seem counter-intuitive, and this is because common sense tends to "cosify" spaces, almost if they were empirical or merely material elements[9] and, as such, identify them as a steady background upon which experiential prospects or the effects of legal discourse are projected. In the case of invading emissions, however, the precariousness, contingency, and non-solidity of spatial divides represent a sort of self-contradiction in terms and, at the same time, the precise premise of the law's (Art. 844) provisions.

Actually, the propagations taken into account so far have to do with perception. Nonetheless, their occurrence and their (assumed) coming from "another space" both look and are felt by people just as if they were animating quasi-spectral presences. Stink, vibrations, heat, smoke, fumes, all together conjure up and mean quite the opposite of the solidity of walls and the other separations inherent the exercise of ownership rights. By virtue of their capacity to propagate and invade, such intruding entities undermine the common tendency to understand property and its spatial extension as perfectly coextensive. Metonymic expressions like "this is my property," which people exclaim when facing invading emissions, lose

9 On the manifold interdisciplinary implications of a non-representational approach to the experience of space, see Anderson, B., Harrison, P.: "The Promise of Non-Representational Theories," in Id. (eds.), *Non-Representational Theories and Geography*, Ashgate, Farnham – Burlington, 2010.

their consistency both empirically and semantically. Ownership, or even better property, is not a thing, a material entity other than the owner's subject, as if it were placed over there, in the outside world and intrinsically endowed with a physical and (because of this) objective consistence. Besides, it is precisely in order to save and reaffirm such an apparently solid consistence, as well as to maintain its experiential premises, that the law provides its protection against invading emissions. Nevertheless, this protection has both a subjective basis and matrixes, which unfold, in turn, from a textual focus on the circumstance of intrusion or perceived invasion (in Italian: "immissione") rather than on the moment/phenomenon of emission. This feature recurs—as noted above—also in the cultural characterizations "affecting" all the constitutive elements of the invading emissions (again: "immissione"): from "normal tolerability" to the same list of the phenomena of propagations.

In the final result of all these considerations there is something amazing and, once again, counter-intuitive, although simultaneously almost obvious. The material boundaries of ownership and the physical spaces that host its exercise show themselves "to be the consequence" of the perceptive processes and cultural patterns used (or legally established) to categorize them[10].

II. TRANSLATING SPACES: PLURAL SPATIALITIES AND THE UBIQUITY OF CONNOTATIONS.

If something is not categorized as a noise, a stink and, in any case, it does not exceed the limits of normal tolerability, then it can cross borders and boundaries of property—walls, stairs, distances, glasses, doors, etc. But, in so doing, the substance at stake annihilates any ability of such boundaries to isolate, differentiate, break the continuity of spaces and experiences, and/or engender excluding and secluding "places" on behalf of a specific subject. As if to say that a wall may be there, but it will be of no use in distinguishing spaces when there is no unlawful intrusion or invading emission. The ghosts of Otherness, all the propagations enlisted in Article 844, can cross such barriers and nullify, therefore, their material consistence and attitude to keep people apart (apart-ment). If lawful, the invading emissions and intrusions may make the Other's action topical even in *its elsewhere*, that is to say also in the other's domains, which at that point results in an extension of the neighbor's emitting action towards, through and into a space now become/recognized as common[11]. All this is to say that the "etcetera" of "the human" can

10 With regard to this topic, see Whatmore, S.: *Hybrid Geographies: Natures, Cultures, Spaces*, Sage Publications, London – Thousand Oaks – New Delhi, 2002 and specifically the chapter titled "Reinventing Possession: boundary disputes in the governance of plant genetic resources" (*ibidem*: pp. 91 ff.).

11 The composed "become/recognized" term is only apparently oxymoronic. It is so because space and its scansions draw on experience, inter-subjective relationships and the categorization stemming from them. Since experience enfolds as a flux and comprises synthetic dynamics fostered by memory, then recognition

re-map physical space enough to remold it and change its categorical "scansions." But this conclusion has further, relevant implications.

If the effectiveness of the distinctions among spaces of coexistence, despite the extant material boundaries, depends on the ascertainment of invading emissions, if this ascertainment, in turn, is to be carried out with regard to cultural and psycho-cognitive factors, then the idea of physical spaces and their conceptualizations appears to be involved in a deep change. If grasped in their singularity or identified as *discrete* entities, spaces prove themselves to be implications of the categorical scansions of the experiences that occur and are lived in those same spaces. From the point of view of both law and spatial justice, all this seems to reveal that the (Leibnitzian) incapacity of simultaneously hosting two bodies, two related different experiences, or two ownership claims, is not due to the material sameness and uniqueness of only one space; quite the opposite, it is ownership and the consequent claims for exclusive use of space (declined according to culturally based ends and means) which are the factors that engender incompatible distinct spaces.

So, when property claims are dismissed as groundless—inevitably for reasons that are rooted in cultural and axiological patterns—then there will no longer be any distinction among spaces. As a consequence, inter-subjective relationships will have to be carried out within a unified space (or inter-space) and negotiated regardless of the extant physical boundaries and scansions. Such a conclusion, however, must not overlook the fact that the same physical boundaries, in turn, reflect other axiological-cultural schemas and consist in artifacts shaped on the assumption of those schemas as parameters for constructing action.

The struggle for space arising from disputes on invading emissions looks to be, at this point, a conflict between different experiential spaces rather than between subjects aiming to occupy a single space placed over there, a space that is objective and distinct from human beings for its proper "cosality." These cultural perspectives are not, ultimately, subjective projections cast onto an outside space. On the contrary, cognitive patterns and scripts are the generative sources of spaces, categories, and spatial experiences, which in turn can compete with each other, along with the subjectivities that act within those spaces at the same time that they are engendering them. This is why we can say that the spaces of life are "artifacts[12]."

comes out from the becoming and the same becoming, in its relational dimension, engenders forms of recognition and ascertainment of experience and its meaning. On the other hand, if caught in their semiotic signification, namely with regard to their signifying substance, both the present and the past are in any case a consequence of the future.

12 On artifacts as instances of a non-perspectival pluralism (that is, not stemming from different perspectives on a "world" —assumed as— placed *over there*) and capable of shaping experiential contexts (and thereby also spaces) *really* manifold and, at most, amenable to be reciprocally translated and transacted, see Henare, A., Holbraad, M. e Wastell, S.: "Introduction: Thinking trough Things," in Henare, Holbraad and Wastell (eds.), *Thinking Trough Things: Theorising Artefacts Ethnographically*, Routledge, London – New York, 2007.

At this point, we could ask ourselves "how" and "where" do spatial conflicts arise if "spatialities" are multiple and manifold, and therefore if they do not meet in a hosting space that is objective and distinct from them—if they in fact differ from the common sense view, which considers the struggle for space to be a competition between different perspectives on one and the same objective space? My answer to such a question is as follows. If different spaces get into a conflict, this is because some of their connotative features are ubiquitous, existing side by side within both configurations of each competing spatiality or, alternatively, are synchronically involved in the dynamics of development of the imaginary "spatialities" at stake within their respective connotative sets. Accordingly, what will shape the inter-space hosting the subjects and the conflicting "spaces" will be nothing but the semantic configuration rising up from the processes of semiotic negotiation triggered by the claims for (spatial) signification/categorization and put forward by the competing parties.

In the composition of subjective interests and their related claims for space, several factors will come into play. These can both emerge and take shape through a process of contextualized translation and axiological modeling. To put it more simply: something that is perceived as a nuisance or as an annoying intrusion by somebody could relate to interests that the subject-victim shares with the *emitting subject* and he himself pursues in his life; or, perhaps, they could embody ends and commitments endowed with axiological worthiness from a social and institutional point of view. In these cases, for reasons of consistency and generalization of the constitutive connotations of legal subjectivity, the demand for space put forward by the claimant against the alleged invading emission would likely become socially and legally indefensible. Otherwise, the same claimant would be compelled to recognize the illegitimacy of many other prerogatives he is invested with by the law itself whenever they were engrained in the same values and principles that connote and qualify the contested intrusion and consequently the allegedly unlawful emission. But once such a discursive threshold is reached, what was initially perceived—for example—as a noise by one party in the competition for space, will have to be translated and transfigured into another entity or phenomenon—perhaps as an artistic expression, aiming at the production of aesthetic value. The sounds or other kinds of emissions, which were present and ubiquitously perceived in both the spaces in competition, and exclusively claimed by the parties in conflict, are

This argument, as pointed out above, can be extended also to spaces, provided that they are intended as semantic functions, namely as dimensions of experience that are not independent of what happens, takes place, and moves within and through them. In this regard, and for further details, see Ricca, M.: "Errant Law: Spaces and Subjects" (June 30, 2016). Available at SSRN: *https://ssrn.com/abstract=2802528 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2802528;* Ricca, M.*: Klee's Cognitive Legacy and Human Rights As Intercultural Transducers: Modern Art, Legal Translation, and Micro-Spaces of Coexistence, Calumet - Intercultural Law and Humanities Review, 2016. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2931368;* Ricca, M.*: How to Make Space and Law Interplay Horizontally: From Legal Geography to Legal Chorology (March 2, 2017). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2926651 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2926651.*

to be translated, then, so as to engender a common categorical and experiential space. Inside it, the subjective perception of the assumed victim will undergo a re-categorization such that the same signification of ownership will be remolded along with the related claims to exclusivity, self-seclusion and, in the end, the way to live, figure out, and differentiate space[13].

The dynamics of semantic connotations and their attitudes to produce re-configurations within the process of categorization of physical space bring to light the contingency of material spaces and the impossibility of untangling them from the processes and streams through which experience unfolds. The objective, exterior "cosality" of physical spaces is, in other words, only an effect, an epitome of the interaction between the background constants of experience and the cognitive values involved in representing and moving through it. When such constants change, then the cartography of the spatial scansions, as result, will also be altered. The spatial-connotative *continuum* is something that perpetually underlies forms and substantiates their stability. It is coextensive with the web of connotative relationships that underpins the meaning of experience and allows it to acquire a (relatively) constant shape. This connotative "continuum" is mobile, variable, but by virtue of its dynamics, it enables the forms to display themselves and keep their contours (relatively) stable over time. Its dynamism, however, persists, lurking under the surface of experience and in the back of the social and individual mind, ready to suddenly give birth to new forms, that is, as the result of new combinations and weavings of the spatial-connotative fabric.

The above described mobile categorical/spatial *continuum* can be compared with the chorological dimension, resembling the "Kóra" postulated by Plato in "Timaeus." The Greek philosopher imagined it as an existential condition, as such existing even before the beginning of the cosmos, the "generation" of eternal ideas, and persisting within the world even after the original epiphany of the eidetic/categorical distinctions and – along with them – of Time (which is considered, in that work, the endless process through which entities are distinguished from each other, and is icastically defined as "the moving image of eternity"). Without putting into question the Platonic ontological-normative vision of forms, what matters here is to emphasize how the empirical stability of spaces corresponds to

13 In this regard, the reader could consider all the situations in which the necessity of carrying out building work or road maintenance within condominiums or urban areas forces owners and inhabitants to tolerate "noise" that otherwise would fall into the category of "disturbing and invading emissions." In such cases, the exigencies qualified as "needs" and activities labeled as "working requirements" cause a sort of categorical migration of noise. This kind of migration is engendered and conveyed on "justified grounds" that urge people to produce them. As if to say – by means of the theoretically more rough but also cognitively more proper terms of common language – that the workmen do not make noise, but rather they *are working*. Their work, in other words, is a value (also from a purely semantic point of view) that re-configures the borders of the "noise" as well as the "invasive emission" categories. These ends/values re-define, thus, the empirical category; and this, in turn, re-modulates the normative-deontic answer and, consequently, the same values. What makes the situation of "men at work" so interesting is its (relative) contingency and, therefore, also that of the categorical migrations that occur along with it.

categorical stability, which is in turn anchored to the persistence of a specific web of relations among connotations.

This persistence is unrelated to the "cosality" or materiality of the outside world, taken as distinct from the categorizations and representations which the mind produces. It is, rather, due to the relatedness inherent in the unfolding and reproducing of experience, and therefore in the interactions between subject and environment, representations and phenomena. The scripts of this interplay, however stable and objectified, can always get in tune with eventual changes occurring in the relationships supporting them. When this happens, then a re-modulation of the relationships between subject and world is also necessary. During this process, the representative/categorical schemes will be transformed. The same will occur in the phenomenal world, as a result of the turns of experience that will subsequently be oriented by the new symbolic devices. In other words, the renewing of categories will go hand in hand with the remolding of spaces, and vice versa.

Working on meanings, indeed, is coextensive to working on spaces. And this does not regard only the perception of such spaces, but also their constitutive features, which are processive, pro-active, inter-active dynamics and far from merely representational. Put in other way, this means that human beings do not just project forms onto space, they interactively and proactively engender and shape it, *also* by making use of their representative abilities through a vital process within which they act as integrated and relational agents.

Social and historical evidence of this explanation can be found in the evolving interpretation of Article 844 of the Italian Civil Code, especially with regard to the protection of human health. This hermeneutical path has its origin in decisions n. 247/1974 and 184/196 of the Italian Constitutional Court. Both these sentences ruled out the possibility of using the provision concerning invading emissions to make claims for health protection. What would have excluded such a use—the Court argued—was the criterion of normal tolerability provided precisely by Article 844. The Italian Constitutional Court observed that the right to health, guaranteed by Article 32 of the Italian Constitution, should be considered a fundamental right, therefore inalienable and not subject to negotiations or assessment of opportunity as those transpiring in the provision regarding the standard for normal tolerability. If and when there was some damage to health, there could be no room for excess tolerance nor for too broad a margin of appreciation by the judges. Facing a situation in which there was a risk for people's health, all the other interests and rights presumably underlying the emission of propagation of various kinds must be considered subordinate. Ultimately, according to the Constitutional Court,

damage to health would be protected by norms on compensations for damages (articles 2043 and 2058 of the Italian Civil Code) and not through Article 844.

This approach relied upon—inter alia—the remark concerning the "evidence" that the norm on invading emission refers to the land rather than person, the spaces and not the subjects. All this as if the connotative aspects of space were to be considered regardless of the subjects that occupy, act, and live in it. This issue, so envisaged, seems to be of considerable interest, from both a theoretical and an epistemological point of view. The subject is neither the land nor the property—this is the conceptual kernel around which the argument of Constitutional Court circles. But Article 844 is precisely ordered to assure the protection of property rights, at least according to its text. As anyone can easily note, however, the linguistic strategy intrinsically involved in these decisions makes an implicit use of the (bi-directional) semantic slippage so often recurrent in everyday language between property-as-a-right and property-as-object. In so doing, the Constitutional Court seems to overlook that the *cosified* nature of property-as-an-object is an epitome of a multifaceted process of categorization concerning the relationships between subjects and world. These relations are interactive, so that any attitude of the land to avert intrusions and oppose an insurmountable obstacle against them depends on the ways in which the owner subject acts, uses and lives in that space in order to achieve his own ends. In this context, the land is not an absolute space taken in and of itself, as if it were unrelated to the shadow that culture and human cognition cast on its shape and signification; but still less could one consider the land subjected to a property right in this way.

The metonymic-conceptual detour that the Constitutional Court embarked on is due, however, to a practical necessity tied to the different legal means at its disposal to protect the integrity of land ownership and human health (respectively) against any possible damages caused by acts carried out by other (neighboring) people. Article 844 provides an inhibitory protection, which can be activated on the application made by the landowner and is ordered to make sure that the action causing the nuisance ceases. Health is, instead, a good of persons. It is recognized regardless of any property right or other rights in rem. Furthermore, when damaged, health is the source of a right to compensation for damages, as provided by Articles 2043 and/or 2058 of the Italian Civil Code. In line with such practical necessities, the above decisions of the Constitutional Court had their follow-up in the decision of the *Cassazione Civile*, sec. II, 11 September, 1989, n. 3921. The text of this decision actually states that the claim for health damages cannot be considered to be included within the inhibitory protection provided by Article 844 because it should be contained in another claim explicitly and separately aiming to obtain compensation according to Article 2043 of the Italian Civil Code.

Emphasizing the practical reasons underlying these Constitutional and Cassazione Courts' decisions allows, now, a contextualization of the interpretative approaches on the person/space relationships analyzed above. In a way, such contextualization would seem to relativize and even devalue, in a sense, the relevance of the epistemological assumptions displayed in those decisions and related to the *cosified* representations of property and, thereby, the consequential conflation between the right and its object. This, however, seems to me not to be the case. In those decisions, judges coped with the practical necessities and utilized, perhaps not at all deliberately, the conceptual instruments at their disposal. That the legal texts, as a whole, distinguish inhibitory remedies from damages actions, respectively related to the protection of property and health, shows that the epistemological divide between spaces and subjects constitutes a sort of cultural background. The stability of such a categorical divide is, however, continually exposed to the challenges arising from experience and, therefore, also to the increasingly intrusive attitude (related to the existential spaces and the "normal" features of the property right) enabled by technological development. Here the Courts' approach has its interpretive roots, even if it was, however, both triggered and marked by a new element acquired by an issue fundamental to civil coexistence: that is, if the "normal" use of property must be regarded as infringed upon or unlawfully limited when the neighbors' use of space causes damage to the health of the owner of another parcel of land (or residence).

A sort of countercheck of the last assertion can be traced in the synchronic jurisprudential trend that moves in a completely opposing direction from the Italian Constitutional Court's interpretive approach. Since the judgement of Cassazione Sez. Unite n. 5172 on 6 October 1979, the Court undertook a hermeneutical pathway that is diametrically opposed. In this court decision, the judges of Cassazione took the view that the legal protection of health was in fact included in Article 844. This interpretive bent was subsequently followed by many decisions (see *Cass civ., sez.* II, 6 April, 1983, n. 2396 and, more recently, *Cass. civ., Sez.* II, 9 January 2013, n. 309), which added many interesting specifications as to the relationship between spatiality and subjectivity. In such decisions the Cassazione argued that the right to health is to be protected by taking into account the *spatial context* within which the alleged infringement takes place as a phenomenon. This is so, also because it is impossible to exclude a priori that even economic interests, in the case of a competition with the right to health, can prove to be worthy of legal protection and/or deserving some consideration in order to assess the claimed damages and the related responsibilities. Subjectivity and spatiality, in such arguments, seem to match one another in a dynamical, interactive way, almost as if the Court were grasping the defectiveness of an objectifying *cosification* of places as well as health, at least with regard to today's increasingly transforming relationships between subject and environment. But there is more. In judgment 2396/1983, the

Court addressed the risk that the legitimacy to claim against invasive emission, because it is exclusively applied to the landowner, can actually limit the protection of health. Therefore, the judges of Cassazione stated that the inhibitory action *ex* article 844 includes compensation for health damages and the cessation of the emitting activities; furthermore, this action can be used by everyone claiming some infringement on his psychophysical integrity.

Nonetheless, the Cassazione added to such arguments—doubtless relevant from a procedural point of view—some other very innovative considerations concerning both the practical protection of legal goods and the epistemological-categorical approach to spatial justice. In general—the Cassazione's judges observed—if someone wants to claim for health damages *ex* article 2043 or 2058 of Civil Code, he must report damages and prove fault, negligence or willful misconduct of the subject allegedly held accountable for those damages. In the absence of such a report, the judge cannot provide anything, not even by means of emergency measures *ex* article 700 of the Italian Code of Civil Procedure, to inhibit said emissions. Conversely, Article 844 does not include any reference to actual damages but only to normal tolerability. It points to an objective requisite that does not, however, consist in a connotation of invasive emissions tied to the occurrence of empirical facts—in this case, qualified as health damage—but rather to its non-correspondence to abstract parameters of tolerability. In other words, Article 844 might also be used to inhibit emissions that are only potentially damaging to health, but which could be considered unlawful because they exceed the limits of normal tolerability. This interpretive approach would allow, therefore, the preventive protection of property spaces as well as the environment and people living in it against invasive emissions not yet definitively proven to be harmful or noxious.

The latter hermeneutical conclusion reached by the Cassazione might suggest a resurgent cosification of space, which in some respects appears inconsistent if compared with the dynamic coordination between subjects' health and scansions of spatiality envisaged even in the same judgment. From the point of view of the relationships between culture and spatial categorizations, such an issue looks different, however, in another light. Although health seems to be declined in objective terms and irrespective of an actual damaging event, in the perspective assumed by Cassazione it is always considered to be a connotation inherent to the subject and never (absurdly) to the lived space in and of itself. Nonetheless health is assumed as an objective parameter, although only indirectly and negatively, precisely in order to define the legitimate use of space, and thereby of the spatial and inter-spatial actions carried out by people. But this ends up showing, once again, the relational, interactive, experiential and processive features of spatial scansions and categorizations. Their objectivity and exteriority are only a consequence of

the stability or normativity of those interactive relationships, ways of experience, and ultimately the cultural process and its progressive unfolding.

Another important observation as regards Article 844 has to do with the notion of "proximity." The text explicitly refers to the "neighbor's land." But what does it mean by "neighbor"? In the past, problems have already arisen regarding whether the "land of neighbors" was to be considered only and necessarily to apply to that which is physically or topographically contiguous. Gradually, however, courts have opted for a broad interpretation of the concept of "proximity," especially for sound emissions (see, in this regard, also framework law n. 447/1995 relating to noise pollution). This discourse may be applied also to electromagnetic propagations, in respect of which the courts have referred more frequently to Articles 659 and 674 of the Italian Penal Code[14]. As can be seen, the extensive interpretation of the word "proximity" embodies a chorological modeling of the common spatial scansions, which is due precisely to the ineffable features of the intruding substances and their capacity to impinge on the interests of landowners. The danger of being exposed to intolerable noises, even if they originate from places that are not technically contiguous, appears to be enough to enable the categorization as "contiguous" also of places that from a merely physical point of view should be considered as "distant." This is a very relevant aspect—as will be shown below—with respect to a chorological approach to human rights and their protection when the competition for space within condominiums breaks out between people from different cultures and of differing origin.

An additional connotation that seems to be salient for a spatial justice analysis can be traced in the referral, expressed in Article 844, to the possibility reserved to the judge to take into account previous uses in order to qualify an emission as intolerably disturbing and unlawful. This provision would seem to evoke, once again, the cultural features of spatial cartography[15]. Furthermore, time is

14 Art. 659, cod. pen.: Disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone.
1. Chiunque, mediante schiamazzi o rumori, ovvero abusando di strumenti sonori o di segnalazioni acustiche, ovvero suscitando o non impedendo strepiti di animali, disturba le occupazioni o il riposo delle persone, ovvero gli spettacoli, i ritrovi o i trattenimenti pubblici, è punito con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a 309 euro.
2. Si applica l'ammenda da 103 euro a 516 euro a chi esercita una professione o un mestiere rumoroso contro le disposizioni della legge o le prescrizioni dell'Autorità.
Art. 674, cod. pen.: Getto pericoloso di cose.
Chiunque getta o versa, in un luogo di pubblico transito o in un luogo privato ma di comune o di altrui uso, cose atte a offendere o imbrattare o molestare persone, ovvero, nei casi non consentiti dalla legge, provoca emissioni di gas, di vapori o di fumo, atti a cagionare tali effetti, è punito con l'arresto fino ad un mese o con l'ammenda fino a lire quattrocentomila.

15 On this topic it is possible to navigate a vast literature in geographical studies. See Olsson, G.: *A Critique of Cartographic Reason*, Chicago University Press, Chicago – London, 2007; Olsson, G.: "Mapping the Taboo," in S. Daniels - D. Delyser - J. N. Entrikin - D. Richardson (ed.), *Envisioning Landscapes, Making Worlds. Geography and the Humanities*, Routledge, London - New York, 2011 spec. pp. 35 ff.; Farinelli, F.: *Geografia. Un'introduzione ai modelli del mondo*, Einaudi, Torino, 2003; Farinelli, F.: *Crisi della ragione cartografica*, Einaudi, Torino, 2009; Pickles, J., *A History of Spaces: Cartographic Reason, Mapping, and the Geo-Coded World*, Routledge, London-New York, 2004 e *ibidem* for further bibliography.

therein considered as a constitutive connotation of space. Actually, "lived time" and the tracks it leaves, like pragmatic stratifications in the use of experienced space, influence the ways in which property and its protection are structured and "spatialized." Although this provision can seem easy to interpret, it has extraordinary significance and epistemological scope. It tells us that time and space are not unrelated to each another. And they are not because spatial categorization is inherently a semantic-experiential activity, and categorizations of experience are the result of synthesis and abstraction from the phenomena that unfold through the flow of time and populate it. Space and time, in short, are semantic categories. It is, therefore, completely subsequent to their features if the connotations of sense result in modifications of temporal and spatial schemes; and, in the same way, if changes in the stream of spatial and time experience give rise to semantic-categorical re-modeling and renewing[16].

Another criterion strictly tied to time priority is the contextualization of parameters of tolerability with regard to the conditions in the area, that is, in the surroundings of the particular place in which the alleged invasive emission occurs. So, for example, noise parameters will have to be assessed by taking account of the average background noise in the area in which the land or the apartment is placed; the background noise will have to be subtracted from the absolute degree of the contested noise emission. But also in this case, time and space end up overlapping and conflating as much in the categorization of the annoying entities as in the distinction of the spatial frames involved in the exercise of property rights.

All these assessments are overarched—it is worth noting—by the judge's margin of discretion in determining the actual scope of normal tolerability. By virtue of his interpretive ability concerning both environmental conditions and normative criteria, the judge is to mold, along with the parties, spaces and their scansions. But also in this case, Article 844 address space, time and semantic categories not so much as things or entities placed outside the subjects, but rather as signs. It is not putting it too strongly to say that through dynamics and processes of inter-subjective experience, Article 844 seems to have been written by an expert in semiotics. Its text demonstrates how a modulation of signification can engender and regenerate space and time scansions; and, moreover, how observing and mapping space implies, in all circumstances, a cognitive effort that reflects, in the end, on the categorizations and ways by which we make sense of the world. Article 844 shows that the chorological *continuum* extant between space and categories, although counter-intuitive, conversely gives rhythm to the unfolding of experience. But this is precisely the same process by which humans produce meaning. It goes along with the interweaving of relationships coextensive

16 On the reciprocal implication between time and space in law, see Ricca, M.*: How to Make Space and Law Interplay Horizontally, cit., spec. p.* 36.

to experience and it is oriented to consolidations, subsequently, in more or less established forms and objectified things, although remaining *vulnerable* to changes.

III. THINGS, WORDS, SPATIAL JUSTICE: A CHOROLOGICAL GAZE.

On a more general level, the reciprocal implication between space and categories, and then between spatiality and culture, leads to a very important achievement with regard to the relationships among cultural differences. Every culture comprises a universe of signs and meanings integrated and embodied in experiential practices and encyclopedias of know-how. The encounter and the intermingling between different ways of experiencing the world produce conflations of dissimilar connotative landscapes. But this phenomenon is to be intended in a chorological sense, so as to draw the connotative platforms suitable to engendering new categorical frames.

The Otherness that breaks into existential space propagates, immediately, across all the categorical circuits and domains, relativizing their semantic borders and—one way or another— producing their modification, which is also a sort of estrangement. However, the categorical variation, for the reasons elucidated above, also implies some spatial re-mappings as a consequence of the cognitive, embodied and pro-active functions of categories. So, distant places can suddenly turn into semantically close spaces. This (apparently) strange effect is almost inevitable insofar as those distant places serve as the semantic basins of connotative features that are indispensable to deciphering the sense of what happens within the everyday circuits of another place where people from a (geographical or cultural) elsewhere live. On the same grounds, the approaching of new subjects, and then the new spaces they project through experience, will inevitably bring about categorical variations. Hence, we could sum up all the above considerations by saying that the alteration of spatial scansions modifies the categorical implications and their symbolic geography; and, conversely, that the alteration of categorical implications remolds spatial scansions. This confirms that working on meanings includes dealing with, as well as shaping spaces, and vice versa.

These last assertions, if re-contextualized within the framework of spatial justice and then at the crossroads between law and space, seem to subvert in many respects the assumption of *Legal Geography* and *Critical Geography,* developed in a Foucaultian sense and committed to an analysis of the relationships between space and politics[17].

17 As regards Legal Geography see Blomley, N.: *Law, Space and the Geographies of Power*, The Guilford Press, New York – London, 1994; Blomley, N.: *Unsettling the City. Urban Land and the Politics of Property*, Routledge, New York – London, 2003; Blomley, N.: "From 'What' to 'So What?'. Law and Geography in Retrospect", in J. Holder, C. Harrison (ed.), *Law and Geography*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2003(a) and spec. pp. 17 ff.; Blomley, N, Delaney, D., and Ford, R. T.: (eds.), *The Legal Geographies Reader*, Blackwell,

These approaches focus on the character of spatial categories that is only surreptitiously empirical. This is their key argument: spatial categories are often used by power groups, which avail themselves of their false evidence, as devices to legitimate their symbolic structures. But such use of spatial concepts and words—so they continue—is only a mystification and a pseudo-naturalistic discourse. Conversely, in many cases the cosifying and naturalizing categorizations are mere consequences of symbolic projections arranged by institutions, organisms tasked with socio-political control and legal language; and all of this is only on behalf of dominant groups and their interests. In this way, the misleading empirical evidence of those categorizations enables institutions to camouflage power under a sort of force of facts, so as to produce huge normative implications consisting in rights, prohibitions, sanctions: in short, all the apparatuses used by power groups to control bodies and minds. Unmasking the symbolic, cultural, and political substance of spatial cosifications would be in itself a deconstructive action liable to produce an emancipatory effect. Law, then, cannot be presented as a means to rule the social world according the "nature of things," but rather as a material force that engenders things, a thing among the other things of the world and, therefore, part and parcel of modifiable relationships.

Such readings of social and legal experience are often proposed as critical and demystifying decipherments of the tactics of dominance orchestrated by power. They reveal, however, some grey areas. Once the hidden implication between the teleological use of legal language and the categorization of social spaces is acquired, what still remains to be grasped, however, is a viable path to undertake a pacific and argumentatively negotiable transformation of the cartography of social spaces and their related cognitive schemas. To assert that symbolic activity and physical space are co-implicated, only to then cut off the first part of this relationship, can run the risk of creating a strategy of blindness rather than emancipation. A blindness that could give birth to the most stultifying and obtuse conflict, a struggle for space, or better for *spac*es, to maintain and assert one of them to the detriment of the other.

My analysis of Article 844 and its interpretive transformations shows that rather than reducing law to a cosal (material) factor in a cosal (material) world[18]it

Oxford-Malden (MA), 2001; Delaney, D.: "Law as a Thing of this World," in Holder, Harrison, *op. cit.*; Delaney, D. 2010, *The Spatial, the Legal and the Pragmatics of World-Making: Nomospheric Investigations*, Routledge, Abingdon - New York, 2010; Delany, D.: "Legal Geography: I. Constitutivities, Complexities and Contingenties," in *Progress of Human Geography*, 2014, pp. 1-7; Bravermann, I., Blomley N., Delaney D., and Kedar A.: "Expanding the Spaces of Law," in Id. (eds.), *Expanding Spaces of Law: A Timely Legal Geography*, Stanford University Press, Stanford, 2014; see, from an anthropological perspective, Benda-Beckmann, F., Benda-Beckmann, K., and Griffiths, A.: "Space and Legal Pluralism: An Introduction," in Id. (eds.) *Spatializing Law: An Anthropological Geography of Law and Society*, Ashgate, Farnham - Burlington (Vt.), 2009. See, moreover, as to a specific focusing on the urban dimension and administrative territorial powers, Layard, A.: "Shopping in the Public Realm: A Law of Place," in *Journal of Law and Society*, 37, 2010, pp. 412 ff.

18 In this sense, see Delaney, D.: "Law as a Thing of this World," cit., p. 67.

is much more profitable to put language, values, space and time on and along a horizontal plane of overall immanence, within a horizon of experience intended as an universe populated by relationships among signs. Once this step is taken—which consists, first of all, in becoming aware of what happens everyday even in the folds of Court practice—we can begin a process of reconfiguring spatiality, and thereby spatial justice, to include polyphonic participation. The level of chorological relationships and discourse – that is, the level on which we can think and act in light of a pre-acquired awareness of the spatial-categorical *continuum* – can support requests and efforts to re-categorize and re-*spatializ*e social experience. But this will be possible only if we turn the criticism against the strategic and pseudo-naturalizing cosifications into a process of deliberate transformation.

I will try to give some concrete examples to make the methodological approach I propose less abstract. One of the "topoi" of spatial criticism is "prison"[19]. As legal geographers have noted, it is sufficient to displace people and bodies inside such a place for their forms of conceptualization and the related legal prerogatives to undergo a sort of transfiguration. Inside prison, human dignity, freedom, self-determination, health, hygienic and food exigencies, etc., change their (normal) social and legal meaning. It is almost as if the displacement into that place were capable—merely by virtue of its meta-phenomenal force—of producing a sort of metamorphosis of bodies and subjectivities[20]. Actually, people and bodies are always the same. And yet, the mere evocation by the law of the word "prison" seems to endorse and perform their transfiguration.

Such remarks are even more than applicable on an ethical level. Nonetheless I have some issues with their cognitive and/or epistemological premises, at least for the ways in which the theoretical currents cited above configure them. "Prison" is not only a place but, indeed, also a word. What makes that place "different," "apart," from the circuits of "normal life" are its connotative implications. In turn, such implications engender the place "prison" and, once it is created, they themselves are underpinned and confirmed by its existence. It is a circle: through it law's words and their connotative implications self-produce the practical and spatial verification of their cognitive efficacy and axiological correctness. However, it is not impossible to challenge the categorical boundaries of the word "prison." This can be achieved by bringing to light the connotative continuities extant between what is outside and what is compelled to stay inside the word and the place "prison." To this end, values might be used as metaphorical and translational metaphors, and this will be enough to see a new semantic and experiential horizon rise to the surface of conscience. At the same time, as these processes of

19 See Delaney, D.: "The Spatial, the Legal and the Pragmatics of World-Making," cit.

20 A symbolic and astonishing account of such a phenomenon —but also of its potential opposite— can be found in Dostojevsky, F.: *Memoires from the House of the Dead*, (or. 1861-1862), Oxford Paperback: Oxford 2008.

semantic re-modeling are initiated, the poignancy/cosality of the place taken in its materiality, becomes recessive or, however, vulnerable to the possible claims for their re-categorization.

To wit: I am not suggesting that such attempts at semantic and practical transformation are always successful. I merely suggest that they represent, on both cognitive and axiological levels, the way to articulate a constructive criticism against the mystifying use of spatial cosality. I think, for example, of how the "perception" of the place "prison" irresistibly changes in the social imagination as soon as some work activities, ordinarily performed also outside prisons, take "place" also within their walls and are practiced by detainees. Seeing a prisoner who "makes bread and desserts manufactured for sale outside the prison walls, put on shows open to the public," and so on, spurs almost automatically a sort of re-connotative wave—as it were—capable of investing both the word and the place "prison" with new connotations and legitimate uses. All of that, however, is nothing but the consequence of a semiotic migration, a re-configuration of the categorical borders or domains and the related experiential, spatial implications. Limitations and restrictions imposed on bodies and minds involved in the experience of prison change their significance, so that the previous scansions of sense can collapse in on themselves and draw, in this way, the coordinates of their possible self-transformation.

Just to provide another example, well known and already proposed in the analysis of spatial justice, we can imagine the case of a seat at the theatre for which two individuals have the same ticket for the same show on the same day[21].

Many people could implicitly assume by relying on common sense that the cause of the presumable conflict between the two ticket owners stems from the scansions inherent in the empirical space. How can two distinct bodies simultaneously occupy the same space? Besides, law, and especially modern law, recognizes abstract prerogatives like property, exclusive use, etc., and grafts them onto the natural spatial scansions, which in turn are the result of prior acts of categorization. From a post-modernist point of view, only a radical deconstruction of these cognitive tools and a related epistemological approach could allow for the

21 Here, the referral is to a recent essay written by Philippopoulos-Mihalopoulos, A.: The Movement of Spatial Justice (Il movimento della giustizia spaziale), in *Mondi Migranti*» 8, 2014, pp. 7-20; the same topic is addressed in Philippopoulos-Mihalopoulos, A.: *Spatial Justice: Body, Lawscape, Atmosphere*, Routledge, London-New York, 2015, e spec. pp. 174. The same author has made other important contributions to the "Spatial Justice" issue: Philippopoulos-Mihalopoulos, A.: "Spatial Justice: Law and the Geography of Withdrawal," *International Journal of Law*, 6, 3, 2010, pp. 1-16. With regard to sociological-philosophical analysis concerning the relationship between politics and space, see Lefebvre, H.: *La production de l'espace*, Anthropos, Paris, 1974; De Certeau, M.: *L'invention du quotidien, vol. I, Arts de faire*, Gallimard, Paris, 1990 (trad. it. *L'invenzione del quotidiano*, Edizioni Lavoro, Roma 2005); Soja, E.: *Thirdspace: Journeys to Los Angeles and Other Real-and-imagined Places*, Blackwell, Malden – Oxford, 1996. On Henri Lefebvre's (not only spatial) thought, see Butler, C.: *Henri Lefebvre. Spatial Politics, Everyday Life, and the Right to the City*, Routledge, Abingdon, Oxford-New York, 2012.

aversion of an otherwise inevitable conflict between the two spectators. It is also true, however, that such a radical deconstruction of spatiality and spatial categories could unleash the specters of anomy. The dive into post-modernity could thus result in a withdrawal from any attempt of control and provision, an abysmal giving up of themselves to the case, to the contingent creativity, to the mere opportunity intended as "kairós."

But is this attitude really the most efficient and—if you'll allow—authentically human remedy to the defectiveness of categorizing and generalizing thought or against the sclerotic ossifications produced by an eternalizing and idolatrous vision of reason and its potentialities, so typical of modernity? I believe not. I think that it is possible to support this assertion also on the grounds of what has been observed above with regard to Article 844 of the Italian Civil Code. In my view, the conflict for the seat at the theater is not a competition between two subjects who contend for one only physical space, that is, a single space remaining *over there*, distinct from human action. Rather, I believe that this is a confrontation between multiple spaces, as such projected and engendered by the involved subjects according to the (in this case: conflicting) categorical scansions of ownership. What matters, however, is that such scansions are by no means immune to criticism and semantic-categorical re-modeling. But who else but ourselves—even if this is a problem for us alone, entirely a cultural one—has the tendency to "cosify" (reify) property and conflate it with its object—in this case a seat, which is envisaged, in turn, according to value-oriented categorical assumptions? If it is impossible that more than one individual can occupy a seat at the theater, this depends on a cultural and axiological assumption about the world of objects. This assumption is not an unavoidable consequence descending from some heteronymous and universal structure of that world. The exclusive and excluding use of the seat is a semiotic implication rather than an individual and unrelated fact. Actually, why should we give up the possibility that two spectators cannot sit on top of each other to see the show? Who excludes that they might take turns sitting? Conversely, who can say that if one spectator books all the tickets of the whole theater, at least on one evening, other aspirant spectators could potentially sit only because there is no physical coincidence between the seat occupied by the first legitimate spectator and the other seats targeted by the untitled ones? Who established that there would be no rule to determine whether both the tickets in the above example are valid? Could we not imagine a criterion based on the ascertainment of who was the first spectator to acquire the ticket?

In any case, doesn't the plausibility of all of the above questions and proposals show the pro-active, cultural character of the *space-seat* and the claims for its use? I could go on indefinitely with similar deconstructing questions. But what is important to emphasize concerns, rather, the possibility of re-categorizing

the word "ticket" and its experiential, pragmatic implications. By doing so, we would see new possible configurations of the space "seat" appear. And, maybe, these could serve to avert the conflict, to make it dissolve and become no longer categorized as a conflict or, at least, as an ineluctable struggle caused by the self-evident space-time coincidence between two bodies claiming a single space-seat. In turn, a re-categorization of the space could trigger a sequential process regarding the re-categorization of the subjective prerogatives. All this until a stage of stabilization will have taken "place"—even if it will remain always and, in every case, exposed to the beginning of a possible, further process of semantic motility.

Such issues can undergo an amazing dramatization when the competition for space is between people from different cultures. An interesting example—which a PhD student once recounted to me—regards a conflict arisen between a lady from Sub-Saharan Africa, immigrated in Sicily, and a scheduled coach driver. Here is—as if it were at present—a narration of that event.

The lady seeks to stop the bus departure, with outcries and noisy complaints, claiming that she is a victim of an unwarranted discrimination. The reason for the disagreement stems from the driver's refusal to allow the woman to access the coach so that she can begin her trip, because of the lack of free seats. In the eyes of the lady this is, however, an incomprehensible and groundless denial, and thereby suspicious. This is for the very simple reason that in the coach there is a huge space capable of hosting her… standing up. Given the empirical self-evidence of the (spatial) situation, the driver is surely dissimulating discriminatory intentions, probably due to her "blackness"—typical of many people from Africa—and her migrant status. It is perhaps even superfluous, at this point, to inform the reader about the failure of all the attempts carried out by the driver to explain to the lady that the restriction of access to the coach is determined by safety standards and the related necessity to assure a seated position to all the travelers. In the lady's view, these objections are pure nonsense, unrealistic stories, utterly contradicted by the clear evidence of a huge empty space at her disposal for taking her trip. So, she has every reason to rant and rave and refuse to get off the coach so that the driver may carry out his transport service.

The matter, in the eyes of many "western" people, could seem grotesque, at a minimum. In fact, to resolve the unfortunate predicament the driver had to wait for the police to arrive. Only the menace of a compelling intervention of authority succeeded in overcoming the resistance of the lady. In the end, she desisted from continuing her loud protesting more because of her fear of the authorities than because her convictions had changed.

At the root of the conflict, however, there was a problem of cognitive distance and dystonia. The everyday experience of many inhabitants of Africa, especially

in rural zones, goes completely against the "self-evident spatial reasons" adduced by the driver. The vision of space-coach "practiced" in rural Africa is on average incommensurable to the Italian one. Without any thoughtful striving to make an intercultural translation and, therefore, a crossed re-categorization of spaces, the possibilities of reaching a peaceful and shared solution to the disagreement between the driver and the lady were inevitably doomed to fail. Only an intercultural and bi-directional re-semantization of the criteria regarding the availability of tickets and transport service would have allowed the lady to "see" the lack of space inside the coach and the driver to find the communicative path to understanding the reason of his counter-part's fury. To undertake an intercultural translation, however, the driver should have realized that the lady in front of him was putting forward a claim conceptually rooted in an imaginary and geographical "elsewhere," in a "distant" circuit of experience and signification. She was performing the counter-intuitive encounter between two different spaces and raising the related claim to make it so that one of them (precisely hers) could penetrate inside the other. Without the ability to understand and decipher this situation, the driver and the lady could never have realized that the way out had necessarily to go through the engendering of a new cultural and practical space.

Something similar occurs in the condominiums that host "multiculturality." They are "privileged" places for the likelihood of such conflicts and their reproduction. The presence of migrants within condominiums and their behavior according to cultural schemes that can be much different from those of natives, "make place" from distant spaces within these contexts of coexistence. Gathering their stories shows how conflicts are (in most cases) not for the same space, but rather are triggered by different spaces that compete with each other because of some of their common or dissimilar connotative elements. The field work can afford an almost immediate perception of the theoretical arguments developed thus far and proposed, what is more, starting from the interpretation of a legal statement endowed with an intrinsically pragmatic and socio-politic efficacy: none other than, Article 844 of the Italian Civil Code.

BIBLIOGRAFÍA

Anderson, B., Harrison, P. 2010, "The Promise of Non-Representational Theories," in Id. (eds.), *Non-Representational Theories and Geography*, Farnham – Burlington: Ashgate.

Andreas, S. 2006, *Six Blind Elephants*, Lafayette (CA): Real People Press (trad. it. *La costruzione del significato. I sei elefanti ciechi*, Roma 2008: Astrolabio – Ubaldini Editore).

Bakhtin, M., 1981, *The Dialogical Imagination: Four Essays*, Austin: The University of Texas Press.

Bauman, Z. 1991, *Modernity and Ambivalence*, Cambridge: Polity Press in association with Blackwell (trad. it. *Modernità e ambivalenza*, Torino 2010: Bollati Boringhieri).

Beever, A. 2013, *The Law of Private Nuisance*, Oxford – Portland (Or.): Hart Publishing.

Benda-Beckmann, F., Benda-Beckmann, K., and Griffiths, A. (eds.) 2009, "Space and Legal Pluralism: An Introduction," in Id. (eds.) *Spatializing Law: An Anthropological Geography of Law and Society*, Farnham - Burlington (Vt.): Ashgate.

Blomley, N, Delaney, D., and Ford, R. T. (eds.) 2001, *The Legal Geographies Reader*, Oxford-Malden (MA): Blackwell.

Blomley, N. 1994, *Law, Space and the Geographies of Power*, New York - London: The Guilford Press.

Blomley, N. 2003, *Unsettling the City. Urban Land and the Politics of Property*, New York – London: Routledge.

Blomley, N. 2003a, "From 'What' to 'So What?'. Law and Geography in Retrospect," in J. Holder, C. Harrison (ed.), *Law and Geography*, Oxford-New York: Oxford University Press.

Blumenberg, H. 2007, *Theorie der Unbegriffchkeit*, Frankfurt am Main 2007: Suhrkamp (trad. it. *Teoria dell'inconcettualità*, Palermo 2011: :due punti edizioni).

Bravermann, I., Blomley N., Delaney D., and Kedar A. 2014, *Expanding the Spaces of Law*, in Id. (eds.), *Expanding Spaces of Law: A Timely Legal Geography*, Stanford: Stanford University Press.

Bruner, J. S., Goodnow J. J., Austin G. A. and Brown R. W. 1956, *A Study of Thinking*, New York – London – Sidney: John Wiley & Sons (trad. it. *Il pensiero. Strategie e categorie*, Roma 1973: Armando Editore).

Butler, C., 2012, *Henri Lefebvre. Spatial Politics, Everyday Life, and the Right to the City*, Abingdon, Oxford-New York: Routledge.

Csordas, T. J. 1989, "Introduction: The Body as Representation and Being in the World," in T. J. Csordas (ed.), *Embodiment and Experience: The Existential Ground of Culture and Self*, Cambridge: Cambridge University Press.

De Certeau, M. 1990, *L'invention du quotidien, vol. I, Arts de faire*, Paris (trad. it. *L'invenzione del quotidiano*, Roma 2005: Edizioni Lavoro).

Delaney, D. 2003, "Law as a Thing of this World," in J. Holder, C. Harrison (ed.), *Law and Geography*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2003.

Delaney, D. 2010, *The Spatial, the Legal and the Pragmatics of World-Making: Nomospheric Investigations*, Abingdon - New York. Routledge.

Delany, D. 2014, "Legal Geography: 1. Constitutivities, Complexities and Contingenties," *Progress of Human Geography*, 2014, pp. 1-7.

Dewey, J. 1916, *Democracy and Education*, New York 1916: The Macmillan Company.

Dostojevsky, F., 2012, or. 1861-1862, *Memoires from the House of the Dead*, Oxford Paperback: Oxford 2008.

Farinelli, F. 2003, *Geografia. Un'introduzione ai modelli del mondo*, Torino: Einaudi.

Farinelli, F., 2009 *Crisi della ragione cartografica*, Torino: Einaudi.

Farnell, B. 2012, *Dynamic Embodiment for Social Theory: "I move therefore I am"*, London – New York: Routledge.

Franck R.M., Driven R., Ziemke T., and Bernàrdez E. (eds.) 2008, *Body, Language, and Mind. II. Sociocultural Situadness*, Berlin: Mouton de Gruyter.

Gibbs, R. W. 1994, *Poetics of Mind: Figurative Thought, Language, and Understanding*, New York: Cambridge University Press.

Gibbs, R. W. 2005, *Embodiment and Cognitive Science*, Cambridge: Cambridge University Press.

Gibson, J. J. 1979, *The Ecological Approach to Visual Perception*, Boston: Houghton Mifflin.

Gibson, J. J., 1986, *An Ecological Approach to Visual Perception*, Hillsdale (N.J.): Lawrence Erlbaum Associates, (trad. it Id., *Un approccio ecologico alla percezione visiva*, il Mulino, Bologna 1999).

Goodwin, C. 2003, *Il senso del vedere*, Roma: Meltemi (traduzione di scritti vari a cura di A. Duranti).

Gregory, R. L. 1998, *Eye and Brain*, Oxford-New York: Oxford University Press (trad. it. *Occhio e cervello. La psicologia del vedere*, Raffaello Cortina, Milano, 1998).

Henare, A., Holbraad, M. e Wastell, S. 2007, *Introduction: Thinking trough Things*, in Henare, Holbraad and Wastell (eds.), *Thinking Trough Things: Theorising Artefacts Ethnographically*, London – New York, Routledge.

Johnson, M. 1987, *The Body in the Mind: The Bodily Basis of Meaning, Imagination and Reason*, Chicago: The University of Chicago Press.

Johnson, M 2007. *The Meaning of the Body: Aesthetics of Human Understanding*, Chicago – London: The University of Chicago Press.

Lakoff, G. 1987, *Women, Fire and Dangerous Things: What Categories Reveal About the Mind*, Chicago: The University of Chicago Press.

Langacker, R. W. 1987, *Foundations of Cognitive Grammar: Theoretical Prerequisites*, Stanford: Stanford University Press.

Langacker, R. W. 2000, *Grammar and Conceptualizations*, Berlin – New York: Mouton de Gruyter.

Langacker, R. W. 2002, *Concept, Image, and Symbol: The Cognitive Basis of Grammar*, Berlin – New York: Mouton de Gruyter.

Layard, A., "Shopping in the Public Realm: A Law of Place," *Journal of Law and Society*, 37, 2010, pp. 412-441.

Lee, M. 2015, *The Public Interest in Private Nuisance: Collectives and Communities in Tort*, «The Cambridge Law Journal», vol. 74, Issue 02, July 2015, 329-358, DOI: 10.1017/S000819731500032X, Published online: 08 May 2015.

Lefebvre, H. 1974, *La production de l'espac*e, Paris: Anthropos.

Mazzola, M. A. 2009., *Immissioni e risarcimento del danno*, Milano: Wolters Kluwer.

Olsson, G. 2007, *A Critique of Cartographic Reason*, Chicago – London: Chicago University Press.

Olsson, G., 2011, *Mapping the Taboo*, in S. Daniels - D. Delyser - J. N. Entrikin - D. Richardson (ed.), *Envisioning Landscapes, Making Worlds. Geography and the Humanities*, London - New York: Routledge.

Philippopoulos-Mihalopoulos, A. 2010, "Spatial Justice: Law and the Geography of Withdrawal," *International Journal of Law*, 6, 3, 2010, pp. 1-16.

Philippopoulos-Mihalopoulos, A. 2012, *Law, Spaces, Bodies: the Emergence of Spatial Justice*, in de Sutter L. & Mcgee K., eds., *Deleuze and the Law (Deleuze Connections)*, Edinburgh: Edinburgh University Press.

Philippopoulos-Mihalopoulos, A. 2014, "The Movement of Spatial Justice (Il movimento della giustizia spaziale)," in *Mondi Migranti*, 8, 7-20.

Philippopoulos-Mihalopoulos, A. 2015, *Spatial Justice: Body, Lawscape, Atmosphere*, London-New York: Routledge.

Pickles, J. 2004, *A History of Spaces: Cartographic Reason, Mapping, and the Geo-Coded World*, London-New York: Routledge.

Ricca, M. 2016, "Errant Law: Spaces and Subjects" (June 30, 2016). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2802528 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2802528

Ricca, M. 2016a, "Klee's Cognitive Legacy and Human Rights As Intercultural Transducers: Modern Art, Legal Translation, and Micro-Spaces of Coexistence" (September 6, 2016). *Calumet - Intercultural Law and Humanities Review* (2016) . Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2931368

Ricca, M. 2017, "How to Make Space and Law Interplay Horizontally: From Legal Geography to Legal Chorology" (March 2, 2017). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2926651 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2926651

Rohrbacher, G. P. 1998, *The Architectural Details of Alvaro Siza: A Chorology*, Thesis (M.S.)--Massachusetts Institute of Technology, Dept. of Architecture, free download available at https://dspace.mit.edu/handle/1721.1/69751

Sallis, J. 1999, *Chorology: On Beginning in Plato's* Timaeus, Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press.

Sallis, J., 2000, *Force of Imagination: The Sense of the Elemental*, Bloomington – Indianapolis: Indiana University Press.

Sidoli del Ceno, J. 2015, Landlords and the Law of Nuisance, «Landlord and Tenant Review», Volume 19 (1).

Soja, E. 1996, *Thirdspace: Journeys to Los Angeles and Other Real-and-imagined Place*s, Blackwell, Malden – Oxford

Talmy, L. 2003, *Toward a Cognitive Semantics: Vol. I, Concept Structuring Systems*, Cambridge (MA): MIT Press.

Traisci, F. P. 1996, *Le immissioni fra tutela proprietaria* e *tutela della persona. Modelli a confronto*, Napoli: ESI.

Tuan, Y. F. 1977, *Space and Place: The Perspective of Experience*, Minneapolis: University of Minnesota Press.

Valentine, G., 2008, "Living with Difference: Reflections on Geography of Encounter," *Progress in Human Geography*, 32, pp. 321-335.

Violi, P. 1997, *Significato ed esperienza*, Milano: Bompiani.

Whatmore, S. 2002, *Hybrid Geographies: Natures, Cultures, Space*s, London – Thousand Oaks – New Delhi: Sage Publications.

Ziemke, T., Zlatev, J., Frank, R.M. (eds.) 2007, *Body, Language, and Mind. I. Embodiment*, Berlin: Mouton de Gruyter.

DAL DIRITTO DEI MERCANTI AL V LIBRO DEL CODICE CIVILE UNIFICATO E OLTRE*

FROM THE RIGHT OF MERCHANTS TO THE FIFTH BOOK OF THE UNIFIED CIVIL CODE AND BEYOND

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 454-467

* Le pagine che qui dedico alla memoria del Maestro Massimo Bianca attingono ad una mia lezione introduttiva al Corso di diritto commerciale di un mio giovane Collega, Maurizio Onza (Università degli Studi di Brescia, 4 marzo 2019). Le ho scelte per valorizzare la didattica come momento fondamentale dell'istituzione universitaria nel succedersi delle generazioni.

Paolo SPADA

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il "diritto commerciale" è presentato agli studenti di un corso universitario come campo tematico (designato correntemente come "materia di commercio") perimetrato dalla storia delle Istituzioni economiche e politiche, e del linguaggio normativo. L'autore ne segnala le origini e gli sviluppi, soffermandosi particolarmente sull'età delle codificazioni in Italia e sul passaggio dal binomio Codice civile/Codice di commercio all'unificazione dei codici intervenuta nel 1942 con l'entrata in vigore del Codice civile, nel quale la "materia di commercio" venne rifusa, aggiornata ed arricchita. Delle variazioni successive di questo campo tematico, risalenti a modificazioni del Codice civile e ad alla crescita, non sempre sistematicamente meditata, di legislazione complementare si presenta un inventario funzionale all'orientamento dei discenti.

PALABRAS CLAVE: Diritto commerciale e "materia di commercio"; statuto del commerciante e dell'imprenditore; società; titoli di credito; contratti commerciali; concorrenza e proprietà intellettuale; fallimento.

ABSTRACT: *"Commercial Law" is presented to the students of a university course as a thematic field (currently designated as a "business-related matter" [materia di commercio]) bounded by the history of economic and political institutions and of legal language. The author points out its origins and developments, focusing in particular on the age of codification in Italy and on the transition from the binomial Civil Code/Commercial Code to the unification of the codes which took place in 1942 with the entry into force of the Civil Code, in which the "business-related matter" was recast, updated and enriched. The author presents to the students an inventory, functional in nature, of the successive variations of this thematic field, both through modifications of the Civil Code and through the increase of related legislation, which is not always systematically appropriate.*

KEY WORDS: *"Commercial Law" and "business-related matters"; legal regime of the merchant ("commerciante") and of the entrepreneur; partnerships and companies; negotiable instruments, documents of title and securities; business contracts; competition and intellectual property; bankruptcy.*

SUMARIO.- I. ORIGINI E CODIFICAZIONE DEL DIRITTO COMMERCIALE.- II AMBIGUITÀ DELLE LOCUZIONI CODICE CIVILE E DIRITTO COMMERCIALE E TENTATIVO DI SUPERAMENTO.- III. I CODICI CIVILE E DI COMMERCIO DELL'ITALIA UNITA: LA SEPARAZIONE DEI CODICI IN TERMINI NORMATIVI.- IV. RAGIONI DI LUNGO E DI BREVE PERIODO DELL'UNIFICAZIONE DEI CODICI NEL 1942 – V. CONTINUITÀ E DISCONTINUITÀ NELLA PROSPETTIVA DELLA "MATERIA DI COMMERCIO".- VI. IL DIRITTO COMMERCIALE DOPO L'UNIFICAZIONE: SENZA, OLTRE E CONTRO IL CODICE CIVILE.

I. ORIGINI E CODIFICAZIONE DEL DIRITTO COMMERCIALE.

Le materie (o discipline) nelle quali si articolano la ricerca giuridica, l'insegnamento e il reclutamento dei docenti sono campi tematici perimetrati dalla storia: talora il perimetro è tracciato da una innovazione delle regole aventi vigore in un prescelto contesto storico territoriale; talaltra sono gli studiosi a disegnarlo per rispondere ad esigenze di specializzazione della conoscenza e dell'insegnamento (come è a dirsi per il diritto industriale, il diritto del lavoro, il diritto fallimentare ecc.).

Il diritto commerciale risale ad un'innovazione del materiale precettivo che si profila soprattutto in Italia a partire dal secolo XI e si sviluppa con l'affermarsi della civiltà comunale, progressivamente affiancando e rimpiazzando il diritto romano, il diritto canonico e gli atti normativi dei regni altomedievali. L'innovazione, secondo un'interpretazione storiografica condivisa, è innescata dalla crisi dell'economia feudale (basata sul latifondo e detta curtense[1]); crisi a sua volta dovuta a una crescita demografica delineatasi nel passaggio dal primo al secondo millennio che avrebbe portato all'abbandono delle campagne, alla creazione dei borghi e all'affermarsi di un'economia fondata sulla manifattura e sugli scambi[2].

Le istituzioni economiche mobiliari, che si consolidano nella "forma" politica dei Comuni e delle Repubbliche Marinare, producono materiali normativi a servizio dei mercanti; materiali autonomi nel senso che i produttori (i mercanti) coincidono con i destinatari e le cui fonti sono la consuetudine, gli statuti comunali e delle organizzazioni delle arti e dei mestieri (corporazioni), la giurisprudenza delle magistrature mercantili (detta consolare).

1 Aggettivo etimologicamente derivato da "cohors", cortile: per metonimia il fondo coltivato dal lavoro servile governato dal feudatario

2 La storiografia parla di "rivoluzione commerciale".

• Paolo Spada
Professore emerito de La Sapienza, Università di Roma. Email spadarecht@tiscali.it

Nell'arco di quattro secoli, si profilano gli istituti giuridici che tuttora si aggiudicano al diritto commerciale: come la contabilità a partita doppia, la rappresentanza commerciale, il fallimento, le forme dell'iniziativa collettiva (la compagnia; la commenda, e solo più tardi – secolo XVII – e in altro contesto, la società per azioni o anonima), i documenti di pretese pecuniarie tardivamente ammessi a circolare (la "litera cambi") ecc.

Questo materiale normativo in via di formazione viene per così dire ereditato dagli Stati nazionali (dalla Francia, soprattutto) – che, anche sotto l'impulso di una nuova rivoluzione economica dovuta alla scoperta dei nuovi continenti si costituiscono a partire dal secolo XV – e da questi riversato, come diritto scritto e organico, in testi, il più noto dei quali è l'Ordinanza Generale di Commercio del 1673, detta anche "Code Colbert", dal nome del Ministro di Luigi XIV che ne promosse la redazione, o "Code Savary", dal nome del giureconsulto (già appartenente ad una famiglia di "négociants") che la curò.

Il sopravvento della rivoluzione francese dà l'avvio ad una nuova fase dell'esperienza che chiamiamo diritto commerciale, una fase nella quale, soppresse definitivamente le corporazioni (Décret del 17 marzo 1791, art. 4), campeggia la libertà dei commerci e delle industrie del cittadino e si profila – almeno nell'Europa continentale – il fenomeno della duplice codificazione del diritto civile e del diritto commerciale.

Questo fenomeno, nel suo sviluppo in Italia, ha fatto sì che lo studente italiano di Diritto commerciale del secolo XXI si misuri con un Codice che, tuttavia, è non già intitolato commerciale bensì civile.

II. AMBIGUITÀ DELLE LOCUZIONI CODICE CIVILE E DIRITTO COMMERCIALE E TENTATIVO DI SUPERAMENTO.

Il Codice è un genere della letteratura legislativa. Il vocabolo è polivalente: con riferimento epoca alla quale risalgono le codificazioni europee (e tra questi le francesi, tedesche ed italiane – tra il XIX ed il XX secolo) Codice significa testo organico, completo e costituente (cioè dotato di un primato in un contesto statalista, di riserva allo Stato della produzione legislativa). Oggi, per converso, il termine è spesso utilizzato per denominare raccolte organiche di testi già vigenti, più o meno aggiornati ed arricchiti.

Il diritto commerciale è un campo tematico gius-esperienziale, che – almeno ai fini della traiettoria evolutiva del diritto italiano – interseca il Codice movendo dalla codificazione francese del 1804/1807 (Code civil del 1804 e Code de commerce del 1807).

Non sempre l'area tematica del diritto commerciale in Italia, quando ha incontrato un Codice è stata trasfusa in un Codice di commercio. Lo dimostrano i Codici degli Stati italici preunitari dopo la restaurazione, che si denominano civili pur contenendo istituti propri della materia di commercio; e tra questi è notevole segnalare il Codice degli Stati Estensi (1852) che contiene un IV libro dedicato alle "Disposizioni sul Commercio".

III. I CODICI CIVILE E DI COMMERCIO DELL'ITALIA UNITA: LA SEPARAZIONE DEI CODICI IN TERMINI NORMATIVI.

L'Italia, dopo la formazione dello Stato nazionale, ha adottato una codificazione articolata in due Codici: il Codice civile ed il Codice di commercio del 1865; quest'ultimo rimpiazzato da un secondo Codice di commercio nel 1882. Entrambi (il Codice civile del 1865 ed il Codice di commercio del 1882) rimasti in vigore fino al 1942, quando ai due Codici sopravvenne un solo Codice denominato civile, tutt'ora vigente benché ampiamente novellato.

La separazione tra Codice civile e Codice di commercio fu funzionalmente polivalente, comportando: (a) separazione di giurisdizioni sulle controversie (venuta meno nel 1888); (b) separazione della gerarchia delle fonti (con il primato degli "usi mercantili" sul "diritto civile" – art. 1 c.co. 1882); (c) separazione di regole generali sui contratti e sui rapporti; (d) separazione di tipologie di contratti nominati; (e) riserva al Codice di commercio dello statuto del produttore professionale di beni e servizi, con l'esclusione dell'agricoltore e dell'artigiano.

Ai fini della (i) scelta della giurisdizione alla cognizione della quale devolvere la decisione di una controversia, (ii) della gerarchia delle fonti e (iii) delle regole applicabili a contratti e rapporti, l'alternativa civile/commerciale si scioglie, in allora, avvalendosi di una figura comportamentale: l'atto di commercio. L'atto di commercio (art. 3 c.co 1882) è un'attività intermediaria nella produzione e nello scambio che assolve due compiti: (a) decide della giurisdizione competente a conoscere la lite e (b) delle regole applicabili al giudizio.

Chi esercita atti di commercio "per professione abituale" è denominato "commerciante" (art. 8 c.co. 1882), parola che designa la sua soggezione ad uno statuto (ad un insieme organico di regole). D'altro canto, tutti i contratti e le obbligazioni del commerciante sono soggetti alla legge commerciale per entrambe le parti (art. 54 c.co 1882). E di diritto sono commercianti le "società commerciali": l'art. 1706 del c.c. 1865 denominava, tra altre figure, società "… il contratto con cui più persone si associano per un'impresa determinata o per l'esercizio di qualche mestiere o professione". Se l'iniziativa collettiva si sviluppava nel compimento di

"uno o più atti di commercio", la società era, per ciò stesso, commerciale (art. 76 c.co. 1882).

Insomma, l'atto di commercio è la figura legislativa della quale si avvale la costituzione economica liberale scaturita dalla Rivoluzione francese: affermata la libertà dei commerci e delle industrie di cittadini uguali, non già l'appartenenza ad una cerchia auto-o etero organizzata di "negozianti" (corporazioni) poteva – come accadeva nel vigore dell'Ordinanza colbertina – decidere della giurisdizione e del diritto sostanziale deputato a comporre una lite; spetta, ora, ad un modello di comportamento – individuale o collettivo – prefissato dalla legge (appunto all'atto di commercio) presiedere alla scelta del diritto applicabile.

IV. RAGIONI DI LUNGO E DI BREVE PERIODO DELL'UNIFICAZIONE DEI CODICI NEL 1942.

Sulle ragioni dell'unificazione dei Codici civile e commerciale risalente al 1942 – ampiamente illustrate dalla storiografia – tre rilievi s'impongono nell'orientare, oggi, i discenti di un corso di Diritto commerciale:

A) che altro fu l'unificazione del diritto delle obbligazioni – certamente risalente a quel processo di lungo periodo illustrato da Vivante in una sua celebre prolusione bolognese[3], e propiziato da ragioni politiche e ideologiche. Un processo, questo, già compiutosi in un Progetto del Codice di Commercio degli anni '30 (che avrebbe sostituito quello del 1882) dovuto ad Alberto Asquini (progetto di un Codice esclusivamente professionale);

B) che tutt'altro fu la rifusione nel Libro V (Del Lavoro) del Codice civile dello statuto delle produzioni professionali (del vecchio "statuto del commerciante"). Qui le ragioni furono autenticamente politiche e prevalentemente politica l'adozione di un modello totalizzante di "impresa" nel quale tutte le forze non salariate potevano riconoscersi; un modello, tuttavia, bisognoso di essere articolato in ragione della dimensione (piccola impresa) e del risultato produttivo (commerciale, agricola e, forse, civile). Con il risultato che come prima del "Codice Unificato" – cioè del Codice civile del '42 – mancava uno statuto professionale dell'agricoltore e dell'artigiano, così dopo l'unificazione solo l'imprenditore commerciale medio-grande era soggetto ad uno statuto: il piccolo imprenditore e l'imprenditore agricolo essendone immuni. Il lessico era cambiato, le regole poco o nulla.

C) Se di cosmesi lessicale può parlarsi con riguardo al passaggio dal commerciante all'impresa (commerciale-medio grande), di discontinuità precettiva può e deve parlarsi con riferimenti alle formazioni associative: il godimento collettivo viene

3 Vivante, C.: "Per un codice unico delle obbligazioni", *Archivio Giuridico*, 1887, p. 497

espunto dall'area della società (v. art. 2248 c.c); ma tutte le società sono ormai entificate – come lo erano le sole società commerciali (art. 77, ultimo comma c.co. 1882); ed entificate sono anche tutte le iniziative collettive non speculative, tutte le associazioni del Primo Libro – anche se poi l'intensità della separazione tra risorse destinate allo scopo e risorse domestiche dei destinanti è modulato, ricorrendo alla tecnica della personalità giuridica.

Concludendo sul punto: preme sottolineare che culturalmente la frattura tra il diritto dell'impresa del Codice Civile ed il diritto del "commerciante" – del Codice di commercio previgente – è debole e tale da legittimare usi conoscitivi della giurisprudenza teorica e pratica anteriori all'unificazione; laddove la frattura in tema di formazioni associative è forte e invita alla cautela nell'uso di materiali anteriori al Codice Civile.

V. CONTINUITÀ E DISCONTINUITÀ NELLA PROSPETTIVA DELLA "MATERIA DI COMMERCIO".

Il Codice civile del '42, nell'ottica della materia di commercio, presenta poi una novità ulteriore: un vero inedito nel tessuto dei codici.

E' storicamente acquisito che la locuzione "titolo di credito" affiora nel linguaggio giuridico dell'Europa continentale a partire dalla seconda metà del secolo XIX (Brunner): essa funge da denominazione di una classe di documenti circolanti secondo un regime condiviso: un regime che si compendia nella "letteralità" e nella "autonomia" del diritto circolante – delle quali alla celebre definizione di Cesare Vivante[4]; in regole, cioè, che favoriscono la liquidazione di situazioni soggettive (crediti pecuniari, partecipazioni ad investimenti collettivi ecc.) rendendo immune da eccezioni chi s'impossessa in buona fede del documento che le registra.

Il Codice del 1942 assegna d'autorità alla denominazione titolo di credito un significato ulteriore. Il titolo di credito continua bensì ad evocare un nucleo di regole condivise da una molteplicità di documenti circolanti ma, nel linguaggio legislativo, acquisisce una funzione semantica nuova: quella di designare una fattispecie, il modello di fatto (documentazione) al quale ancorare una disciplina unitaria.

La fattispecie, tuttavia, piuttosto che presentata, è postulata: nessun enunciato definitorio (e neppure nessuna norma definitoria) orienta nella selezione delle condizioni d'applicazione della disciplina, salvo il debole indizio della contiguità della (nuova) fattispecie con la promessa unilaterale.

4 "Trattato di diritto commerciale", 5a ed., III, Vallardi 1924: "documento necessario per esercitare il diritto letterale ed autonomo che vi è menzionato".

Quanto alla disciplina unitaria, questa coincide manifestamente con la disciplina della cambiale e dell'assegno, quale unificata dalle convenzioni ginevrine[5].

Queste scelte hanno avuto – e, forse, hanno tuttavia – costi conoscitivi ed applicativi: una disciplina presentata come unitaria non è unitariamente applicabile perché è pensata per titoli che veicolano promesse di pagamento (cambiale e assegno); conseguentemente, entra in crisi la qualificazione come titoli di credito di titoli fondamentali nelle istituzioni economiche, come i titoli di partecipazione e si cerca di salvare il salvabile negando l'unitarietà e fissando una sorta di gerarchia che finisce per ravvisare come unica regola indefettibile quella dell'art. 1994 c.c. (cioè l'incontestabilità della pretesa del portatore del titolo che se ne sia impossessato in buona fede e per una giusta causa). La mancanza di ogni orientamento sulla fattispecie, infine, rende – o meglio rendeva (oggi il problema è largamente superato dalle cc.dd. dematerializzazioni) – combattuta la sorte dei titoli ignoti alla prassi (alludo alla pregressa stagione dei titoli atipici).

VI. IL DIRITTO COMMERCIALE DOPO L'UNIFICAZIONE: SENZA, OLTRE E CONTRO IL CODICE CIVILE.

Temperamento, interesse, curiosità conoscitiva vi proporranno qui il personale mio sguardo su alcune emergenze presenti e futuribili: una campionatura tanto personale da rischiare l'arbitrio.

A) La prima cosa da dire è che si può non credere – come io non credo – che la conoscenza commercialistica presenti un proprium metodologico rispetto a quella civilistica, che serva a qualcosa parlare di autonomia c.d. scientifica del diritto commerciale (e, paradossalmente i trionfi transtematici dell'analisi economica del diritto delegittimano, oggi più di ieri, un particolare metodo nell'analisi della "materia di commercio"); che si può fare a meno – dicevo – della nobile autonomia scientifica del diritto commerciale, ma non si può negare che proprio il campo tematico che chiamavamo materia di commercio abbia – ben più di altri – subito un rinnovamento nella gerarchia delle fonti: alludo alla Costituzione nazionale, ma soprattutto al primato del diritto europeo che ha eroso e sta erodendo il "potenziale costituente" del Codice civile; non solo il diritto nazionale si "decodicizza", sotto la spinta dello Stato pluriclasse (il Codice civile "perde pezzi"), ma, soprattutto, si denazionalizza il diritto privato, si regionalizza a misura europea; e questo non può non penalizzare la valenza costituzionale (connaturale al genere legislativo Codice) del Codice civile come Codice nazionale. In altri termini: la gerarchia delle fonti del diritto che leggiamo nelle disposizioni preliminari al Codice civile è abbondantemente rifondata dalla Costituzione nazionale e soprattutto

5 Le convenzioni sulle cambiali stipulate a Ginevra il 7 giugno 1930 (rese esecutive in Italia con r.d.l. 1130/1932) e quella sugli assegni Convenzione di Ginevra del 19 marzo 1931 (resa esecutiva con r.d.l. 1077/1933)

dalla Costituzione materiale e dal diritto dell'Unione europea. Si aggiungano, poi, le autoregolamentazioni (come il Codice di autodisciplina della borsa italiana).

B) Il Codice civile unificato del '42, pur articolando dimensionalmente l'impresa, ha fatto della piccolezza (qualitativamente o quantitativamente prospettata – come nella coeva legge fallimentare) un fattore di immunità dallo statuto dell'imprenditore, dal complesso organico di regole della produzione professionale di beni e di servizi (complesso riferito ieri al commerciante ed oggi all'imprenditore commerciale medio-grande).

La legislazione sopravvenuta sta invece edificando uno statuto della dimensione dell'iniziativa che promuova le iniziative piccole, soprattutto agevolandone la provvista di capitale di rischio e accordando benefici fiscali: espressioni oggi correnti come microimprese o PMI (piccole e medie imprese) hanno questa curvatura funzionale e, quindi, nonostante la presenza del sostantivo impresa non hanno nulla a che fare con la "piccola impresa" del Codice civile. Tra le ultime trovate – dopo aver concesso la costituzione di società a responsabilità limitata con un capitale nominale pari ed un euro – c'è stata quella di estendere a tutte le PMI, costituite in forma di società a responsabilità limitata – isolabili grazie ad una raccomandazione della Commissione Europea del 2003 – la possibilità di standardizzare le quote in "prodotti finanziari" – suscettibili di articolazioni in categorie – e di provvedersi di capitale di rischio attingendo al risparmio anonimo tramite l'offerta di questi prodotti in "portali" telematici - (art. 57, d.l. 24 aprile 2017, n. 50). Del resto ai fini dell'immunità dal fallimento (e da altre procedure complementari dette "concorsuali") la "piccola impresa" è da ultima denominata "impresa minore" dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 16).

C) Un'altra evenienza, generatrice di una monumentale legislazione, è la progressiva, accelerata "finanziarizzazione" dell'economia: la produzione di beni e di servizi (i "fondamentali", nel linguaggio giornalistico corrente) è fenomeno sempre più filtrato e condizionato dal mercato finanziario, un mercato nel quale l'impiego di risparmio in ricchezza assente – perché vincolata in investimenti o in finanziamenti - trascolora nell'impiego in ricchezza inesistente, in operazioni che sono funzionalmente "scommesa" sulla dinamica di grandezze sottostanti spesso del tutto indipendenti dai comportamenti imprenditoriali (addirittura su grandezze metereologiche) – benché pudicamente presentate come antidoto a "seri" rischi finanziari, come quello del cambio delle divise. Alludo ai famigerati "derivati" (che non a caso sono testualmente resi immuni dall'inazionabilità dei crediti di gioco e di scommessa - art. 1933 c.c. disapplicato dall'art. 23, 5° comma del Testo Unico della Finanza). Potrebbe, tanto per periodizzare la conoscenza, fissarsi nel 1974 (con la legge n. 216) l'avvento di una legislazione sul mercato finanziario, legislazione

che si conclama orientata a rendere (i) consapevole il risparmiatore dei rischi dell'impiego delle sue risorse, in operazioni di investimento e di finanziamento, e (ii) competenti e indipendenti gli interlocutori del risparmiatore, preposti dagli intermediari finanziari (banche, per antonomasia). Prescindendo dai giudizi di politica del diritto – la sbandierata trasparenza e indipendenza degli intermediari si è rivelata spesso una grande impostura della sovrainformazione – questa legislazione sfida l'analisi giuridica con un nuovo lessico molto mobile e arruffato, nel quale campeggiano locuzioni come "valori mobiliari", "strumenti finanziari", "prodotti finanziari", sintagmi che concorrono disordinatamente con il "vecchio" "titoli di credito".

D) Una ulteriore epifania, che profila un materiale ed un'esperienza normativi del tutto negletti dal Codice civile, è il diritto della concorrenza. Il Codice si interessava dei patti limitativi della concorrenza nella prospettiva della tutela della libertà contrattuale (artt. 2595, 2557 c.c.) e l'unico, forse, momento di sensibilità procompetitiva si coglieva in quell'art. 2597 c.c. che costituisce un prototipo della lotta all'abuso di posizione dominante. Anche l'area dei diritti esclusivi (brevetti, marchi, diritti d'autore e connessi) era sostanzialmente indifferente alla carica anticompetitiva delle riserve. Qui l'irruzione dell'antitrust comunitario, prima, e nazionale, poi, non avrebbe potuto né potrebbe essere più clamorosa – e non solo sul piano del diritto privato (penso alle Autorità che si proclamano indipendenti).

E) Una quinta emergenza ha a che fare con la conversione funzionale del regime della contrattazione di massa. Io dubito dell'utilità conoscitiva di rimpiazzare i contratti commerciali con i contratti d'impresa – che pure ha avuto tanti autorevoli patroni. Unificato il diritto delle obbligazioni, i contratti d'impresa compongono una classe puramente descrittiva – salvo qualche sporadico esemplare (che so: l'onerosità presunta del contratto di deposito integrato in un servizio professionale – art. 1767 c.c.). Nel mentre sono persuaso che il codice dettasse una disciplina transtipica della contrattazione in serie. Questa disciplina era funzionalmente filo-imprenditoriale (artt. 1330, 1341, 1368 c.c., nonché gli articoli sulla circolazione dell'azienda – trai quali annovererei quello che esclude l'estinzione del mandato in caso di morte di una delle parti se ha per oggetto "atti relativi all'esercizio dell'impresa" e questa continua – art. 1722 n. 4 c.c.).

La legislazione sopravvenuta, stimolata dalla normativa europea ed oggi largamente rifusa nel Codice del Consumo (2005), ha ribaltato l'orientamento del regime della contrattazione, curvandolo alla protezione degli interessi dei consumatori o degli imprenditori dipendenti (legge sulla subfornitura). Nella direzione già auspicata – potrebbe dirsi - da un lungimirante Maestro del diritto commerciale (Lorenzo Mossa).

F) Vistosissima è stata, infine, la conversione delle formazioni associative: oltre e contro il codice civile si è intervenuti sul paradigma societario in molti modi: neutralizzando rispetto al profitto le iniziative collettive regolate dal diritto delle società (si pensi all'impresa sociale, ma, prima ancora, alle società sportive, alle società consortili ecc.), facendo delle società commerciali un guado, conoscitivamente infido, tra impresa pubblica e impresa privata (alludo alla variegata esperienza delle privatizzazioni ed all'uso di paradigmi privatistici per assolvere i doveri verso la "società civile" – nel senso antropologico-politico dell'espressione – dello Stato e degli enti pubblici, soprattutto territoriali); ma soprattutto mettendo – su sollecitazione del diritto europeo (XII Direttiva comunitaria in materia di società) – alcuni tipi di società a servizio, non già di iniziative collettive, ma di iniziative individuali. E così, per il tramite della società, superando il principio tradizionale (ancora conclamato dal testo combinato dell'art. 2740 c.c. e dell'art. 2217, 1° comma c.c.) per il quale la destinazione individuale di risorse alla produzione professionale di beni e servizi non separa il patrimonio aziendale da quello domestico.

Insomma, la società – che lo era nel Codice Civile – non è oggi più necessariamente "sodalizio" ([6]); lo è ancora se aggiudicabile alla classe delle società di persone; altrimenti si presta a fungere da tecnica neutra di entificazione dell'impresa (e non è forse casuale che nel gergo angloamericano impresa si dica "corporation"). Sicché per questo distretto del diritto privato (formazioni associative e società, in particolare) se non il "Codice Unificato", la sua dinamica ha provocato una soluzione di continuità così rilevante da sconsigliare l'uso – se non vigilantissimo – della letteratura e della giurisprudenza fiorite nel vigore dei "vecchi" Codici.

G) Per altro, contiguo rispetto, la continuità dell'iniziativa imprenditoriale ha depotenziato l'articolazione funzionale delle formazioni associative (il "perché" ci si associa), dando spazio a trasformazioni che, nel mutare della funzione, rifiutano la discontinuità dell'impresa o addirittura favoriscono la imprenditorializzazione di iniziative potenzialmente erogative o di mere contitolarità di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa (artt. 2500 septies e octies, c.c. e art. 41 bis c.c.).

H) Quanto ai titoli di credito ed ai documenti di legittimazione si assiste più che ad un "commiato" (come scrisse uno studioso svizzero, Mayer-Hayoz, più di vent'anni or sono) a molteplici commiati: i documenti di legittimazioni sono rimpiazzati da password, le unità di operazioni potenzialmente collettive di provvista finanziaria, circolano attraverso le operazioni scritturali di istituzioni intermediarie (la parola, ormai anche legislativamente legittimata, è "dematerializzazione") e si acquistano presso "portali digitali"; gli assegni subiscono la concorrenza dei

6 Spada, P: "C'era una volta la società", *Riv. Not.* 2004, I, p. 1 ss.

trasferimenti elettronici di fondi e sono ghettizzati da misure di polizia intese a contrastare il riciclaggio e l'evasione fiscale; e la cambiale tratta è sempre meno usata nelle negoziazioni tra imprenditori, cedendo terreno alla più conveniente "ricevuta bancaria"; mentre il vaglia cambiario lo cede all'ordine permanente di pagamento impartito dal cliente che ha comprato a rate alla propria banca.

l) Da ultimo si è distaccato dal Codice civile il regime del dissesto dell'iniziativa economica: un regime che si propone di rimediare, tramite procedure negoziali intermediate (da figure giurisdizionali e non [Organismi di composizione della crisi]) tra debitore e creditori, alle situazioni di sovraindebitamento e di insolvenza del primo; ed, a certe condizioni, provvedere alla liquidazione del patrimonio del debitore; rinnovando il lessico (dal "fallimento" alla "liquidazione giudiziale") e in larga misura il diritto previgente del Codice civile (abrogazione dell'art. 2221 c.c.). Distacco che si è consumato nel ricordato Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Insomma, pensando al nostro Codice civile "unificato" del 1942 ed al Diritto commerciale (come campo tematico a geometria variabile), di quello che la retorica napoleonica (Portalis) definiva "le plus grand bien" (il Code civil del 1804) non è rimasto granché e inquieta la sensazione che quel bene non abbia finora trovato un rimpiazzo che renda più utile e meno imprevedibile l'opera della giurisdizione, statale e non.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Negozianti e imprenditori – 200 anni dal Code de commerce*, Mondadori Università, Sagrate, 2008

Cipolla, C.M.: *Storia economica dell'Europa pre-industriale*, Il Mulino, Bologna, 2009.

Galgano, F.: Lex *mercatoria. Storia del diritto commerciale*, 5° edizione, Il Mulino, Bologna, 2010.

Padoa-Schioppa, A.: *Saggi di storia del diritto commerciale*, Led, Milano, 1992.

Santarelli, U.: *Mercanti e società tra mercanti*, Giappichelli, Torino, 1998.

IL PROFESSOR BIANCA E LA COSTITUZIONE

PROFESSOR BIANCA AND THE CONSTITUTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 468-481

Marisa
MALAGOLI
TOGLIATTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: L'intento di questo contributo è quello di illustrare il lavoro a livello scientifico, accademico e sociopolitico del prof. Cesare Massimo Bianca le cui pubblicazioni, ricerche e attività di docenza hanno avuto una grande influenza nel contesto italiano nell'introdurre una cultura volta a tutelare l'interesse materiale e morale e i diritti dei minori.

PALABRAS CLAVE: Diritti dei minori, diritti dei minori nati da genitori non coniugati

ABSTRACT: *The purpose of this chapter is to introduce contributions in scientific, academic and politically viewpoint of Full professor Cesare Massimo Bianca, who promote conceptual elements with a great impact in a new culture in Italian context to preserve material and moral child's rights and relationship.*

KEY WORDS: *Child rights, common-law couple and child rights.*

SUMARIO.- I. ATTIVITA' ACCADEMICHE E ISTITUZIONALI.- II.EFFETTIVITA' DELLA TUTELA DEI DIRITTI DEL MINORE. III.CONCLUSIONI.

I. ATTIVITA' ACCADEMICHE E ISTITUZIONALI.

Spero di non deludere i lettori del saggio collettaneo in onore del prof. Cesare Massimo Bianca in quanto il mio contributo vuole partire dai ricordi professionali ma anche personali, relativi alle attività accademiche e istituzionali che ho percorso insieme all'esimio collega. Nel lontano 1993, il 6 novembre, dai proff. Guido Alpa, Massimo Ammaniti, Mario Bessone, Annamaria Dell'Antonio, Paolo De Nardis, Niccolò Lipari, Marisa Malagoli Togliatti, Antonio Masi, Mario Morcellini, Pietro Rescigno e soprattutto il nostro Cesare Massimo Bianca fu costituito il Centro per la Tutela della Persona del Minore (CeTM) unendo le forze di docenti delle facoltà di giurisprudenza, di medicina e psicologia, di sociologia e comunicazione, di scienze politiche. La costituzione del CeTM indicava una particolare attenzione e sensibilità da parte di quel gruppo di studiosi e docenti alle sollecitazioni che provenivano dagli ambiti più progressisti in campo internazionale, ricordiamo che sempre in quegli anni era stata approvata alle Nazioni Unite la Convenzione di New York (del 1989 ratificata in Italia nel 1991) sui diritti della infanzia e della adolescenza e che nel 1996 fu approvata la Convenzione di Strasburgo, che sanciva una partecipazione attiva dei minori in tutti i procedimenti amministrativi e giudiziari che li coinvolgono. I grandi professori del CeTM si adoprarono attraverso le loro numerose e prestigiose pubblicazioni e ricerche a livello nazionale e internazionale per la ratifica da parte del Parlamento Italiano di quelle e altre Convenzioni Internazionali approvate nel corso degli anni a tutela dei diritti dei fanciulli a volte con ritardi non sempre giustificati. Ad esempio la Convenzione di Strasburgo fu ratificata solo nel 2003. Quei docenti volevano porre in evidenza la questione dell'esercizio da parte del minore dei propri diritti e della necessità di farlo partecipare alle decisioni che lo coinvolgono anche in rapporto ad una presumibile evoluzione delle sue capacità di valutazione autonoma e non condizionata dall'esterno dei propri interessi e della propria situazione. Temi come la tutela dell'interesse del minore, dei suoi diritti, delle sue capacità, erano visti dagli appartenenti al CeTM come di competenza di discipline giuridiche, psicologiche e sociali.

Il Centro di Ricerca della Sapienza per la Tutela della Persona del Minore (CeTM) che ebbe come punto di riferimento principale il prof. Cesare Massimo Bianca, a lungo Direttore del Centro, riconosceva e riconosce quali suoi obiettivi la raccolta

• Marisa Malagoli Togliatti
Professore Ordinario del Dipartimento di Psicologia Dinamica e Clinica, Università Sapienza di Roma, Facoltà di Medicina e Psicologia. E-mail: marisa.malagoli22@gmail.com

sistematica delle leggi –nazionali e regionali – inerenti la tutela del minore ed i suoi diritti, attraverso la costituzione di una banca dati a disposizione di studiosi della materia, così come la raccolta e l'analisi delle principali pubblicazioni sull'argomento nell'ambito delle scienze psicologiche, giuridiche e sociali. Contestualmente specifici obiettivi sono stati: la promozione ed il coordinamento di ricerche di base ed applicative con particolare riferimento ai criteri utilizzati in ambito psicologico, giuridico e sociale per definire la persona del minore, per tutelarne diritti ed interessi, fornendo supporto scientifico ad enti pubblici o privati nel campo della tutela del minore, con ricerche di ampia portata, seminari, convegni e corsi di aggiornamento ad operatori del settore. Infine, non ultimo per importanza, gli studiosi si adoprarono per i necessari cambiamenti a livello culturale e politico per far sì che l'Italia adottasse ogni misura legislativa, amministrativa e di altro genere necessaria per l'attuazione dei diritti riconosciuti nelle Convenzioni Internazionali attraverso la loro ratifica e la messa a punto dei provvedimenti attuativi.

In seguito a novità amministrative introdotte dallo statuto dell'Università Sapienza di Roma, il CeTM è stato rinnovato e riorganizzato nel 2011 attraverso la collaborazione di 5 Dipartimenti e dei relativi docenti afferenti. Il Direttore del Centro Interdipartimentale è attualmente la professoressa Mirzia Bianca, e i Dipartimenti che lo costituiscono sono: il Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive; il Dipartimento di Studi Penalistici Filosofico-Giuridici e Canonistici, il Dipartimento di Psicologia dinamica e clinica; il Dipartimento di Comunicazione e di Ricerca Sociale; il Dipartimento di Scienze Sociali. Sento il dovere inoltre di citare e ringraziare anche a nome di tutti i ricercatori afferenti al CeTM e dei docenti del Master Interfacoltà la dr.ssa Liliana Caravelli che ha aiutato in modo fondamentale nella organizzazione e collaborazione tra tutti i vari studiosi, ricercatori e rappresentanti dei dipartimenti.

Il modello interdisciplinare, alla base del CeTM, prende in considerazione la valutazione dei fenomeni giuridici, relazionali, sociali e culturali che concorrono ad una prospettiva integrata della problematica della tutela del minore. Si tratta di una tematica che è tuttora di grande attualità, di interesse sociale con implicazioni che toccano diversi settori di ricerca: il settore giuridico (il diritto civile, la procedura civile, il diritto penale, la procedura penale, il diritto internazionale) quello psicologico (la psicologia clinica, la psicologia dinamica, la psicodinamica delle relazioni familiari, la psicologia della età evolutiva), quello sociale e sociologico (il ruolo dei servizi sociali nella tutela del minore, il minore e le scienze della comunicazione, il minore ed il ruolo dei mass media).

Il Centro di Ricerca della Sapienza per la Tutela del Minore, sempre nell'ambito di fungere da stimolo ai cambiamenti culturali in atto, dello aggiornamento culturale, ha organizzato, in collaborazione con altri enti di ricerca, eventi, di interesse

nazionale ed internazionale, che hanno puntato il focus sulla tutela dei minori, sulla tutela della relazione genitori-figli e sugli interventi di sostegno alla genitorialità e hanno fornito strumenti fondamentali alla giurisprudenza nella interpretazione e applicazione delle leggi vigenti. Ritengo utile portare alcune iniziative attraverso la indicazione dei temi messi a fuoco nel corso degli anni:

Giornate di studio:

Procreazione assistita- Allontanamento dei minori dai genitori come forma di tutela-Il rischio evolutivo. Adozione della coppia, adozione del single- Capacità di discernimento e responsabilità giuridica dei minori. Il concetto di inadeguatezza genitoriale. I diritti comunicativi del minore- Le misure alternative per il minore deviante- Il minore testimone.- La Convenzione ONU sui diritti del fanciullo.

La convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori- Tutela del minore tra supporto e controllo- Affido congiunto e mediazione familiare- Minori e cultura: il rischio tv.- La mediazione nei procedimenti penali.

Genitorialità e potestà genitoriale- Separazione dei coniugi e genitorialità- Quando il genitore è incapace- Il minorenne genitore- Genitorialità nella procreazione assistita.

I diritti dei bambini nello specchio dei mass media- Il diritto del bambino nella relazione con i suoi genitori- I diritti di partecipazione e formazione nella scuola- I diritti dei bambini nei nuovi percorsi del lavoro infantile.

Giornate seminariali rivolte agli operatori sociosanitari regionali e nazionali:

"Minori a Rischio nel Lazio":

"Comune e Università "La Sapienza" verso l'osservatorio dei minori a rischio".

"Un modello di mediazione familiare nei servizi territoriali". Roma, Centro Famiglie Villa Lais,

"Genitori in difficoltà: gli interventi di consulenza psicologica". Roma, Centro Famiglie Villa Lais

"Minori e nuovi mezzi di comunicazione" Facoltà di Giurisprudenza, Università "La Sapienza",

Convegno Internazionale su "Adozione Internazionale e Convenzione dell'Aja" (con finanziamento dell'Ateneo e dei Ministeri di Grazia e Giustizia e della Solidarietà Sociale).

Convegno Nazionale "1989-1999: i diritti dei bambini hanno 10 anni", Università "La Sapienza"

Convegno internazionale con Daniel Stern ed Elisabeth Fivaz-Depeursinge "L'intersoggettività nella famiglia: dalla ricerca alla clinica". Roma, Aula Magna Università "La Sapienza".

Convegno internazionale con James Mc Hale e Elisabeth Fivaz-Depeursinge "Co-parenting e alleanze familiari: funzionalità e disfunzionalità". Roma, Aula Magna Facoltà di Psicologia

Convegno Nazionale: "L'affidamento condiviso" Consiglio Nazionale Forense, Via del Governo Vecchio.

Convegno Nazionale: "Risorse e problemi nell'affido eterofamiliare". Roma, Facoltà di Economia. Sapienza.

Tavola rotonda interdisciplinare "Decisioni di fine vita", Sala Convegni Pietro Onida, Facoltà di Economia, Università "La Sapienza".

Incoraggiati dalle tante esperienze formative rivolte sia ai laureati nelle varie discipline indicate che volevano approfondire il loro percorso accademico ma anche a specialisti ed operatori sociosanitari già inseriti in ambito lavorativo, riuscimmo a superare le varie difficoltà burocratiche ed amministrative e a realizzare il Master Interfacoltà in "Diritto del minore" fin dal 2002/2003 tra la Facoltà di Giurisprudenza e la Facoltà di Medicina e Psicologia.

Il Master ha avuto quale obiettivo oltre alla prosecuzione delle attività del Centro, la formazione continua di professionisti (Avvocati, Notai, Psicologi e psicoterapeuti, psichiatri, medici, assistenti sociali, educatori, insegnanti) che operano nel settore della tutela del Minore e della sua famiglia attraverso l'organizzazione di convegni, giornate studio, tavole rotonde che diverranno anche occasione di diffusione e divulgazione dei risultati delle ricerche suindicate, proseguendo gli incontri di formazione interdisciplinari sulle tematiche inerenti la tutela dei minori, con la partecipazione di docenti di diverse discipline, magistrati del Tribunale per i Minorenni, del Tribunale Ordinario(sezioni famiglia e minori o giudici tutelari) e operatori qualificati dei servizi socio assistenziali. Il carattere interdisciplinare era apparso e appare anche oggi elemento imprescindibile per un Centro il quale pone quale oggetto della ricerca lo studio e l'approfondimento delle tematiche riguardanti la persona del minore.

Nell'ambito degli obiettivi del CeTM il prof. Cesare Massimo Bianca ha dato grande impulso alla formazione interdisciplinare dei neolaureati attraverso la messa

a punto del Corso di perfezionamento in "Tutela del bambino e dell'adolescente" nell'Anno Accademico 1999/2000, corso che nel 2002/2003 è divenuto Master di II livello in Diritto del Minore, e, visto il successo, nel 2007/2008 è divenuto Master Interfacoltà (Facoltà di Giurisprudenza e Facoltà di Psicologia I -confluita dal 1° novembre 2010 nella nuova Facoltà di Medicina e Psicologia). Il Master in Diritto del Minore, unico nel panorama nazionale della formazione post-lauream a livello interdisciplinare, "si propone di realizzare un percorso formativo finalizzato a promuovere una preparazione interdisciplinare ed altamente specializzata per coloro che, in possesso dei titoli universitari necessari, intendano conseguire una formazione professionale a sostegno dei minori in situazioni di disagio in ambito sociale e familiare attraverso l'acquisizione di strumenti principalmente giuridici e psicologici. Il corso è svolto in lingua italiana. L'attività formativa è pari a 1500 ore di impegno complessivo (che corrispondono a 60 CFU), di cui almeno 300 ore dedicate all' attività di didattica frontale-comprensive di incontri con esperti nel settore presso strutture pubbliche e private - e 100 ore destinate alla prova finale. La didattica annuale del Master è articolata in moduli, prevedendo argomenti in linea con finalità atte a sviluppare specifici profili professionali tenendo conto della loro costante evoluzione. Il percorso formativo ha durata annuale. Il corso è a numero chiuso. Il numero massimo di partecipanti è pari a 50. Possono partecipare al Master coloro che sono in possesso del Diploma di Laurea conseguito in base al vecchio ordinamento universitario, o di Laurea Specialistica o Magistrale nelle seguenti classi di laurea: Giurisprudenza, Psicologia, Medicina e chirurgia, Sociologia e ricerca sociale, Programmazione e gestione dei servizi educativi, Servizio sociale e politiche sociali, Scienze della comunicazione pubblica, d'impresa e pubblicità, Scienze cognitive, Scienze dell'economia, Scienze dell'educazione degli adulti e della formazione continua, Scienze della politica, Scienze delle pubbliche amministrazioni, Scienze per la cooperazione allo sviluppo, Scienze pedagogiche. Il Master in Diritto del Minore si propone di realizzare un percorso formativo finalizzato a promuovere una preparazione specifica per coloro che intendano conseguire una formazione professionale a sostegno dei minori in situazioni di disagio in ambito sociale e familiare attraverso l'acquisizione di strumenti principalmente giuridici psicologici, sociali e sociologici.

Il Master si divide in 4 moduli di cui il primo (diritto civile e procedura civile si occupa dell'affidamento condiviso e quello esclusivo nella separazione e nel divorzio, le adozioni, l'affido eterofamiliare, la filiazione fuori dal matrimonio, la procreazione medicalmente assistita, la rilevanza civile della violenza intrafamiliare, il minore ed i diritti fondamentali: il diritto alla salute, Il diritto internazionale in materia minorile, la responsabilità dei genitori e del tutore per i fatti illeciti commessi dal minore, le famiglie ricomposte, la sottrazione internazionale dei minori, il diritto del lavoro minorile. Il secondo modulo (diritto penale e procedura penale) affronta i temi della colpevolezza ed imputabilità del minore,

atti sessuali con minorenni, corruzione di minorenni ed abuso sui minori, i minori ed il problema della tratta, i minori ed il problema delle infibulazioni, la rilevanza penale della violenza intrafamiliare, lo stalking ed i minori, il processo penale minorile, misure cautelari minorili, l'irrilevanza del fatto, la messa alla prova, gli accertamenti sulla personalità. Il Modulo 3 che concerne Psicologia dello sviluppo e delle relazioni familiari e dinamiche psicosociali, riguarda la psicologia dello sviluppo, la psicodinamica dello sviluppo e delle relazioni familiari, la psicologia della separazione e del divorzio, l'ascolto del minore, gli interventi di sostegno alla genitorialità, la mediazione familiare, gli interventi di valutazione e controllo con la famiglia separata (Consulenza Tecnica di Ufficio: CTU, Spazio Neutro, Mediazione Familiare, Coordinazione Genitoriale). Psicologia delle adozioni, dell'affidamento etero-familiare, della procreazione medicalmente assistita. Minori e mass media e minori e social network.

La dimensione sociologica dei rapporti familiari e della nozione della famiglia nell'evoluzione dell'ordinamentocivile.

Il 4 modulo, psicologia della devianza e dei fattori di rischio per lo sviluppo del minore, riguarda la psicologia giuridica, psicologia della devianza minorile, l'ascolto del minore vittima di abuso, la mediazione penale minorile, la psicologia della testimonianza minorile, la valutazione dell'abuso sessuale ai danni di bambini ed adolescenti, la violenza nei legami intimi e la violenza assistita, comportamenti a rischio in adolescenza e la mediazione scolastica, il minore autore di reato. Il tutto sarà corredato dall'analisi di casi clinici, ricerche bibliografiche ed attività di e-learning.

II. EFFETTIVITA' DELLA TUTELA DEI DIRITTI DEI MINORI.

Dalla elaborazione teorica alla azione in ambito sociale e politico del prof. Cesare Massimo Bianca: una incessante attività trasformativa del diritto.

Il prof. Cesare Massimo Bianca ha contribuito insieme ad altri contemporanei (Alfredo Carlo Moro, Pietro Rescigno, Luigi Fadiga, Piercarlo Pazè) a trasmettere la coerenza e l'essenza del diritto con l'essenza dei valori della persona indicando che bisogna raggiungere la effettività della tutela dei diritti dei minori attraverso la applicazione delle norme vigenti in ogni specifica situazione ponendo attenzione alla centralità dei valori della persona del minore e delle sue relazioni affettive a livello familiare e ambientale. Ovvero bisogna pensare alle conseguenze delle disposizioni di legge e le soluzioni giuridiche devono rispettare ed applicare i principi costituzionali. Secondo l'insegnamento del prof. Cesare Massimo Bianca, il diritto deve adeguarsi alle istanze sociali e culturali, alle esigenze e ai cambiamenti di vita in atto in un contesto socio-economico in continua evoluzione, ovvero

deve proporre interpretazioni e anche modifiche delle norme esistenti partendo dai cambiamenti culturali ma anche promuovendo tali cambiamenti. Questa concezione dinamica del diritto costantemente rivolta alla applicazione degli articoli della Carta Costituzionale è soprattutto da applicare alla struttura familiare che in Italia forse più che in altre Nazioni della vecchia Europa, ha visto nel corso di meno di un secolo grandi trasformazioni. Ricordiamo non solo il passaggio della struttura familiare da patriarcale a nucleare, da una famiglia legata alla economia agricola ad una famiglia legata al terziario e alla economia industriale, ma anche i cambiamenti all'interno della organizzazione dei ruoli e delle funzioni dei suoi componenti perchè quella che si è configurata, anche se con fatica e tempi molto dilatati, dopo la seconda guerra mondiale è una "famiglia democratica", non più basata sull'autorità del pater familias ma sulla solidarietà, su rapporti paritari tra uomo e donna e su un ruolo genitoriale più responsabile e più attento al rispetto e all'ascolto delle esigenze evolutive dei figli, delle loro capacità e inclinazioni, delle loro scelte.

Mi sono dilungata a descrivere l'azione culturale del prof. Bianca perché, collaborare con lui a livello istituzionale ha significato per me, non solo approfondire e integrare i miei interessi e contributi di ricerca, ma anche contribuire, e non solo idealmente, alla prosecuzione delle attività istituzionali di mia madre una delle 21 donne elette nel 1946 alla Assemblea Costituente. La on. Nilde Iotti, eletta giovanissima a far parte dei 564 membri della Assemblea Costituente, fece parte della Commissione dei 75 e nell'ambito dei lavori di quella Commissione presentò la relazione sulla "famiglia" alla base degli articoli 29, 30 ,31,51.

Nel contribuire a definire l'istituto familiare, la visione che guidava allora quella che è stata la prima Presidente della Camera dei Deputati per ben 13 anni (eletta per tre legislature consecutive dal 1979 al 1992) è stata quella di una famiglia democratica in cui ogni singolo individuo, anche i figli, ha diritti e doveri che devono essere rispettati e salvaguardati. Nella relazione alla Sottocommissione dei '75 Ella riuscì a trovare una sintesi tra il rispetto dei diritti dei singoli e il senso della formazione del nucleo familiare. Così scriveva: "Nella vecchia legislazione e nel vecchio costume del nostro paese, la famiglia ha mantenuto sinora una fisionomia che si può definire antidemocratica. In particolare le condizioni arretrate della donna, la pongono in uno stato di inferiorità, rendendo per essa la vita familiare un peso e non fonte di gioia e aiuto per lo sviluppo della propria persona" …"la donna stessa dovrà essere emancipata dalle condizioni di arretratezza e di inferiorità in tutti i campi della vita sociale e restituita ad una posizione giuridica tale da non menomare la sua personalità e la sua dignità di cittadina".

Nascono così gli articoli 29, 30,31 e 51 della Costituzione della Repubblica Italiana: il matrimonio viene visto come una unione tra due individui motivati da un

forte e reciproco legame affettivo, non viene definito indissolubile, viene sancita l'eguaglianza giuridica dei coniugi, ma anche l'uguaglianza dei loro doveri verso la prole. Ai figli nati fuori dal matrimonio sono riconosciuti i diritti al mantenimento, all'istruzione e all'educazione al pari dei figli definiti allora "legittimi"; viene riconosciuta la funzione sociale della maternità, la quale non può essere considerata "come cosa di carattere privato: da essa dipendono la prosperità della Nazione e lo sviluppo dei futuri cittadini"

Nel corso dei successivi 70 anni l'evoluzione culturale e gli interventi legislativi sui temi della famiglia e della tutela dei minori hanno alimentato una costruzione progressiva, anche attraverso la giurisprudenza che poteva fare ricorso ai principi costituzionali con sentenze basate sulla concreta applicazione dello spirito costituzionale.

Dal punto di vista del rinnovamento culturale e politico della società italiana io vedo come un ponte, un passaggio ideale tra il lavoro compiuto da Nilde Iotti fino all'inizio degli anni 90 e il lavoro compiuto da Cesare Massimo Bianca negli anni successivi. Nilde Iotti agiva direttamente a livello politico seguendo principi e obiettivi dinamici: "Una democrazia deve rinnovarsi se vuole essere democrazia in quanto la democrazia (a differenza di un regime totalitario) ha in sé la forza per rinnovarsi per garantire non solo la sovranità popolare, l'unità politica e morale della nazione, ma anche la libertà e il rispetto dei diritti della persona".

Nilde Iotti negli anni '70 si è adoprata per ben tre legislature, a livello politico e parlamentare, per la legge di Riforma del Diritto di Famiglia approvata infine nel 1975 partendo dal principio che la famiglia andava preservata nella sua autonomia e liberata dalla gerarchia legale del marito sulla moglie e del solo padre sui figli. Le idee di comunità morale, si ritrovano nei suoi scritti, nei suoi interventi nello intervento di Nilde Iotti del 23 giugno del 1971 e negli scritti sulle autorità private del 1977 del prof. Bianca "Scriveva Nilde Iotti: "crediamo che la linea di sviluppo della società moderna sia nel senso di un minore intervento dello stato nella vita interna della famiglia proprio perché la famiglia è sempre più fondata sui sentimenti ed i rapporti tra uomo e donna. Di fronte alla vita intima degli individui, lo Stato non può restare indifferente, ma nel contempo si pone in una posizione di assoluto rispetto di questa realtà".

III. CONCLUSIONI.

Vorrei concludere ricordando che il prof. Bianca ha avuto un ruolo istituzionale e politico fondamentale nel portare a compimento alcune indicazioni già contenute negli articoli sulla famiglia del testo costituzionale e della legge di Riforma del Diritto di Famiglia del 1975 riguardanti proprio la tutela dell'interesse

del minore, dizione utilizzata per la prima volta in quel testo di legge. Si tratta di una riforma storica verso una concezione del diritto di famiglia che vide Nilde Iotti in prima linea battersi per una famiglia democratica già nei dibattiti parlamentari che precedettero la approvazione della Legge del 1975. Già nella seduta del 1° dicembre del 1971 nelle dichiarazioni di voto a favore del progetto di legge afferma: Altro contenuto che ci trova profondamente soddisfatti è rappresentato dalle norme stabilite per i figli nati fuori dal matrimonio… Nel 1975, Nilde Iotti era riuscita, attraverso un paziente e lungo lavoro iniziato all'inizio degli anni '70 e portato avanti per tre legislature a tutelare i diritti dei minori nati fuori dal matrimonio con la dicitura(frutto di un inevitabile compromesso) " figli naturali", ma il lavoro "culturale e politico" era incompleto rispetto ai cambiamenti in atto della organizzazione familiare sempre più paritaria, non autoritaria, democratica, basata sempre più su vincoli affettivi di convivenza solidale. Il prof. Bianca ha presieduto la Commissione di lavoro sulla filiazione, la cosiddetta "Commissione Bianca" avendo come obiettivo i cambiamenti necessari a portare a termine la tutela dei diritti dei minori nati da genitori non coniugati o in situazioni familiari particolari. Il prof. Bianca raccolse il messaggio delle generazioni precedenti e seguendo i suoi principi che il diritto deve adeguarsi alle istanze sociali, alle esigenze dei cittadini, ai cambiamenti in atto nel contesto socioculturale ed economico, condusse i membri della sua Commissione alla elaborazione del testo della legge 219. Rispetto alla parità tra uomo e donna all'interno dei rapporti familiari i progressi erano ormai tangibili, ma non era stato completato l'obiettivo di tutelare i figli, equiparandoli indipendentemente dalle situazioni strutturali familiari in cui erano concepiti e in cui venivano alla luce. Ricordiamo ad es. che nel caso di minori nati da coppie non coniugate, prima della legge 219 del 2012, i figli erano tutelati moralmente e materialmente solo dai genitori e non dagli ascendenti o dalla parentela.

Con la legge 219 del 2012, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale il 17 dicembre del 2012, nota come Legge di Riforma della Filiazione sono stati fatti passi molto importanti a tutela dei diritti dei minori. La legge pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 293 del 17 dicembre 2012 - sancisce l'unicità dello stato giuridico di figlio. D'ora in poi, tutti i figli devono avere gli stessi diritti a prescindere dalle condizioni in cui è avvenuta la nascita – all'interno del matrimonio o fuori di esso. Con la riforma della filiazione si viene finalmente a completare il difficile percorso legislativo che valorizza la famiglia basata sugli affetti, sulla solidarietà e, come il prof. Bianca valorizzò nei suoi interventi e scritti, basata "sull'amore", un termine che solo uno studioso della sua levatura poteva introdurre nel diritto!

In particolare le novità che incidono sulle relazioni familiari a livello legislativo sono state:

1) *Stato giuridico di figlio.* «Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico»: è questa la nuova versione dell'art. 315 c.c. che sancisce solennemente

l'uguaglianza giuridica di tutti i figli. Da questo principio di civiltà giuridica ne consegue la necessità di un adeguamento terminologico di tutta la legislazione vigente in materia di filiazione. La riforma, infatti, prevede la sostituzione delle parole "*figli legittimi*" e "*figli naturali*", ovunque ricorrano, con la parola "*figli*". Inoltre, venendo meno le distinzioni precedenti, perde ragion d'essere anche l'istituto della legittimazione dei figli naturali volto all'acquisizione di un diverso *status filiationis*. E' disposta, infatti, l'abrogazione degli artt. 280-290 c.c.

2)Vengono estesi gli *effetti del riconoscimento* anche ai parenti del o dei genitore/i che hanno riconosciuto il figlio (art. 258 c.c.). In questo modo, viene giuridicamente garantito il rapporto di parentela con nonni e zii anche per il figlio nato fuori del matrimonio. Si tratta del riconoscimento delle coppie di fatto che ricordiamo in Italia erano diventate e sono sempre più numerose in assoluto e in percentuale.

Il nuovo art. 74 c.c. specifica la nozione di parentela come vincolo tra persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso di adozione di minori.

3) Riconoscimento tardivo dei figli. Importanti novità vengono introdotte con riguardo al riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio e non riconosciuti nell'immediato. In particolare viene abbassato il limite di età del figlio da 16 a 14 anni affinché questi possa prestare il proprio consenso al riconoscimento (art. 250 c.c.) ove non avvenuto negli anni precedenti (ad es. alla nascita).

4) Inoltre vengono eliminati i limiti al riconoscimento dei figli nati da incesto, ammesso solo nei casi di buona fede dei genitori (ignoranza del vincolo di parentela o affinità)_e di nullità del matrimonio da cui deriva l'affinità. Rimane invece il filtro del giudice che autorizza il riconoscimento, avendo riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio (art. 251 c.c.).

5) Statuto dei diritti e doveri del figlio. Il nuovo art. 315 bis c.c. sancisce i diritti del figlio in maniera organica. Oltre ai classici diritti al mantenimento, all'educazione e all'istruzione, viene enunciato per la prima volta il diritto ad essere assistito moralmente, mentre non è stata accolta la proposta della Commissione di inserire anche il diritto del figlio ad essere amato dai genitori, concetto su cui il prof. Bianca ritornerà negli anni successivi per valorizzare il diritto all'amore all'interno del diritto/dovere da parte dei genitori alla assistenza morale del figlio.

6) L'art. 315 bis, inoltre, opera una ricognizione dei diritti del figlio già presenti nell'ordinamento giuridico prevedendo il diritto a crescere nella propria famiglia e a mantenere rapporti significativi con i parenti.

7) viene sancito il diritto all'ascolto. In particolare, il figlio ha diritto ad essere ascoltato direttamente dal giudice in tutte le questioni e procedure che lo riguardano, purché abbia compiuto i 12 anni, o anche di età inferiore se capace di discernimento oppure ascoltato (ascolto indiretto) da un esperto in psicologia dell'età evolutiva e delle relazioni familiari incaricato dal giudice).

8) Infine, per quanto riguarda i doveri del figlio, viene integrato quello della contribuzione al mantenimento della famiglia, da valutarsi non solo con riferimento al proprio patrimonio, ma anche alle proprie capacità personali.

La attuazione completa della legge richiese la elaborazione dei decreti attuativi per i quali il Ministro Riccardi incaricò negli anni successivi il Prof. Cesare Massimo Bianca, già Presidente della Commissione che aveva elaborato il testo della legge, a presiedere anche la Commissione per la predisposizione del decreto legislativo di attuazione della legge. I criteri direttivi cui si atterrà per tutelare l'interesse dei figli riguardano, in primo luogo, l'adeguamento della disciplina delle successioni e donazioni al nuovo stato giuridico di figlio. In secondo luogo, la specificazione della nozione di abbandono morale e materiale del figlio, ai fini della dichiarazione di adottabilità, che dovrà riferirsi alla «provata irrecuperabilità delle capacità genitoriali in un tempo ragionevole», fermo restando il diritto del figlio di crescere nella propria famiglia quale interesse prioritario. Infine, la previsione della legittimazione dei nonni a far valere il diritto a mantenere rapporti significativi con i nipoti minori.

Concluderei citando un insegnamento del prof. Cesare Massimo Bianca: "Le vicende devono trovare soluzioni caso per caso, senza automatismi e rigidità nell'effettivo interesse dei minori", ma anche e soprattutto ricordando che altri problemi aspettano i giudici e il legislatore e in questi ultimi tempi, in cui nella società civile abbiamo ulteriori forme familiari che inevitabilmente coinvolgono i fanciulli, ci manca la intelligenza e la sapienza del prof. Cesare Massimo Bianca per proporre e trovare soluzioni adeguate a tutelare l'interesse dei minori nelle "nuove" famiglie.

LA IMPRESCRIPTIBILIDAD ATÍPICA DE LAS PRETENSIONES CIVILES ¿SÓLO LA LEY PUEDE CREAR SUPUESTOS DE IMPRESCRIPTIBILIDAD?*

THE ATYPICAL NON-APPICABILITY OF THE CIVIL CLAIMS. CAN ONLY THE LAW CREATE ASSUMPTIONS OF NON-APPLICABILITY OF STATUTORY LIMITATIONS?

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 482-509

* Este trabajo es parte del proyecto de investigación denominado *Tratado del Derecho de la prescripción y la caducidad* (2019), auspiciada por el Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima.

Enrique VARSI
y Marco Andrei
TORRES

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Los autores cuestionan la premisa de que sólo la ley puede crear supuestos de imprescriptibilidad, pues la jurisprudencia también ha identificado otros casos de imprescriptibilidad, más allá de los típicos supuestos previstos expresamente en algún artículo del Código Civil. Se trata de un estudio nuevo que, a partir del formante doctrinal, jurisprudencial y legal (nacional y comparado), busca describir cada una de los supuestos de imprescriptibilidad atípicos, e identificar la razón de ser de los mismos.

PALABRAS CLAVE: Prescripción; caducidad; tiempo; transcurso del plazo.

ABSTRACT: *The authors question the premise that only the law can create cases of non-applicability of statutory limitations, since case law has also identified other cases of non-applicability of statutory limitations, beyond the typical cases expressly provided for in some articles of the Civil Code. This is a new study that, based on the doctrinal, jurisprudential and legal formant (national and comparative), seeks to describe each of the atypical assumptions of non-applicability and identify the reason for them.*

KEY WORDS: *Prescription; expiration; time; running period.*

SUMARIO.- I. GENERALIDADES.- II. DE LA PRESCRIPCIÓN LEGAL A LA IMPRESCRIPTIBILIDAD JUDICIAL.- III. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD TÍPICA. IV. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD ATÍPICA.- 1. La imprescriptibilidad de los derechos facultativos.- 2. La imprescriptibilidad de las acciones meramente declarativas.- 3. La imprescriptibilidad atípica para el reconocimiento de unión de hecho.- 4. La imprescriptibilidad atípica para la acción de mejor derecho de propiedad.- 5. La imprescriptibilidad atípica la acción de prescripción adquisitiva de dominio.- 6. La imprescriptibilidad atípica para la pretensión de desalojo.- 7. La imprescriptibilidad atípica para la acción reivindicatoria de bienes hereditarios.- 8. La imprescriptibilidad atípica para el otorgamiento de escritura pública.- 9. La imprescriptibilidad atípica para la acción de ineficacia de acto jurídico derivado de disposición de un bien social por un solo cónyuge o conviviente.-10. La imprescriptibilidad atípica derivada de la acción de ineficacia por ausencia de representación. V. CONCLUSIÓN.-

I. GENERALIDADES.

Imprescriptibilidad es sinónimo de perpetuidad.

El derecho prescribe porque la ley o la jurisprudencia lo manda. Prescriben las acciones condenatorias y ejecutivas, no las declarativas. El imperio de la ley no marca el camino definitivo en materia prescriptoria pues el interés interno de una pretensión puede reconocer su incolumidad ante el tiempo por el criterio del juez, lo cual ha venido sucediendo con varias instituciones jurídicas.

No solo la ley, también la jurisprudencia, indican el carácter prescriptorio de una institución. De ese modo, en los últimos años, conforme lo demostraremos, se han ido consolidando diversos supuestos de imprescriptibilidad atípica; es decir, que aun cuando no se encuentren previstas en un tipo legal, resultan plenamente admisibles como tales.

Como refiere Vidal[1], "el Código civil no ha legislado, con carácter absoluto, el principio general de la prescriptibilidad y éste funciona, por lo general, en el ámbito de las pretensiones derivadas de los derechos patrimoniales y contra los titulares de tales derechos".

1 Vidal Ramírez, F: *Prescripción extintiva y caducidad* , 6 ed., IDEMSA, Lima, 2011, p. 81.

• Enrique Varsi Rospigliosi
Profesor e investigador principal de la Universidad de Lima y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Responsable del Grupo de investigación de Derecho civil de la Universidad de Lima. Correo electrónico: enriquevarsi@gmail.com. Código ORCID: 0000-0002-7206-6522.

• Marco Andrei Torres Maldonado
Profesor auxiliar y Miembro del Grupo de investigación de Derecho civil de la Universidad de Lima. Correo electrónico: marcotorresmaldonado@gmail.com. Código ORCID: 0000- 0001-9943-3890.

Con un criterio distinto, Osterling Parodi y Castillo Freyre[2] nos indican que, de acuerdo con el Código Civil, por regla general lo que no prescribe, caduca; lo que no caduca, prescribe, así no debería de haber nada que no prescriba o, supletoriamente, no caduque. Y es que el paso del tiempo acaba con todo.

II. DE LA PRECRIPTIBILIDAD LEGAL A LA IMPRESCRIPTIBILIDAD JUDICIAL.

Dice Simão[3] que la finitud es una necesidad de las relaciones jurídicas y se presenta como una forma de pacificación de los conflictos.

La corriente clásica, que sigue el artículo 2000 del Código Civil peruano, es solo la ley establece los plazos de prescripción. Gomes[4] decía que solo la ley tiene la autoridad de declarar imprescriptible un derecho; un derecho prescriptible no puede convertirse, por contrato, en un derecho imprescriptible, habiendo derechos que por su naturaleza son imprescriptibles, dispensando la declaración legal en ese sentido.

- La regla es que todo prescribe, salvo que la ley declare lo contrario.
- La excepción se da en los casos en que judicialmente se declare la imprescriptibilidad.
- Por tanto: Todo prescribe salvo la ley o la jurisprudencia diga lo contrario.

Así:

- La norma puede indicar la prescriptibilidad de un derecho y el criterio del juez puede tornarlo en imprescriptible.
- La imprescriptibilidad no responde a un sistema de tipicidad, pueden ser reconocidas por la jurisprudencia.
- Si la norma no indica la imprescriptibilidad es porque el derecho es prescriptible, rigiéndose por el artículo 2001.
- Que pasa con lo imprescriptible ¿Podría el juez tornarlo prescriptible?

III. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD TÍPICA.

La imprescriptibilidad es determinada por la ley, esta es su origen.

La ley es una de las fuentes del Derecho más importantes. El término ley o legislación (conjunto de leyes) es considerada como aquella norma que ha sido

2 Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M: "Todo prescripbe o caduca, a menos que la Ley señale lo contrario", *Derecho & Sociedad*, 2004, núm. 23°, p. 27.

3 Simão, J. F.: *Prescricao e decadencia: Inicio dos prazos*. Atlas, São Paulo, 2012, p. 4.

4 Gomes, O.: *Introducao ao Direito Civil*, 18 ed., Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 498.

creada o producida por el o los órganos competentes del Estado. Así, García Toma[5] señala que la ley es "la norma escrita, de carácter general, que emana de los órganos políticos del Estado y se presume fundada en una necesidad común relativa a la convivencia".

Dada la hegemonía que tiene la ley, el principal referente para determinar los supuestos de imprescriptibilidad debe tener en cuenta a aquella, al constituir la puerta de entrada a la aplicación y/o interpretación del operador jurídico. La ley fija, por ende, en principio, los supuestos de imprescriptibilidad.

De ese modo, como lo ha indicado una atenta doctrina, "lo que no prescribe o que, supletoriamente, no caduca, está señalado específicamente con tal carácter en siete normas del Código civil peruano"[6].

Para la ley, la regla es la prescripción, salvando algunos casos con la imprescriptibilidad; la doctrina y la jurisprudencia, principalmente esta última, han ampliado los casos de imprescriptibilidad. Siendo la regla la prescripción y la imprescriptibilidad la excepción[7], esta debe encontrarse expresamente prevista en la norma (ley). De ese modo, el artículo 2000 del Código Civil establece que "solo la ley puede fijar los plazos de prescripción".

Según nuestra Corte Suprema: "…el artículo 2000 del Código Civil señala que: "Solo la ley puede fijar los plazos de prescripción", esto tiene su razón de ser en que la institución jurídica de la prescripción se funda en consideraciones de orden público y de seguridad jurídica; en tal sentido, es de orden público, en tanto que conviene al interés social liquidar situaciones pendientes y favorecer su consolidación, sustentándose por tanto en el principio de seguridad jurídica. La mención a la seguridad jurídica implica que los plazos de la institución que se harán efectivos sobre las relaciones jurídicas, tanto entre los sujetos de la misma y los terceros que existan, van a estar establecidos únicamente por la ley. Por tanto, las partes no pueden establecer plazos de prescripción y no pueden modificarlos -ya sea extendiéndolos o reduciéndolos-. De permitirse esto, conllevaría la desventaja de los terceros interesados; siendo que esta institución se justifica en función de la tutela preferencial de intereses individuales contrapuestos a los del titular del derecho que omite ejercerlo" (Valderrama, Magda contra Díaz, 2017).

En similar sentido, ha señalado (Expediente 114-2007, Primera Sala Civil con subespecialidad Comercial): "Es necesario indicar que doctrinariamente las relaciones jurídicas y sus derechos se fijan en el tiempo de la concepción y al

5 García Toma, V.: *Introducción a las ciencias jurídicas*, 2 ed., Jurista editores, Lima, 2007, p. 238.

6 Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M: "Todo prescripbe o caduca, a menos que la Ley señale lo contrario", cit., p. 27

7 Pereira, S.: *Instituicoes de Direito civil*, 20 ed., Vol. I, Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 687.

momento de su nacimiento; es el transcurso del tiempo como fenómeno jurídico, el que se recoge en la norma para precisar sus efectos razón por la que el derecho emerge ligado a un plazo para su ejercicio; y, dentro de nuestro ordenamiento legal, el artículo 200 del Código Civil prescribe que solo la ley puede fijar los plazos de prescripción, de ahí el carácter imperativo de la norma por consideraciones de orden público".

Existen derechos que por su naturaleza son imprescriptibles. La regla es que todas las acciones personales son prescriptibles, por excepción no lo son: a) las de nulidad, b) las relativas al estado civil de las personas y, c) las referentes al dominio público o privado del Estado, como indica Borda[8], a ello agregamos:

- Los derechos indisponibles, nos referimos a los derechos subjetivos de la persona, de corte extrapatrimonial (vida, libertad, integridad, honor, integridad, intimidad, imagen, voz, etc.). Lo que puede ser objeto de prescripción son los efectos patrimoniales de la violación o limitación de estos derechos[9] o aquellos derechos de las personas que tienes, además un contenido patrimonial (imagen, voz, nombre y autor).

- Las relaciones jurídico familiares.

Gomes[10] nos dice que no pierde por prescripción:

- Los derechos que pertenecen al sujeto independientemente de su voluntad.
- Los derechos cuya falta de ejercicio no pueda ser atribuido a la inercia del titular.
- Los derechos sin pretensión.

En el sistema jurídico peruano, la imprescriptibilidad viene impuesta por ley (imprescriptibilidad típica) como sucede, v.g, con los siguientes casos tratados en Código civil:

- Acción de filiación (artículo 373).
- Acción de petición de herencia (artículo 664.)
- Acción reivindicatoria (artículo 927).
- Acción de partición de bienes en copropiedad (artículo 985).

Sin embargo, no es nuestro propósito incidir en los supuestos en los que la imprescriptibilidad se encuentra prevista, de forma expresa, en una norma.

8 Borda, A., Borda, D., & Borda, G.: *Manual de Derecho Privado,* La Ley, Argentina, 2009, p.193 .

9 Lobo, P.: *Direito civil (Parte general),* Saraiva, São Paulo, 2009, p. 345.

10 Gomes, O.: *Introducao ao Direito Civil*, cit., p. 498.

IV. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD ATÍPICA.

La imprescriptibilidad no es determinada solo por la ley, es la jurisprudencia, también, quien se encarga de ello. La jurisprudencia (en sentido general) crea y sirve como fuente se hipótesis de imprescriptibilidad, ante la insuficiencia de una ley expresa.

Hay casos obvios de imprescriptibilidad, no necesitan norma expresa, Albaladejo[11] nos dice que la amojonamiento o cerramiento de fincas (en el Código civil peruano, artículo. 966) aunque el Código no los diga, son imprescriptibles; así también la elevación a escritura pública de lo acordado en documento privado.

En tal sentido, son imprescriptibles las siguientes pretensiones:

- Acción de ineficacia.
- Acciones declarativas.
- Reconocimiento de unión de hecho.
- Acción de mejor derecho de propiedad.
- Acción de otorgamiento de escritura pública.
- Acción de prescripción adquisitiva de dominio.
- Acción de ineficacia derivada la ausencia de representación.
- Acción de ineficacia de acto jurídico derivado de disposición de un bien social por un solo cónyuge o conviviente.

Con ello, cuestionaremos la tradicional tesis según la cual "Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario", toda vez que existen acciones meramente declarativas, que conforman la denominada imprescriptibilidad atípica. Sostener que, únicamente, la imprescriptibilidad debe venir impuesta por la ley, implicaría desconocer que, en determinados casos, también deben tutelarse otros intereses legítimos. En ese contexto, la jurisprudencia, que debe resolver los casos concretos de los justiciables, cumple un rol trascendente.

Debemos tener presente que nuestro sistema no es jurisprudencial, tipo common law, es civil law, predominantemente legislativo; sin embargo, estos criterios judiciales se han ido determinando en base a sustentos constitucionales (derechos humanos) lo cual es parte de la gran controversia en la derivación hacia el constitucionalismo civil, forjados por la jurisprudencia.

1. La imprescriptibilidad de los derechos facultativos.

La prescripción alcanza a todo el derecho y sus consecuencias, no prescriben las facultades inherentes a los derechos: in facultativis non datur praescriptio.

11 Albaladejo García, M: *La prescripción extintiva,* 2 ed., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, p. 31.

Prescribe el derecho subjetivo (con todas sus facultades), no puede prescribir de forma independiente una facultad. Las facultades no se prescriben individualmente: prescribirán con la extinción del derecho al que se refieren. Dice Albadalejo[12] que todas las facultades son afectadas en bloque por la prescripción, no son desglosables a efectos de la prescripción.

Nuestra jurisprudencia ha establecido (Chirinos contra Chirinos Pezo, 2008): "Teniendo en cuenta que el objeto de la demanda tiene implicancia directa sobre el derecho al nombre de la recurrente, éste tiene carácter irrenunciable e imprescriptible de acuerdo a las consideraciones expuestas en la presente resolución; por lo que no corresponde, en este caso, aplicar el plazo de prescripción estipulado en el inciso primero del artículo dos mil uno del Código Civil; en consecuencia, al haberse estimado la excepción de prescripción deducida por la demanda, se ha vulnerado el inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve, de la Constitución Política del Estado, al haber impedido la Sala Superior a la recurrente a obtener pronunciamiento judicial sobre aspectos que tienen que ver directamente con el derecho al nombre como manifestación de su derecho fundamental a la identidad, siendo que en la actualidad no se encuentra claramente definida al existir dos partidas de nacimiento con distintos nombres de la recurrente".

Por su parte, Díez-Picazo[13] sostiene que "la regla in facultativis se aplica a derechos o acciones que carecen de autonomía y que por voluntad de la ley forman parte de un derecho principal, del que son contenido…". Vg. Del derecho de propiedad se derivan facultades, usar, disfrutar y disponer, estas no pueden prescribir individualmente, prescribirán en la medida que prescriba el derecho de propiedad.

2. La imprescriptibilidad de las acciones meramente declarativas.

La prescripción es un medio de defensa frente a situaciones que pueden producir un perjuicio, en todo caso, in utroqui terminis, acciones de las que pueden derivar una condena; si la acción está dirigida a la fijación de una situación jurídica, no hay razón para impedirla, cualquiera que sea el tiempo que haya transcurrido[14], lo que sucede con las acciones declarativas. Estas se enmarcan en los supuestos de imprescriptibilidad que no han sido establecidos de manera expresa por ley (imprescriptibilidad atípica)[15].

12 Albaladejo García, M: *La prescripción extintiva,* cit., p. 30.

13 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *La prescripción extintiva (en el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo),* Civitas, Madrid, 2003, p. 124.

14 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *La prescripción extintiva (en el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo),* cit., p. 123.

15 Morales Hervias, R.: *La imprescriptibilidad de la accionabilidad de la pretensión de ineficacia en sentido estricto,* Actualidad Jurídica, Lima, 2015, p. 82.

Las acciones de declaración (le azioni di accertamento), aun ante el silencio de la ley, escapan al efecto nocivo del tiempo; esto es, son imprescriptibles, en estos casos la posibilidad de pretender su declaración no se encuentra sujeta a ningún plazo prescriptorio.

La perpetuidad de las acciones declarativas, como dice De Andrade y Nery[16], se sustenta en que el autor solicita el reconocimiento de la existencia o inexistencia de un derecho subjetivo o de una relación jurídica subjetiva, es por ello que el estado no se preocupa de fijar un plazo para su ejercicio.

3. La imprescriptibilidad atípica para el reconocimiento de unión de hecho.

La familia extramatrimonial cada día crece y se extiende más y más.

En el Perú, y en gran parte del mundo, el fenómeno de las uniones de hecho constituye una realidad que ha venido siendo cada vez más frecuente en las últimas décadas y que, sin embargo, ha carecido -durante mucho tiempo- de una regulación sobre los efectos personales y económicos que ésta produce entre sus miembros[17].

La unión de hecho, además de una institución del Derecho de familia, es un derecho fundamental de la persona que está regulado por los artículos 4 y 5 de la Constitución Política del Perú. Este derecho se relaciona intrínsecamente con el derecho humano que posee toda persona a fundar una familia[18].

Según la Corte Suprema del Perú (Cruzado contra Coronel, 2013), la unión de hecho, al ser también fuente generadora de familia, goza de la más alta protección del Estado por lo que la acción para su reconocimiento no podría ser afectada por la prescripción extintiva, toda vez que los derechos humanos son imprescriptibles por su propia naturaleza, según lo establecido por la Convención de Viena.

El fundamento de la denominada imprescriptibilidad para el reconocimiento judicial de la unión de hecho no radica solamente en su naturaleza constitucional, sino en que dicho reconocimiento es una acción meramente declarativa de derechos; es decir, se limita a declarar una situación jurídica preexistente.

La Corte Suprema ha considerado que: "…la unión de hecho per se da origen a un estado de familia de hecho que determina el nacimiento de vínculos jurídicos,

16 De Andrade Nery, R. M., & Nery Junior, N.: *Instituições de Direito civil. Parte general*, Vol. I, tomo II, Revista dos Tribunais, São Paolo, 2015, p. 357.

17 Castillo Freyre, M., & Torres Maldonado, M.: "¿Se puede desheredar o declarar indigno al miembro de una unión de hecho?", *Gaceta Civil & Procesal Civil*, Núm. 16º, 2014, p. 13.

18 Artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 15.1 del Protocolo de San Salvador y artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

obligaciones y derechos entre los concubinos; de esta manera, la declaración de una unión de hecho es el reconocimiento de una situación jurídico anterior existente, siendo los efectos de su protección es de orden declarativo retrotrayéndose hasta el momento en que dio inicio la unión. Por lo tanto, la unión de hecho no puede ser afectada por la prescripción" (Avedaño contra Figueroa, 2011).

En otro caso se indicó que: "Resulta insólito pensar que esta protección de rango constitucional pueda estar sujeta a distinciones surgidas en atención a cuál de los miembros de la familia resultante de la unión de hecho exige el reconocimiento judicial (como lo ha hecho el ad quem al sostener que la imprescriptibilidad de la pretensión de reconocimiento de unión de hecho solo puede aplicarse a los casos en los que esta sea ejercida por uno de los convivientes) o en función a los derechos cuya protección se persigue (como se sostiene en la sentencia de vista, al considerar que la actora no persigue "una protección familiar"). Tanto el hijo como el conviviente tienen el mismo derecho a que se reconozca la existencia de la unión de hecho, pues –como se ha explicado– el reconocimiento de esta última no se desprende únicamente de los intereses que corresponden a los convivientes, sino a su condición como hecho generador de una familia" (Zúñiga de Vega contra Zuñiga Vargas, 2015).

Así, como refieren Herrera Arana y Torres Maldonado[19] "estando a los efectos declarativos de la sentencia judicial de reconocimiento de una unión de hecho, respecto de una situación familiar de hecho preexistente, dicha pretensión no se encuentra sujeta al transcurso del tiempo, por lo que podemos concluir que el reconocimiento de la misma es imprescriptible".

En relación con el desarrollo jurisprudencial de nuestra Corte Suprema, se advierte que la pretensión orientada al reconocimiento judicial de la unión de hecho resulta imprescriptible, se desprende directamente:

- Del propio reconocimiento de la Constitución Política del Perú (artículo 5) ha atribuido a esta institución como fenómeno productor de una familia.

- De la protección que este mismo cuerpo fundamental proclama a favor de la familia (artículo 4). Y es que someter a extinción la posibilidad de reconocimiento de una unión familiar a los efectos del transcurso del tiempo resulta claramente incompatible con la protección constitucional que nuestro ordenamiento jurídico provee a la familia.

19 Torres Maldonado, M. A., & Herrera Arana, P.: "La imprescriptibilidad del reconocimiento de la unión de hecho y la prescriptibilidad de la liquidación de la comunidad de bienes", *Gaceta Civil & Procesal Civil,* Núm. 38°, 2016, p. 48.

Ahora bien, una atenta doctrina ha advertido que la imprescriptibilidad para la pretensión del reconocimiento judicial de una unión de hecho no debe confundirse con la prescriptibilidad de la liquidación de la comunidad de bienes que se originó con ocasión de esta que, como cualquier otra acción personal, conforme al inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil, es de diez años[20].

Sobre el particular, una atenta jurisprudencia colombiana ha señalado que: "Justamente, esta nítida diferenciación, sostiene el diverso contenido y alcance de las acciones; así, la tendiente a la declaración de existencia de la unión marital, es materia de orden público, propia de la situación familiar, del estado civil y es indisponible e imprescriptible, […] en cambio, las relativas a la declaración de existencia de la sociedad patrimonial, disolución y liquidación, ostentan evidente e indiscutible naturaleza económica, obedecen al interés particular de los compañeros permanentes y, como todos los derechos subjetivos de contenido económico, son disponibles y están sujetos a prescripción.

En suma, para la Corte, la acción declarativa de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes en cuanto refiere al estado civil es imprescriptible, en tanto que, la concerniente a la declaración judicial de existencia de la sociedad patrimonial derivada de la unión marital y la relativa a su disolución y liquidación, es prescriptible. Así, cuando además de la existencia de la unión marital, se pretenda la de la sociedad patrimonial o, su disolución y liquidación, la acción, a propósito de los efectos económicos o patrimoniales, está sujeta a prescripción, más no respecto del estado civil" (Fajardo contra Reyes, 2009).

La unión hecho de hecho, que supone el establecimiento de una comunidad de vida estable y permanente plasmada en las relaciones, ostenta un contenido fundamental y de orden público, por lo que deviene en imprescriptible; sin embargo, la liquidación de la comunidad de bienes, que ostenta un carácter estrictamente económico, sí resulta afecta al plazo prescriptorio de diez años, el cual se debe computar a partir del momento en que concluyó dicha convivencia, pues era a partir de dicho momento en el que cualquiera de los convivientes tenía expedita la vía para exigir la liquidación correspondiente de la comunidad de bienes.

En síntesis, la acción declarativa de la unión de hecho entre compañeros permanentes y que cumplan con los requisitos exigidos por nuestra legislación para que sea considerada como tal, en cuanto refiere al estado civil es imprescriptible, en tanto que, la concerniente a la disolución y liquidación de la comunidad de bienes, es prescriptible[21].

20 Torres Maldonado, M. A., & Herrera Arana, P.: "La imprescriptibilidad del reconocimiento de la unión de hecho y la prescriptibilidad de la liquidación de la comunidad de bienes", cit., p. 49.

21 Torres Maldonado, M. A., & Herrera Arana, P.: "La imprescriptibilidad del reconocimiento de la unión de hecho y la prescriptibilidad de la liquidación de la comunidad de bienes", cit., p. 50.

4. La imprescriptibilidad atípica para la acción de mejor derecho de propiedad.

El mejor derecho de propiedad es un mecanismo de tutela del derecho de propiedad, cuya finalidad consiste en "obtener una mera declaración de constatación de la propiedad que no exige que el demandado sea poseedor y le basta con la declaración de que el actor es propietario de la cosa"[22].

En la pretensión declarativa de dominio (o "mejor derecho de propiedad") se busca eliminar una incertidumbre jurídica propiciando una sentencia de mero reconocimiento. Se trata de una pretensión de defensa de la propiedad, la que por su naturaleza también es imprescriptible.

La Corte Suprema ha establecido (Sandoval contra Solex S.A., 2002): "La propiedad como derecho real por excelencia posee como caracteres el de ser absoluta, exclusiva, autónoma y perpetua, entendida ésta última como la permanencia de tal derecho de manera indefinida en el tiempo; en ese orden de ideas la imprescriptibilidad se extiende también a la acción de mejor derecho de propiedad, por cuanto ésta también se funda en el derecho de dominio de un individuo sobre el bien materia de litis; por lo mismo esta acción no es prescriptible porque se iría contra los fundamentos de inalienabilidad y perpetuidad del derecho de propiedad".

En otro caso, nuestra Corte Suprema (Batallarlos contra Municipalidad Provincial de Abancay, Portillo, 2015), vinculando la pretensión reivindicatoria y la de mejor derecho a la propiedad, ha manifestado: "Que la acción de mejor derecho a la propiedad tiene por objeto oponer este derecho real frente a un tercero que también alega este mismo derecho sobre el bien, siendo que esta acción también se encuentra sustentada en el derecho de propiedad al igual como sucede con reivindicación, teniendo la misma naturaleza imprescriptible de la reivindicatoria".

La doctrina nacional también ha asumido este criterio indicando que, si la propiedad es imprescriptible, la pretensión declarativa de dominio también lo es; en tanto, si el derecho no prescribe, el remedio tampoco puede hacerlo. Según Cavani[23], "reivindicación y mejor derecho de propiedad comparten la característica fundamental de que en ambas el juez debe analizar si el demandante es titular o no del derecho de propiedad respecto del bien litigioso".

22 Ninamancco Córdova, F.: *Principales problemas del derecho a la propiedad,* Academia de la Magistratura, Lima, 2016, p. 36.

23 Cavani, R.: "Reivindicación y mejor derecho de propiedad: ¿Pretensiones con naturaleza distina?", *Gaceta Civil & Procesal Civil*, Núm. 43°, 2017, p. 55.

En esa perspectiva, a las pretensiones orientadas a que se declare un mejor derecho de propiedad tampoco le son de aplicación los plazos contenidos en el artículo 2001 del Código Civil, cuyos supuestos más bien están dirigidos a otras acciones reales, por lo que nos encontramos ante otra hipótesis de imprescriptibilidad atípica.

5. La imprescriptibilidad atípica la acción de prescripción adquisitiva de dominio.

La prescripción adquisitiva de dominio o usucapio es un modo de adquisición de la propiedad originario y gratuito. Es el transcurso del tiempo lo que determina la titularidad del bien.

Los modos originarios se llaman así porque prescinden de la existencia de un derecho anterior. Si la cosa no ha tenido dueño con anterioridad, no puede ser adquirida sino por un modo originario. Si lo ha tenido, la adquisición es originaria si el derecho adquirido no deriva del derecho anterior, pudiendo –incluso– manifestarse en contradicción con el del titular precedente[24]. Éste último caso, precisamente, es el que coincide con la prescripción adquisitiva de dominio, en el que el derecho de propiedad no se deriva de manera inmediata de la situación jurídica del anterior propietario.

Según el artículo 950 del Código Civil: "La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.

Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe".

Por su parte, el artículo 952 del Código Civil, norma de naturaleza procesal, (Esparza contra Inmobiliaria y Constructora Roxan S.A., 1996) dispone lo siguiente:

"Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.

La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño".

La usucapión opera de pleno derecho y la ley no obliga que para adquirir este derecho tenga previamente que obtenerse sentencia favorable que así lo declare. (Ministerio de Justicia y otro contra Municipalidad Provincial de San Martín, 2013)

Ahora bien, a efectos de entablar un proceso judicial de prescripción adquisitiva de dominio, con la finalidad de que el poseedor sea declarado propietario, surge la

24 Musto, N.: *Derechos Reales,* Vol. I, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 441.

cuestión sobre si existe un plazo prescriptorio. Es decir, por ejemplo, tratándose de bienes inmuebles, una vez que se ha poseído por 10 años, de manera pacífica, continua, pública y con animus domini ¿el poseedor tiene un plazo prescriptorio para interponer su demanda de prescripción adquisitiva de dominio?

La respuesta es no. Nuevamente, nos encontramos ante una hipótesis en la que, aun cuando el formante legislativo no lo haya previsto expresamente, dicha pretensión resulta imprescriptible. El sustento, en nuestra opinión, radica en que el ejercicio fáctico de la posesión resulta continuado, por lo que la situación jurídica de propietario es permanente.

Al respecto, nuestra Corte Suprema ha indicado (Hernández contra sucesión de Gonzales Li, 2002): "…corresponde a esta Sala de Casación definir si la pretensión de prescripción adquisitiva de dominio es imprescriptible o no; que en ese sentido, el Código Civil señala expresamente como pretensiones imprescriptibles en sus artículos 664, 927 y 985: la acción petitoria de herencia, la acción reivindicatoria y la acción de partición; sin embargo, dicho señalamiento expreso no es óbice para considerar que otras pretensiones pueden tener también el referido carácter.

La pretensión reivindicatoria, tal como lo ha establecido la doctrina así como la jurisprudencia, es la acción real por excelencia pues protege el derecho real más completo que es el dominio o propiedad, y la ley le ha dado la calidad de imprescriptible; sin embargo, la norma ha precisado que pese a su imprescriptibilidad, la reivindicación no procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción, refiriéndose a la prescripción adquisitiva de dominio o usucapión regulada en el 950 y siguientes del mismo Código acotado.

A través de la pretensión de prescripción adquisitiva de dominio la persona adquiere la propiedad de un bien por la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante el lapso de diez años o de cinco si media justo título y buena fe, produciéndose así una sanción al original propietario quien ha dejado que otro posea el mismo bien como propietario durante un considerable periodo de tiempo, dentro del cual se han producido efectos jurídicos de diversa índole que requiere luego de una protección que brinde seguridad jurídica; de allí que la ley estipula que no obstante la imprescriptibilidad de la pretensión reivindicatoria, el propietario ya no puede ejercer uno de los atributos de su derecho de propiedad; dado que los ha perdido frente a aquel que adquirió el mismo bien por usucapión.

Siendo ello así, debe concluirse, contrario sensu, que la pretensión de prescripción adquisitiva de dominio que se dirige básicamente contra el original propietario de un bien, tiene carácter imprescriptible".

En consecuencia, en atención a la inoponibilidad de la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria frente al usucapiente, así como al ejercicio continuado de su posesión, resulta que la pretensión de prescripción adquisitiva de dominio también es imprescriptible.

6. La imprescriptibilidad atípica para la pretensión de desalojo.

Según el artículo 911 del Código Civil "La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido". Por su parte, de conformidad con lo establecido en el Cuarto Pleno Casatorio Civil, "Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo". De la misma se advierte que: "Un poseedor precario será aquel que ocupe un inmueble ajeno, sin pagar renta y sin título para ello. En términos generales, esta definición va acorde con la prevista en el Código Civil. Sin embargo, consideramos que el hecho de pagar o no la renta no es una característica esencial del concepto de precario. Y es que no siempre se cumplirá el supuesto de falta de pago de renta. Puede existir pago y precariedad al mismo tiempo. Es el caso de un arrendatario que tiene un título vencido, pero continúa pagando renta en la cuenta bancaria consignada en el contrato de arrendamiento, a pesar de que el arrendador le ha requerido la restitución del bien"[25].

Frente a ello, conforme el artículo 586 del Código Procesal Civil, se legitima no solo al propietario, sino también el administrador y todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un predio, a exigir el desalojo contra aquel poseedor precario. En ese contexto, surge la cuestión sobre si existe un plazo prescriptorio para que se pueda exigir el desalojo contra el ocupante precario.

La Corte Suprema ha indicado (López de Briceño contra Villanueva, 2002): "La acción de desalojo es imprescriptible pues, en el fondo, entraña para el propietario del bien una acción reivindicatoria, a fin de recuperar no solo la posesión, sino también para ejercitar los atributos de la propiedad".

Al respecto, con ocasión del Pleno Jurisdiccional Distrital en materias Civil y Familia, realizado el 08 de septiembre de 2008, en la ciudad de Ica, se la formuló la siguiente pregunta: ¿la acción de desalojo por ocupación precaria es imprescriptible al igual que la reivindicación? La conclusión por mayoría fue que "La acción sobre desalojo no prescribe porque es una acción inherente al derecho de propiedad y, consecuentemente, la imprescriptibilidad de que goza la acción reivindicatoria

25 Del Risco Sotil, L. F.: "El desalojo por ocupación precaria a la luz del Cuarto Pleno Casatorio Civil", *Ius et Veritas*, núm.. 53°, 2016, p. 136.

puede aplicársele por analogía o interpretado extensivamente el artículo 927 del Código Civil".

Asimismo, el Primer Pleno Jurisdiccional Distrital Civil y Procesal Civil de Ica, realizado el 20 de agosto de 2019, analizó el tema de "la existencia de plazo de prescripción en la pretensión de desalojo por ocupante precario". Con ocasión del mismo se acordó por mayoría: No existe plazo de prescripción en la pretensión de desalojo precario, por no estar establecido en la ley.

7. La imprescriptibilidad atípica para la acción reivindicatoria de bienes hereditarios.

La acción reivindicatoria de bienes hereditarios es la que se dirige contra el tercero que se encuentra en posesión de los bienes de la herencia, por haberlos adquirido en virtud de contratos traslativos de dominio del heredero aparente o si es que los posee sin título alguno que justifique su posesión. La acción reivindicatoria de bienes hereditarios es una modalidad específica de la acción reivindicatoria en general que le corresponde a todo propietario de reclamar los bienes de su propiedad que estén en poder de terceros que no tengan título suficiente para conservar esa posesión[26].

La acción reivindicatoria, legislada en el artículo 665, se refiere a los terceros adquirentes del sucesor aparente, aunque también se aplica al tercero que adquirió de un coheredero o de un tercero[27].

La acción reivindicatoria de bienes hereditarios es res singula; es decir, un caso particular de la acción reivindicatoria en general, la cual está legislada en el artículo 923 del Código Civil, que reconoce entre los derechos inherentes a la propiedad el de reivindicarla[28]. Siendo una spes del genus que es imprescriptible, le recae, por lógica, dicha característica.

De conformidad con el artículo 665 del Código Civil: "La acción reivindicatoria procede contra el tercero que, sin buena fe, adquiere los bienes hereditarios por efecto de contratos a título oneroso celebrados por el heredero aparente que entró en posesión de ellos.

Si se trata de bienes registrados, la buena fe del adquirente se presume si, antes de la celebración del contrato, hubiera estado debidamente inscrito, en el registro respectivo, el título que amparaba al heredero aparente y la trasmisión de dominio en su favor, y no hubiera anotada demanda ni medida precautoria que

26 Zárate del Pino, J.: *Curso de Derecho de Sucesiones*. Palestra, Lima, 1998, p. 69.

27 Ferrero Costa, A.: *Tratado de Derecho de Sucesiones,* 9 ed., Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 192.

28 Ferrero Costa, A.: *Tratado de Derecho de Sucesiones,* cit., p. 191.

afecte los derechos inscritos. En los demás casos, el heredero verdadero tiene el derecho de reivindicar el bien hereditario contra quien lo posea a título gratuito o sin título".

La doctrina es unánime "en reconocer que la acción reivindicatoria de bienes hereditarios es una especie del género que constituye la acción reivindicatoria en general, no hay duda que aquella también es imprescriptible"[29]. Así, lo ha reconocido nuestra Corte Suprema en el siguiente pronunciamiento (Hernández contra sucesión de González Li, 2002): "Existe una sentencia que se pronuncia expresamente por la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria, junto con la acción petitoria de herencia, y la acción de partición, añadiendo que dicha indicación expresa no es óbice para considerar que otras pretensiones pueden tener también el referido carácter. Es claro que la acción reivindicatoria de bienes hereditarios, pese a que el artículo 665 del Código Civil no menciona expresamente la imprescriptibilidad, como ocurren en el caso de la acción petitoria en el 664, goza, asimismo, de dicho carácter".

El artículo 665 del Código Civil no señala plazo para la acción reivindicatoria; sin embargo, vemos que el artículo 927 del Código Civil, ubicado en el Libro de Derecho Reales, establece que la acción reivindicatoria es imprescriptible; en consecuencia, esta acción reivindicatoria de herencia igualmente no tiene plazo, lo que nos parece razonable[30].

8. La imprescriptibilidad atípica para el otorgamiento de escritura pública.

Según la regla prevista en el artículo 143 y 1352 del Código Civil, los contratos que tienen como objeto la transferencia de algún derecho, que tienen la posibilidad de acceder a Registros Públicos, en principio, no requieren una forma solemne, pues se rigen por el principio de libertad de forma, siendo que su perfeccionamiento se realiza por el consentimiento de las partes.

Sin embargo, para que un documento privado pueda inscribirse en los Registros Públicos, con los efectos de oponibilidad que ello genera, nuestro sistema impone una forma determinada, que consiste en que el mismo se encuentre contenido en un instrumento público (forma dat ese rei), tal como ocurre, según lo previsto en el inciso 2 del artículo 235 del Código Procesal Civil, con la denominada "escritura pública".

La escritura pública, según Tambini[31], es aquel instrumento público que se: "…formaliza una declaración de voluntad dictada en ejercicio de la autonomía

29 Ferrero Costa, A.: *Tratado de Derecho de Sucesiones,* cit., p. 192.

30 Aguilar Llanos, B.: *Derecho de Sucesiones,* Ediciones Legales, Lima, 2013, p. 115.

31 Tambini Ávila, M.: *Manual de Derecho notarial*, 3 ed., Instituto Pacífico, Lima, 2014, p. 99.

privada, y al ser otorgado (asumido como forma de expresión de esa declaración de voluntad) es autorizado por el notario (que le atribuye la fuerza de su fe pública), para conservarlo en su archivo notarial o protocolo y expedir las copias o traslados que las partes requieran".

En ese contexto, corresponde analizar si la denominada obligación de otorgar la escritura pública se encuentra sujeta a algún plazo prescriptorio. Sobre el particular, el criterio que ha asumido nuestra Corte Suprema consiste en que dicha pretensión también resulta imprescriptible. Veamos: "[La] acción de otorgamiento de escritura pública no tiene otro objeto que dar mayor seguridad a un acto jurídico o contrato que ya se ha celebrado, por lo que, no está sujeta a término de prescripción [...] constituyendo la presente acción el ejercicio del derecho de propiedad del actor, una de cuyas expresiones es la reivindicación que tiene el carácter de imprescriptible, encontrándose regulada en los artículos 923 y 927 del Código Civil, normas que han sido inaplicadas por la recurrida". (Rojas Olivares con Víctor Masgo y otra, 2001)

La Corte Suprema, en esa misma línea, ha establecido (Valdivia contra Cárdenas, 2003): "Para el ejercicio de la acción de otorgamiento de escritura pública, no es aplicable el plazo de prescripción extintiva por cuanto dicha pretensión constituye una simple formalidad para la comprobación de la realidad del acto, que eventualmente permitirá la inscripción en el registro público del negocio jurídico cuya formalización se pretende; en consecuencia, en el caso de autos, no ha corrido plazo prescriptorio alguno para el actor, pues su pretensión se encuentra latente dado que se sustenta en un derecho o acto meramente facultativo".

De la misma manera, se ha señalado: "La acción del comprador, ahora propietario, a fin de que la compra venta conste en una escritura pública, emana también de su derecho de propiedad, conforme a los artículos 923 y 927 del Código Sustantivo, y tiene por objeto dar mayor seguridad al contrato ya celebrado, por lo que no está sujeto a término de prescripción [...] Es que los plazos de prescripción no pueden ser aplicables a este tipo de acciones que buscan proteger el derecho de propiedad ya adquirido, pues conforme se ha establecido, el otorgamiento de la escritura pública es la formalidad que sirve para la inscripción del derecho de propiedad, el mismo que necesita de dicha inscripción para ser oponible a terceros" (Pecho contra Morón, 2006).

Adicionalmente, a nivel de segunda instancia, también se ha indicado que: "Una demanda de otorgamiento de escritura pública en la cual se busca el cumplimiento de tal obligación pero referida a un derecho de propiedad que es imprescriptible, siendo la formalización o elevación a escritura pública un aspecto formal, no se puede aplicar los criterios de prescripción extintiva referida en el artículo 2001,

numeral 01 del Código Civil, ya que estamos ante una acción dependiente del derecho de propiedad, caso contrario tendría que aceptar la incongruencia de que ese derecho de propiedad nunca podría ser inscrito o reconocido cuando este derecho resulta imprescriptible y por ende los aspectos que tienden a formalizar o legitimar la misma" (Quintana y otro contra Banco de Materiales S.A.C., 2010).

Sin embargo, con la publicación de la sentencia que recoge el IX Pleno Casatorio Civil (Mejía, Barrios contra Reátegui, Collantes, 2015) se ha indicado que "…la obligación de elevar a escritura pública el contrato puede derivar de la autonomía privada de las partes, en caso de que hayan revisto dicha obligación en el programa contractual, pero aun cuando las partes no la hayan previsto, tal obligación viene impuesta por ley, específicamente, por el artículo 1549 del Código Civil que estable que: 'Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien"'.

Conforme a ello, dado que nuestra Corte Suprema ha reconocido que el otorgamiento de escritura pública constituye una "obligación" se asume, de manera implícita o indirecta, que se encuentra sujeta al plazo prescriptorio para las acciones personales previstas en el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil.

Sobre el particular, en posición que compartimos, Pasco Arauco[32] sostiene: "¿Qué sentido tiene que un propietario, luego de 15 años, no pueda exigir a su vendedor la suscripción de la escritura pública para poder inscribir su derecho? ¿Por qué prohibirle esta posibilidad por el solo hecho de que han transcurrido más de 10 años? ¿A quién se protege con una regla como esta? A nadie. ¿A quién se perjudica? Al titular del derecho que por no poder inscribirlo corre el riesgo de perderlo en manos de un tercero de buena fe. Si no existe ningún interés relevante que se proteja con una regla como esta, entonces la misma no tiene sentido".

En consecuencia, al haberse asumido, mediante el IX Pleno Casatorio Civil, que el otorgamiento de escritura pública es una obligación esencial, a la fecha, admitir su imprescriptibilidad significaría contravenir la naturaleza jurídica de las obligaciones, que resultan prescriptibles a los 10 años (acción personal), situación que, precisamente, marcaba una importante diferencia con los derechos reales.

9. La imprescriptibilidad atípica para la acción de ineficacia de acto jurídico derivado de disposición de un bien social por un solo cónyuge o conviviente.

El matrimonio implica la unión de dos personas que se da en el plano espiritual y material. La sociedad de gananciales está adaptada a este concepto. La finalidad

32 Pasco Arauco, A.: "El derecho a la escritura pública. Propuesta de una modificación legislativa", *Actualidad Jurídica*, núm.. 280°, Lima, 2017, p. 86.

básica del matrimonio es la de compartir. Compartir los bienes, propios y comunes que conformen un patrimonio especial, presentándose como un mecanismo de regulación[33].

Los efectos del matrimonio, entonces, no sólo se reflejan sobre los cónyuges, a nivel personal sino, también, sobre sus patrimonios. El vínculo conyugal genera, además de la sociedad de personas, una de patrimonios de los cónyuges, reglamentadas ambas minuciosamente por el legislador, dada la trascendencia de la institución matrimonial, como componente básico de la organización social[34].

La sociedad de gananciales es una forma de comunidad de bienes aplicable al matrimonio, así como a las uniones hecho. En efecto, según el artículo 5 de la Constitución Política "la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable", lo cual es replicado por el artículo 326 caput del Código.

En ese entender, el tratamiento de la sociedad de gananciales, en lo relativo a la administración (ordinaria y extraordinaria) y disposición de bienes sociales, también resulta plenamente aplicable a las uniones de hecho. En materia de disposición, el artículo 315 del Código Civil dispone que:

"Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales".

Dado que el Código Civil peruano --ni sus precedentes[35]-- no establece sanción expresa para aquel negocio jurídico que contraríe los supuestos consagrados en mencionado artículo; es decir, sobre el remedio aplicable ante un acto de disposición (o constitución de garantía) sobre un bien social, sin la intervención del otro cónyuge, se convocó al VIII Pleno Casatorio Civil de Lima, el 22 de diciembre del 2015, que corresponde a la Casación N.° 3006-2015-Junín, del 12 de marzo

33 Varsi Rospigliosi, E., & Torres Maldonado, M.: "La disposición de los bienes sociales por un solo cónyuge. El lado oscuro del artículo 315 del Código Civil", *Gaceta Civil & Procesal Civil*, núm. 31°, Lima, 2016, p. 101.

34 Oligastri Puestra, G., & Zurek Salas, L.: *Del régimen de la sociedad conyugal y sus reformas,* Pontifica Universidad Javeriana, Bogotá, 1995, p. 3.

35 Históricamente éste vacío normativo constituido por la falta de sanción también ha estado presente en los Códigos de 1852 y 1936. El artículo 182 del primero de ellos prescribía que "La mujer no puede dar, enajenar, hipotecar, ni adquirir a título gratuito u oneroso, sin intervención del marido, o sin su consentimiento por escrito". Mientras que el artículo 188 del Código de 1936 establecía que "El marido es el administrador de los bienes comunes con las facultades que le confiere la Ley requiriéndose la intervención de la mujer cuando se trate de disponer o gravar bienes comunes a título gratuito u oneroso".

del 2019 (Choque Jacay contra Salazar Jacay y otros, 2015), la falla de la siguiente manera:

- Establece que el acto de disposición unilateral del bien social es nulo por ser contrario a una norma imperativa de orden público (inc. 8, art. 219), no obstante, será ineficaz si el cónyuge que dispone del bien social se excede del poder conferido por su otro cónyuge (art. 161) Precedente vinculante.

- La posición de voto en minoría indica que: Se asume que el acto es ineficaz; sin embargo, si el cónyuge vendedor y el comprador se hubieran puesto de acuerdo en la celebración del acto jurídico, a sabiendas que el bien es de la sociedad conyugal, será un acto jurídico nulo por fin ilícito (inc. 4, art. 219).

Sin embargo, con ocasión del debate antes mencionado, un punto que estuvo en discusión fue la determinación del plazo prescriptorio de la acción de ineficacia, a cargo de uno de los cónyuges, para cuestionar la eficacia del acto unilateral de disposición o de constitución de garantía. Sobre el particular, nuestra Corte Suprema, en algún momento señaló que: "Deberá aplicarse el plazo de prescripción de dos años, toda vez que, incluso la anulabilidad presenta efectos más gravosos que la ineficacia […] el plazo de prescripción de dos años comprende también a la acción revocatoria o pauliana, que es un supuesto de ineficacia de acto jurídico, al igual que la pretendida; por lo tanto, es aplicable aquel principio de derecho que reza ubi eadem ratio, eadem jus ('a igual razón, igual derecho'). […] En tal sentido, la aplicación del artículo 2001, inciso 4, del Código Civil resulta plenamente válida, y aunque es cierto que no se ha cumplido con el principio de legalidad de la prescripción, esto se debe a un vacío legal y no a un criterio discrecional del órgano jurisdiccional" (Industrial y Comercial La Americana S.C.R.L. contra el Banco de Crédito del Perú y Levia Rojas, 1996).

En igual sentido, se manifestó: "Como el Código Civil no señala plazo de prescripción para interponer demanda de ineficacia de acto jurídico, excepto en el caso de la acción pauliana, […] en aplicación de los principios de integración normativa dicho plazo debe fijarse en dos años" (Industrial y Comercial La Americana S.C.R.L contra Banco de Crédito del Perú, Rojas, 1996).

Como se puede advertir, en aquellas oportunidades, la Corte Suprema asumió un criterio integrativo, vía analogía, a fin de extender los alcances de la acción de ineficacia (pauliana) a los supuestos no previstos de ineficacia por disposición unilateral de bienes sociales. Asimismo, en esa línea de ideas, un sector de la doctrina indicó: "Las acciones de ineficacia no versan sobre supuestos que constituyan casos de orden público. Se podría decir que la ley, en cuanto a su

gravedad, equipara los casos de ineficacia a los casos de anulabilidad, concediendo a ambos el mismo plazo prescriptorio de dos años"[36].

Sin embargo, dicho razonamiento no resulta admisible, en tanto, implica reconocer la aplicación analógica a supuestos en los que se restringen derechos, lo cual se encuentra prohibido a la luz del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil. En otra sentencia casatoria nuestra Corte Suprema se pronunció al respecto (Valderrama contra Díaz, 2017): "En efecto, los alcances de dicho principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restrinjan derechos no han de entenderse restrictivamente como pertenecientes sólo al ámbito del derecho penal y procesal penal, sino como aplicables a todo el ordenamiento jurídico, particularmente cuando con una medida limitativa de derechos el Estado intervenga en el seno del contenido constitucionalmente protegido de estos. Los alcances del principio en referencia han sido desarrollados en diversas normas del ordenamiento jurídico; por ejemplo, en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil -verdadera norma materialmente constitucional-, según el cual "La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía"; también por el ordinal "a" del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona (…), limitarlos (los derechos y libertades reconocidos en la Convención) en mayor medida que la prevista en ella (…)".

Según Geldres[37], la aparente similitud entre la ineficacia representativa y la ineficacia pauliana, no existe, en virtud de las siguientes razones:

- La acción pauliana se presenta como un remedio que surge a consecuencia de una patología en la obligación y la pretensión de ineficacia representativa se presenta como un remedio que es consecuencia de una patología en el contrato mismo; es decir, mientras la primera se presenta en el efecto, la segunda se presenta en la causa.

- La acción pauliana actúa sobre un negocio que ya produjo sus efectos finales, mientras la ineficacia representativa actúa sobre negocios que aún no producen los efectos finales; es decir, aquí todavía no existen las obligaciones a cargo de las partes.

36 Castillo Freyre, M.: "Plazo prescriptorio de la acción de ineficacia de los actos jurídicos celebrados por el representante", *Revista jurídica del Perú*, núm.. 55°, Lima, 2004, p. 95.

37 Geldres Campos, R.: "El plazo prescriptorio de la pretensión de ineficacia", *Gaceta civil & Procesal civil*, núm. 70°, Lima, 2019, p. 65.

- La pretensión de ineficacia pauliana solo puede ser invocada por los titulares del derecho de crédito o de una situación de expectativa, mientras la pretensión de ineficacia representativa solo puede ser invocada por el dominus.

Cabe indicar que, posteriormente, uno de los ponentes de las sentencias casatorias, antes mencionadas, ha indicado: "Debo enmendar mi opinión. No es posible aceptar esta tesis por varias razones, entre las que se encuentra que la ley que restringe derechos no es posible aplicarla por analogía (artículo IV del Título Preliminar del Código Civil), a lo que debe añadirse que solo por ley se establecen los plazos de prescripción, conforme lo manda el artículo 2000 del Código Civil. En tal virtud, dado que los casos en los que no existe prescripción están expresamente estipulados en el Código Civil y que las demandas de ineficacia son acciones personales, resulta de aplicación el artículo 2001.1 del Código Civil, que establece como plazo prescriptorio el de diez años"[38].

Consideramos que tampoco resulta aplicable para los actos de disposición unilateral de bienes sociales el plazo de la acción personal; esto es, de diez años, sino que el mismo es imprescriptible, en tanto constituye una tutela estrictamente declarativa. En efecto, según lo ha señalado Morales Hervias[39], "la accionabilidad de la pretensión de ineficacia en sentido estricto es declarativa y como tal es imprescriptible".

Una atenta doctrina ha indicado, en posición que compartimos, que dicha sentencia se encuentra por Morales Hervias[40]. "el camino correcto y expresa la esperanza que la administración de justicia siempre debe inclinarse por proteger valores jurídicos compatibles con los intereses dignos de tutela en las controversias jurídicas concretas". La pretensión de ineficacia no tiene un plazo de prescripción (imprescriptible), en cuanto que la sentencia que se pronuncia sobre ella tiene carácter declarativo, puesto que se limitará a reconocer una situación jurídica que ya existía antes del inicio de la litis[41].

La imprescriptibilidad de la acción de ineficacia, que se pudiera derivar de la disposición unilateral de bienes sociales, constituye, entonces, un supuesto más de imprescriptibilidad atípica que ha sido reconocido, aunque de forma incipiente, por nuestra jurisprudencia.

38 Calderón Puertas, C.: "Disposición de los bienes conyugales por parte de un solo de los cónyuges", *Actualidad civil*, núm.. 55°, 2019, Lima, p. 150.

39 Morales Hervias, R.: *La imprescriptibilidad de la accionabilidad de la pretensión de ineficacia en sentido estricto,* cit., p. 85.

40 Morales Hervias, R.: *La imprescriptibilidad de la accionabilidad de la pretensión de ineficacia en sentido estricto,* cit., p. 85.

41 Geldres Campos, R.: "El plazo prescriptorio de la pretensión de ineficacia", *Gaceta civil & Procesal civil*, núm. 70°, Lima, 2019, p. 67.

10. La imprescriptibilidad atípica derivada de la acción de ineficacia por ausencia de representación.

La denominada representación directa sin poder constituye un "accionar anómalo, indebido que puede consistir en excederse de facultades, de una violación, o de la atribución de una representación que no se tiene. Por eso el Código Civil, a estos actos los declara ineficaces; esto es, como que nunca se celebraron"[42].

De conformidad con lo previsto en el artículo 161 del Código Civil: "El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.

También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye".

El referido artículo, según Lohmann Luca de Tena[43], contiene varias hipótesis claramente diferenciables: a) la representación del representante ante el representado por excederse en sus atribuciones; b) o por violación de las mismas; c) también responsabilidad ante el representado por falta de poder; d) responsabilidad ante el tercero por excederse en sus poderes; e) o por violación de ellas; y, f) responsabilidad ante el tercero por falta de poder.

Nos interesa del supuesto referido a la falta o ausencia de poder. Se trata del caso de "aquella persona que, sin autorización de ninguna especie, utiliza el nombre de otro y actúa de manera ficticia como si fuera representante suyo. En puridad no hay en este caso invasión de la esfera jurídica ajena como se cree comúnmente, pues los efectos del acto no repercuten en el haber o deber del que figura como representado"[44].

En dicha hipótesis, entonces, no existe una relación jurídica representativa o acto de apoderamiento, toda vez que, por ejemplo, nunca se le confirió las facultades que el falso representante (falsus procurator) dice tener. Así, al amparo de lo establecido en el artículo 161 del Código Civil, el acto jurídico suscrito por el falso representante deviene en ineficaz respecto al representado; sin embargo, la mencionada norma no establece cuál es el plazo prescriptorio que ostenta el representado a fin de cuestionar la eficacia del referido acto.

42 Romero Montes, F.: *Curso del acto jurídico,* Portocarrero, Lima, 2003, p. 127.

43 Lohnmann Luca de Tena, G.: *El negocio jurídico,* Librería Studium, Lima, 1986, p. 160.

44 Lohnmann Luca de Tena, G.: *El negocio jurídico,* cit., 1986, p. 161.

Para un sector de la doctrina todos los supuestos previstos en el artículo 161 del Código Civil tienen un plazo de prescripción es de 10 años, salvo disposición contraía de la ley, toda vez que se tratan de acciones personales[45]. Sin embargo, en nuestra opinión, la ausencia de poder (falta o inexistencia) no puede equipararse al exceso o violación de facultades que sí se han conferido en el marco de una relación de apoderamiento. En el primer caso, que es el que nos interesa, no existe acto de apoderamiento alguno.

Sobre el particular, según nuestra Corte Suprema: "En el supuesto del artículo 161 del Código Civil por exceso de representación es aplicable el plazo de prescripción general previsto para las acciones personales, conforme al artículo 2001 inciso 1 del citado Código, situación diferente para el caso del falso procurador o la ausencia de representación, en la que no puede considerarse la existencia de un plazo para accionar si se tiene en cuenta que en este caso no existe ninguna vinculación con el representado" (Trucks and Motors del Perú S.A.C. contra Empresa de Transportes Turismo Arberia S.A.C., 2006).

En otra sentencia, aunque recurriendo al argumento la inexistencia del negocio jurídico --remedio no previsto en nuestro Código Civil--, también se ha asumido que en el supuesto de ausencia de representación (falsus procurator) la acción no puede estar sujeta a plazo prescriptorio alguno. Veamos: "La falsedad del negocio jurídico, que implica su inexistencia, no puede ser convalidada o sanada, pues la 'nada' es un concepto definitivo. Lo que no ha nacido no es, y lo que no es ya no puede ser. Por tanto, la inexistencia no puede corregirse por un acto posterior. Existe una gran diferencia entre el 'no-hecho' (inexistencia) y el 'hecho' (acto nulo), pues uno no es susceptible de convalidación, conversión o sanción por la prescripción; y el otro, sí, conforme reconoce la mejor doctrina.

Sobre el particular, debe indicarse que la ineficacia por falta de representación presupone la ausencia de voluntad del representado, por lo que la hipótesis se subsume en la inexistencia de participación del sujeto disponente. En efecto, así como la 'nada' no puede convalidarse por el paso del tiempo; igual la 'falta de poder' no puede convertirse en 'poder' por el solo transcurso de los años.

Por lo tanto, la inexistencia (de poder) que alega la reconviniente es una pretensión imprescriptible, lo cual se deduce del artículo 1993 del Código Civil, pues la prescripción inicia su cómputo desde un hecho jurídico (acto, contrato, etcétera) que permite ejercitar la acción, pero la 'nada' (por ausencia de poder) no permite el inicio de ese cómputo; y siendo así, la pretensión no prescribe" (Expediente 07847-2009, Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima).

45 Torres Vásquez, A.: *Acto jurídico,* Idemsa, Lima, 2008, p. 426.

Se ha señalado, en ese entender, que todas las hipótesis del artículo 161 del Código Civil son casos de ineficacia en sentido estricto y, por lo tanto, el plazo es imprescriptible[46]. Para nosotros, según lo antes mencionado, únicamente resultará imprescriptible la hipótesis de ausencia o falta de poder, pues, en muchos casos, tal patología proviene de falsificación de documentos o suplantación de personas, en los que no existió acto de apoderamiento.

V. CONCLUSIÓN.

La ley y la jurisprudencia indican el carácter prescriptorio de una institución.

Un derecho prescribe por por orden legal o mandato judicial que lo determina dado que el interés interno de una pretensión puede reconocer su incolumidad ante el tiempo.

Las decisiones judiciales han consolidado diversos supuestos de imprescriptibilidad atípica, i.e, que aun cuando no se encuentren previstas en la ley resultan plenamente admisibles al ser dictados por orden judicial.

De esta manera no sólo la ley puede crear supuestos de imprescriptibilidad, también la imprescriptibilidad puede ser reconocida por una sentencia judicial, esto en orden de la seguridad jurídica y la paz social pilares esenciales de la dignidad de la persona.

46 Morales Hervias, R.: *La imprescriptibilidad de la accionabilidad de la pretensión de ineficacia en sentido estricto,* cit., p. 82.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Llanos, B.: *Derecho de Sucesiones,* Ediciones Legales, Lima, 2013.

Albaladejo García, M: *La prescripción extintiva,* 2 ed., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004..

Borda, A., Borda, D., & Borda, G.: *Manual de Derecho Privado,* La Ley, Argentina, 2009.

Calderón Puertas, C.: "Disposición de los bienes conyugales por parte de un solo de los cónyuges" *Actualidad civil,* núm. 55º, 2019, Lima, pp. 135-152.

Castillo Freyre, M., & Torres Maldonado, M.: "¿Se puede desheredar o declarar indigno al miembro de una unión de hecho?", *Gaceta Civil & Procesal Civil,* núm. 16º, 2014, pp. 13-27.

Castillo Freyre, M.: "Plazo prescriptorio de la acción de ineficacia de los actos jurídicos celebrados por el representante", *Revista jurídica del Perú*, núm. 55º, Lima, 2004, pp. 90-100.

Cavani, R.: "Reivindicación y mejor derecho de propiedad: ¿Pretensiones con naturaleza distina?", *Gaceta Civil & Procesal Civil*, núm. 43º, 2017, pp. 53-60.

De Andrade Nery, R. M., & Nery Junior, N.: *Instituições de Direito civil. Parte genera*l, Vol. I, tomo II, Revista dos Tribunais, São Paolo, 2015.

Del Risco Sotil, L. F.: "El desalojo por ocupación precaria a la luz del Cuarto Pleno Casatorio Civil", *Ius et Veritas*, núm. 53º, 2016, pp. 132- 142.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *La prescripción extintiva (en el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo),* Civitas, Madrid, 2003.

Ferrero Costa, A.: *Tratado de Derecho de Sucesiones,* 9 ed., Instituto Pacífico, Lima, 2016.

García Toma, V.: *Introducción a las ciencias jurídicas*, 2 ed., Jurista editores, Lima, 2007.

Geldres Campos, R.: "El plazo prescriptorio de la pretensión de ineficacia", *Gaceta civil & Procesal civil*, núm. 70º, Lima, 2019 pp. 61-71.

Gomes, O.: *Introducao ao Direito Civil,* 18 ed., Forense, Rio de Janeiro, 2001.

Lobo, P.: *Direito civil (Parte general),* Saraiva, São Paulo, 2009.

Lohnmann Luca de Tena, G.: *El negocio jurídico,* Librería Studium, Lima, 1986.

Morales Hervias, R.: *La imprescriptibilidad de la accionabilidad de la pretensión de ineficacia en sentido estricto,* Actualidad Jurídica, Lima, 2015.

Musto, N.: *Derechos Reales,* Vol. I, Astrea, Buenos Aires, 2000.

Ninamancco Córdova, F.: *Principales problemas del derecho a la propiedad,* Academia de la Magistratura, Lima, 2016.

Oligastri Puestra, G., & Zurek Salas, L.: *Del régimen de la sociedad conyugal y sus reformas,* Pontifica Universidad Javeriana, Bogotá, 1995.

Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M: "Todo prescripbe o caduca, a menos que la Ley señale lo contrario", *Derecho & Sociedad*, núm. 23, 2004, p. 267-274.

Pasco Arauco, A.: "El derecho a la escritura pública. Propuesta de una modificación legislativa", *Actualidad Jurídica*, núm. 280°, Lima, 2017, pp. 80-88.

Pereira, S.: *Instituicoes de Direito civil*, 20 ed., Vol. I, Forense, Rio de Janeiro, 2004.

Romero Montes, F.: *Curso del acto jurídico,* Portocarrero, Lima, 2003.

Simão, J. F.:*Prescricao e decadencia: Inicio dos prazos*. Atlas, São Paulo, 2012.

Tambini Ávila, M.: *Manual de Derecho notarial*, 3 ed., Instituto Pacífico, Lima, 2014.

Torres Maldonado, M. A., & Herrera Arana, P.: "La imprescriptibilidad del reconocimiento de la unión de hecho y la prescriptibilidad de la liquidación de la comunidad de bienes", *Gaceta Civil & Procesal Civil,* núm. 38°, 2016, pp. 41-51.

Torres Vásquez, A.: *Acto jurídico,* Idemsa, Lima, 2008.

Varsi Rospigliosi, E., & Torres Maldonado, M.: "La disposición de los bienes sociales por un solo cónyuge. El lado oscuro del artículo 315 del Código Civil", *Gaceta Civil & Procesal Civil*, núm. 31, Lima, 2016, pp. 99-116.

Vidal Ramírez, F: *Prescripción extintiva y caducidad*, 6 ed., IDEMSA, Lima, 2011.

Zárate del Pino, J.: *Curso de Derecho de Sucesiones.* Palestra, Lima, 1998.

DIRITTO CONSUETUDIRARIO E RAPPORTI DI DIRITTO CIVILE NEL SISTEMA ITALO-EUROPEO DELLE FONTI: UNA BASILARE RICOSTRUZIONE DEL PROBLEMA E ALCUNE RIFLESSIONI INTERLOCUTORIE

RELATIONS BETWEEN CUSTOMARY LAW AND CIVIL LAW IN THE ITALIAN-EUROPEAN SYSTEM OF SOURCES: A BASIC RECONSTRUCTION AND SOME INTERLOCUTORY REFLECTIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 510-537

Pietro
VIRGADAMO

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Lo scritto mira ad analizzare le norme consuetudinarie, cercando di individuarne i nodi ancora irrisolti in merito alla loro natura e ai loro caratteri. Una seconda parte della trattazione si focalizza sull'impatto delle norme usuali nei rapporti di diritto civile.

PALABRAS CLAVE: Diritto consuetudinario; usi normativi e negoziali; usi praeter legem; Costituzione.

ABSTRACT: *The paper aims to analyze the customary norms, trying to identify the issues, which are still unsolved, relating to their nature and characters. A second part of the discussion focuses on the impact of the usual rules in civil law relations.*

KEY WORDS: *Customary law; regulatory and contractual uses; praeter legem uses; Constitution.*

SUMARIO.- I. IL FASCINO DEL DIRITTO CONSUETUDINARIO.- II. I CONTROVERSI CARATTERI DISTINTIVI DELLE NORME CONSUETUDINARIE NEL SISTEMA ITALO-EUROPEO DELLE FONTI. NECESSITÀ DI UN ATTENTO APPROFONDIMENTO CRITICO.- III. DIRITTO CONSUETUDINARIO E RAPPORTI DI DIRITTO CIVILE. UNO PRIMO SGUARDO D'INSIEME.- IV. LA NECESSITÀ DI UNA VERIFICA DEI TRATTI DISTINTIVI DELLA FONTE NORMATIVA TERZIARIA E DI UNA IMPLEMENTAZIONE DI CRITERI RAGIONEVOLI DI "MAPPATURA", PER QUANTO POSSIBILE AGGIORNATA, DEGLI USI INDIVIDUATI ED INDIVIDUABILI NEL SISTEMA GIURIDICO DI RIFERIMENTO.

I. IL FASCINO DEL DIRITTO CONSUETUDINARIO.

Consuetudo est servanda[1]. L'espressione, entrata nel gergo comune, con particolare riguardo al diritto internazionale, ma riferibile ad ogni ambito del sistema

1 Bonfante, P: "Per una revisione della teoria della consuetudine", *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 274 ss.; Solazzi, S: "La desuetudine della legge", *Arch. giur.*, 1929, CII, p. 3 ss.; Arcangeli, A: "Le consuetudini nel diritto agrario", *Riv. dir. priv.*, 1935, p. 3 ss.; Bobbio, N.: *La consuetudine come fatto normativo*, Cedam, Padova, 1942; Miele, G.: "Profilo della consuetudine nel sistema delle fonti del diritto interno", *Stato e dir.*, 1943, p. 24 ss.; Asquini, A.: "Usi legali e usi negoziali", *Riv. dir. comm.*, 1944, I, p. 71 ss.; De Longhi, E.: "«Opinio iuris» *ed errore nelle formazioni consuetudinarie*", *Riv. dir. comm.*, 1947, p. 351 ss.; Mori Checcucci, U.: *Gli usi normativi come fattispecie*, Genova, 1948; Formiggini, A.: *Gli usi commerciali e il codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1949; Longo, M.: "Introduzione allo studio degli usi giuridici in campo privatistico", *Temi*, 1949, p. 526 ss.; Genovese, A.: "Gli usi nella disciplina dei contratti commerciali", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 382 ss.; Guarino, A.: "La consuetudine e la legge alla luce dell'esperienza romana", *Dir. giur.*, 1956, p. 413 ss.; Maroi, F.: *Per una raccolta di usi giuridici popolari. Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1956, I, p. 577 ss.; Balossini, C.E.: *Consuetudini, usi pratiche, regole del costume*, Giuffrè, Milano, 1958; Id., "Aspetti pubblicistici dell'accertamento camerale degli usi", *Foro pad.*, 1959, III, p. 18 ss.; Genovese, A.: "Usi negoziali e loro interpretazione", *Giur. it.*, 1959, I, p. 1365 ss.; Franceschelli, R.: "Consuetudine (diritto moderno)", *Noviss. Dig. it*, IV, Utet, Torino, 1959, 320 ss.; Bobbio, N.: "Consuetudine (teoria generale)", *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 426 ss.; Pavone la Rosa, A.: "Usi normativi e usi negoziali", *ivi*, p. 513 ss.; Balossini, C.E.: *L'accertamento del diritto consuetudinario compito del giurista e del sociologo*, La Goliardica, Milano, 1962; Orestano, R.: "Dietro la consuetudine", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, p. 523 ss.; Crisafulli, V.: "Variazioni sul tema delle fonti normative con particolare riguardo alla consuetudine", in AA.VV.: *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, III, Giuffrè, Milano, 1967, p. 253 ss.; Balossini, C.E.: "Recenti contributi italiani sul diritto consuetudinario", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, p. 646 ss.; D'Amico, G.: "Osservazioni in tema di usi e loro estensione soggettiva: materia bancaria, società finanziarie ed anatocismo", *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 240 ss.; Pasetti, G.: *Contributo alla dottrina degli usi negoziali*, Cedam, Padova, 1982; Perlingieri, P.: "Prassi, principio di legalità e scuole civilistiche", *Rass. dir. civ.*, 1984, 956 ss.; Balletti, E.: "Determinazione del periodo di comporto e condizioni di operatività delle fonti integrative degli usi e dell'equità", *Giust. civ.*, 1987, p. 398 ss.; Pizzorusso, A.: "Consuetudine, I, Principi generali", in *Enc. giur.*, VIII, Treccani, Roma, 1988, p. 1 ss.; Guastini, R.: *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle preleggi*, Giappichelli, Torino, 1989, p. 53 ss.; Sacco, R.: "Il diritto muto", *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 689 ss.; Giuliani, A.: "Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15", in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 1, *Premesse e disposizioni preliminari*, Utet, Torino, 1999, p. 406 ss.; Guarneri, A.: "Gli usi e il sistema delle fonti del diritto civile", *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 19 ss.; Gilissen, J.: "Consuetudine", in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Utet, Torino, 2001, p. 489 ss.; Gitti, G.: "Le clausole d'uso come fonti del diritto", *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 115 ss.; Astone, F.: "Le fonti non scritte", in Giurisprudenza Costituzionale e fonti del diritto, Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana (a cura di N. Lipari), Esi, Napoli, 2006, p. 93 ss.; Luciani, M.: "Fonti del diritto", in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore* (a cura di S. Patti e P. Sirena), Milano, 2007, 6, p. 493 ss.; Sacco, R.: "Diritto muto", in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., *Aggiornamento*****, Utet, Torino, 2009, p. 196 ss.; Guastini, R.: *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Tratt.* Cicu-Messineo, Giuffrè, Milano, 2010, p. 39 ss., 69 ss.; Sacco, R.: "Consuetudine", in *Dig. disc. priv.*, sez. *civ.*, *Aggiornamento******, Utet, Torino, 2010, p. 342 ss.; Caterina, R.: "Con una stretta di mano: forme e rituali di origine consuetudinaria per la conclusione del contratto", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 205 ss.; Fusaro, A.: "Il contributo della prassi al sistema vigente dei diritti reali", *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 517 ss.;

• Pietro Virgadamo
Ordinario di Istituzioni di diritto privato. LUMSA. E-mail: p.virgadamo1@lumsa.it

giuridico, ancora oggi denuncia la persistente vitalità di quella che, sbrigativamente, potrebbe essere considerata una figura ormai defilata tra le fonti del diritto.

Usualmente definita come fonte "terziaria" (sottoposta, *ex* art. 1 disp. prel. c.c., alla legge e ai regolamenti dell'esecutivo e di altre Autorità)[2]; relegata da molti alla mera funzione di strumento integrativo rispetto a regole poste da disposizioni sovraordinate; essa viene, senza troppo indugio, spesso vista come retaggio di un passato ancestrale, di un'epoca giuridica quasi primitiva, nella quale il diritto scritto, espressione di massima civiltà, non aveva ancora imposto il suo dominio incontrastato[3].

Questo "diritto muto"[4], tuttavia, ha un'importanza storica decisiva; ha un suo rilievo pregnante in molti ordinamenti giuridici contemporanei; impone il

Meder, S.: Ius non scriptum*: tradizioni della produzione privata del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011; AA.VV.: *Scienza giuridica* e prassi (a cura di L. Vacca), Jovene, Napoli, 2011; L. Vacca, "Gli usi: origini risalenti e rilevanza attuale", *Impr. e Stato*, 2010/2011, p. 36 ss.; Pizzorusso, A.: *Le fonti del diritto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Zanichelli, Bologna-Roma, 2011, p. 643 ss.; Carbone, S.: *Il diritto non scritto nel commercio internazionale: due modelli di codificazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; Gallo, F.: *Consuetudine e nuovi contratti: contributo al recupero dell'artificialità del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012; Parodi, G.: *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, in *Tratt*. Cicu-Messineo, Giuffrè, Milano, 2012, p. 379 ss.; Pettinari, C.: "Commento agli artt. 8 e 9 Disposizioni sulla legge in generale", in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle persone* (a cura di A. Barba e S. Pagliantini), Torino, 2012, p. 161 ss.; Adornato, F.: "Pulsa la vita nel diritto", *Riv. dir. agr.*, 2013, p. 490 ss.; Monateri, P.G.: *Legge, linguaggio e costume: l'ambiguità della legge dal costume alla* soft law, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013; Quadri, G.: "Brevi considerazioni sulla natura dell'uso aziendale e sulla possibilità di modifica ad opera del contratto collettivo", *Riv. it. dir. lav*., 2013, p. 725 ss.; Sicchiero, G.: "Gli usi legali non esistono più: cronaca di una morte certificata", *Contr. impr*., 2013, p. 1266 ss.; AA.VV.: *Gli usi aziendali tra contratto individuale e assetti collettivi dell'impresa: il bilancio giurisprudenziale* (a cura di P. Lambertucci), *Lav. giur.*, 2014, p. 827 ss.; AA.VV.: *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* (a cura di M. Cosulich e G. Rolla), Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; Bongiovanni, V.: *Integrazione del contratto e clausole implicite*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 62 ss.; Cicconetti, S.M.: *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2019; Sorrentino, F.: *Le fonti del diritto*, Cedam, Padova, 2019, p. 223 ss.

2 Relativamente sterile, e meramente nominalistico, appare il problema dei rapporti tra consuetudine e uso normativo, quasi si trattasse di concetti tra loro dissimili. Alcuni affermano che la prima abbraccerebbe un ambito semantico più disteso del secondo, comprendendo le c.d. costumanze di diritto pubblico (Pettinari, C.: "Commento agli artt. 8 e 9 Disposizioni sulla legge in generale", cit., p. 161 ss.), ma la circostanza sembra del tutto indimostrata. Autorevolmente, si osserva che "mentre la consuetudine è fonte autonomamente fondata, su un modo originario di produzione del diritto, cioè è vera fonte, l'uso è fonte solo in senso derivato, cioè non è vera fonte del diritto, ma elemento cui la legge rinvia per completare la regola che essa pone" (cfr. Zagrelbesky, G.: *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1987, p. 281). L'impostazione, per quanto riferibile ad una dottrina celebre, sembra potersi discutere. Che il legislatore non utilizzi i due termini in senso sostanzialmente equivalente è circostanza tutta da dimostrare; inoltre, l'elencazione espressa degli "usi" tra le fonti del diritto, operata dall'art. 1 disp. prel. c.c., sembra riconoscere a questi, ove ve ne fosse stato bisogno, dignità normativa propria, tale da legittimare, come si vedrà, anche l'impropriamente detta figura *praeter legem*. Appare decisamente più pertinente ritenere, come si farà in queste pagine, i due concetti sostanzialmente assimilabili, e pertanto fungibili, di là da una prassi, di nessun rilievo sul piano dei concetti, abituata ad utilizzare il termine "uso" prevalentemente in ambito privatistico. Lascia pure pensare la riconduzione della consuetudine, o uso che dir si voglia, alle c.d. fonti *extra ordinem*, ovvero estranee all'ordinamento propriamente inteso (cfr., per questa prospettiva, Barile, P: *Scritti di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1967, p. 84; Cicconetti, S.M.: "Revisione costituzionale", in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 151; Zagrebelsky, G.: *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, cit., p. 259 ss.), posto, a tacer d'altro, il suo puntuale richiamo da parte dell'art. 1 disp. prel. c.c.

3 Come autorevolmente osservato, "una veduta realistica del diritto obbliga peraltro a constatare che il diritto non è sempre stato creato dallo Stato, né oggi è sempre dotato di una precisa verbalizzazione" (Sacco, R.: "Consuetudine", cit., p. 343).

4 V., ancora, le preziose pagine di Sacco, R.: "Il diritto muto", cit., p. 689 ss.; Id., "Diritto muto", cit., p. 196 ss.

suo rispetto nelle dinamiche del diritto internazionale pubblico[5] come tramite la c.d. *lex mercatoria*[6], nel diritto della navigazione[7], come in quello che regola l'organizzazione di ordini professionali e sportivi[8]; fa sentire la sua voce nelle più di cento norme che, solamente all'interno del codice civile, vi fanno rinvio[9]; sembra regolare anche materie lasciate, sul piano (non già dei principi ma) delle regole scritte, senza regola; impegna, peraltro di gran lunga trascendendole, decine di migliaia di pagine nelle compilazioni delle Raccolte Ufficiali custodite in tutte le Camere di Commercio italiane, attraversando, trasversalmente, a tacer d'altro, quasi l'intera gamma dei rapporti tra privati[10].

Il diritto consuetudinario, e segnatamente il diritto "civile" consuetudinario, pone all'interprete delicati problemi di teoria dell'interpretazione — uno fra tutti, il controverso rapporto con l'analogia — e gli impone di confrontarsi con quesiti mai risolti, come quello relativo alla individuazione di ciò che è norma rispetto a ciò che non lo è; questione che si declina, nello specifico, nella nota *querelle* sulla *distinctio* tra usi normativi e usi negoziali, la quale vanta un apparato casistico di grande suggestione.

Questa variegata offerta di norme giuridiche, in qualche modo elaborate, in via diretta, dai loro stessi destinatari[11], è peraltro caratterizzata, per un singolare

5 V., per un inquadramento generale e senza pretesa di completezza, tra gli innumerevoli contributi, Ziccardi, P.: "Consuetudine (dir. intern.)", in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 476 ss.; Guastini, R.: *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., p. 265 s.; Gilissen, J.: "Consuetudine", cit., p. 522 ss.

6 Per una panoramica, v. Galgano, F.: *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2016; Longhi, L.: "Il nuovo diritto globale: lex mercatoria o ius gentium?", *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2016, p. 137 ss.; Rossello, C.: *Commercio elettronico*, Giuffrè, Milano, 2006; Saputelli, G.: *Stato, Unione europea* e lex mercatoria, Giuffrè, Milano, 2015; Sbordone, F.: *Contratti internazionali* e lex mercatoria, Esi, Napoli, 2008; Donini, V.M.: *Il diritto del commercio internazionale nel mediterraneo tra diritto islamico* e lex mercatoria, Esi, Napoli, 2007.

7 Si pensi, in prospettiva storico-ricostruttiva, ai soli rinvii contenuti nel relativo Codice agli artt. 341, 342, 351, 372, 375, 384, 390, 410, 433, 442, 444, 445, 446, 448, 449, 452, 453, 456, 468, 907, 909, 910, 913, 916, 919, 933.

8 J. Gilissen, "Consuetudine", cit., p. 517 ss., ove riferimenti.

9 Si sono scorti usi normativi nei richiami interni agli artt. 11, 892, 893, 896, 1084, 1181, 1182, 1183, 1187, 1269, 1283, 1326, 1327, 1333, 1336, 1374, 1454, 1457, 1492, 1496, 1497, 1498, 1510, 1512, 1520, 1521, 1522, 1527, 1528, 1535, 1563, 1566, 1569, 1574, 1592, 1594, 1595, 1596, 1605, 1609, 1612, 1616, 1646, 1657, 1658, 1665, 1687, 1709, 1712, 1732, 1733, 1736, 1739, 1740, 1749, 1750, 1751, 1753, 1755, 1756, 1788, 1825, 1831, 1832, 1834, 1838, 1843, 1845, 1847, 1850, 1855, 2078, 2099, 2109, 2110, 2118, 2120, 2130, 2138, 2139, 2140, 2143, 2146, 2147, 2148, 2151, 2153, 2155, 2156, 2163, 2164, 2172, 2173, 2178, 2184, 2187, 2210, 2225, 2232, 2233, 2234, 2240, 2243, 2245, 2924 c.c. e 98 disp att. c.c. Come si è fatto notare, "il richiamo notevolmente aumentato di questi rinvii agli usi che il Codice del 1942 presenta rispetto al precedente deriva non solo dall'aver fuso in esso i due precedenti Codice Civile e di Commercio, ma anche dall'aver reso in molti casi specifico quel rinvio generico agli usi mercantili, che era contenuto nell'art. 1 C. Comm. del 1882". Cfr. voce Franceschelli, R.: *Consuetudine (diritto moderno)*, cit., p. 325.

10 Le Camere di Commercio presenti in Italia, all'esito degli ultimi accorpamenti deliberati con d.lgs. 25 novembre 2016 n. 219 e con D.M.S.E. 16 febbraio 2018, vengono ad essere numericamente ridimensionate. Dalla consultazione dettagliata dei relativi siti istituzionali emerge che non poche Camere mettono a disposizione una Raccolta di usi *on line*, mentre alcune rimandano alla consultazione *brevi manu* del documento cartaceo; in non pochi casi, la pubblicazione non può ritenersi aggiornata, risalendo addirittura agli anni '80; raramente agli accorpamenti le CCIA hanno fatto seguire una rielaborazione unitaria delle opere di compendio del diritto usuale proprio dei vari territori interessati.

11 L'idea del *tacitus consensus* sulle norme usuali da parte dell'Autorità costituita è stata oggetto di numerose adesioni. Va ricordato, tra tutti, il pensiero di Puchta, G.F.: *Vorlesungen über das heutige römische*

paradosso, da un consenso tanto forte tra i consociati quanto grande è la loro scarsa conoscenza tra gli operatori del diritto, spesso ignari dell'esistenza di regole usuali, ma non di meno perfettamente adeguate a risolvere il caso concreto. Per un singolare paradosso, cioè, la diffusa *opinio iuris* circa la normatività dell'uso tra i consociati fa stranamente coppia con una altrettanto estesa, e in parte superficiale, *ignorantia iuris* circa la sua esistenza tra gli interpreti.

Tale figura "minore" tra le fonti del diritto potrebbe, tuttavia, incarnare assai spesso la regola più adeguata al caso che si pone all'operatore giuridico, ben attuando quegli interessi preminenti che innervano l'assiologia ordinamentale. Questa, infatti, si presta a trovare concretizzazione in ogni insieme di regole che vi rispondano, senza alcuna distinzione fondata su una rigida gerarchia delle fonti, la quale mai può fare a meno di essere intesa ed integrata avuto riguardo alla fondamentale gerarchia dei valori[12].

Al diritto civile consuetudinario[13], come eminente espressione di cultura, si intende, dunque, sul piano generale, dare spazio nelle riflessioni che seguiranno, consapevoli del fatto che, in un'epoca "liquida" come quella che viviamo, esso può tanto insegnare in ogni senso: l'importanza della *consapevolezza generale* sulla doverosità delle regole, che spesso latita in una società sempre più ricca di opinioni non condivise[14]; il valore essenziale della *costanza* dei comportamenti tenuti e della

Recht, Auflage, Leipzig, 1862, p. 25, secondo il quale, contrariamente all'opinione dominante, il diritto consuetudinario non potrebbe provenire "dai sottoposti", mentre secondo Maurenbrecher, R.: *Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts*, Weber, Bonn, 1834, p. 8, tutto il diritto non scritto è quello scaturente da popolo, in contrapposizione con quello riconducibile ad un atto del sovrano. L'Autore vi inserisce: *a*) le tradizioni; *b*) la produzione dei giuristi; *c*) l'autonomia privata.

12 Cfr. Perlingieri, P.: "Il principio di legalità nel diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 195: "la gerarchia delle norme cede, in ragione del principio di legalità, dinanzi alla gerarchia assiologica. Se, ad esempio, un regolamento governativo garantisce la tu tela della persona in misura maggiore rispetto ad una legge statale o regionale (gerarchicamente sovraordinate), è comunque il primo a dover trovare applicazione. In tale ipotesi, il criterio della gerarchia delle fonti imporrebbe la prevalenza della disposizione legislativa; il ricorso al differente criterio della gerarchia dei valori – imposto dalla primazia della Costituzione – rivelerebbe, invece, un *favor* per le norme del regolamento". Si puntualizza che, in questa seconda ipotesi, trova applicazione la disciplina regolamentare in combinato disposto con il principio costituzionale di riferimento del quale è attuazione, "senza che possa addursi la violazione del criterio di gerarchia tra le norme". Sulla gerarchia dei valori, v. anche Id., "Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente", *ivi*, 2005, p. 188 ss.; Id., "Il futuro «ius civile» ed il ruolo della dottrina", in P. Cendon (a cura di), *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, II, *La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 861 ss.

13 Secondo Gitti, G.: "Le clausole d'uso come fonti del diritto", cit., p. 120, sarebbe evidente una "riluttanza con la quale una parte rilevante della comunità scientifica dei giuristi italiani affronti la questione del ruolo della consuetudine e degli usi nel nostro ordinamento. O meglio, per essere più precisi, si potrebbe anche dire che è proprio la fretta (…) con la quel i civilisti considerano risolta la questione, attraverso il rassicurante richiamo della legge agli usi, a far sospettare che questa, al contrario, non può affatto considerarsi risolta".

14 Si comprende la sostanza del pensiero autorevole — di là dal necessario temperamento legato alla preminenza di valori fondamentali nel sistema costituzionale vigente — di Romano, S.: Consuetudine, in Id. (a cura di) *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 43: "una savia legislazione deve tenere il massimo conto delle consuetudini, accogliendole o avvicinandosi ad esse quanto più è possibile"; "*ius scriptum*" e "*ius non scriptum*" dovrebbero "tendere ad adeguarsi e coincidere".

sua intrinseca impegnatività, in un contesto collettivo nel quale spesso si rifugge da responsabilità nei rapporti e da stabilità nei legami personali e sociali[15].

Si spera, in tal modo, di poter rendere omaggio al Maestro che celebriamo in queste pagine, il quale, spaziando con sapienza sull'intero diritto civile, e possiamo ben dire anche oltre i suoi confini, ha saputo indicare la strada del metodo già a partire dal sistema delle fonti, che significativamente apre quel suo Trattato destinato a rimanere intramontabile punto di riferimento per il giurista di ogni tempo e latitudine[16].

15 I vantaggi dello *ius non scriptum* sono, peraltro, ben sintetizzati, con tecnica espositiva inversa, da Brandimonte, M.A.: "Quando il silenzio è d'oro", in R. Caterina (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, Esi, Napoli, 2009, p. 35 s.: "verbalizzare sistematicamente le regole subordinate potrebbe avere diverse conseguenze negative, per le seguenti ragioni: 1. Il carico di memoria sarebbe troppo alto, vi sarebbero troppe regole specifiche da ricordare; 2. Si darebbe per scontato che se una regola non è esplicitata, allora non esiste; 3. (…) la verbalizzazione può portare ad una distorsione del contenuto di una regola, per una fondamentale inadeguatezza del linguaggio; 4. La norma, diventando formale, porterebbe ad un allentamento del controllo sociale, per effetto di una sorta di deresponsabilizzazione". Insomma, osserva severamente ancora Caterina, R.: "La dimensione tacita del diritto", *ivi*, p. 10 s.: "si può pensare che lo sforzo di verbalizzazione è *dannoso*, perché, almeno in certi campi, la conoscenza esplicita è d'impaccio, e peggiora la *performance* in cui i soggetti sono guidati in modo più sicuro ed efficace dalla conoscenza tacita", onde è probabile che "il diritto ufficiale si comporti, spesso, come il proverbiale elefante nella cristalleria, distruggendo i meccanismi informali di controllo sociale senza saperli rimpiazzare". La conferma arriva dal diritto africano e dal diritto germanico medievale, nei quali "la traduzione della norma consuetudinaria in formule linguistiche chiare e precise prelude alla loro sclerotizzazione e quindi al loro deperimento" [Sacco, R.: *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita e valori condivisi*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 196; osserva Francavilla, D.: "Diritto e conoscenza non linguistica. Osservazioni su origine, trasmissione e diffusione delle regole", in R. Caterina (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, cit., p. 66, che "non riconoscere l'importanza delle regole non verbalizzate significherebbe una quasi completa impossibilità di avvicinarsi, ad esempio, ai diritti indigeni africani e un sostanziale fraintendimento dei caratteri di alcuni diritti a base religiosa, come quello indù"]. Graziadei, M.: "La legge, la consuetudine, il diritto tacito, le circostanze", in R. Caterina (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, cit., p. 51 ss. non omette, infine, di rilevare che "si ama enumerare i numerosi pregi che la legge presenta come tecnica di governo rispetto alla consuetudine", lasciando emergere come quest'ultima metta "a repentaglio alcuni valori fondamentali (…) quali la conoscibilità del diritto" e il "principio di uguaglianza"; ma "più raramente si illustra come il contatto tra gli ordinamenti giuridici in cui la legge dello Stato occupa un posto d'onore, e gli ordinamenti a base consuetudinaria, abbia implicato violenza e sopraffazione". In ogni caso, se è vero che l'interpretazione svela il "non detto" dello *ius scriptum*, ci si rende conto che esso è parte ineliminabile di ogni forma di linguaggio giuridico. Solamente, accade che, "quando si parla di attuazione della norma, si incontrano problemi che la consuetudine risolve in sede di creazione" della stessa (Id., "La legge, la consuetudine, il diritto tacito, le circostanze", cit., p. 55). In definitiva, "testi e consuetudini possono essere considerati come modi diversi di trasmettere e diffondere regole" (Francavilla, D.: "Diritto e conoscenza non linguistica. Osservazioni su origine, trasmissione e diffusione delle regole", cit., p. 74). Si tratta di un fatto di trasmissione, e semmai di gerarchizzazione, di una realtà normativa che, in fondo, rimane unitaria, onde, come si vedrà, rimane un poco approssimativo affermare che gli usi sono sempre fonti terziarie del diritto. Ben potendo attuare valori preminenti, così divenendo *principi fondamentali trasmessi per via consuetudinaria*, alcuni di essi possono essere "attratti", per dir così, addirittura nell'orbita delle fonti costituzionali, nella misura in cui ne rappresentino efficace attuazione, non meno di quanto avviene, appunto, per i principi generali del sistema giuridico, che certo non possono rappresentare oggi, *ex* art. 12 disp. prel. c.c., sempre e comunque l'ultimo gradino della scala ordinamentale. V., sull'art. 12 delle preleggi e sulla gerarchia dei valori, ancora, Perlingieri, P.: "Il principio di legalità nel diritto civile", cit., p. 195 ss.; Id., "L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.

16 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, Milano, 2002; ma, *ex multis*, v. anche Id., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici, vol. I, Teoria generale e fonti. Persone e famiglia. Garanzie e diritti reali*, Giuffrè, Milano, 2002. *Ivi* si legge Id., "Ex facto oritur ius", p. 189 ss., già *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 797 ss., ove si insegna che "l'effettività è il momento essenziale della giuridicità in quanto le norme che sono effettivamente applicate possono dirsi ordinatrici di rapporti sociali, mentre le norme generalmente disapplicate non regolano i rapporti sociali e possono quindi avere solo l'apparenza di norme giuridiche". Ed ancora: "il diritto effettivo (…) deve (…) essere colto nel *fatto obiettivo* che la norma viene socialmente accettata come norma giuridica secondo determinati significati e contenuti, cioè nel fatto della sua reale operatività. *L'accettazione sociale della norma è il fatto dal quale scaturisce il diritto"*. Cfr. anche Id., "*Il principio*

II. I CONTROVERSI CARATTERI DISTINTIVI DELLE NORME CONSUETUDINARIE NEL SISTEMA ITALO-EUROPEO DELLE FONTI. NECESSITÀ DI UN ATTENTO APPROFONDIMENTO CRITICO.

Si usa, più o meno tralatiziamente, riferire che i caratteri distintivi dell'uso c.d. normativo sarebbero l'*usus*, ovvero la pratica uniforme, osservata per un certo tempo da una schiera di consociati e l'*opinio iuris ac necessitatis*, cioè la convinzione per cui detta pratica corrisponda a diritto, sia cioè giuridicamente doverosa[17].

di effettività come fondamento della norma di diritto positivo", in AA.VV.: Estudios de derecho civil en honor de J. Castan Tobénas, II, Pamplona, 1969, p. 61 ss., ove il Maestro individua la realtà sociale della norma giuridica nel suo essere *effettivamente* regolatrice dei rapporti dei consociati.

17 Si insiste, con grande varietà di argomenti, a proporre poi la nota differenziazione tra usi c.d. normativi e usi c.d. negoziali, osservando soprattutto che, mentre l'uso normativo ha valore di fonte del diritto (art. 8 disp. prel c.c.), eventualmente integrativa del regolamento contrattuale (art. 1374 c.c., sul quale si rimanda alle considerazioni di Grondona, M.: *Diritto dispositivo contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2012), quello negoziale altro non sarebbe che una clausola contrattuale implicitamente voluta, o non disvoluta, dalle parti, onde la sua natura corrisponderebbe al nome (art. 1340 c.c.). Cfr. Pizzorusso, A. *Fonti del diritto*, cit., p. 652; Asquini, A.: "Usi legali", cit., p. 71; Pavone La Rosa, A.: "Consuetudine (usi normativi e usi negoziali)", cit., p. 513 ss.; Cicconetti, S.M.: *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 421. Non si palesano, in questa, decisamente imperante, ottica difficoltà particolari ad individuare le conseguenze concrete legate alla *distinctio*, tra le quali: *a*) l'uso normativo obbliga le parti a prescindere dalla conoscenza che esse ne abbiano, quello negoziale non trova applicazione ove risulti che queste non lo abbiano conosciuto, o non lo abbiano voluto; *b*) l'uso normativo di regola non può derogare alle norme dispositive, quello negoziale potrebbe; *c*) l'uso normativo deve essere applicato d'ufficio dal giudice, quello negoziale deve essere provato dalla parte interessata (art. 2697 c.c.); *d*) la violazione o falsa applicazione dell'uso normativo integra un motivo di ricorso in Cassazione *ex* art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione o falsa applicazione dell'uso negoziale sarebbe *quaestio facti*, insindacabile in sede di legittimità; *e*) l'uso normativo si imporrebbe comunque alle parti professionista e consumatore, anche se vessatorio, quello negoziale dovrebbe essere oggetto di specifica trattativa, o, tra soggetti non asimmetrici (*i.e.*: tra professionisti o tra consumatori), se la relativa clausola è espressamente sottoscritta (per una sintesi di tali questioni, su ognuna delle quali si potrebbero effettuare considerazioni critiche e distinguo, Pizzorusso, A.: *Fonti del diritto*, cit., p. 652; Guarneri, A.: "Gli usi e il sistema delle fonti del diritto civile", cit., p. 26 ss.; Pettinari, C.: "Commento agli artt. 8 e 9 Disposizioni sulla legge in generale", cit., p. 177 ss.).
Maggiori difficoltà emergono, invece, là dove si debba individuare la differenza ontologica tra le due figure, il più delle volte riconnessa alla "generalità", ritenuta estranea all'uso negoziale e viceversa presente nell'uso normativo, o, ancor più, all'elemento soggettivo dell'*opinio iuris ac necessitatis* (La Lumia, I.: *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1940, p. 62 ss.; Asquini, A.: "Usi legali e usi negoziali", cit., p. 74), caratterizzante il secondo, ma non il primo. In realtà, entrambe le concezioni appaiono in buona misura preconcette. Lo è la prima, non perché l'uso identificato nella prassi come normativo, in effetti, non abbia, in genere, vocazione più generale rispetto a quello c.d. negoziale, evidentemente legato ad una data tipologia di relazioni contrattuali, ma perché, anche ciò posto, non è certo l'estensione quantitativa dell'ambito soggettivo di riferimento di una regola a poterne mutare la natura: è evidente che alcune regole si riferiscono a limitati ambiti sociali, professionali, familiari, e nondimeno sono regole, *rectius* norme in senso stretto. Ciò a tacer del fatto che, come autorevolmente da tempo evidenziato, la stessa autonomia privata, in forza del principio di sussidiarietà, è, nel suo contesto di riferimento, fonte di normazione (tra i numerosi scritti, per una recente sintesi, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, Esi, Napoli, 2020, p. 29 ss.). Anche il secondo criterio distintivo proposto non risulta in assoluto persuasivo, né in alcun modo decisivo. Di là dalla difficolta concreta di dare prova dell'*opinio* (Sicchiero, G.: "Gli usi legali non esistono più: cronaca di una morte certificata", cit., p. 1269 osserva come, se è *probatio diabolica* quella relativa alla *opinio* che caratterizzerebbe l'*usus* normativo, non meno complessa, se non impossibile, è quella contraria rispetto alla ricorrenza di tale aspetto psicologico), spesso in sé stessa insita nella costanza con la quale un dato comportamento è tenuto in un dato contesto sociale, in effetti nella legge non si rintraccia alcun elemento dal quale inferire che il concetto di "uso" necessiti di una simile caratterizzazione psicologica, quasi fosse una legge tacita. Al contrario, la forza normativa dell'uso poggia sempre sull'art. 8 disp. prel. c.c., come chiarito, anche quando c.d. *praeter legem*, onde, in definitiva, pure in tal senso esso è sempre *secundum legem*, benchè non espressamente richiamato nella sua specificità. Ancor più profondamente, l'uso o radica la sua normatività e legittimazione sui principi fondamentali del sistema ordinamentale, dei quali deve essere attuativo (v. le considerazioni di sistema di Perlingieri, P.: "Il principio di legalità nel diritto civile", cit., p. 195; Id., "Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente", cit., p. 188 ss.; Id., "Il futuro «ius civile» ed il ruolo della dottrina", cit., p. 861 ss.), oppure, decisamente, sul piano giuridico, esso non è. Quanto si sta tentando di offrire

Entrambe le affermazioni, ovvero i supposti caratteri indefettibili dell'uso con valore di norma giuridica aprono, tuttavia, a perplessità importanti.

In merito all'*usus*, è lecito (quantomeno) chiedersi:

a) se la pratica mantenga la sua necessaria "uniformità", là dove alcuni tra i consociati di riferimento non vi si attengano: dove risiede, cioè, il limite, in certo qual modo evanescente, tra violazione della consuetudine e affermarsi di una desuetudine?

b) quali e quanti sono i consociati da considerare come "produttori sufficienti" di una data consuetudine?

c) quali e quanti sono i consociati ai quali la supposta consuetudine andrebbe applicata, anche se essi non la praticano "spontaneamente"?

d) quanto tempo è necessario perché una data pratica possa assurgere al rango di uso normativo? Decenni? Anni? Mesi? O forse anche meno[18]?

In riferimento all'*opinio iuris ac necessitatis*, non si può fare a meno di domandarsi:

a) potrebbe, a ben riflettere, la consuetudine ridursi ad essa sola, cioè alla sola coscienza collettiva della sua cogenza, rivestendo l'atteggiamento di rispetto esteriore (*usus* appunto) il mero ruolo di prova della stessa?

b) potrebbe, se necessario un elemento latamente "spirituale" della consuetudine, essere questo non intellettivo (*opinio*), ma volitivo (*voluntas*), tanto da qualificare la consuetudine come una sorta di atto di normazione per volontà popolare, quasi quest'ultima agisse quale "organo dello Stato"?

---

come spunto di riflessione non pretende, in appena poche pagine, di rielaborare una teoria del diritto consuetudinario che vanta solide e nutrite elaborazioni dottrinali, lungamente stratificatasi nei secoli. Si vuol soltanto, con la confortante compagnia di autorevolissima dottrina (Betti, E.: *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 297 ss.; Mossa, L.: *Trattato del nuovo diritto commerciale*, I, Sel, Milano, 1942, p. 122; più di recente, critico verso le tradizionali categorizzazioni di usi normativi, negoziali e interpretativi, Gitti, G.: "Le clausole d'uso come fonti del diritto", cit., p. 120 ss.), aprire un orizzonte di ricerca, sicuramente destinato a sollecitare più approfondite trattazioni, che tenga conto di alcune fragilità, a nostro avviso evidentissime, delle più radicate ricostruzioni che si registrano in materia. Allo stato attuale delle nostre riflessioni, appaiono manifeste solo due acquisizioni sul punto in oggetto: *a*) che i criteri discretivi proposti tra usi negoziali e normativi non sembrano resistere a qualche critica ben proposta; *b*) che gli elementi costitutivi *senza dubbio* caratterizzanti il diritto consuetudinario sembrano essere *ictu oculi* solamente due, ovvero la costanza di un dato comportamento nel tempo e la sua attuatività rispetto a principi e valori ordinamentali che ne rappresentano la radice normativa. Su tutto il resto, è, quantomeno, lecito nutrire qualche perplessità ed auspicare una profonda riflessione, non aprioristicamente condizionata da ricostruzioni la cui validità merita senza dubbio di essere vagliata con attenzione.

18 Sacco, R: "Il diritto non scritto", cit., p. 34 ricorda che "l'antropologo ci dice di aver scoperto — dapprima con stupore — che la consuetudine è essenzialmente mutevole, che sa cambiare con rapidità vertiginosa. In Africa la formazione delle nuove bidonvilles ai margini delle grandi città ha significato la formazione istantanea di consuetudini, praticate da soggetti provenienti da etnie diverse e punti diversi della boscaglia, indotti ad abbandonare costumi che, nelle nuove condizioni di vita, non avevano senso".

c) potrebbe, radicalmente, depennarsi l'*opinio iuris* dagli elementi costitutivi della consuetudine[19], non riposando essa su alcun riscontro normativo scritto e scontando forti difficoltà in punto di prova?

d) l'essere l'uso recettivo di un rinvio di fonte superiore (c.d. *secundum legem*) o meno, influisce sulla necessità (o meno) dell'*opinio iuris*? Ovvero: se è la legge a rinviare all'uso, esso è tale per la *sola pratica consolidata* che lo caratterizza e, in definitiva, decisamente lo sostanzia?

e) viceversa, il rinvio legale ad un uso sarebbe sufficiente a renderlo normativo, ove i consociati siano animati dalla chiara convinzione di poter agire in libertà e di non ottemperarlo[20]?

f) qual è la linea di confine tra coscienza della doverosità morale che, ad esempio, anima un'obbligazione naturale e coscienza della doverosità giuridica che dovrebbe, tradizionalmente, fondare una consuetudine?

I quesiti potrebbero continuare a dismisura, ove dal problema definitorio ci si spostasse a quello disciplinare, o dei rapporti tra fonti, stimolando anche considerazioni di impronta filosofica.

Quel che, in questa sede, ci sembra interessante è, tuttavia, non tanto fornire frettolose risposte, quanto formulare (o almeno riformulare ed ordinare), se ci si riesce, le più radicali domande.

III. DIRITTO CONSUETUDINARIO E RAPPORTI DI DIRITTO CIVILE. UN PRIMO SGUARDO D'INSIEME.

Un'analisi, anche distratta, informa il giurista, come già premesso, che il diritto civile è colmo di regole consuetudinarie.

Basti concedere un poco di spazio espositivo ai soli rinvii agli usi contenuti all'interno del codice civile.

Va solamente anteposto un aspetto ancora preliminare all'indagine. Un gran numero di tali rinvii viene recepito dalle Raccolte locali custodite presso le Camere di Commercio, industria e artigianato italiane. Notoriamente, tuttavia, il diritto civile consuetudinario trascende i contenuti delle Raccolte ufficiali, aventi mero valore probatorio (art. 9 disp. prel. c.c.) e ben potrebbe darsi prova dell'esistenza di usi ulteriori rispetto a quelli ivi recepiti, così come è ben possibile fornire la

19 È la nota posizione di Bobbio, N.: *La consuetudine*, cit., p. 49 ss.

20 Entrambe le domande sono sottese al ragionamento condotto da Sacco, R: "Il diritto non scritto", cit., p. 31, ove si cita esemplificativamente l'art. 770, comma 2, c.c.

dimostrazione dell'inesistenza di consuetudini viceversa trascritte nelle Raccolte medesime. Si accennerà pertanto: *a*) agli usi presenti in dette Raccolte, rispetto ai quali, come sembra ben evidente, il lavoro di monitoraggio è già decisamente ampio e complesso; *b*) agli usi c.d. *praeter legem*[21], le cui difficoltà probatorie, se non già recepiti e verbalizzati, è ampiamente attestata.

21 Come si insegna tradizionalmente, con l'espressione "usi *preater legem*" ci si riferisce a consuetudini che disciplinerebbero materie non regolate da leggi o da regolamenti (lo ricorda, ma con atteggiamento giustamente riflessivo, Perlingieri, P.: *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2021, p. 38 ss.). La categoria è, notoriamente, al centro di un dibattito mai sopito, avente ad oggetto in radice la sua ammissibilità all'interno del sistema giuridico, dibattito che deve brevemente essere sintetizzato in questa sede. L'opinione contraria all'ammissibilità degli usi *praeter legem* si fonda essenzialmente su due argomenti, il primo dei quali è costituito dall'utilizzo della parola "materie" all'interno dell'art. 8, comma 1, disp. prel. c.c.: si afferma, infatti, che, non esistendo settori del tutto privi di normazione da parte di fonti-atto — secondo altra diversa, autorevole impostazione, che verrà più avanti ripresa, se non una legge o un regolamento, quantomeno un principio generale dell'ordinamento è sempre applicabile ad un caso concreto (Perlingieri, P.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 38 ss.) — nemmeno potrebbero concepirsi usi che disciplinino tali settori. Si argomenta inoltre traendo spunto dall'art. 12 disp. prel. c.c., che non fa alcun riferimento alla consuetudine ed anzi afferma: se "una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" (sintesi in Pettinari C.: "Commento agli artt. 8 e 9 Disposizioni sulla legge in generale", cit., p. 175 s.).
Di là dalla discutibile persistente efficacia normativa della richiamata disposizione preliminare (Perlingieri, P.: "L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. cod. civ. e la nuova scuola dell'esegesi", cit., p. 990 ss.), si è osservato, da un lato, che l'inciso dell'art. 8 citato non esclude, bensì postula *a contrario*, l'esistenza di "materie non regolate", essendo tecnicamente "regolate" solamente quelle disciplinate da fonti primarie o secondarie (ma ciò non sempre avviene); dall'altro, che il ricorso all'analogia (*legis* e *iuris*) previsto dall'art. 12 disp. prel. c.c. "può aver luogo non solo quando non vi siano disposizioni, cioè non vi siano fonti atto (condizione necessaria), ma anche quando manchino norme, che possono essere prodotte dalla fonte-fatto costituita dalla consuetudine (condizione sufficiente). In quest'ottica, è dunque evidente che la mancanza di una fonte-atto costituisce, per l'art. 12 delle c.d. Preleggi, una condizione necessaria ma non sufficiente perché si ricorra all'analogia e, perciò, non costituisce un argomento decisivo nel senso dell'inammissibilità delle consuetudini *praeter legem* (…)" (Pettinari, C: "Commento agli artt. 8 e 9 Disposizioni sulla legge in generale", cit., p. 176; in argomento, Paladin, L.: *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 393 ss.).
Il dibattito appena sintetizzato risente, si deve ritenere, di una certa ambiguità di fondo relativa alle sue premesse teoriche, almeno sotto due profili. Anzitutto, non appare pensabile che vi siano materie non regolate neanche da un principio generale dell'ordinamento; vero è, però, nondimeno, che l'art. 8 delle preleggi si riferisce (e non a caso) alle materie *non regolate, in particolare, da leggi o da regolamenti*. Infatti, l'uso dovrebbe incunearsi tra le fonti del diritto, secondo quanto emerge nitidamente dal complesso sistema delle fonti, quando esso è espressamente richiamato da una fonte primaria o secondaria, ovvero quando, e solamente quando, una data materia non è regolata, ossia, etimologicamente, quando *manchi la regola*, non già il principio. D'altronde, l'utilità dell'uso — potremmo dire: un suo tratto quasi genetico — è il più delle volte connessa alla sua estrema capacità di regolare con immediatezza e notevole grado di specificità quel dato caso concreto, onde la difficoltà di coordinamento si pone solamente tra esso e quelle fonti che normalmente fanno altrettanto, cioè le leggi e i regolamenti, non già con i principi, che, viceversa, naturalmente sono chiamati a coordinarsi con norme di maggior dettaglio (leggi, regolamenti o, appunto, usi). In secondo luogo, l'art. 8, qui oggetto di analisi, riguarda solamente gli usi che si innestino, per dir così, in materie già regolate da fonti primarie o secondarie (usi c.d. *secundum legem*): esso nulla dice, e nulla dunque vieta, in relazione ad usi che pretendano di regolamentare *in toto*, salvi i principi generali, una data problematica.
L'ammissibilità astratta degli usi c.d. *praeter legem* è pertanto fatta salva, com'è confermato anche dalla giurisprudenza di legittimità, la quale, a fronte di opinioni dottrinali così frastagliate, li ammette pacificamente (*ex multis*, Cass., 15 settembre 1997, n. 9190, *Giust. civ. mass.*, 1997, p. 1725, sullo *ius sepulchri*; Cass., 15 novembre 1995, n. 11834, *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, p. 780 e Cass., 18 luglio 1997, n. 6625, *Giust. civ. mass.*, 1997, p. 1239, riguardanti i c.d. ordini di borsa). Ciò a voler adottare, per mera scelta espositiva, le denominazioni che hanno sempre accompagnato gli studi in materia, con la piena consapevolezza che "le consuetudini, piuttosto che *praeter legem* (può mancare la legge, non la Costituzione), sono soltanto *secundum legem*: è fonte del diritto la consuetudine che — presenti o assenti fonti primarie e secondarie — superi il giudizio di conformità a Costituzione" (Perlingieri, P.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 38 ss.).

Nel *diritto delle persone* e *di famiglia*, una prima norma rinviante alla fonte consuetudinaria è l'art. 11 c.c., a mente del quale "le province e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico", mentre decisamente *praeter legem*, in senso tradizionale, sarebbero eventualmente le regole di liquidazione del danno alla persona rinvenibili nelle Tabelle in uso presso il Tribunale di Milano[22] e quelle che imporrebbero l'applicazione di determinate linee guida scientifiche per l'accertamento della filiazione biologica[23].

Ancora nel *diritto di famiglia*, benchè il codice civile faccia riferimento agli usi in altre due occasioni[24], il contesto più interessato da norme consuetudinarie è

22 Sulle quali si potrà rinviare a Virgadamo, P.: "Diritto di famiglia e delle persone consuetudinario", *Dir. fam. pers*., 2020, spec. p. 1638 ss.

23 Virgadamo, P: "Diritto di famiglia e delle persone consuetudinario", cit., spec. p. 1641 ss.

24 Una prima norma di sicuro interesse che, nel Libro del codice civile dedicato alla famiglia, fa cenno al diritto consuetudinario, sia pur per escluderne l'applicazione, è l'art. 161, ove si legge che "gli sposi non possono pattuire in modo generico che i loro rapporti patrimoniali siano in tutto o in parte regolati da leggi alle quali non sono sottoposti o dagli usi, ma devono enunciare in modo concreto il contenuto dei patti con i quali intendono regolare questi loro rapporti" [per un commento, v. Oberto, G.: "Commento all'art. 161 c.c.", in *Commentario al codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, Utet, Torino, 2010, I, p. 995 ss.; Paladini, M.: "La comunione convenzionale", in S. Patti e M.G. Cubeddu (a cura di), *Diritto della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 291 ss.; Pittalis, M.: "Modifiche convenzionali alla comunione dei beni", in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, a cura di F. Anelli e M. Sesta, Giuffrè, Milano, 2012, p. 526]. Come si è osservato, si tratta, in riferimento agli usi, "evidentemente di un'esigenza di chiarezza che il c.c. del 1942 ha recepito dal cod. 1865 e questo dal *Code Napoleon* che intendeva perseguire un'esigenza di certezza giuridica di fronte all'incertezza delle *coutumes* dell'*anciene Régime*". Cfr. Figone, A.: "Il regime patrimoniale della famiglia", in M.R. Spallarossa (a cura di), *Famiglia e servizi*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 185. Bourjon, F.: *Le droit commun de la France, et la coutume de Paris*, I, Paris, 1770, p. 506: "La coutume connoissant le cœur de l'homme, a prudemment resserré les nœuds du mariage par ceux de l'intérêt, en établissant une communauté de certains biens entre les conjoints par mariage; mais elle ne leur a pas prohibé de déroger à cet établissement, ou de le modifier à leur gré. En effet, comme les contrats de mariage sont susceptibles de toutes clauses, pourvu qu'elles ne soient contraires ni aux bonnes mœurs, ni aux loix prohibitives et négatives, les conjoints peuvent soumettre la régie de leur communauté à une certaine coutume (...) ainsi le contrat de mariage contenant que la communauté sera régie par une certaine coutume, la disposition de cette coutume prévaut sur celle de la situation des conquôts, ainsi que sur celle du domicile". Il brano contribuisce a spiegare per quale motivo il Code Napoléon stabilì (art. 1390) che "les époux ne peuvent plus stipuler d'une manière générale que leur association sera réglée par l'une des coutumes, loi ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français, et qui sont abrogées par le présent Code", temendo che i cittadini optassero in massa per quei regimi del diritto consuetudinario da cui essi erano stati, in vaste zone del paese, sino ad allora governati (per questa considerazione v. Sacco, R.: "Del regime patrimoniale della famiglia", in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, III, Cedam, Padova, 1992, p. 20), così dando luogo alla disposizione antesignana del nostro art. 161 c.c. Interessante disamina storica è effettuata da Oberto, G.: "I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali", *Dir. fam. pers*., 2003, p. 535 ss. È in realtà evidente, in quest'ambito, l'atteggiamento di vera e propria sfiducia del legislatore codicistico nei confronti del diritto consuetudinario, visto come sconosciuto o difficile da conoscere, non a caso accomunato alla legge straniera (Balossini, E.: *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, cit., p. 704). La palese chiusura legislativa sembra suffragata da quell'opinione dottrinale secondo la quale gli usi cui allude l'art. 161 c.c. non sarebbero solamente quelli normativi, ma anche quelli negoziali (Balossini, E.: *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, cit., p. 169): insomma, ogni espressione giuridica consuetudinaria sarebbe, se non mutata in specifica norma convenzionale, bandita dalla regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Viene allora imposta la verbalizzazione dell'uso, ovvero la sua puntuale esplicitazione, in tal modo mutando la natura della norma da consuetudinaria a negoziale. Conseguenza né è, ad esempio, che se l'uso cambiasse, o andasse incontro a desuetudine, ciò non avrebbe alcuna conseguenza sul contenuto della convenzione matrimoniale, trattandosi di un rinvio recettizio [Gorini, M.: "Commento all'art. 161 c.c.", in G. Bonilini e M. Confortini (a cura di), *Codice ipertestuale della famiglia*, Utet, Torino, 2010; Culot, D.: *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 17]. Dall'art. 161 c.c. possono ricavarsi, rispetto ai nostri fini, due considerazioni: *a*) un uso potrebbe, di fatto, ancora disciplinare il regime patrimoniale della famiglia, in quanto espressamente richiamato dalla convenzione matrimoniale; *b*) non può astrattamente

tradizionalmente riservato alle comunioni tacite familiari. Ciò è tanto vero che praticamente tutte le Raccolte locali prevedono, come indicato dalle linee guida comuni, la relativa voce, anche semplicemente per informare, al negativo, che non si rinvengono usi in materia. Si tratta di regole usuali, in senso stretto, *secundum legem*, recependosi il rinvio esplicitamente formulato dall'art. 230 *bis*, comma 6, c.c., ai sensi del quale "le comunioni tacite familiari nell'esercizio dell'agricoltura sono regolate dagli usi che non contrastino con le precedenti norme".

Nel diritto (oltre che di famiglia) delle successioni, particolarissima, poi, è la figura del Maso Chiuso, invero generalmente ricordato, più che per altro, in ragione delle anomalie che ad esso sono legate nel contesto operativo delle regole successorie[25]. La figura, ricca di suggestione culturale, va qui richiamata poiché la legge dalla quale risulta disciplinata (l. prov. Bolzano 28 novembre 2001, n. 17), prevede all'art. 34 un rinvio agli usi in riferimento al diritto del coniuge non assuntore, "vita natural durante a un adeguato mantenimento secondo le condizioni di vita locali e la capacità produttiva del maso chiuso"; si specifica infatti che "il diritto è regolato, in particolare, dagli usi vigenti". Con norma di chiusura, poi, l'art. 50 *bis* l. n. 17 del

escludersi che un uso disciplini il regime patrimoniale della famiglia, al di fuori di ogni accordo tra coniugi, ovvero in riferimento ad una comunione non convenzionale, ma legale, se non confliggente con la disciplina legislativa, cioè operando, come si suole poco precisamente dire, *praeter legem*. L'analisi delle Raccolte locali non lascia, peraltro, emergere l'esistenza di usi generali nella materia, ampiamente dettagliata dalle fonti primarie, del regime patrimoniale della famiglia.
Una seconda disposizione rilevante è l'art. 365 c.c., a tenore del quale "se nel patrimonio del minore esistono aziende commerciali o agricole, si procede con le forme usate nel commercio o nell'economia agraria alla formazione dell'inventario dell'azienda, con l'assistenza e l'intervento delle persone indicate nell'articolo 363. Questi particolari inventari sono pure depositati presso il tribunale e il loro riepilogo è riportato nell'inventario generale" (in argomento, Savorani, G.: "Commento all'art. 365 c.c.", in *Commentario al codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, artt. 343-455, a cura di L. Balestra, Utet, Torino, 2009, p. 65). Il legislatore ha imposto la redazione di un apposito inventario per il caso in cui nel patrimonio del minore si trovi un'azienda. Ciò al fine di evitare il rischio che l'inclusione di un bene così complesso nell'inventario generale possa comportare una sua catalogazione inesatta o incompleta, con conseguente danno per il minore. Si ritiene che l'inventario vada fatto separatamente per ogni singola azienda, ove nel patrimonio del minore ve ne fosse più d'una. Cfr. Dell'Oro, A.: *Della tutela dei minori*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1972, p. 155; Savorani, G.: "Commento all'art. 365 c.c.", cit., p. 65. L'inciso, che qui interessa, secondo il quale l'inventario va redatto "con le forme usate nel commercio o nell'economia agraria", rappresenta, secondo alcuni, un effettivo rinvio agli usi normativi locali o applicati in un dato settore produttivo [M. Stella Richter e V. Sgroi (a cura di), *Delle persone e della famiglia. Filiazione, Tutela degli incapaci, Alimenti, Atti dello stato civile*, in *Comm. cod. civ.*, I, II, Utet, Torino, 1967, p. 517, i quali, tuttavia, non si esprimono in modo univoco], ma non si esclude che possa alludere a (non meglio precisate) norme tecnico-giuridiche utilizzate nella pratica per la redazione degli inventari (Dell'Oro, A.: *Della tutela dei minori*, cit., p. 156). Vi è chi osserva che "il riferimento agli usi sarebbe correlato ad un'espressa previsione di legge, fermo restando l'obbligo di redigere l'inventario d'azienda mediante predisposizione del conto profitti e perdite, secondo quanto previsto dall'art. 2217 c.c. (Savorani, G.: "Commento all'art. 365 c.c.", cit., p. 65).

25 Frassoldati, C.: *Il Maso Chiuso e le associazioni agrario-forestali dell'Alto Adige nella recente legislazione della provincia di Bolzano*, Giuffrè, Milano, 1963; Pizzorusso, A.: "Illegittimità della legge statale sui fondi rustici in rapporto alla disciplina regionale del maso chiuso", *Riv. dir. agr.*, 1972, p. 255 ss.; Schwanzenberg, C.: "Maso chiuso", in *Enc. dir.*, XXV, Giuffrè, Milano, 1975, p. 703 s.; Cavalli, M.E.: "Alienazione volontaria di maso chiuso ed ingiustificata disparità tra coeredi", *Dir. fam. pers.*, 1981, p. 11 ss.; Valenza, F.: "La successione nel Maso Chiuso", in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, diretto da G. Bonilini, III, *La successione legittima*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 1129 ss.; più recentemente, Laghi, P.: "L'evoluzione della regolamentazione successoria del maso chiuso nel ragionevole contemperamento tra pluralismo sociale e valori fondamentali", *Dir. agr.*, 2018, p. 486 ss.; Scannapieco, M.B.: "Maso Chiuso: la speciale disciplina successoria", in M. Nicolini e W. Wallnöfer (a cura di), *Agricoltura e nuovi interessi*, Esi, Napoli, 2019, p. 179 ss.; Semprini, A.: *La legittima per equivalente*, Esi, Napoli, 2019, spec. 253 ss.

2001 conclude che "per tutto quanto non disciplinato nella presente legge, trovano applicazione le disposizioni della raccolta degli usi locali". I rinvii in esame vengono ancora oggi recepiti, a vario titolo, dagli artt. 30 ss. della *Raccolta provinciale degli usi di Bolzano 2017/2018*[26].

L'ipotesi esemplare di uso (impropriamente detto) *praeter legem* nell'ambito del diritto di famiglia e latamente successorio è, in ogni caso, sicuramente rappresentato dallo *ius sepulchri*[27]. Tralasciando quando altro può interessare, in senso ampio, la figura[28], osserviamo come sia proprio il sepolcro "gentilizio" che rileva in questa sede; e rileva nella misura in cui esso si considera regolato, nel lungo silenzio delle norme scritte e salva la diversa, meritevole[29] volontà del fondatore, da antichissime consuetudini, evidentemente debitorie della tradizione romana[30], in forza delle quali il familiare di quest'ultimo acquisisce *iure proprio* il diritto — forse, addirittura, della personalità — a godere di una destinazione, del bene "sepoltura", ad accogliere le sue spoglie mortali[31].

Prater legem, infine, sarebbe l'uso, di cui si discute in dottrina e in giurisprudenza, relativo alla regola di trasmissione in caso di morte delle carte, dei documenti, dei ritratti e dei ricordi di famiglia, i quali, pur nella loro eterogeneità, sono stati ricondotti dalla dottrina al *genus* dei beni familiari o speciali, che si caratterizzano per la loro inerenza alla persona e per il loro valore affettivo[32]. Secondo un (non

26 Reperibile in *https://www.handelskammer.bz.it/it/servizi/altri-servizi/raccolta-provinciale-degli-usi*.

27 Tra i diversi contributi, basti qui ricordare Perlingieri, P.: "Sul diritto ad essere inumato nella propria cappella 'familiare'", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 1056 ss.; ma già Id., "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", *ivi*, 1982, p. 72 ss.; Urciuoli, M.A.: "In tema di diritto secondario di sepolcro", *ivi*, 1985, p. 1126 ss.; Pucci, M.: "Osservazioni in tema di diritto al sepolcro", *Le Corti Umbre*, 2013, p. 818 ss.; per un quadro generale, Centofanti, N.: *I cimiteri*, Key Editore, Milano, 2007; Leo, M.: "Sepolcro familiare o parentale?", *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 494 ss.

28 Interessato negli ultimi anni da vari arresti della giurisprudenza. Giova segnalare, per la sua rilevanza, in modo particolare, Cass., sez. un., 28 giugno 2018 n. 17122, *Dejure*, sui modi di trasmissione del diritto sul sepolcro c.d. ereditario.

29 Perlingieri, P.: "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", cit., p. 434.

30 Ancora, per una sintesi efficace, v. Musolino, G.: "Il diritto di sepolcro nel sepolcro ereditario", *Riv. not.*, 2012, p. 1360 ss., ove si osserva che "la consuetudine, che disciplina il diritto al sepolcro familiare, è basata sui principi informatori della convivenza sociale e familiare alla luce dei precetti morali e religiosi, ispirati alla pietà per i defunti e al rispetto delle loro volontà. La *ratio* di tale disciplina (comune anche alle norme pubblicistiche, pur ispirate ad esigenze di natura sanitaria ed igienica) va ravvisata nell›intento di riunire in uno stesso luogo i resti mortali di quanti sono legati al fondatore da vincolo di sangue, come espressione del bisogno di perpetuare e rappresentare (presso i discendenti e verso i membri tutti della collettività) l›unità, persistente anche dopo la morte, fra i componenti della società domestica e i valori fondanti di essa".

31 Perlingieri, P.: "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", cit., p. 442 s. Sull'inserimento del diritto al sepolcro gentilizio nel novero dei diritti della personalità, v., tra le altre fonti, Cass., 21 novembre 1970, n. 2475, *Foro it.*, 1971, I, c. 117; Cass., 12 maggio 1975, n. 1834, *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 1784.

32 Zaccaria, A.: *Diritti extrapatrimoniali e successioni. Dall'unità al pluralismo nelle successioni a causa di morte*, Cedam, Padova, 1988; Tuccillo, R.: "La successione ereditaria avente ad oggetto le carte, i documenti, i ritratti e i ricordi di famiglia", *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 159 ss.; in argomento anche Zatti, P.: "Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia", in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, *Famiglia e matrimonio*, t. I, Giuffrè, Milano, 2011, p. 36; G. Grosso, G. e Burdese, A.: *Le successioni: parte generale*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Utet, Torino, 1977, p. 21 ss.; Carraro, L.: "Il diritto sui ricordi di famiglia", in *Studi in onore di Antonio Cicu*, I, Giuffrè, Milano, 1951, p. 169 ss.; ammette la deroga ai comuni principi di diritto successorio Riccio, D.: *La famiglia di fatto*, Cedam, Padova, 2007, p. 15, nt. 22. Per un

incontrastato) orientamento, i beni familiari così individuati non sarebbero soggetti alle norme comuni dettate in tema di successione ereditaria: con la morte del titolare si costituirebbe su di essi una comunione tra i familiari, indissolubile e indisponibile, alla stregua della disciplina dello *ius sepulchri* e ciò in forza dell'operare di una consuetudine "in materie strettamente legate alla disciplina legale"[33]. L'impostazione troverebbe conferma nelle norme sul diritto d'autore, che riserva solamente a taluni familiari l'assenso alla pubblicazione delle corrispondenze epistolari, delle memorie personali e dei ritratti del defunto[34].

Anche di recente[35], sulla scia di autorevole dottrina[36], si è poi ripreso un certo interesse per gli usi rilevanti nei *rapporti proprietari*, molti dei quali, invero — in un certo senso curiosamente — non richiamati, ma logicamente presupposti dalla legislazione primaria e secondaria (in chiave ricostruttiva, v. l. 6 gennaio 1931, n. 99 sulla disciplina della coltivazione, raccolta e commercio delle piante officinali; l. 30 ottobre 1940, n. 1724, sulla raccolta e vendita della camomilla; l. 9 ottobre 1942, n. 1421, sulla raccolta e vendita della digitale; l. 16 dicembre 1985, n. 752, sulla raccolta dei tartufi; l. 23 agosto 1993, n. 352, oltre a molte altre leggi regionali sulla raccolta di funghi, bacche, fiori selvatici). A ciò si aggiunge l'inveterata figura della c.d. *collatio agrorum privatorum*[37].

Richiamano gli usi, nel *diritto delle obbligazioni*, gli artt. 1181, 1182, 1183, 1187, 1269 c.c., ma può ben affermarsi che la maggioranza assoluta dei rinvii qui in oggetto, presenti nel codice civile, si rintraccia in tema di contratti: ci stiamo riferendo (mantenendoci all'interno del Libro IV, Titoli II e III) a quelli contenuti negli artt. 1326, 1327, 1333, 1336, 1374[38], 1454, 1457, 1492, 1496, 1497, 1498, 1510, 1512, 1520, 1521, 1522, 1527, 1528, 1535, 1563, 1566, 1569, 1574, 1592, 1594, 1595, 1596, 1605, 1609, 1612, 1616, 1646, 1657, 1658, 1665, 1687, 1709, 1712, 1732, 1733, 1736, 1739, 1740, 1749, 1750, 1751, 1753, 1755, 1756, 1788, 1825, 1831, 1832, 1834, 1838, 1843, 1845, 1847, 1850, 1855. Di usi c.d. *praeter legem*, peraltro, in materia contrattuale, sono piene le Raccolte locali e sono senza dubbio da indagare ancora a fondo le

inquadramento assiologico del problema, preziose sono le pagine di Perlingieri, G.: "Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia", *Dir. succ. fam*., 2018, p. 1 ss.

33 Testualmente, Lipari, N.: *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 144, che non a caso accosta l'ipotesi a quella del sepolcro familiare. V. già l'approfondito studio di Carraro, L.: *Il diritto sul documento*, Cedam, Padova, 1941.

34 Bembo, M.D.: "Carte, documenti, ritratti, ricordi di famiglia", in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, diretto da G. Bonilini, I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 779 ss.

35 Caterina, F.: "Proprietà e fonti non scritte", in G. Carapezza Figlia, G. Frezza, P. Virgadamo (a cura di): *A 50 anni dalla «Introduzione alla problematica della proprietà» di Pietro Perlingieri*, Esi, Napoli, 2021, p. 55 ss.

36 Sacco, R.: "Il diritto non scritto", cit., p. 33 ss.

37 *Ex multis*, Cass., 6 ottobre 2014, n. 20987, *Guida al dir*., 2015, 6, p. 65. Riflessioni su questa figura, in relazione al tema che ci occupa, in Sacco R.: "Il diritto non scritto", cit., p. 33 ss. La *collatio* fa sì, in estrema sintesi, e con un po' di generalizzazione, che le porzioni di suolo conferite da ciascun proprietario e utilizzate per la formazione di una strada vicinale diano luogo ad un nuovo bene.

38 Norma di decisiva importanza, che sembra fare entrare per la porta d'ingresso principale la fonte consuetudinaria nel diritto dei contratti. Cfr., *ex multis*, Sacco, R.: "Il diritto non scritto", cit., p. 15 ss.

suggestive prassi notarili, così come il sempre affascinante costrutto usuale del segreto bancario[39] e dei c.d. ordini di borsa[40]. Decisivo è il contributo della fonte usuale nell'emersione della disciplina dei contratti che, in attesa di tipizzazzione legale, assurgono (e non sempre) ad essa solo dopo la tappa intermedia della loro cristallizzazione in usi, che ne consacrano la tipicità sociale (si pensi al *leasing*, al *factoring*, al *franchising*, all'engineering, al *catering*, alla sponsorizzazione, allo *swap*).

Né mancano rinvii codicistici agli usi in *ambito agrario* e *lavoristico* (2078, 2099, 2109, 2110, 2118, 2120, 2130, 2138, 2139, 2140, 2143, 2146, 2147, 2148, 2151, 2153, 2155, 2156, 2163, 2164, 2172, 2173, 2178, 2184, 2187, 2210, 2225, 2232, 2233, 2234, 2240, 2243, 2245 c.c., nonché 98 disp. att. c.c.), il quale ambito, se latamente inteso, comprende anche le prassi in uso all'interno dei vari ordini professionali, la cui natura merita un'attenta indagine.

Povero di regole consuetudinarie sembra invece il *diritto societario* "puro", fortemente interessato com'è dalla normazione primaria, ma ciò non ha impedito ad autorevole dottrina di scorgere radici usuali nella c.d. società di fatto[41], mentre un isolato rinvio è nel *Libro VI* del codice civile, in materia di esecuzione forzata (art. 2924).

Ciò non deve tuttavia lasciar intendere che la fonte usuale, in tali ultimi ambiti, in senso lato intesi, sia del tutto recessiva, sol che si pensi, con riguardo all'impresa, alla rilevanza della discussa categoria dei c.d. usi aziendali[42]; con riferimento alla tutela dei diritti, alle prassi in uso presso i Tribunali fallimentari.

Se questo opera di "degustazione" del diritto civile consuetudinario continuasse, troverebbe molti altri riferimenti, non solo di romantica memoria, a rapporti di vecchio e nuovo conio, a dimostrazione del carattere per certi versi così primordiale di una fonte del diritto per la quale, probabilmente, il solo aggettivo "terziaria" rimane angusto, come la retorica fin troppo legalista che talvolta lo giustifica.

IV. LA NECESSITÀ DI UNA VERIFICA DEI TRATTI DISTINTIVI DELLA C.D. FONTE NORMATIVA TERZIARIA E DI UNA IMPLEMENTAZIONE DI CRITERI RAGIONEVOLI DI "MAPPATURA", PER QUANTO POSSIBILE

39 *Ex multis*, per una ricostruzione, Trib. Napoli, 7 marzo 1996, *Giur. it.*, 1996, I, 2, c. 818.

40 *Ex multis*, Cass., 18 luglio 1997, n. 6625, *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1239.

41 Ancora, Sacco R.: "Il diritto non scritto", cit., p. 33 ss.

42 Ultimamente, sui limiti connessi all'operatività della figura, v. Cass., 6 aprile 2020, n. 7698, *DeJure*. In dottrina, *ex multis*, v. l'attenta analisi di Quadri, G.: *Usi aziendali e autonomia negoziale*, Esi, Napoli, 2008. Né la natura, negoziale che sia, degli usi aziendali dovrebbe in alcun modo escluderli dal novero delle consuetudini da considerare ai nostri fini. Come chiarito nelle pagine che precedono, è proprio la *distinctio* basilare che merita di essere pensata e ripensata in chiave unitaria, e ciò vale anche per altre figure usuali di varia configurazione fin qui ricordate.

AGGIORNATA, DEGLI USI INDIVIDUATI ED INDIVIDUABILI NEL SISTEMA GIURIDICO DI RIFERIMENTO.

Proveremo a formulare qualche spunto conclusivo, ma non certo concludente.

Sembra perdurare la necessità, nonostante le non certo scarne riflessioni avviate da secoli sul tema, di individuare in modo convincente i tratti davvero caratterizzanti l'uso come fonte del diritto, superando angusti dogmatismi (uno fra tutti: la sofistica, e a tratti misteriosa, differenziazione tra uso e consuetudine); base, questa, necessaria, per poi confermare o superare una mai a pieno compresa distinzione tra usi normativi e usi negoziali, *distinctio* sulla cui tenuta è lecito porsi qualche domanda, soprattutto all'esito della consultazione di svariate Raccolte locali nelle quali essa appare tutt'altro che limpida[43].

Non meno lampante appare l'opportunità di disporre di Raccolte di usi aggiornate (il che sovente non si riscontra) ed affidabili, al fine di consentire, nei limiti umanamente esigibili, una proficua emersione di una fonte del diritto tanto rilevante quanto sommersa da un apparato legislativo notoriamente ipertrofico e, a tratti, soffocante.

Recezioni non esplicite di rinvii legislativi; presenza di disarticolati usi c.d. *praeter legem*; ridondanza di usi raccolti, ma meramente riproduttivi di fonti primarie; utilizzo forse troppo disinvolto di appendici di aggiornamento in luogo di rivisitazioni complessive delle Raccolte; riscontrabilità di refusi di vario ordine; abbondanza di usi decisamente sospetti di essere *contra legem*…sono solo alcune delle criticità che potrebbero animare la riflessione congiunta degli operatori giuridici nei prossimi anni.

Nel delineato contesto, è poi lecito chiedersi se la soppressione (D.P.R. 9 maggio 1994, n. 608, Tabella A) della Commissione permanente speciale deputata all'accertamento di usi generali (prevista dal d.lgs. C.p.S. 27 gennaio 1947, n. 152) sia stata, in effetti, una provvida decisione.

La materia è vasta e complessa, ma la sfida, crediamo, deve essere ancora a pieno raccolta.

In un orizzonte di progressiva regressione dello statalismo, tralasciare la riscoperta della giuridicità, nella sua manifestazione più naturale, come è quella consuetudinaria, significa scommettere su un diritto che, stretto nelle aride morse

43 Sia consentito rinviare a Virgadamo P.: "Gli usi 'normativi' c.d. s*ecundum legem* e i rapporti contrattuali. Consistenza (e bellezza) di un 'diritto nascosto'", in AA.VV.: *Studi in onore di Massimo Paradiso*, in corso di pubblicazione.

delle sole fonti scritte, correrebbe il rischio di apparire del tutto artificiale, imposto e, da ultimo, andrebbe incontro al pericolo di implodere dentro ben angusti confini.

Riportare allo scoperto questo nostro "diritto nascosto", viceversa, è forse la strada più piana verso la ricostruzione di un vero, complesso, ma, al tempo stesso, in buona parte unificante nuovo *ius commun*e, che già trova il suo attuale fondamento in un sistema giuridico, quello italo-europeo, per sua connotazione genetica aperto, complesso e, al tempo stesso, suggestivamente unitario[44].

44 Tra gli innumerevoli contributi dell'Autore, v. Perlingieri, P.: "Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente", cit., p. 188 ss. ed in Id., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Esi, Napoli, 2006, p. 3 ss.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Gli usi aziendali tra contratto individuale e assetti collettivi dell'impresa: il bilancio giurisprudenziale* (a cura di P. Lambertucci), *Lav. giur.*, 2014, p. 827 ss.

AA.VV.: *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* (a cura di M. Cosulich e G. Rolla), Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

AA.VV.: *Scienza giuridica* e prassi (a cura di L. Vaccà), Jovene, Napoli, 2011.

Adornato, F.: "Pulsa la vita nel diritto", *Riv. dir. agr.*, 2013, p. 490 ss.

Arcangeli, A: "Le consuetudini nel diritto agrario", *Riv. dir. priv.*, 1935, p. 3 ss.

Asquini, A.: "Usi legali e usi negoziali", *Riv. dir. comm.*, 1944, I, p. 71 ss.

Astone, F.: "Le fonti non scritte", in Giurisprudenza Costituzionale e fonti del diritto, Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana (a cura di N. Lipari), Esi, Napoli, 2006, p. 93 ss.

Balletti, E.: "Determinazione del periodo di comporto e condizioni di operatività delle fonti integrative degli usi e dell'equità", *Giust. civ.*, 1987, p. 398 ss.

Balossini, C.E.: "Aspetti pubblicistici dell'accertamento camerale degli usi", *Foro pad.*, 1959, III, p. 18 ss.

Balossini, C.E.: "Recenti contributi italiani sul diritto consuetudinario", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, p. 646 ss.

Balossini, C.E.: *Consuetudini, usi pratiche, regole del costume*, Giuffrè, Milano, 1958.

Balossini, C.E.: *L'accertamento del diritto consuetudinario compito del giurista e del sociologo*, La Goliardica, Milano, 1962.

Barile, P: *Scritti di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1967.

Bembo, M.D.: "Carte, documenti, ritratti, ricordi di famiglia", in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, diretto da G. Bonilini, I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 779 ss.

Betti, E.: *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949.

Bianca C.M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo", in AA.VV.: *Estudios de derecho civil en honor de J. Castan Tobénas*, II, Pamplona, 1969, p. 61 ss.

Bianca, C.M.: "Ex facto oritur ius", *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 797 ss.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, Milano, 2002.

Bianca, C.M.: *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici, vol. I, Teoria generale e fonti. Persone e famiglia. Garanzie e diritti reali*, Giuffrè, Milano, 2002.

Bobbio, N.: "Consuetudine (teoria generale)", *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 426 ss.

Bobbio, N.: *La consuetudine come fatto normativo*, Cedam, Padova, 1942.

Bonfante, P: "Per una revisione della teoria della consuetudine", *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 274 ss.

Bongiovanni, V.: *Integrazione del contratto e clausole implicite*, Giuffrè, Milano, 2018.

Bourjon, F.: *Le droit commun de la France, et la coutume de Paris*, I, Paris, 1770.

Brandimonte, M.A.: "Quando il silenzio è d'oro", in R. Caterina (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, Esi, Napoli, 2009, p. 35 ss.

Carbone, S.: *Il diritto non scritto nel commercio internazionale: due modelli di codificazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

Carraro, L.: "Il diritto sui ricordi di famiglia", in *Studi in onore di Antonio Cicu*, I, Giuffrè, Milano, 1951, p. 169 ss.

Carraro, L.: *Il diritto sul documento*, Cedam, Padova, 1941.

Caterina, F.: "Proprietà e fonti non scritte", in G. Carapezza Figlia, G. Frezza, P. Virgadamo (a cura di): *A 50 anni dalla «Introduzione alla problematica della proprietà» di Pietro Perlingieri*, Esi, Napoli, 2021, p. 55 ss.

Caterina, R.: "Con una stretta di mano: forme e rituali di origine consuetudinaria per la conclusione del contratto", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 205 ss.

Caterina, R.: "La dimensione tacita del diritto", in Id. (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, Esi, Napoli, 2009, p. 10 ss.

Cavalli, M.E.: "Alienazione volontaria di maso chiuso ed ingiustificata disparità tra coeredi", *Dir. fam. pers.*, 1981, p. 11 ss.

Centofanti, N.: *I cimiteri*, Key Editore, Milano, 2007.

Cicconetti, S.M.: "Revisione costituzionale", in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 151 ss.

Cicconetti, S.M.: *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2019.

Crisafulli, V.: "Variazioni sul tema delle fonti normative con particolare riguardo alla consuetudine", in AA.VV.: *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, III, Giuffrè, Milano, 1967, p. 253 ss.

Culot, D.: *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, Giuffrè, Milano, 2010.

D'Amico, G.: "Osservazioni in tema di usi e loro estensione soggettiva: materia bancaria, società finanziarie ed anatocismo", *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 240 ss.

De Longhi, E.: "«Opinio iuris» *ed errore nelle formazioni consuetudinarie*", *Riv. dir. comm.*, 1947, p. 351 ss.

Dell'Oro, A.: *Della tutela dei minori*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1972.

Donini, V.M.: *Il diritto del commercio internazionale nel mediterraneo tra diritto islamico* e lex mercatoria, Esi, Napoli, 2007.

Figone, A.: "Il regime patrimoniale della famiglia", in M.R. Spallarossa (a cura di), *Famiglia e servizi*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 185 ss.

Formiggini, A.: *Gli usi commerciali e il codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1949.

Francavilla, D.: "Diritto e conoscenza non linguistica. Osservazioni su origine, trasmissione e diffusione delle regole", in R. Caterina (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, Esi, Napoli, 2009, p. 66 ss.

Franceschelli, R.: "Consuetudine (diritto moderno)", *Noviss. Dig. it*, IV, Utet, Torino, 1959, 320 ss.

Frassoldati, C.: *Il Maso Chiuso e le associazioni agrario-forestali dell'Alto Adige nella recente legislazione della provincia di Bolzano*, Giuffrè, Milano, 1963.

Fusaro, A.: "Il contributo della prassi al sistema vigente dei diritti reali", *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 517 ss.

Galgano, F.: *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2016.

Gallo, F.: *Consuetudine e nuovi contratti: contributo al recupero dell'artificialità del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012.

Genovese, A.: "Gli usi nella disciplina dei contratti commerciali", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 382 ss.

Genovese, A.: "Usi negoziali e loro interpretazione", *Giur. it.*, 1959, I, p. 1365 ss.

Gilissen, J.: "Consuetudine", in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Utet, Torino, 2001, p. 489 ss.

Gitti, G.: "Le clausole d'uso come fonti del diritto", *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 115 ss.

Giuliani, A.: "Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15", in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 1, *Premesse e disposizioni preliminari*, Utet, Torino, 1999, p. 406 ss.

Gorini, M.: "Commento all'art. 161 c.c.", in G. Bonilini e M. Confortini (a cura di), *Codice ipertestuale della famiglia*, Utet, Torino, 2010.

Graziadei, M.: "La legge, la consuetudine, il diritto tacito, le circostanze", in R. Caterina (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, Esi, Napoli, 2009, p. 51 ss.

Grondona, M.: *Diritto dispositivo contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2012.

Grosso, G. e Burdese, A.: *Le successioni: parte generale*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Utet, Torino, 1977.

Guarino, A.: "La consuetudine e la legge alla luce dell'esperienza romana", *Dir. giur.*, 1956, p. 413 ss.

Guarneri, A.: "Gli usi e il sistema delle fonti del diritto civile", *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 19 ss.

Guastini, R.: *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Tratt.* Cicu-Messineo, Giuffrè, Milano, 2010.

Guastini, R.: *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle preleggi*, Giappichelli, Torino, 1989, p. 53 ss.

L. Vaccà, "Gli usi: origini risalenti e rilevanza attuale", *Impr.* e *Stato*, 2010/2011, p. 36 ss.

La Lumia, I.: *Trattato di diritto commercial*e, Milano, 1940.

Laghi, P.: "L'evoluzione della regolamentazione successoria del maso chiuso nel ragionevole contemperamento tra pluralismo sociale e valori fondamentali", *Dir. agr.*, 2018, p. 486 ss.

Leo, M.: "Sepolcro familiare o parentale?", *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 494 ss.

Lipari, N.: *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008.

Longhi, L.: "Il nuovo diritto globale: lex mercatoria o ius gentium?", *Rass. dir. pubbl. eur.,* 2016, p. 137 ss.

Longo, M.: "Introduzione allo studio degli usi giuridici in campo privatistico", *Temi*, 1949, p. 526 ss.

Luciani, M.: "Fonti del diritto", in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore* (a cura di S. Patti e P. Sirena), Milano, 2007, 6, p. 493 ss.

Maroi, F.: *Per una raccolta di usi giuridici popolari. Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1956.

Maurenbrecher, R.: *Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts*, Weber, Bonn, 1834.

Meder, S.: Ius non scriptum*: tradizioni della produzione privata del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

Miele, G.: "Profilo della consuetudine nel sistema delle fonti del diritto interno", *Stato* e *dir.*, 1943, p. 24 ss.

Monateri, P.G.: *Legge, linguaggio e costume: l'ambiguità della legge dal costume alla* soft law, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

Mori Checcucci, U.: *Gli usi normativi come fattispecie*, Genova, 1948.

Mossa, L.: *Trattato del nuovo diritto commercial*e, I, Sel, Milano, 1942.

Musolino, G.: "Il diritto di sepolcro nel sepolcro ereditario", *Riv. not.*, 2012, p. 1360 ss.

Oberto, G.: "Commento all'art. 161 c.c.", in *Commentario al codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, Utet, Torino, 2010, I, p. 995 ss.

Oberto, G.: "I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali", *Dir. fam. pers.*, 2003, p. 535 ss.

Orestano, R.: "Dietro la consuetudine", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, p. 523 ss.

Paladin, L.: *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 2000.

Paladini, M.: "La comunione convenzionale", in S. Patti e M.G. Cubeddu (a cura di), *Diritto della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 291 ss.

Parodi, G.: *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, in *Tratt.* Cicu-Messineo, Giuffrè, Milano, 2012.

Pasetti, G.: *Contributo alla dottrina degli usi negoziali*, Cedam, Padova, 1982.

Pavone la Rosa, A.: "Usi normativi e usi negoziali", *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 513 ss.

Perlingieri, G.: "Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia", *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 1 ss.

Perlingieri, P.: "Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente", *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.

Perlingieri, P.: "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 72 ss.

Perlingieri, P.: "Il futuro «ius civile» ed il ruolo della dottrina", in P. Cendon (a cura di), *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, II, *La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 861 ss.

Perlingieri, P.: "Il principio di legalità nel diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 195 ss.

Perlingieri, P.: "L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.

Perlingieri, P.: "Prassi, principio di legalità e scuole civilistiche", *Rass. dir. civ.*, 1984, 956 ss.

Perlingieri, P.: "Sul diritto ad essere inumato nella propria cappella 'familiare'", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 1056 ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, Esi, Napoli, 2020.

Perlingieri, P.: *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Esi, Napoli, 2006, p. 3 ss.

Perlingieri, P.: *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2021.

Pettinari, C.: "Commento agli artt. 8 e 9 Disposizioni sulla legge in generale", in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle persone* (a cura di A. Barba e S. Pagliantini), Torino, 2012, p. 161 ss.

Pittalis, M.: "Modifiche convenzionali alla comunione dei beni", in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, a cura di F. Anelli e M. Sesta, Giuffrè, Milano, 2012, p. 526 ss.

Pizzorusso, A.: "Consuetudine, I, Principi generali", in *Enc. giur.*, VIII, Treccani, Roma, 1988, p. 1 ss.

Pizzorusso, A.: "Illegittimità della legge statale sui fondi rustici in rapporto alla disciplina regionale del maso chiuso", *Riv. dir. agr.*, 1972, p. 255 ss.

Pizzorusso, A.: *Le fonti del diritto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Zanichelli, Bologna-Roma, 2011.

Pucci, M.: "Osservazioni in tema di diritto al sepolcro", *Le Corti Umbre*, 2013, p. 818 ss.

Puchta, G.F.: *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, Auflage, Leipzig, 1862.

Quadri, G.: "Brevi considerazioni sulla natura dell'uso aziendale e sulla possibilità di modifica ad opera del contratto collettivo", *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 725 ss.

Quadri, G.: *Usi aziendali e autonomia negoziale*, Esi, Napoli, 2008.

Riccio, D.: *La famiglia di fatto*, Cedam, Padova, 2007.

Romano, S.: Consuetudine, in Id. (a cura di) *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 43 ss.

Rossello, C.: *Commercio elettronico,* Giuffrè, Milano, 2006.

Sacco, R.: "Del regime patrimoniale della famiglia", in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, III, Cedam, Padova, 1992, p. 20 ss.

Sacco, R.: "Consuetudine", in *Dig. disc. priv., sez. civ., Aggiornamento******, Utet, Torino, 2010, p. 342 ss.

Sacco, R.: "Diritto muto", in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., *Aggiornamento*****, Utet, Torino, 2009, p. 196 ss.

Sacco, R.: "Il diritto muto", *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 689 ss.

Sacco, R.: *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita e valori condivisi*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 196 ss.

Saputelli, G.: *Stato, Unione europea* e lex mercatoria, Giuffrè, Milano, 2015.

Savorani, G.: "Commento all'art. 365 c.c.", in *Commentario al codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, artt. 343-455, a cura di L. Balestra, Utet, Torino, 2009, p. 65 ss.

Sbordone, F.: *Contratti internazionali* e lex mercatoria, Esi, Napoli, 2008.

Scannapieco, M.B.: "Maso Chiuso: la speciale disciplina successoria", in M. Nicolini e W. Wallnöfer (a cura di), *Agricoltura e nuovi interessi*, Esi, Napoli, 2019, p. 179 ss.

Schwanzenberg, C.: "Maso chiuso", in *Enc. dir.*, XXV, Giuffrè, Milano, 1975, p. 703 ss.

Semprini, A.: *La legittima per equivalente*, Esi, Napoli, 2019.

Sicchiero, G.: "Gli usi legali non esistono più: cronaca di una morte certificata", *Contr. impr.*, 2013, p. 1266 ss.

Solazzi, S: "La desuetudine della legge", *Arch. giur.*, 1929, CII, p. 3 ss.

Sorrentino, F.: *Le fonti del diritto*, Cedam, Padova, 2019.

Stella Richter M. e Sgroi V. (a cura di), *Delle persone e della famiglia. Filiazione, Tutela degli incapaci, Alimenti, Atti dello stato civile*, in *Comm. cod. civ.*, I, II, Utet, Torino, 1967.

Tuccillo, R.: "La successione ereditaria avente ad oggetto le carte, i documenti, i ritratti e i ricordi di famiglia", *Dir. succ. fam*., 2016, p. 159 ss.

Urciuoli, M.A.: "In tema di diritto secondario di sepolcro", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 1126 ss.

Valenza, F.: "La successione nel Maso Chiuso", in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, diretto da G. Bonilini, III, *La successione legittima*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 1129 ss.

Virgadamo P.: "Gli usi 'normativi' c.d. *secundum legem* e i rapporti contrattuali. Consistenza (e bellezza) di un 'diritto nascosto"', in AA.VV.: *Studi in onore di Massimo Paradiso*, in corso di pubblicazione.

Virgadamo, P.: "Diritto di famiglia e delle persone consuetudinario", *Dir. fam. pers*., 2020, p. 1638 ss.

Zaccaria, A.: *Diritti extrapatrimoniali e successioni. Dall'unità al pluralismo nelle successioni a causa di morte*, Cedam, Padova, 1988.

Zagrelbesky, G.: *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1987.

Zatti, P.: "Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia", in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, *Famiglia e matrimonio*, t. I, Giuffrè, Milano, 2011, p. 36 ss.

Ziccardi, P.: "Consuetudine (dir. intern.)", in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 476.

DIRITTI ALLO SPECCHIO: NOME E IDENTITÀ PERSONALE NELLA SFERA DELLE RELAZIONI FAMILIARI

MIRROR RIGHTS: NAME AND PERSONAL IDENTITY IN THE SPHERE OF FAMILY RELATIONSHIPS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 538-559

Benedetta
AGOSTINELLI

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de diciembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Nome e identità personale appaiono strettamente legati tra loro e intimamente connessi alle relazioni familiari. Le trasformazioni sociali rilevabili nella famiglia si riflettono sul nome, tanto dei figli quanto del coniuge, e sulla relativa disciplina (anche de iure condendo) che diventa così terreno di verifica del rispetto dei principi vigenti nel nostro ordinamento, quali la parità tra genitori e l'interesse del minore.

PALABRAS CLAVE: Nome; identità personale; famiglia; interesse del minore; parità tra genitori.

ABSTRACT: *Name and personal identity appear closely linked to each other and intimately connected to family relationships. The social transformations that can be detected in the family are reflected in the name, both of the children and of the spouse, and in its legal discipline (also de iure condendo), which thus becomes a proving ground for the principles in force in our legal system, such as the equality between parents and the interest of the child.*

KEY WORDS: *Name; personal identity; family; interest of the child; equality between parents.*

SUMARIO.- I. IL DIRITTO AL NOME COME "AFFARE DI FAMIGLIA".- II. IL NOME E L'IDENTITÀ DA FORMARE: LA DIBATTUTA QUESTIONE DELL'ATTRIBUZIONE INIZIALE TRA PATRONIMICO E MATRONIMICO.- 1. Le modifiche successive del nome e la loro trasmissibilità: ancora una questione di famiglia.- 2. La configurazione giuridica del nome di famiglia: matrimonio e unione civile.- III. IL NOME E L'IDENTITÀ DA CONSERVARE. IL CASO DEL COGNOME MARITALE.- IV. PROSPETTIVE DI RIFORMA: IL NOME E L' "UNITÀ FAMILIARE".

I. IL DIRITTO AL NOME COME "AFFARE DI FAMIGLIA".

Ci sono ambiti, nel tempo apparsi più resistenti a cambiamenti sul piano giuridico anche perché più radicati nella tradizione culturale, che poi emergono con una forza quasi improvvisa, in ragione di una mutata sensibilità sociale, da imporsi e perdurare nel dibattito dottrinale, giurisprudenziale e persino parlamentare.

Uno di questi è quello del nome, sempre costretto tra due istanze socialmente rilevanti, sebbene distinguibili: una pubblicistica, di identificazione, ed una privatistica, di identità personale[1]; quest'ultima, ancora da formarsi, come nel caso dell'attribuzione al nato, ovvero da conservare, come nelle vicende variamente modificative del nome già acquisito.

Quello del nome appare come un diritto sicuramente fondamentale (art. 22 Cost., 3° principio della Dichiarazione ONU sui diritti del fanciullo del 1959), in quanto incorporato nella persona (fisica) e "segno distintivo ed identificativo della persona nella sua vita di relazione"[2], dunque un diritto scolpito in sé e per sé e meritevole di diretta ed autonoma considerazione; lo stesso si rivela però anche "funzionale" alla realizzazione di altri diritti -sempre afferenti alla personalità e rientranti in quel bacino- di cui concorre a definire i contorni e, indirettamente, anche la tutela.

Il diritto al nome è regolato dal codice civile prevalentemente sotto il profilo proprio della tutela[3], successiva ad una (eventuale) violazione, a prescindere,

1 Che "nella disciplina giuridica del nome confluiscono esigenze di natura sia pubblica che privata" è premessa argomentativa di Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 13 (www.giurcost.org); sul punto De Cupis, A.: "Nome e cognome", in *Noviss. Dig. It.*, XI, Utet, Torino, 1965, p. 300; Mazzoni, C.M.: – Piccinni, M.: "La persona fisica", *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 183 ss.; da ultimo, del Prato, E.: "Interesse del genitore e interesse del figlio nella modifica del cognome", *Liber amicorum in onore di* D'Alberti,M. in corso di pubblicazione.

2 Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 13, cit.

3 Sull'impostazione per cui la predisposta tutela presidii un interesse individuale alla propria identità v., in particolare De Cupis, A.: "I diritti della personalità", *Trattato Cicu-Messineo*, IV, t. 2, Giuffrè, Milano, 1961, p. 24. Sulla storica dialettica tra impostazione individualistica e pubblicistica del nome, v. Nuzzo, M.: "Nome

• Benedetta Agostinelli
Associato di Diritto privato, Università Roma Tre. E-mail:benedetta.agostinelli@uniroma3.it

come si dirà, dal criterio di assegnazione iniziale, pure ivi in parte indicato; esso è regolato, invece, anche –prevalentemente- dal d.P.R. 30 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile), quanto alle modalità formali di tale assegnazione e delle possibili modifiche che ne ricordano la marcata impronta pubblicistica.

Il codice civile preserva la funzione distintiva, infatti, consentendo modifiche, aggiunte o rettifiche (da annotarsi nei relativi registri) solo "nei casi e con le formalità dalla legge indicati" (art. 6 c.c.); inoltre la persona cui l'uso del nome viene contestato può reclamarne la legittimità e all'opposto, ove veda usurpato il proprio, può chiedere la cessazione del fatto, salvo il risarcimento del danno (art. 7 c.c.), così riconoscendosi un'attitudine lesiva nelle altrui condotte interferenti e un possibile pregiudizio al soggetto che le subisca[4].

Il regolamento di cui al d.P.R. n. 396/2000, invece, disciplinando gli atti dell'ufficiale dello stato civile e, come detto, il regime delle possibili modifiche del nome, "burocratizza" alquanto la materia, finendo inevitabilmente per ingessarla.

Il nome, tuttavia, si presta, soprattutto alla luce delle vicende che lo hanno da qualche tempo interessato, ad una lettura ulteriore, come veicolo di istanze socialmente avvertite, anche sulla spinta del confronto con altri paesi europei, come meritevoli di attenzione e che non vanno eluse nella interpretazione della disciplina positiva e nel valutare la sua eventuale innovazione. Tali istanze possono essere riferite anche a soggetti diversi da quello del cui nome si tratta: i genitori, ad esempio, con il loro interesse a che il figlio risulti all'esterno riconducibile alla famiglia dell'uno o dell'altro o ad entrambe; ovvero il coniuge rispetto all'uso del cognome maritale.

Dunque, a seconda che il diritto sia legato ad una identità in formazione o da conservare, appare diverso lo spettro di interessi -e le relative distinte titolarità- evocabili dal nome (da intendersi come comprensivo di prenome e cognome, *ex* art. 6 c.c.), che vanno prese in considerazione e bilanciare.

E già si coglie come il nome si presti ad irradiarsi su altri diritti che devono passare in qualche modo "attraverso" di lui per essere distinti, riconosciuti e tutelati.

(diritto vigente)", *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 306 ss. In argomento, da ultimo, Passarelli, G.: "Note sulla attribuzione del cognome materno. Una questione (ancora) de iure condendo", *Fam. dir.*, 2021, p. 551 ss.

4 Per Bianca, C.M.: *Diritto civile. 1. La norma giuridica. I soggetti,* 2^ ed., Giuffrè, Milano, 2002, p. 193, nello specifico caso di usurpazione "un pregiudizio apprezzabile è già riscontrabile quando l'appropriazione del nome sia idonea a creare presso i terzi confusione sulla identità delle persone. Non è ulteriormente necessario che l'usurpazione offenda anche l'onore o il decoro della persona del titolare". Per la distinzione tra diritto al nome e diritto all'uso del nome, assistito dalla tutela di cui all'art. 7 c.c., v. Mazzoni, C.M.-Piccinni, M.: "La persona", cit., p. 220 ss.

Tra i diritti della personalità è, poi, quello che ha evidentemente il più ampio raggio di riflessi in ambito familiare.

Molte delle implicazioni scaturenti dalle vicende del nome (dall'assegnazione originaria alla possibile variazione e perdita) sono, infatti, in vario modo, legate alla configurabilità di un "nome di famiglia" e destinate a ricadere in quella specifica sfera, dovendosi così confrontare con i principi che la governano: tra tutti, la parità tra coniugi/genitori e l'interesse del minore.

Le riflessioni sul nome e sulla sua disciplina finiscono per rivelarsi, dunque, quali riflessioni sulle stesse relazioni familiari e sulle loro relative trasformazioni, risentendo la disciplina dell'istituto, anche *de iure condendo*, proprio di queste ultime.

II. IL NOME E L'IDENTITÀ DA FORMARE: LA DIBATTUTA QUESTIONE DELL'ATTRIBUZIONE INIZIALE TRA PATRONIMICO E MATRONIMICO.

Se quello del nome è ambito che, isolatamente considerato, può comunque investire diversi profili della persona, quello in particolare della determinazione del nome del figlio è, infatti, squisitamente questione di diritto di famiglia[5] e non per nulla involge la sfera giuridica di soggetti distinti, sebbene collegati, implicati in quel genere di relazione: la madre-moglie, il padre-marito e il figlio.

La recente ordinanza di autorimessione della Corte Costituzionale n. 18/2021[6] ha, da ultimo, riportato al centro del dibattito, mai sopito in verità, la questione dell'attribuzione del nome, in ragione, espressamente evidenziata in motivazione, del perdurante e stigmatizzato silenzio del legislatore, già più volte ormai sollecitato ad intervenire sull'automatismo del patronimico, vigente nel nostro ordinamento.

Così come accaduto per altri aspetti della complessa sfera personale, come quella delle comunità di affetti aspiranti al riconoscimento legale[7], così anche rispetto al nome di famiglia determinante è stato il confronto con gli altri paesi

5 Ovviamente nel caso che una famiglia sia rintracciabile; diversamente, a norma dell'art. 29, comma 5, d.P.R. n. 396/2000, quando "si tratta di bambini di cui non sono conosciuti i genitori, l'ufficiale dello stato civile impone ad essi il nome ed il cognome".

6 Corte cost., 11 febbraio 2021, n. 18, *Fam. dir.*, 2021, p. 461, con nota di Bugetti, M.N. e Pizzetti, F.G.: "(Quasi) al capolinea la regola della trasmissione automatica del patronimico ai figli"; v. anche Ingenito, C.: "Una nuova occasione per superare "l'anche" nell'attribuzione al figlio del cognome dei genitori. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 18/2021", *ibidem*, p. 57 ss.

7 Il riferimento è ovviamente alle unioni civili tra persone dello stesso sesso (l. n. 76/2016) ma anche alle sensibili modifiche cui è stata progressivamente sottoposta, ad opera della Corte costituzionale, la l. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita (v., ad es., sentt. n. 151/2009; n. 162/2014; n. 96/2015).

europei e con la connessa giurisprudenza comunitaria, spesso imbattutasi in tradizioni culturali, riferibili ai membri della coppia, tra loro differenti[8].

Quali gli interessi in gioco nell'attribuzione originaria del nome? Qui il discorso si articola su un duplice piano: quello dell'interesse all'emersione più veritiera (o meno incompleta) delle origini familiari del nato- nell'ottica di un'identità in formazione- e quello dell'interesse alla realizzazione piena ed effettiva del principio di parità tra i coniugi/genitori, nella prospettiva di una finalmente consona applicazione dell'art. 29, Cost., che, com'è noto, impronta i rapporti tra coniugi alla loro "uguaglianza morale e giuridica".

La norma, infatti, non espressa ma ricavabile –e da sempre ricavata- da una serie di disposizioni in materia (artt. 237, 262, 299 c.c., art. 72, 1° comma, r.d. 9 luglio 1939; artt. 33 e 34 d.P.R. n. 396/2000 cit.) prevede(va) un'attribuzione automatica ed esclusiva al figlio del cognome paterno.

Contro di essa si è mossa da anni una reazione che, per via giudiziale, ha appunto tentato in più punti e a più riprese di scardinarla in ragione dell'anacronistica visione dei rapporti familiari, a tutti i livelli, su cui si fonda.

La questione del nome, implicata sia nei rapporti tra coniugi, sia in quelli genitori-figli, ha così finito per rappresentare la leva per il superamento della "concezione arcaica e patriarcale" della famiglia; tale superamento veniva caldeggiato sin da una storica sentenza della Consulta (n. 61/2006)[9] che dovette riconoscere di non poter realizzare essa stessa un intervento così altamente manipolativo[10], alla luce

8 Per ulteriori riferimenti sia permesso rinviare ad Agostinelli, B.: "Confini europei del diritto di famiglia: il matronimico nel dialogo tra le Corti", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 369 ss.

9 Il testo può leggersi su www.giurcost.org. Tra i numerosi commenti v. Carfì, V.: "Il cognome del figlio al vaglio della Consulta", *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 35; Ciervo, A.: "Il diritto al doppio cognome del minore", *www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it*; Di Gaetano, L.: "Attribuzione del cognome della madre al figlio legittimo. Un intervento del legislatore ormai improcrastinabile", *Giust. civ.*, 2007, p. 1061; Niccolai, S.: "Il cognome familiare tra marito e moglie. Come è difficile pensare le relazioni tra i sessi fuori dallo schema dell'uguaglianza", *Giur. cost.*, 2006, p. 558.

10 A seguito di tale pronuncia di inammissibilità, i coniugi parte del giudizio (che volevano attribuire al figlio il cognome materno in luogo di quello paterno) avevano peraltro interpellato anche la Corte di Strasburgo per sentirsi infine da questa riconoscere che «l'impossibilità per i genitori di attribuire al figlio, alla nascita, il cognome della madre, anziché quello del padre integra violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione) in combinato disposto con l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della CEDU e deriva da una lacuna del sistema giuridico italiano» (Corte EDU, 7.1.2014, ric. 77/07, Cusan-Fazzo v. Italia, *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 515, con nota di Winkler, S.: "Sull'attribuzione del cognome paterno nella recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo" e di Giardina, F.: "Il cognome del figlio e i volti dell'identità. Un'opinione "controluce"", *ibidem*, II, p. 139 ss., la quale, avvertendo «una sensazione di disagio» rispetto alla pronuncia ed intravedendo una logica proprietaria nella pretesa della madre, si chiede se tale affermazione identitaria non prescinda del tutto dall'interesse del minore, destinatario passivo della scelta: così Ead.: "Interesse del minore: gli aspetti identitari", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 160. Per alcuni degli altri numerosi commenti v. Casaburi, G.: "Diritto al cognome materno e Convenzione dei diritti dell'Uomo", *Foro it.*, 2014, IV, p. 68 ss.; Dolso, G.P.: "La questione del cognome familiare tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo", *Giur. cost.*, 2014, p. 739 ss.; Malfatti, E.: "Dopo la sentenza europea sul cognome materno: quali possibili scenari?", *Consulta Online* (10.03.14).

della pluralità di opzioni alternative possibili, ma ammonì il legislatore, a tale scelta deputato, a rimediare alla radicale impossibilità del cognome materno di emergere.

La posizione assunta in quel giudizio è stata di recente espressamente ripresa e confermata dall'ulteriore, fondamentale Corte cost. n. 286/2016[11] che, stigmatizzando l'antistorica visione in discorso[12] ma dichiarando, invece, l'illegittimità del patronimico automatico ed esclusivo, ha affermato come tale «preclusione pregiudichi il diritto all'identità personale del minore e, al contempo, costituisca un'irragionevole disparità di trattamento dei coniugi, che non trova alcuna giustificazione nella finalità di salvaguardia dell'unità familiare».

In particolare, quanto all'identità personale del figlio, presidiata dall'art. 2 Cost., la Consulta con detta pronuncia, sinteticamente ribadendo il rapporto simbiotico tra nome e identità, ha rimandato alla giurisprudenza ormai consolidata, nella quale ha inserito anche quella -ormai imprescindibile- della Corte Europea dei diritti dell'uomo, ad attestare il rilievo sovranazionale incontrovertibilmente assunto della questione[13].

Nel riaffermare così che la «realizzazione del diritto all'identità personale» trova «il suo primo ed immediato riscontro» proprio nel nome, ha ricordato la valenza al contempo privatistica e pubblicistica di questo elemento quale «punto di emersione dell'appartenenza del singolo ad un gruppo familiare» idoneo a proiettare l'identità personale da essa scaturita nella personalità sociale «ai sensi dell'art. 2 Cost.»; ha ritenuto, quindi, di avvalersi di quanto altre volte affermato per finalmente sancire, questa volta, la violazione del parametro costituzionale.

11 Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, *Giur. it.*, 2017, p. 815 ss., con nota di Favale, R.: "Il cognome dei figli e il lungo sonno del legislatore"; per altri tra i numerosi commenti, v. Fioravanti, C.: "La Consulta (finalmente!) dichiara incostituzionale l'automatismo nell'assegnazione del cognome paterno", *Studium iuris*, 2017, p. 678 ss.; Al Mureden, E.: "L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio", *Fam. dir.*, 2017, p. 218 ss.

12 Che per la Consulta "affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico e in una tramontata potestà maritale non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna" (sent. n. 286/2016 cit.).

13 Del resto, sebbene l'Unione europea non detti norme per il contenuto materiale della disciplina del nome, ed il diritto di famiglia non formi oggetto di attribuzione, va considerato che dopo il trattato di Lisbona del 2007 (con la Carta di Nizza che ha acquisito, dal 2009, lo stesso valore giuridico dei trattati) la competenza a regolare la trasmissione del cognome va esercitata nel rispetto del diritto eurounitario. Per l'incidenza della Corte EDU in particolare su Corte cost., n. 286/2016, v. ancora Agostinelli, B.: "Confini europei", cit. Rispetto alla portata sovranazionale della questione inevitabilmente destinata a riflettersi sulla sua soluzione, Grisi, G.: "L'aporia della norma che impone il patronimico", in *Studi in onore di Franco Modugno*, II, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, p. 1792 ss. Sul rapporto tra nome e identità personale, anche a prescindere dal matronimico, la giurisprudenza sovranazionale è vasta e molte volte è contrassegnata da profili di diritto internazionale privato in ragione del fatto che il caso singolo è caratterizzato da elementi di estraneità: per una panoramica e un'analisi ragionata si rinvia a *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo* (a cura di Honorati, C.), Giuffrè, Milano, 2010, e *Il diritto al cognome materno. Profili di diritto civile italiano, di diritto internazionale, dell'Unione europea, comparato ed internazionale privato* (a cura di Fabbricotti, A.), Jovene, Napoli, 2017.

Quanto, invece, all'altro profilo, quello dell'uguaglianza dei coniugi (artt. 3 e 29 Cost. i parametri che erano stati invocati), esso nella pronuncia appare da subito più pregnante e persino determinante ai fini della decisione; del resto è detto a più riprese che il legislatore avrebbe dovuto attenersi a «criteri finalmente consoni al principio di parità».

Questo era dunque il vero "cuore" della decisione ed è infatti su di esso che si registra il noto ritardo del legislatore[14] e si è appuntata la relativa critica della Corte.

Ad avviso della Consulta la pari dignità morale e giuridica dei coniugi è contraddetta, infatti, dalla norma censurata che consente la «mortificazione del diritto della madre a che il figlio acquisti anche il suo cognome» e l'unità della famiglia non può essere impiegata come uno schermo dietro il quale nascondere, e soffocare, le istanze evolutive della società conservando la rilevata disparità di trattamento. È semmai «proprio l'uguaglianza tra coniugi che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo» come già in tempi risalenti venne sancito da un'antesignana pronuncia (Corte cost., n. 133/1970) cui la Corte ha mostrato di aderire, dichiarando l'incompatibilità della norma sindacata tanto con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) quanto con quello della pari dignità morale e giuridica (art. 29 Cost.)[15].

Con la sentenza n. 286/2016, dunque, la Corte costituzionale, compiendo un fondamentale passo avanti, ha in parte corretto la stortura, ammettendo che con l'accordo tra genitori possa aggiungersi al patronimico, che resta, anche il matronimico.

Così va letta allora oggi la norma incisa dall'intervento giudiziale: come comprensiva della possibilità di un accordo integrativo del nome che incorpori anche quello materno.

L'erosione progressiva del patronimico esclusivo ed automatico, attaccato da più lati, non si è, tuttavia, arrestata. Proprio l'insufficienza di tale esito a porre

14 Con riferimento alla riforma della filiazione del 2012-13, ad es., Trimarchi, M.: "Il cognome dei figli: un'occasione perduta", *Fam. e dir.*, 2013, p. 243, parla di "occasione perduta" rispetto al regime del cognome per il figlio, di cui è stata con tale riforma proclamata l'unicità del relativo *status*. Sull'unicità dello *status* v., per tutti, Bianca, M.: "Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico", *Le nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 507 ss.

15 Sul punto v. Bianca, C.M.: "Eguaglianza dei coniugi e autorità familiari", *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Atti del convegno di studi,* Jovene, Napoli, 1973, p. 263, ora in Bianca, C.M.: *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, t. I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 171 ss., il quale, premesso che l'unità della famiglia è "essenzialmente coesione spirituale" che "non può certo essere perseguita mediante l'esercizio di poteri autoritari, osservava –in vista della riforma del 1975, che sarebbe andata in quella direzione- che "al momento dell'emanazione della Carta costituzionale il principio dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi precorreva i tempi poiché la realtà presentava ancora una famiglia a struttura gerarchica (…) Ma quell'uguaglianza che era una mera affermazione di principio si è andata rapidamente maturando nel contesto sociale fino diventare un'esigenza generale di piena parità dei coniugi che supera la stessa riserva di cui all'art. 29 Cost.".

efficace e risolutivo rimedio all'inevitabile eventualità del riespandersi del solo patronimico in difetto di accordo ha mosso da ultimo, ancora una volta, il Giudice delle leggi che, con la citata ordinanza n. 18/2021 ha sollevato innanzi a sé questione di legittimità costituzionale (rispetto agli artt. 2, 3, 117, primo comma, Cost., in relazione agli art. 8 e 14 CEDU) dell'art. 262, primo comma, c.c., "nella parte in cui, in mancanza di diverso accordo dei genitori, impone l'acquisizione alla nascita del cognome paterno, anziché dei cognomi di entrambi i genitori".

Infatti, sebbene l'accordo (guadagnato all'ordinamento grazie alla sentenza n. 286/2016) certamente rappresenti una prima, importante scossa al rigido sistema di attribuzione, l'ipotesi che esso non venga proprio in considerazione o non si raggiunga nel caso concreto continua ad inverare un'illegittima, conseguente disparità di posizioni e menoma per il minore la possibilità di evidenziare l'origine materna. A detta della Corte, infatti, "neppure il consenso, su cui fa leva la limitata possibilità di deroga alla generale disciplina del patronimico, potrebbe ritenersi espressione di un'effettiva parità delle parti, posto che una di esse non ha bisogno dell'accordo per far prevalere il proprio cognome".

Posto che, alla luce del *petitum* del giudice *a quo*[16], la Corte costituzionale ben avrebbe potuto limitarsi ad invocare l'impedimento del necessario intervento normativo, lo strumento (di rara applicazione) dell'autorimessione adottato nel caso di specie[17] tradisce un'evidente, quasi insofferente, sua premura nell'accelerare la soluzione del problema, affermando che l'esigenza della piena legalità da assicurare "deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia"[18].

Se allora la rosa di alternative che ha (o, meglio, avrebbe) di fronte il legislatore -ove se ne occupasse- non possono rappresentare un ostacolo ad una pronuncia che superi l'illegittimità dell'attuale regime, la Corte con l'ultima iniziativa lascia

16 La questione è stata in origine sollevata dal Tribunale di Bolzano chiamato a decidere sul ricorso, promosso dal Pubblico Ministero, ai sensi dell'art. 95 del d.P.R. n. 396/2000, volto ad ottenere la rettificazione dell'atto di nascita di una minore i cui genitori, non uniti in matrimonio, hanno concordemente voluto attribuire al figlio il solo cognome materno, scelta loro preclusa appunto dall'art. 262, 1° comma, c.c. ("Se il riconoscimento è stato effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori il figlio assume il cognome del padre"); norma censurata dal Tribunale nella parte in cui "non consente ai genitori, di comune accordo, di trasmettere al figlio, al momento della nascita, il solo cognome materno".

17 Osserva a tal proposito Monaco, G.: "Una nuova ordinanza di "autorimessione" della Corte costituzionale", *federalismi.it*, n. 11/2021, p. 171 ss. che la Consulta, che pur avrebbe potuto aspettare che la questione specifica fosse sollevata in altro giudizio a seguito di un mancato accordo tra genitori, ha inteso invece riproporre "un bilanciamento tra la garanzia della legalità costituzionale da un lato e la discrezionalità del legislatore" risolvendolo in favore del primo interesse. Per l'A. "la sensazione è che la Corte abbia voluto incrementare la pressione sul Parlamento, preavvisando che, in caso di ulteriore inerzia dello stesso, potrebbe non solo risolvere la questione prospettata dal giudice *a quo*, ma intervenire sul più generale principio concernente l'attribuzione automatica del cognome paterno, a prescindere da ipotetici accordi tra i genitori".

18 Corte cost., ord. n. 18/2021. Per l'analisi dei profili di tecnica decisoria relativa al necessario rapporto di pregiudizialità e strumentalità tra il *petitum* del giudice *a quo* e quello della Corte autorimettente si rinvia a Bugetti, M.N.-Pizzetti, F.G.: "(Quasi) al capolinea la regola della trasmissione automatica del patronimico ai figli", *Fam. dir.*, 2021, p. 467 ss.

presagire una soluzione che, in caso di mancato accordo, non consenta il prevalere di un cognome sull'altro, ma li evidenzi entrambi.

Questa è, del resto, opzione largamente sostenuta in dottrina e già contemplata nei disegni di legge di riforma pendenti anche nell'attuale legislatura[19].

1. Le modifiche successive del nome e la loro trasmissibilità: ancora una questione di famiglia.

Il riflesso del persistente patronimico si riverbera (con i profili problematici connessi) anche sulle possibili modifiche del nome nel corso dell'esistenza.

Le ricadute in ambito familiare indotte da tali modifiche confermano l'osmosi tra le due sfere -singolare e familiare- e, ancora una volta, la possibile interferenza di un'identità personale che meriti di essere preservata a dispetto del mutamento previsto dalla legge.

Proprio in ragione della ricordata funzione identificativa che assolve in ambito pubblicistico, è la legge, sottraendo il nome alla disponibilità dell'interessato[20], a disciplinare i presupposti, le modalità e gli effetti di eventuali modifiche.

La *ratio* di tale genere di controllo attesta l'esistenza di un interesse -pubblico anch'esso- alla stabilità dell'individuazione delle persone fisiche, che può incontrare una resistenza in presenza di un contrastante interesse privatistico ove questa stabilità confligga con l'identità personale di chi intende mutarlo o, diversamente, di chi sarebbe destinato a ricevere le modifiche in via secondaria.

Se a volte è proprio l'identità personale (o, meglio, la sua asserita difesa) ad indurre il soggetto a richiedere il cambiamento, come nel caso, ad esempio, della c.d. cognomizzazione dei predicati nobiliari[21], in senso uguale ma in direzione

19 Prevedono, uniformando la disciplina dei figli nati dentro e fuori dal matrimonio, l'accordo dei genitori per la trasmissione e, in difetto, l'attribuzione del cognome di entrambi in ordine alfabetico, A.C. 1265, A.C. 106, A.S. 286, A.S. 1025, A.S. 170. In dottrina, ad es., patrocinava già la soluzione del doppio cognome Prosperi, F.: "L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi", *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 844. Di recente, tra gli altri, v. Al Mureden, E.: "Il persistente utilizzo del cognome maritale tra tutela dell'identità personale della ex moglie e diritto dell'ex marito a formare una seconda famiglia", *Fam. dir.*, 2016, p. 127, per il quale, posto che l'unità della famiglia non è più affidata al matrimonio e alla sua stabilità, ma si fonda ormai sul principio della bigenitorialità, ritiene che la soluzione *de iure condendo* più coerente sia "quella dell'attribuzione obbligatoria del doppio cognome che rappresenti al tempo stesso la famiglia paterna e quella materna"; v. anche Stefanelli, S.: "Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma", *Fam. dir.*, 2014, p. 221 ss., cui si rinvia per una dettagliata rassegna del panorama normativo dei singoli paesi europei che, improntato prevalentemente alla scelta dei genitori, conferma l'isolamento dell'attuale modello italiano.

20 Vedi del Prato, E.: "Interesse del genitore", cit., che ricorda come "ad ogni modifica, nelle due componenti del prenome e del cognome, il titolare può dare impulso, ma essa scaturisce da un provvedimento giudiziale o da un provvedimento del Prefetto (art. 89 ss. d. P.R. 3.11.2000 n. 396). Lo stesso art. 6 c.c. enuncia il diritto al nome "per legge attribuito"".

21 V., ad es., Trib. Roma, 7 dicembre 2015, *Giur. it.*, 2017, p. 340, con nota di Magni, F.A.: "Le ristrette prospettive della cognomizzazione dei predicati nobiliari", secondo il quale la "cognomizzazione dei predicati nobiliari dei titoli esistenti alla data del 28 ottobre 1922 è meritevole di tutela unicamente se mira

contraria l'identità già formatasi può essere addotta per resistere alle modifiche che invece la legge, in via automatica, imporrebbe.

L'art. 33 d.p.R. n 396/2000, infatti, prevede che il figlio maggiorenne che "subisce il cambiamento o la modifica del proprio cognome a seguito di quello da cui il cognome deriva" ha la facoltà entro un anno dall'avvenuta conoscenza di mantenere il cognome già portato precedentemente.

Da tale norma (o, meglio, dal suo silenzio sui figli minori) è dato ricavare tre regole: l'effetto legale della trasposizione sui figli delle modifiche del patronimico (a seguito, ad esempio, di adozione civile del padre, che comporta l'assunzione del cognome dell'adottante *ex* art. 299 c.c.); la possibile scelta conservativa del vecchio nome per il maggiorenne; la trasmissione al minore del nuovo, che solleva la delicata questione del consenso all'innovazione da parte dell'altro genitore. Un'eventuale opposizione di questi, infatti, costringerebbe ad un difficile bilanciamento tra l'interesse del padre a modificare il proprio cognome proprio per perseguire la sua identità personale e quello della madre a non mutare quella del figlio minore, legata (in potenza o in atto) al nome originario[22].

Il che conferma, nell'un caso, l'osmotico intreccio con l'identità personale che, per il maggiorenne, diventa argomento (necessario e sufficiente) per opporsi al cambiamento; nell'altro, la natura di "questione di famiglia" delle vicende del nome, che esige di essere trattata in quella sede e nel rispetto dei principi che la governano.

È ragionevole allo stato ritenere che un ripensamento normativo complessivo del tema non potrà che coinvolgere (o, meglio, travolgere) tutte le ulteriori ipotesi legali che si basano su un patronimico rigido, che continua a vacillare ma che ancora –sempre più difficilmente alla luce della giurisprudenza costituzionale che infatti tocca anche loro- giustifica effetti a catena della regola originaria.

2. La configurazione giuridica del "nome di famiglia": matrimonio e unione civile.

Se, dunque, nella fase attributiva il nome assolve ad una duplice funzione che tocca due distinte sfere giuridiche -quella di chi lo assegna (coinvolgendo i rapporti tra genitori ed i principi cui gli stessi devono essere informati) e quella di chi lo

a preservare l'identità personale, nel senso di immagine sociale, del richiedente. Pertanto, la domanda di cognomizzazione avanzata da alcuni discendenti di chi ricevette un titolo nobiliare con predicato non può essere accolta in assenza della prova da parte degli stessi della funzione socialmente identificante, esclusiva del proprio ristretto nucleo familiare, del predicato nobiliare".

22 Vaglia le diverse possibili soluzioni, anche giudiziali, del conflitto tra genitori in tale ambito, ritenuto rientrante tra le "questioni di particolare importanza" *ex* art. 316 c.c., DEL PRATO, E.: "Interesse del genitore", cit., che arriva anche a configurare, posto che la normativa primaria non prevede la necessaria coincidenza dei nomi di padre e figlio nel tempo, la possibile disapplicazione della norma regolamentare (secondaria) *ex* art. 33 d.P.R. n. 396/2000.

riceve, rispetto al quale si prospetta un'identità connotata proprio (anche) dal nome- appare evidente l'attitudine di tale elemento alla realizzazione di istanze diverse, ma non contrapposte: l'uguaglianza dei genitori; l'identità (*in fieri*) del figlio.

Sebbene in modo esplicito non sia contemplato dall'ordinamento -come avviene invece, ad esempio, in Germania con l'*ehename*, che, se dottato dai coniugi *ab initio*, sarà attribuito a tutti i figli generati dalla coppia[23]- quello che dalla questione esce, più o meno consapevolmente delineato, è allora un "nome di famiglia" che contraddistingua i suoi membri. E al contempo è dato così registrare il fenomeno per cui le trasformazioni rilevabili nella famiglia si riverberano proprio, e direttamente, sul suo nome: se muta la configurazione sociale delle relazioni all'interno della compagine familiare finisce per mutare altresì la veste nominalistica che le rappresenta all'esterno.

Nel riflettere sulla modalità di formazione di tale nome unificante, occorre, allora, muovere necessariamente dall'art. 143 *bis* c.c. e dal cognome "maritale" che disegna, nonché dalla previsione del suo destino in caso di sopraggiunta crisi coniugale. A tal proposito, non si può non notare come alla questione di un nome "comune" abbia dato (ben più) esplicita risposta la l. n. 76/2016 per le unioni civili (art. 1, comma 10), dove le parti "possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione civile (…) un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi. La parte può anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all'ufficiale di stato civile"[24].

Né può omettersi di osservare come un vero e proprio "nome di famiglia" sia stato previsto (solo) –e per giunta sicuramente come libera scelta- per una comunità di affetti che la stessa legge di riconoscimento ha inteso, in modo più o meno riuscito, distinguere e non assimilare *in toto* –specie sotto il profilo nominalistico- alla famiglia, tradizionalmente intesa; e dove non si pone, allo stato per lo meno, la questione della trasmissibilità eventuale alla prole: un nome di famiglia, in altri termini, sembra potersi attribuire a chi famiglia non è (ritenuta).

23 Cfr. Jaime, E. "Cognome e diritto di famiglia nella recente riforma tedesca (con spunti di diritto comparato)", *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 73 ss.; Favale, R.: "Ehname e principi costituzionali nel diritto tedesco", in Sesta, M.- Cuffaro, V .(a cura di),*Persone e famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale* ,Esi, Napoli, 2006, p. 279 ss.

24 Sul tema v. Sesta, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, 9^ ed., Cedam, Milano, 2021, p. 87; Auletta T.: "Sub comma 10", in C.M. Bianca (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017,* Giappichelli, Torino, 2017, p. 123 ss.; Bugetti, M.N.: "Il cognome comune delle persone unite civilmente", *Fam. dir.*, 2016, p. 911 ss. cui si rinvia per la disamina in dettaglio delle modalità alternative di scelta offerte dalla norma.

III. IL NOME E L'IDENTITÀ DA CONSERVARE. IL CASO DEL COGNOME MARITALE.

Proprio il cognome maritale (fungendo, in qualche modo, da "nome di famiglia") conferma l'intreccio tra identità del singolo e carattere familiare del nome; intreccio che, infatti, può complicarsi in caso di crisi della famiglia che esiga appunto un mutamento di veste per il singolo a fronte del suo mutamento di ruolo.

A riprova di come, da un lato, *status* familiare e nome debbano riflettersi l'un l'altro, tendenzialmente coincidendo, e, dall'altro, di come il nome sia idoneo a presidiare un'identità personale già consolidata[25], emblematico è proprio il caso del cognome maritale.

Anche per questo, come per il nome del figlio, le vicende che possono interessarlo sono specchio delle istanze che nel tempo si sono andate affermando e che hanno segnato il trapasso, non ancora definitivamente compiuto, da una logica patriarcale e androcentrica ad una paritaria.

Le vicende dell'art. 143-*bis* c.c., in base al quale "la moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze", sono in tal senso rivelatrici. È stata infatti la riforma del 1975 ad introdurlo, abrogando l'art. 144 c.c.[26], che prevedeva, invece, la "assunzione" del cognome maritale.

Peraltro la norma, prevedendo che la moglie "aggiunge" il cognome maritale, non individua chiaramente un obbligo ed è stata infatti largamente interpretata, con il conforto del sempre più diffuso costume sociale di non avvalersene, come una mera facoltà[27].

L'addizione del cognome del marito assolve alla duplice funzione di indicare l'appartenenza ad una determinata famiglia (quella sorta con il coniugio ma anche quella *lato sensu* maritale) e al contempo rappresentare un segno di identificazione sociale della moglie, legata appunto a tale appartenenza, che concorre a plasmare l'identità personale di lei.

25 Che rientra "tra i diritti che formano il patrimonio irretrattabile della persona umana" *ex* art. 2, Cost.: così ancora Corte cost., n. 13/1994, cit.

26 Che recitava: "Il marito è il capo della famiglia; la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno di fissare la sua residenza".

27 In tal senso, ad es., v. Paradiso, M.: "I rapporti personali tra coniugi", 2^ ed., *Commentario Schlesinger* diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2012, p.153; Al Mureden, E.: "Il persistente", cit., p.124; Conte, G.: "Sub art. 143-bis", *Matrimonio* (a cura di Ferrando, G.) in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, (a cura di G. De Nova), Bologna, 2017, p.736; Arceri, A.: "Sub *art. 143* bis", in *Codice della famiglia* (a cura di Sesta, M.) 3^ ed., Giuffrè, Milano, 2015, 475; Sesta, M.: "Manuale", cit., p., 86.

In ragione di tale possibilità della moglie -e della scelta che ella abbia fatto di fruirne- seguono conseguentemente i regimi in caso di crisi della coppia coniugale e le modifiche normative relative al cognome si sono dunque propagate rispetto alla donna separata e a quella divorziata, proprio in considerazione del mutamento del relativo *status*[28].

Alla riforma del 1975 introduttiva dell'art. 143 *bis*, infatti, ha fatto eco la novella del 1987 sul divorzio[29]: all'art. 5, l. n. 898/1970, dopo il comma 2, che prevede la regola per cui la donna "perde il cognome che aveva aggiunto al proprio a seguito del matrimonio", è stato inserito il comma 3, a norma del quale il tribunale "può autorizzare la donna che ne faccia richiesta a conservare il cognome del marito aggiunto al proprio quando sussista un interesse suo o dei figli meritevole di tutela"[30].

In sede di separazione, invece, lo schema risulta invertito: l'uso del cognome è naturalmente destinato a continuare (perdurando formalmente il vincolo) mentre può essere vietato su istanza del marito o autorizzato alla moglie il non uso qualora sia pregiudizievole al coniuge istante (art. 156 *bis* c.c.)[31].

Fermo che "il principio cui l'ordinamento familiare è ispirato è quello della coincidenza fra denominazione personale e status"[32], è il loro disallineamento che va giustificato nel caso concreto: la funzione di identificazione può dunque essere salvaguardata rispetto a quella di indicazione di appartenenza (venuta senza dubbio meno per via del divorzio), potendo superare l'interesse dell'ex marito a non vedere il suo cognome utilizzato ancora dopo la cessazione del vincolo da cui originava la facoltà. Va verificato allora in quali termini questa seconda, eventuale, funzione, riconducibile all'identità personale ormai acquisita

28 Cfr. Valignani, B.: "La responsabilità per uso illegittimo del cognome dell'ex marito, in Sesta, M.(a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari* ,Utet, Torino, 2008, p. 162 ss. Sul tema sia permesso rinviare ad Agostinelli, B.: "La conservazione del cognome maritale dopo il divorzio nella prospettiva di un ripensamento del nome di famiglia", in corso di pubblicazione.

29 Sull'idoneità della l. n. 74/1987 ad inaugurare la "seconda stagione" del divorzio, delle quattro che vengono individuate, v. Quadri, E.: "Crisi della coppia: a 50 anni dalla legge sul divorzio", di B.Agostinelli, V.Cuffaro(a cura di), *Relazioni, Famiglie, Società*,Giappichelli, Torino, 2020, p. 32.

30 Jemolo, A.C.: "Conservazione del cognome del marito nella donna divorziata", *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 243, si interrogava infatti sull'opportunità di prevedere *de iure condendo* tale possibilità, in ragione della non equiparabilità tra lo stato vedovile ed il divorzio e valutando potessero esservi ragioni per consentire di indentificare con lo stesso nome madre e prole alla prima affidata dopo il divorzio. La riforma del comma 2 dell'art. 5 ha altresì riformulato la imprecisa dizione precedente ("La moglie riacquista il cognome che essa aveva antecedentemente al matrimonio") che postulava una vera e propria perdita del cognome da nubile, invero non espressamente prevista; sul punto Bonilini, G.: "Gli effetti della pronunzia di divorzio sul cognome coniugale", in Bonilini, G.- F. Tommaseo, F.: *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Commentario Schlesinger* diretto da F.D. Busnelli, 3^ ed., Giuffrè, Milano, 2010, p. 518; Arceri, A.: "Sub *art.*", cit., p. 478; Moccia, R.: nota a Trib. Roma, 25 maggio 1985, *Foro it.*, 1986, I, p. 2322.

31 Cfr. Arceri, A.: "Sub *art. 156* bis", in *Codice della famiglia* (a cura di Sesta, M.), 3^ ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 609.

32 Cass., ord. 26 ottobre 2015, n. 21706, *Fam. dir.*, 2016, p. 121.

possa venire garantita[33]: proprio quest'ultima, infatti, potrebbe giustificare la conservazione di quel cognome anche dopo il divorzio. Tale interesse può essere prevalentemente economico, legato ad esempio all'abbinamento del nome alla propria attività commerciale o professionale, ovvero anche solo morale, legato alla idoneità spiccatamente identificativa della persona nella (mera) vita sociale.

Se la prima delle due ipotesi, quella "patrimonialmente orientata", è da sempre, si potrebbe dire, attuale e sentita al punto da essere stata presa in considerazione anche prima che l'art. 5 concedesse un'opzione *ad hoc*, quando l'interesse sia connesso esclusivamente all'uso nella vita di relazione si pone l'ulteriore problema della meritevolezza della conservazione di tale abbinamento[34] e del relativo vaglio giudiziale.

A tale proposito il carattere eccezionale dell'ultrattività è stato ribadito da una recente ordinanza della Cassazione[35], chiamata a riformare una decisione di merito che aveva negato l'autorizzazione in difetto di un interesse "straordinario" in capo alla donna che aveva addotto di essere conosciuta ormai esclusivamente da molti anni con il nome maritale. La Corte, confermando la pronuncia impugnata e le relative valutazioni, ribadisce la necessità che l'interesse in questione sia "connotato in termini specifici e personali" e non genericamente legati all'uso normale nelle relazioni acquisite durante il matrimonio; prende altresì in considerazione il possibile pregiudizio del marito che intenda ricreare un nuovo nucleo riconoscibile come "legame familiare attuale".

Altre pronunce, censurando derive effimere e voluttuarie, hanno escluso fosse in tal senso degno l'interesse a continuare a sfruttare la rinomanza del nome in ambiti quali la beneficenza, le *boutique*s e le gioiellerie, affermando che tale interesse "non può esaurirsi nella irrinunciabilità ad un cognome famoso e noto che facilita di per sé la frequentazione di ambienti mondani, di rango sociale e censo elevati, assicurando notorietà e agevolazioni confacenti a quelle di una famiglia molto conosciuta nel ramo imprenditoriale"[36].

33 Sull'evoluzione del nome nel senso di una crescente rilevanza nella più complessa configurazione dell'identità personale, v. Sesta, M.: "Uso indebito del cognome maritale da parte della donna divorziata e lesione dell'"identità familiare"", *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 137 ss.

34 Sottolinea l'impiego talvolta strumentale della domanda relativa alla conservazione del nome che impedisce una pronuncia non definitiva sul divorzio, Rimini, C.: "Il nuovo divorzio", in "La crisi della famiglia", II, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schelsinger, Giuffrè, Milano, 2015, p. 97.

35 Cass., ord. 12 febbraio 2020, n. 3454, in banca dati *Pluris*, per la quale la decisione discrezionale del giudice non può essere basata sul "mero desiderio di conservare come tratto identitario il riferimento a una relazione familiare ormai chiusa quanto alla sua rilevanza giuridica".

36 App. Milano, 9 marzo 2011, *Dir. fam. pers.*, 2012, p.737, con nota di Buffone, G.: "Anche quando il cognome maritale appaia "famoso" perché ha consentito e consente la frequentazione di ambienti mondani di alto livello o di rango sociale o di censo molto elevati, ciò non basta alla donna divorziata per poterlo conservare".

E non sarebbe, peraltro, riconducile all'identità personale né altrimenti invocabile quale interesse apprezzabile l'intima contrarietà ideologica o religiosa della donna al divorzio, suo malgrado subito, che la stessa preferisca non sia chiaramente percepito all'esterno[37].

Anche le norme relative al cognome maritale (conservazione e perdita rispetto a separazione e divorzio) non a caso sono contemplate nei medesimi disegni di legge che si occupano dell'attribuzione ai figli e alla prospettata eliminazione *de iure condendo* dell'art. 143 *bis* (con la mera conservazione per marito e moglie dei propri cognomi) segue a cascata anche la loro[38]. Se viene meno il nome di famiglia come sino ad oggi inteso ovvero cambiano le regole per determinarlo, il superamento di una norma quale l'art. 5, commi 2, 3 e 4, l. div., che postula l'uso del cognome maritale, è, prima ancora, nei fatti.

Ancora il raffronto con il "nome comune" nell'unione civile si rivela interessante e forse di nuovo precursore dei tempi: a norma del comma 10, l. n. 76/2016, infatti, il cognome comune è destinato a coprire la durata dell'unione civile, senza (espressa) possibilità che l'uso che la parte che l'abbia adottato si protragga in ragione di un interesse alla conservazione che, quindi, pare escluso a priori, senza eccezioni di sorta[39].

IV. PROSPETTIVE DI RIFORMA: IL NOME E L'"UNITÀ FAMILIARE".

La prospettata revisione del meccanismo di attribuzione del cognome ai figli, la pluralità di modelli familiari esistenti, il formarsi sempre più frequente di nuove comunità di vita dopo la crisi[40] se contribuiscono a modificare il contesto nel quale l'istituto del nome viene a svolgersi, segnano anche in qualche misura il superamento della questione, in sé considerata, del cognome maritale all'ex coniuge, che risulta anacronistica in un ridisegnato e allargato orizzonte di interessi.

Il nome si conferma così terreno di utile verifica per valutare il rispetto di principi vigenti nel nostro ordinamento con riguardo alle relazioni familiari e le novità già e sino ad ora susseguitesi attestano e rivelano proprio l'evoluzione sociale e culturale nei rapporti familiari.

37 Vedi Bonilini, G.: "Gli effetti", cit., p. 526.

38 Vedi *supra*, nota 19.

39 Sulla perdita del cognome comune nel caso di unione civile e sulle incongruenze rilevabili (e sospettabili di incostituzionalità) rispetto al regime della perdita del cognome maritale e alle sue eventuali alternative v. ancora Bugetti, M.N.: "Il cognome", cit., p. 913 ss. Per Auletta, T.: "Sub comma", cit., p. 131, invece, è da escludersi che l'uso possa essere impedito ove il nuovo nome abbia acquistato una portata identificativa in ambito lavorativo per l'unito civilmente né che la morte dell'altra parte possa inibire il perdurare dell'uso del nome per quella sopravvissuta.

40 In argomento v. del Prato, E.: *Le basi del diritto civile*, 4^ ed., Giappichelli, Torino, 2020, p. 299 ss.; Al Mureden, E.; "Il persistente", cit.,p. 127.

Del resto, non può che osservarsi come "l'unità familiare" (art. 29 Cost.) vada ripensata in una con le norme destinate a preservarla e va ripensata in una chiave funzionale e sostanziale e non già più nominalistica. L'intera tematica va allora guardata da un più largo angolo di osservazione che tenga nel debito conto appunto il ripensamento generale in atto circa il patronimico alla luce del rispetto (effettivo) del principio di uguaglianza, morale e giuridica, tra i coniugi[41].

Ancora oggi, infatti, vengono in gioco l'identità personale della moglie, quella del marito, quella dei figli, nonché l'"identità familiare" in una rappresentazione legale patriarcale non più aderente alla realtà.

Pertanto l'uguaglianza può soccombere solo rispetto ad un malinteso significato di unità familiare che, invece, lungi dal rappresentare solo un'intestazione formale di una comunità di vita, rappresenta la massima realizzazione di tale comunità, che appunto tanto più sarà piena quanto più sarà garantita al suo interno la pari dignità, questa sì anche formale, dei ruoli.

Non si può dunque che concludere come il fattore "nome" e la sua disciplina possa ben continuare a rappresentare -anche per la valenza simbolica che il nome come sintesi di identità naturalmente evoca- la strada più immediatamente e agevolmente percorribile per la realizzazione, autorevolmente auspicata, di un diritto di famiglia "più giusto"[42].

41 V. ancora Corte cost., ord. n. 18/2021, cit., che ricorda come la precedente pronuncia n. 286/2016 fosse stata emanata "nell'attesa di un indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità".

42 Bianca, C.M.: "Verso un più giusto diritto di famiglia", *Iustitia,* 2012, p. 237 e ora in Bianca, C.M.: *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, t. 2, Giuffrè, Milano, 2002, p. 1057.

BIBLIOGRAFIA

Agostinelli, B.: "Confini europei del diritto di famiglia: il matronimico nel dialogo tra le Corti", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p.369.

Agostinelli, B.: "La conservazione del cognome maritale dopo il divorzio nella prospettiva di un ripensamento del nome di famiglia", in corso di pubblicazione.

Al Mureden, E.: "Il persistente utilizzo del cognome maritale tra tutela dell'identità personale della ex moglie e diritto dell'ex marito a formare una seconda famiglia", *Fam. dir.*, 2016, p.127.

Al Mureden, E.: "L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio", *Fam. dir.*, 2017, p.218 ss.

Arceri, A.: "Sub *art. 143* bis", in *Codice della famiglia* (a cura di Sesta, M.) 3^ ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 86.

Arceri, A.: "Sub *art. 156* bis", in *Codice della famiglia* (a cura di Sesta, M.), 3^ ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 609.

Auletta T., "Sub comma 10", in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017* (a cura di Bianca, C.M.), Giappichelli, Torino, 2017, p.123ss.

Bianca, C.M.: "Eguaglianza dei coniugi e autorità familiari", *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Atti del convegno di studi*, Jovene, Napoli, 1973, p.263.

Bianca, C.M.: *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 171ss.

Bianca, C.M.: "Verso un più giusto diritto di famiglia", *Iustitia,* 2012, p.237.

Bianca, C.M.: *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, T. 2, Giuffrè, Milano, 2002, p. 1057.

Bianca, C.M.: *Diritto civile. 1. La norma giuridica. I soggetti*, 2^ ed., Giuffrè, Milano, 2002, p. 193.

Bianca, M.: "Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico", *Le nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 507ss.

Bonilini, G.: "Gli effetti della pronunzia di divorzio sul cognome coniugale", in Bonilini, G.- F. Tommaseo, F.: *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Commentario Schlesinger* diretto da F.D. Busnelli, 3^ ed., Giuffrè, Milano, 2010, p. 518.

Buffone, G.: "Anche quando il cognome maritale appaia "famoso" perché ha consentito e consente la frequentazione di ambienti mondani di alto livello o di rango sociale o di censo molto elevati, ciò non basta alla donna divorziata per poterlo conservare", *Dir. fam. pers*., 2012, p. 737.

Bugetti, M.N.- Pizzetti, F.G.: "(Quasi) al capolinea la regola della trasmissione automatica del patronimico ai figli", *Fam. dir*., 2021, p. 461.

Bugetti, M.N.: "Il cognome comune delle persone unite civilmente", *Fam. dir*., 2016, p. 911ss.

Carfì, V.: "Il cognome del figlio al vaglio della Consulta", *Nuova giur. civ. comm*., 2007, p. 35.

Casaburi, G.: "Diritto al cognome materno e Convenzione dei diritti dell'Uomo", *Foro it*., 2014, p. 68.

Ciervo, A.:"Il diritto al doppio cognome del minore", www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it.

Conte, G.: "Sub art. 143-bis", in *Matrimonio* (a cura di Ferrando, G.), in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, (a cura di G. De Nova), Bologna, 2017, p. 736.

De Cupis, A.: "I diritti della personalità", *Trattato Cicu-Messineo*, IV, t. 2, Giuffrè, Milano, 1961, p. 24.

De Cupis, A.: "Nome e cognome", *Noviss. Dig. It*., XI, Utet, Torino, 1965, p.300.

del Prato, E.: "Interesse del genitore e interesse del figlio nella modifica del cognome", *Liber amicorum in onore di M. D'Alberti*, in corso di pubblicazione.

del Prato, E.: *Le basi del diritto civile*, 4^ ed., Giappichelli, Torino, 2020, p.2 99.

Di Gaetano, L.: "Attribuzione del cognome della madre al figlio legittimo. Un intervento del legislatore ormai improcrastinabile", *Giust. civ*., 2007, p. 1061.

Dolso, G.P.: "La questione del cognome familiare tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo", *Giur. cost*., 2014, p. 739ss.

Fabbricotti, A. (a cura di)*: Il diritto al cognome materno. Profili di diritto civile italiano, di diritto internazionale, dell'Unione europea, comparato ed internazionale privato*, Jovene, Napoli, 2017.

Favale, R.: "Ehname e principi costituzionali nel diritto tedesco", in *Persone e famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale* (a cura di Sesta, M.-Cuffaro, V.), Esi, Napoli, 2006, p. 279ss.

Favale, R.: "Il cognome dei figli e il lungo sonno del legislatore"; *Giur. it*., 2017, p. 279ss.

Fioravanti, C.: "La Consulta (finalmente!) dichiara incostituzionale l'automatismo nell'assegnazione del cognome paterno", *Studium iuris*, 2017, p. 678ss.

Giardina, F.: "Il cognome del figlio e i volti dell'identità. Un'opinione "controluce"", *Nuova giur. civ. comm*., 2014, p. 139ss.

Giardina, F.: "Interesse del minore: gli aspetti identitari", *Nuova giur. civ. comm*., 2016

Grisi, G.: "L'aporia della norma che impone il patronimico", in *Studi in onore di Franco Modugno*, II, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, p. 1972 ss.

Honorati, C. (a cura di): *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Giuffrè, Milano, 2010.

Ingenito, C.: "Una nuova occasione per superare "l'anche" nell'attribuzione al figlio del cognome dei genitori. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 18/2021", *Fam. dir.*, 2021.p.57.

Jaime, E.: "Cognome e diritto di famiglia nella recente riforma tedesca (con spunti di diritto comparato)", *Riv. dir. civ*., 1995, p. 73ss.

Jemolo, A.C.: "Conservazione del cognome del marito nella donna divorziata", *Riv. dir. civ*., 1979, p. 243.

Magni, F.A.: "Le ristrette prospettive della cognomizzazione dei predicati nobiliari", *Giur. it*., 2017.

Malfatti, E.: "Dopo la sentenza europea sul cognome materno: quali possibili scenari?", *Consulta Online* (10.03.14).

Mazzoni, C.M.- Piccinni, M., "La persona fisica", *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, Milano, 2016, p.183.

Moccia, R.: nota a Trib. Roma, 25 maggio 1985, *Foro it.*, 1986.p.2322.

Monaco, G.: "Una nuova ordinanza di "autorimessione" della Corte costituzionale", *federalismi.it*, n. 11/2021, p. 171ss.

Niccolai, S.: "Il cognome familiare tra marito e moglie. Come è difficile pensare le relazioni tra i sessi fuori dallo schema dell'uguaglianza", *Giur. cost*., 2006, p. 558.

Nuzzo, M.: "Nome (diritto vigente)", *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978 , p. 306.

Paradiso, M.: "I rapporti personali tra coniugi", 2^ ed., *Commentario Schlesinger* diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2012, p. 153.

Passarelli, G.: "Note sulla attribuzione del cognome materno. Una questione (ancora) de iure condendo", *Fam. dir.*, 2021, p. 551ss.

Prosperi, F.: "L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi", *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 844.

Quadri, E.: "Crisi della coppia: a 50 anni dalla legge sul divorzio", in *Relazioni, Famiglie, Società,* (a cura di Agostinelli, B. e Cuffaro, V.), Giappichelli, Torino, 2020, p. 32.

Rimini, C.: "Il nuovo divorzio", in "La crisi della famiglia", II, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schelsinger, Giuffrè, Milano, 2015, p. 97.

Sesta, M.: "Uso indebito del cognome maritale da parte della donna divorziata e lesione dell'"identità familiare"", *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 137ss.

Sesta, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, 9^ ed., Cedam, Milano, 2021, p. 87.

Stefanelli, S.: "Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma", *Fam. dir.*, 2014.p.221.

Trimarchi, M.: "Il cognome dei figli: un'occasione perduta", *Fam. e dir.*, 2013, p. 243.

Valignani, B.: "La responsabilità per uso illegittimo del cognome dell'ex marito, in *La responsabilità nelle relazioni familiari* (a cura di Sesta, M.), Utet, Torino, 2008, p. 162ss.

WINKLER, S.: "Sull'attribuzione del cognome paterno nella recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo" *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 515.

CRONACA DI UNA MORTE ANNUNCIATA: IL TRAMONTO DEL PATRONIMICO

CHRONICLE OF AN ANNOUNCED DEATH: THE SUNSET OF THE PATRONYMIC

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 560-583

Michela
CAVALLARO

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il saggio affronta il tema della conservazione del patronimico quale cognome da attribuire alla prole in mancanza di un accordo fra i genitori. La questione, al momento al vaglio della Corte costituzionale, è anche oggetto di una recente proposta di legge di riforma. L'A. si interroga sui possibili sviluppi della vicenda.

PALABRAS CLAVE: Cognome; figli; eguaglianza genitori; identità.

ABSTRACT: *This essay addresses the issue of the preservation of the patronymic as a surname to be attributed to the offspring in the absence of an agreement between the parents. This topic, currently being examined by the Constitutional Court, is also the subject of a recent bill. The Author wonders about the possible developments of this theme.*

KEY WORDS: *Surname; children; parental equality; identity.*

SUMARIO.- I. L'ORDINANZA DEL TRIBUNALE DI BOLZANO N. 78 DEL 2019 E QUELLA DI AUTORIMESSIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 18 DEL 2021 IN MATERIA DI COGNOME DEI FIGLI.- II. I PRECEDENTI GIURISPRUDENZIALI E LA PRONUNCIA DELLA CEDU (CUSAN E FAZZO C. ITALIA).- III. NON DISCRIMINAZIONE FRA I SESSI E UNITÀ DELLA FAMIGLIA.- IV. IL POSSIBILE EPILOGO E LE PROPOSTE DI RIFORMA IN CAMPO (IL D.D.L. BOLDRINI).- V. RICADUTE SUL PIANO SISTEMATICO E APPLICATIVO DELL'ABOLIZIONE DEL PATRONIMICO.

I. L'ORDINANZA DEL TRIBUNALE DI BOLZANO N. 78 DEL 2019 E QUELLA DI AUTORIMESSIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 18 DEL 2021 IN MATERIA DI COGNOME DEI FIGLI.

Con l'ordinanza del 17 ottobre 2019, n. 78, il Tribunale di Bolzano ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 262, comma 1°, c.c., nella parte in cui non consente ai genitori di attribuire alla prole, di comune accordo, il cognome della madre, lamentando in particolare la contrarietà della disposizione agli artt. 2, 3 e 29 C., nonché agli artt. 11 e 117, comma 1°, C., sia con riferimento agli artt. 8 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sia rispetto agli artt. 7 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. norme parametro)[1].

In seguito a tale provvedimento e prima di esaminare nel merito della questione, la Corte costituzionale, con ord. dell'11 febbraio 2021, n. 18, rimette innanzi a se stessa la questione di costituzionalità della stessa norma con riferimento a quella parte in cui non prevede che, in mancanza di accordo dei genitori, alla prole vada attribuito il cognome di entrambi[2].

Siamo pertanto in attesa che attraverso una pronuncia del giudice delle leggi un altro tassello si aggiunga ad un puzzle che, a fronte di una decennale inerzia

1 La questione viene sollevata nel corso di un giudizio intentato dal P.M. al fine di ottenere, ai sensi dell'art. 95 del d. P.R. 3 novembre 2000, n. 96 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile a norma dell'art. 2, comma 12°, della l. 15 maggio 1997, n. 127), la rettifica dell'atto di nascita iscritto nel registro dello stato civile, al cui interno la figlia era stata registrata con il cognome materno.

2 Il richiamo è a Corte cost., ord., 11 febbraio 2021, n. 18, in *Diritto&Giustizia*, 2021, p. 3, con nota di Marino, G.: "L'attribuzione del cognome paterno viola la Costituzione?"; per un articolato commento all'ordinanza di autorimessione si veda anche Troiano, S., "Il cognome dei figli ancora al vaglio della Consulta", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, p. 598.

• Michela Cavallaro
Ordinario di Diritto privato, Università di Catania. E-mail: michela.cavallaro@unict.it

del legislatore[3], ha trovato una sua – ad oggi parziale – composizione nelle aule giudiziarie[4].

La questione è di non poco conto se si considera che la soluzione prospettata è destinata a incidere sulle future generazioni, ma soprattutto perché pone un'intera nazione ad interrogarsi sul senso di alcune tradizioni e sulla sopravvivenza di modelli culturali che oggi appaiono non più in linea con la Carta costituzionale e soprattutto con i principi espressi dalle Carte europee[5].

Della stretta correlazione fra il tema in oggetto e la salvaguardia di una consuetudine ancora molto viva all'interno del nostro tessuto sociale e quindi della difficoltà a rinvenire soluzioni non divisive è testimonianza il fatto che la proposta di legge n. 1628, presentata nel corso della precedente legislatura e approvata alla Camera il 24 settembre 2014, si sia poi arenata presso la 2° Commissione del Senato[6] e che al momento la proposta Boldrini, su cui avremo modo di tornare nel corso del saggio, giace nel dimenticatoio[7].

La complessità e la delicatezza del tema sembra confermata dalla circostanza che la riforma del diritto di famiglia del 1975, diretta a ricondurre le norme del codice civile al principio costituzionale della parità fra uomo e donna, e comunemente considerata espressione del superamento della concezione patriarcale della famiglia[8], si sia limitata ad apportare modifiche con riferimento al cognome della moglie, sostituendo la disposizione sancita dal testo originario dell'art. 144 c.c. che disponeva l'acquisizione del cognome del coniuge da parte della donna maritata, con l'art. 143 bis c.c. di nuova introduzione, che prevede la conservazione in capo alla moglie del proprio cognome oltre alla possibilità di aggiungere al suo quello

3 Le prime proposte di legge volte a modificare il vigente sistema di attribuzione del cognome – fatto salvo l'intervento di ortopedia normativa ad opera della sentenza 2016 della stessa Corte (ma sul punto si veda in seguito) – risalgono, invero, agli anni '80. Per un quadro più completo dei diversi tentativi di modifica del sistema di attribuzione del cognome familiare si rinvia a Trimarchi, M.: "Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma", *Famiglia e diritto*, 2013, p. 247.

4 Il riferimento è, in particolare, a Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, *Famiglia e diritto*, 2017, p. 213 ss., con nota di Al Mureden, E.: "L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio"; *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 818 ss., con nota di C. Favilli, "«Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli»"; *Giur. cost.*, 2017, p. 485 ss., con nota di Astone F., "Il cognome materno: un passo avanti, non un punto d'arrivo, tra certezze acquisite e modelli da selezionare".

5 Si veda, al riguardo, Troiano, S.: "Cognome del minore e identità personale", *Jus civile*, 2020, p. 562.

6 Per una breve illustrazione del testo di riforma Ballarani, G., "Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli (ddl n. 1628)", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2018, pp. 741-752.

7 Occorre sin da subito puntualizzare che nel corrente anno un'altra proposta di legge è stata presentata da un gruppo di senatori (prima firmataria Binetti).

8 Per una sintesi degli obiettivi e dell'effettiva portata delle riforma del diritto di famiglia si rinvia, fra gli altri, a Cian, G.: "Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato", in L. Carraro – G. Oppo – A. Trabucchi (a cura di) *Commentario al diritto della famiglia*, I, 1, Padova, 1977, p. 52 ss.; Bessone, M.-Alpa, G.-D'Angelo, A.-Ferrando, G.: "La famiglia nel nuovo diritto", II ed., Bologna, 1980, p. 102; Sbisà, G.: "Appunti sulla riforma del diritto di famiglia", 1981, p. 8 ss.

del marito[9], e nulla abbia disposto in ordine al cognome da attribuire alla prole, lasciando impregiudicato un precetto non scritto, ma desumibile da una serie di disposizioni presenti nell'ordinamento, in virtù del quale – almeno per quanto riguarda la famiglia fondata sul matrimonio – i figli assumono al momento della nascita il cognome paterno[10].

Neanche la recente riforma della filiazione, cui forte impulso e notevole contributo ha dato il Maestro che con queste pagine si intende onorare, ha inciso sulla disciplina previgente[11], se non marginalmente e limitatamente al cognome dei figli nati fuori del matrimonio, senza un decisivo cambio di passo; visto che anche avendo riguardo a quest'ultima fattispecie, il testo in vigore, almeno fino all'intervento correttivo della Corte costituzionale, ruota sulla prevalenza del patronimico[12].

9 Come puntualmente nota Paradiso, M.: "I rapporti personali tra coniugi (artt. 143-148)", *Il Codice Civile Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1990, p. 114, anche la previsione dell'aggiunta del cognome maritale costituisce una deroga al principio di eguaglianza fra coniugi, in quanto non prevede la possibilità che sia il marito ad aggiungere il cognome della consorte al proprio. In termini di evidente disparità di trattamento tra marito e moglie perpetrata dalla regola di attribuzione ai figli del cognome si esprime anche Lenti, L.: voce "Nome e cognome", *Dig. disc. priv.*, sez. *civ.*, vol. XII, Torino, 1995, p. 137.

10 Un implicito riconoscimento della vigenza di tale regola si rinviene tradizionalmente, oltre nell'art. 72, comma 1°, del r.d. 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile), nel testo dell'art. 237, comma 2°, c.c.- anteriore alla riscrittura dello stesso da parte dell'art. 12 del d.lgs. 154/2013 – in quella parte in cui prevedeva fra i fatti concorrenti il possesso dello status (di figlio legittimo) la circostanza che il soggetto avesse «sempre portato il cognome del padre» e in quanto disposto dagli artt. 33 e 34 del d. P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile a norma dell'art. 2, comma 12°, della l. 15 maggio 1997, n. 127), secondo la lettura originaria, non ancora corretta alla luce dell'interpretazione costituzionalmente orientata ad opera di Corte cost. 286/2016. La dottrina successiva all'avvento della Costituzione ha guardato tale prassi con sospetto spesso prendendone le distanze, quale retaggio di un modello familiare fondato sulla preminenza della figura maschile (Ciervo, A.: "Dal cognome patriarcale al cognome «patriarcale»? Evoluzioni giurisprudenziali in tema di doppio cognome al minore», *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p.153), giustificabile tutt'al più alla luce del principio di unità familiare, intesa questa in senso giuridico e riferita a tutta la famiglia, ivi inclusi i figli (cfr, al riguardo, Paradiso, M.: "La comunità familiare", Milano, 1984, p. 309), solo in alcuni casi ha proposto delle alternative praticabili. Sull'origine consuetudinaria dell'attribuzione del cognome paterno ai figli si vedano, fra gli altri, De Cupis , A.: voce "Nome e cognome", *Noviss. Digesto it.*, Torino, 1965, p. 299; Bigliazzi Geri, L.-Breccia, U.-Busnelli, F.D.-Natoli, U: "Diritto civile, I, Norme soggetti, rapporto giuridico", Torino 1987, p. 134.

11 In termini di occasione mancata si esprime Trimarchi, M.:, "Il cognome dei figli", cit., p. 243.

12 In effetti, se si guarda al testo novellato dell'art. 262 c.c., il d. lgs. n. 154/2013 si è limitato, almeno per quanto riguarda i due primi commi, ad una semplice opera di maquillage, dato che ha sostituito il sintagma "figli naturali" con la formula "figli nati fuori dal matrimonio", e a meglio articolare la gamma di soluzioni praticabili nell'ipotesi in cui ci sia un successivo riconoscimento da parte di uno dei due genitori, prevedendo che il cognome di quest'ultimo si possa aggiungere, anteporre o sostituire a quello del genitore che ha già effettuato il riconoscimento.
Un apporto significativo alla questione qui in esame, nel senso di una (affermata) rilevanza del diritto all'identità personale, potrebbe, invero, derivare dal nuovo testo dell'art. 262, comma 3°, c.c., che disciplina l'ipotesi del tutto peculiare di successivo riconoscimento o accertamento (da parte di uno o di entrambi i genitori) di un maggiorenne a cui l'ufficiale di stato civile abbia attribuito al momento della nascita un nome di fantasia (Bianca, C.M.: "Diritto civile, 2.1, La famiglia", VI ed., Milano, 2017, p. 374). In tal caso la disposizione richiamata rinvia a quanto disposto dai commi 1° e 2°, facendo comunque salva la possibilità per il soggetto di conservare il nome che gli è stato precedentemente attribuito qualora «tale cognome sia divenuto autonomo segno della sua identità personale, aggiungendolo, anteponendolo o sostituendolo al cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto o al cognome dei genitori in caso di riconoscimento da parte di entrambi».
Nell'eventualità comunque in cui il successivo riconoscimento riguardi un soggetto ancora minore di età sarà il giudice a decidere, previo l'ascolto del minore, nei casi e secondo le modalità previste dalla stessa norma (comma 4°).

L'art. 262, comma 1°, c.c., da ultimo richiamato, prevedendo (in modo esplicito) l'automatica attribuzione del cognome paterno nel caso di riconoscimento da parte di entrambi i genitori, ha però offerto un appiglio per riportare la questione davanti al giudice delle leggi, il quale, anteriormente alla sentenza n. 286 del 2016, aveva in un primo momento respinto il rilievo di incostituzionalità alla luce del principio dell'unità familiare, desumibile dall'art. 29 C.[13], e successivamente evitato di entrarvi nel merito, affermando che una materia così articolata e complessa non possa essere affrontata in sede di sindacato di legittimità costituzionale e rimettendo al legislatore il compito di adeguare, sulla falsa riga di quanto già avvenuto in altri ordinamenti europei[14], la normativa al principio dell'eguaglianza fra i sessi[15].

II. I PRECEDENTI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA E LA PRONUNCIA DELLA CEDU (CUSAN E FAZZO C. ITALIA).

Come già accennato le due sentenze della Corte, rispettivamente del 1988 e del 2006, seppure attraverso percorsi argomentativi diversi concordano entrambe sulla necessità che sia il legislatore ad intervenire e ad introdurre una disciplina del cognome che tenga conto della parificazione delle posizioni dei genitori all'interno della famiglia e soprattutto dei trattati europei.

A segnare un'inversione di tendenza rispetto a questo assetto è proprio la celeberrima pronuncia della Corte europea dei diritti dell'Uomo, interpellata a sua volta per risolvere una controversia che prende avvio, all'alba di questo secolo, dalla decisione con cui il Tribunale di Milano respinge il ricorso di una coppia coniugata

13 Il riferimento è all'ordinanza della Corte del 28 gennaio 1988, n. 176, poi ripresa da Corte cost., ord., 11 maggio 1988, n. 586, che dichiara inammissibile la questione, pur ritenendo la stessa Corte che i tempi fossero maturi perché il legislatore adottasse un criterio idoneo a conciliare "i due principi dall'art. 29 C.". Per una puntuale ricostruzione del percorso seguito dal giudice delle leggi fino alla sentenza 286/2016 si rinvia a Fioravanti, C.: "Sul cognome della prole: nel perdurante silenzio del legislatore parlano le Corti", in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 637 ss..

14 Per una sintetica rassegna delle normative vigenti in altri paesi dell'Unione europea si vedano, fra gli altri, Cicero, C., "Il diritto al cognome materno", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2018, p. 250 ss.; Stefanelli, S.: "Diritto all'identità", in (a cura di A. Sassi-F. Scaglione-S. Stefanelli) *Le persone e la famiglia*, 4, *La filiazione ei minori*, *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2018, p. 464 ss.; Carbone, V.: "Per la Corte costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno, se i genitori sono d'accordo", *Corr. giur.*, 2017, p. 169 ss.; e, con particolare riguardo al modello tedesco Favale, R.: "Il cognome dei figli e il lungo sonno del legislatore", in *Giur. it.*, 2017, p. 819 ss. Già alla luce del dossier esitato dalla Camera dei deputati più di un decennio fa (note informative sintetiche n. 10 del 27/05/2009), si nota come le regole vigenti nel nostro ordinamento relative all'attribuzione del nome della prole siano disallineate rispetto al contesto europeo.
Sull'esigenza, in Europa, di un bilanciamento fra l'esigenza di armonizzazione e la salvaguardia del pluralismo familiare, si rinvia a Scalisi, V.: "«Famiglia» e «Famiglie» in Europa", *Riv. dir. civ.*, I, 2013, p. 8 ss..

15 Corte cost., 16 febbraio 2006, n. 61, *Foro it.*, 2006, I, p. 1673.
In questo caso – per inciso la vicenda da cui muove la pronuncia è la stessa che costituirà oggetto della sentenza della CEDU – la Corte, compie un'ulteriore passo avanti rispetto alla presa di posizione precedente, affermando che "non può non rimarcarsi che l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna" e rilevando in tal caso un contrasto delle normativa vigente con i valori costituzionali.

che chiede la correzione del registro dello stato civile e l'attribuzione alla figlia del cognome della madre unitamente a quello del padre. La vicenda giudiziaria, in seguito alla sentenza della Corte di Appello di conferma della pronuncia di primo grado, approda in Cassazione. Il Supremo Collegio, ritenendola non manifestamente infondata, solleva la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte, che la giudica non ammissibile[16].

A questo punto la coppia si rivolge alla CEDU. Le norme di cui si contesta la violazione da parte dello Stato italiano sono l'art. 29 C., l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che tutela il diritto all'identità personale, alla vita privata e familiare contro le ingerenze dell'autorità statale, e l'art. 14 della stessa Convenzione, posto a salvaguardia dei diritti e delle libertà individuali senza distinzione di sesso. L'operatività di tali principi, secondo la CEDU, sarebbe compromessa dall'automatismo in virtù del quale, senza tenere conto neanche della volontà dei genitori, si attribuisce alla prole il patronimico in nome di un interesse all'unità familiare, la cui salvaguardia sarebbe parimenti garantita, secondo la CEDU, dall'attribuzione del medesimo cognome ai figli di una stessa coppia.

Alla luce delle precedenti considerazioni pertanto la Corte europea dei diritti umani individua all'interno del nostro sistema una *défaillance*, consistente nel fatto che «*tout enfant légitime est inscrit dans les registres d'état civil avec comme nom de famille celui du père, sans possibilité de derogation même en cas de consensus entre les époux en faveur du nom de la mére*» e ritiene non più rinviabile da parte del legislatore italiano una riforma[17]

Allo stato attuale non sembra, però, che l'invito del giudice europeo si sia prontamente tradotto in una modificazione della disciplina del cognome, se è vero che – come si è già avuto occasione di accennare – la riforma approvata dalla Camera nel 2014 si è poi arenata presso la Commissione Giustizia del Senato.

Ad ogni buon conto, le sollecitazioni da parte della CEDU non lasciano indifferente la Corte costituzionale che, chiamata a pronunciarsi su un'ordinanza di rimessione della Corte di Appello di Genova[18], rompe ogni indugio e – fermo restando l'invito al legislatore a intervenire sull'intera materia – con una sentenza manipolativa di accoglimento dichiara l'illegittimità, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 29 C., dell'art. 262, comma 1°, c.c. e, conseguentemente, degli artt. 237,

16 Corte cost., 16 febbraio 2006, n. 61, cit. Si rinvia al riguardo alla nota prec.

17 La pronuncia della Corte di Strasburgo è stata ampiamente commentata; si vedano, fra gli altri, Giardina F., "Il cognome del figlio e i volti dell'identità. Un'opinione «controluce»", *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 139 ss.; Ivone V., "La problematica del cognome materno tra luci ed ombre", *Comparazione e diritto civile*, 2014.

18 Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, cit. La vicenda oggetto del giudizio *a quo* ha per oggetto il diniego dell'ufficiale dello stato civile ad aggiungere in fase di registrazione il nome della madre a quello del padre, richiesta ampiamente motivata in ragione della doppia cittadinanza del figlio.

299, comma 3°, c.c., quest'ultimo relativo all'adozione di maggiorenne da parte di coppia coniugata, nonché degli artt. 72, comma 1°, del r.d. 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile) e degli artt. 33 e 34 del d. P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile a norma dell'art. 2, comma 12°, della l. 15 maggio 1997, n. 127), nella parte in cui non prevedono la possibilità che i genitori scelgano di attribuire alla prole il cognome di entrambi[19]. Oggetto dell'intervento correttivo della Corte non è pertanto solo la disciplina desumibile dal sistema del cognome dei figli nati all'interno del matrimonio, ma in via conseguenziale la regola da applicare anche ai figli nati fuori dal matrimonio e nell'ipotesi di adozione di maggiorenne.

Al fine di garantire l'immediata efficacia della pronuncia, il Ministero degli Interni, e segnatamente Direzione Centrale dei Servizi Demografici con la circolare 19 gennaio 2017 n. 1, avente ad oggetto l'attribuzione del cognome materno alla luce della sentenza della Corte Costituzionale 286/2016, ha impartito istruzioni affinché l'ufficiale dello stato civile accolgano «la richiesta dei genitori che, di comune accordo, intendano attribuire il doppio cognome, paterno e materno, al momento della nascita o al momento dell'adozione».

III. NON DISCRIMINAZIONE FRA I SESSI E UNITÀ DELLA FAMIGLIA.

Com'era prevedibile comunque anche a fronte di un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione rimane aperta, non solo per i limiti della pronuncia innanzi richiamata condizionata dal *petitum*, ma soprattutto perché sotto il profilo sostanziale la Corte non può invadere ambiti che competono al legislatore[20].

La strada comunque è tracciata e su questa via si innestano e l'ordinanza di Bolzano che rileva l'incongruenza di non consentire che la scelta possa ricadere sul solo cognome materno e l'ordinanza di auto rimessione della Corte, che allarga l'oggetto del sindacato di legittimità ponendosi l'interrogativo se possa considerarsi conforme a Costituzione l'automatismo che, in assenza di una scelta condivisa fra i genitori, prevede l'attribuzione del patronimico, ovvero se l'unica soluzione conforme a Costituzione sia l'opzione del doppio cognome. Le modalità con cui

19 Per quanto riguarda l'ipotesi di adozione c.d. legittimante, si applica la disciplina ordinaria essendo gli adottati assimilati ai figli (arg. art.27, comma 1°, l. 4 maggio 1983, n. 184, "Diritto del minore ad una famiglia").

20 Nel suo ampio saggio Troiano, S.: "Cognome del minore", cit., p. 577, evidenzia come in realtà la pronuncia della Corte, per ovvie ragioni, lasci aperti non pochi 'punti critici', fra i quali, quello dell'ordine dei cognomi, quello della trasmissione del doppio cognome alle generazioni successive (l'A. opterebbe per il mantenimento del cognome paterno), quello della delimitazione dell'autonomia dei genitori con riferimento alla scelta del cognome da attribuire ai figli nati successivamente, e infine quello della salvaguardia dell'unità del nucleo familiare in considerazione del fatto che i figli già esistenti portano il cognome paterno.

è posto il quesito lasciano intendere che la Corte sul punto ha già deciso per il ribaltamento della regola a tutt'oggi vigente.

Ma occorre procedere in modo graduale e valutare, per un verso, quali sono i valori costituzionalmente garantiti che hanno condotto il giudice delle leggi a questa svolta e, contestualmente, rappresentarsi i diversi interessi che entrano in gioco nella vicenda e dei quali il legislatore, il cui intervento sarà reso improcrastinabile dalla pronuncia della Corte, dovrà tenere in considerazione nel regolamentare la materia.

Prima di procedere nel senso tracciato, mi sia consentito porre l'accento su una serie di circostanze che non solo hanno messo in discussione il radicamento del patronimico nella cultura e nella tradizione italiana – radicamento che lo aveva visto uscire indenne sia dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, sia dalla più recente novella in materia di filiazione[21] – e concorso al relativo superamento nel nostro ordinamento, ma che, a mio modesto avviso, hanno in parte determinato un cambio di baricentro.

Non è forse casuale che la questione della compatibilità della regola con il principio di eguaglianza dei sessi e di non discriminazione fra uomo e donna, già sollevata dalla più attenta dottrina all'indomani dell'entrata in vigore della Carta costituzionale[22], torni alla ribalta proprio in un momento in cui anche su altri fronti il principio dell'unità familiare, riferito invero dall'art. 29 C. alla famiglia (nucleare) fondata sul matrimonio, è stato messo duramente alla prova, almeno secondo quella che era la sua valenza/accezione originaria. Solo a titolo esemplificato, appare opportuno richiamare, da un lato, l'avvento del divorzio e l'introduzione/affermazione di forme 'contrattuali' di scioglimento del vincolo coniugale[23], da cui discende la possibilità che due stessi individui possano essere nel corso della loro esistenza impegnati in diversi rapporti matrimoniali o in relazioni di fatto[24], dall'altro, l'equiparazione dei figli nati fuori dal matrimonio ai figli c.d. legittimi e la sostituzione della potestà con la responsabilità genitoriale, con quanto ne consegue rispetto alla modulazione e alla delimitazione dei doveri dei genitori in ordine allo sviluppo del minore.

21 Non è possibile in questa sede soffermarsi sulla genesi del patronimico in relazione all'affermarsi del potere dei gruppi familiari soprattutto in epoca comunale (cfr., al riguardo, Spagnesi, E., "Nome (storia)", *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 293 ss.). Del profondo radicamento sociale di tale prassi è ulteriore manifestazione il fatto che essa permane, a differenza di quanto avvenuto in altri ordinamenti, al cui interno l'adeguamento della disciplina del cognome della prole a logiche paritarie e di rispetto dell'identità personale è avvenuto in tempi più remoti e sicuramente più celeri.

22 Per una sintesi si rinvia a Paradiso, M.: "I rapporti personali tra coniugi", cit., p. 116 ss.

23 In tema Chiappetta, G.: "La "semplificazione" della crisi familiare: dall'autorità all'autonomia", in P. Perlingieri – S. Giova (a cura di), *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, in Atti del 13° convegno nazionale (Napoli, 3-4-5 maggio 2018), Napoli, 2019, p. 435 ss.

24 Sul punto mi limito a richiamare il recente scritto di Sesta, M.: "Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio", *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 1177, part. p. 1183 ss., che ben sintetizza il fenomeno.

Com'è stato puntualmente notato, alla luce delle più recenti riforme in ambito di diritto di famiglia, il valore programmatico dell'unità della famiglia si ricostruisce attorno al rapporto di filiazione[25].

In buona sostanza i frammenti della famiglia nucleare, quale società naturale non necessariamente fondata sul matrimonio[26], si ricompongono attorno alla prole e in funzione del perseguimento degli interessi di quest'ultima.

Ora è indubbio che tanto la crisi di un modello familiare fortemente ancorato alla figura del *pater familias*, quanto la centralità assunta dai figli non possono non comportare delle implicazioni rispetto al tema del cognome. È proprio in una logica di superamento di istanze contrapposte, peraltro, che il diritto costituzionalmente garantito all'identità personale assume rilevanza e va ricostruito avendo attenzione più che all'interesse dei genitori in capo ai quali, nel passaggio dall'automatismo del patronimico alla scelta condivisa, potrebbero prevalere istanze egoistiche (necessità di identificare, nel trapasso generazionale della ricchezza, patrimoni o aziende con il cognome del casato materno, ragioni estetiche o di gusto legate a una certa combinazione nome-cognome, ecc.) alla posizione del minore. Ne discende che la prospettiva secondo cui la scelta va fatta deve essere lungimirante. In buona sostanza, essa non può essere affidata ai capricci del momento, ma deve essere ponderata alla stregua di parametri obiettivi, che tengano conto dell'interesse superiore del minore[27].

A tal proposito, *de iure condito*, un'indicazione di principi può desumersi – al netto dei limiti a cui l'interpretazione costituzionalmente orientata ha tentato di sopperire – proprio da quanto disposto dall'art. 262 c.c. e segnatamente dai due commi che disciplinano l'ipotesi in cui il minore viene riconosciuto in tempi successivi alla nascita – da uno o da entrambi i genitori – e si tratta di 'sostituire' il cognome che l'ufficiale della stato civile gli ha attribuito al momento della nascita. Dal combinato di tali norme mi sembra che si possano evincere in primo luogo il riconoscimento del *nomen*, inteso come strumento di identificazione dell'identità personale del soggetto; in secondo luogo, la priorità dell'interesse del figlio, non solo

25 Così Paradiso, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1310; Id.: "Filiazione, stato di figlio e gruppi familiari tra innovazioni normative e riforme annunciate", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, p. 113 ss.; Sesta, M.:, "Matrimonio e famiglia", cit., p. 1199; Gorassini, A.: "Relazioni affettive a struttura variabile non frattale: qual è il confine ultimo del concetto giuridico di famiglia?", *Persona e mercato*, 2020, p. 329 ss.

26 In tema le puntuali riflessioni di Gorassini, A.: "Convivenze di fatto e c.d. famiglia di fatto. Per una nuova definizione dello spazio topologico di settore", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 875 ss.

27 Sul punto specificamente si è espressa Giardina, F.: op. cit., p. 141, che all'indomani della pronuncia Cusan-Fazzo vs Italia mette in guardia contro il rischio che «il movente che evoca in diritto esigenze di parità tra genitori non si cura di fatto della condizione del figlio, che appare ancora destinatario di una scelta». Sulla definizione del superiore interesse del minore la bibliografia è sterminata, ci si limita a richiamare, da ultimo, gli scritti di Scalisi, V.:, *Il superiore interesse del minore. Ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 405 ss.; Di Landro, *Best interest of the child* e tutela dei minori nel dialogo tra legislazione e giurisprudenza, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2020, p. 451 ss.; Senigaglia, R.: *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, p. 155 ss.

rispetto alla scelta dell'ufficiale dello stato civile, ma anche rispetto alla possibilità di conservare quello originario o di modificarlo con l'aggiunta del cognome del genitore/i che ha/hanno effettuato il riconoscimento o nei cui confronti è stata accertata giudizialmente la filiazione; e infine la ricorribilità all'intervento di un terzo e segnatamente del giudice, nel caso in cui si tratti di minore e al diritto di ascolto di quest'ultimo[28].

Ora se è vero che tali precise prese di posizione in ordine alla fattispecie del tutto peculiare di cui all'art. 262, commi 3° e 4°, c.c. possono considerarsi estrinsecazioni di alcuni valori a cui dovrebbe ispirarsi un'eventuale legge di riforma e in quanto tali fornire utili indicazioni, esse rappresentano pur sempre – secondo la logica originaria del legislatore – l'adattamento ad una specifica situazione di un modello fondato sul patronimico, e in quanto tale non sempre rispettoso di tutti gli interessi i gioco.

Dalle norme richiamate, per esempio, sembra non evincersi l'interesse dei genitori a vedere nel figlio la continuazione del proprio 'casato', nel senso di sintesi di valori e tradizioni di cui ogni gruppo familiare è portatore. Interesse che resta, se consideriamo la disposizione in oggetto, affidato ai due primi commi e che oggi, alla stregua dell'interpretazione costituzionalmente orientata proposta dalla Corte, individua nell'accordo fra i genitori il momento di sintesi delle rispettive istanze.

IV. IL POSSIBILE EPILOGO E LE PROPOSTE DI RIFORMA IN CAMPO (IL D.D.L. BOLDRINI).

Passando al piano *de iure condendo*, vale la pena segnalare all'inizio della XVIII legislatura la riproposizione con alcune modifiche e integrazioni, per iniziativa della deputata Boldrini, del disegno di legge che nel corso della precedente si era arenato presso la commissione Giustizia del Senato e avente a oggetto la modifica di alcune norme del codice civile e la regolamentazione organica della disciplina dell'attribuzione del cognome alla prole[29]. Nonostante l'attenzione verrà

28 Troiano, S.: "Cognome del minore", cit., p. 572, rileva al riguardo una contraddizione da parte del legislatore che, ai fini del riconoscimento successivo alla nascita, prescrive il consenso del minore che abbia già raggiunto l'età di quattordici anni, mentre con riferimento all'assunzione del nome si limita a prevedere il diritto all'ascolto di quest'ultimo abbassando comunque l'età di riferimento a dodici anni o ad un'età inferiore, compatibilmente al possesso della capacità di discernimento.

29 PROPOSTA DI LEGGE, n. 106, Presentata il 23 marzo 2018, d'iniziativa della deputata Boldrini, "Modifiche al codice civile e altre disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli"
Art. 1. (Introduzione dell'articolo 143-quater del codice civile, in materia di cognome del figlio nato nel matrimonio).
1. Dopo l'articolo 143-*ter* del codice civile è inserito il seguente:
«Art. 143-*quater*.- (Cognome del figlio nato nel matrimonio).- I genitori coniugati, all'atto della dichiarazione di nascita del figlio, possono attribuirgli, secondo la loro volontà, il cognome del padre o quello della madre ovvero quelli di entrambi nell'ordine concordato. In caso di mancato accordo tra i genitori, al figlio sono attribuiti i cognomi di entrambi i genitori in ordine alfabetico.

concentrata sul d.d.l. Boldrini appare doveroso segnalare che, sempre sulla falsa riga del progetto approvato dalla Camera nel corso della precedente legislatura, ma in tempi più recenti, un gruppo di senatori (capofila la senatrice Binetti) si è fatto promotore di un'ulteriore iniziativa legislatura per molti versi sovrapponibile

I figli degli stessi genitori coniugati, nati successivamente, portano lo stesso cognome attribuito al primo figlio.
Il figlio al quale è stato attribuito il cognome di entrambi i genitori può trasmetterne al proprio figlio soltanto uno, a sua scelta».
Art. 2. *(*Modifica dell'articolo 262 del codice civile, in materia di cognome del figlio nato fuori del matrimonio*).*
1. L'articolo 262 del codice civile è sostituito dal seguente:
«Art. 262.- (Cognome del figlio nato fuori del matrimonio).- Al figlio nato fuori del matrimonio e riconosciuto contemporaneamente da entrambi i genitori si applicano le disposizioni dell'articolo 143-*quater.*
Se il riconoscimento è fatto da un solo genitore, il figlio ne assume il cognome.
Quando il riconoscimento del secondo genitore avviene successivamente, il cognome di questo si aggiunge al cognome del primo genitore. A tale fine sono necessari il consenso del genitore che ha effettuato per primo il riconoscimento e quello del minore che abbia compiuto i quattordici anni di età. Le disposizioni del terzo comma si applicano anche quando la paternità o la maternità del secondo genitore è dichiarata giudizialmente. In caso di più figli nati fuori del matrimonio dai medesimi genitori, si applica quanto previsto dall'articolo 143-*quater*, terzo comma. Al figlio al quale è attribuito il cognome di entrambi i genitori si applica quanto previsto dall'articolo 143-*quater*, quarto comma».
Art. 3. *(*Modifiche agli articoli 299 del codice civile e 27 della legge 4 maggio 1983, n. 184, in materia di cognome dell'adottato).
1. L'articolo 299 del codice civile è sostituito dal seguente:
«Art. 299.- (Cognome dell'adottato).- L'adottato assume il cognome dell'adottante e lo antepone al proprio. Nel caso di adottato con due cognomi, a norma dell'articolo 143-*quater*, egli indica quale dei due cognomi intende mantenere. Se l'adozione avviene da parte di coniugi, essi possono decidere concordemente il cognome da attribuire ai sensi dell'articolo 143-*quater.* In caso di mancato accordo, si segue l'ordine alfabetico».
2. Il primo comma dell'articolo 27 della legge 4 maggio 1983, n. 184, è sostituito dai seguenti:
«Per effetto dell›adozione l›adottato acquista lo stato di figlio degli adottanti. All'adottato si applicano le disposizioni dell'articolo 143-*quater* del codice civile».
Art. 4. (Cognome del figlio maggiorenne).
1. Il figlio maggiorenne, al quale è stato attribuito il solo cognome paterno o il solo cognome materno sulla base della normativa vigente al momento della nascita, può aggiungere al proprio il cognome materno o il cognome paterno con dichiarazione resa, personalmente o con comunicazione scritta recante sottoscrizione autenticata, all'ufficiale dello stato civile, che procede all'annotazione nell'atto di nascita.
2. Il figlio nato fuori del matrimonio non può aggiungere al proprio il cognome del genitore che non abbia effettuato il riconoscimento ovvero la cui paternità o maternità non sia stata dichiarata giudizialmente.
3. Nei casi previsti dal comma 1 non si applicano le disposizioni previste dal titolo X del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.
Art. 5. (Modifiche alle norme regolamentari in materia di stato civile*).*
1. Con regolamento emanato, su proposta del Ministro dell'interno, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono apportate alla disciplina dettata in materia di ordinamento dello stato civile dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, le modificazioni necessarie per adeguarla alle disposizioni di cui alla presente legge.
Art. 6. (Clausola di invarianza finanziaria).
1. Dall'attuazione delle disposizioni di cui alla presente legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Le pubbliche amministrazioni interessate provvedono ai compiti previsti dalla presente legge con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.
Art. 7. (Disposizioni finali).
1. Le disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 3 si applicano alle dichiarazioni di nascita rese dopo la data di entrata in vigore del regolamento emanato ai sensi dell'articolo 5 e alle adozioni pronunciate con decreto emesso dopo la medesima data.
2. Le disposizioni di cui all'articolo 4 si applicano alle dichiarazioni rese all'ufficiale dello stato civile dopo la data di entrata in vigore del regolamento emanato ai sensi dell'articolo 5.
3. Il genitore del figlio minorenne nato o adottato prima della data di entrata in vigore del regolamento emanato ai sensi dell'articolo 5 può domandare all'ufficiale dello stato civile che al cognome del figlio sia aggiunto il cognome materno, secondo la procedura stabilita dal regolamento medesimo. Sono necessari il consenso di entrambi i genitori, salvo che uno di essi non sia più vivente, e del figlio minorenne qualora abbia compiuto il quattordicesimo anno di età.

all'altra, fatta eccezione della mancata previsione della possibilità che i genitori possano scegliere di attribuire al figlio solo un cognome[30].

Non è questa la sede più opportuna per procedere ad un commento puntuale degli articoli del d.d.l. Boldrini, il quale potrà subire ulteriori modificazioni nel passaggio parlamentare e il cui contenuto, a mio modesto avviso, dovrebbe essere esaminato nell'ambito di una commissione all'uopo costituita che ne valuti i presupposti, la compatibilità con i valori costituzionali considerati nel loro complesso, le eventuali connessioni con altri istituti del diritto civile e le implicazioni sul piano pratico.

Esso rappresenta purtuttavia un precedente con cui confrontarsi anche alla luce del fatto che alcune delle soluzioni che esso propone sono già state adottate dalle normative di altri paesi europei e in qualche modo anticipate giurisprudenza della Corte costituzionale.

La svolta copernicana rispetto alla normativa vigente, valida sia per la filiazione nata nel matrimonio che per quella nata fuori, è rappresentata dal fatto che la determinazione del cognome non è più affidata a un automatismo (patronimico o cognome di entrambi), chiamato ad operare solo qualora i genitori non riescano a trovare un accordo, quanto piuttosto alla scelta dei genitori[31].

Secondo tale disegno di legge, i genitori al momento della dichiarazione di nascita possono scegliere di comune accordo se attribuire alla prole il cognome di uno dei due genitori, o quello di entrambi nell'ordine dagli stessi stabilito. L'unico limite all'autonomia dei soggetti è rappresentato dal fatto che qualora questi abbiano operato un certo tipo di scelta per il primo figlio dovranno adottare la medesima soluzione per i figli successivi. Tale regola serve ad evitare che figli della medesima coppia portino cognomi diversi (art. 143 *quater*, commi 1° e 2°).

A sua volta il figlio nel caso di doppio cognome, al momento di individuare il cognome da attribuire alla propria discendenza dovrà scegliere quale dei due portare in dote nella "trattativa" col proprio partner (art. 143 *quater*, comma 3°).

30 Disegno di legge d'iniziativa dei Senatori Binetti, Caliendo, Rizzotti, Masini, Giro, Craxi, Mallegni, Pichetto Fratin, Barboni, Serafini, De Poli e Saccone, comunicato alla Presidenza Il 17 Febbraio 2021: Modifiche al codice civile in materia di cognome dei figli.

31 Attraverso il riconoscimento della centralità dell'accordo fra le parti si condivide per certi versi la posizione di quei paesi europei che prevedono che i coniugi individuino il c.d. cognome della famiglia. In senso critico si è espresso, da ultimo, Troiano, S., "Il cognome dei figli ancora al vaglio della Consulta", cit., p. 602 ss., il quale ritiene che l'opzione di affidare in prima battuta ai genitori la scelta del cognome delle prole, verso cui sembra orientata la Corte costituzionale, contrasterebbe con il principio di salvaguardia dell'unità familiare e non sempre perseguirebbe il migliore interesse del minore. Tali perplessità appaiono pienamente condivisibili. Ma al riguardo si rinvia a quanto si dirà nel prosieguo.

Non diversamente dalla regola ad oggi vigente, il progetto di riforma prevede, nel caso di figlio nato fuori dal matrimonio e qualora il riconoscimento non sia avvenuto da parte di entrambi i genitori al momento della nascita, che il figlio assuma il cognome del genitore che lo riconosce (per primo) e nel caso di successivo riconoscimento da parte dell'altro, che il cognome di quest'ultimo si aggiunga a quello precedente, ma a condizioni ben precise.

A differenza del vigente art. 262, comma 2°, c.c., invero, che, disciplinando la peculiare ipotesi in cui il riconoscimento del padre avviene successivamente a quello della madre, sancisce – secondo la logica di prevalenza del patronimico – che il cognome del padre può essere anteposto, aggiunto a quello della madre ovvero sostituire quest'ultimo, il d.d.l., prevede, affinché il cognome di colui che ha effettuato il riconoscimento in un secondo momento possa essere aggiunto a quello originario, il consenso dell'altro genitore e quello del minore che abbia compiuto i quattordici anni.

Quest'ultima disposizione[32], applicabile anche nei caso in cui la genitorialità è stata giudizialmente dichiarata, rischia di introdurre un'ingiustificata sperequazione fra i due genitori in ragione dell'anteriorità del riconoscimento, (speraquazione) non sempre giustificata da una riprovazione di ordine morale (si pensi, per un verso, ad una gravidanza tenuta celata al padre biologico ovvero, per altro verso, al rifiuto temporaneo di una madre a voler riconosce il frutto di una relazione 'malata'). Il subordinare l'aggiunta del cognome del secondo genitore al consenso del figlio e a quello di chi ha effettuato per primo il riconoscimento attribuisce a quest'ultimo un potere discrezionale che mal si concilia con i principi di parità e di non discriminazione e, più in generale, con l'interesse del genitore a vedere proseguire nella propria creatura, anche attraverso l'attribuzione del cognome, la propria genia, senza considerare che in tal caso potrebbe non tenersi conto di quello che è l'effettivo 'interesse' del minore.

La necessità del consenso del genitore che per primo ha effettuato il riconoscimento potrebbe rinvenire una sua giustificazione nel tentativo di ricostruire in via surrettizia l'accordo fra le parti che è mancato al momento della nascita. Il consenso successivo, però, non può supplire, vista la diversità delle due fattispecie e i diversi conflitti qui in gioco, al mancato accordo iniziale e rischierebbe con l'assolvere a una funzione per così dire punitiva. Anche perché il d.d.l. nulla dispone in merito ad un eventuale diniego di uno o di entrambi i soggetti e l'ultimo comma dell'art. 262 c.c., che contempla il ricorso al giudice nei casi di minore di

32 La norma trova, invero, una sua corrispondenza nell'art. 250, commi 2° e 3°, c.c., che fanno dipendere l'efficacia del riconoscimento dall'assenso dell'interessato nel caso in cui questi abbia raggiunto una certa età o dal genitore che per primo abbia effettuato il riconoscimento nell'eventualità in cui si tratti di minore di quattordici anni. Parte della dottrina si è interrogata sulla compatibilità con la Costituzione della disposizione da ultimo richiamata, per un'esaustiva sintesi delle posizioni degli autori in merito si rinvia, comunque, a Bianca, C. M: "Diritto civile, 2.1, La famiglia", cit., p. 409 s.

età, sembrerebbe abrogato dal nuovo testo. Si trascura, peraltro, di considerare in questa sede che una disposizione di tale contenuto potrebbe innescare dinamiche ricattatorie sia in ordine al riconoscimento, sia in vista dell'acquisizione del ruolo di successibile che mal si conciliano con l'intento che la riforma sembrerebbe perseguire di tutela della posizione del minore.

Degna di nota appare anche la piena estensione ai figli adottivi della disciplina prevista dall'art. 143 *quater* con riguardo alla filiazione all'interno del matrimonio; estensione operata attraverso la proposta di modifica dell'art. 27, comma 1°, della legge 4 maggio 1983, n. 184. A ben vedere qui la lettera della formula contenuta nell'articolo attualmente vigente ove si fa un generico riferimento all'assunzione da parte dell'adottato del cognome degli adottanti di per se non sarebbe in contrasto con il dettato costituzione se non fosse che essa è comunemente interpretata in senso restrittivo quale semplice rinvio alla regola applicabile ai figli della coppia coniugata.

Il d.d.l. in esame non affronta, invece, il tema del cognome con riferimento alla c.d. adozione nei casi particolari, ricorrendo la quale, per vero – almeno si si guarda alle ipotesi contemplate dall'art. 44, l. 4 maggio 1983, n. 184 – un problema di individuazione del cognome da attribuire all'adottato non si pone[33]. La questione potrebbe assumere una qualche rilevanza e attualità in considerazione del fatto che all'istituto richiamato vengono da ultimo ricondotte fattispecie di nuova emersione non ascrivibili a fattispecie normate e qualificate come ipotesi di genitorialità di fatto o sociale[34]. In tali casi probabilmente si potrà procedere – un volta consacrati i principi regolatori della materia – applicando la disciplina che sia in grado di garantire un giusto equilibrio fra i diversi interessi in gioco.

La proposta di legge prosegue, poi, attraverso la riscrittura di una delle disposizioni che di recente è stata oggetto dell'attenzione della Corte costituzionale, l'art. 299 c.c., relativo al cognome dell'adottato maggiorenne. Come già accennato, con la pronuncia 286/2016 la Corte, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata, aveva ammesso la possibilità che in virtù dell'accordo dei coniugi l'adottato assumesse il cognome di entrambi. La corrispondente disposizione, nell'ottica di evitare che un soggetto sia portatore di più di due cognomi, affida ai coniugi il compito di scegliere quale dei due cognomi l'adottato dovrà aggiungere al proprio, stabilendo che in caso di disaccordo si procederà secondo l'ordine

33 Salvo a ritenere che, mutato il quadro di riferimento generale (superamento del patronimico) e individuati nuovi valori a cui ancorare la scelta del cognome, possa rilevarsi opportuno per l'adottato aggiungere al proprio cognome quello dei genitori adottivi, quale elemento identificativo della propria persona in quanto appartenente ad un nuovo e diverso nucleo familiare.

34 Per l'individuazione di talune fattispecie ricondotte alla c.d. genitorialità sociale si rinvia, fra gli altri, a Ferrando, G., "L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, p. 85 ss.; e Cinque, M.: "Quale statuto per il "genitore sociale"?", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1475 ss.

alfabetico; sempre a salvaguardia della medesima esigenza, nell'eventualità in cui l'adottato sia già identificato con due cognomi, per effetto della riforma, spetterà a quest'ultimo decidere quale conservare.

Le altre disposizione del disegno di legge, tutte di estremo interesse, sono dirette a regolamentare il passaggio dal vecchio sistema di attribuzione del cognome al nuovo, sia l'art. 5 che detta la tempistica entro cui si dovrà provvedere all'adeguamento del Regolamento dell'Ordinamento dello stato civile, sia l'art. 4, che riconosce al figlio maggiorenne il diritto di aggiungere il cognome mancante, fissando una procedura semplificata rispetto a quella attualmente vigente, sia l'art. 7 comma 3°, che prevede – previo consenso di entrambi i genitori se viventi e dello stesso soggetto interessato se di età maggiore a quattrodici anni – l'estensione della regola del doppio cognome anche al figlio nato o adottato prima dell'entrata in vigore della modifica del Regolamento, sia infine l'art. 7, commi 1° e 2°, che stabilisce il momento dell'entrata in vigore della nuova normativa.

V. RICADUTE SUL PIANO SISTEMATICO E APPLICATIVO DELL'ABOLIZIONE DEL PATRONIMICO.

Le precedenti pagine non hanno la pretesa di sciogliere tutti i nodi interpretativi della proposta di riforma, né di rappresentare esaustivamente le implicazioni di carattere sistematico che una modificazione della disciplina in oggetto può comportare.

Il timore che un ulteriore intervento demolitorio della Corte costituzionale costringerà il Parlamento a intervenire d'urgenza e a varare una disciplina, che nasce già condizionata dai precedenti arresti del giudice delle leggi[35], mi sembra alquanto fondato.

Mi sia consentito in questa sede di dare pertanto un mio modestissimo contributo sulle ricadute che sul piano applicativo potranno determinare alcune scelte che allo stato attuale appaiono ineluttabili e gli effetti che il tramonto del patronimico potrà comportare sul diritto delle persone e della famiglia.

Sia i passaggi in Corte costituzionale che le proposte di riforma che si sono succedute nel corso dell'ultimo decennio fanno presagire l'adozione di un sistema di attribuzione del cognome che, abbandonato l'automatismo previsto dalla legge, attribuisce – sulla falsa riga di suggestioni di ordinamenti stranieri che sono già intervenuti sulla materia[36] – alla volontà concorde dei genitori la scelta della

35 Vedi Troiano, S.: "Cognome del minore", cit., p. 581 ss. La tesi è stata da ultimo ripresa da Troiano, S., "Il cognome dei figli ancora al vaglio della Consulta", cit., p. 602 ss.

36 Troiano, S.: "Cognome del minore", cit., p. 588 ss.

soluzione da adottare[37]; soluzione che però appare in qualche modo vincolata dalla legge, nel senso che essi potranno scegliere se apporre il cognome di uno dei due ovvero quello di entrambi e in tal caso fissarne l'ordine[38].

Ora anche se la scelta – così come oggi avviene per il nome – dovrà essere effettuata davanti all'ufficiale dello stato civile[39], viste la rilevanza che essa assume non solo ai fini della definizione dell'identità personale del figlio, ma anche in vista della relativa ascrivibilità all'uno o all'altro ceppo familiare (almeno per quanto attiene alla forza identificativa del cognome), è da ritenere che essa non sarà né potrà essere frutto di una decisione estemporanea delle parti[40].

In una visione ideale sarebbe auspicabile che essa costituisca il risultato di una ponderata valutazione da parte dei futuri genitori da collocarsi in una fase precedente al matrimonio o comunque in un tempo precedente alla nascita. Nel caso di filiazione all'interno del vincolo coniugale, invero, la scelta potrebbe essere formalizzata nell'ambito di un accordo prematrimoniale[41], e segnatamente in quella parte di siffatta tipologia di intese destinata a regolamentare i rapporti personali e a fissare i criteri per l'indirizzo della vita familiare[42]; parallelamente, nell'eventualità che si tratti di una procreazione fuori dal matrimonio e ricorrano i presupposti previsti dalla legge Cirinnà, la relativa decisione potrebbe rappresentare oggetto di un contratto di convivenza[43].

37 Nel senso dell'opportunità che "la preferenza del legislatore debba cadere sul regime di attribuzione ope legis e con la previsione inderogabile del doppio cognome" si è espresso Troiano, S.: "Cognome del minore", cit., p. 588 ss., essendo questa "l'unica soluzione che garantisce la piena eguaglianza all'interno della coppia" e pienamente rispondente "al principio di bigenitorialità".

38 Sul punto, come si è già avuto modo di evidenziare, la proposta c.d. Binetti lascia spazi limitati all'autonomia delle parti, nel senso che non prevede la possibilità di scelta del cognome di uno solo dei genitori.

39 Nel caso di adozione 'speciale'

40 Al riguardo Ballarani, G., "Disposizioni", cit., p. 748 ss., ritiene che la scelta del cognome "familiare" da trasmettere alla prole vada fatto al momento della celebrazione del matrimonio al pari di quanto avviene con riferimento alla scelta del regime patrimoniale; e che in mancanza di accordi si applichi "il criterio legale della precedenza del cognome maritale".

41 Per questa ragioni una scelta del legislatore che invertisse l'ordine di priorità e stabilisse la regola del doppio cognome quale criteri legale, operante in mancanza di una diversa pattuizione delle parti limiterebbe le occasioni di conflitto che sono insite nella scelta.

42 Il tema dell'ammissibilità e della portata dei c.d. accordi prematrimoniali – soprattutto per quanto attiene gli accordi in vista della crisi del rapporto – è materia di ampio dibattito all'interno della dottrina e oggetto del recente disegno di legge delega di riforma del codice civile, che prevede il riconoscimento di una fattispecie negoziale di più ampio respiro rispetto alla convenzione matrimoniale ex art. 162 c.c., la quale per causa e oggetto assolve alla funzione specifica di regolamentare – in deroga alla comunione legale – il regime dei beni in costanza di matrimonio (sul punto mi sia consentito un rinvio Cavallaro, M.: "Ratio e 'tipo' nelle convenzioni matrimoniali e nelle altre fattispecie di recente introduzione", *Giust. civ.*, 2020, p. 51 ss.).

43 Diversamente da quanto avviene nell'ambito del matrimonio, con riferimento al quale la convenzione matrimoniale assolve a una funzione specifica, sul fronte dei rapporti di convivenza, il c.d. contratto di convivenza, stipulato ai sensi dell'art. 1, comma 50, della l. n. 76 del 20 maggio 2016, potrebbe di per sé contenere anche disposizioni relative al cognome della prole. Invero, nonostante l'articolo 1, comma 50°, affidi al contratto di convivenza la funzione di fonte di regolamentazione dei rapporti patrimoniali, il comma 51 sub a), gli affida anche la funzione di formalizzare la scelta della residenza condivisa dalle parti, creando un precedente normativo rispetto alla possibilità di inserimento di ulteriori clausole che regolamentino altri profili di natura personale del vivere in comune.
Sulla non necessaria riconducibilità di tali atti alla fattispecie contrattuale si veda Cavallaro, M.: "Ratio e 'tipo', cit., p. 61 ss., a cui si rinvia per gli opportuni riferimenti bibliografici.

Proprio alla luce del capovolgimento della regola di attribuzione del cognome così fortemente radicata nella tradizione italiana e nel comune sentire, anzi, non è da escludere che il raggiungimento di un'intesa sul nome da assegnare al nascituro possa finire col condizionare la scelta matrimoniale o la decisione di mettere al mondo una creatura (o di accedere all'adozione). È vero c'è sempre la possibilità di lasciare operare il criterio legale, ma l'autonomia riconosciuta ai genitori di correggerlo attraverso l'opzione per un ordine diverso da quello alfabetico finisce con l'introdurre un ulteriore elemento di incertezza.

Da questo punto di vista, la soluzione che si va delineando in sede parlamentare alimenta, pertanto, il tema della rilevanza giuridica delle intese dirette a disciplinare profili non patrimoniali della vita di coppia nell'ambito del matrimonio e della convivenza, delle sedi e dei tempi di formalizzazione di tali intese, del relativo valore vincolante e della disciplina applicabile nell'eventualità di un loro superamento (per sopravvenienze) o di una disattenzione da parte di una delle parti[44].

La prospettiva da cui ci si muove però ci induce ad affrontare le questione in modo mirato a partire dall'individuazione di quali sono gli interessi che sottendono alla scelta cognome, se cioè entri in gioco solo l'interesse della prole ovvero se si debba tenere conto anche dell'interesse dei genitori.

Certamente un ruolo centrale assume l'interesse del minore, del quale i genitori già con la scelta del nome e del cognome concorrono a 'costruire' l'identità: se considerata da questo punto di vista la decisone effettuata dai genitori finisce col rientrare all'interno di quelle scelte mediante le quali gli stessi contribuiscono allo sviluppo fisico, psichico e civile del figlio (arg. art. 30 C. e 315 bis e 316 c.c.). Essi nell'assolvere ad un compito delicato e foriero di conseguenze future sono chiamati a spogliarsi delle proprie istanze egoistiche e cercare la soluzione che meglio di altre possa giovare a facilitare lo sviluppo integrale della personalità del minore (per esempio, l'attribuzione del cognome materno, legato al prestigio di una casata, potrebbe in taluni casi comportare conseguenze negative perché obnubila il ruolo della figura paterna nel processo educativo, ecc.).

Se quello della prole appare come l'interesse preminente non mi sembra possa escludersi a priori un interesse dei genitori, la cui sintesi si rinviene in un accordo ai sensi 144, comma 1°, c.c., costituendo pur sempre la scelta del cognome da attribuire alla prole una modalità di determinazione dell'indirizzo della vita familiare.

44 Il tema della rilevanza delle intese non patrimoniale nell'ambito dei rapporti fondati sull'affectio maritalis è stato di recente approfondito da Bivona, E.: "Libertà e responsabilità dei coniugi negli accordi personali", *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 848 ss., che affronta in modo compiuto le questioni innanzi accennate; per una prima trattazione del tema mi sia consentito rinviare a Cavallaro, M.: "Intese non patrimoniali fra coniugi", in *Familia*, 2003, p. 355.

L'avere ricondotto la questione del cognome da un lato nell'alveo di doveri nei confronti della prole e dall'altro all'interno degli accordi con cui coniugi o conviventi fissano, nel rispetto delle posizioni reciproche, l'indirizzo della vita familiare, consente di pervenire a una soluzione nell'ipotesi in cui sorga sul punto un contrasto insanabile. Tale contrasto non potrà certamente essere risolto dall'ufficiale dello stato civile, mentre potrà trovare adeguata composizione attraverso l'applicazione dell'art. 145 c.c., se si privilegia la posizione dei genitori, o dell'art. 316, comma 2°, c.c., se si guarda alla posizione del figlio.

L'incertezza in ordine e alle indicazioni che la Corte costituzionale non mancherà di dettare e alle scelte del legislatore, nonché il contesto e l'occasione di questa rapida trattazione di un tema di grande complessità mi inducono a sorvolare su altri profili della vicenda di non minore importanza, non ultima la questione della salvaguardia della continuità familiare che sembrerebbe gravemente compromessa dal fatto che i figli di una stessa coppia al momento di dovere definire il cognome da attribuire alla loro discendenza dovranno – almeno alla stregua degli ultimi progetti di riforma – optare per uno dei cognomi di cui sono portatori, con la possibilità che non tutti optino per lo stesso cognome, rendendo più difficile la ricostruzione delle parentele anche dal ramo paterno[45].

In chiusura mi sia comunque consentito trarre qualche rapida conclusione e osare un monito.

Quanto illustrato precedentemente ci consente di concludere per l'attualità di una concezione dinamica dell'unità familiare, che ruota attorno alla bigenitorialità e, in quanto tale, estensibile anche a forme di convivenza e di condivisione dei destini diverse da quelle fondate sul matrimonio.

Il presupposto per la trasmissione di un cognome resta quello della sussistenza del vincolo genitoriale, seguendo tale logica e in una prospettiva volta al superamento della disparità dei sessi dovrebbero assumere un valore marginale/eccezionale opzioni in cui il cognome non sia espressione della bigenitorialità (solo al fine di tutelare l'interesse del minore oppure in presenza di ipotesi di genitorialità sospesa ex art. 262, comma 3°, c.c. o dimezzata[46]).

45 Fra gli interessi che potrebbero entrare in gioco, nell'eventualità in cui i genitori optino per tramandare un solo cognome, vi è quello degli ascendenti dei due rami familiari. In realtà, nonostante come è stato puntualmente evidenziato da attenta dottrina l'interesse dei nonni ad intrattenere rapporti con i nipoti è funzionale allo sviluppo del minore (Bianca, M.: "Il diritto del minore all'«amore» dei nonni", *Riv. dir. civ.*, 2006. I. p. 155 ss.), difficilmente la posizione degli ascendenti potrà assumere rilevanza giuridica

46 La questione si pone anche con riferimento alla categoria dei c.d. figli non riconoscibili.

A ben vedere, l'identità di ciascun individuo si ricostruisce anche e in primo luogo attraverso le radici familiari, l'appartenenza ad una stirpe, e il cognome altro non è che la rappresentazione di tale appartenenza[47].

E d'altra parte l'ordinamento vigente se, da un lato, prevede già la possibilità di modificare il cognome (art. 89 ss. del d. P.R. 3 novembre 2000, n. 96 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile), qualora questo non sia identificativo della propria personalità, per altro verso, riconosce il diritto dell'individuo a conoscere le proprie origini (radici) e l'identità dei propri genitori biologici (art. 28, comma 5°, l. 4 maggio 1983, n. 184).

47 Cattaneo, G.: "Il cognome della moglie e dei figli", *Riv. dir. civ.*, 1997. II, p. 695; e più di recente Ballarani, G., "Disposizioni", cit., p. 143.

BIBLIOGRAFIA

Al Mureden, E.: "L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio" *Famiglia e diritto,* 2017

Astone F., "Il cognome materno: un passo avanti, non un punto d'arrivo, tra certezze acquisite e modelli da selezionare". *Giur. cost.,* 2017

Ballarani, G., "Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli (ddl n. 1628)", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2018

Bessone M.- Alpa G.- D'Angelo, A.- Ferrando G.: "La famiglia nel nuovo diritto", II ed., Bologna, 1980

Bianca, C.M.: "*Diritto civile, 2.1, La famiglia*", VI ed., Milano, 2017

Bianca, M.: "Il diritto del minore all'«amore» dei nonni", *Riv. dir. civ.,* 2006. I

Bigliazzi Geri L.- Breccia U.- Busnelli F.D.- Natoli, U.: "*Diritto civile, I, Norme soggetti, rapporto giuridico*", Torino 1987

Bivona, E.: "Libertà e responsabilità dei coniugi negli accordi personali", *Riv. dir. civ.*, 2020

Carbone, V.: "Per la Corte costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno, se i genitori sono d'accordo", *Corr. giur.*, 2017

Cavallaro, M.: "Ratio e 'tipo' nelle convenzioni matrimoniali e nelle altre fattispecie di recente introduzione", *Giust. civ.,* 2020

Cavallaro, M.: "Intese non patrimoniali fra coniugi", in *Familia*, 2003

Cattaneo, G.: "Il cognome della moglie e dei figli", *Riv. dir. civ.*, 1997. II

Cian, G.: "*Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*", in L.

Oppo G.- Trabucchi A.: (a cura di) *Commentario al diritto della famiglia,* I, 1, Padova, 1977

Chiappetta, G.: "*La "semplificazione" della crisi familiare: dall'autorità all'autonomia*", in P. Perlingieri P.- Giova S.: (a cura di), *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità,* in *Atti del 13º convegno nazionale* (Napoli, 3-4-5 maggio 2018), Napoli, 2019

Cicero, C., "Il diritto al cognome materno", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2018

Ciervo, A.: "Dal cognome patriarcale al cognome «patriarcale»? Evoluzioni giurisprudenziali in tema di doppio cognome al minore", *Riv. crit. dir. priv.,* 2009

Cinque, M.: "Quale statuto per il "genitore sociale"?", *Riv. dir. civ.,* 2017

De Cupis, A.: voce "*Nome e cognome*", Noviss. Digesto it., Torino, 1965

Di Landro A.C.: Best interest of the child e tutela dei minori nel dialogo tra legislazione e giurisprudenza, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2020

Favale, R.: "Il cognome dei figli e il lungo sonno del legislatore", in *Giur. it.,* 2017

Favilli C.: "«Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli»" *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I

Ferrando, G., "L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017

Fioravanti, C.: "Sul cognome della prole: nel perdurante silenzio del legislatore parlano le Corti", in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017

Giardina F., "Il cognome del figlio e i volti dell'identità. Un'opinione «controluce»", *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II

Gorassini, A.: "Relazioni affettive a struttura variabile non frattale: qual è il confine ultimo del concetto giuridico di famiglia?", *Persona e mercato*, 2020

Gorassini, A.: "Convivenze di fatto e c.d. famiglia di fatto. Per una nuova definizione dello spazio topologico di settore", *Riv. dir. civ.*, 2017

Ivone I.: "La problematica del cognome materno tra luci ed ombre", *Comparazione e diritto civile*, 2014

Lenti, L.: voce "*Nome e cognome*", Dig. disc. priv., sez. civ., vol. XII, Torino, 1995

Marino, G.: "L'attribuzione del cognome paterno viola la Costituzione?" *Diritto&Giustizia*, 2021

Paradiso, M.: "*I rapporti personali tra coniugi (artt. 143-148)", Il Codice Civile Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1990

Paradiso, M.: "*La comunità familiare*", Milano, 1984

PARADISO, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è", *Riv. dir. civ.*, 2016

SBISÀ, G.: "*Appunti sulla riforma del diritto di famiglia",* 1981

SCALISI, V.: "«Famiglia» e «Famiglie» in Europa", *Riv. dir. civ.,* I, 2013

SCALISI, V.: Il superiore interesse del minore. Ovvero il fatto come diritto, in *Riv. dir. civ.*, 2018

SENIGAGLIA, R.: *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020

SESTA, M.: "Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio", *Riv. dir. civ.*, 2020

SPAGNESI, E., "*Nome (storia)"*, Enc. dir., vol. XXVIII, Milano, 1978

STEFANELLI S.: "*Diritto all'identità*", in (a cura di A. SASSI-F. SCAGLIONE-S. STEFANELLI) *Le persone e la famiglia, 4, La filiazione ei minori, Tratt. dir. civ. diretto da Sacco*, Torino, 2018

TRIMARCHI, M.: "Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma", *Famiglia e diritto*, 2013

TROIANO, S.: "Il cognome dei figli ancora al vaglio della Consulta", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I

TROIANO, S.: "Cognome del minore e identità personale", *Jus civile,* 2020

QUO VADIS DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER. UNA MIRADA DESDE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUBA DE 1976 AL TEXTO VIGENTE.

QUO VADIS RIGHT OF DISPOSITION ON THE CORPSE. A LOOK FROM THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF CUBA OF 1976 TO THE CURRENT TEXT.

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 584-607

Jorge
ENRIQUEZ
SORDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Hasta la entrada en vigor de la Constitución cubana de 2019 el ordenamiento jurídico adolecía de una orfandad legislativa en sede de derechos inherentes a la personalidad, al menos de un catálogo expreso de estos. Con este artículo intentamos dilucidar qué ha representado la promulgación del citado texto para el derecho de disposición sobre el cadáver y en qué medida, se puede hablar o no de un reconocimiento del mismo en cuanto derecho personalísimo.

PALABRAS CLAVE: Derecho de disposición sobre el cadáver; derecho a la integridad física; derechos inherentes a la personalidad; Constitución.

ABSTRACT: *Until the entry into force of the Cuban Constitution of 2019, the legal system suffered from a legislative orphanage based on rights inherent to personality, at least from an express catalog of these. With this article we try to elucidate what the promulgation of the aforementioned text has represented for the right to dispose of the corpse and to what extent, one can speak or not of its recognition as a very personal right.*

KEY WORDS: *Right to dispose of the corpse, right to physical integrity; rights inherent to personality; Constitution.*

SUMARIO.- I. A FIN DE ESTABLECER UN PUNTO DE PARTIDA.- II. ¿ES POSIBLE HABLAR DE UN DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER EN CUBA?.- III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER.- 1. Naturaleza jurídica del derecho de disposición sobre el cadáver a la luz de la legislación cubana.- IV. QUO VADIS DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER. DE LA CONSTITUCIÓN DE 1976 A LA DEL 2019.- V. DERECHOS HUMANOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER.- VI. CONSIDERACIONES AD FINE. ¿QUÉ APORTA LA DOGMÁTICA DEL ARTÍCULO 46 AL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER?

I. A FIN DE ESTABLECER UN PUNTO DE PARTIDA.

La adopción de un nuevo texto constitucional en la República de Cuba abre las puertas a que corran chorros de tinta en el orden teórico a la vez que urge a la creación de nuevos cuerpos normativos en aras de derogar o modificar los vigentes en todo aquello que entre en contradicción o en que sea menester profundizar o crear. Además, de procurar alcanzar con ello la armonía necesaria que se predica en todo Estado de Derecho donde está vigente el principio de jerarquía constitucional.

También moviliza a los civilistas y los obliga a abordar los temas constitucionales que guardan relación con el Derecho Civil. Lo que tiempo atrás parecía impensable, ahora es una realidad, se abandonan las posturas defendidas desde compartimentos estancos y se comienza a estudiar las instituciones con una visión multidisciplinaria y transdisciplinaria. La línea que delimitaba el Derecho Constitucional del Derecho Civil en sede de derechos inherentes a la personalidad cada vez se hace más tenue y se llega a hablar de derechos fundamentales de la personalidad[1].

En lo que compete al derecho de disposición sobre el cadáver se ha de decir que la Constitución, como cuerpo normativo configurador de determinado Estado y reservorio de los principales valores y principios éticos y jurídicos que constituyen su sustrato normativo y axiológico, no ha sido la sede más propicia para consagrarlo; amén de señalar que ha resultado difícil su presencia en los Códigos civiles y cuestionada su existencia en cuanto derecho subjetivo y en tanto derecho inherente a la personalidad. Las posibilidades de actuación que encierra éste han tenido mayor presencia en normas administrativas, por muchos años ha

1 En este sentido se puede consultar De Verda y Beamonte, J. R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria", *Revista Boliviana de Derecho,* enero 2017, núm. 23, pp. 54-111.

• Jorge Enriquez Sordo
Máster en Bioética, Doctorando de Derecho en Universidad de Valencia, España. Correo electrónico: ensorjor@alumni.uv.es

ido de la mano de la costumbre, pero, sobre todo, su principal protagonismo en los últimos tiempos ha estado en el orden teórico y doctrinal.

Este contexto general no ha sido ajeno a Cuba, que es un país que se caracteriza por una considerable dispersión normativa en este campo, al punto que pudiera llegar a pensarse que nos encontramos ante múltiples derechos acorde con las diferentes facetas o posibilidades de actuación que encierra o desconocerlo totalmente. Y ha quedado en manos de la doctrina científica a través de la hermenéutica, de la creación intelectual de los juristas, recurriendo a un análisis holístico del entramado normativo, extraer la presencia de éste, defenderlo como una figura unitaria e intentar de *lege ferenda* una mejor regulación legislativa. La nueva Constitución es sin dudas un elemento importante y de peso en este análisis, refuerza la tesis que vengo defendiendo hace varios años y que he publicado en reiteradas ocasiones[2], de considerarlo como un derecho inherente a la personalidad, cuestión que era más difícil sostener acorde con la letra de su predecesora.

A partir de lo anterior, merece reflexionar en estas líneas sobre lo que significa el artículo 46 de la nueva Ley de Leyes para el derecho de disposición sobre el cadáver, viajar en el tiempo y comparar el antes y el después en sede constitucional. Sin embargo, antes de llegar ahí, se ha de comenzar el análisis valorando si podemos hablar en Cuba de un derecho de disposición sobre el cadáver; en segundo lugar, evaluar si estamos ante un derecho inherente a la personalidad; y, en tercer lugar, intentar defenderlo con esta naturaleza jurídica en la legislación cubana, además de ubicarlo dentro de las clasificaciones elaboradas por la doctrina en esta sede.

II. ¿ES POSIBLE HABLAR DE UN DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER EN CUBA?

Si se parte del examen aislado de la máxima ley civil, *prima facie*, se puede afirmar que no lo reconoce, pues no hay una mención expresa al mismo. En cuanto derecho inherente a la personalidad, tampoco es satisfactorio el resultado, toda vez que el Código Civil no contiene un catálogo de derechos personalísimos, más, si un artículo 38 que remite a la norma constitucional en alusión a los derechos de

2 *Verbi gratia*: Enriquez Sordo, J.: "¿Existe un derecho de disposición sobre el cadáver? Un estudio desde la realidad cubana en los ámbitos del derecho civil y la Bioética", *Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano,* 2017, núm. 1. Enriquez Sordo, J.: "Cuenta el ordenamiento jurídico cubano con herramientas suficientes para tutelar el derecho de disposición sobre el cadáver", en *Revista Boliviana de Derecho,* enero 2018, núm. 25, pp. 62-110.

esta naturaleza que están contenidos en ella[3], pero cuando se dirige la mirada a ésta última, tampoco se observa su existencia[4].

Por otra parte, si se consultan las normas administrativas, en materia de salud pública y sanidad, aflora el atisbo de lo que pudiera ser un derecho subjetivo sobre el cadáver. Y entonces sería válido formular la siguiente interrogante: ¿es posible extraer un derecho subjetivo de las citadas disposiciones jurídicas sobre la base del empleo de las definiciones brindadas por la doctrina en torno a esta categoría?

Para dar respuesta a esta cuestión, es menester dejar sentadas las premisas necesarias para interpretar la legislación cubana, sobre la base de determinar que se va a entender por derecho subjetivo. El tema de la conceptualización de esta figura ha sido harto polémico, partiendo de las concepciones radicales de Savigny y de Ihering, a la aceptación de posiciones intermedias, que pretenden mediante la búsqueda de un equilibrio entre la voluntad y el interés, dar una solución más práctica y omnicomprensiva de la realidad a la cual esta categoría va dirigida[5].

Me parece más acertado abrazar una teoría ecléctica, pues si de esta forma se logra tutelar la dignidad humana y se coadyuva al desarrollo integral de la personalidad, no hay ningún desmérito en ello. Por consiguiente, es deseable defender el derecho subjetivo como una posibilidad de actuación, que el ordenamiento jurídico concede al individuo, compuesta por una o más facultades que se agrupan en torno a su objeto, y que permiten satisfacer intereses humanos abstractamente considerados, admitiendo a su titular o a su representante

3 Dispone el artículo 38 del Código Civil que: "la violación de los derechos inherentes a la personalidad consagrados en la Constitución, que afecte al patrimonio o al honor de su titular, confiere a éste o a sus causahabientes la facultad de exigir: a) el cese inmediato de la violación o la eliminación de sus efectos, de ser posible; b) la retractación por parte del ofensor; y c) la reparación de los daños y perjuicios causados".

4 Al menos *ab initio*, cuestión que será analizada posteriormente con más detenimiento.

5 Sobre el derecho subjetivo expresa Orgaz, A.: *Derecho Civil Argentino. Personas Individuales*, Depalma, Buenos Aires, 1946, pp. 123-124, que: "…nosotros no admitimos que la mera tutela de un interés o de un bien jurídico (vida, libertad, honor, etc.) baste para configurar la existencia de un derecho subjetivo. La opinión contraria parte de la conocida definición de Ihering de que el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido, definición incorrecta desde que confunde el derecho con el objeto o fin a que él tiende. Para nosotros el derecho subjetivo es una facultad en cuya virtud el titular de ella puede hacer o querer algo en correspondencia con el Derecho objetivo y exigir de otro sujeto o de los demás el cumplimiento del deber correlativo a aquella facultad: se haya caracterizado, por tanto, por la pretensión que existe a favor del titular contra otro sujeto o contra los demás sujetos. Los dos elementos del derecho subjetivo son, en consecuencia, una facultad atribuida por la ley a un sujeto y en conexión con ella un deber a cargo de otro u otros, obligados a una cierta conducta a favor del titular de la facultad". En otro tono Castan Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral I. Introducción y Parte General. Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos*, vol. II, Reus, Madrid, 2007, p. 32, argumenta que: "El derecho subjetivo es la facultad o conjunto de facultades, con significado unitario e independiente, que se otorga por el ordenamiento jurídico a un ser de voluntad capaz o de voluntad suplida por la representación, para la satisfacción de sus fines o intereses, y autoriza al titular para obrar válidamente, dentro de ciertos límites, y exigir de los demás, por un medio coactivo, en la medida de lo posible, el comportamiento correspondiente". Más recientemente Albaladejo, Manuel.: *Derecho Civil I. Introducción y parte general,* Edisofer, Madrid, 2013, p. 299, ya distanciándose del voluntarismo expresa que: "Por derecho subjetivo entiendo un poder respecto a determinado bien (en sentido amplio, por tanto, bien moral o material, cosa, utilidad, comportamiento, etc.), concedido inicialmente por el Ordenamiento jurídico a la persona para la satisfacción de intereses dignos de protección".

ejercitarlo según su libre voluntad, así como exigir el respeto de su cumplimiento a los terceros, mediante acciones tendentes a ese fin o en sentido más general, contando con garantías que permitan su realización eficaz.

Una vez apuntado esto, examinaré su posible manifestación en nuestro ordenamiento jurídico. La norma rectora de esta materia en Cuba es la Resolución número 9 de 3 de febrero 1992 del Ministerio de Salud Pública, en la cual está contenido el Reglamento General sobre Manipulación de Cadáveres y Restos Humanos. De la lectura de su articulado, aunque no todo lo claro y expreso que se precisa, parece vislumbrarse una posibilidad de actuar, representativa de un posible derecho sobre el cadáver. En su artículo 39 se prescribe: "que podrán solicitar la cremación de un cadáver: a) Todo cubano en vida"; y en los demás incisos hace alusión a terceras personas. Más adelante recoge en el 59 que: "la inhumación de cadáveres sólo podrá efectuarse en cementerios legalmente autorizados y en cumplimiento de las disposiciones higiénicas sanitarias dictadas a tales efectos". Por lo que de una interpretación *sensu* contrario de este enunciado, se derivaría la existencia de un derecho a inhumar. Así como, un derecho a ser cremado, del anterior[6].

En este mismo sentido se pronuncia la Ley No. 51 de 1985 del Registro del Estado Civil, mostrándose favorable a su reconocimiento. La Ley dispone en el artículo 76 que: "inscripta la defunción de conformidad con lo establecido en el artículo anterior, el registrador del Estado Civil expedirá la licencia correspondiente, para proceder a la inhumación o cremación del cadáver". Esto hace pensar en la facultad de ejercicio, incluso de escogencia.

Por su parte la Norma Cubana de Cementerios de septiembre de 1986 dispone en el apartado 10.4.1. que se autoriza la cremación, previa práctica de autopsia; dispone, además, todo lo relativo a hornos, autorizaciones para establecerlo y transporte de cenizas o restos incinerados al extranjero. Estos preceptos también coadyuvan a la idea de considerar la existencia de un derecho a solicitar estos servicios[7].

La Resolución Ministerial número 169 de 1977 que instrumenta la posibilidad de que se realice la dación del cadáver para realizar investigaciones científicas;

6 Asimismo, la norma precedente, el Decreto Ley 54/1982, que regulaba la cremación, aunque de forma menos expresa, reconocía esta posibilidad en el artículo 59: "la cremación de un cadáver se autoriza, siempre que cuente con el consentimiento de la persona que falleció o de sus familiares, mediante autorización que podrá expedirse cuando existan hornos crematorios autorizados por la autoridad sanitaria competente para la incineración de cadáveres y restos humanos. La autorización será expedida a los administradores o responsables de los cementerios que tengan estas instalaciones".

7 En el apartado 10.4.1. dispone: "Las inhumaciones o cremaciones sólo se efectuarán en cementerios autorizados. Los restos y cenizas de cadáveres después de incinerados resultantes de la cremación y colocados en cajas adecuadas, podrán ser depositados en lugares públicos o monumentos con el previo permiso de la autoridad sanitaria competente. Las inhumaciones sólo se realizarán mediante autorización de las oficinas del Registro civil donde conste inscrita la defunción".

brinda también cierto poder de actuación sobre el cadáver[8]. Del mismo modo, en el Reglamento de la Ley de Salud Pública, Decreto 139 de 22 de febrero 1988 del Consejo de Ministros, se admite el derecho a donar órganos, sangre y tejidos humanos (una de las manifestaciones más evidentes del derecho de disposición sobre el cadáver reconocida por la legislación cubana)[9].

Al parecer, hasta aquí, asoma la faceta interna del derecho subjetivo sobre el cadáver, la de goce o ejercicio[10].

En correspondencia con lo anterior y siguiendo este estudio, pero enfocándolo ahora desde el ángulo de la facultad o elemento externo del derecho subjetivo; puede decirse que la legislación también la ampara; al reconocer la Resolución 9 de 3 de febrero de 1992, en su disposición final quinta: la posibilidad de que ante las violaciones de lo dispuesto en el Reglamento, se acuda a lo establecido en la legislación laboral, civil y penal vigentes, como medio de sancionar a aquellos que contravengan éste, y por extensión brinda protección a los sujetos titulares del derecho.

En sede civil, por la vía de la responsabilidad civil que se regula en el Código a partir del artículo 82 y que se apoya en la definición de acto ilícito, brindada

8 Su texto establece: "Disección de cadáveres humanos y la utilización de los mismos en investigaciones científicas. Primero: Instituto Superior de Ciencias Médicas. Institutos de Investigación Científica adscritos al Ministerio de Salud Pública, Universidades y Centros Universitarios adscritos al Ministerio de Educación Superior. Segundo: requisitos a) que el fallecido tuviera familiares que lo autorizaren. b) que el fallecido fuera extranjero y la reclamación para la inhumación o cremación no fuera presentada por los representantes diplomáticos del país correspondiente dentro de las 72 horas de haber sido notificados del fallecimiento), que el fallecido hubiera otorgado expresamente autorización. Quinto: No se autoriza cuando: a) no está identificado el cadáver, b) cadáver que presente putrefacción avanzada. c) cadáveres sujetos a disposición de instructores y fiscales actuantes. d) cadáveres de fallecidos de enfermedad infectocontagiosa, salvo autorización especial de autoridad sanitaria competente".

9 En su artículo 80 prescribe: "la donación de órganos, sangre y tejidos será un acto libre y de expresa voluntad del donante o de quien la presente, según el caso, realizado con fines humanitarios, y se acreditará con el Carnet de Identidad del donante" y, en su artículo 81: "podrán donar sus órganos y tejidos los mayores de 18 años de edad en el pleno uso de sus facultades mentales. Los menores de 18 años de edad no incapacitados podrán donar sus órganos y tejidos con la autorización del padre o la madre, o de su representante legal en ausencia de estos".

10 Resulta a estos fines muy completa la metodología que utiliza Castan Tobeñas, J.: "Derecho Civil", cit., pp. 32-33, al señalar los elementos que permiten determinar cuando estamos ante un derecho subjetivo. Éste nos dice que: "… la facultad o poder de que se trate tiene, a su vez, dos aspectos: 1.º La posibilidad o facultad de obrar válidamente (elemento interno del derecho subjetivo). 2.º La posibilidad o facultad de exigir de una, varias o las demás personas el comportamiento o deber correspondiente (elemento externo del derecho subjetivo). C) El ordenamiento jurídico, que, como expresión de la voluntad social o suprema, otorga y delimita esas posibilidades concedidas a la voluntad particular (elemento normativo). D) El interés, o fin de la vida, de naturaleza económica o moral, que el ordenamiento trata de proteger (elemento teleológico). E) Los diversos medios coactivos o de defensa-entre los que sobresale, como más importante, el derecho de acción-, que el ordenamiento facilita, en la medida de lo posible, para garantizar la efectividad del derecho subjetivo (elemento instrumental)". Por su parte Espín Cánovas, D.: *Manual de Derecho Civil Español I. Parte General*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, p. 102, expresa de forma más sintética que: "…el derecho subjetivo consta de varios elementos. Como poder jurídico que es, requiere un titular investido de él, al que denominamos sujeto del derecho subjetivo. Más, como el poder en que este consiste ha de recaer sobre algo, aquello sobre lo que el sujeto ejerce su poder se llama objeto del derecho subjetivo. Por fin, el conjunto de facultades que integran el poder jurídico del sujeto sobre el objeto, constituye el contenido del derecho subjetivo".

por el 81, resulta posible proteger y exigir el respeto de este derecho, ya que todo atentado contra su disfrute sería constitutivo de una intromisión dañosa en la esfera jurídica ajena. La legislación penal solo tutela las exhumaciones ilegales, mientras que la laboral nada dispone.

Los otros dos elementos que integran el concepto de derecho subjetivo, y que son necesarios para completar el análisis que voy desarrollando: los sujetos y el objeto; también están presentes en mayor o en menor medida en las normas *in comento*. El sujeto es la persona que va a ser cadáver y que en vida puede manifestar su voluntad en torno a la inhumación, cremación, etc. El objeto por su parte lo constituye el cadáver y sus partes, sobre los cuales las personas pueden disponer.

Hasta aquí, es posible afirmar que el ordenamiento jurídico cubano si reconoce un derecho subjetivo sobre el cadáver, aunque no con la mejor técnica jurídica, por lo que es necesario en la mayoría de los casos, un esfuerzo hermenéutico.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER.

Al reconocerlo como derecho subjetivo, surge un nuevo debate, si incluirlo dentro de los derechos patrimoniales (específicamente los de propiedad), o dentro de los personalísimos[11], según la naturaleza que se le conceda al cadáver,

11 En este punto me parece interesante el estudio de Gutiérrez y González, E.: *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, Porrúa, México, 1995, pp. 721, 984; autor bastante polémico en algunos de sus postulados, pero muy claro y directo en otros, incluye entre los derechos de la personalidad el derecho de disposición del propio cuerpo y del propio cadáver. Y señala: "Debo apuntar desde luego, que estimo que el Derecho al cadáver no debe en rigor corresponderle al individuo en sí, pues no puede tener derecho sobre lo que no es aún, y en el momento en que sea cadáver, deja de tener derechos por no ser ya, ser humano". Y más adelante agrega: "En realidad lo que se trata con este derecho, es de proteger el sentimiento o proyección psíquica del individuo sobre lo que habrá de ser su ahora cuerpo, después de que sobrevenga la muerte, pues siempre se ha tenido un respeto místico, una veneración al cadáver". Por su parte Díez Picazo, L., Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 335, son partidarios de considerar estos actos dispositivos como un derecho subjetivo personalísimo y al respecto comentan que "Sobre su cadáver, la persona posee un poder de disposición en orden a establecer tal destino. Por ejemplo, inhumación, incineración, etc. Es admisible igualmente destinar el propio cadáver a fines científicos o didácticos, siempre que se respeten las exigencias del orden público o que el destino establecido resulte conforme con las buenas costumbres y no repudiado por la conciencia social". También Cifuentes, S.: *Derechos Personalísimos,* Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 414, es defensor de la corriente personalista, luego, nos explica que "En suma: hay un derecho personalísimo sobre cosa futura con respecto al propio cadáver, limitado por los intereses públicos; ese derecho cuando se ejercita excluye el de los parientes, no requiere la manifestación por acto solemne testamentario, es unilateral y revocable, y solo se admite cuando no depende de contraprestaciones en dinero, es decir, cuando no es oneroso". Del mismo modo Albaladejo, M.: "Derecho Civil", cit., pp. 346-347, argumenta que: "Muerta la persona no puede ya hablarse de derechos de la misma, y su cadáver pasa a ser algo cuya naturaleza examinaré oportunamente. Sin embargo, cabe preguntar si el interesado tiene en vida un derecho de la personalidad que le permita disponer para el futuro del propio cadáver entero o de partes del mismo. La respuesta es que sí, pero la disposición no puede exceder de los límites que autoricen la ley, la moral y las buenas costumbres". Y añade, "Normalmente se refiere a los funerales o a la forma y lugar de sepultar el cadáver; pero también se puede destinar éste a otros fines (científicos, didácticos, etc.)". También incluye la extracción de órganos como parte del derecho. Asimismo resultan interesantes las reflexiones brindadas por Castiella Rodríguez, J. J.: "La Persona, el estado civil y el registro civil (I)",

que es el bien objeto de este derecho. El centro de atención se coloca ahora en torno a dilucidar la naturaleza patrimonial o extrapatrimonial del mismo y del bien sobre el cual recae.

Si se realiza una revisión del tratamiento que históricamente se les ha dado a los actos de disposición sobre el cadáver, por legisladores y estudiosos del tema, puede apreciarse con facilidad la evolución favorable que ha tenido su establecimiento. Se constata como van ampliándose los fines a dar al cuerpo y a sus partes, y se teoriza sobre la figura, buscándose su abstracción[12].

El hecho de analizar los derechos personalísimos desde la óptica del Derecho positivo, en especial el que tiene la persona sobre su cadáver, ha limitado su consagración normativa y doctrinal y de éste en particular, propugnándose su negación. Sin embargo, si se hace un análisis del mismo en el orden filosófico, y en el entramado de relaciones sociales que se repiten en la vida cotidiana, teniendo en cuenta los múltiples factores que pueden incidir en su ejercicio, y como corolario del respeto a la dignidad humana y posibilidad de actuación de la persona, necesaria para la culminación del desarrollo de su personalidad, se desprende con facilidad la necesidad de su existencia.

en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado I. Personas*, (coord. por J. J. Castiella Rodríguez), Aranzadi, Navarra, 2015, p. 151, cuando expresa "Aunque la muerte extingue la personalidad, el Ordenamiento jurídico sigue protegiendo la voluntad manifestada del fallecido, por medio del testamento u otra forma válida de disposición mortis causa, en orden a lo que deba hacerse tanto con su patrimonio, convertido en herencia; así como la voluntad manifestada del fallecido, por medio de las llamadas –voluntades anticipadas-, en orden a lo que deba hacerse con su cuerpo, convertido en cadáver". Más recientemente OLIVA Blázquez, F., Vázquez-Pastor Jiménez, L.: *Derecho Civil I. Parte General y Derecho de La Persona*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 107-108, ubican los trasplantes de órganos dentro del derecho a la integridad física, pero no hablan de un derecho de disposición sobre el cadáver, aunque pudiera entenderse implícito. Como derecho inherente a la personalidad lo reconocen algunos códigos civiles, *verbi gratia* el portugués, el brasileño, el del Estado canadiense de Québec, el peruano y el del Estado Libre y Soberano de Puebla. Por otra parte, no lo reconocen el Código Civil de la Federación Rusa de 12 de agosto de 1994, el de Chile, el de Honduras, el de Venezuela, el de España, el de Ecuador, el de Nicaragua y el de Francia. Tampoco el Código Civil cubano reconoce el derecho de disposición sobre el cadáver, su anteproyecto de 1982 tampoco lo hacía, sólo se refería en el capítulo 8, artículo 69 al derecho de autor y otros relacionados con la propiedad industrial. El anteproyecto seguía la línea del Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1964 que en su artículo 10 preceptuaba: "las personas jurídicas individuales pueden, de acuerdo con la ley, adquirir y poseer bienes personales; tienen el derecho a disfrutar de locales para vivienda y otros bienes; a heredar y testar; a elegir el tipo de ocupación y el lugar de residencia; a ser autores de obras de ciencia, literatura y arte; a hacer descubrimientos, invenciones, proposiciones de racionalización, así como poseer y disfrutar otros derechos de propiedad y derechos personales no relacionados con la propiedad". Se pudiera colegir que estaba implícito en esta última categoría, al estar vinculado este derecho con las relaciones personales puras, pero al no hacerse referencia expresa queda de la mano de la labor hermenéutica de los operadores jurídicos, con la correspondiente inseguridad que ello acarrea. Lamentablemente este precepto no llegó al proyecto que finalmente fue aprobado en Cuba.

12 Siguiendo esta línea argumental Gordillo Cañas, A.: *Trasplante de órganos: --pietas—familiar y solidaridad humana*, Civitas S. A., Madrid, 1987, p.34, sostiene que: "El ámbito de esta disposición –históricamente limitado en lo fundamental a la determinación del modo y circunstancias de la propia sepultura- se ve hoy significativamente ampliado en sus posibilidades y finalidad como consecuencia de la técnica quirúrgica de extracción y trasplante de órganos. La finalidad altruista del socorro a la vida y salud ajenas puede hoy animar el acto de última voluntad sobre el propio cuerpo. Es pacífico que en este punto la voluntad del fallecido es preferente a la de sus familiares: cualquier determinación de éstos supone el silencio de aquél. No vemos dificultades insuperables en considerar este acto de voluntad sobre el destino del propio cadáver como una derivación post mortem del derecho de la persona sobre su propio cuerpo".

Examinar el derecho de disposición sobre el cadáver a partir de los principales caracteres que se esgrimen por la doctrina como típicos de los derechos inherentes a la personalidad[13] es un ejercicio que nos ayuda a tomar mejor partido, a la hora de afirmar o negar su inclusión, dentro de esta categoría (recordando siempre que ello sólo es posible cuando se habla del derecho ejercitado por la propia persona en vida). En su auxilio me valgo de la sistemática seguida por Cifuentes en su valiosa monografía[14].

La primera característica utilizada por este autor se refiere a que los derechos personalísimos son derechos innatos[15]. Aplicado esto al derecho sobre el cadáver, pudiera pensarse *prima facie*, que el cadáver no es connatural al ser humano, pues éste en cuanto objeto aparece después de la muerte. Pero, de apreciarlo así, estaríamos simplificando el fenómeno, puesto que con ese razonamiento se obvia una realidad ineluctable; el hombre cuando dispone el destino final de su cadáver, en realidad de lo que está disponiendo es del cuerpo que lo acompañó durante toda su vida, y en atención al aprecio que le tiene a éste, es que procura destinarlo a una u otra suerte. El cuerpo muerto, no es sino un nuevo estado, de lo que fue un cuerpo vivo, que nació con el hombre y a través de él se hubo de manifestar, identificar e interactuar con la sociedad. Piénsese que cuando vemos un cadáver de alguien conocido decimos-éste es el cadáver de Pedro o de María- y cuando no lo conocemos decimos- ¿quién es el difunto? o ¿de quién es el cadáver? o ¿de quién se trata? Ergo, el cuerpo y el cadáver como nueva etapa de lo que fue el cuerpo vivo, se encuentra íntimamente vinculados entre sí y con la persona que albergaron, por lo que si se le aplicaría el expediente de ser innato.

13 Por ejemplo, Castan Tobeñas, J.: "Derecho Civil", cit., pp. 367-368, al hablar sobre los caracteres señala los de ser originarios o innatos, derechos subjetivos privados, derechos absolutos o de exclusión, derechos personales o extrapatrimoniales, irrenunciables e imprescriptibles. Por su parte Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M., Corripio Gil-Delgado, M. R.: *Manual de Derecho Civil. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2015, p.327, esgrimen los caracteres de innatos, privados, personalísimos, absolutos o de exclusión, inherentes a la propia persona del titular y es del criterio que esa inherencia se manifiesta en las características de intransmisibilidad, indisponibilidad, irrenunciabilidad, inexpropiabilidad, imprescriptibilidad e insubrogabilidad. Asimismo, Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil I. Derecho Privado. Derecho de la Persona*, (coord. por P. de Pablo Contreras), Colex, Madrid, 2015, pp. 565, 566, 567, habla de que son derechos innatos u originarios, no transmisibles, imprescriptibles, absolutos, extrapatrimoniales, indisponibles e irrenunciables. Interesante resulta también Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho Civil I. Parte General. Personas*, volumen II, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 59-60, considera que entre los caracteres se encuentran los de ser derechos innatos, derechos subjetivos privados, derechos absolutos o de exclusión, derechos inherentes a la persona por un nexo que puede decirse de naturaleza orgánica, intransmisibles, indisponibles, irrenunciables, imprescriptibles, inexpropiables e inembargables y no susceptibles de acción subrogatoria. Por último y de data más reciente, Pizarro Moreno, E.: "Los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Derecho Civil I. Parte General y Derecho de La Persona*, (coord. F. Oliva Blázquez y L. Vázquez-Pastor Jiménez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 105, tipifican como caracteres los de esenciales o inherentes, innatos, extrapatrimoniales y absolutos. Como se puede apreciar, con independencia de que cada autor realice su propia valoración al respecto y sigan una metodología particular, muchos de ellos tienden a repetirse, no obstante, ese común denominador que está presente fortalece la idea de que nos encontramos ante un derecho subjetivo que puede ser individualizado en cuanto categoría abstracta.

14 Cifuentes, S.: "Derechos", cit., pp. 176-188.

15 *Idem*, p. 176.

También Cifuentes habla de que estamos ante derechos vitalicios[16]. La persona es principio, desarrollo y fin; la misma nace y necesita desarrollar su personalidad, pero también sabe que un día dejará de existir, por lo que se preocupa estando viva, porque su cuerpo una vez muerto, tenga el merecido descanso, tenga el mejor trato, necesita a mi juicio tener la seguridad a lo largo de su vida, de que cuenta con la posibilidad de determinar este particular. Considero que también el derecho sobre el cadáver tiene una esencia vitalicia; mientras nos acompañe el cuerpo, nos acompañará la idea de que llegado el momento final se le debe dar el destino que mejor se estime. Además, el hombre no tiene certeza del momento en el cual va a morir, necesitando de esta posibilidad de actuación, en consecuencia, durante toda su existencia.

Una tercera cualidad es la de ser derechos necesarios[17]. En relación con el cadáver, reitero lo mismo que expuse *supra* al tratar de su existencia *ad vitam* y me muestro inclinado a considerar que se trata de un derecho necesario, y agrego que, si bien mientras éste exista, lo sigue, con su muerte sus reflejos lo acompañan, puesto que los terceros, familiares o no, tienen un deber de respeto a esa última voluntad, además de existir acciones tendentes a protegerla.

Según Cifuentes, estas tres particularidades citadas anteriormente, son las imprescindibles para catalogar a un derecho como personalísimo, ya que no la comparten otros derechos. El resto de los caracteres, si bien se usan para diferenciar a éstos, se pueden manifestar en otras situaciones jurídicas de poder, por consiguiente, ya en este punto del análisis, se puede sustentar la tesis, que el derecho que tiene la propia persona sobre su cadáver es inherente a la personalidad.

1. Naturaleza del derecho de disposición sobre el cadáver a la luz de la legislación cubana.

Ab initio debe descartarse la idea de que se refrende este derecho como de propiedad[18], pues ello daría al traste con los fundamentos del sistema económico,

16 *Ibidem*, p. 179.

17 *Ibidem*, p. 180.

18 Contrario a esta idea se muestra Borrel Maciá, A.: *La persona humana. Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, Bosch, Barcelona, 1954, p. 123, quien se pregunta: "¿El derecho de toda persona a disponer de su cadáver, en orden a su entierro, puede considerarse un derecho de propiedad?" y al mismo tiempo se responde: "En realidad se trata de un derecho especial. Con su ejercicio el cuerpo del causante se separa de los bienes del patrimonio del difunto, pero por sí sólo dista mucho de poderse considerar como dominical". Más recientemente, Espinoza Espinoza, J.: *Derechos de la personalidad,* Huallaga, Lima, 2001, p. 201, concibe que "El derecho sobre el cuerpo es un derecho humano o de las personas…" y añade a continuación que es un absurdo recurrir a la teoría de los derechos reales y explica que: "El Derecho en forma unánime considera al cuerpo y sus energías como un substrato de la personalidad, en manera alguna como objeto de derechos reales; por ello se manifiesta en desacuerdo con la comercialización de las partes del cuerpo, agregando que los actos de disposición obedecen a sentimientos humanitarios, y, por consiguiente, deben ser a título gratuito". En la doctrina jurisprudencial también se pueden encontrar pronunciamientos en contra. La Sentencia No. 162 de 1994

político y social imperante en Cuba; inspirado en el respeto a la dignidad humana, a los valores espirituales, defensor de la solidaridad y de la justicia social; además de que desconocería la tradición humanista que ha caracterizado al pueblo cubano.

En cambio, es más acertado enmarcar los actos de disposición sobre el cadáver dentro de la categoría del derecho subjetivo, específicamente en los que se refieren a los derechos personalísimos, cuando la persona lo ejercita en vida para que surta efectos esa manifestación después de su muerte[19].

IV. QUO VADIS DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER. DE LA CONSTITUCIÓN DE 1976 A LA DEL 2019.

El considerar el derecho de disposición sobre el cadáver como inherente a la personalidad en Cuba no es cuestión sencilla, pues parte de acometer un análisis

de la Corte Constitucional de Colombia estableció en su día que "(…) en todo caso, el derecho sobre el cadáver no puede fundarse en el concepto de dominio, ni siquiera en el de posesión jurídica. Un cadáver, dice, no es un bien susceptible de apropiación que pudiera ingresar al patrimonio individual. Las leyes han regulado la protección de los cuerpos de las personas fallecidas, pero nunca han reconocido el derecho de dominio sobre los mismos. Esta sola posibilidad repugna a los sentimientos y a los principios de respeto, veneración y culto a los muertos". En España, ya es reiterado el criterio de que los actos de disposición sobre el cadáver no pueden ser considerados como un derecho de propiedad. La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, 7 junio 1995, (AC 1995, 1280), estimó que: "…nadie puede ostentar un derecho de propiedad sobre él, cuyo destino normal, según conciencia general, es la de ser dejado a la paz del sepulcro, no siendo susceptible de apropiación alguna, como «*res extra comercium*» sujeta a normas de interés público y social…". La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, 9 diciembre 1998, (AC 1998, 2483), dispuso con semejante criterio, "Es claro que sobre el cadáver no hay en lo fundamental más margen de lícita actuación que el de proveer a sus honras fúnebres y a su digna sepultura. Ni es derecho de naturaleza real, pues, ni derecho de la personalidad el que se ostenta sobre él. Es indudable que sobre los restos mortales no puede haber derecho de propiedad o derecho de posesión, ya que el objeto de los derechos reales ha de estar dentro del comercio y los restos humanos no lo están, y se encuentran al margen de los susceptibles de apropiación". En igual sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, 17 enero 2000, (AC 2000, 505), expresa: "Es indudable que sobre los restos mortales no puede haber derecho de propiedad o derecho de posesión, ya que el objeto de los derechos reales ha de estar dentro del comercio y los restos humanos no lo están, y se encuentran al margen de los susceptibles de apropiación". Por su parte La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 2 julio 2003, (JUR 2008, 159293), ratifica la del año 1995, y añade: "Y decimos esto para llegar a la conclusión de que el demandante, no es titular de ningún derecho subjetivo a poder exigir, estar más o menos cerca del cadáver de su hija, pues el cadáver como tal no es de su propiedad, es una cosa "*extra comercium*" que en consecuencia no pertenece a nadie". Esta idea se encuentra recogida también, más recientemente, en La sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª), 15 abril 2015 (JUR 2015, 274454), en la que se razona: "Resultando correcta en criterio de este tribunal la vía seguida en la sentencia de instancia, al igual que las de las AA.PP. de Burgos de 17 de Enero 2000 o Pontevedra 9 Diciembre 1998, de considerar de referencia y aplicar analógicamente el art. 1894,2 CC en orden a individualizar quien ostenta legitimación para decidir acerca del destino y ubicación de los restos mortales; no como manifestación de una titularidad dominical imposible, sino de una capacidad de gestión sobre tal particular que ha de ser reconocida necesariamente a alguien en el ámbito de las relaciones familiares".

19 Messineo, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial. Derechos de la Personalidad. Derecho de la Familia. Derechos Reales*, tomo III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 5, al analizar si los derechos personalísimos son o no verdaderos derechos subjetivos, cuestión que resulta útil para defender la idea de un derecho de este tipo sobre el cadáver, expresa: "Que estos derechos carezcan de un objeto exterior a la persona, como señalan algunos, para negarles la figura de derechos subjetivos, no es siempre exacto; y, de todos modos, esto no obsta para concebirlos como derechos subjetivos. Del derecho subjetivo, tienen el atributo principal, o sea el de estar fundados sobre especiales y correspondientes intereses autónomos, los cuales encuentran (al menos en la legislación italiana) protección por sí mismos, que consiste en la atribución, hecha al titular, de poderes, tutelados por verdaderas y propias acciones judiciales civiles, y no solamente por una protección de carácter penal o administrativo, de la que surja indirectamente la mera posibilidad de pedir el resarcimiento del eventual daño, en caso de lesión".

holístico de su sistema normativo, de los principios que lo cimentan y hasta valerse del derecho comparado, la jurisprudencia y los estudios doctrinales foráneos. Tarea que obligatoriamente nos lleva a pasar por el texto constitucional, y que resulta más interesante y enriquecedora si se estudia su evolución en el tiempo, a fin de contrastar el articulado de los dos textos que han coexistido con el Código Civil e intentar demostrar con ello como la Constitución vigente constituye un avance sustancial, aunque no definitivo en esta sede.

Es necesario pasar la mirada por la Carta Magna, no porque sea indispensable el reconocimiento constitucional del mismo como requisito *sine qua non* para su existencia, sino debido a que en la sistemática seguida por el Código Civil cubano, el legislador se decide por no reconocer expresamente ningún derecho de esta naturaleza y remite por medio del artículo 38 a la norma suprema, en una pretendida armonía que crea la ilusión de que al otear sus normas nos encontraremos con un perfecto catálogo de derechos inherentes a la personalidad (al menos fue así durante 35 años, apenas en el 2019 es que cambia esta engañosa apariencia, lo que será analizado infra).

Ahora bien, cuando se realizaba una exégesis del texto del 76, en atención a la remisión que hace el artículo 38 que gloso, tampoco era posible apreciar un reconocimiento expreso de este derecho, adoleciendo el cuerpo legal de una sistemática deficiente a la hora de tratar el tópico de los derechos personalísimos en sentido general y del que recae sobre el cadáver en particular. Empero, con una segunda lectura del mismo y teniendo en cuenta los objetivos que persigue; además de considerar el hecho de que declaraba, que hacía suyo el postulado de Martí, de querer que la ley primera de la República sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre y que, en consecuencia, su artículo 1 expresaba: "…el Estado cubano se organiza para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana"; estaba sentando las bases para que en normas de desarrollo se complementara y se reforzara la personalidad y la dignidad del ser humano.

Luego, las normas reguladoras de los actos sobre el cadáver en Cuba, además de cumplir el mandato constitucional de proteger la salud pública, están resguardando el desarrollo integral de la personalidad humana, posibilitándole al individuo, como sujeto de derecho, disponer sobre su cuerpo convertido en cadáver. Por lo que sería atinado defender que en el ordenamiento jurídico cubano se protegía el derecho de disposición sobre el cadáver como derecho inherente a la personalidad[20]. Juicio que queda respaldado sobre la base de la interpretación

20 Coadyuva a mi postura el criterio vertido por Bonilla Sánchez, J. J.: *Personas y derechos de la personalidad*, Reus, Madrid, 2010, p. 29, cuando sostiene que: "En los derechos inherentes a la personalidad pueden concurrir las cualidades propias de los derechos subjetivos, siempre que el ordenamiento positivo le otorgue un poder jurídico a su titular frente a otras personas, los ponga a su libre disposición y los proteja

holística del artículo 38 del Código Civil, en relación con el texto constitucional derogado y con las normas que regulan esos actos y que se comentaron *supra*.

No les puedo negar que, en este punto y antes de la promulgación del nuevo texto, consideraba que defender la naturaleza jurídica que le atribuyo a ese derecho se tornaba difícil, pues no existía precepto alguno que permitiera extraerla directamente; y en consecuencia todo análisis era fruto de una ardua y hasta polémica solución interpretativa donde el anterior cuerpo no ofrecía mucho, al punto que pudiera pecar de inadmisible la propuesta y finalmente terminar siendo una especulación doctrinal atrevida o ingenua. Lo anterior con el añadido en contra de que no existen pronunciamientos del alto foro cubano al respecto.

Cuestión distinta acontece con la entrada en vigor de la Constitución de 2019 y la derogación de su predecesora. *Adpero*, sin olvidar que aún debe realizarse un esfuerzo hermenéutico. En la norma civil el panorama se mantiene incólume, sin embargo, el texto constitucional mejora su sistemática en lo que toca a los derechos en general y a los inherentes a la personalidad en particular, que, aunque no los apellida[21], su esencia está presente. Considero que no es el texto constitucional el que debe darles tal calificativo, el mismo se extrae de la forma en que están regulados, sobre la base de los caracteres que los tipifican, las posibilidades de actuación que encierran y apoyado en los estudios precedentes en el orden teórico y doctrinal.

Ahora contamos con un Título V denominado "Derechos, Deberes y Garantías", que en su capítulo II recoge los Derechos y específicamente en su artículo 46 reconoce el derecho de toda persona a la integridad física y a alcanzar su desarrollo integral. A lo anterior se puede adicionar la existencia de un artículo 40, que ya no en tono de preámbulo como su predecesora, sino en estricto sentido normativo reconoce la dignidad humana como valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos, la cual considero es la base de la personalidad y de los derechos inherentes a ella. Además de contar con un artículo 41 en el que se proclama que el Estado reconoce y garantiza el goce y ejercicio de los derechos humanos.

con una acción judicial. Por eso, hoy es indiscutible que existen determinados bienes de la personalidad, que algunos de ellos son derechos subjetivos y que comportan un deber general de respeto por parte de toda la comunidad". Y agrega: "El contenido de poder de los derechos sobre la propia persona consiste en las posibilidades de disponer de ciertos aspectos de ella, de impedir cualquier atentado contra la misma y de obtener la reparación del daño causado por el que los ofendió. A la vez, abona la presencia de una obligación negativa a cargo de los otros particulares, es decir, que entraña siempre un deber jurídico de inhibición para otro u otros que hace factible la pretensión del titular. Algunos de estos derechos, como la vida, la libertad personal, o el honor, encierran un compromiso de abstención o respeto que nos concierne a todos, en el sentido de que no podemos quebrantarlos ilegítimamente. El Estado tiene por misión, simplemente, garantizar el cumplimiento de dicha servidumbre por vías coactivas".

21 Similar ocurre en la Constitución española y nadie duda de la naturaleza de tales derechos.

Adempero, he estado hablando de integridad física, y es preciso decir que no se hace referencia al derecho de disposición sobre el cadáver, si bien la técnica es mejor, se echa en falta la existencia de un artículo como el del Código Civil peruano o el del *Códice* que reconozca explícitamente los actos de disposición sobre el propio cuerpo. Seguimos sin contar con un reconocimiento expreso y nos vemos obligados a echar mano nuevamente de la doctrina y de la labor interpretativa. También pudiera pensarse que el cometido de la Ley de Leyes no está en regular todos los derechos sino en procurar cierta abstracción en determinados particulares y sentar las premisas y postulados generales que serán ampliados posteriormente en normas de desarrollo[22]. En sede de derecho de disposición sobre el cadáver, es dable valorar en clave de *lege ferenda* la idoneidad del anteproyecto de Decreto Ley de Servicios Necrológicos para cumplir esta finalidad y de una posible modificación de la Ley de Salud Pública y su Reglamento. No obstante, tenemos el escollo del artículo 38 del Código Civil que salvo que se pretenda modificar en un futuro, obligaba al legislador constitucional a ser más detallado en esta sede y nos hace meditar sobre la *ratio legis* de la estrategia adoptada.

Ahora bien, ¿por qué reconocer el derecho a la integridad física refuerza la idea de concebir a este derecho como inherente a la personalidad y posibilita su tutela? He de decir que la Constitución del 76 recogía ese derecho con una visión más cercana al derecho público y al derecho penal, en lo que respecta a la inviolabilidad de la persona frente al poder del Estado, en los procesos penales y en lo referente a la proscripción de las torturas[23].

En cambio, la del 2019, en mi opinión si distingue, por una parte, en el artículo 46 hace alusión a la integridad física expresamente, más como derecho inherente a la personalidad. Mientras que, por otro lado, lo reconoce en su faz de derecho público, ya que en el artículo 95 al regular lo referente a las garantías en el proceso penal alude en su inciso d) que toda persona debe ser tratada con respeto a su dignidad e integridad física. Y en el 51 prohíbe que las personas sean sometidas a torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

22 Sin embargo, se echan en falta preceptos similares a los contenidos en las Cartas Magnas de Venezuela y de España, valiosos por su alto grado de abstracción y su utilidad en sede de derechos inherentes a la personalidad y en lo que respecta a la figura que estudiamos. En este sentido el artículo 22 de la Constitución venezolana establece que: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos". La española con una tónica similar en su artículo 10 apartado 1 dispone que: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

23 En su artículo 58 se establecía que: "La libertad e inviolabilidad de su persona están garantizadas a todos los que residen en el territorio nacional. Nadie puede ser detenido sino en los casos, en la forma y con las garantías que prescriben las leyes" y añadía "El detenido o preso es inviolable en su integridad personal". No existía ninguna otra alusión en el texto a la integridad física o personal.

Por otra parte, cuando pensamos en ubicar este derecho en la realidad jurídica, debemos tener en cuenta que se sitúa en la esfera jurídica general del individuo. El hombre, al ser acogido por el Derecho como persona y reconocérsele personalidad jurídica, se le hace centro de imputación de un conjunto de derechos de naturaleza, tanto patrimonial como personal. Este círculo es el que se denomina esfera jurídica general del individuo y es el derecho civil el encargado de darle cobija. En consecuencia, es preciso delimitar la ubicación de este derecho dentro de ella.

De todo lo razonado en las líneas que preceden se deriva que éste, al tener un carácter personalísimo, pertenece a la esfera jurídica general de la persona, más no a su patrimonio, ya que esta es una categoría a la que la doctrina mayoritaria le atribuye una naturaleza pecuniaria. Si bien esta es una construcción lógica que agrupa bajo sí un conjunto de derechos, no parece haber cuajado la idea de extenderla en cuanto tal, a otros derechos, quedando reducida inexorablemente a los de carácter patrimonial, susceptibles de transmisión. El cadáver al ser un bien de la personalidad, de naturaleza no pecuniaria, impide que el derecho que sobre él se ejercita entre a formar parte del patrimonio, pero resulta ser inescindible de su esfera jurídica general.

Aclarado este punto, cabe preguntarse: ¿con qué grupo de derechos personalísimos guarda relación? No es objetivo de esta obra profundizar en la valoración de las disímiles clasificaciones brindadas por los autores que tratan el tema; por lo que voy a emplear la brindada por Cifuentes, que goza de un carácter sintético y abarcador al mismo tiempo, de todos aquellos derechos personalísimos *strictu sensu* y de las diferentes facetas en que se puede analizar al individuo. Es además una clasificación que deja abierta las puertas a nuevos derechos personalísimos, en tanto y en cuanto superen el análisis que he realizado más arriba con respecto al derecho de disposición sobre el cadáver.

Él propone una clasificación tripartita; en la que se incluyen la libertad, la integridad física y la integridad espiritual. El derecho sobre el cadáver, quedaría inmerso en la segunda categoría, pues en ella se agrupan los derechos que permiten a la persona ejercitar facultades sobre su cuerpo: desarrollarlo, aprovecharlo y defenderlo[24]. Y con ello podemos encontrar acomodo constitucional, al menos con una argumentación más sólida en el orden teórico, para la figura que estudiamos.

24 Este autor es del criterio siguiente: "En la integridad física se comprende a la misma vida que se identifica con la existencia vital del cuerpo, éste y sus partes, la salud y los medios de preservarla u obtenerla, así como el destino del cadáver. Por otra parte, la libertad, en su ámbito privado, tiene muchas derivaciones que se conectan con el movimiento, la expresión de las ideas, la realización de actos jurídicos, el empleo de la fuerza física y espiritual. La integridad espiritual abarca el honor, la imagen, la intimidad, la identidad y el secreto. Este último en realidad no es más que un aspecto de la intimidad, una de sus más singulares manifestaciones". *Vid. CIFUENTES*, S.: *"Derechos", cit.,* p. 229. De igual manera Lasarte, C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2015, al hablar sobre los

V. DERECHOS HUMANOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER.

Tradicionalmente el tópico de los derechos inherentes a la personalidad ha sido reducto del Derecho Civil, con sus sombras y sus luces (en sus inicios no hubo consenso en la doctrina científica en torno a su existencia y reconocimiento como figura independiente). Pero, ha sido un camino transitado *in crescendo*, que ha permitido enriquecer dicha categoría en el orden teórico doctrinal y plasmarla satisfactoriamente en la legislación civil de muchos países. Lo que me lleva a esbozar dos cuestiones: ¿debe regular la Constitución el derecho de disposición sobre el cadáver? ¿acaso no es suficiente la regulación y protección en sede civil en orden a su ejercicio pleno?

A fin de dar respuesta a lo anterior, considero menester analizar primero, si estamos ante el mismo o diferente derecho (en sede civil y en sede constitucional); en segundo lugar, valorar si existen diferencias de matices respecto a la tutela que puede brindar cada cuerpo normativo y, por último, determinar cuán inclusiva y suficiente puede resultar la protección en el orden civil.

Es común en el debate doctrinal la discusión en cuanto a las similitudes y diferencias de los derechos inherentes a la personalidad en el ámbito civil y su versión como derechos fundamentales[25]. Además de que se van abriendo paso nuevas voces que claman por la defensa de lo que llaman derechos fundamentales de la personalidad[26]. También existe cierto consenso en cuanto a que las diferencias responden más a orígenes históricos distantes en el tiempo que determinaron que en un inicio la problemática se enfocara individuo-Estado y posteriormente individuo-individuo, ya se tratara de relaciones verticales u horizontales, más en la práctica, la distinción con este enfoque se va desdibujando y termina careciendo de trascendencia[27].

trasplantes de órganos *postmorten* los ubica dentro de los derechos de la personalidad que guardan relación con la integridad física. Del mismo modo *vid.* Albaladejo, M.: "Derecho Civil"., cit., pp. 346-347.

25 Al respecto nos comenta De Verda y Beamonte, J. R.: "Los derechos", cit., p.59, que: "Este diverso origen de las categorías y las distintas finalidades con las que surgieron ambas explica la dificultad del "dialogo" entre ellas, haciendo que los constitucionalistas hablen usualmente de derechos fundamentales "a secas", considerado innecesaria la arraigada terminología, cara a los civilistas, de derechos de la personalidad; y, por su parte, que los privatistas, a veces, se aferren a la categoría dogmática de los derechos de la personalidad, refiriéndose a la protección constitucional de los mismos, como una especie de forma de tutela de los mismos, que resulta un simple "añadido molesto", al que no hay más remedio que integrar en el marco de las enseñanzas tradicionales".

26 Así De Verda y Beamonte defiende que deba existir una categoría única y transversal en la que confluyan las dos visiones clásicas del fenómeno. Y sentencia: "(…) ambas hacen referencia a la misma realidad, evidenciando técnicas de protección distintas". *Idem*, p. 59.

27 En este sentido Valdés Díaz, C.C.: "Relación Jurídica", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil Cubano: Tomo I: Disposiciones Preliminares; Libro Primero; Volumen II: Artículos del 38 al 80* (coord. por L. B. Pérez Gallardo), Félix Varela, La Habana, 2014, p.6, nos explica que: "Vale destacar, no obstante, que no se trata de conceptos excluyentes ni existe entre ellos una absoluta y tajante delimitación, cual si pertenecieran a compartimentos estancos incomunicables. Se trata de derechos entre los cuales debe fluir una constante interconexión, una recíproca influencia, por cuanto ambos pretenden proteger los bienes supremos del

Cuando hablamos del derecho de disposición sobre el cadáver, tanto en sede civil como constitucional, es evidente que hablamos de la misma figura, pues es una posibilidad jurídica de actuación que permite a su titular, un sujeto x, disponer determinados actos sobre su cadáver y sus partes. La estructura del derecho se mantiene incólume, existe un objeto, un sujeto y un contenido. Donde pudiera apreciarse alguna diferencia sería en cuanto a las vías de protección que se brindan y en cuanto a quien va dirigido el arsenal defensivo[28], no obstante, ello habría que analizarlo en cada ordenamiento jurídico en particular.

En cuanto a la tutela se deben examinar tres cuestiones, la primera es si alcanza por igual a sujetos privados y a los poderes públicos; en segundo lugar, si tiene una eficacia directa o mediata respecto a los particulares y por último si se ofrece una protección añadida a este derecho desde la Constitución. En síntesis: ¿el arsenal defensivo en sede constitucional difiere o se superpone con su contraparte en sede civil?

Si partimos de lo que preceptúa el Código Civil en su artículo 38, existiría una identidad entre derechos inherentes a la personalidad y derechos fundamentales. Puesto que la norma civil hace uso de los derechos recogidos en la Constitución y no establece per se un catálogo propio de éstos[29], más, se limita a configurar la faz defensiva que correspondería a tales derechos ante una vulneración a los mismos. Luego, pudiera decirse que estamos ante derechos fundamentales de la personalidad y que cadáver, derechos humanos y derechos fundamentales son la misma cosa. Hay que tener en cuenta que la norma suprema considera ahora como fundamentales a todos los derechos que consagra al ofrecerles iguales garantías.

A la hora de hablar del alcance y de la eficacia de este derecho, la Carta Magna le confiere un alcance general y una eficacia directa que resalta el carácter absoluto de los derechos inherentes a la personalidad a los que éste pertenece. Ello lo entiendo así porque en su artículo 99 se establece que: "La persona a la que se le vulneren los derechos consagrados en esta Constitución y, como consecuencia

hombre". De Verda y Beamonte, de forma más categórica expresa: "Desde mi punto de vista, es evidente que la dicotomía entre derechos fundamentales/derechos de la personalidad no puede ya mantenerse como un trasunto de la distinción entre Derecho Público/Derecho Privado, entendidos estos como categorías aisladas o compartimentos estancos, pues, a mi parecer, no cabe la menor duda de que los derechos fundamentales (o, al menos, algunos de ellos, entre los que se encuentran los que estudiamos), tienen eficacia entre los particulares, pues no sólo contienen mandatos de protección y límites de actuación dirigidos a los poderes públicos, sino que también tienen como destinatarios a los ciudadanos". *Vid.* De Verda y Beamonte, J. R.: "Los derechos", cit., p.60.

28 Considero en este sentido valiosa la reflexión que ofrece De Verda y Beamonte: "Creo que, en ocasiones, al tratarse del tema de la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho Privado, no se diferencian adecuadamente dos cuestiones totalmente distintas: de un lado, la cuestión material, consistente en determinar si los derechos fundamentales tienen como destinatarios, exclusivamente, los poderes públicos o también los particulares; y, de otro lado, la puramente procesal, con la que se trata de dilucidar, simplemente, si los actos de autonomía privada lesivos de los derechos fundamentales pueden, o no, ser recurridos en amparo ante el TC. *Idem*, p.63.

29 Aunque la construcción teórica si pertenece al Derecho Civil, la dogmática legislativa parece fusionarlas.

sufriere daño o perjuicio por órganos del Estado, sus directivos, funcionarios o empleados, con motivo de la acción u omisión indebida de sus funciones, así como por particulares o por entes no estatales, tiene derecho a reclamar ante los tribunales la restitución de los derechos y obtener, de conformidad con la ley, la correspondiente reparación o indemnización". Visto así, el deber de respeto a los derechos consagrados y su exigencia afectaría tanto al Estado como a los particulares, no obstante, es importante señalar que deben existir matizaciones en dependencia del sujeto[30].

Partiendo de la identidad explicada anteriormente y de la remisión que hace el Código Civil al texto constitucional, debe decirse que las protecciones que brindan ambos cuerpos legales se superponen, pues, si bien en el segundo párrafo del artículo 99 se prescribe que: "La ley establece aquellos derechos amparados por esta garantía, y el procedimiento preferente, expedito y concentrado para su cumplimiento", al estar tipificados los derechos inherentes a la personalidad en la Carta Magna, daría lugar a hacer uso en exclusivo del procedimiento especial que en su día se establezca en leyes de desarrollo, con independencia de la cualidad del agente causante del daño (ya sea público y privado), por lo que no existiría una dicotomía de procedimientos, que permitiera en unos casos escoger el proceso ordinario en cuanto derechos inherentes a la personalidad en su versión civil, y en otros el procedimiento especial en su faceta como derechos fundamentales (al menos lo entiendo así en lo que respecta a estos derechos).

A tenor de la dogmática seguida en el nuevo texto estaríamos hablando de verdaderos derechos fundamentales de la personalidad y ese procedimiento especial que debe configurarse se convertiría en el común para tratar las violaciones en torno a los derechos de este tipo. Lo referente al qué pedir, al contenido de la responsabilidad jurídica civil lo encontraríamos en los artículos del Código y entre ambos cuerpos se configuraría la faceta defensiva de estos derechos y por extensión del que recae sobre el cadáver.

Ahora bien, ante la pregunta de si debe consagrar la Constitución el derecho de disposición sobre el cadáver, es necesario responder de dos maneras. La primera

30 Ello lo ilustra muy bien De Verda y Beamonte, aunque he de señalar, que se trata de un análisis que se refiere al derecho español y se circunscribe más a los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, pero no deja de ser un referente teórico útil al análisis que vengo realizando. Éste expone: "A mi entender, la tesis de la *mittelbare Drittwirkung* acierta plenamente en la percepción de que no puede ser idéntica la vinculación de los sujetos privados y de los poderes públicos a los derechos fundamentales. Pero -contra lo que afirman los sostenedores de dicha tesis- la diferencia en el grado de vinculación de ambos clases de sujetos no creo que deba ser reconducida a una pretendida (y estimo que ficticia) contraposición entre una eficacia directa o indirecta de los derechos fundamentales (según se trate, de relaciones verticales o horizontales), sino a la constatación de que en el ámbito de las relaciones entre particulares hay peculiaridades que no existen en las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos, "por lo que no puede pretenderse una aplicación mimética de los esquemas de unas relaciones a las otras". Y ello, porque en las relaciones *inter privatos* aparecen implicados sujetos que simultáneamente son titulares y destinatarios de derechos fundamentales diversos (susceptibles de entrar en colisión, en cuanto que, recíprocamente, se limitan unos a otros), todos los cuales deben ser armonizados…". *Ibidem*, p. 63

en sentido general, sin hacer referencia específica a un ordenamiento jurídico concreto. Y la respuesta, sería no, pues este derecho se ha venido ejercitando con independencia de su reconocimiento en los textos constitucionales. No tengo constancia de alguna Carta Magna que consagre expresamente el derecho de disposición sobre el cadáver. La Constitución no debe tipificar cada derecho existente, pero si sería deseable que estableciera figuras abstractas y principios generales, que permitan acoger disímiles situaciones jurídicas de poder llegado el momento, siempre que con ello se propicie el desarrollo integral de la personalidad, el respeto a la dignidad humana y el disfrute de un conjunto de garantías que propendan al ejercicio eficaz de los derechos.

En segundo orden, con un enfoque específico desde el derecho positivo, y siguiendo la sistemática de nuestro ordenamiento jurídico, sería un imperativo reconocer el derecho de disposición sobre el cadáver en el texto constitucional, en tanto y en cuanto se mantenga el tenor del artículo 38. Aunque, considerándolo como derecho inherente a la personalidad y como parte del derecho a la integridad física valdría su consagración implícita, como acontece, y que fuera desarrollado en una norma posterior, como pretende ser el anteproyecto de Decreto Ley de Servicios Necrológicos, en cuanto procura ser el encargado de sistematizar esta posibilidad de actuación en consonancia con los principios y valores que giran en torno a su ejercicio.

Por último, he de decir que la protección constitucional del citado derecho no es imprescindible, pues hasta la promulgación del actual texto, esta situación jurídica de poder se ha ejercitado al amparo de las normas administrativas y han sido defendidas sus vulneraciones a tenor de los preceptos contenidos en el Código Civil relativos a la responsabilidad extracontractual, siendo autosuficientes, aunque perfectibles. Además, soy del criterio de que ello ha sido con alcance general, observando un deber de respeto a la última voluntad del finado y a su memoria pretérita, que ha irradiado tanto a los particulares como a los poderes públicos a pesar de ubicarse exclusivamente en el Derecho Civil. El Código Civil prescribe en su artículo 82 que quien cause daño o perjuicio a otro está en la obligación de resarcirlo sin distinguir la cualidad del sujeto causante del daño. Además, debe tenerse en cuenta el carácter supletorio del Código para el ordenamiento jurídico cubano según queda consagrado en su disposición final primera.

VI. CONSIDERACIONES *AD FINE*. ¿QUÉ APORTA LA DOGMÁTICA DEL ARTÍCULO 46 AL DERECHO DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CADÁVER?

Como he venido sosteniendo, el artículo 46 de la Constitución reconoce el derecho de toda persona a la integridad física, con un enfoque que se distancia del tradicional tratamiento constitucional ligado al proceso penal, a la prohibición

de torturas y a que el individuo no sea dañado por ningún elemento del poder público. Con la actual regulación se acerca más a un poder hacer y determinar sobre el cuerpo, próximo a una visión desde el Derecho civil. También es cierto que no permite reconocer expresamente el derecho de disposición sobre el cadáver, pero, sobre la base de un análisis doctrinal, estaría implícito.

En segundo orden, lo anterior abra las puertas a valerse de lo preceptuado en el artículo 99 del propio texto, el que ofrece la posibilidad de reclamar directamente ante el daño causado, tanto por particulares como por el Estado, cuestión que me parece lógica y acertada, confiriéndole una eficacia inmediata al ejercicio de este derecho.

En tercer orden puede decirse que, sienta las bases, según mandato contenido en su artículo 99 último párrafo, a la creación mediante una Ley de desarrollo de un procedimiento ágil y más acorde con la naturaleza jurídica de los derechos vulnerados y consagrados en la Constitución. Particular que le confiere un valor añadido a la tutela de los derechos inherentes a la personalidad en sentido general y al derecho de disposición sobre el cadáver en particular. Ello posibilitaría un ejercicio más completo del derecho al coadyuvar a obtener una respuesta rápida ante los daños causados, toda vez que el factor tiempo es determinante en esta sede y la dilación temporal puede dar lugar a que quede truncada la última voluntad del finado. No debemos olvidar lo inevitable de los procesos biológicos a los que está afecto el cadáver y el dolor que circunda a los familiares en dicho momento; que son los responsables de la ejecución de esa última voluntad.

Empero, debo hacer un aparte y señalar una *contradictio* de la que adolece el artículo 99 comentado. Pues éste en su primer párrafo, consagra una tutela ante la vulneración de los derechos reconocidos en la Carta Magna y en su segundo párrafo prescribe que: "La Ley establece aquellos derechos amparados por esta garantía y el procedimiento preferente, expedito y concentrado para su cumplimiento". Me gustaría pensar que todos están garantizados por igual y que la potestad de escogencia que se le otorga al futuro legislador estaría circunscrita a determinar la configuración del procedimiento tuitivo acorde con la naturaleza del derecho lesionado y no en el entendido de proteger preferentemente unos derechos y otros no. De no ser así daría al traste con la equiparación que hace en cuanto a la importancia de los derechos que consagra. En Cuba no contamos con la figura del Tribunal Constitucional, lo que no obsta a que acorde con este precepto se puedan establecer procedimientos especiales que se acomoden a la particularidad de los derechos vulnerados y en los que la celeridad se convierta en una verdadera garantía.

Por último, he de decir que la Ley de Leyes reconoce en su artículo 93 la facilidad de que los individuos puedan resolver sus controversias empleando

métodos alternativos de solución de conflictos, lo que sería una alternativa útil en sede de derecho de disposición sobre el cadáver, en la que el elemento tiempo y la flexibilidad son determinantes. También con ello se refuerza la autonomía de la voluntad y se tributa a un ejercicio más eficaz de este derecho.

BIBLIOGRAFÍA.

Albaladejo, M.: *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Edisofer, Madrid, 2013.

Bonilla Sánchez, J. J.: *Personas y derechos de la personalidad*, Reus, Madrid, 2010.

Borrel Maciá, A.: *La persona humana. Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, Bosch, Barcelona, 1954.

Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral I. Introducción y Parte General. Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos*, vol. II, Reus, Madrid, 2007.

Castiella Rodríguez, J. J.: "La Persona, el estado civil y el registro civil (I)", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado I. Personas*, (coord. por J. J. Castiella Rodríguez), Aranzadi, Navarra, 2015.

Cifuentes, S.: *Derechos Personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria", *Revista Boliviana de Derecho,* enero 2017, núm. 23, pp. 54-111.

Díez Picazo, L., Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 2012.

Enriquez Sordo, J.: "¿Existe un derecho de disposición sobre el cadáver? Un estudio desde la realidad cubana en los ámbitos del derecho civil y la Bioética", *Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano,* 2017, núm. 1.

Enriquez Sordo, J.: "Cuenta el ordenamiento jurídico cubano con herramientas suficientes para tutelar el derecho de disposición sobre el cadáver", en *Revista Boliviana de Derecho,* enero 2018, núm. 25, pp. 62-110.

Espín Cánovas, D.: *Manual de Derecho Civil Español I. Parte General*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951.

Espinoza Espinoza, J.: *Derechos de la personalidad*, Huallaga, Lima, 2001.

Gordillo Cañas, A.: *Trasplante de órganos: --pietas—familiar y solidaridad humana*, Civitas S. A., Madrid, 1987.

Gutiérrez y González, E.: *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, Porrúa, México, 1995.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil I. Derecho Privado. Derecho de la Persona*, (coord. por P. de Pablo Contreras), Colex, Madrid, 2015.

Messineo, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial. Derechos de la Personalidad. Derecho de la Familia. Derechos Reales*, tomo III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho Civil I. Parte General. Personas*, volumen II, Dykinson, Madrid, 2002. Lasarte, C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2015.

Oliva Blázquez, F., Vázquez-Pastor Jiménez, L.: *Derecho Civil I. Parte General y Derecho de La Persona*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Orgaz, A.: *Derecho Civil Argentino. Personas Individuales*, Depalma, Buenos Aires, 1946, pp. 123-124.

Pizarro Moreno, E.: "Los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Derecho Civil I. Parte General y Derecho de La Persona*, (coord. F. Oliva Blázquez y L. Vázquez-Pastor Jiménez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Ruiz De Huidobro C., J. M., Corripio Gil-Delgado, M. R.: *Manual de Derecho Civil. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2015.

Valdés Díaz, C.C.: "Relación Jurídica", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil Cubano: Tomo I: Disposiciones Preliminares; Libro Primero; Volumen II: Artículos del 38 al 80* (coord. por L. B. Pérez Gallardo), Félix Varela, La Habana, 2014.

EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES 30 AÑOS DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991: AVANCES Y PERSPECTIVAS

THE RIGHT OF CHILDREN AND ADOLESCENTS 30 YEARS AFTER THE 1991 CONSTITUTION: PROGRESS AND PERSPECTIVES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 608-635

Rosa Elizabeth
GUÍO
CAMARGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: El artículo revisa desde el enfoque neoconstitucionalista el concepto, características y conceptos de constitucionalización del derecho. Aplica uno de estos conceptos, el de la interpretación conforme con la Constitución, a la regulación jurídica para los niños, niñas y adolescentes colombianos. Señala que esta constitucionalización ocurre en dos etapas: en la primera, que abarca desde 1992 y hasta 2006, la Corte Constitucional construye doctrinas para materializar la titularidad activa de derechos de la niñez y la adolescencia; mientras que, en la segunda, desde 2007 hasta la actualidad, se consolidan las fuentes de derecho que reconocen y materializan a los niños como sujetos jurídicos plenos, con algunos matices. Se concluye que, si bien hay un avance respecto de la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, aún hay escollos que superar frente al cambio de nombre y/o del componente sexo en el registro civil de nacimiento de niños, niñas y adolescentes, el ejercicio del derecho fundamental a la muerte digna por parte de los niños; y al uso del castigo físico como herramienta de corrección parental.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalización, derechos de los niños, niñas y adolescentes, Constitución.

ABSTRACT: *The article reviews from the new constitutional approach the concept, characteristics and concepts of constitutionalizing of law. It applies one of these concepts, that of the interpretation in accordance with the Constitution, to the legal regulation for Colombian children and adolescents. It points out that this constitutionalizing occurs in two stages: in the first, which runs from 1992 to 2006, the Constitutional Court builds doctrines to materialize the active ownership of the rights of children and adolescents; while in the second, from 2007 to the present, the sources of law that recognize and materialize children as full legal subjects are consolidated, with some nuances. It is concluded that although there is progress regarding the progressive autonomy of children and adolescents, there are still obstacles to overcome in the face of the change of name and / or the sex component in the civil registration of the birth of children and adolescents, the exercise of the fundamental right to a dignified death by children; and the use of physical punishment as a parental correction tool.*

KEY WORDS: *Constitutionalization, rights of children and adolescents, Constitution.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES.- 1. El surgimiento de la constitucionalización del derecho.- 2. Las características de la constitucionalización del sistema jurídico colombiano.- 3. Los conceptos de constitucionalización del derecho.- III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN – INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA EN EL DERECHO DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES.- 1. Primera etapa (1992-2006): La construcción de doctrinas para la materialización de la titularidad activa de derechos de los niños, niñas y adolescentes.- A) Doctrina sobre la prelación de los créditos por alimentos en favor de personas menores de 18 años - B) Doctrina sobre el consentimiento para entregar a un niño en adopción – C) Doctrina sobre la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes - D) Doctrina sobre las facultades de corrección de los padres para con sus hijos e hijas - E) Doctrinas con enfoque diferencial.- 2. Segunda etapa (2007 – actualidad): La consolidación normativa y jurisprudencial de los niños, niñas y adolescentes como titulares activos de derechos.- A) La positivización de algunas doctrinas de la Corte Constitucional.- B) Consolidación de líneas jurisprudenciales para la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia.- C) Normas especiales para garantizar los derechos de determinados grupos de niños, niñas y adolescentes.- IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN: UNA MIRADA AL HORIZONTE DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COLOMBIANOS.

I. INTRODUCCIÓN

El 4 de julio de 1991 fue promulgada la Constitución Política, texto en el que se señaló que Colombia es un Estado Social de Derecho (artículo 1º), y se estableció una amplia carta de derechos para todas las personas y entre ellas, los niños, las niñas y los adolescentes. Con ello, la protección que el derecho dispensa a esta población pasó de ser un asunto del ámbito privado y a cargo de los padres de familia, o en casos excepcionales a cargo de instituciones estatales para el caso de los "menores en situación irregular"; para considerarse en todos los casos como una cuestión en donde el Estado asume el papel de supremo garante de la efectividad de sus derechos, sin importar la situación en la que se encuentren. Es lo que podríamos llamar no una publificación del derecho privado[1], sino la constitucionalización del derecho[2] en lo que tiene que ver con las relaciones jurídicas de los niños, las niñas y los adolescentes.

Es así como en este artículo respondo a la siguiente inquietud ¿cuáles son los avances y perspectivas en la protección jurídica de los niños, las niñas y los

1 Guzmán Brito, A: "El derecho público y el derecho privado", *Revista Persona y Derecho*, 2015, núm. 72, pp. 20-21.

2 Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, Á: *Derecho civil*, Tomo I *Parte general y personas,* Temis, Bogotá, 2020, p. 36; Guastini, R: *Estudios de teoría constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 154-164.

• Rosa Elizabeth Guío Camargo
Profesora de derecho civil y derecho de familia, infancia y adolescencia en la Universidad Católica de Colombia y en la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico: reguio@ucatolica.edu.co

adolescentes colombianos, 30 años después de la promulgación de la Constitución Política de 1991? Y para resolverla, estudiaré el surgimiento, las condiciones y el concepto de constitucionalización del derecho de los niños, las niñas y los adolescentes, para luego hacer una revisión legislativa y jurisprudencial de la regulación jurídica para la niñez y la adolescencia colombiana durante estos 30 años. Luego de ello, finalmente concluiré con los avances y las perspectivas en cuanto al reconocimiento efectivo de la titularidad activa de los niños, las niñas y los adolescentes en territorio colombiano.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES

Como cuestión previa quiero señalar que en este artículo no utilizaré la categoría "derecho de infancia y adolescencia", ni tampoco la de "derecho de menores", usados muchas veces de forma indistinta por la doctrina[3] para designar así al sistema que regula las relaciones jurídicas de los niños, las niñas y los adolescentes. La razón de ello es que considero que el término "infancia", derivado del latín "in-fans" (sin voz), perpetúa la histórica condición de los niños y las niñas como un grupo homogéneo, simples espectadores – objeto sobre el cual se ejercen diferentes poderes (paternales, educativos, estatales, etc.); a su turno, el término "menores" tiene una carga negativa importante[4], derivada de la exclusión y el etiquetamiento que durante mucho tiempo pervivió en los ordenamientos jurídicos respecto de aquellas personas menores de edad con condiciones sociales y económicas adversas. En su lugar, mencionaré el "derecho de los niños, niñas y adolescentes", porque esta acepción sí reconoce la heterogeneidad del grupo tanto por razones de género, como por causa de la edad, y en esta medida también se constituye en una manifestación de su condición de sujetos activos titulares de derechos que deben ser oídos y cuya opinión debe tenerse en cuenta en función de su edad y desarrollo, en todos los asuntos que les afecten (Convención de los Derechos del Niño, arts. 1°, 5° y 12).

1. El surgimiento de la constitucionalización del derecho

Los avances logrados en materia de reconocimiento y protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes -y en general, de todas las personas-, hunden sus raíces en los aportes que los procesos revolucionarios ocurridos en Inglaterra,

3 Pérez Fuentes, G.M: "Derecho a la salud y vida de la niñez, como límite a los derechos a la privacidad y libertad religiosa", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, p. 52; Moreno Soler, V: "La evolución de la libertad religiosa del menor de edad y su incidencia en el ámbito de la salud", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, p. 144.

4 García Rubio, M.P: "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, p. 18.

Estados Unidos y Francia durante los siglos XVI y XVII hicieron a la actual configuración de los estados constitucionales.

Sintéticamente, ellos son: *i)* la sujeción del gobierno al derecho[5] es el legado de la"Revolución Gloriosa"[6], que se puso en práctica por primera vez en *ii)* la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, y lo complementó con la existencia de una constitución escrita y con procesos de cambio más exigentes que los de las leyes ordinarias[7]; y *iii)* el reconocimiento de la igualdad de todas las personas ante la ley y de la soberanía en cabeza del pueblo son el aporte de la Revolución Francesa a la consolidación de los Estados constitucionales[8].

Posteriormente, luego de la segunda mitad del siglo XX estos tres aportes son retomados y complementados por el enfoque neoconstitucionalista, con otros dos, a saber: *i)* La adopción de constituciones con una parte orgánica, sobre la estructura y funcionamiento del Estado; y una parte dogmática, que recogen los fines, valores, principios y derechos que deben materializarse con la actividad de las entidades estatales. Además de ello, *ii)* Los tribunales constitucionales modificaron sus prácticas jurisprudenciales e incorporaron prácticas para materializar estos derechos en las personas. Con razón afirma la doctrina que en el neoconstitucionalismo "entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efecto normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la Drittwirkung), el principio pro personae, etcétera."[9]

Esta interesante mezcla entre la clásica tradición del Estado Constitucional y el novedoso rol que juegan los jueces constitucionales en la materialización de los derechos consagrados por la Constitución (lo que incluye, por supuesto, el bloque de constitucionalidad[10]) es uno de los elementos que nos permite deducir que

5 Gerard, W: *La revolución inglesa: visión de conjunto*. Barcelona – México, Grijalbo, 1971, pp. 23-24.

6 También denominada "Revolución incruenta" o "Revolución de 1688".

7 Tocqueville, A: *La democracia en América*. Trad. de Dolores Sánchez de Aleu, Madrid, Alianza Editorial, 1980, p. 145.

8 Jaramillo Pérez, J.F., García Villegas, M., Rodríguez Villabona, A.A., y Uprimny Yepes, R: *El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno.* Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2018, pp. 18-52.

9 Carbonell, M. *Teoría del neoconstitucionalismo ensayos escogidos*. Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 10.

10 El "bloque de constitucionalidad" es una noción a través de la que se incorporan a la Constitución normas que no aparecen directamente en su texto, y si bien se reconoce su existencia casi coetánea a la de la justicia constitucional, de forma más precisa su utilización comienza a hacerse por el Consejo Constitucional en la V República francesa. En el caso colombiano dicha noción se utiliza con propiedad por la Corte Constitucional a partir de la sentencia C-225 de 1995, fallo que se señala que el bloque de constitucionalidad se compone por "aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución." Una completa reconstrucción del origen y aplicación de este concepto

hay constitucionalización de un ordenamiento jurídico. Pero, ¿qué características debe tener un ordenamiento jurídico para considerarse constitucionalizado? Es la cuestión que resolveré en el siguiente apartado.

2. Las características de la constitucionalización del sistema jurídico colombiano

Los elementos o caracteres que permiten identificar si un ordenamiento jurídico está constitucionalizado fueron identificados por la doctrina[11], entendiendo que la finalidad última de dicha constitucionalización es materializar los derechos consagrados tanto en el texto constitucional como en el bloque de constitucionalidad, para todas las personas. Así, podemos entender que el sistema jurídico colombiano está constitucionalizado, porque tiene como rasgos distintivos, los siguientes:

i) Hay supremacía de la Constitución frente a las demás normas del ordenamiento jurídico (art. 4 de la Const. Pol.), y la pervivencia del texto constitucional está respaldada porque hay un procedimiento más severo para su modificación (arts. 374 a 380 de la Const. Pol.);

ii) Se creó de un órgano judicial especializado, la Corte Constitucional, que encabeza la jurisdicción constitucional, y se encarga de "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución" (art. 241 de la Const. Pol.);

iii) La Constitución es directamente vinculante, para toda la organización estatal y para los particulares (Art. 4º de la Const. Pol.);

iv) El legislativo debe orientar su labor al cumplimiento de los fines, principios y valores inmersos en la Constitución y a la eficacia de los mismos para todas las personas que se encuentren en el territorio colombiano (sent. T-406 de 1992);

v) La Constitución transforma relaciones sociales, en un proceso paulatino en donde deja de verse a unos sujetos como superiores y a otros como inferiores, para pasar al plano de trato digno y equitativo entre todos los miembros de la sociedad. Tal es el caso de las relaciones entre padres e hijos, que antaño eran de naturaleza vertical y de sumisión de los hijos al poder paternal, y hoy se entienden como un proceso de acompañamiento para promover la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes (Sentencia C-058 de 2018).

en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana puede verse en: Uprimny Yepes, R: *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, Dejusticia, Bogotá, 2001, pp. 4-25.

11 Guastini, R: *Estudios…*, cit., pp. 154-164.

vi) La interpretación de la Ley conforme con la Constitución[12], significa acoger siempre aquella que respete los valores, principios y postulados tanto del texto constitucional como de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y que no pueden ser suspendidos en estados de excepción (Arts. 4º, 93 y 94 de la Const. Pol.);

vii) Finalmente, la Constitución y el bloque de constitucionalidad influencian las relaciones políticas, pues utilizan el principio de igualdad, los ejercicios de ponderación y el test de proporcionalidad, entre otros, como instrumentos para resolver los frecuentes conflictos entre principios de rango constitucional.

Una vez identificadas las características de la constitucionalización dentro del ordenamiento jurídico colombiano, es necesario indagar por el o los conceptos de constitucionalización del derecho, para revisar cual o cuales de ellos puedo acoger para revisar a la regulación de las relaciones jurídicas de los niños, las niñas y los adolescentes, tema que abordo a continuación.

3. Los conceptos de constitucionalización del derecho

Con la acepción "constitucionalización", hago referencia a diferentes circunstancias de los ordenamientos jurídicos: así, para algunos constitucionalizar es referirse a un sistema jurídico donde hay una constitución que es cabeza del ordenamiento[13]; otros identifican la constitucionalización con la garantía y respeto de derechos que se encuentran inmersos en el texto constitucional[14]; hay quienes dicen que la constitucionalización ocurre cuando se pasa de un ordenamiento de hecho a uno de derecho[15]; y, finalmente, también se considera que hay constitucionalización del derecho cuando se da una "reinterpretación de sus institutos bajo una nueva óptica constitucional"[16].

Sin entrar a debatir sobre cuál o cuáles de estos conceptos describen de mejor manera lo que significa la constitucionalización, acojo para efectos del desarrollo de este artículo la última acepción, pues considero que en materia de la protección debida por el derecho a los niños, las niñas y los adolescentes, es esto último lo que ha ocurrido: una nueva interpretación de instituciones jurídicas[17] -también llamada

12 Fernández Cruz, J.A. "La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual", *Ius et Praxis,* vol. 22. Núm. 2, 2016, p. 153.

13 Barroso, L. R: *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil.* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 19.

14 Corcuera Atienza, J. y García Herrera, M.A: *La constitucionalización de los derechos históricos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 9 y 126.

15 Cruz Villalón, P: *La constitución inédita estudios ante la constitucionalización de Europa.* Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 14-15.

16 Barroso, L.R: *El neoconstitucionalismo…,* cit., p. 33.

17 Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, Á: *Derecho civil…, cit.,* p. 50-51.

"irradiación[18] constitucional"[19]-, relacionadas de forma mediata o inmediata con la niñez y la adolescencia, que tiene como fin hacer efectivo el reconocimiento de todos los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos titulares de derechos, que es lo que propone tanto el texto de la Constitución (artículos 44 y 45), como la Convención de los Derechos del Niño (artículo 1°), texto normativo que por virtud del bloque de constitucionalidad se incorpora también en el ordenamiento colombiano (arts. 4°, 93 y 94 de la Constitución Política).

Como pasará a verse, este concepto de constitucionalización como interpretación conforme a la Constitución y al bloque de constitucionalidad ha sido determinante para dejar de considerar a los niños, niñas y adolescentes como "infans": simples objetos destinatarios de poderes que sobre ellos ejercían los padres y/o la escuela; para ser entendidos como verdaderos sujetos titulares activos de sus derechos quienes los ejercen acompañados por sus padres, familiares y demás personas encargadas de su cuidado y atención, en un marco que propende por la autonomía progresiva.

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN – INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA EN EL DERECHO DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES

En el sistema jurídico colombiano esta constitucionalización del derecho de los niños, niñas y adolescentes, entendido como una interpretación del derecho vigente en clave de los derechos constitucionales puede dividirse en dos grandes etapas:

La primera comprende el periodo transcurrido entre 1992 y 2006, años en los cuales la Corte Constitucional fue, en efecto, activa garante de los derechos de este grupo poblacional y estructuró líneas de interpretación que permitieron la identificación de importantes derechos, aún en vigencia de normas como el Código del Menor, abiertamente contrario a los postulados de la universalidad de derechos de la niñez y la adolescencia prohijados por la Convención de los Derechos del Niño.

La segunda etapa comienza en el año 2007 y se extiende hasta nuestros días. Su inicio lo marca la entrada en vigencia del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), que en términos generales positiviza algunas de las doctrinas estructuradas por la Corte Constitucional durante la etapa inmediatamente

18 Alexy, R: "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* No. 11, 2009, p. 6.

19 Gómez Serrano, L. y Cortés Falla, M: "La irradiación constitucional en la jurisprudencia del derecho de familia en Colombia", *Temas Socio – Jurídicos,* 2010, vol. 28, núm. 59, pp. 19-20.

anterior, y se erige como la regulación especial y prevalente para las relaciones jurídicas de todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en territorio colombiano. También es durante esta etapa que se profieren un sinnúmero de leyes cuyo propósito es regular aspectos especiales de distintos grupos de niños, niñas y adolescentes, complementando y ampliando así el "corpus iuris" destinado a la protección y garantía de los derechos de la niñez y la adolescencia.

1. Primera etapa (1992-2006): La construcción de doctrinas para la materialización de la titularidad activa de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Durante esta primera etapa, que comienza con la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional, esta entidad enfrentó un enorme desafío, consistente en interpretar tanto las normas del Código Civil -y las leyes que lo modificaron relacionadas con los derechos de los niños, niñas y adolescentes-, como las del Código del Menor -normativa por completo tributaria de la doctrina de la situación irregular-, de manera tal que con ellas se garantizara tanto el interés superior de este grupo poblacional, como la autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos; principios esenciales del reconocimiento de los niños, las niñas y los adolescentes como sujetos de (Constitución Política, Arts. 44 y 45; y Convención de los Derechos del Niño).

No se planteó en este contexto la declaratoria de inexequibilidad del Código del Menor, pues dicho estudio ya había sido asumido en su oportunidad por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia -entonces encargada de resolver las acciones de inconstitucionalidad-, entidad que en sentencia No. 81 del 13 de junio de 1991 determinó que, sólo dos de las más de 60 normas demandadas fueran declaradas inexequibles por contravenir la Constitución Nacional de 1886, que regía entonces en el país.

De esta suerte, la Corte Constitucional creó con base en una interpretación sistemática, varias doctrinas cuya esencia, en el caso de las referidas a la prelación de créditos por alimentos en favor de personas menores de edad, el consentimiento para entregar a un niño en adopción y la facultades de corrección de los padres sobre los hijos, fue positivizada en diferentes leyes; mientras que en el caso de la autonomía progresiva y el enfoque diferencial, se constituyó en el fundamento de otras construcciones jurisprudenciales que continúan materializando la titularidad activa de derechos en cabeza de los niños, niñas y adolescentes, tal y como lo indico a continuación.

A) Doctrina sobre la prelación de los créditos por alimentos en favor de personas menores de 18 años

La prelación de los créditos por alimentos debidos a todas las personas menores de 18 años no fue regulada inicialmente por el Código Civil (Art. 2495).

Posteriormente la Ley 75 de 1968 modificó esta norma para reconocerlos "dentro de la quinta causa de la primera clase de créditos" (art. 33). Luego el Código del Menor (D. 2737 de 1989) los mantuvo con esa misma categoría y señaló que su reclamación se regía principalmente, por las normas de este Código, y de forma supletiva por las previstas en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil (art. 134).

En 2002, y por considerar que esta gradación de los créditos por alimentos era violatoria de la prevalencia de los derechos de la niñez establecida en el artículo 44 de la Constitución Política, la Corte declaró inconstitucional la expresión "la quinta causa de", del mencionado artículo 2495 del Código Civil, y señaló que el resto de la disposición acusada sólo podía entenderse ajustada al ordenamiento jurídico si se entendía que "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, y que los créditos por alimentos en favor de menores prevalecen sobre todos los demás de la primera clase."[20]

Esta interpretación del artículo 2495 del Código Civil conforme con lo establecido por la Constitución Política fue positivizada en el Código de la Infancia y la Adolescencia -Ley 1098 de 2006-, donde se indica que "los créditos por alimentos a favor de los niños, las niñas y los adolescentes gozan de prelación sobre todos los demás." (Art. 134).

B) Doctrina sobre el consentimiento para entregar a un niño[21] en adopción

Uno de los negocios jurídicos más importantes dentro del derecho de familia es la adopción, concebida actualmente en Colombia como una medida de restablecimiento de derechos en favor de los niños, niñas y adolescentes, mediante la que se busca garantizarles su derecho a tener una familia, l oque tiene como consecuencia que entre el o los padres adoptantes y el o los niños y/o niñas adoptadas, surja el parentesco civil en todas líneas y grados que les corresponderían si su lazo fuera biológico (Ley 1098 de 2006, Artículos 61 y 64-2).

Hasta 2003, el consentimiento para entregar a un niño o niña en adopción debía ser otorgado personalmente ante el Defensor de Familia por la o las personas titulares de la patria potestad, y era este funcionario el encargado de informarles "ampliamente sobre las consecuencias e irrevocabilidad de la adopción." (Código del Menor, art. 94). Sin embargo, y a propósito de una acción de tutela interpuesta por una mujer que agobiada por una difícil situación económica, entregó en adopción a su hija recién nacida como mecanismo para garantizar que la niña tuviera una vida diferente a la de su progenitora, la Corte sentó reglas adicionales

20 Sentencia C-092 de 2002.

21 En este apartado la expresión "niño", se utiliza con el sentido que le otorga la Convención de los Derechos del Niño, esto es, para referirse con ella a todas las personas menores de 18 años (Art. 1°).

para establecer que el consentimiento que se otorga para entregar a un niño en adopción fuera constitucionalmente idóneo.

Así, en la sentencia T-510 de 2003, la Corte señaló que desde el punto de vista sustancial, el consentimiento para entregar a un niño o niña en adopción debe ser *i)* libre de vicios (error, fuerza y dolo); *ii)* apto*, iii)* amplia y debidamente informado; *iv)* convenientemente asesorado; y *v)* no debe otorgarse como contraprestación económica. Además, indicó que los criterios mínimos para materializar el debido proceso en este asunto son: *i)* humanidad y sensibilidad frente a la dignidad de las personas involucradas; *ii)* notificar el inicio del proceso adopción; *iii)* prever un momento en el que se dé una amplia y debida información; *iv)* posteriormente, otro momento para manifestar el consentimiento; y *v)* algún tipo de advertencia antes del vencimiento del término para revocarlo.

Estos criterios fueron incluidos en el Código de la Infancia y la Adolescencia, norma que positivizó cada uno de estos requerimientos (art. 66), y frente a la cual el único reparo que encuentro es el hecho de que siga considerando la "enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses" como equivalente a la ausencia del padre o madre que debe otorgar el consentimiento para entregar al niño o niña en adopción, consecuencia jurídica contraria al reconocimiento de la capacidad legal para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, consagrada tanto en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 12), como en la Ley 1996 de 2019.

C) Doctrina sobre la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

La consecuencia jurídica más importante de considerar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos titulares de derechos lo constituye el reconocimiento de su autonomía progresiva (Artículo 5º de la Convención de los Derechos del Niño). De acuerdo con este principio, los padres y/o las personas encargadas de su cuidado y atención no pueden imponer al niño sus creencias, pensamientos y decisiones sobre asuntos relacionados con el libre desarrollo de la personalidad y las decisiones sobre su propio cuerpo; sino que su responsabilidad consiste en acompañar el crecimiento y desarrollo del niño para que éste pueda ejercer de forma gradual sus derechos. De esta forma se introduce, como lo señala Gómez de la Torre Vargas[22] una importante modificación a la autoridad parental.

22 Gómez De La Torre Vargas, M: "Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos" *Revista de Derecho (UCUDAL)*, núm. 18, 2018, p. 120.

En el sistema jurídico colombiano, si bien durante esta etapa no hay normas que señalen esta autonomía progresiva para el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sí se encargó de sentar importantes bases que luego fueron retomadas por la propia Corte para impartir órdenes a algunas entidades estatales en aras de materializar este principio, especialmente frente al ejercicio del derecho fundamental a la muerte digna (T-544 de 2017) y en cuanto al cambio del nombre y/o del componente sexo en personas menores de 18 años (Sentencias T-498 de 2017, T-675 de 2017 y T-447 de 2019).

Así, en la sentencia T-411 de 1994 la Corte tuteló el derecho de una niña a recibir tratamiento médico aún cuando sus padres inicialmente se negaron a proporcionárselo con base en sus creencias religiosas; y señaló que si bien aquellos son los encargados legales del cuidado de sus hijos, ello no les autoriza a disponer sobre el estatuto ontológico de estos.

Posteriormente, en varios fallos la Corte indicó las pautas bajo las cuales se puede otorgar el consentimiento informado para que un niño, niña o adolescente se someta a una intervención quirúrgica invasiva. La Corte consideró que quien debe manifestar su consentimiento informado, cualificado y persistente para tal evento es el niño – paciente que supera los 5 años de edad; y sólo en circunstancias de urgencia, en las cuales éste no pueda emitir tal manifestación de voluntad, los padres podrán sustituir el consentimiento de quien va a someterse a la cirugía (Sentencias T-477 de 1995, SU-337 de 1999, T-551 de 1999, T-692 de 1999, T-1390 de 2000 y T-412 de 2004).

D) Doctrina sobre las facultades de corrección de los padres para con sus hijos e hijas

La facultad de corrección de los hijos es uno de los atributos que la ley les otorga a los padres como titulares de la patria potestad respecto de sus hijos (artículos 262 y 288 del Código Civil); y si bien dicha atribución fue morigerada desde 1974 (Decreto 2820, artículo 21), la Corte con apoyo en la Convención de los Derechos del Niño y la Constitución Política (arts. 12, 42 y 44), consideró que las sanciones que los padres y cuidadores pueden aplicar a los niños no comportan ninguna forma de violencia física o moral (sentencia C-371 de 1994).

Esta doctrina fue posteriormente reiterada en la segunda etapa, en las sentencias en donde se revisó la constitucionalidad de la causal de privación de la patria potestad por maltrato del hijo (C-1003 de 2007) y de la configuración del delito de violencia intrafamiliar (C-368 de 2014); así como también se constituye en

el embrión del proyecto de ley que prohíbe el uso del castigo físico o cualquier tipo de violencia como método de corrección, contra los niños, niñas y adolescentes[23].

E) Doctrinas con enfoque diferencial

En el sistema jurídico colombiano, el enfoque diferencial se concibe como "un desarrollo progresivo del principio de igualdad y no discriminación. Aunque todas las personas son iguales ante ley, esta afecta de manera diferente a cada una, de acuerdo con su condición de clase, género, grupo étnico, edad, salud física o mental y orientación sexual. Por lo anterior, para que la igualdad sea efectiva, el reconocimiento, el respeto, la protección, la garantía de derechos y el trato deben estar acordes con las particularidades propias de cada individuo."[24]

Así, el impacto de la legislación sobre los niños y las niñas es diferente no sólo por razón de su edad, también por su género, la pertenencia a una determinada comunidad étnica o por su condición/situación de discapacidad. Teniendo en cuenta estas diferencias, la Corte Constitucional consideró que la nulidad del matrimonio contraído por personas menores de edad (Artículo 140 núm. 2º del Código Civil) sólo se ajusta a la Carta Política si se entiende que tanto para el niño como para la niña, este negocio jurídico será nulo si se celebra cuando uno de los dos, o los dos, aún no han alcanzado la edad de 14 años (Sentencia C-507 de 2004).

Sin embargo, y aún cuando para algunos esta exequibilidad condicionada iguala la protección debida a los niños y las niñas[25], considero que Colombia aún no cumple con el mandato de la Convención de los Derechos del Niño, pues tanto el Comité de los Derechos del Niño como el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer consideran que el matrimonio -de hecho o de derecho-, muy lejos de fomentar el adecuado desarrollo de los niños y, en especial de las niñas contrayentes, se convierte en un agente que fomenta dinámicas de desigualdad e incluso atenta contra la salud y la vida, por lo que debe no sólo prohibirse, sino desalentarse.

Sobre ello, los mencionados Comités indican que "El matrimonio infantil se considera una forma de matrimonio forzoso, ya que no se cuenta con el consentimiento pleno, libre e informado de una de las partes o de ninguna de ellas. Como una cuestión de respeto a las capacidades en evolución del niño y a su

23 Se trata del Proyecto de Ley 320/20 Senado, cuya conciliación fue aprobada en el Senado el pasado 27 de abril de 2021, y hasta la fecha de postulación de este artículo, se encontraba pendiente de sanción presidencial para convertirse en Ley de la República.

24 Ministerio del Interior: *El enfoque diferencial y étnico en la política pública de víctimas del conflicto armado*, Bogotá, 2014, p. 4.

25 Monroy Cabra, M.G: *Derecho de familia, infancia y adolescencia*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2017, p. 34-36.

autonomía a la hora de tomar decisiones que afectan a su vida, en circunstancias excepcionales se puede permitir el matrimonio de un niño maduro y capaz menor de 18 años, siempre y cuando el niño tenga como mínimo 16 años de edad y tales decisiones las adopte un juez basándose en motivos excepcionales legítimos definidos por la legislación y en pruebas de madurez, sin dejarse influir por la cultura ni la tradición."[26]

Una decisión similar se adoptó en 2005, cuando la Corte Constitucional igualó las edades a partir de las cuales se considera a las personas menores de 18 años como púberes (art. 33 del Código Civil). En esta oportunidad, el alto tribunal consideró que tanto los niños como las niñas como los niños se consideran, para todos los efectos jurídicos, como púberes a partir de los 14 años de edad, y que la discriminación por razón de género que hasta entonces estuvo prohijada por la norma tiene como consecuencia una desprotección para las niñas que era contraria a lo dispuesto por los distintos tratados internacionales (sentencia C-534 de 2005).

Estas primeras decisiones que reconocieron enfoques diferenciales, y concretamente el enfoque de género, allanaron el camino para que durante la segunda etapa se consolidaran varias líneas jurisprudenciales para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, y así como de los que pertenecen diversos pueblos indígenas.

2. Segunda etapa (2007 – actualidad): La consolidación normativa y jurisprudencial de los niños, niñas y adolescentes como titulares activos de derechos.

En el año 2006 se promulgó el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), cuerpo normativo que luego de un largo y accidentado proceso de formación legislativa, enfoca la regulación jurídica para la niñez y la adolescencia colombiana dentro del paradigma de la protección integral.

Es así como este Código se erige como la norma de aplicación prevalente y especial[27] para todos los niños, niñas y adolescentes ubicados en el territorio colombiano (artículo 4º) y acaba con el dualismo entre los hijos de familia y los menores en situación irregular, el cual existió en Colombia durante buena parte del siglo XX[28]; también reconoce diferencias entre los niños, las niñas y

26 Comité Para La Eliminación De La Discriminación De La Mujer y Comité De Los Derechos Del Niño: *Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta*, Naciones Unidas, 2014, p. 9.

27 Quiroz Monsalvo, A: *Manual derecho de infancia y adolescencia (aspectos sustanciales y procesales),* Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2009, p. 10.

28 Guío Camargo, R.E: "Reflexiones sobre el estatuto jurídico de la infancia y la adolescencia colombiana y su aplicación en la justicia constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 24, vol. 1, 2020, p. 207 a 208.

los adolescentes por razones de la edad, el género, la pertenencia étnica y la discapacidad; y de manera novedosa incorpora la formulación, implementación y evaluación de políticas públicas participativas[29] como herramientas para lograr la eficacia de la norma. En la norma se positivizan algunas de las doctrinas estructuradas por la Corte Constitucional durante el periodo 1992 – 2006; pero también se consolidan algunas otras doctrinas cuyos cimientos quedaron establecidos en la etapa inmediatamente anterior; y finalmente, se expiden varias normas que tienen por finalidad garantizar los derechos de diferentes grupos de niños, niñas y adolescentes. De ello nos ocupamos a continuación.

A) La positivización de algunas doctrinas de la Corte Constitucional

Tal y como se reseñó en el numeral anterior (I A) y B)), algunas de las interpretaciones de la Corte Constitucional realizadas conforme con la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad, se convirtieron posteriormente en normas positivas dentro del texto del Código de la Infancia y la Adolescencia, como ocurrió con la prelación de los créditos por alimentos debidos a las personas menores de edad, y el consentimiento para entregar a un niño o niña en adopción.

Sobre el primer aspecto, el Código de la Infancia y la Adolescencia consagró normativamente la prelación especial que tienen las obligaciones alimentarias en favor de los niños niñas y adolescentes, cuando deba realizarse la gradación de créditos a efectos de satisfacer las obligaciones en cabeza de un deudor. Es así como el artículo 134 dispone lo siguiente: "Los créditos por alimentos a favor de los niños, las niñas y los adolescentes gozan de prelación sobre todos los demás." Esta prelación ha llevado incluso a considerar que los créditos por alimentos debidos a personas que, si bien son mayores de edad, pero aún no alcanzan los 25 años de edad, deban ser pagados también de forma prevalente, incluso frente a medidas cautelares que hayan sido decretadas en procesos de naturaleza laboral, e incluso, de las incoadas en procesos de jurisdicción coactiva, concurran o no dichos asuntos con uno o varios procesos ejecutivos de alimentos[30].

Adicionalmente, y en relación con la aplicación de la prelación de créditos respecto de los acreedores cuya obligación ha sido garantizada con la suscripción de una garantía mobiliaria por parte de su deudor, y según las cuales este acreedor puede solicitar que en un proceso de reorganización empresarial su obligación sea pagada con preferencia de las de los otros acreedores que participan del

29 Cuervo Delgado, C. "Las políticas públicas en la Ley de Infancia y Adolescencia", en A.A.V.V.: *Ley de la Infancia y la Adolescencia: Análisis y perspectivas* (Dir. por A. Quiroz Monsalvo y E. Escalante Barreto), Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 127-129.

30 Instituto Colombiano De Bienestar Familiar: *Concepto 34 de 2019*.

acuerdo de reorganización[31], la Corte determinó, haciendo una interpretación de las normas conforme con la Constitución, que esta preferencia sólo puede hacerse efectiva "siempre que los demás bienes del deudor sean suficientes para asegurar el pago de las obligaciones alimentarias de los niños y las salariales y prestaciones derivadas del contratos de trabajo, en caso de haberlas. En estos casos el juez del concurso deberá verificar y adoptar la correspondiente decisión." (sent. C-145 de 2018).

Otra de las doctrinas de la Corte Constitucional que fue positivizada durante la segunda etapa lo constituyen los requisitos que debe cumplir el consentimiento de la o las personas quie van a entregar a un niño o niña en adopción. Como se señaló líneas atrás (1-B)), en estos casos la manifestación de voluntad no sólo debe cumplir con los requisitos generales que se exigen para la validez de todo negocio jurídico: seriedad, honestidad y ausencia de error, fuerza y/o dolo, sino que adicionalmente esta debe ser constitucionalmente idónea, lo que se traduce en que debe ser apto, amplia y debidamente informado, convenientemente asesorado; y no debe otorgarse como contraprestación de beneficios de naturaleza económica (sentencia T-510 de 2003).

Así, el artículo 66 del Código de la Infancia y la Adolescencia -Ley 1098 de 2006-, reguló estos requisitos de la siguiente forma:

"El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.

2. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto.

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una

31 Se refiere a las prerrogativas incluidas en el artículo 50, incisos 2° y 6°, de la Ley 1676 de 2013, norma que promueve el acceso al crédito y regula las garantías mobiliarias en Colombia.

enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público."

Como puede verse, la doctrina sentada por la Corte Constitucional en la sentencia T-510 de 2003 fue completamente acogida por el legislador al expedir el Código de la Infancia y la Adolescencia en 2006. Sin embargo, hoy día considero necesario hacer una revisión de la concordancia constitucional del inciso en el cual se considera a la "enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses" como equivalente a la ausencia del padre o madre que debe otorgar el consentimiento para entregar al niño o niña en adopción. La razón de esta nueva revisión constitucional radica en que hoy Colombia tiene un marco jurídico interno en donde se reconoce la capacidad legal de las personas con discapacidad, en armonía y desarrollo de lo previsto tanto por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, como por otras normas que integran el bloque de constitucionalidad.

Así, y aunque el apartado en comento fue declarado condicionalmente exequible por la Corte mediante sentencia C-741 de 2015, en la cual se señaló que la expresión "cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses", contenida en el inciso 3º del artículo 66 de la Ley 1098 de 2006, se ajusta a la Constitución Política "en el entendido que solo se dará por establecida la falta del padre o la madre, o de quienes detenten la patria potestad, cuando la valoración realizada por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses concluya la imposibilidad para otorgar un consentimiento válido e idóneo legal y constitucionalmente"; hoy debe tenerse en cuenta que la Ley

1996 de 2019 establece que personas con discapacidad mental tienen capacidad legal. Por lo tanto, la persona con discapacidad mental hoy sí puede manifestar su consentimiento válido y constitucionalmente idóneo para entregar a su hijo o hija menor de edad en adopción, acudiendo para ello a los ajustes razonables, salvaguardias y apoyos -extrajudiciales y judiciales-, que la persona requiera para expresar mediante ellos su voluntad y preferencias al celebrar cualquier negocio jurídico, lo que, por supuesto, incluye también a la entrega en adopción de su niño o niña.

B) Consolidación de líneas jurisprudenciales para la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia

Continuando con el desarrollo de las principales características de esta segunda etapa de desarrollo del derecho de la niñez y la adolescencia con posterioridad a la Constitución Política de 1991, se evidencia de manera importante la consolidación de varias líneas jurisprudenciales, como las referidas a *i)* la autonomía progresiva para el ejercicio de sus derechos, *ii)* la limitación de las facultades correccionales de los padres sobre sus hijos; y *iii)* la utilización de enfoques diferenciales para la protección de diferentes grupos de niños, niñas y adolescentes.

En cuanto al ejercicio de la autonomía progresiva para que los niños, niñas y adolescentes tomen decisiones, en sede de tutela la Corte consideró que aunque las normas que regulan el cambio del componente sexo en el registro civil de nacimiento indican que uno de los requisitos es que el solicitante presente ante el Notario que va a surtir la actuación una petición en donde se indique el nombre y el número de la Cédula de Ciudadanía[32]; en 2017 ordenó inaplicar en casos concretos dicha disposición por considerarla inconstitucional, para ordenar que dos adolescentes, personas menores de 18 años pero muy cercanos a cumplir la mayoría de edad, pudieran tramitar esta modificación con la presentación de su tarjeta de identidad (sentencias T-498 y T-675 de 2017).

En 2019 la Corte fue más allá, y a propósito de la acción de tutela interpuesta por la madre de un niño nacido en estado intersexual, registrado como de un género pero que posteriormente se identificó con otro, señaló que en todos los casos en los cuales haya necesidad de cambiar el nombre y/o el componente sexo en el registro civil de nacimiento de una persona menor de edad, "el accionante cuenta con la capacidad para decidir el cambio de componente sexo en el registro civil de nacimiento, en atención a: (i) el reconocimiento como sujeto titular de derechos; (ii) la consideración de sus capacidades evolutivas; y (iii) la superación del umbral sobre la comprensión del concepto de identidad de género, 5 a 7" (sentencia T-447 de 2019), asunto que actualmente se encuentra regulado por

32 Decreto 1227 de 2015, artículo 2.2.6.12.4.4.

la Instrucción Administrativa 01 de 2020, proferida por la Superintendencia de Notariado y Registro.

Pero no sólo la aplicación de la autonomía progresiva se desarrolla en asuntos relacionados con el cambio del nombre y/o el cambio del componente sexo en el registro civil de nacimiento de las personas menores de 18 años, sino que también concurre en otros escenarios. Así, el ejercicio del derecho fundamental a la muerte digna por parte de niños, niñas y adolescentes fue objeto de pronunciamiento en sede de tutela por parte de la Corte Constitucional, quien en la sentencia T-544 de 2017 ordenó al Ministerio de Salud la expedición de una reglamentación para el ejercicio de este derecho con criterios diferenciados, los cuales se materializaron en la Resolución 825 de 2018 en donde se señaló, con el apoyo de experto, que en el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, "la toma de decisiones en el ámbito médico está definida por la concurrencia de las siguientes aptitudes: (i) capacidad de comunicar la decisión, (ii) capacidad de entendimiento, (iii) capacidad de razonar y (iv) capacidad de juicio." (artículo 2º, numeral 2.2.)

En relación con las facultades de corrección que los padres tienen para con sus hijos, la Corte mantuvo su posición de proscribir el castigo físico como mecanismo para la educación de los menores de edad. Es así como a propósito de la causal de pérdida de la patria potestad que consistía en "El maltrato habitual del hijo, en términos de poner en peligro su vida o causarle grave daño"[33], dijo que "la causal del numeral primero que da lugar a la pérdida de la patria potestad resulta desproporcionada al someter la vigencia de la patria potestad a los maltratos habituales que pongan en peligro la vida del menor o le causen grave daño. Medida consagrada por el legislador hace más de un siglo, que no está en capacidad de lograr la protección oportuna a los niños, niñas y adolescentes exigida por la nueva Constitución de 1991" (sentencia C-1003 de 2007), lo que la llevó a concluir que las es expresiones "habitual" y "en términos de poner en peligro su vida o causarle grave daño" eran contrarias al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, declaradas inconstitucionales.

Posteriormente, en la sentencia C-368 de 2014, la Corte reiteró la obligación que tienen las autoridades de intervenir modelos pedagógicos o en pautas de crianza que impliquen cualquier forma de maltrato hacia los niños, niñas y adolescentes, entendido este como "toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona." (Ley 1098 de 2006, art. 18 inciso 2º), razón que justifica desde el punto de vista constitucional, la

33 Redacción original del Artículo 315, numeral 1º del Código Civil.

existencia de unas sanciones mucho mayores para el delito de violencia intrafamiliar, si se lo compara por, ejemplo, con el de lesiones personales.

Consolidada la línea jurisprudencial que proscribe el maltrato como forma válida de corrección, Colombia promulgó la Ley 2089 de 2021, en donde señala que la facultad que tienen los padres y/o titulares de la patria potestad para educar a sus hijos de acuerdo con sus creencias y valores, tiene como límite el no infligirles castigo físico, tratos crueles, y cualquier forma de violencia (Art. 1°, inciso 1°). Sin embargo, llama la atención que la misma norma señala que "El castigo físico y los tratos crueles o humillantes no serán causal de pérdida de la patria potestad o de la custodia, ni causal para procesos de emancipación, siempre y cuando no sean una conducta reiterativa y no afecte la salud mental o física del niño, niña o adolescente." (Art. 1°, inciso 2°), por lo que considero necesario que, cuando menos, se interprete la norma -por vía general[34] o en cada caso concreto- en el sentido señalado por el Comité de los Derechos del Niño, quien considera que los castigos corporales -condenados tanto en instrumentos del sistema universal como en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos-, atentan contra la dignidad humana y el derecho a la integridad física de los niños, las niñas y los adolescentes[35].

Como lo señala la profesora María Luisa Rodríguez Peñaranda, la Constitución Política de 1991 puede considerarse como la del litigio incluyente, porque para hacer eficaces los derechos reconocidos por la Constitución y el bloque de constitucionalidad, muchos colombianos han tenido que utilizar el aparato jurisdiccional para ver satisfechos, en la práctica, los derechos que ya estaban en un texto dotado de fuerza jurídica[36]. Así, un sinnúmero de individuos considerados como sujetos de especial protección pueden ver garantizados sus derechos de mejor manera con base en enfoques diferenciales, los cuales "hacen posible que tales acciones afirmativas sean formuladas con el impulso, formulación y seguimiento a políticas públicas a cargo principalmente del gobierno que no desconozcan las diferencias de los colectivos a proteger."[37]

En punto de los niños, las niñas y los adolescentes, resultan de gran importancia las decisiones proferidas para la protección de los derechos de aquellos con discapacidad, así como de quienes pertenecen a pueblos indígenas. Así, la Corte

34 Según el alcance de la interpretación de la ley que hacen tanto el legislador como la Corte Constitucional, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 25 del Código Civil y la sentencia C-820 de 2006 proferida por la Corte Constitucional.

35 Comité de los Derechos del Niño: *Observación general núm. 8 El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros),* 2006, pp. 6-9.

36 Rodríguez Peñaranda, M.L: "Dejando atrás la Constitución del litigio incluyente: el reto de la paz como bienestar social", Pensamiento Jurídico, núm. 43, 2016, pp. 352 a 356.

37 Rodríguez Peñaranda, M.L: Dejando atrás…, cit., p. 358.

Constitucional señaló, aún antes de la expedición de la Ley 1996 de 2019 y con apoyo tanto en la Convención de los Derechos del Niño (Ley12de 1991), como en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley1346 de 2009), que el consentimiento sustituto para la esterilización quirúrgica de adolescentes con discapacidad sólo procede si "(i) se presume la capacidad de la persona para ejercer la autonomía reproductiva; (ii) se verifique que no existe una alternativa menos invasiva que la esterilización quirúrgica; (iii) se brinden todos los apoyos y se haya hecho los ajustes razonables para que la persona pueda expresar su decisión; (iv) se compruebe la imposibilidad del consentimiento futuro; y (v) se evidencie la necesidad médica de la intervención quirúrgica." (sentencias C-182 de 2016, T-665 de 2017 y T-231 de 2019); e incluso, en el último de los fallos impartió órdenes a la Defensoría del pueblo para acompañar el cumplimiento de la decisión judicial.

Finalmente en la sentencia T-466 de 2016, la Corte ordenó una serie de medidas encaminadas a la atención de las necesidades de los niños de la comunidad Wayúu. Un primer tipo de medidas se encaminó a la atención de la emergencia que originó la acción de tutela, mientras que el segundo tipo dispuso la implementación de políticas públicas para resolver las situaciones estructurales que propiciaron la situación de vulneración de derechos de la niñez Wayúu, y prevenir su repetición. A estas órdenes la Corte les hizo seguimiento, y en el Auto 264 de 2020 declaró cumplidas las órdenes cuarta a octava, impartidas en la T-466 de 2016, reconociendo que aún persisten situaciones de vulneración de los derechos fundamentales, por lo que ordenó dar traslado de la situación a la autoridad encargada de realizar el seguimiento a lo determinado por la sentencia T-302 de 2017, para "(i) cumplir en mayor medida los principios de economía, eficiencia y eficacia en el ejercicio de las funciones administrativas encaminadas a conjurar la situación de crisis en La Guajira; y (ii) evitar multiplicidad de pronunciamientos y de órdenes que podrían restarle eficacia a las medidas, proyectos y programas de cara al goce efectivo de los derechos fundamentales materia de protección".

Como puede verse, la consolidación de líneas jurisprudenciales en los tres escenarios mencionados en este numeral ha contribuido tanto a la expedición de normas como a la implementación de políticas públicas encaminadas hacia la efectividad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, y como quedó evidenciado en algunos de los párrafos de este numeral, pareciera que la lógica de avanzar en la consolidación de un "corpus iuris" para la niñez y la adolescencia ubicada en el territorio colombiano, individual y colectivamente considerada, fuera eclipsada por los temores a desprenderse de las antiguas lógicas de represión física como forma de educación.

C) Normas especiales para garantizar los derechos de determinados grupos de niños, niñas y adolescentes

Posterior al Código de la Infancia y la Adolescencia, varias leyes han complementado y modificado sus disposiciones, como es el caso de la Ley 1878 de 2018, que realiza cambios en las medidas de restablecimiento de derechos y en el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos de la Ley 1098 de 2006; la Ley 2025 de 2020, que señala los lineamientos para la implementación de las Escuelas para Padres y Madres de Familia y Cuidadores, en las instituciones de educación preescolar, básica y media del país. y la Ley 2089 de 2021, que prohíbe el uso del castigo físico, los tratos crueles, humillantes o degradantes y cualquier tipo de violencia como método de corrección infantil.

Además, en diferentes ámbitos, Colombia se han expedido otras normas, que a título enunciativo se indican a continuación:

En materia penal, tenemos las Leyes 1154 de 2007, que aumentó la prescripción de la acción penal para delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cuando éstos se comentan contra niños; 1181 de 2007, que aumentó las penas del delito de inasistencia alimentaria, en el evento de que éste se cometa contra un niño; 1336 de 2009, para luchar contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños; y 1761 de 2015 en la que se señalan especiales circunstancias de agravación punitiva cuando el delito de feminicidio se cometa en la persona de una niña.

Para los niños, niñas y adolescentes con discapacidad se promulgaron las leyes 1346 de 2009, que aprobó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y señaló, en su artículo 7º la obligación de los Estados partes de garantizar a los niños con discapacidad la igualdad en el ejercicio de sus derechos, la vigencia de su interés superior y la obligación de garantizar que expresen libremente su opinión, la cual debe recibirse con la "debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas."; y 1996 de 2019, que en su artículo 7º señala a los padres de personas menores de edad en situación de discapacidad mental, la obligación de ejercer la patria potestad de una forma digna y atendiendo a la progresiva autonomía de los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus derechos.

Sobre el derecho a la salud, las leyes 1385 de 2010, indica acciones para "prevenir el síndrome de alcoholismo fetal en los bebés por el consumo de alcohol de las mujeres en estado de embarazo."; 1388 de 2010 y 2026 de 2020, que ordenan a las aseguradoras de los servicios de salud la autorización inmediata de los servicios requeridos por los niños diagnosticados con cáncer en cualquiera de sus etapas, tipos o modalidades; 1438 de 2011, 1479 de 2012, 1608 y 1639 de 2013;

1753 de 2015, 1797 de 2016, 1929 de 2018, 1955, 1971 y 2010 de 2019; y Decreto Legislativo 538 de 2020 que regulan la atención preferente y diferencial, en materia de salud, para los niños.

En cuanto a la participación fueron expedidas la Ley 1195 de 2008, que creó en el Congreso de la República el día de los niños, niñas y adolescentes congresistas; y la Ley 1885 de 2018 que modificó el Estatuto de Ciudadanía Juvenil -personas entre 14 y 18 años-.

Para la protección de los niños y niñas más pequeños se expidieron las leyes 1468 de 2011, que aumentó la licencia de maternidad a 14 semanas, aumentadas a 16 semanas en el caso de parto múltiple; y estableció para el caso de los niños prematuros, la suma de las semanas de diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término; 1804 de 2016, que establece la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre; 1822 y 1823 de 2017, que incentivan la adecuada atención y cuidado de la primera infancia; y crean salas de lactancia.

Sobre la protección de naturaleza policiva, las Leyes 1335 de 2009 y 1801 de 2016 prohibieron la venta de tabaco a los menores de 18 años; y la Ley 2000 de 2019, que modifica el Código Nacional de Policía y Convivencia y el Código de la Infancia y la Adolescencia en materia de consumo, porte y distribución de sustancias psicoactivas en lugares con presencia de menores de edad.

Respecto de la protección de la niñez y la adolescencia más vulnerable, se expidieron las leyes 1448 de 2011, que estableció la condición de víctimas del conflicto armado para los niños desvinculados de los grupos armados al margen de la Ley (artículo 3º, parágrafo 2º), así como también señaló el enfoque diferencial para las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral que se les brinden; y 1997 de 2019, donde hay un régimen especial y excepcional para adquirir la nacionalidad colombiana por nacimiento para hijos e hijas de venezolanos en situación de migración regular o irregular, o de solicitantes de refugio, nacidos en territorio colombiano, con el fin de prevenir la apatridia.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN: UNA MIRADA AL HORIZONTE DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COLOMBIANOS

El reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derecho es consecuencia del proceso de constitucionalización del derecho, de acuerdo con el cual se realiza una interpretación de las normas de rango legal conforme con la Constitución. En punto de la regulación jurídica para los niños, las

niñas y los adolescentes, esta constitucionalización – interpretación conforme con la Constitución Política de 1991 se surte en dos etapas.

La primera etapa que inició en 1992 con la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional y culminó en 2006 con la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia, tuvo que responder al reto de la armonizar la legislación vigente, en muchos casos influenciada por la doctrina de la situación irregular, con las previsiones de la Convención de los Derechos del Niño, cuyo propósito orientador fue lograr protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia a través de su reconocimiento universal como como sujetos de derecho con autonomía progresiva para ejercerlos. Para resolver esta contradicción, la Corte realizó la interpretación sistemática de varias normas y desarrolló importantes doctrinas que *i)* sirvieron como fundamento para la creación de normas jurídicas; pero también estas construcciones jurisprudenciales *ii)* allanaron el camino para que en la siguiente fase otros aspectos fueran regulados reconociendo la autonomía progresiva de derechos de los niños, niñas y adolescentes; y además se expidieran normas jurídicas, se impartieran órdenes judiciales y se formularan e implementaran políticas de atención con enfoque diferencial para niñez y la adolescencia.

La segunda etapa, que inicia en 2007 con la vigencia del Código de Infancia y Adolescencia y se extiende hasta la actualidad, puede denominarse como de consolidación de las fuentes formales del derecho de la niñez y la adolescencia, porque aquí *i)* se positivizaron algunas de las construcciones jurisprudenciales elaboradas durante la época inmediatamente anterior como ocurrió con la prelación de créditos alimentarios debidos a personas menores de edad, el consentimiento constitucionalmente idóneo para entregar a un niño en adopción, y las facultades de corrección de los padres respecto de sus hijos; así como también *ii)* se consolidó el desarrollo de líneas jurisprudenciales en torno a la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, los límites de los padres en cuanto a la corrección de sus hijos y el uso del enfoque diferencial para garantizar la efectividad de los derechos de diferentes grupos de niños; y *iii)* se promulgaron normas que en diferentes asuntos, ampliaron la regulación jurídica para la niñez y la adolescencia, y les establecieron prioridades en tanto sujetos de especial protección constitucional.

Este balance, que en principio es satisfactorio y alentador, tiene algunos puntos débiles que amenazan la universalidad de derechos pretendida por la Convención de los Derechos del Niño. Es el caso de la jurisprudencia sobre autonomía progresiva para el cambio de nombre y/o el componente sexo del registro civil de nacimiento y el ejercicio del derecho fundamental a la muerte digna, asuntos que para el caso de los niños, niñas y adolescentes ha derivado en la expedición, por orden de la Corte Constitucional, de directrices y/o resoluciones que pueden

no ser conocidas por todos los sujetos interesados en su aplicación (niños trans, en estado intersexual, con enfermedades incurables, etc). Otro tanto ocurre con las facultades de corrección de los padres para con sus hijos, ya que los tratados internacionales de protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, los organismos encargados de interpretar estos instrumentos y la jurisprudencia constitucional prohíben el uso del castigo físico como herramienta de corrección; la reciente ley sobre el tema señala que cuando este se propina de forma ocasional, no genera sanciones como la emancipación o la pérdida de la patria potestad, lo que equivale a mantener su uso "moderado" en el ámbito familiar, en contravía con lo dispuesto por el derecho internacional de la niñez y la adolescencia.

BIBLIOGRAFÍA.

ALEXY, R: "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 11, 2009, pp. 3-14.

BARROSO, L. R: *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

CARBONELL, M. *Teoría del neoconstitucionalismo ensayos escogidos*. Editorial Trotta, Madrid, 2007.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: *Observación general núm. 8 El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros),* 2006.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER Y COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: *Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta*, Naciones Unidas, 2014.

CORCUERA ATIENZA, J. y GARCÍA HERRERA, M.A: *La constitucionalización de los derechos históricos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

CUERVO DELGADO, C. "Las políticas públicas en la Ley de Infancia y Adolescencia", en A.A.V.V.: *Ley de la Infancia y la Adolescencia: Análisis y perspectivas* (Dir. por A. QUIROZ MONSALVO y E. ESCALANTE BARRETO), Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 126-144.

CRUZ VILLALÓN, P: *La constitución inédita estudios ante la constitucionalización de Europa*. Editorial Trotta, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ CRUZ, J.A. "La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual", *Ius et Praxis*, vol. 22. Núm. 2, 2016, pp. 153-188.

GARCÍA RUBIO, M.P: "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, pp. 14-49.

GERARD, W: *La revolución inglesa: visión de conjunto.* Barcelona – México, Grijalbo, 1971.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M: "Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos" *Revista de Derecho (UCUDAL),* núm. 18, 2018, pp. 117-137.

Gómez Serrano, L. y Cortés Falla, M: "La irradiación constitucional en la jurisprudencia del derecho de familia en Colombia", Temas Socio – Jurídicos, 2010, vol. 28, núm. 59, pp. 17-51.

Guastini, R: *Estudios de teoría constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

Guío Camargo, R.E: "Reflexiones sobre el estatuto jurídico de la infancia y la adolescencia colombiana y su aplicación en la justicia constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 24, vol. 1, 2020, pp. 207-236.

Guzmán Brito, A: "El derecho público y el derecho privado", *Revista Persona y Derecho*, 2015, núm. 72, pp. 11-21.

Instituto Colombiano De Bienestar Familiar: *Concepto 34 de 2019*.

Jaramillo Pérez, J.F., García Villegas, M., Rodríguez Villabona, A.A., y Uprimny Yepes, R: *El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno.* Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2018.

Ministerio Del Interior: *El enfoque diferencial y étnico en la política pública de víctimas del conflicto armado,* Bogotá, 2014.

Monroy Cabra, M.G: *Derecho de familia, infancia y adolescencia*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2017.

Moreno Soler, V: "La evolución de la libertad religiosa del menor de edad y su incidencia en el ámbito de la salud", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, pp. 144.

Pérez Fuentes, G.M: "Derecho a la salud y vida de la niñez, como límite a los derechos a la privacidad y libertad religiosa", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, pp. 142-161.

Quiroz Monsalvo, A: *Manual derecho de infancia y adolescencia (aspectos sustanciales y procesales)*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2009.

Rodríguez Peñaranda, M.L: "Dejando atrás la Constitución del litigio incluyente: el reto de la paz como bienestar social", *Pensamiento Jurídico*, núm. 43, 2016, pp. 349 a 375.

Tocqueville, A: *La democracia en América*. Trad. de Dolores Sánchez de Aleu, Madrid, Alianza Editorial, 1980.

Uprimny Yepes, R: *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, Dejusticia, Bogotá, 2001.

Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, Á: *Derecho civil*, Tomo I *Parte general y personas*, Temis, Bogotá, 2020.

REFLEXIONES SOBRE EL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS DE 2006 Y SU CONTROVERTIDA EXÉGESIS POR EL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

THOUGHTS ON ART. 12 OF THE 2006 UNITED NATIONS CONVENTION AND ITS CONTROVERSIAL INTERPRETATION BY THE COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 636-667

* El presente trabajo constituye una versión debidamente actualizada del capítulo de mi autoría en el libro colectivo *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (dir. G. Cerdeira y L.B. Pérez Gallardo), Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 113-142.

Aurora LÓPEZ AZCONA

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: El presente trabajo pretende ofrecer una relectura rigurosa, a la par que no exenta de crítica sobre el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 2006 y de las recomendaciones que, al hilo de la misma, ha hecho el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Ello en un momento como el presente en el que acaba de entrar en vigor la Ley estatal 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Por añadidura, se ofrece un breve apunte sobre la adecuación a la Convención del nuevo sistema de apoyos acuñado por la referida Ley.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, capacidad jurídica, apoyos, autogobierno, Convención UN 2006.

ABSTRACT: *The paper is to offer a rigorous reading of article 12 of the United Nations Convention of 2006 and of the recommendations made by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities in relation to it, while at the same time not exempt from criticism. This at a time like the present, when Law 8/2021, which reforms civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, has just come into force. In addition, a brief note is offered on the adaptation to the Convention of the new system of support coined by the Law.*

KEY WORDS: *Disability, legal capacity, supports, self-government, 2006 United Nations Convention.*

SUMARIO.- I. PREVIO.- II. LA NUEVA VISIÓN DE LA DISCAPACIDAD PROPUGNADA POR LA CONVENCIÓN UN 2006 SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: DEL MODELO MÉDICO AL MODELO SOCIAL.- III. EL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN Y SU COMPLEJA INTERPRETACIÓN.- 1. Planteamiento.- 2. ¿Mantiene la Convención la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar? -3. El ambiguo significado del término apoyo.- 4. Principios inspiradores de las medidas de apoyo.- 5. La especial referencia a los derechos patrimoniales de las personas con discapacidad.- IV. LAS OBSERVACIONES DEL COMITÉ UN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 1. Observaciones generales.- A) Observación núm. 1 (2014) sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley.- B) Observaciones generales complementarias.- a) Observación núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la sociedad.- b) Observación núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación.- 2. Observaciones especificas a España.- V. BREVE APUNTE SOBRE LA ADECUACIÓN DEL NUEVO SISTEMA ESTATAL DE APOYOS DISEÑADO POR LA LEY ESTATAL 8/2021 A LA CONVENCIÓN UN 2006.

I. PREVIO.

En un momento como el presente, en el que acaba de entrar en vigor la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, al objeto de su debida adecuación la Convención UN sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, interesa ofrecer una relectura del precepto que, a mi entender, constituye la punta de lanza del texto internacional -el art. 12- en cuanto aborda dos cuestiones tan complejas y estrechamente vinculadas entre sí como son las concernientes a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y al alcance del sistema de apoyos que, en su caso, puede necesitar. Ahora bien, no puede abordarse el estudio de este precepto sin antes encuadrar la Convención en el concreto modelo de la discapacidad al que responde al objeto de detectar sus aciertos y debilidades. Igualmente, interesa ir más allá de los términos de la Convención, acudiendo a la lectura que de la misma hace el CDPD (en adelante, CDPD), en cuanto órgano encargado de supervisar su aplicación por parte de los Estados signatarios. Por último, interesa cerrar este trabajo con una breve reflexión sobre el alcance de la adecuación del nuevo sistema de apoyos estatal acuñado por la Ley 8/2021 a los parámetros de la Convención.

II. LA NUEVA VISIÓN DE LA DISCAPACIDAD PROPUGNADA POR LA CONVENCIÓN UN 2006 SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: DEL MODELO MÉDICO AL MODELO SOCIAL.

En 2006 la ONU aprobó una Convención sobre derechos de las personas con discapacidad que ha supuesto, sin lugar a dudas, un cambio de paradigma en

• Aurora López Azcona
Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: alopaz@unizar.es

el tratamiento de la discapacidad, en cuanto supera la perspectiva asistencial para asumir otra diferente basada en los derechos humanos[1]. De este modo, su art. 1 declara que la Convención tiene como propósito "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos por todas las personas con discapacidad".

Este cambio de paradigma implica la consideración de las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y no como mero objetos de tratamiento y protección[2]. Se sustituye así el modelo médico de la discapacidad (centrado en las causas médicas u orgánicas de la discapacidad) por el modelo social (centrado en los factores sociales de la discapacidad)[3]. Sucede, sin embargo, a mi entender, que ninguno de estos modelos por sí solo resulta plenamente satisfactorio para abordar una realidad tan compleja y diversa como la de la discapacidad.

Así, el modelo médico contempla la discapacidad como un problema exclusivamente personal causado por una enfermedad o deficiencia. En coherencia con este planteamiento, este modelo centra sus respuestas en el individuo y sus limitaciones para adoptar una posición paternalista y asistencial centrada exclusivamente en su curación, sin contemplar soluciones sociales (aceptación de la diferencia e igualdad de derechos) que resultan esenciales[4].

Por su parte, el modelo social considera que la discapacidad no es un atributo de la persona, sino un producto social, resultado de las interacciones entre un

1 Como así se recoge en el *Informe especial sobre capacidad jurídica y toma de decisiones con apoyo* del *Relator Especial UN sobre los derechos humanos*, 2018, §, 21; y, a nivel estatal, en el *Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2017, p. 6; el *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, 2018, p. 6; y el *Dictamen del Consejo de Estado sobre* el *Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, 2019, p. 21.

2 De acuerdo con el *Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, 2018, p. 5; y, en la doctrina, Barranco, M.C., Cuenca, P. y Ramiro, M.A.: "Capacidad jurídica y discapacidad; el artículo 12 de la Convención de derechos de las personas con discapacidad", *Anuario de la Facultad De Derecho-Universidad de Alcalá*, núm. V, 2012, pp. 55-56; y Álvarez Lata, N. y Seoane, J.A.: "El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *DPyC*, núm. 24, 2010, p. 19.

3 Como así se constata por el *Informe del Consejo Fiscal,* cit., p. 7; el *Informe del CGPJ*, cit., p. 5; el *Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* 2018, p. 5; la *Memoria del Ministerio de Justicia del análisis del impacto normativo del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* 2018, p. 12. En la doctrina vid. en el mismo sentido Velarde Lizama, V.: "Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico", *Revista Empresa y Humanismo*, vol. XV, núm. 1, 2012, p. 132.

4 De acuerdo con la *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)* elaborada por la Organización Mundial de la Salud, ed. en español, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 2001, p. 22; y, en la doctrina, Barrios Flores, L.F.: "La Convención, un cambio de paradigma jurídico. La ley española frente a la Convención", en AA.VV.: *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas, (Cuadernos de la Fundación V. Grafols* 39*)*, 2016, p. 38; Cuenca Gómez, P.: "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: El art.12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español", *Derechos y libertades*, núm. 24, 2011, pp. 231-232; y Velarde Lizama, V.: "Los modelos", cit., p. 124.

individuo y un entorno no concebido para él[5]. En otras palabras, las causas de la discapacidad no son tanto las deficiencias individuales, sino las limitaciones de la propia sociedad, que no es capaz de asegurar que las necesidades de las personas con discapacidad se vean satisfechas[6]. A partir de ahí, en este modelo la solución a la discapacidad viene dada por la necesaria integración social de las personas con discapacidad y la sociedad tiene la obligación de realizar en el entorno las modificaciones necesarias para garantizar la plena participación en todas las esferas de la vida social de las personas con discapacidad.

Obviamente, este modelo merece *a priori* una valoración positiva, en cuanto como señala la propia Convención en su art. 3.d, se basa en "el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas" (idea que responde al modelo de la diversidad como submodelo del modelo social)[7].

Pero junto a ello presenta elementos criticables, en cuanto, en su vertiente más extrema, contempla la discapacidad como "una forma de opresión social a quienes tienen un déficit, construyendo entornos que castigan a quienes se desvían del estándar de normalidad"[8]. De este modo, considera la sociedad como la principal causante de la discapacidad, sin reconocer que hay otros factores determinantes de la discapacidad, sí tomados en consideración, sin embargo, por el modelo médico. E igualmente ofrece una respuesta uniforme al tratamiento de la discapacidad que parte de la premisa que todas las personas deben poder tomar sus propias decisiones, olvidando que la discapacidad engloba situaciones muy diversas y, entre ellas, la de aquellas personas que adolecen deficiencias mentales muy severas que les impiden gobernarse por sí mismas[9].

Este es el modelo en el que se ha inspirado esencialmente la Convención no sin algún matiz, como se indicará más adelante. Así, en su Preámbulo declara que "la discapacidad es un concepto […] que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones

5 Conforme a la *Clasificación Internacional*, cit., p. 22.

6 Según hacen constar Palacios, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cermi, Madrid, 2008, p. 123; y Velarde Lizama, V.: "Los modelos", cit., p. 130.

7 De acuerdo con V. Velarde Lizama, ídem, p. 132.

8 Según hace constar Vallejos, I.: *Entre el modelo médico y el modelo social, algunas reflexiones sobre conceptos y prácticas* (URL: http://www.unsj.edu.ar/descargas/institucional/comisionDiscapacidad/modeloMedicoSocial.pdf, consultada el 31/08/2021).

9 Como certeramente sostiene la *Clasificación Internacional*, cit., p. 218 y, en la doctrina, Atienza Rodríguez, M.: "Dignidad", cit., p. 264; Alemany, M.: "Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación general nº. 1 (2014) del Comité (UN) sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, núm. 52, 2018, pp. 213-214; Canimas Brugé, J.: "Decidir por el otro es a veces necesario", en AA.VV.: *La incapacitación*, cit., pp. 16-17; y Álvarez Lata, N. y Seoane,, J.A.: N. Álvarez Lata Y J.A. Seoane"El proceso", cit., p. 15.

con las demás"[10]. Por añadidura, haciéndose eco del postulado del modelo social según el cual las personas con discapacidad tienen tanto que aportar a la sociedad como aquellas que no lo son, el Preámbulo aboga por reconocer "el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades".

De igual modo, la lectura de su art. 3 revela una total coincidencia entre los principios generales de la Convención y los postulados básicos del modelo social como son el respeto a la dignidad y la autonomía, la participación en la sociedad y accesibilidad y el respeto a la diversidad.

Por añadidura, resulta indudable que el modelo social inspira buena parte de su articulado. Resultan reveladores al respecto el art. 9 que impone a los Estados parte la adopción de las medidas pertinentes para garantizar a las personas con discapacidad la accesibilidad universal; el art. 19 que reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad a vivir en comunidad en igualdad de condiciones, lo que incluye la oportunidad de elegir su lugar de residencia y el no verse obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico; el art. 21 que impone a los Estados parte la obligación de adoptar todas las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión en igualdad de condiciones, incluido el acceso a la información; el art. 24 que reconoce el derecho a la educación de las personas con discapacidad, en el marco de un sistema educativo inclusivo dirigido a reforzar el respeto a los derechos humanos y la diversidad humana, desarrollar al máximo la personalidad y aptitudes de las personas con discapacidad y hacer posible que participen de manera efectiva en la sociedad, el art. 26 que impone a los Estados parte la obligación de adoptar medidas efectivas y pertinentes para que puedan lograr la máxima independencia y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida; el art. 27 que reconoce el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones, lo que incluye el derecho a poderse ganar la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado laboral abierto e inclusivo; el art. 29 que impone a los Estados parte la obligación de garantizar a las personas con discapacidad la posibilidad de gozar de los derechos políticos en igualdad de condiciones, incluido el derecho a votar y a ser elegidos; y el art. 30 que reconoce

10 Esto es, como señala De Fuentes García-Romero De Tejada, C.: "Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios", *Revista Española de Discapacidad*, vol. 4, núm. 2, 2016, p. 84, "la discapacidad no es la deficiencia ni tampoco la barrera que dificulta a las perronas con deficiencias puedan participar plena y efectivamente en la sociedad, sino que es la interacción entre ambas". Inciden en la concurrencia de ambos elementos Palacios, A. y Bariffi, F.J.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* Cinca, Madrid, 2007, p. 65; Martínez-Pujalte, A.L. y Fernández Orrico, F.J.: "El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas", *Anales de Derecho y discapacidad*, núm. 1, 2016, p.11; y Porxas Roig, M.A.: "Un análisis del impacto en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: La capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *UNED. Revista de Derecho político*, núm. 103, 2018, p. 368.

el derecho de las personas con discapacidad a participar en la vida cultural en igualdad de condiciones.

Con todo, si bien resulta innegable la influencia en la Convención del modelo social, una lectura reposada de la misma permite advertir ciertos matices o modulaciones del mismo, en cuanto sus redactores no han prescindido absolutamente de los factores individuales o internos de la discapacidad[11], como, sin embargo, propugna la interpretación ortodoxa del modelo social que, a mi entender, adopta de modo cuestionable el Comité UN de los derechos de las personas con discapacidad (CDPD, en adelante)[12]. Así resulta de la noción de las personas con discapacidad que ofrece el art. 1.1 donde se aúnan los factores personales con los factores externos o sociales de la discapacidad: "aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". E igualmente del art. 12.3 que impone a los Estados parte el deber de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el *apoyo* que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, ello con las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos desde la perspectiva de los derechos humanos. Otro concepto fundamental presente en la Convención que, entiendo, va en la línea apuntada es el de los *ajustes razonable*s a realizar necesariamente en los ámbitos de la justicia (art. 13.1), de la educación (art. 24.2.c) y laboral (art. 27.1.i) para adecuarlos a las necesidades específicas de las personas con discapacidad[13].

III. EL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN Y SU COMPLEJA INTERPRETACIÓN.

1. Planteamiento.

A partir de ahí, es el art. 12 de la Convención UN 2006, bajo la rúbrica "igual reconocimiento como persona ante la ley", el que fija las pautas del nuevo tratamiento jurídico a dispensar a la discapacidad. Sucede, sin embargo, que los términos en que se expresa este precepto no resultan muy precisos, habiendo sembrado así las dudas entre los legisladores de los países signatarios a la hora de adoptar su Derecho interno a sus previsiones respecto a dos cuestiones esenciales: la primera, qué concepto de capacidad se está barajando en el Convenio; y, en

11 Aboga por la, a mi juicio, necesaria interacción entre los factores internos y sociales de la discapacidad la *Clasificación internacional…*, cit., p. 22, adoptando un enfoque "biopsicosocial" basado en la integración de los dos modelos opuestos expuestos como son el médico y social. En la doctrina propugnan igualmente una lectura de la Convención a la luz de este enfoque N. Álvarez Lata y J.A. Seoane: "El proceso", cit., p. 17.

12 Participa, asimismo, de esta opinión Martínez de Aguirre, C.: "Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. de Salas y V. Mayor del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, cit., p. 255.

13 El concepto de *ajustes razonables* aparece formulado en el art. 2.4 Convención UN 2006.

estrecha conexión con ésta, qué medidas de apoyo pueden adoptarse en caso de ser necesarias[14]. Ello ha propiciado, a mi entender, una lectura de la Convención por parte del CDPD en exceso buenista y poco acorde con la realidad[15] en la que, ya adelanto, se aboga por el reconocimiento de plena capacidad obrar a todas las personas con discapacidad y, por ende, el reemplazo absoluto del *sistema de sustitución en la toma decisiones* por el de *asistencia en la toma de decisiones*, olvidando que la discapacidad, como ya he señalado, engloba una gran variedad de situaciones a las que no se puede dar una respuesta única no tanto por razones de seguridad de tráfico jurídico, como apuntan algunos autores[16], sino desde la perspectiva de la propia vulnerabilidad de las personas afectadas por ciertos trastornos mentales o discapacidades intelectuales y cognitivas que, se quiera o no reconocer, les impiden tomar sus propias decisiones ya no sólo de índole patrimonial, sino de índole personal[17].

2. ¿Mantiene la Convención la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?.

La cuestión clave radica, por consiguiente, en determinar si la Convención mantiene la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar o, por el contrario, ha unificado ambas categorías en el concepto de capacidad jurídica para reconocerla a todas personas con discapacidad sin distinción alguna. Obviamente, la cuestión se revela de gran transcendencia, no tanto respecto de las personas con discapacidad física, sino en relación con las personas con discapacidad mental o intelectual, ya que es, en concreto, respecto a éstas donde se plantea el debate sobre su capacidad de autogobierno[18], esto es, para cuidar ya no sólo de sus bienes sino también de su persona[19].

¿Cuál es la posición de la Convención al respecto? Yo me atrevería a calificarla de intencionada ambigüedad, a la vista del accidentado proceso de redacción

14 De acuerdo con García Pons, A.: "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España", *ADC*, t. LXVI, 2013, p. 67.

15 El mismo discurso sostiene Caldas De Almeida, J.M.: "El artículo 12 de la CRPD, los límites de enfoques reduccionistas en aspectos complejos y la búsqueda necesaria de concertación", *World Psychiatry*, vol. 17, núm. 1, 2019, para tachar de "radical y reduccionista" la interpretación del Comité.

16 Vid. p.e. Carrasco Perera, Á.: "Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad", *Publicaciones jurídicas CESCO*, 2018, pp. 2-3 (URL: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Discapacidad_personal_y_estabilidad_contractual.pdf, consultada el 31/08/2021).

17 A este respecto Canimas Brugé, J.: "Decidir", cit., p. 24, tacha de "inmoralidad" la renuncia incondicional a las decisiones sustitutivas que propugna el Comité. Vid. en términos igualmente críticos Alemany, M.: "Igualdad", cit., p. 219.

18 Según advierte atinadamente, García Pons, A.: "El artículo 12", cit., p. 69.

19 De acuerdo con la Comisión de Ética y Legislación de la Asociación española de Neuropsiquiatría, *Sobre la reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad*, 2016, p. 26, el autogobierno requiere capacidad y voluntad para tomar decisiones tanto en el plano externo (actos que exigen relacionarse con tercero) como interno (actos propios como el autocuidado) (URL: https://amsmblog.files.wordpress.com/2016/06/03-aen-reforma-legislaciocc81n.pdf, consultada el 31/08/2021).

del art. 12 con dos posiciones abiertamente enfrentadas: la de aquellos países que abogaban por el pleno reconocimiento y garantía tanto de la capacidad jurídica como de la capacidad de obrar para las personas con discapacidad; y la de aquellos otros partidarios de referirse exclusivamente a la capacidad jurídica, sin mención alguna de la capacidad de obrar. De este modo, la lectura de los informes de las sesiones celebradas desde 2002 a 2006 por el Comité Especial encargado de preparar la Convención por mandato de la Asamblea General UN, revela que no fue hasta el último periodo de sesiones, ya en 2006, cuando se adoptó la fórmula de compromiso "ejercicio de la capacidad jurídica", en lugar de la expresión "capacidad para actuar" que se había barajado en los borradores anteriores[20]. Ello no impidió, sin embargo, que en el proceso de ratificación de la Convención se produjeran multitud de reservas y declaraciones interpretativas, dirigidas unas a mantener la referencia específica a la "capacidad de actuar" en el art. 12.2; y otras (provenientes fundamentalmente de países de nuestro entorno) que, aun aceptando la terminología definitivamente acuñada en dicho precepto, sustentaron el encaje de los apoyos sustitutivos en el art. 12.3 Convención. España, por su parte, no hizo reserva ni aclaración alguna[21].

Entrando ya en el análisis del precepto, según resulta de su rúbrica ("Igual reconocimiento como persona ante la ley"), el art. 12 sienta la premisa de que las personas con discapacidad tienen derecho a ser reconocidas como personas ante la ley en igualdad de condiciones con las demás[22].

A partir de ahí, en su aptdo. 1º establece que los Estados parte "reafirman" que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, esto es, a ser reconocidas como personas ante la ley como presupuesto previo e imprescindible para los demás derechos que se enuncian a continuación. Obsérvese que la Convención usa el término "reafirmar", de lo que resulta que no estamos ante un derecho reconocido *ex novo*, sino que ya existía antes y que ahora se pretende reforzar a través de un texto internacional, probablemente para evitar omisiones injustificadas por algunos de los Estados signatarios[23].

20 Los informes y documentación adicional del Comité Especial encargado de preparar el borrador de la Convención pueden consultarse en https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/ad-hoc-committee-on-a-comprehensive-and-integral-international-convention-on-the-protection-and-promotion-of-the-rights-and-dignity-of-persons-with-disabilities.html.

21 Extraigo esta información de García Pons, A: "El artículo 12", cit., pp. 67-68; y Pastor Palomar, N.: "Reservas a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 37, 2019, pp. 17-23.

22 Comparto en este punto la afirmación vertida por la *Observación 1 (2014) CDPD*, § 5, según la cual "con arreglo al Derecho internacional de los derechos humanos no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley o que permita limitar este derecho".

23 Como clarifican Cuenca Gómez, P.: "La capacidad"., cit., p. 240; y García Pons, A.: "El artículo 12", cit., p. 66. Obviamente no es el caso del Estado español, a tenor de lo dispuesto en el art. 30 CC.

Los dos apartados siguientes se revelan esenciales, pero, a la par, son los que presentan mayores dificultades interpretativas. En particular, el apdo. 2º impone a los Estados parte la obligación de reconocer que las personas con discapacidad tienen "capacidad jurídica" en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Complementariamente, el apdo. 3º les impone el deber de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el "ejercicio de su capacidad jurídica".

Aunque la cuestión es muy discutible creo que puede defenderse que, cuando el art. 12 en su primer apartado utiliza el término "capacidad jurídica" se está refiriendo exclusivamente a la aptitud de toda persona con discapacidad para ser titular de derechos y obligaciones; afirmación que ratifica en el aptdo. 5º, reconociéndoles, como se indicará más adelante, ciertos derechos de índole patrimonial en iguales condiciones con los demás. Pero distinta de esta titularidad es su ejercicio al que se refiere en su aptado. 3º para imponer a los Estados parte la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad las medidas de apoyo que "puedan necesitar" en tal ejercicio[24]. De este modo, lo quiera o no el CDPD, la Convención está reconociendo que las personas con discapacidad pueden tener dificultades en el ejercicio de esa capacidad jurídica (lo que tradicionalmente se ha denominado capacidad de obrar) y, por ende, pueden necesitar apoyo. Ahora bien, ya no se trata -y aquí viene el necesario cambio de enfoque- de privar a una persona con discapacidad de su capacidad de obrar como se viene haciendo hasta ahora, por cuanto ello constituiría una flagrante infracción de los principios que rigen la Convención y, entre ellos, el de respeto a la dignidad de la persona y el de no discriminación (art. 3.1.a y b, sino de determinar los apoyos que posibiliten el ejercicio de su aptitud cuando *de facto* se encuentre limitada, ello necesariamente conjugado con los necesarios ajustes a realizar en los diferentes ámbitos de la sociedad al objeto de garantizar su participación plena y efectiva[25].

24 Coinciden en esta apreciación Álvarez Lata, N. y Seoane, J.A.: N. Álvarez Lata Y J.A. Seoane"El proceso", cit., p. 23; Martínez de Aguirre, C.: "El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", en AA.VV.*: Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (coord. S. de Salas Murillo), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 22 y 24; Pau, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil", *RDC*, vol. V, núm. 3, 2018, p. 6.; Pérez de Ontiveros Baquero, C.: "La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar", *DPyC*, núm. 23, 2009, p. 347; y Rueda Estrada, J.D., Zurro Muñoz, J.J. y Fernández Sanchidrián, J.C.: "El modelo de apoyo a las personas con capacidades modificadas judicialmente según Naciones Unidas", *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 21, 2014, p. 89. Discrepan, sin embargo, de esta tesis para interpretar, en línea con el CDPD, que la noción "capacidad jurídica" de la Convención engloba las dos dimensiones, estática (capacidad jurídica) y dinámica (capacidad de obrar) de la capacidad, entre otros, Bariffi, F.J.: "Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU", F.J., en AA.VV.: *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (dir. L.C. Pérez Bueno), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009, p. 375 y 378; Cuenca, P.: "La capacidad", cit., p. 241; Palacios, A.*: El modelo",* cit., p. 464; y Porxas Roig, M.A.: "Un análisis", cit., pp. 368-369.

25 Participan de la opinión que aquí se sustenta la Comisión de Ética y Legislación de la Asociación española de Neuropsiquiatría, *Sobre la reforma*, cit., 2016, pp. 8 y 25 y el Comité de Bioética de España en su

3. El ambiguo significado del término apoyo.

A partir de ahí, interesa ahora abordar desde una perspectiva jurídica el significado del término "apoyo" que utiliza la Convención, dada su vaguedad y amplitud. Esto es, se trata de determinar si bajo este término tiene cabida sólo la mera asistencia o también la sustitución en la toma de decisiones.

Aunque la Convención renuncia, de nuevo, a clarificar este extremo[26], la lectura de sus trabajos preparatorios revela la predisposición de no pocas delegaciones a incluir una referencia expresa a la posible adopción de medidas representativas como solución excepcional y con las salvaguardias necesarias. Tal mención fue suprimida de la fórmula definitivamente adoptada, pero parece que con el fin de evitar una "utilización excesiva de la misma por los Estados parte y socavar el concepto de apoyo a la adopción a la toma de decisiones", más que con ánimo de excluir la representación de modo absoluto[27]. Con todo, tratando de zanjar cualquier duda que pudiese suscitarse al respecto, no pocos países han formulado reservas y declaraciones interpretativas al art. 12.3 en el sentido de interpretar que la Convención permite la representación en la toma de decisiones[28].

Por todo ello y, es más, si atendemos a la propia filosofía que inspira la Convención (modelo social con matices, como he defendido anteriormente) parece resultar que *a priori* este apoyo será meramente asistencial en aras a la necesaria potenciación de la autonomía de las personas con discapacidad y sólo en casos extremos y excepcionales podrá ser representativo; esto es, podrá consistir en decidir por la persona con discapacidad (esto es, sustituir su voluntad) y no con la persona[29]. En definitiva, a mi juicio, la Convención no excluye el sistema de

Informe 2017, cit., p. 21; y, en la doctrina, García Pons, A.: "El artículo 12", cit., p. 71; Leciñena Ibarra, A.: "Alternativas a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación *ex voluntate* y figuras tuitivas de apoyo", en AA.VV.: *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (coord. M. García-Ripoll Montijano y A. Leciñena Ibarra), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 136; López Barba, E.: *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 16 y 25; M. Pereña Vicente, "La transformación", cit., pp. 63-64; Porxas Roig, M.A.: ídem, pp. 370-371; Ribot Igualada, J.: "La nueva curatela", en AA.VV.: *Claves,* cit., pp. 217-219; y Rueda Estrada, J.D., Zurro Muñoz, J.J. y Fernández Sanchidrián, J.C.: "El modelo", cit., p. 90; y Pau, A.: "De la incapacitación", cit., p. 11. Sustentan, sin embargo, en línea con la STS (Sala de lo civil) de 29 abril 2009, la adecuación de la modificación judicial de la capacidad a la Convención UN 2006 Atienza Rodríguez, M.: "Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad", *Ius et Veritas*, núm. 53, 2016, pp. 263-264; Martínez de Aguirre, C.: "El tratamiento", cit., pp. 33-38; y Pérez de Ontiveros Baquero, C.: "La Convención", cit., pp. 347-348 y 31-362.

26 Es más, resulta llamativo que no ofrezca una noción del mismo en su art. 2, dedicado a las definiciones legales, cuando sí lo hace, en cambio, de los "ajustes razonables".

27 Según resulta de las afirmaciones vertidas en los § 21 y 22 del informe correspondiente a la 5ª sesión (24 enero a 4 febrero de 2005) del Comité Especial encargado del borrador de la Convención (URL: https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5reports.htm, consultada el 31/08/2021).

28 Información extraída de García Pons, A.: "El artículo 12", cit., pp. 67-68; y Pastor Palomar, N.: "Reservas", cit., pp. 19-20.

29 Comparten esta interpretación la *Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2010, de 29 noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procesos sobre determinación de la capacidad de las personas*; y, en la doctrina, entre otros, Álvarez Lata, N. y Seoane,

sustitución de toma de decisiones, pero ciertamente lo contempla como último recurso al que acudir cuando sea necesario.

Junto a ello, resulta indudable que el sistema de apoyos que propugna la Convención ha de ser un sistema flexible, en el sentido de que responda en cada caso a las concretas necesidades de la persona con discapacidad, en atención a sus circunstancias no sólo personales, sino familiares y sociales (la idea del "traje a medida" acuñada por la STS de 1 julio 2014); y, por añadidura, que otorgue un mayor protagonismo a la persona con discapacidad en el proceso de toma de decisiones, en cuanto la Convención da entrada, entre los nuevos principios rectores en materia de discapacidad, al de autonomía y respeto a la voluntad y preferencias de las personas (art. 3.a, en relación con el art. 12.3)[30].

4. Principios inspiradores de las medidas de apoyo.

Complementario de lo anterior, resulta de interés exponer por separado los diversos principios a respetar por los Estados parte a la hora de proporcionar medidas de apoyo a las personas con discapacidad, toda vez que resultan reveladores del nuevo tratamiento de la discapacidad que propugna la Convención.

1º. *Principio de no discriminación por razón de discapacidad.* Así, el Preámbulo se refiere a "la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad ejerzan los derechos humanos y libertades fundamentales plenamente y sin discriminación" (letra c), para añadir, a continuación, que "la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano" (letra h). Insistiendo en esta idea, ya en el articulado, el art. 3 enumera entre los principios de la Convención el de no discriminación; y el art. 5 reconoce la igualdad ante la ley de todas las personas e impone a los Estados parte del Convención la obligación de prohibir toda discriminación por motivos de discapacidad y de garantizar a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva. Ciertamente, la formulación explícita de tal principio en un convenio internacional se revelaba a todas luces necesaria, habida cuenta de la

J.A.: N. Álvarez Lata Y J.A. Seoane"El proceso", cit., p. 23; Gómez, P. : "La capacidad", cit., p. 244 y "El sistema", cit., p. 75 (con matices); Leciñena Ibarra, A.: "Alternativas", cit., pp. 136-137; Pereña Vicente, M.: "La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de ley", *RDC*, 2018, vol. V, núm. 3. 2018, p. 70; Pérez de Ontiveros Baquero, C.: "La Convención", cit., pp. 349-350; Rams Albesa, J.: "Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (reflexión sobre estos conceptos jurídico esenciales, tratados como lugares comunes", *RCDI,* núm. 27, 2011, p. 253; y De Salas Murillo, S.: "¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?", *RCDI*, núm. 780, 2020, p. 2232. Discrepan, sin embargo, de esta tesis para interpretar, en línea con el CDPD, que la Convención reemplaza de modo absoluto el sistema de sustitución por el de apoyo en la toma de decisiones Bariffi, F.J.:"Capacidad", cit., p. 355; López Barba, E.: *Capacidad,* cit., pp. 16, 28 y 33; Palacios, A.: *El modelo",* cit.., p. p. 453; Pérez Bueno, L.C.: "Aportaciones para configurar un nuevo procedimiento de provisión de apoyos para la toma de decisiones a la luz de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de Derecho y discapacidad*, núm. 1, 2016, p. 178; Palacios, A. y Bariffi, F.J. : *La discapacidad,* cit., p. 105; y Porxas Roig, M.A.: "Un análisis", cit., p. 369.

30 En palabras de Álvarez Lata, N. y Seoane, J.A.: *N. Álvarez Lata Y J.A. Seoane*"El proceso", cit., p. 24.

discriminación en todos los ámbitos (laboral, social, político, educativo…) de que ha adolecido y adolece sistemáticamente este colectivo de personas. Ahora bien, no parece que el principio de igualdad y la consiguiente prohibición de discriminación amparen, como pretende el CDPD en su Observación núm. 6 (2018), el rechazo a ultranza de las medidas de apoyo más intenso como son las sustitutivas, cuando ello se revele necesario, no por el mero hecho de tener una discapacidad, sino por la circunstancia adicional de tener una dificultad general de autogobernarse[31].

2º. *Principio de respeto a la dignidad de la persona*. Tal principio se encuentra formulado en el art. 3.a. y, por lo demás, inspira todo el articulado. En particular, por lo que hace a las medidas de apoyo a adoptar por los Estados parte, este necesario respeto a la dignidad humana entiendo debe ponerse en relación con la previsión contenida en el art. 12.4 relativa a la exigencia de proporcionar las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos, sin que deba confundirse con el principio de autonomía personal, como parece dar a entender el CDPD en sus diferentes Observaciones generales y, en especial, en la núm. 1 (2014)[32].

3º. *Principio de respeto a la autonomía* y las decisiones personales. Este principio, que constituye uno de los ejes de la Convención, se encuentra formulado en el art. 3.a. Complementariamente, el art. 12.4 prevé que las medidas de apoyo que se adopten respecto al ejercicio de la capacidad jurídica habrán de respetar los derechos, la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. En todo caso, interesa advertir que dicho principio sustituye al del interés de la persona con discapacidad que hasta ahora presidía esta materia, salvo en lo que atañe a menores de edad, respecto a los cuales sigue estando presente pero ya no por razón de su discapacidad, sino de su minoría edad (arts. 7.2 y 23.2). De este modo, a partir de la Convención el apoyo no se va a prestar en interés de la persona con discapacidad, sino atendiendo exclusivamente a su voluntad, deseos y preferencias[33]. Con todo, más allá de la sustitución de un principio por otro, considero que puede defenderse una lectura integradora de ambos, en el sentido que todo apoyo que se preste a una persona con discapacidad se dirija a reportarle una mayor calidad de vida apreciada conforme a lo manifestado por esa persona con arreglo a su voluntad y preferencias[34].

31 Como apunta la STS de 29 abril 2009; y en la doctrina, Alemany, M.: "Igualdad", cit., pp. 204-206; Canimas Brugé, J.: "Decidir", cit., pp. 16-17; y Martínez de Aguirre, C.: "El tratamiento", cit., p. 29.

32 De acuerdo con Atienza Rodríguez, M.: "Dignidad", cit., p. 264; y Alemany, M.: "Igualdad", cit., pp. 218-219.

33 Idea que viene confirmada por la siguiente declaración de la *Observación núm. 1 (2014)* § 21: "El paradigma de *la voluntad y las preferencias* debe reemplazar al del *interés superior* para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás". En la misma línea el *Informe 2018 del Relator Especial UN sobre los derechos humanos*, cit., § 48 tacha de "preocupante" que "en algunos regímenes de apoyo para la adopción de decisiones se siga recurriendo al *interés superior*, ya que ello es contrario al respeto de la voluntad y preferencias de las personas".

34 Lectura que propugna la Comisión de Ética y Legislación de la Asociación española de Neuropsiquiatría, *Sobre la reforma,* cit., p. 45. En la doctrina abogan, igualmente, por una interpretación integradora de ambos principios Ramos, J.: Conclusiones", en AA.VV.: *La incapacitación, reflexiones,* cit., p. 120; De Salas Murillo, S.: "¿Existe", cit., pp. 2232-2234; y Pereña Vicente, M.: "La protección jurídica de adultos: el estándar de

4º. *Principio de proporcionalidad,* en el sentido que las medidas de apoyo habrán de ser "proporcionadas y adoptadas a las circunstancias de la persona" (art. 12.4). Esto es, se impone la adopción de un sistema de apoyos flexible y no estereotipado que se adecue a las concretas necesidades de la persona con discapacidad.

5º. *Principio de temporalidad*, de tal manera que las medidas de apoyo "se apliquen en el plazo más corto posible" (art. 12.4). Se trata así, con buen criterio, de terminar con la arraigada cronificación de las medidas de apoyo y, en particular, de aquellas más intrusivas que obedecen al modelo sustitutivo. No obstante, entiendo que tal temporalidad deberá supeditarse, en todo caso, a la concreta necesidad de apoyo de la persona de que se trate[35].

6º.- *Principio de revisión necesaria*, en el sentido que las medidas de apoyo estén "sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial" (art. 12.4), por cuanto, como se afirma en el Preámbulo de la Convención, la discapacidad no es un concepto estático, sino dinámico o "que evoluciona"[36].

7º. *Principio de apoyo desinteresado y leal*: en el sentido que quienes presten apoyo a las personas con discapacidad deben actuar de modo que no haya "conflicto de intereses ni influencia indebida" (art. 12.4). Se prohíbe así la prestación de apoyo cuando haya intereses contrapuestos en el acto concreto de que se trate entre la persona que presta apoyo y la persona con discapacidad, lo que, en cierto modo, no deja de resultar contradictorio, cuando la Convención y particularmente la lectura que hace de la misma el CDPD en su Observación núm. 1 (2014) defiende a ultranza el respeto a la voluntad de la persona, incluido el "derecho a asumir riesgos y a cometer errores" sin modulación alguna[37].

5. La especial referencia a los derechos patrimoniales de las personas con discapacidad.

El art. 12 se cierra con una declaración formulada en el aptdo. 5º, referida específicamente a la capacidad patrimonial de las personas con discapacidad. De

intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad", en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida* (dir. M. Pereña), Dykinson, Madrid, 2018, p.121. Se pronuncian, sin embargo, por la supresión del principio del mayor interés de la persona con discapacidad dos de los autores del Anteproyecto estatal como son Pau, A: "De la incapacitación", cit., p. 9, por considerarlo excesivamente paternalista; y García Rubio, M.P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *RDC*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 32-33, con basé en el derecho de la persona con discapacidad para equivocarse como todo el mundo, en línea con la Observación 1 (2014) del CDPD. Alerta, igualmente, del "riesgo de caer en actitudes paternalistas" Porxas Roig, M.A.: "Un análisis", cit., pp. 372-373.

35 Vid. en términos similares Palacios, A.: *El modelo,* cit., p. 460.

36 Es más, como sostiene Ortega, X.: "Ética clínica: necesidades de las personas con discapacidad intelectual y/o trastorno mental", en AA.VV.: *La incapacitación*, cit., p. 79, tanto la discapacidad intelectual como las enfermedades mentales son procesos de larga transformación sin evolución lineal, en cuanto ésta se da a través de avances y retrocesos continuos.

37 Vid. en la misma línea De Salas Murillo, S.: "¿Existe?", cit., p. 2235.

este modo, la Convención les reconoce, en igualdad de condiciones con las demás personas, el derecho a la propiedad y la herencia, imponiendo a los Estados parte la obligación de velar para que no sean privadas de sus bienes de forma arbitraria.

Pero, junto a ello, dicho precepto va más allá, dándoles entrada en el tráfico económico, en cuanto les reconoce expresamente el derecho a controlar sus asuntos económicos, así como "a tener a acceso a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero". Se adopta así un nuevo planteamiento en un ámbito, como es el patrimonial, donde las barreras (particularmente, de índole subjetivo) hacia las personas con discapacidad se multiplican, lo que, sin duda, exigirá un cambio de actitud en los agentes implicados, pero también la búsqueda de un necesario equilibrio entre la seguridad del tráfico y la protección de los intereses de las personas con discapacidad[38]. La Convención no parece ajena a esta reflexión, por cuanto, el tenor del art. 12.5 comienza con la expresión "sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo", de lo que resulta que, en todo caso, los Estados parte están obligados a proporcionar a las personas con discapacidad tanto el apoyo necesario en ejercicio de su capacidad patrimonial como a adoptar las salvaguardias necesarias para impedir abusos de terceros.

IV. LAS OBSERVACIONES DEL COMITÉ UN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Junto a la Convención UN 2006 importa reparar ahora en las diversas Observaciones que hasta la fecha ha publicado el CDPD, dirigidas a solventar los problemas interpretativos que plantea el referido texto internacional y, en particular, el art. 12. Sucede, sin embargo, que dichas Observaciones ofrecen, a mi entender, una lectura de la Convención y, en particular, de su art. 12 -si se me permite la expresión- en exceso "ortodoxa" al amparo del modelo social de la discapacidad sin fisuras y que, por ende, no se ajusta a su literalidad[39].

Este Comité es un órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención (art. 34) por parte de los países que la han ratificado (entre ellos, España en 2008), lo que se materializa en la formulación de observaciones para aclarar cuestiones que se plantean en la aplicación de la misma, unas de alcance general (art. 39) y otras dirigidas específicamente a cada Estado parte como respuesta a los informes periódicos a presentarle periódicamente sobre las medidas adoptadas para cumplir con las obligaciones de la Convención

38 Como sostiene acertadamente López Barba, E.: *Capacidad*, cit., p. 95.

39 Comparten esta opinión Pereña Vicente, M.: "La transformación", cit., p. 68 y Munar Bernat, P.A.: "La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad", *RDC*, vol. V, núm. 3, 2018, p. 123.

(art. 35)[40]. Se trata así de lograr -que no de imponer- una respuesta uniforme por parte de los Estados parte en la adaptación de sus respectos Derechos internos a los términos de la Convención[41].

1. Observaciones generales[42].

A) Observación núm. 1 (2014) sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley.

Empezando por las observaciones generales del CDPD, interesa centrar nuestra atención en la Observación núm. 1 (2014) en cuanto se dirige a abordar la interpretación que, a su juicio, debe darse al art. 12 Convención al amparo de los principios generales formulados en su art. 3[43]. Ello a fin de poner fin al "malentendido general" que ha observado acerca del alcance exacto de las obligaciones impuestas a los Estados parte por dicho precepto, "sobre la base de los informes de distintos países analizados hasta la fecha" y entre ellos, el presentado por España en 2011[44].

Así las cosas, el Comité interpreta el aptdo. 2º del art. 12 Convención (que, recuérdese, distingue entre "capacidad jurídica" y "ejercicio de la capacidad jurídica") en el sentido que la "capacidad jurídica" incluye la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (que identifica como "capacidad legal") y la de ejercer esos derechos u obligaciones o de actuar en derecho (que denomina "legitimación para actuar"), acudiendo para ello al aptdo. 5º del precitado precepto, donde ciertamente se reconoce a las personas con discapacidad el derecho a controlar sus asuntos económicos, pero obviando cualquier referencia al aptdo. 3º que contempla la necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica[45].

A partir de ahí, el Comité considera acertadamente que los déficits en la capacidad mental no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica por cuanto ello resultaría discriminatorio[46], sino exclusivamente para, en su caso, "proporcionar apoyo en su ejercicio"[47]. Ahora bien, ello partiendo de la visión de la capacidad mental que esgrime el modelo social -que personalmente no comparto- en la que se pone el acento exclusivamente en los factores ambientales

40 Información extraída de https://www.ohchr.org/sp/HRbodies/crpd/Pages/CRPDindex.aspx (consultada el 31/08/2021).

41 Coincido en este punto con De Salas Murillo, S.: "¿Existe?", cit., pp. 2231-2232, cuando cuestiona, con base en el *Essex Autonomy Projet* 2016, la obligatoriedad de las observaciones emitidas por los Comités creados en el seno de UN para la supervisión de sus tratados.

42 A consultar en http://www.convenciondiscapacidad.es/observaciones/.

43 *Observación CDPD núm. 1 (2014),* § 4.

44 *Observación CDPD núm. 1 (2014),* § 3.

45 *Observación CDPD núm. 1 (2014*), § 12. Hace suya esta interpretación el Relator Especial UN sobre los derechos humanos en su *Informe especial sobre capacidad,* cit., § 14.

46 *Observación CDPD núm. 1 (2014),* § 13 y § 32.

47 *Observación CDPD núm. 1 (2014*), § 15.

y sociales de la discapacidad para omitir los factores personales. Así, en el § 14 de la Observación 1 (2014) se afirma literalmente que "la capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende los contextos sociales y políticos" [48].

La lectura que sustenta el Comité de las nociones "capacidad jurídica" y "capacidad mental" le lleva, como era previsible, a interpretar el art. 12.3 (recuérdese, relativo a la necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica) en el sentido de descartar en todo caso el apoyo sustitutivo o la representación en la toma de decisiones de las personas con discapacidad, cuando ello propiamente no dispone dicho precepto. Así, aunque el Comité no deja de reconocer que el término "apoyo" que emplea la Convención es "un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades" en función de "la diversidad de las personas con discapacidad" (primera y única vez que alude a este dato), entiende que "nunca debe consistir en decidir por ellas", ya que "en todo momento, incluso en situaciones de crisis, debe respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones" [49], afirmación, sin duda, muy bien intencionada, pero que, a mi entender, peca de poco realista si atendemos a las graves alteraciones psíquicas que padecen algunas personas y, por ende, anulan su facultades volitivas e intelectivas [50]. Insistiendo en esta línea argumentativa, el Comité considera que las salvaguardias requeridas por el aptdo. 4º "deben incluir la protección contra la influencia indebida", pero que tal protección "debe respetar los derechos, la voluntad y preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y cometer errores" sin matiz o salvedad alguna [51].

Este rechazo absoluto al sistema de apoyo sustitutivo conduce a su necesario reemplazo por un régimen de apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad [52]. El Comité va más allá, fijando las "disposiciones esenciales" que debe contener esta nuevo

48 Interesa igualmente el § 13 donde sostiene que "la capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos *factores ambientales y sociales"* (la cursiva es nuestra).

49 *Observación CDPD núm. 1 (2014),* § 17 y § 18. Hace suya esta interpretación el Relator Especial UN sobre los derechos humanos en su *Informe especial sobre capacidad*, cit., § 26, cuando afirma: "La Convención prohíbe todas las formas de sustitución en la adopción de decisiones·.

50 Como afirma certeramente Munar Bernat, P.A.: "La curatela", cit., p. 124, tan contrario a la Convención UN 2006 es abusar del sistema de representación, como no recurrir al mismo cuando sea necesario, porque "el apoyo" es la finalidad perseguida, no la medida en sí. Asimismo, cuestionan la supresión absoluta de la sustitución en la toma de decisiones Atienza Rodríguez, M.: "Dignidad", cit., pp. 264-26, Canimas Brugé, J.: "Decidir", cit., pp. 15 y 23-34; Ramos, J.: "Introducción", cit., p. 9; y Solé, J.M.: "Artículo 12 de la Convención. Hacia el fin de las tutelas", en AA.VV.: *La incapacitación*, cit., pp. 63 y 73.

51 *Observación CDPD núm. 1 (2014*), § 20.

52 *Observación CDPD núm. 1 (2014*), § 26 y § 28.

régimen de apoyo para asegurar el cumplimiento del art. 12 Convención[53], en un planteamiento muy reduccionista, a mi juicio, que, de nuevo, denota su olvido por las diversas modalidades de discapacidad existentes y, entre ellas, las de índole mental y psicosocial:

1ª. El apoyo debe estar disponible para todos, especialmente cuando el grado de apoyo necesario sea "elevado". Se trata así de dar cumplimiento al principio de accesibilidad universal formulado en el art. 9 Convención UN 2006.

2ª. Todas las formas de apoyo, incluidas las "formas más intensas", deben estar basadas en la voluntad y preferencias de la persona, y no en su interés superior. Por mi parte, como he señalado con anterioridad, discrepo de esta solución tan taxativa y no exenta de riesgos para proponer una lectura armonizadora de ambos principios, en cuanto, a mi entender, son compatibles[54].

3ª. La obtención de apoyo no puede verse obstaculizada por el modo de comunicación que utilice la persona con discapacidad, aun no siendo convencional; disposición esta que parece referirse fundamentalmente a las discapacidades físicas.

4ª. La persona encargada del apoyo deberá disponer de un reconocimiento jurídico accesible, lo que debe incluir mecanismos para que los terceros comprueben su identidad y puedan impugnar su decisión si creen que no está actuando conforme a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. El Comité parece así excluir las figuras de apoyo fáctico, tales como la guarda de hecho, pero no tanto al objeto de garantizar la debida protección de la persona con discapacidad, sino de verificar exclusivamente si la persona que presta apoyo actúa o no conforme a la voluntad y preferencias de la persona que lo necesita.

5ª. La falta de recursos económicos no será un obstáculo para acceder al sistema de apoyos, planteamiento que personalmente comparto, más allá que lo considere un mero desiderátum[55].

6ª. El apoyo no puede utilizarse como justificación para limitar otros derechos humanos -que no fundamentales como afirma el CDPD-, "especialmente el derecho al voto, el derecho a contraer matrimonio o a establecer una unión, y

53 *Observación CDPD núm. 1 (2014),* § 29.

54 En este punto recomiendo la lectura del artículo de Steinert, T.: "La interpretación de *voluntad y preferencias* por el Comité de la ONU puede violar los derechos humanos*", World Psychiatry*, vol. 17, núm. 1, 2019, pp. 45-46.

55 Y es que, de acuerdo con López Barba, E.: *Capacidad*, cit., p. 94, resulta innegable la incidencia de la "cuestión económica" para la puesta en marcha del sistema de apoyos que propugna la Convención 2006. A este respecto resulta llamativo, por lo que hace a la reforma del Derecho civil español, que la *Memoria del análisis del impacto normativo*, cit.., p. 45 afirme que "el impacto de este anteproyecto en los Presupuestos Generales del Estado es nulo, no generando ningún compromiso ni obligación económica extra".

fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad". Como es obvio, esta directriz incide de pleno en un tema tan complejo como es el relativo al ejercicio por las personas con discapacidad de los derechos inherentes a la persona, ya sean de índole política, familiar o vinculados al ámbito de la salud. A partir de ahí, coincido con el CDPD en que el apoyo no puede justificar en modo alguno su restricción y, por ende, que haya de respetarse la propia autonomía de las personas con discapacidad para disponer de tales derechos, pero ello -entiendo- condicionado a la necesaria capacidad de querer y entender, por las importantes implicaciones tanto personales como jurídicas que comporta el ejercicio de buena parte de los derechos aludidos… y aquí estoy pensando, de nuevo, en la vulnerabilidad de las personas con graves deficiencias mentales o intelectuales y en la exigencia -que obvia el Comité- de introducir las salvaguardias necesarias para impedir los abusos y la influencia indebida *ex* art. 12.4 Convención UN 2006. El mismo respeto a la autonomía de la persona y, por añadidura, a su libertad y dignidad, me llevan, igualmente, a compartir el criterio del Comité contrario a los internamientos[56] y tratamientos psiquiátricos forzosos[57], si bien -insisto- necesariamente matizado a la luz de la necesaria capacidad de tomar decisiones[58]. De este modo, toda intervención en el ámbito sanitario cuyo destinatario sea una persona con discapacidad debería llevarse a cabo, conforme al art. 25.d Convención, con su consentimiento libre y debidamente informado, pero sin excluir de modo absoluto, como hace el Comité, el consentimiento por sustitución, al objeto de garantizar su debido cuidado en aquellos situaciones extremas en que el paciente se revele incapaz de tomar una decisión al respecto con el consiguiente riesgo para su integridad física y/o psíquica[59]. Por último, manifiesto mi rechazo más absoluto, en línea con el Comité, hacia la esterilización forzosa de las mujeres con discapacidad, en cuanto resulta una práctica, ya no solo atentatoria de los principios generales consagrados en el art. 3 Convención y, entre otros, del derecho de las personas con discapacidad a mantener su fertilidad en iguales condiciones que los demás *ex* art. 23.1.c sino, además, contraria a la exigencia formulada en su art. 6 de garantizar específicamente a aquellas el pleno respeto de todos los derechos fundamentales en igualdad de condiciones[60].

56 *Observación CDPD núm. 1 (2014),* § 22.

57 *Observación CPPD núm. 1 (2014)*, § 41 y 42.

58 De acuerdo con Szmukler, G.: "*Capacidad, mejores intereses, voluntad y preferencias* y la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidades de las Naciones Unidas", *World Psychiatry*, vol. 17, núm. 1, 2019, pp. 37-38.

59 En línea, por lo demás. con la redacción dada al art. 9.5 (actual art. 9.7) Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente por la Ley 26/2011 que mantiene excepcionalmente el consentimiento por sustitución, no sin incidir en la necesidad de favorecer su prestación por el interesado, vía el ofrecimiento de las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formato adecuado. Con todo, tras la aprobación de la ley 872021 se impone una relectura de dicho precepto al objeto de suprimir el supuesto referido a personas con capacidad modificada judicialmente.

60 *Observación general CDPD núm. 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad,* § 32, 44 y 45. Tal es la posición, asimismo, sustentada por el Comité de Bioética de España en su *Informe 2017*, p. 29.

7ª. La persona con discapacidad debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento; esto es, se deja en sus manos si recibe o no apoyo[61]. Personalmente me permito discrepar de esta directriz, por cuanto no hace sino llevar al extremo la sustitución del modelo proteccionista por el liberacionista que propugna el Comité, pero, creo, sin calibrar sus últimas consecuencias; esto es, la posible situación de desprotección de un importante colectivo de personas que, sin apoyo necesario, no pueden llevar una vida digna, cuando no se olvide, uno de los principios rectores de la Convención es el de la dignidad inherente a la persona *ex* art. 3.a[62].

8ª. Los procesos dirigidos a la provisión de apoyos deben dotarse de las salvaguardias necesarias para "garantizar que se respeten la voluntad y preferencias"[63]. De nuevo, el Comité pone el acento exclusivamente en la voluntad y las preferencias, olvidando que el art. 12.4 Convención establece, de un modo más amplio, la necesidad de proporcionar salvaguardias adecuadas para impedir abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos" y, acto seguido, señalar que tales salvaguardias asegurarán la voluntad y preferencias de la persona, pero también que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida.

9ª. La prestación de apoyo no debe depender de una evaluación de la capacidad mental, requiriéndose, en su lugar, indicadores "nuevos y no discriminatorios"[64]. Se aborda aquí una cuestión muy discutida y ajena al ámbito estrictamente jurídico, como es la relativa al papel que ha de darse al diagnóstico de la discapacidad[65]. Por mi parte, considero matizable el rechazo absoluto del Comité al método del diagnóstico. Así, aunque coincido en su apreciación de que la discapacidad no puede tratarse exclusivamente desde una perspectiva médica sin otra referencia que el diagnóstico, como ha sucedido hasta ahora, no creo, sin embargo, que pueda prescindirse totalmente del mismo, sino más bien tratar de conjugarlo -que no sustituirlo como recomienda el Comité- con otros indicadores. Se impone así la adopción de un *sistema de mesa redonda* o de colaboración interprofesional,

61 Este planteamiento se encuentra ya presente en el § 19 de la Observación, cuando afirma que "algunas personas con discapacidad [...] pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12, párrafo 3°". Hace suya esta interpretación el Relator Especial UN sobre los derechos humanos en su *Informe especial sobre capacidad*, cit, § 27.

62 Como sostiene Canimas Brugé, J.: "Decidir", cit., p. 24. Complementariamente, resulta muy sugerente el argumento de la "heterorregulación" o posible imposición de un sistema de apoyos por los poderes públicos que esgrime De Salas Murillo, S.: "¿Existe?", cit., pp. 2256-2258, para negar la existencia del derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad.

63 Vid. en la misma línea, el *Informe 2018 del Relator Especial UN sobre los derechos humanos*, cit. § 30.

64 Como motivos para tal rechazo, el CDPD esgrime, primero, su aplicación discriminatoria a las personas con discapacidad y, segundo, su dudosa exactitud a la hora de evaluar el funcionamiento interno de la mente humana (§ 15) sin ofrecer argumentos adicionales al respecto.

65 Sobre este debate puede consultarse Flynn, E.: "El rechazo de las evaluaciones de capacidad a favor del respeto por la voluntad y las preferencias: la promesa radical de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades de la ONU", *World Psychiatry*, vol. 17, núm. 1, 2019, pp. 50-51.

en el que se dé entrada a profesionales, ya no sólo del ámbito sanitario, sino de otros ámbitos igualmente relevantes como el asistencial o jurídico[66], al objeto de delimitar las concretas necesidades de apoyo de la persona con discapacidad, en función de la interrelación existente, en cada caso, entre la deficiencia que pueda padecer o, más propiamente, la incidencia de la misma en su proceso de toma de decisiones (que habrá de evaluarse)[67] y las barreras de todo tipo a las que se enfrente en los diferentes ámbitos de su vida.

B) Observaciones generales complementarias.

Posteriormente, el CDPD ha formulado dos observaciones generales que, aunque atinentes a otros preceptos de la Convención, le han permitido ratificarse en la lectura del art. 12 que promueve: las Observaciones núm. 5 (2017) y núm. 6 (2018), referidas respectivamente a los arts. 19 y 5.

a) Observación núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la sociedad.

La primera de ellas, la Observación núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la sociedad, tiene por objeto "ayudar a los Estados parte a aplicar el art. 19 Convención"[68], precepto que reconoce, en coherencia con el modelo social, el derecho de todas las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en comunidad, con libertad de elegir su sistema de vida.

En lo que aquí interesa, el CDPD pone de relieve la estrecha interrelación de ambos derechos. Así, el derecho a la vida independiente entraña una dimensión personal, no tanto en el sentido de vivir solo o a llevar a cabo actividades cotidianas por uno mismo, sino como libertad de elección y de control del modo de vida, en consonancia con el respeto a la dignidad inherente y la autonomía individual consagradas en el art. 3 Convención[69]; ello sin descartar la asistencia personal necesaria para facilitar su existencia a que se refiere el propio art. 19.b, a prestar en todo caso bajo la supervisión del usuario[70].

66 En palabras de Pau, A.: "De la incapacitación", cit., p. 26. Vid. en términos similares la Comisión de Ética y Legislación de la Asociación española de Neuropsiquiatría, *Sobre la reforma*, cit., 2016, p. 8.

67 Evaluación que habrá de verificarse "de modo prudencial y razonado, valorando las circunstancias del caso, la historia clínica anterior, la evaluación psicopatológica actual, el apoyo familiar y social, los valores del paciente, y las consecuencias previsibles de la decisión a tomar" (cfr. Ventura Faci, T., Navío Acosta, M., Álvarez Marrodán, I. y Baón Pérez, B.: "La evaluación de la capacidad y sus problemas", *EIDON*, núm. 41, 2014, p. 22.

68 *Observación CDPD núm. 5 (2017*), § 6.

69 *Observación CDPD núm. 5 (2017),* § 16.a. y 18.

70 *Observación CDPD núm. 5 (2017),* § 16.d.

En cambio, el derecho a la inclusión en comunidad entraña una dimensión social, esto es, el derecho a crear entornos inclusivos que garanticen a las personas con discapacidad llevar una vida social plena, lo que excluye, a juicio del Comité, los entornos institucionalizados, ya sean grandes instituciones, pequeños hogares funcionales o, incluso, hogares individuales[71].

A partir de ahí, el Comité considera que una correcta lectura del art. 19, debidamente conjugado con el art. 12, pasa, de una parte, por garantizar a todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, el derecho a ejercer su capacidad jurídica y, por tanto, a decidir dónde, con quién y cómo vivir, así como a recibir apoyo con arreglo a su voluntad y preferencias[72]; y de otra, por elaborar un plan de acción para que las personas con discapacidad vivan de forma independiente en el seno de la comunidad[73]. Por consiguiente, es obligación de los Estados parte abstenerse e impedir toda injerencia directa e indirecta en el ejercicio de estos derechos, así como eliminar la institucionalización[74].

Se trata así de garantizar el pleno respeto a la autonomía de las personas con discapacidad en orden a la configuración de su modelo de vida, lo que requiere una nueva visión por parte de la sociedad y, por ende, de todos los agentes implicados, de tal manera que la prestación de apoyos (tanto formales como informales, parafraseando al CDPD) se dirija, ya no a organizar su vida, sino a fomentar el máximo desarrollo de su autonomía personal, a la par que su inclusión en la comunidad[75]. Pero -añado- velando, en todo caso, por su derecho a una vida digna.

b) Observación núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación.

En segundo lugar, debemos reparar en la Observación núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación, formulada por el CDPD con el fin de "aclarar las obligaciones de los Estados parte" en relación con el principio de igualdad y de prohibición de toda discriminación por razón de discapacidad del art. 5 Convención[76].

71 *Observación CDPD núm. 5 (2017),* § 18, 21 y 16.c. En la misma línea, las *Directrices Comunes Europeas para la Transición de la Atención Institucional a la Atención Comunitaria 2012* recomiendan el tránsito a nivel europeo de la atención institucional a la atención basada en los" servicios de proximidad", dirigidos a propiciar la inclusión social de las personas con discapacidad (URL: https://deinstitutionalisationdotcom.files.wordpress.com/2018/04/common-european-guidelines_french-version.pdf, consultada el 31/08/2021)

72 *Observación CDPD núm. 5 (2017),* § 38 y 80.

73 *Observación CDPD núm. 5 (2017),* § 38 b.

74 *Observación CDPD núm. 5 (2017),* § 47 a 50.

75 Se impone así, como defiende Plena Inclusión en su Informe 2020 *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD*), pp. 39-43, un nuevo enfoque en las metodologías de apoyo a las personas con discapacidad, de tal manera que se potencien las medidas centradas en la persona, a la par, cuando ello sea posible, en la prevención (URL: https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/saad_2020-2.pdf, consultada el 31/08/2021).

76 *Observación CDPD núm. 6 (2018),* § 1.

En lo que aquí interesa, el Comité pone de relieve la estrecha interrelación entre dicho precepto y el art. 12 Convención, "ya que la igualdad ante la ley debe incluir el disfrute de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás". Califica así de discriminatoria "la denegación de la adopción de decisiones sobre la base de la discapacidad"[77].

A partir de ahí, el Comité considera que una lectura "coherente" de los arts. 5 y 12 Convención exige que los Estados parte reformen sus legislaciones internas para reemplazar los sistemas de sustitución por otros de apoyo en la adopción de decisiones por parte de las personas con discapacidad, "teniendo en cuenta la capacidad jurídica universal de los adultos, sin discriminación de ningún tipo"[78]. Se ofrece así, de nuevo, por parte del Comité una lectura no ajustada a la literalidad de la Convención, más allá que, como ya he apuntado con anterioridad, personalmente considere que la adopción de decisiones autónomas en los diferentes ámbitos de la vida viene condicionada por la concreta capacidad de autogobierno del sujeto y que, por tanto, no pueda calificarse de atentatorio al principio de igualdad el permitir que se supla excepcionalmente la voluntad de una persona adulta cuando sus facultades intelectivas y volitivas le impidan autogobernarse por sí misma, de tal manera que otro tipo de apoyo de menor intensidad se revele insuficiente para la debida protección de sus intereses[79].

2. Observaciones especificas a España.

Junta a estas Observaciones generales dirigidas a todos los Estados parte de la Convención, interesa reparar ahora en las Observaciones dirigidas específicamente a España por el CDPD en 2011 y 2019[80].

Ambas Observaciones acogen favorablemente la adopción de una serie medidas legislativas dirigidas parcialmente a adecuar el Derecho español a la Convención UN 2006[81].

No obstante lo anterior, el Comité manifiesta su preocupación por el hecho de que el Derecho español permita la privación de la capacidad por motivos de discapacidad y mantenga regímenes de sustitución la adopción de toma de

77 *Observación CDPD núm. 6 (2018)*, § 47.

78 *Observación CDPD* núm. 6 (2018), § 49.

79 Vid. en términos igualmente críticos Alemany, M.: "Igualdad", cit., pp. 202-204.

80 A consultar en https://www.ohchr.org/sp/HRbodies/crpd/Pages/CRPDindex.aspx.

81 En particular, las *Obs. Finales CDPD 2011* (§ 33) valoran positivamente la aprobación de la Ley 26/2011 de adaptación a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: Por su parte, las *Obs. Finales CDPD 2019* (§ 4) muestran su conformidad con la reforma atinente al reconocimiento del derecho de sufragio a todas las personas con discapacidad en virtud de la LO 2/2018 de modificación de la LO 5/1985 del Régimen Electoral General.

decisiones. Por ello, recomienda al Estado español de que derogue por completo el sistema de sustitución en la toma de decisiones[82].

Por lo que hace, en concreto, a la toma de decisiones en el ámbito sanitario, el Comité recomienda al Estado español que derogue, primero, el art. 763 LEC relativo al internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico y, en general, de todas aquellas normas que imponen tratamientos médicos forzosos por motivos de discapacidad, "a fin de garantizar que las disposiciones relativas a la salud mental tengan un enfoque basado en los derechos humanos" [83]; y, segundo, el art. 156.2 Cp referente a la esterilización forzosa de las personas con discapacidad[84].

Por añadidura, el CDPD manifiesta su preocupación por la falta de consonancia de diversas leyes españolas (entre ellas, el TR de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social de 2013 y la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal) con la Convención UN 2006 y el modelo de discapacidad en que se inspira (según el cual "la discapacidad se reconoce en relación con las deficiencias y las barreras presentes en el entorno social"), por cuanto siguen utilizando el modelo médico de la discapacidad. Por ello, recomienda al Estado español que revise las leyes y políticas relativas a la prestación de servicios a las personas con discapacidad, de conformidad con los principios consagrados en la Convención y, por ende, en consonancia con el modelo social de discapacidad que la inspira[85].

Por último, en estrecha conexión con lo anterior, le recomienda, en línea con la Observación núm. 6 (2018), ponga fin a la institucionalización de las personas con discapacidad y establezca, en su lugar, salvaguardias para garantizar su derecho a la asistencia personal para que puedan vivir de forma independiente[86] .

82 *Obs. finales CDPD 2011* (§ 33 y 34) y *2019* (§ 22 y 23).

83 *Obs. finales CDPD 2011* (§ 35 y 36) y *2019* (§ 27 y 34). Esta recomendación ha sido omitida en la reforma de la LEC por la Ley 8/2021, lo que, a mi entender, hubiera sido muy necesario. Es más, quizá hubiera sido oportuno ya en este momento abordar el tema del consentimiento informado para darle entrada en el CC.

84 *Obs. finales CDPD 2011* (§ 37 y 38) y *2019* (§ 34). Esta recomendación ha sido acogida por la LO 2/2020, de 16 diciembre, aprobada al objeto de suprimir el art. 156.2 Cp.

85 *Observaciones finales CDPD 2019* (§ 6 y 7). Se impone en este sentido la adaptación de los procesos de valoración de la discapacidad y dependencia a los nuevos postulados de la Convención UN 2006, de tal manera que, como postula Plena Inclusión en su *Informe 2020*, cit., p. 38, "se incorpore un enfoque centrado en las necesidades de apoyo, en lugar del enfoque en grados de dependencia", a la par que "se realice una evaluación integral que incluya no sólo necesidades básicas de la vida diaria sino también objetivos personales que promuevan una vida independiente y elegida". Un primer paso en este sentido ha sido dado por CERMI-Universidad Carlos III en enero 2021 con la presentación de un *Informe propuesta para regular la condición europea de persona con discapacidad y la homologación de situaciones entre los Estados miembro* (URL: https://clinicajuridicaidhbc.files.wordpress.com/2021/02/informe-condicion-europea-persona-con-discapacidad.pdf).

86 *Observaciones finales CDPD 2019* (§ 38). En este sentido, no deja de ser alarmante la ausencia en nuestro país a fecha de hoy de políticas específicas dirigidas a promover la desinstitucionalización y la vida en comunidad de las personas con discapacidad, según hace constar Plena Inclusión, *ídem*, p. 37.

V. BREVE APUNTE SOBRE LA ADECUACIÓN DEL NUEVO SISTEMA ESTATAL DE APOYOS DISEÑADO POR LA LEY ESTATAL 8/2021 A LA CONVENCIÓN UN 2006.

No puede cerrarse este trabajo sin hacer unas breves reflexiones sobre los compromisos asumidos por la Ley 8/2021 a la luz de los postulados de la discapacidad que propugna la Convención UN 2006. Es así de destacar el importante esfuerzo desplegado por el legislador estatal, al objeto de adaptar tanto el Código civil como la legislación procesal civil a las exigencias de la Convención, pero, en buena medida, sin dejarse llevar por las tesis más extremas por las que aboga el Comité en sus observaciones.

En primer lugar, coincido plenamente en la supresión y consiguiente sustitución del actual proceso de incapacitación por un proceso de provisión de medidas de apoyo a las personas con discapacidad (arts. 748 ss. LEC y arts. 42 bis.a ss. LJV). Este nuevo procedimiento, según se indica en el Preámbulo (§ III), "sólo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni a la privación de derechos", en línea con la interpretación de la Convención que aquí se sustenta, contraria a la limitación de la capacidad de obrar. Sucede, sin embargo, que en la Ley 8/2021 se ha puesto el acento exclusivamente en el motivo que justifica la provisión judicial de apoyos (que la persona con discapacidad no cuente con otros apoyos, ya sea la guarda de hecho o una medida voluntaria *ex* arts. 249.1 *in fine* y 268.1 CC), pero renunciando a describir las causas que determinan la necesidad de apoyo, lo que, por lo demás, constituye una constante en el texto definitivamente aprobado. Se rehúye, de este modo, por parte del legislador estatal de ofrecer una definición de la discapacidad, sin duda, con intención de desvincularse de toda reminiscencia del modelo médico presente en la definición de las causas de incapacitación del antiguo art. 200 CC, pero a so riesgo de una innecesaria indefinición que quizá hubiera podido evitarse acogiendo la noción que ofrece la Convención UN 2006[87]. No obstante lo anterior, son aspectos a valorar muy positivamente la exigencia relativa a que el Juez en cada caso determine los actos que requieran la intervención de curador (art. 269.2 CC); el carácter necesariamente proporcionado (art. 268.1 CC) y revisable de las medidas judiciales de apoyo (art. 268.2 CC, art. 761 LEC y art. 42 bis.c LJV); y la importante modificación de que es objeto el sistema de prueba en línea con el modelo de la discapacidad que inspira la Convención, sustituyéndose la exploración judicial por la entrevista con la persona con discapacidad y el dictamen médico exclusivo por dictámenes de profesionales ya no sólo del ámbito sanitario,

87 No resulta muy clarificadora al respecto la nueva redacción dada a la DA 4ª CC por la Ley 8/2021, según la cual, como regla, "toda referencia a la discapacidad habrá de entenderse a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica".

sino también jurídico y social que, no tanto diagnostiquen la deficiencia, sino "que aconsejen las medidas de apoyo idóneas en cada caso" (art. 759 LEC y art. 42 bis.b LJV).

En segundo lugar, no puedo sino compartir el criterio del legislador estatal, favorable a potenciar las medidas voluntarias de apoyo, por cuanto guarda la debida coherencia con el principio de respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, principal eje en torno al que gravita el nuevo sistema diseñado por la Convención. De este modo, se mantienen los instrumentos ya contemplados en el CC (los poderes-mandatos de autoprotección y la delación hecha por uno mismo), pero se les atribuye preferencia sobre las medidas judiciales de apoyo (art. 255.2 CC), a la par que se les dota de un régimen jurídico bastante detallado, aunque muy matizable en algunos extremos y, en particular, en el concerniente a la pérdida de carácter tradicionalmente anticipatorio[88]. Es más, debe ponerse en valor el importante protagonismo otorgado por la Ley 8/2021 a la persona con discapacidad, ya no sólo a la hora de configurar el sistema de apoyos de que pueda necesitar, sino en general en el proceso de toma de decisiones, de tal manera que el necesario respeto a su voluntad y preferencias (constatada o presunta) se convierte en una constante a lo largo de todo el articulado (v.g. arts. 249.2 y 3, 250.2, 254, 258, 264, 268.1, 276.4, 282.3, 283.1, 288, 297 y 665 CC, y art. 749.1.2 LEC). No obstante, más allá que considere plausible esta solución legislativa, creo que tal criterio podría haberse conjugado con el del mejor interés de la persona con discapacidad, en vez de haberse optado por la supresión de este último como propugna el CDPD y asume el legislador español.

En tercer lugar, participo de la decisión de suprimir tanto la tutela -ordinaria y automática[89]- de adultos como la patria potestad prorrogada y rehabilitada, por resultar contrarias a los principios de la Convención y, por ende, para evitar el riesgo de que se siga recurriendo, como regla, a estas medidas de sustitución absoluta en la toma decisiones y, por ende, excesivamente rígidas, como se señala en el propio Preámbulo (§ III).

Complementariamente, me parece muy oportuno el mantenimiento de la curatela como medida de apoyo continuado a la par que flexible (art. 250.5 CC), preferentemente asistencial, pero sin descartar la representación en casos

88 Como analizo en otro lugar: "Medidas voluntarias de apoyo", en AA.VV.: *Nueva era jurídica para las personas con discapacidad: Comentarios a las nuevas reformas legislativas* (dir. G. Cerdeira y M. García Mayo), Wolters Kluwer, Madrid (en prensa).

89 Suprimida la tutela automática de las personas adultas, la ley 8/2021 no prevé una medida de apoyo alternativa para aquellas personas con discapacidad que puedan encontrarse en desamparo por incumplimiento de las funciones que tengan asignadas aquellas personas que les deben prestar apoyo. Ello más allá de introducir en el art. 253 CC una nueva figura de apoyo provisional a dispensar por la "Entidad pública que tenga encomendada *esta función* en el respectivo territorio" para quienes requieran apoyo de modo urgente en ejercicio de su capacidad jurídica y carezcan de guardador de hecho o, entiendo, de otra medida de apoyo voluntario o judicial.

excepcionales en los que resulte imposible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona (arts. 249.3 y 269.2 CC). De este modo, conforme a la tesis que aquí se sustenta, sus redactores han interpretado en sus justos términos el término "apoyo" que introduce el art. 12.3 Convención UN 2006, en el sentido de no excluir de modo absoluto las medidas sustitutivas, más allá de las Observaciones del Comité.

No puedo, sin embargo, dejar de cuestionar la extensión del ámbito de actuación de que ha sido objeto el defensor judicial, en cuanto se le da entrada en todas aquellas situaciones en que sea necesario apoyo ocasional, aun "recurrente" (arts. 250.3 y 295-5º CC). Se han desvirtuado así los caracteres propios de esta figura, a la par que no se clarifica en que habrá de consistir ese apoyo a prestar por el titular de la medida. A mi entender, quizá hubiera sido más oportuno incorporar adicionalmente una medida similar a la asistencia catalana (arts. 226-1 a 226-7 CCcat), la salvaguarda de justicia francesa (arts. 433 a 439 CC francés) o la administración de apoyo italiana (arts. 404 a 412 CC italiano) como medida de apoyo menos invasiva que la curatela, cuando se requiera de apoyos de carácter puntual, a la par que periódicos.

Por último, me permito formular alguna reserva acerca de la potenciación de que ha sido objeto la guarda de hecho, que pasa a convertirse en una institución jurídica de apoyo, desvinculándose en este punto de la Observación núm. 1 (2014) CDPD. Así, aunque no deje de reconocer que la Ley 8/2021 viene a consagrar lo que constituye una realidad habitual en nuestro país, como advierte en su Preámbulo (§ III), son muchos los reparos los que me plantea el nuevo régimen previsto en los arts. 263 a 267 CC desde la perspectiva de los principios rectores de la Convención UN 2006 (en particular, los de dignidad de la persona, temporalidad y revisión necesaria, y apoyo desinteresado y leal), toda vez que, a mi juicio, se le atribuye la misma eficacia que la curatela, pero sin dotarla de sus mismas garantías. Así, aunque el art. 265 CC no deja la guarda de hecho al margen del control judicial, éste se configura con carácter facultativo y no obligatorio como en la curatela *ex* art. 270 CC, ello sin olvidar que dicha previsión no ha venido acompañada de la necesaria imposición al guardador de hecho de la obligación de poner en conocimiento del Juez su existencia ni tampoco de un régimen de publicidad *ad hoc* o, al menos, de algún mecanismo dirigido a acreditar su existencia.

BIBLIOGRAFÍA.

AA.VV: *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (dir. L.C. Pérez Bueno), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009.

AA.VV.: *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, (coord. S. de Salas Murillo), Dykinson, Madrid, 2013.

AA.VV.: *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (coord. M. García-Ripoll Montijano y A. Leciñena Ibarra), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

AA.VV.: *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas, (Cuadernos de la Fundación V. Grafols* 39*)*, 2016.

AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida* (dir. M. Pereña), Dykinson, Madrid, 2018.

AA.VV.: *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. de Salas y V. Mayor del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

AA.VV.: *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (dir. G. Cerdeira y L.B. Pérez Gallardo), Olejnik, Santiago de Chile, 2021.

Alemany, M.: "Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación general nº. 1 (2014) del Comité (UN) sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, núm. 52, 2018, pp. 201-222.

Álvarez Lata, N. y Seoane, J.A.: "El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *DPyC*, núm. 24, 2010, pp. 11-66.

Atienza Rodríguez, M.: "Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad", *Ius et Veritas*, núm. 53, 2016, pp. 262-266.

Barranco, M.C., Cuenca, P. y Ramiro, M.A.: "Capacidad jurídica y discapacidad; el artículo 12 de la Convención de derechos de las personas con discapacidad", *Anuario de la Facultad De Derecho-Universidad de Alcalá*, núm. V, 2012, pp. 53-80.

Caldas De Almeida, J.M.: "El artículo 12 de la CRPD, los límites de enfoques reduccionistas en aspectos complejos y la búsqueda necesaria de concertación", *World Psychiatry*, vol. 17, núm. 1, 2019, pp. 127-152.

Carrasco Perera, Á.: "Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad", *Publicaciones jurídicas CESCO*, 2018, pp. 2-3 (URL: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Discapacidad_personal_y_estabilidad_contractual.pdf).

Cuenca Gómez, P.: "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: El art.12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español", *Derechos y libertades*, núm. 24, 2011, pp. 221-257.

De Fuentes García-Romero De Tejada, C. "Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios", *Revista Española de Discapacidad*, vol. 4, núm. 2, 2016, pp. 81-99.

De Salas Murillo, S.: "¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?", *RCDI,* núm. 780, 2020, pp. 2227-2268.

Flynn, E.: "El rechazo de las evaluaciones de capacidad a favor del respeto por la voluntad y las preferencias: la promesa radical de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades de la ONU", *World Psychiatry*, vol. 17, núm. 1, 2019, pp. 50-51.

García Pons, A.: "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España", *ADC*, t. LXVI, 2013, pp. 59-148.

García Rubio, M.P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *RDC*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 29-60.

López Barba, E.: *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2020.

Martínez-Pujalte, A.L. y Fernández Orrico, F.J.: "El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas", *Anales de Derecho y discapacidad*, núm. 1, 2016, pp. 9-28.

Munar Bernat, P.A.: "La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad", *RDC,* vol. V, núm. 3, 2018, pp. 121-152.

Palacios, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cermi, Madrid, 2008.

Palacios, A. y Bariffi, F.J.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* Cinca, Madrid, 2007.

Pastor Palomar, N.: "Reservas a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 37, 2019, pp. 11-34.

Pau, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil", *RDC*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 5-28.

Pereña Vicente, M.: "La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de ley", *RDC*, 2018, vol. V, núm. 3. 2018, pp. 61-83.

Pérez Bueno, L.C.: "Aportaciones para configurar un nuevo procedimiento de provisión de apoyos para la toma de decisiones a la luz de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de Derecho y discapacidad*, núm. 1, 2016, pp. 177-184.

Pérez de Ontiveros Baquero, C.: "La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar", *DPyC*, núm. 23, 2009, pp. 335-368.

Porxas Roig, M.A.: "Un análisis del impacto en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: La capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *UNED. Revista de Derecho político*, núm. 103, 2018, pp. 355–379.

Rams Albesa, J.: "Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (reflexión sobre estos conceptos jurídico esenciales, tratados como lugares comunes", *RCDI,* núm. 27, 2011, pp. 211-296.

Rueda Estrada, J.D., Zurro Muñoz, J.J. y Fernández Sanchidrián, J.C.: "El modelo de apoyo a las personas con capacidades modificadas judicialmente según Naciones Unidas", *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 21, 2014, pp. 81-118.

Steinert, T.: "La interpretación de *voluntad y preferencias* por el Comité de la ONU puede violar los derechos humanos*", World Psychiatry*, vol. 17, núm. 1, 2019, pp. 51-53.

SZMUKLER, G.: "*Capacidad, mejores intereses, voluntad y preferencias* y la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidades de las Naciones Unidas", *World Psychiatry*, vol. 17, núm. 1, 2019, pp. 34-42.

VALLEJOS, I.: *Entre el modelo médico y el modelo social, algunas reflexiones sobre conceptos y prácticas* (URL: http://www.unsj.edu.ar/descargas/institucional/comisionDiscapacidad/modeloMedicoSocial.pdf).

VELARDE LIZAMA, V.: "Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico", *Revista Empresa y Humanismo*, vol. XV, núm. 1, 2012, pp. 115-136.

VENTURA FACI, T., NAVÍO ACOSTA, M., ÁLVAREZ MARRODÁN, I. y BAÓN PÉREZ, B.: "La evaluación de la capacidad y sus problemas", *EIDON*, núm. 41, 2014, pp. 12-27.

EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN Y EL DEBER DE LOS ESTADOS PARTES DE PROTEGER A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA*

ARTICLE 12 OF THE CONVENTION AND THE DUTY OF STATES PARTIES TO PROTECT PERSONS WITH DISABILITIES IN THE EXERCISE OF THEIR LEGAL CAPACITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 668-689

* Investigación realizada en el marco del Proyecto de Excelencia "Claves jurídicas del bienestar social para una Andalucía más inclusiva" (P18-RT- 4629).

Elena LÓPEZ BARBA

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: El presente estudio pretende aportar una valoración crítica de la reciente reforma acaecida en el Código civil español en materia de capacidad jurídica. En concreto, en relación al deber de proteger el patrimonio de las personas con discapacidad contemplado en el artículo 12.5 in fine de la Convención de 2006, cuando impone a los Estados velar "por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".

PALABRAS CLAVE: Capacidad jurídica; persona con discapacidad; medidas de apoyo; deber de protección.

ABSTRACT: *Abstract: This study aims to provide a critical assessment of the recent reform in terms of legal capacity produced in the Spanish Civil Code, in relation to the duty to protect the assets of persons with disabilities contemplated in article 12.5 in fine of the 2006 Convention, when it imposes on States to ensure "that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property."*

KEY WORDS: *Legal capacity; persons with disabilities; support measures; effective safeguards.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. "NUEVAS" SOLUCIONES PREVISTAS EN EL CÓDIGO CIVIL.- 1. La anulabilidad.- 2. La ventaja injusta.- 3. La influencia indebida.- III. OTRAS VÍAS POSIBLES.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El artículo 12.2 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad[1] proclama la igualdad de todas las personas ante la capacidad jurídica, no solo en cuanto a su titularidad, sino, también, y esta es la clave, en cuanto a su ejercicio. Tras años de demora este mandato encuentra acomodo en el Código civil, merced a la reforma propiciada por la Ley 8/2021[2], que abre las puertas a las personas con discapacidad cognitiva o psicosocial a actuar en el mercado en primera persona[3] y en igualdad. Esto supone la incorporación al tráfico jurídico de un colectivo que hasta el momento estaba apartado, toda vez que actuaba representado o sustituido por sus tutores, padres con la patria potestad prorrogada o rehabilitada…

Pero la orden de la Convención (art. 12.2) que da pie a este nuevo escenario no viene sola. Los Estados deberán desarrollar todos los mecanismos necesarios que permitan a las personas con discapacidad acceder al apoyo que necesiten en cada momento. Medidas de apoyo que auxilien al sujeto que las requiera y que le posibiliten que sea él, y no la medida de apoyo, quien se manifieste de acuerdo con su voluntad, deseos o preferencias (art. 12.3). No menos importante resulta el mandato, en virtud del cual, los Estados serán los encargados de dotar de instrumentos de protección a la persona y a los bienes de la persona con discapacidad, salvaguardia que se instrumentaliza, de una parte, ante posibles actuaciones abusivas, inadecuadas, desproporcionadas… de los prestadores de apoyo (12.4), y de otra, ante eventuales privaciones de bienes de manera arbitraria

1 Convención hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, Instrumento de Ratificación de la Convención publicado en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, vigente desde el 3 de mayo de 2008.

2 BOE núm. 132, de 03 de junio de 2021.

3 Todo lo afirmado en este trabajo debe entenderse sin perjuicio de lo especialmente previsto para las personas con discapacidad que queden bajo un concreto tipo de medidas de apoyo: el curador con facultades representativas (art. 249 CC), supuesto excepcional en el que el sujeto sí resultaría representado en atención a la afección padecida siempre que esta impida conocer, de ningún modo, su voluntad, deseos y preferencias. *Apud thema vid.* López Azcona, A.: "Capacidad jurídica y discapacidad intelectual y psicosocial: a vueltas sobre el art. 12 de la Convención de Naciones Unidad de 2006 y su interpretación por el Comité sobre los Derecho de las Personas con Discapacidad», en AA.VV.: *Capacidad y protección de las personas menores de edad en el Derecho* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla y L. Pérez Gallardo), Ediciones Olejnik, 2021, pp. 113 a 142.

• Elena López Barba
Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Huelva. Correo electrónico: elopez@uhu.es

padecidas en la gestión de sus propios asuntos por la persona con discapacidad (12.5 *in fine*).

Repasando la nueva redacción dada a los preceptos del Código civil, en vigor desde el 3 de septiembre de 2021, podría decirse que el legislador ha cumplido con éxito su objetivo en la búsqueda del tan proclamado cambio de paradigma, el reto no era fácil, como tampoco nos parece que lo sea la labor de formación que esta nueva realidad comporta para los "operadores jurídicos"[4], y, también, para la sociedad en su conjunto[5]. Además del desafío y el esfuerzo que ha de suponer la readaptación de las situaciones preexistentes al nuevo guion normativo[6]. Pero, aun así, podemos concluir que hay motivos para el optimismo.

En el sentir de muchos, y en el nuestro también, toma fuerza la idea de que la clave del verdadero éxito de esta reforma está en la implicación de todos en la difusión, en la formación del conocimiento de lo que verdaderamente supone esta nueva realidad legislativa. Si fracasamos en este punto, si no se consigue propagar, hacer pedagogía del auténtico sentido de la norma, si los actores implicados no alcanzan a aprehenderla en profundidad, nos veremos abocados a la repetición de los antiguos esquemas "disfrazados" de modernidad, pero a la postre una vuelta a lo mismo. Algo así, salvando las distancias, como sucediera con la bien intencionada reforma del año 1983[7].

4 Disposición adicional segunda. Formación en medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.
"1. El Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación general y específica, en medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, en los cursos de formación de jueces y magistrados, fiscales, letrados de la Administración de Justicia, fuerzas y cuerpos de seguridad, médicos forenses, personal al servicio de la Administración de Justicia y, en su caso, funcionarios de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales que desempeñen funciones en esta materia.
2. Los Colegios de Abogados, de Procuradores y de Graduados Sociales impulsarán la formación y sensibilización de sus colegiados en las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. Asimismo, el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España impulsarán la formación y sensibilización en dichas medidas de Notarios y Registradores respectivamente."

5 Son muchos los profesionales empeñados en la labor de divulgar a toda la sociedad los importantes cambios previstos en la nueva regulación, como única vía posible para garantizar la auténtica integración con éxito de las personas con discapacidad. Como ejemplo sirva el artículo publicado en un diario local por el Notario Tomás Giménez Villanueva, Huelva Información, 2 de septiembre 2021.

6 Disposición transitoria quinta. Revisión de las medidas ya acordadas.
"Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud.
Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años."

7 Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, BOE 26 de octubre de 1983.

A la preocupación de que una falta de formación de los sujetos implicados, en realidad toda la sociedad, lleve al traste con el éxito de la reforma, se suma un hecho achacable directamente al legislador, cual es la omisión en el desarrollo legislativo de una fórmula que verdaderamente diera cumplimiento al mandato del artículo 12.5 *in fine* de la Convención. La falta de esta adecuada protección puede conducir, en nuestra opinión, a dos escenarios posibles, o permitimos que los daños arbitrarios padecidos sobre los bienes de las personas con discapacidad consecuencia de su actuación en el mercado queden sin protección, esto es, que soporten inexorablemente los daños injustos; o para evitar este riesgo, con el ánimo de salvaguardarlo frente a los mismos, se tienda a volver en la práctica, a través de subterfugios, a las normas que justo hemos dejado atrás, a las limitaciones de sus actuaciones en primera persona.

Como causas que expliquen la falta de una más decidida defensa del legislador español del patrimonio de las personas con discapacidad en su actuación en el tráfico jurídico ante posibles daños arbitrarios pueden barajarse diversas, pero, en nuestra opinión, la verdadera causa hay que buscarla en motivaciones de índole económicas, que provienen del inevitable choque que se produce entre el tradicional principio de mantenimiento y seguridad del tráfico jurídico y la necesidad de proteger de manera privilegiada los bienes de las personas con discapacidad ante daños arbitrarios acaecidos en su actuación en el mercado (12.5).

Solo ahí parece encontrarse el porqué de que el tan traído "cambio de paradigma" no alcance con la intensidad que cabría esperar a las normas relativas a las obligaciones y contratos. Por el contrario, la posición adoptada sobre este particular por el legislador ha sido muy conservadora, se ha limitado a realizar pequeños retoques de adaptación, pero sin entrar en modificaciones del calado que resultaban precisas.

En su descargo cabe reconocer, una vez más, que se trata de una tarea muy complicada, pues habría que haber ideado una fórmula que reportara, a un tiempo, el equilibrio entre la protección privilegiada –no discriminatoria- del patrimonio de las personas con discapacidad en su actuación en el mercado, en primera persona, y la seguridad y estabilidad del tráfico jurídico.

Prueba de la dificultad sería el riesgo que supone que una excesiva protección de un colectivo, en la búsqueda de seguridad en su intervención en el mercado, nos llevara a la paradoja de producir el efecto contrario, cual sería su expulsión de facto del tráfico jurídico por no encontrar con quién contratar, o encontrándolo, que fuera a un mayor coste o con mayores exigencias[8].

8 En este sentido Marín Calero, C.: "Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad", p. 8, afirma que "Si las personas con discapacidad quieren integrarse verdaderamente en él, y por supuesto quieren, no pueden permitirse ciertos lujos, porque quedarían expulsadas del mercado;

A la vista del texto aprobado puede decirse que nuestro legislador acepta, *a priori,* sin reservas su compromiso con la igualdad en el reconocimiento de la titularidad y el ejercicio de la capacidad jurídica, dotando a los sujetos de las medidas de apoyo necesarias, protegiendo a las personas con discapacidad de las posibles actuaciones inadecuadas de los prestadores de apoyo, ante posibles situaciones de conflicto de intereses, abuso de posición, influencia indebida, actuación desproporcionada o que persigan el interés del discapacitado en detrimento de su voluntad, deseos o preferencias.

Otro juicio nos merece la nueva norma, si a lo que nos referimos es al deber de protección que debió arbitrar en orden a los daños patrimoniales injustos padecidos por la persona con discapacidad y que no resultan achacables a la labor de la figura de apoyo. Circunstancia de gran importancia, por cuanto ya hemos insistido, que tras el igual reconocimiento de la capacidad jurídica en su titularidad y ejercicio nada impide la intervención de las personas con discapacidad en el mercado en primera persona. La clave está en que tras su intervención en el tráfico jurídico en el ejercicio de la capacidad jurídica se genera la responsabilidad sobre el propio patrimonio[9], como cualquier otro sujeto, sin embargo, en su condición de grupo vulnerable, y porque lo ordena la Convención, sea preciso llevar, también, a nuestro ordenamiento una fórmula que ofrezca la debida protección no discriminatoria en los casos en los que se pudiera acreditar la "privación de sus bienes de manera arbitraria". Tras la reforma de 2021 ya no es posible que la voluntad de la persona con discapacidad sea sustituida o suplida, por lo que, como mecanismo de salvaguardia, necesariamente, habría que implementarse un instrumento de protección acorde con el nuevo escenario.

La igualdad propugnada por el artículo 12 de la Convención de todos los sujetos mayores de edad ante la capacidad jurídica, sin posibilidad de distinción en orden a la titularidad y ejercicio de los derechos, la erradicación de posturas paternalistas tendentes a la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad, sin perjuicio de las medidas de apoyo que le pudiera corresponder, no está exenta de consecuencias, en el sentido de que el ejercicio de la autonomía de la voluntad origina responsabilidad sobre el patrimonio del sujeto por lo que él mismo ha actuado. Si todos por igual tienen capacidad, todos por igual pueden contratar y todos por igual comprometen su patrimonio según lo actuado. Frente a esto la

podrían válidamente contratar y no encontrarían con quién hacerlo. No puede obligarse a nadie a que contrate con ellas, y no lo harán si nos excedemos en la protección de sus contratos."
http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/$FILE/109_1_apoyos_5.pdf

9 En palabras de Parra Lucán: "La atribución de efectos jurídicos a la voluntad supone el reconocimiento del poder de crear relaciones, derechos y deberes jurídicos. En virtud del ejercicio de su autonomía, los sujetos privados asumen obligaciones y deberes jurídicos y hacen nacer derechos cuya eficacia sería exigible con la fuerza de la maquinaria del Estado, si así se solicita por los interesados en el caso de que no cumplan voluntariamente". Parra Lucán, M. A.: *La autonomía privada en el Derecho civil,* Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018, p. 11.

Convención prevé, de un lado, la adopción de medidas de apoyo al tiempo de la toma de decisiones que garanticen una mejor intervención en el mercado, si fuera necesario y, por otro, las medidas de salvaguardia sobre su patrimonio por los posibles daños arbitrarios que le hubiese podido inferir esa participación.

Pese a que de la lectura del texto de la Ley, dado el elevado número de artículos afectados, pudiera llevarnos a pensar que es lo suficientemente ambiciosa, sin embargo, no lo es en el fondo, como expresamente reconoce el Dictamen del Consejo de Estado[10] y ello a pesar de que la reforma prevista del artículo 1263 C.c. debiera haber actuado "de manera transversal a toda la regulación civil, que debe adaptarse al cambio de paradigma que impone la Convención"[11], si bien los cambios en materia de contratos en el desarrollo de la autonomía de la voluntad por las personas con discapacidad, en opinión de esta institución, y también en la nuestra, se quedan en meros ajustes a la regulación sobre la discapacidad, sin entrar en el fondo del asunto: lo que hace en este punto a la reforma una oportunidad desaprovechada.

La defensa del orden económico y la responsabilidad patrimonial no deberían ser un freno, según PARRA LUCÁN, para que los poderes públicos adopten medidas que protejan a quienes presentan una situación de partida diferente, susceptible de tener en consideración, de suerte que se trate de promover la igualdad efectiva, aunque ello sea a costa de restringir otros derechos.

"No se trata tanto de limitar la voluntad por razones de un interés general como de proteger a los individuos de los abusos que derivan de la desigualdad, del ejercicio abusivo de una superioridad económica o estructural, tanto en las relaciones personales y familiares como en las relaciones contractuales y patrimoniales"[12].

10 De acuerdo con el Dictamen del Consejo de Estado, es cierto que este Proyecto supone "la mayor reforma en el CC en lo que al número de artículos afectados se refiere (cerca de doscientos). Sin embargo, la modificación, en cuanto al fondo, no implica la magnitud que su extensión sugiere. Puede indicarse, a modo de ejemplo, que el régimen de la mayoría de edad y la emancipación sobre el que apenas se introduce un mínimo cambio (la sustitución del curador por el defensor judicial), se mantiene idéntico, pero pasa de estar regulado en el título XI (artículos 314 a 324) a estarlo en el nuevo título X (artículos 238 a 247). Son también muchos los artículos que mantienen en lo esencial su contenido y que simplemente cambian de numeración o se adaptan a la regulación específica de la tutela y se refieren solo a menores; o a la de la curatela y se ciñen a las personas con discapacidad (v. gr. modificados artículos 201 a 207, 209 a 215, 218 a 222, 236 y 237, 278 y 279). Otras modificaciones consisten en la agrupación del contenido de varias disposiciones en una única: así ocurre en relación con el régimen de extinción de tutela y curatela -proyectados artículos 231 y 232 y 290 y 291- o en materia de excusas y remoción - revisados artículos 276 y 277-. Por otro lado, muchas otras modificaciones en disposiciones del Código Civil son meros ajustes a la nueva regulación (así los previstos, entre otros, en los artículos 9.6, 10.8, 21.3, 22.2, 81, 82.2, 112, 124, 125, 137, 443, 742, 756, 822, 996, 1041, 1057, 1060, 1163, 1387, 1393, 1459, 1548 y 1765)." https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34

11 https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34

12 Parra Lucán, M. A.: *La autonomía privada en el Derecho civil*, cit., p. 61.

La Convención proclama un sistema de participación en igualdad de condiciones provisto de un sistema de garantías para las personas con discapacidad, relacionadas, unas, con las medidas de apoyo ante posibles actuaciones indebida de quienes prestan auxilio, y, otras, ante injustificados empobrecimientos por daños arbitrarios al patrimonio. Solo así, entendemos factible la plena integración, pues solo así resulta protegido el interés de un colectivo vulnerables, en este ocasión, el de las personas con discapacidad cognitiva o psicosocial[13].

Esta protección ante daños arbitrarios no significa que se anule su derecho a equivocarse. Esto es, no es posible que el desarrollo normativo conduzca a anular la posibilidad de cometer errores al tiempo de contratar. Qué duda cabe que las personas con discapacidad tienen derecho, también, a equivocarse, como cualquier otro sujeto cuando contrata[14] pero no es a ese tipo de daños al que nos estamos refiriendo cuando ponemos de manifiesto que la actual regulación no protege debidamente el patrimonio de las personas con discapacidad ante daños injustos sobrevenidos de su actuación en el mercado.

Aun reconociendo el esfuerzo de adaptación realizado por el legislador, desde nuestro punto de vista, una de las materias que ha quedado pendiente de una revisión más completa, a la luz de los mandatos de la Convención, y en cuanto al deber de protección impuesto por el artículo 12.5 *in fine*, son las normas relativas a la ineficacia de los contratos, pues si todos los mayores de edad pueden desarrollar de forma libre e igual su capacidad jurídica, esto significa, *a priori*, la validez de lo actuado por todos, esto es, la prestación del consentimiento por la persona con discapacidad sin la intervención del prestador de medidas de apoyo no hace al contrato nulo. Cuestión diferente, es si lo actuado pudiera resultar posteriormente ineficaz, por la vía de la anulabilidad, opción por la que definitivamente apuesta el legislador, o si, por el contrario, debió explorar, y no lo hizo, otros caminos.

El legislador español de 2021, en línea con el espíritu de la Convención, descarta conferir un nuevo papel a la vía de la nulidad, al tiempo que ha decidido

13 García Alguacil, M. J.: "El mayor interés del discapacitado como límite a la autonomía de la voluntad", en AA.VV.: *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar* (dir. por M. Á. Parra Lucán), Comares Granada, 2017, pp. 95-110, esp. pp. 95 y 96.

14 Messía De La Cerda Ballesteros, J. A.: "La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. por M. Pereña Vicente), Dykinson, Madrid, 2018, pp. 495-510, esp. p. 497 "Claro está, la adopción de una solución como la propuesta comporta la asunción, a su vez, de una serie de riesgos derivados de posibles decisiones erróneas. Error del que, por otra parte, tampoco están exentas las personas sin discapacidad: el error forma parte de la vida y la concepción del ser humano como libre conlleva la toma de decisiones, muchas de ellas equivocadas. Con ello, pretendemos señalar que, si bien es obvio que el reconocimiento de la autonomía de las personas con discapacidad puede generar una serie de decisiones que les causen, a ellas mismas, perjuicios de diversa consideración, sin embargo, esta posibilidad es consustancial al reconocimiento de su dignidad como persona". No obstante, en nuestra opinión hay que considerar esta cuestión desde el mandato previsto en la Convención, de un lado las medidas de salvaguardia por posibles actuaciones de los que prestan el apoyo (art. 12.4), y las medidas de protección previstas ante daños arbitrarios en el patrimonio (art. 12.5).

no ampliar los actuales supuestos de impugnación de los contratos: error, dolo, violencia o intimidación, por lo que opta por no incluir ningún supuesto específico relativo a la intervención de una persona con discapacidad. La redacción de los artículos 1265 y siguientes del Código civil no ha sufrido cambios, todo lo cual nos parece acertado. Por ello es importante poner el énfasis en esta decisión del legislador con la intención de que no sea después, vía interpretación del texto de la Ley, cuando se desarrolle un especial modo de interpretación de los vicios del consentimiento, art. 1265 CC, sobre la base de que el consentimiento fuera prestado por una persona con discapacidad.

II. "NUEVAS" SOLUCIONES PREVISTAS EN EL CÓDIGO CIVIL.

1. La anulabilidad.

Qué es, entonces, lo que ha previsto el legislador en la Ley 8/2021. Sin duda alguna ha apostado por la vía de la anulabilidad como mecanismo de defensa de las personas con discapacidad tras su actuación en primera persona en el mercado, artículos 1300 y siguientes del Código civil.

Hasta la reforma del año 2021 la anulabilidad de los contratos podía producirse por tres motivos:

El primero se debía a la prestación del consentimiento incurriendo en algún vicio de los descritos en el artículo 1265 CC. Este supuesto, como ya hemos visto, no es objeto de reforma en el año 2021.

El segundo de los motivos se debía a que el consentimiento hubiera sido prestado por una persona carente de la capacidad para contratar de acuerdo con la redacción dada, antes de la última reforma al artículo 1263 CC: los menores no emancipados y las personas con la capacidad modificada judicialmente. Esta es la clave sobre al que gravita la reforma del año 2021.

El tercero de los motivos, se trata de los supuestos en los que debiendo prestarse el consentimiento por ambos cónyuges, el consentimiento lo prestara uno solo de los esposos omitiendo el del otro. Tampoco aquí se producen cambios tras la reforma de 2021.

Descartados los motivos primero y tercero, debemos centrarnos en el segundo, fundamentalmente como resultado del cambio legislativo acontecido en el artículo 1263 CC y en los artículos relativos a la anulabilidad: 1301, 1302 y 1304 CC.

El resultado de la valoración conjunta de los cambios propiciados, de una parte, en el artículo 1263, y de otra, en los artículos sobre anulabilidad, podemos decir que nos resulta desconcertante. La causa fundamental de esta apreciación es nuestra convicción de que una vez desaparecida cualquier alusión a las personas con discapacidad en el artículo 1263 CC, relativo a la capacidad para contratar, no se justifica, a nuestro entender, el mantenimiento de la consideración a este colectivo, de forma singularizada, en los artículos ya enumerados relativos a la anulabilidad.

Pese a que el legislador hace desaparecer de la redacción del artículo 1263 CC[15] cualquier referencia a la persona con discapacidad, a la que hasta ahora se había dirigido como demente, loca, sordomuda, más tarde como incapacitada, y, por último, como persona con la capacidad modificada judicialmente, sin embargo, las personas con discapacidad permanecen en la redacción de los artículos relativos a la anulabilidad.

Nos sorprende que la eliminación de la referencia a las personas con discapacidad del artículo 1263 CC no haya tenido sobre las normas relativas a la anulabilidad el mismo efecto que en el año 1975 tuviera la desaparición del supuesto de la mujer casada[16]. La presencia de la mujer casada en la inicial redacción del artículo 1263 en el año 1889 como un supuesto de falta de capacidad para contratar, suponía que en caso de una actuación sin la correspondiente intervención de su esposo el contrato celebrado fuera susceptible de anulabilidad. Cuando en el año 1975 la referencia a la mujer casada desaparece del artículo 1263 CC, dado que su capacidad para contratar no cambia por el hecho del matrimonio, en paralelo, se produce la expulsión de este supuesto de las normas relacionadas con la anulabilidad de los contratos desarrolladas sobre la base de la falta de capacidad.

Pero, como ya hemos señalado, en la actual regulación del Código en la que se reformula el artículo 1263 y donde ya no queda huella de falta alguna de capacidad

15 En la actual redacción del artículo 1263 CC, en sintonía con lo previsto en la Convención, no ha lugar a la apreciación de la discapacidad como causa de falta de capacidad para contratar. Así queda expresamente manifestado en los debates suscitados para la aprobación del texto definitivo de la norma que permite, vía enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados, que desaparezca el párrafo segundo del citado artículo del Proyecto de Ley que preveía que "Las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas".

16 A este mismo paralelismo recurre el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su periodo de sesiones de 31 de marzo a 11 de abril de 2014:
"El artículo 12, párrafo 5, obliga a los Estados parte a adoptar medidas, con inclusión de medidas legislativas, administrativas y judiciales y otras medidas prácticas, para garantizar los derechos de las personas con discapacidad en lo que respecta a las cuestiones financieras y económicas, en igualdad de condiciones con las demás.
Tradicionalmente se ha negado a las personas con discapacidad el acceso a las finanzas y la propiedad sobre la base del modelo médico de la discapacidad. Este criterio de negar a las personas con discapacidad la capacidad jurídica para las cuestiones financieras debe sustituirse por el apoyo para ejercer la capacidad jurídica, de acuerdo con el artículo 12, párrafo 3. De la misma manera que no se puede utilizar el género como base para discriminar en las esferas de las finanzas y la propiedad, tampoco se puede usar la discapacidad."

para contratar de las personas como consecuencia de la discapacidad que padezca, sin embargo, se siguen considerando supuestos de anulabilidad de los contratos, eso sí, bajo nuevas, o no tan novedosas premisas[17].

2. La ventaja injusta.

La ventaja injusta aparece incorporada en el Código civil después de la reforma de la Ley 8/2021.

En los últimos años tomó protagonismo la defensa de la figura de la ventaja injusta como uno de los mecanismos de impugnación que debiera incorporar el legislador en el Código civil. Este es el sentir manifestado, por ejemplo, por la Comisión General de Codificación en el año 2009. Coincidimos en que la incorporación de esta figura resulta una medida positiva y deseable[18], es importante decir, que como en el caso de los supuestos previstos en el vigente artículo 1265 C.c., no supone, o no debería suponer un mecanismo especial de protección de las personas con discapacidad, sino una vía más de protección que afecta a todos los sujetos mayores de edad que libremente intervienen en el mercado[19].

La duda estaría en decidir si incorporarla al Código, bien, como una nueva causa de anulabilidad de los contratos, que se unirían a las ya previstas (error, dolo, violencia e intimidación), pero con una particularidad, la exigencia de la prueba de un daño objetivo. Bien, conjuntamente con la rescisión por lesión, en el que además del elemento objetivo, la lesión patrimonial, habría que probar un doble elemento subjetivo, la prueba de la debilidad al tiempo de contratar de una de las partes, unida a la prueba del aprovechamiento por la otra parte, como sucede en el Código civil de Cataluña[20].

Realmente es una tarea compleja, por cuanto la ventaja injusta parece compartir caracteres de ambas figuras, si nos centramos en el papel que ocupa la labor desempeñada por quien se beneficia, nos situaría en posiciones cercanas a

17 Para un más amplio conocimiento de todo lo relacionado con la anulabilidad de los contratos por motivo de la discapacidad de uno de los contratantes nos remitimos al estudio realizado en López Barba, E.: "La protección del patrimonio de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas*, (dir. por G. Bravo De Mansilla y M. García Mayo -actualmente en prensa-.

18 Para un detallado estudio de los detractores y partidarios de esta medida puede consultarse el estudio efectuado por Gómez Calle, E.: *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

19 La propuesta de la Comisión General de Codificación la sitúa dentro del Capítulo destinado a regular la nulidad y anulación de los contratos, en un precepto propio, el artículo 1301, que se ubica después de los destinados al error (art. 1298), violencia o intimidación (art. 1299), dolo (art. 1300). También es objeto de trato diferenciado, entre las causas de anulación de los contratos, en la Propuesta efectuada por la Asociación de Profesores de Derecho civil, artículo 527-9, bajo la nomenclatura de *ventajismo*. Sin embargo, el Código civil catalán lo ubica conjuntamente, en una misma subsección, con la figura de la rescisión por daño superior a la mitad, artículo 621-45.

20 Artículo 621-45 Libro sexto del Código civil catalán.

los vicios del consentimiento, mientras que si nos centramos en la valoración del daño que padece la parte más débil, nos situaría más próximos a la rescisión.

Cabrían otras vías, cual sería que se configuraran como una causa de ineficacia independiente, no adscrita ni a las causas de anulabilidad (pues ha de probarse un daño), ni a las de rescisión (pues ha de probarse el doble elemento subjetivo), sino como en el BGB, que se situara en el ámbito de las actuaciones contrarias a las buenas costumbres.

Pero tratado de cualquiera de las formas expuestas[21] se trataría de una fórmula de defensa general, de protección para todos los contratantes, sean o no personas con discapacidad.

Qué ha sucedido tras la nueva redacción del Código civil en 2021. Ni se ha incluido como vicio del consentimiento, ni se ha conectado a la regulación de las causas de rescisión por lesión, ni siquiera se prevé como una fórmula autónoma de ineficacia. La solución adoptada pasa por incorporarla como un elemento más, de los que describen el supuesto de hecho que completa situaciones tan diversas como las descritas en los artículos 1163, 1302, 1314 o el 1765, en todos los casos relacionado con la participación de una persona con discapacidad. En todos ellos ha de producirse un cúmulo de situaciones: que la persona con discapacidad cuente con medidas de apoyo previstas y actúe desprovista de las mismas (art. 1163 CC), que las medidas de apoyo omitidas, además de previstas sean precisas (art. 1301 CC), que la otra parte contratante, la que no padece la discapacidad, sea conocedora de la existencia de las medidas de apoyo cuando contrata con la persona con discapacidad, o, alternativamente, que de algún modo se aproveche "de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta" (art. 1302, 1304, 1314 o 1765).

3. La influencia indebida

La literalidad del artículo 12.4 de la Convención obliga a los Estados a proteger de manera expresa a las personas con discapacidad de la influencia indebida, en este sentido ordena que "Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida…", debiendo establecerse los instrumentos que propicien la ineficacia de lo actuado.

21 *Apud thema vid.* Linacero De La Fuente, M.: *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico. La ventaja injusta,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. Ginés Castellet, N.: "La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual", *InDret,* Núm. 4-2016, pp. 1-58, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5740617
Gómez Calle, E.: *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil,* cit., pp. 154 y ss.

La figura de la influencia indebida pudo estar contemplada en nuestro ordenamiento, bien de manera específica, como norma propia de control al que se somete la labor de quienes ejercen medidas de apoyo, o como una disposición general en el ámbito de los supuestos de anulabilidad, pero con especial mención a la intervención de quienes prestan medidas de apoyo.

La fórmula a la que finalmente recurre el legislador es la de regularla conjuntamente con la labor desarrollada por los prestadores de medidas de apoyo, así artículo 250, 255, 258 y 270 CC.

La solución final pasa por vincular los supuestos de ventaja injusta con la sanción de anulabilidad, y los de influencia indebida con los de responsabilidad de la persona que presta apoyo. Conviene advertir que, si bien, la influencia indebida y la ventaja injusta pueden guardar una estrecha relación, no todos los casos de influencia indebida conforman un supuesto de ventaja injusta[22]. La influencia indebida puede producirse sin necesidad de que exista un desequilibrio de prestaciones que aporte a una de las partes un beneficio excesivo, basta con el mero hecho de contratar. La influencia indebida es una figura que participa de la naturaleza de los vicios de la voluntad[23] y que permitiría la anulabilidad de lo acordado sin necesidad de probar el daño, lo que nos aleja del terreno de la rescisión. Por otro lado, la ventaja injusta no precisa de una relación previa entre las partes, como sí necesita la influencia indebida[24].

Puede suceder que la voluntad haya sido manifestada con aparente libertad y conocimiento, sin embargo, no se deba a un ejercicio real de formación del consentimiento, sino a la captación de la voluntad por quienes se encuentran más próximos a la persona con discapacidad, o porque la persona con discapacidad ha puesto su confianza en las personas más próximas a las que corresponde su cuidado, de manera que se limita a seguir sus indicaciones, entendiendo, que si ella se lo indica será lo mejor, sin valorar nada más. Sirva de ejemplo la regulación que el Derecho Foral Navarro[25] realiza en su Ley 21, sobre la que la Exposición de Motivos de la norma justifica

22 Sobre esta cuestión puede consultarse la obra de Gómez Calle, E.: *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil,* cit., pp. 69 y ss. donde analiza la diferencia en el Derecho inglés entre la influencia indebida y los convenios desproporcionados.

23 Gómez Calle, E.: *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil,* cit., p. 169 "Efectivamente, en estas relaciones la parte que deposita su confianza en la otra se fía de esta y de sus indicaciones o consejos a la hora de consentir el contrato y su contenido, de modo que se abandona en buena medida al criterio ajeno y no ejercita su propio juicio independiente (…). La confianza afecta, por tanto, no a la libertad de decidir, sino a la toma de una decisión consciente."

24 Gómez Calle, E.: *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil,* cit., p. 87.

25 Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE núm. 57, de 07 de marzo de 1973), actualizada en diferentes ocasiones. Los textos transcritos se deben a la reforma introducida la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (BOE núm. 137, de 08 de junio de 2019) que entró en vigor el 16 de octubre de 2019.

III. OTRAS VÍAS POSIBLES.

La solución que de *lege ferenda* proponemos, es la inclusión de un nuevo supuesto de rescisión por lesión que proteja la integridad patrimonial de las personas con discapacidad frente a daños arbitrarios.

Como justificación a esta propuesta, debemos señalar que hemos hecho uso de la premisa que nos acompaña a lo largo de todo el trabajo: partiendo de que la persona con discapacidad es titular de la capacidad jurídica, a partir de ese momento va a intervenir en el mercado "en primera persona" sin instrumentos de sustitución o representación. La misma norma que garantiza el ejercicio de la autonomía de la voluntad en igualdad de condiciones (12.2 Convención) ordena la regulación de medidas de apoyo (12.3) y de salvaguardia frente a las posibles actuaciones inadecuadas de quienes prestan las medidas de apoyo (12.4), y frente a posibles exclusiones de derechos, abusos, o daños arbitrarios sobre el patrimonio de la persona con discapacidad (12.5). Si nos centramos en el último de los mandatos, resulta compelido nuestro ordenamiento a ofrecer un mecanismo que propicie la debida defensa en el mercado de la persona con discapacidad y de su patrimonio, y la mejor forma de defensa posible nos ha parecido que sea la rescisión por lesión.

En la búsqueda de la solución que resultara más adecuada, aconsejamos la lectura detenida del capítulo de libro de MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS[26] que resulta muy esclarecedora. Por ese motivo, sin perjuicio de la remisión a su completa lectura, haremos uso de algunos de sus argumentos.

Lo primero que cabría destacar es como la fórmula de la rescisión[27] por lesión, adoptada como mecanismo de defensa del patrimonio de las personas con discapacidad arbitrariamente dañado, solo es acorde con los planteamientos

26 Messía De La Cerda Ballesteros, J. A.: "La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad", cit., pp. 505-506 "Aunque podría argumentarse que la prueba de la rescisión se antoja un objetivo más complejo –la acreditación de la cuantía del perjuicio-, que dificultaría la protección efectiva de las personas con discapacidad en tales casos, no cabe duda que se trata de una solución más adecuada al reconocimiento efectivo de la autonomía de estas personas. Si la tendencia es a la equiparación con los capaces y a la no discriminación, entonces no se justifica, como solución general, la aplicación de la anulabilidad, la cual comporta el reconocimiento explícito de una voluntad defectuosa o incompleta. Puede resultar un tanto contradictorio aplicar generalmente la anulabilidad y, a su vez, proclamar la autonomía, igualdad y no discriminación. Es obvio que se puede producir distorsiones en algunos casos, pero se trata de un precio que, quizás, haya que pagar para alcanzar los objetivos mencionados. Por lo demás, tampoco debemos pensar que estas disposiciones van a ser muy comunes. En muchos casos, se habrá establecido un régimen de apoyo que minimizará este efecto no deseado."

27 Rescisión entendida como "una modalidad de ineficacia funcional que afecta a un negocio válidamente formado que produce un perjuicio económico injusto". Linacero De La Fuente, M.: *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico. La ventaja injusta,* cit., p. 31.

de la Convención si lo valoramos como una medida privilegiada[28] que se sustenta sobre dos elementos estrictamente objetivos: la prueba del daño y la prueba de la discapacidad[29].

Entiende MESSÍA[30], y nosotros con él, que si el modo de configurar el supuesto de hecho de la rescisión por lesión en el caso de las personas con discapacidad incorpora la discapacidad como un elemento subjetivo, nuevamente estaríamos incurriendo en el trato no igualitario del que rehúye la Convención. De este modo, en repuesta a quienes así lo proponen sustenta que:

"parece existir una contradicción en el hecho de que, por una parte se elimine la anulabilidad para lograr la igualdad y no discriminación, y por otra, se adopte la solución de la rescisión basada en la discapacidad para establecer una protección, en este caso privilegiada (…) Se puede sostener que esta discriminación, por ser positiva, es admisible. Pero no parece aceptable decir que ello se hace en aras de su igualdad, cuando de la exigencia de que el perjuicio resulte de la discapacidad se deduce claramente la diferencia. En ese sentido, la solución propuesta presenta la contradicción resultante de que no se conoce con precisión si la ineficacia procede de un factor estructural del acto celebrado, cual es el defecto de capacidad, o de otro de naturaleza funcional o finalista, como la posterior producción de un perjuicio, o de los dos, como parece que se exige."[31]

Frente a esta fórmula, coincidimos con quienes proponen la necesidad de idear un supuesto de rescisión, como solución privilegiada, para remediar los casos de daños en el patrimonio de la persona con discapacidad, pero sobre la base de elementos exclusivamente objetivos, no sobre la prueba de la posible incidencia de la discapacidad al tiempo de la formación y prestación del consentimiento, además del conocimiento y aprovechamiento por la otra parte. No parece que sea esta

28 Marín Calero, C.: "Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad", cit., http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/$FILE/109_1_apoyos_5.pdf "proponemos sustituir el tradicional mecanismo de protección de la anulabilidad de los contratos perjudiciales a la persona con discapacidad por el de la rescisión por lesión (…) Anular el contrato por falta de consentimiento de la persona con discapacidad me parece lo contrario de reconocerle capacidad de obrar; la rescisión, por el contrario, es un beneficio, una discriminación positiva, un privilegio que la sociedad le otorga".

29 Messía De La Cerda Ballesteros, J. A.: "La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad", cit., p. 507, "Pensemos, por ejemplo, en el artículo 1291.1º: la posibilidad de rescindir el contrato viene dada por el hecho de que el mismo se haya celebrado por el tutor y que se produzca el perjuicio en la cuantía señalada. Así, se trata de requerimientos de naturaleza objetiva, que en modo alguno conllevan la prueba de requisito subjetivo alguno. En este sentido, la exigencia de la concurrencia de discapacidad debe simplificarse al máximo, configurándose como una exigencia, a poder ser, objetivada".

30 Messía De La Cerda Ballesteros, J. A.: "La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad", cit., p. 506.

31 En la misma línea, y manera muy interesante, Messía De La Cerda Ballesteros, J. A.: "La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad", cit., pp. 506 y 507.

la mejor manera de dar cumplimiento al mandato impuesto a los Estados por la Convención, quienes deben velar por la protección de la persona con discapacidad, por su integridad física y patrimonial sin adoptar medidas discriminatorias.

De acuerdo con MESSÍA[32], si la defensa de los intereses patrimoniales de la persona con discapacidad se protege por la vía de la rescisión por lesión:

"entendemos que no es necesario reforzar el régimen de la ineficacia de los actos. En el supuesto de que se aprecie un perjuicio o lesión para la persona con discapacidad, se puede abogar por la creación de un nuevo supuesto de rescisión, pero sin necesidad de mayores exigencias para su aplicación. De esta forma, no se confunden figuras, no se establecen mayores exigencias ni se adoptan soluciones discriminatorias. Es decir, en consonancia con lo que se ha defendido desde hace algún tiempo, se puede generar un nuevo supuesto de rescisión, en el que la determinación del perjuicio se realice mediante la exigencia de que traiga causa de la discapacidad. Ahora bien, ello no puede suponer, en modo alguno, una nueva y mayor exigencia, mediante la acreditación de un componente subjetivo que no se plantea en otros supuestos de rescisión

En este sentido, consideramos que la solución pasa por la consideración del concepto legal de discapacidad, de tal manera que la sola determinación de los requerimientos establecidos por la legislación vigente al respecto sirva, por sí, para determinar la concurrencia de esta situación y, a partir de ahí, comprobar ya la existencia de perjuicio habilitante de la rescisión. Es decir, no es admisible el empleo de un concepto genérico o metalegal de discapacidad, pues ello comportaría la concurrencia de un elemento subjetivo y la consiguiente prueba del mismo, lo que conlleva una mayor exigencia y dificultad en la aplicación de esta clase de ineficacia".

Pese a todo lo dicho, el legislador de 2021 opta por reforzar los mecanismos de defensa de la anulabilidad de los contratos, antes que por explorar la senda de la rescisión por lesión.

De acuerdo con esta propuesta de *lege ferenda*, y con las premisas aportadas por la Convención, la titularidad y el ejercicio de la capacidad jurídica corresponde siempre a la persona con discapacidad (art. 12.2 Convención). La situación privilegiada proviene de que, probado el daño, y la discapacidad (como hecho objetivo), pueda solicitar la rescisión por lesión.

32 Messía De La Cerda Ballesteros, J. A.: "La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad", cit., p. 507.

Volvemos a coincidir con MESSÍA cuando defiende que la adopción de esta medida privilegiada no tiene por qué generar un desequilibrio excesivo en el mercado, entre otros motivos por su carácter subsidiario, tal y como en la actualidad se desprende del artículo 1294 CC[33].

A lo que añadimos, siguiendo lo ordenado en el Código civil catalán, la solución dada por el artículo 621-47, número 2, que, en aras al mantenimiento de los contratos, se prevé que pueda evitarse la rescisión, si la parte demandada está dispuesta al pago, en dinero, del valor total de la prestación, con los intereses legales, a partir de la conclusión del contrato. De suerte que se mantiene el contrato una vez reequilibrado[34]. De manera parcial, es también la solución que ofrece el Código civil en el artículo 1077.

La apuesta por la adaptación del contrato, y su mantenimiento, resulta interesante, por lo que tiene de favorable para la seguridad del tráfico jurídico, propuesta que defendemos no solo cuando lo solicita el demandado (solución catalana), también cuando la persona con discapacidad que padece el daño lo pide, pudiendo ser una imposición, en particular, si se demuestra que la otra parte no actuó conforme a la buena fe. El contenido del contrato quedaría alterado, pero al menos permanecería vivo.

Es cierto que la propuesta de rescisión por lesión planteada extiende su campo de actuación entre todos los hipotéticos terceros con los que pueda contratar la persona con discapacidad. Pero si lo que perseguimos es un cambio de paradigma que llegue, también, al ámbito de lo económico y lo social, habría que romper muchas de las estructuras a las que estamos familiarizados. La obligación de tutelar, en el sentido de proteger los intereses de la persona con discapacidad hasta la Ley 8/2021 ha recaído casi en exclusiva en su tutor, curador, guardador de hecho…, pero en la nueva proyección dada a las personas con discapacidad por la Convención y su apertura a la participación en primera persona en el mercado, extiende esta obligación a todos los operadores, más allá de las personas que le

33 Coincidimos con Messía De La Cerda Ballesteros, J. A.: "La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad", cit., p. 507, en que no podemos entender que este privilegio desequilibre, en exceso, el mercado "De cualquier forma, la opción de la rescisión del contrato no supondría una alteración sustancial en el régimen existente, sobre la base de su subsidiariedad. En efecto, en virtud del artículo 1294 del CC, la acción rescisoria solamente podrá ejercitarse cuando el perjudicado carezca de otro recurso procesal para obtener su reparación. Solución esta lógica, puesto que se está haciendo referencia a un contrato válido, que solamente de forma sobrevenida y por la causación de un perjuicio, deviene en una posición de ineficacia, lo que incide en la necesidad de su conservación, cuando no concurra tal circunstancia, en aras de la seguridad del tráfico. En tal caso, si la propuesta de reforma exige que el perjuicio tenga como causa la discapacidad, en muchos casos el perjudicado debería ejercitar, en primer lugar, la acción de nulidad del contrato. De esta forma, la rescisión se configura como un nuevo recurso que aumenta, exclusivamente, las posibilidades de protección de las personas con discapacidad y de reparación de los perjuicios que puedan sufrir."

34 En la misma línea de mantenimiento del contrato en caso de reequilibrio por parte del demandado se expresan la Propuesta de la Comisión General de Codificación, año 2009, artículo 1311 y la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho civil, año 2018, artículo 527-22, número 2.

prestan apoyo, todos los participantes resultan obligados a compartir el deber de protección, son responsables de hacer comprensible el acto o negocio y las consecuencias del mismo. Los Notarios tienen una larga experiencia en esta tarea, pero no están solos, también el resto de funcionarios públicos asumen este deber en los distintos órdenes en los que desarrollen su labor. Pero en los sucesivo, este deber ha de extenderse a todos los ámbitos, porque en adelante en todos los ámbitos ha de actuar la persona con discapacidad sin ser sustituida (tutores) así que, por sorprendente que nos parezca, todos resultan obligados, también el tendero, que debería estar atento a colaborar con la persona que desea comprar, para asegurarse de que sabe lo que quiere y precisa, de acuerdo a sus necesidades. También el dentista, cuando celebra un contrato para la prestación de un servicio odontológico, ha de colaborar en la mejor comprensión del paciente del contenido de las prestaciones a recibir, si se trata de un tratamiento de carácter médico o estético, de su duración…, pero, sobre todo, de que conozca y entienda las consecuencias patrimoniales exactas. En este cambio de paradigma quedamos todos implicados, por lo que una desatención de ese deber de actuar conforme a la buena fe, a la honestidad y a los buenos usos y costumbres del tráfico jurídico, deber que por otro lado ya existe como principio general, bien puede ser sancionado por el ordenamiento jurídico, pese al impacto que esto pueda tener en la tan traída defensa de la seguridad del tráfico jurídico.

Como refuerzo a la propuesta de inclusión de la rescisión por lesión en caso de personas con discapacidad, planteamos, aunque simplemente quede esbozado, la idoneidad de incluir en el Código civil la tradicional figura de la rescisión por lesión *ultra dimidium*[35] donde, únicamente, sería necesario probar un elemento objetivo, el daño, exento de consideraciones de otra índole[36] en un esfuerzo de adaptación de nuestro ordenamiento a soluciones más modernas contrarias a posiciones de abuso o desequilibrio. Con la inclusión de esta medida se conseguiría

35 Cabe señalar que ni la Propuesta de la Comisión General de Codificación (año 2009), ni la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho civil (2018) lo incluyen en sus textos. Sin embargo, nuestra tradición jurídica no parece estar tan alejada de este tipo de preceptos. Resulta interesante recordar el artículo de Delgado Echeverría, J.: "La rescisión por lesión en el Derecho Navarro", *Revista Jurídica de Navarra,* núm. 3, 1987, pp. 13-26, para comprender, al hilo del análisis histórico que realiza, que cerca se encuentre esta figura, también, del Derecho común. Garcia Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español,* Tomo III, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, p. 178.

36 Parece que esta posibilidad se convierte cada vez en algo más complejo, si atendemos a la tendencia a subjetivizar el fenómeno de la rescisión, en esa línea la última reforma del Código Civil catalán (Libro Sexto, artículo 621-45), que incluye en el ámbito de la rescisión la ventaja injusta, donde además de la prueba del daño, como elemento objetivo, habría que probar un doble elemento subjetivo, la debilidad de una parte y el aprovechamiento de esta debilidad por la otra. En el caso del Derecho Navarro, la rescisión por lesión enorme ya obligaba a la prueba del daño (50 %), elemento objetivo, además de la prueba de un único elemento subjetivo, la situación de apremiante necesidad o inexperiencia. La duda es si en el caso de la rescisión por lesión enormísima (dos tercios) también es necesaria la concurrencia del elemento subjetivo, o basta simplemente con la prueba del elemento objetivo, el daño; estableciendo la diferencia entre ambas acciones por rescisión más allá de los plazos de prescripción de las mismas (artículos 30, 31, 500 y ss.). Esta última posición la defiende Díez Argal, W.: *La rescisión por lesión en el Fuero de Navarra*, Diputación Foral de Navarra, I. P. de Viana, 1984.

una protección general para todos los contratantes, sin distinción, solo en atención al daño padecido superior al 50 %.

Como solución privilegiada, la cuantía del daño se reduciría al 25 %, en los casos de persona con discapacidad, entendido la prueba de la discapacidad como requisito de carácter objetivo que, sumado a la prueba del daño, forma parte de la configuración del supuesto de hecho de la norma.

BIBLIOGRAFÍA

Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, Cívitas, Madrid, 1985.

Cerdeira Bravo De Mansilla, G.: «*In dubio pro capacitate* y *favorabilia amplianda, odiosa restrigenda*: "viejos" principios para interpretar "nuevas" reglas sobre capacidad y prohibiciones», AA.VV.: *Capacidad y protección de las personas menores de edad en el Derecho* (dir. por G. Cerdeira Bravo De Mansilla y L. PÉrez Gallardo), Ediciones Olejnik, 2021, págs. 75 a 115.

Delgado Echeverría, J.: "La rescisión por lesión en el Derecho Navarro", *Revista Jurídica de Navarra,* núm. 3, 1987, pp. 13-26.

Díez Argal, W.: *La rescisión por lesión en el Fuero de Navarra*, Diputación Foral de Navarra, I. P. de Viana, 1984.

DÍez-Picazo y Ponce De León, Luis, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, Vol. II, 4ª Edición, Cívitas, Madrid, 1993.

García Alguacil, M. J.: "El mayor interés del discapacitado como límite a la autonomía de la voluntad", en AA.VV.: *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar* (dir. por M. A. Parra Lucán), Comares, Granada, 2017, pp. 95-110.

Garcia Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español,* Tomo III, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.

Ginés Castellet, N.: "La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual", *InDret,* Núm. 4-2016, pp. 1-58.

Gómez Calle, E.: *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

Linacero De La Fuente, M.: *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico. La ventaja injusta,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

López Azcona, A.: "Capacidad jurídica y discapacidad intelectual y psicosocial: a vueltas sobre el art. 12 de la Convención de Naciones Unidad de 2006 y su interpretación por el Comité sobre los Derecho de las Personas con Discapacidad", en AA.VV.: *Capacidad y protección de las personas menores de edad en el Derecho* (dir. por G. Cerdeira Bravo De Mansilla y L. Pérez Gallardo), Ediciones Olejnik, 2021, págs. 113 a 142.

López Barba, E.: *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Dykinson, Madrid, 2020.

López Barba, E.: "La protección del patrimonio de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas*, (dir. por G. Bravo De Mansilla y M. García Mayo) -actualmente en prensa-.

Marín Calero, C.: "Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad" http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/$FILE/109_1_apoyos_5.pdf

Messía De La Cerda Ballesteros, J. A.: "La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (dir. por M. Pereña Vicente), Dykinson, Madrid, 2018, pp. 495-510.

Parra Lucán, M. A.: *La autonomía privada en el Derecho civil,* Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018.

LÍNEAS BÁSICAS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD PSÍQUICA*

BASIC OUTLINES OF THE REFORM OF THE SPANISH CIVIL CODE ON THE LEGAL REGIME OF MENTAL DISABILITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 690-711

En este trabajo, las referencias bibliográficas y jurisprudenciales, y los desarrollos argumentales van a limitarse al mínimo imprescindible. Para fundamentación de buena parte de las afirmaciones que se hacen en él, me remito a tres trabajos míos, en los que el lector interesado podrá encontrar tanto argumentaciones más detalladas como las oportunas referencias doctrinales y jurisprudenciales: 1) en cuanto al tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica, a mi monografía *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014; 2) en cuanto a algunos aspectos de la reforma aprobada, en una de sus versiones iniciales (que en sus líneas fundamentales coincide con dicha reforma), a mi trabajo "Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote", en De Salas Murillo, S. y Mayor del Hoyo, Mª V.: *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 253 y ss.; 3) y en cuanto a la Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, a "La Observación General Primera del Comité de Derechos de la Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?", en Cerdeira Bravo De Mansilla, G. y Pérez Gallardo, L. (dirs.): *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad,* Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 85 y ss.

Carlos
MARTÍNEZ
DE AGUIRRE
ALDAZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Se ha aprobado recientemente una importante reforma de la legislación civil y procesal española en relación con el tratamiento legal de la discapacidad psíquica. Esa reforma se basa en las ideas de fomento de la autonomía de las personas de la discapacidad y prestación de apoyos, eliminando la incapacitación y restringiendo al máximo los casos de representación legal. El artículo hace una sucinta exposición de la situación previa a la reforma, y de la ocasión de la reforma, para acabar haciendo un breve análisis de las líneas básicas sobre las que se asienta.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad psíquica; apoyos; autonomía; protección.

ABSTRACT: *A major reform of Spanish civil and procedural law has recently been approved in relation to the legal treatment of mental disability. This reform is based on the ideas of promoting the autonomy of persons with disabilities and the provision of support, eliminating the so called "incapacitation" and restricting cases of legal representation as much as possible. The article gives a succinct account of the situation prior to the reform and the occasion of the reform, and ends with a brief analysis of the basic lines on which it is based.*

KEY WORDS: *Mental disability; support; autonomy; protection.*

SUMARIO.- I. EL PUNTO DE PARTIDA: LA REGULACIÓN VIGENTE.- II. LA OCASIÓN DE LA REFORMA: LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y LA OBSERVACIÓN GENERAL PRIMERA DEL COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 1. Planteamiento.- 2. El artículo 12 de la Convención de Nueva York.- 3. La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad. III. LA REFORMA LEGAL ESPAÑOLA.- 1. Líneas básicas de la reforma.- 2. Algunos conceptos clave de la reforma: apoyo, autonomía y protección en la nueva regulación. A) Previo: la identificación del problema que la ley trata de resolver mediante la provisión de apoyos. B) Apoyos. C) Autonomía. D) Protección.- IV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

I. EL PUNTO DE PARTIDA: LA REGULACIÓN VIGENTE.

Antes de la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, la materia relativa al tratamiento legal de la discapacidad psíquica se encontraba regulada básicamente en el Código civil (CC: arts. 199 y ss.) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC: arts.756 y ss.), cuyas reglas se han visto profundamente afectadas por dicha reforma. Conforme a dichas reglas, muy resumidamente[1]:

1) La persona afectada por una enfermedad o deficiencia persistente, física o psíquica, que le impidiera gobernarse por sí misma, podía ser declarada incapaz mediante sentencia judicial (arts. 199 y 200 CC).

2) La sentencia que declarara la incapacitación debía determinar la extensión y límites de dicha incapacitación, así como el régimen de tutela o guarda al que habría de quedar sujeto el incapacitado (art. 760 LEC).

3) Se establecían básicamente dos instituciones estables de guarda (art. 215 CC): la tutela, cuyo contenido incluía facultades de representación del incapacitado, lo que permitía entender que estábamos ante un mecanismo de sustitución de capacidad; y la curatela, cuya finalidad era la asistencia del curador para los actos expresamente determinados en la sentencia de incapacitación, o a falta de dicha determinación, para los actos en que los tutores necesitan autorización judicial: estas previsiones permitían concluir que estábamos ante un mecanismo de complemento de capacidad. Estas figuras (tutela y curatela) eran las mismas que se empleaban para la protección de menores, en defecto de la patria potestad.

1 Puede verse una exposición del régimen ahora derogado en Parra Lucán, Mª A., "Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar", en De Pablo Contreras, P. (coord..), Martínez de Aguirre Aldaz, C., Pérez Álvarez, M. A. y Parra Lucán, Mª A., *Curso de Derecho civil* I, vol. II, *Derecho de la Persona*, 6ª ed. Edisofer, Madrid, 2018, pp. 135 y ss.

• Carlos Martínez de Aguirre Aldaz
Catedrático de Derecho civil, Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: aguirre@unizar.es.

Además, para determinados casos, se preveía la existencia de un defensor judicial, de carácter temporal.

4) Tanto la tutela como la curatela tenían como finalidad la protección de la persona, los bienes, o la persona y bienes del incapacitado, y debían ser ejercidas en su beneficio (arts. 215 y 216 CC).

5) La sentencia de incapacitación era revisable en cualquier momento, bien para dejar sin efecto la incapacitación establecida, bien para modificarla, en más o en menos, en función de la evolución de la persona incapacitada (art. 761 LEC).

6) Existía la llamada guarda de hecho, que era una situación de hecho en la que la persona afectada por una discapacidad psíquica estaba atendida por alguien que carecía de título legal que fundamentara la función que ejercía (por ejemplo, los padres de un mayor de edad no incapacitado, respecto al que no se ha prorrogado la patria potestad; o sus hermanos, que no han sido nombrados tutores): arts. 303 y ss. CC.

Como puede verse, el sistema se organizaba en torno a la capacidad natural de autogobierno, tenía una marcada finalidad protectora para quien careciera de dicha capacidad, se basaba en una resolución judicial limitativa, con intensidad variable, de la capacidad legal de obrar, y se plasmaba en el sometimiento a un régimen de guarda revisable de contenido flexible.

Aunque la cuestión ha sido discutida[2], en mi opinión, y en la del Tribunal Supremo (principalmente en su importante sentencia 282/2009, de 29 de abril), este sistema era compatible con las exigencias del art. 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006)[3]; sin embargo, una parte significativa de la doctrina, así como el Comité de Naciones Unidas de Derechos de las Personas con Discapacidad, no estaban de acuerdo con esta conclusión, y entendían que el Derecho español necesitaba ser reformado para adaptarse a la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad. En todo caso, sí hay que reconocer que en general los jueces y tribunales españoles no habían aprovechado todas las posibilidades que ofrecía el sistema ahora derogado, y probablemente por inercia tendían a acordar la incapacitación absoluta y el sometimiento a tutela (por tanto, con el tutor como representante legal) del incapacitado. En los últimos años el Tribunal Supremo había desarrollado una encomiable tarea de reconducción del sistema, o mejor, de la forma en la que se aplicaba por los tribunales, a los parámetros de

2 Puede verse la discusión, principalmente, doctrinal en Martínez de Aguirre Aldaz, C., *El tratamiento jurídico* cit., pp. 15 y ss.

3 Hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, y publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 21 de abril de 2008.

la Convención, aunque en algún caso estirando excesivamente las posibilidades de interpretación de las normas legales: sobre todo, en lo que se refiere a la curatela.

II. LA OCASIÓN DE LA REFORMA: LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y LA OBSERVACIÓN GENERAL PRIMERA DEL COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

1. Planteamiento.

A grandes rasgos, podemos decir que en esta materia el Derecho español ha experimentado una evolución que ha transcurrido en una primera etapa, desde el patrimonio a la persona, y más concretamente desde la protección del patrimonio (en ocasiones con marginación de la persona) a la protección de la persona: esta es la etapa que culminó con la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre; en esta fase, son importantes tanto ese paso de lo patrimonial-económico a lo personal, como la idea de protección, ligada en ese momento de forma muy preferente a la representación: la finalidad de la regulación legal es la protección del entonces llamado incapaz, y la forma básica de protegerlo incluye sustituir su capacidad de obrar.

La segunda etapa, a raíz sobre todo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y que se produce ya dentro del campo de lo personal, es la que transcurre, al hilo de la Convención, desde la protección al apoyo: aquí la idea clave es potenciar la autonomía efectiva de las personas con discapacidad psíquica, ampliando sus posibilidades de tomar decisiones, o de participar como protagonistas principales en la toma de las decisiones que les afectan, con la consiguiente limitación del ámbito de la sustitución de capacidad, hasta llegar, en las propuestas más radicales, a hacerlo desaparecer. Sin embargo, desde otro punto de vista, cabría afirmar que en realidad estamos ante dos formas distintas de proteger: la que lo hace sustituyendo, y la que lo hace apoyando, de manera que no estaríamos ante el paso desde la protección al apoyo, sino ante el paso de la sustitución al apoyo. En todo caso, nos estamos moviendo entre (y con), palabras que tienen una importante carga semántica (y en ocasiones simbólica) lo que a veces complica (y contamina) el análisis más técnico.

2. El artículo 12 de la Convención de Nueva York.

La finalidad confesa de la reforma es adaptar la legislación española en esta materia a la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con

Discapacidad, y más específicamente a su art. 12[4], de cuya lectura se pueden resaltar, tres cosas:

1) La importancia del concepto de "apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica" de las personas con discapacidad psíquica. Aquí me gustaría resaltar que el texto del art. 12 de la Convención habla de "apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica", y no de "apoyo a la toma de decisiones" (que es a lo que principalmente se refieren tanto la Observación General primera, como la Ley 8/2021), que son dos cosas distintas.

2) El fomento de la autonomía de las personas con discapacidad, plasmada en la expresión "respeto a los derechos, voluntad y preferencias" de dichas personas, expresión que se predica en el texto de la Convención de las medidas de apoyo establecidas. Aquí me gustaría también subrayar que, de acuerdo con el texto del art. 12, lo que debe ser respetado no es solo la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, sino también, y en primer lugar, sus derechos.

3) El establecimiento de las salvaguardias necesarias para evitar abusos, que el art. 12 parece referir en primer lugar, y básicamente, a las propias medidas de apoyo: nada impide, sin embargo, darle un significado más amplio, abarcando el conjunto de la actividad y relaciones de la persona con discapacidad psíquica.

El art. 12 de la Convención no menciona, ni para bien ni para mal, los mecanismos de sustitución de capacidad, silencio intencional, como revelan los trabajos de elaboración de la Convención. Tampoco menciona al concepto de interés superior de la persona con discapacidad, aunque sí hace una alusión a sus derechos e intereses en su nº 4.

4 "Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley
1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".

3. La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad.

El art. 12 ha sido objeto de la primera Observación General formulada por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, creado por la propia Convención (art 34). Dicha Observación constituye una interpretación cualificada (pero no auténtica) de la Convención. En ella, el Comité realiza afirmaciones muy relevantes, que matizan e incluso en algunos extremos llegan a corregir, el texto del art. 12, en mi opinión con clara extralimitación de sus funciones. Tales afirmaciones consisten básicamente, y en lo que ahora nos interesa, en:

a) Excluir radicalmente los llamados mecanismos de sustitución de la capacidad (representación legal) del conjunto de medidas de apoyo que pueden adoptar los Estados para cumplir la Convención. Sin embargo, tal exclusión no está en la Convención: es más, sus trabajos preparatorios revelan con claridad que ese punto se quiso dejar intencionalmente abierto, para conseguir el consenso que permitiera aprobar la Convención.

b) Enfatizar la importancia de la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, pero sin mencionar los derechos, también contemplados en el art. 12, y de los que he hablado antes. Esta observación es relevante, porque hay casos en los que la voluntad y preferencias pueden ir en contra de los derechos, en cuyo caso habría que elegir entre unos y otros: baste pensar en el caso de una persona aquejada de anorexia, cuyos deseos y preferencias son contrarios a su derecho a la vida y la salud.

c) Eliminar, también radicalmente, el concepto de "interés superior de la persona con discapacidad", interés que está mencionado en el art. 12, y que, junto a los derechos, permite una aproximación más objetiva, y no puramente subjetiva (como cuando se habla exclusivamente de voluntad, deseos y preferencias).

Por todo ello, cabe concluir que la Observación General Primera no es un mero comentario de la Convención, sino que en realidad pretende corregirla[5].

La reforma del Derecho español asume en términos generales los planteamientos del Comité, aunque no en toda su radicalidad: esto último, en mi opinión, es prudente, y debe ser valorado positivamente.

5 Una justificación detallada de las críticas que se hacen en el texto (y de otras que no se recogen en este trabajo) a la Observación General Primera, en Martínez de Aguirre Aldaz, C., "La Observación General Primera" cit., pp. 85 y ss.

III. LA REFORMA LEGAL ESPAÑOLA.

1. Líneas básicas de la reforma.

La reforma introducida en el Derecho Privado español por la Ley 8/2021, de 2 de junio, es muy ambiciosa y de gran alcance, y va más allá de lo que es estrictamente el régimen legal de las personas con discapacidad psíquica. Cabe resumir sus líneas fundamentales como sigue:

1) Desaparece la incapacitación, y con ella la propia idea de incapacidad, por sus connotaciones peyorativas, todo lo cual me parece muy razonable. La incapacitación es sustituida ahora por un procedimiento judicial para la provisión de apoyos a la persona que lo necesite (arts. 756 y ss. LEC). Sin embargo, la ley no aclara por qué hay personas que necesitan de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, más allá de la breve alusión al "defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate" contenida en el nuevo art. 249 CC. De acuerdo con ello, la finalidad de las medidas de apoyo sería permitir el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica a las personas con ausencia o insuficiencia de voluntad (todo ello procede del nuevo art. 249 CC), se entiende que cuando esas falta o insuficiencia puedan afectar al adecuado ejercicio de la capacidad jurídica (en otro caso, no serían precisas medidas de apoyo). Este es, a mi modo de ver, uno de los defectos más importantes de la reforma, que no delimita el problema que intenta resolver, lo que genera inseguridad y puede desembocar en problemas de aplicación. Me parece que la regulación anterior (art. 200 CC, que hablaba de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidieran a la persona gobernarse por sí misma), sin perjuicio de poder formularse de manera más correcta desde la perspectiva de la Convención, era mejor técnicamente, ya que identificaba con claridad cuál era el problema al que la regulación legal pretendía dar solución. Sobre esto volveré más adelante.

2) Se concede un gran protagonismo a la voluntad de la persona afectada por una discapacidad psíquica. Ello se manifiesta:

i) En el papel de dicha voluntad a la hora de diseñar y establecer las medidas de apoyo (arts. 250 y 254 y ss. CC, por ejemplo), y de designar a los prestadores de apoyo. Como regla, que admite excepciones, el Juez está vinculado por esa voluntad. En esta línea, se da preferencia a las medidas de apoyo de carácter voluntario, que son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance (art. 250 CC).

ii) En el establecimiento como principio rector de la actuación del prestador de apoyos, o de la intervención judicial, el de la atención a la voluntad y deseos de la persona con discapacidad psíquica (por ejemplo, arts. 249, 250, 255, 268,

siempre del CC). Esto plantea un problema de fondo de la reforma, que por un lado reconoce problemas (ausencia o insuficiencia) en la voluntad (art. 249 CC), y por otro remite a esa misma voluntad (por hipótesis ausente o insuficiente) para darles solución: pero cuando la voluntad es el problema, la solución no puede estar en la misma voluntad. Es verdad que, al menos teóricamente, la finalidad de los apoyos sería la de corregir esa falta o insuficiencia de la voluntad (es decir, ayudar a formar correctamente la voluntad de la persona afectada), pero en muchas ocasiones precisamente las causas que generan la insuficiencia de la voluntad afectan al propio proceso de toma de decisiones, por lo que el problema sigue estando presente.

3) En esta misma línea, se sustituye la idea de "protección" por la de "apoyo al ejercicio de la capacidad de obrar", de manera que en lugar de "instituciones de protección" se habla de "medidas de apoyo", cuya finalidad genérica es asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias (art. 250 CC).

4) Se establecen como medidas de apoyo de origen legal la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial (art. 250 CC). De ellas, la centralidad legal corresponde a la curatela. De acuerdo con el citado art. 250 CC: "La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.— La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.— El nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente".

5) La nueva curatela refunde lo que en el régimen precedente eran la tutela (caracterizada por incluir funciones de representación) y la curatela (caracterizada por limitarse a funciones de asistencia, entendida como prestación de asentimiento, al sujeto a curatela), en una sola figura, de contenido flexible, en función del alcance, características e intensidad de la concreta discapacidad psíquica de que se trate: la idea me parece correcta, porque por un lado simplifica el sistema, y por otro establece un instrumento flexible, que permite al Juez hacer el traje a medida de cada persona con discapacidad, del que tanto se habla en este ámbito.

El contenido de la curatela puede incluir facultades de representación, a las que se da carácter excepcional, excepcionalidad que se intensifica cuando tales facultades representativas tienen alcance general. Con estas previsiones la reforma se aparta de la Observación General Primera, que pretende la radical eliminación de todos los mecanismos representativos. Sin embargo, la de la reforma me

parece una previsión prudente y razonable, ya que hay casos (ausencia total o casi total de capacidad natural de autogobierno), en los que la única medida posible es una que incorpore facultades de representación, y hay también otros en los que admitir la representación es también lo más razonable, al menos en relación con determinadas decisiones (normalmente, las más importantes). No me parece razonable, en cambio, excluir radicalmente la representación de las posibilidades que tiene el Juez a la hora de hacer el famoso traje a medida, porque puede que el resultado final sea que el traje deje de ser a medida[6].

El apoyo puede consistir también en la asistencia a la persona con discapacidad, asistencia que en ocasiones puede traducirse en la necesidad de que el curador consienta la realización de los actos señalados por el Juez: actos, por tanto, que precisan del consentimiento tanto de la persona con discapacidad como de su curador; sin embargo, la posibilidad de impugnar tales actos cuando han sido realizados sin la asistencia del curador es muy limitada (art. 1302 CC), incluso después de la modificación que se introdujo en el Senado, y de seguro presentará problemas de aplicación.

De esta forma el sistema de atención a las personas con discapacidad psíquica se separa claramente del sistema de protección de menores, que en defecto de patria potestad gira en torno a la tutela, cuyo contenido incluye habitualmente la representación legal del menor. La tutela y la curatela pasan a ser figuras bien diferenciadas por su ámbito subjetivo de aplicación (la tutela se reserva para los menores de edad, y la curatela para las personas con discapacidad psíquica precisadas de apoyo), pero también por su alcance y contenido concreto. Aquí se encuentra otro de los puntos débiles de la reforma: se trata de una reforma dirigida primordialmente a modificar el régimen de las personas con discapacidad psíquica, pero que, como efecto colateral, ha tenido como consecuencia una reforma importante del régimen de los menores de edad, cuya regulación ha sido abordada, si se me permite decirlo así, también colateralmente, es decir, sin haberla pensado mucho, y como un engorroso problema que había que resolver, pero que no formaba parte de la intención original del legislador.

6) Se establece una regulación más detallada de la guarda de hecho, permitiendo que el guardador pueda llegar a realizar actuaciones en representación del guardado, previa autorización judicial, que podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo (art. 264 CC).

6 Sobre esta cuestión en particular, puede verse Martínez de Aguirre Aldaz, C., "Curatela y representación" cit., pp. 253 y ss.

2. Algunos conceptos clave de la reforma: apoyo, autonomía y protección en la nueva regulación.

Como ya he indicado, aunque la reforma aparenta seguir de cerca los planteamientos de la Observación General Primera, en algunos aspectos importantes su plasmación normativa se aproxima más al texto de la Convención, si bien con concesiones a la opinión del Comité que, en mi opinión, no contribuyen a dotar al nuevo régimen de la suficiente claridad y seguridad. De hecho, en algunos de sus contenidos, la reforma se aparta de lo que propone la Observación General Primera: destacadamente, cuando se admite, aunque sea enfatizando su excepcionalidad, la curatela representativa, rechazada radicalmente por la Observación General en la medida en que se trata de un mecanismo de sustitución de la capacidad. A continuación, se expondrán brevemente algunos aspectos básicos del contenido de la reforma, a partir de tres conceptos que me parecen especialmente relevantes para dar cuenta del contenido y del sentido de la nueva regulación: se trata de las ideas de apoyo, autonomía y protección.

A) Previo: la identificación del problema que la ley trata de resolver mediante la provisión de apoyos.

Comenzaré por lo aparentemente más fácil, que son los apoyos, o las medidas de apoyo de origen legal, que son, como ya se ha indicado, la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial (art. 250 CC). Pero antes es preciso plantearse una pregunta, que tiene un cierto carácter previo: ¿quién, y por qué, precisa de esas medidas de apoyo? Su finalidad, al menos en las que son de origen legal o judicial (que son las que más interesan a estos efectos) es permitir el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica a las personas con ausencia o insuficiencia de voluntad (todo ello procede del nuevo art. 249 CC), se entiende que cuando esas falta o insuficiencia puedan afectar al adecuado ejercicio de la capacidad jurídica (en otro caso, no serían precisas medidas de apoyo). De esta forma, ciertamente confusa y de técnica manifiestamente mejorable, se parchea uno de los problemas de algunos de los proyectos previos, en los que no se sabía muy bien cuál es el problema que quería afrontar, y trataba de resolver, la nueva regulación[7]: digo parchea, porque lo anterior, por un lado está semi-oculto en ese art. 249 CC, cuando en realidad debería encabezar toda la regulación; y por otro adolece de falta de claridad, lo que puede generar algunos problemas interpretativos. Da la sensación de que esta formulación, fragmentaria, confusa e insuficiente, se ha realizado de forma un poco vergonzante, como sin atreverse a llamar al problema por su nombre, cuando el propio art. 1.2 de la Convención dispone que "las

7 Lo había puesto ya de relieve respecto al proyecto de Ley del que trae causa el finalmente aprobado, Ribot Igualada, J., "La nueva «curatela»: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento", en De Salas Murillo, S., y Mayor del Hoyo, Mª V., *Claves para la adaptación,* cit., pp. 215 y ss.; también, Martínez de Aguirre Aldaz, C., "Curatela y representación", cit., pp. 253 y ss.

personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo": en este caso, el problema es que hay personas afectadas por una discapacidad psíquica, como consecuencia de la cual queda comprometida, con mayor o menor intensidad según los casos, su capacidad de conocer y querer, y con ella la de tomar decisiones. En cambio, en la reforma lo habitual es referirse, sin más, a las personas necesitadas de apoyo, pero sin explicar, más allá de esa escondida mención a la ausencia o insuficiencia de voluntad, por qué lo necesitan.

En este sentido, resultaba llamativo, en la versión que entró en el Congreso de los Diputados, que en algunas de las propuestas de reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV) que afectaban tanto a menores como a personas con discapacidad (por ejemplo, los que en ese momento eran los proyectados arts. 48, 49 o 51 LJV), se previera dar traslado de las actuaciones al menor si tuviera suficiente madurez, y a la persona con discapacidad "si fuera posible": en el caso de los menores quedaba claro el problema, pero en el caso de las personas con discapacidad no se aclaraba en donde residía esa imposibilidad, cuando y por qué sería posible, y cuándo no. Tras el paso por el Congreso se eliminó esa expresión, de manera que a las personas con discapacidad hay que darles traslado siempre (se supone que también cuando hay una total ausencia de voluntad), y a los menores solo si tienen suficiente madurez: se ha eliminado la expresión, pero no el problema, porque como he indicado puede haber (de hecho, los hay) casos en los que dar traslado de las actuaciones o informes a una persona afectada por una discapacidad que le impide radicalmente conocer y querer, no sirve para nada, ni tiene ningún sentido.

Por otro lado, parece sobreentenderse que esa ausencia o insuficiencia de la voluntad están generados por una discapacidad, que hay que pensar normalmente será psíquica: así resulta, en primer lugar, de la nueva rúbrica del Título XI del Libro Primero ("De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica"); y ya en el texto articulado, tanto del art. 249 CC, como de muchos otros preceptos que hablan reiteradamente de la persona con discapacidad precisada de apoyos, o de la persona con discapacidad en general. Sin embargo, lo cierto es que la dicción literal del art. 249 CC permitiría aplicar las mismas reglas a cualquier caso en el que una persona vea afectado el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica como consecuencia de la ausencia o insuficiencia de su voluntad (interpretación que, de paso, eliminaría todo vestigio de posible discriminación basada en la discapacidad). Vale la pena detenerse brevemente en este punto, que puede plantear problemas terminológicos e interpretativos. En efecto, en una primera aproximación, no es la discapacidad psíquica en sí la que motiva la adopción de las medidas de apoyo, sino la ausencia o insuficiencia de la voluntad, cuando afecte al adecuado ejercicio de la capacidad jurídica. Esta

afectación, además, ha de ser duradera: no lo dice el art. 249 CC, pero así resulta del art. 250.5 CC cuando se trata de curatela (que exige que la necesidad de apoyo sea continuada), y con carácter más general del nuevo art. 42.bis a) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que establece los trámites a seguir "cuando sea pertinente la provisión de alguna medida judicial de apoyo de carácter estable a una persona con discapacidad".

Como he dicho, estas falta o insuficiencia de la voluntad pueden estar causadas, o no, por una discapacidad psíquica: la norma ni lo exige ni lo menciona. Sin embargo, y probablemente porque el origen de esta reforma está en la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, en el articulado reformado se hace referencia constante a las personas con discapacidad, sugiriendo así que el sujeto propio de las medidas de apoyo son, precisa y exclusivamente, las personas con discapacidad. Esto plantea problemas desde dos puntos de vista:

i) En primer lugar, el de la discapacidad, puesto que las normas reformadas no matizan, y hablan de discapacidad sin mayores distinciones, cuando lo cierto es que las discapacidades físicas o sensoriales normalmente no afectan a la voluntad: esto provoca que haya que recurrir constantemente a una suerte de reducción teleológica, de manera que donde la norma dice "discapacidad", haya que entender "discapacidad normalmente psíquica que causa un defecto o insuficiencia de la voluntad que afecta al adecuado ejercicio de la capacidad jurídica". En relación con el Código civil, esta operación viene facilitada por el texto incorporado a la Disposición Adicional Cuarta: "a los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquélla que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica"; pero para aplicar esta regla, hay que hacer de nuevo ese recorrido interpretativo, desde la discapacidad que haga precisa la provisión de medidas de apoyo, a la ausencia o insuficiencia de la voluntad (y de ahí, a la discapacidad psíquica que la provoca). Por otro lado, no está de más señalar, que esa Disposición Adicional afecta solo al Código civil, y no a las demás leyes reformadas, lo que agudiza los problemas de interpretación cuando se trate de dichas otras leyes. En todo caso, estas operaciones interpretativas serían necesarias para evitar la tacha de discriminación, por ligar determinados efectos, o limitaciones, directamente a la discapacidad, sin mayor aclaración. En su conjunto, no es un modelo ni de claridad ni de buena técnica legislativa.

ii) En segundo lugar, el de las enfermedades mentales: en una consideración estricta, podría entenderse que una enfermedad mental no es propiamente una discapacidad. Sin embargo, está claro que hay enfermedades mentales que afectan de forma continuada, y durante un tiempo considerable, a la voluntad de los

afectados, lo que justificaría la adopción de medidas estables de apoyo, incluida la curatela, al menos de acuerdo con el art. 249 CC: pienso en el alzheimer, la anorexia, o algunas adicciones patológicas de larga duración. En estas ocasiones, y de mantener esa interpretación estricta, que liga los apoyos a la discapacidad, y excluye de la discapacidad las enfermedades mentales, podrían generarse problemas cuando el texto reformado habla de personas con discapacidad. Tengo claro que en supuestos como los que he citado debería ser posible adoptar las medidas de apoyo, bien con fundamento en el propio art. 249 CC, bien entendiendo que esas enfermedades provocan una discapacidad psíquica sobrevenida (interpretación que me parece preferible, ya que permitiría aplicar a tales casos, sin demasiado problema, las normas que hablan, literalmente, de discapacidad).

No puedo detenerme mucho más en esto, pero no quiero finalizar sin señalar que la referencia exclusiva a la voluntad en el art. 249 CC es, en mi opinión, excesivamente parca, por no decir insuficiente, porque la toma de decisiones depende no solo de la voluntad, sino también del entendimiento: de ahí la importancia del proceso de toma de decisiones, que culmina en la voluntad, pero ni comienza ni se agota en ella. Por eso, a la hora de caracterizar las situaciones que pueden dar lugar a la adopción de medidas de apoyo, sería mejor hablar más en general de la capacidad de conocer y querer, o usar alguna expresión semejante. Hay muchas ocasiones en las que el problema de la voluntad procede de un previo problema en el entendimiento. Por eso decía más arriba que la dicción del derogado art. 200 CC, aunque mejorable terminológicamente, era más correcta, al referirse a enfermedades o deficiencias (y para evitar susceptibilidades terminológicas, recuérdese aquí que la propia Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, en su art. 1.2, habla también de "deficiencias") que impidan a la persona gobernarse por sí misma: la fórmula incluye tanto los problemas ligados a la voluntad como del entendimiento, y, sobre todo, ligados conjuntamente a entendimiento y voluntad.

Por eso he señalado también más arriba que uno de los problemas de fondo de este planteamiento es que por un lado reconoce problemas (ausencia o insuficiencia) en la voluntad, y por otro remite a esa misma voluntad ausente o insuficiente para darles solución, puesto que es a esa voluntad a la que la nueva regulación ordena atender prácticamente sin matizaciones: pero insisto en que cuando la voluntad es el problema, la solución no puede estar en la misma voluntad.

B) Apoyos.

Sentado lo anterior, es el momento de centrarse ya, siempre con brevedad, en los apoyos (curatela, defensor judicial y guarda de hecho). En este punto, lo más reseñable es la admisión, aunque sea con un marcado carácter excepcional de la curatela representativa, de acuerdo con los nuevos arts. 249 y 269 CC, así

como de actuaciones representativas en el marco de la guarda de hecho y del defensor judicial. Como ya he dicho, con esta previsión la reforma se aparta de la Observación General Primera, cuyo nº 28 afirma expresamente que "la obligación de los Estados partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención". Sin embargo, la opción del legislador español en favor de mantener, aunque sea con carácter excepcional, los mecanismos de sustitución de la capacidad, me parece una previsión prudente y razonable, ya que hay casos en los que la única medida de apoyo posible y eficaz es la que incorpora facultades de representación, y hay también otros en los que admitir la representación, al menos en relación con determinadas decisiones, es también lo más razonable. No me parece razonable, en cambio, eliminar radicalmente la representación de las posibilidades que tiene el Juez a la hora de hacer el famoso traje a medida, porque puede que el resultado final sea que el traje deje de ser a medida, y por tanto deje de ser útil y eficaz.

C) Autonomía.

Tras los apoyos, toca ahora referirse a la autonomía. La nueva regulación hace especial hincapié, tanto en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 como en los preceptos reformados, en la importancia de la voluntad y preferencias (en muchas ocasiones se unen los deseos) de la persona con discapacidad: es más, la nueva regulación apuesta decididamente por la voluntad, deseos y preferencias (que aparecen al menos quince veces en la reforma del Código civil), frente a los derechos (que solo aparecen con esta función tres veces). Con esta formulación, la reforma enlaza directamente con los planteamientos de la Observación General Primera que, como queda dicho, deja en la sombra (preterición sin duda intencional) la mención que hace la Convención, en el propio art. 12, de los derechos de las personas con discapacidad, junto a su voluntad y preferencias, pero antes que ellas, y en dos ocasiones. Precisamente los derechos, por su contenido más objetivo, se distancian en cierta medida de la autonomía, que sí reside en la voluntad. La incorporación de la expresa consideración de los derechos de las personas con discapacidad a la fórmula casi estereotipada de la "voluntad, deseos y preferencias", como hacen los nuevos arts. 270 CC y 749.1.II y 777.8 LEC, además de hacer la regulación más coherente con la Convención, serviría para suavizar la impresión de incoherencia entre la reiterada y enfática afirmación del respeto a la voluntad y preferencias de la persona, y la relativa abundancia de casos en los que la reforma permite apartarse de dicha voluntad, como veremos inmediatamente.

a) Esta opción del legislador se traduce en la inclusión del criterio de la voluntad, deseos y preferencias:

i) A la hora de configurar los apoyos concretos: así, tienen preferencia las medidas preventivas configuradas por la misma persona en previsión de su futura discapacidad (arts. 250, 254 y ss., y 271 y ss., todos del CC), y se da preferencia también a su voluntad a la hora de nombrar a la persona del curador, bien en positivo (el que la persona afectada haya elegido: art. 272 CC) o en negativo (no es posible nombrar a quien haya excluido: 275.2.1° CC), tanto en relación con la autocuratela, como en el caso de la curatela acordada tras un procedimiento de provisión de apoyos. Sin embargo, la regulación propuesta introduce algunos límites: así, para el caso de la autocuratela, se prevé que el Juez pueda apartarse de la voluntad de quien la estableció a la hora tanto del nombramiento de curador, como del resto de las disposiciones voluntarias, "mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones": en este caso es ese cambio de circunstancias el que parece justificar la relegación de la voluntad del afectado (art. 272 CC); en esas mismas circunstancias, y ya para la curatela ordinaria, puede el Juez apartarse de la propuesta de curador hecha por la persona con discapacidad (art. 276 CC).

ii) Por otro lado, la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad se establecen como criterio rector de la actuación de los prestadores de apoyo, tanto con carácter general (arts. 249 y 250 CC, sobre las medidas de apoyo en general; art. 268 CC en relación con la curatela), como en relación con actuaciones concretas (por ejemplo, en los arts. 254, 268, 270, 282, 283 o 297, siempre del CC).

b) Sin embargo, un examen más atento de la normativa reformada revela que en un número significativo de ocasiones esas voluntad y preferencias no son tan determinantes como parece. No me refiero únicamente a los casos en los que la persona afectada por la discapacidad psíquica carezca de cualquier voluntad o preferencia a la que se pueda recurrir, por la intensidad y el alcance de la propia discapacidad, sino a reglas legales que permiten dejar de lado la voluntad, incluso expresada (y por tanto, conocida), de la persona afectada, más allá de los supuestos en los que proceda la curatela representativa, de los que ya he hablado. En este sentido, cabe mencionar:

i) En primer lugar, los artículos en los que se prevé la simple audiencia de la persona con discapacidad, es decir, que sea oída, pero sin que el Juez esté vinculado por su opinión, voluntad o preferencias (porque entonces ya no estaríamos ante una mera audiencia): es lo que ocurre, por ejemplo, con la autorización al guardador de hecho para realizar actuaciones representativas (art. 264.1 CC), la

reorganización del funcionamiento de la curatela (art. 283 CC), el nombramiento de defensor judicial (arts. 283 y 295 CC), la fijación de la retribución del curador (art. 48 LJV), la remoción del curador (art. 49 LJV), o la adopción de las medidas cautelares del art. 762 LEC. En tales supuestos, la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad son conocidos (porque se le oye), pero no son necesariamente respetados, en el sentido de seguidos. Es al Juez a quien se le concede la capacidad de decidir, apartándose de la voluntad expresada por la persona con discapacidad, y sobre la base de otros criterios, entre los que cuales habría que incluir destacadamente el de la protección de los derechos e intereses de esa persona, recogidos expresamente en el art. 12 de la Convención, y muy cercanos (si no idénticos) al de su interés objetivo: al menos en algunos casos, no se ve que otro criterio puede ser tomado en consideración, una vez establecido que la voluntad y preferencias no son decisivas, precisamente porque se trata de una mera audiencia.

ii) La reforma introduce también situaciones en las que se permite la adopción de decisiones relevantes para la persona con discapacidad, sin mencionar siquiera la necesidad de audiencia: es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se prevé la posibilidad de que, de acuerdo con el art. 137 CC, quien preste apoyo y esté expresamente facultado para ello, o el Ministerio Fiscal, ejerciten la acción de impugnación de la filiación durante el año siguiente a su inscripción en el Registro civil, sin mencionar a esos efectos la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad; es verdad que tras el paso del Proyecto de Ley por el Congreso, se añadió a esa legitimación activa para ejercitar dicha acción, inicialmente única, la de la propia persona con discapacidad: pero esto significa que él puede ejercitarla (lo que es bastante), pero no puede evitar que el prestador de apoyos o el Ministerio Fiscal la ejerciten también sin necesidad de contar con su voluntad. Algo parecido ocurre cuando se permite que quien ha dispuesto de bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyo establezca las reglas de administración y disposición de esos bienes, y designe la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades (art. 252 CC). En este último caso, hay una doble limitación de la autonomía de la persona con discapacidad: i) en cuanto es el disponente (y no la persona con discapacidad) el que establece las reglas de administración y disposición de esos bienes, y designa las personas que tienen esas facultades; ii) y en cuanto son esas personas las que podrán tomar decisiones sobre dichos bienes (que son de la persona con discapacidad), de acuerdo con esas reglas. No hace falta explicar que esta es una regla tradicional, que puede conservar sentido, pero solo si se identifican las razones que la justifican, que son las que vergonzantemente menciona, como de pasada, el art. 249 CC: la ausencia o insuficiencia de la voluntad que afecta al adecuado ejercicio de la capacidad jurídica.

Algunas de estas previsiones son inerciales, es decir, un reflejo simplemente adaptado de las reglas ahora modificadas (se mantiene el sentido de la regla, pero acomodada ahora en su dicción literal al nuevo modelo de medidas de apoyo, que sustituye al de instituciones de protección). Otras, sin embargo, al menos en mi opinión, constituyen afloramientos de la idea de protección, que es la que toca examinar a continuación.

D) Protección.

Hasta la reforma operada por la Ley 8/2021, era habitual referirse a la tutela, la curatela y el defensor judicial como figuras de guarda o instituciones de protección de los incapacitados (no de las personas con discapacidad). El cambio de paradigma que ha supuesto la Convención de Nueva York, en este punto, ha llevado a sustituir estas instituciones de protección por las medidas de apoyo, en la terminología empleada, pero más allá de la terminología empleada. Esta consideración, en la línea de cuanto ha quedado expuesto, conduce a que nos planteemos cuál es el papel de la idea de protección, en la Convención y en la reforma.

Tanto la Convención como, tras sus pasos, nuestra reforma, hablan de protección, pero desde una perspectiva diferente a la habitual: se trata de la protección frente a los posibles abusos en el establecimiento y actuación de las medidas de apoyo. A mi modo de ver, el planteamiento es claro: la persona con discapacidad psíquica apoyada adecuadamente quedaría, al menos en teoría, en la misma situación que una persona sin discapacidad, y por lo tanto ya no precisaría de ninguna protección especial; siendo el apoyo la clave para este reequilibramiento, los problemas podrían surgir en relación con el propio prestador de apoyos, ya que el desequilibrio subsiste en la relación entre la persona con discapacidad no apoyada y el prestador de apoyos (sobre todo el curador). Por eso, la Convención en su art. 12 habla del establecimiento en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica de las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses e influencia indebida; y, en la misma línea, la reforma establece una serie de mecanismos de control y protección dirigidos a resolver ese problema: así lo hace, con carácter y alcance general, el art. 249.4 CC, conforme al cual "la autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera"; a él se suma el art. 250.7 CC, introducido durante el paso del Proyecto de Ley por el Congreso, al disponer que "al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida". Con parecida finalidad pueden mencionarse el art. 250.8, las prohibiciones del art. 251, la previsión de salvaguardias en la guarda de hecho contenida en el art. 265 CC, las medidas de control que puede (y debe)

establecer el Juez conforme al art. 270, ya en sede de curatela, la posibilidad de remoción del curador en los términos del art. 278, o la necesidad de autorización judicial para la realización de determinados actos por el curador representativo del art. 287, todos ellos del Código civil.

Pero junto a ello, una concepción más amplia de la idea de protección referida a las personas con discapacidad psíquica, subyace en buena parte de las reglas que permiten apartarse de la voluntad conocida (por ejemplo, porque ha sido oída, en los casos de audiencia de los que se ha tratado con anterioridad) de la persona con discapacidad psíquica: es esa idea de protección, incluso frente a su propia voluntad, la que está detrás de este planteamiento, y aflora en él. Es verdad que en algunos casos esas reglas tienen un cierto componente de inercia (es decir de reproducción mínimamente adaptada de la regla precedente), pero más allá de esto, me parece una opción razonable del legislador, precisamente por algo que he mencionado desde el principio, y es que cuando el problema reside en la voluntad, esa misma voluntad no puede ser la solución. Hay que ser conscientes de que en un número significativo de ocasiones la ausencia o insuficiencia de la voluntad no pueden ser subsanadas por la intervención del prestador de apoyos, quien si de verdad quiere atender a la voluntad de la persona apoyada, debería actuar o permitirle actuar en su perjuicio (personal o patrimonial), porque precisamente por el problema determinante de la insuficiencia de su voluntad, no ha sido posible convencerle de otra cosa (sin mencionar que la propia idea de que en algunos casos hay que tratar de convencer a la persona con discapacidad de que no debe hacer lo que quiere hacer, es "prima facie" contraria al respeto a su "voluntad, deseos y preferencias", tan enfatizados por la Observación General Primera y por la Ley 8/2021): podemos pensar, por ejemplo, en enfermedades mentales de larga duración que tengan como consecuencia una deficiente formación de la voluntad, y puedan conducir a actuaciones autolesivas (¿habrá que mencionar de nuevo, para ofrecer un ejemplo, la anorexia?); en tales casos, la necesaria protección de la persona con discapacidad psíquica exige prescindir de una voluntad irreparablemente insuficiente en el momento en el que se expresa (aunque en determinados casos pueda ser reparada con el paso del tiempo, y los oportunos tratamientos, hasta llegar a su curación).

Por último, la idea de protección aparece muy esporádicamente a lo largo del texto reformado. Así ocurre, en relación con el Código civil, en el nuevo art. 261, relativo al ejercicio personal de las facultades representativas del curador, cuando considera no delegables las que tengan por objeto la protección de la persona; ya fuera del Código civil, es relevante el nuevo art. 762 LEC, que me parece especialmente significativo, porque reúne en el mismo texto las ideas de apoyo y protección, como complementarias: "cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad

que requiera medidas de apoyo, adoptará de oficio las que estime necesarias para la adecuada protección de aquella o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria". Con fundamento en este artículo es posible afirmar que la finalidad genérica de las medidas de apoyo es la protección de la persona y bienes de quien está afectado por la discapacidad psíquica, protección que en términos generales se obtiene a través de la prestación de apoyos: con todo, es una base relativamente endeble, aunque se vea reforzada por cuanto he expuesto hasta el momento. En la misma línea, pero en negativo, el nuevo art. 281. III CC menciona el riesgo de desprotección o indefensión de la persona precisada de apoyos, para disponer que debe ser evitado.

IV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

Es hora de ir concluyendo. Está claro que una de las finalidades de la Convención en este punto es permitir que la persona con discapacidad psíquica consiga el mayor grado de autonomía real posible a través de las medidas de apoyo, que como señaló DE SALAS MURILLO[8], no se centran tan solo en el momento de la decisión, sino que se proyectan sobre todo el proceso de toma de decisiones, que es en el que la persona con discapacidad debe ser apoyada para que pueda adoptar su decisión. En mi opinión, aquí reside la aportación más importante de la Convención de Nueva York en este ámbito, que supone un efectivo cambio del paradigma existente hasta la fecha, que se puede expresar, si se me permite parafrasear el lema del despotismo ilustrado, en la idea de "todo por la persona con discapacidad psíquica, pero sin la persona con discapacidad psíquica". Esta etapa ha de considerarse felizmente superada por otra en la que la persona con discapacidad, también con discapacidad psíquica, cobra un nuevo protagonismo: es "todo por la persona con discapacidad psíquica, pero con la persona con discapacidad psíquica".

En esta superación, el papel de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad ha sido fundamental, y a eso se dirige acertadamente la reforma española. La nueva regulación cae, sin embargo, en el reduccionismo patrocinado por la Observación General Primera cuando prescinde de los "derechos", y menciona solo la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad al establecer los criterios rectores del establecimiento y funcionamiento de las medidas de apoyo, precisamente porque el problema que la ley afronta en estos casos deriva, al decir de la propia legislación reformada, de la ausencia o insuficiencia de la voluntad. Por otro lado, la reforma acierta al apartarse de la

8 *Cfr.* DE SALAS MURILLO, S., "Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 5/2018, p. 22.

radicalidad con que dicha Observación excluye la sustitución de capacidad, y admitir mecanismos representativos, cuya existencia es necesaria en un número significativo de casos. La reforma plantea también problemas de ambigüedad e inseguridad cuando no delimita claramente el problema que se intenta resolver (que no es otro que la carencia o limitación de la capacidad natural de conocer y querer). Por último, pretender que todo debe quedar confiado ahora a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con una discapacidad psíquica que afecta a su capacidad de conocer y querer, como si eso fuera la piedra filosofal que va a resolver satisfactoriamente todos los problemas, es cuando menos ingenuo, y cuando más peligroso, para ellos es primer lugar, pero también para quienes pueden relacionarse con ellos.

BIBLIOGRAFÍA

De Salas Murillo, S., "Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, sum. 5/2018.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote", en De Salas Murillo, S. y Mayor del Hoyo, Mª V.: *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 253 y ss.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La Observación General Primera del Comité de Derechos de la Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?", en Cerdeira Bravo De Mansilla, G. y Pérez Gallardo, L. (dirs.): *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad*, Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 85 y ss.

Parra Lucán, Mª A., "Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar", en De Pablo Contreras, P. (coord..), Martínez de Aguirre Aldaz, C., Pérez Álvarez, M. A. y Parra Lucán, Mª A., *Curso de Derecho civil* I, vol. II, *Derecho de la Persona*, 6ª ed. Edisofer, Madrid, 2018, pp. 135 y ss.

Ribot Igualada, J., "La nueva «curatela»: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento", en De Salas Murillo, S., y Mayor del Hoyo, Mª V.*, Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 215 y ss.

AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

SUPPORT ADMINISTRATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 712-735

Concetta
PRIORE

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il presente saggio riguarda quanto contenuto nell'art. 404 del codice civile. Tale norma giuridica è intitolata : " Amministrazione di sostegno". Nello specifico si analizzano i presupposti per l'applicazione di tale norma giuridica e le questioni aperte che concernono il tema dell'amministrazione di sostegno.

PALABRAS CLAVE: Norma giuridica; amministratore di sostegno.

ABSTRACT: *This essay concerns the contents of Article 404 of the Civil Code. This legal rule is entitled: "Support administration". Specifically, the prerequisites for the application of this legal rule and the open questions concerning the topic of support administration are analyzed.*

KEY WORDS: *Legal rule; support administrator.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE ALLA NORMA.- 1. Introduzione.- II. IL COMMENTO.- 1.Presupposti.- 2. Infermità mentale.- 3. Requisiti dell'infermità.- 4. Criteri di scelta delle misure di protezione.- 5. Applicabilità dell'a.d.s. anche in assenza dei requisiti della infermità mentale.- 6. Menomazione psichica.- 7. Infermità o menomazione fisica.- 8. Cura della persona.- 9. Competenza territoriale.- III. LE QUESTIONI APERTE.- 1 . Quando la nomina di amministratore di sostegno?.- 2. Amministrazione di sostegno nominato per patologia solo fisica con rappresentanza concorrente.- 3. Amministrazione di sostegno o interdizione/inabilitazione?.- 4. Interdetto e atti della vita quotidiana.- 5. A.d.s. ed età del beneficiario.

I. INTRODUZIONE ALLA NORMA.

1. Introduzione.

La L.9 gennaio 2004 n. 6 intitolata "Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, nonchè relative norme di attuazione, di coordinamento e finali" è stata approvata dal Parlamento in data 19 dicembre 2003, pubblicata sulla G.U. del 19 gennaio 2004 n. 14, ed entrata in vigore il 19 marzo 2004.

A seguito di questa normativa il titolo XII del libro primo c.c. già rubricato "Dell'infermità di mente, della interdizione e dell'inabilitazione" è stato modificato in "Delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia", e risulta diviso in due capi: il I intitolato "Dell'amministrazione di sostegno" disciplinata negli artt. da 404 a 413 (che erano privi di contenuto a seguito della abrogazione degli istituti dell'affiliazione e dell'affidamento avvenuta ad opera della L.184/1983 art. 77) ed il II intitolato "Dell'interdizione, della inabilitazione e della incapacità naturale" regolate negli artt. da 414 a 432.

Tali collocazioni rivelano, come emerge altresì dalla disciplina della nuova misura protettiva e dalle modifiche apportate alle altre due, che queste ultime sono state considerate dal legislatore residuali.

Lo scopo perseguito e realizzato con questa legge è l'aver ribaltato il criterio di protezione dei soggetti infermi di mente, deboli o inabili spostando l'attenzione dalla cura dei loro interessi patrimoniali alla cura dei loro interessi personali.

Il risultato cui si è pervenuti è il frutto di una lunga e frammentaria elaborazione di dottrina e giurisprudenza sollecitata dalla constatazione della inadeguatezza

• Concetta Priore
Notaio, Avvocato in La Spezia. E-mail: cpriore.2@notariato.it

delle preesistenti misure di protezione evidenziata negli studi di medici e psicologi in Italia e in vari Stati d'Europa sin dagli anni '60.

In campo medico e sociale si era giunti al convincimento della inefficienza dei metodi di cura e di assistenza agli infermi di mente considerati pericolosi per sè, per la famiglia e per la società, secondo le norme in vigore dall''800.

Si era infatti constatato che la privazione del contatto affettivo e sociale con la famiglia e con la collettività e la privazione di ogni potere volitivo, sia pure finalizzato soltanto al compimento di un semplice atto della vita quotidiana, risultavano controproducenti.

E' opportuno ricordare che la prima e decisiva crepa prodottasi nella architettura della codicistica situazione giuridica e sociale dei cosiddetti "infermi di mente" si è verificata con l'abrogazione operata con l'art. 11 L.13-5-1978 n. 180 (Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori) dell'art. 420 C.C., il quale prevedeva la possibilità di nomina di tutore provvisorio (con la connessa perdita della capacità d'agire) a colui che veniva definitivamente internato in manicomio.

Con la L.180/1978 (nota come Legge Basaglia) i manicomi vennero soppressi e le "persone" restituite alla collettività sociale, e curate - se necessario - in apposite strutture in ossequio alle prescrizioni degli artt. 34 e 35 della L.23-12-1978 n .833 istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, in cui era confluito il dettato della L.180/1978.

Tale L.833/1978 fa riferimento espresso ai servizi istituiti per svolgere funzioni preventive, curative e riabilitative, relative alla salute mentale; fa altresì riferimento - nel caso di trattamenti sanitari obbligatori - al rispetto della dignità delle persone e dei diritti civili (art. 32 Cost.) ed alle iniziative svolte ad assicurare il consenso e la partecipazione dell'interessato.

Queste leggi speciali consentirono ai Giudici Tutelari di trovare soluzioni innovative, rapide e proporzionate al caso, per il compimento di quegli atti di contenuto patrimoniale che l'infermo non era in grado di compiere da solo; l'art. 3 della L.180/1978 e l'art. 35 della suddetta L. 833/1978 disponevano "Qualora ne sussista la necessità il giudice tutelare adotta i provvedimenti urgenti che possano occorrere per conservare e per amministrare il patrimonio dell'infermo".

Tale norma pur dettata in relazione alla situazione di quegli infermi di mente da non più rinchiudere nei manicomi, rivela la chiara predisposizione del legislatore "a che l'ordinamento privatistico configuri dei provvedimenti di salvaguardia dei malati di mente che prescindono dalla tecnica dell'ablazione generalizzata della capacità d'agire [.....]"; ed ha anche "immesso nel sistema un modello d'intervento

profondamente innovatore per la sua flessibilità e per l'ampio margine attribuito all'apprezzamento della situazione concreta del disabile da parte del giudice".[1]

L'ambito di applicazione di tale norma si è successivamente estesa per interpretazione giurisprudenziale anche a soggetti sottoposti a trattamenti volontari, o non sottoposti ad alcun trattamento, purchè inabili a provvedere autonomamente ai propri interessi qualora risultante da certificazione sanitaria.

Alle riforme attuate in campo medico-psichiatrico erano seguite in vari Stati Europei (Francia 1968, Spagna 1983, Austria 1983, Germania 1992) modifiche legislative degli istituti di protezione dei sofferenti psichici.

In Italia, all'infermo di mente o al disabile psichico in generale sino al 2004, l'Ordinamento non ha offerto una disciplina codicistica di protezione proporzionalmente adeguata al suo stato personale.

Pertanto la constatazione[2] "che l'interdizione costituisce una risposta eccessivamente severa" (privazione della generale capacità d'agire e dei diritti personalissimi quali contrarre matrimonio, riconoscere figli naturali, testare) [.....] e "che l'inabilitazione rappresenta anch'essa un istituto di stampo punitivo e appare comunque di scarsa utilità [.....] sopratutto perchè il suo intervento non risolve i problemi che si pongono nell'ipotesi in cui sia necessario assicurare in favore del disabile il compimento di atti che costui non possa o non voglia effettuare", condusse un gruppo di studiosi a discutere, nel corso di un Convegno svoltosi a Trieste nei giorni 12/14 giugno 1986, intitolato "Un altro diritto per il malato di mente - Esperienze e soggetti della trasformazione", e a progettare una riforma della disciplina privatistica della infermità di mente.

Il progetto di legge fu elaborato nell'ambito dell'Istituto Giuridico della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Trieste, e nella relazione di accompagnamento in cui è indicata una chiara critica alla normativa esistente ("in definitiva, il <grande vuoto> del sistema italiano è costituito dalla mancanza di un regime di protezione che sia tale da comprimere al minimo i diritti e le possibilità di iniziativa della persona disabile, e che offra però - attraverso una previsione legislativa improntata a una ragionevole elasticità - tutti gli strumenti di assistenza o di sostituzione che possano occorrere volta a volta per colmare i momenti più o meno lunghi di crisi, di inerzia o di inettitudine del disabile stesso") [3] veniva proposto un nuovo istituto "L'amministrazione di sostegno" quale

1 Pescara, R.: "Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici", in *Trattato di Diritto Privato*, (a cura di P. Rescigno),Utet,Torino,1997, p. 776.

2 Cendon, P.: "Infermi di mente e altri "disabili" in una proposta di riforma del codice civile", *Rivista Politica del diritto*, 1987, n. 4°, pp. 623-624.

3 Cendon, P.: "Infermi di", cit., p. 624 ss.

modello generale per la soluzione dei problemi civilistico/patrimoniali della grande maggioranza delle persone disabili [.....]; mentre l'interdizione veniva proposta come paradigma residuale. (In quella relazione altresì si faceva notare che era stato preferito il termine "amministrazione" in quanto evocatore di un patrimonio da gestire piuttosto che di un individuo su cui intervenire, e pertanto meno stigmatizzante; ed il termine "sostegno" era stato preferito perchè suggeriva l'idea di bastone o di maniglia cioè di aiuto).

Le sollecitazioni della dottrina per una innovazione del sistema codicistico, i rilievi contenuti nella relazione al progetto "Cendon" circa l'eccessività o l'inadeguatezza ed ancor più l'assenza di misura protettiva, flessibile ed adottabile alle effettive e differenti necessità di soggetti deboli, nonchè le positive proposte normative contenute nel progetto medesimo, il processo di costante sia pur lento adeguamento delle norme civilistiche ai principi contenuti nella Cost.per i quali (art. 3) "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge senza distinzione di [.....] condizioni personali e sociali. E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana [.....], (art.2) "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità....", e le comparatistiche riflessioni con le innovazioni legislative degli altri Stati, hanno condotto alla presentazione in Parlamento di vari disegni di legge tra cui gli ultimi nella XIV Legislatura, i disegni n. 375 e n. 475 presentati in Senato e successivamente riuniti ed approvati, il cui testo normativo è stato approvato con modifiche dalla Camera dei Deputati col progetto n. 2189, nei quali si sottolineavano le motivazioni d'innovazione della materia con la proposta di un nuovo istituto: l'amministrazione di sostegno.

Nella relazione al d.d.l. S/375 si segnalava "l'utilità di tale misura protettiva per poter intervenire su situazioni personali di estrema delicatezza e per evitare di ricorrere alla interdizione con la conseguenza che una scelta tanto dolorosa determina nel contesto familiare e sociale"; e nella relazione al d.d.l. S/475 si leggeva "va altresì sottolineato come il disegno di legge miri a salvaguardare l'autonomia decisionale dell'interessato giacchè non solo non perde la capacità di agire ma può compiere tutti gli atti esclusi nell'elencazione specifica, riservata al provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno".

La L.6/2004 ha recepito tutte le istanze, cui si è accennato, spostando in particolare l'attenzione dalla "infermità mentale alla sofferenza che indica una condizione di fragilità, di fatica, di malattia, di handicap, di non autosufficienza, di declino delle forze e della vitalità, di vecchiaia, di attesa e di desiderio di morire, condizioni che tutti gli essere umani incontrano in qualche momento della loro

vita" [4], apprestando una disciplina di protezione, in generale, non più finalizzata come in effetti avveniva precedentemente alla tutela del patrimonio del malato di mente (nell'interesse il più delle volte della sua famiglia ed alla sicurezza della circolazione dei beni), ma finalizzata alla cura della "persona" quale soggetto che - compatibilmente con le sue condizioni - ha diritto di autodeterminarsi, di essere curato, di godere della libertà, di sentirsi uguale agli altri anche se disabile, in sostanza di avere dignità pari a quella di tutti gli altri individui; e alla protezione del suo "patrimonio" in quanto destinato a soddisfare le "sue" esigenze.

La nuova misura di protezione denominata "Amministrazione di sostegno" attua queste finalità consentendo il rispetto di quei diritti del debole e dell'inabile, consentendo che si tenga conto dei suoi desideri e delle sue necessità e che egli venga coinvolto nelle decisioni che riguardano la sua persona e la sua vita; quanto sopra risulta in via esemplificativa, dagli artt.406 e 408 c.c. che prevedono la richiesta o la designazione dell'amministratore di sostegno fatta dal medesimo interessato, dall'art. 407 che prescrive che il Giudice Tutelare "deve sentire personalmente" l'interessato e tener conto, se possibile, dei suoi bisogni e delle sue richieste, dall'art. 410 che impone all'amministratore di informare il beneficiario ed operare in accordo con lui, dall'art. 409 che consente - comunque - al beneficiario di compiere autonomamente in ogni caso gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana.

La Riforma ha inciso notevolmente - nell'ottica del rispetto della persona - anche sulle preesistenti misure di protezione:

l'attuale art. 414 c.c. recita "L'infermo abituale di mente incapace di provvedere ai propri interessi" "è" "interdetto (non più "deve" essere interdetto) *"quando ciò è necessario per assicurare la sua adeguata protezione";*

inoltre nella sentenza d'interdizione o anche successivamente l'autorità giudiziaria può stabilire che l'interdetto possa compiere alcuni atti di ordinaria amministrazione senza l'intervento o con l'assistenza del tutore (art. 427 1° comma);

nella sentenza d'inabilitazione, o successivamente, l'autorità giudiziaria può stabilire che l'inabilitato possa compiere alcuni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione senza l'assistenza del curatore (art. 427 1° comma).

E' da segnalare comunque che anche se la Riforma ha restituito dignità all'infermo e all'inabile, c'è chi le appunta una severa critica, considerandola insufficiente e poco coraggiosa, facendo notare che gli atti cui fa riferimento l'art.

4 Vocaturo, S.: "L'amministrazione di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap", *Rivista del notariato*, 2004, n. 1°, p. 242.

427 innovato "sono soltanto atti di natura patrimoniale e, ancora una volta, si trascura la rilevanza che nello sviluppo della personalita' dello individuo, svolgono le attivita' esistenziali, espressione delle liberta' individuali " [.....]; e che continuando ad escludere, per l'interdetto, la possibilita' di contrarre matrimonio senza alcuna previsione di valutazione concreta, si viola di certo un diritto (formazione della famiglia) garantito dalla Costituzione [5].

Tutte le norme contenute nel titolo XII del libro primo del c.c.- modificato e integrato dalla L.6/2004 - devono essere interpretate e applicate in ossequio alla disposizione programmatica contenuta nel suo art.1 (Finalità della legge), peraltro non riprodotto nel codice; finalità che, nella scelta della misura di protezione da applicare alla persona del disabile, deve essere un faro cui orientarsi onde evitare di tradire lo spirito della Riforma.

Tale articolo recita: "La presente legge ha la finalità di tutelare con la minor limitazione possibile della capacità d'agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente".

Il principio della Riforma è sopratutto *la conservazione della capacità d'agire,* per quanto possibile.

Quindi la prescrizione contenuta nell'art. 1, che la tutela limiti il meno possibile la capacità d'agire, è in sostanza una direttiva impartita al giudice [6], che con sua valutazione individuerà la misura di protezione e l'ambito della stessa più confacenti alle necessita' del soggetto non autosufficiente; e cio' sia nel caso di prima richiesta di protezione sia in seguito, qualora non venga ritenuta più necessaria o adeguata la misura piu' restrittiva o viceversa; emergendo chiaramente dalle norme, sia civilistiche che procedurali in materia, la circolarita' delle misure di protezione mediante la revoca o la modifica e la integrazione dell'emanato provvedimento. Inoltre poichè l'art. 404 recita "la persona [.....] *può* essere assistita da un amministratore di sostegno [.....]" se ne deduce che il giudice nella sua valutazione possa reputare non necessaria alcuna protezione.

L'innovazione portata dalla L.6/2004 consiste "non tanto nelle modifiche agli istituti di incapacita' d'agire quanto nella costruzione di un nuovo istituto, piu' duttile, che consente di sostituire l'applicazione della interdizione in tutta o,

5 Ruscello, F.: " Amministrazione di Sostegno e Tutela dei disabili. Impressioni estemporanee su una recente legge" , *Studium Iuris Attualità* e *Saggi* ,2004, p. 153.

6 Delle Monache, S.: "Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno - profili di diritto sostanziale", *Studi e opinioni Nuova g.civ.comm.*, 2004, p. 31.

comunque, in una vasta area di disagi di soggetti maggiorenni nella partecipazione attiva alla vita di relazione[7].

Questo nuovo istituto consiste in un intervento di assistenza e non di sostituzione che pertanto conduce ad una significativa attenuazione della condizione di inferiorità giuridica che sanziona ed aggrava la condizione della persona malata, una condizione di emarginazione sociale [8].

Con l'applicazione dell'amministrazione di sostegno, il beneficiario viene limitato nella capacità soltanto per quegli atti per i quali - come disposto nel decreto di nomina - l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario o per quegli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno lasciandogli intatta la capacità per tutti gli altri nonchè il diritto all'esercizio dei diritti personalissimi quali contrarre matrimonio, riconoscere figli, fare testamento, salvo espresso divieto disposto dal G.T. a norma dell'art. 411 4° comma.

La disciplina dell'amministrazione di sostegno, quale emerge dalle norme codificate "gradua la tutela della persona a misura d'uomo, cioè nei limiti in cui effettivamente la persona ha bisogno di essere protetta attraverso una forma giuridica che la metta al riparo dai pregiudizi dei suoi stessi atti e che, al tempo stesso, le consenta di realizzare le aspirazioni ed i bisogni della propria vita".[9]

II. IL COMMENTO.

1. Presupposti.

L'art. 1 della L.6/2004 (non introdotto nel c.c.) fa riferimento in generale alle persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, vale a dire a "quei soggetti che, per problemi contingenti, non siano in grado di provvedere alla propria cura e all'amministrazione dei propri beni, o alla soluzione dei piccoli problemi amministrativi quotidiani" [10]cioè a innumerevoli situazioni umane.

L' art. 404 del c.c., il primo della innovata disciplina codicistica, indica i presupposti per l'applicazione della misura di protezione denominata Amministrazione di sostegno nella sussistenza di una infermità o di una menomazione fisica o psichica

7 Napoli, E.V.: "L'Amministrazione di sostegno", in *Trattato teorico - pratico di diritto privato*,(a cura di G.Alpa, S. Patti), Cedam, p. 4.

8 Patti, S.: " La riforma della interdizione e della inabilitazione",*Rivista Familia - Quaderni Giuffrè',* 2002, p. 23.

9 Bianca,C.M.: "Premessa", in AA.VV.: *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di S. Patti),Milano, 2005, p. 1.

10 Vocaturo, S.: "L'amministrazione ", cit., p. 243.

che pone l'individuo nella impossibilità anche parziale o temporanea di provvedere ai propri interessi.

2. Infermità mentale.

In relazione alla nozione di "*infermità*", nonostante la lettera dell' art.404 differisca da quella dell'art.414 c.c., una interpretazione sistematica delle due norme induce a coglierne l'identità di significato; pertanto è opportuno tener conto della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale maturata in relazione agli studi sulla interdizione e sulla inabilitazione che definiscono "infermità" quella situazione che incide negativamente sull'attitudine del soggetto a curare i propri interessi ed a svolgere quelle attività che attengono alla persona, ai doveri familiari, ai doveri sociali;

più semplicemente è considerata infermità qualsiasi condizione morbosa che colpisce l'individuo rendendolo totalmente o parzialmente inabile alle normali attività della vita di relazione indipendentemente da connessioni stabili col sistema nervoso[11].

L'infermità come qui definita può avere una causa psicopatologica (oligofrenia, schizofrenia, psicosi, paranoia, catatonia) ma anche altre forme di alterazione mentale non sempre clinicamente definite.

3. Requisiti dell'infermità.

L'infermità mentale è caratterizzata dal requisito della "*abitualità*", intesa non come continuità (e che può non essere esclusa anche nel caso di sussistenza di lucidi intervalli) , ma intesa come non episodica; vale a dire che deve avere un carattere duraturo.

L'infermità mentale deve avere altresì il requisito di una accertata "*attualità*" dello stato patologico cioè desumibile da manifestazioni morbose che non abbiano esaurito la loro fase attiva e i cui sintomi siano tuttora presenti.

La Cass. (sentenza n. 2690 29 settembre 1955) indica che "l'infermità di mente richiesta dalla legge per far luogo al provvedimento di interdizione, previsto dall'art. 414 c.c., non riguarda soltanto le facoltà intellettive dell'interdicendo (intelligenza e memoria) ma anche le facoltà volitive (formazione e manifestazione della volontà), ossia tanto lo stato di coscienza come quello di libertà del volere [.....]".

11 Napoli, E.V.: "L'Amministrazione ", cit., p. 17.

L'infermità di mente, cui fanno riferimento le norme del c.c., oltre ad avere le suddette caratteristiche deve incidere sulla idoneità del soggetto a provvedere ai propri interessi;

pertanto l'infermità di mente che non rifletta conseguenze negative sulla idoneità alla cura degli interessi personali e/o patrimoniali del soggetto non può condurre ad una limitazione della capacità d'agire.

4. Criteri di scelta delle misure di protezione.

Individuato il significato di infermità (mentale) occorre precisare che il diverso grado della sua intensità non rileva ai fini della scelta fra interdizione e amministrazione di sostegno, non essendo possibile una graduazione tra i due istituti, in quanto entrambi sono sufficienti a rispondere alle stesse esigenze;il grado di intensità dell'infermità mentale rileva invece ai fini della scelta del contenuto del provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno [12],che dovrà essere fatta dal giudice .

In conseguenza di quanto esposto, si può concludere che qualora si tratti di infermità mentale (connessa o conseguente ad una malattia in senso stretto) avente i requisiti cui sopra si è accennato, il giudice potrà sempre applicare l'amministrazione di sostegno; applicherà invece l'interdizione per espressa previsione dell'art. 414, qualora ciò sia necessario per assicurare l'adeguata protezione del soggetto.

Per interpretazione già consolidata, fondata anche su concetti espressi nelle relazioni ai progetti di legge, il criterio che il giudice potrà seguire per considerare necessaria l'applicazione della interdizione è la notevole e variegata consistenza nonchè la difficoltà di gestione del patrimonio del soggetto.

E' anche opportuno tener presente che, a norma dell'art. 415, qualora l'infermità mentale, che rende il soggetto non idoneo alla cura dei propri interessi, non sia talmente grave da far luogo alla interdizione, il giudice poteva e può tuttora scegliere di applicargli l'inabilitazione, limitandone la capacità d'agire in relazione agli atti di straordinaria amministrazione (vale a dire di contenuto patrimoniale) oppure di conservargli intatta la piena capacità lasciandolo però privo di ogni protezione.

A questo soggetto, a seguito della Riforma,può essere applicata l'amministrazione di sostegno, graduata ed estesa , qualora occorra, anche alla cura di interessi della "persona", esclusi invece dalla misura protettiva della inabilitazione.

12 Napoli, E.V.: "L'Amministrazione ", cit., p. 27.

L'art. 415 al 2° comma prescrive che "possono anche essere inabilitati coloro che, per prodigalità, o per abuso abituale di bevande alcooliche o di stupefacenti, espongono sè o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici"; si sostiene [13] che tali stati soggettivi "possano dar luogo all'apertura della amministrazione di sostegno non di per se stessi, ma soltanto nella misura in cui si radichino ovvero sfocino in una situazione psicopatologica o comunque di alterazione dei processi mentali; in particolare la condotta prodigale rileverebbe se riconducibile perlomeno ad uno stato di anomalia psichica o di disturbo della personalità, e l'abuso abituale di alcoolici e stupefacenti qualora consistente nel superamento della soglia di assuefazione con conseguente decadimento della capacità valutativa e decisionale [14] il tutto nell'ottica della conseguente impossibilità da parte di costoro di provvedere alla cura dei propri interessi.

5. Applicabilità dell'a.d.s. anche in assenza dei requisiti della infermità mentale.

L'amministrazione di sostegno (diversamente dalla interdizione) può essere applicata anche nel caso in cui l'inidoneità alla cura dei propri interessi sia *temporanea* in quanto causata da uno stato patologico interessante la sfera psichica ma di durata prevedibilmente temporanea.

Alle sindromi intermittenti, quali l'epilessia, è considerata sicuramente inapplicabile sia l'interdizione che l'inabilitazione; mentre è incerta l'applicabilità della amministrazione di sostegno perchè potrebbe condurre a risultati equivalenti. Si ritiene però che il soggetto vista l'intermittenza delle crisi, possa valutare, per il proprio futuro, l'opportunità di utilizzare istituti civilistici in previsione delle crisi o l'applicazione dell'amministrazione di sostegno su "sua esclusiva" richiesta [15];è comunque applicabile per la sua attività negoziale l'art. 428 c.c..

6. Menomazione psichica.

L'amministrazione di sostegno può inoltre essere applicata anche a quei soggetti che pur non soffrendo di infermità mentale connessa ad una vera malattia, come prima specificato, si trovino in una situazione di *menomazione* psichica che li rende, anche parzialmente inidonei a provvedere ai propri interessi.

Tale menomazione può consistere in un affievolimento di capacità intellettuale o volitiva causata da sofferenza, da declino delle forze per l'avanzare dell'età, o da altri vari disagi o alterazioni psichiche.

13 Delle Monache, S.: "Prime note", cit, p. 38.

14 Pescara, R.: "Tecniche privatistiche", cit., pp. 797-804 ss.

15 Napoli, E.V.: "L'Amministrazione ",cit., p. 31.

7. Infermità o menomazione fisica.

L'art. 404 cita ancora quale autonomo presupposto dell'applicazione dell'amministrazione di sostegno *l'infermità o la menomazione fisica*, sempre che ciò determini nel soggetto l'impossibilità sia pure parziale o temporanea di provvedere ai propri interessi.

Esempi potrebbero riscontrarsi negli anziani non autosufficienti ma non affetti da demenza senile, handicappati motori, soggetti colpiti da ictus, malati gravi non psichici.

Un commentatore[16] sostiene che la semplice menomazione fisica, anche se grave, non comporti una vera impossibilità di provvedere ai propri interessi ma piuttosto "l'inettitudine" a provvedervi direttamente[17]; per cui a tale difficoltà si può far fronte con gli strumenti che l'ordinamento giuridico offre, quali la procura e il mandato.

Ovviamente è compito del giudice verificare se a tale stato di malattia o di menomazione fisica si accompagni "l'annullamento, il mancato sviluppo o un'apprezzabile compromissione delle facoltà intellettive del soggetto", come può accadere a chi in seguito ad incidente entri in coma reversibile, o a chi sottoposto a trattamento farmacologico che lo porti ad uno stato delirante o a fasi di non completa padronanza delle facoltà di mente; oppure come può riscontrarsi in un soggetto cieco o sordomuto dalla nascita o dalla prima infanzia a cui non sia stata impartita una educazione sufficiente; e ancora in quei soggetti che colpiti da malattia o menomazione fisica non si trovino in uno stato di indebolimento delle facoltà intellettive ma solo nella impossibilità di manifestare all'esterno il proprio volere. Soltanto in questi casi, secondo tale commentatore si può ritenere applicabile l'amministrazione di sostegno con la conseguente limitazione di capacità.

Ma questa opinione non è condivisa da tutti.

E' opportuno ricordare preliminarmente che nella relazione al d.d.l. S/475 si leggeva che "l'amministrazione di sostegno, in alcuni casi, interviene a favore di persone pienamente capaci di intendere e di volere ma impedite nell'esercizio dei loro diritti o nella propria cura a causa di grave malattia, menomazione fisica, età avanzata. L'istituto del procuratore, sia generale che speciale, non può ritenersi sufficiente a soddisfare le esigenze anche minime di cura della persona e dei suoi bisogni quotidiani essendo ipotizzato con prevalente riferimento agli interessi patrimoniali. Esulano dall'istituto anzidetto la cura della persona, sotto ogni profilo,

16 Delle Monache, S.: "Prime note", cit., p. 39 s.

17 Conforme Bonilini , G., Ghizzini, A. *:L'amministrazione di sostegno,* Cedam, Padova, p. 61.

e ogni qualvolta per impedimento fisico o psichico ovvero a causa delle limitazioni derivanti dall'età avanzata, l'interessato tralasci o non attenda alle proprie necessità ovvero al mantenimento ed alla cura del patrimonio".

Inoltre durante l'iter legislativo era stato sottolineato, in relazione alla precedente stesura del progetto, che "il pericolo che presenta la nuova figura è l'estensione della incapacità a situazioni in cui il beneficiario è persona pienamente capace di intendere e di volere. Alla nomina dell'amministratore di sostegno può infatti farsi ricorso anche per soccorrere la persona che si trovi nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi a causa di una infermità o menomazione fisica"[18].

Tale pericolo, paventato dalla dottrina, è stato comunque superato nella versione finale della legge, come la dottrina ha ancora sottolineato: "La versione finale della legge ha fortunatamente mutato il testo del progetto, statuendo che il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno (art. 409, 1° comma, c.c., nuovo testo)[19].

La "conservazione della piena capacità di agire da parte del beneficiario per gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria è un dato che va tenuto presente nell'interpretazione della nuova legge"[20].

E' questo un principio fondamentale nell'interpretazione della legge. Pertanto chi abbia una menomazione fisica può essere assistito da un amministratore di sostegno senza essere limitato nella capacità d'agire.

Può quindi dirsi che agli strumenti civilistici tradizionali [.....] deve oggi ritenersi aggiunta la possibilità di nomina dell'amministratore di sostegno, che nominato su richiesta dello stesso interessato, ove lo stesso sia sano di mente ed idoneo a comprenderne le conseguenze, sopperirebbe eventualmente a difficoltà economiche del soggetto, essendo la sua attività inquadrabile in un servizio pubblico[21].

E' da segnalare altresì a sostegno della seconda opinione, che il G.T. del Tribunale di Torino Sezione Distaccata di Pinerolo (decreto del 4 novembre 2004) ha ritenuto possibile la nomina di a.d.s. a persona perfettamente capace (ed in alternativa alla stessa), cioè strutturando l'amministrazione di sostegno come una procura controllata con attribuzione di poteri all'amministratore di

18 Bianca,C.M.: "Premessa",cit., p. 2 s.

19 Bianca, C.M.: "Premessa", cit,.p. 2 s.

20 Bianca,C.M.: "Premessa", cit., p. 2 s.

21 Napoli, E.V.: "L'Amministrazione ", cit., p. 37 ss.

sostegno senza perdita di capacità del beneficiario qualora costui non presenti deficit psichici o intellettivi, ma sia impossibilitato a perseguire i propri interessi di natura personale o patrimoniale per effetto di una menomazione esclusivamente fisica, senza ripercussioni nell'ambito cognitivo e volitivo; a tal fine ha disposto che "l'Amministratore di sostegno possa compiere autonomamente, senza necessità di previe specifiche autorizzazioni del Giudice Tutelare e salvo obbligo di rendiconto annuale, i seguenti atti [.....], *salva altresì la PIENA capacità* della signora S anche in ordine a tali atti.

8. Cura della persona.

E' già stato sopra evidenziato che la Riforma, attuata con la L.6/2004, ha spostato "la prospettiva e l'attenzione dalle ragioni di conservazione del patrimonio della persona alla tutela ed alla protezione di quest'ultima"; pertanto non può dubitarsi che l'impossibilità di provvedere ai propri interessi indicata quale presupposto per la nomina di un a.d.s. sia oltre che la cura degli interessi patrimoniali anche la cura degli interessi personali cioè bisogni di natura non patrimoniale quali la promozione della personalità, le relazioni sociali, la dignità personale, la qualità della vita, la gestione cioè delle più varie situazioni esistenziali; vale a dire "cura della persona".

E' noto che al tutore dell'interdetto spetti per legge la cura della "persona" incapacitata (e ciò per il combinato disposto degli artt.424 e 357 c.c.), mentre tale cura è totalmente esclusa dai poteri del curatore dell'inabilitato a cui compete soltanto l'assistenza ad atti di contenuto patrimoniale di straordinaria amministrazione (artt.424 - 394).

La portata innovativa, pertanto, della Riforma è anche quella di consentire l'affidamento ad un soggetto estraneo della cura della persona anche in costanza di capacità del medesimo.

Se peraltro appare chiaro che la cura degli interessi personali di chi non è in grado di provvedervi personalmente possa essere oggetto della amministrazione di sostegno, occorre porsi l'interrogativo se tale attività sia sempre connessa all'incarico oppure debba essere espressamente indicata dal giudice, nonchè l'ulteriore interrogativo se tale attività possa essere l'unico oggetto dell'incarico.

Al primo interrogativo si risponde che è necessario che il G.T. indichi espressamente che all'amministratore di sostegno sia affidata anche la cura della persona e quali le attività da compiere a tal fine; ciò in ottemperanza al disposto dell'art. 405, 5° comma 3), il quale prescrive che il decreto di nomina di amministrazione di sostegno debba contenere l'indicazione dell'oggetto dell'incarico.

Al secondo interrogativo si è da alcuni[22] data risposta negativa sostenendo che "detto incarico non potrebbe essere limitato in concreto all'espletamento di funzioni attinenti in modo esclusivo la *cura personae* [.....] in quanto la gestione patrimoniale appare costituire un tratto essenziale del nuovo istituto".

Questa opinione non sembra condivisibile in via teorica, potendosi presumere la sussistenza di situazioni per le quali non occorra nè la sostituzione nè l'assistenza al compimento di atti. Certamente la valutazione del G.T. potrà offrire in concreto la soluzione.

9. Competenza territoriale.

Giudice competente è sempre il G.T. sia per l'apertura della amministrazione di sostegno e per la contestuale nomina dell'amministratore sia per il compimento degli atti elencati negli artt.374 e 375 c.c. qualora non siano stati singolarmente autorizzati nel decreto di nomina o vi siano stati indicati soltanto per categoria.

Per la competenza territoriale, è necessario fare riferimento al luogo in cui la persona da assoggettare ad a.d.s. ha "la residenza o il domicilio" (art. 43 c.c.) (criterio conforme a quello indicato nell'art. 712 c.p.c. per il procedimento di interdizione e di inabilitazione), e sono da ritenersi tra loro alternativamente concorrenti purchè effettivi.

Per residenza deve intendersi quella effettiva.

Secondo la Cass. 22 ottobre 1991 n. 11204 "la competenza per territorio si determina in base alla residenza effettiva della persona, e quindi in base alla residenza anagrafica, ove difettino prove contrarie alla presunzione della sua coincidenza con la residenza effettiva" (principio fissato per l'interdizione ed al quale si è adeguato il Tribunale di Vercelli per la nomina di a.d.s. Trib.Vercelli 26 luglio 2005 .

III. LE QUESTIONI APERTE.

1 . Quando la nomina di amministratore di sostegno?.

La disciplina dell'a.d.s. contempla l'ipotesi di designazione dell'amministratore di sostegno per l'eventualità della propria futura incapacità (art. 408 c.c.), e l'ipotesi di richiesta di nomina da parte dell'interessato (o di altri ricorrenti) (art. 406/405) al momento in cui si verifichino i presupposti indicati nell'art. 404.

22 Delle Monache, S.: "Prime note", cit., p. 33.

In entrambe dette ipotesi il G.T., richiestone, provvede entro sessanta giorni; qualora ne sussista la necessità adotta i provvedimenti urgenti e può procedere alla nomina di a.d.s. provvisorio.

Fra la richiesta e la nomina decorre comunque del tempo.

La riflessione sulle possibili dannose conseguenze di un intervento non immediato ha sollevato una interessante questione interpretativa dell'art. 404 che ha dato origine a due tesi:

- una che considera il requisito dell'*attualità* dello stato di incapacità presupposto indispensabile per la nomina di a.d.s., o quanto meno che sia certo che tale stato possa verificarsi nell'immediato futuro, e che riconosce il diritto a richiedere la nomina di un a.d.s. non solo in caso di incapacità già conclamata ma anche in previsione della propria futura ed imminente incapacità a persone che si trovano ricoverate in ospedale in attesa di operazioni chirurgiche da effettuare previa anestesia e quindi perdita di coscienza; ovvero a persone non ricoverate ma in lista d'attesa per un intervento chirurgico programmato implicante una perdita di coscienza; oppure a persone pienamente capaci ma in situazioni di salute tale da far prevedere nell'immediato futuro la perdita delle capacità;

tesi sostenuta, da ultimo dalla Corte d'Appello di Cagliari 16 gennaio 2009, che, pertanto, esclude la possibilità di procedere alla nomina di a.d.s. nella ipotesi in cui l'incapacità si presenti quale situazione apprezzabile solamente in termini di mera probabilità o possibilità;

- un'altra tesi che, dissentendo dalla precedente, sostiene che la lettera dell'art. 404 non indica con evidenza l'attualità dello stato di incapacità quale requisito indispensabile per la nomina di a.d.s., ma rappresenta unicamente l'immancabile *presupposto per la produzione degli effetti dello strumento protettivo disposto*; e ciò in quanto dalla norma (art. 404) viene, in particolare, posta in evidenza la specifica funzione della nuova figura dell'a.d.s., funzione rappresentata dalla previsione di una nuova e più duttile (rispetto agli istituti della interdizione e dell'inabilitazione) forma di assistenza per chi versi in situazioni di difficoltà; e che nulla viene invece stabilito quanto ai presupposti del procedimento finalizzato alla nomina.

Conformemente il G.T. Cabidza del Trib.di Cagliari nel decreto 22 ottobre 2009 sostiene pertanto che si può individuare l'interesse ad ottenere subito la nomina di un a.d.s., nonostante la non attualità della situazione di incapacità [.....] in considerazione dell'interesse, per il ricorrente, di partecipare attivamente al procedimento [.....]; interesse ad agire che si apprezza inoltre, in funzione della piena tutela dell'autodeterminazione in campo sanitario, con riferimento al sempre possibile verificarsi di malattie improvvise ed immediatamente invalidanti ovvero

di eventi traumatici non preannunciati ma con conseguenze lesive da determinare in via immediata uno stato di incoscienza [.....]; per cui stante anche l'impossibilità di provvedere in tempo reale alla nomina di a.d.s., la persona rimarrebbe, per un certo lasso di tempo, del tutto priva di tutela. Nel caso in oggetto la volontà del beneficiario era indirizzata al non assoggettamento a trattamenti di mantenimento in vita a tutti i costi.

La tesi della possibilità della c.d. amministrazione di sostegno "ora per allora", che secondo parte della dottrina e della giurisprudenza sarebbe, in assenza di una disciplina legislativa specifica, idonea a veicolare le direttive anticipate in riferimento ai trattamenti sanitari (c.d. testamento di sostegno) trae vigore anche dalla sentenza della Cass. n. 21748/2007 relativa tra altro al "consenso informato".

In relazione alle due sopra indicate posizioni interpretative circa il momento della nomina dell'a.d.s., la recente sentenza della Cass.Sez.I 20 dicembre 2012 n. 23707, pur riconoscendo l'utilizzabilità dell'istituto al fine di veicolare le direttive anticipate in ambito sanitario, ha optato per la lettura restrittiva della normativa ritenendo che lo stato di incapacità del beneficiario a provvedere ai propri interessi sia elemento costitutivo dell'amministrazione di sostegno, in assenza del quale il G.T. deve rigettare l'istanza.

Nel rispetto del requisito dell'"attualità" ma con l'eccezione del verificarsi di tale stato con certezza e a breve termine, il G.T. Masone del Tribunale di Modena con decreto del 30 novembre 2014 ha nominato a persona perfettamente lucida, priva di familiari e parenti, la quale nell'immediato futuro a causa di provate gravi patologie si sarebbe trovata nell'impossibilità di curare i propri interessi, un amministratore di sostegno con poteri di piena rappresentanza ma da attivare dal momento in cui la beneficiaria fosse risultata totalmente impossibilitata a provvedervi personalmente.

2. Amministrazione di sostegno nominato per patologia solo fisica con rappresentanza concorrente.

Sulla questione tuttora aperta di nomina di a.d.s. a persona perfettamente lucida e sana di mente ma affetta da serie patologie organiche che ne limitano il movimento determinando l'impossibilità di attendere autonomamente alla cura dei propri interessi perchè "impedita ad uscire di casa e pertanto a portare all'esterno la sua volontà", il G.T. del Trib. Milano Sez. IX Civ. nel decreto 11 maggio 2006, in sintonia col G.T. del Trib. Torino Sez.Pinerolo decreto 4 novembre 2004, ha ritenuto che il potere di rappresentanza riconosciuto all'amministratore di sostegno sia non già di natura esclusiva (previsione cui conseguirebbero in capo allo interessato gli effetti di incapacità sanciti dall'art. 409 1° comma c.c.) bensì venga riconosciuto in via concorrente ad una perdurante capacità del beneficiario, ancorchè possa lo

stesso non avvalersene non ritenendo di esplicarla autonomamente (perdurante capacità di agire che potrebbe consentire all'interessato anche di conferire procure a terzi) .

Pertanto ha nominato l'a.d.s. autorizzandolo al compimento di specificati atti, che il beneficiario potrà comunque compiere autonomamente.

Ciò ha autorizzato in base alla considerazione che la suddetta previsione sia ben consentita dal dettato normativo che persegue la dichiarata finalità di tutelare la persona con la minore limitazione possibile della capacità d'agire (art. 1 L.6/2004), e nel convincimento che la significativa differenza tra l'istituto della rappresentanza rimessa all'autonomia negoziale dell'interessato e l'istituto dell'a.d.s. di nomina giudiziaria (posto che solo in questo secondo caso l'a.d.s. dovrà rendere conto del proprio operato non già e non solo al beneficiario rappresentato, bensì e sopratutto al Giudice Tutelare, con gli immediati e possibili effetti di cui agli artt. 384 e 386 c.c.) opportunamente può indurre un soggetto, che sia affetto da mera infermità o menomazione fisica (nei termini contemplati dall'art. 404 c.c.) a privilegiare questo strumento rispetto alla soluzione della procura negoziale.

3. Amministrazione di sostegno o interdizione/inabilitazione?

Sin dall'entrata in vigore della L.6/2004 si è, con riferimento a casi concreti, spesso posto l'interrogativo se a soggetti "in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi" fosse possibile applicare l'a.d.s., misura che ha comportato nel nostro ordinamento il superamento della rigida alternativa capacità/incapacità.

Contrariamente alla dottrina che è compatta in tale orientamento, la giurisprudenza si è divisa in parte a favore di soluzioni positive e in parte a favore di soluzioni negative ancorate ai vecchi schemi interdittivi e inabilitativi.

La tematica della individuazione dei confini tra a.d.s. e le altre due misure di protezione è tuttora dibattuta.

Non è inopportuno ricordare che sul criterio di scelta per l'applicazione di a.d.s. o interdizione/inabilitazione hanno offerto chiari indirizzi:

- la decisione della Corte cost. 440/2005 che ha dichiarato infondata la questione di legittimità degli artt. 404, 405 n. e 4, 409 c.c. sotto il profilo che non indicherebbero chiari criteri selettivi per distinguere il nuovo dai vecchi istituti, dando luogo a fattispecie coincidenti, lasciando all'arbitrio del giudice la scelta dello strumento di tutela;

- la sentenza della Cass.Sez.I, 10 giugno 2006 n. 13584 che recita "l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato con riguardo non già al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore idoneità di tale strumento ad adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa. Appartiene all'apprezzamento del giudice di merito la valutazione della conformità di tale misura alle suindicate esigenze, tenuto conto della complessiva condizione psico-fisica del soggetto da assistere e di tutte le circostanze caratterizzanti la fattispecie.";

. la sentenza della Cass.Sez I 22 aprile 2009 n. 9628 che ha cassato la sentenza della Corte d'Appello di Napoli n.4 del 3 gennaio 2007 osservando e mettendo in evidenza che il giudice tutelare, attraverso l'a.d.s., può potenziare o depotenziare l'estensione della sfera negoziale del beneficiario, con ciò evitando che questi corra il rischio di farsi del male da sè, ed ha pertanto formulato il seguente principio "Nel giudizio di interdizione il giudice di merito, nel valutare se ricorrono le condizioni a mente dell'art. 418 c.c. per applicare l'amministrazione di sostegno, rimettendo gli atti al giudice tutelare, deve considerare che rispetto all'interdizione e all'inabilitazione l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato con riguardo non già al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore idoneità di tale strumento ad adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa, ben potendo il giudice tutelare graduare i limiti della sfera negoziale del beneficiario dell'amministrazione di sostegno a mente dell'art. 405, co.5, nn. 3 e 4 c.c. in modo da evitare che questi possa essere esposto al rischio di compiere un'attività negoziale per sè pregiudizievole".

E' anche da segnalare una successiva pronunzia della Cass. Sez.I - 1° marzo 2010 n. 4866 che ha apposto un fermo paletto al ragionamento della Corte d'Appello di Roma (Sentenza n. 1721 12 aprile 2007) che aveva confermato la pronuncia d'interdizione disposta dal Trib.su ricorso del p.m. nei riguardi di un soggetto schizofrenico. La Cass. ha rilevato che la Corte d'Appello "non ha in alcun modo tenuto conto che, dopo l'entrata in vigore della L.6/2004 e nell'ambito delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia, l'interdizione può trovare applicazione al maggiore d'età o al minore emancipato, che si trovino in condizioni di abituale infermità di mente che li renda incapaci di provvedere ai propri interessi, *quando ciò sia necessario per assicurare la loro adeguata protezione* (art. 414 c.c.) dovendosi comunque perseguire l'obiettivo della minor limitazione possibile della capacità d'agire, attraverso l'assunzione di provvedimenti di sostegno temporaneo o permanente (art. 1 L.2004/6)".

Su questa linea interpretativa, a conferma dell'indirizzo positivo, si riscontra una sentenza di giudice di merito: Trib. di Bologna n. 2392 del 13 maggio 2009 che ha rigettato una domanda d'interdizione motivando "il criterio per applicare l'una o l'altra delle misure di protezione non è rappresentata dalla gravità o dalla natura (patologia) psichica; [.....] l'interdizione può essere applicata solo se necessaria ad assicurare un'adeguata protezione della persona: il giudizio di adeguatezza implica pertanto una relazione tra misura di protezione e interessi da tutelare, bisogni da soddisfare.";

ancora su tale linea la sentenza del Trib. di Bologna n. 3603 del 24 dicembre 2010, che ha altresì affrontato un profilo giuridico processuale non regolamentato: il Tribunale ha rigettato l'istanza di interdizione di un soggetto già inabilitato, ne ha revocato l'inabilitazione ed ha disposto con separata ordinanza la trasmissione degli atti al G.T. per la nomina dell'amministratore di sostegno;

così pure la sentenza del Trib. di Mantova n. 3217 del 1° ottobre 2013;

in linea opposta la sentenza del Trib. di Milano Sez.IX del 27 agosto 2013 che ha optato per l'interdizione ritenendo inadeguate e addirittura "pregiudizievole" la misura dell'amministrazione di sostegno per un soggetto portatore di patologia psichiatrica che conduce a tendenze suicidarie:

ed anche la sentenza di Cass. n. 7999 del 4 aprile 2014 che ha respinto il ricorso contro la sentenza della Corte d'Appello di Ancona n. 13/2012 la quale riteneva più adeguata l'inabilitazione piuttosto che l'amministrazione di sostegno per un oggetto affetto da parziale incapacità d'intendere e di volere in quanto titolare di un consistente patrimonio mobiliare e immobiliare di complessa gestione.

Pertanto se l'interpretazione giurisprudenziale, sia pure - come detto - con molte pronunzie contrarie, sembra evolvere verso la linea di pensiero che ritiene più adeguata e preferibile la nuova misura di protezione offerta dalla legge 6/2004, non si può disconoscere che si è ancora lontani da un indirizzo univoco.

E' pertanto auspicabile che la proposta presentata in Parlamento nel 2014 già preceduta da altra del 2006, che mira ad "abrogare" completamente gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione sopravvissuti alla riforma del 2004, considerando applicabile a qualsiasi forma di disabilità l'Amministrazione di sostegno, istituto altamente flessibile ed elastico adattabile a qualsiasi situazione, venga dal Legislatore approvata in tempi non troppo lunghi.

4. Interdetto e atti della vita quotidiana.

L'art.409 c.c. consente al beneficiario di a.d.s. di "compiere in ogni caso gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana"; proposizione che

si spiega in particolare con la sussistenza di una notevole e totale estensione dei poteri conferiti dal G.T. all'a.d.s..

Ci si pone pertanto l'interrogativo, se tale previsione possa essere applicabile anche all'interdetto, senza necessità di apposita prescrizione giudiziaria a norma del 1° comma dell'art.427 c.c..

5. A.d.s. ed età del beneficiario.

E' stato ventilato nelle prime interpretazioni della L.6/2004 [23] l'ipotesi dell'applicazione dell'a.d.s. a minori non in potestà genitoriale nè sottoposti a tutela, ma già sufficientemente maturi.

Interrogativo di difficile soluzione, stante il testo letterale della norma art.405 2° comma che stabilisce che il decreto che riguarda un minore non emancipato può essere emesso solo nell'ultimo anno della sua minore età e diventa esecutivo a decorrere dal momento in cui la maggiore età è raggiunta.

L'Autore comunque ipotizza che "l'amministrazione di sostegno potrebbe essere intesa come una misura alternativa rispetto alla tutela, una sorta di emancipazione disponibile per i "giovani adulti" dotati di sufficiente maturità per poter compiere alcuni atti da soli, altri con assistenza".

23 Ferrando, G. : "L'amministratore di sostegno", *Quaderni Familia,Giuffrè Editore*, pp. 40-41.

BIBLIOGRAFIA

Bianca,C.M.: "Premessa", in AA.VV.: *L'amministrazione di sostegno*, (a cura di S. Patti), Milano, 2005,p. 1.

Bonilini ,G.,Ghizzini,A.:*L'amministrazione di sostegno,*Cedam,Padova, p. 61.

Cendon, P.: "Infermi di mente e altri "disabili" in una proposta di riforma del codice civile", *Rivista Politica del diritto*, 1987, n. 4°, pp. 623-624.

Delle Monache, S.: "Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno - profili di diritto sostanziale", *Studi e opinioni Nuova g.civ.comm.*, 2004, p .31.

Ferrando, G. : "L'amministratore di sostegno", *Quaderni Familia,Giuffrè Editore*, pp. 40-41.

Napoli, E.V.: "L'Amministrazione di sostegno", in *Trattato teorico - pratico di diritto privato*, (a cura di G.Alpa, S. Patti), Cedam, p. 4.

Patti, S.: " La riforma della interdizione e della inabilitazione", *Rivista Familia - Quaderni Giuffrè',* 2002, p. 23.

Pescara, R.: "Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici", in *Trattato di Diritto Privato* (a cura di P. Rescigno), vol.1, Utet, Torino, 1997, p. 776.

Ruscello, F.: "Amministrazione di Sostegno e Tutela dei disabili. Impressioni estemporanee su una recente legge", *Studium Iuris Attualità e Saggi* , 2004, p. 1-53.

Vocaturo,S.: "L'amministrazione di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap", *Rivista del notariato*, n. 1°, 2004, p. 242.

EL DAÑO-MUERTE: LA EXPERIENCIA BRASILEÑA Y EUROPEA Y LOS *VINDICATORY DAMAGES**

WRONGFUL DEATH: THE BRAZILIAN AND EUROPEAN EXPERIENCE AND THE VINDICATORY DAMAGES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 736-761

* "La muerte es una quimera: porque mientras yo existo, no existe la muerte; y cuando existe la muerte, ya no existo yo" (Epicuro).

Nelson
ROSENVALD

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: En el presente texto abordaremos el daño-muerte. El derecho civil brasileño descuida las repercusiones del hecho jurídico de la muerte en términos de responsabilidad civil, por la conducta de un tercero que sea causa adecuada para la interrupción brusca de una vida. De hecho, la evolución reciente del ordenamiento jurídico consiste únicamente en la preocupación por el daño reflejo que sufren los que quedan. En un primer momento, mediante una indemnización por duelo y provisión de pensión alimenticia a los dependientes y, más recientemente, mediante la consagración del daño moral a favor de una clase de personas que presuntamente mantenían relaciones afectivas con el fallecido. Por tanto, el propósito de mi artículo es discutir si existe un lugar para tratar la muerte como un hecho ilícito, y sus consecuencias en la persona del fallecido, ya no como "fallecido", sino como víctima de un acto anti-legal. que mitigó tu vida, o sea, el daño-muerte.

PALABRAS CLAVE: Daño-muerte; indemnidad; daño reflejo; compensación; derechos fundamentales; indemnización reivindicativa; daño tanatológico; daño extrapatrimonial.

ABSTRACT: *In this text we will address wrongful death. Brazilian civil law neglects the repercussions of the legal fact of death in terms of civil liability, for the conduct of a third party that is an adequate cause for the abrupt interruption of a life. In fact, the recent evolution of the legal order consists solely of concern for the reflex damage suffered by those who remain. At first, through compensation for bereavement and provision of alimony to dependents and, more recently, through the consecration of non-pecuniary damage in favor of a class of people who allegedly had emotional relationships with the deceased. Therefore, the purpose of my article is to discuss whether there is a place to treat death as a wrongful act, and its consequences in the person of the deceased, no longer as "deceased", but as the victim of an anti-legal act. that mitigated your life, that is, the wrongful death.*

KEY WORDS: *Wrongful death; indemnity; primary beneficiaries; compensation; fundamental rights; vindicatory damages; thanatological damage; extrapatrimonial damage.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DAÑO POST MORTEM.- III. EL DAÑO AL MUERTO EN VIDA.- IV. LA MUERTE COMO HECHO ILÍCITO DE MÚLTIPLES CONSECUENCIAS- 1. El daño reflejo a la muerte.- 2. El daño anterior a la muerte.- V. EL DAÑO-MUERTE COMO TERCERA VÍA.- VI. EL DAÑO-MUERTE MÁS ALLÁ DE LA FUNCIÓN COMPENSATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: VINDICATORY DAMAGES.- VII. LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO-MUERTE; VIII. PALABRAS FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

Un homenaje al profesor Massimo Bianca significa el reconocimiento al trabajo de toda una vida dedicado al derecho civil. Un maestro notable cuyos estudios trascendieron las fronteras italianas, impactando los estudios de derecho comparado en Europa continental y América Latina. Por esta razón, elegí un tema que ha ido más allá de las fronteras geográficas y aún no ha recibido una solución legislativa en las diversas jurisdicciones de *civil law*.

En el derecho civil brasileño no existe ninguna previsión legal para el denominado *daño-muerte*. El daño que causa la muerte de una persona apenas se discute en la doctrina y es sumamente ignorado por la jurisprudencia. Sin embargo, esta no es originalmente una laguna brasileña. Importantes doctrinadores intentan desde hace mucho tiempo explicar el aforismo del filósofo Epicuro. Su advertencia es clara: si la persona ya no existe, en consecuencia, no hay compensación por la privación de su vida.

Es la naturaleza de las cosas que el hecho jurídico de la muerte desvela el escenario del derecho sucesorio, que implica la conexión entre la defunción y las situaciones jurídicas derivadas de la transmisión de su patrimonio.[1] Sin embargo, durante mucho tiempo la ley descuidó la repercusión del hecho jurídico de la muerte, en materia de responsabilidad civil, derivada de la conducta de un tercero que se plantea como causa adecuada para la abrupta interrupción de una vida.

Y lo peor, sin darnos cuenta, es que la evolución del sistema brasileño consistió únicamente en la preocupación por el daño reflejo que sufren los que quedan. En un primer momento, mediante la indemnización por luto y por la estipulación de la pensión alimenticia para los dependientes y, más recientemente, mediante

1 Art. 1784, Código Civil Brasileño: "Una vez abierta la sucesión, la herencia se transfiere inmediatamente a los herederos legítimos y testamentarios".

• Nelson Rosenvald
Fiscal de Justicia del Ministerio Público de Minas Gerais, Presidente del Instituto Brasileño de Estudios de Responsabilidad Civil (IBERC). Correo: nelson.rosenvald@me.com

la consagración del daño moral a una clase de personas que presuntamente mantenían relaciones afectivas con la víctima de una conducta antijurídica.

Sin embargo, así como últimamente hemos evolucionado en la planificación sucesoria a través de la gestión convencional de los efectos jurídicos del hecho jurídico de la muerte, creemos que hay margen para ver la muerte como un hecho ilícito y sus consecuencias sobre la persona del fallecido ya no como "de cujus", sino como víctima de un acto que mitigó de forma anómala su tiempo de vida. Esto es fundamental, *el daño no puede quedarse con quien lo sufre,* por lo que la muerte es un hecho que debe desencadenar una indemnización autónoma, transfiriéndosele el daño al patrimonio del ofensor.

Surgen tres interrogantes: primero, si más allá de los daños morales sufridos por los familiares cercanos, el hecho de la muerte de la víctima primaria da lugar a un daño autónomo indemnizable (ya sea o no muerte instantánea); en segundo lugar, si los herederos del difunto tienen derecho a reclamar los daños sufridos por el fallecido durante el período de tiempo que transcurre entre el daño y la muerte. Y, en tercer lugar, ¿cuál sería la naturaleza jurídica de una indemnización por el daño-muerte?

II. EL DAÑO *POST MORTEM*.

¿Cuál es el escenario jurídico brasileño actual? No existe una indemnización por el daño-muerte ante la supresión ilícita de una vida. El fundamento de esto consiste en la misma falta de la persona a quien se pueda vincular la pérdida del bien y en cuyo patrimonio se consolide la indemnización. La paradoja es que, como veremos más adelante, resulta económicamente mucho más ventajoso matar a una persona instantáneamente que lentamente y, de hecho, es más barato matarla rápidamente que herirla gravemente.

Ante la imposibilidad jurídica de la indemnización por daño-muerte, ¿qué alternativas quedan? Antes de abordar adecuadamente los daños que derivan de la muerte en sí misma, conviene mencionar brevemente los daños resultantes de actos ilícitos posteriores al fallecimiento y totalmente desconectados del hecho jurídico que dio lugar a la muerte. Los intitulo "daños *post-mortem*".

El párrafo único del art. 12 del Código Civil[2] difiere la tutela *post mortem* a los miembros de la familia por la ofensa a la memoria del fallecido. Se ocupa de una tutela póstuma de la personalidad en lo que respecta a los bienes jurídicos que no

2 Art. 12 Código Civil Brasileño: "Se puede exigir que cese la amenaza o la lesión al derecho de la personalidad, y reclamar daños y perjuicios, sin perjuicio de otras sanciones previstas en la ley. Párrafo único. En el caso de muerto, el cónyuge supérstite, o cualquier familiar en línea recta o colateral hasta el cuarto grado, tendrá legitimidad para solicitar la medida prevista en este artículo".

fenecen con su titular. Si resulta evidente que la muerte es el hito temporal de la extinción de los derechos de la personalidad, el legislador reconoce su proyección a favor de los miembros de la familia ante una vulneración del honor, el buen nombre y la imagen del *de cujus* después de su fallecimiento. En este primer plano no está en juego un bien jurídico de titularidad originaria del fallecido transmitido por efecto hereditario.

El Enunciado 400 del Consejo de Justicia Federal plantea bien el alcance de la regla: "Los párrafos únicos de los arts. 12 y 20 aseguran la legitimidad, por derecho propio, a los parientes, cónyuge o pareja para la tutela contra lesión perpetrada *post mortem*". Por consiguiente, en virtud del daño reflejo, nace una legitimación por derecho propio de los miembros de la familia, habiendo ilegitimidad por parte del patrimonio para actuar, pues como una universalidad del derecho, solo actuará en cuestiones patrimoniales.[3] A pesar del rol tajante de los beneficiarios, se puede ampliar el círculo de legitimados, no solo a favor de compañeros, sino incluso de personas que no tengan vínculos de parentesco, siempre que en la concreción del caso se pruebe el vínculo afectivo real con el fallecido. Como regla general, tenemos que la reparación se realizará *in re ipsa* para el grupo familiar, siendo necesaria la prueba de la vinculación afectiva para los demás casos[4].

III. EL DAÑO AL MUERTO EN VIDA.

El legislador no disciplinó exclusivamente la *fattispecie* del daño *post mortem*. Según el art. 943 del Código Civil Brasileño: "El derecho a exigir reparación y la obligación de brindarla se transmiten con la herencia". El precepto se aplica a las lesiones y violaciones de carácter patrimonial o extrapatrimonial que se hubieran verificado mientras la víctima estaba viva y no tuvieron efecto de muerte. La muerte no tiene conexión con el hecho ilícito que la precedió.

A fines de 2020, el Tribunal Superior de Justicia publicó la Síntesis 642, con el siguiente contenido "El derecho a la indemnización por daños morales se transmite

3 Interrogantes otros surgen sobre la indemnización del daño *post mortem*. De manera ilustrativa, el Enunciado 398 del Consejo de Justicia Federal proclama que "Las medidas previstas en el art. 12, párrafo único, del Código Civil podrán ser invocadas por cualquiera de las personas allí mencionadas de manera concurrente y autónoma". Emerge una controversia acerca de la naturaleza del rol*** *numerus clausus* y la limitación subjetiva de los beneficiarios, así como, si en simetría, también se puede discutir si se debe negar la indemnización en situaciones excepcionales en las que se demuestre que a pesar del vínculo familiar legal, los lazos de afecto no persisten, como en el caso de abandono afectivo o de matrimonio con una larga separación de hecho.

4 En relación a otras situaciones, el STJ ha afirmado que el monto puede variar, ya que el sufrimiento causado por la muerte del familiar afecta a los integrantes del núcleo en diferentes grados, lo cual debe ser observado por el magistrado para arbitrar el monto de la indemnización: "según la jurisprudencia sedimentada en esta corte superior, están legitimados para interponer una acción de indemnización por fallecimiento de familiares, el cónyuge o pareja, los descendientes, los ascendientes y los colaterales, de manera no excluible y sujeta al análisis de la peculiaridades del caso específico que pueden insertar sujetos en esta cadena de legitimación o excluir de ella" (STJ, AgRG en el REsp 1.283.764).

con la muerte del titular, teniendo los herederos de la víctima legitimación activa para presentar o dar continuidad a la acción de indemnización".[5] El mérito de la referida síntesis consiste en fraccionar las dos hipótesis que dan lugar a la compensación de los daños: cuando la muerte se produce en el curso de la acción propuesta por la víctima y, alternativamente, en los casos en que la muerte se produce sin que la víctima haya presentado una pretensión en juicio. Esto significa que, en el derecho brasileño, tanto el deber de reembolsar es transferible a través de la herencia, como el derecho a exigir una reparación (Art. 943, CC) [6]. En este último caso, en mi opinión, esta posibilidad quedaría exenta si la víctima renunciara expresamente a este derecho en vida.[7]

En efecto, si la acción ya se había propuesto y en su curso muere el autor, no parece haber duda sobre la posibilidad de que los herederos sigan con la demanda, como se indica en el párrafo. 2, II, del art. 313 del CPC/15.[8] A diferencia de una acción de divorcio, evidentemente intransferible por su naturaleza personalísima ¾lo que dará lugar a la extinción del proceso¾, el reclamo compensatorio tiene carácter patrimonial, integrando el patrimonio del fallecido que se transfiere a los herederos.

Sin embargo, por más que la demanda no se haya propuesto en vida, se deduce del ya referido art. 943 CC la consagración legal de la noción de que aun desconectado del hecho ilícito antecedente, la muerte posterior de la víctima extingue su personalidad y no el daño consumado, ya sea de carácter patrimonial o extrapatrimonial. No se aplica la regla de "actio personalis moritur cum persona". El derecho de la personalidad le da tutela a la integridad psicofísica, no puede confundirse con el derecho a la reparación de los daños sufridos como consecuencia de la lesión, reclamo de carácter patrimonial. Por más que la víctima, en vida, no haya promovido la acción de indemnización, los familiares pueden iniciarla si en vida la víctima no haya renunciado expresamente a esta pretensión.[9]

5 STJ - Súmula 642, CORTE ESPECIAL, juzgado el 02/12/2020, DJe 07/12/2020

6 Art 943. CC: "El derecho a exigir reparación y la obligación de brindarla se transmiten con la herencia".

7 En el mismo sentido, en el DCFR los sucesores del fallecido heredarán todos los derechos que el fallecido pudo haber ejercido en vida. Señalan, sin embargo, una excepción a esta regla general, por lo que si el fallecido ha declarado que no presentaría ninguna reclamación por daños y perjuicios, se entenderá que renunció a este derecho, con lo cual el reclamo no pasa a sus herederos. como parte de su patrimonio (Grupo de estudio sobre el Código Civil Europeo ACQUIS GROUP] [2009, p. 3227]).

8 § 2°, ART. 313, Código de Proceso Civil Brasileño: "No enjuiciada acción de habilitación, al tener conocimiento de la muerte, el juez determinará la suspensión del proceso y observará lo siguiente: II.- Fallecido el autor y de ser transferible el derecho en litigio, determinará la citación de su sucesión, de quien sea el sucesor o, en su caso, de los herederos, por los medios de difusión que se estimen más oportunos, para que manifiesten interés en la sucesión procesal y promuevan la respectiva habilitación dentro del plazo señalado, bajo pena de extinción del proceso sin resolución de mérito".

9 Apoyamos esta posición, pero reconocemos que los argumentos a favor de la intransferibilidad *mortis causa* del crédito indemnizatorio por daño moral son, fundamentalmente, los siguientes: el primero es el incumplimiento de la función reparadora de la responsabilidad civil, en la medida en que ya no se puede indemnizar el sufrimiento de la persona que lo sufrió (el fallecido). Por ende, si la reclamación por dichos daños se transfiriera *mortis causa* a los herederos, el responsable sería sancionado con el pago de la indemnización referida, no correspondiendo actualmente a la función punitiva de responsabilidad civil en

El derecho a exigir reparación es transferible; es un crédito, aunque ilíquido, al que tienen derecho los herederos. Aquí, existe la regla natural de que los derechos y acciones de una persona se transfieren a los herederos en el momento de su muerte.[10]

IV. LA MUERTE COMO HECHO ILICITO DE MÚLTIPLAS CONSECUENCIAS.

Si bien el daño-muerte como modelo autónomo es el objeto de este escrito, es innegable que, como hecho ilícito pluriofensivo, la muerte es un daño que conlleva otras repercusiones, en mayor o menor medida aceptadas en diversos sistemas jurídicos. En un primer nivel, los familiares más cercanos sufren daños extrapatrimoniales y los dependientes económicos tienen derecho a daños materiales. Sin embargo, no podemos olvidar el daño sufrido por el propio fallecido, ya sea por la lesión a la vida o, eventualmente, por el sufrimiento y el dolor en el período que medió el acto ilícito y la muerte. Todas estas posibilidades serán discutidas a partir de la exégesis del artículo 948 del Código Civil[11].

1. El daño reflejo a la muerte.

El art. 948 del Código Civil otorga daños reflejos patrimoniales (explícitamente) y extrapatrimoniales (implícitamente) al cónyuge y los familiares, como un derecho propio de los miembros de la familia ¾no adquirido por sucesión¾, con base en la lesión a sus esferas económica/existencial, por la muerte del ente querido.[12] Se discute, asimismo, si la indemnización a los familiares es debida solo en caso de muerte de la víctima, hipótesis expresa, o igualmente cuando la víctima sufre lesiones graves que no resultan en la muerte y que comprometen gravemente la vida personal y familiar de sus allegados[13].

el derecho brasileño. El segundo argumento es el carácter altamente personal del derecho a la integridad psicofísica y con él el dolor que conlleva su violación. Se argumenta que la transmisión *mortis causa* a los herederos del fallecido del derecho a reclamar una reparación por los daños que, en la medida en que afecten al propio interés muy personal de la víctima, pertenecen únicamente a la víctima.

10 El STJ reafirmó en 2018 que "de acuerdo con la jurisprudencia de esta corte, el derecho a la indemnización por daños morales tiene carácter patrimonial, y es, por lo tanto, transferible al cónyuge y a los herederos del *de cujus*" (STJ, AgInt en AREsp 711,976).

11 Art. 948 del Código Civil Brasileño: "En el caso de homicidio, la indemnización consiste, sin excluir otras reparaciones: I - en el pago de los gastos con el tratamiento de la víctima, su funeral y el luto de la familia; II - en la provisión de alimentos a las personas a quienes el muerto se los debía, teniendo en cuenta la probable duración de la vida de la víctima".

12 Bianca, M.: *Diritto civile. V – La responsabilità*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 115. "Sebbene si trovi talvolta affermata la risarcibilità in generale dei danni riflessi, deve dirsi con fermezza che una pretesa risarcitoria del 'terzo' non è come tale ammissibile. Il diritto di risarcimento spetta infatti a chi è portatore di un proprio interesse giuridicamente tutelato"

13 Superior Tribunal de Justicia, Informativo nº 459: 6 a 10 de diciembre de 2010: "Se trata de REsp en la que la controversia es definir si los padres de la víctima sobreviviente de un accidente de tránsito tienen derecho a reclamar una compensación por daños morales, considerando que, en la especie, la propia víctima haya reconocido el derecho a recibir dicha indemnización por esos daños y perjuicios. El Panel señaló que, a pesar de que la indemnización por daño moral es debida, por regla general, únicamente a la propia víctima, tanto la doctrina como la jurisprudencia han sentado una base sólida en la defensa de la posibilidad de que

Nada diferente a lo que sucede en las jurisdicciones europeas cuando se refieren a las víctimas secundarias (afectados indirectos) y discuten si serán o no indemnizadas en virtud del acto antijurídico que provocó la muerte del familiar, según materias de causalidad y el fin de protección de la norma: en concreto, lo que se plantea es si el daño fue "causado" a los familiares por el responsable y si el propósito de la norma infringida era proteger los derechos de los familiares[14].

Inicialmente, al disponer el pago de los gastos con el tratamiento de la víctima y su funeral, el inciso I del art. 948 se refiere a la compensación de daños materiales relacionados con el cuidado del fallecido en el período comprendido entre la lesión y su entierro. Abarca todos los gastos para mantenerlo con vida (gastos hospitalarios derivados del intento frustrado de curar al fallecido) y los desembolsos realizados por los últimos honores. También incluimos el lucro cesante como, por ejemplo, los ingresos netos que el fallecido hubiera podido obtener en el ejercicio de su profesión en el período entre el acto ilícito y la transmisión. Esto significa que, si transcurre un intervalo de tiempo entre la lesión y la muerte de la víctima, y la víctima fallece antes del reconocimiento del crédito de indemnización, se genera una compensación a favor de la víctima por el daño sufrido durante este intervalo, la cual es transferible a los herederos. Sin embargo, este no será el caso si la muerte es instantánea, en cuyo caso los herederos solo pueden reclamar los gastos del sepelio. De no existir una definición sobre el monto de los gastos funerarios, se considera que lo más adecuado es que la jurisprudencia aplique, en cada caso, la prueba de razonabilidad, de manera que solo se reparen los gastos considerados moderados, nunca los lujosos o extraordinarios[15].

Para complementar, además, cuando el inciso II del art. 948 se refiere a la "provisión de alimentos", atiende la repercusión del daño sufrido por el fallecido

los familiares vinculados afectivamente al ofendido postulen, junto con la víctima, una compensación por la pérdida experimentada, siempre y cuando sean afectados indirectamente por el acto lesivo. Se observó que se trata, en la hipótesis, de daños morales reflejos, es decir, si bien el hecho se hubiera cometido directamente contra determinada persona, sus efectos terminan afectando indirectamente la integridad moral de terceros. Se le llama daño moral por rebote o *préjudice d´affection*, cuya reparación constituye un derecho personalísimo y autónomo de los citados autores, a los que se recurren en la ocasión. Así, son perfectamente plausibles las situaciones en las que el daño moral sufrido por la víctima principal del acto lesivo afecte, por una vía refleja, a terceros, como a sus familiares directos, por provocarles sentimientos de dolor, impotencia e inestabilidad emocional. Fue lo que se verificó en la especie, en la que postularon una compensación por daños morales, junto con la víctima directa, sus padres, buscando una indemnización por su propio sufrimiento derivado de la repercusión del acto lesivo en su ámbito personal, ya que sin duda vivieron la efectos lesivos de forma indirecta o refleja, según lo reconoció el tribunal de origen, al señalar que, si bien se afirma que el accidente no afectó directamente a los padres de la víctima, estos tienen legitimidad para reclamar una indemnización, ya que vivieron el sentimiento de angustia y aflicción que generó el daño a la salud familiar (REsp 1.208.949-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, juzgado el 7/12/2010).

14 Una peculiaridad es el derecho español, pues la legitimación activa de las víctimas secundarias no está contemplada en el Código Civil, sino que está expresamente prevista en el artículo 113 del Código Penal, en lo que respecta a la responsabilidad civil ex delito: "La indemnización por daños materiales y morales incluye no solo los que fueron causados a la víctima, sino también los que fueron vulnerados a sus familiares o terceros".

15 En el mismo sentido, el DCFR (*Draft Common Frame of Reference*), cuyo art. VI.-2: 202 (b) también indica explícitamente el mismo criterio de razonabilidad.

en el ámbito material de quien fuera dependiente de él y recibirá una pensión mensual, como especie de lucro cesante, cuyo valor se fijará según las posibilidades económicas del ofensor y las necesidades concretas de los dependientes del fallecido. Por lo tanto, el lucro cesante en el período intermedio entre el agravio y la muerte beneficia a los herederos, mientras que el lucro cesante después de la muerte solo se dirige a los dependientes económicos. Asimismo, el legislador establece una excepción al principio general de que solo el titular del derecho violado o del interés inmediatamente lesionado tiene derecho a indemnización, cubriendo luego a los terceros que resulten perjudicados reflejamente por el hecho lesivo. Sin embargo, este derecho no se atribuye directa y automáticamente a las personas indicadas en la norma. Solo existirá si, y en la medida en que, se demuestre la facticidad en la que necesariamente tendrá que asentarse[16].

En materia de daños reflejos extrapatrimoniales, existen dos posibilidades afirmativas, según la hermenéutica del art. 948. Podemos entender la expresión "luto de la familia", al final del inciso I, como correspondiente al daño moral indirecto, por derecho propio de los familiares por la muerte del ser querido. Alternativamente, nada más usamos el concepto jurídico indeterminado "sin excluir otras reparaciones", que se encuentra en la última parte del *caput* del arte. 948, para entender que el legislador dedicó los incisos I y II a los daños patrimoniales, pero no cerró las puertas a las emanaciones existenciales por "rebote" de lo ilícito que resulta en la muerte.

La muerte de una persona constituye una lesión a la personalidad de quienes forman parte de su núcleo familiar, por lo que se explica el tema de la imputación por el impacto de la muerte de una persona en su núcleo familiar, ya que la persona no vive aislada. Como señala Mafalda Miranda Barbosa[17] "quien erige una esfera de riesgo/responsabilidad poniendo en causa la vida de una persona, debe haber planteado la posibilidad de la lesión de aquellos terceros que establecen una unión plena con la víctima, porque con la muerte de esa persona, también una parte del propio familiar se pierde irremediablemente, incluso teniendo en cuenta el futuro reencuentro en otra forma de vida".

16 Indudablemente, la mayor garantía para la preservación del mínimo existencial de los afectados indirectos será la provisión de la pensión alimenticia, que será pagada por el ofensor o responsable en nombre de aquellos a quienes la víctima directa necesariamente se las debía. Una situación importante es la que implica el fallecimiento de la persona encargada del mantenimiento del hogar, específicamente el fallecimiento del marido, de quien dependía (económicamente) la esposa, o viceversa, la pensión ya no se extiende hasta un límite rígido, ya que es la fecha en que la persona fallecida cumpliría 65 o 70 años, puesto que sería preferible reconocer que la edad de sobrevida no es fija, dado que se consideran varios elementos para su fijación, como el hábitat, la alimentación, la educación y los medios de vida. Por esa razón, el Superior Tribunal de Justicia ha venido buscando un referente para su fijación mediante la adopción de los criterios de la tabla de sobrevida de la Seguridad Social, según cálculos elaborados por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE). Es una presunción jurisprudencial construida sobre la sobrevida probable que tendría la persona si no hubiera sido afectada por el daño. Ilustrativamente, Recurso Especial n. 1.311.402-SP, del informe del Ministro João Otávio de Noronha, Publicado el 07/03/2016.

17 Barbosa, M.M.: "Considerações a propósito dos danos morais reflexos", *Cadernos de direito privado*, Jan-Mar, 2014, nº 45, p. 3-18.

Es más, si consideramos la expresión "luto de la familia" como exclusivamente relacionada con el sentido psicológico de un "proceso durante el cual un individuo es capaz de desconectarse progresivamente de la pérdida de un ser querido",[18] no hay razón para que nos abstengamos de otro debate, a saber, el hecho de que el sufrimiento inherente al duelo a veces puede generar una implicación psíquica duradera. Si bien los estudios empíricos demuestren que la muerte súbita e inesperada de un ser querido es la experiencia traumática más frecuente y un problema de salud pública importante, por razones desconocidas no existe responsabilidad civil por acometimientos psiquiátricos provocados por la pérdida repentina de alguien cercano. Los tribunales enfatizan que la conducta ilícita es una sola, y sus consecuencias no pueden variar según las particularidades de cada víctima que sufre el daño reflejo o por rebote.

En refuerzo de este dato, contrario a lo que sucede en el derecho alemán, en Brasil a la familia del fallecido no se le concede el llamado "daño por *shock* nervioso" ("*schockschaden*"), que es el resultado de una interpretación elástica de los tribunales sobre el concepto de daño a la salud, contenido en el §823 del BGB.[19] Es decir, aquí no tenemos una reparación autónoma a favor de los familiares que presenciaron el momento de la muerte y efectivamente sufrieron un *shock* psíquico por el evento en sí, hecho que trasciende la pérdida por la muerte del ser querido, igualmente vivida por los demás familiares o personas de su relación íntima. Finalmente, ante el temor a la apertura indiscriminada de compuertas para múltiples indemnizaciones por daños resultantes de la verificación inmediata de un único evento, los tribunales optan por restringir el número de demandantes[20].

Si, a diferencia de otros sistemas,[21] en Brasil es pacífico conceder daño reflejo extrapatrimonial como resultado de la muerte, escapa al alcance de este artículo la extensísima discusión sobre la legitimación de la percepción de la indemnización.

18 En el Diccionario Priberam de la Lengua Portuguesa [en línea], 2008-2020, https://dicionario.priberam.org/luto consultado el 12-12-2020

19 Sección 823 - Responsabilidad por daños (1) "Una persona que, intencionalmente o por negligencia, dañe la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona es responsable de indemnizar a la otra parte por los daños resultantes".

20 "Es cierto que la solución de nada más multiplicar el valor que se concibe como razonable por el número de autores tiene la capacidad de hacer demasiado extensa la obligación del causador del daño y de alejarse de los estándares basados en la proporcionalidad y la razonabilidad. Por un lado, la solución que pura y simplemente asigna ese mismo valor al grupo, independientemente del número de miembros, también puede conducir a una injusticia. Esto se debe a que, si en el primer caso el valor global puede resultar exorbitante, en el segundo el valor individual puede diluirse y volverse insignificante, hipótesis opuesta a lo que ocurriría en el caso de familias numerosas. 6. Por lo tanto, en caso de daño moral resultante de la muerte de familiares cercanos, la indemnización debe ser arbitrada globalmente para la familia de la víctima y no debe, por regla general, exceder el equivalente a quinientos salarios mínimos, pero puede, sin embargo, ser aumentado en lo suficiente para que las acciones individualmente consideradas no se diluyan o se vuelvan insignificantes, elevando el monto al doble de esa suma" (REsp 1127913 / RS Relator p/ Sentencia Firme Min. Luis Felipe Salomão 4.T DJe 30/10/2012).

21 El ejemplo más claro al respecto es el de Alemania. Las disposiciones del BGB dedicadas a este asunto (§ 844 y siq.) no prevén una indemnización por daños no patrimoniales a favor de una parte afectada indirectamente debido a la muerte de otro miembro de la familia. Dicha norma pasó ilesa la reforma de 2002.

Entre las numerosas fuentes de controversia podríamos situar las siguientes: ¿El daño moral para los parientes es *in re ipsa* o se requiere la prueba de conexión espiritual? ¿Cómo se da la contienda entre los parientes del fallecido: los más cercanos excluyen a los más lejanos? ¿Los beneficiarios serían solo los miembros del estricto grupo familiar o habría una extensión a aquellos con quienes el fallecido hubiera mantenido un fuerte vínculo afectivo? Por si fuera poco, todas estas cuestiones no excluyen el arduo enfrentamiento de la cuantificación del daño extrapatrimonial reflejo. Sin duda, existe la opción de la intervención legislativa para dar una respuesta rígida a todas estas preguntas.[22] No obstante, en la doble alternativa entre un sistema inflexible y un sistema dúctil de reconocimiento de la legitimidad de los perjudicados para reclamar indemnizaciones por daños no patrimoniales causados por muerte, los textos europeos que elaboran principios generales para la armonización del Derecho Europeo de Daños sin duda optan por el segundo de ellos (PETL y DCFR).[23]

Una última observación: teniendo en cuenta que la justificación de la indemnización es la relación de dependencia entre el origen del daño causado a las víctimas secundarias y el causado a la víctima primaria, ya que los daños reflejos no existirían si no existieran los daños directos anteriormente, la cuestión de la causalidad se vuelve fundamental, ya que la contribución del comportamiento de la víctima primaria al daño impactará el alcance de la reparación solicitada por las víctimas secundarias, a través de la mitigación proporcional del *quantum* indemnizatorio[24].

2. El daño previo a la muerte.

Superada la valoración del daño reflejo a la muerte dirigido a los familiares y con anterioridad al examen del daño-muerte sufrido directamente por la víctima, pretendemos enfrentar una tercera categoría de daño vinculado con la muerte como hecho ilícito: el daño-muerte, es decir, el daño experimentado por el *de cujus* antes de morir.

22 Por otro lado, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, en el ámbito específico de los accidentes automovilísticos, en Brasil no existe un sistema de escalas que actúe como un conjunto de normas establecidas convencionalmente para evaluar los daños reflejos en el que correspondería al legislador señalar, además del monto de la indemnización, quiénes son los afectados que pueden reclamar daño moral en caso de fallecimiento de la víctima.

23 El Artículo 10: 301 (1) PETL establece que "[...] los daños inmateriales también pueden ser indemnizados a aquellas personas cercanas a la víctima de un accidente fatal o lesión muy grave". A su vez, el artículo 2: 202 (1) DCFR establece que el daño inmaterial causado a una persona física por la muerte de otra persona constituye un daño jurídicamente relevante si, en el momento de la muerte, esa persona tenía una relación personal particularmente cercana con la persona fallecida.

24 El Art. 8: 101 (2) PETL aborda expresamente la incidencia de la conducta o actividad concurrente de la víctima cuando se solicita compensación en caso de muerte, concluyendo que dicha conducta excluye o reduce la responsabilidad. En complemento, el art. 5: 501 DCFR no solo se refiere a la culpa concurrente, sino en general a las causas de exoneración que se hubieran podido alegar contra el fallecido si no hubiera fallecido y que, en virtud de ello, se extienden a las personas que gozan de determinados derechos tras la muerte

En el derecho italiano, en un caso reciente juzgado en la corte de *Cassazione* (Sentenza 8580/2019), se decidió sobre la muerte de un trabajador que contrajo mesotelioma pleural por inhalación de fibras de amianto en el trabajo. En esta ocasión, se denegó la indemnización por el daño tanatológico por falta de la propia persona a quien se vinculaba la privación del bien. Sin embargo, la misma decisión sentenció al empleador por otras dos indemnizaciones al fallecido y transferibles *jure hereditatis*: el llamado daño biológico terminal ("danno terminale") ¾cuando la muerte acaece después de un período considerable de la fecha del daño¾ y el daño moral terminal ("danno catastrofale"), que consiste en el sufrimiento de la víctima que vive conscientemente con la inminencia del fin de su propia vida en el período comprendido entre el acto ilícito y la muerte.[25] El daño biológico es un daño-consecuencia a la salud, consistente en las secuelas debilitantes que caracterizan la duración real de la vida del accidentado desde el momento de la lesión hasta la muerte. La apreciación de la consecuencia del daño presupone que los efectos lesivos efectivamente tuvieron lugar, siendo necesario, por lo tanto, que haya transcurrido un "período de tiempo apreciable" entre el hecho lesivo y el momento de la muerte. En cambio, en cuanto al llamado "daño moral" subjetivo denominado "daño catastrófico", este consiste en el estado de íntimo sufrimiento espiritual que sufre la víctima que atestigua el progresivo desarrollo del perecimiento de su propia condición existencial hasta el final de la vida, demandando la indemnización a prueba de la percepción consciente y lúcida de la inevitabilidad del propio fin.

El daño moral terminal del derecho italiano se acerca a la figura del *daño intercalar* en el derecho portugués, que consiste en la conversión económica del dolor y la angustia sufridos por la víctima durante el período comprendido entre el acto ilícito y la muerte. El daño intercalar sería una especie de daño previo a la muerte que se materializa en los casos en que la muerte va precedida de un período de clausura hospitalaria y tratamientos dolorosos que ponen en perspectiva la propia muerte, provocando angustia y miedo. El daño que aquí se busca reparar abarca no solo el dolor físico, sino también la conciencia de la inminencia de la muerte,[26] y su valoración toma en cuenta el tiempo transcurrido

25 *Cassazione Civile, Sez. Lav., 27 de marzo de 2019, n. 8580 - Morte per mesotelioma pleurico* "Se excluye la compensación por muerte. De hecho, falta la persona a quien se pueda vincular la pérdida del bien y en cuyo patrimonio se pueda adquirir el premio en cuestión; Sin embargo, se acepta la reparación, considerando que es transferible *iure herencia*, dividiendo el daño inmaterial en dos componentes: 1. Daño biológico terminal: entendido como daño biológico resultante de una incapacidad temporal absoluta, configurable si la muerte acaece después de un período considerable de tiempo desde el daño; 2. Daño moral terminal "o catastrófico", que consiste en el sufrimiento de la víctima que asiste conscientemente al fin de su vida, cuando se constata la existencia de este estado de ánimo en el plazo entre el agravio y la muerte, con la de la adquisición al derecho a compensación que pueda transmitirse a los herederos". Extraído el 8/12/2020 de https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&ver = artículo&id = 20128: cassazione-civile, -sez-lav -, - 27-marzo-2019, -n-8580-muerte-por-mesotelioma-pleurítico&catid = 16&Itemid = 138

26 Sobre el daño intercalar, en una reciente Sentencia Firme del Tribunal de la Relación de Lisboa, se fundamentó que "es por la vida concreta que se está perdiendo que se mide el daño, que se mide esta conciencia de la muerte, es decir, independientemente incluso del miedo a morir, es el darse cuenta de la ineludibilidad de la pérdida de todo lo que es parte de la vida que tiene la víctima, desde el cuerpo, la

entre el evento y la muerte, el estado de conciencia de la víctima, las circunstancias de si tuvo o no conocimiento de la muerte y si sufrió o no dolor y su intensidad[27].

De modo general, el panorama del derecho europeo es favorable a la indemnización del daño anterior a la muerte (daño intercalar)[28], con las peculiaridades del "pain and suffering" del derecho inglés[29].

En Brasil no hay una *fattispecie* que materialice una indemnización por el daño que precede a la muerte, que comprende el sufrimiento psicofísico soportado directamente de las lesiones sufridas, eventualmente por tratamientos posteriores o intervenciones quirúrgicas y, asimismo, la angustia inexorable que se siente ante la proximidad del deceso. Creo que podemos fundamentar un modelo cercano al daño moral terminal basado en el art. 943 del Código Civil, que establece la transmisión con la herencia del derecho a reclamar reparación. La lógica que subyace a este dispositivo es que la muerte extingue la personalidad y no el daño consumado en vida, permitiendo que la sucesión ingrese con una pretensión de reparación por el "daño terminal", por más que el fallecido no haya tomado esta iniciativa en el ocaso de su existencia.

V. EL DAÑO-MUERTE COMO TERCERA VIA.

Trascendiendo las situaciones jurídicas ya examinadas de daño reflejo a la muerte (a los familiares) y del daño previo a la muerte, sufrido directamente por

vitalidad y la esperanza de vivir muchos años más, hasta la casa, el lugar, el país, el idioma y, sobre todo, como se evidencia en este caso, la compañía y el amor de la familia, del marido, los hijos y nietos. Es la preocupación por el futuro de su marido, que depende de ella. Es, en cinco horas o un vistazo, perderlo todo" (726 / 16.7T8CSC.L1-6, Rel. Eduardo Petersen, 11.7.12019).

27 Universidade Católica Portuguesa.: *Comentários ao Código Civil. Direito das obrigações*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018, p. 365.

28 En cuanto a la reparación por el daño moral generado por el dolor y el sufrimiento de la víctima principal entre el ilícito y la muerte, el artículo VI.-2: 202 (2) (a) del DCFR indica transferibilidad *mortis causa* como regla general a los herederos de dichos daños (excepto la renuncia del fallecido a reclamarlos). A su vez, los comentarios sobre el art. 10: 301 de los Principios del Derecho Europeo de Responsabilidad Civil (PETL) también consideran que si la muerte no es instantánea, el daño no patrimonial sufrido por el fallecido antes de la muerte debe transmitirse a los herederos, pero aclara que en todo caso este es un tema de Derecho Procesal.

29 En Inglaterra, como regla general, los herederos pueden reclamar una indemnización por el "pain and suffering" experimentado por la víctima antes de la muerte. Este concepto de indemnización se asemeja a la versión del daño moral subjetivo como *pecunia doloris*, añadiendo la idea de sufrimiento en sus más diversas variantes, como el miedo, la preocupación y la incertidumbre sobre el desarrollo de la lesión, la cura futura, etc. Sin embargo, el "pain and suffering" no se compensará en dos casos: primero, si el lapso de tiempo entre la infracción y la muerte es demasiado corto. En segundo lugar, no habrá compensación si la víctima está inconsciente o en coma hasta el momento de la muerte. Esto significa que el período de tiempo entre el inicio de la lesión corporal y la muerte debe ser lo suficientemente largo como para que un tribunal considere que la víctima ha sufrido, desde un punto de vista jurídico, un daño físico por el cual el dolor y el sufrimiento pueden ser compensados, un breve período de dolor consciente, siempre que sea intenso y horrible, puede justificar la reparación del daño. Sin embargo, los tribunales ingleses también indemnizan la pérdida de los placeres sufrida por la víctima hasta el momento de la muerte ("loss of amenities of life"). Existe una clara diferencia en cuanto a la compensación por "pain and suffering". Si la víctima está inconsciente o en coma en el período transcurrido desde la lesión hasta la muerte, no se concede una compensación por el dolor y el sufrimiento, pero, por otro lado, esto no impide que se otorgue una compensación a los herederos por la pérdida de las comodidades de la vida.

la víctima, ¿habría lugar para la construcción de la indemnización autónoma por el daño-muerte en el ordenamiento jurídico brasileño? En línea de principio, la Constitución Federal de Brasil consagra el principio de la dignidad de la persona humana como fundamento de protección de los derechos de la personalidad (art. 1, III, CF / 88), mientras que el derecho a la vida se plantea como una premisa necesaria para que cualquier persona pueda disfrutar de su privacidad, honor, imagen y tenga libertad para el ejercicio de sus decisiones patrimoniales y existenciales. Por lo tanto, aunque sea natural, el cese del ciclo vital nunca podrá ser acortado ilícitamente por terceros[30].

Relativamente al daño sufrido por la propia víctima por ocasión del ilícito que ocasionó su muerte, no solo ignoramos la *fattispecie* del daño previo a la muerte, como desconsideramos el daño-muerte como un daño autónomo. Paradójicamente, no podemos atribuir la falta de disfuncionalidad a nuestro sistema, ya que hay casi unanimidad en el sentido de rechazar la idea de daño-muerte, poniendo a Portugal como excepción[31].

El art. 496, 2. del Código Civil de Portugal prevé el daño-muerte como un daño autónomo de carácter extrapatrimonial.[32] Según lo expresó Diogo Leite de Campos: "el daño de la muerte es un daño de carácter no patrimonial para la propia persona; el hecho que dio lugar a la muerte puede ser imputable a otros daños patrimoniales y no patrimoniales sufridos por el fallecido; siendo también imputables a la muerte los daños a terceros, de carácter patrimonial y no patrimonial, todos esos daños deben ser indemnizados".[33] Lo que todavía se discute del otro lado del océano es si la eventual indemnización la buscará

30 Cavalcante, C: "Indenizabilidade do dano morte no Brasil: uma perspectiva acerca da defesa da vida", *Revista IBERC*, v.2, n. 2, p. 1-19, maio-agosto, 2019. "Siendo la dignidad humana un sustrato ético que regula la vida, el cese del ciclo vital, aunque natural, nunca puede ser abreviado por terceros y, aun con estos matices que limitan el pleno reconocimiento del derecho a la vida, no quedan otras resistencias que imposibiliten/limiten la indemnizabilidad del daño muerte cuando sea causado por un acto ilícito, imputable al perjudicado, en cumplimiento de los demás supuestos de la responsabilidad civil".

31 Sin embargo, los comentarios sobre el Artículo VI.-2: 202 (2) del Proyecto del Cuadro Común de Referencia (CFFR), texto preparado por el Grupo de Estudio sobre el Código Civil Europeo y el Grupo de Investigación sobre Derecho Privado de la CE (Grupo *Acquis*) y coordinado por Von Bar & Clive en 2009, enfatizan que el referido precepto, que regula los daños que pueden ser indemnizados en caso de lesiones corporales o muerte, parte del principio de que la muerte no constituye un daño jurídicamente relevante para la responsabilidad civil. La vida no tiene un valor monetario cuantificable que pueda atribuirse por derecho privado a herederos o sucesores (p. 3227). Las notas de Derecho Comparado del referido texto indican que esta tesis es común en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos, excepto en Portugal (págs. 3229-3230).

32 Art. 496, 2. del Código Civil de Portugal: "Por la muerte de la víctima, el derecho a la indemnización por daños no patrimoniales les corresponde, en conjunto, al cónyuge no separado de personas y bienes y a los hijos u otros descendientes; y, en ausencia de estos, a los padres u otros ascendentes; y, por último, a los hermanos o sobrinos que los representan".

33 Campos, D.L.: "Os danos causados pela morte e sua indenização", en: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Vol III, Das Obrigações*, Coimbra, Coimbra editora, 2007, pp.133-137

algún heredero que conforme un rol especial o, si por la sucesión, se canalizará posteriormente a los sucesores por orden de vocación hereditaria[34].

En el derecho español, un sector doctrinario aboga por la viabilidad de la indemnización por el daño causado por la propia muerte, contrariamente a la tesis del derecho romano de que la muerte solo debe ser interrogada por la vía penal. Se indaga si la responsabilidad civil puede seguir negando cualquier sanción por lesión del más alto valor conocido por el sistema jurídico: la vida humana. Además, se observa que, en la actualidad, quienes privan la vida de una persona se benefician más que quienes solo causan lesiones, ya que en este último caso hay margen para la reparación a la víctima. A esto se le suman los argumentos económicos, ya que la falta de una valoración suficiente de la vida humana impide la adopción de medidas de prevención de riesgos[35].

En Italia, con el tiempo, los tribunales establecieron una compensación autónoma, denominada "danno tanatologico", o "daño por la pérdida de una vida". Esta condena extrapatrimonial surge en la secuencia del hecho causador del fallecimiento de la persona, pasando a formar parte de su herencia y transferible a sus herederos. Inicialmente, la figura fue aceptada por la Corte Suprema en sentencia de 23/1/2014 (n. 1361) en el conocido caso "Scarano".[36] Se preveía una compensación *ex se*, es decir, la pérdida del bien de la vida, objeto de un derecho absoluto e inviolable, sería compensable en su objetividad. Sin embargo, en un repentino cambio de dirección, en la decisión del año siguiente (15.350), el mismo tribunal la rechazó. Las Secciones Unidas especificaron que la pérdida del bien jurídico de la vida no es reembolsable si la muerte ocurre inmediatamente o después de un período de tiempo muy corto a la ofensa, en virtud de la ausencia de la persona a quien se vincule la pérdida del bien y en cuyo patrimonio se pueda

34 La tesis de la reparabilidad del "daño de la muerte", aunque discutida por los tribunales en los primeros años de vigencia del CC en Portugal, se ha consolidado en la jurisprudencia desde el Ac STJ 17.3.1971.

35 Guitián, A.M.R.; *Indemnización por causa de muerte: Análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español*, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Barcelona, abril, 2015. Sin embargo, la autora reconoce que la opinión mayoritaria es "en contra de que la muerte sea en sí misma un daño moral reparable se encuentran, entre otros, los siguientes: primero, el momento de la producción del daño coincide con la extinción de la personalidad jurídica, de modo que la víctima no llega a adquirir un derecho por la pérdida de la propia vida que ingrese en su patrimonio. Segundo, la privación del bien "vida" va unida a la producción de un daño moral, de modo que sería, al menos discutible, que el derecho a la indemnización por tal daño sea transmisible mortis causa. En tercer lugar, la admisión de legitimidad activa a los herederos para reclamar la reparación del daño moral del fallecido llevaría a entender que la función de responsabilidad civil es punitiva en este caso, y que aquí es imposible que se cumpla la función reparadora no poder compensar ya a la víctima fallecida", op. cit., p. 6.

36 Con la sentencia n. 1361/2014 (est. Scarano), el Tribunal de Casación reconoció explícitamente por primera vez el derecho a una indemnización por "daño a la vida" como tal, o por los daños derivados de la propia muerte de la víctima que pueden, por ende, ser transmitidos (iure hereditatis) a herederos, cualesquiera que sean, a quienes se les debe pagar lo equivalente. Bajo este último aspecto, la sentencia citada también confirmó la existencia de la ya probada tríada constituida por prejuicios de carácter existencial, moral y biológico, aunque no como una categoría de daño en sí mismo, sino como aspectos descriptivos, aunque ontológicamente distintos (independientemente de la nomenclatura utilizada), de la categoría única de daño inmaterial, de acuerdo con las sentencias gemelas conocidas por las Secciones Unidas de la *corte di cassazione* en 2008.

adquirir el crédito de indemnización, o en caso de fallecimiento al poco tiempo, la falta de utilidad de una muy breve duración de la vida[37].

¿Y en cuanto al derecho brasileño? Una respuesta provocadora sería que en nuestro país es más barato matar a una persona que herirla gravemente. La paradoja surge cuando analizamos los arts. 949 y 950, del Código Civil.[38] [39] En los dos casos se otorga una indemnización por los daños causados a la integridad física del lesionado que no falleció por el hecho lesivo, incluida una pensión que se le asigna en caso de incapacidad laboral. Esta indemnización no descarta posibles daños reflejos a favor de familiares y dependientes económicos. Pareciera incongruente que una lesión que ofenda la integridad física implique una indemnización, sin que se haga ninguna referencia a una compensación en los casos extremos en los que la lesión física haya provocado la muerte.

Sin embargo, volviendo al *caput* del art. 948 del Código Civil, la parte final subraya: "sin excluir otras reparaciones". Surge aquí una apertura para que los tribunales puedan admitir la indemnización del daño-muerte como un daño autónomo en los casos en que el agravio cobró la vida de la víctima, con base en la ofensa corporal que terminó con la muerte.[40] La estructura de la norma mencionada también permite que cualquier indemnización alcance el daño previo a la muerte.

El daño-muerte es un daño a un bien supremo del individuo, objeto de un derecho absoluto e inviolable garantizado primordialmente por el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no requiere la conciencia de la víctima sobre su muerte. En otras palabras, no importa si el hecho ilícito resultó en la muerte instantáneamente o si la víctima sobrevivió lo suficiente como para sentir la inexorable llegada de

37 Tribunal Supremo de Cassazione Sezioni Unite Civili: "La negazione di un credito risarcitorio della vittima, trasmissibile agli eredi, per la perdita della vita, seguita immediatamente o a brevissima distanza di tempo dalle lesioni subite, è stata ritenuta contrastante con la coscienza social e alla quale rimorderebbe che la lesione del diritto primario ala vita fosse priva di conseguenze sul piano civilistico (cass.n.1361 del2014),anche perché, secondo un'autorevole dottrina, se la vita è oggetto di un diritto che appartiene al suo titolare, nel momento in cui viene distrutta, viene in considerazione solo come bene meritevole di tutela nell'interesse dell'intera collettività". http://www.dimt.it/wp-content/uploads/2015/07/Cass.-SS.UU_.danno-tanatologico-n.-15350-2015.pdf

38 "Art. 949. En caso de lesión u otra ofensa a la salud, el ofensor indemnizará al ofendido de los gastos del tratamiento y el lucro cesante hasta el final de la convalecencia, además de cualquier otro daño que la víctima demuestre haber sufrido".

39 Art. 950. Si de la ofensa resulta defecto por el cual el ofendido no pueda ejercer su oficio o profesión, o si se reduce su capacidad laboral, la indemnización, además de los gastos de tratamiento y lucro cesante hasta el final de la convalecencia, incluirá una pensión correspondiente a la importancia del trabajo para el que está incapacitado, o de la depreciación que sufrió.

40 En el mismo sentido, Camila Cavalcante sostiene que "En el diploma civil brasileño, expresamente, no se observa en una primera lectura la posibilidad de compensación por el deceso de una persona que sufre con una conducta, omisiva o comisiva, al punto de perder su vida. Pues bien, por la comprensión atenta del caput del artículo 948, del que se extrae, expresamente, "sin excluir otras reparaciones", la apertura a la indemnizabilidad del daño muerte como daño autónomo debido al de cujus, por su fallecimiento, como un derecho propio, sin excluir la posibilidad ya prevista de compensación por daño moral in re ipsa a los familiares del ofendido fallecido". Op., cit, p. 16.

la muerte.[41] Exactamente como delimita Menezes Cordeiro[42], no tiene sentido que exista un derecho a la vida y no dotarla de la competente tutela aquiliana, hasta el punto de considerar que la negativa al daño-muerte conduce a resultados inaceptables "si no hay ningún familiar, ¿no hay indemnización? Se llegaría a lo absurdo de que es más barato matar que herir: el agente responsable debe indemnizar al lesionado herido, pero si logra matarlo, no paga nada".

VI. EL DAÑO-MUERTE MÁS ALLÁ DE LA FUNCIÓN COMPENSATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: *VINDICATORY DAMAGES*.

La indemnización por el daño-muerte se distingue claramente de la compensación por el daño de la pérdida de la relación destinada al cónyuge y familiares, así como de un daño moral "terminal o catastrófico", es decir, el daño que consiste en el sufrimiento de la víctima que atestigua claramente la extinción de su vida, cuando se constate la existencia de un estado de conciencia en el intervalo entre el evento del daño y la muerte, con la consecuente adquisición de un pedido de indemnización, transferible a los herederos. Por consiguiente, el daño-muerte solo puede admitirse dentro de la *función compensatoria* de la responsabilidad civil como una especie de daño abstracto, es decir, una excepción al principio de la irreparabilidad del daño-evento y de la reparabilidad exclusiva del daño-consecuencia, ya que la muerte tiene como consecuencia el fin de todo.

Una forma de acomodación es la de entender que, en los casos de homicidio con muerte inmediata, el evento fatal coincidiría con la ausencia de vida. Si, por lo tanto, el daño-evento y el daño-consecuencia coinciden, dejaría de ser una excepción al principio del daño-evento no reembolsable porque, en sentido estricto, se indemnizaría el daño emergente. En la misma línea, Mafalda Miranda Barbosa llama la atención sobre el hecho de que la muerte en sí misma, aunque sea instantánea y no esté precedida de un proceso de agonía y no concienciada, configura un daño cuyas repercusiones nunca se pueden medir, salvo en términos aproximados. El daño previo a la muerte y el daño reflejo de los familiares son medibles, sin embargo, no se puede decir lo mismo del daño existencial que se traduce en la supresión de la propia vida, "es que, en el caso del daño a la vida, esta misma coincide con el daño, por lo que no es necesario, contrariamente a lo

41 En el mismo sentido, el artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos: "1. El derecho de cualquier persona a la vida está protegido por la ley. Nadie puede ser privado de la vida intencionalmente, excepto en la ejecución de una pena capital dictada por un tribunal, en caso de que el crimen sea sancionado con esta pena por la ley".

42 Menezes Cordeiro, A.: *Tratado de direito civil português II, Direito das obrigações*, Tomo III, Coimbra, Almedina, 2010, p. 516.

que es la regla, tratar de determinar las repercusiones negativas que conlleva la violación del derecho en el ámbito del lesionado'"[43].

A pesar de los méritos del razonamiento anterior, debemos ir aún más lejos. De hecho, carecemos de una línea de argumentación alternativa, dada la postura mayoritaria de los sistemas jurídicos, a saber, la de que en los casos en que la muerte se produce en la inmediatez del evento lesivo, la responsabilidad civil es ineficaz como remedio destinado a reequilibrar la posición patrimonial de la víctima, debido a la ausencia física de un sujeto con capacidad legal, que es *conditio sine qua non* para atraer cualquier derecho a su "patrimonio" (incluyendo el derecho a compensación por la privación de su existencia). Si falta la persona natural, ni siquiera habrá una entidad legal capaz de "consolidarse" a sí misma y luego transmitir el derecho a una compensación por una súbita privación de la vida[44].

Por ende, si no queremos razonar en términos de regla/excepción, nos parece que la indemnización por daño-muerte no debería estar justificada por la función compensatoria de la responsabilidad civil, que se volvería incoherente, dada la imposibilidad lógica de un condenación pecuniaria para restituir a la víctima fallecida en el momento anterior al ilícito[45]. No se trata de decir que no hubo daño, sino de reconocer que en el paradigma reparador, la víctima no sufrió un daño que el ordenamiento jurídico justifica como resarcible.

Tampoco nos parece que la indemnización por el daño-muerte sea justificable como una sanción punitiva, ya que la pena civil exige un comportamiento ultrajante por parte del infractor, mientras que el daño-muerte se conforma con el ilícito, independientemente de la gravedad de la culpa.

Creemos que la brecha legislativa y la misma oscilación en cuanto al tema invitan a la doctrina brasileña a visitar una función distinta de la responsabilidad civil, discutida en las jurisdicciones de "*common law*" y más conocida por la etiqueta de "*vindicatory damages*". A diferencia de la responsabilidad por "negligence" (*tort*

43 Barbosa, M.M.: "Considerações a propósito dos danos morais reflexos", *Cadernos de direito privado*, Jan-Mar, 2014, nº 45, pp. 3-18.

44 En el Derecho Portugués, Oliveira Ascensão considera que la indemnización "nunca podría funcionar como equivalente o compensación para la parte lesionada; por naturaleza, nunca podría disfrutar de ese bien. Ascensão, J.O.: *Direito civil Sucessões*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra editora, 1989. p. 50. Antunes Varela, afirma: "si bien la obligación de indemnizar se fundamenta en varios supuestos, entre los que se encuentra, por regla general, la práctica del acto ilícito, no hay que olvidar que la indemnización es, esencialmente, la reparación de un daño (de un tercero). Si y mientras no haya daño, aunque haya un hecho ilícito, no hay obligación de indemnizar. En el caso especial de lesión o agresión mortal, la muerte es un daño que, por la propia naturaleza de las cosas, ya no se verifica en el ámbito jurídico de su titular". Varela, A.: *Das obrigações em geral, Rev. e Atual.,* Vol. I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 611

45 Extraído del Art. 10: 101. del PETL (*Principles of European Tort Law*) "La indemnización es un pago en efectivo para compensar a la víctima, es decir, para restaurarlo, en la medida de lo posible, a la situación en la que se encontraría si no se hubiera cometido el ilícito".

primordial en el mundo del *common law*), cuya esencia radica en el daño y en su compensación, existen infracciones procesables *per se* ¾independientemente de los daños, fundamentalmente vinculadas a la reivindicación de derechos¾, que juegan un papel fundamental en la protección de los derechos fundamentales de las personas, ya sea la libertad en virtud de prisión indebida, la reputación en caso de difamación, el derecho a la propiedad protegida contra la invasión o el derecho a la integridad psicofísica tutelado contra agresión[46].

En otras palabras, al indagar sobre el objeto de la responsabilidad civil en Inglaterra, prevalece el "loss model", según el cual el demandado será responsabilizado de la causa del daño, salvo que exista una buena razón en contrario. Sin embargo, otra explicación ¾el "rights model"¾, consiste en que el propósito de la responsabilidad civil es el de tutelar derechos y que las pretensiones resultantes tienden a reivindicar esos derechos, siendo la indemnización un medio para hacerlo, ofreciendo una reparación por su violación. Según este modelo, en el lenguaje de Robert Stevens, en lugar de apuntar a una indemnización consecuente a un daño (*consequential damages*), como compensación de la pérdida resultante de la injerencia en un interés, la función reivindicativa propone una indemnización sustitutiva (*substitutive damages)* a la violación del propio derecho por parte de quien ofendió al demandante, incumpliendo su deber para con él[47].

En una traducción aproximada, la "*indemnización reivindicatoria"* no es una condenación pecuniaria destinada a compensar daños, disuadir la conducta indebida o punir el comportamiento ultrajante. Es algo distinto: se trata de una indemnización cuyo fin es el de reclamar derechos que fueron violados, independientemente de sus consecuencias. Como en el derecho romano, donde surgió la figura de la "*vindicatio"* de tutela a la propiedad a pesar de cualquier daño sufrido por su titular, en el daño-muerte el reclamo ejercido contra el reo actúa como sustituto de la violación del derecho. Es decir, al exigir que el autor del homicidio no solo pague una suma X por los daños infligidos a los parientes del fallecido (de carácter compensatorio), sino también que sea condenado a una suma y, por abreviar una vida, la sentencia se aleja del principio de la "*restitutio in integro"* y termina por expresar el elemento moral del ordenamiento jurídico.

46 En el sistema inglés se afirma mayoritariamente que la privación de la vida en sí misma no es un daño moral reparable y, por ende, el derecho a reclamar una indemnización no es transferible a los herederos. En el *common law* tradicional se establece que la muerte como consecuencia de un acto negligente no puede dar lugar a una indemnización, en lo que respecta a la muerte misma, ni a favor del fallecido ni de otras personas. Por lo tanto, en Baker v. Bolton, de 1808, Lord Ellenborough afirma que: 'the jury could only take into consideration the bruises which the plaintiff had himself sustained, and the loss of his wife's society, and the distress of mind he had suffered on her account, from the time of the accident till the moment of her dissolution. In a civil Court, the death of a human being could not be complained of as an injury; and in this case the damages, as to the plaintiff's wife, must stop with the period of her existence". [1808] EWCC J38, [1808] EWHC KB J92, (1808) 1 Campamento 493, 170 ER 1033

47 Stevens, R: *Tort and rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007. "The award is not intended to attempt to undo the wrong but rather to make it clear to the word, or more precisely to the two parties, that the wrong was a wrong and should never have happened".

Avalar el reclamo en la responsabilidad civil no significa rechazar su función compensatoria. Las dos funciones coexisten. No obstante, los *vindicatory damages* actúan cuando en determinadas circunstancias la función primaria del *tort law* se distancia de la recuperación de daños por una pérdida fáctica, pasando a expresar la reacción del sistema a una injerencia ilícita frente a un interés protegido. Como explica el autor más destacado en el campo de los *vindicatory damages*, Jason Varuhas: "En el caso de agravios en los que la reivindicación de derechos es la función primaria, la indemnización se difiere por el hecho de la interferencia indebida sobre el interés protegido de *per si*. Esta indemnización compensa un daño que es "normativo" por naturaleza, evaluado objetivamente y otorgado al demandante independientemente de su sufrimiento o de cualquier impacto psicológico negativo, o incluso de los efectos económicos derivados del agravio"[48].

A diferencia de las indemnizaciones por pérdidas materiales (*factual loss*), la indemnización normativa comprende un daño construido de forma abstracta en el mundo jurídico, sin correlación con los efectos que se sienten en el mundo real. De esta forma, la condena señala de manera tangible que la conducta del imputado fue un delito contra el fallecido y que, al mismo tiempo, el derecho a la vida no es solo algo que deba ejercer el "*de cujus*", sino un derecho fundamental que se afirma de manera abstracta contra cualquier persona de la sociedad y, en concreto, contra aquel ofensor que lo cosechó con un acto antijurídico[49].

Finalmente, surge una excelente oportunidad para ampliar las funciones de la responsabilidad civil al hacer autónomo el propósito de reclamar derechos, ante la tradicional reparación de daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Incluso por la misma complejidad del daño-muerte, que presenta simultáneamente aspectos existenciales y patrimoniales. En lugar de corregir las consecuencias del ilícito, se subsana el mismo acto ilícito mediante una indemnización, a pesar de lo que hubiera sucedido si el ilícito no se hubiera producido. En lo que respecta al daño-muerte, independientemente de las repercusiones morales o económicas en el ámbito de terceros, el agravio de acortar la vida de alguien es una violación de la integridad psicofísica de la víctima, por parte de quienes omitieron, intencionalmente o no, el deber general de cuidado, siendo su conducta la causa adecuada para el abrupto deceso de la víctima. En este contexto, la indemnización por el daño-muerte transmite el importante mensaje de reforzar el deber moral de preservar la vida humana.

48 Barras, J: *The Concept of 'Vindication' in the Law of Torts: Rights, Interests and Damages*. Oxford Journal of Legal Studies, Volume 34, Issue 2, Summer 2014, pp. 253–293.

49 James Edelman señala precisamente que "The conflict is between one model, historically dominant, which sees the wrong – i.e. the violation of a right – as transparent in itself, the law looking to its factual consequences in order to compensate them, and an alternative model, increasingly influential in an age saturated with the language of rights, which sees the wrong itself as the compensable injury suffered by the claimant." Vindicatory damages TC Beirne School of Law conference 'Private Law in the 21st century" Stamford Plaza Hotel, Brisbane 15 December 2015

Podemos trazar un paralelo en la función reivindicativa de la indemnización, a través de la simetría entre el fin y el comienzo de la vida. De manera análoga al daño-muerte, en la "*wrongful conception*", también vislumbramos motivos para una indemnización reivindicatoria. Solo hay que pensar en la condena de un médico a una obligación de indemnizar por *mala praxis*, es decir, la violación de la *leges artis* por una conducta negligente en un proceso de esterilización que haya derivado en embarazo y nacimiento no deseado de un hijo. La indemnización representará el reconocimiento de la violación de un derecho, junto con las consecuencias negativas. En definitiva, considerar la vida de un niño como un daño en sí mismo o una fuente de daño es una mala idea y contradice la misma intangibilidad de la dignidad humana[50].

Es comprensible y aceptable que los padres sean indemnizados por los gastos adicionales en los que incurrirán para criar a su hijo. Además del mencionado daño patrimonial, es defensable que los padres sean compensados por el daño causado por la privación de su autonomía, como una oportunidad perdida de vivir su vida de la manera que quisieron y planearon. Fíjense: la "pérdida de autonomía" no es una pérdida en el sentido consecuente. El nacimiento de un niño, a pesar de ser el resultado de un intento fallido de esterilización por parte de los padres, idealmente no es una consecuencia adversa. Por lo tanto, una indemnización por la privación de autodeterminación de los padres actúa como sustituto de la violación de su derecho fundamental a la planificación familiar. Si un hijo llega al mundo por una falla en un método anticonceptivo, lo que genera un impacto maravilloso en la vida de la familia, el derecho de los genitores a una indemnización se mantiene, ya que se vieron privados de su libertad de elección. Si comparamos el mundo como es ahora, con el mundo como debería ser, sin lo ilícito, puede que no esté peor, pero aun así puedo reclamar mis derechos.

En el juicio de la Corte Suprema de Inglaterra del caso *Rees V Darlington Memorial Hospital*, la demandante, Karina Rees, una persona con discapacidad visual gravísima se sometió a una esterilización por temor a dificultades adicionales para ejercer el papel de madre. Sin embargo, el procedimiento fue negligente y tiempo después tuvo un hijo, que nació sano. En la decisión que otorgó la indemnización, *Lord Bingham* describió que su propósito no está destinado a compensar los costos de criar a un niño no deseado, pues no se trata de un producto de un cálculo derivado de un niño como un daño. Sin embargo, no sería meramente una indemnización nominal (*nominal damages*), como una condena irrisoria. Por el contrario, la indemnización debe proporcionar algún grado de

50 Precisamente porque la indemnización por el daño-muerte transmite el importante mensaje de reforzar el deber moral de preservar la vida humana, podemos ir más allá y preguntarnos: ¿qué pasa con el daños-muerte del no nacido? Actualmente, la interrupción antijurídica de la vida del no nacido se reconoce como un daño reflejo a favor de los progenitores, pero si se reconoce la indemnización por el daño muerte de los ya nacidos, en un segundo momento la discusión incluirá inevitablemente al no nacido, pero ya anidado en el útero.

reconocimiento del agravio a la autonomía reproductiva de los demandantes en todo el espectro de casos de embarazo indebido.[51] El mérito de este precedente fue reconocer que el ilícito cometido contra los padres resultó en una condena a una indemnización sustitutiva del derecho violado por injerencia indebida, más que en el daño emergente por considerar el nacimiento como un "defecto"[52].

VII. LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO-MUERTE.

La naturaleza específica del daño sufrido debe ser considerada para efectos de cuantificación, ya sea en la valoración del sufrimiento que precede a la muerte (daño previo a la muerte), el daño reflejo de los familiares de la víctima, como el daño causado por la pérdida de la vida. Específicamente con respecto a la indemnización por daño-muerte, si la respaldan nuestros tribunales, ya sea desde la visión consecuencialista de la indemnización de un daño o en la alternativa de un agravio indemnizable como reacción a la violación de un derecho, necesariamente el siguiente paso será la valoración en cuanto a la extensión de esta indemnización. En el dicho popular, cuando resolvemos un problema, siempre surge una familia de problemas nuevos. El debate sobre la cuantificación de una eventual indemnización es tan importante como el propio reconocimiento del daño muerte, dado que, si se mantiene el estándar nacional de condenas por cuantías insignificantes, en la práctica cualquier indemnización corresponderá a una no indemnización[53].

El primer paso consistirá en entender que la búsqueda del cumplimiento del principio de reparación integral demandará en ocasiones tres indemnizaciones autónomas: a) el daño moral por derecho de cada miembro de la familia; b) el daño al derecho a la vida de la víctima (daño-muerte); c) eventualmente, el daño causado por los sufrimientos de la víctima en el período comprendido entre el hecho ilícito y la muerte.

51 Cámara de los Lores, SESIÓN 2002-03 [2003] UKHL 52. REES V DARLINGTON MEMORIAL HOSPITAL NHS TRUST: HL 16 OCT 2003. En el juicio, Lord Millet señaló lo siguiente: "I still regard the proper outcome in all these cases is to award the parents a modest conventional sum by way of general damages, not for the birth of the child, but for the denial of an important aspect of their personal autonomy, viz the right to limit the size of their family. This is an important aspect of human dignity, which is increasingly being regarded as an important human right which should be protected by law. The loss of this right is not an abstract or theoretical one".

52 Mulligan, A.: *A vindicatory approach to tortious liability for mistakes in assisted human reproduction*, Legal studies, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 64.

53 Supremo Tribunal de Justicia – Portugal- 6/15.5T8VFR.P1.S1 – 3.11.2016: "V - La reparación del daño muerte es hoy incuestionable en la jurisprudencia, situándose, por regla general, y con algunas fluctuaciones, entre los € 50.000,00 y € 80.000,00, alcanzando incluso algunos de los más recientes arreglos a los €100.000,00. VI - Teniendo en cuenta la edad de la víctima (52 años) y las circunstancias en las que ocurrió el accidente (sin ninguna culpa suya), la indemnización de € 60.000,00 se considera ajustada, equilibrada y adecuada, en virtud de daño muerte. VII - Esta indemnización se otorga, en bloque, a las personas a quienes les corresponda, en los términos del art.º 496º, n.º 2, del Cód. Civil, y dividida entre ellos, aun cuando, en relación con alguno de ellos, deba efectuarse una reducción, en los términos del art.º 570º, n.º 1, do Cód. Civil. VIII - La reducción resultante debe repercutir en la cuota o participación de los restantes tenedores de la indemnización.

El primer aspecto que se debe considerar en el ámbito del daño-muerte es que la pérdida que da lugar a la indemnización fue sufrida por el fallecido y no por los herederos, por lo que el valor debe ser unitario, independientemente del número de herederos con derecho a la sucesión. En cuanto al valor monetario, es muy claro que debe ser muy superior al valor fijado para la compensación de otras pérdidas extrapatrimoniales, ya que la vida, como se subraya, es el principal bien inmaterial del que estamos dotados los seres humanos[54].

Precisamente porque el daño-muerte se trata de una respuesta a un ilícito que acorta el ciclo de vida de una persona determinada, en sus circunstancias, cada sentencia alcanzará un "quantum" según el grado de injerencia en el derecho a la vida: con respecto a la víctima, los factores preponderantes serán la edad, el estado de salud, la esperanza de vida futura, la actividad que realiza, además de las condiciones personales y familiares. Sin duda, en cuanto a considerar la existencia misma del daño-muerte, es inviable su rechazo por la inminencia de la muerte dada la edad avanzada de la víctima, según una escala de longevidad dentro de la abstracción de la esperanza de vida promedio de un determinado país. La condición humana no puede cosificarse con estadísticas. Eventualmente, si el contexto fáctico indica que la víctima no estaba dotada de vitalidad psicofísica, debido a una capacidad reducida para comprender y manejar su vida y la de su familia, estamos en el campo de mitigar la extensión de la indemnización[55].

Además, al enfrentar el daño a muerte desde un sesgo reivindicativo y no compensatorio del daño, se abre un camino para la investigación del alcance de la culpa del imputado en la búsqueda de un *quantum* adecuado, algo que sería insignificante en términos de pura función reparadora (art. 944, CC). Por ende, un ilícito intencional que cobra una vida resultará en una indemnización mayor que un ilícito culposo resultante de negligencia o desidia, como suele suceder en las infracciones de tránsito.

En un nivel de políticas públicas, este debate sobre la cuantificación de una eventual indemnización es tan importante como el propio reconocimiento del daño muerte, dado que, si se mantiene el estándar nacional de condenas por cuantías insignificantes, en la práctica cualquier indemnización corresponderá a una no indemnización.

Después de todo, en un país donde las estadísticas de homicidios demuestran la inutilidad de la existencia humana, la aceptación de una reivindicación por

54 Pinto Júnior, A.R.; "O dano morte. A existência jurídica do "pretium mortis", *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região*

55 No hay uniformidad de criterios. Según Diogo Leite de Campos, dado que la vida es un valor absoluto y el perjuicio de su pérdida es igual para cualquier persona, el valor de la indemnización por daño muerte no debe depender de la edad, la condición sociocultural, el estado de salud u otras circunstancias de la víctima. Op. cit., 2007, p. 135.

daño muerte por un "mimetismo monetario" solo confirmaría en la esfera civil el "descrédito" que ya recibe el más importante de los bienes jurídicos como respuesta en el ámbito criminal.

VIII. PALABRAS FINALES.

En su plan efectivo, eventualmente, el hecho jurídico de la muerte producirá consecuencias en el plan de la responsabilidad aquiliana como hecho ilícito perjudicial pluriofensivo. Los familiares cercanos sufren daños reflejos patrimoniales y extrapatrimoniales, sin que dichos daños indirectos impidan la compensación *mortis causa* por vía hereditaria de los daños sufridos por el *de cujus*, ya sea por el sufrimiento y el dolor en el período que medió el ilícito y la muerte, como por el daño causado por la pérdida de la vida, el daño-muerte.

BIBLIOGRAFIA

Ascensão, J.O.: *Direito civil Sucessões*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra editora, 1989.

Barbosa, M.M.: "Considerações a propósito dos danos morais reflexos", *Cadernos de direito privado*, Jan-Mar, 2014, nº 45.

Bianca, M.: *Diritto civile. V – La responsabilità*, Milano, Giuffrè, 1994.

Bampos, D.L.: *Os danos causados pela morte e sua indenização. In: Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Vol III, Das Obrigações*, Coimbra, Coimbra editora, 2007.

Bdelman, J.; *In, Vindicatory Damages. TC Beirne School of Law conference "Private Law in the 21st century"*, Stamford Plaza Hotel, Brisbane, 15 December 2015.

Cavalcante, C: "Indenizabilidade do dano morte no Brasil: uma perspectiva acerca da defesa da vida", *Revista IBERC*, v. 2, n. 2, p. 1-19, maio-agosto, 2019. www.responsabilidadecivil.org

Guitián, A.M.R.; *Indemnización por causa de muerte: Análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español*, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Barcelona, abril, 2015.

Menezes Cordeiro, A.: *Tratado de direito civil português II, Direito das obrigações,* Tomo III, Coimbra, Almedina, 2010, p. 516.

Mulligan, A.: *A vindicatory approach to tortious liability for mistakes in assisted human reproduction*, Legal studies, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

Pinto Júnior, A.R.; "O dano morte. A existência jurídica do "pretium mortis", *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região*

Dtevens, R.: *Tort and rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Varuhas, J. "The Concept of 'Vindication' in the Law of Torts: Rights, Interests and Damages", *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 34, Issue 2, Summer 2014, pp. 253–293, https://doi.org/10.1093/ojls/gqt036

Varela, A.: *Das obrigações em geral, Rev. e Atual.,* Vol. I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2014.

Universidade Católica Portuguesa.: *Comentários ao Código Civil. Direito das obrigações*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018.

EL ESTATUTO JURÍDICO DE LAS ENTIDADES RELIGIOSAS CON NOTORIO ARRAIGO EN ESPAÑA

THE LEGAL STATUS OF DEEP-ROOTED RELIGIOUS ENTITIES IN SPAIN

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 762-791

Diego TORRES SOSPEDRA

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: El objeto del presente trabajo lo constituye la exposición y análisis de las consecuencias jurídicas aparejadas a la consecución de la declaración de "notorio arraigo en España" para una entidad religiosa.

PALABRAS CLAVE: Libertad religiosa; entidades religiosas; notorio arraigo en España; comisión asesora; acuerdos de cooperación; matrimonio religioso.

ABSTRACT: *The purpose of this work is the exposition and analysis of the legal consequences associated with the achievement of the declaration of significant ingraining in Spain for a religious entity.*

KEY WORDS: *Religious freedom; religious entities; significant ingraining in Spain; advisory commission; cooperation agreements; religious marriage.*

SUMARIO.- I.- CONFESIONES RELIGIOSAS Y NOTORIO ARRAIGO EN ESPAÑA.- II.- PRESENCIA EN LA COMISIÓN ASESORA DE LIBERTAD RELIGIOSA (CALR).- III.- EVENTUAL NEGOCIACIÓN Y FIRMA DE ACUERDOS CON EL ESTADO.- IV.- COOPERACIÓN ECONÓMICA.- V.- EFICACIA CIVIL DEL MATRIMONIO.- VI.- CONSIDERACIONES FINALES.

I. CONFESIONES RELIGIOSAS Y NOTORIO ARRAIGO EN ESPAÑA.

El fenómeno religioso en España viene definido, en la actualidad, por la diversidad y el pluralismo. Los copernicanos cambios y previsiones introducidas por la Constitución española de 1978 (en adelante CE 1978), consagrando la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades, constituyeron un idóneo basamento sobre el que acomodar las distintas realidades sociológicas de las que nuestro país ha sido testigo y continente. Multiculturalidad y diversidad religiosa son dos caras de una misma y valiosa moneda.

La CE 1978 prevé en su artículo 16, en primer lugar, la garantía de los referidos derechos, tanto para los individuos como para las comunidades, esto es, también para los sujetos colectivos. Con respecto a éstos articula un sistema de separación cooperacionista[1], traducido en que "ninguna confesión tendrá carácter estatal" si bien el Estado, más concretamente "los poderes públicos", "tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones".

En desarrollo de las constitucionales previsiones, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa[2] traduce el deseo estatal del momento diseñando un mecanismo de cooperación mediante pactos entre el Estado y las entidades religiosas que tiene como resultado la todavía vigente literalidad de su artículo 7 que señala que:

"Uno. El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que

1 Cañamares Arribas, S.: "Ley Orgánica de Libertad Religiosa: oportunidad y fundamento de una reforma", *Ius Canonicum*, 2010, núm. 50, p. 481.

2 BOE núm. 177, de 24 de julio de 1980.

• Diego Torres Sospedra
Profesor Asociado de Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad de Valencia. Correo electrónico: diego.torres@uv.es

por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales.

Dos. En los Acuerdos o Convenios, y respetando siempre el principio de igualdad, se podrá extender a dichas Iglesias, Confesiones y Comunidades los beneficios fiscales previstos en el ordenamiento jurídico general para las Entidades sin fin de lucro y demás de carácter benéfico."

A la vista de dicho precepto pareciere que la única vía prevista o imaginada por el legislador, para el cumplimiento de la constitucional obligación cooperativa del Estado, deviniera la negociación y eventual consecución de pactos con aquellos sujetos colectivos de la libertad religiosa que contaran con una presencia de tal intensidad y alcance que aglutinaran grandes sectores sociales. Como si de una cuestión sujeta a los vaivenes políticos se tratara, en aras de la consecución de una realidad armonizada y de un quorum relevante que hiciera innecesaria una regulación general del derecho de libertad religiosa extra muros de la citada norma orgánica, la vía pacticia es la escogida por el legislador. Por tanto, podemos afirmar que la vía convencional es fruto de la elección del legislador del momento, no agotando, en absoluto, las posibilidades que ofrece el art. 16 de nuestra CE 1978.

Y establece el referido artículo la escueta pero profunda exigencia de que la entidad religiosa que pretenda la negociación y firma de un acuerdo con el Estado, previamente debe haber superado dos importantes escollos. El primero de ellos se cifra en que la comunidad o grupo religioso, mediante la correspondiente inscripción en el Registro de Entidades Religiosas (en adelante RER) conforme al artículo 5 LOLR, se haya constituido en "Entidad religiosa", es decir, haya adquirido personalidad jurídica civil. Para ello, el grupo deberá contar con "fines religiosos" ex art. 3.2 LOLR.

El segundo se concreta en que dicha entidad religiosa "haya alcanzado" "notorio arraigo en España" en atención a su "ámbito y número de creyentes" si bien dicha reconocimiento le será reconocido, en su caso, por la Administración. Según IBAN ambos, "fines religiosos" y "notorio arraigo" vienen a ser dos filtros administrativos previstos por la ley[3].

La obtención de la declaración administrativa de "notorio arraigo", como paso previo al acuerdo de cooperación, dio lugar a los acuerdos de 1992 entre el Estado y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE) y con la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCIE), que habían obtenido la

3 Ibán, I C.: "Mis errores de previsión acerca de la LOLR", *Derecho y Religión*, 2020, núm. 15, p. 40.

declaración de "notorio arraigo" en 1984, así como con la Comisión Islámica de España (CIE)[4], que la consiguió en 1989.

Posteriormente, se sucedieron distintas declaraciones de "notorio arraigo en España" como son la de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días en el año 2003, los Testigos de Jehová en 2006, la Federación de Entidades Budistas de España en 2007 y la Iglesia Ortodoxa en 2010, pero ninguna de ellas dio paso a un acuerdo de cooperación.

Así, el panorama religioso en España quedaba compuesto por grupos religiosos no inscritos en el RER, esto es, sin personalidad jurídica pero que gozan de la protección de la norma orgánica por extensión de la previsión individual, grupos religiosos inscritos en el RER o "entidades religiosas", y dentro de éstas vemos aquellas que gozan de "notorio arraigo en España" pero no cuentan con acuerdo de cooperación con el Estado y otras que sí que cuentan con él. Todo ello en relación a las denominadas confesiones religiosas minoritarias, ya que la Iglesia Católica en España goza de un régimen jurídico distinto.

En cuanto al "notorio arraigo en España", la LOLR es evidente que no pretendió aportar una definición concreta de su contenido, mas sí, de alguna forma, su alcance, como hemos visto. Para colmar dicha palmaria e intencionada inicial indeterminación, si bien tras treinta y cinco años de vigencia del concepto en nuestro ordenamiento, fue dictado el Real Decreto 593/2015, de 3 de julio, por el que se regula la declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España[5]. Un texto normativo no exento de vaguedades al que pueden aducirse algunos reproches.

Por lo que respecta a su alcance, en la actualidad, ha sobrepasado la inicial posibilidad de acceso al pacto prevista en el artículo 7 LOLR y el derecho a contar con presencia en el seno de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa (CALR) del art. 8 LOLR, esto es, conlleva otras importantes consecuencias jurídicas para la Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa que ve reconocida esta situación así como para las entidades religiosas de la federación correspondiente, en su caso. Se prevé que éstas sean beneficiarias de la promoción de la libertad religiosa y de la cooperación económica de la Fundación Pluralismo y Convivencia así como la eficacia civil del matrimonio celebrado en forma religiosa.

El amplio elenco de consecuencias jurídicas que lleva aparejada su declaración, conduce a situar esta condición de "entidad con notorio arraigo" como un status ya que las entidades que gozan de dicho reconocimiento disfrutan o cuentan con

4 Leyes 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992, todas en BOE núm. 272, de 12 de noviembre.

5 BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2015.

un estatuto jurídico sensiblemente distinto al de aquellas entidades meramente inscritas en el RER en un punto intermedio entre éstas últimas y aquellas que cuentan con acuerdo de cooperación con el Estado. El análisis del estatuto jurídico de las entidades religiosas con "notorio arraigo en España" constituye el objeto de este trabajo.

En primer lugar, haremos referencia a la presencia de las entidades religiosas con "notorio arraigo" en la CALR, llevando a cabo una exposición desde el origen, regulación y naturaleza de la comisión hasta el sentido, alcance y papel de la presencia confesional en la misma, pasando por su composición y funciones. Seguidamente nos centraremos en la posibilidad de firmar acuerdos de cooperación con el Estado, para continuar con aquellos aspectos relacionados con lo que denominamos "cooperación económica" tanto directa como indirecta. Tras esto, nos referiremos a la eficacia civil del matrimonio religioso de las entidades religiosa con "notorio arraigo en España".

II. PRESENCIA EN LA COMISIÓN ASESORA DE LIBERTAD RELIGIOSA (CALR).

La CALR[6] es un órgano adscrito desde el año 2020 al Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática del Gobierno de España, en virtud de lo dispuesto por el Real Decreto 373/2020, de 18 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática[7]. Así mismo, fue creado en virtud del artículo 8 de la LOLR[8] quedando adscrito inicialmente al Ministerio de Justicia.

El referido precepto establece que:

"Se crea en el Ministerio de Justicia una Comisión Asesora de Libertad Religiosa compuesta de forma paritaria y con carácter estable por representantes de la Administración del Estado, de las Iglesias, Confesiones o Comunidades religiosas o Federaciones de las mismas, en las que, en todo caso, estarán las que tengan arraigo notorio en España, y por personas de reconocida competencia, cuyo

6 Sobre el origen y precedentes históricos de la CALR puede consultarse García García, R.: *La Comisión Asesora de Libertad Religiosa. Sus antecedentes, precedente, discusión parlamentaria y regulación actual*, Edisofer S.L., Madrid, 2003.

7 BOE núm. 43 de 19 de febrero de 2020.

8 Resultan muy elocuentes las palabras del ministro de Justicia D. Iñigo Cavero Lataillade, con ocasión de la tramitación parlamentaria de la LOLR, en las que vemos con claridad el sentido buscado para la CALR y la presencia confesional en la misma: "Creo que es un deber de justicia dejar constancia del reconocimiento a la aportación, tan positiva, de todos los miembros o representantes de las confesiones o iglesias que intervinieron en la elaboración de las bases y que auguran un clima y un espíritu de diálogo que es preludio, yo creo, de la fecunda labor que va a corresponder a la Comisión Asesora de Libertad Religiosa que se crea por este Proyecto de Ley" (*Diario de Sesiones, Senado*, núm. 59, de 10 de junio de 1980, 2846.)

asesoramiento se considere de interés en las materias relacionadas con la presente Ley. En el seno de esta Comisión podrá existir una Comisión Permanente, que tendrá también composición paritaria.

A dicha Comisión corresponderán las funciones de estudio, informe y propuesta de todas las cuestiones relativas a la aplicación de esta Ley, y particularmente, y con carácter preceptivo, en la preparación y dictamen de los Acuerdos o Convenios de cooperación a que se refiere el artículo anterior".

La LOLR configura la CALR, como expone CONTRERAS MAZARÍO, como "un órgano estatal integrado por representantes de la Administración pública, de las confesiones y por expertos, para el asesoramiento en la aplicación y desarrollo del derecho de libertad religiosa"[9] que presenta tres caracteres nucleares como son que es "estable, asesora y tripartita-paritaria"[10]. Es "estable" porque la LOLR la crea como un órgano con vocación de permanencia. En cuanto a que es "asesora", la propia denominación ya nos indica esta característica y, en lo relativo a su composición, aparece diseñada como un órgano tripartito y además de representación paritaria que según GARCÍA GARCÍA "aglutina […] a los principales colectivos interesados en el desarrollo y promoción de la Libertad Religiosa"[11].

Dicha regulación fue desarrollada, en virtud de la Disposición Final de la LOLR, primigeniamente por el Real Decreto 1890/1981, de 19 de junio[12] y la Orden del Ministerio de Justicia de 31 de octubre de 1983[13]. Más tarde ocupó su lugar el Real Decreto 1159/2001, de 26 de octubre[14] y la Orden JUS/1375/2002, de 31 de mayo[15].

En la actualidad, la CALR viene minuciosamente regulada por el Real Decreto 932/2013, de 29 de noviembre[16], instrumento normativo que, según LANDETE

9 Contreras Mazario, J M.: La Comisión Asesora de Libertad Religiosa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1987, núm. 19, p. 163.

10 Contreras Mazario, J M.: "La Comisión Asesora", cit., p. 160. GARCÍA GARCÍA añade la colegialidad como uno de sus caracteres definitorios. García García, R.: "La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio de libertad religiosa. Su art. 8. Comisión Asesora de Libertad Religiosa: regulación actual, antecedentes remotos, precedente cercano y su importación y mejora por el ordenamiento portugués", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2009, núm. 19, p. 3._

11 García García, R.: "La Ley Orgánica 7/1980", cit., p. 2.

12 BOE núm. 213, de 5 de septiembre de 1981.

13 BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1983.

14 BOE núm. 258, de 27 de octubre de 2001.

15 BOE núm. 139 de 11 de junio de 2002. Sobre el mismo Sammassimo, A.: "La Comisión Asesora de Libertad Religiosa. Commento al Real Decreto 1159/2001 e all'Orden 1375/2002", *Quaderni di diritto e política ecclesiastica*, 2003, vol. 11, 2, pp. 405-414.

16 BOE núm. 300, de 16 de diciembre de 2013. Sobre la regulación contenida en el mismo García García, R.: "Una nueva Comisión Asesora de Libertad Religiosa para los retos del siglo XXI en materia de Libertad Religiosa. El nuevo Real Decreto 932/2013, de 29 de noviembre, por el que se regula la CALR", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2014, núm. 30, pp. 175-225; Landete Casas, J.: "Real Decreto 932/2013, de

CASAS, "unifica en un mismo cuerpo normativo todas las cuestiones que afectan constitutiva y funcionalmente a la Comisión", apreciada "la necesidad de ajustar, clarificar y perfeccionar aspectos necesarios de la misma"[17] que mueve su promulgación como señala el preámbulo de la misma. Por otro lado, con causa en nueva adscripción del órgano, y con la finalidad de adaptarla a las competencias asumidas por el referido Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, ha sido recientemente promulgado el Real Decreto 371/2021, de 25 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 932/2013, de 29 de noviembre, por el que se regula la Comisión Asesora de Libertad Religiosa[18].

En cuanto a las funciones de la CALR, como se observa de una primera lectura del art. 8 LOLR, devienen el estudio, informe y propuesta acerca de todo lo que guarde relación con la aplicación de la LOLR. Con especial énfasis se le atribuye también la preparación y dictamen de los acuerdos o convenios de cooperación de los que se habla en el art. 7 de la misma Ley. Esta última tarea que, según la norma orgánica, reviste un carácter preceptivo, aparece reflejada en la letra a) del artículo 3 del RD 932/2013 en el que se hace mención de una extensa lista de tareas asignadas dentro de esa función consultiva[19].

Concretamente al respecto de su composición, el art. 8 LOLR establece que "con carácter estable" formen parte de la CALR representantes de la Administración estatal, expertos "de reconocida competencia" y, además, representantes de Iglesias, confesiones y comunidades religiosas o Federaciones de las mismas, señalando que -con referencia a la presencia confesional- "en todo caso, estarán las que tengan arraigo notorio en España".

Esta presencia, que MURILLO MUÑOZ califica como un "ámbito de ejercicio colectivo de la libertad religiosa"[20], constituye una de las repercusiones jurídicas más genuinas que lleva aparejada la obtención de la declaración de "notorio arraigo en España" para las entidades religiosas, de medular importancia para éstas ya que les ofrece la posibilidad de conocer de primera mano todas aquellas cuestiones de actualidad atinentes a la libertad religiosa así como de contar con una vía directa para presentar propuestas, opinar y discutir acerca de aquellas

29 de noviembre, por el que se regula la Comisión Asesora de Libertad Religiosa [BOE n.º 300, de 16-XII-2013]", *Ars Iuris Salmanticensis*, 2014, vol. 2, pp. 203-205.

17 Landete Casas, J.: "Real Decreto 932/2013", cit., p. 204.

18 BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2021.

19 El citado Real Decreto 932/2013 ya señalaba en su preámbulo que "el primero de los objetivos de este real decreto es asignar a la Comisión nuevas funciones que le permitan mejorar su actuación dentro del marco legal existente y la asunción de nuevas obligaciones". No podemos pasar por alto la función consultiva preceptiva, aunque no vinculante, con referencia a la declaración de "notorio arraigo en España", para su adquisición y para el procedimiento de pérdida.

20 Murillo Muñoz, M.: "El ejercicio del derecho de libertad religiosa en el ámbito de la administración electrónica", en AA.VV.: *El derecho de libertad religiosa en el entorno digital* (eds. por J Mª, Vázquez García-Peñuela e I, Cano Ruiz), Comares, Granada, 2020, pp. 82-83.

cuestiones que resulten de su interés y/o que se planteen en y a la CALR. También lo tiene para la Administración ya que, como señala MANTECÓN SANCHO, "los planteamientos religiosos son en muchos casos razonablemente desconocidos para la Administración pública" algo que la presencia confesional ayuda a erradicar. En esta última circunstancia estriba, según el autor, la importancia de la CALR[21].

Teniendo como marco lo anterior, el RD 932/2013 se marca como uno de sus objetivos, concretamente el segundo según su preámbulo, la mejora de la composición de la CALR conjuntamente con posibilitar la presencia de los "representantes de las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que puedan alcanzar la declaración de notorio arraigo en España, sin que ello exija una nueva modificación legal" [22]. Específicamente, en su Capítulo II del RD 932/2013 prevé que la CALR esté constituida (ex. art. 4) por un Presidente, un Vicepresidente, un amplio número de Vocales y un Secretario.

La presidencia de la CALR se supone que corresponde a la persona titular del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática (ex. art. 5), que tiene asignadas las funciones de presidir, moderar las sesiones del Pleno, dirigir los trabajos de éste, convocar sus sesiones, fijar su orden del día, el visado de sus actas, dar posesión a los nuevos vocales, la convocatoria al pleno de terceras personas con el fin de ilustrar sobre algún tema en concreto o encomendar cuantos estudios sean necesarios a los miembros o a terceros[23]. Además goza de la representación de la CALR, cuenta con voto de calidad sobre los acuerdos y recibe el proyecto de memoria anual de actividades de la Comisión que posteriormente somete a la aprobación del Pleno.

Por su parte, la Vicepresidencia de la Comisión le corresponde (ex. art. 6) "a la persona titular de la Subsecretaria de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática", quedándole asignadas las funciones de sustituir al Presidente en caso de vacante, ausencia o enfermedad, la presidencia, moderación, convocatoria, fijación de su orden del día de las reuniones de la Comisión Permanente y de los Grupos de Trabajo y visado de las actas de los acuerdos tomados en el seno de ambos. Cuenta también con voto de calidad en ambas con el que dirimir sus empates. Del mismo modo debe elaborar el

21 Mantecón Sancho, J.: "En torno a la anunciada reforma de la ley orgánica de libertad religiosa", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2010, núm. 26, pp. 346-347.

22 El preámbulo de dicha norma prevé que "El tercero de los objetivos es mejorar el funcionamiento de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa que actuará en Pleno, Comisión Permanente y Grupos de Trabajo. La novedad reside en la posibilidad de crear grupos de trabajo, con carácter temporal y a propuesta del Presidente o de sus vocales".

23 En anteriores regulaciones no se daba esta situación que fue criticada por Contreras Mazario, J M.: "La Comisión Asesora", cit., p. 163: "No obstante, debe ponerse de manifiesto, como elemento negativo, el carácter cerrado de su composición, no previéndose la posibilidad de requerir la presencia o el asesoramiento de terceras personas cuando por el tema pudieran resultar o bien afectadas o bien necesarias".

Proyecto de Memoria anual de actividades, convocar, en su caso, a las sesiones de la Permanente, con voz pero sin voto, a terceras personas que puedan aportar información relevante sobre algún asunto preciso, elaborar, al comienzo de cada ejercicio presupuestario, la previsión anual de gastos derivados del funcionamiento de la Comisión y en caso de vacante, ausencia o enfermedad del titular de la Vicepresidencia, éste será sustituido por el titular del puesto de trabajo, con nivel orgánico de Subdirector General o asimilado, encargado de las Relaciones con las Confesiones.

El secretariado de la comisión queda reservado para un funcionario de carrera adscrito a la Subdirección General de Libertad Religiosa nombrado por el Presidente de la Comisión"[24]. El citado funcionario debe asistir a las sesiones tanto del Pleno, de la Comisión Permanente como de los Grupos de Trabajo, con voz pero sin voto. Goza de un perfil esencialmente técnico y de auxilio de la propia CALR así como de un carácter marcadamente transversal como se observa de las funciones que el RD le atribuye en su art. 7.

En cuanto a los vocales, el art. 8 del RD establece que:

"Son miembros de la Comisión:

a) Siete personas designadas en representación de cada uno de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación; de Justicia; de Hacienda; del Interior; de Educación y Formación Profesional; de Sanidad; y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, titulares de órganos con rango de Dirección General o asimilado.

b) Doce representantes de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas o Federaciones de las mismas, entre las que, en todo caso, estarán las que tengan notorio arraigo en España, propuestos por las respectivas confesiones religiosas.

c) Seis personas de reconocida competencia en el campo de la libertad religiosa, propuestas por el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática".

Todos ellos, disfrutan de una serie de derechos (art. 9) a la par que vienen sujetos a un conjunto de obligaciones (art. 10). En cuanto a su nombramiento (art. 11) existen algunas diferencias entre ellos, a saber, los vocales expertos del apartado c) son nombrados por Acuerdo del Consejo de Ministros, "a propuesta de la persona titular de la Vicepresidencia Primera del Gobierno y del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática", si bien

24 En dicha previsión podríamos encontrar otra competencia del presidente; el nombramiento del secretario o secretaria de la CALR.

el resto de vocales de la CALR, a) y b), lo serán directamente "por la persona titular de la Vicepresidencia Primera del Gobierno y Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, mediante orden ministerial". No existen diferencias con respecto a la duración de su mandato, que será de cuatro años, renovable por periodos de la misma duración, desde la publicación de su nombramiento en el BOE hasta el momento en que tome posesión quien ha de venir a sustituirle. Los representantes de las respectivas entidades religiosas que, en palabras de TORRES GUTIERREZ, tienen un asiento en la CALR[25] son propuestos por las mismas en el seno de su organización en ejercicio de su autonomía.

En cuanto a los expertos y su nombramiento se han formulado algunas reservas u observaciones por parte de la doctrina, siendo especialmente significativa, entre otras, la de MANTECÓN SANCHO. Este autor propone la supresión del tercio de expertos ya que, al ser nombrados por la Administración, "presumiblemente, serán especialmente sensibles a sus deseos y propuestas". Del mismo modo, incluso para el caso de no darse dicha eliminación del tercio de expertos, sugirió, "que los representantes confesionales pudieran asistir con sus respectivos asesores técnicos a los que se podría conceder voz, pero no voto"[26].

Así las cosas, conviene señalar que el actual número de Entidades religiosas con declaración de "notorio arraigo en España" o su eventual aumento, no resulta un problema para el mantenimiento de la paridad en la composición ya que con la introducción del voto ponderado se destierra la paridad cuantitativa y se adopta la paridad cualitativa[27].

Podemos afirmar que la presencia confesional en la CALR deviene para éstas una oportunidad propicia para converger, crear sinergias y tomar el pulso a otras realidades religiosas además de sondear cuáles son o por dónde discurren los planteamientos doctrinales en la materia objeto de la comisión. Se trata pues de un foro único en el que las confesiones pueden escucharse y comunicarse entre ellas, con la Academia y, muy especialmente, con el Estado[28] que las acoge;

25 Torres Gutierrez, A.: "Los retos del principio de laicidad en España: Una reflexión crítica a la luz de los preceptos constitucionales", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2016, núm. 32, p. 670.

26 Mantecón Sancho, J.: "En torno a la anunciada reforma", cit., pp. 346-347. Este control del Gobierno sobre la composición de la CALR también ha sido puesto de manifiesto por Motilla De la calle, A.: "Algunas reflexiones en torno a la libertad religiosa en el estado postsecular", *Derecho y Religión*, 2020, núm. 15, p. 107.

27 Actualmente la presencia confesional asciende a doce vocales: la Iglesia Católica cuenta con cuatro vocales; la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España y la Comisión Islámica de España con dos cada una, y la Federación de Comunidades Judías de España, la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, la Federación de Comunidades Budistas de España y la Iglesia Ortodoxa de España con un vocal cada una.

28 Esta idea puede verse también en Camarero Suárez, M.: "La Comisión Asesora de Libertad Religiosa", en AA.VV, *La libertad religiosa en España : XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio*

escuchan y son escuchados. Puede ser, en suma, un utilísimo instrumento para la convivencia y el diálogo en una sociedad tan plural y diversa como la nuestra.

III. EVENTUAL NEGOCIACIÓN Y FIRMA DE ACUERDOS CON EL ESTADO.

Otra de posibilidades que ofrece la obtención de la declaración de "notorio arraigo en España" para una determinada confesión religiosa resulta la posibilidad de firmar acuerdos o convenios de cooperación con el Estado que, como señala SATORRAS FIORETTI, "constituyen la más característica fuente del Derecho eclesiástico"[29], además de ser, como apunta MOTILLA DE LA CALLE, la manifestación más significativa de la "democracia participativa y de la legislación negociada"[30] y de devenir, según FORNÉS, "el instrumento más apto para regular adecuadamente el factor religioso"[31].

Los acuerdos o convenios entre el Estado y las confesiones religiosas, tienen su fundamento en el constitucional principio de cooperación ex art. 16.3 CE. Así las cosas, como ya se ha dicho anteriormente, que estos instrumentos de carácter negociado tengan su basamento en el deber de cooperación del Estado con las confesiones religiosas no se traduce en que se éste se agote mediante esta vía, esto es, que sea la vía del pacto la única fórmula de cooperación y que no puedan darse otras formas[32] ni incluso que no pueda desecharse ésta.

Es la propia LOLR la que prevé, en su art. 7, que las confesiones con "notorio arraigo en España" puedan acceder a la cooperación por la vía del Acuerdo. Su literalidad no es más que un desarrollo de lo previsto en el art. 16.3 CE, habilitando una de las posibles vías de cooperación por medio de la LOLR y estableciendo a su vez un requisito de base, la obtención de la declaración de "notorio arraigo en España" que, en definitiva, acaban siendo dos; la lógica inscripción en el RER y, por tanto, la obtención de personalidad jurídica civil y la obtención del "notorio arraigo en España". Esta condición previa responde a una suerte de desarrollo del "teniendo en cuenta las creencias de la sociedad española" del que habla la CE.

(comentarios a su articulado) (coord. por A. Corsino Álvarez Cortina y M. Rodríguez Blanco), Comares, Granada, 2006, pp. 233-245.

29 Satorras Fioretti, R Mª.: *Lecciones de Derecho Eclesiástico del Estado*, Bosch, Barcelona, 3 ed., 2004, p. 53.

30 Motilla De la calle, A.: "La reforma de los Acuerdos de Cooperación con las Federaciones Evangélica, Judía y Musulmana, en *Los acuerdos con las confesiones minoritarias: diez años de vigencia* (coord. por M. Mantecón Sancho), Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, p. 23.

31 Fornés, J.: "Consideraciones sobre la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980, con sus perspectivas de futuro", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2009, núm. 19

32 En esta misma línea Rodríguez Moya, A.: "Repensando el artículo 16.3. C.E. la nueva cooperación y el pluralismo religioso", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2016, núm. 42, p. 21.

En suma, en un acuerdo o convenio de cooperación de los previstos en el art. 7 nos encontramos con dos sujetos, uno de ellos predeterminado y otro inicialmente indeterminado, a saber, el Estado y "las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España", respectivamente. Del mismo modo, las Federaciones de éstas últimas.

Por otro lado, conviene destacar la mención "establecerá, en su caso", que nos señala que la obtención de "notorio arraigo" no da derecho al Acuerdo, ni siquiera a su negociación, ya que, como indica MORENO ANTÓN, "legalmente el notorio arraigo y la celebración de acuerdos son dos supuestos distintos, independientes y autónomos"[33]. La firma de acuerdos con el Estado no aparece configurada como un derecho del sujeto confesional que ha obtenido la declaración de "notorio arraigo en España".

El precepto, enmarcado en la previsión de la fórmula pacticia, se centra en formular la posibilidad del acuerdo; la aparición del término "notorio arraigo" resulta meramente accesoria y circunscrita a un principal; el acuerdo o convenio. Esta declaración convierte al sujeto religioso en sujeto válido para la firma de un eventual acuerdo de cooperación con el Estado, habilitándole para ser firmante de un acuerdo, algo que no trae consigo el derecho al acuerdo ni la obligación por parte del Estado de negociar[34], pues, a diferencia del procedimiento de declaración de "notorio arraigo en España", que responde o debiera responder a criterios puramente jurídicos, la negociación y/o firma de un acuerdo de cooperación responde, desde la óptica estatal, a criterios de oportunidad y voluntad política. Así las cosas, parece indudable que durante largo tiempo la declaración de "notorio arraigo" era, en principio, cuanto menos, sinónimo de inminente acuerdo de cooperación o incluso un mero requisito dentro del iter de formalización de un acuerdo de cooperación.

En este momento, el Estado español cuenta con acuerdos con algunas confesiones religiosas, si bien no todos responden a la misma naturaleza. Por su parte, los Acuerdos celebrados entre el Estado Español y la Santa Sede de 1979 gozan de una naturaleza internacional[35], esto es, constituyen acuerdos de Derecho

33 Moreno Antón, M.: "Algunos aspectos controvertidos sobre los Acuerdos de cooperación con las Confesiones religiosas", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2000, núm. 2, p. 118.

34 En este sentido, Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de diciembre de 1995 (recurso núm. 428/1994) (FJ 2º).

35 Señala Olmos Ortega, Mª E.: "Los Acuerdos del Estado con la FEDERE, FCI y CIE", *Acuerdos del estado español con los judíos, musulmanes y protestantes*, Servicio de Publicaciones, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1994, p. 103, que los Acuerdos con la Santa Sede "siguieron para su negociación y aprobación la vía de los tratados internacionales regulada en los artículos 93 a 96 de la misma Constitución". También en la página 105 donde cita la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1982 de 12 de noviembre en la que el alto tribunal afirma, con meridiana claridad, que "no podemos menos de constatar que este Acuerdo del Estado Español y la Santa Sede tiene rango de tratado internacional".

Internacional[36] entre dos sujetos con personalidad jurídica internacional, el Estado español y la Santa Sede. Éstos, como afirma MOTILLA DE LA CALLE, con causa en su contenido, momento de vigencia y su naturaleza de tratado internacional "constituyen una figura autónoma, difícilmente reconducibles a los Acuerdos del art. 7 de la LOLR"[37].

En cambio, los acuerdos con FEREDE, FCJ y CIE de 1992 revisten una naturaleza distinta; aparecen como leyes ordinarias promulgadas por el Estado español pese a gozar de un carácter pactado, concretamente las Leyes 24, 25 y 26 de ese mismo año. Estos acuerdos, únicos existentes hasta el momento, sí que traen causa en las previsiones del art. 7 LOLR.

En cuanto al contenido de éstos últimos, puede verse con claridad su similitud, que ha llevado a algunos autores a calificarlos de "clónicos"[38]o "miméticos"[39] así como su reiteración del estatuto jurídico que ya establece la LOLR para la generalidad[40]. Es por ello que, como señala SOUTO PAZ, tienen un significado fundamentalmente simbólico, de rectificación de nuestro pasado histórico y de restauración de una convivencia plural religiosa, […] más que una pretendida ampliación del status específico de estas Confesiones minoritarias en atención a sus propias singularidades"[41] si bien estos acuerdos de 1992 abarcan cuestiones tales como la enseñanza, la asistencia religiosa o materias de carácter económico a las que las entidades religiosas con "notorio arraigo en España" no tienen acceso ya que no cuentan ni con acuerdo ni con regulación unilateral que supla esta carencia.

36 En contra de este criterio, Llamazares Fernández, D.: *Derecho de la libertad de conciencia, Tomo I*, Aranzadi, Madrid, 2002, p. 284, que afirma que "los acuerdos con la Iglesia Católica se asimilan a los tratados internacionales, pero no son tales".

37 Motilla De la calle, A.: "Ley Orgánica de Libertad Religiosa y Acuerdo con las confesiones: experiencia y sugerencias de iure condendo", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 2009, núm. 19, p. 13. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1982, de 12 de noviembre (FJ 5) o la 187/1991, de 3 de octubre (FJ 1).

38 Bonet Navarro, J.: "La celebración de festividades religiosas en los acuerdos de cooperación de 1992", *Revista Española de Derecho Canónico*, 1995, núm. 52, p. 305. En el mismo sentido Ibán, I C.: "Mis errores de previsión", cit., p. 41.

39 Suárez Pertierra, G.: "Acuerdos y convenios: crisis de un modelo", en *Libertad de conciencia, laicidad y derecho: "liber discipulorum": en homenaje al Prof. Dr. Dionisio Llamazares Fernández* (coord. por A. Fernández Coronado González, J D. Pelayo Olmedo, S. Pérez Álvarez, A. Rodríguez Moya, G. Suárez Pertierra), Civitas, Madrid, 2014, p. 235.

40 MARTÍNEZ TORRON señala, con referencia a dichos Acuerdos, que "tienen más de explicitación de la Libertad religiosa que de cooperación". Martínez Torrón, J.: "Diez años después. Sugerencia sobre una posible revisión de los Acuerdos de 1992 con las Federaciones Evangélica, Israelita e Islámica", en *Los acuerdos con las confesiones minoritarias: diez años de vigencia*, (coord. por M. Mantecón Sancho), Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, pp. 90-91.

41 Entiende Souto Paz, J A.: "Mecanismos de colaboración entre el Estado y las Confesiones religiosas", en *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado Barcelona 1994,* (coord. V. Reina Bernáldez y M Á. Félix Ballesta), Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 355.

De ahí que MARTÍNEZ TORRÓN, ante una eventual reforma de la LOLR, proponga, entre otras cuestiones, establecer qué materias propias de la cooperación no requieren para su desarrollo de un acuerdo o convenio y que podrían, por la vía de la regulación unilateral, extenderse al resto de confesiones, señalando aspectos como la cooperación en materia económica[42] la eficacia civil del matrimonio para todas las entidades religiosas, educación religiosa en la escuela pública, estatuto jurídico de los ministros y lugares de culto, etc… [43]. En este sentido, manifiesta COMBALÍA SOLIS, con respecto a la enseñanza de la religión en la escuela pública, que existe una "asimetría normativa" que algunas entidades minoritarias con "notorio arraigo" acusan dado su interés en este ámbito[44].

Y es que la Ley nada menciona a este respecto explícitamente. Únicamente podemos hacer referencia a aquellas cuestiones o materias que han sido objeto de regulación mediante este tipo de acuerdos, como son aspectos atinentes a la adquisición de la personalidad civil e inscripción en el RER de la entidades de dichas confesiones, prescripciones y festividades, aspectos alimentarios, lugares de culto, ministros, servicio militar y seguridad social de los ministros, matrimonio y sus efectos civiles, asistencia religiosa, enseñanza, régimen fiscal y económico y patrimonio histórico artístico[45], respondiendo así a la garantía plena y real de los derechos dimanantes de la libertad religiosa individual y colectiva. A este respecto, considera CAÑAMARES ARRIBAS, que algunas "no responden a una verdadera naturaleza cooperativa, sino que se limitan a recoger determinadas facultades propias de la dimensión individual o colectiva del derecho de libertad religiosa", algo que el autor achaca a "inadecuada comprensión del contenido de los acuerdos"[46]. Por su parte, OLMOS ORTEGA entiende, que "la libertad religiosa, con los Acuerdos se hace más efectiva, real y posible"[47].

Por lo que se refiere al procedimiento para su celebración, el propio art. 7 LOLR apuntaba que "en todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales", esto es, nos encontramos en sede legislativa y, por ende, hemos de sujetarnos a la tramitación parlamentaria de las normas, sin perjuicio, como señalábamos, de que, en el caso de los acuerdos de cooperación, el instrumento a implementar para su formalización sea la ley ordinaria pero con especificidades[48] pues, en suma, han existido una "fase de negociación" y una "fase de aprobación".

42 En idénticos términos Motilla De la calle, A.: "Algunas reflexiones", p. 106.

43 Martínez Torrón, J.: "Reflexiones sobre una hipotética reforma de la LOLR de 1980", *Derecho y Religión*, 2020, núm. 15, p. 74.

44 Combalía Solis, Z.: "La libertad religiosa en España 40 años después de la promulgación de la LOLR", *Derecho y Religión*, 2020, núm. 15, p. 180.

45 Satorras Fioretti, R Mª.: *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, cit., p. 59.

46 Cañamares Arribas, S.: "Ley Orgánica", cit., pp. 483-484.

47 Olmos Ortega, Mª E.: "Los Acuerdos del Estado", cit., p. 97.

48 En este sentido, Ruano Espina, L.: "Los Acuerdos o Convenios de Cooperación entre los distintos poderes públicos y las confesiones religiosas", *Revista Española de Derecho Canónico*, 1996, vol. 53, 140, p. 175;

Guarda también silencio la LOLR acerca de a quién corresponde la iniciativa negociadora por lo que nada obsta para que cualquiera de las partes, Estado o sujeto confesional con "notorio arraigo en España", sea el que dé el primer paso en aras de negociar un eventual acuerdo que podrá llevarse o no a término. Así las cosas, ambas partes, por la propia naturaleza jurídica del acuerdo, no devienen en la misma posición, si bien esta situación no conlleva una negociación en desigualdad pues ambos son colaboradores y no competidores.

IV. COOPERACIÓN ECONÓMICA.

Las entidades religiosas, como cualesquiera otras, requieren, para la consecución de sus fines, la necesaria financiación y si bien el Estado, desde una laicidad que no ignora el hecho o factor religioso sino que lo valora como positivo y valioso, ha establecido para ellas determinados beneficios pero debe todavía establecer un marco jurídico que potencie y maximice la mejor financiación de las entidades religiosas, así como mantenerlo actualizado. Y es que la cooperación económica del Estado y las entidades religiosas constituye una de las cuestiones claves en las relaciones Iglesias-Estado en España.

Así, en nuestro ordenamiento jurídico coexisten dos tipos de cooperación económica, a saber, la denominada "directa" y aquella que conocemos como "indirecta".

Dentro de lo que comúnmente se conoce como cooperación económica directa las entidades religiosas con "notorio arraigo en España", tengan o no acuerdo de cooperación con el Estado[49], no gozan de un sistema de asignación tributaria, del que en nuestro país únicamente disfruta la Iglesia Católica[50], sino que aparecen como beneficiarias de la promoción de la libertad religiosa y de la cooperación económica que realiza la Fundación Pluralismo y Convivencia[51]

Olmos Ortega, Mª E.: "Los Acuerdos del Estado", cit., p. 105. En contra lamazares Fernández, D.: *Derecho de la libertad,* cit., pp. 201-202; García Gárate, A.: "Nota crítica a la clasificación de las fuentes en el Derecho eclesiástico español", en *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado Barcelona 1994,* (coord. V. Reina Bernáldez y M Á. Félix Ballesta), Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 415-416; Fernández Coronado, A.: "Los Acuerdos del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (F.E.R.E.D.E) y la Federación de Comunidades Israelitas (F.C.I.). Consideraciones sobre los textos definitivos", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1991, núm. 7, p. 577.

49 Los acuerdos de 1992 no prevén dicha posibilidad (arts. 11 de los mismos) para las Federaciones firmantes.

50 Olmos Ortega, Mª E.: "La cooperación económica del estado español a la Iglesia Católica a través de la asignación tributaria", en AA.VV.: *Régimen económico y patrimonial de las confesiones religiosas* (coord. R. Ramírez Navalón), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 111, advertía la necesidad de, siguiendo también la experiencia italiana y en aras de la igualdad entre confesiones, extender dicho sistema a las confesiones religiosas que contaran con acuerdo de cooperación con el Estado español. Así mismo conviene señalar que en países como Portugal no sucede lo mismo, teniendo acceso la financiación directa a través del 0,5 del IRPF, como pone de manifiesto Cañamares Arribas, S.: "Ley Orgánica", cit., p. 502.

51 La Fundación Pluralismo y Convivencia (en adelante la Fundación) es una entidad del sector público estatal creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2004, constituida por el Ministro de

como puede verse en los Estatutos[52] de la propia fundación[53]. Ésta, según el art. 8.1 de sus estatutos "se constituye en beneficio de las confesiones religiosas no católicas con acuerdo de cooperación con el Estado español o que hayan obtenido la correspondiente declaración de notorio arraigo, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente".

Pese a todo, como ha sido denunciado reiteradamente por la doctrina científica, la cooperación prevista no ha llegado más que a aquellas entidades religiosas que, además de contar con la declaración de "notorio arraigo en España", cuentan con acuerdo de cooperación con el Estado[54] si bien, como apunta TORRES GUTIERREZ, recientemente el patronato de la referida fundación ha incorporado a representantes de algunas entidades religiosas con notorio arraigo en España sin acuerdo de cooperación, además de contar con todas ellas "en los procesos de validación de las Guías técnicas de apoyo a la gestión pública de la diversidad religiosa que publica la Fundación a través del Observatorio del Pluralismo Religioso en España" [55].

Justicia el 25 de enero de 2005, e inscrita en el Registro de Fundaciones de competencia estatal con fecha de 8 de marzo de 2005. (Orden ECI/935/2005, de 8 de marzo, por la que se inscribe en el Registro de Fundaciones la Fundación Pluralismo y Convivencia (BOE n.º 88, de 13 de abril de 2005). Sobre la misma: Fernández García, A.: "La fundación Pluralismo y Convivencia: Ayudas públicas y transparencia", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2019, núm. 35, pp. 165-190; Díaz Rubio, R.: "La financiación de las confesiones minoritarias: la Fundación Pluralismo y Convivencia", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2013, núm. 29, pp. 109-137; Megías López, J.: "Valores posmodernos y fenómeno religioso: la Fundación Pluralismo y convivencia", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2013, núm. 29, pp. 25-41; Olmos Ortega, Mª E.: "La nueva técnica de cooperación económica de la Fundación Pluralismo y Convivencia", en AA.VV.: *Régimen económico y patrimonial de las confesiones religiosas* (coord. R. Ramírez Navalón), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 117-142; Manuel López, J.: "La Fundación Pluralismo y Convivencia", en *La libertad religiosa en España y las comunidades judías*, Federación de Comunidades Judías de España Hebraica Ediciones, Madrid, 2010, pp. 93-108; Ferreiro-Galguera, J.: "La libertad religiosa como palanca para la integración: la fundación pluralismo y convivencia", en *Protección jurídica de la persona, tolerancia y libertad*, Thomson Reuters, Madrid:, 2010, pp. 205-252; Ciáurriz Labiano, M J.: "La fundación pluralismo y convivencia", en *Aspectos del régimen económico y patrimonial de las confesiones religiosas* (coord. por A. Corsino Álvarez Cortina y M. Rodríguez Blanco), Comares, Granada, 2008, pp. 105-122; Hernández Lopo, A.: "Fundación "Pluralismo y convivencia": Un análisis crítico (y II). La fundación frente a los principios constitucionales informadores del derecho eclesiástico español", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2007, núm. 25, pp. 43-60; Hernández Lopo, A.: "Pluralismo y convivencia", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2006, núm. 24, pp. 73-93.

52 Sus estatutos han sido actualizados recientemente a través del Real Decreto 45/2021, de 26 de enero, por el que se aprueban los Estatutos de la Fundación Pluralismo y Convivencia, F.S.P., (BOE núm. 24 de 28 de enero de 2021).

53 Entre los fines de dicha fundación encontramos (art. 7.1) la contribución a la "ejecución de programas y proyectos de carácter cultural, educativo, social, y de promoción de las condiciones necesarias para el ejercicio efectivo del derecho de libertad religiosa en los términos previstos en el artículo 1 de estos estatutos, por parte de las confesiones no católicas con acuerdo de cooperación con el Estado español o con notorio arraigo en España, […]". Por su parte, el art. 9.3 expone, en relación a las solicitudes de financiación, que "deberán ser presentadas por las federaciones representativas de las confesiones religiosas no católicas con acuerdo con el Estado español o declaradas de notorio arraigo, o directamente por sus entidades, siempre que estén inscritas en el Registro de Entidades Religiosas y cumplan con los requisitos que se establezcan en las bases reguladoras y en las convocatorias".

54 Torres Gutiérrez, A.: "¿Límites? en la financiación de las confesiones religiosas en España: una asimetría de difícil encaje en los principios de laicidad y no discriminación", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2019, núm. 35, p. 65.

55 Id. p. 6.

La Fundación, pese a resultar primigeniamente bienintencionada, no ha puesto fin a las desigualdades sino que ha subrogado a unos por otros. En suma, podemos encontrar diversos escenarios en los que enfocar los esfuerzos, a saber, una cooperación directa en consonancia con el principio de igualdad o la eliminación de este tipo de cooperación. Así mismo, la cooperación económica directa no parece conveniente extenderla sino más bien reducirla a su mínima expresión, persiguiendo la autofinanciación de las entidades religiosas, desde la idea del compromiso o deber de los fieles[56], si bien en esta misma línea se debe actuar con otro tipo de entidades de carácter no religioso que disfrutan de asignaciones a cargo de los presupuestos públicos.

En cuanto a la llamada cooperación económica de carácter indirecto parece que nula es la trascendencia, a efectos fiscales, de una entidad religiosa que, gozando de la declaración de "notorio arraigo en España", carezca de acuerdo de cooperación[57]. De ahí que MARTÍNEZ TORRÓN califica esta desigualdad de trato como "discriminatoria"[58].

En la actualidad las entidades religiosas con "notorio arraigo" pero sin acuerdo solo pueden acceder, cumpliendo determinados requisitos, a los beneficios previstos en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo[59], mediante el artificio de la constitución de fundaciones o asociaciones declaradas de utilidad pública e interés social.

La llamada Ley de Mecenazgo citada debería, de modo similar a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV)[60], hacerse eco de la existencia de un numeroso grupo de entidades religiosas que cuentan con "notorio arraigo en España", a las que se ha reconocido presencia y estabilidad. También en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales[61] podría haberse incluido, en su art. 62 relativo a la exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, una previsión relativa a las entidades religiosas con "notorio arraigo" como paso previo a su posterior extensión a todas las entidades religiosas inscritas.

56 Puchades Navarro, M.: "Economía política del patrimonio eclesiástico", en AA.VV.: *Régimen económico y patrimonial de las confesiones religiosas* (coord. R. Ramírez Navalón), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 55.

57 Ello se observa con claridad en algunos impuestos como el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas en relación a la deducción en el mismo de las donaciones a las entidades religiosas con acuerdo, o también en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, Impuesto de Sociedades e Impuesto de Bienes Inmuebles. Si hay Acuerdo el propio art. 7.2 LOLR prevé que se puedan extender a las entidades firmantes del Acuerdo "los beneficios fiscales previstos en el Ordenamiento jurídico general para las entidades sin fin de lucro y demás de carácter benéfico"

58 Martínez Torrón, J.: "Reflexiones", cit., p. 73.

59 BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2002.

60 BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

61 BOE núm. 59, de 9 de marzo de 2014.

Todo ello nos lleva a la necesidad de que la declaración de "notorio arraigo en España" resulte inscribible en el RER. Y es que, si se tiende a alcanzar la autofinanciación de las entidades religiosas ello pasa, en gran medida, por una financiación mediante las donaciones de fieles y no fieles, con lo que, si éstas tienen que ir e irán, probablemente, en aumento, generando beneficios fiscales para los donantes se hace necesaria la publicidad formal de aquellas entidades religiosas que gozan de la declaración de "notorio arraigo en España" al momento de la donación para su imputación y deducibilidad. Esta inscripción urge más, si cabe, al existir la posibilidad, como prevé el RD 593/2015, de la perdida de la condición de "notorio arraigo en España".

Dicha inscripción, declarativa en todo caso, con independencia de devenir obligatoria o facultativa, algo que tendría importancia de ser a instancia de la entidad religiosa, debería llevarse a cabo de oficio tanto para la obtención como para la pérdida de la condición. En modo similar a la condición de utilidad pública o interés social de las asociaciones o las fundaciones, evitando la constitución de este tipo de entidades como disfraz jurídico. Parece lógico, siguiendo lo anterior, que, de no resultar inscribible la declaración de "notorio arraigo en España", fueran extendidos los referidos beneficios fiscales a todas las entidades religiosas inscritas en el RER y que gozan de la publicidad de éste.

Si políticamente se busca la autofinanciación de las entidades religiosas no resulta lógico que las entidades religiosas se vean abocadas a la constitución de fundaciones. Si lo que se pretende es la financiación privada de las actividades religiosas deben ser las entidades inscritas en el RER y que, por tanto, cuentan con fines religiosos ex art. 3.2 LOLR, las que gocen por si mismas de los beneficios fiscales y económicos correspondientes.

V. EFICACIA CIVIL DEL MATRIMONIO[62].

El matrimonio de las entidades religiosas con "notorio arraigo" goza de eficacia civil en España tras la entrada en vigor de la LJV de 2015[63] que en el punto XI de su

62 Sobre esta cuestión en relación a las entidades religiosas con "notorio arraigo en España" y la inserción de dicho concepto en el Código Civil español Torres Sospedra, D.: "La inserción del notorio arraigo en la regulación matrimonial del Código civil español", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2020, núm. 12, pp. 116-137.

63 Entró en vigor el 23 de julio de 2015, pero no en su totalidad, postergándose la entrada en vigor de ciertas normas hasta el 30 de junio de 2017. Las repercusiones de dicha norma han sido exhaustivamente estudiadas por la doctrina tanto eclesiasticista como civilista: Alenda Salinas, M.: "La eficacia civil del matrimonio confesional y su incidencia en el ámbito de la libertad religiosa", *Derecho y Religión*, 2020, núm. 15, pp. 113-122; Polo Sabau, J R.: "La declaración del notorio arraigo de las confesiones religiosas y su nueva función en el sistema matrimonial", *Derecho y Religión*, 2020, núm. 15, pp. 227-238; Olmos Ortega, Mª E.: "Libertad religiosa y matrimonio", *Estudios Eclesiásticos*, vol. 94, 371, 2019, pp. 883-923; Torres Sospedra, D.: "Ley de la Jurisdicción Voluntaria vs. Acuerdos de cooperación: la adopción de la vía unilateral respecto del matrimonio de las minorías religiosas en España", *Revista Española de Derecho Canónico,* 2019, vol. 76, 186, pp. 331-359; Rojo Álvarez-Manzaneda, Mª L.: "Las reformas introducidas por la

preámbulo señala que "en atención al pluralismo religioso existente en la sociedad española, y teniendo en cuenta que al día de hoy han sido reconocidas con la declaración de notorio arraigo, se contempla en el Código Civil a estos colectivos el derecho a celebrar matrimonio religioso con efectos civiles, equiparándose al resto de confesiones que ya disfrutaban de esta realidad".

La referida norma para la consecución de dicho objetivo, como indica, operó la modificación del art. 60 CC, a cuyo tenor se adicionó un segundo apartado cuya literalidad es la siguiente:

[…] "igualmente se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España".

Con esta capital previsión normativa se hacía uso de la vía unilateral del art. 59 CC, expedita hasta ese momento pese a las reiteradas demandas de la doctrina científica[64].

Esta autorización de la legislación del Estado amplía de forma notable las formas de matrimonio religioso con eficacia civil, que quedan abiertas a todas las entidades religiosas con "notorio arraigo en España" y no solo a aquellas entidades religiosas con acuerdo de cooperación. Sin embargo, y pese a todo, es indudable, y no puede olvidarse, que estos matrimonios religiosos constituyen simplemente modalidades religiosas del matrimonio civil[65] ya que el propio art. 60, en virtud del que se otorga eficacia civil a los matrimonios celebrados por ministros de culto de confesiones religiosas que hayan obtenido la declaración de "notorio arraigo" en España y que no cuenten con acuerdo de cooperación, los condiciona al cumplimiento de unos requisitos propios del matrimonio laico

Ley de Jurisdicción Voluntaria en los matrimonios de confesiones religiosas distintas de la católica", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2018, núm. 34, pp. 357-381; Navarro Valls, R., y Panizo Romo De arce, A.: "El matrimonio religioso en la Ley de Jurisdicción Voluntaria", en *Sociedad, Derecho y factor religioso. Estudios en honor del profesor Isidoro Martín Sánchez* (coord. por M. Moreno Antón), Comares, Granada, 2017, pp. 465-478; Leal Adorna, M., "Los matrimonios religiosos no canónicos a la luz de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 2016, núm. 41; Panizo Romo De arce, A.: "Jurisdicción Voluntaria y matrimonio religioso en España", *Revista de Derecho Privado*, 2016, 3-25; Polo Sabau, J. R.: "El nuevo régimen jurídico de las formas religiosas de celebración matrimonial en el Derecho español", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2016, núm. 20; Pons-Estel, C.: "Novedades legislativas en torno a la eficacia civil del matrimonio religioso en España", *Revista de Derecho Civil*, 2016 vol. 2, pp. 171-186; Berenguer Albaladejo, Mª C.: "Los matrimonios en forma religiosa no canónica: celebración e inscripción en el registro civil de acuerdo con las reformas operadas por la ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria", *Derecho Privado y Constitución*, 2015, núm. 29, pp. 83-131; Rodríguez Chacón, R.: "Régimen jurídico actual del reconocimiento civil e inscripción en el registro de los matrimonios no católicos", *Estudios eclesiásticos*, 2015, vol. 90, 355, pp. 821-879.

64 Por todos Olmos Ortega, Mª E.: "El futuro de los Acuerdos entre el Estado Español y las confesiones religiosas: los Acuerdos de 1992", "*Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado,* 2005, núm. 7, p. 6 y 9.

65 Regueiro García, M T.: "El matrimonio en los Acuerdos con las confesiones", *Laicidad y libertades*, 2014. núm. 14, p. 96.

o estrictamente civil como son "la tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial con arreglo a la normativa del Registro Civil" y, "la libre manifestación del consentimiento ante un ministro de culto debidamente acreditado y dos testigos mayores de edad". Además, exige, para la obtención de los denominados "plenos efectos civiles", la inscripción del matrimonio celebrado.

Se exige la tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial, que existía para el matrimonio estrictamente civil o de las confesiones con acuerdo, con la excepción de los musulmanes. Esta fase previa a la celebración, en la que se han introducido con carácter general, ex art. 58 bis de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la figura del Notario y del Letrado de la Administración de Justicia, también es de aplicación a estas formas de celebración del matrimonio.

El cuanto al acta o resolución en el que conste el juicio de capacidad matrimonial tendrá una validez de 6 meses, con lo que deberá celebrarse el matrimonio dentro de ese periodo temporal concreto. Será el Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular Encargado del RC en esta fase previa quienes expedirán dos copias con el juicio acreditativo de la capacidad de los que van a contraer, que los contrayentes deben entregar al ministro de culto ante el que manifestarán el consentimiento matrimonial[66].

Por lo que respecta al consentimiento se exige que sea "libre" y que se preste ante el ministro de culto oficiante y dos testigos mayores de edad. Ese mismo ministro de culto extenderá, tras el momento constitutivo del vínculo, certificación[67] donde debe constar su acreditación como ministro de culto, mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de "notorio arraigo en España" ex. art. 60.2 CC, así como los requisitos previstos en la Disposición Transitoria Quinta de la LJV. Dicha documentación habrá de ser remitida, de forma telemática, al Encargado del Registro Civil en el plazo de 5 días.

Para la inscripción del matrimonio celebrado el art. 63 C[68] señala que "la inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la iglesia o confesión, comunidad religiosa o federación respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas

66 El art. 4 de la Orden JUS/577/2016, de 19 de abril, sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa y aprobación del modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso, señala que "se expedirá por triplicado acta o resolución previa de capacidad matrimonial de los contrayentes, que éstos deberán entregar al oficiante ante quien se vaya a celebrar el matrimonio".

67 La diligencia expresiva de la celebración constará en las dos copias del acta o resolución previa de capacidad para contraer; una copia se entregará a los contrayentes y la otra quedará en posesión del oficiante o de la entidad religiosa de éste.

68 Modificado con causa en el apartado 14 de la Disposición Final Primera de la LJV.

por la legislación del Registro Civil". También prevé que "Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este Título".

VI. CONSIDERACIONES FINALES.

El "notorio arraigo en España" como mecanismo de acceso a una cooperación más completa o, al menos, de una superior intensidad que aproxime cada día a más entidades religiosas a lo que FERNÁNDEZ CORONADO tildó de "cooperación completa"[69] y que tiene su paradigma en los acuerdos de cooperación suscritos en 1992 entre el Estado y algunas confesiones religiosas minoritarias, debe mantenerse pero no indefinidamente. Hay dos ideas que no debemos perder de vista, la primera de ellas deviene que el paradigma al que hay que tender, al menos idealmente, debe ser el de la posición jurídica de la Iglesia Católica en España, y la segunda que la igualad debe darse en los grupos religiosos por aquello que jurídicamente les hace iguales, esto es, sus fines religiosos.

Como punto de partida pudiera sugerirse el desarrollo por la vía de la legislación unilateral del Estado de todas aquellas materias reguladas mediante instrumentos de regulación bilateral, es decir, en los acuerdos de cooperación de 1992, del mismo modo en que se ha producido con la eficacia civil del matrimonio religioso y la LJV de 2015. Así las cosas, no resulta conveniente vaciar de contenido dichos acuerdos de cooperación y desdeñar así tan genuinos instrumentos de regulación del factor religioso en España.

Un punto en el que podría ahondar la regulación unilateral del Estado estriba en la asistencia religiosa o incluso en la enseñanza de la religión en la escuela pública, cuestión siempre debatida y de actualidad, sobre la que parece existir un creciente interés de las minorías religiosas. La reciente Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación[70], hubiera sido una propicia ocasión para la equiparación entre entidades religiosas con acuerdo de cooperación y entidades sin acuerdo de cooperación pero con declaración de "notorio arraigo en España" en aquellas cuestiones educativas en las que concurre la presencia de las primeras.

En cuanto a la cooperación económica indirecta podría, como mínimo, proponerse la equiparación de beneficios de todas las entidades religiosas con "notorio arraigo en España", con independencia de que cuenten o no con

69 Fernández Coronado, A.: "Sentido de la cooperación del Estado laico en una sociedad multireligiosa", "Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado", 2009, núm. 19, p. 5.

70 BOE núm. 340, de 30 de diciembre de 2020.

acuerdo[71]. Esto puede llevarse a cabo, extendiendo el régimen del que disfrutan las entidades religiosas con acuerdo a aquellas que únicamente cuentan con la declaración de "notorio arraigo" si bien también, pese a no ser lo deseado ni recomendable, eliminando los beneficios de los que se goza por causa de un acuerdo de cooperación. Con esto último se igualaría a todas las entidades religiosas inscritas en el RER a la baja que, de no darse una regulación específica del estatus de las entidades con "notorio arraigo", conllevaría la irrelevancia, a estos efectos, de la condición de "notorio arraigo".

Dicha equiparación considero que debe llevarse también a cabo mediante legislación unilateral del Estado con lo que nada obstaría para que pudiera extenderse toda esa regulación a la totalidad de las entidades religiosas inscritas en el RER. La tendencia ha de discurrir hacia la extensión de la cooperación económica indirecta a cuanto mayor número de entidades religiosas devenga posible, conforme a lo expuesto con anterioridad, y el progresivo abandono de la de carácter directo.

Por otro lado, parece indudable la necesidad de potenciar la presencia confesional en el seno de la CALR, con la creación ya no solo de grupos de trabajo sobre temas o cuestiones concretas sino de foros estables abiertos a la iniciativa y proposición de las entidades inscritas.

Y es que con una legislación unilateral elaborada con la necesaria audiencia a las entidades religiosas, con presencia en la CALR o sin ella[72], que tenga en consideración todo aquello que los sujetos colectivos de la libertad religiosa consideren que ha de tenerse en cuenta en la elaboración de su propio estatus y, por tanto, el de sus miembros, se conseguiría una normativa cercana a la regulación bilateral si bien general y única, generadora de certidumbre y que disiparía las dudas acerca de la existencia o no de agravios comparativos. Dicha normativa, al no venir atada de origen por el pacto, no se sujetaría a la especial tramitación a la que se vieron sujetas las leyes ordinarias mediante las que se aprobaron los acuerdos de cooperación de 1992, ya citadas, circunstancia que, sin duda, la enriquecería sobremanera.

Por otro lado, dotar de un estatuto jurídico más amplio a las entidades religiosas con "notorio arraigo" implica la necesidad de potenciar el actual RER como fuente de publicidad formal de dicha condición que debe devenir un acto inscribible en el mismo.

71 En este sentido Ruano Espina, L.: "La Ley Orgánica de Libertad Religiosa. 40 años de vigencia", *Derecho y Religión*, 2020, núm. 15, p. 210.

72 Un claro ejemplo de esto lo encontramos en la elaboración del Real Decreto 593/2015, de 3 de julio, tal y como se detalla en el Dictamen del Consejo de Estado de 28 de mayo de 2015 (núm. 247/2015) al proyecto de real decreto por el que se regula la declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España.

Las entidades con acuerdo de cooperación cuentan con la publicidad que les proporciona la publicación de dicha ley ordinaria en el Boletín Oficial del Estado (BOE) y las entidades meramente inscritas con la del RER. Por su parte, la declaración de "notorio arraigo en España" así como su pérdida se publicarán en el BOE a la luz de los artículos 5 y 9 del RD 593/2015 de 3 de julio, si bien, con anterioridad a la entrada en vigor de dicho instrumento normativo no estaba prevista su obligatoria publicación en el BOE. En este sentido conviene recordar que no se ha sucedido en la actualidad declaración alguna de "notorio arraigo en España" haciendo uso de la vigente regulación.

Así las cosas, un sistema en el que el RER adquiera mayor centralidad dotará de mayor seguridad jurídica a todos los operadores, constituyéndose en instrumento al servicio del modelo en cada momento deseado, respetando el pluralismo religioso existente en la sociedad española y garantizando la libertad religiosa de todas las personas.

BIBLIOGRAFÍA

Alenda Salinas, M.: "La eficacia civil del matrimonio confesional y su incidencia en el ámbito de la libertad religiosa", *Derecho y Religión*, 2020, núm. 15, pp. 113-122.

Berenguer Albaladejo, Mª C.: "Los matrimonios en forma religiosa no canónica: celebración e inscripción en el registro civil de acuerdo con las reformas operadas por la ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria", *Derecho Privado y Constitución*, 2015, núm. 29, pp. 83-131.

Bonet Navarro, J.: "La celebración de festividades religiosas en los acuerdos de cooperación de 1992", *Revista Española de Derecho Canónico*, 1995, núm. 52, pp. 296-306.

Camarero Suárez, M.: "La Comisión Asesora de Libertad Religiosa", en AA.VV, *La libertad religiosa en España : XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio (comentarios a su articulado)* (coord. por A. Corsino Álvarez Cortina y M. Rodríguez Blanco), Comares, Granada, 2006, pp. 233-245.

Cañamares Arribas, S.: "Ley Orgánica de Libertad Religiosa: oportunidad y fundamento de una reforma", *Ius Canonicum*, 2010, núm. 50, pp. 477-515.

Combalía Solis, Z.: "La libertad religiosa en España 40 años después de la promulgación de la LOLR", *Derecho y Religión*, 2020, núm. 15, pp. 169-186.

Contreras Mazario, J M.: La Comisión Asesora de Libertad Religiosa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1987, núm. 19, pp. 131-164.

Ciáurriz Labiano, M J.: "La fundación pluralismo y convivencia", en *Aspectos del régimen económico y patrimonial de las confesiones religiosas* (coord. por A. Corsino Álvarez Cortina y M. Rodríguez Blanco), Comares, Granada, 2008, pp. 105-122.

Díaz Rubio, R.: "La financiación de las confesiones minoritarias: la Fundación Pluralismo y Convivencia", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2013, núm. 29, pp. 109-137.

Fernández Coronado, A.: "Sentido de la cooperación del Estado laico en una sociedad multireligiosa", "Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado", 2009, núm. 19.

Fernández Coronado, A.: "Los Acuerdos del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (F.E.R.E.D.E) y la Federación de Comunidades Israelitas (F.C.I.). Consideraciones sobre los textos definitivos", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1991, núm. 7, pp. 576-583.

Fernández García, A.: "La fundación Pluralismo y Convivencia: Ayudas públicas y transparencia", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2019, núm. 35, pp. 165-190.

Ferreiro-Galguera, J.: "La libertad religiosa como palanca para la integración: la fundación pluralismo y convivencia", en *Protección jurídica de la persona, tolerancia y libertad*, Thomson Reuters, Madrid:, 2010, pp. 205-252.

Fornés, J.: "Consideraciones sobre la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980, con sus perspectivas de futuro", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2009, núm. 19.

García García, R.: "Una nueva Comisión Asesora de Libertad Religiosa para los retos del siglo XXI en materia de Libertad Religiosa. El nuevo Real Decreto 932/2013, de 29 de noviembre, por el que se regula la CALR", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2014, núm. 30, pp. 175-225.

García García, R.: "La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio de libertad religiosa. Su art. 8. Comisión Asesora de Libertad Religiosa: regulación actual, antecedentes remotos, precedente cercano y su importación y mejora por el ordenamiento portugués", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2009, núm. 19.

García Gárate, A.: "Nota crítica a la clasificación de las fuentes en el Derecho eclesiástico español", en *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado Barcelona 1994,* (coord. V. Reina Bernáldez y M Á. Félix Ballesta), Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 407-417.

García García, R.: *La Comisión Asesora de Libertad Religiosa. Sus antecedentes, precedente, discusión parlamentaria y regulación actual*, Edisofer S.L., Madrid, 2003.

Hernández Lopo, A.: "Fundación "Pluralismo y convivencia": Un análisis crítico (y II). La fundación frente a los principios constitucionales informadores del derecho eclesiástico español", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2007, núm. 25, pp. 43-60.

Hernández Lopo, A.: "Pluralismo y convivencia", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2006, núm. 24, pp. 73-93.

Ibán, I C.: "Mis errores de previsión acerca de la LOLR", *Derecho y Religión*, 2020, núm. 15, pp. 33-42.

Landete Casas, J.: "Real Decreto 932/2013, de 29 de noviembre, por el que se regula la Comisión Asesora de Libertad Religiosa [BOE n.º 300, de 16-XII-2013]", *Ars Iuris Salmanticensis*, 2014, vol. 2, pp. 203-205.

Leal Adorna, M., "Los matrimonios religiosos no canónicos a la luz de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 2016, núm. 41.

Llamazares Fernández, D.: *Derecho de la libertad de conciencia, Tomo I*, Aranzadi, Madrid, 2002.

Mantecón Sancho, J.: "En torno a la anunciada reforma de la ley orgánica de libertad religiosa", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2010, núm. 26, pp. 333-348.

Manuel López, J.: "La Fundación Pluralismo y Convivencia", en *La libertad religiosa en España y las comunidades judías,* Federación de Comunidades Judías de España Hebraica Ediciones, Madrid, 2010, pp. 93-108.

Martínez Torrón, J.: "Reflexiones sobre una hipotética reforma de la LOLR de 1980", *Derecho y Religión*, 2020, núm. 15, pp. 65-78.

Martínez Torrón, J.: "Diez años después. Sugerencia sobre una posible revisión de los Acuerdos de 1992 con las Federaciones Evangélica, Israelita e Islámica", en *Los acuerdos con las confesiones minoritarias: diez años de vigencia*, (coord. por M. Mantecón Sancho), Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, pp. 87-156.

Megías López, J.: "Valores posmodernos y fenómeno religioso: la Fundación Pluralismo y convivencia", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2013, núm. 29, pp. 25-41.

Moreno Antón, M.: "Algunos aspectos controvertidos sobre los Acuerdos de cooperación con las Confesiones religiosas", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2000, núm. 2, pp. 105-136.

Motilla De la calle, A.: "Algunas reflexiones en torno a la libertad religiosa en el estado postsecular", *Derecho y Religión*, 2020, núm. 15, p. 107.

Motilla De la calle, A.: "Ley Orgánica de Libertad Religiosa y Acuerdo con las confesiones: experiencia y sugerencias de iure condendo", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 2009, núm. 19.

Motilla De la calle, A.: "La reforma de los Acuerdos de Cooperación con las Federaciones Evangélica, Judía y Musulmana, en *Los acuerdos con las confesiones*

minoritarias: diez años de vigencia (coord. por M. Mantecón Sancho), Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, p. 19-86.

Murillo Muñoz, M.: "El ejercicio del derecho de libertad religiosa en el ámbito de la administración electrónica", en AA.VV.: *El derecho de libertad religiosa en el entorno digital* (eds. por J Mª, Vázquez García-Peñuela e I, Cano Ruiz), Comares, Granada, 2020, pp. 77-92.

Navarro Valls, R., y Panizo Romo De arce, A.: "El matrimonio religioso en la Ley de Jurisdicción Voluntaria", en *Sociedad, Derecho y factor religioso. Estudios en honor del profesor Isidoro Martín Sánchez* (coord. por M. Moreno Antón), Comares, Granada, 2017, pp. 465-478.

Olmos Ortega, Mª E.: "Libertad religiosa y matrimonio", *Estudios Eclesiásticos*, vol. 94, 371, 2019, pp. 883-923.

Olmos Ortega, Mª E.: "La cooperación económica del estado español a la Iglesia Católica a través de la asignación tributaria", en AA.VV.: *Régimen económico y patrimonial de las confesiones religiosas* (coord. R. Ramírez Navalón), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 87-116.

Olmos Ortega, Mª E.: "La nueva técnica de cooperación económica de la Fundación Pluralismo y Convivencia", en AA.VV.: *Régimen económico y patrimonial de las confesiones religiosas* (coord. R. Ramírez Navalón), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 117-142.

Olmos Ortega, Mª E.: "El futuro de los Acuerdos entre el Estado Español y las confesiones religiosas: los Acuerdos de 1992", "*Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado,* 2005, núm. 7.

Olmos Ortega, Mª E.: "Los Acuerdos del Estado con la FEDERE, FCI y CIE", *Acuerdos del estado español con los judíos, musulmanes y protestantes*, Servicio de Publicaciones, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1994, pp. 95-118.

Panizo Romo De arce, A.: "Jurisdicción Voluntaria y matrimonio religioso en España", *Revista de Derecho Privado*, 2016, 3-25.

Polo Sabau, J R.: "La declaración del notorio arraigo de las confesiones religiosas y su nueva función en el sistema matrimonial", *Derecho y Religión*, 2020, núm. 15, pp. 227-238.

Polo Sabau, J. R.: "El nuevo régimen jurídico de las formas religiosas de celebración matrimonial en el Derecho español", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2016, núm. 20.

Pons-Estel, C.: "Novedades legislativas en torno a la eficacia civil del matrimonio religioso en España", *Revista de Derecho Civil*, 2016 vol. 2, pp. 171-186.

Puchades Navarro, M.: "Economía política del patrimonio eclesiástico", en AA.VV.: *Régimen económico y patrimonial de las confesiones religiosas* (coord. R. Ramírez Navalón), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 35-58.

Regueiro García, M T.: "El matrimonio en los Acuerdos con las confesiones", *Laicidad y libertades*, 2014. núm. 14, pp. 91-115.

Rodríguez Chacón, R.: "Régimen jurídico actual del reconocimiento civil e inscripción en el registro de los matrimonios no católicos", *Estudios eclesiásticos*, 2015, vol. 90, 355, pp. 821-879.

Rodríguez Moya, A.: "Repensando el artículo 16.3. C.E. la nueva cooperación y el pluralismo religioso", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2016, núm. 42.

Rojo Álvarez-Manzaneda, Mª L.: "Las reformas introducidas por la Ley de Jurisdicción Voluntaria en los matrimonios de confesiones religiosas distintas de la católica", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2018, núm. 34, pp. 357-381.

Ruano Espina, L.: "La Ley Orgánica de Libertad Religiosa. 40 años de vigencia", *Derecho y Religión*, 2020, núm. 15, pp. 197-210.

Ruano Espina, L.: "Los Acuerdos o Convenios de Cooperación entre los distintos poderes públicos y las confesiones religiosas", *Revista Española de Derecho Canónico*, 1996, vol. 53, 140, pp. 157-187.

Sammassimo, A.: "La Comisión Asesora de Libertad Religiosa. Commento al Real Decreto 1159/2001 e all'Orden 1375/2002", *Quaderni di diritto e política ecclesiastica*, 2003, vol. 11, 2, pp. 405-414.

Satorras Fioretti, R Mª.: *Lecciones de Derecho Eclesiástico del Estado*, Bosch, Barcelona, 3 ed., 2004.

Souto Paz, J A.: "Mecanismos de colaboración entre el Estado y las Confesiones religiosas", en *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado Barcelona 1994,* (coord. V. Reina Bernáldez y M Á. Félix Ballesta), Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 307-355.

Suárez Pertierra, G.: "Acuerdos y convenios: crisis de un modelo", en *Libertad de conciencia, laicidad y derecho: "liber discipulorum": en homenaje al Prof. Dr. Dionisio*

Llamazares Fernández (coord. por A. Fernández Coronado González, J D. Pelayo Olmedo, S. Pérez Álvarez, A. Rodríguez Moya, G. Suárez Pertierra), Civitas, Madrid, 2014, pp. 225-253

Torres Gutiérrez, A.: "¿Límites? en la financiación de las confesiones religiosas en España: una asimetría de difícil encaje en los principios de laicidad y no discriminación", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2019, núm. 35, pp- 47-123.

Torres Gutierrez, A.: "Los retos del principio de laicidad en España: Una reflexión crítica a la luz de los preceptos constitucionales", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2016, núm. 32, pp. 663-722.

Torres Sospedra, D.: "La inserción del notorio arraigo en la regulación matrimonial del Código civil español", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2020, núm. 12, pp. 116-137.

Torres Sospedra, D.: "Ley de la Jurisdicción Voluntaria vs. Acuerdos de cooperación: la adopción de la vía unilateral respecto del matrimonio de las minorías religiosas en España", *Revista Española de Derecho Canónico,* 2019, vol. 76, 186, pp. 331-359.

LA SOLIDARIETÀ POST-CONIUGALE A CINQUANT'ANNI DELLA LEGGE SUL DIVORZIO

THE POST-MARRIED SOLIDARITY OF THE DIVORCE LAW AT FIFTY YEARS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 792-815

Enrico AL MUREDEN

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: A cinquant'anni dall'introduzione del divorzio le questioni scaturenti dalla necessità di una equa allocazione delle risorse economiche tra gli ex coniugi si caratterizzano per un elevato livello di complessità determinato dall'affermarsi della pluralità dei modelli familiari e della tendenza sempre più spiccata a formare nuovi nuclei familiari successivamente alla cultura del matrimonio dando vita a famiglie ricomposte. In un simile scenario la possibilità di incentivare la definizione convenzionale delle controversie postula la introduzione di strumenti che, fondandosi sull'intelligenza artificiale, rendano calcolabili e prevedibili le conseguenze economiche della rottura del matrimonio.

PALABRAS CLAVE: Assegno divorzile; funzione compensativo-perequativa; funzione assistenziale; metodi di calcolo; intelligenza artificiale.

ABSTRACT: *Fifty years after the introduction of divorce, the issues arising from the need for an equitable allocation of economic resources between the former spouses are characterized by a high level of complexity determined by the affirmation of the plurality of family models and the increasingly marked tendency to form new families. In such scenario, the possibility of encouraging the conventional definition of disputes requires the introduction of tools that, based on artificial intelligence, make the economic consequences of the breakdown of marriage calculable and predictable.*

KEY WORDS: *Divorce allowance; compensatory-equalizing function; welfare function; calculations methods; artificial intelligence.*

SUMARIO.- I. PREMESSE.- II. L'ASSEGNO DIVORZILE NEL DIRITTO VIVENTE.- III. LA FUNZIONE ASSISTENZIALE DELL'ASSEGNO DIVORZILE E LA SUA DUPLICE DECLINAZIONE.- IV. LA COMPENSAZIONE DEL CONTRIBUTO ENDOFAMILIARE TRA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIALE.- V. E METODI OBIETTIVI DI CALCOLO.

I. PREMESSE.

Ad oltre cinquant'anni dall'introduzione del divorzio nell'ordinamento italiano il problema di garantire una adeguata allocazione delle risorse economiche accumulate nel corso del matrimonio successivamente alla sua rottura si caratterizza per una complessità che riflette la pluralità dei modelli familiari e l'incidenza sempre più rilevante del fenomeno delle famiglie che si sovrappongono e si ricompongono nel tempo[1]. L'istanza di fornire un'adeguata tutela al coniuge incapace di mantenersi autonomamente, già di per sé caratterizzata da un considerevole tasso di complessità nel modello di famiglia tradizionale che il legislatore degli anni Settanta aveva assunto a paradigma, si è via via arricchita di variabili ulteriori. Il crescente numero di separazioni e di divorzi tra coniugi ancora giovani e con figli in tenera età ha svelato la prospettiva della "famiglia destrutturata" nella quale, nonostante la rottura del rapporto di coppia, persiste una articolata trama di relazioni che, aggregandosi intorno al principio della bigenitorialità, cementano un persistente legame tra i genitori i quali, sebbene non più coniugi, sono destinati ad organizzare una vita comune in funzione dell'esigenza di tutelare il superiore interesse dei figli minori o non autosufficienti alla continuità dei rapporti affettivi e patrimoniali che caratterizzavano la vita della famiglia unita[2].

L'incedere del fenomeno della convivenza di fatto ha gradualmente reso indifferibile il problema di circoscrivere gli obblighi scaturenti dalla solidarietà post-coniugale, sia in ragione dei maggiori oneri che possono gravare sulla persona economicamente forte allorché si determini a formare una nuova famiglia, sia nella ipotesi speculare in cui la parte economicamente debole e beneficiaria di

1 Cfr. in proposito Rescigno,P.: "La famiglia ricomposta: nuove prospettive giuridiche", *Familia*, 2002, num. 1, pp. 1 ss.; Al Mureden,E.: "Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze", *Famiglia e diritto*, 2016, num. 10, pp. 966 ss.; Bilo', G.: "Famiglia ricostituita", *Codice della famiglia* (a cura di M.Sesta), Milano, 2015, III ed., p. 2394; Buzzelli, D.: *La famiglia «composita». Un'indagine sistematica sulla famiglia ricomposta: i neo coniugi o conviventi, i figli avuti da precedenti relazioni e i loro rapporti*, Jovene, Napoli, 2012, *passim*; Mazzoni, S.: "Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi *partners* alla costellazione familiare ricomposta", *Il Diritto di Famiglia delle Persone*, 1999, num. 1, pp. 369 ss..

2 Al Mureden, E.: "Le famiglie", cit., p. 967.

• Enrico Al Mureden
Ordinario dell'Alma Mater Studiorum Università di Bologna. Email: enrico.almureden@unibo.it

un assegno divorzile instaura una nuova convivenza e dia vita ad un nuovo nucleo familiare, pur continuando a percepire utilità economiche dall'ex coniuge[3].

In termini più generali l'accrescersi dei tassi di divorzio, il costante abbassamento dell'età media dei coniugi divorziati e la crescente propensione a dare vita a nuove esperienze familiari successivamente alla rottura del matrimonio hanno costituito elementi che, combinandosi, contribuiscono ad accrescere la rilevanza assunta dalla cosiddetta famiglia ricomposta. Proprio in questa prospettiva regole positive ed orientamenti consolidati fondati sul presupposto inespresso di regolare la crisi di una famiglia unita destinata a riorganizzare le proprie risorse successivamente al divorzio, hanno rivelato evidenti profili di inadeguatezza se calate in una dimensione più complessa caratterizzata dalla sovrapposizione di più nuclei familiari nel tempo[4].

In uno scenario così complesso, nel quale la distinzione tra il cosiddetto rapporto orizzontale tra coniugi e quello verticale tra genitore e figlio si intersecano dando vita a plurimi profili di interferenza, sembra assumere una rilevanza crescente l'istanza di rendere più ampi gli spazi riservati all'autonomia privata e favorire una soluzione concertata delle conseguenze personali ed economiche della rottura del matrimonio. Un simile obiettivo, tuttavia, non sembra poter essere perseguito efficacemente qualora ad un ampliamento dell'ambito di operatività dell'autonomia privata non si accompagni anche una chiara individuazione di un nucleo di diritti indisponibili posti a presidio delle parti economicamente deboli e dell'implementazione di metodi di calcolo obiettivi che consentano di ridurre la discrezionalità giudiziale ed individuare punti di riferimento sicuri e condivisi che costituiscono una precondizione imprescindibile al fine di promuovere un esercizio consapevole, informato e, soprattutto, efficiente della autonomia privata.

II. L'ASSEGNO DIVORZILE NEL DIRITTO VIVENTE.

Il carattere derogabile del regime di comunione legale, unitamente alla sempre più accentuata rilevanza assunta dalle ricchezze "invisibili" – ossia non consistenti in beni durevoli destinati ad essere divisi in parti uguali al termine del matrimonio – e alla sempre più marcata propensione delle coppie ad optare per il regime della separazione[5], rendono l'assegno divorzile l'unico strumento a cui è inderogabilmente affidata la funzione di assolvere all'attuazione del fondamentale

3 Sulla delicata questione attualmente al vaglio delle sezioni unite a seguito del rinvio operato da Cass., 17 dicembre 2020, n. 28995, Bianca, M.: "Assegno divorzile e nuova famiglia di fatto: la questione alle Sezioni unite. Estinzione automatica o valorizzazione del criterio compensativo dei sacrifici e delle scelte operate in costanza del rapporto matrimoniale? La necessità di trovare una terza via", *GiustiziaInsieme.it*, 2021.

4 Al Mureden,E.: "Le famiglie", cit., pp. 969 ss.

5 Rescigno, P.: "Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma", *Rivista di diritto civile*, 1988, num. 1, p. 113; Sesta, M.: "Titolarità e prova della proprietà nel regime di separazione dei beni", *Familia*, 2001, num. 4, p. 871; Barbagli, M.: "La scelta del regime patrimoniale", in AA.VV.: *Lo stato delle famiglie in Italia* (a cura di M.Barbagli, C. Saraceno), Il Mulino, Bologna, II ed., 1997, p. 105.

principio della solidarietà post-coniugale e, laddove ne ricorrano i presupposti, a quella di attuare una compensazione a favore del coniuge sacrificatosi per l'interesse della famiglia o dell'altro.

Proprio la molteplicità di funzioni assolte dall'assegno divorzile costituisce il tratto saliente della rilettura operata dalle Sezioni Unite[6] dopo oltre venticinque anni nel corso dei quali l'art. 5, comma 6, l. div. era stato letto in una prospettiva eminentemente assistenziale ed applicato in funzione del parametro del tenore di vita assunto quale criterio fondamentale ai fini dell'attribuzione dell'assegno divorzile ed alla sua quantificazione[7] .

Il condivisibile presupposto dal quale scaturisce l'attuale lettura dell'art. 5, c. 6, l. div. emerge laddove le Sezioni Unite sottolineano la necessità di ricondurre questa norma nell'alveo dell'art. 29 Cost. Tale lettura interpretativa – già affiorata nella decisione delle Sezioni Unite che ha significativamente limitato l'attribuzione di efficacia nell'ordinamento italiano delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio, sottolineando la valenza di norme di ordine pubblico delle disposizioni che tutelano il diritto del coniuge debole al mantenimento successivamente al divorzio[8] – è stata portata a definitivo compimento dall'attuale decisione delle Sezioni Unite che individua nel dettato dell'art. 29 Cost. il principio che innerva l'intera disciplina della solidarietà post-coniugale. L'assegno divorzile, pertanto, costituisce l'architrave sul quale poggia il riconoscimento della pari dignità dei ruoli e che il principio dell'equiparazione tra lavoro casalingo ed extradomestico[9] – chiaramente enunciato nelle norme che governano la fase fisiologica del matrimonio (art. 143 c.c.) ed i doveri dei genitori nei confronti dei figli (147; 148, 315 bis c.c. e 316 bis c.c.) – deve essere affermato soprattutto nel momento in cui

6 Cass., SS.UU., 11 luglio 2018, n. 18287. Patti, S.: "Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite" *Il Corriere giuridico*, 2018, num. 10, p. 1186; Bianca, M.: "Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?" *Il Foro italiano*, 2018, parte I, 2671; Rimini,C.: "Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa" *Giurisprudenza italiana*, 2018, nu. 8-9, p. 1843. Le molteplici questioni emerse sotto il profilo civilistico, processuale e penalistico a seguito della decisione delle Sezioni Unite sono analizzate nei contributi compendiati nel numero monografico di *Famiglia e diritto* intitolato *L'assegno di divorzio dopo la decisione delle Sezioni Unite*, 2018.

7 Cass., SS.UU., 29 novembre 1990, n. 11490. Quadri, E.: "Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite", *Il Foro italiano*, 1991, parte I, num. 1, p. 67; Carbone, V.: "*Urteildämmerung:* una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)" *Il Foro italiano*, 1991, parte I, num. 1, p. 67. Sull'assegno post-matrimoniale v. Rimini, C.: *Il nuovo divorzio*, in AA.VV.: *La crisi della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P.Schlesinger), Giuffrè, Milano, 2016, t. 2, pp. 105 ss.; Bonilini,G.: "L'assegno postmatrimoniale", in Bonilini,G., Tommaseo,N.: *Lo scioglimento del matrimonio*, nel *Il codice civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2010, III ed., pp. 575 ss.; Giacobbe, G., Virgadamo, P.: *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile* (diretto da R. Sacco), vol. III, t. 2, Utet, Torino, 2011, p. 57.

8 Cass., SS.UU., 17 luglio 2014, n. 16379. Carbone, V.: "Risolto il conflitto giurisprudenziale: tre anni di convivenza coniugale escludono l'efficacia della sentenza canonica di nullità del matrimonio", *Il Corriere giuridico*, 2014, num. 10, p. 1196.; Quadri, E.: "Il nuovo intervento delle Sezioni Unite in tema di convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale" *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, num. 1, 47; cfr. altresì Ippoliti Martini, C.: "Questioni attuali in tema di delibazione di sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio concordatario", *Il Corriere giuridico,* 2015, num. 1, p. 114.

9 Sul punto cfr. Marella, M.R.: "Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e "resistenze". Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia", *Rivista critica del diritto privato*, 2010, num. 2, p. 233.

il matrimonio si rompe. Del resto, in un sistema nel quale la stabilità della famiglia è nelle mani dei coniugi e il diritto non pone regole per garantirla contro la volontà degli interessati, una delle più rilevanti funzioni assolta dal matrimonio diviene quella di garantire l'attuazione del principio di parità tra coniugi proprio in quella fase della crisi della coppia in cui i costi della famiglia subiscono un incremento e le sue risorse si disperdono; pertanto è necessario che le norme che disciplinano gli effetti patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio costituiscano un efficace contrappeso rispetto alle conseguenze negative che si ricollegano ad una divisione asimmetrica del lavoro domestico nella famiglia e che proprio nel momento della rottura del matrimonio possono manifestarsi in tutta la loro gravità[10].

La concezione dell'assegno divorzile alla stregua di uno strumento funzionale a presidiare una concezione di matrimonio quale società di eguali in cui dev'essere affermato il principio della pari dignità dei ruoli e della tutela dell'affidamento riposto sulle scelte adottate e condivise da entrambi (art. 144 c.c.) trova pieno riscontro nell'osservazione comparatistica rivolta verso gli ordinamenti di common law, nei quali proprio l'indebolimento del vincolo matrimoniale ha posto in particolare evidenza l'esigenza di garantire che ciascuno dei coniugi lasci il matrimonio "on terms of financial equality"[11], evitando che la divisione asimmetrica del lavoro domestico ed extradomestico, così come concordata ed attuata dai coniugi in costanza di matrimonio, dia luogo ad una situazione efficacemente definita dai "Principles of the Law of Family Dissolution" statunitensi alla stregua di una "Residual Loss in Earning Capacity" che deve essere "compensata" proprio al momento del divorzio[12].

L'esigenza di garantire un'adeguata tutela al singolo che – in virtù di una scelta di indirizzo concordata ed attuata nel corso della vita matrimoniale (art. 144 c.c.) – abbia per un considerevole lasso di tempo investito le proprie energie e sacrificato le proprie aspirazioni professionali per assumere un "ruolo trainante endofamiliare" viene posta dalle Sezioni Unite alla base del superamento della funzione eminentemente assistenziale e della valorizzazione della finalità

10 Al Mureden, E.: *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Ipsoa, Milano, 2007, pp. 241 ss.

11 Il principio, espresso nell'ordinamento inglese dalla "leading decision" della House of Lords White v. White (2001), è stato confermato tra le altre da Norris v. Norris, Family Division, 28 November 2002. Sul punto cfr. Al Mureden, E.: "Conseguenze patrimoniali del divorzio e parità tra coniugi nelle leading decisions inglesi: verso una nuova valenza dell'istituto matrimoniale?", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2009, num. 1, p. 211.

12 L'esigenza di prevedere adeguate forme di compensazione nelle fattispecie in cui al termine di un matrimonio di lunga durata la dedizione alla vita familiare, pur esaurita o ridotta, abbia lasciato come conseguenza una perdita permanente di capacità lavorativa (Primary Caretaker's Residual Loss in Earning Capacity) è efficacemente posta in rilievo dai *Principles of the Law of Family Dissolution* elaborati dall'*American Law Institute* cfr. Al Mureden,E.: *Nuove prospettive*, cit., pp. 150 ss. Sulla rilevanza dei compiti di accudimento osservata in una prospettiva che trascende la dimensione del singolo nucleo familiare, Marella, M.R.: "Editoriale", *Rivista critica del diritto privato*, 2021, num. 1, p. 3.

perequativa-compensativa[13]. Una finalità il cui perseguimento conduce all'adozione di una lettura interpretativa che, segnando un distacco rispetto all'orientamento precedente, valorizza significativamente i criteri enunciati nella prima parte dell'art. 5, c. 6, l. div.

Le Sezioni Unite, infatti, dopo aver sottolineato il "fondamento costituzionale" dei suddetti criteri, attribuiscono loro un rilievo "direttamente proporzionale alla durata del matrimonio" superando sia la prospettiva adottata dalla decisione delle Sezioni Unite del 1990 – ove essi svolgevano una funzione "negativa" di elementi moderatori del tetto massimo dell'assegno individuato all'esito della "prima fase logica" del giudizio, nella quale veniva operata una valutazione dell'adeguatezza dei mezzi del richiedente imperniata sul parametro del tenore di vita coniugale –, sia quella inaugurata dalla decisione della I Sezione che – nell'ottica di un assegno divorzile la cui titolarità risultava preclusa all'ex coniuge che versasse in una condizione di autosufficienza economica – sembrava averne relegato l'operatività ad una funzione del tutto marginale sino a renderli pressoché privi di significato[14].

Nella nuova configurazione dell'assegno divorzile delineata dalla decisione delle Sezioni Unite la consapevolezza riguardo alla complessità che caratterizza la molteplicità di modelli familiari[15] dapprima diffusi nel contesto sociale e oggi regolati dal diritto ha condotto al "superamento della distinzione tra criterio attributivo e criteri determinativi dell'assegno di divorzio". In questa prospettiva il giudice è chiamato a decidere riguardo all'adeguatezza dei mezzi del richiedente operando una "valutazione composita e comparativa che trova nella prima parte" dell'art. 5, c. 6, l. div. "i parametri certi sui quali ancorarsi". Gli "indicatori contenuti nell'incipit" dell'art. 5, c. 6, l. div., pertanto, assumono un ruolo determinante al fine di operare una "valutazione integrata" che consente di addivenire ad una sorta di "profilazione" del richiedente[16], così da poter declinare e modulare il principio della solidarietà post-coniugale in funzione delle peculiarità che caratterizzano le singole

13 Questo principio ha trovato applicazione in una decisione di legittimità (Cass. 23 gennaio 2019, n. 1882) con la quale è stata confermata la decisione di merito che aveva "riconosciuto l'assegno divorzile a favore della moglie che, in costanza di matrimonio, si è presa cura del figlio autistico, ricorrendo sia il presupposto assistenziale (mancanza di attività lavorativa) sia il criterio perequativo, essendo stato valutato l'apporto della moglie al ménage familiare".

14 Bianca, C.M.: "L'ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: ciao Europa?", *Giustiziacivile.com*, Editoriale del 9 giugno 2017, p. 4; Dosi, G.: "Presupposti dell'assegno divorzile e condizione femminile: perché la prima sezione della Cassazione non è convincente", *Lessicodidirittodifamiglia.com*, 2017, il quale rileva che nella prospettiva adottata dalla decisione in commento i criteri enunciati dall'art. 5 l. div. sarebbero destinati a "scomparire del tutto"; Al Mureden, E.: "L'assegno divorzile", cit., p.653.

15 Bianca, M.: "I nuovi modelli familiari", *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 3; Spangalo, A.: "La crisi del rapporto di coppia", ivi, p. 19.

16 La motivazione delle Sezioni Unite si riferisce in proposito ad una "puntuale ricomposizione del profilo soggettivo del richiedente".

fattispecie e tutelare il coniuge richiedente l'assegno tenendo in considerazione la "sua specifica individualità" [17].

In quest'ottica viene chiarito esplicitamente che il coniuge per lungo tempo dedito alla cura della famiglia potrà beneficiare di un assegno divorzile conformato in funzione di una finalità perequativa-compensativa capace di limitare il "disequilibrio reddituale" e lo "squilibrio di realizzazione". Ciò potrebbe consentire di realizzare un'equilibrata ripartizione di una particolare forma di ricchezza che studi sociologici ormai risalenti avevano definito con un'espressione assai suggestiva un "capitale invisibile", il quale consiste nelle capacità professionali e di reddito che uno dei coniugi abbia conseguito in costanza di matrimonio anche grazie all'apporto fornito ed ai sacrifici sopportati dall'altro[18].

Ancorché non si rinvenga nella motivazione della decisione delle Sezioni Unite un'indicazione esplicita in tal senso, appare ragionevole affermare che la "valutazione integrata" dei criteri contenuti nella prima parte dell'art. 5, c. 6, l. div. possa lasciare spazio alla configurabilità di una tutela che, oltre a proteggere l'ex coniuge che abbia fornito in passato un significativo apporto alla conduzione della famiglia, consenta di attuare la finalità perequativa e compensativa anche a favore dell'ex coniuge che – seppur giovane e reduce da un matrimonio di breve durata – sarà chiamato a prendersi cura dei figli non autosufficienti per il tempo successivo alla rottura della coppia, assumendo per il futuro quel ruolo di "genitore prevalente" che molto di frequente incide in modo indiretto, ma significativo, sulla capacità di reddito, costituendo un ostacolo al pieno reinserimento lavorativo[19].

17 Al riguardo appare significativo il passo nel quale la motivazione della decisione delle Sezioni Unite precisa che: "Solo mediante una puntuale ricomposizione del profilo soggettivo del richiedente che non trascuri l'incidenza della relazione matrimoniale sulla condizione attuale, la valutazione di adeguatezza può ritenersi effettivamente fondata sul principio di solidarietà che, come illustrato, poggia sul cardine costituzionale fondato della pari dignità dei coniugi. (artt. 2, 3 e 29 Cost.)". L'opportunità di valorizzare ulteriormente i criteri che governano l'attribuzione e la commisurazione dell'assegno divorzile è stata posta in rilievo da un disegno di legge (DDL n. 1293, recante "Modifiche alla legge 1° dicembre 1970, n. 898, in materia di assegno spettante a seguito di scioglimento del matrimonio o dell'unione civile", presentato nel corso della XVIII Legislatura dalla On. Alessia Morani). Per un'approfondita lettura del contenuto del disegno di riforma Quadri, E.: "Assegno di divorzio: alle porte la riforma legislativa", *Giustiziacivile.com*, Editoriale del 20 maggio 2019; Id.: "Assegno di divorzio: ora si muove il legislatore", *Giustiziacivile.com*, 2017, Editoriale del 22 novembre 2017, p. 5.

18 Barnagli, M.: "*La scelta*", cit., p. 135. L'idea di un capitale invisibile riconducibile agli apporti forniti durante il matrimonio da entrambi i coniugi emerge nel passo della motivazione della decisione delle Sezioni Unite nel quale si sottolinea che "l'adeguatezza dei mezzi deve […] essere valutata, non solo in relazione alla loro mancanza o insufficienza oggettiva ma anche in relazione a quel che si è contribuito a realizzare in funzione della vita familiare e che, sciolto il vincolo, produrrebbe effetti vantaggiosi unilateralmente per una sola parte".

19 La rilevanza assunta dal ruolo di genitore prevalente come elemento capace di giustificare l'attribuzione del diritto al mantenimento è stata posta in evidenza da Cass. 9 ottobre, 2007, n. 21097, con nota di Carbone, V.: "Criteri di determinazione e modalità di valutazione dell'assegno di mantenimento", *Famiglia e diritto*, 2008, num 3, 334. In tempi più recenti, con particolare riferimento all'assegno divorzile, App. Napoli 22 febbraio 2018 n. 11. Danovi,F.: "La meritevolezza dell'assegno di divorzio va valutata nel concreto svolgimento della vita coniugale", *Famiglia e diritto*, 2018, num. 4, p. 360. Trib. Udine 1° giugno 2017. Da ultimo una significativa conferma del ruolo di accudimento assolto dal genitore prevalente anche nel tempo successivo alla crisi del matrimonio alla separazione ed al divorzio si rinviene in un passo della motivazione della decisione Cass. SS. UU., 31 marzo 2021, n. 9004, in cui viene ribadito che il riferimento al contributo

Nello scenario delineato dalle Sezioni Unite l'accento posto sulla funzione perequativa e compensativa dell'assegno divorzile non esclude la configurabilità di una funzione assistenziale che dovrebbe essere declinata in ragione del canone dell'autosufficienza economica. Essa, pertanto, persiste, in via residuale, quale strumento di tutela a vantaggio di quel coniuge economicamente debole che, pur non soddisfacendo nessuno dei requisiti indicati dalla prima parte dell'art. 5, c. 6 l. div., non sia in grado di procurarsi autonomamente redditi idonei a garantirgli una condizione di autosufficienza.

III. LA FUNZIONE ASSISTENZIALE DELL'ASSEGNO DIVORZILE E LA SUA DUPLICE DECLINAZIONE.

L'assegno divorzile, così come delineato dalla recente decisione delle Sezioni Unite, assume una funzione composita nella quale il fondamentale ruolo assunto dai criteri enunciati nell'*incipit* dell'art. 5, comma 6, l. div. consente di declinare il valore della solidarietà post-coniugale sia perseguendo una finalità perequativa-compensativa nei riguardi del coniuge che abbia fornito un significativo contributo alla famiglia, sia ispirandosi al principio dell'autosufficienza economica laddove l'ex coniuge, pur non avendo fornito un significativo apporto, si trovi nella condizione di non disporre di redditi adeguati a conseguire l'autosufficienza economica.

In altri termini, quindi, nell'assegno post-matrimoniale la funzione assistenziale permane e – nella nuova lettura delle Sezioni Unite – sembra assumere una duplice declinazione alternativa: una funzione assistenziale "minima" nella quale l'adeguatezza dei mezzi del richiedente viene parametrata in ragione dell'autosufficienza economica intesa come esistenza "dignitosa e libera dal bisogno"[20] ed una funzione assistenziale di più ampia portata nella quale la parte che si trovi in condizione di "dislivello reddituale conseguente alle comuni determinazioni assunte dalle parti nella conduzione della vita familiare" può aspirare a conseguire un assegno parametrato in ragione delle "caratteristiche" e della "ripartizione dei ruoli endofamiliari" e quindi permeato da una finalità

fornito da ciascuno dei coniugi durante il matrimonio deve essere inteso avendo riguardo anche al periodo successivo alla separazione e, soprattutto per quanto riguarda il mantenimento distruzione dei educazione dei figli. Ancora, con particolare riferimento al ruolo del genitore prevalentemente dedito alla cura del figlio affetto da disabilità Cass., 20 maggio 2021, n.13724.

20 Questa lettura, inizialmente adottata da Trib. Reggio Emilia 23 luglio 2018, è stata confermata da Cass. 10 aprile 2019, n. 10084. Danovi, F.: "Assegno divorzile: l'inadeguatezza dei mezzi supera il matrimonio breve e senza rinunce", *Famiglia e diritto*, 2019, num. 6, p. 566. La S.C. ha chiarito che "il presupposto normativo dell'assegno di divorzio è rappresentato dall'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente e dall'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive. In presenza di tali circostanze, confermate dall'età del beneficiario, l'assenza di redditi e di attività lavorativa, la mancanza di specializzazione professionale e la crisi del mercato occupazionale, non osta necessariamente al suo riconoscimento il fatto che il matrimonio sia stato di breve durata e pertanto minimo il contributo alla formazione del patrimonio comune". Sotto questo profilo Danovi, F.: "Assegno divorzile", cit.,p.569, osserva che "nella nuova mappatura delle funzioni dell'assegno di divorzio operata dalle Sezioni Unite, la componente assistenziale, che prima di tale intervento era ritenuta l'unica sopravvissuta e ad esito dello stesso è stata invece affiancata dalle ritrovate funzioni perequativa e compensativa, resta comunque sotto alcuni profili ancor oggi prevalente".

compensativa che tende all'obiettivo di raggiungere una perequazione tra i coniugi modulata in proporzione alla durata, all'intensità ed alla rilevanza del contributo fornito dal richiedente.

Occorre precisare, tuttavia, che la funzione perequativa-compensativa da ultimo indicata può operare solo qualora sia ravvisabile un "dislivello" economico che possa essere ricondotto alla ripartizione dei ruoli endofamiliari concordata dai coniugi ed attuata nel corso del matrimonio. Ciò significa che la finalità perequativa-compensativa non può considerarsi "pura" e "autonoma": essa, infatti, non può ravvisarsi a favore del coniuge che, pur avendo fornito un considerevole contributo a vantaggio dell'altro, si trovi rispetto a quest'ultimo in una posizione di parità o addirittura di superiorità economica. In altri termini, quindi, la funzione "perequativa-compensativa", potendo attuarsi solo a tutela del richiedente che si trovi in posizione di "squilibrio nella realizzazione personale e professionale", presuppone sempre una base in senso lato assistenziale alla quale risulta imprescindibilmente collegata in una posizione di accessorietà.

In definitiva, la lettura delle Sezioni Unite del 1990 – che consentiva di modulare una funzione assistenziale concepita in termini unitari ed ancorata al parametro del tenore di vita utilizzando i criteri enunciati nell'incipit dell'art. 5, comma 6, l. div. quali strumenti di limitazione del quantum[21] – è stata oggi superata da un'interpretazione che valorizza la netta differenziazione tra la finalità assistenziale "pura" conformata in funzione dell'autosufficienza economica e quella "perequativa-compensativa" da attuare nei riguardi del coniuge che, seppure economicamente autosufficiente, si trovi rispetto all'altro in una posizione di svantaggio causalmente riconducibile alla scelta di operare sacrifici nell'interesse della famiglia e, pertanto, risulti meritevole di essere compensato mediante l'attribuzione di un assegno divorzile che tenda alla perequazione delle due posizioni.

In questa nuova prospettiva, segnata dall'abbandono del parametro del tenore di vita coniugale e dalla valorizzazione dei profili di "meritevolezza" del richiedente, i confini entro i quali la solidarietà post-coniugale può manifestarsi appaiono più angusti. L'attuale lettura dell'art. 5 l. div., infatti, non condiziona la corresponsione dell'assegno divorzile all'incapacità del richiedente di conseguire autonomamente il livello di benessere coincidente con il tenore di vita coniugale, ma richiede a tal fine la prova di uno squilibrio reddituale e della sua riconducibilità sul piano causale all'apporto fornito ed alle rinunce effettuate dal richiedente[22].

21 Sul punto v. le osservazioni di Bianca, C.M.: *Diritto civile. La famiglia*, vol. II, t. 1, Giuffrè, Milano, 2017, p. 289.

22 Trib. Bologna 7 agosto 2018, ha escluso la configurabilità dell'assegno post-matrimoniale a favore della parte economicamente più debole ponendo in luce che non era stato dimostrato un nesso di causa effetto tra la "disparità economico-patrimoniale degli ex coniugi all'atto dello scioglimento del vincolo" e le "scelte di conduzione della vita familiare adottate e condivise in costanza di matrimonio". In senso analogo Trib. Roma 8 agosto 2018, ha escluso la configurabilità dell'assegno divorzile a favore del coniuge economicamente debole attribuendo rilievo alla circostanza che la disparità economico-patrimoniale tra le

La maggiore selettività di detto criterio e la conseguente restrizione dell'ambito di esplicazione della solidarietà post-coniugale può cogliersi concentrando l'attenzione sulle fattispecie nelle quali la posizione di maggiore agio economico di uno dei coniugi sia già conseguita al momento delle nozze. In questo caso, infatti, la lettura secondo la quale la spettanza e la misura dell'assegno venivano decise in funzione dell'incapacità del richiedente di disporre di mezzi idonei ad assicurare il persistente godimento del tenore di vita coniugale successivamente al divorzio consentiva alla parte economicamente debole di ottenere l'assegno divorzile a prescindere da un giudizio circa il rapporto di causa ed effetto intercorrente tra il contributo fornito durante il matrimonio e la posizione del coniuge al quale l'assegno divorzile veniva richiesto. Diversamente, l'attuale lettura – condizionando il conseguimento del diritto all'assegno divorzile alla dimostrazione dell'esistenza di un nesso causale tra la condizione di squilibrio economico tra i coniugi ed il contributo prestato dal coniuge richiedente a favore dell'altro – introduce un requisito ulteriore connotato da un giudizio di meritevolezza relativo al coniuge richiedente che, in linea di principio, preclude il diritto a godere di un assegno con finalità compensativa e perequativa a colui che disponga di redditi sufficienti a condurre un'esistenza libera e dignitosa e non possa provare di aver fornito un contributo alla situazione di maggiore agio in cui si trovi l'altro [23]. Considerazioni

parti non fosse "eziologicamente riconducibile (...) a determinazioni e scelte comuni condivise" che hanno condotto la moglie a dedicarsi maggiormente alla famiglia rispetto al marito. Da ultimo Trib. Trieste 21 agosto 2018, ha precisato che "nella valutazione della inadeguatezza dei mezzi e dell'incapacità del coniuge richiedente di procurarseli per ragioni oggettive, la condizione di squilibrio economico patrimoniale rileva intanto in quanto derivi dal sacrificio di aspettative professionali e reddituali a fronte dell'assunzione di un ruolo consumato esclusivamente o prevalentemente all'interno della famiglia, con il conseguente contributo fattivo dato alla formazione del patrimonio comune e a quello dell'altro coniuge". La durata del matrimonio, continua la motivazione, "assume un ruolo cruciale nella valutazione di un siffatto contributo trainante, mentre l'età dell'avente diritto, in uno alla conformazione del mercato del lavoro, soccorre al fine di valutare la consistenza delle potenzialità professionali e reddituali effettivamente valorizzabili alla conclusione della relazione matrimoniale". In senso analogo Trib. Siena 15 dicembre 2018, n. 51. "All'assegno di divorzio deve attribuirsi una funzione assistenziale, compensativa e perequativa; quindi ai fini del riconoscimento deve adottarsi un criterio composito che, alla luce della valutazione comparativa delle rispettive condizioni economico-patrimoniali dei coniugi, dia particolare rilievo al contributo fornito dall'ex coniuge richiedente alla formazione del patrimonio comune e personale, in relazione alla durata del matrimonio, alle potenzialità reddituali future ed all'età dell'avente diritto. Al giudice del divorzio è demandato quindi il compito di valutare, caso per caso, se, pur in ipotesi di autosufficienza economica, propriamente intesa, del coniuge richiedente l'assegno la condizione dello stesso risulti oggettivamente più debole, non quale effetto automatico dello scioglimento del vincolo, bensì per effetto di scelte condivise tra i coniugi durante il matrimonio risultate poi penalizzanti per il coniuge che si assuma destinatario dell'assegno. In ipotesi di disparità economico – reddituale occorre accertare, ai fini della valutazione dei mezzi adeguati e dell'impossibilità di procurarseli, se detta disparità sia dipesa o dipenda da scelte di conduzione familiare condivise che abbiano portato al sacrificio di aspettative reddituali o professionali anche in relazione alla durata del matrimonio, all'effettive potenzialità delle capacità lavorative future parametrate all'età e alla conformazione del mercato del lavoro". Da ultimo Trib. Treviso 8 gennaio 2019. Andreola, E.: "Assegno di divorzio: onere e oggetto della prova", *Famiglia e diritto*, 2019, num. 8-9, pp. 753 ss., nella quale l'assegno di divorzio è stato negato ad una richiedente che, sebbene trasferitasi da un paese estero in ragione del matrimonio, non ha dimostrato la funzionalità del sacrificio alla crescita professionale dell'altro coniuge. La richiedente, inoltre, in considerazione della giovane età e delle elevate qualifiche professionali è parsa in grado di conseguire nel futuro una autonomia sotto il profilo economico patrimoniale.

23 App. L'Aquila 18 gennaio 2019, n. 89. "La funzione equilibratrice dell'assegno di mantenimento all'ex coniuge (in sede di divorzio) non è finalizzata alla ricostituzione del tenore di vita coniugale, bensì al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall'ex coniuge economicamente più debole alla realizzazione della situazione comparativa attuale. Sulla base di ciò, tenuto conto dell'autosufficienza economica del coniuge

analoghe possono essere ripetute con riferimento alle ipotesi nelle quali i coniugi abbiano attuato una compensazione in sede di separazione di modo che colui che domanda l'assegno divorzile si trovi nella condizione di avere già conseguito un'attribuzione patrimoniale adeguata a compensare il contributo fornito nel corso del matrimonio[24].

IV. LA COMPENSAZIONE DEL CONTRIBUTO ENDOFAMILIARE TRA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIALE.

La pronuncia delle Sezioni Unite costituisce da una parte il punto di approdo di un percorso teso a rimodellare in funzione della complessità dell'attuale quadro delle relazioni familiari i lineamenti di una delle più importanti disposizioni che compongono il sistema della solidarietà post-coniugale e, dall'altra, dischiude questioni particolarmente delicate che nel panorama attuale costituiscono oggetto di un'intensa attività interpretativa. Così l'attribuzione all'assegno divorzile una funzione composita nella quale trova spazio una finalità compensativa-perequativa ancorata all'assunzione di un "ruolo trainante endofamiliare" protratta per un significativo lasso temporale pone l'accento sull'esigenza di individuare criteri capaci di determinare con precisione il concetto di lunga durata del matrimonio, nonché di operare delicate valutazioni in merito all'effettivo valore del "contributo prestato" da colui che abbia sacrificato le proprie aspirazioni per l'interesse della

richiedente e della mancata dimostrazione di esigenze di riequilibrio della posizione degli ex coniugi scaturenti da scelte di vita familiare, va rigettata la richiesta di attribuzione dell'assegno". App. Venezia 26 ottobre 2018, n. 2952, *DeJure.it:* "Così come l'assegno divorzile non ha lo scopo di pareggiare il divario reddituale e patrimoniale fra gli ex coniugi, non si può astrarre il livello dell'indipendenza economica dalla specifica condizione del singolo, inteso quale persona che, seppure a sé stante, è portatrice di un bagaglio culturale e di esperienze di vita maturati nel tempo nonché influenzati dalla condivisione del vissuto familiare e dall'impegno e partecipazione profusi nel corso del rapporto coniugale. Il tenore di vita goduto nel corso del matrimonio, in questa prospettiva, è un parametro al contempo eccedente e semplificato: eccedente perché conferisce con durata tendenzialmente indefinita vantaggi aprioristicamente fondati sulle risorse produttive dell'altro coniuge, col rischio di costituire la rendita parassitaria che si intende evitare, e semplificato perché riduce l'analisi ai dati più tangibili ed evidenti, quasi contabili, laddove molti altri fattori vengono in evidenza per valutare di cosa davvero necessita per essere indipendente quello dei due che, rimasto a sé stante, continua la propria vita dopo aver acquisito caratteristiche che non si identificano nelle prerogative dello status della coppia ma nella sua propria individualità".

24 In questo senso alle già citate decisioni Trib. Pavia 17 luglio 2018, cit.; Trib. Pescara 29 agosto 2018, cit.; deve aggiungersi App. Bologna 15 maggio 2019, n. 1592. Al Mureden,E.: "Le nuove funzioni dell'assegno divorzile nello specchio dei *big money cases*", *Famiglia e diritto*, 2019, num. 12, p. 1077. Quest'ultima pronuncia – resa dalla Corte d'Appello all'esito del rinvio operato alle S.U.- testimonia in modo emblematico le profonde differenze che caratterizzano la lettura operata dalle S.U. nel 1990, quella introdotta dalla decisione della I Sezione nel 2017 e, infine, quella delle S.U. del 2018: infatti l'assegno divorzile – a suo tempo concesso in applicazione della lettura dell'art. 5 l. div. basata sul parametro del tenore di vita coniugale – è stato negato nel contesto attuale proprio in considerazione del rilievo per cui le istanze di compensazione della parte debole erano già state soddisfatte in sede di definizione consensuale della separazione. Questa lettura interpretativa ha trovato una conferma ancor più significativa nella decisione di legittimità con la quale è stato negato il diritto a percepire l'assegno divorzile alla ex moglie di Silvio Berlusconi (Cass. 30 agosto 2019, n. 2192. Quadri, E.: "La Cassazione precisa la propria più recente ricostruzione in tema di assegno di divorzio con riferimento ad un caso limite" *Il Corriere giuridico*, 2019, 1174. Al Mureden, E.: "Le nuove", *Famiglia e diritto*, 2019, p. 1077, cit.), nonché in una pronuncia nella quale è stato escluso il diritto al mantenimento in capo all'ex coniuge di un facoltoso amministratore delegato (Cass. 9 agosto 2019, n. 21234. Al Mureden, E.: "Le nuove", *Famiglia e diritto*, 2019, 1077 cit.).

famiglia[25]. Sotto quest'ultimo profilo, infatti, l'analisi della giurisprudenza successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite fa emergere considerevoli difficoltà laddove si pone il problema di dimostrare il rapporto causale tra il contributo dato dal coniuge maggiormente dedito alle incombenze familiari e le capacità di reddito dell'altro o quello di attribuire un valore alle rinunce effettuate dalla parte debole e formulare *ex post* un giudizio sulla concreta realizzabilità di opportunità professionali a suo tempo non coltivate[26]. Sempre in quest'ordine di idee appare difficile individuare un nesso causale tra il contributo familiare prestato dal coniuge economicamente debole e la posizione di maggiore agio economico dall'altro in tutte le ipotesi in cui quest'ultima fosse già stata conseguita prima del matrimonio.

La necessità di puntualizzare l'ampio concetto di funzione compensativa e perequativa emerge anche qualora occorra attribuire un concreto valore ai sacrifici ed alle rinunce effettuate da uno dei coniugi nell'interesse dell'altro[27]. Il problema può essere colto con maggiore immediatezza qualora si consideri la fattispecie nella quale all'inizio del matrimonio i due coniugi si trovino in posizione di assoluta parità reddituale essendo entrambi titolari di posizioni lavorative stabili retribuite, ad esempio, nella misura di 4.000 euro mensili soggetta ad un incremento futuro dipendente da progressioni collegate alla maturazione di anzianità nel ruolo. L'accordo sull'indirizzo della vita familiare in forza del quale uno di essi rinunci irreversibilmente alla propria posizione lavorativa per dedicarsi completamente ad assecondare l'ascesa professionale dell'altro – determinato ad affiancare alla professione già svolta un'ulteriore attività particolarmente impegnativa – costituisce il presupposto sulla base del quale può generarsi uno squilibrio economico che, in caso di divorzio, aprirebbe la via alla corresponsione di un assegno post-matrimoniale con finalità compensativa e perequativa. Optare per la soluzione secondo cui l'assegno post-matrimoniale dovrebbe essere calcolato attribuendo un valore assoluto alla rinuncia effettuata da colui che abbia deciso di favorire la carriera dell'altro abbandonando la propria attività professionale significherebbe, nella fattispecie prospettata, riconoscere il diritto ad un assegno il cui importo dovrebbe corrispondere al reddito mensile

25 Sesta, M.: "Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare", *Famiglia e diritto*, 2018, num. 11, p. 983.

26 Trib. Pavia 17 luglio 2018, cit., pur in presenza di una evidente disparità reddituale, ha escluso la configurabilità dell'assegno divorzile a favore della ex moglie che aveva rinunciato alla carriera di giornalista in quanto quest'ultima aveva già ricevuto in sede di separazione una significativa attribuzione patrimoniale nella determinazione della quale era stata considerata anche l'esigenza di una adeguata compensazione per l'apporto fornito alla famiglia durante gli anni del matrimonio; Trib. Pescara 29 agosto 2018, ha riconosciuto il diritto a percepire un assegno post-matrimoniale parametrato nella "misura massima del terzo del reddito mensile nella disponibilità" dell'onerato con riferimento ad una fattispecie nella quale, durante un matrimonio durato quasi trent'anni la moglie aveva rinunciato ad esercitare la professione di insegnante nella scuola dell'infanzia per favorire la progressione di carriera del marito appartenente alla Guardia di Finanza e soggetto a periodici trasferimenti.

27 In questo senso Sesta, M.: "Attribuzione e", cit., p. 989, sottolinea come resti "impalpabile" la trasformazione" del contributo fornito dal coniuge richiedente "in una somma di denaro o in una percentuale del reddito dell'altro".

teoricamente percepito se la posizione lavorativa a suo tempo abbandonata fosse stata mantenuta (nel caso di specie 4000 euro). Questa stessa somma di denaro – calcolata attribuendo un valore assoluto alla rinuncia – risulterebbe tuttavia inadeguata sia nel caso in cui il reddito del coniuge dedicatosi all'attività professionale abbia subito un considerevole incremento rispetto al tempo in cui la decisone sull'indirizzo della vita familiare fu presa, sia nel caso in cui esso sia rimasto stabile. Nella prima ipotesi – assumendo che il reddito del coniuge economicamente forte si attesti nella misura di 40.000 euro mensili – il riconoscimento di un assegno dell'importo di 4000 euro a favore di colui che a suo tempo abbia rinunciato alla propria carriera per agevolare quella dell'altro consentirebbe di partecipare alla ricchezza frutto di un progetto e di sacrifici comuni in una misura pari al 10% e non condurrebbe ad una perequazione all'interno della coppia. D'altra parte, nell'ipotesi in cui il reddito del coniuge che abbia potuto coltivare le proprie aspirazioni professionali grazie ai sacrifici dell'altro rimanga sostanzialmente invariato rispetto al momento dell'accordo (4000 euro mensili), riconoscere alla parte economicamente debole il diritto ad un assegno il cui importo corrisponde a quanto teoricamente percepito in caso di prosecuzione del rapporto lavorativo a suo tempo abbandonato (4000 euro) costituirebbe una soluzione che, nella prospettiva del coniuge onerato, risulterebbe assolutamente impossibile da sostenere in quanto darebbe luogo ad un trasferimento di risorse pari al 100% del suo reddito[28].

Queste considerazioni inducono a ritenere che il valore dell'attività prestata a favore dell'altro coniuge anche sotto forma di sacrifici e rinunce non può essere calcolato in termini assoluti, ma deve essere necessariamente correlato alla posizione economica della parte nei confronti della quale la richiesta dell'assegno post-matrimoniale viene avanzata[29]. L'espressione "finalità compensativa e

28 È evidente, infatti, che, nella fattispecie assunta ad esempio, il trasferimento di risorse corrispondenti allo stipendio teoricamente percepito dal coniuge che a suo tempo che rinunciò all'attività lavorativa comporterebbe la necessità di privare completamente di reddito il coniuge nei confronti del quale l'assegno viene richiesto.

29 In questo senso Sesta, M.: "Attribuzione e", cit., p.988, osserva che "se la perequazione sta essenzialmente nel riconoscere al coniuge un compenso per il suo lavoro, commisurato ai redditi dell'altro, nelle concrete fattispecie, a pari quantità di contributo nella realizzazione della vita familiare possono corrispondere ben differenti quantità di compenso, perché quest'ultimo va determinato in funzione perequativa e in rapporto al reddito e alla condizione economico-patrimoniale di chi lo versa e non secondo astratti criteri di valutazione di stampo lavorista".
Queste considerazioni riecheggiano in una successiva decisione di legittimità (Cass. 29 gennaio 2019, n. 2480 "La liquidazione dell'assegno di mantenimento in sede divorzile e il rispetto del principio perequativo compensativo", nella quale è stato ribadito che "all'assegno divorzile in favore dell'ex coniuge deve attribuirsi, oltre alla natura assistenziale, anche natura perequativo-compensativa, che discende direttamente dalla declinazione del principio costituzionale di solidarietà, e conduce al riconoscimento di un contributo volto a consentire al coniuge richiedente non il conseguimento dell'autosufficienza economica sulla base di un parametro astratto, bensì il raggiungimento in concreto di un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare, in particolare tenendo conto delle aspettative professionali sacrificate". Cass. 28 febbraio 2019, n. 5975. "L'*an* e il *quantum* dell'assegno divorzile devono essere determinati sulla base di valutazioni concrete", "nella determinazione dell'assegno divorzile spettante al coniuge economicamente più debole, occorre tenere conto del contributo fornito da quest'ultimo alla formazione del patrimonio familiare, della durata del matrimonio e delle aspettative professionali sacrificate durante le nozze".

perequativa", pertanto, sembra indicare che la compensazione di colui che abbia sacrificato le proprie aspirazioni professionali nell'interesse dell'altro può operare solo a vantaggio di chi si trovi in una posizione di inferiorità economica e deve mirare alla perequazione, ossia ad una divisione in linea di principio paritaria delle risorse complessivamente disponibili la quale, a ben vedere, costituisce al tempo stesso l'obiettivo a cui la solidarietà post-coniugale deve tendere ed il limite oltre il quale essa non può giustificare l'imposizione di obblighi alla parte economicamente più forte[30].

Questa lettura appare contraddetta dall'obiter dictum di una decisione di legittimità secondo cui anche qualora fosse ravvisabile un'esigenza compensativa l'assegno divorzile dovrebbe "parametrarsi al contributo personale dato alla formazione del patrimonio comune e dell'altro coniuge e alle esigenze di vita dignitosa del coniuge richiedente" non potendo essere quantificato in una somma che consista "in una percentuale di redditi del coniuge più abbiente"[31]. Una simile lettura, invero, seppur in un contesto nel quale l'assenza di metodi oggettivi di calcolo lascia spazio ad un'inevitabile discrezionalità delle valutazioni giudiziali, appare difficilmente conciliabile con l'attuazione dei principi enucleati dalle S.U. muovendo dal dettato degli artt. 2, 3, e 29 Cost. soprattutto laddove conduce a rendere impercettibile la distinzione tra finalità assistenziale "minima" e finalità assistenziale-compensativa. La compressione di quest'ultima entro il limite del livello di benessere parametrato in ragione di un'esistenza libera e dignitosa condurrebbe al paradosso per cui l'assegno attribuito a colui che si trovi in condizione di incapacità di procurarsi redditi adeguati a conseguire la mera autosufficienza – concesso un ossequio alla funzione assistenziale "minima" – coinciderebbe con quello riconosciuto a colui che dimostri di aver contribuito all'accrescimento professionale dell'altro e nondimeno veda la propria aspirazione alla compensazione dei sacrifici effettuati circoscritta entro gli angusti confini di un assegno parametrato in funzione della capacità di condurre un'esistenza libera e dignitosa.

V. E METODI OBIETTIVI DI CALCOLO.

A tre anni di distanza dalla decisione delle Sezioni Unite sembra possibile affermare che la nuova lettura dell'art. 5 l. div. costituisca una condivisibile ed apprezzabile attuazione del principio costituzionale della pari dignità dei ruoli e conferisca opportunamente un valore fondamentale al contributo del coniuge che

30 Cass. 14 febbraio 2019, n. 4523, confermando la ragionevolezza di una decisione di merito che pur riferendosi al parametro del tenore di vita si è mostrata in "singolare sintonia" con l'orientamento espresso nel luglio del 2018 dalla decisione delle Sezioni Unite testimonia che la nuova lettura dell'art. 5 l. div. pure distaccandosi dall'orientamento consolidatosi dopo il 1990, continua a condividerne significativi elementi.

31 Cass. 9 agosto 2019, n. 21234, cit.; in senso analogo Cass. 7 ottobre 2019, n. 24932.

sacrifichi le proprie potenzialità a vantaggio del nucleo familiare[32]. Ciononostante la valorizzazione delle funzioni compensativa e perequativa introduce un elemento di considerevole complessità nella decisione concernente l'attribuzione e la quantificazione dell'assegno, in quanto l'attribuzione di un valore al contributo effettuato a vantaggio dell'altro coniuge risulta sovente assai ardua essendo condizionata da valutazioni di fattori talvolta "impalpabili" che dipendono da valutazioni ipotetiche difficilmente verificabili[33]. In questo scenario, caratterizzato da una inevitabile incertezza circa l'esito delle decisioni giudiziali, appare verosimile ritenere che non si possano ravvisare particolari "incentivi" ad una soluzione concordata delle controversie concernenti la definizione degli assetti economici successivi al divorzio.

Invero, anche sulla scorta di esperienze avviate e consolidatesi in altri ordinamenti giuridici, apparirebbe opportuno corredare i condivisibili principi espressi con riferimento all'assegno divorzile con strumenti capaci di conferire un ragionevole tasso di standardizzazione e prevedibilità alle valutazioni attinenti al contributo fornito dal coniuge richiedente durante gli anni del matrimonio. Solo attraverso questa via sarebbe possibile elevare il livello di prevedibilità e calcolabilità delle conseguenze economiche del divorzio in un giudizio contenzioso e, in funzione di questo scenario, addivenire ad una soluzione negoziale fondata su una base di ragionamento individuata in funzione di parametri condivisi e quindi più agevolmente accettabile dalle parti come punto di riferimento comune.

In effetti la prospettiva dei metodi di calcolo fa emergere che – seppur nell'ambito delle marcate peculiarità che caratterizzano ciascuno dei diversi approcci – si riscontrano significativi punti di convergenza[34]. Così, pur nell'ambito di una netta

32 Bianca,C.M.:*Sui persistenti margini di incertezza in tema di determinazione dell'assegno divorzile* in *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. XVII, sottolinea in proposito l'opportunità di "scongiurare il degrado esistenziale del coniuge debole conseguente al radicale sconvolgimento della sua vita".

33 La concreta complessità insita nell'attribuzione di un preciso valore al contributo prestato da un coniuge ed alla sussistenza di un'efficienza causale tra questo e l'accresciuta posizione di benessere economico conseguita dall'altro è efficacemente evidenziata da Sesta, M.: "Attribuzione e", *cit.*, p. 989. Sempre in questo senso Balestra,L.: "L'assegno divorzile nella nuova prospettiva delle Sezioni Unite", *Familia*, 2019, num. 1, p. 19, pone in rilievo i profili di criticità scaturenti dall'ampliamento della discrezionalità giudiziaria che consegue alla nuova lettura interpretativa dell'art. 5, comma 6, l. div. operata dalle Sezioni Unite.

34 La finalità di affidare a metodi di calcolo obiettivi la quantificazione degli assegni di mantenimento nella crisi della famiglia e stata perseguita attraverso metodologie differenziate. In questo senso la prima esperienza si registra con riferimento alle problematiche concernenti l'assegno dovuto dal genitore per il mantenimento del figlio. In questa prospettiva, anche muovendo dalle esperienze maturate in altri ordinamenti europei, è stato sviluppato il metodo CHICOS – CHILD COST Software (Maglietta,M.: "CHICOS – Child Cost Software. Fondamenti, sviluppo e informazioni ottenibili da un metodo di calcolo che si basa sulla legge n. 54/2006", *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E.Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 225). L'interesse verso metodi di calcolo obiettivi sulla base dei quali operare la quantificazione degli assegni di mantenimento risulta ulteriormente confermata dall'affermarsi di altri sistemi di calcolo come quello elaborato presso il Tribunale di Palermo (Bertoli, G.: "Il metodo "Palermo"", *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 243), il metodo SAM (Rovatti, R.: "SAM - Stima Assegni di Mantenimento", *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 279), il metodo ReMida (D'Aietti, G.: "Il "metodo

caratterizzazione di ciascuno dei metodi riguardo alle modalità di quantificazione dell'assegno divorzile, si riscontra una piena convergenza nell'indicare l'obiettivo del tenore di vita coniugale come un parametro illusorio il cui conseguimento non può orientare adeguatamente né la decisione del giudice, né gli accordi delle parti. Proprio la prospettiva dei metodi di calcolo, pertanto, testimonia l'opportunità dell'abbandono di questo parametro e, al tempo stesso, la maggiore coerenza di quelle decisioni che, dovendo pronunciarsi con riferimento a nuclei familiari ricomposti, avevano intuito che l'obiettivo da perseguire non dovesse essere quello di garantire il persistente godimento del tenore di vita matrimoniale all'ex coniuge, ma, più propriamente, la garanzia di un tenore di vita simile tra loro a tutti coloro che dipendano dal medesimo soggetto obbligato[35].

I mutamenti impressi dalla decisione delle Sezioni Unite e la valorizzazione della funzione compensativa dell'assegno divorzile, inoltre, impongono l'individuazione di parametri obiettivi idonei a misurare l'effettivo valore dell'apporto fornito da un coniuge alla crescita professionale ed economica dell'altro. Sotto questo profilo sembrano da osservare con interesse i meccanismi di compartecipazione standardizzata ideati in alcuni ordinamenti statunitensi nei quali la parte economicamente debole consegue una *share* sul reddito dell'altra che cresce in proporzione alla durata del matrimonio.

Anche per quanto concerne la reale incidenza sull'assegno divorzile del beneficio economico conseguito attraverso l'assegnazione della casa familiare tutti i metodi, seppur caratterizzati da profonde differenziazioni per quanto riguarda il calcolo del valore economico dell'assegnazione della casa familiare, prevedono meccanismi idonei ad attribuire una precisa misura allo scomputo da effettuare sull'assegno di mantenimento e sull'assegno divorzile[36].

Muovendo da queste prime indicazioni sembra possibile affermare che l'aspirazione ad introdurre criteri scientifici standardizzati funzionali a precisare l'ampio contenuto di principi e clausole generali che governano la solidarietà

D'Aietti" e ReMida Famiglia", *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 301) ed il metodo MoCAM (Maltagliati, M., Marliani, G.: "Il modello MoCAM", *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 255). Per un'analisi dei diversi metodi in una prospettiva di raffronto Al Mureden,E.,Rovatti, R.: *Metodi a confronto*, *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 333.

35 Cass. 19 marzo 2014, n. 6289. Al Mureden, E.: "Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autoresponsabilità"" *Famiglia e diritto*, 2014, num. 11. Cass. 23 agosto 2006, n. 18367; Cass. 24 gennaio 2008, n. 1595. Sul principio dell'autoresponsabilità Cordiano, A.: *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, Giappichelli, Torino, 2018. Con particolare riferimento al sistema tedesco Patti, S.: "La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, num. 2, p. 455.

36 Ippoliti Martini, C.: "I riflessi economici dell'assegnazione della casa familiare", *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 145.

postconiugale costituisce la manifestazione di un fenomeno più ampio che da tempo interessa molteplici contesti giuridici. Questo stesso processo, del resto, può cogliersi anche con riferimento al risarcimento del danno non patrimoniale e, in particolare, del cosiddetto danno biologico.

La possibilità di attribuire un valore economico standardizzato e predeterminabile alla compromissione del diritto alla salute in quanto tale costituisce attualmente un presupposto indefettibile al fine di garantire il funzionamento dei complessi sistemi previdenziali ed assicurativi verso i quali convergono e si concentrano migliaia di pretese risarcitorie scaturenti dall'infortunistica cagionata da attività lavorative e da quella riconducibile alla circolazione stradale. In quei contesti la concentrazione delle pretese risarcitorie in capo ad enti esponenziali ha enormemente amplificato la dimensione collettiva dell'incertezza che caratterizzava ciascun giudizio risarcitorio individuale ed ha generato un'esigenza ineludibile di standardizzazione e oggettivazione delle pretese risarcitorie la cui calcolabilità diviene elemento imprescindibile al fine di garantire la sostenibilità economica dei sistemi assicurativi e previdenziali.

Queste considerazioni sembrano non poter essere ripetute, in prima approssimazione, con riferimento alle incertezze che caratterizzano gli esiti dei giudizi concernenti la spettanza e la quantificazione dell'assegno divorzile, nei quali la non calcolabilità preventiva degli esiti delle decisioni risulta frammentata in una dimensione eminentemente individuale. Cionondimeno occorre considerare che la prospettiva delle scienze statistiche fa emergere due dati che, combinandosi, sottolineano la crescente rilevanza della dimensione collettiva delle incertezze che attualmente caratterizzano l'esito dei giudizi concernenti l'assegno divorzile.

La costante flessione del numero dei matrimoni, da un lato, e la crescente incidenza dei divorzi[37], dall'altro, testimoniano che il problema dell'estensione e della durata degli obblighi economici conseguenti al divorzio ha conseguito una diffusione sociale assai significativa. In questa prospettiva, pertanto, sembra possibile affermare che la diffusa percezione di incertezza che caratterizza ogni singolo giudizio si rifletta in una prospettiva collettiva con la conseguenza di incrementare l'interesse generale all'implementazione di sistemi che, istituendo forme di standardizzazione dei giudizi, consentano di conseguire un più elevato grado di prevedibilità delle decisioni ed incentivo verso forme di risoluzione stragiudiziale delle controversie dal quale dovrebbe derivare un progressivo decongestionamento delle procedure contenziose. Tali obiettivi, che potrebbero

37 Dal raffronto dei dati che emergono dallo studio "Matrimoni, unioni civili, separazioni e divorzi, anno 2019", pubblicato il 18 febbraio 2021, reperibile all'indirizzo *https://www.istat.it/it/archivio/253756*, con quelli relativi agli anni Settanta emerge una accresciuta intensità del divorzio: nel 1971infatti si registravano solo 13.000 divorzi a fronte di 395,000 matrimoni, mentre nel 2019 a 184.000 matrimoni corrispondono 85.349 divorzi.

essere conseguiti grazie al decisivo apporto dei metodi di calcolo standardizzati, appaiono pienamente in linea con le linee tracciate dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, laddove – anche sulla scorta delle Country Specific Recommendations indirizzate all'Italia dalla Commissione Europea – viene sottolineata l'importanza di "strumenti evoluti di conoscenza (utili sia per l'esercizio della giurisdizione sia per adottare scelte consapevoli)" che, nel loro complesso tendano ad "aumentare l'efficienza del sistema giudiziario civile" ed incentivino "l'esercizio di una giustizia preventiva e consensuale, necessaria per il contenimento di una possibile esplosione del contenzioso presso gli uffici giudiziari"[38].

38 Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), p. 51.

BIBLIOGRAFIA

Al Mureden, E., Rovatti, R.: *Metodi a confronto, Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 333.

Al Mureden, E.: "Conseguenze patrimoniali del divorzio e parità tra coniugi nelle leading decisions inglesi: verso una nuova valenza dell'istituto matrimoniale?", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2009, num. 1, p. 211.

Al Mureden, E.: "Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autoresponsabilità"", *Famiglia e diritto*, 2014, num. 11.

Al Mureden, E.: "Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze", *Famiglia e diritto*, 2016, num. 10, pp. 966 ss.

Al Mureden, E.: "Le nuove funzioni dell'assegno divorzile nello specchio dei *big money cases*", *Famiglia e diritto*, 2019, num. 12, p. 1077.

Al Mureden, E.: *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Ipsoa, Milano, 2007, pp. 241 ss.

Andreola, E.: "Assegno di divorzio: onere e oggetto della prova", *Famiglia e diritto*, 2019, num. 8-9, pp. 753 ss.

Balestra,L.: "L'assegno divorzile nella nuova prospettiva delle Sezioni Unite", *Familia*, 2019, num. 1, p. 19.

Barbagli, M.:"La scelta del regime patrimoniale", in A.A.V.V.: *Lo stato delle famiglie in Italia* (a cura di M. Barbagli, C. Saraceno), Il Mulino, Bologna, II ed., 1997, p. 105.

Bertoli, G.: "Il metodo "Palermo"", *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 243.

Bianca, C.M.: *Diritto civile. La famiglia*, vol. II, t. 1, Giuffrè, Milano, 2017, p. 289.

Bianca,C.M.: *Sui persistenti margini di incertezza in tema di determinazione dell'assegno divorzile* in *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. XVII.

Bianca,M.: "Assegno divorzile e nuova famiglia di fatto: la questione alle Sezioni unite. Estinzione automatica o valorizzazione del criterio compensativo dei sacrifici e delle scelte operate in costanza del rapporto matrimoniale? La necessità di trovare una terza via", *GiustiziaInsieme.it*, 2021.

Bianca, M.: "I nuovi modelli familiari", *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 3.

Bianca, M.: "Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?" *Il Foro italiano*, 2018, parte I, 2671.

Bianca,C.M.: "L'ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: ciao Europa?", *Giustiziacivile.com*, Editoriale del 9 giugno 2017, p. 4.

Bilo', G.: "Famiglia ricostituita", *Codice della famiglia* (a cura di M. Sesta), Milano, 2015, III ed., p. 2394.

Bonilini ,G.:"L'assegno postmatrimoniale", in Bonilini, G., Tommaseo, N., *Lo scioglimento del matrimonio*, *Il codice civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano, 2010, III ed., pp. 575 ss..

Buzzelli,D.: *La famiglia «composita». Un'indagine sistematica sulla famiglia ricomposta: i neo coniugi o conviventi, i figli avuti da precedenti relazioni e i loro rapporti*, Jovene, Napoli, 2012.

Carbone, V.: "Risolto il conflitto giurisprudenziale: tre anni di convivenza coniugale escludono l'efficacia della sentenza canonica di nullità del matrimonio", *Il Corriere giuridico*, 2014, num. 10, p. 1196..

Carbone,V.: "Criteri di determinazione e modalità di valutazione dell'assegno di mantenimento", *Famiglia e diritto*, 2008, num 3, 334.

Carbone,V.: "*Urteildämmerung:* una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)" *Il Foro italiano*, 1991, parte I, num. 1, c. 67.

Cordiano, A.: *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, Giappichelli, Torino, 2018.

D'Aietti, G.: "Il "metodo D'Aietti" e ReMida Famiglia", *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 301.

Danovi, F.: "La meritevolezza dell'assegno di divorzio va valutata nel concreto svolgimento della vita coniugale", *Famiglia e diritto*, 2018, num. 4, p. 360.

Danovi,F.: "Assegno divorzile: l'inadeguatezza dei mezzi supera il matrimonio breve e senza rinunce", *Famiglia e diritto*, 2019, num. 6, p. 566.

Dosi, G.: "Presupposti dell'assegno divorzile e condizione femminile: perché la prima sezione della Cassazione non è convincente", *Lessicodidirittodifamiglia.com*, 2017.

Giacobbe,G., Virgadamo, P.: *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile* (diretto da R. Sacco), vol. III, t. 2, Utet, Torino, 2011, p. 57.

Ippoliti Martini, C.: "Questioni attuali in tema di delibazione di sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio concordatario", *Il Corriere giuridico,* 2015, num. 1, p. 114.

Ippoliti Martini,C.: "I riflessi economici dell'assegnazione della casa familiare", *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 145.

Maglietta, M.: "CHICOS – Child Cost Software. Fondamenti, sviluppo e informazioni ottenibili da un metodo di calcolo che si basa sulla legge n. 54/2006", *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 225.

Maltagliati, M., Marliani, G.: "Il modello MoCAM", *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. Al Mureden, R. Rovatti), Giappichelli, Torino, 2020, p. 255.

Marella, M.R.: "Editoriale", *Rivista critica del diritto privato*, 2021, num. 1, p. 3.

Marella,M.R.: "Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e "resistenze". Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia", *Rivista critica del diritto privato*, 2010, num. 2, p. 233.

Mazzoni,S.: "Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi partners alla costellazione familiare ricomposta", *Il Diritto di Famiglia delle Persone*, 1999, num. 1, pp. 369 ss.

Patti, S.: "Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite", *Il Corriere giuridico*, 2018, num. 10, p. 1186.

PATTI, S.: "La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, num. 2, p. 455.

QUADRI, E.: "Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite", *Il Foro italiano*, 1991, parte I, num. 1, c. 67.

QUADRI, E.: "Il nuovo intervento delle Sezioni Unite in tema di convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale" *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, num. 1, 47.

QUADRI, E.: "La Cassazione precisa la propria più recente ricostruzione in tema di assegno di divorzio con riferimento ad un caso limite" *Il Corriere giuridico*, 2019, 1174.

QUADRI,E.: "Assegno di divorzio: alle porte la riforma legislativa", *Giustiziacivile.com*, Editoriale del 20 maggio 2019.

QUADRI,E.: "Assegno di divorzio: ora si muove il legislatore", *Giustiziacivile.com*, 2017, Editoriale del 22 novembre 2017, p. 5.

RESCIGNO, P.: "Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma", *Rivista di diritto civile*, 1988, num. 1, p. 113.

RESCIGNO,P.: "La famiglia ricomposta: nuove prospettive giuridiche", *Familia*, 2002, num. 1, pp. 1 ss.

RIMINI, C.: *Il nuovo divorzio*, in AA.VV.: *La crisi della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER), Giuffrè, Milano, 2016, t. 2, pp. 105 ss..

RIMINI,C.: "Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa" *Giurisprudenza italiana*, 2018, nu. 8-9, p. 1843.

ROVATTI, R.: "SAM - Stima Assegni di Mantenimento", *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. AL MUREDEN, R. ROVATTI), Giappichelli, Torino, 2020, p. 279.

SESTA, M.: "Titolarità e prova della proprietà nel regime di separazione dei beni", *Familia*, 2001, num. 4, p. 871.

SESTA,M.: "Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare", *Famiglia e diritto*, 2018, num. 11, p. 983.

SPANGALO, A.: "La crisi del rapporto di coppia", *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale* (a cura di E. AL MUREDEN, R. ROVATTI), Giappichelli, Torino, 2020, p. 19.

UN PASO ADELANTE, DOS ATRÁS, EN TORNO AL PROCESO DE LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

ONE STEP FORWARD, TWO TO GO, CONCERNING THE PROCEEDING TO LIQUIDATE THE SEPARATE PROPERTY SYSTEM

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 816-833

Adrián
ARRÉBOLA
BLANCO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: La jurisprudencia ha declarado la idoneidad tanto de los procesos de nulidad, separación y divorcio como de los de liquidación del régimen económico-matrimonial como posibles cauces para liquidar el de separación de bienes. Sin embargo, en el estado en que actualmente se encuentra nuestra legislación, resulta controvertido que este régimen económico-matrimonial sea susceptible de ser liquidado mediante un cauce diferente al de los procesos declarativos que correspondan por razón de la cuantía. Por este motivo, emprenderemos un recorrido por los argumentos que a este respecto se dan a favor tanto de los procesos de nulidad, separación y divorcio como de los de liquidación del régimen económico del matrimonio, invitando de este modo a reflexionar sobre lo necesaria que en un futuro próximo pueda resultar la intervención legislativa.

PALABRAS CLAVE: Régimen económico-matrimonial; régimen de separación de bienes; compensación del trabajo doméstico; procesos matrimoniales; procesos de liquidación del régimen económico-matrimonial.

ABSTRACT: *The courts have supported the matrimonial proceedings and liquidation of matrimonial property proceedings as possible channels to liquidate the separate property system. However, nowadays, according to statute law, is controversial that the separate property system can be liquidated by means of a different channel from the declarative proceedings. For this reason, we will make a journey through the arguments that are given in favour of matrimonial proceedings and liquidation of matrimonial property proceedings to reflect about the need of a legislative intervention.*

KEY WORDS: *Separate property; equitable distribution; matrimonial proceedings; matrimonial property.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS PROCESOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.- III. LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La tradición ha conseguido traer hasta nuestros días la equivocada concepción por la que socialmente se observa como a extraños a los consortes cuya economía esté sujeta al régimen de separación de bienes una vez contraído el matrimonio. Pero, incluso en tales circunstancias, cada vez más frecuentes en la sociedad contemporánea, resulta incontestable que el matrimonio conduce inevitablemente a la adquisición de bienes y derechos que los consortes y/o sus sucesores habrán de liquidar en algún momento con independencia del régimen económico-matrimonial bajo el que se halle su economía. Sin embargo, si bien es cierto que esta conclusión no suscita controversia cuando éste lo es de comunidad de bienes, a partir de la experiencia que nos proporcionan los siglos y siglos de historia que atesora nuestra idiosincrática sociedad de gananciales, no lo es menos que en lo que respecta al de separación de bienes todavía existe mucha incertidumbre en torno a la liquidación que eventualmente deba seguirse tras producirse su extinción. En este sentido, según revela la jurisprudencia, ni siquiera se tiene auténtica certeza respecto del cauce procesal por el que corresponda ventilar la reclamación de pretensiones tan usuales como son las que giran en derredor de la compensación del trabajo doméstico realizado por los consortes durante la vigencia del régimen de separación de bienes. Por este motivo, en vista del interés que reviste esta situación, emprenderemos en adelante un reflexivo recorrido tanto por los procesos de nulidad, separación y divorcio como por los de liquidación del régimen económico-matrimonial como posibles cauces, en lo que constituirá nuestro modesto homenaje a la memoria del Profesor C. M. Bianca.

II. LOS PROCESOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

El establecimiento del cauce procesal oportuno para liquidar la compensación del trabajo doméstico realizado durante el régimen de separación de bienes ha venido suscitando, durante los últimos años, un intenso debate jurisprudencial. Mientras unos órganos jurisdiccionales han abogado por defender la idoneidad de los procesos de nulidad, separación y divorcio junto con los declarativos que en cada caso correspondan por razón de la cuantía (*cfr.* SSAP Asturias 15 febrero

• Adrián Arrébola Blanco
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: adrianarrebola@ucm.es

2012, Islas Baleares 17 julio 2012, Madrid 11 abril 2014 y Valencia 7 julio 2001), otros se han inclinado exclusivamente a favor de estos últimos por considerar inadecuados los de nulidad, separación y divorcio para juzgar todo cuanto exceda de la mera extinción del régimen económico-matrimonial (*cfr.* SSAP Barcelona 27 marzo 2000, Castellón 29 mayo 1999, Córdoba 20 diciembre 2013, Madrid 12 diciembre 2002, Málaga 13 febrero 2014, 30 diciembre 2013, 25 enero 2013 y 20 septiembre 2011 y Navarra 2 junio 2004)[1]. Por tanto, en estas circunstancias, era de esperar que semejante controversia acabase trascendiendo en la práctica judicial en tanto se señalaría tímidamente que la compensación del trabajo doméstico realizado durante el régimen de separación de bienes puede hacerse efectiva bien en el proceso conyugal o en un proceso independiente, como hizo el Tribunal Supremo (STS 11 diciembre 2015)[2].

El Tribunal Supremo, sin embargo, salvo por esta referencia, en torno a la cual cabría decir que apenas lo fue *obiter dictum* al no formar parte de la *ratio decidendi*, no se había pronunciado con respecto al cauce procesal adecuado para liquidar el régimen de separación de bienes en ninguna de las ocho ocasiones que tuvo a su disposición para incorporar a su doctrina jurisprudencial lo que procediera observar en este sentido por los jueces y tribunales inferiores (*cfr.* SSTS 14 abril 2015, 26 marzo 2015, 31 enero 2014 y 14 julio 2011)[3]. Pese a todo, no obstante, de este texto jurisprudencial, se deduce que el derecho a percibir una compensación por el trabajo desarrollado en el seno doméstico durante la vigencia de este régimen económico-matrimonial puede ejercitarse dentro del proceso matrimonial, o en uno posterior, como pudiera ser el declarativo correspondiente por razón de la cuantía o el de nulidad o divorcio que, en su caso, siguiera al de separación, como recordaría algunos años más tarde al conocer de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal que se interpusieron por vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo e infracción del

1 *Cfr.* SSAP Asturias 15 febrero 2012 (JUR 2013, 298438), Barcelona 27 marzo 2000 (JUR 2000, 142554), Castellón 29 mayo 1999 (AC 1999, 6269), Córdoba 20 diciembre 2013 (JUR 2014, 76247), Islas Baleares 17 julio 2012 (AC 2012, 1207), Madrid 11 abril 2014 (JUR 2014, 133599), Madrid 12 diciembre 2002 (JUR 2003, 82390), Málaga 13 febrero 2014 (JUR 2014, 278267), 30 diciembre 2013 (JUR 2014, 98272), 25 enero 2013 (JUR 2013, 304823) y 20 septiembre 2011 (JUR 2012, 73257), Navarra 2 junio 2004 (JUR 2004, 258769) y Valencia 7 julio 2001 (JUR 2001, 274492).

2 *Cfr.* STS 11 diciembre 2015 (RJ 2015, 5414). Sobre el particular, *vid.* Arrébola Blanco, A.: "La liquidación de la sociedad de gananciales", en AA.VV.: *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar* (dir. J. R. de Verda y Beamonte; coord. P. Chaparro Matamoros y G. Muñoz Rodrigo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 362-366; Id.: "La liquidación del régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar* (dir. J. R. de Verda y Beamonte; coord. P. Chaparro Matamoros y G. Muñoz Rodrigo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 418-420; Id.: *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, Reus, Madrid, 2019, pp. 365-370; Id.: "Luces y sombras acerca de los procesos matrimoniales como cauce para liquidar el régimen de separación de bienes. Comentario a la STS de España, núm. 94/2018, de 20 de febrero (RJ 2018, 568)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, enero, 2019, pp. 410-419.

3 *Cfr.* SSTS 14 abril 2015 (RJ 2015, 1528), 26 marzo 2015 (RJ 2015, 1170), 31 enero 2014 (RJ 2014, 813) y 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122).

derecho a la tutela judicial efectiva, respectivamente, ante la Audiencia Provincial de Málaga (STS 20 febrero 2018)[4].

En primer lugar, respecto del recurso de casación, éste sería admitido concretamente por entenderse vulnerado el derecho de la recurrente a percibir una compensación por el trabajo desempeñado por ella en el seno doméstico durante el régimen de separación de bienes, una vez extinguido el régimen económico de su matrimonio. Si bien es cierto que su resolución acabaría resultando inviable a causa del éxito obtenido por el recurso extraordinario por infracción procesal sobre el que después repararemos, representaba éste un recurso abocado al fracaso en tanto constituía doctrina reiterada que la compensación del trabajo doméstico requiere acreditar una dedicación exclusiva al cuidado del hogar y no haberla simultaneado con ninguna otra actividad fuera del mismo (SSTS 14 marzo 2017, 28 febrero 2017, 5 mayo 2016, 11 diciembre 2015, 25 noviembre 2015, 14 abril 2015, 26 marzo 2015, 31 enero 2014 y 14 julio 2011), contra lo que sin embargo constaba en autos por los hechos que quedaron probados en el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Marbella[5].

Efectivamente, aunque en este caso el reconvenido declaró en su interrogatorio que la recurrente había colaborado en sus respectivas actividades profesionales, siendo esta colaboración la única excepción posible frente a la regla que tan férreamente venía aplicándose en torno a la dedicación exclusiva al trabajo doméstico, constaba además que ésta había estado compaginando dicho trabajo con el realizado fuera del hogar y, por ende, fuera también de la esfera profesional de su consorte, a la que el mismo se creía extensible (*cfr.* SSTS 29 septiembre 2020 y 26 abril 2017)[6]. Por lo tanto, a pesar de todo, y sin perjuicio del resultado que obtendría el recurso extraordinario por infracción procesal que al mismo tiempo se interpuso, no cumplía la recurrente con el requisito de haber contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa que se establece junto con el de haberse sometido al régimen de separación de bienes en la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo (SSTS 29 septiembre 2020, 11 diciembre 2019, 20 febrero 2018, 26 abril 2017, 14 marzo 2017, 28 febrero 2017, 5 mayo 2016, 11 diciembre 2015, 25 noviembre 2015, 14 abril 2015, 26 marzo 2015, 31 enero 2014 y 14 julio 2011)[7].

4 *Cfr.* STS 20 febrero 2018 (RJ 2018, 568).

5 *Cfr.* SSTS 14 marzo 2017 (RJ 2017, 880), 28 febrero 2017 (RJ 2017, 673), 5 mayo 2016 (RJ 2016, 2219), 11 diciembre 2015 (RJ 2015, 5414), 25 noviembre 2015 (RJ 20a15, 53), 14 abril 2015 (RJ 2015, 1528), 26 marzo 2015 (RJ 2015, 1170), 31 enero 2014 (RJ 2014, 813) y 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122).

6 *Cfr.* SSTS 29 septiembre 2020 (JUR 2020, 295068) y 26 abril 2017 (RJ 2017, 1720).

7 *Cfr.* SSTS 29 septiembre 2020 (JUR 2020, 295068), 11 diciembre 2019 (JUR 2020, 1744), 20 febrero 2018 (RJ 2018, 568), 26 abril 2017 (RJ 2017, 1720), 14 marzo 2017 (RJ 2017, 880), 28 febrero 2017 (RJ 2017, 673), 5 mayo 2016 (RJ 2016, 2219), 11 diciembre 2015 (RJ 2015, 5414), 25 noviembre 2015 (RJ 2015, 5322), 14 abril 2015 (RJ 2015, 1528), 26 marzo 2015 (RJ 2015, 1170), 31 enero 2014 (RJ 2014, 813) y 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122).

En segundo lugar, en cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal, sería admitido por incurrir la sentencia recurrida en incongruencia omisiva por no haberse pronunciado sobre el reconocimiento de la compensación del trabajo doméstico desempeñado por la apelante durante el régimen de separación de bienes. Ello obedecía, sin embargo, a que el tribunal de apelación consideraba que tal cosa excedía del objeto del proceso de divorcio del que estaba conociendo y, en cuya virtud, remitió a las partes a un proceso declarativo posterior que diera respuesta a semejante petición. Pero, aunque éste no era exclusivamente suyo, sino el compartido por buena parte de los tribunales que hasta el momento habían tenido que pronunciarse a este respecto, sabemos que el derecho a percibir una compensación por este motivo podía hacerse efectiva en el proceso conyugal o en un proceso independiente y/o posterior al mismo, con arreglo a lo dicho por el Tribunal Supremo (STS 11 diciembre 2015)[8]. Por lo tanto, siguiendo con su parecer, como era de esperar, éste terminaría optando por declarar la nulidad parcial de la sentencia recurrida sobre el entendimiento de que no se había respondido en ella a todos los puntos litigiosos, como obliga el art. 218 LEC.

Esta conclusión vendría apoyada en que la legislación aplicable a los procesos matrimoniales no excluye la determinación del derecho a percibir una compensación por el trabajo doméstico realizado durante el régimen de separación de bienes que, no es contenido necesario de los mismos, pero sí posible, como expresamente manifestaría. Por supuesto, aunque este argumento resulta totalmente irreprochable respecto de los no contenciosos, no lo es tanto para los tramitados sin propuesta de convenio regulador. Éste requiere que los consortes transijan sobre un mínimo de contenidos no tasados, a los cuales podría incorporarse cuanto se estime conveniente a este respecto, en virtud de la autonomía de que los mismos disponen para ordenar sus relaciones patrimoniales. Sin embargo, entender que su determinación es susceptible de ser ventilada en un proceso sobre matrimonio, contencioso o no, por el mero hecho de haber sido excluida, apenas distaría de juzgar que toda relación jurídica surgida entre los consortes fuera digna de resolverse mediante su alegación por este cauce, como un disparatado cajón de sastre.

Podría repararse, no obstante, en la obligación que se cierne sobre la autoridad judicial en torno a la fijación de las medidas que hayan de reemplazar a las ya adoptadas con anterioridad en relación con la liquidación del régimen económico del matrimonio, en las sentencias de nulidad, de separación o de divorcio y, por ende, dentro de procesos matrimoniales estrictamente contenciosos, conforme al art. 91 I CC. Pero, a pesar de ello, no debe ignorarse que esta obligación legal viene condicionada por lo establecido en los artículos siguientes al que acabamos de aludir ahora, y que entre los mismos tan solo se hace referencia expresa a la

8 *Cfr.* STS 11 diciembre 2015 (RJ 2015, 5414).

liquidación del régimen económico-matrimonial en el art. 95 II CC. Éste nos indica que las sentencias de nulidad, separación y divorcio producirán, en todo caso, su disolución, pero que apenas aprobarán su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto. Por tanto, salvo cuando medie una convención entre los mismos -como acontecería a propósito de un proceso matrimonial no contencioso-, semejante obligación se detendrá en la disolución y no se extenderá a su liquidación, como consideró la Audiencia Provincial de Málaga.

Esta última señaló que de estos preceptos se llega a una primera conclusión consistente en que la sentencia de nulidad, separación o divorcio no puede pronunciarse sobre otros extremos distintos a los que los mismos prevén y, si según éstos, solo cabe que acuerde la disolución del régimen económico matrimonial sin proceder después a su liquidación, no puede comprenderse en ella otros acuerdos derivados y distintos a la mera declaración de disolución, como sería el derecho a compensación a la extinción del régimen de separación de bienes (SAP Málaga 13 febrero 2014)[9]. Pero es que, a mayor abundamiento, algunos de los órganos jurisdiccionales que son capaces de disolver el régimen económico-matrimonial mediante sentencia de nulidad, separación o divorcio, ni siquiera tienen competencia para liquidarlo, como les sucede a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, así como a los Juzgados de Familia, en base al art. 1.2 Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio (*cfr.* art. 87 *ter* 2 b) LOPJ)[10]. Pese a todo, aunque la tuvieran, como la tienen respecto de la sociedad de gananciales, esta circunstancia tampoco significa que la liquidación tenga cabida en el mismo proceso por el que se dicte la disolución del régimen económico del matrimonio (*cfr.* art. 807 LEC).

A este respecto se ha señalado también que no puede constituir objeto del proceso de familia la indagación de la situación económica de las partes, con la exhaustiva formación de inventarios, balances u otras operaciones financieras y contables, a modo de juicio universal, que tenga como finalidad la evaluación precisa y economista de la posición de cada uno de los miembros de la pareja (SAP Barcelona 27 marzo 2000), respecto de lo cual tal vez fuera más conveniente remitirlas a un proceso declarativo posterior al de nulidad, separación o divorcio, a pesar de lo dicho por el Tribunal Supremo (STS 11 diciembre 2015)[11]. Éste entendería, sin embargo, que la pretendida complejidad de la compensación del trabajo doméstico desempeñado durante el régimen de separación de bienes no es justificación suficiente para descartar los procesos matrimoniales contenciosos como posible cauce para valorar su reconocimiento en favor de uno u otro consorte, ya que en el propio juicio verbal se dilucidan otras muchas pretensiones que requieren una amplia prueba sobre la capacidad económica de ambos y

9 *Cfr.* SAP Málaga 13 febrero 2014 (JUR 2014, 278267).

10 En este sentido, *vid.* Montes Reyes, A.: *División judicial de patrimonios*, La Ley, Madrid, 2000, p. 148.

11 *Cfr.* STS 11 diciembre 2015 (RJ 2015, 5414) y SAP Barcelona 27 marzo 2000 (JUR 2000, 142554).

que también aprovecha y afecta a la institución de la que estamos hablando en este momento, como es el caso de la custodia de los hijos, la vivienda familiar, la pensión de alimentos o la prestación compensatoria (STS 20 febrero 2018)[12]. Pero este discurso, no obstante, solo será válido mientras la interpretación que se haga del derecho que aquí nos ocupa continúe solapándose con la prestación compensatoria de tal modo que ambas sigan constituyendo la duplicidad de prestaciones que hoy en día constituyen sobre un idéntico concepto, como viene denunciándose por la doctrina[13].

El último argumento esgrimido a favor de la idoneidad de los procesos matrimoniales como cauce para liquidar el régimen de separación de bienes se construye en torno al razonamiento consistente en que, si la compensación del trabajo realizado en el hogar durante la vigencia de este régimen económico-matrimonial no constituye sino una mera expectativa de derecho hasta que se verifica la plena extinción del mismo, y éste se extingue entre otras causas por las sentencias de nulidad, de separación o de divorcio, cuando se dicte cualquiera de ellas será el momento en que deba procederse sobre el particular. Sin embargo, a pesar de su verosimilitud, interpretar que el momento procesal en que ha de fijarse la compensación del trabajo doméstico coincide con el momento procesal en que se declara la extinción del régimen de separación de bienes se aleja de la sistemática seguida por los otros dos regímenes económico-matrimoniales que se prevén expresamente en nuestra legislación, pues por las mismas razones que las sentencias matrimoniales no constituyen cauces idóneos para hacer pronunciamientos sobre los de gananciales y de participación en las ganancias -según resulta de la simple existencia de un proceso especial para proceder a su liquidación-, tampoco lo constituye en el caso de ese tercer régimen económico-matrimonio en cuanto atañe a la compensación del trabajo doméstico desarrollado durante su vigencia, como manifestó la Audiencia Provincial de Málaga (SAP Málaga 13 febrero 2014)[14].

12 *Cfr.* STS 20 febrero 2018 (RJ 2018, 568).

13 *Vid.* Ferrer Riba, J.: "Separació de béns i compensacions en la crisi familiar", en AA.VV.: *Nous reptes del Dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret català a Tossa* (coord. *Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona*), Documenta Universitaria, Gerona, 2005, p. 82; Gutiérrez Santiago, P.: "Enriquecimientos y empobrecimientos en ('y por') la compensación del trabajo doméstico", en AA.VV.: *Construyendo la igualdad: la feminización del Derecho privado* (dir. T. F. Torres García, coord. F. J. Infante Ruiz, M. Otero Crespo y A. Rodríguez González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 615; Ordás Alonso, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, p. 485; Santos Morón, M. J.: "Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico ¿Dos caras de una misma moneda?", *InDret*, núm. 1, enero, 2015, pp. 28-29.

14 *Cfr.* SAP Málaga 13 febrero 2014 (JUR 2014, 278267). En esta misma dirección se pronuncia: Doig Díaz, Y.: "Comentarios a los artículos 782 a 827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en AA.VV.: *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia* (coord. J. M. Asencio Mellado), La Ley, Madrid, 2013, p. 2286.

III. LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL.

La incertidumbre existente en torno a la idoneidad de los procesos matrimoniales de nulidad, separación y divorcio como cauce para liquidar el régimen de separación de bienes se ha extendido incluso sobre los procesos de liquidación del régimen económico-matrimonial que actualmente se prevén en nuestra legislación rituaria, respecto de los cuales nos detendremos ahora a partir de las declaraciones del Tribunal Supremo. Éste interpretó que tal cauce no solo es apto para liquidar el de gananciales y el de participación en las ganancias en cuanto dijo que es común a todos los regímenes económicos matrimoniales y que, por tanto, no excepciona al de separación de bienes, ni a las cargas derivadas del mismo, aprovechando la resolución de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal a los que nos hemos venido refiriendo (STS 20 febrero 2018)[15]. Ello tal vez se debiera a que estos procesos son aplicables a cualquier régimen económico-matrimonial que determine una masa común de bienes y derechos sujeta a ciertas cargas, como a priori podrían ser las del matrimonio a cuyo levantamiento están sujetos todos y cada uno de los bienes de los cónyuges, según se seguiría de una mera lectura comparada de lo dispuesto expresamente en los arts. 1318 CC y 806 LEC.

En primer lugar, no obstante, aunque el régimen económico-matrimonial que se desee liquidar mediante este cauce determine una masa común de bienes, y el de separación permita que éstos sean conjuntamente adquiridos a lo largo de su vigencia, no bastará para ello con alegar cualquier comunidad de bienes que eventualmente hubiera podido originarse como resultado del sistema general de adquisición de derechos reales en tanto habrá de ser el propio régimen económico-matrimonial el que determine su existencia. Por esta razón, además de serlo para la sociedad de gananciales, apenas se trataría de procesos aptos para liquidar los regímenes de auténtica comunidad de bienes que resultasen de lo convenido en capitulaciones matrimoniales o de las legislaciones autonómicas que asimismo los prevean -y a los que en realidad se dirige la referencia a cualquier régimen económico-matrimonial que determine una masa común de bienes-, pero no para el de mera separación de bienes al que alude el Tribunal Supremo (STS 20 febrero 2018)[16].

15 *Cfr.* STS 20 febrero 2018 (RJ 2018, 568).

16 *Cfr.* STS 20 febrero 2018 (RJ 2018, 568). En contra del proceso de liquidación del régimen económico-matrimonial como vía para liquidar el de separación de bienes, *vid.* Bellido Penadés, R.: "La liquidación del régimen económico matrimonial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: reflexiones sobre la adecuación del procedimiento y su naturaleza jurídica", *La Ley*, núm. 9, diciembre, 2000, pp. 1320-1321; De la Serna Bosch, J.: *División judicial de patrimonios: aspectos procesales*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 91; De Miranda Vázquez, C.: "Comentario al artículo 806 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. F. Cordón Moreno, T. Armenta Deu, J. J. Muerza Esparza e I. Tapia Fernández), t. II, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2011, p. 996; Doig Díaz, Y.: "Comentarios", cit., p. 2287; Domínguez Luelmo, A.: "Comentario al artículo 806 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en AA.VV.: *Comentarios a la*

En segundo lugar, además de que la determine el propio régimen económico-matrimonial desee liquidarse por este cauce, resulta que la masa común de bienes ha de estar sujeta a ciertas cargas entre las que podrían incluirse las del matrimonio mismo, pero no por cualquier razón, sino solo por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal. Por lo tanto, como hoy en día es cuando menos controvertida la validez de los convenios capitulares mediante los cuales pudieran constituirse comunidades de bienes en dotes, y la genérica declaración legal de que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio requiere de ciertas matizaciones, veremos que el de separación de bienes tampoco reúne en este sentido los presupuestos legales que permitirían que su liquidación discurriera por los procesos de liquidación del régimen económico-matrimonial que sin embargo son aptos para liquidar cualquiera que lo sea de comunidad de bienes[17].

Y es que, en definitiva, no existe una auténtica sujeción de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas matrimoniales fuera del de comunidad de bienes por mucho que el legislador lo declare extensible a todo régimen económico del matrimonio. Ello se debe a que son los bienes y derechos que forman parte de la comunidad de bienes los que están legalmente afectos a la satisfacción de las mismas sin mediar conducta alguna por parte de los consortes, como sería necesario bajo cualquier otra circunstancia. Por este motivo, en lugar de una sujeción, suele imponerse a éstos la obligación legal de contribuir al sostenimiento de las cargas matrimoniales cuando los mismos ordenen su economía con arreglo a un régimen de separación de bienes como el que ahora nos ocupa. De hecho, a mayor abundamiento, esta obligación nacida por ministerio de la ley tan solo podría trasladarse a un régimen de comunidad de bienes cuando la masa común de bienes sujeta a la satisfacción de las cargas matrimoniales sea insuficiente a

Ley de Enjuiciamiento Civil (dir. F. Toribios Fuentes), Thomson Reuters, 2ª ed., Navarra, 2014, pp. 1589-1590; Gimeno Sendra, V.: *Derecho procesal civil*, t. II, Castillo de Luna, Madrid, 2016, p. 335; Seoane Spiegelberg, J. L.: "Comentarios a los artículos 806 a 811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en AA.VV.: *Enjuiciamiento Civil, comentarios y jurisprudencia: ley 1/2000, de 7 de enero* (coord. J. A. Xiol Ríos), t. III, Sepín, Madrid, 2008, p. 4622.

17 En torno a la subsistencia de la dote por medio de convención, *vid*. Albaladejo García, M.: *Derecho civil*, t. III, Edisofer, 12ª ed. revisada y puesta al día por M. Albaladejo Abarca, Madrid, 2016, p. 312; De la Cámara Álvarez, M.: "La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia", *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, separata núm. 9, mayo, 1986, p. 71; De los Mozos y de los Mozos, J. L. y Herrero García, M. J.: "Comentarios a los artículos 102 y 103 del Código Civil", en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio: Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. J. L. Lacruz Berdejo), Civitas, 2ª ed., Madrid, 1994, p. 1320; Lacruz Berdejo, J. L.: "El régimen económico del matrimonio", en AA.VV.: *La reforma del Derecho de familia del Código Civil Español* (ed. J. L. Lacruz Berdejo, F. de A. Sancho Rebullida, A. Luna Serrano, J. Delgado Echeverría y F. Rivero Hernández), fasc. I, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1979, p. 29; López Burniol, J. J.: "Comentarios a los artículos 15 a 20 del Código de Familia", en AA.VV.: *Comentaris al Codi de Família, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua* (dir. J. Egea Fernández y J. Ferrer Riba, coord. A. Lamarca Marqués y C. Ruisánchez Capelastegui), Tecnos, Madrid, 2000, pp. 158-159; Rivero Hernández, F.: "Comentarios a los artículos 102 a 106 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, v. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 730, n. 85.

estos efectos, como comparte incluso la jurisprudencia (SAP Madrid 2 octubre 2001)[18].

La única excepción que permitiera liquidar el régimen de separación de bienes mediante los procesos de liquidación del régimen económico-matrimonial no residiría entonces en la masa común de bienes que los consortes pudiesen tener entre ambos como condóminos bajo una supuesta sujeción al levantamiento de las cargas matrimoniales, no solo porque no la determine el régimen de separación de bienes por sí mismo, ni porque tampoco quepa hablar de tal sujeción en este régimen económico del matrimonio, sino porque en este sentido la comunidad de bienes que mediase entre ellos constituiría un mero conjunto de bienes propios sobre el que se tuviese una titularidad parcial en forma de cuotas sobre un todo conforme a las reglas generales que ordenan el condominio. Por ello, aun cuando esta comunidad de bienes la determine el propio régimen de separación de bienes, como excepcionalmente podría suceder en defecto de una prueba capaz de acreditar la pertenencia de tales bienes a favor de uno u otro consorte, seguiríamos sin constatar una masa común de bienes en el sentido técnico-jurídico en que sería preciso para acudir a los procesos de liquidación del régimen económico del matrimonio (SAP Málaga 18 noviembre 2015)[19]. Por consiguiente, en vista de las circunstancias señaladas, este cauce quedaría fuera

18 *Cfr.* SAP Madrid 2 octubre 2001 (JUR 2002, 13989). En idéntica dirección parecen dirigirse: Busto Lago, J. M.: *Los procesos especiales en la LEC 1/2000. Filiación, menores y liquidación del régimen económico matrimonial*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 101; Rebolledo Varela, A. L.: "Belicosidad derivada de la elección del régimen económico matrimonial. Maneras de evitarla", en AA.VV.: *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 185; Seoane Spiegelberg, J. L.: "Comentarios", cit., p. 4622. Sobre la extensión del deber de contribuir al sostenimiento de las cargas matrimoniales del régimen de separación de bienes a la sociedad de gananciales, *vid.* Barceló Doménech, J.: "Disposiciones generales", en AA.VV.: *El régimen económico del matrimonio* (coord. J. J. Rams Albesa y J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2005, pp. 60-61; Clemente Meoro, M. E.: "El régimen económico matrimonial", en AA.VV.: *Derecho de familia* (coord. G. Díez-Picazo Giménez), Civitas, Madrid, 2012, p. 549; Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "Comentarios al artículo 1318 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, v. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1501; Giménez Duart, T.: "Cargas y obligaciones del matrimonio", *Revista de Derecho Privado*, junio, 1982, p. 554; Herrero García, M. J.: "Comentario a los artículos 1315 a 1324 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. J. C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo y Ponce de León y P. Salvador Coderch), t. II, Ministerio de Justicia, 2ª ed., Madrid, 1993, p. 580; Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. de A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J. J.: *Elementos de Derecho civil*, t. IV, Dykinson, 4ª ed. revisada y puesta al día por J. J. Rams Albesa, Madrid, 2010, p. 36; Moro Almaraz, M. J.: "Notas en torno a un concepto de cargas familiares en el Código Civil español", *Revista de Derecho Privado*, diciembre, 1986, p. 1032; Rivera Fernández, M.: "Comentarios a los artículos 1315 a 1444 del Código Civil" en AA.VV.: *Jurisprudencia civil comentada: Código Civil* (dir. M. Pasquau Liaño), t. II, Comares, Granada, 2000, p. 2356.

19 *Cfr.* SAP Málaga 18 noviembre 2015 (JUR 2015, 109208). En este sentido, *vid.* Bellido Penadés, R.: "La liquidación", cit., p. 1321; Doig Díaz, Y.: "Comentarios", cit., p. 2287; Guilarte Gutiérrez, V.: "El procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial", en AA.VV.: *El Derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (ed. E. Aparicio Auñón, F. Crespo Allué, V. Guilarte Gutiérrez, C. Guilarte Martín-Calero y A. J. Pérez Martín), Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2003, pp. 445-447; Rebolledo Varela, A. L.: "Belicosidad", cit., pp. 185-186; Roca Trías, M. E.: "La liquidació del règim de separació de béns a Catalunya", *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 2008, p. 674. Por el contrario, estimando aplicable semejante proceso a la liquidación de los regímenes de separación de bienes, en caso de concurrir bienes comunes, *vid.* Busto Lago, J. M.: *Los procesos*, cit., p. 105; Montero Aroca, J.: *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, 4ª ed., Valencia, 2014, p. 171; Ortuño Muñoz, P.: "Comentarios a los artículos 806 a 811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en AA.VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. M. A. Fernández-Ballesteros López, J. M. Rifá Soler y J. F. Valls Gombau), t. III, Iurgium, Barcelona, 2000, p. 3768; Vázquez Sotelo, J. L.: "El procedimiento judicial para la liquidación

del alcance del de separación de bienes a menos que la compensación del trabajo doméstico realizado durante su vigencia fuese reinterpretada como un crédito de participación en las ganancias por la jurisprudencia, al abrigo de la especialidad prevista en el art. 811 LEC[20].

En esta situación se encontraría además el régimen catalán de separación de bienes en lo que respecta a la compensación por razón de trabajo que en el mismo se concibe como un crédito de participación en las ganancias, pero ni siquiera ello nos permitiría acudir a los procesos de liquidación del régimen económico del matrimonio, a través de una metodología comparativa que pudiéramos ofrecer a los jueces y tribunales, ya que el legislador catalán ha optado en su lugar por remitir la valoración de este derecho a los de nulidad, separación y divorcio por medio del art. 232-11 CCCat. De hecho, entre los antecedentes del caso que ha venido ocupando nuestra atención seremos capaces de observar cómo la recurrente suplicó que le fuese reconocido en una medida equivalente a una participación del cincuenta por ciento de los bienes privativos del esposo adquiridos constante el matrimonio e igual participación en las participaciones accionariales en sociedades mercantiles del esposo, igualmente adquiridas constante el matrimonio, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Marbella (*cfr.* STS 20 febrero 2018)[21]. Sin embargo, y a pesar de todo, esta pretensión no prosperaría en el sentido indicado en tanto que por ahora constituye doctrina reiterada que para percibir una compensación por el trabajo doméstico realizado durante el régimen de separación de bienes se excluye que sea necesario que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge y basta con la dedicación exclusiva a la familia (SSTS 14 julio 2011 y 31 enero 2014), en virtud de lo cual resultaba de todo punto inviable que se reconociera en forma de crédito de participación en las ganancias, como expresamente se recordó a propósito de un caso posterior por parte del Tribunal Supremo (STS 11 diciembre 2019)[22].

del régimen económico matrimonial", en AA.VV.: *La división judicial de patrimonios: aspectos sustantivos y procesales* (dir. J. L. Seoane Spiegelberg), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 645.

20 *Cfr.* Bellido Penadés, R.: "La liquidación", cit., p. 1321.

21 *Cfr.* STS 20 febrero 2018 (RJ 2018, 568).

22 Cfr. SSTS 11 diciembre 2019 (JUR 2020, 1744), 31 enero 2014 (RJ 2014, 813) y 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122). Manifestándose a favor de interpretar la compensación del trabajo doméstico como un crédito de participación en las ganancias, *vid.* Guilarte Martín-Calero, C.: "De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 68, julio-septiembre, 2015, pp. 55-78; Moreno-Torres Herrera, M. L.: "La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil español", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, diciembre, 2011, pp. 107-130; Reyes Gallur, J. J.: *La liquidación del régimen de gananciales y separación de bienes: aspectos procesales y sustantivos*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 295.

IV. CONCLUSIONES.

La única certeza que tenemos en torno al cauce procesal que eventualmente deba seguirse para liquidar el régimen de separación de bienes no reside sino en la idoneidad de los procesos declarativos que en cada caso correspondan por razón de la cuantía. Sobre ello, desde luego, no ha lugar a incertidumbre, ni es objeto de controversia, pero yendo más allá de esta aseveración existen muchas razones que permiten cuestionar la validez tanto de los procesos de liquidación del régimen económico-matrimonial como de los procesos de nulidad, separación y divorcio, a pesar de cuanto quepa decir a su favor. Respecto de unos, empezando por los de liquidación, solamente es segura su aplicación al régimen de separación de bienes en cuanto se configure la compensación del trabajo doméstico desempeñado durante su vigencia como un crédito de participación en las ganancias, y en lo que atañe a los otros, siguiendo por los matrimoniales, apenas cabría abogar por ellos a estos efectos mientras este derecho continúe representando una duplicidad en relación con la prestación compensatoria que ha de juzgarse a través de este cauce. Por tanto, en vista de cuanto se ha dicho, sería oportuna una intervención legislativa, a cuyo tenor se arrojara un halo de luz sobre un régimen económico-matrimonial del que no cabe duda ya de que requiere ser liquidado en el momento de su extinción por mucho que la tradición haga creer que trata como a extraños a los consortes sujetos al mismo.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M.: *Derecho civil*, t. III, Edisofer, 12ª ed. revisada y puesta al día por M. Albaladejo Abarca, Madrid, 2016.

Arrébola Blanco, A.: "La liquidación de la sociedad de gananciales", en AA.VV.: *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar* (dir. J. R. de Verda y Beamonte; coord. P. Chaparro Matamoros y G. Muñoz Rodrigo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 349-391.

Arrébola Blanco, A.: "La liquidación del régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar* (dir. J. R. de Verda y Beamonte; coord. P. Chaparro Matamoros y G. Muñoz Rodrigo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 409-431.

Arrébola Blanco, A.: *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, Reus, Madrid, 2019.

Arrébola Blanco, A.: "Luces y sombras acerca de los procesos matrimoniales como cauce para liquidar el régimen de separación de bienes. Comentario a la STS de España, núm. 94/2018, de 20 de febrero (RJ 2018, 568)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, enero, 2019, pp. 410-419.

Barceló Doménech, J.: "Disposiciones generales", en AA.VV.: *El régimen económico del matrimonio* (coord. J. J. Rams Albesa y J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2005, pp. 41-107.

Bellido Penadés, R.: "La liquidación del régimen económico matrimonial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: reflexiones sobre la adecuación del procedimiento y su naturaleza jurídica", *La Ley*, núm. 9, diciembre, 2000, pp. 1318-1326.

Busto Lago, J. M.: *Los procesos especiales en la LEC 1/2000. Filiación, menores y liquidación del régimen económico matrimonial*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

Clemente Meoro, M. E.: "El régimen económico matrimonial", en AA.VV.: *Derecho de familia* (coord. G. Díez-Picazo Giménez), Civitas, Madrid, 2012, pp. 539-589.

De la Cámara Álvarez, M.: "La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia", *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, separata núm. 9, mayo, 1986.

De la Serna Bosch, J.: *División judicial de patrimonios: aspectos procesales*, Bosch, Barcelona, 2009.

De los Mozos y de los Mozos, J. L. y Herrero García, M. J.: "Comentarios a los artículos 102 y 103 del Código Civil", en AA.VV.: *Matrimonio y divorcio: Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. J. L. Lacruz Berdejo), Civitas, 2ª ed., Madrid, 1994, pp. 1219-1321.

De Miranda Vázquez, C.: "Comentario al artículo 806 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. F. Cordón Moreno, T. Armenta Deu, J. J. Muerza Esparza e I. Tapia Fernández), t. II, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2011, pp. 996-1001.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "Comentarios al artículo 1318 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, v. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1499-1502.

Doig Díaz, Y.: "Comentarios a los artículos 782 a 827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en AA.VV.: *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia* (coord. J. M. Asencio Mellado), La Ley, Madrid, 2013, pp. 2215-2354.

Domínguez Luelmo, A.: "Comentario al artículo 806 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (dir. F. Toribios Fuentes), Thomson Reuters, 2ª ed., Navarra, 2014, pp. 1588-1591.

Ferrer Riba, J.: "Separació de béns i compensacions en la crisi familiar", en AA.VV.: *Nous reptes del Dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret català a Tossa* (coord. *Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona*), Documenta Universitaria, Gerona, 2005, pp. 77-94.

Giménez Duart, T.: "Cargas y obligaciones del matrimonio", *Revista de Derecho Privado*, junio, 1982, pp. 542-555.

Gimeno Sendra, V.: *Derecho procesal civil*, t. II, Castillo de Luna, Madrid, 2016.

Guilarte Gutiérrez, V.: "El procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial", en AA.VV.: *El Derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (ed. E. Aparicio Auñón, F. Crespo Allué, V. Guilarte Gutiérrez, C. Guilarte Martín-Calero y A. J. Pérez Martín), Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2003, pp. 425-518.

Guilarte Martín-Calero, C.: "De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 68, julio-septiembre, 2015, pp. 55-78.

Gutiérrez Santiago, P.: "Enriquecimientos y empobrecimientos en ('y por') la compensación del trabajo doméstico", en AA.VV.: *Construyendo la igualdad: la feminización del Derecho privado* (dir. T. F. Torres García, coord. F. J. Infante Ruiz, M. Otero Crespo y A. Rodríguez González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 613-635.

Herrero García, M. J.: "Comentario a los artículos 1315 a 1324 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. J. C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo y Ponce de León y P. Salvador Coderch), t. II, Ministerio de Justicia, 2ª ed., Madrid, 1993, pp. 571-602.

Lacruz Berdejo, J. L.: "El régimen económico del matrimonio", en AA.VV.: *La reforma del Derecho de familia del Código Civil Español* (ed. J. L. Lacruz Berdejo, F. de A. Sancho Rebullida, A. Luna Serrano, J. Delgado Echeverría y F. Rivero Hernández), fasc. I, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1979, pp. 15-97.

Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. de A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J. J.: *Elementos de Derecho civil*, t. IV, Dykinson, 4ª ed. revisada y puesta al día por J. J. Rams Albesa, Madrid, 2010.

López Burniol, J. J.: "Comentarios a los artículos 15 a 20 del Código de Familia", en AA.VV.: *Comentaris al Codi de Família, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua* (dir. J. Egea Fernández y J. Ferrer Riba, coord. A. Lamarca Marqués y C. Ruisánchez Capelastegui), Tecnos, Madrid, 2000, pp. 152-172.

Montero Aroca, J.: *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciale*s, Tirant lo Blanch, 4ª ed., Valencia, 2014.

Montes Reyes, A.: *División judicial de patrimonios*, La Ley, Madrid, 2000.

Moreno-Torres Herrera, M. L.: "La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil español", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, diciembre, 2011, pp. 107-130.

Moro Almaraz, M. J.: "Notas en torno a un concepto de cargas familiares en el Código Civil español", *Revista de Derecho Privado*, diciembre, 1986, pp. 1020-1041.

Ordás Alonso, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017.

Ortuño Muñoz, P.: "Comentarios a los artículos 806 a 811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en AA.VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*

(coord. M. A. Fernández-Ballesteros López, J. M. Rifá Soler y J. F. Valls Gombau), t. III, Iurgium, Barcelona, 2000, pp. 3765-3795.

Rebolledo Varela, A. L.: "Belicosidad derivada de la elección del régimen económico matrimonial. Maneras de evitarla", en AA.VV.: *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 157-234.

Reyes Gallur, J. J.: *La liquidación del régimen de gananciales y separación de bienes: aspectos procesales y sustantivos*, Aranzadi, Navarra, 2015.

Rivera Fernández, M.: "Comentarios a los artículos 1315 a 1444 del Código Civil" en AA.VV.: *Jurisprudencia civil comentada:* Código Civil (dir. M. Pasquau Liaño), t. II, Comares, Granada, 2000, pp. 2343-2587.

Rivero Hernández, F.: "Comentarios a los artículos 102 a 106 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, v. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 650-750.

Roca Trías, M. E.: "La liquidació del règim de separació de béns a Catalunya", *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 2008, pp. 651-676.

Santos Morón, M. J.: "Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico ¿Dos caras de una misma moneda?", *InDret*, núm. 1, enero, 2015.

Seoane Spiegelberg, J. L.: "Comentarios a los artículos 806 a 811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en AA.VV.: *Enjuiciamiento Civil, comentarios y jurisprudencia: ley 1/2000, de 7 de enero* (coord. J. A. Xiol Ríos), t. III, Sepín, Madrid, 2008, pp. 4621-4647.

Vázquez Sotelo, J. L.: "El procedimiento judicial para la liquidación del régimen económico matrimonial", en AA.VV.: *La división judicial de patrimonios: aspectos sustantivos y procesales* (dir. J. L. Seoane Spiegelberg), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 635-661.

LA TUTELA DEL DIRITTO DEL MINORE ALLA FREQUENTAZIONE DEI CONGIUNTI ALLA LUCE DELLE RESTRIZIONI CONSEGUENTI ALLA PANDEMIA COVID – 19

PROTECTION OF THE RIGHT OF THE CHILD TO ATTEND JOINTS IN LIGHT OF THE RESTRICTIONS CONSEQUENT TO THE COVID PANDEMIA - 19

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 834-861

Tommaso
AULETTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de diciembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il saggio esamina l'incidenza che ha avuto la vasta e complessa normativa, susseguitasi nel tempo, nel disciplinare i rapporti familiari nel contesto della pandemia Covid-19. In particolare è stata presa in considerazione l'influenza che essa ha esercitato riguardo ai rapporti tra genitori e figli minori nel contesto della crisi familiare ed alla frequentazione degli altri congiunti, a causa delle limitazioni introdotte nella circolazione e nella frequentazione tra persone non conviventi, nonché l'applicazione compiuta dalla giurisprudenza di detta normativa al fine di valutarne la compatibilità con gli interessi fondamentali del minore.

PALABRAS CLAVE: Pandemia Covid-19; rapporti fra genitori e figli; rapporti con gli altri parenti; libertà personale e tutela della salute; interesse superiore del minore.

ABSTRACT: *This essay examines the impact that the numerous and complex provisional rules related to the Covid-19 pandemic, which have occurred over time, have had in regulating family relationships. In particular, it analyses the influence that these rules have exercised, on the one hand, on the relationships between parents and children in the context of the family crisis and, on the other hand, the limits imposed on children as regards visiting relatives, as a consequence of the restrictions introduced on freedom of movement and on meetings between non-cohabiting people. This paper also deals with the application of these provisional rules carried out by the Courts, in order to assess their compatibility with the fundamental interests of the child.*

KEY WORDS: *Covid-19 Pandemic; Parent/Children Relationship; Relationship with Relatives; Personal Freedom and Health Protection; Best Interests of the Child.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. IL QUADRO NORMATIVO VOLTO A DISCIPLINARE GLI INCONTRI DEI MINORI CON IL GENITORE NON COLLOCATARIO E GLI ALTRI PARENTI NON CONVIVENTI.- III. L'INTERPRETAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA SULLA REGOLAMENTAZIONE DEI RAPPORTI TRA GENITORI NON CONVIVENTI E FIGLI.- IV. LE SOLUZIONI DA PRIVILEGIARE CON RIFERIMENTO ALLE PROBLEMATICHE EMERSE ED IN PROSPETTIVA FUTURA.- V. I RAPPORTI DEL MINORE CON GLI ALTRI CONGIUNTI.- VI. L'INCIDENZA DELLA PANDEMIA SUL DOVERE DI MANTENIMENTO DEI GENITORI VERSO I FIGLI.

I. INTRODUZIONE.

La pandemia Covid-19, in seguito alla quale il governo ha proclamato lo stato di emergenza - a partire dal 31 gennaio 2020 - ha reso necessaria l'adozione di molteplici interventi normativi, volti a tutelare la salute, che hanno inciso significativamente su diverse libertà costituzionali, in particolare sulla libertà di circolazione e di soggiorno la quale, secondo quanto previsto dall'art. 16 Cost., può subire infatti limitazioni per ragioni di sanità pubblica, nonché su altre libertà strettamente collegate (ad es., la libertà di riunione, incidendo sulla possibilità di incontrare altre persone, ivi compresi congiunti ed amici).

Il rapido dilagare del contagio, la gravità degli effetti della malattia e l'impossibilità di fronteggiarla in altro modo se non limitando drasticamente i contatti sociali sembrava giustificare, a parere di molti, interventi così invasivi sulla vita delle persone - probabilmente anche per la loro presumibile brevità – onde consentire un efficace contrasto della pandemia ed il celere superamento della situazione emergenziale, previsione rivelatasi in realtà del tutto illusoria.

Estremamente gravi sono stati i disagi che ne sono derivanti, in special modo per le persone diversamente abili e per i minori, soprattutto quelli in tenera età, se non altro per la difficoltà di comprenderne le ragioni che ne hanno mutato drasticamente le abitudini di vita: privati della scuola, del gioco all'aria aperta, dell'opportunità di svolgere attività sportiva, di alimentare i rapporti affettivi con i parenti con loro non conviventi di incontrare gli amici, ivi compresi i compagni di scuola. Ma tutt'altro che di modesto rilievo sono stati i sacrifici patiti anche dagli adolescenti, quantunque dotati di maggiore capacità di comprensione (basti pensare allo stress derivante dalla didattica a distanza, la privazione dagli svaghi abituali, l'impedimento a coltivare i rapporti affettivi).

Di converso la famiglia "unita" ha costituito (e rappresenta tuttora, nel contesto di una realtà in cui le restrizioni ad alcune libertà personali non sono state

• Tommaso Auletta
Professore ordinario di Diritto Privato, Università degli studi di Catania. E-mail: tauletta@lex.unict.it.

del tutto abolite ma variano a seconda dell'andamento dei contagi) una risorsa fondamentale su cui contare, l'occasione per coltivare con maggiore intensità ed in maniera proficua rapporti a volte superficiali o quantomeno frettolosi - dovuti al tran-tran della vita quotidiana - tra genitori e figli, tra fratelli e con altri congiunti conviventi, almeno riguardo ad una famiglia portatrice di valori positivi (altro valutazione potrebbe farsi naturalmente per una famiglia in seno alla quale l'originaria difficoltà delle relazioni, si è viepiù accentuata dal prolungamento dei tempi di una convivenza sostanzialmente "forzata")[1].

Disagi ulteriori hanno dovuto affrontare e possono tuttora risentire (anche se in certa misura in maniera più contenuta, per le ragioni che si diranno) i minori, figli di genitori separati, divorziati, o comunque non (più) conviventi, al fine di esercitare il loro diritto alla bigenitorialità cioè alla frequentazione del genitore non collocatario o non affidatario e le difficoltà incontrate da quest'ultimo nell'esercizio del ruolo educativo che gli compete. L'affidamento condiviso infatti anche quando non comporta una paritaria convivenza del minore con ciascun genitore[2] deve comunque contemplare, proprio per la sua funzione, tempi di normale frequentazione del minore con l'altro genitore[3] in modo da renderne possibile la condivisione delle esperienze di vita più significative (quali ad es., la consumazione dei pasti, gli svaghi, lo studio, l'esercizio di una attività sportiva, il pernottamento) ed un efficace esercizio della responsabilità genitoriale. Proprio in tale prospettiva il giudice della crisi suole per lo più individuare un genitore "collocatario" col quale il minore viva stabilmente[4], disponendo ad un tempo le modalità con le quali l'altro genitore venga messo in condizione di trascorrere tempi adeguati con il figlio: una o più giornate nel corso della settimana, qualche fine settimana al mese e alcuni

1 Per alcuni cenni sull'argomento, all'interno dell'esame di un quadro della problematica familiare derivante dal Covid-19, v. Irti, C.: "Relazioni familiari e Covid-19: la difficile ricerca di un equilibrio tra la salvaguardia del diritto alla salute pubblica e gli altri diritti fondamentali", *Familia*, 2020, p. 683 ss.

2 Poiché nel predisporre l'affidamento condiviso il giudice deve optare per la scelta delle modalità più rispondenti all'interesse del minore, secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalente il perseguimento di detto interesse non si realizza necessariamente mediante una suddivisione paritaria dei tempi di permanenza del minore presso ciascun genitore. Al contrario, nella maggior parte dei casi risulta preferibile individuare uno dei genitori presso il quale il figlio vivrà abitualmente onde garantirgli una stabilità di vita. V. in proposito ad es., Trib. Messina, 7 ottobre 2020, Trib. Salerno, 4 settembre 2020, Trib. Velletri, 6 maggio 2020; Cass., civ. 13 febbraio 2020, n.3652; Cass. civ., 10 dicembre 2018, n.31902; Cass. civ., 30 luglio 2018, n.20151. Ciò non toglie che in alcuni casi una suddivisione sostanzialmente paritaria dei tempi di convivenza del figlio con ciascun genitore potrebbe costituire la soluzione più idonea a soddisfarne gli interessi: essa è stata adottata, ad es., da Trib. Catanzaro, 28 febbraio 2019; Trib. Catania, 12 luglio 2006; Trib. Chieti, 28 giugno 2006.

3 La giurisprudenza fa infatti riferimento all'esigenza di salvaguardare una stabile consuetudine di vita con entrambi i genitori: ad es., da ultimo, Cass. civ., 28 luglio 2020, n.16125; Cass. civ., 8 aprile 2019, n.9764. Per la dottrina v. Scalisi, A.: "Il diritto del minore alla 'bigenitorialità ' dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare", *Fam. e dir.*, 2007, p. 526, il quale sottolinea che i tempi di permanenza presso l'altro genitore devono essere comunque tali da consentire un rapporto continuativo col figlio. Analogamente Irti, C.: *Affidamento condiviso e casa familiare*, Jovene, Napoli, 2010, p. 39.

4 Tale soluzione è infatti quella normalmente adottata dai provvedimenti in materia: v. nota 2. A suo favore si pronunzia anche la dottrina prevalente: *ex multis*, Padalino, C.: *L'affidamento condiviso dei figli*, Giappichelli, Torino, 2006, p.17; Balestra, L.: "Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso", *Familia*, 2006, p. 657; Ruscello, F.: "Affidamento 'condiviso', 'collocazione abitativa' del figlio e dovere di 'cura' dei genitori", *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 871 ss.

giorni di vacanza nel corso dell'anno, ferma restando la possibilità per i genitori di apportare, di comune accordo, quei "mutamenti", rispetto a tali prescrizioni, per soddisfare specifiche esigenze familiari, alla luce della flessibilità che costituisce connotato peculiare dell'istituto. Tale modalità di affidamento si caratterizza inoltre per l'esercizio paritario da parte di entrambi i genitori della responsabilità parentale, onde un'adeguata frequentazione del minore risulta funzionale anche a tal fine (sia perché ne agevola la conoscenza delle esigenze e l'evolversi della personalità, sia perché le decisioni riguardanti la quotidianità spettano al genitore con il quale il minore si viene a trovare in quel momento).

I divieti o le restrizioni, volti a contenere il diffondersi del contagio, introdotti dalle norme riguardo agli spostamenti e nella frequentazione delle persone hanno creato non pochi problemi in proposito, soprattutto nel primo periodo del "confinamento", sia per l'incertezza del loro contenuto sia per la "rigidezza" delle soluzioni a volte adottate dalla giurisprudenza che, a causa della gravità della situazione epidemiologica, si è verosimilmente preoccupata di dare prevalenza alla tutela della salute fisica del minore, ponendone in secondo piano il benessere psicologico connesso ad un equilibrato rapporto con entrambi i genitori.

Le situazioni in cui i giudici sono stati chiamati a risolvere i problemi accennati si sono rivelate tutt'altro che sporadiche, se non altro perché la condivisione dell'affidamento è privilegiata dalla legge nel caso di crisi della coppia. Infatti, secondo il dettato dell'art. 337 *quater,* l'affidamento esclusivo può essere predisposto (anche ove sussista un accordo fra i genitori[5]) solo qualora quello condiviso sia contrario all'interesse del minore, vale a dire - secondo diffusa interpretazione della giurisprudenza – solo qualora il rapporto col genitore "si traduca in forme atte ad alterare e a porre in serio pericolo l'equilibrio e lo sviluppo psico-fisico dei figli e, dunque, tali da pregiudicare il loro interesse"[6]; nonché ove un genitore si disinteressi del minore[7], si dimostri inidoneo a svolgere il proprio ruolo educativo[8] o ne metta pesantemente in discussione quello dell'altro genitore[9]. Non anche, in linea di principio, nelle ipotesi in cui i genitori abitino in luoghi distanti[10] o vivano la crisi in maniera conflittuale, "ove (essa) si mantenga nei limiti di un tollerabile disagio per la prole"[11].

5 V. da ultimo Trib. Lecce, 21 aprile 2021.

6 Da ultimo, Cass. civ., 28 febbraio 2020, n.5604; Cass. civ., 22 settembre 2016, n.18559. Trattasi di giurisprudenza consolidata.

7 Cass. civ., 17 dicembre 2009, n.26587.

8 *Ex multis*, Trib. Caltanissetta, 20 dicembre 2010; Cass. civ., 17 dicembre 2009, n.26587; Cass. civ., 18 giugno 2008, n.16593.

9 App. Napoli, 11 aprile 2007; Trib. Napoli, 28 giugno 2006.

10 La giurisprudenza è consolidata anche in questo caso. V. in tal senso da ultimo, Cass. civ., 6 marzo 2019, n.6535; Cass. civ., 28 novembre 2018, n.30826.

11 Sul punto la giurisprudenza si mostra concorde: tra le più recenti, Cass. civ., 23 gennaio 2019 n. 1715; Cass. civ., 3 gennaio 2017 n.27.

La gestione dei rapporti genitori-figli si è decisamente complicata nel periodo anteriore all'estate del 2020 (8 marzo-3 giugno) anche a causa della generalizzata sospensione della didattica scolastica "in presenza", della sospensione di alcune attività ricreative e soprattutto della drastica limitazione, estesa all'intero territorio, degli spostamenti non solo al di fuori dei confini nazionali o regionali ma, in certi periodi, persino da un comune all'altro o all'interno del medesimo comune. Si è dunque palesato il rischio che tali misure finissero col sacrificare del tutto, o comunque si ripercuotessero pesantemente sulla tutela del diritto del minore alla bigenitorialità e del correlativo diritto del genitore non collocatario a coltivare i rapporti con il figlio secondo quanto stabilito dal giudice della crisi[12].

Tali problemi hanno riguardato in certa misura anche l'esercizio del c.d. diritto di visita nel caso di affidamento individuale; quest'ultimo infatti, pur caratterizzandosi generalmente per una maggiore limitazione dei rapporti tra il genitore non affidatario ed il minore (a volte persino mediante il ricorso ad incontri "protetti") non ne comporta, in linea di principio, la totale soppressione proprio per consentire di tenere vivo il legame affettivo interpersonale preesistente alla crisi, onde consentire il graduale superamento degli ostacoli che hanno reso sconsigliabile l'adozione dell'affidamento condiviso, oppure al fine di facilitare l'instaurarsi di rapporti in precedenza inesistenti o comunque carenti, ponendo in tal modo il genitore non affidatario in condizione di partecipare alla cura del figlio e all'assunzione delle decisioni più rilevanti per la sua vita insieme all'altro genitore, nonché di esercitare il controllo sull'operato di quest'ultimo.

Altre problematiche collegate alla situazione derivante dalla pandemia hanno riguardato la fondatezza di una eventuale richiesta di incremento dell'assegno dovuto dal genitore non collocatario all'altro genitore per il mantenimento del figlio, in conseguenza dei maggiori oneri economici da lui sostenuti nel caso di prolungamento dei tempi di convivenza con quest'ultimo rispetto a quanto previsto nella regolamentazione dei rapporti conseguenti alla crisi[13].

Di converso, la crisi derivante dal "fermo" di numerose attività economiche potrebbe rendere difficoltoso al genitore debitore dell'assegno la regolare corresponsione, col conseguente problema del configurarsi o meno una sua responsabilità per l'eventuale ritardo o l'inadempimento.

Sembra dunque rivestire sicuro interesse verificare sulla base di quali principi sono state affrontate le suddette problematiche sia con riferimento ad una coppia

12 Basti pensare ai casi in cui era previsto, tra i provvedimenti assunti al momento della crisi, che il genitore non collocatario si recasse talora a prendere o ad accompagnare a scuola il minore o ad un'altra attività, che era stata sospesa a causa del "confinamento".

13 Solitamente infatti il giudice della crisi, nel determinare l'importo dell'assegno che il genitore non collocatario è obbligato a versare, tiene conto delle spese che questi dovrà sostenere nei periodi di permanenza del minore presso di sé.

in grado di gestire la crisi in maniera non conflittuale sia nella opposta situazione. Nel primo caso si tratta infatti di stabilire in che misura le scelte concordi dei genitori di non sospendere gli incontri in "presenza" tra il minore ed il genitore non collocatario o non affidatario abbiano incontrato limitazioni in seguito all'adozione di disposizioni normative emergenziali, nel secondo caso in base a quali criteri sono stati risolti i conflitti insorti in seno alla coppia.

Uno spazio va anche riservato all'esame relativo all'incidenza della suddetta normativa sulla tutela del diritto del minore di mantenere rapporti significativi con i nonni e gli altri parenti, alla luce di quanto previsto dagli artt. 315 *bis*, 317 *bis*, 337 *ter*, ed in particolare se ad esso sia stata riservata adeguata protezione.

L'indagine in oggetto non si pone soltanto l'obiettivo di ricostruire un quadro della disciplina succedutasi nel tempo e dell'interpretazione ad essa riservata, al fine di verificarne l'impatto sui rapporti familiari innanzi descritti, alla luce dei valori privilegiati dall'ordinamento, e di esprimere un giudizio nel merito, ma anche di individuare eventuali correttivi al fine di assicurare loro una più appropriata tutela, ove la durata della pandemia di protraesse ulteriormente, o nell'ipotesi in cui situazioni emergenziali influenti sui medesimi valori dovessero presentarsi in futuro.

II. IL QUADRO NORMATIVO VOLTO A DISCIPLINARE GLI INCONTRI DEI MINORI CON IL GENITORE NON COLLOCATARIO E GLI ALTRI PARENTI NON CONVIVENTI.

La possibilità del genitore non collocatario di frequentare i figli nei tempi e con le modalità previste nella regolamentazione predisposta in occasione della crisi della coppia ha costituito il problema più ricorrente che la giurisprudenza ha dovuto affrontare nel periodo in cui il le norme hanno posto limitazioni alla libertà di circolazione e di incontro fra le persona a causa della pandemia.

Per rendere più agevole la comprensione delle problematiche periodicamente emerse sembra opportuno ricostruire per sommi capi il complesso evolversi della normativa emergenziale, con riferimento all'oggetto della presente indagine. La materia è stata disciplinata inizialmente dal DPCM, 8 marzo 2020, il quale stabiliva testualmente che "allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 nella regione Lombardia e in alcune province del Nord Italia, sono adottate le seguenti misure: a) evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute. È

consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza"[14]. Tali misure sono state repentinamente estese, dal successivo DPCM 9 marzo 2020, all'intero territorio nazionale[15].

Nel fornire un'interpretazione delle regole suddette il governo precisava (con la FAQ[16] del 10 marzo), che "gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti anche da un Comune all'altro. Tali spostamenti dovranno in ogni caso avvenire scegliendo il tragitto più breve e nel rispetto di tutte le prescrizioni di tipo sanitario (persone in quarantena, positive, immuno-depresse etc.), nonché secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio o, in assenza di tali provvedimenti, secondo quanto concordato tra i genitori". Si aggiungeva che "è ammesso accompagnare i propri figli dai nonni o per mandarli a riprendere all'inizio o al termine della giornata di lavoro solo in caso di estrema necessità, se entrambi i genitori sono impossibilitati a tenere i figli con sé per ragioni di forza maggiore"; pratica – si aggiungeva - peraltro fortemente sconsigliata, per la pericolosità della malattia sugli anziani.

Il DPCM 22 marzo 2020, nel modificare per alcuni aspetti le precedenti disposizioni, ha ribadito il divieto di spostamenti verso un comune diverso rispetto a quello in cui attualmente la persona si trova, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di "assoluta urgenza" ovvero per motivi di salute, precisando inoltre la durata temporale delle disposizioni in oggetto[17]. L'art. 1 del DPCM 26.4.2020 ha successivamente precisato rientrare tra i motivi di necessità (abbandonando la precedente dizione "assoluta urgenza") "gli spostamenti per incontrare i congiunti".

In seguito al miglioramento della situazione epidemiologica, il DL 16 maggio 2020 n. 33, ha attenuato le precedenti restrizioni disponendo che dal 18 maggio 2020, cessano di avere effetto tutte le misure limitative della circolazione all'interno del territorio regionale di cui d.l. 25.3.2020, n. 19, mantenendo però le limitazioni (fino al 2 giugno 2020) agli spostamenti in una Regione diversa (rispetto a quella in cui attualmente ci si trova) o per recarsi all'estero, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza (espressione ancora riproposta) ovvero per motivi di salute, consentendo comunque il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza.

14 Mediante il quale sono state introdotte ulteriori misure attuative al precedente d.l. 23.2.2020 n. 6 (conv. nella l. 5.3.2020 n. 13) il quale, al fine della gestione dell'emergenza epidemiologica, consentiva genericamente alle autorità competenti di emanare provvedimenti volti a limitare la diffusione del contagio.

15 Le restrizioni alla libertà di circolazione sono state successivamente confermate dal d.l. 25.3.2020 n. 19, convertito nella l. 22.5.2020 n. 35.

16 Dall'inglese "*frequently asked questions*".

17 Dal 23.1.2020 fino al 3.4.2020. Si aggiungeva che "Le stesse si applicano, cumulativamente a quelle di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 marzo 2020 nonché a quelle previste dall'ordinanza del Ministro della salute del 20 marzo 2020 i cui termini di efficacia, già fissati al 25 marzo 2020, sono entrambi prorogati al 3 aprile 2020" (poi successivamente al 13 aprile).

A chiarimento di tale misure il governo ha precisato (con aggiornamento della FAQ resa necessaria dall'entrata in vigore del d.l. da ultimo citato[18] e del DPCM 17.5.2020) che "gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti anche in ambito extraregionale. Tali spostamenti dovranno in ogni caso avvenire nel rispetto di tutte le prescrizioni di tipo sanitario, nonché secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio o, in assenza di tali provvedimenti, secondo quanto concordato tra i genitori".

La soluzione volta a consentire la circolazione per incontrare i figli trovava puntuale riscontro nel modello di autocertificazione, approvato dopo l'emanazione del DPCM 9.3.2020, nel quale era contenuta una specifica voce che li legittimava al fine di ottemperare ad "obblighi di affidamento dei minori"[19].

L'ammissibilità degli spostamenti per le finalità menzionate è stata costantemente richiamata dai provvedimenti emanati nei mesi successivi al periodo estivo, quando cioè si è resa necessaria la reintroduzione di misure più restrittive alla libertà di circolazione per la recrudescendenza della pandemia[20], riconducendoli – come per il passato - tra i motivi di necessità previsti dalle FAQ[21]. Ad un tempo si sono ribadite le restrizioni innanzi menzionate riguardo agli incontri del minore con i nonni e gli altri parenti.

Dal contesto delle suddette disposizioni e dell'interpretazione fornita dall'Autorità di Governo (mediante le FAQ) non sembravano pertanto emergere ostacoli, fin dall'inizio della pandemia, all'esercizio dei diritti del genitore di compiere spostamenti al fine di mantenere vivi i rapporti con i figli minori, secondo le modalità più appropriate, per assicurare l'adeguato bilanciamento dei diritti del minore alla salute ed alla bigenitorialità e del diritto alla salute collettiva (senza riconoscere preminenza di uno rispetto all'altro). Qualche dubbio circa l'introduzione di maggiori limiti agli spostamenti, avrebbero potuto tutt'al più desumersi dalla formulazione adottata dal DPCM 22.3.2020 nel precisare le ipotesi in cui gli spostamenti erano consentiti. Come si è detto, il decreto faceva infatti riferimento, per quanto interessa la questione in esame, a "comprovate esigenze di assoluta urgenza" (art.1 lett. b) mentre nel DPCM dell'8.1.2020 si parlava di "situazioni di necessità" onde ci si sarebbe potuti interrogare sulla possibilità che le visite del

18 Convertito nella legge 14.7.2020 n. 74.

19 Aspetto messo in luce da Trib. La Spezia, 7 aprile 2020.

20 Tra gli altri, in particolare il DPCM 3.11.2020 che ha suddiviso in zone le diverse regioni del Paese a seconda della gravità della diffusione della pandemia (consentendo a tal fine gli spostamenti tra genitori e figli abitanti in comuni situati in aree differenti); il DPCM 3 dicembre 2020, riguardante il periodo delle vacanze natalizie; il DPCM 14.1.2021 e il DL 14.1.2021 n. 2, il DL 23.2.2021 n. 15, il DL 22.4.2021 n. 52.

21 Provvedendo di volta in volta al loro aggiornamento in sintonia con le restrizione deliberate. Pertanto, ad es., l'ammissibilità a tal fine degli spostamenti anche in stati extra UE è stata esplicitamente menzionata nella FAQ relativa ai provvedimenti contenuti del DPCM 18.10.2020.

genitore non collocatario o gli spostamenti del figlio presso la casa di quest'ultimo configurassero generalmente una reale "situazione di necessità" soprattutto in considerazione del presumibile breve periodo durante il quale l'interruzione dei rapporti "in presenza" sembrava destinato ad operare (previsione peraltro poi smentita dalla realtà dei fatti) e in considerazione della possibilità da parte del genitore non collocatario o affidatario di esercitare le funzioni caratterizzanti il proprio ruolo mediante incontri da "remoto". Interrogativo ancor più acuito dalla configurabilità di esigenze di assoluta urgenza (richiamate dal DPCM 22.3.2020) con riferimento ai routinari incontri tra minore e genitore non collocatario o affidatario.

Nel dubbio, l'Unione Nazionali Camere minorili[22] aveva prontamente formulato uno specifico quesito al Governo per avere chiarimenti in proposito.

Peraltro – come si è detto – l'interpretazione privilegiata dal Governo riguardante i limiti alla circolazione delle persone si è costantemente orientata – a prescindere dalla diversa terminologia utilizzata - nel senso di favorire gli incontri in presenza purché in tutta sicurezza e in mancanza di cause specifiche che espongano il minore al pericolo di contagio più di quanto non accada presso il genitore collocatario (fermo restando che, a stretto rigore, ogni contatto con altre persone non stabilmente conviventi può configurare l'introduzione di un maggiore rischio di contagio).

Una parziale limitazione del suddetto favore poteva tuttavia essere costituita dal fatto che secondo l'interpretazione governativa gli spostamenti dovevano considerarsi giustificati "*solo al fine di dare attuazione alle modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio o, in assenza di tali provvedimenti, secondo quanto concordato tra i genitori*". Fermo restando che per lo più il provvedimento volto a regolare la crisi, pur nel disciplinare i tempi di frequentazione, lascia – come accennato in precedenza - generalmente liberi i genitori di modificarli secondo le esigenze che possono via via concretamente manifestarsi, in assenza di uno specifico riferimento a tale circostanza, c'era da chiedersi se uno spostamento concordato in difformità al provvedimento del giudice avrebbe potuto essere sottoposto a sanzione. Come regolarsi inoltre ove i genitori non avessero mai convissuto (e dunque in assenza, nel passato, di una famiglia di fatto poi venuta meno) o fossero separati solo di fatto? In tali circostanza deve verosimilmente, in via interpretativa, considerarsi sufficiente un accordo scritto[23] intervenuto fra i genitori e volto a disciplinare la reciproca frequentazione con il minore.

22 In data 30 maggio 2020, *Quotidiano giur.,* 3.4.2020.

23 Formalità verosimilmente resa necessaria al fine di produrre un titolo giustificativo da mostrare alle forze addette al controllo.

Altro profilo da evidenziare è la natura recessiva che la normativa emergenziale ha riservato, come accennato in precedenza, durante i periodi più rigidi di "confinamento", all'interesse del minore di coltivare rapporti con gli altri congiunti non conviventi (nonni, fratelli ormai divenuti autonomi, altri parenti di grado meno prossimo) contemplato dall'art. 315 *bis* in quanto, almeno secondo le indicazioni del governo, gli spostamenti verso l'abitazione dei nonni (e comunque limitatamente a questi) sono giustificate solo al fine di facilitare l'attività di lavoro dei genitori ed esclusivamente "in caso di estrema necessità". Ciò nella duplice prospettiva di tenere indenne il minore da rischi di contagio dovuto all'incontro con persone con lui non stabilmente conviventi e di salvaguardare la salute dei più anziani, in virtù degli esiti potenzialmente più gravi che la malattia potrebbero avere nei loro riguardi. In un primo periodo pertanto non si è ritenuto opportuno adottare una normativa volta a facilitare la frequentazione fra il minore e gli altri parenti, fino all'emanazione del DPCM 26.4.2020 (possibilità ridotta però dalle restrizioni introdotte dopo l'estate per la recrudescenza dei contagi). Un ampliamento di tale possibilità è stato introdotto di recente dal DL 22.4.2021 n. 52 (art. 2) il quale - a partire dal 26.4.2021 – ammette senza limiti gli spostamenti fra regioni e all'interno delle medesime ai soggetti muniti delle certificazioni verdi[24] COVID-19 e le visite ad amici e parenti in numero massimo di quattro adulti insieme ai figli minori con i limiti previsti all'interno della regione in cui ci si trova (v. più specificamente il § 5). Occorre comunque tenere presente che il quadro normativo è in continua evoluzione e dunque suscettibile di ulteriore evoluzione di cui, per motivi editoriali, non potrà darsi conto in questa sede.

III. L'INTERPRETAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA SULLA REGOLAMENTAZIONE DEI RAPPORTI TRA GENITORI NON CONVIVENTI E FIGLI.

Non rare sono state le controversie - risalenti soprattutto al primo periodo (marzo-giugno 2020) - insorte tra i genitori separati o divorziati, favorite dall'ambigua formulazione delle norme volte a ridurre drasticamente la libertà di circolazione delle persone; l'iniziativa, mediante procedura di urgenza, è stata assunta a volte dai genitori collocatari o affidatari, onde ottenere la sospensione delle prescrizioni già adottate in sede di separazione o divorzio relative alla frequentazione fra il minore e il genitore non collocatario o affidatario; a volte ad opera di quest'ultimo, per esigerne il rispetto, essendo stato privato del diritto di esercitare le proprie funzioni secondo le modalità disposte in quella sede. Generalmente ciò era riconducibile ad iniziative unilaterali dell'altro genitore il quale ne aveva impedito o modificato l'applicazione, consentendo solo incontri a distanza o in quanto

24 "Comprovanti lo stato di avvenuta vaccinazione contro il SARS-CoV-2 o guarigione dall'infezione da SARS-CoV-2, ovvero l'effettuazione di un test molecolare o antigenico rapido con risultato negativo al virus SARS-CoV-" .

trasferitosi in luogo diverso – anche lontano[25] - rispetto alla abitazione abituale. Situazioni per lo più riconducibili alla conflittualità derivante dalla crisi della coppia la quale finisce spesso col ripercuotersi – come è noto - anche sulla gestione dei rapporti che coinvolgono gli interessi dei minori: in particolare la tipologia dell'affidamento, le modalità di frequentazione ed il mantenimento dei figli. Conflitto talora acuito proprio dai disagi collegati al "confinamento" e dal tentativo del genitore collocatario di sfruttare a proprio vantaggio il restringimento della libertà di circolazione dell'altro genitore.

Dall'esame della giurisprudenza emerge infatti come non sporadici si sono rivelati i casi in cui il genitore collocatario ha cercato di approfittare della situazione di privilegio derivante dalla convivenza col minore per invocare, anche pretestuosamente, la pandemia quale ragione per impedire gli incontri "in presenza" con l'altro genitore invocando l'esigenza di salvaguardare il minore dal rischio di contagio[26]. In alcune ipotesi poi tale ostacolo – come accennato - è derivato dalla unilaterale decisione del collocatario di trasferire in un altro luogo la propria dimora, soprattutto nei casi in cui l'abitazione abituale si trovava in regioni particolarmente esposte al rischio di contagio, rendendo di conseguenza estremamente difficoltosa la frequentazione del minore all'altro genitore[27].

C'è però anche da dire che è stato possibile risolvere in maniera più agevole i problemi innanzi accennati in contesti in cui sussisteva un rapporto di sana collaborazione fra i genitori[28] mediante il ricorso a specifici accordi, talora volti a mantenere immutata la situazione *quo ante*, talora introducendo modifiche più funzionali alla protezione dell'interesse del minore (ad es., accorpando in periodi continuativi la convivenza tra quest'ultimo e il genitore non collocatario, maggiormente frazionati secondo le regole originarie[29]; sostituendo o alternando momenti di frequentazione "in presenza" e collegamenti da remoto, ecc.). In tali situazioni infatti una controversia avrebbe potuto sorgere, per iniziativa di uno degli altri soggetti legittimati dall'art. 336 c.c. (il p.m. o un parente), nella (improbabile)

25 V. ad es., il primo caso cit. alla nota 35.

26 Emblematico è il caso affrontato da Trib. Brescia, 31 marzo 2020, nel quale il genitore collocatario adduceva la presunta esposizione del minore al rischio di contagio da parte dell'altro genitore per averlo portato in monopattino senza uso di mascherina per recarsi momentaneamente in tabaccheria. Il giudice ha contestato i suddetti rilievi precisando che la normativa consentiva di uscire per fare spese, l'uso della mascherina non era obbligatorio, non sussistevano limiti precisi di durata delle uscite, non risultava che il genitore si fosse unito con altre persone.

27 Trattasi ad es. della questione affrontata da Trib. Roma, 7 aprile 2020, n.3692. V. anche nota35.

28 Da mettere in rilievo è l'invito, opportunamente rivolto ai genitori nel provvedimento emesso da Trib. Brescia, 31 marzo 2020, cit., "a mettere in atto quel grande senso di responsabilità genitoriale, ancor più auspicato ora, al fine di garantire, pur con modalità diverse, il rispetto della bi-genitorialità".

29 V. in proposito Trib. La Spezia, 7 aprile 2020, cit. il quale ha rimesso tale decisione ai genitori. Accorpamento predisposto peraltro in alcune decisioni anche in mancanza di accordo: v. oltre nel testo e cit. alla nota 36. E nella prospettiva di realizzare detto accorpamento, Trib. Bari, 1 aprile 2020, ha imposto alle parti di raggiungere un accordo sulla rimodulazione delle precedenti disposizioni, minacciando altrimenti l'introduzione di provvedimenti restrittivi con riferimento all'esercizio della responsabilità genitoriale.

ipotesi in cui l'accordo intervenuto fra i genitori fosse risultato pregiudizievole per il figlio, dunque per inadeguato esercizio della responsabilità genitoriale, a causa, ad esempio, di un'eventuale esposizione del minore al rischio di contagio o all'ingiustificato sacrificio del diritto alla bigenitorialità[30].

C'è da aggiungere che proprio al fine di scongiurare il moltiplicarsi delle controversie in proposito l'Unione Nazionale Camere Minorili ha rivolto, fin dall'inizio della pandemia, una esortazione agli avvocati affinché si adoperino nel facilitare il raggiungimento di accordi fra i genitori in un periodo di particolare difficoltà come quello in atto che non consente il normale svolgimento dell'attività giudiziaria; di analoga esortazione, rivolta ai genitori, si rinviene traccia anche in qualche provvedimento giudiziale[31].

Occorre rilevare che le questioni sfociate in una controversia sono state risolte dalla giurisprudenza sulla base di due orientamenti di segno opposto. Alla luce del primo - a mio parere più convincente - la normativa sull'emergenza non giustificherebbe, in linea di principio, la disapplicazione dei provvedimenti già assunti dal giudice in sede di separazione e di divorzio, fatte salve peculiarità del caso specifico di particolare importanza. Soluzione privilegiata sia da alcune decisioni anteriori al DPCM del 22 marzo[32], sia da numerose pronunzie successive[33], le quali – in conformità all'interpretazione governativa – hanno ritenuto che nella formula "assoluta urgenza" possano rientrare non solo gli spostamenti all'interno del medesimo comune ma anche quelli da un comune o da una regione all'altra (anche di diverso colore) al fine di consentire la frequentazione fra genitore non collocatario e minore, nonché il trasferimento di quest'ultimo alla dimora del primo ed il ritorno presso il collocatario[34] ove non sussistano particolari rischi di contagio[35].

30 Non ho rinvenuto infatti controversie al riguardo.

31 V. nota29.

32 Trotta, E.: "Esercizio della responsabilità genitoriale e diritto alla bigenitorialità in pendenza delle misure di contrasto al Covid – 19", *Fam. e dir.*, 2020, p. 441. Trib. Milano, 11 marzo 2020; Trib. min. Firenze, 12 marzo 2020; Trib. Salerno, 13 marzo 2020.

33 Cosco, G: "La pandemia e interesse del minore" *Giur. it.*, 2021, p. 839. Trib. Palermo, 27 marzo 2020; Trib. Brescia, 31 marzo 2020; Trib. Busto Arsizio, 3 aprile 2020; Bendinelli, R.: "Bigenitorialità e tutela della salute", *Familia*, 2020, p. 817. Trib. Torre Annunziata, 6 aprile 2020; Trib. Roma, 7 aprile 2020, n. 3692, cit.; Trib. La Spezia, 7 aprile 2020; Trib. Vallo della Lucania, 26 marzo 2020; Trib. Treviso, 3 aprile 2020 e Trib. Lecce, 9 aprile 2020; Trib. min. Roma, 9 aprile 2020 e Trib. Napoli, 14 aprile 2020; Trib. Lecce, 22 aprile 2020; Trib. Trento, 8 maggio 2020.

34 Trib. Brescia, 31 marzo 2020, cit. e, sia pure indirettamente, Trib. Busto Arsizio, 3 aprile 2020, cit., il quale, nel riservarsi di decidere la fondatezza delle ragioni che hanno indotto il Servizio sociale a sospendere gli incontri tra il genitore non collocatario ed i figli, ha rilevato che tale potere non spetta al Servizio medesimo sulla base di valutazioni di opportunità che non gli competono, ma in presenza di una divieto normativo (che il Tribunale sembra escludere). Trib. Torre Annunziata, 6 aprile 2020, cit., il quale rileva che "la liceità dello spostamento (…) rinviene fondamento nel riconosciuto essenziale apporto all'equilibrio psico-fisico del minore correlato alla presenza di entrambi i genitori ossia costituisce misura attuativa del suo diritto alla bigenitorialità, diritto che assume rilievo nell'ordinamento costituzionale interno e nell'ordinamento internazionale".

35 È il caso affrontato da Trib. Roma, 7 aprile 2020, n. 3692, cit., in cui la madre collocataria si era trasferita in Puglia presso i propri genitori mentre il marito, residente a Roma, aveva chiesto la conferma dei

Ciò in considerazione del fatto che gli interessi in gioco (l'esercizio della funzione genitoriale e l'interesse del minore alla bigenitorialità da un lato e il diritto alla salute del medesimo dall'altro) sono entrambi costituzionalmente tutelati onde il giudice deve adottare soluzioni idonee a contemperarne la salvaguardia.

Una soddisfacente armonizzazione degli interessi in conflitto è stata realizzata, ad esempio, da alcune decisioni le quali hanno disposto, onde ridurre la frequenza degli spostamenti, un accorpamento dei tempi di convivenza tra il genitore non collocatario ed il minore, previsti negli originari provvedimenti volti a disciplinare i rapporti tra genitori e la prole in seguito alla crisi familiare[36].

Orientamento contrario ha espresso altra corrente giurisprudenziale la quale ha ritenuto che, sulla base della normativa in vigore volta a ridurre gli spostamenti, fosse opportuno introdurre di conseguenza limitazioni[37] o addirittura sospendere gli incontri fra il genitore non collocatario ed il minore[38], ritenendo recessivo l'interesse di quest'ultimo alla bigenitorialità, perseguito assicurando la frequentazione "in presenza", rispetto ai rischi per la salute del figlio che ne sarebbe derivato tenuto conto della particolare circolazione del virus[39], al quale venivano

provvedimenti assunti dal giudice della crisi i quali prevedevano momenti di convivenza con il padre, in quanto anche i genitori di quest'ultimo avevano una propria casa nella regione, onde i minori non avrebbero dovuto sottoporsi a pericolosi e lunghi spostamenti. Analogamente, con una pronunzia di pari data, il Trib. Roma ha consentito al padre di spostarsi dalla Lombardia al Trentino per incontrarvi i figli che ivi si trovavano allo scoppio della pandemia. Ed anche il Trib. La Spezia, 7 aprile 2020, cit., ha ritenuto non ricorrere, in concreto, per il minore maggiori rischi di contagio in seguito agli incontri presso la casa del padre non collocatario.
Rimini, C.: "L'esercizio della responsabilità genitoriale al tempo dell'emergenza sanitaria", *Giur. it.,* 2020, p. 1092 che sottolinea come una maggiore esposizione al rischio di contagio ha ritenuto profilarsi invece il Trib. Vasto, 2 aprile 2020, in quanto il genitore non collocatario proveniva da una regione ad alto tasso di diffusione del virus, non risultava che avesse rigorosamente rispettato le prescrizioni imposte dalla normativa vigente, non era chiaro se con lui convivessero o meno altre persone. Ragioni di pericolo in virtù delle quali Trib. Trani, 7 maggio 2020 ha disposto la sospensione delle visite da parte della madre, medico ospedaliero, residente in Lombardia, zona, all'epoca, ad alto tasso di diffusione della malattia, che avrebbe dovuto raggiungere la Puglia ove il minore abitava.

36 Trib. Verona, 27 marzo 2020, il quale ha disposto che il figlio viva con ciascuno dei genitori per 15 giorni al mese, privilegiando un criterio di paritaria suddivisione dei tempi della convivenza (che peraltro – è bene ricordare - la giurisprudenza prevalente non ritiene essenziale per dare attuazione all'affidamento condiviso: da ultimo al riguardo, Cass. civ., 13 febbraio 2020, n.3652); pur seguendo criteri temporali diversi, un accorpamento dei tempi di convivenza del minore col genitore non collocatario hanno previsto anche Trib. Lecce, 9 aprile 2020, cit.; App. Milano, 9 aprile 2020; Trib. Reggio Emilia, 4 aprile 2020 e Trib. Pescara, 22 aprile 2020 (quest'ultimo ha disposto la convivenza del minore con il padre per una settimana al mese, da concordare fra le parti).

37 App. Bari, 15 aprile 2020, riducendoli ad un solo giorno alla settimana.

38 Trib. Bologna, 23 marzo 2020; App. Bari, 26 marzo 2020; Trib. Napoli, 26 marzo 2020; Trib. Bari, 27 marzo 2020; Trib. Trento, 31 marzo 2020; Trib. Vasto, 2 aprile 2020; Trib. Bari, 3 aprile 2020; Trib. Bolzano, 3 aprile 2020; App. Milano, 9 aprile 2020, il quale ha però aggiunto che "va disposto che quest'ultimo [cioè il genitore non collocatario] possa tenere presso di sé il figlio continuativamente in periodo successivo, per consentire al bambino di godere per un lungo periodo ed in modo significativo della figura paterna"; Trib. Monza, 17 aprile 2020. V. anche cit. alla nota successiva.

39 Trib. Bari, 13 aprile 2020. Nell'adottare un provvedimento analogo, App. Milano, 9 aprile 2020, cit., invoca l'esigenza di salvaguardare la salute del minore evitandone gli spostamenti tra una regione e l'altra, nonostante la più modesta circolazione del contagio in quella ove doveva recarsi. Nello stesso senso Trib. Vasto, 2 aprile 2020, cit.; Trib. Bari, 3 aprile 2020, cit.; App. Bari, 16 marzo 2020, il quale ha posto un divieto di frequentazione ad entrambi i genitori decaduti dalla responsabilità parentale con conseguente ricovero del minore in una comunità.

esposti di conseguenza anche il genitore collocatario ed i congiunti con esso conviventi[40]. Si contestava altresì la vincolatività per il giudice dell'interpretazione governativa - mediante le FAQ innanzi ricordate - considerata in contrasto con la lettera della norma, la quale (nel DPCM del 22 marzo) fa riferimento ad una situazione di assoluta urgenza per giustificare gli spostamenti che non ricorrerebbe al fine di assicurare la tutela del diritto del minore alla bigenitorialità[41], potendo il medesimo essere garantito efficacemente mediante contatti da remoto (telefono, skype, WhatsApp)[42], nel rispetto dei tempi già predisposti dal giudice della crisi o, secondo alcune decisioni, incrementandone anche la frequenza[43].

Tale corrente giurisprudenziale ha ritenuto pertanto opportuno modificare, in via di urgenza, i provvedimenti riguardanti la frequentazione fra il minore ed il genitore non collocatario, sospendendo gli incontri in presenza (nel periodo in cui la normativa in vigore consentiva appunto gli spostamenti dalla propria abitazione solo per motivi di salute, di lavoro o di assoluta urgenza).

Problema ulteriore si è dovuto affrontare in quelle ipotesi in cui il giudice della crisi aveva ammesso il genitore ad incontrare il minore in modalità "protetta", cioè alla presenza di un assistente sociale o dell'altro genitore, risolto dalla giurisprudenza privilegiando la modalità da remoto, con la partecipazione a distanza anche della persona deputata al controllo, modalità a volte resa necessaria dalla sospensione dell'attività "in presenza" da parte del servizio sociale[44].

Non si riscontrano invece decisioni nelle quali il giudice sia stato chiamato ad affrontare il problema della frequentazione dei minori con i nonni o gli altri parenti, eventualmente prevista dal giudice nel contesto dei provvedimenti in materia di separazione e divorzio o della legittimità della concorde decisione dei genitori, assunto nel contesto relativo all'esercizio della responsabilità parentale, di limitare la frequentazione del minore con persone non conviventi appartenenti alla medesima famiglia.

40 App. Bari, 26 marzo 2020, cit.

41 Trib. Bari, 13 aprile 2020, cit.; Trib. Bari, 3 aprile 2020, cit.; Trib. Cagliari, 9 aprile 2020, che ha negato che ricorresse anche solo la situazione di necessità, prevista dal decreto del 9.3.2020.

42 App. Bari, 26 marzo 2020, cit.

43 Nel primo senso, App. Bari, 26 marzo 2020, cit.. L'incremento, mediante video chiamate giornaliere è stato previsto da Trib. Napoli, 26 marzo 2020, cit.; Trib. Lecce, 20 marzo 2020; Trib. Vasto, 2 aprile 2020, cit.; Trib. Cagliari, 9 aprile 2020, cit., (condizionandolo al consenso del minore); App. Milano, 9 aprile 2020, cit.; App. Catanzaro, 22 aprile 2020; anche mediante pluralità di chiamate nel corso della giornata secondo Trib. Bari, 13 aprile 2020, cit.

44 Trib. Matera, 12 marzo 2020, App. Lecce, 20 marzo 2020; Trib. Terni, 30 marzo 2020: l'ordinanza sottolinea l'esigenza di non sottoporre il minore ed il genitore non collocatario ad un maggiore rischio di contagio in quanto gli incontri "in presenza" dovrebbero svolgersi presso una struttura pubblica esposta all'accesso di numerosi utenti. Il giudice ha disposto inoltre che le video-chiamate avvenissero per iniziativa dell'operatore del servizio sociale, tenuto a presenziare per tutta la durata del contatto e riferire sulla condotta tenuta in tale circostanza dal genitore.

IV. LE SOLUZIONI DA PRIVILEGIARE CON RIFERIMENTO ALLE PROBLEMATICHE EMERSE ED IN PROSPETTIVA FUTURA .

Prendendo in primo luogo le mosse dai problemi manifestatisi nella pratica, condivisibile appare a mio avviso l'impostazione adottata dalla corrente giurisprudenziale prevalente, secondo la quale le restrizioni alla circolazione delle persone non deve applicarsi, il linea di principio, al genitore non collocatario, onde consentirgli di coltivare, per quanto possibile, i rapporti "in presenza" con il figlio. Non convincente mi sembra infatti la categorica affermazione, formulata dall'opinione contraria, secondo la quale, nel periodo della pandemia, l'interesse alla salute debba senz'altro prevalere su quello del minore (ma anche del genitore non collocatario) all'esercizio del diritto alla bigenitorialità. Infatti, rivestendo entrambi rilevanza costituzionale, la prevalenza dell'uno sull'altro può ammettersi solo in presenza di concreti e circostanziati elementi giustificativi[45]. Più specificamente, la prevalenza del diritto alla salute potrebbe trovare fondamento, ad esempio, ove la gravità di un particolare focolaio imponga di sospendere rigidamente l'ingresso e l'uscita delle persone da casa o da una determinata zona ma non in circostanze – quali quelle adottate in alcuni periodi dal governo – della creazione di una "zona rossa", estesa all'intero territorio nazionale, in cui la diffusione del contagio è spesso diversa e quindi le misure di "confinamento" vengono predisposte soprattutto in funzione preventiva. Condivisibile dunque l'interpretazione governativa di consentire alcuni spostamenti essenziali tra i quali devono generalmente annoverarsi quelli volti a rendere possibile l'effettivo esercizio del diritto alla bigenitorialità.

Anche le motivazioni fondate sulla salvaguardia del diritto alla salute del minore per preservarlo dal rischio del contagio dovuto all'incontro di persone con lui non stabilmente conviventi (nella specie il genitore non collocatario e gli eventuali congiunti con lui conviventi), se declinato in maniera astratta o con eccessiva disinvoltura, non appare convincente[46]. Si finirebbe infatti col trascurare che la salute comprende non solo il benessere fisico ma anche quello psichico della persona, onde non può sottovalutarsi l'incidenza negativa dovuta alla privazione dell'incontro "dal vivo" con l'altro genitore sull'equilibrio ed il benessere del minore[47]; pertanto il suo diritto alla bigenitorialità non potrebbe ritenersi pienamente tutelato ove si esaurisca mediante incontri in modalità virtuale. Tale diritto, riconducibile alla tutela garantita in generale ai figli dalla normativa costituzionale (artt. 30 e 31 Cost.), è specificamente declinato dalla normativa interna (315 *bis* c.c., 337 *ter* e

45 Analogamente, Bendinelli, R.: "Bigenitorialità e diritto della salute", *Familia*, 2020, p. 831.

46 V. in senso critico anche Rimini, C.: "L'esercizio della responsabilità genitoriale al tempo dell'emergenza sanitaria", cit. pp. 1093 ss. Ma, al contrario, ritiene generalmente prevalente l'interesse del minore alla salute, Cosco, G: "*La pandemia "*, cit., p. 843 s.

47 V. in tal senso Trib. min. Trento, 7 maggio 2020, il quale mette in luce la gravità delle conseguenze che può avere l'interruzione dei rapporti fra genitore e figlio. In dottrina, per analoghi rilievi, Rimini, C.: *op. cit.*, p. 1096.

quater) ma riconosciuto anche a livello transnazionale: basti ricordare a quanto stabilito dagli artt. 8 della CEDU e 7 della Carta di Nizza i quali contemplano il diritto della persona alla vita familiare; ancor più specificamente riguardo ai minori, dalla Convenzione di New York, mediante la quale gli Stati si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo alle relazioni familiari (art. 8) ed a vigilare che questi non venga separato dai suoi genitori a meno che tale misura sia resa necessaria nel suo interesse (art. 9, 1° comma).

In una visione più in generale non può trascurarsi inoltre che, secondo l'orientamento più recente, la tutela dell'interesse del minore rappresenta un valore fondamentale, in progressiva espansione all'interno del quadro normativo. Esso non solo deve guidare infatti le scelte del legislatore nella formulazione delle norme, ma altresì essere preso in debita considerazione dall'interprete nel procedere alla ricostruzione del loro significato, dal giudice nella risoluzione delle controversie. Valore la cui rilevanza si giustifica in quanto riferito ad un soggetto debole in via di formazione, un progetto umano *in itinere* il cui adeguato sviluppo incide non solo sulla promozione della persona ma anche sull'assetto futuro della società.

La primaria rilevanza dell'interesse del minore, il c.d. best interests of the children, è infatti proclamato dalla Convenzione di Strasburgo 2003 e dalla Convenzione di New York del 1989 la quale, all'art. 3, stabilisce, che "in tutte le decisioni relative ai fanciulli (…) l'interesse *superiore* del fanciullo deve essere una *considerazione preminente*"; l'art. 21 impone inoltre agli Stati che, ai fini dell'adozione, "l'interesse *superiore* del fanciullo sia la *considerazione fondamentale* in materia". Analoga formula si ritrova nell'art. 24, della Carta fondamentale dell'Unione europea con riferimento agli atti compiuti da autorità pubbliche o private relativi ai bambino. Ma frequenti specifici riferimenti all'interesse del minore si rinvengono anche in altri documenti transnazionali: la Dichiarazione di Ginevra dei diritti del fanciullo del 1924, la Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1948, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1959, la Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei fanciulli. Puntuali ed ampi riscontri si trovano anche nella normativa interna[48].

Ciò non significa peraltro che l'interesse del minore sia sempre prevalente rispetto ad altri che possano porvisi in conflitto nelle diverse circostanze. Nel caso di specie non è detto che il benessere del minore debba comunque prevalere sull'interesse generale alla salute o rispetto a quello di cui sono portatrici le persone con le quali egli può entrare in contatto, ma che gli si debba riservare una particolare considerazione, onde si impone che le relative limitazioni (normative

48 Basti ricordare l'impianto generale del codice civile sui rapporti tra genitori e figli e la responsabilità genitoriale nonché sulle modalità di costituzione dello *status* e l'esercizio delle azioni in giudizio ed ancora i numerosi riferimenti contenuti nella legge 184/1983 sull'adozione ed in quella sul divorzio (898/1970).

o derivanti dall'interpretazione giudiziale) siano giustificate da ragioni di assoluta necessità.

Il giudice sarà chiamato pertanto, di volta in volta, a mediare fra gli interessi in gioco, onde il diritto alla bigenitorialità, esercitato secondo i consueti rapporti dal vivo può sacrificarsi solo nelle ipotesi in cui esiste un grave rischio di compromissione della salute generale, o del minore e delle persone con cui questi vive abitualmente (il genitore collocatario o affidatario ed i congiunti con questi conviventi), nonché del genitore non collocatario e degli altri congiunti con cui il minore ha interesse ad intrattenere significativi rapporti. Molteplici le componenti da prendersi in considerazione: esemplificando, occorrerà tenere conto della diffusione del contagio nel luogo da cui proviene il genitore non collocatario e presso il quale il minore debba eventualmente recarsi, della professione da questi esercitata e dallo stile di vita (ad es., la numerosità dei contatti con altre persone)[49], del tipo di mezzi di trasporto con cui deve spostarsi[50], della fragilità di salute del genitore collocatario presso la casa del quale il minore dovrà poi ritornare e dei congiunti con lui conviventi.

Profili che, invertiti i soggetti di riferimento, possono incidere anche sul problema – peraltro non affrontato dalle sentenze menzionate – riguardante l'imputabilità del comportamento del genitore che sospenda la frequentazione del minore per paura di esporsi al contagio (ad es., a causa della diffusione della malattia nel luogo in cui dovrebbe recarsi, delle sue condizioni di salute, del rischio che il minore possa essere portatore sano della malattia, o connessi alla necessità di utilizzare mezzi del trasporto pubblico per raggiungerlo, ecc.), tenendo anche conto della sua disponibilità ad incontri da remoto. L'accentuata cautela da questi adottata non può dunque di per sé attestarne il disinteresse verso il minore onde giustificare l'assunzione di provvedimenti a suo carico (quali, ad esempio, il mutamento dell'affidamento condiviso in esclusivo o l'assunzione nei suoi riguardi dei provvedimenti previsti dall'art. 709 *ter* cpc.), fatte salve motivazioni palesemente pretestuose.

Come accennato, la giurisprudenza favorevole alla sospensione dei rapporti "in presenza" ha ritenuto di poter garantire in maniera accettabile il diritto del minore alla bigenitorialità con esclusivo ricorso ad incontri da remoto (Skype, telefono, WatsApp). Al contrario, a mio parere, essi costituiscono un rimedio non appagante ed inefficace, non in linea con le caratteristiche e le finalità dell'affidamento condiviso, ma generalmente insoddisfacenti anche nelle ipotesi di affidamento esclusivo, ove non sussistano sufficienti ragioni per limitare od escludere la regolare frequentazione fra il minore ed il genitore non affidatario.

49 Nello stesso senso Rimini, C.: *op. cit.,* p. 1096.

50 Come nei casi affrontati da Trib. Vasto, 2 aprile 2020, cit. e da Trib. Trani, 7 maggio 2020, cit..

Poiché – come in precedenza ricordato (§ 1) - l'affidamento condiviso ha come finalità di garantire il diritto del minore di ricevere cura ed assistenza da entrambi i genitori, strumentale a tal fine è la possibilità di assicurare una significativa frequentazione tra il minore e ciascun genitore, per quanto possibile senza particolari rigidità di tempo e di luogo, comunque tale – ove si ritenesse necessario da parte del giudice introdurre prescrizioni più rigide - da garantire il perseguimento delle finalità suddette. Il rischio di un possibile squilibrio dei rapporti può riguardare proprio le situazioni in cui il giudice privilegi (come di consueto) la soluzione di individuare un genitore con cui il minore viva prevalentemente, in quanto la relazione con l'altro genitore, pur non paritaria nei tempi di frequentazione, deve comunque essere strutturata in maniera tale da assicurarne un'efficace impatto[51].

Ma anche nel caso di affidamento esclusivo gli incontri (quello che un tempo era definito il diritto di visita) tra minore e genitore non affidatario, pur diversamente disciplinati, non possono essere esclusi o eccessivamente ridotti se non ne sussiste valida ragione.

In tale prospettiva la "qualità" del rapporto non è garantita dai meri contatti "da remoto", i quali possono in certa misura integrare quelli in presenza ma non di certo sostituirli (fatto salvo il profilarsi di una situazione di assoluta gravità)[52]. Infatti, a parte le ipotesi in cui risultino impossibili o di estrema difficoltà (si pensi al minore in tenerissima età non in grado di interagire con una persona che non si trovi con lui o alla mancanza degli strumenti tecnici adeguati a causa delle disagiate condizioni familiari) i contatti da remoto hanno un'efficacia non commensurabile rispetto a quelli "in presenza" per molteplici ragioni: ad es., perché un bambino in tenera età non è in grado di prestare comunque attenzione se non per tempi molto brevi alla conversazione, ha bisogno del contatto personale col genitore per la sua funzionalità con lo svolgimento di numerose attività (basti pensare al gioco, alla consumazione dei pasti, allo studio)[53]. Solo parzialmente diversa è la situazione riguardante il rapporto con un adolescente (ad es., in quanto già provato da mesi di scuola a distanza e di permanenza in casa che ne compromettano la disponibilità al colloquio). Peraltro da non trascurare è il fatto che durante questa tipologia di incontri non sempre è salvaguardata l'intimità della conversazione (si pensi in particolare alle vedeochiamate ma anche alle conversazioni telefoniche) in quanto il genitore collocatario e gli altri congiunti con lui conviventi potrebbero facilmente ascoltarne i contenuti mentre in linea di principio il non collocatario o affidatario ha diritto di incontrare il figlio in maniera riservata senza la presenza dell'altro

51 Trattasi di principi pacificamente richiamati in dottrina. V. per tutti Bianca, C.M.: *Diritto civile,* II, 1, *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 6ª ed., 2017, p. 228 s.; ci si permette di rinviare anche al nostro "Commento all'art. 337 *ter*", in Gabrielli, E. (diretto da) *Commentario del cod. civ.*, Utet, Torino 2ª ed., II, 2018, pp. 999 ss.

52 In senso conforme, Bendinelli, R.: *Bigenitorialità e,* cit., p. 836.

53 Nello stesso senso, App. Milano, 9 aprile 2020, cit.; Frassinetti, A.: "Esiste un diritto al recupero del tempi di visita del figlio, persi per ragioni oggettive?" *Fam e dir.*, 2021, p. 391, App. Cagliari, 7 agosto 2020.

genitore, come più volte affermato dalla Corte Edu[54]; inoltre le conversazioni a distanza non consentono alcune manifestazioni di affetto che costituiscono connotato essenziale del rapporto tra il figlio ed il genitore.

Quanto affermato trova conferma nel fatto che, in tempi normali, la giurisprudenza ha sì riconosciuto la possibilità di concedere al genitore non collocatario di fare ricorso ad incontri da remoto, nel caso in cui si trovi impossibilitato a frequenti spostamenti (specialmente se da un luogo lontano), precisando però che tale modalità di comunicazione non può comunque sostituire la relazione fisica[55]. Onde è stato considerato inadempiente ai propri doveri il genitore che si sia limitato ad esercitare il proprio ruolo esclusivamente mediante incontri da remoto[56].

Peraltro più volte la Corte Edu ha condannato il nostro Stato per non essersi adeguatamente adoperato per assicurare, mediante un adeguato intervento delle autorità competenti, il tempestivo rispetto delle disposizioni giudiziali volte ad assicurare la regolare frequentazione tra il minore ed il genitore non collocatario o non affidatario quale causa di pregiudizio che, se protratto nel tempo, rischia di creare una irreversibile compromissione dei rapporti[57] (ad es., per il radicarsi del rifiuto del minore di incontrare il genitore); mettendo in luce che "per un genitore e suo figlio, stare insieme costituisce un elemento fondamentale della vita famigliare".

In ogni caso ove fosse stata privilegiata nel caso concreto dal giudice la soluzione di sospendere gli incontri in presenza per comprovata emergenza o impossibilità, occorre che nel futuro tali misure vengano compensate col prolungamento - anche scaglionato nel tempo - dei periodi di incontro tra il genitore ed il minore, rispetto a quelli originariamente previsti, in modo da non alterare nella sostanza la qualità del rapporto[58].

54 Ed infatti nella maggior parte delle decisioni cit. alla nota57 la violazione da parte del genitore collocatario o affidatario è consistita proprio nell'avere preteso di presenziare, senza giustificazione, agli incontri tra il minore e l'altro genitore.

55 Mascia, K.: "Affidamento della prole e "diritto di visita *on line* del genitore non affidatario", *Fam. e dir.*, 2008, p. 803; Trib. Nicosia, 22 aprile 2008; Trib. min. Catanzaro, 27 maggio 2008, il quale menziona anche il ricorso a rapporti epistolari oltre che a conversazioni telefoniche.

56 Cass. civ., 17 gennaio 2017 la quale ha affidato in via esclusiva il minore al padre perché la madre, residente all'estero, non aveva ottemperato all'obbligo di visitare il figlio, limitandosi a contatti telefonici e via Skype.

57 V. in particolare, Corte Edu, 29 gennaio 2013, n. 25704/11 (ric. Lombardo c. Italia); Corte Edu, 17 dicembre 2013, n. 51930/10 (ric. Santilli c. Italia); Corte Edu, 17 novembre 2015, n. 35532/12 (ric. Bondavilli c. Italia), *Foro it.,* 2016, IV, c. 117; Corte Edu, 23 giugno 2016, n. 53377/13 (ric. Strumia c. Italia); Corte Edu, 15 settembre 2016, n. 43299/12 (ric. Giorgioni c. Italia, parzialmente accolto), *Foro it*., 2016, IV, c. 1; Corte Edu, 9 febbraio 2017, n. 76171/13 (ric. Solarino c. Italia); Corte Edu, 23 febbraio 2017, n. 64297/12 (ric. D'Alconzo c. Italia); Corte Edu, 4 maggio 2017, n. 66396/14 (ric. Improta c. Italia).

58 V. in proposito App. Cagliari, 7 agosto 2020, cit.; App. Milano, 9 aprile 2020, cit.; Trib. La Spezia, 7 aprile 2020, cit.

Occorre sottolineare inoltre che Il comportamento tenuto dal genitore collocatario durante la pandemia potrebbe costituire fondamento per giustificare una richiesta dell'altro, di modifica delle modalità di esercizio dell'affidamento condiviso (ad es., mutamento del genitore collocatario) o, in quelli meno gravi, per fondare la pretesa di una più precisa regolamentazione dei rapporti futuri (ad es., nel caso di limitazioni nella libertà di circolazione facendo riferimento all'andamento dei contagi).

È auspicabile comunque che nel caso in cui in futuro, anche per altre ragioni, dovessero maturare le condizioni per limitare la circolazione ed i rapporti tra le persone il legislatore affronti il problema con una normativa nella quale il diritto ad incontrare il genitore non collocatario o non affidatario trovi adeguata protezione, pur con le cautele necessarie[59], alla luce del preminente interesse del minore e, analogamente, venga fatta salva anche la possibilità di incontrare altri parenti, almeno coloro con i quali egli suole intrattenere rapporti significativi. Ed altresì che la giurisprudenza privilegi tendenzialmente la soluzione volta a confermare i provvedimenti assunti dal giudice della crisi, senza sostituirli con incontri a distanza, se non in situazioni del tutto eccezionali e per una durata quanto più breve possibile, tenendo nella dovuta considerazione l'interesse alla salute psichica del minore, sulla quale potrebbe incidere la carenza dei rapporti con ciascun genitore o con gli altri congiunti. Criteri ai quali dovranno ispirarsi anche i genitori nell'esercizio della responsabilità parentale sia nel caso in cui giungano ad un accordo nel disciplinare la crisi di coppia sia riguardo alle decisioni assunte, nel contesto della famiglia unita, al fine di regolamentare i rapporti tra il minore e gli altri congiunti.

V. I RAPPORTI DEL MINORE CON GLI ALTRI CONGIUNTI.

Come in precedenza accennato, tra le limitazioni che hanno profondamente inciso negativamente sullo sviluppo dei minori è da annoverare anche l'interruzione o la drastica limitazione dei rapporti con gli altri familiari[60]. L'esigenza di limitare i rapporti interpersonali al fine di ridurre la diffusione dei contagi ha indotto infatti il legislatore ad introdurre solo col DPCM 26.4.2020 (art. 1) un'apposita normativa che ha contemplato fra gli spostamenti consentiti quelli volti ad incontrare "i congiunti" (con espressione che non ha mancato di suscitare critiche a causa della sua equivocità[61]). Venute meno le restrizioni agli spostamenti durante il periodo

59 Si potrebbe pensare ad es., di subordinare alla vaccinazione contro la malattia del genitore o dell'altro congiunto da incontrare, una volta che tale possibilità sia stata a tutti assicurata.

60 Restrizione che non valeva, come si è detto in precedenza, per condurre i minori presso i nonni, ma solo al fine di facilitare l'esercizio dell'attività lavorativa da parte dei genitori e non quindi al solo fine di assicurare continuità alla relazione affettiva.

61 Che tuttavia il governo ha inteso superare precisando, in una FAQ, che "la dizione 'congiunti' può indirettamente ricavarsi, sistematicamente, dalle norme sulla parentela e affinità, nonché dalla giurisprudenza in tema di responsabilità civile".

estivo del 2020[62] e dunque liberalizzati tali rapporti, esse sono state successivamente reintrodotte e modulate secondo la divisione in zone del territorio nazionale, senza riproporre la formula precedente volta a facilitare gli incontri tra familiari (parenti o affini) facendoli rientrare fra gli spostamenti per motivi di necessità. Tuttavia tale possibilità è stata in certa misura mantenuta dall'art. 1, comma 4 del DL 14.1.2021 n.2 (e dal contestuale DPCM, all'art. 1 comma 3) il quale giustificava lo spostamento in ambito regionale una sola volta al giorno, da parte di due persone, unitamente ai minori di 14 anni sui quali esse esercitino la responsabilità genitoriale, verso altra abitazione per incontrarvi una famiglia di parenti o amici. Possibilità poi riservata dall'art. 2 del DL 23.2.2021 n. 15 solo ai residenti in zona gialla, mentre per i residenti in zona arancione la medesima possibilità era limitata agli spostamenti nel medesimo comune[63]. Possibilità estesa dall'art. 2 del DL 22.4.2021 n. 52 ad un massimo di quattro persone, insieme ai figli minori di anni 18 (fermo restando il divieto di tali spostamenti nell'ambito delle zone rosse).

Le soluzioni adottate hanno inteso per lo più proteggere la salute degli anziani i quali – come è noto – sono maggiormente esposti al rischio di contrarre la malattia in forma più grave; motivazione non persuasiva se riferita ai nonni e gli altri parenti non (troppo) avanti nell'età (in particolare, i fratelli non conviventi). Ritengo che l'approccio al problema, in prospettiva futura, meriti l'adozione di soluzioni meno stringenti alla luce della rilevanza che il legislatore e la giurisprudenza riconoscono al contributo dei nonni e degli altri parenti alla relazione affettiva funzionale alla formazione del minore, ma altresì dei benefici che anch'essi per lo più ne traggono. Anche a proposito degli anziani vale infatti il ragionamento che la componente psichica della salute assume una significativa rilevanza (a maggior ragione per coloro che proprio per la loro condizione hanno maggiori difficoltà ad intrattenere una soddisfacente vita sociale). In questa prospettiva condivisibile è la soluzione in virtù della quale, a prescindere dalla zona, vengono agevolati gli incontri tra congiunti dotati di certificazione verde.

Per risolvere le suddette questioni occorre infatti tenere in debita considerazione l'art. 315 *bis*, 2° comma il quale annovera tra i diritti del minore quello di mantenere (*rectius* intrattenere) rapporti significativi con i parenti, diritto che non viene meno anche nel caso di crisi dei genitori (art. 337 *ter*, 1° comma). Di converso l'art. 317 *bis* riconosce ai nonni[64] il diritto di mantenere rapporti significativi col minore, funzionalizzato, secondo l'interpretazione largamente

62 Sull'andamento delle restrizioni e delle "aperture" si rinvia a quanto esposto al § 1.

63 Ed eccezionalmente estesa nei tre giorni di Pasqua (3, 4, 5 aprile) nonostante che tutto il Paese sia stato considerato zona rossa, a prescindere dall'andamento dei contagi, consentendo gli spostamenti secondo le medesime modalità all'interno della stessa regione.

64 Intesi in senso ampio onde si considera tale anche il coniuge in seconde nozze o il convivente del nonno: Cass. civ., 25 luglio 2018, n.19780.

prevalente, alla tutela dell'interesse di quest'ultimo[65] e dunque limitato al caso in cui l'apporto fornito dagli adulti non solo non gli provochi nocumento[66] ma favorisca una sua crescita serena ed equilibrata[67] che, soddisfatte tali condizioni, deve prendersi in adeguata considerazione. Tali norme costituiscono applicazione di principi generali declinatiti dagli artt. 8 della CEDU, 24 della Carta di Nizza, dall'art. 2, punti 7 e 10, del Reg. (CE) n. 2201/200330, dalla Costituzione (artt. 29 e 30, 2° comma).

Per tali ragioni in più occasioni la dottrina[68] e la giurisprudenza[69] hanno posto in rilievo il contributo costruttivo che può provenire dai nonni e dagli altri parenti con i quali il minore suole intrattenere rapporti significativi come strumento idoneo a contribuire "alla realizzazione di un progetto educativo e formativo volto ad assicurare un sano ed equilibrato sviluppo della personalità"[70]. Fermo restando che detto compito spetta in primo luogo ai genitori[71], non può trascurarsi che assume un importante ruolo al riguardo "anche un'attiva partecipazione degli ascendenti, quale espressione del loro coinvolgimento nella sfera relazionale ed

65 V. *ex pluribus,* Cass. civ., 19 maggio 2020, n.9145; Cass., 25 luglio 2018, n. 19779 e 19780. Peraltro prima dell'introduzione dell'art. 317 *bis* la giurisprudenza prevalente individuava in capo ai nonni ed agli altri parenti un interesse legittimo ad intrattenere rapporti col minore: Trib. min. L'Aquila, 13 febbraio 1998; Trib. Messina, 19 marzo 2001. Ma per la configurabilità di un diritto soggettivo si pronunziavano App. L'Aquila, 4 luglio 1995; Trib. Catania, 7 dicembre 1990; Trib. Napoli, 18 giugno 1990.

66 Ad es., pregiudicando la conservazione di un sano rapporto tra genitori e minore: Trib. Messina, 29 gennaio 2008; Trib. min. Torino, 11 maggio 1988, o ponendo in pericolo non solo il benessere del minore ma persino la stabilità della coppia genitoriale: Cass. civ., 19 maggio 2020, n. 9145, cit.

67 Ad es., Cass. civ., 25 luglio 2018, cit.. Per tale ragione, secondo la giurisprudenza (Cass. civ., 12 giugno 2018, n.15238; Cass. civ., 21 aprile 2015, n.8100; Cass. civ., 19 gennaio 2015, n.752) l'art. 317 *bis* non configura l'esistenza di un autonomo diritto di visita. In continuità con quanto già sostenuto prima dell'introduzione di tale norma (Cass. civ., 11 agosto 2011, n.17191; Trib. min. Catanzaro, 7 febbraio 2011). Ma in senso opposto si esprimono la Corte Edu, 20 gennaio 2015; Corte di Giustizia UE, 31 maggio 2018, n. 335, nonché Cass. civ., 19 maggio 2020, n.9145, cit.; Trib. Salerno, 20 giugno 2006. Anzi potrebbe dirsi che detta configurazione è imprecisa ma per difetto perché gli avi sono compartecipi della realizzazione del progetto educativo del minore definito dai genitori.

68 La letteratura in materia è molto vasta. Per adeguati ragguagli cfr., Putti, P.M.: "Il diritto di visita degli avi: un sistema di relazioni affettive che cambia", *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2002, pp. 897 ss.; Basini, G. F.: "La nonna cappuccetto rosso e le visite: del c.d. "diritto di visita degli avi", *Fam. pers. succ.*, 2006, pp. 433 ss.; Bianca, M.: "Il diritto del minore «all'amore» dei nonni", *Riv. dir. civ.*, 2006, I, pp. 155 ss.; Ruscello, F.: *"Diritto di visita" e tutela della personalità del minore", ivi*, 1989, pp. 191 ss.; Mezzanotte, S.: "Il rapporto nonni-nipoti: una relazione affettiva giuridicamente rilevante", *Giur. merito,* 2008, pp. 1918 ss.; Irti, C.: "Il diritto del minore all'affetto dei nonni non trova voce in giudizio", *Fam. pers. succ.*, 2010, pp. 31 ss.; Carrano, R.: *"Il diritto degli ascendenti a mantenere rapporti significativi con i nipoti",* in M.Bianca (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo,* Giuffrè, Milano, 2014, pp. 160 ss.; Corder, P.: "Rapporti dei minorenni con gli ascendenti", in C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione,* Cedam – Wolters Kluwer, Milano, 2015, pp. 95 ss.; Savi, G.: "L'esercizio dell'azione degli ascendenti nel nuovo art. 317 *bis* c.c.*", Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, pp. 547 ss.; Bianca, C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 230 e pp. 367 ss.; Auletta T., "Commento all'art. 337 *ter*", cit., pp. 1025 ss.; Lazzaro, C.: "Commento all'art. 317 *bis"*, in E. Gabrielli (diretto da): *Commentario del cod. civ.*, Utet, Torino, 2ª ed., II, 2018, pp. 696 ss.

69 V. citaz. alle note successive.

70 Cass. civ., 19 maggio 2020, n.9144; analogamente Trib. min. Messina, 19 marzo 2001, cit..

71 Onde la frequenza e le occasioni di incontro devono avvenire in maniera tale da non compromettere la funzione spettante ai medesimi: Cass. civ., 24 febbraio 1981, n.1115.

affettiva del nipote"[72] secondo modalità diverse da quelle proprie dei genitori[73]. Infatti non sono di certo privi di rilevanza gli apporti assicurati da persone unite da "vincoli che affondano le loro radici nella tradizione familiare la quale trova riconoscimento anche nella costituzione (art. 29)"[74]

Pertanto l'esercizio della responsabilità parentale potrebbe rivelarsi inappropriato ove i genitori frapponessero ingiustificati ostacoli alla frequentazione del minore almeno rispetto ai congiunti che sono in grado, secondo la valutazione del giudice, di fornire un apporto costruttivo alla sua formazione[75].

Regole in base alle quali si desume che l'ordinamento riconosce un ruolo rilevante anche alla famiglia parentale[76], in larga misura sacrificato - in maniera non del tutto persuasiva - durante il periodo della pandemia, dalla normativa emergenziale. In prospettiva futura ritengo auspicabile che il legislatore si faccia carico anche di questo problema adottando stabili misure che assicurino un ragionevole contemperamento di tutti gli interessi in gioco (la salute fisica e psichica del minore ma anche quella degli altri adulti, oltre ai genitori, non condannandoli ad un doloroso isolamento, senza tenere conto del benessere che il rapporto con congiunti più giovani può loro assicurare soprattutto se in età avanzata) e di conseguenza che anche la giurisprudenza adotti misure volte a consentire alla famiglia parentale[77] di esercitare efficacemente il ruolo di supporto ai genitori evitando tra l'altro, ove non strettamente necessario, l'adozione di regole volte a disciplinare rigidamente i tempi di frequentazione tra il minore ed i congiunti che possono per lui rappresentare un punto significativo di riferimento[78].

72 Cass. civ., 12 giugno 2018, n.15238, cit..

73 Trib. Bari, 27 gennaio 2009, il quale sottolinea che "il contatto saltuario con i nonni (solitamente meno assillati dei genitori dai problemi dell'educazione e dagli impegni quotidiani della vita) deve ritenersi – secondo quanto emerso nella più moderna psicologia dell'infanzia – benefico anche per i nipotini permettendo loro, nel rapporto con gli adulti, un momento distensivo e rassicurante caratterizzato da prevalente indulgenza e tenerezza".

74 Cass. civ., 25 settembre 1998, n.9606.

75 Per tale ragione, anche prima dell'introduzione dell'art. 317 *bis,* la giurisprudenza ha fatto ricorso al combinato disposto degli artt. 333 e 336 cc. per assicurare al minore la frequentazione dei nonni e di altri parenti, anche contro la volontà dei genitori. V. ad es., App. Roma sez. min., 8 giugno 2011; Trib. Bari, 27 gennaio 2009, cit.; Cass. civ., 23 novembre 2007, n.24423; Trib. Taranto, 19 aprile 1999; Cass. civ., 25 settembre 1998, n.9606, cit.; Cass. civ., 17 gennaio 1996, n.364; Trib. Torino, 1988; App. Roma, 2 novembre 1987; Trib. Roma, 7 febbraio 1987; Pret. Roma, 11 febbraio 1982; Cass. civ., 24 febbraio 1981, n.1115, cit.. Soluzione che potrebbe applicarsi tuttora riguardo ai rapporti con i parenti non rientranti nella formulata adottata dall'art. 317 *bis* fra i congiunti a cui è riconosciuto un diritto alla frequentazione del minore (i nonni).

76 App. Venezia, 24 dicembre 2015; Cass. civ., 17 gennaio 1996, n. 364.

77 Per alcune riflessioni volte a determinare l'estensione che essa ha ormai raggiunto dopo i più recenti interventi normativi e giurisprudenziali, v. Al Mureden, E.: "La nozione di "congiunti" tra emergenza sanitaria e pluralità dei modelli familiari", *Fam. e dir.*, 2020, pp. 623 ss.

78 Corder, P.: "Rapporti dei minorenni con gli ascendenti", cit., pp. 108 s.

VI. L'INCIDENZA DELLA PANDEMIA SUL DOVERE DI MANTENIMENTO DEI GENITORI VERSO I FIGLI.

A completamento del discorso sembra opportuno soffermare l'attenzione sull'incidenza della pandemia riguardo al dovere di mantenimento dei genitori verso il minore. Come accennato, la sospensione degli incontri "in presenza" potrebbe comportare l'assunzione di maggiori oneri economici da parte del genitore collocatario dovendo questi far fronte a spese che avrebbero gravato l'altro genitore per il periodo in cui era prevista la sua convivenza con il figlio. Occorre chiedersi se il genitore collocatario possa pretendere per tale ragione un incremento dell'importo dell'assegno. Ciò è da escludere per il periodo antecedente alla richiesta di modifica in quanto essa non può operare per il passato[79]. Analogamente l'obbligato non potrebbe versare un assegno di importo più limitato adducendo che l'assegno originariamente previsto era volto a coprire spese che il percettore non ha dovuto sostenere a causa della sospensione di alcune attività dovute al "confinamento", ma solo richiederne la rimodulazione. Problema che non si pone ove il giudice della crisi avesse disposto la corresponsione del mantenimento in "modalità diretta".

In prospettiva parzialmente diversa occorre sottolineare che la crisi economica già in atto potrebbe invece favorire il proliferare di domande volte ad ottenere la rimodulazione del contributo dovuto ove, secondo le regole generali, la condizione economica dell'obbligato si fosse deteriorata a tal punto da non consentire il versamento dell'assegno (o comunque l'assunzione di un onere economico) secondo l'importo originario[80] o, al contrario, il mutamento *in peius* abbia riguardato la condizione economica dell'avente diritto. Il deterioramento della situazione patrimoniale di entrambi potrebbe poi comportare, secondo le regole generali in materia, una diminuzione del tenore di vita del minore. Il giudice sarà chiamato a valutare la fondatezza di pretese siffatte secondo la regola generale che consente il mutamento delle statuizioni riguardanti l'assegno in seguito al cambiamento della situazione economica delle parti. Ove esso rivesta carattere temporaneo (appunto in seguito alle vicende legate alla pandemia), cessata la ragione potrà essere presentata una nuova domanda di revisione dell'assegno volta a ripristinare la situazione *quo ante*.

Occorre chiedersi, infine, a quali sanzioni si esponga il genitore che, nel corso della pandemia, non abbia versato l'assegno dovuto. Secondo le regole generali

79 Anche tale richiesta può formularsi con procedura d'urgenza onde non alterare il criterio di proporzionalità del contributo che ciascun genitore deve sostenere in relazione alla propria condizione economica.

80 Anche in questa ipotesi la prestazione stabilita originariamente dal giudice è dovuta sino al momento di presentazione della richiesta di modificazione o soppressione dell'assegno: da ultimo v. Cass. civ., 17 febbraio 2021 n. 4224. Una richiesta di riduzione dell'assegno è stata accolta da Trib. Monza, 25 giugno 2020. Ammette tale possibilità in detta circostanza anche Trib. Rimini, 18 novembre 2020, *ivi*, il quale considera la pandemia causa notoria che non necessita di prova.

egli può essere sottoposto alle sanzioni civili (risarcimento del danno *ex* artt. 709 c.p.c. e 2043 c.c.) e, in casi estremi, anche a quelle penali (v. art. 570 c.p.) previste per tale violazione. Si è posto il problema se egli possa invocare, per sottrarvisi, la non imputabilità dell'inadempimento dovuto ad un'impossibilità di carattere generale come nel caso di una pandemia. Strada difficilmente percorribile a causa della natura oggettiva della responsabilità nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie. L'interrogativo è stato sollevato peraltro sulla base del tenore di una norma specifica volta a disciplinare i ritardi e gli inadempimenti contrattuali, dettata per fare fronte all'emergenza, con la quale si stabilisce che "il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 cc., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti" (art. 91 d.l. 17 marzo 2020, n. 18). Esso è stato risolto da alcuno, in senso positivo, non individuandosi al riguardo un ostacolo nella rubrica della norma che fa riferimento "a ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici", sulla base della corretta considerazione secondo la quale, la rubrica non facendo parte del testo normativo, non risulta vincolante per l'interprete[81]. Ciò non toglie che appare comunque arduo dilatare il significato del testo con riferimento ad obbligazioni pecuniarie scaturenti da contratti tra privati (e non tra un privato ed un soggetto pubblico) ed, a maggior ragione, ad una obbligazione di fonte legale qual è quella caratterizzante l'assegno di mantenimento dovuto per soddisfare i bisogni del minore[82].

A tutto concedere, è da escludere comunque che l'obbligato possa sottrarsi al pagamento del debito maturato per il passato, ma solamente al risarcimento del danno, mentre per il futuro – come si è detto -dovrà attivare la procedura prevista per ottenere la revisione dell'assegno (o comunque dell'entità del mantenimento) ove le sue condizioni economiche siano significativamente peggiorate.

81 Basini, G. F.: "Genitori e figli nella coppia in crisi ai tempi del covid-19", *filodiritto.it*, 1 aprile 2020.

82 Nel medesimo senso, Irti, C.: "Relazioni familiari e covid – 19", cit., pp. 689 ss.

BIBLIOGRAFIA

Al Mureden, E.: "La nozione di "congiunti" tra emergenza sanitaria e pluralità dei modelli familiari", in *Fam. e dir.*, 2020, pp. 623 ss.

Auletta, T.: "Commento all'art. 337 *ter*", in Gabrielli, E. (diretto da) *Commentario del cod. civ.*, Utet, Torino 2ª ed., II, 2018, pp. 999 ss.

Bianca, C.M.: *Diritto civile,* II, 1, *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 6ª ed., 2017. pp. 228 s.

Bianca, M.: "Il diritto del minore «all'amore» dei nonni", *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 155 ss.

Balestra, L.: "Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso", *Familia*, 2006, pp. 656 ss.

Basini, G.F.: "La nonna cappuccetto rosso e le visite: del c.d. "diritto di visita degli avi", *Fam. Pers. succ.*, 2006, pp. 433 ss.

Bendinelli, R.: *Bigenitorialità e diritto della salute*, *Familia*, 2020, pp. 820 ss.

Carrano, R.: *"Il diritto degli ascendenti a mantenere rapporti significativi con i nipoti",* in Bianca, M. (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo,* Giuffrè, Milano, 2014, pp. 160 ss.

Corder, P.: "Rapporti dei minorenni con gli ascendenti", in Bianca ,C.M. (a cura di), *La riforma della filiazione,* Cedam – Wolters Kluwer, Milano, 2015, pp. 95 ss.

Frassinetti, A.: "Esiste un diritto al recupero del tempi di visita del figlio, persi per ragioni oggettive?" *Fam. e dir.,* 2021, pp.

Irti, C.: "Relazioni familiari e covid – 19: la difficile ricerca di un equilibrio tra la salvaguardia del diritto alla salute pubblica e gli altri diritti fondamentali", *Familia*, 2020, pp. 683 ss.

Lazzaro, C.: "Commento all'art. 317 *bis*", in E. Gabrielli (diretto da): *Commentario del cod. civ.*, Utet, Torino, 2ª ed., II, 2018, pp. 696 ss.

Padalino, C.: *L'affidamento condiviso dei figli*, Giappichelli, Torino, 2006, p.17.

Putti, P.M.: "Il diritto di visita degli avi: un sistema di relazioni affettive che cambia", *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2002, pp. 897 ss.

RIMINI, C.: "L'esercizio della responsabilità genitoriale al tempo dell'emergenza sanitaria", *Giur. it.,* 2020, pp. 1093 ss.

RUSCELLO, F.: "Affidamento 'condiviso', 'collocazione abitativa' del figlio e dovere di 'cura' dei genitori", *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 871 ss.

SCALISI, A.: "Il diritto del minore alla 'bigenitorialità ' dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare", *Famiglia e dir.*, 2007, pp. 520 ss.

TROTTA, E.: "Esercizio della responsabilità genitoriale e diritto alla bigenitorialità in pendenza delle misure di contrasto al Covid – 19, in *Fam. e dir.*, 2020, pp. 442 ss.

LA SUFICIENCIA DE LA AUTONOMÍA PRIVADA PARA LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES AFECTIVAS*

THE SUFFICIENCY OF PRIVATE AUTONOMY FOR THE REGULATION OF AFFECTIVE RELATIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 862-885

Gianni
BALLARANI

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Para una especie de heterogénesis de los fines, la ley n. 76 de 2016 sobre uniones civiles entre personas del mismo sexo y sobre la disciplina de la convivencia dividió el plan regulador de las relaciones afectivas entre adultos en dos sistemas opuestos, ambos orientados a gobernar realidades ahora asumidas homogéneas: el formalizado públicamente (que une matrimonio y uniones civiles) y la constituida en forma privada (convivencias heterosexuales afectivas estables y homosexuales contraídos o no). Pero la consagración de la suficiencia de la autonomía familiar privada nos lleva a reflexionar, por un lado, sobre la necesidad de resolver este conflicto dicotómico entre los modelos público y privado; por otro lado, sobre la superación definitiva de la lógica codicista matrimonial, al igual que sobre la hipótesis correlativa de la recodificación en materia de familia y del derecho de herencia.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio; uniones civiles entre personas del mismo sexo; autonomía privada familiar; convivencia more uxorio; contrato de convivencia; contrato y matrimonio.

ABSTRACT: *The essay offers a critical point of view of the recent Italian law on same-sex couples relationship and on the more uxorio relationship. For heterogenesis of the purposes, the law has divided the normative system of affective relationships in two different models, both aimed at governing affective situations now as- sumed as homogeneous: the publicly formalized one (marriage and civil unions) and the privately constituted one (same-sex and heterosexual relationship created by a contract).*

But the consecration of the sufficiency of private family autonomy leads us to reflect, on the one hand, on the need to resolve this contrast between public and private family models; on the other hand, on the definitive overcoming of the original marriage law and on the correlated hypothesis of re-writing the family rules.

KEY WORDS: *Marriage; civil unions between persons of the same sex; family private autonomy; coexistence more uxorio; cohabitation contract; contract and marriage.*

SUMARIO.- I. PRÓLOGO.- II. LA TESIS.- III. LA CONSECUENCIA: LA ENCRUCIJADA ENTRE LA HETERONOMÍA Y LA AUTONOMÍA.- IV. EL DATO: LA SUFICIENCIA DE LA AUTONOMÍA PRIVADA.- V. EL ANÁLISIS: EL CONTEXTO DEL DERECHO MATRIMONIAL.- VI. EL CAMBIO NORMATIVO Y CONCEPTUAL DE LOS REMEDIOS FRENTE A LA PATOLOGÍA DE LA RELACIÓN CONYUGAL.- VII. LA POSICIÓN INTERMEDIA DE LAS UNIONES CIVILES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.- VIII. LA PERMEABILIDAD BIDIRECCIONAL ENTRE MATRIMONIO Y UNIONES CIVILES.- IX. LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS RELACIONES AFECTIVAS.- X. EL PUNTO DE RUPTURA: EL CONTRATO DE CONVIVENCIA.- XII. LA AFIRMADA SUFICIENCIA DE LA AUTONOMÍA PRIVADA.- XII. LA SÍNTESIS.- XIII. LA PROPUESTA DE UN MODELO UNITARIO.- XIV. EL MÉRITO DE LA HIPÓTESIS: MÁS ALLÁ DE LAS RELACIONES DE PAREJA.- XV. EL DIFERENTE PERFIL REMEDIAL.- XVI. EPÍLOGO.

I. PRÓLOGO.

La consistencia de los institutos (por ejemplo, el matrimonio) que forman parte de un subsistema regulatorio (por ejemplo, el derecho de familia) se manifiesta tanto externamente como internamente de esto: externamente, porque los institutos tienen que lidiar con el contexto social y cultural que en un preciso momento histórico determina las reglas que los componen; internamente, porque las mismas reglas deben ser consistentes con los principios sustantivos y formales que subyacen no solo al subsistema en sí (por ejemplo, el derecho de familia), sino también al sistema normativo más amplio que lo contiene (el derecho civil, como parte de la estructura constitucional y europea).

Un cambio en el contexto social y cultural permite que surjan situaciones e intereses personales que pueden ser evaluadas como merecedores de protección por parte del sistema legal. Esto puede llevar a la necesidad de redefinir las reglas que rigen un instituto, así como a la necesidad de crear nuevos institutos, otorgando nuevos espacios de protección por la jurisprudencia o la legislación. En ambos casos, sin embargo, las nuevas reglas y los nuevos institutos no pueden escapar al control de la coherencia con el subsistema original y con el sistema que lo contiene.

Cualquier modificación o intervención complementaria, que afecte a toda la estructura, determina, de hecho, un "desequilibrio" con respecto a su propio eje de apoyo que afecta a la estanqueidad estable del conjunto.

En este sentido, la coherencia representa una especie de frontera (invisible), más allá de la cual el subsistema vacila o implosiona, según el tipo y la calidad

• Gianni Ballarani
Catedrático de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Lateranense.

de cada intervención, así como el número de intervenciones que se suceden en el tiempo. Todo ello con independencia del cumplimiento de los parámetros constitucionales y europeos de las intervenciones que, en cualquier caso, se pueden respetar o argumentar. Pues bien, en lo que respecta al subsistema del derecho matrimonial de la familia, esta línea fronteriza parece cercana a una superación inexorable, irreversible y definitiva, presumiblemente haciendo necesaria en un futuro próximo una verdadera nueva codificación; y es con respecto a lo que quisieran orientarse estas breves reflexiones, no para proponer soluciones, sino para plantear el problema.

Esto ensayo - estimulado por una reciente relectura de una obra del difunto Maestro Cesare Massimo Bianca[1] que tuvo, y sigue teniendo, el mérito indudable de entregar pensamientos que superen la contingencia del impulso creativo de permanecer en su actualidad inalterada, una fuente continua de inspiración y de reflexiones - parte del intento de fotografiar la ley de las "relaciones afectivas" desde un ángulo diferente como resultado de la estratificación de las intervenciones regulatorias sobre el sujeto, proponiendo una interpretación diferente y una hipótesis reconstructiva de los posibles efectos[2].

II. LA TESIS.

Creo que las condiciones para la superación definitiva de la citada línea fronteriza han madurado en el contexto de la multiplicación de los modelos legales de familia operados en Italia con la ley núm. 76 de 2016[3] y, en particular, siguiendo la opción relacionada (asumida en el presunto desconocimiento de la consecuente heterogénesis de propósitos), de dividir el plan regulador de las relaciones familiares en dos sistemas opuestos: el formalizado públicamente (que une el matrimonio y las uniones civiles entre personas del mismo sexo) y la constituida en forma privada (convivencia afectiva estable heterosexual y homosexual, contraída o no).

Excluyendo la solución de extender el matrimonio a parejas del mismo sexo, el marco de relaciones a regular legalmente podría haberse considerado, de hecho, agotado, alternativamente, al establecer un marco de reglas para las relaciones afectivas homosexuales[4], o al concertar las relaciones afectivas entre convivientes independientemente del sexo.

1 Bianca, C.M.: *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977.

2 Este ensayo se propone en continuidad con la tesis sustentada en Ballarani, G.: *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, a la luz de las primeras reflexiones sobre la ley de 20 de mayo de 2016, n. 76 hechas en Id., "La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, núm. 3, p. 623 ss.

3 El 11 de mayo de 2016, el Parlamento aprobó definitivamente la ley por la que se establecen las uniones civiles entre personas del mismo sexo y sobre la disciplina de la convivencia de hecho (ley 20 de mayo de 2016, n. 76, *Gazzetta Ufficiale*, *Serie Generale*, 21 de mayo de 2016, n. 118).

4 Ballarani, G.: "La legge sulle", cit., p. 623 ss.

Por el contrario, el legislador ha decidido intervenir en ambos frentes con ese enfoque diferente que justifica la presente reflexión, creando al mismo tiempo el modelo para-conyugal de las uniones civiles y transponiendo la libre convivencia hetero y homo sexual en el nivel de la ley.

La multiplicación de modelos jurídicos para el establecimiento y la gestión de relaciones afectivas y, sobre todo, la división entre modelos con constitución pública y modelos con constitución privada, retrata una dicotomía paradójica entre aperturas a la autonomía privada en una perspectiva de *deregulierung*[5] y una tendencia opuesta a la heteronomía.

Pero todo esto aparece, en efecto, intrínsecamente insostenible, no tanto - o no solo - por la economía de los instrumentos jurídicos, sino más bien por una necesidad de recuperar la consistencia de su propio sistema, ya que todas estas situaciones se encuentran hoy indiscutiblemente unidas de manera dramática e indistinta en el campo del derecho por la supuesta relevancia de la "causa" afectiva, abierta más allá de la forma conyugal para abarcar todo tipo de relaciones estables.

III. LA CONSECUENCIA: LA ENCRUCIJADA ENTRE LA HETERONOMÍA Y LA AUTONOMÍA.

La necesidad de resolver esta dicotomía será el verdadero desafío que la ciencia jurídica (no solo italiana sino también europea) deberá afrontar y resolver en un futuro próximo. La encrucijada que queda por delante es entre considerar la intervención pública indispensable en la fase constitutiva y extintora de las relaciones afectivas, y entre dar seguimiento pleno y exclusivo a la suficiencia (normativa) de la autonomía privada para el establecimiento, regulación y extinción de este.

Si se avanzara hacia la primera dirección (hoy difícil de seguir), esta debería ser seguida, por un lado, por la consiguiente compresión de la autonomía privada, volviendo a considerar indisponibles la mayoría de los derechos y deberes que surgen con la certificación pública de las uniones (matrimoniales y civiles) y, por otro lado, una nueva afirmación de la irrelevancia jurídica de la convivencia more uxorio[6].

5 Busnelli, F.D.- Vitucci, M.C.: "Frantumi europei del diritto di famiglia", *Rivista di diritto civile*, 2013, núm. 4, p. 767 ss., espec. p. 771.

6 Spadafora, A.: "Lo status coniugale e gli status paraconiugali tra legge e autonomia privata", *Diritto della famiglia e delle persone*, 2017, núm. 12, p. 1092 ss.

De hecho, considerando imprescindible, según la tradición, el "crisma" secular de la formalización de relaciones que requiere la "celebración"[7] (secular) en el intercambio de consentimientos y la intervención pública en la disolución de la relación, la convivencia sin formalidades deben ser consideradas como resultado de la libre elección y expresión del rechazo de cualquier efecto legal; efecto jurídico que, por el contrario, se obtendrá exclusivamente a través del acceso a las instituciones previstas en la ley (matrimonio o unión civil), siempre que estas no acaben por converger en una sola (como, además, ha ocurrido en España y hoy en Alemania). En esta perspectiva, frente a la libre convivencia de facto, cualquier injerencia del Estado no solo no tendría sentido, sino que (como ya aparece hoy) constituiría una violación del Art. 8, párrafo II, del CEDH por una injerencia pública injustificada e injustificable en la vida privada[8], entendida ope legis como familiar[9].

Si, por el contrario, se quisiera optar por la dirección opuesta e innovadora de reconocer la plena suficiencia de la autonomía privada en el contexto de las relaciones afectivas, habría que admitir la intervención innecesaria del Estado; ya ello debería seguir la correspondiente renuncia del Estado definitiva a la formalización de la constitución y terminación de relaciones (siempre respetando la necesidad de mantener inalterado el deber legal de preparar el marco dentro del cual contener la autonomía privada).

Sin embargo, esto estaría en consonancia – o al menos armonizable – con las disposiciones del Art. 12 del CEDH, entendido en el sentido de separar el derecho al matrimonio (que quedaría así fundamentalmente anclado a la libertad religiosa[10]) del derecho a formar una familia[11] (según el parámetro de autonomía privada).

En esta perspectiva, sin embargo, no se puede dejar de considerar la imperiosa necesidad de salvaguardar la ineludible intervención pública ante la necesidad de regular el destino de los hijos menores o adultos que no son autosuficientes, según los parámetros autónomos de las reglas sobre la relación parental en las fases fisiológica y patológica de las relaciones de pareja.

7 Bianca, C.M. (coord. por): *Le unioni civili e la convivenza. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, U.T.E.T., Torino, 2017, p. 432 ss.

8 Ballarani, G.: "La legge sulle", cit., p. 645.

9 Albini, M.: "La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e la tutela della famiglia: gli artt. 8 e 12 della Convenzione. L'attuazione dei princípi dell'Ordinamento interno", en Aa. Vv., *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU*, complemento al *Giurisprudenza di merito*, 2008, vol. XL, núm. 12, p. 54 ss., espec. p. 57; Ballarani, G.: "La mediazione familiare alla luce dei valori della costituzione italiana e delle norme del diritto europeo", *Giustizia civile*, 2012, II, núm. 10, p. 495 ss., espec. p. 500 s.

10 Ballarani, G.: *Il matrimonio concordatario*, cit., p. 129 ss.

11 ECHR, 21 luglio 2015, ricc. 18766/11 e 36030/11, Oliari e altri c. Italia, ex pluribus, *Famiglia e diritto*, 2015, núm. 12, p. 1069 ss., con nota de Bruno, P.: "Oliari contro Italia: La dottrina degli «obblighi positivi impliciti» al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso"; ECHR, 24 giugno 2010, ric. 30141/04, Schalk e Kopf c. Austria, ex multis en *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, núm. 2, p. 639.

IV. EL DATO: LA SUFICIENCIA DE LA AUTONOMÍA PRIVADA.

Si consideramos el camino normativo y jurisprudencial que, en Italia, desde la relevancia pública inicial de la familia está conduciendo a la privatización de la materia y a la patrimonialización de la relación conyugal, la segunda vía parece ser la más realista. Esto es aún más demostrado si tenemos en cuenta la disciplina dictada para las uniones civiles entre personas del mismo sexo y, más aún, la de las relaciones de convivencia y el contrato relativo[12].

No cabe duda, de hecho, de cómo el proceso de privatización en cuestión ha experimentado una fuerte aceleración en los últimos años, como lo destaca la doctrina, conduciendo a resultados decisivos, tanto a nivel del formante normativo como jurisprudencial.

Para resumir brevemente los pasajes cruciales de este proceso fundamental de privatización, es necesario considerar tres contextos distintos: el relativo a la disciplina matrimonial; el de las uniones civiles; el de la convivencia contractualizada, debiendo reconocer la ley n. 76 de 2016 el epílogo implícito (aunque temporal) del camino.

V. EL ANÁLISIS: EL CONTEXTO DEL DERECHO MATRIMONIAL.

En el contexto del derecho matrimonial, es necesario considerar, en primer lugar, el proceso de remediación radical dirigido a otorgar un espacio cada vez mayor a la autonomía privada en la gestión de patologías de las relaciones, donde, a partir de la admisibilidad de la disolución del matrimonio, se ha llegado a considerar irrelevante la intervención pública, con la correspondiente renuncia ordinal implícita de mantener inalterado el interés público en la familia.

Todo esto es el espejo en el que la desviación profunda y radical de las normas del derecho matrimonial se refleja en el marco tradicional de principios que regían todo el sistema del derecho de familia, centrado como estaba en el modelo único de la familia conyugal legítima, de la legitimidad de la filiación y de la "legítima" en el derecho de herencia.

El sistema en cuestión se basaba, de hecho, sobre dos principios básicos:

- el primero, vinculado a la insuficiencia del derecho a regir los hechos del sentimiento[13], que contenía la intervención del Estado entre de los límites de la

12 Ballarani, G.: "La legge sulle", cit., p. 623 ss.

13 Falzea, A.: "Fatto di sentimento", en *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, VI, Jovene, Napoli, 1972, p. 315 ss., y despues en Id., *Ricerche di teoria generala del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. II, *Dogmatica giuridica*, Giuffré, Milano, 1997, p. 435 ss. (de lo que se cita).

necesidad objetiva de protección de la familia en su conjunto y de los miembros individuales en particular[14];

- el segundo, estrechamente relacionado con el primero, relativo al interés público de la familia[15] que, basándose en considerar a la familia como un órgano fundamental intermedio entre el Estado y el individuo[16], imponía estrictas normas de obligatoriedad a los cónyuges, comprimiendo el ámbito de autonomía privada[17].

Al respecto, es necesario, en primer lugar, precisar, sin embargo, que el interés público en la familia no significó remontar las normas que la rigen al derecho público[18]: más bien, en armonía con la doctrina[19], esto ha llevado a afirmar la correspondencia del interés familiar con las necesidades tanto super-individuales como estatales; en esta perspectiva, el derecho de familia es un sistema de reglas eminentemente de "orden público"[20], entonces no derogable.

A la luz del primer principio, el significado del Art. 29 de la Constitución italiana: tanto en la parte en la que expresa la necesidad de protección jurídica de la unidad de la familia[21], como en la provisión de apertura, donde especifica que la República puede reconocer las conductas asumidas espontáneamente por los miembros de la familia en términos de derechos y deberes, sólo si y cuando esa sociedad natural (que es la familia) decida formalizar legalmente la relación

14 Además, son los cánones naturalistas de vivir en común (afecto, solidaridad, cuidar al otro, compartir el mismo espacio, hacer y criar hijos) los que marcan el umbral más allá del cual el mar de la ley no podría llegar tan lejos, aferrándose, en este sentido, la conocida definición de la familia como una isla que el mar de la ley puede lamer pero no abrumar, ofrecida por Jemolo, A.C.: "La famiglia e il diritto", *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, III (1948-1949), Jovene, Napoli, 1949, p. 38; Trabucchi, A.: "Pas par cette voie s'il vous plait!", *Rivista di diritto civile*, 1981, I, núm. 27, p. 329 ss.

15 El indicador de interés público hacia la familia está representado por el relieve que otorga el Art. 29, párrafo II, de la Constitución a la unidad de ésta, dado el valor ético-social de la familia como "sociedad en la sociedad": Barbero, D.: *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*[3], I, U.T.E.T., Torino, 1950, p. 528; Giacobbe, G.: "Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano", en *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa* (coord. por V. Scalisi), Giuffré, Milano, 2007, p. 479 ss., espec. p. 482; A Trabucchi, A.: "Pas par cette", cit., p. 339.

16 Además, el contexto en el que estos postulados se asentaron y maduraron fue el tradicional en el que la comprensión de la familia como "sociedad intermedia entre el individuo y el Estado": A. Trabucchi, A.: "Pas par cette", cit., spec. p. 336; en términos análogos, Arroba Conde, M.J.- Riondino, M.: *Introduzione al diritto canonico*, Le Monnier, Firenze, 2015, p. 119. La función de la que se encargaba la familia, de hecho, no estaba dirigida solo a favor de los cónyuges, sino también de toda la comunidad, proyectando los efectos de la solidaridad conyugal también hacia el exterior: Nicolussi. A.: "Che cos'è il matrimonio" (Recensione a Girgis, S.- Anderson, R.T.- George, R.P.: *Che cos'è il matrimonio*, Vita e pensiero, Milano, 2015), en *Europa e diritto privato*, 2015, núm. 4, p. 977 ss., spec. p. 980.

17 Ballarani, G.: *Il matrimonio concordatario*, cit., p. 32 ss.

18 de Ruggiero, R.: *Istituzioni di diritto civile*[4], II, Casa Editrice Giuseppe Principato, Messina-Milano, 1926, p. 472.

19 Barbero, D.: *Sistema istituzionale del*, cit., p. 529.

20 Barbero, D.: *ibidem*; Cicu, A.: "Il diritto di famiglia nello Stato fascista", *Jus*, 1940, p. 371 ss., spec. p. 384; Id., "Principi generali del diritto di famiglia", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1955, p. 1 ss.

21 El reflejo de la impronta personalista y solidaria en el sistema de derecho de familia se destaca por Giacobbe, G. "La famiglia dal codice civile alla legge di riforma", en Id., *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*[2], Giappichelli, Torino, 2011, p. 11; Perlingieri, P.: "Sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi", en *Rapporti personali nella famiglia* (coord. por P. Perlingieri), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982, p. 13 ss., espec. p. 13.

afectiva mediante la solemnidad del matrimonio[22]; el matrimonio era, de hecho, el único instrumento jurídico a través del cual dar relevancia a la relación afectiva, adecuándola a la producción de los efectos exigidos por la ley.

El segundo principio se refleja, sin embargo, en el significado del matrimonio que, por un lado, por la centralidad de la voluntad de las partes en la fase constitutiva de la relación, se enmarca como un negocìo jurídico, pero, por otro lado, en virtud del interés público, quiere que la libre determinación de los acuerdos entre las partes se comprima al máximo.

Por lo tanto, el matrimonio como negocìo, aunque unido en esto al contrato[23], se diferencia de él[24], tomando prestada su disciplina del contrato sólo dentro de los límites de la compatibilidad[25].

El predominio jurídico del carácter personal de la relación conigual – traducido en el predominio jurídico correlativo de los efectos personales sobre los patrimoniales – permitió calificar el matrimonio como un acto jurídico personal de carácter familiar y justificar la especificidad de los remedios a la patología de la relación. Es claro, por tanto, que la modificación de uno u otro y, más aún, la modificación de ambos, afecta inevitablemente a la calificación del matrimonio en términos personales, desdibujando sus rasgos distintivos con respecto al contrato.

VI. EL CAMBIO NORMATIVO Y CONCEPTUAL DE LOS REMEDIOS FRENTE A LA PATOLOGÍA DE LA RELACIÓN CONYUGAL.

La tesis aquí propuesta se basa en considerar las consecuencias del abandono irreversible de cualquier importancia pública de la familia y la consiguiente apertura a espacios cada vez mayor de autonomía privada por parte del legislador y del intérprete en materia matrimonial que, en conjunto, implícitamente revelan la transición de la privatización a la capitalización.

El principal indicador de la crisis de los dos principios que subyacen a la institución del matrimonio está, de hecho, representado por el deseo de repensar

22 Ballarani, G.: "La legge sulle", cit., p. 625 ss.

23 Ex multis, Ferrando, G.: "Matrimonio e famiglia", en *Trattato di diritto di famiglia* (dirigido por P. Zatti), I, *Famiglia e matrimonio* (coord. por G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello), vol. I, Giuffré, Milano, 2002, p. 123 ss., espec. p. 162.

24 Ferrando, G.: "Matrimonio e famiglia", cit., p. 163.; Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 2.1, Giuffré, Milano, 2014, p. 33 ss.; Falzea, A.: "Conclusioni", en Berlingò, S.- Bordolnali, S.- Catalano, G.- De Luca, L.- Falzea, A.- Finocchiaro, F.- Rescigno, P.: *Il matrimonio concordatario oggi* (Extracto del volumen coor. por S. Bordolnali – A. Palazzo, *Concordato e legge matrimoniale*), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1990, p. 131 ss., espec. p. 136.

25 Ferrando, G.: "Matrimonio e famiglia", cit., p. 163.

el sistema de los remedios frente a la patología de la relación conyugal, tanto desde el punto de vista de la fundación como desde el punto de vista teleológico.

Desde el primer punto de vista, las primeras aperturas a la privatización se dieron con la ley del divorcio[26] y con la redefinición de los paradigmas de separación personal entre cónyuges en 1975: ambos afirmaron un modelo matrimonial de molde individualista donde se daba mayor énfasis a la voluntad de los cónyuges[27].

Pero es en tiempos más recientes cuando se ha producido una fuerte aceleración de la privatización: por un lado, con el "divorcio breve" (ley 6 de mayo de 2015, n. 55) que, considerando anacrónica la separación[28], determinó una drástica reducción del tiempo necesario para acceder al divorcio[29]; por otro lado, con la ley sobre la "negociación asistida por abogados"[30] (decreto legislativo 12 de septiembre de 2014, n. 132, posteriormente convertido con modificaciones en ley el 10 de noviembre de 2014, n. 162) y la consiguiente renuncia implícita por parte del ordenamiento jurídico para mantener inalterada su función de garantía y control de la conformidad de las decisiones entre las partes en la suspensión y disolución del vínculo conjugado al interés superior de la familia (puesto en base a la proyección constitucional hacia la unidad familiar: Art. 29 de la Constitución).

Desde el segundo punto de vista, surge el empuje jurísprudencial correlacionado para reducir los perfiles de relevancia personal propios de la relación matrimonial (con especial atención a la convivencia y fidelidad a los efectos de la declaración de acusación de la separación) que representó la razón de la peculiaridad de las reglas y los recursos relacionados (dada la matriz personalista, solidaria y altruista de los intereses convergentes de los cónyuges colocados en la base del acto matrimonial) y el principal elemento distintivo con respecto al negocìo jurídico patrimonial[31].

Al respecto, parece oportuno observar cómo el redimensionamiento de la relevancia jurídica de los perfiles personales y la degradación de la función de separación, demuestran la voluntad implícita de liberar el acto matrimonial de aquellos paradigmas que más permitían su perfil de distinción con respecto al

26 Sesta, M.: "La famiglia fra funzione sociale e tutele individuali", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, núm. 2, p. 567 ss., espec. p. 573 ss.

27 Fumagalli Carulli, O.: "Il matrimonio in Italia tra dimensione religiosa e secolarizzazione", *Jus civile* (Rev. on-line), 2015, 1, p. 1 ss., espec. p. 3.

28 Sesta, M.: "La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare", *Famiglia e diritto*, 2016, nùm. 10, p. 881 ss.; Ferrando, G.: "Le unioni civili: la situazione in Italia", en *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1771 ss.; Quadri, E.: "«Unioni civili fra persone dello stesso sesso» e «convivenze»: il non facile ruolo che la legge affida all'interprete", *Corriere giuridico*, 2016, p. 893 ss.

29 Rimini, C.: "Il nuovo divorzio", en *Trattato di diritto civile e commerciale* (dirigido por A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni y continuo por P. Schlesinger), *La crisi della famiglia*, II, Giuffré, Milano, 2015, p. 15 ss.; Sesta, M.: "La famiglia fra", cit., p. 567 ss., espec. p. 574 ss.

30 Sesta, M.: "La famiglia fra", cit., p. 567 ss., espec. p. 574 ss.; Fumagalli Carulli, O.: "Il matrimonio in Italia tra dimensione religiosa e secolarizzazione", cit., espec. p. 3.

31 Ballarani, G.: "La legge sulle", cit., p. 642 ss.

contrato y que estaban representados precisamente por la especificidad del remedio de la separación como garantía de la protección primaria de los intereses personales y familiares - por tanto, no patrimoniales.

El fuerte empuje hacia la patrimonialización de los afectos encuentra una nueva demostración en la apertura para admitir reclamos de indemnización por daños por incumplimiento de deberes maritales (ilícito intrafamiliar); apertura resultante de considerar insuficientes los remedios tradicionales y específicos del derecho matrimonial[32] (separación y divorcio).

Bajo un perfil diferente, la lógica subyacente de querer negar la necesidad de la suspensión provisional de los derechos y deberes del matrimonio que se produce con la separación y la renuncia a la intervención pública en la fase patológica de la relación conyugal, parecen encontrar razón en una visión, derivada del paso del sujeto de derecho (en abstracto) a la persona (en concreto)[33], orientada a sustituir la dignidad por la autodeterminación: la primera, la dignidad, entendida como el principio cardinal del orden constitucional y también declinada en cuanto a la protección del individuo frente a sí mismo y en comparación con los demás, quiere el derecho llamado a cumplir su propia función ordenando las relaciones entre las personas (marcando en un sentido fuerte el límite entre lo que puede permitirse y lo que debe prohibirse: es decir, entre lo lícito y lo ilícito); la segunda, la autodeterminación, entendida como un absoluto respecto al cual la ley debe respetarlo o sustentarlo, parecería querer un orden basado en la elección individual[34].

En esta perspectiva, incluso en el matrimonio adquiere una importancia primordial la realización plena e incondicional de la libertad personal de cada cónyuge, de modo que la familia conyugal parece tener sentido siempre que responda a los intereses del cónyuge individual. Así se admite el vínculo conyugal siempre que responda a la idea uni-subjetiva de la autorrealización, de modo que, una vez superado este límite, cuando el matrimonio representa un obstáculo a la libertad personal individual, surge la necesidad de otorgar a cada uno cónyuge la realización de su derecho incuestionable a liberarse del vínculo, resolviendo la relación y terminando rápidamente su efecto[35].

32 Patti, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 1984, passim; ex pluribus, Cass. 26 de mayo 1995 n. 5866; Cass. 7 de giunjo 2000 n. 7713; Cass. 10 de mayo 2005 n. 9801.

33 Oppo, G.: "Diritto positivo, diritto "sociale" e diritto naturale", en *Oltre il "positivismo giuridico" in onore di Angelo Falzea* (coord. por P. Sirena), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, 83 ss.

34 Ex multis, Cass. 14 de enero 1998, n. 208, *Quadrimestre*, 1988, p. 433 ss.; C. Cost. 9 de abril 2014 n. 162, *Europa e diritto privato*, 2014, p. 1105 ss.; Rodotà, S.: *Dal soggetto alla persona*, Jovene, Napoli, 2007, espec. p. 49.

35 Ballarani, G.: *Il matrimonio concordatario*, cit., p. 93 ss.

Por tanto, es fácil reflexionar sobre cómo estos nuevos remedios se utilizan hoy en día como instrumentos de incondicionable accionabledad y de incuestionable aplicabilidad, no por razones objetivas de intolerable continuación de la convivencia, sino por razones subjetivas que pueden invocarse en en todo momento, como si fueran parte integrante del matrimonio o, en otras palabras, un medio de retirada unilateral *ad nutum* del vínculo[36].

VII. LA POSICIÓN INTERMEDIA DE LAS UNIONES CIVILES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.

Si solo a partir de estas reflexiones iniciales se advierte con claridad la lenta, pero inexorable, deriva neo-patrimonial que está conduciendo a una contractualización de las relaciones afectivas[37], es en el contexto normativo de las uniones civiles entre personas del mismo sexo y las convivencias donde la tesis lo que se argumenta tiene aún más fundamento.

En cuanto a las uniones civiles, el legislador de 2016 propuso un modelo intermedio (pseudo-público o para-privado, según la perspectiva desde la que se quiera investigar), aunque sea híbrido, de "cuasi-matrimonio" que aparece claramente contradictorio en cómo discriminatorio, como se viene afirmando desde hace algún tiempo en el contexto alemán al que se ha hecho referencia[38] (Italia, de hecho, se basó en el modelo alemán de *Lebenpartnerschaftsgesetz*, luego derogado tras la enmienda del § 1353 BGB que ahora extiende el matrimonio a cualquier persona independientemente del sexo[39]).

36 Giacobbe, G.: *La famiglia dal codice civile alla legge di riforma*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 242 ss.

37 Todo esto, sin embargo, en un contexto en el que tanto se ha hecho en el signo opuesto de la llamada "despatrimonialización" del derecho civil: Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*[3], Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, vol. II, p. 717 ss.

38 En cuanto a las uniones civiles entre personas del mismo sexo, el legislador de 2016 ha optado, de hecho, por el establecimiento de un modelo jurídico propio, en cumplimiento de la denominada "Double track" siguió con el *Lebenspartnerschaftsgesetz* (LPartG) en Alemania en 2001: Busnelli, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, 2002., p. 524 ss.; Patti, S., "Le unioni civili in Germania", *Famiglia e diritto*, 2015, p. 958 ss., espec. p. 959; Ballarani, G.: "La legge sulle", cit., p. 624 ss. La ley en cuestión también fue modificada en 2005 por *Gesetz zur* Überarbeitung *des Lebenspartnerschaftsrechts* (LPartRÜG, de 15 de diciembre de 2004, en BGBl, 2004, I, p. 3396, entró en vigor el 1 de enero de 2005), con la que quería resolver la mayor parte de los perfiles de distinción de las uniones del mismo sexo con respecto al matrimonio, contemplando el primer compromiso, la adopción del hijo del cónyuge, el régimen legal de comunión de aumentos, las obligaciones de cotizaciones entre los cónyuges, divorcios, derechos de herencia. A esto se agregó una sentencia del Tribunal Constitucional (BVerfG, 7 de julio de 2009, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2010, p. 1439 ss.), sobre la pensión de supérstite.

39 El debate en el Parlamento alemán sobre la transición en Alemania de *Lebenspartnershaftsgesetz* al verdadero matrimonio entre personas del mismo sexo se resolvió, de hecho, en primer lugar con el resultado favorable de la votación del 1 de julio de 2017 sobre el proyecto de ley que modifica el BGB destinado a establecer que "el matrimonio es estipulado de por vida entre dos personas de diferente sexo o del mismo sexo" y luego con la aprobación final de la *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts* el 20 de julio del mismo año (*Bundesgesetzblatt Jahrgang*, 28 de julio de 2017, pt. I, n. ° 52, p. 2787 ss.), que entró en vigor el 1 de octubre de 2017, con la que se modificó el artículo 1353 BGB que, de hecho, ahora dispone que *Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen*.

Afirmar la disponibilidad del sistema legal para admitir la convivencia homosexual como un modelo (implícitamente) familiar[40] mediante la creación de un sistema paraconyugal, aparece, de hecho, a los ojos del jurista "secular"[41], claramente discriminatorio *in radice*, una vez asumido apodícticamente como homogéneas las relaciones hasta el punto de regular la nueva sobre el modelo tradicional[42].

VIII. LA PERMEABILIDAD BIDIRECCIONAL ENTRE MATRIMONIO Y UNIONES CIVILES.

Desde una perspectiva *de iure condendo*, la afirmación de las uniones civiles como modelo paramarital[43], por constituir el *status* de "unido civil"[44] superponible a el conyugal, podría, además, no agotar su efecto exclusivamente en las uniones civiles, proyectándola a la reticencia - por la superposición con el matrimonio - sobre las uniones conyugales.

En este contexto, no es difícil prever la posible progresiva permeabilidad entre matrimonio y uniones civiles: para estas últimas la disciplina se ha tomado prestada de la del matrimonio, manteniendo diferencias más formales que sustanciales; entonces, es fácil proporcionar *de jure condendo* la extensión a los cónyuges de las reglas más ligeras, flexibles y privatistas que rigen las uniones civiles, pudiendo apalancar la asimilabilidad asumida entre los *status*, a través de la vía argumentativa e invocando el principio de no discriminación, que de razonabilidad y de proporcionalidad[45], que dominan las orientaciones actuales de la jurisprudencia de Corte de Casación y del Tribunal Constitucional italiano.

40 Alpa, G.: "La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico", *Nuova giurisprudenza civile commmentata*, 2016, II, p. 1719 ss.; Spadafora, A.: "Lo status coniugale", cit., p. 1092 ss.

41 Ballarani, G.: *Il matrimonio concordatario*, cit., passim.

42 Ballarani, G.: *Il matrimonio concordatario*, cit., p. 98 ss.

43 Perlingieri, P. "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", en *Rapporti personali nella famiglia* (coord. por P. Perlingieri), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982, p. 44 ss.; Id., "La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima", en Aa. Vv., *Una legislazione per la famiglia di fatto?* (coord. por A. Marini), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, p. 136 ss.; Lipari, N.: "Rapporti coniugali di fatto e rapporti di convivenza (Note a margine di un iter legislativo)", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, p. 1028 ss.; Gazzoni, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Giuffré, Milano, 1983, p. 143 ss.; Spadafora, A.: *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Giuffré, Milano, 2001, p. 19.

44 Rossi Carleo, L.: "Status e contratto nel mosaico della famiglia", *Diritto della famiglia e delle persone*, 2016, II, p. 221 ss.; Sesta, M.: "La famiglia fra", cit., p. 567 ss.; Bianca, M.: "Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto", *Giudicedonna* (Rev. on-line), 2016, 2, p. 1 ss.; Ballarani, G.: "La legge sulle", cit., p. 625 ss.; Lenti, L.: *Status*, en *Digesto, Discipline privatistiche*, *Sezione civile*, XIX, U.T.E.T., Torino, 2000, p. 29 ss., espec. p. 33.

45 Perlingieri, P.: "Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, p. 164 ss., espec. p. 174 ss.; Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, passim; del Prato, E.: "Ragionevolezza e bilanciamento", *Rivista di diritto civile*, 2010, I, p. 23 ss.

IX. LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS RELACIONES AFECTIVAS.

Junto a este último perfil, en lo que respecta a la reflexión aquí propuesta, es necesario considerar que las uniones civiles, aunque se sitúen en una clave intermedia entre la rigidez de la norma matrimonial "pública" y la flexibilidad del derecho privado de la convivencia, parecen responder más a las reglas de la autonomía privada.

Esto surge claramente cuando se considera la admisión a uniones civiles de adultos únicamente[46]; la reducción de los deberes de carácter personal[47] (deber de convivencia y solidaridad moral) cuya violación no tiene consecuencias, dada la no aplicabilidad de la separación a las uniones civiles[48]; el rechazo de la disciplina de la promesa de matrimonio[49]; así como, por último, la falta de referencia de el Art. 108 del Código Civil italiano sobre la no aplicabilidad de los términos y condiciones.

Y es evidente que todo ello lleva al menos a reflexionar sobre la posible mayor trazabilidad de la unión civil en el ámbito del contrato.

X. EL PUNTO DE RUPTURA: EL CONTRATO DE CONVIVENCIA.

Si ya el camino de la privatización a la patrimonialización del derecho de familia hasta las uniones civiles es suficiente para inducir una reflexión dudosa sobre la trazabilidad actual del negocio constitutivo de las relaciones afectivas a los actos jurídicos "familiares", mirando la disciplina de la convivencia todo el reflejo encuentra consuelo.

Ley no. 76 de 2016, en lo que respecta a la convivencia, de hecho, además de haber extendido los principales derechos que eran prerrogativa exclusiva de los cónyuges a los convivientes[50], afirmó definitivamente la suficiencia de la autonomía privada para la regulación de la dinámica afectiva entre adultos.

46 La emancipación del joven de dieciséis años para contraer matrimonio tiene, de hecho, un impacto exclusivo en los efectos personales del matrimonio, por lo que admitir en la unión sólo adultos significa admitir el carácter eminentemente patrimonial de la relación: Ballarani, G.: "La legge sulle", cit., p. 641 ss.

47 Me refiero a la exclusión del ámbito de la fidelidad de los derechos y deberes entre los unidos civiles: Ballarani, G.: ibidem.

48 Ancora ex multis, Ballarani, G.: ibidem.

49 Garlatti, C.: "Commento all'art. 1, comma 28", en *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017* (coord. por C.M. Bianca), Giappichelli, Torino, 2017, p. 432 ss.

50 Sistema penitenciario (artículo 1, párrafo 38, ley n. 76 de 2016), enfermedad, hospitalización, opciones terapéuticas, donación de órganos (párrafos 39, 40 y 41), sucesión en el contrato de arrendamiento (párrafo 44), preferencia en el clasificaciones para la asignación de vivienda social (párrafo 45), empresa familiar (párrafo 46), nombramiento del tutor, curador o administrador de apoyo (párrafo 48) y compensación

La tipificación del contrato de convivencia es, por tanto, el elemento que más representa la ruptura de la construcción armoniosa original de la familia en el código civil, dejando en el vacío cualquier reflexión previa sobre la convivencia more uxorio realizada en la doctrina[51]. Cualquier persona adulta tiene, hoy, de hecho, la posibilidad de "gobernar" toda dinámica de una relación afectiva a través de la autonomía privada, desde la génesis del acto (contrato típico de convivencia), hasta la fase fisiológica de la relación, hasta las dinámicas relativas a la patología de esta.

Más allá de cualquier reflexión crítica sobre la idoneidad de la opción legislativa[52], teniendo que tomar nota de las endémicas consecuencias que esta derrama sobre el sistema de derecho de familia, en última instancia se trata de una cuestión de sistema que merece ocupar un lugar prioritario: asumida la suficiencia de la autonomía privada desde el establecimiento hasta la extinción de las relaciones emocionales entre adultos; otorgados a los convivientes los principales derechos propios de la relación conyugal; reducida la relevancia jurídica de los perfiles personales de la relación; asumida como autónoma la disciplina de la filiación; sobre la base de todo esto, ¿tiene todavía sentido la certificación pública de la constitución de las uniones afectivas maritales y civiles?

Una vez concedido a los convivientes el acceso a los efectos residuales originalmente vinculados únicamente al matrimonio; reformada la sucesión mortis causa[53] – último bastión de la rígida y coherente estructura codicista original – con una más amplia disponibilidad testamentaria; una vez equiparado el asunto fiscal (que hoy sin embargo afecta dramáticamente la determinación respecto al matrimonio y la separación personal); todo esto considerado, la debida consecuencia debe ser el reconocimiento de la innecesaria intervención del Estado en la formalización de las mismas relaciones afectivas, con la consiguiente renuncia definitiva a cualquier forma de celebración pública[54].

por daños por la pérdida de un miembro de la familia (párrafo 49), derecho de residencia del superviviente (apartados 42 y 43).

51 Ex multis, Gazzoni, F.: *Dal concubinato alla*, cit., *passim*; Marini, A.: *Una legislazione per*, cit., *passim*; Spadafora, A.: *Rapporto di convivenza*, cit., passim; Lipari, N.: "Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia", en *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia* (coord. por G. Frezza), Giuffré, Milano, 2005, p. 17 ss.

52 Ballarani, G.: *Il matrimonio concordatario*, cit., p. 1 ss.

53 Gazzoni, F.: "Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.)", *Giustizia civile*, 2006, II, p. 355 ss.

54 Celebración (con mayúscula) que ciertamente podría tener lugar con un rito religioso con la esperanza de recuperar el matrimonio a su propia santidad (Ballarani, G.: *Il matrimonio concordatario*, cit., p. 138 ss.) y, por tanto, respecto a la libertad religiosa; celebración (en minúscula) que podía seguir "ritos" seculares, según las formas más imaginativas (completamente irrelevantes jurídicamente), con la consiguiente libre adhesión en el plano civil a la regulación privada de la relación.

XI. LA AFIRMADA SUFICIENCIA DE LA AUTONOMÍA PRIVADA.

Ya en el primer ensayo sobre la ley núm. 76 de 2016 pude afirmar con respecto a la contractualización de las relaciones entre convivientes cómo todo aspecto de éste, podría, puede y será objeto de una mejor libre determinación contractual[55] en cumplimiento de la norma de autonomía privada referida al Art. 1322 del Código Civil, pudiendo las partes (ya) acceder a cualquier tipo de negociación anclada, a nivel causal, por razones de solidaridad o liberalidad[56].

Pero, con la tipificación del contrato de convivencia, ya no se puede a dudar de la idoneidad de la relación emocional estable para actuar como sustrato sobre el que se injertan razones de solidaridad en el contrato de convivencia que justifican, a nivel causal concreto, determinaciones patrimoniales (y también existenciales) entre convivientes. Y esto está en consonancia con el Art. 1174 del Código Civil italiano que reconoce la relevancia de los intereses no financieros en el contexto de las relaciones obligatorias, especialmente cuando, como en este caso, estos intereses son imputables al principio de solidaridad del Art. 2 de la Constitución. Esto permite considerar estos derechos como disponibles, con el único límite de los de una matriz exclusivamente personal (fidelidad, asistencia moral y convivencia, sin embargo, no coercibles, pero resarcibles en caso de lesionarse) [57].

XII. LA SÍNTESIS.

El fundamento último de estas breves reflexiones bien puede estar anclado en una pluralidad de razones: la idoneidad del contrato de convivencia para hacer que las partes asuman la mayoría de los derechos y deberes que se derivan del matrimonio, así como las principales prerrogativas originalmente vinculadas a la condición de cónyuge; la voluntad de las partes de establecer el régimen de comunidad de propiedad o de recurrir a acuerdos patrimonial; las reglas de derecho predominantemente patrimonial establecidas para el gobierno de las relaciones afectivas; la reducción del valor de los perfiles personales; la renuncia a la preservación del interés público en la fase suspensiva y extinción de las relaciones (hasta la eliminación de la separación del modelo de unión civil); la apertura a una indemnización por la violación de los deberes de la pareja sobre la base de la insuficiencia afirmada del plan remedial típico del matrimonio.

55 Ballarani, G.: "La legge sulle", cit., p. 649 ss.; Barba, V.; "Unione civile e impugnazione per errore sulle qualità personali", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, p. 315 ss.

56 Delle Monache, S.: "Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)", *Rivista di diritto civile*, 2015, p. 946 ss., espec. p. 948.

57 Nicolussi, A.: "Obblighi familiari di protezione e responsabilità", *Europa e diritto privato*, 2008, p. 929 y 936; Spadafora, A.: *Rapporto di convivenza*, cit., p. 89; Gazzoni, F.: *Dal concubinato alla*, cit., p. 164.

A la luz de estas consideraciones brevemente recordadas, no parece difícil ni arriesgado prever que, con la remodelación de los últimos puntos aún anclados a la estructura original del matrimonio y ahora extendidos a las uniones civiles, no se podría poner más obstáculo a la definitiva privatización de las relaciones afectivas (sin querer considerar, en Italia, el capítulo del matrimonio canónico con efectos civiles[58]).

XIII. LA PROPUESTA DE UN MODELO UNITARIO.

Todo ello permite proyectar la hipótesis hacia un posible marco preliminar y sumario (sujeto a análisis en profundidad), de un modelo unitario de "contrato de convivencia afectiva y gobierno familiar". En esta dirección, se puede recurrir al marco regulatorio vigente (siempre dentro de los límites de compatibilidad para la especificidad de la relación en cuestión), pero también más allá del límite regulatorio actualmente fijado para los contratos de convivencia.

El modelo unitario de "contrato de convivencia afectiva y gobierno familiar" debe enmarcarse como un típico acto jurídico, de carácter promiscuo (patrimonial y personal), no asociativo (por la convergencia innecesaria de intereses, más allá de la intención constitutiva), por causa de solidaridad y con una forma solemne, cuyo objeto – más allá de los afectos y deberes personales (no contractuales) – podría reconocerse, tanto en el gobierno familiar, como en las determinaciones con vistas a la disolución de la relación.

El primer ámbito, el del gobierno familiar, incluiría el establecimiento de la residencia familiar y la determinación del domicilio de la vida familiar, la elección del régimen de propiedad (cuyas reglas seguirían siendo las establecidas actualmente), así como la elección del apellido familiar (como para las uniones civiles) y para ser transmitido a la descendencia.

El segundo ámbito incluiría los acuerdos para la disolución y terminación de la relación (salvo lo relativo a la custodia de los hijos), pudiendo prever la hipótesis de una cláusula suspensiva de la relación (como separación), sin perjuicio de la aplicabilidad de la ley de divorcios dentro de los límites de compatibilidad y necesidad de remodelación.

En este sentido, por el puro carácter contractual del acto, una reflexión aparte que sólo se puede proponer aquí, se referiría a la admisibilidad de la cláusula penal, mientras que no se puede dudar de la admisibilidad del desistimiento unilateral (como estaba previsto para la convivencia), sin perjuicio de la cuestionabilidad de la predeterminación del precio del desistimiento en sí. Asimismo, no debe haber

58 Ballarani, G.: *Il matrimonio concordatario*, cit., passim.

impedimentos para la estipulación de acuerdos preliminares puros, mucho más allá de los límites que actualmente marca la jurisprudencia de la Corte de Casación[59], aunque ya se argumente en materia de uniones civiles[60]. Por lo demás, la disciplina podría tomarse prestada – como lo es hoy para los contratos de convivencia y uniones civiles – de la del matrimonio, en lo que respecta a parte de los requisitos subjetivos, así como a las reglas de nulidad, vicios de consentimiento y simulación.

XIV. EL MÉRITO DE LA HIPÓTESIS: MÁS ALLÁ DE LAS RELACIONES DE PAREJA.

Esta hipótesis también podría servir para resolver el problema de la gestión de realidades ya presentes en el contexto social, hoy no gobernables de otra manera, pero que no se pueden ignorar (y la primera referencia es a familias polígamas[61] residentes permanentes, o de manera más general y más "secular", las relaciones llamadas "poliamorosas"), en virtud de la legalidad de la causa solidaria en el fondo del contrato de convivencia[62] y en razón de la idoneidad implícita del instrumento para regular las relaciones patrimoniales incluso entre varias partes. Además, si por un lado estas realidades no pueden ser ignoradas, por otro lado, se puede apalancar en el plano jurídico, la libertad religiosa con fines no discriminatorios, invocando las nuevas fronteras del orden público internacional[63].

XV. EL DIFERENTE PERFIL REMEDIAL.

A partir de las premisas relativas al tránsito de la privatización a la contractualización de las relaciones emocionales, queriendo dar seguimiento a la hipótesis, surge una pregunta: una vez superada la especificidad de los recursos tradicionales y afirmada su insuficiencia con la apertura a la indemnización por daños desde el ilícito intrafamiliar por la infracción de deberes conyugales y paramaritales, ¿qué razón objetiva todavía induce a anclar la disciplina al esquema de la responsabilidad civil extracontractual?

Si no queremos expresarse abiertamente en términos de responsabilidad contractual, lo que ya hoy se puede argumentar con respecto al matrimonio[64]

59 Ex multis, Cass. 21 diciembre 2012 n. 23713, en *Famiglia e diritto*, 2013, p. 843 ss.

60 Ballarani, G.: "La legge sulle", cit., p. 623 ss.

61 Perlingieri, P.: "Libertà religiosa, principio", cit., p. 164 ss.

62 Ex multis, Ballarani, G.: Ob. ult. cit., p. 647; Delle Monache, S.: "Convivenza more uxorio", cit., p. 946 s.; Spadafora, A.: "Rapporto di convivenza", cit., p. 111 ss.

63 Cass. 30 de septiembre de 2016, n. 19599, según el cual esto "no puede identificarse exclusivamente sobre la base del orden jurídico interno, sino que debe entenderse como un conjunto de principios que pueden obtenerse de la Constitución y los Tratados Internacionales a los que Italia se ha adherido y que, de conformidad con el art. 117 de la Constitución, el mismo rango en el sistema de fuentes de la Constitución".

64 Morace Pinelli, A.: "La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali", *Rivista di diritto civile*, 2014, I, p. 1220 ss., espec. p. 1226 ss.

y las uniones civiles[65] (más allá de los contratos de convivencia) es el enmarcar las relaciones de pareja en términos de "contacto social calificados" (a nivel da la solidaridad), de modo que cualquier reclamo de indemnización y restitución entre las partes bien pudiera seguir los paradigmas de la responsabilidad contractual que se refiere el Art. 1218 del Código Civil, estando en una hipótesis de un límite entre contrato y daño injusto extracontractual[66].

Además, si abandonamos los remedios clásicos destinados a dar respuestas concretas a la especificidad de los deberes personales y si aceptamos la forma contractual para regular las relaciones afectivas, la vulneración de un perfil patrimonial, así como la lesión de deber personal, que ya justifica las reclamaciones de indemnización precisamente por un ilícito intrafamiliar, bien pueden entenderse como un incumplimiento de la obligación contractual según los parámetros del Art. 1218 del Código Civil italiano.

XVI. EPÍLOGO.

En conclusión, ahora está claro que la lógica del Código Civil italiano pre-constitucional y pre-europeo en materia de familia ya no parece responder a una realidad de dinámica afectiva tan distante de la que determinaba sus reglas originales. La estructura original no parece adecuada para soportar el peso de los nuevos institutos y la reorganización de los originales. Y esto pone en evidencia la imperiosa necesidad de revisar todo el sector del derecho de las relaciones afectivas entre adultos, redefiniendo sus estructuras, evaluando su estabilidad estable o la necesaria superación definitiva.

En esta perspectiva, parece oportuno tomar la debida conciencia de la situación, contribuyendo a la refundación de los paradigmas constitutivos, estables y coherentes, de una nueva estructura regulatoria, teniendo en cuenta cómo la necesidad de recodificar la materia conlleva la necesidad relacionada de garantizar la recuperación de la autonomía del matrimonio religioso a su esencia primera y fundacional, como único acto de consagración de la unión afectiva según la fe de pertenencia de las partes[67].

65 Ballarani, G.: *Il matrimonio concordatario*, cit., p. 98 ss.

66 Castronovo, C.: "L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto", en *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffré, Milano, 1995, p. 147 ss.

67 Ballarani, G.: *Il matrimonio concordatario*, cit., p. 123 ss. y 145 s.

BIBLIOGRAFIA

Albini, M.: "La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e la tutela della famiglia: gli artt. 8 e 12 della Convenzione. L'attuazione dei princípi dell'Ordinamento interno", en Aa. Vv., *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU*, complemento al *Giurisprudenza di merito*, 2008, vol. XL, núm. 12, p. 54 ss.

Arroba Conde, M.J.- Riondino, M.: *Introduzione al diritto canonico*, Le Monnier, Firenze, 2015, p. 119

Ballarani, G.: "La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, núm. 3, p. 623 ss.

Ballarani, G.: "La mediazione familiare alla luce dei valori della costituzione italiana e delle norme del diritto europeo", *Giustizia civile*, 2012, II, núm. 10, p. 495 ss.

Ballarani, G.: *Il matrimonio concordatario nella metamorfosi della famiglia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018

Barba, V.; "Unione civile e impugnazione per errore sulle qualità personali", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, p. 315 ss.

Barbero, D.: *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*[3], I, U.T.E.T., Torino, 1950, p. 528 ss.

Bianca, C.M. (coord. por): *Le unioni civili e la convivenza. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, U.T.E.T., Torino, 2017, p. 432 ss.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 2.1, Giuffré, Milano, 2014, p. 33 ss.

Bianca, C.M.: *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977

Bianca, M.: "Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto", *Giudicedonna* (Rev. on-line), 2016, 2, p. 1 ss.

Bruno, P.: "Oliari contro Italia: La dottrina degli «obblighi positivi impliciti» al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso", *Famiglia e diritto*, 2015, núm. 12, p. 1069 ss.

Busnelli, F.D.- Vitucci, M.C.: "Frantumi europei del diritto di famiglia", *Rivista di diritto civile*, 2013, núm. 4, p. 767 ss.

Busnelli, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, 2002., p. 524 ss.

Castronovo, C.: "L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto", en *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni,* I, Giuffré, Milano, 1995, p. 147 ss.

Cicu, A.: "Il diritto di famiglia nello Stato fascista", *Jus*, 1940, p. 371 ss.

Cicu, A.: "Principi generali del diritto di famiglia", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1955, p. 1 ss.

de Ruggiero, R.: *Istituzioni di diritto civile*[4], II, Casa Editrice Giuseppe Principato, Messina-Milano, 1926, p. 472

del Prato, E.: "Ragionevolezza e bilanciamento", *Rivista di diritto civile*, 2010, I, p. 23 ss.

Delle Monache, S.: "Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)", *Rivista di diritto civile*, 2015, p. 946 ss.

Falzea, A.: "Conclusioni", en Berlingò, S.- Bordolnali, S.- Catalano, G.- De Luca, L.- Falzea, A.- Finocchiaro, F.- Rescigno, P.: *Il matrimonio concordatario oggi* (Extracto del volumen coor. por S. Bordolnali – A. Palazzo, *Concordato e legge matrimoniale*), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1990, p. 131 ss.

Falzea, A.: "Fatto di sentimento", en *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, VI, Jovene, Napoli, 1972, p. 315 ss.

Falzea, A.: *Ricerche di teoria generala del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. II, *Dogmatica giuridica*, Giuffré, Milano, 1997, p. 435 ss.

Ferrando, G.: "Le unioni civili: la situazione in Italia", en *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1771 ss.

Ferrando, G.: "Matrimonio e famiglia", en *Trattato di diritto di famiglia* (dirigido por P. Zatti), I, *Famiglia e matrimonio* (coord. por G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello), vol. I, Giuffré, Milano, 2002, p. 123 ss.

Fumagalli Carulli, O.: "Il matrimonio in Italia tra dimensione religiosa e secolarizzazione", *Jus civile* (Rev. on-line), 2015, 1, p. 1 ss.

GARLATTI, C.: "Commento all'art. 1, comma 28", en *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017* (coord. por C.M. BIANCA), Giappichelli, Torino, 2017, p. 432 ss.

GAZZONI, F.: "Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.)", *Giustizia civile*, 2006, II, p. 355 ss.

GAZZONI, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Giuffré, Milano, 1983, p. 143 ss.

GIACOBBE, G. "La famiglia dal codice civile alla legge di riforma", en GIACOBBE, G.: *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*[2], Giappichelli, Torino, 2011, p. 11

GIACOBBE, G.: "Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano", en *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa* (coord. por V. SCALISI), Giuffré, Milano, 2007, p. 479 ss.

GIACOBBE, G.: *La famiglia dal codice civile alla legge di riforma*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 242 ss.

JEMOLO, A.C.: "La famiglia e il diritto", *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, III (1948-1949), Jovene, Napoli, 1949, p. 38

LENTI, L.: *Status*, en *Digesto, Discipline privatistiche*, *Sezione civile*, XIX, U.T.E.T., Torino, 2000, p. 29 ss.

LIPARI, N.: "Rapporti coniugali di fatto e rapporti di convivenza (Note a margine di un iter legislativo)", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, p. 1028 ss.

LIPARI, N.: "Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia", en *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia* (coord. por G. FREZZA), Giuffré, Milano, 2005, p. 17 ss.

MORACE PINELLI, A.: "La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali", *Rivista di diritto civile*, 2014, I, p. 1220 ss.

NICOLUSSI, A.: "Obblighi familiari di protezione e responsabilità", *Europa e diritto privato*, 2008, p. 929 ss.

NICOLUSSI. A.: "Che cos'è il matrimonio", Recensione a GIRGIS, S.- ANDERSON, R.T.- GEORGE, R.P.: *Che cos'è il matrimonio*, Vita e pensiero, Milano, 2015, en *Europa e diritto privato*, 2015, núm. 4, p. 977 ss.

Oppo, G.: "Diritto positivo, diritto "sociale" e diritto naturale", en *Oltre il "positivismo giuridico" in onore di Angelo Falzea* (coord. por P. Sirena), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, 83 ss.

Patti, S., "Le unioni civili in Germania", *Famiglia e diritto*, 2015, p. 958 ss.

Patti, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 1984

Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015

Perlingieri, P. "I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare", en *Rapporti personali nella famiglia* (coord. por P. Perlingieri), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982, p. 44 ss. Perlingieri, P. "La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima", en Aa. Vv., *Una legislazione per la famiglia di fatto?* (coord. por A. Marini), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, p. 136 ss.

Perlingieri, P.: "Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, p. 164 ss.

Perlingieri, P.: "Sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi", en *Rapporti personali nella famiglia* (coord. por P. Perlingieri), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982, p. 13 ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*[3], Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, vol. II, p. 717 ss.

Quadri, E.: "«Unioni civili fra persone dello stesso sesso» e «convivenze»: il non facile ruolo che la legge affida all'interprete", *Corriere giuridico*, 2016, p. 893 ss.

Rimini, C.: "Il nuovo divorzio", en *Trattato di diritto civile e commerciale* (dirigido por A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni y continuo por P. Schlesinger), *La crisi della famiglia*, II, Giuffré, Milano, 2015, p. 15 ss.

Rodotà, S.: *Dal soggetto alla persona*, Jovene, Napoli, 2007.

Rossi Carleo, L.: "Status e contratto nel mosaico della famiglia", *Diritto della famiglia e delle persone*, 2016, II, p. 221 ss.

Sesta, M.: "La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare", *Famiglia e diritto*, 2016, nùm. 10, p. 881 ss.

SESTA, M.: "La famiglia fra funzione sociale e tutele individuali", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, núm. 2, p. 567 ss.

SPADAFORA, A.: "Lo status coniugale e gli status paraconiugali tra legge e autonomia privata", *Diritto della famiglia e delle persone*, 2017, núm. 12, p. 1092 ss.

SPADAFORA, A.: *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Giuffré, Milano, 2001, p. 19.

TRABUCCHI, A.: "Pas par cette voie s'il vous plait!", *Rivista di diritto civile*, 1981, I, núm. 27, p. 329 ss.

APELLIDO FAMILIAR, APELLIDO DE LOS HIJOS E IGUALDAD DE GÉNERO EN EL DERECHO ITALIANO. HACIA LA SUPERACIÓN DEL MODELO FAMILIAR PATRIARCAL

FAMILY SURNAME, CHILDREN'S SURNAME AND GENDER EQUALITY IN ITALIAN LAW. TOWARDS OVERCOMING THE PATRIARCHAL MODEL

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 886-919

Vincenzo
BARBA

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: El artículo revisa, con una posición crítica, la regulación del apellido de los hijos y del apellido de la esposa, aclarando que la legislación italiana sigue siendo fuertemente patriarcal, machista y muy lejos de alcanzar el principio de igualdad jurídica y moral de los componentes de la pareja. La regulación del apellido de los hijos y de la esposa es una importante oportunidad para llevar a cabo ese cambio capaz de hacer que el derecho vigente sea acorde con la legalidad constitucional y, sobre todo, convencional. El apellido de los hijos no puede resolverse atendiendo exclusivamente a la posición de los padres y a su igualdad sustancial, sino considerando su relevancia en el desarrollo de su personalidad, como elemento significativo de su identidad.

PALABRAS CLAVE: Apellido; filiación; hijo; esposa; cónyuges; familia; igualdad de género; derecho a la identidad personal; principio de igualdad; principio de no discriminación.

ABSTRACT: *The article takes a critical look at the rules governing children's surnames and wives' surnames, making it clear that Italian legislation is still strongly patriarchal, chauvinist and very far from achieving the principle of legal and moral equality of the couple's members. The regulation of children's and wife's surnames is an important opportunity to bring about a change that will make the law in force consistent with constitutional and, above all, conventional legality. The children's surname cannot be resolved by having exclusive regard to the position of the parents and their substantial equality, but by considering its relevance in the development of their personality, as a significant element of their identity.*

KEY WORDS: *Surname; filiation; child; wife; spouses; family; gender equality; right to personal identity; principle of equality; principle of non-discrimination.*

SUMARIO.- I. EL MACHISMO DEL DERECHO ITALIANO, LOS MODELOS DE FAMILIA Y LA DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO.- II. LA regulacion DEL appellido de los Hijos: EJEMPLO DEL MACHISMO DEL DERECHO ITALIANO.- 1. Evolución desde el Código Civil de 1942 hasta hoy.- 2 Un resumen de la normativa vigente.- III. PROBLEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EXPERIENCIA EUROPEA.- 1. Normas aplicables y conflictos entre ordenamientos jurídicos.- 2. Las decisiones de los tribunales europeos.– IV. EL PAPEL FUNDAMENTAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO EN MATERIA DE APELLIDOS. HACIA LA IGUALDAD DE GÉNERO.- 1. Las primeras decisiones del Tribunal Constitucional italiano.- 2. La sentencia del Tribunal Constitucional de 2016 y la posibilidad de que los padres den a su hijo el apellido materno.- 3. La sentencia del Tribunal Constitucional de 2021. Hacia la superación definitiva de la desigualdad de género y la afirmación de la identidad del hijo.- V. UNA PROPUESTA PARA LA REALIZACIÓN DE LA IGUALDAD DE GÉNERO Y EL RESPETO A LA IDENTIDAD DEL HIJO. ESPERANDO LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL COSTITUZIONAL.- 1. El apellido de los hijos.- 2. El apellido de la esposa.

I. EL MACHISMO DEL DERECHO ITALIANO, LOS MODELOS DE FAMILIA Y LA DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO.

El derecho de familia italiano, a pesar de los numerosos cambios que lo han afectado en los últimos años y que han permitido el importante logro del estatuto único de hijo[1], está todavía muy lejos de poder considerarse inclusivo y plural[2].

1 Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 1 ss.; Chiappetta, G.: "I nuovi orizzonti del diritto allo stato unico di figlio", en AA. VV.: *Lo stato unico di figlio* (cood. G. Chiappetta), Edizioni Scientifiche Italiana, Napoli, 2014, p. 11 ss.; Sesta, M.: "Stato unico di filiazione e diritto ereditario", *Rivista di diritto civile*, 2014, p. 1 ss.; Sesta, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Famiglia e diritto*, 2013 p. 231 ss.; Bianca, M.: "L'unicità dello stato di figlio", en AA. VV.: *La riforma della filiazione* (coord. C.M. Bianca), Cedam, Padova, 2015, p. 3 ss.

2 Un ejemplo nos lo ofrece el maestro cubano, Pérez Gallardo, L.: "Hacia un legitima asistencial: ni Escila ni Caribdis", en V. Barba & L. Pérez Gallardo: *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2021, p. 141, "Las dinámicas sociales han dado un impulso a las concepciones que desde el Derecho tradicionalmente se ha tenido de la familia, a partir de un enfoque de pluralismo que permite ensanchar su concepto tradicional, todavía anclado a la familia matrimonial y nuclear, o sea, el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo, porque en una sociedad plural no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial. Por ello, las familias, y no la familia, han de entenderse con la vocación de pluralidad que sus distintas construcciones ofrecen, cada una con sus particularidades, con su entramado de relaciones, con sujetos definidos que merecen visibilidad"; Pérez Gallardo, L.: "Las nuevas construcciones familiares en la sucesión ab intestado, en pos de superar trazos hematológicos", en L. Pérez Gallardo: *El derecho de sucesiones que viene*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2020, p. 215, "De un modelo androcéntrico, nuclear y matrimonial sobre el cual se erigió la sucesión ab intestato, hemos transi- tado hacia una pluralidad de modelos. Se ha roto el singular para pasar al plural de familias variadas, extendidas unas, nucleares otras, monoparentales, heteroafectivas, homoafectivas, matrimoniales, basadas otras en la convivencia afectiva, anaparentales, paralelas o putativas, ensambladas o reconstituidas e incluso ya se habla –y con fuerza– sobre todo desde el Derecho brasilero, de las familias poliafectivas". También es importante una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-577 de 2011): "La doctrina ha puesto de relieve que 'la idea de la hetero- geneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. ... El 'carácter maleable de la familia' se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia 'de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales', pues, en razón de la variedad, 'la familia puede

• Vincenzo Barba
Catedrático de Derecho Privado de la Universidad de Roma La Sapienza. Correo electrónico: vincenzo.barba@uniroma1.it

Las razones vienen de lejos y están ciertamente relacionadas con la idea de "familia" que está en la base de la experiencia cultural italiana y, por consiguiente, de su sistema jurídico.

Históricamente, la familia se ha caracterizado por una visión fuertemente institucionalista[3] y marcada por cuatro coordenadas clave: el matrimonio, la indisolubilidad, la heterosexualidad y la bilateralidad.

En este escenario podemos entender las dificultades para afirmar la importancia de la pareja de hecho[4], la resistencia a reconocer la familia homoafectiva, la firme negación del llamado matrimonio igualitario, la aversión a establecer un estatus único de hijo, la vigorosa reticencia a dar reconocimiento a la paternidad social.

Para entender de dónde venía el sistema jurídico italiano, basta con considerar que Francesco Carnelutti en 1962[5], cuando la constitución italiana ya estaba en vigor, para justificar el diferente tratamiento legal del adulterio (si era cometido por una mujer era un delito, si era cometido por un hombre, no), escribió estas repugnantes[6] palabras: «por mucho que las mujeres de hoy quieran ocultar (y me parece una locura) su diferencia con respecto a los hombres, no pueden negar que la *turbatio sanguinis* constituye un riesgo de adulterio por parte de la mujer y no de adulterio por parte del marido: el bastardo no es el *corpus unum* de ninguno de los cónyuges; y una familia en la que viven bastardos no está unida o, al menos, está menos unida de lo que podría y debería estar».

Carnelutti, al calificar de "bastardos" a los hijos nacidos fuera del matrimonio, atestigua de forma clara e inequívoca la supremacía de la familia legítima, como único modelo familiar digno y merecedor de protección jurídica, la condición inferior de los hijos nacidos fuera del matrimonio, pero, sobre todo, el fuerte machismo del derecho de familia italiano.

---

tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados', por lo que 'no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia".

3 Esta idea ha encontrado en Italia su más autorizado exponente en Cicu, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Athenaeum, Roma, 1914; Barassi, L.: *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Giuffré, Milano, 1940, p. 3 ss. Una primera apertura se debe a Santoro-Passarelli, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", en Santoro-Passarelli, F.: *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, p. 381 ss.

4 Hay que tener en cuenta que hasta 1975 la jurisprudencia italiana afirmaba que la convivencia sólo generaba un deber moral de compensación del hombre hacia la mujer por el perjuicio causado a ésta debido a una convivencia no respaldada por el matrimonio. Sólo en 1975 se afirmó que genera un deber moral de asistencia, asimilable a los deberes impuestos a los cónyuges por el artículo 143 del Código Civil italiano.

5 Carnelutti, F.: "Fedeltà coniugale e unità della famiglia", *Rivista di diritto civile*, 1962, I, p. 3.

6 Sobre la relación entre la lengua, el derecho y el reconocimiento, la regulación, la normalización y la exclusión, véase Swennen, F. & Croce, M.: "The Symbolic Power of Legal Kinship Terminology: An Analysis of 'Co-motherhood' and 'Duo-motherhood'" *Belgium and the Netherlands*, in *Socials & Legal Studies*, 2016, p. 181 ss.; Croce, M.: "Quod non est in actis non est in mundo: Legal words, unspeakability and the same-sex marriage issue", *Law & Critique*, 2015, p. 65 ss.

Como prueba de ello, basta considerar que una norma clave fue la contenida en el art. 144 c.c., que establecía que: "el marido es el cabeza de familia; la mujer sigue su estado civil, adopta su apellido y está obligada a acompañarle donde él considere oportuno para establecer su residencia".

Desde 1942 hasta hoy se han producido muchos cambios notables en el derecho de familia italiano. Teniendo en cuenta las principales normas de derecho interno, es necesario al menos considerar: la Constitución de 1947, la ley de divorcio de 1970, la reforma del derecho de familia de 1975, la reforma de la adopción de 1983, la reforma de la filiación de 2012-2013, la ley de pareja de hecho y uniones civiles entre personas del mismo sexo de 2016.

Ciertamente, el camino recorrido por el derecho de familia italiano ha sido muy importante, sin embargo, no se puede decir que sea completo ni que el derecho de familia italiano responda a las necesidades y derechos de la persona.

El aspecto, en mi opinión, más crítico y problemático es sin duda el inherente a los modelos de familia, mientras que el menos problemático es el de la filiación, gracias a la reforma de 2012-2013, propuesta y aplicada por Cesare Massimo Bianca.

Con respecto a los modelos familiares, no cabe duda de que se pueden manifestar muchas críticas.

Las coordenadas de la familia dibujadas en el código fascista no están del todo superadas y la idea burguesa de que la familia matrimonial heterosexual es el modelo preferido y el que merece mayor protección sigue siendo muy fuerte. Todo ello está claramente recogido en la Constitución italiana, en la que la vigorosa fuerza ejercida por los componentes católicos ha permitido dar una posición de absoluta e indiscutible preeminencia a la familia matrimonial. La Constitución italiana afirma que la familia es una sociedad natural fundada en el matrimonio; reconoce la igualdad jurídica y moral de los cónyuges, pero con los límites establecidos para garantizar la unidad familiar; asegura a los hijos nacidos fuera del matrimonio toda la protección jurídica y social, pero sólo en la medida compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima. En definitiva, se afirma, sin demasiado misterio, que el matrimonio es la base de la familia y que todos los demás modelos son ciertamente de menor importancia.

Desde otro punto de vista, la legislación italiana sigue estando sustancialmente cerrada a los matrimonios del mismo sexo, hasta el punto de que la protección de las familias homosexuales se inició solamente en 2016 con la regulación de la unión civil. Esta ley, lejos de equiparar la familia homosexual a la heterosexual, acentúa las diferencias, especificando que las personas del mismo sexo sólo pueden contraer

una unión civil, pero no un matrimonio[7]. Y lo que es mucho peor, niega que la unión civil sea una familia, reiterando que es una mera formación social. En efecto, a lo largo de la ley el legislador es prudente al evitar el uso de la palabra "familia" o del adjetivo "familiar", como para subrayar, como han hecho muchos juristas italianos conservadores, la diferencia con respecto a la familia "verdadera", es decir, la familia heterosexual fundada en el matrimonio. Añádase a esto la negación por la citada ley de la posibilidad de adopción por personas del mismo sexo, que ha sido, afortunadamente superada, si bien de modo parcial, por la jurisprudencia italiana más progresista[8].

El resultado es un panorama poco coherente, en el que la orientación sexual de las personas se convierte en un factor de discriminación en el acceso a los modelos familiares, mientras que un sistema jurídico debería contemplar distintos modelos familiares (matrimonio o modelo fuerte - unión civil o modelo débil – pareja de hecho) a los que las personas pueden acceder libremente, independientemente de su sexo, orientación sexual y sus condiciones personales y sociales[9].

El modelo familiar italiano, por tanto, sigue fuertemente anclado en sus coordenadas originarias[10]. En resumen, podría decirse que ha caído el dogma de la indivisibilidad[11], que, en ciertos aspectos, ha sido superado el dogma de la matrimonialidad y que se ha apenas atenuado y sólo en parte el dogma de la heterosexualidad.

El camino que hay que recorrer para conseguir un derecho de familia inclusivo y plural es, por tanto, todavía muy largo y la meta muy lejana. Sobre todo, si tenemos en cuenta que, a lo dicho, hay que añadir que la regulación del apellido es fuertemente patriarcal y machista: la familia, la esposa y los hijos se identifican sólo con el apellido del varón.

7 Comparte esta elección Renda, A.: "Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio", *Rivista di diritto civile*, 2014, p. 1025 ss., según la cual el concepto de familia, incluso después de una evaluación antropológica, se fijaría en la unión heterosexual consagrada en el matrimonio. El autor, aunque afirma que es oportuno regular las parejas homosexuales, sin embargo, asegura que la opción de extenderles el matrimonio, hecha en otros países, supondría en Italia el pago de "un precio" demasiado alto.

8 Per maggiore approfondimento, Barba, V.: "Unione civile e adozione", *Famiglia e diritto*, 2017, pp. 381-395.

9 Barba, V.: "La tutela della famiglia tra persone formate dello stesso sesso", *GenIUS*, 2018, p. 72 ss.

10 Es importante destacar la gran apertura cultural mostrada por Bianca, C.M.: "Famiglia è la famiglia fondata sull'affetto coniugale e sull'affetto filiale", en AA. VV.: *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, (coord. por U. Salanitro), Pacini, Pisa, 2019, p. 122 s.

11 El paso más significativo es la aprobación de la ley del 1 de diciembre de 1970, nº 898, sobre el divorcio. El tema es, además, objeto de un interesante y reciente proceso de reforma, destinado a marcar una importante simplificación y una des-juridizionalización (Decreto-Ley nº 132 de 12 de septiembre de 2014, convertido en la Ley nº 162 de 10 de noviembre de 2014 y la Ley nº 55 de 6 de mayo de 2015).

II. LA REGULACION DEL APPELLIDO DE LOS HIJOS: EJEMPLO DEL MACHISMO DEL DERECHO ITALIANO.

1. Evolución desde el Código Civil de 1942 hasta hoy.

Una larga tradición italiana impone de dar a los hijos sólo el apellido paterno[12]. La cuestión ha sido objeto de interesantes sentencias del Tribunal Constitucional italiano y, más recientemente, de una sentencia del 2021, que podría llevar a la superación definitiva de esta regulación, para lograr la igualdad de género y la plena afirmación del derecho a la identidad de los hijos.

En el texto original del Código Civil de 1942 no había ninguna norma explícita sobre el apellido de los hijos legítimos. No había necesidad de tal norma: la mujer, al casarse, perdía su propio apellido y adoptaba el del marido (v. art. 144 del Código Civil italiano); los hijos, por tanto, sólo podían adoptar el apellido del varón.

Sin embargo, existían normas explícitas sobre el predominio del apellido masculino para los hijos naturales y los hijos adoptivos (artículos 262[13] y 299[14] del Código Civil italiano).

La aprobación de la Constitución republicana italiana en 1947 (que entró en vigor en 1948), con la afirmación del principio de igualdad moral y jurídica de los cónyuges, debería haber provocado un cambio de rumbo inmediato, al menos en lo que respecta a la potestad marital. Sin embargo, esto tardó mucho tiempo, ya que sólo se produjo 28 años después, con la reforma del derecho de familia en 1975.

Las razones de este largo retraso son múltiples y, entre ellas, hay que considerar no sólo la actitud cultural de los juristas de la época, sino también la estructura familiar construida por la Constitución italiana.

Respecto al primer aspecto, es sabido que la actitud de los juristas y, sobre todo, de los civilistas italianos respecto a la Constitución ha sido casi oscurantista. Las normas constitucionales, cuando no eran consideradas de carácter meramente programático y, por tanto, carentes incluso de fuerza jurídica vinculante, eran consideradas normas dirigidas únicamente al poder público y sustancialmente irrelevantes en la interpretación de los Códigos. En aquella época, eran pocos

12 Carbone, V.: "Quale futuro per il cognome?", *Famiglia e diritto*, 2004, p. 457 ss., "costituisce il retaggio di un'antica tradizione giuridica che affonda le radici nel diritto di famiglia romanistico, fondato sull'agnatio, vale a dire su un sistema di rapporti personali, familiari e successori al centro dei quali sta il pater familias, principale soggetto di diritti".

13 Cosí stabiliva l'art. 262 c.c. it., "Il figlio naturale assume il cognome del genitore che lo ha riconosciuto, o quello del padre, se congiuntamente o separatamente è stato riconosciuto da entrambi i genitori".

14 Cosí stabiliva l'art. 262, comma 3, c.c. it., "Se l'adozione è compiuta da entrambi i coniugi, l'adottato assume il cognome del marito".

los juristas que adoptaban un punto de vista opuesto[15], y no es de extrañar si tenemos en cuenta que, aún hoy, existe una fuerte resistencia a reconocer el carácter vinculante de los principios constitucionales[16] y su eficacia horizontal[17] y que esta actitud repercute, con mayor gravedad, tanto en respecto de los Tratados y Cartas europeas, como en de los Convenios internacionales.

La segunda razón radica en la propia imagen de la familia que devuelve el compromiso constitucional italiano, que, como ya se ha dicho, está fuertemente orientado a dar prevalencia a la familia fundada en el matrimonio.

En este proceso, lamentablemente, poco ayuda el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, que reconoce en el art. 8 el derecho al respeto de la vida privada y familiar y en el art. 12 el derecho a fundar una familia de acuerdo con las leyes nacionales.

La reforma familiar de 1975, al querer realizar el principio de igualdad moral y jurídica de los cónyuges, modifica sensiblemente la disciplina del matrimonio. El texto del artículo 144 del Código Civil italiano se rescribe por completo, estableciendo que los cónyuges pactan la dirección de la vida familiar, y se agrega el artículo 143-*bis* del Código Civil italiano, que establece que la esposa añada el apellido de su marido al suyo propio

Pese a la introducción de una nueva norma sobre el apellido de la esposa, que le permite conservar su propio apellido y que, por lo tanto, podría plantear un problema en cuanto a cuál debe ser el apellido de los hijos, la norma (ahora implícita) según la cual los hijos legítimos deben llevar únicamente el apellido del padre sigue siendo firme. Se dictan normas explícitas, introduciendo algunas innovaciones con respecto al pasado, pero manteniendo la estructura original, para el apellido de los hijos naturales[18] y los adoptados.

15 Hay que considerar que en 1951 Salvatore Pugliatti fue un firmante del manifiesto "in difesa della Costituzione" (Il Manifesto può leggersi in *Foro civile*, 1951, fasc. 3, p. 152 s.), que en 1968 Pietro Rescigno (Rescigno, P.: "Per una rilettura del Codice civile", *Giurisprudenza* italiana, 1968, IV, cc. 209 ss.) sintió la necesidad de releer el Código Civil según la constitución y que en 1969 Pietro Perlingieri (Perlingieri, P.: "Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare", *Rivista di diritto commerciale*, 1969, I, p. 455) dictó en Camerino el prólogo, en el que ya estaba el sentido del derecho civil en la legalidad constitucional.

16 Por todos, Irti, N.: *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016.

17 En la dirección opuesta, AA.VV.: Drittwirkung: *princípi costituzionali* e *rapporti privati. Un percorso nella dottrina tedesca* (cur. por P. Femia), Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2018, p. 3 ss.; García Torres, J. & Jiménes-Blanco y Carrillo de Albornoz, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986; García Rubio, M.P.: "La eficacia inter privatos (Drittwirkung) de los derechos fundamentales", en AA. VV.: *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera,* vol. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, p. 304.

18 Sobre los problemas que pueden surgir en caso de reconocimiento en diferentes momentos, Carbone, V.: "Conflitto sul cognome del minore che vive con la madre tra il patronimico e il doppio cognome", *Famiglia e diritto*, 2012, p. 133 ss.; Fantetti, F.R.: "Nessuna automaticità o privilegio al patronimico", *Famiglia, persone e successioni*, 2012, p. 179 ss.; Silvana, F. M.: "La disciplina del cognome del figlio nato fuori dal matrimonio", *Famiglia e diritto*, 2013, p. 961 ss.

Un poco más tarde, la Ley 184 de 1983 reescribió completamente la regulación de la adopción de menores de edad y modificó la regulación contenida en el Código Civil, que queda únicamente destinada a la adopción de mayores de edad. En cuanto a la impronta patriarcal, la estructura no cambia. El artículo 27 de la nueva ley establece que el menor que es adoptado adquiere la condición de hijo legítimo, por lo que sólo toma su apellido paterno. También se reescriben las disposiciones del Código sobre la adopción de mayores de edad y el artículo 299 del Código Civil establece que, si la adopción se lleva a cabo por un matrimonio, el adoptado tomará el apellido del marido.

A partir de ese momento, a pesar de la introducción de convenios internacionales muy importantes, no ha habido cambios significativos en el tema de los apellidos.

Nada cambia con la ley 1985/132 que ratifica la Convención de Nueva York de 1979 sobre la eliminación de toda discriminación contra la mujer. Aunque su alcance preceptivo es realmente significativo y el art. 16, apartado 1, letra g) establece que deben adoptarse las medidas necesarias para asegurar las condiciones de igualdad entre hombres y mujeres también en la elección del apellido, la norma queda en Italia completamente desprovista de eficacia efectiva y olvidada entre las muchas otras leyes de aplicación de los convenios internacionales. El Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tienen poco efecto, aunque contienen importantes declaraciones sobre los derechos fundamentales de las personas. También poco efecto surte la importantísima Carta de Niza, a pesar de que reafirma el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 7) y el derecho a fundar una familia de acuerdo con las leyes nacionales (art. 9).

La reforma de la filiación llevada a cabo en 2012 (L. 219/2012) y 2013 (D. L.vo 154/2013), si bien introduce el importante concepto de responsabilidad parental y afirma el estatus único de hijo, no innova las normas en materia de apellidos de los hijos; una oportunidad perdida.

Finalmente, casi nada cambia con la Ley Nº 76 de 2016 sobre las uniones civiles entre personas del mismo sexo, que partiendo del supuesto erróneo de que no se puede dar la filiación dentro de las parejas homoafectivas y pensando en haber marginado esta posibilidad a través del intento de impedirles el acceso a la adopción, no se ocupa del apellido de los hijos. Sin embargo, esta disciplina es interesante desde una perspectiva diferente ya que, fuera de la lógica patriarcal, que en ese modelo de familia no puede darse, por definición, establece en su art. 1, apartado 10, que los miembros de la pareja pueden decidir un apellido común.

2. Un resumen de la normativa vigente.

Los hijos, sea cual sea su condición, toman el apellido del padre. Y la regla es tanto más fuerte cuanto mayor es el vínculo entre los padres.

En el caso de hijo nacido dentro del matrimonio no hay posibilidad de una solución diferente: el apellido es siempre y únicamente el del padre. Con la aclaración adicional de que hasta el año 2012 el hijo, una vez mayor, podía pedir un cambio de apellido sólo si es ridículo, vergonzoso o revela el origen natural de la persona (art. 33 del Decreto Presidencial 396/2000).

Se preveía una disciplina potencialmente más flexible para los hijos nacidos fuera del matrimonio[19]. La regla es que el hijo asume el apellido del progenitor que lo reconoce primero, precisando que, en caso de reconocimiento conjunto, el hijo asume el apellido del padre. Por último, como prueba del fuerte sentimiento patriarcal que anima el derecho italiano, el artículo 262, apartado 3, del Código Civil italiano establece que, si el hijo es reconocido primero por la madre y luego por el padre, puede tomar el apellido del padre, añadiéndolo, anteponiéndolo o incluso sustituyéndolo al de la madre[20]. Inútil decir que no existe ninguna norma en sentido contrario, es decir, válida para el caso de que el hijo sea reconocido primero por el padre y luego por la madre. Podría decirse que en este caso no hay norma, porque, en la perspectiva del legislador italiano, no hay ningún interés que proteger, a saber, el interés en garantizar la prevalencia del apellido varonil.

Una norma sustancialmente similar e recoge en la normativa sobre la adopción de menores de edad, que establece que el hijo adoptado adquiere la condición de hijo legítimo y, por tanto, asume únicamente el apellido del varón de la pareja. Sin embargo, si la adopción se acuerda únicamente con respecto a la esposa separada, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1983/184, el hijo adoptado asume el apellido de su familia. Esta disposición refuerza la idea fuertemente patriarcal de la familia y demuestra, sin demasiado misterio, que el ordenamiento jurídico italiano considera que el apellido masculino es un valor en sí mismo, de modo que una mujer separada, que podría seguir utilizando el nombre de su marido, no

19 En 2001, Carbone, V.: "Figlio naturale tra cognome materno (riconoscimento) e paterno (legittimazione giudiziale)", *Famiglia e diritto*, 2001, p. 266 ss., afirma, refiriéndose al caso resuelto por Cass., 27 de abril de 2001, nº 6098, que: "Il problema del cognome e dei suoi mutamenti non rileva tanto in tema di filiazione legittima, quanto in relazione alla filiazione naturale specie se i riconoscimenti non sono contestuali".

20 La jurisprudencia italiana desde 2001 ha aclarado que, en caso de reconocimiento posterior por parte del padre, la atribución de su apellido no es automática. En el caso de un niño mayor, la decisión debe remitirse a la persona interesada. En el caso de un hijo menor de edad, el juez tiene un amplio y pleno poder discrecional en el que tiene que valorar el interés del niño, considerando también su derecho a la identidad. Vease Cass., 16 de enero de 2020, n. 772, en *Famiglia e diritto*, 2020, p. 301 ss.; Cass., 5 de julio de 2019, n. 18161, en *Famiglia e diritto*, 2019, p. 915 ss.; Cass., 11 de julio de 2017, n. 17139, en *Famiglia e diritto*, 2017, p. 1026 ss.; Cass., 11 de septiembre de 2015, n. 17976, en *Foro italiano*, 2016, 1, p. 135 ss.; Cass. 18 de junio de 2015, n. 12640, en *Famiglia e diritto*, 2015, p. 1098 ss.; Cass. 10 de diciembre de 2014, n. 26062, en *Famiglia e diritto*, 2015, p. 149 ss.; Cass. 27 de junio de 2013, n. 16271, en *Famiglia e diritto*, 2013, p. 924 ss.; Cass. 5 de junio de 2013, n. 14232, en *Famiglia e diritto*, 2013, p. 831 ss.; Cass., 15 de diciembre de 2011, n. 27069, en *Famiglia e diritto*, 2012, p. 133 ss.; Cass., 3 de febrero de 2011, n. 2644, en *Leggi d'Italia*; Cass., 29 de mayo de 2009, n. 12670, en *Famiglia e diritto*, 2010, p. 235 ss.; Cass., 27 de febrero de 2009, n. 4819, en *Famiglia e diritto*, 2009, p. 790 ss.; Cass. 5 de febrero de 2008, n. 2751, en *Nuova giurisprudenza civile*, 2009, p. 11070; Cass., 1 de agosto de 2007, n. 16989, en *Famiglia e diritto*, 2008, p. 247 ss.; Cass., 17 de julio de 2007, n. 15953, en *Famiglia e diritto*, 2008, p. 155 ss.; Cass., 26 de mayo de 2006, n. 12641, en *Famiglia e diritto*, p. 469. Sobre este tema, las interesantes reflexiones de Giardina, F.: "Il cognome del figlio e i volti dell'identità. Un'opinione in «controluce»", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, II, p. 139 ss.

podría, sin embargo, transmitirlo al hijo adoptivo. Esto significa que para disfrutar del "privilegio" del apellido masculino es necesario que el varón sea parte activa del proceso de determinación de la relación parental. Con la aclaración de que, si es partícipe activo, el ordenamiento jurídico tiene interés en que el hijo tome su apellido con preferencia al de la madre.

Un primer y tímido cambio tuvo lugar en 2012, cuando el Decreto nº 54, de 13 de marzo de 2012, modificando el artículo 33 del D.P.R. 396/2000, establece que el hijo puede pedir que se añada otro apellido al suyo.

El artículo 33 del D.P.R. 396/2000 ya permitía la posibilidad de solicitar el cambio de apellido en los casos en que fuera ridículo, vergonzoso o que revelara el origen natural de la persona. La modificación realizada en 2012 permite añadir otro apellido y, por lo tanto, también el de la madre. Cabe destacar que la referencia general a la posibilidad de "añadir" otro apellido, acaba confirmando el sentimiento machista que anima el derecho italiano. No sólo el apellido de la madre no tiene, ni de lejos, la relevancia e importancia que tiene el del padre, sino que el papel del apellido de la madre es esencialmente idéntico al del apellido de cualquier otra persona. Una vez que se trata de una elección justificada, es absolutamente irrelevante que el hijo pueda pedir que se añada el apellido de su madre, o de un ascendiente, o de un compañero, o aquel con el que se identifica, porque a lo largo de los años ha utilizado otro apellido.

Si bien es cierto que esta norma permite al hijo añadir el apellido de su madre al suyo propio, también lo es que ofrece un abanico mucho más amplio de posibilidades, entre las que se encuentra, sin mención explícita, el apellido de su madre. Lejos de confirmar una elección consciente del legislador inspirada en el principio de igualdad jurídica y moral entre los cónyuges, me parece que sirve más bien para reforzar el espíritu radicalmente patriarcal del derecho de familia italiano.

III. PROBLEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EXPERIENCIA EUROPEA.

1. Normas aplicables y conflictos entre ordenamientos jurídicos.

La legislación italiana, que establece que los hijos adoptan el apellido del padre, plantea evidentes problemas de derecho internacional en todos aquellos casos en los que uno o ambos progenitores tienen la nacionalidad de un Estado cuya ley establece que el hijo puede adoptar el apellido de la madre o los apellidos de ambos progenitores.

Hay muchos ejemplos de este tipo, como la ley brasileña, la alemana[21], la francesa y la española, que también es especialmente restrictiva en esta materia[22].

En los casos en los que existe un elemento extranjero, porque uno de los padres no es italiano o ambos padres, aunque residan en Italia, son extranjeros, existen grandes problemas, porque el hijo será registrado en Italia sólo con el apellido del padre, mientras que en el otro ordenamiento jurídico con el doble apellido.

El Convenio de La Haya de 8 de septiembre de 1982[23] sobre la expedición de un certificado de diversidad de apellidos tampoco ayuda a este respecto, ya que sólo resuelve un problema registral, pero no las cuestiones sustanciales y de identidad que están en la base del fenómeno.

La aplicación de la ley italiana es casi segura, por la forma en que se ha considerado la regulación.

Aunque en Italia existe una ley de derecho internación privado de 1995, creo que debería aplicarse el Convenio de Mónaco de 5 de octubre de 1980, ratificado en Italia por la Ley 950/1984, al menos por razones de especialidad.

Este Convenio establece que los apellidos y nombres de una persona se determinan por la ley del Estado del que es nacional y que se trata de un Convenio de derecho universal y, por tanto, también se aplica a las leyes nacionales de los Estados que no son signatarios del Convenio.

La peculiaridad es que el Convenio no establece una norma en caso de doble nacionalidad, por lo que es necesario determinar qué norma será aplicable. A este respecto, pueden preverse dos vías distintas: o bien derivar la norma directamente

21 Para un análisis del sistema alemán, véase Favale, R.: "Il cognome dei figli e il lungo sonno del legislatore", *Giurisprudenza* italiana, 2017, 4, pp. 819-823. La síntesis de la disciplina alemana, que no me convence ni un poco, la realiza así A., en la p. 823: "Se alla nascita del figlio i genitori aventi la potestà comune non possiedono un cognome coniugale, essi possono convenire quale cognome del figlio quello del padre o della madre, mentre non è ammissibile il doppio cognome del padre e della madre. In mancanza di accordo, il tribunale della famiglia assegna ad uno dei genitori il diritto di determinare il cognome del figlio, e qualora non venga esercitato dal genitore legittimato il figlio acquista il cognome di lui (par. 1617 BGB). La determinazione del cognome del figlio vale automaticamente anche per i successivi figli comuni". Por mucho que esta solución pueda haber superado los problemas de igualdad de género, no hay duda de que no ayuda con respecto a la identidad del niño, que sigue ligado a un solo progenitor. Además, también habría que evaluar en base a qué criterios los jueces alemanes deciden qué progenitor debe determinar el apellido del niño en ausencia de acuerdo.

22 Véase, a este respecto, la Instrucción 23 de mayo de 2007 de la Dirección General de los Registros y el Notariado, publicata en BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28872-28875

23 El artículo 1 establece que: "El certificado relativo a la diversidad de apellidos establecido por el presente Convenio tiene por objeto facilitar la demostración de la identidad de aquellas personas que, como consecuencia de las diferencias existentes entre las legislaciones de algunos Estados en particular en materia de matrimonio, filiación y adopción, no se designan con el mismo apellido".

del Convenio, como sería preferible, o bien derivar la norma de la ley general de derecho internacional privado[24].

En el primer caso, la ley aplicable debe ser la de la residencia real[25], mientras que, en el segundo, argumentando en virtud de los artículos 19, 24 y 29 de la Ley 218/1995, la ley aplicable debe ser la italiana, a la que se puede llegar bien por referencia a la ley nacional del hijo con doble nacionalidad italiana, bien por referencia a la ley del lugar donde los cónyuges han establecido su vida familiar.

Aparte de este aspecto, que sólo sirve para establecer qué ley es aplicable, desde el punto de vista de la teoría general, debe considerarse que una vez identificada la ley que debe aplicarse, el caso no pierde su carácter internacional, sino que sigue siendo complejo.

La identificación de la ley aplicable no anula la circunstancia de que el hecho presente elementos extranjeros, que siempre deben ser tenidos en cuenta adecuadamente por el intérprete.

Es importante, entonces, como sugiere la doctrina autorizada[26], interpretar la norma aplicable al caso, considerando también la norma que ha sido excluida. Esto sería indispensable y conduciría a soluciones interpretativas menos rígidas que no estarían expuestas al riesgo de censura del Tribunal de Justicia o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

2. Las decisiones de los tribunales europeos.

Se ha planteado muchas veces ante los Tribunales europeos la cuestión del conflicto entre ordenamientos jurídicos que prevén normas diferentes sobre los apellidos de los hijos y que determinan que la persona puede ser inscrita en el

24 Bugetti, M.N.: "L'attribuzione del cognome tra normativa interna e princípi comunitari", *Famiglia e diritto*, 2004, p. 437 ss.

25 Álvarez Gonzalez, S.: "Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y derecho comunitario", *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 5, 2003, pp. 1657-1663.

26 Álvarez Gonzalez, S.: "Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y derecho comunitario", cit., p. 1661, "En el caso de que sea aplicable o vaya a ser aplicada la ley española por cualquier motivo (ajustado o no al sistema español de Derecho internacional privado), incluso en este caso, la práctica de la DGRN está cometiendo un error que, para su descargo, es absolutamente común en el resto de la práctica nacional y extranjera: considerar que la identificación de la aplicación de la propia ley a una situación privada internacional "desinternacionaliza", por decirlo de algún modo, la misma; que aplicar la ley española es aplicar la ley española con independencia de que se aplique al régimen de apellidos de un niño nacido en España de madre y padre españoles o a un niño nacido en Portugal (o en España) de madre española y padre portugués. Y ello dista mucho de ser así. Del mismo modo que un cocodrilo al que se ha hecho la cirugía estética para que parezca un perro de presa sigue siendo un cocodrilo, la situación privada internacional conectada con varias leyes estatales no deja de ser "internacional" porque se someta a una sola. Por ello, incluso en la aplicación de la ley española no puede desconocerse ni hacerse abstracción del elemento extranjero como dato o presupuesto de la aplicación de la misma (A), ni de la realidad jurídica extranjera atinente a la interpretación de los conceptos de las leyes españolas (B)".

Estado en el que reside con un apellido diferente respecto al con el que está inscrito en el Estado nacional, con consecuencias negativas también en cuanto a la identidad de la persona.

La respuesta, muy compartible, de los Tribunales ha sido siempre la misma, aunque con diversos matices: el Estado en el que vive la persona debe respetar las normas del Estado nacional de la persona, con lo que debe reconocer el apellido que ésta lleva en su propio Estado nacional.

Desde el conocido caso de Carlos García Avello contra Bélgica[27], el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[28] siempre ha fallado en contra de un Estado nacional que se niega a cambiar un apellido cuando la petición tiene por objeto permitir que los hijos adopten el apellido que tienen de acuerdo con la tradición y la ley del otro Estado.

En el caso que acabamos de mencionar, el Sr. Carlos García Avello, de nacionalidad española y casado con la Sra. I. Weber, de nacionalidad belga, solicitó que se permitiera a su hijo, nacido en Bélgica, donde residía la pareja, adoptar, de conformidad con la legislación española, el apellido "García Weber", es decir, el apellido del padre y de la madre, y no sólo el del padre, con el que el hijo había sido identificado y registrado en Bélgica. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea falla contra Bélgica.

En el caso Grunkin Paul[29], Stefan Grunkin y Dorothee Regina Paul, que residen en Dinamarca, uno de los cuales es alemán y el otro danés, solicitaron que su hijo fuera registrado en Alemania de la misma forma que en Dinamarca, es decir, con

27 TJUE, 2 de octubre de 2003, caso C-148/02, Carlos García Avello vs. Estado de Bélgica. La exposición de motivos dice: "Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial que los artículos 12 CE y 17 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en circunstancias como las del procedimiento principal, la autoridad administrativa de un Estado miembro deniegue una solicitud de cambio de apellido para hijos menores que residen en dicho Estado y que tienen la doble nacionalidad de dicho Estado y de otro Estado miembro, cuando dicha solicitud tiene por objeto que los hijos puedan llevar el apellido de que serían titulares en virtud del Derecho y de la tradición del segundo Estado miembro".

28 Teruel Lozano, G.M.: "La Jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea sobre el reconocimiento del nombre en el espacio europeo. Notas sobre la construcción de un estatuto personal común como ciudadanos europeos y su impacto en el Derecho internacional privado", *Anales del Derecho*, 2011, p. 177 ss. A la p. 221 s., observa: "Para concluir, se ha apuntado como esta doctrina del Tribunal de Justicia tiene un impacto inmediato en el Derecho internacional privado de los Estados. Las libertades comunitarias inciden de manera directa en el ámbito de este sector normativo de los Estados. El Tribunal de Justicia no ha admitido, en principio, nombres claudicantes (ni, por extensión, podemos plantear otras situaciones privadas comunitarias relacionadas con ese estatuto personal). Ahora le corresponde responder a los Estados miembros sobre la base de lo dictado por la Corte comunitaria, e introducir las modificaciones necesarias para que sus normas de Derecho internacional privado no sigan suponiendo un obstáculo a la libre circulación, de forma que estas situaciones resistan, así, el cruce de la frontera de un Estado a otro".

29 TJUE, 14 de octubre de 2008, caso C-353/06, Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul: "El artículo 18 CE se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a que las autoridades de un Estado miembro, aplicando el Derecho nacional, denieguen el reconocimiento del apellido de un niño tal como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que ese niño nació y reside desde entonces, y quien al igual que sus padres sólo posee la nacionalidad del primer Estado miembro".

el apellido de ambos padres y, por tanto, con el apellido "Grunkin Paul". Ante la negativa del Estado alemán, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea falló en contra de Alemania.

El caso resuelto en 2010[30] relativo a la Sra. Ilonka Sayn-Wittgenstein, ciudadana austriaca residente en Alemania, no es diferente, aunque tiene matices distintos, ya que solicitó ser inscrita en Austria con su apellido, incluido el título nobiliario, adquirido como consecuencia de la adopción por parte de un ciudadano alemán, y por tanto con el apellido "Fürstin von Sayn-Wittgenstein".

También en este caso el Tribunal de Justicia condenó al Estado, señalando que el apellido es un elemento constitutivo de la identidad y de la vida privada de una persona[31], y que por lo tanto debía realizarse el cambio solicitado, aunque el apellido indicara un título de nobleza, aclarando que esta circunstancia no podía considerarse, en este caso, contraria al orden público[32].

30 TJUE, 22 de diciembre de 2010, caso C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein: "El artículo 21 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que las autoridades de un Estado miembro, en circunstancias como las del litigio principal, puedan negarse a reconocer en todos sus elementos el apellido de un nacional de dicho Estado, tal como ha sido determinado en un segundo Estado miembro, en el que reside el citado nacional, en el momento de su adopción en edad adulta por un nacional de ese segundo Estado miembro, porque dicho apellido incluye un título nobiliario no permitido en el primer Estado miembro con arreglo a su Derecho constitucional, siempre que las medidas adoptadas por dichas autoridades en este contexto estén justificadas por motivos de orden público, es decir, que sean necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido".

31 Un pasaje de los fundamentos dice lo siguiente: "Procede señalar con carácter preliminar que el apellido de una persona es un elemento constitutivo de su identidad y de su vida privada, cuya protección está consagrada por el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Aunque el artículo 8 de dicho Convenio no lo mencione expresamente, el apellido de una persona afecta a su vida privada y familiar al constituir un medio de identificación personal y un vínculo con una familia (véanse, en particular, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencias Burghartz c. Suiza de 22 de febrero de 1994, serie A no 280-B, p. 28, ap. 24, y Stjerna c. Finlandia de 25 de noviembre de 1994, serie A no 299-B, p. 60, ap. 37)".

32 Un pasaje de los fundamentos dice lo siguiente:: "El Tribunal de Justicia ha recordado reiteradamente que el concepto de orden público como justificación de una excepción a una libertad fundamental debe interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Unión Europea (véanse, sentencias de 14 de octubre de 2004, Omega, C-36/02, Rec. p. I-9609, apartado 30, y de 10 de julio de 2008, Jipa, C-33/07, Rec. p. I-5157, apartado 23). Por tanto, el orden público sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véase la sentencia Omega, antes citada, apartado 30 y jurisprudencia citada)". Sin embargo, en sentido contrario, es importante señalar TJUE, 2 de junio de 2016, caso C-438/14, Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff, en relación con la denegación de la inscripción en el Registro Civil de los elementos nobiliarios que forman parte de su apellido adquirido en el otro Estado miembro, que dictaminó que: "El artículo 21 TFUE debe interpretarse en el sentido de que las autoridades de un Estado miembro no están obligadas a reconocer el apellido de un nacional de ese Estado miembro cuando éste posee igualmente la nacionalidad de otro Estado miembro en el que ha adquirido ese apellido libremente elegido por él y que contiene varios elementos nobiliarios, que el Derecho del primer Estado miembro no admite, si se demuestra, circunstancia que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, que tal denegación de reconocimiento está, en ese contexto, justificada por motivos de orden público, por cuanto resulta apropiada y necesaria para garantizar el respeto del principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos de dicho Estado miembro".

En este sentido también una sentencia de 2011[33], en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha condenado al Estado nacional por no transcribir el apellido del demandante con los caracteres diacríticos de su lengua de origen.

No menos interesantes y siempre orientadas en la misma dirección son las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han afirmado sistemáticamente la necesidad de superar cualquier desigualdad de género con respecto al apellido de los hijos[34].

Entre ellas, cabe destacar la importante sentencia Cusan y Fazzo contra Italia[35], según la cual constituye una violación de los artículos 14 y 8 del CEDH impedir que un hijo sea identificado con el apellido de su madre.

La decisión es muy significativa porque aclara muy bien los términos del problema.

La imposibilidad de que los padres, en el momento del nacimiento de una hija, la inscriban en los registros del estado civil con el apellido de su madre constituye una violación del artículo 14 del Convenio, leído juntamente con el artículo 8.

«Esta imposibilidad se debe a una laguna del ordenamiento jurídico italiano, según el cual el "hijo legítimo" se inscribe en los registros del estado civil con el apellido del padre, sin posibilidad de derogación, ni siquiera en caso de acuerdo entre los cónyuges a favor del apellido de la madre. Cuando ha constatado la existencia de una laguna en la legislación nacional, el Tribunal suele identificar la causa para ayudar al Estado contratante a encontrar la solución adecuada y al Comité de Ministros a supervisar la ejecución de la sentencia (véanse, por ejemplo, las sentencias Maria Violeta Lăzărescu c. Rumanía, nº 10636/06, § 27, de 23 de febrero de 2010; Driza, antes citada, §§ 122-126; y Ürper y otros c. Turquía, nº 14526/07 y otras, §§ 51 y 52, de 20 de octubre de 2009). A la vista de

33 TJUE, 12 de mayo de 2011, caso C-391/09, Malgožata Runevič-Vardyn, Łukasz Paweł Wardyn: "El artículo 21 TFUE debe interpretarse en el sentido de que: no se opone a que las autoridades competentes de un Estado miembro, conforme a una normativa nacional que establece que los nombres y apellidos de una persona sólo pueden transcribirse en los documentos de dicho Estado acreditativos del estado civil con arreglo a las normas de grafía de la lengua oficial nacional, se nieguen a modificar en los certificados de nacimiento y de matrimonio de uno de sus nacionales el apellido y el nombre de éste según las normas de grafía de otro Estado miembro".

34 TEDH, 16 de febrero de 2005, U˙nalTekeli c. Turchia, ricorso n. 29865/96; TEDU, 24 de octubre de 1994, Stjerna c. Finlandia, ricurso n. 27868/95; TEDU, 24 de enero de 1994, Burghartz c. Svizzera, ricorso n. 12163/90.

35 TEDH, 7 de enero de 2014, Cusan - Fazzo c. Italia, ricorso n. 77/07, en *Giurisprudenza italiana*, 2014, p. 2670, con nota de Corzani, V.: "L'attribuzione del cognome materno di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo"; in *Famiglia e diritto*, 2014, 3, p. 205, con nota de Stefanelli, S.: "Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma"; en *Corriere giuridico*, 2014, p. 212, con nota de Carbone, V.: "La disciplina italiana del cognome dei figli nati dal matrimonio: Corte europea dei diritti dell'uomo7 gennaio 20914, n. 77/07. Si leggano, anche, Giardina, F.: "Il cognome del figlio e i volti dell'identità", cit., p. 139 ss.; Moretti, M.: "Il cognome del figlio", en AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia*, (dir. por G. Bonilini), vol. IV, Utet, Torino, 2016, p. 4083.

la situación señalada, el Tribunal considera que deben adoptarse reformas en la legislación y/o la práctica italiana para hacerlas compatibles con las conclusiones a las que ha llegado en la presente sentencia, y para garantizar el cumplimiento de las exigencias de los artículos 8 y 14 del Convenio (véase, *mutatis mutandis*, la sentencia Vyerentsov, antes citada, § 95)»[36].

IV. EL PAPEL FUNDAMENTAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO EN MATERIA DE APELLIDOS. HACIA LA IGUALDAD DE GÉNERO.

1. Las primeras decisiones del Tribunal Constitucional italiano.

Las decisiones de los Tribunales Europeos, como prueba de la importancia del diálogo entre los Tribunales, han tenido una influencia significativa en el Tribunal Constitucional italiano, que ha iniciado un considerable proceso de renovación, también como consecuencia de la importante sentencia del TEDH Cusan y Fazzo[37] y una vez constatada la total incapacidad del Parlamento italiano para dar respuestas adecuadas.

No cabe duda de que la disciplina jurídica italiana sobre el apellido de los hijos es el resultado de una concepción fuertemente machista y de que determina una evidente desigualdad de género.

Por ello, ya en 1987, en varias ocasiones, se pidió al Tribunal Constitucional italiano que declarara la ilegitimidad de las normas sobre el apellido de los hijos, en la parte que prevé la supremacía sustancial del apellido del padre.

En todas las ocasiones desde 1987 y hasta 2016, el Tribunal Constitucional italiano ha declarado siempre inadmisible la cuestión, afirmando que la regulación del apellido habría requerido una intervención legislativa y no una simple intervención jurisprudencial.

Por ello, al tiempo que reiteraba in modo siempre mas rotundo la insuficiencia de las normas existentes sobre el apellido de los hijos, pedía al legislador italiano que interviniera.

Una primera decisión se remonta a 1987[38], cuando se planteó una cuestión sobre la legitimidad constitucional de las disposiciones del código civil y del reglamento del estado civil en la medida en que no preveían que, con el acuerdo

36 Así consta en los fundamentos de la sentencia.

37 Pitea, C.: "Trasmissione del cognome e parità di genere: sulla sentenza Cusan e Fazzo c. Italia e sulle prospettive della sua esecuzione nell'ordinamento interno", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 231.

38 Corte cost. 5 de marzo de 1987, n. 76 in *Giustizia costituzionale.*, 1987, I, p. 620.

de los padres, el hijo legítimo pudiera tomar el apellido de la madre y, por tanto, en la medida en que excluían, de forma absoluta, que la madre pudiera transmitir su propio apellido a los hijos legítimos.

Esta es la primera ocasión en la que se discute la normativa italiana sobre el apellido; el Tribunal, sin embargo, rechaza la demanda, declarando la cuestión de constitucionalidad manifiestamente inadmisible, por razones de procedimiento.

En 1988[39], el Tribunal Constitucional, aun reconociendo la conveniencia de una posible modificación de la normativa vigente, para hacerla más acorde con el principio constitucional de igualdad moral y jurídica entre los cónyuges, volvió a declarar la improcedencia de la cuestión.

En esta decisión, el Tribunal constitucional afirma, por primera vez, que la disciplina según la cual el hijo asume únicamente el apellido del padre no puede considerarse la única capaz de garantizar la unidad familiar y, por tanto, que es posible imaginar soluciones diferentes más respetuosas del principio de igualdad entre los padres[40]. A pesar de esta importante afirmación, el Tribunal, sin embargo, declara inadmisible la cuestión, afirmando que se trata de un problema de técnica y política legislativa y, por tanto, que el cambio de regulación requiere una intervención por parte del parlamento.

Unos meses más tarde[41], el Tribunal Constitucional reiteró lo que había dicho en su anterior sentencia, aclarando que la falta de una norma que permita a la madre transmitir su apellido a sus hijos debe considerarse una norma arraigada en la costumbre social. En esta ocasión, sin embargo, vuelve a decir que esta norma se justifica como criterio de protección de la unidad de la familia fundada en el matrimonio.

En 2006[42] se volvió a plantear la cuestión de legitimidad constitucional.

39 Corte cost., 11 de febrero de 1988, n. 176, in *Diritto di famiglia*, 1988, p. 670 ss., con nota de Dall'Ongaro, F.: "Il nome della famiglia ed il principio della parità.

40 Esto es lo que se lee en los fundamentos de la sentencia: "che l'interesse alla conservazione dell'unita familiare, tutelato dall'art. 29, comma 2, cost., sarebbe gravemente pregiudicato se il cognome dei figli nati dal matrimonio non fosse prestabilito fin dal momento dell'atto costitutivo della famiglia, in guisa che ai figli esso sia non già imposto, cioè scelto, dai genitori (come il prenome) in sede di formazione dell'atto di nascita, bensì esteso *ope legis*; che invece sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi, il quale concili i due principi sanciti dall'art. 29 cost., anziché avvalersi dell'autorizzazione a limitare l'uno in funzione dell'altro; che, peraltro, siffatta innovazione normativa, per la quale e stato presentato già nelle passate legislature e riproposto in quella in corso un disegno di legge di iniziativa parlamentare, e una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza esclusiva del *conditor iuris*".

41 Corte Cost., 19 de mayo de 1988, n. 586, in *Giustizia civile*, 1988, I, p. 1649.

42 Corte Cost., 16 de febrero de 2006, n. 61, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, 11, p. 898 ss., con nota di Gavazzi, L.: "Sull'attribuzione del cognome materno ai figli legittimi".

El Tribunal fue mucho más contundente al afirmar la contrariedad de la ley italiana al principio de igualdad moral y jurídica entre los cónyuges: «dieciocho años después de las decisiones anteriormente citadas, no se puede dejar de constatar que el sistema actual de atribución de apellidos es la herencia de una concepción patriarcal de la familia, que hunde sus raíces en el derecho de familia románico, y de un poder marital anticuado, que ya no es coherente con los principios del ordenamiento jurídico y con el valor constitucional de la igualdad entre hombres y mujeres».

A pesar de esta importante afirmación y de que el Tribunal constitucional destaca la importancia de la legislación supranacional[43], declara inadmisible la cuestión de legitimidad constitucional, porque requeriría una intervención manipuladora que se considera exorbitante con respecto a sus competencias.

Finalmente, en 2007[44], el Tribunal constitucional reitera exactamente la posición adoptada el año anterior y vuelve a negar la posibilidad de cambiar la disciplina mediante una intervención jurisprudencial manipuladora. «La intervención solicitada impone una operación manipuladora que excede de sus competencias, pues la exclusión de la atribución automática del apellido paterno deja abiertas una serie de opciones, que van desde dejar esa elección exclusivamente a la voluntad de los padres, hasta permitir que los progenitores que han llegado a un acuerdo puedan derogar una norma que sigue siendo válida».

2. La sentencia del Tribunal Constitucional de 2016 y la posibilidad de que los padres den a su hijo el apellido materno.

El Parlamento italiano, a pesar de las numerosas invitaciones del Tribunal Constitucional, se ha mostrado totalmente incapaz de dar respuestas adecuadas. Ante esta insuficiencia e incapacidad de dar respuestas, en 2016 el Tribunal Constitucional[45], puso en marcha el proceso de reforma y afirmó la ilegitimidad

43 Esto es lo que se lee en los fundamentos de la sentencia: "Né può obliterarsi il vincolo - al quale i maggiori Stati europei si sono già adeguati - posto dalle fonti convenzionali, e, in particolare, dall'art. 16, comma 1, lettera g), della Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 14 marzo 1985, n. 132, che impegna gli Stati contraenti ad adottare tutte le misure adeguate per eliminare la discriminazione nei confronti della donna in tutte le questioni derivanti dal matrimonio e nei rapporti familiari e, in particolare, ad assicurare "gli stessi diritti personali al marito e alla moglie, compresa la scelta del cognome". In proposito, vanno, parimenti, richiamate le raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1271 del 1995 e n. 1362 del 1998, e, ancor prima, la risoluzione n. 37 del 1978, relative alla piena realizzazione della uguaglianza tra madre e padre nell'attribuzione del cognome dei figli, nonché una serie di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che vanno nella direzione della eliminazione di ogni discriminazione basata sul sesso nella scelta del cognome (16 febbraio 2005, affaire Unal Teseli c. Turquie; 24 ottobre 1994, affaire Stjerna c. Finlande; 24 gennaio 1994, affaire Burghartz c. Suisse)".

44 Corte cost., 27 aprile 2007, n. 145, in *Famiglia, persone e successioni*, 2008, p. 107, con nota di Beccu, A.: "Il cognome del figlio naturale dinanzi alla Corte Costituzionale, fra istanze di eguaglianza e prospettive diriforma".

45 Corte Cost., 21 de diciembre de 2016, n. 286, in *Famiglia e diritto*, 2017, 3, p. 213 ss., con nota de Al Mureden, E.: "L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità del figlio"; en *Corriere giuridico*,

de las normas en materia de apellidos, en la parte en la que no permiten, en caso de acuerdo entre los padres, la posibilidad de que el hijo pueda llevar también el apellido de su madre desde su nacimiento.

Las razones de esta decisión son múltiples y se basan no sólo en el principio de igualdad jurídica y moral de los cónyuges, explícitamente recogido en el art. 29 de la Constitución, sino también en el principio que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar, según el art. 8 del CEDH y el art. 7 de la Carta de Niza, que a lo largo de los años ha ido adquiriendo mayor importancia, ya que se ha aclarado que el apellido está fuertemente relacionado con la vida familiar y persona[46].

La sentencia también señala que la decisión es importante a la luz del principio de protección de la identidad[47], ya que el nombre identifica los orígenes de la persona y, por tanto, contribuye a su identidad personal[48].

La sentencia merece ser mencionada, no sólo por el resultado en sí mismo, sino para recordar la disciplina nacional y supranacional destinada a lograr la igualdad entre hombres y mujeres y por el hecho de que pone de manifiesto la fuerte impronta patriarcal y machista que aún anima el derecho italiano. A este

2017, 2, p. 165 ss., con nota de Carbone, V.: "Per la Corte costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno, se i genitori sono d'accordo"; en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 6, p. 818, non nota di Favilli, C.: "Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli"; en *Giurisprudenza italiana*, 2017, 4, p. 815, con nota di Favale, R.: "Il cognome dei figli e il lungo sonno del legislatore"; en *Nuove leggi civili commentate*, 2017, 3, p. 626 ss., con nota di Fioravanti, C.: "Sul cognome della prole: nel perdurante silenzio del legislatore parlano le corti".

46 A este respecto, es significativa CEDH, 7 de enero de 2014, 77/07, Cusan e Fazio c Italia, que establece: "La Corte rammenta che l'articolo 8 della Convenzione non contiene alcuna disposizione esplicita in materia di cognome ma che, in quanto mezzo determinante di identificazione personale (Johansson c. Finlandia, n. 10163/02, § 37, 6 settembre 2007, e Daróczy c. Ungheria, n. 44378/05, § 26, 1° luglio 2008) e di ricongiungimento ad una famiglia, ciò non di meno il cognome di una persona ha a che fare con la vita privata e familiare di questa. Il fatto che lo Stato e la società abbiano interesse a regolamentarne l'uso non è sufficiente ad escludere la questione del cognome delle persone dal campo della vita privata e familiare, intesa come comprendente, in certa misura, il diritto dell'individuo di allacciare relazioni con i propri simili (Burghartz, sopra citata, § 24; Stjerna, sopra citata, § 37; Ünal Tekeli, sopra citata, § 42, CEDU 2004 X; Losonci Rose e Rose c. Svizzera, n. 664/06, § 26, 9 novembre 2010; Garnaga c. Ucraina, n. 20390/07, § 36, 16 maggio 2013)".

47 Favilli, C.: "Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli", cit., p. 827, scrive: "Nella pronuncia in esame, invece, si abbandona questa lettura "difensiva" evidenziando che nei criteri di attribuzione del cognome del minore si rinvengono profili determinanti della identità personale del minore, destinati a proiettarsi nella sua personalità sociale, ai sensi dell'art. 2 Cost. e che conseguentemente la piena ed effettiva realizzazione di tale diritto impone l'affermazione del diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori".

48 Corte cost., 3 de febrero de 1994, n. 13, in *Famiglia e diritto*, 1994, p. 137, con nota de Servello, G.: "Rettifica degli atti di stato civile e mantenimento del cognome"; Corte cost., 23 de julio de 1996 n. 297, en *Famiglia e diritto*, 1996, p. 413, con nota de Carbone, V.: "La conservazione del vecchio cognome come diritto all'identità personale"; en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1998, 2, p. 473, con nota de Cassano, G.: "Status familiare e conservazione del proprio 'cognome'. La Consulta legittima nuovamente il diritto all'identità personale"; Corte cost., 11 de mayo de 2001 n. 120, en *Famiglia e diritto*, 2001, 3, p. 253 ss., con nota de Cassano, G.: "Adozione, nome e identità personale. Un nuovo punto fermo della consulta"; en *Nuove leggi civili commentate*, 2001, p. 1193, con nota de Gentili, And.: "Il diritto all'identità personale nuovamente all'esame della corte costituzionale". V., también, Imarisio, L.: "La questione del cognome tra identità della persona, riconoscibilità sociale della coppia e interesse dei minori", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, p. 789 ss.

respecto, el Tribunal se remite no sólo a la importante Convención de Nueva York de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, sino también a las recomendaciones del Consejo de Europa 28 de abril de 1995, n. 1271 y 18 de marzo de 1998, n. 1362, así como a la resolución 27 de septiembre de 1978, n. 37, relativa a la plena realización de la igualdad entre la madre y el padre en la atribución del apellido de los hijos, así como a algunos pronunciamientos del TEDH.

Esta decisión también es importante desde el punto de vista del Derecho internacional privado, porque permite resolver los problemas que podrían surgir en los casos en que uno de los progenitores tuviera una nacionalidad distinta de la italiana y, en particular, la nacionalidad de un Estado en el que los hijos adoptan el apellido del padre y de la madre. Por un lado, protege al Estado italiano del riesgo de una condena segura en todos los casos en los que los progenitores deseen, de acuerdo con la ley nacional de uno de ellos, que el hijo tome el apellido de su madre. Antes de la sentencia del Tribunal Constitucional de 2016, aunque algunas importantes sentencias lo habían admitido[49], esto no era posible de forma automática (arg. ex art. 98 D.P.R. 396/2000).

Se trata, por tanto, de una decisión meritoria desde un doble punto de vista: tanto por el resultado concretamente alcanzado, como por el amplio alcance cultural.

Sin embargo, el resultado global no puede considerarse satisfactorio[50].

Las razones de esta insatisfacción son evidentes cuando se considera que la solución propuesta, en lugar de lograr la plena igualdad moral y jurídica de los cónyuges, ofrece un paliativo en esta dirección. Permite que el hijo lleve los dos apellidos, el paterno y el materno, sólo si ambos progenitores dan su consentimiento expreso, mientras que deja inalteradas las normas originales en los casos en que los cónyuges no hayan expresado ninguna intención o no exista tal consentimiento.

En estos casos prevalece la fuerza de la tradición y el hijo toma el apellido del padre.

49 Trib. Napoli, 19 de marzo de 2008; Trib. Bologna, 19 de julio de 2005; Trib. Cagliari, 18 de mayo de 2005; Trib. Roma, 15 de octubre de 2004, in *Corriere giuridico*, 2005, p. 677 ss., con nota de Barone, A. & Calò, E.: "Il cognome dei soggetti bipolidi nell'ordinamento comunitario"; Trib. Bologna, 9 de junio de 2004, en *Famiglia e diritto*, 2004, p. 437 ss., con nota de Bugetti, M.N.: "L'attribuzione del cognome tra normativa interna e principi comunitari"; Trib. Lamezia Terme, 25 de enero de 2010, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 1043 ss., con nota de Bova, R.M.: "Il cognome del figlio legittimo con doppia cittadinanza: confronto tra l'ordinamento interno, il diritto sovranazionale e le legislazioni degli stati europei".

50 Claramente Favale, R.: "Il cognome dei figli e il lungo sonno del legislatore", cit., p. 824: "restano purtroppo fuori tutti i casi, a più forte impatto, di mancato accordo sul cognome. La speranza è di non vedere risolta la questione attraverso un successivo intervento dei giudici costituzionali contro la regola patronimica, per violazione del principio di eguaglianza fra coniugi.".

Además, no hay ninguna referencia a la posibilidad de decidir qué apellido debe ser el primero o el segundo, casi como si fuera indudable que el primer apellido debe ser siempre el del padre y que no puede haber otra solución.

3. La sentencia del Tribunal Constitucional de 2021. Hacia la superación definitiva de la desigualdad de género y la afirmación de la identidad del hijo.

El camino que el Tribunal Constitucional inició en 2016 avanza significativamente con la decisión de febrero de 2021, que anuncia una futura sentencia que podría ser realmente decisiva para el derecho italiano.

Esta sentencia es extraordinariamente significativa en varios aspectos.

En primer lugar, porque va más allá de la cuestión legitimidad constitucional propuesta y plantea una cuestión mucho más amplia, que podría transformar radicalmente el derecho italiano. Evidentemente, es de esperar que la futura decisión realice verdaderamente el cambio que necesita la legislación italiana para lograr una igualdad de género sustancial y garantizar efectivamente el derecho a la identidad de los hijos.

En segundo lugar, llegando al corazón de la decisión, porque afirma explícitamente que las normas existentes, en la medida en que son la expresión de una concepción patriarcal de la familia, deben considerarse incompatibles con los principios y valores constitucionales, europeos y convencionales, y que no basta para solucionar el problema una interpretación conforme a la Constitución.

Por último, porque considera que ya es imprescindible corregir la legislación italiana en materia de apellidos, dado que el Parlamento italiano, a pesar de las numerosas peticiones, no ha sido capaz de ofrecer respuestas adecuadas[51].

Abordemos el primer aspecto.

La cuestión de constitucionalidad ha sido planteada al Tribunal constitucional por el Juez de Bolzano, que debe pronunciarse sobre el recurso interpuesto por el Fiscal para la rectificación del acta de nacimiento de una niña cuyos padres, que no estaban casados, acordaron atribuirle únicamente el apellido materno.

Se trata, por tanto, de una cuestión nueva y diferente a la que ya resolvió el Tribunal constitucional en 2016, ya que en el caso en cuestión los padres no

51 Para una indicación de los proyectos de ley propuestos, véase: Carbone, V.: "Quale futuro per il cognome?", cit., p. 457 ss., Villani, R.: "L'attribuzione del cognome ai figli (legittimi e naturali) e la forza di alcune regole non scritte: è tempo per una nuova disciplina?", cit., p. 10308; Stefanelli, S.: "Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di reforma", cit., p. 205 ss.

quieren que su hija adopte los dos apellidos, del padre y de la madre, sino que adopte solamente el de su madre.

Se solicita, por tanto, que el Tribunal constitucional declare la inconstitucionalidad de la norma según la cual el hijo adopta el apellido del padre, en la medida en que no prevé, en caso de consentimiento de los padres, que el hijo pueda adoptar solamente el apellido de la madre.

El Tribunal constitucional opta por no decidir esta única cuestión y partiendo de la base de que el problema es de carácter más general, ya que afecta a todas las normas que implican la adquisición automática del patronímico, considera oportuno plantear ante si esta más amplia cuestión.

La elección realizada por el Tribunal constitucional merece ser compartida.

Si el Tribunal Constitucional hubiera resuelto la cuestión en los términos exactos en que se le planteó, no sólo no se habría realizado el ajuste necesario, sino que, sobre todo, se habría confirmado sustancialmente la desigualdad de género y no se habría superado en absoluto la concepción fuertemente machista y patriarcal que caracteriza al derecho italiano.

Todo ello se recoge claramente en la sentencia del Tribunal.

De hecho, se señala que dar al hijo la posibilidad, sobre la base del consentimiento de ambos progenitores, de tomar no sólo el apellido del padre sino también el de la madre, o de tomar sólo el apellido de la madre, no permite lograr una igualdad de género adecuada y efectiva ni una protección coherente de la identidad del hijo. La afirmación de que puede establecerse una excepción a la regla de que un hijo adopte el apellido del padre sólo si ambos padres estén de acuerdo equivale a confirmar la fuerza de dicha regla y no resuelve ni los casos en los que los padres no han dado su consentimiento ni, lo que es más grave, los casos en los que falta dicho consentimiento[52].

Es decir, un sistema que sólo permite excepciones a la regla del patronímico si ambos progenitores están de acuerdo, confirma y agrava la desigualdad de género, ya que, en caso de conflicto entre el varón y la mujer, da automáticamente

52 Los fundamentos de la sentencia dicen: "anche laddove fosse riconosciuta la facoltà dei genitori di scegliere, di comune accordo, la trasmissione del solo cognome materno, la regola che impone l'acquisizione del solo cognome paterno dovrebbe essere ribadita in tutte le fattispecie in cui tale accordo manchi o, comunque, non sia stato legittimamente espresso; in questi casi, verosimilmente più frequenti, dovrebbe dunque essere riconfermata la prevalenza del cognome paterno, la cui incompatibilità con il valore fondamentale dell'uguaglianza è stata da tempo riconosciuta dalla giurisprudenza di questa Corte (sentenze n. 286 del 2016 e n. 61 del 2006) […] neppure il consenso, su cui fa leva la limitata possibilità di deroga alla generale disciplina del patronimico, potrebbe ritenersi espressione di un'effettiva parità tra le parti, posto che una di esse non ha bisogno dell'accordo per far prevalere il proprio cognome".

prevalencia a la voluntad y decisión del varón, dejando totalmente infructuosa la voluntad de la mujer.

Además, un sistema basado en una norma de este tipo también plantearía graves problemas en el caso de la filiación por parte de parejas homosexuales, en las que, al haber dos padres o dos madres, sería difícil establecer, a falta de una elección precisa de los padres, qué apellido debe llevar el niño. Y no se puede desechar trivialmente la cuestión afirmando que la filiación no puede darse en parejas homosexuales, pues esta afirmación no se sostiene ni en la realidad social ni, sobre todo, en el derecho pretoriano, cuyas decisiones demuestran, afortunadamente, que hay que tomar un camino muy distinto.

Si el derecho quiere realmente asumir una función de promoción y lograr una igualdad sustancial, la decisión sobre el apellido de los hijos no debería depender ni de automatismos que den prevalencia a uno de los miembros de la pareja, ni de una posición de supremacía de uno de ellos. Esto también tiene un impacto negativo en el desarrollo cultural y social, porque proyecta subrepticiamente y casi inconscientemente en la comunidad la idea de que ésta es la regla correcta, alimentando así una cultura machista.

Además, hay que tener en cuenta que la decisión de dar al hijo sólo el apellido del padre podría repercutir negativamente en su identidad, pues siempre se identificaría únicamente en función del apellido de uno de los progenitores. No sólo porque, como ya he dicho, da lugar subrepticiamente a la convicción implícita de que el varón vale más que la mujer, sino porque acaba identificando al sujeto sólo con el progenitor masculino, como si la madre no tuviera o pudiera tener un papel en la identificación del hijo dentro de la sociedad.

A todo esto, hay que añadir que la aceptación de la cuestión de constitucionalidad en los términos originariamente planteados no habría tenido, a diferencia de lo que pasó con la sentencia de 2016, ninguna utilidad significativa ni siquiera en términos de derecho internacional privado.

Como consecuencia de estos argumentos, es absolutamente claro que un sistema inspirado en el principio de igualdad sustantiva, que sitúa en su vértice la protección de la dignidad de la persona humana, no puede tolerar una norma que afirme la prevalencia automática del patronímico.

El Tribunal Constitucional, con gran valentía y sentido de profunda responsabilidad institucional, hace una importante elección y plantea ante sí la cuestión de la legitimidad constitucional del conjunto de normas que imponen la prevalencia automática de los patronímicos.

V. UNA PROPUESTA PARA LA REALIZACIÓN DE LA IGUALDAD DE GÉNERO Y EL RESPETO A LA IDENTIDAD DEL HIJO. ESPERANDO LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL COSTITUZIONAL.

1. El apellido de los hijos.

Es legítimo, yo diría que se da por sentado, esperar que el Tribunal constitucional declare la ilegitimidad de las normas que prevén la prevalencia automática del apellido masculino.

Más difícil es imaginar qué solución adoptará el Tribunal constitucional, dado que no podrá limitarse a declarar la ilegitimidad pura y dura de esas normas y que tendrá que dictar una sentencia, muy novedosa, con la que, bien a través de la técnica aditiva del principio, bien a través de la técnica interpretativa, tendrá que dibujar los aspectos esenciales de la regulación.

Aunque es difícil imaginar cuál podría ser la solución, esto no nos exime de proponer una solución que haga que la ley italiana se ajuste al principio de igualdad, superando toda discriminación de género y garantizando la protección efectiva del derecho a la identidad del hijo.

La solución es, obviamente, en el sentido del doble apellido y, por tanto, en el sentido de que el hijo debe llevar los dos apellidos de los padres[53].

Esta solución, considerada por sí sola, requiere, sin embargo, la adopción de ciertas medidas correctoras, ya que, aun siendo latente, podría mantener una sutil, pero innecesaria, prevalencia de la línea masculina sobre la femenina. También podría dar lugar a incertidumbres en los casos de filiación en el contexto de las parejas homosexuales.

Son necesarias al menos dos correcciones y aclaraciones.

En primer lugar, debe establecerse que los padres puedan decidir libremente cuál es el primer apellido y cuál el segundo, es decir, que los padres puedan decidir el orden de los apellidos que debe llevar el hijo.

Sin embargo, sigue existiendo el problema de qué pasa si no hay acuerdo o si los padres no toman esa decisión. En mi opinión, establecer que el primer apellido debe ser el del padre o el de la madre acabaría desencadenando un nuevo mecanismo de prevalencia de uno de los dos componentes de la pareja sobre el otro, sin considerar que tal solución sería inadecuada con respecto a los casos de

53 Cosí anche Al Mureden, E.: "L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità del figlio", cit., p. 223, que añade que el doble apellido también es importante para el reconocimiento de la identidad del hijo. El autor no hace ninguna sugerencia en cuanto al orden de los apellidos o cualquier otra disposición.

parejas homosexuales. Además, la decisión sobre el primer apellido adquiere una importancia significativa, porque, como pretendo aclarar en breve, será el apellido que la persona podrá transmitir, a su vez, a sus hijos.

Para superar esta dificultad, la única solución que me parece coherente, también en relación con las cuestiones que subyacen a la cuestión de legitimidad constitucional, es establecer que el orden debe ser alfabético, es decir, que, en ausencia de una elección diferente por parte de los padres, el hijo toma los dos apellidos por orden alfabético[54].

Sin embargo, en este punto es indispensable una aclaración más. Una vez establecido el orden de los dos apellidos (por elección de los padres o por orden alfabético), esto debe respetarse para todos los hijos nacidos de los mismos padres, a fin de garantizar que los hermanos tengan el mismo apellido.

Adoptado y aplicado el sistema de doble apellido, la siguiente generación de hijos tendrá dos apellidos y se planteará la cuestión de qué apellido debe transmitirse a los hijos. Como no es posible que cada progenitor transmita todos sus apellidos, sólo se puede transmitir el primer apellido.

Es discutible que un padre pueda decidir transmitir, a su elección, el segundo apellido en lugar del primero. La cuestión es muy compleja y, una vez admitida, habría que establecer si se requiere el consentimiento de ambos progenitores o si la elección se refiere únicamente al progenitor que desea transmitir a su hijo el segundo apellido en lugar del primero. Para evitar estos complejos problemas, creo que la norma debe ser que sólo se pueda transmitir el primer apellido, pero con una medida correctora que no impida absolutamente al progenitor otra posibilidad.

La medida correctora no afecta a la posibilidad de elegir el apellido que se transmite, sino al apellido que identifica a la persona. Al igual que en otros países que adoptan el sistema de doble apellido, cada persona debería tener la facultad de solicitar, al alcanzar la mayoría de edad o los 16 años, la inversión del orden de sus apellidos.

De esta forma, también se absorbería el problema de la transmisión del apellido a los propios hijos, ya que la persona que prefiere su segundo apellido

54 Por eso no comparto la opinión de Cattaneo, G. "Il cognome della moglie e dei figli", *Rivista di diritto civile*, 1997, p. p. 701, p. 703, que defiende que no hay ninguna solución que pueda superar el problema y que se debe mantener la regulación existente: "constatata, dunque, l'impossibilità di salvare questa tradizione ed attuare al tempo stesso una perfetta uguaglianza, ci si può chiedere se valga davvero la pena di escogitare riforme che comunque non raggiungerebbero pienamente lo scopo, o non convenga piuttosto mantenere la norma attuale: la quale ha il merito di essere semplice, chiara, e di non dare luogo a controversie".

y que quiera transmitir ese apellido a sus propios hijos, tiene la posibilidad de solicitar la inversión.

Si el Tribunal constitucional dictara una sentencia adoptando tal decisión, creo que, finalmente, el derecho italiano podría superar esa concepción fuertemente patriarcal de la familia, que siempre lo ha distinguido y lo sigue distinguiendo.

En este sentido, el Tribunal constitucional podría declarar la ilegitimidad de las normas sobre los apellidos en la parte en que no prevean que el hijo debe llevar los apellidos de ambos padres, en el orden elegido por ellos de común acuerdo o, en su defecto, en orden alfabético, especificando que el orden elegido para el primero de los hijos debe aplicarse también a los siguientes.

Una declaración de ilegitimidad constitucional en este sentido tendría la gran ventaja de provocar, inmediatamente, este importante cambio.

El Tribunal constitucional debería, en mi opinión, ocuparse también de los otros dos aspectos a través de una sentencia aditiva de principio, declarando que la regulación debe garantizar al hijo la posibilidad, una vez alcanzada la mayoría de edad o los dieciséis años, de obtener la inversión de sus apellidos y que cada persona puede transmitir a sus hijos sólo su primer apellido.

Por último, en lo que respecta al caso de un hijo nacido fuera del matrimonio, no cabe duda de que las normas deberían ser exactamente las mismas, especificando que en el caso de reconocimiento por uno solo de los progenitores, el hijo debería poder adoptar los dos apellidos del progenitor que lo reconoció, estableciendo que en caso de reconocimiento posterior por parte del otro progenitor, el hijo conserve el primer apellido del progenitor que lo reconoció en primer lugar y añada como segundo apellido el primer apellido del progenitor que lo reconoció en segundo lugar. En el entendimiento de que el hijo también podrá pedir la inversión cuando alcance la edad que le permita hacer tal petición.

2. El apellido de la esposa.

Queda una última cuestión que, en el contexto de una innovación tan importante del sistema jurídico, merece una breve reflexión.

Sería oportuno declarar la ilegitimidad constitucional también de la norma recogida en el art. 143-*bis* c.c. it., que establece que la esposa añade a su propio apellido el del marido.

No hay ninguna razón, ni siquiera en términos de unidad familiar, que justifique tal norma.

No sólo porque sugiere una especie de prevalencia del apellido masculino sobre el de la mujer, sino también porque alude, no tan sutilmente, a la idea de que el apellido familiar debe ser el del varón.

Creo firmemente que esta norma, que es el legado de una cultura dominada por los hombres, merece ser eliminada. Se trataría, además, de una simple declaración de ilegitimidad constitucional, que ni siquiera requeriría la adopción, por vía interpretativa, de una norma diferente. Ni la mujer debe añadir el de su marido a su propio apellido, ni el marido debe añadir el de su mujer a su propio apellido[55], ni es necesario, en términos de disciplina, que la familia tenga un apellido propio.

Si quisiéramos recurrir a un apellido que identificara a la familia, una vez dadas las reglas anteriores, no cabe duda de que la solución podría encontrarse muy fácilmente. De hecho, bastaría con que el apellido de la familia se determinara según las mismas reglas utilizadas para identificar el apellido de los hijos.

Sin embargo, la verdadera pregunta que hay que hacerse es si esa disciplina es realmente útil y si tiene una utilidad intrínseca que pueda justificar su adopción[56].

Personalmente, me inclino por una respuesta negativa, en la absoluta convicción de que un apellido familiar, por un lado, valdría para animar o revivir una forma de institucionalidad y, por otro, ni siquiera sería coherente con la función de la familia y las formaciones sociales dentro del sistema constitucional vigente.

La familia no es un valor en sí, ni tiene valor más allá de sus miembros; tiene valor sólo en la medida en que sea un lugar que favorezca el libre desarrollo de la persona. El difícil camino que ha llevado a la superación de la teoría institucional del matrimonio y al reconocimiento de la prevalencia de la persona humana sobre las formaciones sociales, creo que sugiere terminantemente que no se de relevancia a un apellido que identifique a la familia.

55 Trimarchi, M.: "Diritto all'identità e cognome della famiglia", *Jus civile*, 2013, p. 35: "Si tratterebbe, in altri termini, di estendere anche al marito, in attuazione del principio della parità di trattamento, la regola già prevista dall'art. 143-*bis* del codice civile secondo la quale la moglie aggiunge al proprio cognome quello del coniuge. Una siffatta soluzione, l'unica astrattamente idonea a testimoniare sul piano del cognome il legame che si instaura tra i coniugi nonché ad assicurare la ricorrenza di un cognome uguale per tutti i componenti il nucleo familiare (genitori e figli), si appalesa, peraltro, pur sempre sotto il profilo della tutela dell'identità personale, in possibile contrasto con l'interesse che ciascun coniuge ha (o potrebbe avere) a conservare in via esclusiva, anche dopo il matrimonio, il proprio originario cognome. Né va, al riguardo, sottaciuto come in ambito sociale si sia ormai progressivamente diffuso il convincimento secondo il quale l'identità della persona coniugata viene essenzialmente colta attraverso l'utilizzo del suo cognome di nascita".

56 En este sentido, Favale, R.: "Il cognome dei figli e il lungo sonno del legislatore", cit., p. 824: "Regolare il cognome dei figli indipendentemente dal cognome della famiglia non pare un rimedio molto persuasivo, perché la risoluzione del problema parziale del cognome dei figli lascia irrisolto quello più generale del cognome della famiglia".

Partiendo de esta premisa cultural, me parece que no es necesario identificar un apellido familiar, y que podemos y debemos proceder a la simple abrogación de la norma contenida en el art. 143-*bis* c.c. it.

En una línea de absoluta coherencia, debe declararse también la ilegitimidad constitucional de la norma contenida en el art. 1, apartado 10, L. 76/2016, sobre el apellido común de la unión civil, que, nacida como una mala copia de la norma sobre el apellido de la mujer, acabó expresando una disciplina ciertamente mejor que del Código civil[57].

Aunque esta regulación es preferible a la del apellido de la esposa, no creo que haya ninguna razón para mantenerla. La familia, independientemente de la orientación sexual de sus miembros y, por lo tanto, de si se trata de una familia cuyos miembros son de distinto sexo o del mismo sexo, no necesita un apellido identificativo.

La familia no se identifica y no existe fuera de sus miembros, por lo que la mejor opción es la que evita cualquier posible idea de apellido familiar, que acaba implicando una entificación que me parece absolutamente inapropiada.

Por tanto, la norma sobre el apellido común merecería ser declarada constitucionalmente ilegítima, aunque en el tema de las uniones civiles creo que la verdadera cuestión a plantear es mucho más profunda. Habría que preguntarse, de hecho, si sigue teniendo sentido tener normas sobre las uniones civiles, o si no sería preferible que las personas del mismo sexo pudieran casarse. No hay duda de que mi inclinación es hacia esta solución[58]. Pero esto, se podría decir, es otra problemática historia del derecho italiano.

57 En este sentido, Al Mureden, E.: "L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità del figlio", cit., p. 222, secondo cui questa disciplina potrebbe "costituire un modello sulla base del quale delineare una riforma della regola di attribuzione del cognome della coppia coniugata che consenta di scegliere un cognome unico senza istituire un rapporto gerarchico tra quello dell'uomo e quello della donna".

58 Barba, V.: "La tutela della famiglia tra persone formate dello stesso sesso", cit., p. 68 ss.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: Drittwirkung: *princípi costituzionali e rapporti privati. Un percorso nella dottrina tedesca* (cur. por P. Femia), Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2018.

Al Mureden, E.: "L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità del figlio", *Famiglia e diritto*, 2017, 3, pp. 218-224.

Álvarez Gonzalez, S.: "Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y derecho comunitario", *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 5, 2003, pp. 1657-1663.

Barassi, L.: *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Giuffré, Milano, 1940.

Barba, V.: "La tutela della famiglia tra persone formate dello stesso sesso", *GenIUS*, 2018, pp. 68-84

Barba, V.: "Unione civile e adozione", *Famiglia e diritto*, 2017, pp. 381-395.

Barone, A. & Calò, E.: "Il cognome dei soggetti bipolidi nell'ordinamento comunitario", *Corriere giuridico*, 2005, pp. 680-688.

Bianca, C.M.: "Famiglia è la famiglia fondata sull'affetto coniugale e sull'affetto filiale", en AA. VV.: *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, (coord. por U. Salanitro), Pacini, Pisa, 2019, pp. 119-125.

Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Rivista di diritto civile*, 2013, pp. 1-6.

Bianca, M.: "L'unicità dello stato di figlio", en AA. VV.: *La riforma della filiazione* (coord. C.M. Bianca), Cedam, Padova, 2015, pp. 3-26.

Bova, R.M.: "Il cognome del figlio legittimo con doppia cittadinanza: confronto tra l'ordinamento interno, il diritto sovranazionale e le legislazioni degli stati europei", *Famiglia e diritto*, 2010, 11, pp. 1043-1052 ss.

Bugetti, M.N.: "L'attribuzione del cognome tra normativa interna e princípi comunitari", *Famiglia e diritto*, 2004, 5, p. 442-450.

Carbone, V.: "Conflitto sul cognome del minore che vive con la madre tra il patronimico e il doppio cognome", *Famiglia e diritto*, 2012, 2, pp. 133-142.

Carbone, V.: "Figlio naturale tra cognome materno (riconoscimento) e paterno (legittimazione giudiziale)", *Famiglia e diritto*, 2001, 3, pp. 267-274.

Carbone, V.: "La conservazione del vecchio cognome come diritto all'identità personale", *Famiglia e diritto*, 1996, p. 413 ss.

Carbone, V.: "La disciplina italiana del cognome dei figli nati dal matrimonio: Corte europea dei diritti dell'uomo 7 gennaio 2014, n. 77/07", *Corriere giuridico*, 2014, 3, pp. 205-220.

Carbone, V.: "Per la Corte costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno, se i genitori sono d'accordo", *Corriere giuridico*, 2017, 2, pp. 167-174.

Carbone, V.: "Quale futuro per il cognome?", *Famiglia e diritto*, 2004, 5, p. 460-466.

Carnelutti, F.: "Fedeltà coniugale e unità della famiglia", *Rivista di diritto civile*, 1962, I, pp. 1-3.

Cassano, G.: "Adozione, nome e identità personale. Un nuovo punto fermo della consulta", *Famiglia e diritto*, 2001, 3, p. 255-259.

Cassano, G.: "Status familiare e conservazione del proprio 'cognome'. La Consulta legittima nuovamente il diritto all'identità personale", *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1998, 2, pp. 473-484.

Cattaneo, G. "Il cognome della moglie e dei figli", *Rivista di diritto civile*, 1997, 5, pp. 691-703.

Chiappetta, G.: "I nuovi orizzonti del diritto allo stato unico di figlio", en AA. VV.: *Lo stato unico di figlio* (cood. G. Chiappetta), Edizioni Scientifiche Italiana, Napoli, 2014, p. 11 ss.

Cicu, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Athenaeum, Roma, 1914.

Corzani, V.: "L'attribuzione del cognome materno di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo", *Giurisprudenza italiana*, 2014, pp. 2670-2675.

Croce, M.: "Quod non est in actis non est in mundo: Legal words, unspeakability and the same-sex marriage issue", *Law & Critique*, 2015, pp. 65-81.

Fantetti, F.R.: "Nessuna automaticità o privilegio al patronimico", *Famiglia, persone e successioni*, 2012, pp. 179-184.

Favale, R.: "Il cognome dei figli e il lungo sonno del legislatore", *Giurisprudenza italiana*, 2017, 4, pp. 815-824.

Favilli, C.: "Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 6, pp. 823-830.

Fioravanti, C.: "Sul cognome della prole: nel perdurante silenzio del legislatore parlano le corti", *Nuove leggi civili commentate*, 2017, 3, p. 626-652.

García Rubio, M.P.: "La eficacia inter privatos (Drittwirkung) de los derechos fundamentales", en AA. VV.: *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera,* vol. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002*,* p. 304, pp. 297-314.

García Torres, J. & Jiménes-Blanco y Carrillo de Albornoz, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986.

Gentili, And.: "Il diritto all'identità personale nuovamente all'esame della corte costituzionale", *Nuove leggi civili commentate*, 2001, 6, p. 1159-1192.

Giardina, F.: "Il cognome del figlio e i volti dell'identità. Un'opinione in «controluce»", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, 3, pp. 139-142.

Imarisio, L.: "La questione del cognome tra identità della persona, riconoscibilità sociale della coppia e interesse dei minori", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, 4, pp. 789-806..

Irti, N.: *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016.

Pérez Gallardo, L.: "Las nuevas construcciones familiares en la sucesión ab intestado, en pos de superar trazos hematológicos", en L. Pérez Gallardo: *El derecho de sucesiones que viene*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2020, pp. 213-240.

Moretti, M.: "Il cognome del figlio", en AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia*, (dir. por G. Bonilini), vol. IV, Utet, Torino, 2016, pp. 4078-4095.

Pérez Gallardo, L.: "Hacia un legitima asistencial: ni Escila ni Caribdis", en V. Barba & L. Pérez Gallardo: *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2021, pp. 113-154.

Perlingieri, P.: "Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare", *Rivista di diritto commerciale*, 1969, I, p. 455.

Renda, A.: "Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio", *Rivista di diritto civile*, 2014, p. 1025-1039.

Rescigno, P.: "Per una rilettura del Codice civile", *Giurisprudenza* italiana, 1968, IV, cc. 209-224.

SANTORO-PASSARELLI, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", en F. SANTORO-PASSARELLI: *Saggi di diritto civil*e, Jovene, Napoli, 1961, p. 381 ss.

SERVELLO, G.: "Rettifica degli atti di stato civile e mantenimento del cognome", *Famiglia e diritto*, 1994, p. 137 ss.

SESTA, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Famiglia e diritto*, 2013 pp. 231-241.

SESTA, M.: "Stato unico di filiazione e diritto ereditario", *Rivista di diritto civil*e, 2014, 1, pp. 1-34.

SILVANA, F. M.: "La disciplina del cognome del figlio nato fuori dal matrimonio", *Famiglia e diritto*, 2013, 11, pp. 961-967.

STEFANELLI, S.: "Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma", *Famiglia e diritto*, 2014, 3, pp. 221-230.

SWENNEN, F. & CROCE, M.: "The Symbolic Power of Legal Kinship Terminology: An Analysis of 'Co-motherhood' and 'Duo-motherhood'" *Belgium and the Netherlands*, in *Socials & Legal Studie*s, 2016, pp. 181-203.

TERUEL LOZANO, G.M.: "La Jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea sobre el reconocimiento del nombre en el espacio europeo. Notas sobre la construcción de un estatuto personal común como ciudadanos europeos y su impacto en el Derecho internacional privado", *Anales del Derecho*, 2011, pp. 177-223.

TRIMARCHI, M.: "Diritto all'identità e cognome della famiglia", *Jus civil*e, 2013, pp. 34-45.

IL DIRITTO DI FAMIGLIA E LA MISSIONE DEL GIURISTA. L'INSEGNAMENTO DI MIO PADRE CESARE MASSIMO BIANCA

FAMILY LAW AND THE MISSION OF THE JURIST. THE TEACHING OF MY FATHER CESARE MASSIMO BIANCA

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 920-939

Mirzia BIANCA

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il presente saggio è dedicato all'opera e al contributo di Cesare Massimo Bianca al diritto di famiglia. Ripercorrere il pensiero di Cesare Massimo Bianca nelle diverse stagioni del diritto di famiglia significa accogliere una certa funzione del giurista nella società. Cesare Massimo Bianca, con il suo apporto dottrinario e legislativo, ha rivelato che essere giurista non significa esclusivamente essere interprete delle disposizioni normative, ma significa svolgere una precisa missione per realizzare un più giusto diritto di famiglia. Cesare Massimo Bianca ha svolto questa missione con grande passione, perseveranza, impegno, e per questo il Suo pensiero è destinato a rimanere messaggio indelebile per i giovani. Gli ideali di giustizia, di solidarietà e di uguaglianza che hanno plasmato il Suo pensiero e i principali istituti giuridici del diritto di famiglia rappresentano delle direttive che segnano il percorso del Suo pensiero. Dal punto di vista metodologico l'applicazione del principio di effettività ha consentito a Cesare Massimo Bianca di dialogare costantemente con la giurisprudenza, ascoltando le istanze della società e di tradurle in concreti precetti giuridici. La Sua testimonianza e il Suo pensiero disvelano la Sua particolare sensibilità per i soggetti deboli e la Sua grande umanità. L'equilibrio tra tecnicismo e grande umanità ci consegna un modello unico e irripetibile di metodo e disvela la Sua unicità.

PALABRAS CLAVE: Diritto di famiglia; missione del giurista; coraggio del giurista; solidarietà; uguaglianza; giustizia.

ABSTRACT: *This essay is dedicated to the work and contribution of Cesare Massimo Bianca to family law. Retracing the thought of Cesare Massimo Bianca in the different seasons of family law means welcoming a certain function of the jurist in society. Cesare Massimo Bianca, with his doctrinal and legislative contribution, revealed that being a jurist does not only mean being an interpreter of the legislative provisions, but it means carrying out a precise mission to realize a more just family law. Cesare Massimo Bianca carried out this mission with great passion, perseverance, commitment, and for this reason his thought is destined to remain an indelible message for young people. The ideals of justice, solidarity and equality that shaped his thought and the main juridical institutions of family law represent directives that mark the path of his thought. From a methodological point of view, the application of the principle of effectiveness has allowed Cesare Massimo Bianca to constantly dialogue with the law, listening to the demands of the society and translating them into concrete legal precepts. His testimony and his thoughts reveal your particular sensitivity to weak subjects and his great humanity. The balance between technicality and great humanity gives us a unique and unrepeatable model of method and reveals its uniqueness.*

KEY WORDS: *Family law; mission of the jurist; courage of the jurist; solidarity; equality; justice.*

SUMARIO.- I. RIFLESSIONI INTRODUTTIVE.- II. LA LUNGIMIRANZA E IL CORAGGIO DEL GIURISTA.- III. LA MISSIONE DEL GIURISTA NELLA REALIZZAZIONE DELLA GIUSTIZIA SOCIALE.- IV. L'UGUAGLIANZA E LA SOLIDARIETÀ QUALI VALORI COMPLEMENTARI ALLA GIUSTIZIA SOCIALE.- V. UNA QUESTIONE DI METODO: IL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ E LA FEDELTÀ ALLA NORMA QUALE FATTORE DI INCENTIVAZIONE DELL'EVOLUZIONE DEL COSTUME.- VI. IL RUOLO DELLA DOTTRINA E IL MESSAGGIO AI GIOVANI.

I. RIFLESSIONI INTRODUTTIVE.

Il presente scritto è la rielaborazione di una relazione tenuta ad un Convegno dal titolo "Il contributo di Cesare Massimo Bianca al diritto di famiglia"[1]. In quella sede e ora in questo scritto avevo deciso di evitare un ricordo personale di mio padre, sia perché già avevo dedicato a questo profilo uno scritto che è stato da poco pubblicato[2], sia perché avevo voluto riservare alla pagina scritta la riservatezza della mia commozione. Inoltre in quella sede avevo altresì deciso di non dedicarmi in generale a delineare il contributo del pensiero di mio padre al diritto di famiglia, tema svolto già e più autorevolmente dai Suoi allievi[3], quanto piuttosto di indicare quello che a mio parere è stato il Suo messaggio e il Suo insegnamento, che attiene al ruolo e alla missione del giurista. Questo insegnamento ha percorso tutti i Suoi scritti ma ha trovato un terreno particolarmente fertile nell'ambito del diritto di famiglia, settore del diritto civile cui Egli ha dedicato particolare attenzione[4] e in cui ha manifestato la Sua lungimiranza e il Suo coraggio, nonché una particolare sensibilità per i valori di giustizia sociale, uguaglianza e solidarietà, tasselli di quella che mi piace chiamare la piattaforma ideologica del Suo pensiero. Chiaramente questi valori sono l'humus di tutti i Suoi scritti, anche se hanno trovato più piena espressione nel diritto di famiglia. Inoltre proprio in questo settore del diritto civile mio padre ha portato a pieno compimento la Sua idea sul ruolo del giurista, ruolo che nella Sua prospettiva era da intendersi più propriamente come una vera e propria "missione" per la realizzazione dei principi di giustizia, uguaglianza

1 Convegno del 19 Gennaio 2021 tenutosi presso la Corte di Cassazione e organizzato dal Comitato Pari Opportunità del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.

2 V. Bianca, M.: "Ricordo di mio padre Cesare Massimo Bianca", *Vita not.*, 2020, p. 1097 ss.

3 V .Patti, S.: "C.M. Bianca e il diritto di famiglia", *Familia*, 2020, p. 667 ss.; Auletta, T.: Ricordo pubblicato sul Bollettino dell'Università degli Studi di Catania il 10 settembre 2020; Sirena, P.: *Foreward to the Third Edition of Introduction to Private Law*, 3° ed., Il Mulino, Bologna, 2021; Troiano, S.: "En recuerdo del Prof. Cesare Massimo Bianca", *La Ley*, 2020, p. 9 ss.; Garlatti, C.: "Un ricordo del Prof. Cesare Massimo Bianca", in M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, Tomo I, XXIII, in corso di pubblicazione; Spasari, L.: "In ricordo del Prof. Cesare Massimo Bianca", *Temi romana*, 2020, p. 3 ss.; Del Giudice, A.: "Ricordo del Professore Massimo Bianca", *Rivista della famiglia e delle persone*, in via di pubblicazione.

4 È significativo che nell'ambito delle opere del Trattato di Diritto civile, il volume dedicato alla famiglia sia stato quello che ha avuto più edizioni, essendo arrivato alla 6° edizione che è del 2017.

• Mirzia Bianca
Professore Ordinario di Diritto privato, Università degli Studi La Sapienza, mirzia.bianca@uniroma1.it

e solidarietà. Questa missione è stata da Lui svolta sia in qualità di esponente della dottrina, sia in qualità di legislatore, avendo coordinato la Commissione della Riforma della filiazione. Altro importante messaggio di mio padre è quello relativo alla individuazione di un difficile punto di equilibrio tra norma e costume alla luce del principio di effettività, principio che rappresenta sicuramente altro filo rosso del Suo pensiero. Proprio nell'accoglimento del principio di effettività, emerge il Suo costante dialogo con la giurisprudenza, vero e unico test per accertare la vitalità e quindi l'esistenza della norma giuridica. Tuttavia nel pensiero di mio padre e nella Sua impostazione sostanzialistica del diritto, il principio di effettività non è mai considerato isolatamente, ma si accompagna ad altro principio, che è quello della fedeltà alla norma. Si comprende così la Sua particolare impostazione che, se da un lato rifiuta ogni devozione sterile alla norma giuridica, se essa non risulta applicata, dall'altro affida alla norma giuridica la forza propulsiva di fattore di modificazione e di evoluzione del costume. In questa impostazione così particolare del Suo pensiero, la dottrina non è mai antagonista della giurisprudenza, ma con essa costruisce un dialogo virtuoso. Dottrina, giurisprudenza e legislatore non sono mai in conflitto ma concorrono, se pure in diverso modo, alla realizzazione dei valori della società. Questa impostazione dialogica, oltre ad essere un messaggio importante per i giovani, rappresenta a mio parere il più importante lascito di coraggio e di speranza per l'interprete.

II. LA LUNGIMIRANZA E IL CORAGGIO DEL GIURISTA.

Se dovessi trovare degli aggettivi per Cesare Massimo Bianca giurista, sicuramente direi che è stato un giurista "lungimirante" e "coraggioso". La lettura dei Suoi scritti, dal lontano 1955 sino ad oggi, mostra queste caratteristiche che Egli ha mantenuto costanti nel tempo. Era un giurista che riusciva a vedere in anticipo le lacune del sistema quando ancora mancava consapevolezza nel pensiero corrente e nel costume. La Sua lungimiranza, che ha trovato piena espressione sin da quando giovanissimo pubblico la sua opera monografica sul divieto del patto commissorio[5], esponendo una tesi allora d'avanguardia, poi accolta dopo tanti anni dalla giurisprudenza, si è sviluppata anche in tempi successivi attraverso le fortunate formule della "causa in concreto" e della buona fede, che hanno trovato negli anni piena applicazione da parte della giurisprudenza di legittimità. In materia di diritto di famiglia queste due caratteristiche hanno trovato piena e completa espressione come emergerà dalla lettura di queste pagine. Prima ho utilizzato anche l'aggettivo di giurista "coraggioso", perché le Sue idee, non solo erano lungimiranti, ma sfidavano con coraggio il comune sentire e il pensiero tradizionale restio a capovolgere la rassicurante prospettiva da tutti accettata. Di recente lo

5 *I l divieto del patto commissorio*, Giuffrè, Milano, 1957.

si è ricordato come un giurista "moderno"[6] e questa "modernità" del pensiero lo rendeva giovane anche quando negli ultimi anni non lo era più anagraficamente, essendo sempre pronto a confrontarsi con le novità e le evoluzioni della società, che egli analizzava con spirito semplice e senza pregiudizi. Il coraggio poi si esplicava, come accennato, anche nei confronti del costume e della società, non avendo nessuna remora a denunciare l'illegittimità di istituti che egli riteneva contrari al principio di giustizia sociale. Questo coraggio, che nasceva dalla ferma convinzione delle Sue idee, veniva espresso con il Suo consueto garbo sia nei confronti dei colleghi e, ove necessario, anche nei confronti della giurisprudenza. Queste due caratteristiche di lungimiranza e di coraggio non si traducevano infatti mai in tracotanza e in spirito di superiorità, ma unicamente in fermezza e convinzione.

In materia di diritto di famiglia, la lungimiranza e il coraggio hanno assunto un valore simbolico di rovesciamento della tradizionale impostazione dei rapporti familiari, da rapporti verticali e connotati dalla supremazia del capo famiglia, a rapporti orizzontali caratterizzati dalla uguaglianza e dal nuovo concetto di comunità familiare, sia nei rapporti tra coniugi, sia nei rapporti genitori-figli. Già nel lontano 1961, e quindi molto prima della Riforma del diritto di Famiglia del 1975, nella voce del Digesto dedicata alla Famiglia[7] mio padre individuava le direttrici del movimento di Riforma del diritto di famiglia nel "miglioramento della posizione della moglie e in quella dei figli nati fuori dal matrimonio. Per quanto riguarda il primo problema, il principio paritario affermato nella Costituzione (art. 29, 2° comma), ha posto la questione nei termini concreti di un riadattamento delle disposizioni legislative che attribuiscono al marito una posizione di supremazia o comunque privilegiata rispetto alla moglie... Riguardo alla posizione dei figli nati fuori dal matrimonio... il principio costituzionale che assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima (art. 30, 3° comma), impone già ogni sforzo per escludere qualsiasi elemento di inferiorità del soggetto"[8]. Queste riflessioni continueranno nel 1967 nel saggio dal simbolico titolo: "Lo pseudo-riconoscimento dei figli adulterini"[9], in cui il problema della equiparazione dei figli adulterini viene prospettato come esigenza morale: "Io mi limiterò a segnalare una delle più pressanti esigenze morali che reclamano un mutamento della disciplina e della concezione dei rapporti familiari: quella della equiparazione dello stato di figlio naturale allo stato di figlio legittimo. Si tratta di un principio che non trova piena rispondenza nel comune sentire: la sua affermazione non può nascere quindi da un'indagine sociologica ma da un'istanza di

6 V. Garlatti, C.: *op ult. cit.*

7 Voce *Famiglia (diritti di)*, in *Noviss. Dig it.*, VII, Torino, 1961, p. 68 ss., pubblicato in *Realtà sociale ed effettività della norma giuridica. Scritti giuridici,* vol. I, T. 1, Milano, 2002, p. 285 ss.

8 Così testualmente, *op ult cit.*, p. 300 s.

9 Pubblicato in *La riforma del diritto di famiglia,* Atti del Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione "Giorgio Cini" nei giorni 30 aprile – 1° maggio 1967, Padova, 1967, p. 183 ss. e ora in *Realtà sociale ed*, vol. I, T. 1, cit., p. 303 ss.

giustizia proposta alla società"[10]. La questione morale dell'unificazione dello stato di figlio lo assillerà anche dopo la Riforma del 1975, fino alla Riforma della filiazione del 2012 e 2013, nota come Riforma Bianca in quanto egli era il Presidente della Commissione, progetto culturale da lui voluto e diretto che porta a termine una piena e incondizionata parificazione dei figli. In tal senso egli stesso, in un articolo dedicato alla Riforma, adotta la formula simbolica: "la legge conosce solo figli"[11].

Nella stessa e citata voce Famiglia (diritti di) del 1961 è contenuta un'altra grande anticipazione intellettuale: quella in ordine all'abbandono dell'idea allora imperante del diritto di famiglia come diritto speciale finalizzato alla realizzazione di interessi superindividuali e la considerazione dei diritti e dei rapporti familiari come appartenenti al diritto privato generale. Questa impostazione, che oggi appartiene alle più evolute riflessioni in materia di diritto di famiglia e che appare ai più scontata, deve considerarsi per quei tempi decisamente rivoluzionaria. Di quelle pagine colpiscono alcuni passaggi: "L'analisi delle norme di diritto positivo esclude la rilevanza di un interesse del gruppo familiare distinto da quello dei singoli membri... L'affermazione senza alcuna riserva della natura privatistica dei diritti di famiglia significa che la fondamentale ed immediata finalità della loro tutela è costituita da bisogni dell'individuo verso l'individuo, e che all'individuo medesimo spetta attuare i valori dei suoi rapporti familiari... L'educazione del minore e l'assistenza familiare si identificano come interessi individuali dei singoli membri della famiglia e la loro protezione giuridica è realizzata nelle forme del diritto soggettivo, quale posizione correlativa ad un obbligo specificamente imposto a determinati soggetti"[12]. Riguardo alla posizione dei figli, in quelle riflessioni era già contenuta in nuce la rivoluzione culturale che porterà con la citata Riforma della filiazione del 2012 e 2013 al riconoscimento del principio di unicità dello stato di figlio e alla codificazione dello statuto dei diritti fondamentali del figlio, (rispettivamente art. 315 e 315-bis del codice civile riformato). Altra espressione della Sua lungimiranza è data dall'attenzione che Egli da tempo aveva manifestato in ordine alla questione dell'obbligo (allora vigente) della moglie di aggiungere il cognome maritale: "Altra norma che può considerarsi ormai inoperante è quella che obbliga la moglie ad aggiungere il cognome del marito (art. 143-bis)... Si vuole giustificare tale norma nel richiamo all'esigenza di garanzia dell'unità della famiglia espressamente indicata dalla norma costituzionale (art. 29, 2° comma)... In realtà la riforma del 1975 ha definitivamente recepito l'idea della preminenza del principio di parità su quello dell'unità familiare"[13].

10 Così testualmente, *op ult cit*., p. 304.

11 "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ*., 2013, p. 1 ss.

12 Voce *Famiglia (diritti di)*, cit., p. 294 s.

13 "I rapporti personali nella famiglia e gli obblighi di contribuzione", in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive,* Atti del Convegno di Verona 14-15 giugno 1985 dedicato alla memoria del Prof. Luigi Carraro, Padova, 1986, p. 74 ss. e ora in *Realtà sociale ed*, vol. I, T. 1, cit., 670.

Con riferimento al coraggio, manifestato anche nei confronti della giurisprudenza, basti ricordare la forza con la quale mio padre aveva denunciato l'ingiustizia della discriminazione dei parenti naturali ad opera della Corte costituzionale, che in più occasioni aveva respinto il giudizio di illegittimità dell'art. 565 del codice civile sulla base della distinzione tra soggetti tra i quali esiste un rapporto di consanguineità e soggetti legati da un rapporto di parentela. Di quelle pagine colpisce soprattutto la fermezza con la quale egli contestava l'operato della Corte costituzionale[14]. Così, tra le altre, la seguente affermazione: "la Consulta ci consegna, così, il suo assunto centrale: i parenti naturali non sono parenti"[15]. Oltre al coraggio, quelle pagine fanno emergere la Sua lungimiranza. Egli infatti così si esprimeva nei confronti della Corte costituzionale: "l'assunto della non-parentela dei parenti naturali andrebbe dimostrato. La dimostrazione si rende necessaria in quanto la parentela è una nozione normativamente definita dal codice civile: «la parentela è il vincolo tra le persone che discendono dallo stesso stipite»"[16].

Con la Riforma della filiazione, anche questa discriminazione è stata del tutto eliminata e chiarita dalla nuova riformulazione dell'art. 74 del codice civile che, anche se per Lui superflua, al fine di evitare le letture del passato, include espressamente nella nozione di parentela anche quella naturale.

III. LA MISSIONE DEL GIURISTA NELLA REALIZZAZIONE DELLA GIUSTIZIA SOCIALE.

Il coraggio e la lungimiranza che costituiscono la cifra principale del Suo essere giurista non si comprendono appieno se non si comprende quello che c'era dietro. Nel caso di mio padre il movente principale è il profondo senso di giustizia che ha animato ogni Sua riflessione giuridica. La giustizia sostanziale spiegava e al tempo stesso animava il Suo impegno, che sarebbe riduttivo confinare ad una riflessione intellettuale sul ruolo del giurista. La sua passione per la giustizia faceva della Sua professione di giurista una vera e propria missione, che ha svolto con tenacia per tutto il corso della Sua vita. Prediligo utilizzare il termine "missione" piuttosto che "ruolo" perché il senso di giustizia era da Lui inteso come un preciso e indeclinabile impegno, che lo portava ad essere attore principale votato alla rimozione dei fattori che potessero impedire la piena attuazione di questo principio, posto a fondamento di tutte le Sue riflessioni. Un esempio di questo coraggio e della Sua grande tenacia mossa dal principio di giustizia, è stata la perseveranza con la

14 V. "I parenti naturali non sono parenti? La parola torna alla Corte costituzionale," nota a App. Roma, 27 dicembre 1999, in *Giust civ.* 1999, 2000, p. 2473 ss., pubblicato in *Realtà sociale ed*, vol. I, t. 2, cit. p. 1025 ss.; Id., "I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua", Nota a Corte Cost. 23 novembre 2000, n. 532, in *Giust civ.*, 2001, p. 591 ss., pubblicato in *Realtà sociale ed*, vol. I, t. 2, cit., p. 1037 ss.

15 Così testualmente Bianca, C.M.: "I parenti naturali", cit., p. 1039.

16 Così testualmente Id.: "I parenti naturali", cit., p. 1039.

quale Egli ha perseguito l'obiettivo di realizzare il principio di unicità dello stato di figlio. Quando nel 2012, a causa di conflitti tra le forze politiche, la Riforma della filiazione stava vacillando, Egli scrisse ai politici di allora una lettera infervorata, sottolineando le ragioni etiche che rendevano urgente quella Riforma[17]: "In primo luogo ho rivolto un caldo appello alla Commissione affinché dia disco verde al disegno di legge sulla riforma della filiazione. Ho sottolineato, richiamando quanto scritto nell'appunto già inviato alla Commissione, che si tratta di una svolta di civiltà giuridica che non può essere ulteriormente procrastinata. È una svolta di civiltà reclamata da un'elementare esigenza di giustizia che non tollera la discriminazione dei figli basata sulla nascita".

Pur riconoscendo autonomia alle scienze giuridiche rispetto alle altre scienze, in uno scritto dal suggestivo titolo "Il diritto privato e la sfida sociale"[18] egli così si esprimeva: "L'idea in sé corretta, che consente di identificare il giuridico al di là delle valutazioni riservate ad altre scienze, finisce tuttavia col tradursi anch'essa in una proposizione valutativa e addirittura in un precetto di azione dell'interprete, che dovrebbe appunto procedere al di fuori di ogni suggestione metagiuridica. Viene così a mancare ogni impegno ideologico, e ciò, anzi, è portato a vanto del giurista e quale segno della sua superiorità sulle parti sociali. In questo modo si viene tuttavia a dimenticare che il diritto c'è in quanto vi è una società che se ne serve, e che esso è pertanto un momento indissolubile di questa realtà «in funzione della quale esso si pone». Se il diritto è in funzione della società, assieme a questa deve cambiare anche il diritto. Ora il cambiamento al quale assistiamo investe alle radici una società che domanda giustizia sociale. Il giurista non può ignorare, appunto, che questa società si trasforma, e che essa non ha semplicemente bisogno di modificare le sue regole giuridiche ma ha piuttosto e soprattutto bisogno di un «diritto nuovo», di un diritto diverso che risponda alla fondamentale richiesta di giustizia sociale"[19]. In altre pagine dedicate al diritto naturale[20] egli ripropone il difficile rapporto tra diritto e giustizia ma non sottrae al giurista il compito di realizzare questo obiettivo: "Il giurista non può sottrarsi al problema della giustizia declinando la propria competenza, perché la giustizia fa parte dell'ordinamento. Concretizzando il discorso in relazione al nostro diritto può dirsi che il giurista deve indagare sulla giustizia già in quanto la legge «ingiusta» si pone contro l'ordinamento costituito ed è soggetta all'azione di annullamento"[21]. Nella Sua prospettiva la realizzazione della giustizia rappresenta un preciso impegno del giurista: "La ricerca della giustizia è allora un «impegno giuridico» che

17 Tale lettera è inclusa negli Atti della Commissione Giustizia della Camera e ringrazio il Dott. Carlo Rosetti per avermi portato a conoscenza della stessa.

18 Pubblicato in *Iustitia*, 1980, p. 213 ss. e in *Realtà sociale ed*, vol. I, t. 1, cit., p. 141 e ss.

19 *Così testualmente op. ult. cit.*, p. 143.

20 "Riflessioni di un civilista sul diritto naturale", in Sirena P. (a cura di), *Oltre il "positivismo giuridico" in onore di A. Falzea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 39 ss.

21 Così testualmente *op. ult. cit.*, p. 42.

deve essere assolto dando a ciascuno ciò che gli spetta come diritto inviolabile... La costante ricerca di ciò che è moralmente dovuto è allora alla base dell'operare secondo giustizia. L'idea della giustizia come impegno continuo è mirabilmente espressa nella nota definizione di Ulpiano, dove il «ius» non è da intendere come il dato offerto al giurista ma come il risultato della sua ricerca su ciò che a ciascuno è dovuto secondo il senso del giusto"[22]. La giustizia rappresenta così il fil rouge che percorre il Suo pensiero giuridico e spesso compare anche nei titoli dei Suoi scritti. Dallo scritto che riproduce il Convegno di Venezia del 1989 della Fondazione Cini, simbolicamente intitolato "Il familiare debole: l'impegno di giustizia del nuovo diritto di famiglia"[23] fino ad uno scritto più recente del 2000 intitolato "Verso un più giusto diritto di famiglia"[24]. L'attenzione verso la giustizia è stata per mio padre una preoccupazione costante e un incentivo a migliorare il diritto di famiglia, anche quando sembrava che il più era stato fatto. Il senso di insoddisfazione restava tuttavia per quelle residue discriminazioni che, anche se meno vistose rispetto a quelle del passato, proprio per questo era più difficile rimuoverle. Egli infatti proprio dopo la grande Riforma del 1975, quando sembrava che tutto fosse stato risolto così si esprimeva: "... l'impegno di giustizia familiare non è certo esaurito... esso si presenta più difficile soprattutto perché le ingiustizie rimaste riguardano una cerchia ristretta di soggetti e sfuggono quasi del tutto all'attenzione dei grandi mezzi di comunicazione. Si tratta quindi di ingiustizie «meno gravi», come se la gravità dell'ingiustizia potesse dipendere dal numero o dalla qualità di coloro che la subiscono"[25].

Questa tensione perenne per la giustizia si tacita solo quando, con la Riforma della filiazione, si riesce ad eliminare le residue discriminazioni e ad assicurare a tutti i figli gli stessi diritti fondamentali.

IV. L'UGUAGLIANZA E LA SOLIDARIETÀ QUALI VALORI COMPLEMENTARI ALLA GIUSTIZIA SOCIALE.

Il suo innato senso di giustizia che, come dicevo, ha legittimato e al tempo stesso dato un senso profondo alla missione del giurista, è felicemente integrato da due principi: l'uguaglianza e la solidarietà, principi che concorrono alla formazione della piattaforma valoriale del Suo pensiero.

Quanto al principio di uguaglianza, esso rappresenta la premessa assiologica per la realizzazione del principio di giustizia sostanziale. L'eguaglianza, da lui

22 Così testualmente *op. ult. cit.*, p. 45.

23 Pubblicato in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Congresso dei civilisti italiani, Venezia 23-26 Giugno 1989, Fondazione G. Cini, Padova, 1991, p. 87 ss. e in *Realtà sociale ed*, vol. I, t. 2, cit., p. 865 ss.

24 "Verso un più giusto diritto di famiglia", *Iustitia,* 2012, p. 237 ss.

25 "Il familiare debole", cit., testualmente p. 870-871.

intesa sia come non discriminazione, sia come "parità reciproca e quindi come non assoggettamento all'altrui potere autoritario"[26] riceve un ordine sistematico nell'opera del 1977 dal titolo "Le autorità private"[27]. In quella suggestiva opera, che ancora oggi viene reputata di grande attualità[28], mio padre smentiva l'assunto rassicurante e tradizionale del diritto privato quale diritto tra eguali e denunciava l'esistenza di rapporti privatistici connotati da autorità. In quelle pagine egli evidenziava l'importanza del principio di uguaglianza "perché il suo rispetto è una delle condizioni di una giustizia effettiva"[29]. Nell'operare la distinzione tra autorità di fatto e autorità di diritto, egli, rilevava l'illegittimità di autorità familiari di diritto negli istituti della potestà maritale e della patria potestà: "Deve ribadirsi la illegittimità di una qualsiasi potestà maritale in quanto l'eguaglianza dei sessi esclude una situazione di incapacità della moglie in funzione della quale possa essere attribuito al marito un potere autoritario... Ugualmente inammissibile deve ritenersi l'idea di una potestà attribuita anche nell'interesse del genitore, portatore di un diritto sul figlio. La concezione di un'«appartenenza» del figlio al genitore, anche se resiste in una certa tradizione di pensiero, risponde anch'essa al modello di una struttura familiare arbitrariamente diseguale in sicuro contrasto con l'esigenza di riconoscere al minore pari ed integra dignità nell'ambito della comunità familiare"[30]. Queste riflessioni anticipano di quarant'anni la Riforma della filiazione e mostrano quanto fossero per l'epoca lungimiranti e coraggiose. Altro riferimento specifico all'applicazione del principio di uguaglianza si rinviene in un saggio che raccoglie gli Atti di un Convegno napoletano del 1975 dedicato proprio al tema della uguaglianza tra coniugi[31]. Di quel saggio colpisce particolarmente il collegamento inusuale ma importante tra l'uguaglianza dei coniugi e l'uguaglianza dei figli. Il principio di uguaglianza, come detto, trova infine piena attuazione con la Riforma della filiazione, che realizza e porta a pieno compimento il principio di parità nei rapporti familiari. Di quella Riforma, oltre alle rivoluzioni più vistose, come quelle riguardanti la riconoscibilità dei figli nati tra parenti e quella relativa agli effetti del riconoscimento, colpiscono anche quelle soffuse ma non meno importanti, come la soppressione degli istituti successori della commutazione e della legittimazione, la modifica dei termini di prescrizione per le azioni di stato, la norma sulle disposizioni transitorie (art. 104 d.lgs. n. 154 del 2013) che ammette una deroga al principio di irretroattività[32] proprio al fine di non operare discriminazioni

26 *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, pubblicato in *Realtà sociale ed*, cit., p. 47 ss. e testualmente p. 51.

27 Opera citata alla nota precedente.

28 Sirena, P.- Zoppini, A.: *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da "Le autorità private" di C.M. Bianca*, Roma TrE-Press, Roma, 2018.

29 *Le autorità private,* cit., testualmente, p. 5.

30 Cosi testualmente, *op. ult. cit.*, p. 56-58.

31 *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi,* Convegno di Studi, Napoli, 14-15 dicembre 1973, Jovene, Napoli, 1975, p. 1 ss. e ora in *Realtà sociale ed*, vol. I, t. 1, cit., p. 371 ss.

32 Tale norma, nonostante le prime critiche, è stata giudicata dalla Corte costituzionale legittima in quanto il fondamento di tale eccezionale deroga al principio di irretroattività è il principio di uguaglianza, principio ispiratore della Riforma: Corte cost. 22 maggio 2013, n. 103.

tra i figli nati prima o dopo l'entrata in vigore della Riforma. Si tratta di disposizioni che tutte concorrono al risultato sistematico della unicità dello stato di figlio e quindi all'applicazione del principio di uguaglianza alla filiazione.

Altro principio che nella piattaforma assiologica del pensiero di mio padre si accompagna a giustizia e uguaglianza è il principio di solidarietà. Tale principio, al pari dell'uguaglianza, concorre alla realizzazione della giustizia sostanziale. Nel citato saggio: "Il diritto privato e la sfida sociale" mio padre così si esprimeva: "Spesso la logica dei rapporti privati non consente di assicurare alla persona la solidarietà di cui essa ha bisogno, ma un diritto ideologicamente impegnato in termini di giustizia sociale deve essere inteso a confrontare l'interesse dell'uno con l'interesse dell'altro e a reclamare la solidarietà della comunità quando il singolo rimane travolto. Si tratta appunto di quelle risposte globali che a volte si intravedono incompiutamente nei programmi politici e che la dottrina non riesce neanche a prospettare". In materia di diritto di famiglia la solidarietà quale veicolo della giustizia sociale assume nel Suo pensiero due diverse accezioni: 1) diritto di solidarietà del singolo nei confronti degli altri componenti del gruppo familiare; 2) diritto del singolo alla solidarietà da parte dello Stato. Secondo la prima accezione, la solidarietà si traduce in impegno di assistenza morale e materiale che tocca il rapporto tra i coniugi e il rapporto genitori-figli. Espressione di tale impegno di solidarietà viene riconosciuta nell'istituto della comunione legale in tempi in cui la donna non era ancora entrata nel mondo del lavoro: "Fondamento di questo regime è il principio di solidarietà coniugale che esige un più intenso riconoscimento della collaborazione del coniuge anche se non produttiva di un reddito di lavoro. I risparmi e gli investimenti realizzati durante la vita matrimoniale, pure se hanno ad oggetto denaro proveniente dal reddito di un coniuge, sono infatti generalmente il risultato del contributo dato da entrambi i coniugi sia mediante l'attività di lavoro esterno sia mediante la collaborazione prestata all'interno della famiglia"[33]. Tale impegno di solidarietà permane anche dopo il fallimento del rapporto matrimoniale diventando solidarietà post-coniugale. Questa Sua felice formula, già utilizzata nei primi commenti della legge sul divorzio[34], ha dato un contributo decisivo alla giurisprudenza per la individuazione della natura dell'assegno divorzile[35]: "L'estinzione del vincolo coniugale e dei doveri che vi ineriscono non cancella il fatto che i due coniugi sono stati marito e moglie. La realtà dell'unione realizzata

33 "Il regime della comunione legale", in Bianca, C.M.: (a cura di), I, Giuffrè, Milano, 1989, p. 1 ss. e ora in *Realtà sociale ed* vol. I, t. 2, cit., p. 775 ss. e testualmente p. 776-777.

34 "Artt. 5, 6, 9 e 9-bis, Legge 1° dicembre 1970, n. 898", in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian-Oppo-A. Trabucchi, VI, Pt. I, Padova, 1993, p. 313 ss. e ora in *Realtà sociale ed*, vol. I, t. 1, cit., p. 473 ss.; "Conseguenze personali e patrimoniali", in *La riforma del divorzio*, Atti del Convegno di Napoli, 22 maggio 1987, a cura di E. Quadri, Jovene, Napoli, 1989, p. 49 ss. e ora in *Realtà sociale ed*, vol. I, t. 2, cit., p. 737 ss.

35 V. C. S.U. 29 novembre 1990, n. 11490, con Sua nota: "Natura e presupposti dell'assegno di divorzio: le Sezioni unite della Cassazione hanno deciso", *Riv. dir. civ.* 1991, II, p. 221 ss. e ora in *Realtà sociale ed*, vol. I, t. 2, cit., p. 845 ss.

pone un'esigenza di solidarietà post-coniugale tanto più intensa quanto maggiore è stata l'attuazione dell'impegno di vita matrimoniale. Questa solidarietà post-coniugale costituisce il fondamento degli effetti di ordine patrimoniale a favore del coniuge divorziato"[36]. L'esigenza di assicurare tale solidarietà post-coniugale è stata da Lui ribadita anche in tempi recenti a seguito dei tentennamenti della giurisprudenza[37]: "Pur se risolubile il matrimonio è un vincolo sul quale i coniugi costruiscono il progetto della loro vita, e la vita vissuta nell'attuazione di questo progetto è una realtà esistenziale che il divorzio, consensuale o giudiziale, non cancella. Questa realtà non è cancellata perché il progetto di vita comune che i coniugi hanno vissuto, divenendo l'uno parte dell'esistenza dell'altro, rende doveroso il loro reciproco aiuto pur dopo lo scioglimento del vincolo"[38].

Con riferimento alla seconda accezione della solidarietà, quale diritto alla solidarietà, da far valere nei confronti dello Stato, restano simboliche le Sue riflessioni a proposito dell'aborto. La Sua impostazione ideologica volta a contrastare l'interruzione della vita umana non gli impediva, in forza del principio di solidarietà, di non dimenticare la condizione di solitudine della donna costretta ad abortire: "Bisognava e bisogna chiedersi quale concreta solidarietà sia possibile offrire alla donna spinta ad abortire per le sue circostanze personali o per le sue condizioni socio-economiche. Di questo la dottrina non si è minimamente preoccupata. Abbiamo una legge la quale prevede che la donna deve essere fatta consapevole dei suoi diritti di lavoratrice e di madre, e degli aiuti che essa potrà ricevere, senza dirci tuttavia quali siano questi diritti e questi aiuti. Il silenzio sta piuttosto ad indicare che non vi sono né diritti né aiuti e che la donna deve risolvere da sé il suo problema"[39]. Lo stesso intendimento della solidarietà animerà la Sua preoccupazione costante per le famiglie indigenti, i cui figli vengono messi in stato di abbandono. Nella individuazione, già in tempi lontani, di *un diritto a crescere nella propria famiglia*[40] egli sottolineava la necessità di un intervento solidale dello Stato in favore delle famiglie bisognose, in ottemperanza al dettato costituzionale (art. 30): "L'esclusione di un diretto impegno dello Stato rientra in generale nella persistente diffidenza verso l'immediata operatività dei precetti costituzionali di tipo solidaristico nei rapporti della vita di relazione"[41]. L'esigenza di solidarietà nei confronti delle famiglie bisognose al fine di impedire la messa in stato di abbandono del minore è stata una Sua preoccupazione costante che lo ha

36 "Artt. 5, 6,", cit., testualmente p. 493.

37 V. C. 10 maggio 2017, n. 11504 seguita da C. S.U. 11 Luglio 2018, n. 18287.

38 Così testualmente in "Le Sezioni unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale", *Fam.* e *dir.*, 2018, p. 955.

39 "Il diritto privato", cit., testualmente, p. 146 s.

40 "Abbandono del minore e diritto di crescere in famiglia: spunti in tema di adozione speciale", *Giust. civ.*, 1980, II, p. 178 ss. e in *Studi Sassaresi*, VII, Serie III, Anno acc. 1979-80, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, p. 191 con il titolo: "La situazione di abbandono: in particolare, adozione e rilevanza della funzione di solidarietà", ora in *Realtà sociale ed*, vol. I, t. 2, cit., p. 605 ss.

41 "Abbandono del minore", cit., testualmente, p. 609.

visto agire anche in qualità di legislatore. Con la Riforma dell'adozione del 2001 (L. 28 marzo 2001, n. 149) riuscì a far inserire una norma che proclama espressamente il diritto del minore di crescere in famiglia e una disposizione che espressamente prevede che "le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del minore alla propria famiglia e che lo Stato, le Regioni e gli enti locali sostengono con idonei interventi, nei limiti della loro autonomia e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, le famiglie in difficoltà al fine di prevenire lo stato di abbandono" (art. 1, comma 2, l. adozione nuovo testo). Tuttavia, la Sua missione non era finita. Costatata la mancata attuazione della norma, sia per mancanza delle risorse disponibili, che per difficoltà operativa di intervento da parte del giudice, non mancava di denunciare che "l'inerzia dell'Amministrazione che omette colposamente di sostenere le famiglie non in grado di mantenere adeguatamente i figli minori lede dunque diritti fondamentali dei genitori e dei figli... Si tratta precisamente del diritto dei genitori di crescere i propri figli minori e del diritto dei figli minori di crescere nella propria famiglia. Tali diritti esigono il rispetto ma esigono anche l'aiuto del potere pubblico, qualificandosi, per questo verso, come diritti fondamentali di solidarietà"[42]. Con la Riforma della filiazione fece inserire nella legge sulle adozioni una norma, l'art. 79-bis che prevede espressamente l'obbligo del giudice di segnalare ai comuni le situazioni di indigenza dei nuclei familiari che richiedono interventi di sostegno per consentire al minore di essere educato nella propria famiglia.

Ciò che mi preme qui ricordare è che la solidarietà, insieme alla giustizia e all' uguaglianza non erano solo principi nobili che erano alla base della piattaforma assiologica del Suo pensiero ma nel Suo caso hanno acquistato una valenza concreta in termini di impegno per quella che Lui ha dimostrato essere una vera e propria "missione" del giurista.

V. UNA QUESTIONE DI METODO: IL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ E LA FEDELTÀ ALLA NORMA QUALE FATTORE DI INCENTIVAZIONE DELL'EVOLUZIONE DEL COSTUME.

Il contributo di Cesare Massimo Bianca resterebbe non sufficientemente compreso senza l'analisi della questione di metodo che egli ha applicato a tutti i Suoi scritti e che ha trovato un terreno particolarmente fecondo in materia di diritto di famiglia: il principio di effettività. Tale principio ha rappresentato il filo rosso del Suo pensiero e del Suo essere giurista. Non è un caso che la Raccolta dei Suoi scritti è intitolata "Realtà sociale ed effettività della norma". Il principio di effettività, condensato nella formula "Ex facto oritur ius" che dà il titolo ad un Suo

42 Così testualmente in "Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia", *Giust. civ.*, 2001, p. 429 ss. e ora in *Realtà sociale ed*, vol. I, t. 2, cit., p. 1072.

noto saggio[43], nella derivazione del diritto dal fatto, attesta che "l'effettività della norma non è data dalla misura della sua osservanza ma dalla sua accettazione da parte del corpo sociale come norma giuridica"[44]. Secondo questa impostazione metodologica "l'accettazione sociale della norma è fatto dal quale scaturisce il diritto"[45]. Il principio di effettività è stato il metro dell'attività interpretativa e della fedeltà alla norma giuridica: "Il momento della fedeltà è nella verifica della norma secondo il significato in cui essa è effettivamente operante... Chi ad es., continuasse ad interpretare le norme del codice civile nel senso di una supremazia del marito nei confronti della moglie, basandosi sulla lettera e sull'originario significato della legge, proporrebbe un'interpretazione infedele perché non più rispondente alla norma effettiva"[46]. Questa prospettiva metodologica, insieme alla Sua particolare sensibilità e lungimiranza, spiega il perché del Suo costante dialogo con la giurisprudenza: "Le applicazioni giurisprudenziali che si traducono in orientamenti consolidati conferiscono alla norma un significato che tende ad essere recepito nel tessuto sociale. Ciò si spiega in quanto di massima i consociati «conoscono» le norme così come esse sono applicate dalla giurisprudenza, e conformemente a tale conoscenza modellano i loro rapporti eseguendo prestazioni, osservando divieti, avanzando pretese"[47]. Sostenitore di un fecondo e ineludibile dialogo tra dottrina e giurisprudenza, egli tuttavia non ha mai confuso il ruolo della giurisprudenza: "Prendere atto del principio di effettività non vuol dire tuttavia né conferire né riconoscere un potere normativo ai giudici né dare ingresso alla «consuetudine giurisprudenziale» come fonte del diritto. Le sentenze non sono infatti atti normativi. Proprio una norma di diritto effettivo delimita l'effetto giuridico delle sentenze al caso deciso escludendo la «vincolatività» dei precedenti"[48]. Nel diritto di famiglia, condizionato dal costume e in continua evoluzione, il principio di effettività spiega il vivace e sempre moderno apporto del Suo pensiero, mai ancorato a pregiudizi o stantie categorie giuridiche, ma corrente in costante movimento: "A chi afferma l'immutabilità del diritto, fissato nel testo scritto, deve invece dirsi che esso "si muove», che esso è nella realtà della sua esistenza, e questa realtà trascende i testi di legge per immedesimarsi nella vita dell'ordinamento che si evolve nella società e

43 "Ex facto oritur ius", *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 787 ss. e ora in *Realtà sociale ed*, vol. I, t. 1, cit., p. 189 ss. Il tema era stato da Lui trattato già precedentemente nel saggio: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica, in *Esudios de derecho civil en honor del prof. Castàn Tobenas*, vol. II, Universidad de Navarra, Pamplona, p. 61 ss. e ora in *Realtà sociale ed*, vol. I, t. 1, cit., 35 e ss.

44 Così testualmente "Ex facto oritur", cit., p. 202.

45 Così testualmente "Ex facto oritur", cit., p. 205.

46 Così testualmente nel saggio: "Interpretazione e fedeltà alla norma", in *Scritti in onore di Pugliatti*, I, 1, Giuffrè, Milano, 1978, p. 147 ss. e ora in *Realtà sociale ed*, vol. I, t. 1, cit., p. 138-139.

47 Così testualmente "Ex facto oritur", cit., p. 207.

48 Così testualmente "Ex facto oritur", cit., p. 203-204.

con la società'"[49]. La concretezza del Suo essere giurista è anche la ragione del Suo costante dialogo con il mondo forense[50].

L'applicazione e la fedeltà al principio di effettività, specialmente nel delicato settore del diritto di famiglia, ha consentito a mio padre di essere sempre attento all'evoluzione del costume e della società e di comprendere la vitalità delle norme, sulla base della loro effettività e quindi della loro concreta applicazione. L'attenzione al fatto, alla applicazione giurisprudenziale, al costume come fattori tutti concorrenti ad evidenziare l'effettività della norma giuridica, non lo hanno tuttavia portato a svalutare la forza propulsiva della norma giuridica, quale fattore di incentivazione dell'evoluzione della società. Egli si rendeva perfettamente conto che in determinati casi solo la norma giuridica ha la forza di sradicare pregiudizi legati ad un costume che, benché attestante l'effettività della norma giuridica, era decisamente in contrasto con il principio della giustizia sostanziale: "Il mio convincimento è che la regola giuridica esiste solo nella sua effettiva operatività di regola del corpo sociale: il diritto di una società è quello che una società concretamente assume ed osserva come norma di condotta e di ordine. D'altra parte, è anche vero che lo stesso fondamento sociale in cui prende vita la regola giuridica può essere una realtà non rispondente a più mature istanze di giustizia sociale. Ora, di fronte ad una realtà moralmente inadeguata non si tratta semplicemente di accertare il diritto vigente: alla coscienza del giurista si pone anche e soprattutto il problema del mutamento del diritto attraverso il mutamento della realtà sociale che lo esprime. Nel mutamento di questa realtà un ruolo importante è certamente svolto dalla legge scritta: perché la legge scritta – che è condizionata al dato sociale per la sua stessa esistenza e qualificazione di norma di diritto – è a sua volta uno dei principali fattori di sollecitazione e di influenza del costume. A tale rilievo non si sottrae l'istituto della famiglia, poiché la coscienza di una definizione legislativa delle posizioni reciproche, accompagnata al sentimento di superiorità e coercibilità dell'ordine formale della legge, tende a incidere direttamente o indirettamente anche sugli aspetti personali delle relazioni familiari"[51]. In questo circolo ermeneutico che muove dal fatto al diritto e ancora dal diritto al fatto, risiede la chiave della Sua missione di giurista. Egli, nel corso dello svolgimento del Suo pensiero giuridico che ha coperto tutto l'arco della Sua vita, è stato un giurista attento al dato sociale e ha trovato nel dialogo costante con la giurisprudenza la ragione profonda dell'intendimento del diritto quale strumento a servizio della società e dell'uomo. Ma la Sua missione di giurista, soprattutto nel settore del diritto di famiglia, l'ha visto partecipare attivamente anche in qualità di legislatore, proprio per la fiducia che egli ha riposto nella legge scritta, quale fattore

49 Così testualmente "Ex facto oritur", cit., p. 211.

50 V. il commovente ricordo di Spasari, L.: "In ricordo del", cit. p. 3 ss.

51 "Lo pseudo-riconoscimento dei", cit., p. 303-304.

di modificazione del dato sociale. In questa complementarietà delle funzioni del giurista è custodito il Suo insegnamento.

VI. IL RUOLO DELLA DOTTRINA E IL MESSAGGIO AI GIOVANI.

Altro e attuale insegnamento che si trae dal Suo pensiero e dalla metodologia ad esso applicata riguarda il ruolo della dottrina. Troppo spesso negli ultimi anni si lamenta il ruolo ancillare della dottrina rispetto alla giurisprudenza, rievocando con nostalgia i tempi in cui era la dottrina ad orientare le decisioni dei giudici e le scelte del legislatore. In queste riflessioni di teoria generale del diritto, non mancano denunce dirette o velate alla giurisprudenza, che assume la veste del legislatore e quindi travalica le sue funzioni.

L'esempio e l'analisi del Suo essere giurista e del Suo insegnamento, dimostra che la questione riguardante il ruolo della dottrina non è legata al tempo e all'evoluzione della società, ma all'intendimento della funzione e del ruolo del giurista nella società. Come ho cercato di evidenziare in queste pagine, la piattaforma assiologica che sta a fondamento del Suo pensiero, ha dimostrato che il diritto e quindi gli scritti della dottrina non sono solo colte e raffinate elaborazioni intellettuali ma strumenti potenti per realizzare un migliore assetto degli interessi dell'individuo e quindi della società. L'idea di fondo che il diritto è il principale strumento per la realizzazione degli interessi dell'uomo e che l'uomo è al centro di tutte le elaborazioni dottrinali, è il messaggio che personalmente custodisco nel cuore. Sempre secondo il Suo insegnamento, non si tratta di riacquistare un ruolo di primazia della dottrina, in competizione con quello della giurisprudenza e del legislatore, ma di intendere che, oggi più che ieri, data la complessità dell'ordinamento giuridico, i medesimi obiettivi di giustizia, solidarietà e uguaglianza possono essere perseguiti solo attraverso un dialogo tra dottrina, legislatore e giurisprudenza. Concludo queste pagine riportando un commovente messaggio di speranza sul ruolo del diritto e dell'interprete nella società. Si tratta di un messaggio dedicato ai giovani e contenuto in un passaggio della Sua Prolusione al corso di Diritto civile letta il 3 marzo 1964 nella sede della Facoltà di Giurisprudenza di Catania (Villa Cerami)[52]: "La consapevolezza della relatività della forza vincolante della legge non è per altro, io credo, un riconoscimento del decadimento del diritto, e con questo, della nostra civiltà. Tale consapevolezza, anzi, segna il momento di un più intenso richiamo del giurista alla necessità del suo personale contributo per l'attuazione del diritto e alla sua responsabilità nell'indirizzare questa attuazione con sostanziale riguardo ai valori in cui egli conosce e accetti la sua civiltà. Soprattutto ai giovani che, dopo i primi entusiasmi,

52 "L'autonomia dell'interprete a proposito del problema della responsabilità contrattuale", in *Studi in onore di Zingali*, III, Giuffrè, Milano, 1965, p. 159 ss., già prima in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 478 ss. e ora in *Realtà sociale ed*, vol. I, t. 1, cit., p. 3 ss.

sono presi dallo sconforto costatando come la legge scritta sia spesso inadeguata alle loro aspirazioni e, più oltre, come alla legge scritta non corrisponda neppure la vita pratica del diritto, io penso che si debba dire che il diritto è una realtà umana affidata alle loro azioni e alle loro coscienze, cioè, in definitiva, ai loro ideali politici, sociali, morali, religiosi. Nella capacità di trovare e credere in questi ideali e di farli valere attraverso il diritto, sono riposte, più che in una incondizionata fede nel precetto legislativo, le speranze della società''[53].

53 Così testualmente *op. ult. cit.*, p. 33.

BIBLIOGRAFIA

Auletta, T.: Ricordo pubblicato sul Bollettino dell'Università degli Studi di Catania il 10 settembre 2020

Bianca, C.M.: "Abbandono del minore e diritto di crescere in famiglia: spunti in tema di adozione speciale", *Giust. civ.*, 1980, II, p. 178 ss.

Bianca, C.M.: "Artt. 5, 6, 9 e 9-bis, Legge 1° dicembre 1970, n. 898", in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian-Oppo-A. Trabucchi, VI, Pt. I, Padova, 1993, p. 313 ss.

Bianca, C.M.: "Conseguenze personali e patrimoniali", in *La riforma del divorzio*, Atti del Convegno di Napoli, 22 maggio 1987, a cura di E. Quadri, Jovene, Napoli, 1989, p. 49 ss.

Bianca, C.M.: "Ex facto oritur ius", *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 787 ss.

Bianca, C.M.: "I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua", *Giust civ.*, 2001, p. 591 ss.

Bianca, C.M.: "I parenti naturali non sono parenti? La parola torna alla Corte costituzionale," *Giust civ.* 1999, 2000, p. 2473 ss.

Bianca, C.M.: "I rapporti personali nella famiglia e gli obblighi di contribuzione", in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Atti del Convegno di Verona 14-15 giugno 1985 dedicato alla memoria del Prof. Luigi Carraro, Padova, 1986, p. 74 ss.

Bianca, C.M.: "Il diritto privato e la sfida sociale", *Iustitia*, 1980, p. 213 ss.

Bianca, C.M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica, in *Esudios de derecho civil en honor del prof. Castàn Tobenas,* vol. II, Universidad de Navarra, Pamplona, p. 61 ss.

Bianca, C.M.: "Il regime della comunione legale", in Bianca, C.M.: (a cura di), I, Giuffrè, Milano, 1989, p. 1 ss.

Bianca, C.M.: "Interpretazione e fedeltà alla norma", in *Scritti in onore di Pugliatti,* I, 1, Giuffrè, Milano, 1978, p. 147 ss.

Bianca, C.M.: "L'autonomia dell'interprete a proposito del problema della responsabilità contrattuale", in *Studi in onore di Zingali*, III, Giuffrè, Milano, 1965, p. 159 ss.

Bianca, C.M.: "La situazione di abbandono: in particolare, adozione e rilevanza della funzione di solidarietà", in *Studi Sassaresi,* VII, Serie III, Anno acc. 1979-80, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, p. 191.

Bianca, C.M.: "Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia", *Giust. civ.*, 2001, p. 429 ss.

Bianca, C.M.: "Le Sezioni unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale", *Fam. e dir.*, 2018, p. 955.

Bianca, C.M.: "Natura e presupposti dell'assegno di divorzio: le Sezioni unite della Cassazione hanno deciso", *Riv. dir. civ.* 1991, II, p. 221 ss.

Bianca, C.M.: "Riflessioni di un civilista sul diritto naturale", in Sirena P. (a cura di), *Oltre il "positivismo giuridico" in onore di A. Falzea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 39 ss.

Bianca, C.M.: "Verso un più giusto diritto di famiglia", *Iustitia,* 2012, p. 237 ss.

Bianca, C.M.: *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi,* Convegno di Studi, Napoli, 14-15 dicembre 1973, Jovene, Napoli, 1975, p. 1 ss.

Bianca, C.M.: *Famiglia (diritti di)*, in *Noviss. Dig it.,* VII, Torino, 1961, p. 68 ss.

Bianca, C.M.: *Il divieto del patto commissorio*, Giuffrè, Milano, 1957

Bianca, C.M.: Il familiare debole: l'impegno di giustizia del nuovo diritto di famiglia", *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Congresso dei civilisti italiani, Venezia 23-26 Giugno 1989, Fondazione G. Cini, Padova, 1991, p. 87 ss.

Bianca, C.M.: *La legge italiana conosce solo figli*", *Riv. dir. Civ.*, 2013, p. 1 ss.

Bianca, C.M.: *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione "Giorgio Cini" nei giorni 30 aprile – 1° maggio 1967, Padova, 1967, p. 183 ss.

Bianca, C.M.: *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977

Bianca, C.M.: *Realtà sociale ed effettività della norma giuridica. Scritti giuridici*, Milano, 2002

Bianca, M. "Ricordo di mio padre Cesare Massimo Bianca", *Vita not.*, 2020, p. 1097 ss.

Del Giudice, A.: "Ricordo del Professore Massimo Bianca", *Rivista della famiglia e delle persone*, in via di pubblicazione.

Garlatti, C.: "Un ricordo del Prof. Cesare Massimo Bianca", in M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child,* Tomo, I, XXIII, in corso di pubblicazione

Patti, S.: "C.M. Bianca e il diritto di famiglia", *Familia*, 2020, p. 667 ss.

Sirena, P.- Zoppini, A.: *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da "Le autorità private" di C.M. Bianca*, Roma TrE-Press, Roma, 2018.

Sirena, P.: *Foreward to the Third Edition of Introduction to Private Law*, 3° ed., Il Mulino, Bologna, 2021

Spasari, L.: "In ricordo del Prof. Cesare Massimo Bianca", *Temi romana*, 2020, p. 3 ss.

Troiano, S.: "En recuerdo del Prof. Cesare Massimo Bianca", *La Ley*, 2020, p. 9 ss.

INCIDENCIA DE LA REFORMA EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA EN LOS PROCESOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

IMPACT OF THE REFORM OF LEGAL CAPACITY IN ANNULMENT, SEPARATION AND DIVORCE PROCEEDINGS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 940-963

Mª Amalia
BLANDINO
GARRIDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: El presente trabajo pretende analizar el nuevo régimen introducido por la Ley 8/2021, de 2 de junio, "por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", en relación a las medidas de apoyo que pueden adoptarse en los procesos de nulidad, separación y divorcio, respecto de los hijos comunes mayores de dieciséis años con discapacidad. Asimismo, se abordan las medidas que pueden establecerse en dichos procesos relativas a las visitas, uso de la vivienda familiar y alimentos a favor de los hijos mayores de edad con discapacidad.

PALABRAS CLAVE: Capacidad jurídica; medidas de apoyo; crisis matrimonial; vivienda familiar; régimen de visitas; alimentos.

ABSTRACT: *This paper aims to analyse the new regime introduced by Law 8/2021, of 2 June, "reforming civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity", concerning the support measures that can be adopted in annulment, separation and divorce proceedings, for common children over the age of sixteen with disabilities. It also deals with the measures that can be established in these proceedings about visits, use of the family home and alimony in favour of children of legal age with disabilities.*

KEY WORDS: *Legal capacity; support measures; matrimonial crisis; family home; visiting arrangements; alimony.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. DE LA PROTECCIÓN DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD CON DISCAPACIDAD AL SISTEMA DE APOYOS.- III. LA PROVISIÓN JUDICIAL DE MEDIDAS DE APOYO A LOS HIJOS EN LOS PROCESOS DE CRISIS MATRIMONIAL.- 1. El régimen de adopción de medidas, hasta ahora vigente, respecto de los hijos con la patria potestad prorrogada o rehabilitada.- 2. El establecimiento de medidas de apoyo respecto de los hijos en el proceso matrimonial.- IV. MEDIDAS DERIVADAS DE LAS SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIALES RESPECTO DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD CON DISCAPACIDAD.- 1. Régimen de visitas y comunicación.- 2. La atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos con discapacidad.- 3. Los alimentos a favor de los hijos mayores de edad con discapacidad.-

I. PLANTEAMIENTO.

Uno de los ámbitos en los que ha incidido la reforma introducida en nuestro ordenamiento por la Ley 8/2021, de 2 de junio, "por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica" (en adelante, LRCJ), es el relativo a los procesos de nulidad, separación y divorcio. En concreto, la reforma ha dado paso a una nueva regulación de las situaciones de crisis matrimonial cuando existen hijos que precisan apoyo. Así, entre las normas que han sido objeto de adaptación a este nuevo marco normativo se encuentran las relativas a la adopción de las medidas de apoyo respecto de los hijos comunes de los cónyuges con discapacidad en el propio procedimiento de nulidad, separación o divorcio; el establecimiento de un régimen de comunicación y visitas con el progenitor con el que no convivan y con otros parientes y allegados; y, por último, la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de los hijos comunes mayores de edad que estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente su permanencia en el hogar familiar. Estos aspectos reformados serán objeto de análisis en el presente trabajo; asimismo, a pesar de que la reforma no ha alterado la regulación del régimen de los alimentos, se efectúa un estudio de la contribución a las necesidades alimenticias de los hijos con discapacidad en las situaciones de crisis matrimonial.

II. DE LA PROTECCIÓN DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD CON DISCAPACIDAD AL SISTEMA DE APOYOS.

La LRCJ ha modificado el sistema del Código civil español por su falta de adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las

• Mª Amalia Blandino Garrido
Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz. Correo electrónico: amalia.blandino@uca.es.

Personas con Discapacidad (la Convención), realizada en Nueva York en 2006[1]. Transcurridos más de trece años desde que España procediera a la ratificación[2], esta Ley pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento a este instrumento internacional. Con esta premisa, se deja atrás la incapacitación entendida como un estado civil[3] y se introducen cambios en la regulación de las instituciones de guarda y protección de las personas con discapacidad[4]. La nueva regulación se inspira en el respeto a la dignidad de la persona (art. 10 CE), en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás[5]. Como puso de manifiesto el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 mayo 2017[6], sintetizando la doctrina de la Sala, "la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [...] opta por un modelo de «apoyos» para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3)".

Es cierto que nuestros tribunales habían desplegado sus esfuerzos interpretativos en adecuar sus resoluciones a los dictados de la Convención, siendo la curatela

1 La Convención tiene como propósito, según su art. 1, "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente". Como se indica en el Dictamen del Consejo de Estado (referencia 34/2019) al Anteproyecto de la Ley, de 11 de abril de 2019, en su consideración cuarta, esta Convención opera una transformación radical en la manera de afrontar la discapacidad. En efecto, de acuerdo con su art. 4, "los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención (...)".

2 El 13 de diciembre de 2006 se firmó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La ratificación por España se produjo a través del Instrumento de Ratificación de 23 de noviembre de 2007, publicado en el BOE de 21 de abril de 2008 y su entrada en vigor tuvo lugar el 3 de mayo de ese mismo año. La vigencia del Convenio de Nueva York, determinó la necesidad del pronunciamiento de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la compatibilidad del sistema tutelar español con la precitada Convención, lo que se llevó a efecto mediante STS Pleno 29 abril 2009 (RAJ 2009, 2901), en la que se descartó que nuestro procedimiento de modificación de la capacidad y de constitución de tutela o curatela fuesen discriminatorios y contrarios a los principios del tratado, que no resultaba, por consiguiente, derogado. Un comentario de esta sentencia en De Pablo Contreras, P.: "La incapacitación en el marco de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (coord. por M. Yzquierdo Tolsada), vol. 3, 2009, pp. 550-590.

3 Siguiendo a Pau Pedrón, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), pp. 10-11, podemos señalar que son diversas las razones que, desde la Convención de Nueva York dan lugar a que la discapacidad no pueda considerarse ya un estado civil, entre ellas, que no se trata de proclamar oficialmente la ineptitud jurídica de una persona, sino de determinar los apoyos que permitan el ejercicio de su aptitud, que por sí sola es limitada.

4 En el sistema derogado, la situación de modificación de la capacidad de obrar podía dar lugar al sometimiento de la persona afectada a la tutela o a la curatela, que son, como resultaba del art. 215 del C, mecanismos o instituciones para "la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados".

5 Apartado I del Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

6 STS 16 mayo 2017 (RAJ 2017, 2207).

preponderante y la tutela residual[7]. En este sentido, el Tribunal Supremo mantuvo que "la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias"[8]. Es indudable, sin embargo, que la letra de la ley permitía meras adaptaciones interpretativas y no cambios reales de perspectiva ante la discapacidad.

La reforma afecta a la capacidad jurídica, concepto central de cualquier sistema jurídico, en torno al cual gira el reconocimiento de la persona como titular de derechos y deberes, así como de los efectos jurídicos de su actuación en todas las esferas de la vida[9]. En concreto, se prescinde de la distinción tradicional entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, utilizando para referirse tanto a la titularidad de los derechos como a la facultad para ejercitarlos el término capacidad jurídica o, simplemente, capacidad, tal y como hace el art. 12 de la Convención[10]. Para clarificar el alcance de este precepto de la Convención, el

7 Así lo pone de manifiesto Carrasco Perera, A.: "Discapacidad personal y estabilidad contractual a propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el ministerio de justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad", *Centro de Estudios de Consumo,* 12 de octubre de 2018, p. 4. Como puso de manifiesto la STS 8 noviembre 2017 (RAJ 2017, 4760), "(l)o que importa, en esencia, es dotar al incapacitado de un sistema de guarda flexible adoptado a su concreta situación y necesidad de representación en unos casos y mera asistencia en otros, con independencia del nombre que se asigne al cargo, a la institución tutelar, en sentido amplio".

8 STS 8 noviembre 2017 (RAJ 2017, 4760). Asimismo, como advirtió la STS 13 mayo 2015 (RAJ 2015, 2023), "(l)a prueba en los procesos de incapacitación está sujeta a unas reglas especiales, recogidas en los capítulos primero y segundo, del Título Primero, del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que deben ser interpretadas de conformidad con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006". Añade la sentencia que "el juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica". La STS 1 julio 2014 (RJA 2014, 4518) precisa que "la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad (...). Debe ser un traje a medida".

9 García Rubio, Mª. P.: "La nueva regulación de la capacidad jurídica se remite por fin a las Cortes Generales", entrada blog 14.07.2020 (https://hayderecho.expansion.com/2020/07/14/la-nueva-regulacion-de-la-capacidad-juridica-se-remite-por-fin-a-las-cortes-generales/).

10 El art. 12 de la Convención declara en su primer apartado que "las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica"; en su segundo apartado, que "los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida"; y, en su tercer apartado, que "los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica". El apartado cuarto del art. 12 obliga a los Estados a proporcionar "salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos". Esas salvaguardias, se añade, "asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial". Las salvaguardias, se indica, además, "serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas". Finaliza el art. 12 de la Convención con un quinto apartado dedicado a la protección patrimonial de las personas con discapacidad, que fija que "sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, creado en el seno de la Convención, aprobó en 2014 una Observación General sobre el artículo 12 (en adelante, "Observación General"). En ella se afirma que "la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho"; que "la capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos que ofrece el ordenamiento jurídico" y que "la capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce que la persona es un actor jurídico que puede realizar actos con efectos jurídicos"[11]. Esto es, "la capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)" y "es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad"[12]. La Observación General señala también que "la capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales" y que "en virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica"[13].

La nueva normativa propone, de este modo, un cambio radical de nuestro sistema tradicional sobre la capacidad de obrar -en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad[14]-, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones[15]. La reforma trata de restringir al máximo posible las situaciones de sustitución de la persona mayor de edad con discapacidad por otra que actúa por ella sin contar con su voluntad[16], como acontecía hasta ahora con la figura del tutor, que asumía de

en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria". Sobre la capacidad jurídica en la Convención, Torres Costa, M.ª E.: *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho Privado, Madrid, 2020.

11 Punto 11 de la Observación General.

12 Punto 12 de la Observación General.

13 Punto 12 de la Observación General.

14 La STS 6 mayo 2021 (RAJ 2021, 2381) parte de la base de que "está absolutamente superado el tratamiento jurídico que se le venía dispensando a la discapacidad, basado en la adopción de decisiones maximalistas que optaban, de forma indiscriminada, por mecanismos de sustitución a través de la generalización de la tutela, como modelo de representación absoluta y permanente. Se partía entonces de la falaz consideración de que la sentencia de incapacitación total no perjudicaba a la persona declarada incapaz, pues tal mecanismo tuitivo tarde o temprano debería desplegar sus efectos, por lo que era mejor prevenir cuanto antes necesidades futuras. En definitiva, si simplemente se pretendía proteger cuanta más protección mejor, por lo que ningún daño colateral se podría causar". Destaca el Alto Tribunal que "(s)e imponía una talla única, sin que, por lo tanto, la resolución judicial adoptada respondiese al paradigma del «traje a medida», mediante la determinación de los concretos apoyos necesarios para que la persona, proporcionalmente a sus deficiencias, pudiera ejercer su autonomía conservando su dignidad como ser humano".

15 Apartado I del Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

16 Es más, incluso en los casos de representación no se prevé una actuación por parte del titular del apoyo sustitutiva de la voluntad del representado. *Vid.*, Alemany García, M.: "Representación y derechos de las

forma permanente la representación de la persona con la capacidad judicialmente modificada. En consecuencia, el apoyo no se configura, con carácter general, como representativo, por lo que se restringe el alcance de la tutela (que queda reservada para los menores de edad[17]), desaparecen la patria potestad prorrogada y la rehabilitada, y se transforma la institución de la curatela para convertirla en mecanismo de apoyo en la toma de decisiones (y solo excepcionalmente, de representación[18]). En esta misma línea, con carácter transitorio[19], en el Derecho civil catalán, la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada ya no se pueden constituir en relación a las personas mayores de edad, a las que se aplicará, si procede, el régimen de la asistencia. En principio, por tanto, la persona con discapacidad será la encargada de tomar sus propias decisiones[20], provista de las medidas de apoyo necesarias si las precisa para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica[21] (en otro caso, no serían necesarias[22]), apoyos que, además, deberán prestarse atendiendo a su "voluntad, deseos y preferencias"[23]; cuando no sea posible, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, determinar cuál es la

personas con discapacidad mental y/o intelectual", *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal, Civil y Mercantil*, Monográfico *Justicia y discapacidad*, núm. 145, julio-agosto 2020.

17 Conforme a lo establecido en el art. 199 CC, quedan sujetos a tutela los menores no emancipados en situación de desamparo, en los términos del art. 172 CC, o no sujetos a patria potestad. La regulación de la tutela de los menores se contiene en los arts. 199 a 234 CC, siendo además de aplicación supletoria las normas de la curatela (art. 224 CC). Según se dispone en el art. 225 CC, "el tutor es el representante del menor, salvo para aquellos actos que este pueda realizar por si solo o para los que únicamente precise asistencia".

18 Expone Munar Bernat, P. A.: "Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto", en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. por P. A. Munar Bernat), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021, pp. 180-181, que la eliminación de la tutela no implica dejar menos amparada o protegida a la persona con discapacidad, puesto que la curatela con facultades representativas da respuesta a las situaciones de personas con discapacidad que no gozan ni lo han hecho nunca de capacidad natural para entender y querer.

19 Mientras el proceso de adaptación del Código civil de Cataluña a la Convención de Nueva York no culmine con la aprobación, por parte del Parlament de Catalunya, de los textos legales que implanten un nuevo régimen y la caracterización de las instituciones de apoyo a las personas con discapacidad, el Decreto ley 19/2021, de 31 de agosto, "por el que se adapta el Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad" (DOGC núm. 8493 de 2 septiembre 2021) ha establecido un régimen transitorio que dé respuesta a las necesidades surgidas una vez abolida la modificación judicial de la capacidad y estructurada la respuesta procedimental al derecho de las personas al apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Además, mientras no se produzca la futura reforma del conjunto de instituciones de protección de la persona, la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada no se podrán constituir en relación a las personas mayores de edad (Disposición transitoria segunda), sin perjuicio de que el régimen legal del cargo de la tutela resulte aplicable supletoriamente a la asistencia en todo aquello que no se oponga al régimen propio de esta (art. 226-6).

20 El art. 249, párrafo primero, CC, señala que las medidas de apoyo "de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate".

21 Tal y como se establece en el art. 249, párrafo primero, CC.

22 Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica", *Diario La Ley,* núm. 9851, Sección Tribuna, 17 mayo 2021, p. 4.

23 Declara el art. 249, párrafo segundo, CC, que "(l)as personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera" y que "(i)gualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias".

voluntad, deseos y preferentes de la persona, siempre con carácter excepcional, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas[24].

A los efectos de nuestro estudio, interesa resaltar que se han eliminado del ámbito de la discapacidad la patria potestad prorrogada y rehabilitada (que en la redacción hasta ahora vigente se contenían en el art. 171 CC[25]), por considerarse, como se indica en el Preámbulo de la Ley[26], "figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone"[27]. De una manera discutible, se recuerda, además, que "las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa"[28]. Es por ello que, "en la nueva regulación, se concluye que cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera"[29].

En las decisiones relativas a las medidas a adoptar respecto de las personas con discapacidad se produce, además, un relevante cambio de perspectiva. En efecto, mientras en las decisiones de nuestro Tribunal Supremo el principio rector

24 Así se recoge en el art. 249, párrafo tercero, CC, precepto que hay que complementar con el art. 269, para la curatela representativa, así como con el art. 264, en el que se contemplan las actuaciones representativas en el marco de la guarda de hecho.

25 El derogado art. 171 CC se expresaba en los términos siguientes: "La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título.
La patria potestad prorrogada terminará:
1.° Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo.
2.° Por la adopción del hijo.
3.° Por haberse declarado la cesación de la incapacidad.
4.° Por haber contraído matrimonio el incapacitado.
Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda".

26 Apartado III.

27 Considera sensata Clavería Gosálvez, L.H.: "Reflexiones frente a la reforma de la discapacidad", en AA.VV.: *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad* (dir. por E. Muñiz Espada), Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 32, la supresión del actual art. 171 CC, en la medida en que el mantenimiento de la patria potestad sobre un mayor de edad pugna con los principios informadores del entonces Anteproyecto y de la Convención internacional inspiradora.

28 Apartado III del Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

29 Apartado III del Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

ha sido hasta ahora el de la protección del interés superior del incapaz[30], la LRCJ consagra el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad, la tutela de sus derechos fundamentales y el respeto a su voluntad, deseos y preferencias[31]. En ningún caso apela ni considera relevante el interés superior (o mejor interés) de la persona con discapacidad[32], que ni siquiera es mencionado en el texto[33]. Con ello sigue fielmente el criterio de la Observación General Primera (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano de seguimiento de la Convención[34], y se aparta de lo sustentado por el Tribunal Supremo, incluso en sus más recientes sentencias.

III. LA PROVISIÓN JUDICIAL DE MEDIDAS DE APOYO A LOS HIJOS EN LOS PROCESOS DE CRISIS MATRIMONIAL.

1. El régimen de adopción de medidas, hasta ahora vigente, respecto de los hijos con la patria potestad prorrogada o rehabilitada.

Nuestro sistema hasta ahora vigente contemplaba como instrumento protector de los hijos mayores de edad la prórroga o rehabilitación de la patria potestad (art. 171 CC). Cuando se modificaba judicialmente la capacidad de obrar de un hijo, siendo menor de edad, o siendo mayor de edad, pero estando soltero y conviviendo con sus progenitores, entraba en funcionamiento, por ministerio de

30 En la jurisprudencia del Tribunal Supremo encontramos referencias continuas a la necesidad de proteger el interés superior de la persona con discapacidad. Así, la STS 27 junio 2018 (RAJ 2018, 3095) pone de manifiesto la relevancia del interés superior del incapaz, manifestando al respecto lo siguiente: "El interés superior del discapaz es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado (sentencias 635/2015, de 19 de noviembre (RJ 2015, 4973); 373/2016, de 3 de junio (RJ 2016, 2311)". Asimismo, la STS 4 abril 2018 (RAJ 2018, 1185) dispuso que "el interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad". A dicho principio se refiere también la STS 18 julio 2018 (RAJ 2018, 2957).

31 Apartado I del Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

32 Defiende Petit Sánchez, M.: "La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés", *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020) Ensayos, p. 269, la posibilidad de que se tenga en cuenta el mejor interés posible de la persona con discapacidad, sin dejar de dar prevalencia y prioridad a su voluntad, deseos y preferencias en la realización de cualquier acto de naturaleza personal o patrimonial, cuando ello no le perjudique ni vaya en contra de sus propios intereses.

33 Comenta Pau Pedrón, A.: "De la incapacitación", cit., pp. 8-9, que se produce un cambio profundo, en la medida en que el "interés de la persona con discapacidad" hay que situarlo detrás de "la voluntad, deseos y preferencias de la persona". Dicho en otras palabras: la protección o el apoyo a las personas con discapacidad no es un apoyo paternalista, que se produce, por decirlo gráficamente, de arriba hacia abajo, sino un apoyo atento (a la "voluntad, deseos y preferencias" de la persona), que se produce de abajo hacia arriba.

34 Considera Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Autonomía, apoyos", cit., p. 4, que la eliminación por el Comité del concepto de "interés superior de la persona con discapacidad", constituye una clara extralimitación de sus funciones.

la ley, la denominada "patria potestad prorrogada" o "rehabilitada". No obstante, reinterpretando la curatela a la luz de la Convención, el Tribunal Supremo había excluido, en más de una ocasión, la prórroga o la rehabilitación de la patria potestad, nombrando curador del hijo a uno o a ambos progenitores[35].

Si los progenitores se separaban o se decretaba el divorcio, no cabía acordar ninguna medida respecto a la capacidad de los hijos en el propio procedimiento matrimonial. En este sentido, el Tribunal Supremo había precisado que "la declaración de la capacidad no es un efecto del procedimiento matrimonial, sino una consecuencia del pronunciamiento que limita la capacidad del hijo, a partir de una situación nueva como es la mayoría de edad alcanzada por el hijo"[36]. En el proceso matrimonial, tan sólo respecto de los hijos cuya capacidad de obrar había sido modificada, era factible fijar medidas derivadas de la patria potestad prorrogada o rehabilitada. En concreto, atendiendo a lo dispuesto en el art. 171 CC, salvo que la sentencia de incapacitación hubiera previsto otro régimen, las funciones, esto es, los deberes y prerrogativas de los progenitores respecto de sus hijos incapacitados adultos, venía siendo el mismo que el aplicable a los hijos durante su minoría de edad. No resultaba, en cambio, procedente adoptar medidas destinadas a los hijos mayores de edad con discapacidad que no habían visto modificada su capacidad de obrar. Así, por ejemplo, alcanzada la mayoría de edad por un hijo con discapacidad, sin haberse instado el procedimiento para la modificación de la capacidad de obrar, las medidas relativas a la guarda y custodia de dicho hijo, acordadas en el proceso matrimonial, se extinguían; de manera que, el progenitor o progenitores cuidadores se encontraban en una situación de guarda de hecho, hasta que se rehabilitase la patria potestad a favor de uno o de ambos.

En definitiva, con el régimen derogado, solo cuando se prorrogaba o rehabilitaba la patria potestad, se producía la equiparación entre hijos menores y mayores de edad con discapacidad, a los efectos de la adopción de medidas relativas a la guarda y custodia en el proceso matrimonial[37].

35 En este sentido, la STS 20 octubre 2014 (RAJ 2014, 5610) rechaza la medida de rehabilitación de la patria potestad aplicado a una persona mayor de edad "que implica una medida de mayor contenido y alcance, no solo terminológico sino jurídico, en cuanto se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar su capacidad en cada caso, según la Convención [...]. Para ello resulta determinante la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad reinterpretada a la luz de la Convención, que será ejercida por su madre con el mismo contenido que establece la sentencia, en lo que se refiere al gobierno o control de su patrimonio, pero sin anular su capacidad económica, hasta el punto de impedirle disponer de una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo)". Asimismo, la STS 4 noviembre 2015 (RAJ 2015, 5138), que dimana de un procedimiento de modificación de la capacidad de obrar que discurre paralelo al de divorcio de los progenitores, constituye la curatela a favor del hijo, a fin de que sea ejercitada por la madre con la que convive el mismo, rechazando la medida de rehabilitación de la patria potestad.

36 STS 27 junio 2018 (RAJ 2018, 3095).

37 A esta equiparación entre los hijos menores y mayores de edad incapacitados, en el aspecto de la atribución del uso de la vivienda familiar (art. 96.1 CC) se refiere la STS 30 mayo 2012 (RAJ 2012, 6547).

2. El establecimiento de medidas de apoyo respecto de los hijos en el proceso matrimonial.

La reforma que el artículo segundo de la LRCJ introduce en el Código Civil sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se concreta en una nueva regulación de las situaciones de crisis matrimonial cuando existen hijos que precisan apoyo[38].

La LRCP sustituye la incapacitación o modificación de la capacidad de obrar por el establecimiento de un sistema de apoyos plurales y flexibles para la persona con discapacidad, cuyo objetivo último es que la persona precise menos apoyo en el futuro[39]. En la configuración de esos apoyos se trata de atender tanto a los aspectos patrimoniales como a los personales. Las medidas judiciales son la curatela y el defensor judicial: la primera para los apoyos permanentes, y la segunda para los puntuales[40]. En consecuencia, con la entrada en vigor de la reforma, ya solo serán posibles los procesos para dotar a la persona con discapacidad de las medidas judiciales de apoyo, pero nunca para negarle o restringirle su capacidad jurídica[41].

Con estas premisas, añade la LRCP, en el apartado nueve de su artículo segundo, un nuevo párrafo segundo al art. 91 CC, por el que se permite que, en el propio procedimiento de nulidad, separación o divorcio, se adopten las medidas de apoyo respecto de los hijos comunes mayores de dieciséis años con discapacidad. Estas medidas entrarán en funcionamiento cuando el hijo deje de estar sujeto a la patria potestad de sus progenitores, por haber alcanzado la mayoría de edad. Dice así el texto de la norma: "Cuando al tiempo de la nulidad, separación o divorcio existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se

38 La LRCJ mantiene la competencia del juez para el conocimiento de los procedimientos de separación y divorcio, cuando hay hijos mayores de edad con discapacidad. El único cambio se produce en la adaptación de la situación de los hijos mayores de edad con discapacidad: mientras en el texto derogado es la existencia de "hijos [mayores de edad] con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores" la situación que da lugar a que sea el juez el competente para conocer de los procedimientos de separación o divorcio (arts. 81 y 82 CC, versión anterior), tras la reforma, el juez conocerá de estos procesos cuando existan "hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores" (art. 81 CC).

39 El art. 249, párrafo segundo, CC señala, en este sentido, que "las personas que presten apoyo (...) fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro".

40 Conforme a lo establecido en el art. 250 CC, mientras "(l)a curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado", en cambio, "(e)l nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente".

41 Un estudio de las principales novedades de los procedimientos, contenciosos y de jurisdicción voluntaria, orientados a establecer la medida o las medidas de apoyo que requiere la persona con discapacidad, en el Proyecto de ley que dio lugar a la LRCP, en Fábrega Ruiz, C.F.: "Breves notas sobre la reforma del proceso de protección de personas con discapacidad en el Proyecto de ley por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad", en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. por P.A. Munar Bernat), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021, pp. 303-322.

hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas, las cuales, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad. En estos casos la legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad".

El art. 91.II CC debe ponerse en relación con el art. 254 CC, conforme a su nueva redacción, en el que se contempla la adopción por la autoridad judicial de estas medidas de apoyo "[c]uando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica". Mientras el art. 254 CC contempla, con carácter general, el establecimiento de medidas judiciales de apoyo con carácter anticipado, el art. 91.II se centra en el supuesto de que estas medidas se decreten en el proceso de crisis matrimonial.

El establecimiento de medidas de apoyo judiciales respecto del menor de edad mayor de dieciséis años, con carácter anticipatorio o preventivo de la discapacidad futura, y con efectividad desde la mayoría de edad, puede tener lugar, por tanto, bien en la sentencia de separación, nulidad o divorcio, bien en la sentencia dictada en el procedimiento "ad hoc" sobre la adopción de medidas de apoyo.

Los presupuestos para la provisión de las medidas de apoyo en el procedimiento de crisis matrimonial son los siguientes:

1º. Que en el momento de iniciarse el procedimiento de nulidad, separación o divorcio existan hijos comunes mayores de dieciséis años (en el Anteproyecto la edad mínima se fijaba en los diecisiete años[42]) que se hallen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su capacidad. Como es sabido, la regulación aprobada no se aplica a los menores de edad, dirigiéndose exclusivamente a las personas mayores de edad con discapacidad. Los menores con discapacidad tienen la protección derivada de su minoría de edad y el criterio básico de actuación ha de ser la protección de su mejor interés. No obstante, para evitar la solución de continuidad entre la protección y el apoyo previsible, algunas reglas concretas, como esta, se refieren a menores de edad con discapacidad, con el fin de que se anticipen las medidas de apoyo que puedan llegar a precisar una vez que alcancen la mayoría de edad; siguiendo la lógica del nuevo sistema, estas actuarán sólo si

42 Artículo primero, apartado 9 del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

efectivamente las precisan llegado ese momento y los propios interesados no las sustituyen por otras de origen voluntario[43].

2º. Que el menor no haya adoptado medidas de apoyo voluntarias o estas resulten insuficientes. Téngase en cuenta que, en el nuevo sistema, la persona con discapacidad ejercerá su capacidad jurídica por sí misma, asistida por las correspondientes medidas de apoyo que, según el art. 250 CC, serán las que voluntariamente hubiese previsto la propia persona con discapacidad[44]; en su defecto o por insuficiencia de las mismas, se articularán mediante la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial[45].

Las medidas de apoyo voluntarias pueden otorgarse con carácter preventivo por los menores con discapacidad a partir de los dieciséis años, para que surtan efecto al alcanzar la mayoría de edad (art. 254 CC). Solo en el caso de que el hijo mayor de dieciséis años no haya hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad, o estas resulten insuficientes, podrá la autoridad judicial adoptar en el proceso matrimonial otras supletorias o complementarias[46].

3º. Que ambos progenitores (si el procedimiento de separación o divorcio es de mutuo acuerdo) o el demandante o el demandado (en el procedimiento de nulidad o de separación o divorcio contenciosos) promuevan/a la adopción judicial de medidas de apoyo para el hijo. Dada la remisión del art. 91.II CC a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo relativo a la legitimación para instar las medidas, cabe entender que si los progenitores no solicitan la adopción de las mismas, el Ministerio Fiscal deberá promoverlas[47].

43 García Rubio, Mª. P.: "La nueva regulación", cit.

44 Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, según expone el art. 250, párrafo tercero, CC, "son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance". Aclara la norma que "cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona".

45 El art. 250, párrafo primero, CC, establece que "(l)as medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial".

46 El art. 254 CC prevé que las medidas de apoyo judiciales "se adoptarán si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad". Asimismo, el art. 255, párrafo quinto, CC precisa que "(s)olo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias".

47 El art. 757 LEC, establece en su primer apartado que el proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo puede promoverlo la propia persona interesada o los familiares que se indican, señalando en su apartado segundo que "(e)l Ministerio Fiscal deberá promover dicho proceso si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda, salvo que concluyera que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa".

4º. Que se conceda el trámite de audiencia al menor, pilar fundamental para averiguar qué medida resulta más adecuada a su interés[48]. Llama la atención que mientras el art. 91.II CC tan solo exige que se preste el trámite de "previa audiencia al menor", el art. 254 CC requiere que se conceda "participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias". Evidentemente, no es lo mismo que el juez preste audiencia al menor con discapacidad, sin que esté vinculado por su opinión, a que se deba atender a su voluntad, deseos y preferencias. En el primer supuesto, la voluntad, los deseos y preferencias de la persona con discapacidad son conocidos (porque se concede el trámite de audiencia), pero no necesariamente han de ser respetados, en el sentido de seguidos[49].

Concurriendo los requisitos expuestos, el juez resolverá también en la sentencia de nulidad, separación o divorcio sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas medidas de apoyo respecto de los hijos comunes del matrimonio. A este respecto, la regla 8ª del art. 770 LEC prevé que "(e)n los procesos matrimoniales en que existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, se seguirán, en su caso, los trámites establecidos en esta ley para los procesos para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad".

Respecto a las concretas medidas de apoyo que podrán adoptarse, serán aquellas que resulten adecuadas y proporcionadas a las necesidades futuras de la persona con discapacidad o con razonable previsión de discapacidad para cuando alcance la mayoría de edad, sin estar limitadas a la constitución de la curatela o al nombramiento de un defensor judicial (como se indicaba en la versión del art. 250 CC contenida en el Anteproyecto de Ley[50]). En muchas ocasiones será suficiente la guarda de hecho, que podrá ostentar uno u otro progenitor, un familiar o un tercero, con la pertinente autorización judicial para la acreditación

48 En relación a la audiencia al menor en los procesos matrimoniales o para la adopción de medidas que afecten a los mismos, la STC 6 junio 2005 (RTC 2005, 152), anuló una sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla que había modificado la atribución de la guarda y custodia de dos menores ostentada por el padre, atribuyéndola a la madre, porque la Audiencia Provincial no había oído a uno de los menores que, con nueve años de edad en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado. Asimismo, entre las más recientes, la STS 30 noviembre 2020 (RAJ 2020, 4795), en relación a un procedimiento de modificación de medidas establecidas en una sentencia de divorcio contencioso, en que la madre había solicitado la exploración de los menores en primera y segunda instancia, denegándose la prueba sin motivación, declara que al no haberse oído a los menores, y no haberse rechazado motivadamente la propuesta de exploración, procede estimar el recurso de casación y, en consecuencia, decretar la anulación de la sentencia recurrida, con devolución de los autos a la Audiencia Provincial para que, previa exploración de los menores (directamente o a través del equipo psicosocial), dicte sin demora la sentencia que con arreglo a derecho corresponda.

49 Sobre esta distinción, Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Autonomía, apoyos", cit., p. 9.

50 El art. 250 CC, en la redacción contenida en el Anteproyecto de Ley, decía así: "Cuando se prevea razonablemente en el año anterior a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial, a petición de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal podrá acordar, si lo estima necesario, la procedencia de la curatela o el nombramiento de un defensor judicial para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán en todo caso dando participación al menor en el proceso y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias".

de la representación y el ejercicio de las funciones representativas en los términos previstos en el art. 264 CC; en otras, será preciso acudir a la provisión de un curador, aunque sea meramente asistencial y no representativo, o un defensor judicial, concebido este último con carácter puntual, ocasional o temporal[51].

IV. MEDIDAS DERIVADAS DE LAS SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIALES RESPECTO DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD CON DISCAPACIDAD.

1. Régimen de visitas y comunicación.

Otorga la LRCJ una nueva redacción al art. 94 CC[52], por el que se reconoce al progenitor que, como consecuencia de la situación de crisis matrimonial, no conviva con su hijo mayor de edad o emancipado con discapacidad, el derecho a visitarlo, comunicar con él y tenerlo en su compañía. El art. 94 CC, en la redacción recién aprobada y a los efectos que aquí interesan, dice así, en sus dos primeros párrafos:

"La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará el derecho previsto en el párrafo anterior".

En concordancia con los principios inspiradores de la reforma, se concede prevalencia a la voluntad del hijo en orden al ejercicio de este derecho; solo cuando el hijo precise apoyo para tomar esta decisión, será el juez el que fijará el modo en que se llevará a cabo este régimen de visitas, previa solicitud del progenitor que no lo tenga en su compañía[53]. La determinación del modo –y tiempo y lugar, ha de entenderse- de ejercitar este derecho respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que no estén en condiciones de decidirlo por sí

51 Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 29 de noviembre de 2018, p. 54.

52 Artículo dos, apartado diez del Proyecto.

53 La Ley apuesta claramente por la prevalencia de la voluntad de la persona concernida sobre cualquier otra propuesta legal o de otro tipo. Esa prevalencia se manifiesta fundamentalmente en dos circunstancias: por un lado, la prioridad de las medidas voluntarias, preventivas o ex ante (poderes preventivos, autocuratela, decisiones ad hoc en documentos de voluntades anticipadas, etc.) sobre las medidas legales, reactivas o *ex post*; por otro, la exigencia de que todos los que presten apoyo, sea cual sea el origen de su función, están obligados a respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Vid., en relación al Proyecto de Ley, Pau Pedrón, A.: "De la incapacitación", cit., pp. 14 y ss.

solos, queda, pues, supeditado a la solicitud del progenitor[54]. Este régimen se fijará en la sentencia de nulidad, separación o divorcio, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal (párrafo tercero del art. 94 CC).

Contempla el art. 94 CC los casos en que el juez podrá limitar o suspender este derecho (si se dieren circunstancias "relevantes" –no graves, como hasta ahora- que así lo aconsejen o el incumplimiento grave y reiterado de los deberes impuestos por la resolución judicial).

Asimismo, a instancias del hermano, abuelo, pariente o allegado, o del propio mayor con discapacidad, podrá fijarse un régimen de comunicación y visitas del mayor con discapacidad con sus familiares o allegados. A tales efectos, la norma prevé que deberá darse audiencia previa a los progenitores, y que el juez deberá tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad[55]. Como se indicó en el Informe al Anteproyecto del CGPJ, una coherencia no meramente formal con el sistema de apoyos proyectado conduciría a ponderar mejor el peso de la voluntad del hijo mayor con discapacidad, tanto más relevante cuanto se trata del derecho a relacionarse con él de sus hermanos, abuelos, parientes y allegados, y tanto más cuanto el elemento o hecho causante de la discapacidad no comporta una anulación completa o especialmente importante de sus facultades cognitivas y volitivas[56].

2. La atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos con discapacidad.

A) La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad y mayores de edad con discapacidad.

Introduce la reforma una serie de novedades respecto a los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar y en relación a la duración de este derecho, derivados de la presencia de hijos con discapacidad que precisen medidas de apoyo[57]. En concreto, el artículo dos, apartado once, de la LRCJ otorga nueva redacción al art. 96 CC. Mantiene el precepto la distinción tradicional entre

54 Informe del CGPJ, cit., p. 55.

55 El último párrafo del art. 94 CC, dispone ahora lo siguiente: "Igualmente, la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión, que deberán prestar su consentimiento. La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad".

56 Informe del CGPJ, cit., p. 55.

57 Entre los trabajos más recientes sobre el uso de la vivienda familiar, Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso y Vivienda Familiar: su Atribución Judicial en los Supuestos de Crisis Familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; Gallardo Rodríguez, A.: *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2020; y Ordás Alonso, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Bosch, Madrid, 2018.

la atribución del uso de la vivienda familiar cuando hay hijos del matrimonio (apartado 1) y cuando no los hay (apartado 2), si bien la primera hipótesis queda ahora delimitada por la existencia de hijos comunes menores de edad o mayores en una situación de discapacidad que haga conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar. Por tanto, la nueva versión elimina cualquier atisbo de duda en torno a la necesidad de distinguir, de cara a la atribución del uso del que fuera domicilio familiar, en función de que existan hijos menores de edad del matrimonio o que éstos ya hayan alcanzado la mayoría de edad, aun cuando sigan conviviendo con alguno de sus progenitores[58]. En el primer caso, es cuando resulta aplicable el primer párrafo del art. 96, en cuya virtud, "(e)n defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad". Hasta aquí la norma simplemente plasma, de forma indubitada, el criterio jurisprudencial consolidado de nuestro Tribunal Supremo. En efecto, conforme a la doctrina jurisprudencial, si en el convenio regulador o en la sentencia que decreta la nulidad, la separación o el divorcio, no se fija un límite temporal al derecho de uso, se estima que este derecho de uso atribuido a los hijos y al cónyuge custodio tiene el límite temporal de la adquisición de la mayoría de edad por el menor de los hijos del matrimonio: alcanzada la mayoría de edad por el hijo menor del matrimonio, el derecho de uso se extingue[59].

La novedad del precepto recién aprobado consiste en la previsión de que, también a falta de acuerdo, el uso de la vivienda familiar (y de los objetos de uso ordinario de la misma) corresponderá a los hijos comunes mayores de edad con discapacidad y al cónyuge en cuya compañía queden. Equipara el precepto, a los efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar, los hijos menores de edad a los mayores de edad "que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar".

El Código civil, en su redacción derogada, no contenía ninguna mención a la medida de atribución del uso de la vivienda familiar respecto de los hijos mayores de edad con discapacidad[60]. La norma aprobada supone, además, un avance respecto a la doctrina del Tribunal Supremo que, hasta ahora, ha negado

58 Así como la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional del art. 39.3, no ocurre igual en el caso de los mayores [ATS 22 noviembre 2017 (RAJ 2017, 5262)].

59 STS 10 febrero 2006 (RAJ 2006, 549).

60 Consideraba Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso,* cit., p. 435, que era imposible, a efectos del plazo de disfrute de la vivienda familiar, equiparar la situación de incapacidad (ya sea de hecho, o de derecho) a la de la minoría de edad, pues ello supondría tanto como reconocer que el derecho de uso de la vivienda familiar va a estar vigente por todo el periodo que reste para que cese la situación de incapacidad, la cual, en muchos casos, será irreversible, con lo que supondría, de facto, una expropiación al progenitor titular o cotitular de la vivienda familiar que no quede a cargo del hijo mayor de edad con discapacidad.

la equiparación del interés superior del hijo menor al del mayor con discapacidad (no obstante, alguna sentencia aislada identificó la situación del hijo discapacitado con la del menor cuando la patria potestad había sido prorrogada o rehabilitada[61]). Así, la STS 19 enero 2017[62] estableció que "el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor". Posteriormente, la STS 4 abril 2018[63], en un supuesto en que se pretendía que, de una forma incondicionada, se adjudicase la vivienda familiar a la esposa e hija mayor de edad por la situación de minusvalía y de prórroga de la patria potestad, señala que "el artículo 96 CC configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges". En tales casos, conforme a la doctrina jurisprudencial (por todas, STS 20 junio 2017[64]), "la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC". Contrario a este criterio fue el planteamiento del TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, en la sentencia 11 julio 2019[65], en la que se aprecia que los hijos incapacitados merecen la misma protección que los menores de edad y han de ser asimilados a dichos menores por lo que hace referencia a los derechos que les corresponden, aunque siempre en la medida en que lo necesiten.

B) El mantenimiento en el uso de la vivienda familiar cuando el hijo con discapacidad alcanza la mayoría de edad.

En coherencia con la regla de atribución del uso a los hijos con discapacidad, incorpora la nueva normativa otra regla especial en cuanto a la duración del uso de la vivienda familiar concedido a los hijos menores de edad y al cónyuge custodio, consistente en permitir su mantenimiento, más allá de la llegada a la mayoría de edad de todos los hijos, cuando alguno se encuentre "en una situación de discapacidad psíquica, física o sensorial que hiciera conveniente la continuación en

61 Esta equiparación se produjo en la STS 30 mayo 2012 (RAJ 2012, 6547), en un caso en que el hijo estaba incapacitado y se había prorrogado la patria potestad, con la correspondiente atribución de la custodia a uno de los progenitores, y en la que se dispuso que "los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados". De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, el Tribunal Supremo concluyó que correspondía mantener en el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación.

62 STS 19 enero 2017 (RAJ 2017, 924).

63 STS 4 abril 2018 (RAJ 2018, 1185).

64 STS 20 junio 2017 (RAJ 2017, 3060).

65 STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 11 julio 2019 (RAJ 2019, 4425).

el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad". En estos casos, según la norma, "la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes". Supone el precepto una novedad en cuanto al régimen hasta ahora vigente, en el que nada se preveía respecto al mantenimiento en el uso de los hijos con discapacidad que alcanzaban la mayoría de edad. No obstante, en las decisiones de las Audiencias Provinciales, atendiendo a las circunstancias del caso, se ha venido optando en muchas ocasiones por desestimar las demandas de modificación de medidas a través de las cuales se pretendía la extinción del uso[66].

3. Los alimentos a favor de los hijos mayores de edad con discapacidad.

En relación a los alimentos a favor de los hijos mayores de edad con discapacidad, no contiene la LRCJ ninguna modificación del Código Civil, con la salvedad de lo dispuesto en el art. 96, en el que se prevé expresamente que "extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes". Con todo, el art. 28.1 de la Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados[67]. En esta materia de los alimentos, la doctrina del Tribunal Supremo ha venido equiparando a los hijos mayores de edad en situación de discapacidad (estén sujetos o no a la patria potestad prorrogada o rehabilitada de sus progenitores) con los hijos menores de edad[68]. Asimismo, la doctrina jurisprudencial ha precisado que la pensión no contributiva que pueda percibir el hijo "podrá tener proyección a la hora de cuantificar la pensión en relación con las posibilidades del obligado, pero «per se» no puede conducir a una supresión de la pensión, máxime cuando no es suficiente para cubrir las necesidades del hijo"[69]. Es

66 Así, por ejemplo, la SAP Alicante, 5 junio 2013 (JUR 2013, 279009) desestima la modificación de la medida de atribución del uso de la vivienda familiar "por cuanto las circunstancias actuales son las mismas que ya se tuvieron en cuenta en el propio auto de medidas provisionales" y si bien es cierto "que el otorgamiento de la vivienda familiar a la madre para el cuidado del hijo se hace cuanto éste es menor, siendo actualmente mayor de edad, pero además incapacitado (…), circunstancias que no han variado", se concluye que "el hijo necesita dicha vivienda, mientras que el padre demandante, como él mismo indica en el acto del juicio, dispone de otra vivienda".

67 Declara el art. 28.1 de la Convención que "(l)os Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad".

68 Así se estableció en la STS 7 julio 2014 (RAJ 2014, 3540), en los términos siguientes: "La situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos". La doctrina de esta sentencia se reitera en las SSTS 10 octubre 2014 (RAJ 2014, 4878) y 17 julio 2015 (RAJ 2015, 3020).

69 STS 2 junio 2015 (RAJ 2015, 3159).

necesario, de este modo, que el hijo mayor de edad con discapacidad carezca de recursos para afrontar adecuadamente su sustento[70].

Nuestro Código Civil, en su redacción anterior, no otorgaba a la atribución del uso de la vivienda familiar el carácter de contribución en especie a los alimentos, ni existía correlación –como efectúa ahora el texto recién aprobado- entre el cese del uso de la vivienda familiar y la contribución a la satisfacción de las necesidades de vivienda de los hijos mediante los alimentos. Esta interrelación entre ambas medidas sí se encontraba ya contemplada en la normativa autonómica[71].

A pesar del tenor literal del art. 96 CC, en su redacción ya derogada, en sentencias de los últimos años, el Tribunal Supremo venía conectando uso de la vivienda y alimentos de los hijos, en el sentido de que la protección de interés superior del menor se puede conseguir manteniéndolo en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar pero también con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente a los alimentos presentes y futuros[72]. Según esta jurisprudencia, el cese o la falta de atribución del uso de la vivienda familiar es una circunstancia que deberá ser tenida en cuenta a la hora de fijar la cuantía de la pensión alimenticia a cargo de los progenitores.

La nueva redacción del art. 96 CC amplía esta perspectiva recogida en los ordenamientos autonómicos y en la jurisprudencia. En consecuencia, si el hijo mayor de edad discapacitado goza del uso de la vivienda familiar, en la fijación de la cuantía de los alimentos habrá de tenerse en cuenta que parte de los alimentos son los correspondientes a la habitación del hijo, que se satisfacen en especie o "in natura". Por consiguiente, dicho uso de la vivienda debe tener su reflejo en una

70 En caso resuelto por la SAP Barcelona, Sección 12ª, 16 marzo 2006 (JUR 2006, 246753), en un procedimiento de modificación de medidas derivadas del divorcio, se había declarado extinguida la obligación del padre de contribuir a los alimentos de las hijas por haber llegado la madre y las hijas a mejor fortuna al recibir por terceras partes indivisas la herencia de la abuela materna de las hijas, heredando, varias fincas, así como depósitos bancarios. La madre demandó entonces a su ex–marido solicitando una pensión alimenticia para las hijas comunes, que eran mayores de edad, estaban incapacitadas, estando rehabilitada la patria potestad a favor de la madre. La Audiencia, con estimación del recurso de apelación interpuesto por el padre, aprecia que, tratándose de hijas mayores de edad incapacitadas con rehabilitación de la potestad a la madre, es a ésta a la que corresponde la carga de la prueba de que aquéllas se encuentran en situación de necesidad que haga necesario que el padre contribuya a su sustento mediante la prestación de alimentos.

71 Así se establece en los arts. 233-20 y 233-21 del Libro II CCCat, en la Ley 72 del Fuero de Navarra y en el art. 12 de la Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

72 Como se recoge en la STS 19 enero 2017 (RAJ 2017, 924), cuya doctrina ha sido reiterada en otras posteriores, "una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art. 142 CC)".

disminución de la prestación económica que debe abonar el progenitor con el que no convive el hijo. Por otra parte, cuando cese el uso de la vivienda familiar, habrá que valorar esta circunstancia para fijar la pensión alimenticia. Esto es, deberá fijarse una pensión de alimentos en la que se tenga en cuenta la necesidad de que se provea al hijo mayor de edad con discapacidad de un nuevo alojamiento.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY GARCÍA, M.: "Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual", *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal, Civil y Mercantil*, Monográfico *Justicia y discapacidad*, núm. 145, julio-agosto 2020.

CARRASCO PERERA, A.: "Discapacidad personal y estabilidad contractual a propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el ministerio de justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad", *Centro de Estudios de Consumo,* 12 de octubre de 2018, pp. 1-5.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso y Vivienda Familiar: su Atribución Judicial en los Supuestos de Crisis Familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H.: "Reflexiones frente a la reforma de la discapacidad", en AA.VV.: *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad* (dir. por E. MUÑIZ ESPADA), Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 25-35.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "La incapacitación en el marco de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (coord. por M. YZQUIERDO TOLSADA), vol. 3, 2009, pp. 550-590.

FÁBREGA RUIZ, C.F.: "Breves notas sobre la reforma del proceso de protección de personas con discapacidad en el Proyecto de ley por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad", en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. por P.A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021, pp. 303-322.

GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

GARCÍA RUBIO, Mª. P.: "La nueva regulación de la capacidad jurídica se remite por fin a las Cortes Generales", entrada blog 14.07.2020 (https://hayderecho.expansion.com/2020/07/14/la-nueva-regulacion-de-la-capacidad-juridica-se-remite-por-fin-a-las-cortes-generales/).

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica", *Diario La Ley,* núm. 9851, Sección Tribuna, 17 mayo 2021, pp. 1-13.

Munar Bernat, P. A.: "Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto", en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. por P. A. Munar Bernat), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021, pp. 175-193.

Ordás Alonso, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrente*s, Bosch, Madrid, 2018.

Pau Pedrón, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), pp. 5-28.

Petit Sánchez, M.: "La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés", *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020) Ensayos, pp. 265-313.

Torres Costa, M.ª E.: *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho Privado, Madrid, 2020.

EX FACTO ORITUR IUS? MENORES EXTRANJEROS Y UNIDAD FAMILIAR

EX FACTO ORITUR IUS? FOREIGN MINORS AND UNITY OF THE FAMILY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 964-979

Gabriele
CARAPEZZA
FIGLIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de agosto de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: El artículo considera el principio de efectividad como clave de la cuestión jurídica de la protección de la unidad familiar de los menores extranjeros en la sociedad pluralista actual.

PALABRAS CLAVE: Menor; extranjero; unidad familiar; derechos humanos; efectividad.

ABSTRACT: *The article considers the principle of effectiveness as a key to understanding the question of the protection of the family unit of foreign minors in the current pluralist society.*

KEY WORDS: *Child; foreigner; unity of the family; human rights; effectiveness.*

SUMARIO.- I. PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD Y TUTELA DE LA UNIDAD FAMILIAR.- II. REUNIFICACIÓN FAMILIAR DE LOS MENORES EXTRANJEROS.- III. AUTORIZACIÓN TEMPORAL PARA LA ENTRADA Y ESTANCIA DE UN FAMILIAR DEL MENOR.- IV. TUTELA DEL MENOR Y EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO.

I. PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD Y TUTELA DE LA UNIDAD FAMILIAR.

A finales de la década de 1960, Cesare Massim o Bianca planteó el principio de efectividad como un «problema di metodo della dottrina privatistica»[1]. Después de haber destacado la fractura entre la teoría y la práctica del derecho[2], el recién fallecido Maestro del Derecho Civil italiano destacaba: «Quello che è palesemente mancato alla dottrina privatistica continentale è stato il riconoscimento del fatto come fenomeno normativo»[3]. Por tanto, postulaba la necesidad de tomar como objeto de investigación la norma jurídica «così come essa si presenta nella realtà dell'esperienza di un determinato tempo e di un determinato luogo»[4].

La identificación de la efectividad como «momento essenziale della giuridicità»[5] permite un cambio hermenéutico, que orienta al intérprete a buscar la norma efectivamente aplicada que opera como «generale e coercitiva regola d'ordine del corpo sociale»[6], de la cual la jurisprudencia ofrece un índice concreto de existencia[7].

Cincuenta años después, la enseñanza del Maestro encuentra un banco de prueba de extraordinaria relevancia en el asunto normativo de la protección de la unidad familiar de los menores extranjeros en la sociedad pluralista actual, cada vez más caracterizada por la diversidad étnica, religiosa y cultural[8].

1 Bianca, C. M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica", *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, vol. II, Pamplona, 1969, p. 61 ss., ahora en Id.: "Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici", vol. I, 1, Milano, 2002, p. 35 ss.

2 Bianca, C. M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo", cit., p. 38 s. V., también, Perlingieri, P.: "Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare", *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss., ahora en Id.: "Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile", Napoli, 1989, p. 3 ss.

3 Bianca, C. M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo", cit., p. 39.

4 Bianca, C. M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo", cit., p. 42.

5 Bianca, C. M.: "*Ex facto oritur ius*", *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 796.

6 Bianca, C. M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo", cit., p. 42.

7 Bianca, C. M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo", cit., p. 44.

8 Perlingieri, P.: *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, *Dir. succ. don.*, 2017, 165 ss.

• Gabriele Carapezza Figlia
Full Professor of Civil Law, Head of the Department of Law, Lumsa Palermo. Correo electrónico: g.carapezzafiglia@lumsa.it

II. REUNIFICACIÓN FAMILIAR DE LOS MENORES EXTRANJEROS.

El instituto de la reunificación familiar es el instrumento más significativo para el ejercicio del derecho a la unidad familiar del menor extranjero, el cual, en una dimensión multinivel, se basa no solo en los principios constitucionales internos (artículos 2, 3, 29, 30 y 31 de la Constitución), pero también en numerosas fuentes internacionales y europeas (artículos 17, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3, 9 y 10 Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño; 8 TEDH; 7, 24 y 33 Carta de los derechos fundamentales de la Un. eur.)[9].

El derecho a la unidad familiar está calificado por el Tribunal Constitucional italiano, a partir de 1995, como un «derecho fundamental» de la persona, que corresponde «también a los extranjeros que se encuentren en el territorio del Estado». El derecho permite la «garantía de la convivencia familiar» y de una «vida común» entre progenitores e hijos[10], «en el signo de la unidad familiar»[11].

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el hecho de la vida familiar merece una fuerte protección contra la interferencia de la autoridad cuando se trata de las relaciones verticales entre padres e hijos. La convivencia entre ellos constituye un elemento fundamental en la vida de la familia y el menor està protejido frente a toda acciòn arbitraria de las autoridades pùblicas[12].

El derecho a la unidad familiar representa, asì, un parámetro de legitimidad constitucional y convencional de la disciplina legislativa sobre el extranjero: el legislador puede someter el disfrute mutuo de la convivencia entre familiares a supuestos y límites, siempre que estos aseguren «un correcto equilibrio con otros

9 En doctrina, ver Morozzo Della Rocca, P.: "Il diritto all'unità familiare in Europa tra «allargamento» dei confini e «restringimento» dei diritti", *D. imm. citt.*, 2004, p. 63 ss.; Senigaglia, R.: "Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa «tradizione». I casi della poligamia e della *kafala* di diritto islamico", *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 533 ss.; Evola, M.: "La riunificazione familiare dello straniero nei trattati sui diritti umani", *D. um. dir. int.*, 2010, p. 279 ss. Un resumen efectivo de la elaboración jurisprudencial más reciente en Pascucci, L.: "Diritto all'unità familiare dello straniero", *Fam. e d.*, 2011, p. 827 ss.

10 *Cfr.* Bianca, C. M.: "Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del minore alla propria famiglia", *Giust. civ.*, 2001, p. 429 s., ahora en Id., "Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici", vol. I, 1, Milano, 2002, p. 1069 ss.

11 La reunificación familiar se cuenta entre los derechos fundamentales de la persona por C. cost., 12 de enero de 1995, núm. 28, *F. it.*, 1995, I, c. 2068; C. cost. 5 de julio de 2003, núm. 198, *ibíd.*, 2003, I, c. 2240; C. cost., 27 de julio de 2000, núm. 376, *ibíd.*, 2002, I, c. 355; C. cost., 26 de junio de 1997, núm. 203, *G. it.*, 1998, p. 205. Sobre el derecho a vivir en familia en la jurisprudencia constitucional y europea, véase Pastore, M. y Console, M.: "L'immigrazione e i rapporti familiari, en Lenti, L. (a cargo de): "Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia", *Tratt. dir. fam.*, dirigido por Zatti P., Milano 2002, p. 621 ss.; con especial referencia a la jurisprudencia luxemburguesa, Adinolfi, A.: "Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea", *R. d. intern.*, 2011, p. 5 ss.

12 Cabe destacar la configuración de la existencia de una "vida familiar" entre padres e hijos protegida por el art. 8 CEDH en términos de una "cuestión de hecho", que no depende de vínculos formales, sino "de la realidad práctica de vínculos personales estrechos": TEDH 13 de junio de 1979, Marckx c. Bélgica, párrafo 31; TEDH, Gran Sec., 12 de julio de 2001, K. y T. c. Finlandia, párrafo 150; TEDH de 18 de diciembre de 1986, Johnston c. Irlanda, párrafo 56.

valores dotados de igual protección», como cuando se pide al extranjero que pueda garantizar condiciones de vida dignas a los miembros de la familia[13].

Si bien los Tribunales Constitucionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se reservan el control de la razonabilidad del balance realizado por el legislador, a este reconocen una amplia discrecionalidad o un amplio margen de apreciacion, «ya que el concepto de solidaridad no implica necesariamente el de convivencia, porque es posible que el extranjero cumpla la obligación de alimentos de diferentes formas»[14]. En esta perspectiva, se otorga una protección intensa al derecho a la unidad familiar únicamente «con referencia a la familia nuclear, también en formación y, por tanto, en relación a la reunificación del extranjero con su cónyuge e hijos menores»[15].

De lo contrario, cuando el extranjero invoca la reunificación con hijos adultos o padres incluso ancianos, «el legislador puede equilibrar» el interes al afecto «con otros intereses dignos de protección»[16]. En varias ocasiones, efectivamente, las Cortes han considerado completamente razonable la elección del legislador de limitar la reunificación familiar del extranjero «a casos en los que exista una efectiva y grave situación de necesidad» de miembros ajenos a la familia nuclear que en el pais de origen no puedan de ninguna manera satisfacer autónomamente sus propias necesidades primarias de vida[17].

Ademas, la legislación actual italiana sobre reunificación familiar, en aplicación de la Directiva 2003/86/CE, establece que el derecho a mantener o recuperar la unidad familiar se reconoce a los extranjeros que residen legalmente, en presencia de algunas condiciones específicas, tales como, por ejemplo, «una vivienda que cumpla con los requisitos de salud e higiene» y «un ingreso mínimo anual proveniente de fuentes legítimas» (art. 29, texto único de inmigración).

Sin embargo, en varias ocasiones la jurisprudencia procede directamente a una interpretación correctora de la disciplina del ingreso y permanencia del extranjero en el territorio estatal, que se opone a la interpretación declarativa y literal, con garantía inmediata del derecho a la unidad familiar del menor, teniendo en cuenta con carácter prioritario su interés superior.

13 C. cost., 19 de enero de 1995, núm. 28, *F. it.*, 1995, I, c. 2068; C. cost., 26 de junio de 1997, núm. 203, *G. it.*; C. cost., 6 de julio de 2001, núm. 232, *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 1392; C. cost., 23 de noviembre de 2006, núm. 395, *G. cost.*, 2006, p. 1567.

14 C. cost., 26 de septiembre de 2007, núm. 335, *F. amm.*, 2007, p. 2392; C. cost., 9 de noviembre de 2006, núm. 368, *Dejure online*; C. cost., 8 de junio de 2005, núm. 224, *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1987.

15 C. cost., 8 de junio de 2005, núm. 224, *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1987.

16 C. cost., 8 de junio de 2005, núm. 224, cit.; C. cost., Ord., 23 de diciembre de 2005, núm. 464, *F. amm.*, 2005, p. 3542.

17 Véase, al menos, C. cost., 9 de noviembre de 2006, núm. 368, cit.; C. cost., 8 de junio de 2005, núm. 224, cit.; C. cost., 24 de junio de 2004, núm. 187.

De hecho, en los casos que involucran a un menor, el derecho al respeto de la vida familiar se ve afectado por el principio del interés superior del niño, que limita las injerencias admisibles de la autoridad pública[18]. Desde esta perspectiva, el interés del menor no se considera de forma aislada, sino en una dimensión relacional hacia los demás miembros del grupo, que benefician, en consecuencia, de la protección que se brinda a la posición del niño[19]. La necesidad de hacer prevalecer el *best interest of the child* en todas las decisiones que le conciernen reduce el margen de discrecionalidad del Estado en la evaluación de la ponderación de los intereses en conflicto, de modo que la jurisprudencia considera en sí mismo correspondiente al interés superior del niño el mantenimiento de relaciones significativas con los padres, haciendo recaer sobre los poderes publicos la carga de la prueba de las circunstancias de especial gravedad, que justifican la injerencia en el ámbito familiar.

III. AUTORIZACIÓN TEMPORAL PARA LA ENTRADA Y ESTANCIA DE UN FAMILIAR DEL MENOR.

Para comprender la evolución interpretativa de la disciplina para la protección de menores extranjeros, de particular interés es el instituto de la autorización temporal para la entrada y estancia de un familiar del menor (artículo 31, párrafo 3, texto único de inmigración). Permite al Juzgado de Menores – sin perjuicio de cualquier otra disposición – admitir en el territorio nacional, «por un tiempo determinado», al familiar de un menor que ya se encuentre allí, en presencia de «motivos graves relacionados con [su] desarrollo psicofísico»[20].

La disposición se basa en el supuesto de que, en el sistema jurídico italiano, existe una prohibición general de expulsión de extranjeros menores de dieciocho años, «sin perjuicio del derecho a seguir al padre o tutor expulsado» (artículo 19, párrafo 2, texto único de inmigración), que es un corolario del derecho fundamental del niño a vivir con sus padres[21].

18 Lenti, L.: "L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo", *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 148 ss.

19 Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 100 ss.

20 La jurisprudencia se dividió en dos direcciones hermenéuticas (que una primera intervención del Tribunal de Casación, Secciones conjuntas, 20 de septiembre de 2006, núm. 22216, *G. it.*, 2007, p. 932 ss. no había podido resolver): una más restrictiva que interpretó los "motivos serios" en términos de una "situación de emergencia" caracterizada por la temporalidad (Cass., 10 de marzo de 2010, núm. 5856, *D. fam.*, 2010, p. 1639 ss.); la otra que, en cambio, reconoció la *ratio legis* en la "protección incisiva del derecho del menor a la familia y al mantenimiento de relaciones continuas con ambos progenitores" (Cass., 19 de enero de 2010, núm. 823, *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 611 ss.). Sobre el tema ver Morozzo Della Rocca, P.: "L'autorizzazione provvisoria di soggiorno del familiare nell'interesse del minore straniero: occorrono gravi motivi, ma non per forza eccezionali", *Nuova g. civ. comm.*, 2010, p. 678 ss.; Margiotta, M.: "Diritti del minore ed esigenze di ordine pubblico: il (tormentato) impatto dei nostri giudici con gli istituti di protezione del fanciullo", *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 802 ss.

21 C. cost., 27 de julio de 2000 núm. 376, cit.

El Tribunal Supremo es secciones conjuntas 25 de octubre de 2010, núm. 21799 ha descartado, en primer lugar, que la norma sea de carácter excepcional, calificándola, en cambio, como una «regla de cierre del sistema de protección de menores extranjeros»[22]. La función de la disposición es salvaguardar el interés superior del menor en situaciones en las que la expulsión o la no entrada de un miembro de la familia podría poner en grave peligro su existencia. El interés del familiar recibe protección refleja, cuando es funcional para salvaguardar el desarrollo psicofísico del menor, que es el bien jurídico amparado por la ley así como el único motivo de la medida de autorización.

Según la Corte Suprema, es necesario permitir la autorización temporal del familiar para ingresar o permanecer dentro de las fronteras del Estado, no solo en presencia de situaciones de emergencia, sino siempre que, en el caso particular, pudieran resultar daños graves a su equilibrio psicofísico, que tiene que ser valorado por el juez de mérito, teniendo en cuenta la peculiaridad y todas las posibles variables del caso concreto[23].

La jurisprudencia posterior reconoció y desarrolló los principios enunciados por las Secciones Unidas, interpretando «en un sentido amplio»[24] las graves razones vinculadas al desarrollo psicofísico del menor.

Se señaló que el carácter temporal de la autorización de la estancia del familiar no implica necesariamente que sea también temporal la situación de malestar o daño grave para el menor[25].

Además, se señaló[26] que la evaluación de los daños resultantes de la remoción de los padres y el desarraigo del menor deben basarse en un juicio pronóstico basado en: la tierna edad del menor[27]; el grado de enraizamiento en nuestro país, también en relación con la duración de la estancia, y las perspectivas de posibilidades concretas de relación con los padres en caso de repatriación; el esfuerzo por integrarse en la sociedad italiana y la problemática de adaptar al menor a las condiciones de vida y costumbres de un país extranjero en caso de denegación de la autorización[28]; el malestar psicofísico al que se expondría

22 Cass., Secciones conjuntas, 25 de octubre de 2010, núm. 21799, *Corr. giur.*, 2011, p. 177 ss., con nota de Morozzo Della Rocca, P.: "L'art. 31, comma 3, d.lgs. 286/1998 e la clausola generale dei gravi motivi", que considera la posición de las secciones conjuntas respondiente a "cánones de razonabilidad bien conocidos por la jurisprudencia europea en materia de familia".

23 Cass., Secciones conjuntas, 25 de octubre de 2010, núm. 21799, cit.; Cass., Sección I, Cass., 17 de marzo de 2020, núm. 7404.

24 Cass., Sección I, 17 de abril de 2019, núm. 10785.

25 Cass., Sección I, 21 de febrero de 2018, núm. 4197.

26 Cass., Sección VI, 29 de enero de 2016, núm. 1824; Cass., Sección VI, 5 de marzo de 2018, núm. 5084.

27 Cass., Sección VI, 20 de julio de 2015, núm. 15191.

28 Cass., Sección VI, 17 de diciembre de 2015, núm. 25419.

el menor en caso de desapego del lugar donde es el centro de sus intereses y relaciones o de separación de uno o ambos progenitores[29].

En particular la evaluación de las condiciones para la emisión de dicha autorización no puede limitarse a un juicio sobre el enraizamiento del menor en el territorio italiano, que serìa una grave violación de la prohibición de expulsión. La consideración del enraizamiento del menor sólo puede ser utilizada como un elemento integrador, que contribuye a la formulación del juicio pronóstico, que debe basarse, indefectiblemente, en la constatación, según un juicio probabilístico, de la relación de causalidad entre la expulsión forzosa del progenitor y los probables efectos perjudiciales sobre el equilibrio psicofísico del menor.

Además, el art. 31, párrafo 3, texto único de inmigración, también establece que «La autorización se revoca cuando cesan las razones graves que la justifican o por actividades del familiar incompatibles con las necesidades del menor o con la estancia en Italia». En 2019, sin embargo, la Suprema Corte aclaró que la denegación de la autorización no puede derivarse automáticamente de la condena del familiar por unos delitos que impidan el ingreso o la estancia[30]. En cambio, el juez debe determinar si la presencia del familiar en el territorio del Estado constituye una amenaza concreta y actual al orden público o la seguridad nacional. Por lo tanto, debe establecerse un equilibrio entre estos intereses del Estado y el del menor al que la legislación asigna un valor prioritario, pero no absoluto, ya que puede ser recesivo sòlo al resultado de un examen detallado del caso específico[31].

IV. TUTELA DEL MENOR Y EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO.

El derecho a la unidad familiar también tiene un fuerte impacto en la disciplina de la expulsión del extranjero del territorio nacional.

En primer lugar, el legislador establece una prohibición general de expulsión no solo para los extranjeros menores de dieciocho años, sino también para las mujeres embarazadas y en los seis meses posteriores al nacimiento de su hijo (artículo 19, párrafo 2, texto único de inmigración)[32].

El Tribunal Constitucional no ha ampliado la prohibición de expulsión a los extranjeros que viven en Italia con un cónyuge extranjero residente legalmente, debido a la heterogeneidad de la situación en comparación con la del extranjero

29 Cass., Sección VI, 2 de diciembre de 2014, núm. 25508; Cass., Sección VI, 2 de diciembre de 2015, núm. 24476; Cass., Sección I, 3 de agosto de 2017, núm. 19433.

30 Cass., Secciones conjuntas, 12 de junio de 2019, núm. 15750.

31 Ver también Cass., Ord., 22 de julio 2020, núm. 15643.

32 C. cost., 27 de julio de 2000, núm. 376, cit.

casado con un ciudadano italiano[33]. En cambio, la suspensión temporal de la facultad de expulsión se extendió, primero al marido conviviente de la mujer embarazada o en los seis meses siguientes al nacimiento del hijo – pero no al conviviente *more uxorio* de una mujer embarazada, por la falta de certeza que caracteriza las relaciones de facto[34] – y, luego, también al padre (aunque no sea cónyuge ni conviviente de la mujer) en los primeros seis meses de vida del menor, y esta vez por parte del Tribunal de Casación, que, una vez más superando la letra del texto legislativo, la ajusta con su interpretatiòn al art. 30 de la Constitución, porqué el fondamento de la prohibición de expulsión es la protección de la relación parental durante la muy tierna edad del menor[35].

Pero lo que parece de particular importancia es la progresiva limitación de la amplia discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la facultad de expulsión, no solo con la afirmación, a nivel del derecho internacional humanitario, de ciertos principios como el de *non-refoulement* y no discriminación[36], pero sobre todo en virtud de la necesidad de equilibrio con los derechos fundamentales del extranjero[37].

En particular, en el diálogo entre los Tribunales nacionales y europeos, el derecho a la unidad familiar se ha impuesto como un verdadero límite al poder de expulsión del extranjero que, según lo dispuesto en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se considera legítimamente ejercido cuando la medida a) esté prevista por la ley; b) persigua alguno de los fines legítimos previstos y sobre todo c) sea necesaria en una sociedad democrática[38].

Este último parece ser el requisito más controvertido. La noción de «necesidad» de la injerencia està relacionada, a nivel cualitativo, a la existencia de

33 C. cost., 14 de abril de 2006, núm. 158; C. cost., 31 de octubre de 2007, n. 361,

34 C. cost., 11 de mayo de 2006, núm. 192, *G. cost*., 2006, p. 4657 ss., consideró la cuestión de legitimidad constitucional del art. 19, párrafo 2, lett. d, d. legisl. núm. 286 de 1998, manifiestamente infundada en la parte en la que establece que el decreto de expulsión debe ser ejecutado también contra el extranjero extracomunitario vinculado por una relación afectiva con una ciudadana italiana, que se encuentra embarazada, ya que "compara tratamientos reservados para situaciones profundamente distintas : la del marido de una ciudadana de fuera de la UE embarazada y la de quien afirma ser el padre natural de un niño por nacer. Ver también, C. cost., 22 de diciembre de 2006, núm. 444, *Giust. civ.*, 2007, I, p. 563 ss.; C. cost., 24 de abril de 2008, núm. 118, *G. cost*., 2008, p. 1412 ss.

35 Cass. pen., 25 de noviembre de 2014, núm. 50379, *R. pen.*, 2015, p. 269.

36 Nascimbene, B.: voz "*Straniero (dir. internaz.)*", en *Enc. dir.*, *Annali*, VI, Milano 2013, p. 906.

37 *Cfr.* Nascimbene, B.: "Il minore straniero e le norme sull'immigrazione", *R. dir. intern. proc. priv.*, 1989, p. 17 ss.

38 Sobre la elaboración jurisprudencial del art. 8 ECHR *cfr.* Bartole, S., Conforti, B. y Raimondi G.: "Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo", Padova, 2001, *sub* art. 8, 307 ss.; Bartole, S., De Sena, P. y Zagrebelsky, V.: "Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali", Padova, 2012, *sub* art. 8, 297 ss. Sobre el "derecho al respeto de la vida privada y familiar" reconocido por el art. 8 ECHR ver también Zagrebelsky, V.: "Famiglia e vita familiare nella Convenzione europea dei diritti umani", en Andrini, M. C. (a cargo de): "Un nuovo diritto di famiglia europeo", Padova, 2007, 117 ss.; Ferrando, G.: "Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia", *ibíd.*, p. 137.

una «necesidad social imperativa» y, a nivel cuantitativo, a su «proporcionalidad» al fin legítimo perseguido[39]. De acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal de Estrasburgo, por tanto, la cuestión de si la expulsión constituye una injerencia en el derecho a la unidad familiar del extranjero «necesaria en una sociedad democrática» requiere un doble orden de apreciaciones sustantivas y procesales, que expresan la búsqueda de un *juste équilibre* entre intereses en conflicto. En particular, es necesario verificar si a la luz del caso concreto, por un lado, las razones dadas para justificar la medida son «pertinentes y suficientes» y, por otro, el proceso de toma de decisiones, considerado en su conjunto, fue justo y haya protegido los derechos fundamentales de los extranjeros[40].

En esta perspectiva, los Tribunales Supremos europeos delegan al juez nacional la tarea de evaluar «caso por caso» cuál es el equilibrio razonable entre los intereses en conflicto[41], esforzándose por definir un catálogo de parámetros de referencia que incluyen: la gravedad de la violación cometida por el extranjero; la solidez de sus vínculos sociales, culturales y familiares con el país de acogida y el país de origen; su situación familiar y, en particular, la existencia de una vida real en pareja, la presencia de hijos y su edad; el interés de los menores y la gravedad de las dificultades que puedan afrontar en el país de destino[42].

La necesidad de dejar al juez común la valoración del justo equilibrio entre el interés del Estado en expulsar al extranjero peligroso y sus derechos fundamentales tiene consonancias significativas con la progresiva superación por el Tribunal Constitucional italiano de los llamados "automatismos expulsivos", es decir, las disposiciones que impiden que el extranjero permanezca en el territorio

39 En este sentido ver, entre otros, TEDH, 13 de febrero de 2003, Odièvre c. Francia, párrafo 40; TEDH, 24 de marzo de 1988, Olsson (núm. 1) c. Suecia, párrafo 67. La evaluación de la necesidad de la injerencia en una sociedad democrática expresa, en otras palabras, la necesidad de un equilibrio entre las solicitudes de protección de los intereses generales y la protección de los derechos individuales: TEDH, 7 de julio de 1989, Soering c. Reino Unido, párrafo 89.

40 La responsabilidad del correcto equilibrio entre las necesidades en conflicto recae, en primer lugar, en las autoridades nacionales, pero bajo el control del Tribunal de Estrasburgo, sobre la base de un margen de apreciación variable en los casos específicos: TEDH, 7 de diciembre de 1976, Handyside c. Reino Unido, párrafo 48; TEDH, Gran Sección, 28 de junio de 2008, Maslov c. Austria, párrafo 76.

41 Mengoni, L.: "Dogmatica giuridica", en Id.: "*Ermeneutica e dogmatica giuridica*", Milano 1996, p. 54, concibe la vocación a la universalización del justo equilibrio entre los derechos como la idoneidad de la decisión a estabilizar para su aplicación a casos futuros; Giorgini, E.: "*Ragionevolezza e autonomia negoziale*", Napoli, 2010, p. 78 ss., señala que la universalización no puede ignorar la evaluación de las consecuencias que produce la interpretación tanto a nivel del sistema normativo como del caso particular.

42 El caso principal se considera TEDH, 2 de agosto de 2001, Boultif c. Suiza, que expresa criterios parcialmente ya presentes en la jurisprudencia anterior. Véase también, en la jurisprudencia de Estrasburgo, TEDH, Gran Sec., 18 de octubre de 2006, Uner c. Países Bajos, párrafos 54-58; TEDH, Gran Sec., 28 de junio de 2008, Maslov c. Austria, párrafos 68 ss., que subraya que el peso de cada criterio "varie inévitablement selon les circonstances particulières de chaque affaire" (párrafo 70); en el de Luxemburgo, TJUE, Gran Sec., 13 de septiembre de 2016, Secretario de Estado del Ministerio del Interior c. CS, c. 304/14; TJUE, Gran Sec., 13 de septiembre de 2016, Rendon Marin c. Administración del Estado, c. 165/14; TJUE, 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, cc. 482 y 493/01, en Coll., 2004, p. I-5357; TJUE, 23 de septiembre de 2003, Akrich, c. 109/01, *ibíd*., 2003, p. I- 9607.

del Estado, en presencia de circunstancias específicas que impidan evaluar, caso por caso, la situación concreta[43].

Los automatismos expulsivos – tradicionalmente considerados reflejo del principio de «estricta legalidad» que caracteriza a la disciplina migratoria y, de hecho, orientados a «prevenir posibles árbitros de la autoridad administrativa»[44] – a partir de principios de la segunda década de este siglo, no solo son juzgados «constitucionalmente ilegítimos, si no responden a datos de experiencia generalizados»[45], sino que sobre todo han sido sometidos a una valoración de proporcionalidad y razonabilidad, especialmente cuando afectan el respeto a la vida familiar, con exclusión de «presunciones de peligrosidad absolutas y automatismos procedimentales»[46].

En esta perspectiva, según el Tribunal Constitucional, la denegación del permiso de residencia o su renovación no pueden derivar mecánicamente de la presencia de un impedimento, como haber recibido condenas penales, sino que requieren un juicio discrecional que pueda evaluar el interés en preservar la unidad familiar no solo del extranjero que «ha ejercido el derecho a la reunificación familiar» o del «familiar reagrupado», como exige la disposición legislativa, sino también de todos los extranjeros que tengan vínculos familiares capaces de dar título abstracto a procedimiento de reunificación[47]. Prohibición del automatismo extendida, a traves de una interpretación adaptativa, por el Tribunal de Casación, también a la adopción de la medida de expulsión administrativa, que debe basarse

43 Sobre el tema, consulte Alpini, A.: "Ragionevolezza e proporzionalità nel processo di erosione del c.d. automatismo espulsivo dello straniero", en Perlingieri, G. y Fachechi, A. (a cargo de): "Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo", I, Napoli 2017, p. 47 ss.

44 En estos términos, C. cost., Ord., 3 de mayo de 2002, núm. 146, *F. it.*, 2002, I, p. 2232. En la misma perspectiva ver, también, C. cost., Ord., 23 de diciembre de 2005, núm. 463, *F. amm.*, 2005, p. 3541; C. cost., 16 de mayo de 2008, núm. 148, *F. it.*, 2008, I, p., según la cual no es "manifiestamente irrazonable condicionar el ingreso y permanencia del extranjero en el territorio nacional a la circunstancia de la falta de comisión de delitos de considerable importancia". En la doctrina, críticamente, Corsi, C.: "Il rispetto della vita familiare può limitare il potere di espulsione?", *Dir. imm. citt.*, 2006, p. 75 ss.

45 C. cost., 18 de julio de 2013, núm. 202, *R. dir. intern.*, 2013, p. 1329.

46 Así, C. cost., 6 de julio de 2012, núm. 172, cit.; C. cost., 18 de julio de 2013, núm. 202, cit. Los automatismos expulsivos se consideran incompatibles con la legislación europea, entre otros, por TJUE, Gran Sec., 13 de septiembre de 2016, Secretary of State for the Home Department c. CS, c. 304/14, párrafo 41, según el cual una decisión de expulsión "no puede dictarse automáticamente sobre la base exclusiva de los antecedentes penales del interesado. Sólo puede inferirse, en su caso, de una valoración concreta por parte del órgano jurisdiccional nacional de todas las circunstancias actuales y relevantes del caso, a la luz del principio de proporcionalidad, el interés superior del niño y los derechos fundamentales"; TJUE, Gran Sec., 13 de septiembre de 2016, Rendon Marin c. Administración del Estado, c. 165/14, párrafo 61, que establece que "la legislación de la UE excluye una limitación del derecho de residencia por motivos de prevención general y decidida con el fin de disuadir a otros extranjeros, en particular cuando esto se produce automáticamente después de una condena penal, sin tener en cuenta el comportamiento personal del infractor o la amenaza que representa para el orden público".

47 En particular, según C. cost., 18 de julio de 2013, núm. 202, *R. dir. intern.*, 2013, p. 1329, "en el contexto de las relaciones interpersonales, toda decisión que afecte a uno de los sujetos repercutiendo también en los demás miembros de la familia y la separación de la unidad familiar, especialmente en presencia de hijos menores, es una decisión demasiado grave" que requiere "un examen detallado de la situación particular del extranjero afectado y sus familiares".

en una sentencia «caso por caso» y no en la «aplicación automática y estandarizada de parámetros normativos»[48].

En conclusión estamos asistiendo a una reformulación del concepto tradicional de legalidad, que ya no se entiende como generalidad y abstracción de la regla, sino como respeto de los derechos fundamentales del ser humano frente al ejercicio de los poderes publicos y privados[49]. Tomando una feliz expresión de Cesare Massimo Bianca, el derecho «è nella realtà della sua esistenza, e questa realtà trascende i testi di legge per immedesimarsi nella vita dell'ordinamento che si evolve nella società e con la società»[50].

48 Cass. 12 de julio de 2016, núm. 14176, *Dejure online*; Cass., 22 de julio de 2015, núm. 15362, *ivi*, en materia de expulsiones administrativas.

49 «Los casos concretos se han convertido en normativos, porque las personas se han convertido en normativas para el derecho positivo»: Viola, F.: "La legalità del caso", en AA.VV. *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, I, *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, Napoli, 2007, p. 317, quien añade: "Las personas son por definición incomparables y exigen igualdad en la diversidad". En tema, ver Lipari, N.: "I civilisti e la certezza del diritto", *R. trim.*, 2015, p. 1115 ss., ora in Id.: "*Il diritto civile tra legge* e *giudizio*", Milano, 2017, p. 165 ss.

50 Bianca, C. M.: "*Ex facto oritur ius*", cit., p. 803.

BIBLIOGRAFÍA.

ADINOLFI, A.: "Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea", *R. d. intern.*, 2011, p. 5 ss.

ALPINI, A.: "Ragionevolezza e proporzionalità nel processo di erosione del c.d. automatismo espulsivo dello straniero", en PERLINGIERI, G. y FACHECHI, A. (a cargo de): "Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo", I, Napoli 2017, p. 47 ss.

BARTOLE, S., CONFORTI, B. y RAIMONDI G.: "Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo", Padova, 2001, *sub* art. 8, 307 ss.

BARTOLE, S., DE SENA, P. y ZAGREBELSKY, V.: "Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali", Padova, 2012, *sub* art. 8, 297 ss.

BIANCA, C. M.: "*Ex facto oritur ius*", *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 796.

BIANCA, C. M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica", *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, vol. II, Pamplona, 1969, p. 61 ss.

BIANCA, C. M.: "Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del minore alla propria famiglia", *Giust. civ.*, 2001, p. 429 s.

BIANCA, C. M.: "Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici", vol. I, 1, Milano, 2002, p. 35 ss.

CORSI, C.: "Il rispetto della vita familiare può limitare il potere di espulsione?", *Dir. imm. citt.*, 2006, p. 75 ss.

EVOLA, M.: "La riunificazione familiare dello straniero nei trattati sui diritti umani", *D. um. dir. int.*, 2010, p. 279 ss.

FERRANDO, G.: "Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia", *ibíd.*, p. 137.

GIORGINI, E.: "*Ragionevolezza* e *autonomia negoziale*", Napoli, 2010, p. 78 ss.

LENTI, L.: "L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo", *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 148 ss.

Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 100 ss.

Lipari, N.: "I civilisti e la certezza del diritto", *R. trim.*, 2015, p. 1115 ss.

Lipari, N.: "*Il diritto civile tra legge e giudizio*", Milano, 2017, p. 165 ss.

Margiotta, M.: "Diritti del minore ed esigenze di ordine pubblico: il (tormentato) impatto dei nostri giudici con gli istituti di protezione del fanciullo", *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 802 ss.

Mengoni, L.: "Dogmatica giuridica", en Id.: "*Ermeneutica e dogmatica giuridica*", Milano 1996, p. 54.

Morozzo Della Rocca, P.: "Il diritto all'unità familiare in Europa tra «allargamento» dei confini e «restringimento» dei diritti", *D. imm. citt.*, 2004, p. 63 ss.

Morozzo Della Rocca, P.: "L'autorizzazione provvisoria di soggiorno del familiare nell'interesse del minore straniero: occorrono gravi motivi, ma non per forza eccezionali", *Nuova g. civ. comm.*, 2010, p. 678 ss.

Nascimbene, B.: "Il minore straniero e le norme sull'immigrazione", *R. dir. intern. proc. priv.*, 1989, p. 17 ss.

Nascimbene, B.: voz "*Straniero (dir. internaz.)*", en *Enc. dir., Annali*, VI, Milano 2013, p. 906.

Pascucci, L.: "Diritto all'unità familiare dello straniero", *Fam. e d.*, 2011, p. 827 ss.

Pastore, M. y Console, M.: "L'immigrazione e i rapporti familiari, en Lenti, L. (coord.): "Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia", *Tratt. dir. fam.*, dirigido por Zatti P., Milano 2002, p. 621 ss.

Perlingieri, P.: "Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare", *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss.

Perlingieri, P.: "Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile", Napoli, 1989, p. 3 ss.

Perlingieri, P.: "Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico", *Dir. succ. don.*, 2017, 165 ss.

SENIGAGLIA, R.: "Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa «tradizione». I casi della poligamia e della *kafala* di diritto islamico", *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 533 ss.

VIOLA, F.: "La legalità del caso", en AA.VV. *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, I, *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, Napoli, 2007, p. 317.

ZAGREBELSKY, V.: "Famiglia e vita familiare nella Convenzione europea dei diritti umani", en ANDRINI, M. C. (a cargo de): "Un nuovo diritto di famiglia europeo", Padova, 2007, 117 ss.

L'ORIGINALITÀ DELL'APPROCCIO E L'ATTUALITÀ DEL PENSIERO DEL PROFESSORE CESARE MASSIMO BIANCA

THE ORIGINALITY OF THE APPROACH AND THE TOPICALITY OF THE THOUGHT OF PROFESSOR CESARE MASSIMO BIANCA

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 980-989

Giovanna
CHIAPPETTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il presente saggio pone in luce il contributo del Professore Cesare Massimo Bianca sul tema dell'interesse superiore del bambino.

Il principio di unicità dello stato di figlio e la ridefinizione della nozione di parentela sono stati il portato della novella al codice civile ad opera della l. del 10 ottobre 2012 n. 219, chiamata riforma Bianca. Tale Riforma ha dato, inoltre, risalto all'ascolto del minore capace di discernimento, prevedendolo in tutte le procedure e le questioni che lo riguardano.

Il pensiero del Professore Cesare Massimo Bianca si concentrava sull'azione della legge, assumendo, nel suo pensiero, i diritti umani un ruolo di primaria importanza.

PALABRAS CLAVE: Interesse superiore del fanciullo; diritto; famiglia.

ABSTRACT: *This essay highlights the contribution of Professor Cesare Massimo Bianca on the topic of the best interests of the child.*

The principle of uniqueness of the child status and the redefinition of the notion of kinship were the result of the novel to the civil code by the l. of 10 October 2012 n. 219, called the White reform. This Reform has also given prominence to listening to the minor capable of discernment, foreseeing him in all the procedures and issues that concern him.

The thought of Professor Cesare Massimo Bianca concentrated on the action of the law, assuming in his thought, human rights a role of primary importance.

KEY WORDS: *Best interests of the child; law; family.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. IL RUOLO DEI DIRITTI INVIOLABILI DELLA PERSONA UMANA.- III. DEMOCRATIZZAZIONE E LIBERALIZZAZIONE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA.- IV. L'ASCOLTO PREVIA INFORMAZIONE DELLA PERSONA VULNERABILE.- V. CONCLUSIONI.

I. INTRODUZIONE.

È difficile esprimere l'articolato insieme degli interessi scientifici del Professore Cesare Massimo Bianca nelle formule sintetiche di queste pagine. Se la mappa dei Suoi interessi si è via via ampliata, è rimasta in Lui ferma la riflessione continua sul diritto di famiglia.

Per questo ricordo ho scelto di mettere in luce il contributo del Professore sul tema dell'interesse superiore del bambino per il legame con l'attualità, la portata delle analisi sviluppate e le domande che ancor oggi solleva.

Il tema è stato oggetto di attenzione del Professore Cesare Massimo Bianca allora già Emerito dell'Università "La Sapienza" di Roma, nella Relazione tenuta al Convegno SISDiC -Sede della Calabria tenutosi il 29 novembre 2013[1]. L'iniziativa nasceva per discutere con il Professore, Ispiratore della Riforma del diritto della filiazione, talune questioni aperte a protezione della persona minorenne.

In qualità di Presidente della Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina il Professore aveva svolto un lavoro utile per il legislatore della Riforma del 2012-2013 il quale aveva potuto trarre un'idea precisa sul come novellare il codice civile (anche talvolta sconsigliando di intervenire come in relazione alla modifica dell'art. 38 disp. att. c.c.).

Il Professore Cesare Massimo Bianca aveva già scritto studi sull'impatto della Riforma del diritto di famiglia e della filiazione in anticipo rispetto alla loro attuazione.

1 Bianca, C.M.: " La crescita di personalità del minore nel nuovo diritto della filiazione", in *Lo stato unico di figlio atti da me curati, nei Quaderni del Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria*, ESI, Napoli, 2014, p. 33 ss.

• Giovanna Chiappetta
Docente Ordinario di Diritto Privato e Diritto di Famiglia Università degli Studi della Calabria, Direttrice SSPL F.Gullo Unical. E-mail: giovanna.chiappetta@unical.it

Già a far data del 1961[2] proponeva interventi di Riforma, cogliendo le reciproche tensioni tra principi costituzionali e le disposizioni del codice civile. Il principio di uguaglianza espresso dagli artt. 3, 29 e 30 cost. imponeva un "miglioramento della posizione della moglie e in quella dei figli nati fuori dal matrimonio".

Riguardo alla posizione dei figli, tale contributo e quello successivo del 1967[3] anticipano la questione dell'unificazione dello stato e del riconoscimento dell'autonomia del minore nell'ambito dei rapporti familiari, aspetti ai quali la Riforma del 2012 2013 ha dato un maggior spazio.

Sul diritto dei figli ad avere un unico statuto, eliminando ogni residua discriminazione in ragione della nascita, il Professore[4] era ritornato in più occasioni. Sintomatiche erano le critiche rivolte alla Corte costituzionale, la quale aveva negato, nella sentenza n. 532 (2000), l'esistenza della discriminazione dei figli naturali rispetto a quelli legittimi sull'assunto "della non parentela dei parenti naturali".

II. IL RUOLO DEI DIRITTI INVIOLABILI DELLA PERSONA UMANA.

Il principio di unicità dello stato di figlio e la ridefinizione della nozione di parentela sono stati il portato della novella al codice civile ad opera della l. del 10 ottobre 2012 n. 219, chiamata riforma Bianca.

Esattamente nel 2012, la Commissione proponeva la modifica di talune disposizioni controverse del diritto della filiazione: tra queste l'articolo 251 c.c. in materia di autorizzazione al riconoscimento dei figli nati da relazione incestuosa. Anche in questa attività di Presidente della Commissione, il Professore esprimeva la Sua predilezione per la dialettica nel presentare tutte le opinioni, di qualsiasi natura: quelle dei Colleghi, quelle espresse in opere giuridiche, tesi, relazioni ufficiali (e no). Proponeva le modifiche, cercando di confrontare osservazioni, opinioni e punti di vista, senza privilegiarli, in una forma di dialogo.

Nel corso delle audizioni dei rappresentanti degli Enti e delle Associazioni convocati dalla Commissione, erano state espresse preoccupazioni riguardo alla disposizione in esame che prevedeva il possibile riconoscimento dei figli di genitori uniti da vincoli di parentela o affinità non dispensabili. Alcuni di questi rappresentanti erano giunti ad affermare la necessità di espungere tale disposizione

2 Bianca, C.M.: "Voce Famiglia (diritti di)", in *Noviss. Dig: it*, VII, Torino, 1961, p.68 ss.

3 Bianca,C.M.: "Lo pseudoriconoscimento dei figli adulterini", in *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione "Giorgio Cini"nei giorni 30 aprile-1°maggio, Padova, 1967, p. 183 ss.

4 Bianca, C. M.: "I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua", Nota a Corte Cost. 23 novembre 2000, n. 532, *Giust. civ.*, 2001, p. 591

dal testo dell'allora disegno di legge all'esame delle Camera, vista come una sorta di "legalizzazione" delle unioni incestuose, che consentirebbe anche agli autori di violenze familiari di imporre la potestà sui figli nati a seguito delle proprie violenze.

Preso atto delle opinioni espresse sulla contestata disposizione, che non legalizzava l'incesto, emergeva lo spirito della Riforma (*rectius* del Riformatore) che voleva sovvertire la concezione per la quale la riprovazione del rapporto dei genitori dovesse riflettersi in una discriminazione giuridica a carico dei figli.

Nella Relazione conclusiva[5] alla novella la Commissione affermava "La disposizione che rende ora riconoscibili anche i figli nati da parenti, previo accertamento del Tribunale che nessun pregiudizio ne derivi loro, è improntata all'idea che il riconoscimento deve essere precluso, non in base alla condizione giuridica di irriconoscibilità del figlio, ma esclusivamente in base alla considerazione del suo interesse, e che pertanto la preclusione non ha ragion d'essere quando sia accertato che il riconoscimento è per lui favorevole".

L'articolo 251 c.c. ora vigente ammette il riconoscimento del figlio nato da relazione incestuose, previa autorizzazione del giudice "avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio".

L'intervento legislativo ha censurato la rigidità del divieto, che appariva quasi come una "sanzione" per il figlio e l'assenza di tutela del concreto interesse del minore. Di qui l'irragionevolezza della previsione con la Riforma novellata. Infatti, il mero automatismo precludeva al giudice di bilanciare nel caso concreto l'interesse del figlio con quello sotteso al divieto.

Oggi la valutazione del preminente e concreto interesse del fanciullo appare una evidenza nel sistema italo-europeo delle fonti nazionali nel quale spicca la Convenzione Onu del 1989 sui diritti del fanciullo[6]. Al tempo dei primi scritti succitati del Professore Cesare Massimo Bianca siffatta proposta aveva una portata eversiva nel sistema. La riflessione avveniva in assenza di norme sovranazionali.

Alla luce dei principi fondamentali della Costituzione (artt. 2,3 29 e 30 cost.) e delle altre disposizioni dettate a tutela della persona (tra le quali spiccano quelle volte a garantire la salute, la libertà di manifestazione del pensiero, di coscienza e di religione) l'Autore spostava l'oggetto di tutela dall'ente famiglia dotato di soggettività a garanzia di interessi superindividuali, alle persone all'interno della medesima. La rivisitazione costituzionale dei diritti della persona umana ha

5 *Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina.* Relazione conclusiva del 4 marzo 2013.

6 La Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (Convention on the Rigths of the Child - CRC) è stata approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, e ratificata dall›Italia il 27 maggio 1991 con la legge n. 176.

condotto al superamento della concezione «antropomorfica» della famiglia. Il valore persona umana ha così messo in primo piano lo *status personae* e, per tal via, il riconoscimento del diritto inviolabile allo *status filiationis*.

III. DEMOCRATIZZAZIONE E LIBERALIZZAZIONE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA.

Il Professore Cesare Massimo Bianca ha partecipato a pieno titolo al movimento per la democratizzazione e liberalizzazione del diritto di famiglia ponendo al centro della Sua riflessione la tutela dei diritti umani: parità nella coppia, uguaglianza nella responsabilità dei genitori, statuto unico dei diritti del figlio.

I diritti umani assumono nel Suo pensiero un ruolo di primaria importanza. Alla base vi è l'idea che i diritti fondamentali potessero modificare l'interpretazione della legge quando non adeguata ad esprimere la giustizia sociale che non tollera discriminazioni.

In siffatta ottica lo Studioso rivisita la presunzione dell'incapacità di agire del figlio minorenne rilevando la debolezza delle ragioni addotte a sostegno di essa. Per il Professore Cesare Massimo Bianca" Siffatta presunzione è arbitraria poiché notoriamente anche minori ... possono essere in grado di intendere il significato sociale dei fatti e delle relazioni di cui sono partecipi e dei doveri inerenti alla vita associata"[7].

L'affermazione mette in luce la caratteristica del Suo metodo, far uso di altre scienze sociali o scientifiche: studi sociologici, etici, medici psicologico. Oltre a questa dimensione accademica, c'è il desiderio di sondare lo stato dell'opinione pubblica, senza la quale il diritto cessa di essere uno strumento "vivente".

Nella Riforma del 2012-2013 si nota l'ampliarsi del ruolo dell'autonomia riconosciuta al minore ad esempio con l'eliminazione dell'incapacità del genitore infrasedicenne di riconoscere il proprio figlio (art. 250 c.c.). L'insuperabile preclusione sancita in passato violava un diritto fondamentale della persona allo stato di genitore alla quale corrispondeva la privazione dello status di figlio.

L'art. 250, co. 3, c.c. novellato consente il riconoscimento previa autorizzazione giudiziale "valutate le circostanze e avuto riguardo all'interesse del figlio".

Il riconoscimento dell'autonomia del figlio quale persona si coglie nell'ambito dei rapporti familiari, nella sua partecipazione attiva alla comunità di vita. Lo Studioso

7 Bianca, C.M.: " La crescita", cit. p. 33.

osservava che l'interesse superiore del bambino può essere inteso in modo molto diverso, ma che non può, in ogni caso, essere la base per una decisione arbitraria.

Per l'autorizzazione giudiziale al riconoscimento affermava "Occorre ancora accertare che il rapporto personale instaurato dall'autore del riconoscimento col figlio sia da questo bene accetto. A tal fine utili elementi saranno possibilmente tratti dall'ascolto del figlio"[8].

L'audizione del minore poteva essere di ausilio alla valutazione del suo concreto interesse. Pertanto, la Riforma ha dato risalto all'ascolto del minore capace di discernimento, prevedendolo in tutte le procedure e le questioni che lo riguardano (art. 315 bis, co.3, c.c.).

Sebbene tale misura di protezione era già sancita nell'articolo 12 della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo, non era sufficientemente attuata. L'audizione sistematica del minore in tutte le procedure e le questioni che lo vedono coinvolto, se nel suo interesse, con la Riforma presieduta dal Maestro non è più una misura eccezionale. La previsione del diritto all'ascolto conferisce al figlio capace di discernimento "la sua partecipazione attiva alla comunità familiare, dato che ascoltare significa sentire le esigenze del figlio per coinvolgerlo nelle scelte di vita che lo riguardano come persona e come membro della famiglia. Non si tratta quindi di audizione ma di un momento comunicativo, di un parlare con il figlio, secondo la felice espressione del codice tedesco: dialogo volto a ricercare l'intesa sulle soluzioni che interessano i membri della famiglia"[9].

IV. L'ASCOLTO PREVIA INFORMAZIONE DELLA PERSONA VULNERABILE.

Anticipando l'art. 31. 219 del 2017, legge sul consenso informato e le disposizioni di trattamento il Professore affermava che il riconoscimento "del diritto all'ascolto ...è rilevante anche nell'ambito del trattamenti medici"[10].

Pur sostenendo che il medico "deve procedere ad una cura o ad un intervento chirurgico su un minore deve ottenere il consenso dei genitori...il paziente deve essere informato...anche se è minore di età, poiché il minore deve essere ascoltato e l'ascolto richiede che si parli di cose sulle quali il minore sia stato reso edotto. Pur se la decisione sul trattamento medico non dipende dal minore, essa dev'essere, per quanto possibile, consapevolmente accettata e condivisa dal minore stesso"[11].

8 Op. ult. cit. p. 34.
9 Op. ult. cit. p. 35.
10 Op. ult. cit. p. 35.
11 Op. ult. cit. p. 36.

Il diritto del minore di essere ascoltato e di partecipare a qualsiasi procedimento nel quale i suoi diritti o interessi sono in gioco è considerato un elemento imprescindibile. Tuttavia una partecipazione significativa e sicura del minore richiede informazioni adeguate. Questo aspetto è fondamentale per garantire che i minori abbiano una corretta percezione del trattamento o accertamento sanitario. I bambini non possono realizzare i loro diritti alla salute senza ricevere informazioni affidabili e comprensibili prima, durante e dopo il trattamento o accertamento sanitario.

Il Professore Cesare Massimo Bianca aveva tracciato l'inscindibile nesso tra l'ascolto e l'informazione del minore capace di discernimento e messo in luce i diritti inviolabili e i doveri inderogabili di ogni persona umana.

In attuazione dell'art. 2 cost. anche il figlio minorenne è titolare di doveri inderogabili di solidarietà. Nella Riforma significativamente si staglia il dovere di contribuzione del figlio minore di età che "non è più semplicemente il membro debole soggetto alla responsabilità genitoriale ma una presenza attiva nel contesto familiare, dove a pieno titolo svolge, sviluppa e afferma la propria personalità"[12] .

V. CONCLUSIONI.

Il pensiero del Professore Cesare Massimo Bianca si concentrava sull'azione della legge (o legge nell'applicazione concreta).

Non cessando con garbo di mettere al centro della riflessione i fatti giuridici prima di metterli nell'ordine giuridico.

Un giurista - aperto a tutte le pratiche del diritto, quella dei tribunali, quella degli studi notarili, del legislatore. Lo interessava la visione dei giuristi ma più in generale la percezione del diritto e delle sue pratiche da parte della società, delle quali teneva conto nelle analisi che rimanevano fondamentalmente giuridiche.

12 Op. ult. cit. p. 36.

BIBLIOGRAFIA

BIANCA, C.M.: " La crescita di personalità del minore nel nuovo diritto della filiazione", in *Lo stato unico di figlio atti da me curati, nei Quaderni del Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria*, ESI, Napoli, 2014, p. 33 ss.

BIANCA, C.M.: "Voce Famiglia (diritti di)", in *Noviss. Dig: it*, VII, Torino, 1961, p.68 ss.

BIANCA, C.M.: "Lo pseudoriconoscimento dei figli adulterini", in *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione "Giorgio Cini"nei giorni 30 aprile-1°maggio, Padova, 1967, p. 183 ss.

BIANCA, C.M.: "I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua", Nota a Corte Cost. 23 novembre 2000, n. 532, *Giust. civ.*, 2001, p. 591.

LA LEGGE 28 DICEMBRE 2012, 219: IMPATTO SULLA VITA PROFESSIONALE DEGLI AVVOCATI

THE LAW 28 DECEMBER 2012, 219: IMPACT ON THE PROFESSIONAL LIFE OF LAWYERS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 990-1001

Fiorella
D'ARPINO

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il lavoro riguarda la riforma della filiazione del 28 dicembre 2012 n. 219 che costituisce un "cambio di passo" nella vita professionale degli avvocati: i figli sono figli, senza distinzione tra nati in costanza di matrimonio e naturali, ai fini successori i figli nati fuori dal matrimonio non sono più discriminati ed esiste un'unica parentela, i ricorsi per la determinazione dei termini di permanenza dei figli presso ciascun genitore e la quantificazione del contributo per il mantenimento della prole vengono presentati dinanzi ad un solo tribunale, quello ordinario; nuovi criteri nella ripartizione delle competenze con la riforma dell'art. 38 disp. Att. C.c.; limite temporale per l'azione di disconoscimento.

PALABRAS CLAVE: Figlio; famiglia; competenza; termine processuale.

ABSTRACT: *The reform on filiation, law no. 219 of 28 December 2012, is a "change of steps" in the professional life of lawyers: children are children, without distinction between those born in and out of the marriage; children born out of wedlock are no longer discriminated against for the purposes of inheritance and there is only one parental relationship; appeals for the determination of the terms of permanence of children with each parent and the quantification of the contribution for child support are presented to a single court, the ordinary court; new rule in the division of competences with the reform of art. 38 disp. C.C.; long-term of the action of disavowal.*

KEY WORDS: *Child, family; competence; procedural time limits.*

SUMARIO.- I. LA LEGGE 28 DICEMBRE 2012, 219: IMPATTO SULLA VITA PROFESSIONALE DEGLI AVVOCATI.- II. GLI EFFETTI SUL DIRITTO SUCCESSORIO: I FIGLI NATI FUORI DAL MATRIMONIO NON SONO PIÙ DISCRIMINATI.- III. UN'UNICA PARENTELA.- IV. LE AZIONI DI STATO.- V. IL RIPARTO DI COMPETENZE TRA IL TRIBUNALE PER I MINORENNI E IL TRIBUNALE ORDINARIO.

I. LA LEGGE 28 DICEMBRE 2012, 219: IMPATTO SULLA VITA PROFESSIONALE DEGLI AVVOCATI.

Dell'immensa opera del Professor Cesare Massimo Bianca non possiamo non ricordare la riforma del diritto della filiazione, con la legge n.219/2012, di cui il professore è stato promotore ed ispiratore[1], quale attento osservatore dei mutamenti in atto nella società nonché fine giurista sensibile alle tematiche del diritto della persona e della famiglia[2]. Il nuovo testo legislativo[3], intitolato "disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali", ha avuto un forte impatto per gli avvocati di famiglia. Questa legge è stata ed è molto più di quanto promette il suo titolo: il termine epocale ben si attaglia ad essa. Possiamo affermare che senza ombra di dubbio esiste un prima ed un dopo questa importantissima riforma legislativa; con essa tutti i figli assumono lo stesso stato giuridico, così come recita l'art.315 c.c. novellato per l'appunto dalla legge n.219/2012. Il legislatore assume una presa di posizione, che ben può essere ritenuta assoluta.[4]

Il concetto di status rappresenta il rapporto che lega giuridicamente la persona ad una comunità e appare strumento tecnico tra i più collaudati, capace di tradurre in una condizione rilevante per il diritto in maniera non precaria né discontinua, una situazione che nell'ambiente sociale e secondo l'apprezzamento comune, distingue un soggetto dagli altri soggetti, per ragioni strettamente individuali o per l'appartenenza ad un gruppo. In effetti, muovendo da consimili significati che il vocabolo "stato" reca con sé, è di tutta evidenza la rilevanza giuridica dell'espressione usata dal legislatore del 2012, che ben consapevole di operare sul piano dei principi e dei concetti fondamentali regolatori della filiazione e di attuare

1 Bianca, C.M.: "La riforma del diritto di famiglia", *Rivista di diritto civile*, 1/2013. La pubblicazione ha ad oggetto i lavori tenutesi ai Convegni di Venezia sul diritto di Famiglia promossi nel 1967 e 1972.

2 Ex multis: Bianca, C.M., Malagoli Togliatti M., Lisa Micci, A.: *Interventi di sostegno alla genitorialità nelle famiglie ricomposte. Giuristi e psicologi a confronto*, F. Agnelli, 2005; Bianca C.M.: *La famiglia,* Giuffré, 2005; Bianca, C.M.: *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici. Vol. I: Teoria generale e fonti. Persone e famiglia. Garanzie e diritti reali*, Giuffré, 2002.

3 Il testo originario della legge è stato redatto dalla Commissione di studi, nominata dall'allora Ministro con delega alle politiche familiari e giovanili Andrea Riccardi.

4 Rescigno, P.: "Situazione e status nell'esperienza del diritto", *Rivista di diritto civile*, 1973, I, p. 211.

• Fiorella D'Arpino
Avvocato del Foro di Roma. E-mail: fiodarpi@libero.it

una vera e propria "rivoluzione" dell'ordine esistente[5], ha affermato l'unicità dello status giuridico abolendo la distinzione tra figlio nato in costanza di matrimonio e figlio cosiddetto naturale[6] in diretta applicazione del principio di uguaglianza sancito dall'art.3 della Costituzione Italiana e dall'art.21 della Carta di Nizza[7]. La riforma ha inciso sull'evoluzione del diritto successorio per il figlio nato fuori dal matrimonio, rispetto alla parentela, nonché sulle azioni di stato, sul concetto di genitorialità responsabile e sulla stigmatizzazione dei diritti del figlio.

Nell'art.315 bis, intitolato "diritti e doveri del figlio", nel quale vengono inseriti e sviluppati i precetti precedentemente contenuti nell'art.147 c.c. (dovere verso i figli) e nell'art.315 c.c. (dovere dei figli verso i genitori), novità assoluta, viene disposto "che il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito ed assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni", recuperando ed attualizzando la tematica dantesca delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni[8]. Il sommo Poeta afferma che è bene che le inclinazioni naturali di ciascuno vengano assecondate, altrimenti i cattivi effetti si produrranno non solo sul singolo, ma su tutta la società. Ammonisce i padri, soprattutto, a seguire i propri figli ed a considerare le loro inclinazioni, le loro attitudini ed a non forzarle o piegarle alla loro volontà, ma a creare invece nei figli una personalità individuale, che evidenzi la loro virtù e la loro indole.

Ciò comporta una diversa responsabilità nell'esercizio del ruolo genitoriale in quanto il genitore deve essere in sintonia con le capacità, le inclinazioni del figlio nonché le sue aspirazioni: deve comprenderlo non soltanto accudirlo e nutrirlo.

II. GLI EFFETTI SUL DIRITTO SUCCESSORIO: I FIGLI NATI FUORI DAL MATRIMONIO NON SONO PIÙ DISCRIMINATI.

L'affermazione del principio dell'unicità dello status di figlio ha, conseguentemente, inciso anche sulle successioni. Di portata rivoluzionaria è l'abolizione dell'art.537, comma 3, c.c.[9].

5 Sesta, M.: "Filiazione", in M. Bessone (a cura di) *Trattato di diritto privato*, *Il diritto di famiglia,* IV, p. 160 ss..

6 Contrari alla discriminazione dei figli nati fuori dal matrimonio si sono pronunciati in dottrina: G. Alpa, Auletta, Autorino Stanzione, M. Bessone, Costanza, G. Ferrando, Palazzo, Paradiso, Prosperi, Ruoppo, M. Sesta, Ubaldi, Varano.

7 La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, del 7 dicembre 2000, c.d. Carta di Nizza vieta all'art. 21 ogni discriminazione basata sulla nascita.

8 "Sempre natura, se fortuna trova
discorde a sé, com'ogne altra semente
fuor di sua region, fa mala prova.
E se 'l mondo là giù ponesse mente
al fondamento che natura pone,
seguendo lui, avria buona la gente."
Alighieri, D: "Divina Commedia, Paradiso Canto VIII", v. 138-144.

9 Art. 537, comma 3, c.c.: "i figli legittimi possono soddisfare in danaro o in beni immobili ereditari la porzione spettante ai figli naturali che non vi si oppongano. Nel caso di opposizione decide il giudice, valutate le

La soggezione dei figli naturali al diritto di commutazione dei figli legittimi, che potevano estromettere dalla comunione ereditaria tramite un atto unilaterale recettizio i fratelli-figli naturali del de cuius mediante il versamento di una somma di denaro o un bene immobile dell'asse ereditario, era espressione della tutela della famiglia fondata sul matrimonio. Oggi, i figli nati al di fuori del matrimonio del soggetto defunto non sono più liquidabili da quelli nati nel matrimonio: tutti costoro partecipano inderogabilmente alla comunione ereditaria, senza alcuna discriminazione[10], che altrimenti sarebbe in contrasto con il principio dell'unicità dello status affermato con la riforma sulla filiazione.

Del resto, l'istituto della commutazione già da tempo aveva suscitato perplessità tali da sollevare questione di legittimità costituzionale, tuttavia, dichiarata senza fondamento dalla Consulta[11].

La riforma del 2012, abolendo definitivamente l'istituto della commutazione, ha placato il senso di ingiustizia sociale e di impotenza in cui si imbattevano avvocati e notai dinanzi alla disparità di trattamento tra i figli, che in uno stato moderno e democratico ormai non aveva più ragione di esistere. Difatti, la tutela della filiazione prescinde dall'affermazione costituzionale[12] che la famiglia è fondata sul matrimonio: allora c'era la famiglia, oggi ci sono le famiglie e non c'è sempre il matrimonio.[13] I modelli familiari sono plurimi, lo stato di figlio è unico.

III. UN'UNICA PARENTELA.

Parimenti non aveva più ragione di essere la condizione per cui i figli minori nascendo da genitori non coniugati non acquisivano la parentela e non entravano di diritto nelle famiglie di origine degli stessi.

Sovente accadeva che le coppie al momento di affrontare un giudizio dinanzi al Tribunale per i Minorenni al fine di regolamentare l'affidamento e la frequentazione con il genitore non convivente, in una fase così critica della loro esistenza, venivano messi al corrente dagli avvocati di questa ulteriore incresciosa disparità. Prima della riforma del 2012 persisteva la negazione del diritto alla successione legittima nei confronti dei parenti naturali. Per un avvocato essere "costretti" a "rivelare" questa

circostanze personali e patrimoniali".

10 Busani, A.: "Stop alla «commutazione» Così cade la differenza tra eredi", *il Sole 24Ore,* Sabato 13 Luglio 2013, n.190.

11 Sentenza 14 dicembre 2009, n. 335: "dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 537, terzo comma, del codice civile, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 30, terzo comma, della Costituzione, dal Tribunale Ordinario di Cosenza".

12 Art. 29 Cost: "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare."

13 Ferrando, G.: "La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali", *il Corriere giuridico,* 4/2013, p. 525.

discriminazione legislativa tra i figli nati in costanza di matrimonio e non, costituiva un ulteriore motivo di turbamento ed imbarazzo nell'esercizio della professione. Con la novella del 2012 viene affermato il principio che la parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sempre[14]; conseguentemente le norme sulla successione legittima si applicano a prescindere dalla sussistenza del vincolo coniugale tra i genitori dell'ereditando e del successibile ed è stato abolito l'istituto della legittimazione originariamente previsto[15].

IV. LE AZIONI DI STATO.

L'art. 2, legge n. 219/2012, ha delegato il Governo ad adottare entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della nuova normativa, uno o più decreti legislativi di modifica delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, con particolare riferimento alle azioni di stato. Dopo la legge di riforma non era più prospettabile la contrapposizione tra azioni di stato legittimo, che in precedenza avevano ad oggetto il conseguimento o la perdita di stato di figlio legittimo, ed azioni di stato riferite alla filiazione naturale[16].

Il vecchio art.235 c.c. stabiliva che l'azione per il disconoscimento di paternità del figlio concepito durante il matrimonio fosse consentita solo in determinate circostanze: se i coniugi non avevano coabitato nel periodo compreso tra il trecentesimo e il centottantesimo giorno prima della nascita; se durante il detto periodo il marito era affetto da impotenza anche se soltanto di generare; se nel detto periodo la moglie aveva commesso adulterio tenendo celata la propria gravidanza e la nascita del figlio. In tali casi, il marito era ammesso a provare che il figlio presentasse caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre o altro fatto idoneo ad escludere la paternità. L'azione di disconoscimento poteva essere esercitata dalla madre o dal figlio maggiorenne in tutti i casi in cui poteva essere esperita dal padre. Pertanto, la riforma si è resa necessaria dovendo uniformare l'azione al principio enunciato dalla Corte Costituzionale, con la sentenza n.266/2006[17], che aveva già smantellato l'originario casistico dell'art.235 c.c., in quanto l'esito dell'azione dipendeva ormai esclusivamente dalle risultanze degli esami genetici-ematologici, a nulla rilevando le altre circostanze. Così il d.lgs. n.154/2013 in attuazione della legge di riforma della filiazione ha abrogato l'art.235 c.c., espungendolo dall'ordinamento introducendo

14 Tuttavia, permane una differenza giuridica nei casi di adozione di maggiorenni, artt. 291 ss. c.c. e di adozione in casi particolare, art. 44 legge n.184/1983, Questi non acquisiscono la parentela dei genitori.

15 Art. 280 codice civile "La legittimazione attribuisce a colui che è nato fuori del matrimonio la qualità di figlio legittimo.
Essa avviene per susseguente matrimonio dei genitori del figlio naturale o per provvedimento del giudice.".

16 Sesta, M.: "Filiazione", cit. p. 161.

17 Corte Costituzione 6 luglio 2006, n. 266, in *Fam e dir.,* 2006, p. 463 con nota di Bolondi, E.: "L'azione di disconoscimento di paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche-ematologiche".

il nuovo art.243 bis c.c.[18], che prevede che "chi esercita l'azione è ammesso a provare che non sussiste rapporto di filiazione tra il figlio e il presunto padre". Vale a dire che la prova della non paternità è libera e si varrà delle indagini genetiche ed ematologiche, senza che l'attore debba in alcun modo allegare e provare le circostanze di mancata coabitazione, impotenza o adulterio. Questa importantissima novità legislativa ha semplificato l'accertamento processuale, eliminando l'affannosa ricerca di prove spesso imbarazzanti e suggestive, concentrandosi su dati oggettivi: scientifici, destinati di per sé a non lasciare dubbi. Tuttavia, non elimina il disagio degli avvocati poiché non li ha esonerati, nell'esercizio del mandato conferito, dal dover essere parimenti invasivi della sfera intima del proprio assistito, costretto a raccontare fatti e circostanze delicate non per arrivare all'accertamento della "verità", come in precedenza, ma in relazione ai termini di esperimento dell'azione stessa secondo quanto previsto dall'art.244 c.c.[19]

Ulteriore mutamento è costituito dall'imprescrittibilità dell'azione da parte del figlio a fronte della decadenza quinquennale prevista a carico della madre e del padre, che si trovava al tempo della nascita nel luogo in cui la stessa è avvenuta. Il diverso regime di decadenza del diritto conferisce ampio potere al figlio, sublimando il suo potere incondizionato di rimuovere in ogni tempo uno status fittizio, in considerazione della centralità che il figlio, minorenne o maggiorenne che sia, ha raggiunto nel nostro ordinamento a seguito della riforma del 2012. Contra, qualche dubbio suscita la decadenza breve (5anni) prevista per i genitori. In verità, in questo caso il legislatore ha considerato superiori le ragioni di protezione della stabilità dello stato del figlio[20]. La ratio di tale disposizione è da individuare nella tutela del minore e nella necessità di non prolungare l'incertezza e la rimovibilità dello stato, a prescindere dalla consapevole valutazione del soggetto legittimato attivo, che, decadrà dall'azione e non potrà più mutare la sua condizione giuridica rispetto al figlio dopo cinque anni dalla nascita di quest'ultimo, anche se i fatti

18 L'art. 243 bis c.c. è stato introdotto dall'art. 17 del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

19 Art. 244 c.c. "'L'azione di disconoscimento della paternità da parte della madre deve essere proposta nel termine di sei mesi dalla nascita del figlio ovvero dal giorno in cui è venuta a conoscenza dell'impotenza di generare del marito al tempo del concepimento.
Il marito può disconoscere il figlio nel termine di un anno che decorre dal giorno della nascita quando egli si trovava al tempo di questa nel luogo in cui è nato il figlio; se prova di aver ignorato la propria impotenza di generare ovvero l'adulterio della moglie al tempo del concepimento, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto conoscenza.
Se il marito non si trovava nel luogo in cui è nato il figlio il giorno della nascita il termine, di cui al secondo comma, decorre dal giorno del suo ritorno o dal giorno del ritorno nella residenza familiare se egli ne era lontano. In ogni caso, se egli prova di non aver avuto notizia della nascita in detti giorni, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto notizia.
Nei casi previsti dal primo e dal secondo comma l'azione non può essere, comunque, proposta oltre cinque anni dal giorno della nascita.
L'azione di disconoscimento della paternità può essere proposta dal figlio che ha raggiunto la maggiore età. L'azione è imprescrittibile riguardo al figlio.
L'azione può essere altresì promossa da un *curatore speciale*_nominato dal Giudice, assunte sommarie informazioni, su istanza del figlio minore che ha compiuto i quattordici anni, o del pubblico ministero o dell'altro genitore, quando si tratta di minore di età inferiore".

20 Rossetti, R.: "Filiazione. Commento al decreto attuativo" in M. Bianca (a cura di), Milano, 2014 p. 40ss.

di adulterio o impotenza siano conosciuti successivamente. In proposito, è comprensibile il disagio che può provare l'avvocato che deve informare l'eventuale interessato-a all'azione di disconoscimento della non proponibilità della stessa per precisi limiti temporali ormai trascorsi, la cui decorrenza è stata oggetto di dibattito e di pronunce della Suprema Corte.[21] Parte della dottrina[22], tuttavia, ritiene questa lettura estrema della norma non condivisibile perché si finirebbe per ignorare l'elementare principio per cui un'azione personalissima, quale è quella di disconoscimento, non può venir meno per il mero decorso del tempo quando il suo titolare non sia in grado di esercitarla. Tale scelta legislativa, infatti, suscita qualche dubbio sulla sua legittimità costituzionale in quanto dopo la riforma il favor veritatis risulta ingiustificatamente compromesso dalla disposizione che impedisce di agire all'interessato-a inconsapevole della non paternità ed è ragionevole ipotizzare che probabilmente la Corte Costituzionale sarà chiamata in futuro a pronunciarsi sull'argomento. In merito, è altresì possibile che anche la Corte Europea dei Diritti dell'uomo venga investita della questione, così come è già accaduto su input di altri stati europei, senza tuttavia che si sia definito un orientamento univoco.[23]

Ulteriore azione di stato, interessata dalla riforma sulla filiazione, è la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità. Tale azione, disciplinata dagli artt.269 ss. c.c., non ha subìto a seguito della riforma della filiazione modifiche sostanziali, eccezion fatta per l'articolo 276 c.c. in tema di legittimazione passiva del curatore speciale in caso di morte dei genitori e di mancanza di eredi. Le altre disposizioni, ad opera del successivo d.lgs. n.154 del 2013, sono state interessate da modifiche di adeguamento al principio dell'unificazione dello stato di figlio, mediante l'eliminazione dell'aggettivo naturale, all'introduzione del concetto di responsabilità genitoriale e all'abbassamento da sedici a quattordici anni dell'età necessaria affinché il figlio minore possa acconsentire all'esercizio di un'azione di stato che lo interessi. Dal punto di vista processuale, il giudice competente per la dichiarazione giudiziale è oggi sempre e in ogni caso il tribunale ordinario, anche qualora riguardi un figlio minore, così come disposto dal novellato art.38, comma 1°, disp. att. c.c.; il rito è quello di cognizione disciplinato dagli artt.163 ss. c.p.c. con

21 Cassazione civile sez. I, 12/11/2018, n. 28999, in *Diritto & Giustizia 2018, 13 novembre:* "In tema di azione di disconoscimento di paternità, il nuovo termine quinquennale di proponibilità dell'azione si applica solo ai figli già nati al momento dell'entrata in vigore della Riforma (7 febbraio 2014), per i quali non sia già stata proposta azione di disconoscimento, ma la decorrenza del nuovo termine inizia dal giorno dell'entrata in vigore della nuova legge, con la conseguente considerazione che per i figli che siano già nati alla data del 7 febbraio 2014 il termine quinquennale di decadenza verrà a cadere il 7 febbraio 2014".

22 Sesta, M.: "Le azioni di stato dopo il decreto legislativo 154/2013", *Rassegna forense 2/2014*, p. 334.

23 La Corte EDU, adita da un cittadino bulgaro impossibilitato di contestare la paternità del figlio nato nel 2003 in costanza di matrimonio dopo che un test del DNA eseguito successivamente al divorzio aveva rilevato che egli non era il padre biologico del bambino, con sentenza 5aprile 2018, C-15074/08 ha chiarito, con riferimento all'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare), che è necessario che ci sia un giusto equilibrio tra l'obiettivo generale di garantire la stabilità nelle relazioni sociali, gli interessi delle parti coinvolte, in particolare del minore, e il diritto del ricorrente di ottenere un esame nel merito della sua posizione. Contra in senso difforme Corte EDU, 12 febbraio 2013, C- 48494/06.

introduzione del giudizio con atto di citazione, dinanzi al giudice, territorialmente competente ai sensi dell'art.18 c.p.c., nel luogo in cui il convenuto ha la residenza o il domicilio.[24]

V. IL RIPARTO DI COMPETENZE TRA IL TRIBUNALE PER I MINORENNI E IL TRIBUNALE ORDINARIO.

Di non secondaria importanza per gli avvocati, invero, è l'impatto che la riforma ha avuto sul piano processuale con la modifica del riparto di competenze tra il Tribunale per i Minorenni ed il Tribunale Ordinario, come si evince dal novellato art.38[25] disp. att. c.c.: "Sono di competenza del Tribunale per i Minorenni i provvedimenti contemplati dagli articoli 84, 90, 330, 332, 333, 334, 335 e 371, ultimo comma, del codice civile. Per i procedimenti di cui all'articolo 333 resta esclusa la competenza del tribunale per i minorenni nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'articolo 316 del codice civile; in tale ipotesi per tutta la durata del processo la competenza, anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo, spetta al giudice ordinario. Sono, altresì, di competenza del Tribunale per i Minorenni i provvedimenti contemplati dagli articoli 251 e 317-bis del codice civile. Sono emessi dal Tribunale Ordinario i provvedimenti relativi ai minori per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria. Nei procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento dei minori si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile.

Fermo restando quanto previsto per le azioni di stato, il Tribunale competente provvede in ogni caso in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, e i provvedimenti emessi sono immediatamente esecutivi, salvo che il giudice disponga diversamente. Quando il provvedimento è emesso dal Tribunale per i Minorenni, il reclamo si propone davanti alla sezione di Corte di Appello per i Minorenni."

La riforma elimina il dover ricorrere a due Tribunali diversi, in "primis" il Tribunale per i Minorenni e in secondo luogo il Tribunale Ordinario in caso di procedimenti di affidamento e mantenimento di minori, quando ci si occupa di figli non nati in costanza di matrimonio eliminando di fatto le precedenti ed ingiustificate lungaggini giudiziarie che compromettevano la tutela dei figli naturali. La riforma si è spinta ben oltre sotto il profilo procedurale perché ha stabilito che quando tra i genitori è già pendente un giudizio di separazione o di divorzio o ai sensi

24 Balestra, L.: "La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità alla luce della riforma della filiazione" , *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.4, 2014, pag. 1223.

25 Il testo così vigente è stato novellato dall'art. 96, comma 1 lett. c., d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 54, emanato in attuazione della legge 10 dicembre 2012 n. 219.

dell'art.316 c.c., durante tutta la durata di questi processi, il Tribunale Ordinario esercita una vis actrativa e assume anche la competenza sulla sospensione o limitazione della capacità genitoriale. Sostanzialmente, si afferma il principio che sia un giudice unico ad occuparsi delle vicende che riguardano quella famiglia. Si tratta di una "conquista" tesa ad eliminare le disparità di trattamento preesistenti.

Prima di tale riforma, il genitore od entrambi i genitori non coniugati che avevano interesse ad una pronuncia sull'affidamento e sul diritto al mantenimento dei figli minori dovevano in primo luogo adire il Tribunale per i Minorenni e successivamente rivolgersi al Tribunale Ordinario per la quantificazione dell'assegno di mantenimento.

Qualora le parti avessero esteso il loro accordo, anche alla previsione della quantificazione del contributo economico dovuto dal genitore non convivente, il provvedimento emanato dal Giudice Minorile purtroppo non godeva di esecutività non costituendo titolo esecutivo. Pertanto, per ottenere una tutela piena e satisfattoria del minore era necessario rivolgersi al Tribunale Ordinario al fine di ottenere un provvedimento esecutivo avente ad oggetto la quantificazione del mantenimento. Tutto questo determinava, dati i tempi lunghi di definizione del complesso iter giudiziario, un clima di incertezza per i figli destinatari-beneficiari di tali pronunce, in concreto non adeguatamente tutelati.

Con la novella del 2012 i genitori non coniugati si rivolgono unicamente ad un Tribunale, quello Ordinario, con un beneficio in termini di economia processuale nonché di giustizia sociale. La rimodulazione delle competenze previste dall'art.38 è la conseguenza, sul piano processuale, dell'affermazione del superiore interesse del minore.

Persiste, comunque, una differenza di rito tra procedimento camerale previsto per i non nati in costanza di matrimonio rispetto al procedimento per i nati in costanza di matrimonio. Sul piano procedurale le scelte compiute dalla Legge n.219/2012 rappresentano forse la parte meno riuscita e criticabile dell'intervento riformatore. Si afferma che nei procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento dei minori si applicano in quanto compatibili gli artt.737 e ss. del codice di procedura civile.

Persiste ancora oggi un vuoto in quanto non si specifica quale rito si applichi avanti al Tribunale per i Minorenni, né vengono fornite indicazioni relative ai procedimenti che coinvolgono un minore che ora sono di competenza del Tribunale Ordinario. Il legislatore si affida al rito camerale sic et simpliciter per la tutela dei diritti soggettivi che sono diritti fondamentali della persona e come tali tutelati direttamente dalla nostra Costituzione negli artt.2 e 30.

Ciò comporta un grave deficit di garanzie difensive che persiste per i figli nati fuori dal matrimonio rispetto a quelli nati in costanza dello stesso per cui sarebbe opportuno che si applicasse un unico rito, dinanzi allo stesso Giudice trattandosi di medesimi diritti. La differenza di rito tuttora applicabile costituisce un retaggio della vecchia discriminazione tra figlia naturali e figli nati in costanza di matrimonio che la riforma del 2012 intendeva definitivamente superare. E' auspicabile che una così macroscopica violazione di un principio basilare come è quello dell'uguaglianza formale di tutti i cittadini nei modi e nelle forme di esercizio della tutela giurisdizionale dei loro diritti venga con futuri interventi censurata e superata[26].

Sta di fatto che anche l'esigenza di dover ancora compiere ulteriori passi sul fronte legislativo per attualizzare i principi contenuti nel percorso indicato dalla Legge n.219/2012 costituiscono ulteriore motivo di considerarla una pietra miliare nella storia della legislazione del nostro paese ed ancora una volta non ci possiamo esimere dal ringraziare colui che ne fu l'ispiratore, il Professor Cesare Massimo Bianca.

26 Graziosi, A.: "Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno uguali diritti, dinanzi al Tribunale Ordinario", *famiglia e diritto*, 3/2013, p. 269.

BIBLIOGRAFIA:

Alighieri, D: "Divina Commedia, Paradiso Canto VIII", v. 138-144.

Bianca, C.M.: *La famiglia,* Giuffré, 2005.

Balestra,L.: "La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità alla luce della riforma della filiazione" in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.4, 2014, pag. 1223.

Bianca, C.M.: "La riforma del diritto di famiglia", *Rivista di diritto civile*, 1/2013. La pubblicazione ha ad oggetto i lavori tenutesi ai Convegni di Venezia sul diritto di Famiglia promossi nel 1967 e 1972.

Bianca, C.M.: *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici. Vol. 1: Teoria generale e fonti. Persone e famiglia. Garanzie e diritti reali*, Giuffré, 2002.

Bianca, C.M.,Malagoli Togliatti, M., Lisa Micci, A.: *Interventi di sostegno alla genitorialità nelle famiglie ricomposte. Giuristi e psicologi a confronto*, F. Agnelli, 2005.

Bolondi, E.: "L'azione di disconoscimento di paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche-ematologiche", in *Fam e dir.,* 2006, p. 463.

Busani, A.: "Stop alla «commutazione» Così cade la differenza tra eredi", *il Sole 24Ore,* Sabato 13 Luglio 2013, n.190.

Ferrando, G.: "La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali", il Corriere giuridico, 4/2013, p. 525.

Graziosi, A.: "Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno uguali diritti, dinanzi al Tribunale Ordinario", *famiglia e diritto*, 3/2013, p. 269.

Rescigno, P.: "Situazione e status nell'esperienza del diritto", in *Rivista di diritto civile*, 1973, 1, p. 211.

Rossetti, R.: "Filiazione. Commento al decreto attuativo" in M. Bianca (a cura di), Milano, 2014 p. 40ss.

Sesta,M.: "Filiazione", in M. Bessone (a cura di) *Trattato di diritto privato*, *Il diritto di famiglia,* IV, p. 160 ss.

Sesta,M.: "Le azioni di stato dopo il decreto legislativo 154/2013", in *Rassegna forense 2/2014*, p. 334.

ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO POR HABER CONVIVIDO: ¿TIENE SENTIDO HABLAR DE ESTE MODO?

UNJUSTIFIED ENRICHMENT AFTER COHABITATION BREAKDOWN. DOES THIS MAKE ANY SENSE?

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1002-1045

Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: La alegación del principio del enriquecimiento injustificado es habitual en los procedimientos de ruptura entre convivientes. Observando las resoluciones de los tribunales es necesario analizar si se aplica la mencionada doctrina en su sentido propio, o como una regla de equidad.

PALABRAS CLAVE: Ruptura; parejas; soluciones, enriquecimiento injustificado.

ABSTRACT: *Unjustified enrichment is commonly argued in cohabitation breakdown proceedings. Looking at courts resolutions in this field, it is necessary to analyse whether this doctrine in its pure sense or as an equity rule.*

KEY WORDS: *Breakdown; partnerships; solutions; unjustified enrichment.*

SUMARIO.- I. APROXIMACIÓN A LA MATERIA. EL EJEMPLO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE JUNIO DE 2003. II. CRITERIOS DE RESOLUCIÓN INVOCADOS Y TENIDOS EN CUENTA POR EL TRIBUNAL SUPREMO PARA DIRIMIR LAS RECLAMACIONES DE LAS PAREJAS. III. LA ANALOGÍA. 1. Aproximación al denostado recurso a la analogía. 2. Desigualdades en el recurso a la analogía según los casos enjuiciados. 3. Posible aplicación del artículo 1438 a la ruptura de las parejas. IV. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. 1. Principio de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho. 2. Enriquecimiento injustificado. A) Consideración del enriquecimiento injustificado como principio general y cumplimiento de sus presupuestos. B) Descripción de las situaciones concretas que permiten la apreciación de enriquecimiento injustificado. a) Trabajar para el otro sin sueldo o con sueldo insuficiente. b) Pérdida de expectativas o abandono de actividad propia. c) Trabajo doméstico y cuidado de relaciones personales. d) Consideración de "servicios prestados". e) Reclamación de los muebles que permanecen en la vivienda. f) Inversiones o mejoras en los bienes del otro integrante de la pareja. g) Pago de préstamos solicitados por el otro conviviente. V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. APROXIMACIÓN A LA MATERIA. EL EJEMPLO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE JUNIO DE 2003.

De la observación del proceder de los tribunales resulta con frecuencia que las reclamaciones económicas que entablan las parejas en el momento de ruptura por crisis (y en algún supuesto aislado por muerte) tengan su fundamento en el mero hecho de la convivencia, presupuesto que, a priori, parecería alejarnos de la idea de enriquecimiento injustificado, adentrándonos en el recurso a otras instituciones que tienen en cuenta esa situación en el ámbito de los matrimonios, mediante el reconocimiento de pensiones y compensaciones en el momento de la ruptura.

No obstante, el mencionado enriquecimiento injustificado ha sido un recurso habitual en el tratamiento de esta materia, si bien de una forma excesivamente cercana a una regla de equidad, incurriendo en uno de los inconvenientes que presenta la alegación del principio en el aspecto de su trivialización, presente en la siguiente afirmación formulada en la doctrina: "si hay una expresión jurídica que se utiliza "en vano" es la de que hay que estimar una demanda porque, en otro caso, se produciría un enriquecimiento injusto del demandado" [1]. Verdaderamente, cuando uno se aproxima a este escenario, se plantean supuestos en los que la aplicación de los parámetros legales propicia problemas de una cierta incomodidad al juzgador por el porvenir que le espera a uno de los integrantes de la pareja, especialmente tras largos años de convivencia y normalmente la mujer, pero eso

1 Alfaro Aguila-Real, J.: https://almacendederecho.org/lecciones-enriquecimiento-injusto.

• Cristina de Amunátegui Rodríguez
Catedrática de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: crisamu@ucm.es

no justifica un recurso a la equidad, ilimitado y de carácter excepcional, bajo la aparente cobertura de un enriquecimiento injustificado[2].

El ejemplo paradigmático de este proceder se encuentra, a mi entender, en la STS de 17 junio 2003 (RJ 2003, 4605), una de las más citadas a la hora de abordar el tratamiento del enriquecimiento injustificado, en la que, tras una convivencia de más de 50 años (incluyendo décadas en las que los integrantes de la pareja no podían casarse al estarlo uno de ellos y no existir divorcio) rota por el fallecimiento del varón, se concede a la pareja sobreviviente una indemnización de la cuarta parte del haber hereditario, frente a la hermana declarada heredera intestada de aquél[3].

Durante la relación él había trabajado como médico, acumulando un destacado patrimonio, y ella se había dedicado al cuidado y atención del hogar y la pareja. Partiendo de que la invocación de la doctrina del enriquecimiento no se lleva a cabo hasta la articulación de los motivos de casación (lo que en otros casos se considera introducción de cuestión nueva y por tanto inadmisible[4]), hay que reflexionar sobre las pretensiones del suplico de la demanda en la que se solicita una indemnización por la totalidad del haber hereditario; o bien alternativa y subsidiariamente el reconocimiento de una pensión compensatoria, *ex* art. 97 CC por analogía, en cantidad suficiente para vivir al mismo nivel, y adjudicación de la vivienda en propiedad.

2 Al hilo del análisis de la subsidiariedad del principio mencionado, y citando a Díez-Picazo en cuanto a la excepcionalidad del mismo, afirma Basozábal Arrúe, X.: "La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero", *Revista de Derecho Civil,* núm. 2 (abril-junio, 2019), pp. 157-158, que "es la visión del principio de enriquecimiento injustificado como principio general único, y la propia aceptación de que existe un pretendido principio por el que los enriquecimientos deben restituirse –como punto de partida- salvo que haya motivos serios para retenerlos, las que deberían abandonarse parta aceptar, con la mejor doctrina, que la fenomenología de enriquecimientos injustificados presenta tantas variables y conflictos que resulta inadecuado pretender que un principio único pueda solucionarlos". Por su parte Miquel González, J. M.ª: "Enriquecimiento injustificado", en *Enciclopedia Jurídica Básica,* vol. II, Civitas, Madrid, 1995, p. 2806, considera que se trata de una materia de gran envergadura metodológica "que exige una técnica jurídica depurada para resolver los casos de enriquecimiento injustificado" y no debe confundirse con un mero problema de equidad. El mismo autor, y desde la perspectiva de la analogía, formula la siguiente reflexión en de Miquel González, J. Mª, en el «Prólogo» a Espada Mallorquín, S: *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho,* Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, p. 37, "(L)as decisiones meramente equitativas sí que representan un peligro para la seguridad jurídica, porque son de difícil pronóstico, aparte de que posiblemente conculquen el principio de igualdad ante la ley". Recogiendo la opinión de Álvarez Caperochipi, alude De la Cámara Álvarez, M.: "Enriquecimiento injusto y enriquecimiento son causa", en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa,* Civitas, Madrid, reimp. 1991, p. 149, a la curiosidad de que se alegue como último recurso de una demanda, como una llamada a la justicia en abstracto.

3 Recientemente se extiende el Supremo en una exposición de la doctrina del enriquecimiento injusto y sus requisitos, con dedicación especial al carácter de la subsidiariedad, en STS 24 junio 2020 (RJ 2020, 5137), si bien con ocasión de una reclamación en la ruptura de régimen de separación de bienes.

4 Concretamente obra de esta manera la STS 4 marzo 1997 (RJ 1997, 1640), en la que se rechaza el motivo por no haberse planteado hasta llegar al Supremo, tratándose de una cuestión nueva en casación que debió ser discutida con la amplitud requerida en el ámbito probatorio, reiterando la doctrina de la Sala en negar el acceso a cuestiones nuevas por la indefensión que supondría para la contraparte, al privársele de medios hábiles de defensa.

En primera instancia se concede la solicitada indemnización por el 75% de los bienes (a excepción de algunos radicados en Palencia por su procedencia familiar), mientras que la Audiencia revoca la sentencia desestimando todas las pretensiones de la demanda. El Supremo admite el recurso, y rebaja la indemnización al 25% de los bienes no familiares. Los motivos planteados son infracción de la doctrina del enriquecimiento injusto; infracción del art. 1902 CC; y, finalmente, infracción del art. 97 CC.

Tras una extensa consideración sobre las relaciones *more uxorio* y su tratamiento por los tribunales, destaca la sentencia la presencia de una jurisprudencia disímil[5], con cita de diferentes pronunciamientos, rechazando, como no puede ser de otro modo la invocación de infracción de los arts. 1902 y 97 CC, centrándose en el motivo primero, tras precisar que la demandante "se dedicó en exclusiva a la atención del mismo y del hogar familiar prestándole total ayuda moral y material, lo que repercutió positiva y significativamente en la formación del patrimonio de aquél, al tiempo que acarreó un desentendimiento de su propio patrimonio, pues tal dedicación no sólo no le supuso ninguna retribución o compensación económica, sino que le impidió obtener beneficios privativos mediante el desarrollo de otra actividad en provecho propio". Considera seguidamente el Tribunal que de "tal relación de hecho no puede negarse que se desprende una situación de enriquecimiento injusto que tiene lugar cuando se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece careciendo de justificación o de causa (base) que lo legitime, de tal manera que surge una obligación cuya prestación tiende a eliminar el beneficio del enriquecimiento indebido («in quantum locupletiores sunt»). El enriquecimiento, como ya advierte la mejor doctrina, se produce, no sólo cuando hay un aumento del patrimonio, o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio («damnum cessans»). El empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro. La correlación entre ambos es la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamente la situación. La causa (en el sentido de «razón» o «base» suficiente) no es, desde el punto de vista jurídico, otra cosa –como sostiene un importante sector doctrinal– que un concepto-válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo, y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado. Una excesiva generalización de la doctrina del enriquecimiento injusto puede crear riesgos para la seguridad jurídica, pero su aplicación a supuestos concretos

5 Más adelante corrige el propio Tribunal la referencia a la expresión "disímil", manifestando haber abandonado la Sala algunas posturas llamadas "disímiles" (STS 6 octubre 2011, RJ 2011, 6708).

y a concretos intereses, otorgando en favor de un sujeto concreto una acción de restitución constituye un postulado de justicia insoslayable".

Creo que la forma de articular las pretensiones y su solución, por otra parte radicalmente diferente en las instancias, sirve como muestra de la dificultad de entendimiento del principio. Para paliar las consecuencias de la ausencia de derecho hereditario alguno, que es lo que se trasluce -por otra parte como consecuencia de un comportamiento deliberado por cuanto podrían haber contraído matrimonio y hacer testamento, o incluso testar sin casarse, instituyendo heredera a la pareja en la totalidad de los bienes puesto que no hay legitimarios, avatares que en nada considera el Tribunal- se fuerza una demanda solicitando una indemnización imposible de justificar (lo que no impide que se consiga en primera instancia), así como la solicitud de una pensión que de ningún modo puede reclamarse en disolución por muerte, fallando el Supremo en el único recurso que le queda para resolver en justicia que es la doctrina del enriquecimiento injusto[6]. Lógicamente deben excluirse los bienes familiares, pues evidentemente no puede haber contribución de ningún tipo a su adquisición por la dedicación a la familia de la mujer, comportamiento que sin más consideración da lugar a la percepción de una parte importante de los bienes, sin cálculo ninguno y prescindiendo de cualquier otro razonamiento, aludiendo la sentencia a que "resulta natural que no haya datos exactos para fijar la cuantía", lo que no obsta a la aplicación de la doctrina, mediante una apreciación ponderada a juicio del Tribunal[7].

La evolución posterior del Supremo hacia posiciones más restrictivas es posible que no diera lugar al mismo fallo en la actualidad, pues la consideración de las reclamaciones entre parejas se ha ido endureciendo por el transcurso del tiempo y una serie de circunstancias expresamente contempladas por los tribunales, como las reformas obradas en el Código civil en el año 2005, o los presupuestos de los que parten algunos pronunciamientos del Constitucional,

6 Ver las consideraciones sobre la misma, que comparto absolutamente, de Espada Mallorquín, S.: *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho,* Thomson Civitas, Madrid, pp. 294 y ss. en la que se parte por el tribunal de una presunción objetiva de empobrecimiento siempre que el conviviente se haya dedicado en exclusiva al cuidado del demandado y al trabajo doméstico. Sobre la aplicación de la doctrina del enriquecimiento a las uniones, con abundantes citas jurisprudenciales, también De Verda y Beamonte, J. R.: "Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* N.º 11, agosto 2019, pp. 47 y ss.

7 Textualmente manifiesta el Tribunal lo siguiente en relación a la cuantía: "La Sentencia de primera instancia fija la indemnización a percibir por la actora en un porcentaje del 75% de todos los bienes de que era propietario el fallecido don José María C. C., con excepción de los bienes Inmuebles ubicados en la localidad de Guardo (Palencia). Este Tribunal en funciones de instancia entiende que tal solución rebasa los términos reales del supuesto enjuiciado, por lo que, aun teniendo en cuenta la duración de la dedicación –cincuenta y tres años–, modulando la ventaja producida y la afectación sufrida, se considera que la indemnización debe ser fijada en la cuarta parte de todos los bienes de que era propietario el señor C. C., sin incluir los bienes inmuebles sitos en la provincia de Palencia. Se atribuye además a la actora la cantidad de cuatro millones que ya tiene percibida, el derecho de propiedad sobre la ropa, el mobiliario y los enseres que constituyen el ajuar de la vivienda común con excepción de los objetos artísticos o históricos y los bienes de procedencia familiar del señor C., y el derecho, en todo caso, a la utilización vitalicia de la vivienda familiar".

especialmente contenidos en la STC 93/2013, de inconstitucionalidad de la Ley Navarra de parejas estables[8].

Si miramos hacia atrás, haciendo un poco de historia sobre esta compleja situación, salvo algunos supuestos aislados, el "boom" de procedimientos resueltos por el Tribunal Supremo tiene lugar en las décadas de los noventa y principios de este siglo con una doctrina disímil, compleja, plagada de excepciones a las rígidas reglas del proceso civil, con afirmaciones contradictorias, paradójicas y, en suma, cercanas a una justicia material que se apoya en argumentos poco convincentes[9].

El desarrollo posterior de las consideraciones del Supremo por las instancias inferiores no ha permitido determinar criterios resolutivos firmes, procediendo a una "mezcla" de diferentes instituciones jurídicas, alternando presupuestos de unas y otras, condicionada en muchos casos por la causa de pedir y también por el procedimiento judicial empleado, llegando a algunas situaciones verdaderamente insostenibles, que podrían considerarse dislates jurídicos.

Durante estos más de treinta años, el Supremo ha intentado poner orden dictando dos sentencias plenarias (STS 12 septiembre 2005, RJ 2005, 7148 y 15 enero 2018, RJ 2018, 76[10]) en las que, como veremos, se apela como criterio de cierre a la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, rechazando terminantemente el recurso a la analogía de los preceptos dictados para el matrimonio.

He utilizado deliberadamente la expresión "afirmaciones contradictorias" porque es verdaderamente sorprendente que mantenga el alto tribunal que las parejas nada tienen que ver con los matrimonios, como se hace en la del 2005, repitiéndose el argumento en otras posteriores, y que incesantemente se haya rechazado la aplicación de las normas dictadas para los casados por falta de identidad de razón al no ser realidades equiparables, con una insistencia tal que parece proscribirse el llegar a pensar lo contrario, o ni siquiera intentar argumentarlo.

8 La compleja Sentencia presenta numerosos aspectos de interés, y efectos decisivos en el tratamiento de toda esta materia, en los que no es posible profundizar aquí. Sobre la misma ver un análisis detallado, y numerosa bibliografía al respecto en, De Amunátegui Rodríguez, C.: "La situación actual de las parejas no casadas", *Indret,* julio 2015.

9 Una visión sistemática de las complejas cuestiones que rodean el tratamiento de las parejas se contiene en el trabajo de De Amunátegui Rodríguez, C.: "Las parejas no casadas", en *Tratado de Derecho de la Familia,* Yzquierdo Tolsada, M. y Cuena Casas, M. (Dirs.), vol. 4.º, 2.ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 849-1027, a cuyo texto me remito para todo lo que no es posible tratar aquí.

10 Las dos Sentencias de Pleno han sido objeto de atención por De Amunátegui Rodríguez, C.: en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil),* Yzquierdo Tolsada, M., (Dir.), vol. 1.º (2005-2007), Dykinson, Madrid, 2008, pp. 24 y ss; y vol. 10.º (2018), Dykinson-BOE, Madrid, 2019, pp. 321 y ss. Sobre ambos pronunciamientos ver, Fariña Fariña, R.: "Algunas consideraciones sobre la aplicación del enriquecimiento sin causa para resolver las controversias patrimoniales entre convivientes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8 bis (extraordinario), jul. 2018. La segunda se comenta también por Cabezuelo Arenas, A. L.: *C.C.J.C.,* n.º 108, septiembre-diciembre 2018.

Creo, y así lo he manifestado repetidamente, que todo el tratamiento de esta cuestión ha venido mediatizado por la doctrina del Tribunal Constitucional dictada con la finalidad de no extender a las parejas la pensión de viudedad (derecho más reclamado por los convivientes que ningún otro) en una jurisprudencia interesada que no cesaría hasta regularse la mencionada pensión, de un modo verdaderamente cicatero, en el año 2007, con unos presupuestos enormemente rigurosos que dejan fuera de su reconocimiento a un buen número de los convivientes sobrevivientes. De no haber sido así es posible que se hubiera permitido el recurso a la analogía desde las primeras reclamaciones con menos inconvenientes de los que se han ido encontrando por el camino.

Es evidente por otra parte que los problemas que surgen entre los miembros de las parejas cuando terminan la convivencia son extraordinariamente similares a los que se producen en el momento de ruptura de los matrimonios, por no decir que son los mismos, y si no lo son sí se lo parecen a cualquier observador, especialmente al justiciable. Dejando de lado las cuestiones relativas a los hijos, resueltas en nuestro ordenamiento en materia de filiación y de patria potestad con una absoluta igualdad, tanto en el ámbito sustantivo como en el uso de idénticos procedimientos judiciales, la reclamación de los posibles derechos de los convivientes en el momento de la ruptura ha recibido un tratamiento por parte de los tribunales que puede considerarse de una notable inseguridad jurídica.

Cuando tiene ocasión una ruptura matrimonial existen dos tipos de normas diferenciadas en el Código que tienen su origen unas en la existencia de un previo matrimonio extensibles a todos los casados por igual (atribución de vivienda y pensión compensatoria especialmente), y otras en la presencia de un ineludible régimen económico matrimonial, en el ámbito de aplicación del Código el elegido por ellos, o en defecto de expresión de la voluntad de los esposos el de gananciales, junto con una serie de disposiciones generales entre las que se incluye la obligación de levantamiento de las cargas familiares.

Cada uno de los regímenes, según sus peculiaridades y características, suministra unos patrones tanto para el específico deber de contribución a esas cargas, constante matrimonio, como reglas de disolución, más o menos estrictas según la elección personal de los esposos. Sin duda posible al respecto, los regímenes comunitarios presentan unos incontestables patrones de solidaridad que solo se justifican en la misma elección de ese régimen, con abstracción de cualesquiera otras circunstancias, que además suman reglas basadas en principios propios del enriquecimiento injustificado como se evidencia en el tratamiento de los reintegros, trasvases entre patrimonios y correspondientes reembolsos, tratamiento de mejoras, y más; junto con reglas de liquidación que, además en el esquema del Código, se siguen aplicando con independencia de lo dispuesto por

los jueces en el momento de la ruptura mediante la aplicación de los artículos 96 y 97 CC, lo que en mi opinión no deja de ser discutible. Los distintos regímenes contienen además reglas presuntivas para determinar qué sucede con los distintos bienes acumulados cuya procedencia no pueda demostrarse. Como veremos más adelante, son muchos de estos problemas los que se plantean a los tribunales por las parejas, ya no solo en cuanto a solicitud de compensaciones por desequilibrios (de cara al futuro), o como efectos de la disolución por ruptura (mirando al pasado y a los incrementos patrimoniales obrados en los bienes de la pareja), sino también en reclamación de reintegros por desembolsos, aportación de bienes muebles, mejoras, y más, que disponen de su propia solución en el Código para los casados.

Las normas dictadas en ejercicio de la competencia sobre legislación civil por ciertas Comunidades Autónomas (algunas ya reformadas por reconsideración o por las consecuencias de declaración de inconstitucionalidad de la Ley navarra) se fijan en esos parámetros para establecer inicialmente compensaciones o indemnizaciones, que en su mayoría han sido sustituidas por la aplicación directa de las reglas del régimen de separación de bienes[11].

Ahora bien, si no hay ley de parejas (o no es competente), no parece posible aplicar miméticamente este régimen a las uniones de hecho en su ruptura, como se reclama en numerosas ocasiones, ni resulta riguroso mezclar las disposiciones concernientes a las crisis matrimoniales con las propias de régimen económico, o traer a colación al tiempo las justificaciones de unas por otras, pues al final terminan

11 Pensiones o compensaciones diferenciadas en el art. 9 de Ley de Parejas Estables de las Islas Baleares, cada una con su propia función y presupuestos de aplicación, en los siguientes términos bajo el ladillo "Efectos de la extinción en vida.
1. Cuando la convivencia cese, cualquiera de los miembros puede reclamar al otro el pago de una pensión periódica, siempre que la necesite para atender adecuadamente su sustento y se encuentre en uno de los casos siguientes: a) Que la convivencia haya disminuido la capacidad del solicitante para obtener ingresos. b) Que el cuidado de los hijos comunes a su cargo impida o dificulte seriamente la realización de actividades laborales.
2. El conviviente perjudicado puede reclamar una compensación económica cuando la convivencia haya supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto y se haya dado uno de los siguientes supuestos: a) Que el conviviente haya contribuido económicamente con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja. b) Que el conviviente se haya dedicado con exclusividad o de forma principal a la realización de trabajo para la familia".
A pesar de tratarse de un detallado texto, considero perturbadora la alusión el enriquecimiento injusto en el apartado 2, a), pues entiendo que tales circunstancias deberían dar lugar a compensación en todo caso. Mucho más confuso, a mi entender, entremezclando unas y otras cuestiones, se muestra el texto del Código Foral de Aragón, en cuyo art. 310 al disponer los "(E)fectos patrimoniales de la extinción en vida. 1. En caso de extinción de la pareja estable no casada por causa distinta a la muerte o declaración de fallecimiento, y si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por el conviviente perjudicado en los siguientes casos: a) Cuando el conviviente ha contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja no casada. b) Cuando el conviviente, sin retribución o con retribución insuficiente, se ha dedicado al hogar, o a los hijos del otro conviviente, o ha trabajado para este. 2. La reclamación por cualquiera de los miembros de la pareja del derecho regulado en el párrafo anterior deberá formularse en el plazo máximo de un año a contar desde la extinción de la pareja estable no casada, ponderándose equilibradamente en razón de la duración de la convivencia".
El resto de los derechos con competencia para regular la materia se remiten, de uno u otro modo, a la reglamentación de los regímenes económico matrimoniales.

apreciándose compensaciones, indemnizaciones, pensiones o cuantías, sin más, en conceptos jurídicos indeterminados y nada precisos[12]. No es posible, y quiero dejarlo claro desde ahora, confundir el desequilibrio o perjuicio en la posición futura de quienes rompen la pareja, con la circunstancia de haberse cumplido los presupuestos de un enriquecimiento injustificado durante su relación; aunque en definitiva se trate de reclamar un montante económico al otro, es necesario que su exigibilidad se sustente en unos parámetros o razonamientos específicos y, sobre todo, seguros.

Si no existe un estatuto propio para las parejas, y no es aplicable por analogía el previsto para los casados, se debaten los tribunales (evidentemente atendiendo a las pretensiones de los convivientes) en los criterios a utilizar para poder solucionar las reclamaciones económicas entre ellos, partiendo además de dos importantes premisas recogidas en esas sentencias plenarias, que aparecen reiteradas a partir del 2005, y que introducen nuevos elementos en el discurso a favor de la restricción, como son:

- La imposibilidad de dificultar la ruptura de la pareja mediante el establecimiento de indemnizaciones elevadas que la penalicen en contra del principio del libre desarrollo de la personalidad que preside las rupturas de convivencias (argumento valorado igualmente como límite a los pactos de crisis matrimoniales)[13]. En el texto de la sentencia de 2005 se utiliza como razonamiento contra la analogía en los siguientes términos: "Por ello debe huirse de la aplicación por «analogía legis» de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad".

- Y, la valoración de la circunstancia de que no se puede obligar a quien en ejercicio de su libertad no ha querido contraer matrimonio a ser tratado como si estuviera casado. La primera sentencia plenaria se muestra reiterativa en cuanto a la importancia del respeto a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico. Textualmente manifiesta que "(A)penas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio". El argumento se destaca con contundencia entre los barajados por el Constitucional en la STS

12 Se trata este de uno de los argumentos mantenidos en la STS de pleno 15 enero 2018 (RJ 2018, 76), en la que el Supremo se muestra tajante y extremadamente crítico con los razonamientos de la sentencia de la Audiencia.

13 Destaca también este argumento De Verda y Beamonte, J. R.: "Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española", cit., pp. 48 y ss. relacionándolo con el libre desarrollo de la personalidad.

93/2013, contraria a las reglas imperativas para las parejas, disponiendo que el establecimiento de pensiones sin previo acuerdo "vulneran la libertad de decisión consagrada en el art. 10.1 CE, al responder básicamente a un modelo imperativo alejado del régimen dispositivo que resultaría acorde a las características de las uniones de hecho y a las exigencias del libre desarrollo de la personalidad". Palabras textualmente recogidas en la segunda sentencia plenaria de 2018.

La transcendencia de estos argumentos en la realidad práctica de los tribunales es desigual, pareciendo, las más de las ocasiones traerlos a colación cuando se quieren negar las pretensiones por ruptura, para prescindir de los mismos, al albur de la posible solución más justa en otros casos enjuiciados[14]. Creo que los rígidos parámetros de los que parten las afirmaciones de la STC 93/2013 y la sentencia de pleno del 2005, quedan diluidos en la realidad práctica, pues, sin duda, el establecimiento de altísimas sumas o porcentajes a detraer del patrimonio del otro (o en su caso del caudal relicto) dificultan el entendimiento de la proscripción de la penalización de la salida de la relación de convivencia.

II. CRITERIOS DE RESOLUCIÓN INVOCADOS Y TENIDOS EN CUENTA POR EL TRIBUNAL SUPREMO PARA DIRIMIR LAS RECLAMACIONES DE LAS PAREJAS.

Antes de mencionar los principales cauces o vías de solución para los problemas planteados por los no casados resulta incontestable el hipotético recurso entre los miembros de la pareja a los cauces de reclamación que existen entre extraños en cuanto al reintegro de pagos exigibles a tenor de las reglas generales, sean o no propios de la doctrina del enriquecimiento injustificado, deriven de la adquisición conjunta de bienes en régimen de comunidad y de lo que implican las reglas de su disolución la posible presencia de una sociedad civil, de un mandato, o de un préstamo o mutuo entre ellos, lo que va de suyo sin especial cuestión. Del mismo modo en que los cónyuges pueden realizar entre ellos todo tipo de contratos, debiendo disciplinarse sus relaciones jurídicas por las reglas de las instituciones correspondientes, a mayor abundamiento sucederá esto con los integrantes de una pareja.

Las sentencias plenarias se han ocupado de precisar una cierta jerarquía entre los criterios a aplicar en la resolución de las controversias de las parejas, con un orden peculiar a mi entender, en el que se fijan como primer cauce la

14 Muestra su acuerdo con los dos argumentos esgrimidos por la sentencia, De Verda y Beamonte, J. R., "Uniones de hecho, libre desarrollo de la personalidad y enriquecimiento injusto", *Revista de Derecho de Familia,* num. 80/2018 (BIB 2018/11527), p. 2.

presencia de alguna ley de parejas[15]; en segundo lugar el recurso a los pactos[16], cuando deberían ser la primera fuente de reglamentación, tal como disponen además expresamente las leyes de pareja, y como parece obligar la postura del Tribunal Constitucional tras la STC 93/2013, con el ánimo de eliminar el factor de imperatividad; y, finalmente, como criterio de cierre la apelación a la doctrina del enriquecimiento injusto, cerrando sistemáticamente el recurso a la analogía.

Desde los años noventa han sido muchas las sentencias dictadas, pudiendo observarse algunas líneas de resolución más utilizadas que otras. Es relativamente frecuente la apreciación de la presencia de comunidades entre los integrantes de las parejas, no sólo surgidas de la titularidad formal de los bienes, lo que no tendría especial dificultad, sino evidenciadas o presupuestas por ciertos comportamientos de sus integrantes deducidos de su actuación (*facta concludentia),* derivados de conductas como compartir cuentas corrientes[17], ingresar en ella los salarios de ambos integrantes y cargar los gastos de la familia, poner los bienes a nombre de los dos, o incluso adquirir con la manifestación de estar casados. Existen también algunas sentencias aisladas en las que se aplican las reglas del contrato de sociedad, o que incluso permiten la reclamación de alguna indemnización por la vía del art. 1902 CC, habitualmente rechazada, pero admitida en algún supuesto por la ruptura de una promesa de matrimonio.

Fuera de estos casos debe acudir el juzgador a la consideración de los medios de cierre del ordenamiento, así el recurso a la analogía y a los principios generales del Derecho, lo que en absoluto se presenta como algo sencillo; más bien al contrario, se trata de doctrinas complejas que en su entendimiento por las instancias inferiores han llegado a verdaderos dislates, desvirtuándose de su naturaleza y

15 La presencia de leyes de parejas no está funcionando tampoco como un criterio que impida el recurso a las instituciones de cierre, siendo frecuentes reclamaciones en invocación de enriquecimiento injusto, cuando no es de aplicación la ley correspondiente. Por mencionar solo algunas, SAP Islas Baleares (S. 4.ª) 23 diciembre 2019 (JUR 2020, 125342), en la que no se admite el principio, pero sí la devolución de cantidades transferidas desde cuenta privativa, aunque en otros pronunciamientos esos comportamientos se incluyen en el enriquecimiento injusto; o SAP Tarragona (S. 3.ª) 6 febrero 2020 (JUR 2020, 69792), desestimatoria por no poder demostrar que los muebles que quedan en la vivienda no fuesen de la demandada. Precisamente el legislador catalán, a la hora de elaborar el Libro II del CCCat., da cuenta en su preámbulo de la necesidad de incluir como parejas a quienes no han disuelto el matrimonio previo con el fin de extender sus disposiciones a un número mayor de destinatarios evitando "que las consecuencias de la ruptura deban determinarse acudiendo a una doctrina jurisprudencial de perfiles demasiado imprecisos".

16 Sin duda posible, la cultura de pacto en el ámbito de las parejas está poco extendida, y cuando existen pactos son en muchos casos inaplicables, pues no es posible, por ejemplo, convenir que tendrán el régimen de gananciales, lo que afirma, por ejemplo, la RDGRN 11 junio 2018 (RJ 2018, 2474), en base al carácter público del estatuto conyugal. Para una visión más detallada de la materia ver De Amunátegui Rodríguez, C.: *Tratado*, cit., pp. 966 y ss., y bibliografía allí citada; y en "Limites a la autonomía de la voluntad en las relaciones económicas de casados y uniones de pareja", en *La autonomía privada en el Derecho civil,* Parra Lucán, M.ª A. (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 173-244. Se ocupa ampliamente de la cuestión, con un detalladísimo estudio de la jurisprudencia más reciente, De Verda y Beamonte, J. R.: "Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española", cit., p. 23 y ss.

17 Cuestión ampliamente tratada, con destacado aporte jurisprudencial, por Barrio Gallardo, A.: "Convivencia more uxorio y cuentas corrientes indistintas", *Rev. Boliviana de Derecho,* N.º 30, julio 2020, pp. 122 y ss.

permitiendo en definitiva el reconocimiento de derechos cuya aplicación directa se había rechazado previamente por la propia resolución. Comenzaré dedicando unas palabras a la analogía, para detenerme después en dos principios: el de protección al conviviente perjudicado y el enriquecimiento injustificado.

III. LA ANALOGÍA.

1. Aproximación al denostado recurso a la analogía.

El recurso a la analogía –que podría haber solucionado un buen número de casos sin retorcer las instituciones- se ha visto mediatizado por las consideraciones interesadas del Constitucional en cuanto a la negativa de la concesión de la pensión de viudedad. Cercenada sistemáticamente como cauce de solución se considera que no existe identidad de razón, que no son realidades equivalentes, y que, en síntesis, el legislador puede decidir que a los casados les asisten derechos que no correspondan a las parejas, sin que eso suponga un quebranto de derecho alguno[18]. Si las parejas desean acceder a tales derechos pueden contraer matrimonio sin ningún obstáculo, especialmente desde las reformas del 2005 que facilitan extraordinariamente la ruptura (aún más después del 2015 al permitirse el divorcio notarial), así como por la posibilidad de que las personas del mismo sexo contraigan matrimonio.

El argumento continúa vigente en recientes pronunciamientos, como la STC 1/2021 de 25 enero, ponente Magistrada Roca Trías[19], en la que se declara que el matrimonio por el rito gitano, sin registrar la pareja de hecho, no tiene derecho a la pensión de viudedad y no es discriminatorio[20]. Tras incidir en una serie de

18 Contundentes los argumentos de la STC 184/1990, seguida por innumerables resoluciones, en cuanto a denegación de pensión de viudedad; y especialmente detalladas las SSTC 222/1992 y 47/1993, sobre la inconstitucionalidad del art. 58. 1 LAU y el reconocimiento de amparo por la denegación de prórroga al conviviente, fijándose en su decisión en el concepto de familia y no de matrimonio, sin quebrantar sus rígidos argumentos en cuanto a la ausencia de identidad de razón. La línea de falta de equiparación se sigue por el Supremo, especialmente desde STS 19 mayo 1992 (RJ 1992, 4907), trayectoria constatada por un elevado número de decisiones posteriores.

19 La sentencia deniega el amparo y no reconoce infracción de derecho a la igualdad, ni discriminación por motivos raciales o étnicos, en la negativa de pensión a la mujer casada por el rito gitano, no considerándola tampoco como pareja al no haberse inscrito como tal, siendo este un requisito constitutivo para poder conceder la pensión al miembro sobreviviente de la unión. Se había invocado la aplicación de la doctrina contenida en la STEDH, caso *Muñoz Díaz c. España*, de 8 de enero de 2009, en la que se reconoció el derecho a la pensión de viudedad para la mujer casada por el rito gitano, en un tema anterior a la regulación por el legislador de la concesión de esta prestación a las parejas, por cuanto existía una apariencia que permitía observar buena fe en cuanto a la validez de su matrimonio en la mujer al aparecer como esposa en algunos documentos emitidos por las autoridades públicas. No obstante, la STC 1/2021 cuenta con un voto particular del Magistrado Xiol Riós considerando el derecho de la mujer a no ser discriminada por razones de pertenencia a una minoría nacional como asiste al pueblo romaní en el Derecho europeo, lo que determina una discriminación indirecta (especialmente apelando como texto fundamental al Convenio-Marco para la protección de las Minorías Nacionales, hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995).

20 Precisamente la STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) 7 abril 2021 (RJ 2021, 1460), ha determinado recientemente como doctrina que la prueba de la existencia de una pareja de hecho no solo puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad mediante los medios señalados en el párrafo cuarto del artículo 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987, es decir, mediante

consideraciones que nos distraerían de la finalidad de esta ponencia, manifiesta textualmente que: "este Tribunal ha asumido la existencia de dos regímenes diferenciados por voluntad del legislador, el del matrimonio y el de la convivencia more uxorio, que son reflejo de la capacidad de elección de las personas de las personas respecto del ejercicio de su derecho a contraer matrimonio, señalando que la convivencia more uxorio, ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. Por ello el legislador puede diferenciar respecto de las consecuencias que se derivan de la opción por uno o por otro régimen"; razonamiento que reitera en varias ocasiones a lo largo de su texto.

En el caso de las reclamaciones entabladas ante la jurisdicción civil el recurso a la analogía se ha negado sistemáticamente en bloque atendiendo a los pronunciamientos del constitucional, así la STS de Pleno de 15 enero 2018 (RJ 2018, 76), por citar la más próxima, textualmente lo explica en los siguientes términos: "La interpretación del Tribunal Constitucional ha reforzado la línea jurisprudencial de esta sala de que no cabe aplicar por analogía legis las normas del matrimonio a los supuestos de ruptura de la convivencia more uxorio o unión de hecho (…)", la sentencia alude a la previa de 12 septiembre 2005 (RJ 2005, 7148), en la que se hace referencia expresa a la exclusión de la aplicación analógica de la pensión compensatoria, citándola reiteradamente como modelo de cercenar esa pretensión.

El rechazo a la analogía se observa muchas veces como un argumento absolutamente forzado cuando se analizan los pronunciamientos dictados en la materia, pues son constantes las alusiones a las reglas matrimoniales, a los conceptos propios de las mismas, a su inspiración, a sus consecuencias, siempre bajo una previa negación de equiparación que hasta lleva en bastantes ocasiones al desliz inconsciente de llamar casados o matrimonio a las parejas[21]. Por otra parte, en un movimiento algo envolvente para evitar reconocer su presencia se habla, bien de aplicación directa, bien de analogía *iuris* para obtener un principio que permite aplicar la norma que se ha eludido aplicar antes, continuando con la afirmación poco convincente de no existir analogía *legis*.

la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante, sino también mediante el certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca.

21 Las siguientes palabras de Miquel Bescansa, J. M.ª: en el "Prólogo" a Espada Mallorquín, S., *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho,* cit. p. 37, son claramente descriptivas: "Hay que decirlo con toda claridad, la analogía proporciona una regla perfectamente segura. Sin duda, incomparablemente más segura que la que ofrecen sentencias que aplican los principios de enriquecimiento injusto y protección al conviviente más perjudicado. Tampoco sobra recordar que, mientras que el art. 2.2 proscribe que los Tribunales apoyen sus decisiones exclusivamente en la equidad, a no ser que la ley expresamente los permita, el art. 4.1 ordena la aplicación analógica cuando se den las condiciones que determina. Pues bien, algunos tribunales proceden justamente al contrario, aplican la equidad, pero no la analogía".

De este modo, si bien ha sido cercenado *a priori* el recurso a la analogía con algunos preceptos dictados para el matrimonio, bajo la reiterada premisa formal de rechazar el recurso a la analogía *legis*, han procedido los tribunales al reconocimiento de la aplicabilidad directa -sin inconveniente ni dificultad alguna, en lo que parece un equilibrio propio de un trapecista- de un buen número de normas dirigidas a los casados, como, entre otras, el recurso al uso del convenio regulador para dirimir sus cuestiones (arts. 90 y 91 CC); el art. 96 CC, en cuanto a los criterios de atribución de la vivienda familiar[22]; la concesión de pensión compensatoria del art. 97 en sentencias anteriores[23], en una línea abandonada con posterioridad; o en el debate sobre el art. 1438, al que me referiré más adelante, por considerarlo clave como posible vía de solución.

La peculiar relación de los tribunales con la analogía queda patente, a mi modo de ver, en el contenido de uno de los elaborados votos particulares a la sentencia plenaria de 2005, en el que partiendo de la constante afirmación de no ser realidades equivalentes, y por tanto no se permite aplicar "todos los efectos del matrimonio", de que "la libertad de los convivientes de pactar lo que estimen más conveniente para la resolución de las relaciones que crea la convivencia y las consecuencias de la hipotética ruptura y la no igualdad entre las situaciones de matrimonio y unión de hecho", y de la constatación de ausencia de régimen económico e imposibilidad de aplicar automáticamente las reglas de ruptura, se considera, a pesar de todo ello, la posibilidad excepcional de que "sólo si concurren los requisitos para ello, que ahora se examinarán, podrían ser tributarias de una atribución económica". Rechazando el recurso al enriquecimiento injustificado, y a la analogía iuris, afirma poder aplicarse una norma concreta como es el art. 97, por apreciarse una semejanza que justifica el método de integración, considerando que ello no implica aplicar analógicamente las reglas del matrimonio, puesto que solo se observa la similitud de la ruptura, estando contemplada la compensación en otros supuestos, como el art. 98 o el art. 1438 CC.

Concluye el voto afirmando que "(E)n todos los casos regulados en las disposiciones citadas hay tres elementos que existen también en las situaciones de uniones de hecho y que son: a) la cesación de la convivencia; b) el posible perjuicio que esta cesación produce en una de las partes de la relación, ya sea matrimonial o no matrimonial, y c) la comparación de la situación resultante con

22 STS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020), y más, si bien también son frecuentes las admisiones de desalojo por precario al quedarse el conviviente en la casa en la que habitaba, así en STS 6 octubre 2011 (RJ 2011, 6708), admite la acción por precario contra la ex conviviente, negando la aplicación analógica del art. 96, con cita expresa de la STS del 2005, manifestando haber abandonado la Sala algunas posturas llamadas "disímiles" "para acogerse a la no aplicación por analogía a las parejas no casadas, de las normas reguladoras de los efectos del matrimonio y del divorcio". Se niega el derecho, frente al heredero del conviviente premuerto, del piso en régimen de copropiedad adquirido, mencionando no concurrir enriquecimiento injusto alguno.

23 Especialmente STS 5 julio 2001 (RJ 2001, 4993) y STS 16 julio 2002 (RJ 2002, 6246).

la existente durante el matrimonio o la convivencia de hecho. Sólo cuando se den estas circunstancias podrá acordarse la compensación".

Llama la atención la asimilación que se lleva a cabo entre matrimonio y pareja, especialmente teniendo en cuenta que tales normas contemplan exclusivamente el matrimonio, y tal proceder de integración parecería consecuencia de apreciar identidad de razón entre ambas formas de convivencia. En mi opinión creo que de cara al justiciable en definitiva se estaría abogando por la aplicación del art. 97 a las rupturas de las parejas, siempre que se produjera el exigido desequilibrio, y no entiendo que, si verdaderamente asisten razones para ello en opinión de un tribunal, que no dudo de que las haya, no se proceda a la aplicación analógica sin especiales justificaciones en cuanto a la ausencia de identidad de razón, o del no reconocimiento de una comparación o similitud (para mí, identidad de razón) con el matrimonio. Simplificando la sutil argumentación contenida en las afirmaciones anteriores, veo demasiado esfuerzo en justificar que no cabe la analogía para, a continuación, aplicar lo dispuesto en el art. 97 CC, por la similitud que presenta la ruptura.

Por otra parte, en la realidad de los posteriores litigios entre parejas no parece haberse explotado la argumentación del voto particular, ni en las demandas ni en las sentencias correspondientes, pues la tendencia al reconocimiento de pensión compensatoria ha ido abandonándose[24].

2. Desigualdades en el recurso a la analogía según los casos enjuiciados.

Pese a negarse la aplicación analógica de las normas destinadas a los casados no siempre se mantiene el juzgador en una postura de firmeza, observándose algunos pronunciamientos faltos del rigor extremo que ha seguido esta materia, teniendo en cuenta las relaciones de pareja para admitir o negar derechos o contabilizarlos de forma personal según el propio sentir del tribunal[25].

Se trata de un movimiento que, a mi entender, evidencia la proliferación de situaciones paradójicas que rodean en la actualidad el tratamiento de las realidades familiares, denotando una cierta inseguridad jurídica, pues los planteamientos no pueden calificarse como estables. Esto es, la equiparación de las parejas con los casados "va y viene", si se me permite la expresión, según los casos y realidades a tratar, en una línea de pensamiento poco justificable en ocasiones.

24 En el voto particular se recogen otras argumentaciones en cuanto a la diferencia entre compensaciones y enriquecimiento injusto a las que me referiré más adelante.

25 A modo de exponente de todo este movimiento paradójico mencionar la STSJ de Islas Baleares, 24 marzo 2010, RJ 2010, 4019, en la que se aplica la analogía en la disolución de un matrimonio de las reglas dictadas para las parejas. Resulta que en Baleares, donde existía un régimen de absoluta separación de bienes, sin compensación de ningún tipo, se dispuso la misma para las parejas no casadas, antes de proceder a la reforma de la Compilación, en la Ley de Parejas Estables de 2001.

Tan solo mencionaré algunos procesos de forma casuística, sencillamente porque llaman mi atención, sin otro ánimo que el poner de manifiesto que poco contribuyen a que el justiciable espere una u otra solución a la cuestión planteada.

Por ejemplo, la STS 16 diciembre 2015 (RJ 2015, 5887), pese a reconocer la imposible aplicación del art. 97 a las parejas, no tiene inconveniente en contar el tiempo de convivencia previo al matrimonio (cinco años frente a uno de casados) a los efectos de constatar desequilibrio a la hora de apreciar el reconocimiento de pensión compensatoria, así como su cuantificación (eso sí, con una alusión a "la pérdida de expectativas de la esposa y el abandono de su actividad laboral en beneficio propio, para dedicar sus esfuerzos en beneficio del marido")[26].

Más rigurosa, rechazando la analogía, aunque también criticada, parece la STS 19 octubre 2016 (RJ 2016, 4938) que no extiende a la pareja la prohibición del art. 682 CC para los casados de ser testigos en el otorgamiento del testamento del ascendiente del otro conviviente que no sabe leer. Si de lo que se parte es la falta de aplicación analógica, el pronunciamiento se muestra consecuente, con independencia de que se comparta o no el criterio de resolución.

Otro fallo discutible, a mi modo de ver es que se contiene en la STS, de Pleno, 20 noviembre 2018 (RJ 2018, 5086), en la que se condena a la pérdida del uso de la vivienda a un ex cónyuge, por vivir en la misma con su nueva pareja, considerando que tal circunstancia como decisiva para cambiar la naturaleza de la vivienda familiar, cediendo ante tal comportamiento el patrón del interés de los menores. Pese a tratarse de una resolución bien recibida en general por la doctrina[27], no comparto los argumentos del Supremo, que, por otra parte parecen obligar a una fidelidad posterior a las rupturas matrimoniales cuyo quebrantamiento no considera el propio Tribunal indemnizable constante matrimonio (que en mi opinión podría llegar a considerarse contrario al libre desarrollo de la personalidad). Creo que el camino adecuado en estos casos, presuponiendo que la razón está en que la "nueva pareja" asume el levantamiento de las cargas de la mujer (razonamiento que sustenta la pérdida de pensión compensatoria en su caso), podría estar en una modificación de medidas al amparo de la nueva situación del acreedor de los derechos reconocidos en la ruptura, pudiendo estar beneficiándose de los ingresos de su pareja, pero no en alterar un derecho que asiste al cónyuge en atención al cuidado de sus hijos menores, quienes no son los atributarios del derecho, pero sí los beneficiarios del mismo, viéndose directamente afectados por la decisión.

26 Lo que califica Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2016 (BIB 2016/2001), como matrimonialización retroactiva, en "Computación de la previa convivencia more uxorio para la fijación de la pensión compensatoria del subsiguiente matrimonio disuelto por divorcio: ¿o de la "matrimonialización" retroactiva de las parejas de hecho, una vez casadas?".

27 Por todos, Ordás Alonso, M.: "El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar, un halo de esperanza", *Diario La Ley,* N.º 9311, sección doctrina, 8 enero 2019.

Finalmente, mencionar la STS 25 noviembre 2020 (RJ 2020, 4799) sobre la interpretación de las condiciones de un seguro de accidentes en la que el deportista asegurado no incluye a su pareja como beneficiaria en una póliza colectiva suscrita por una federación, no procediendo a cambiar la alusión al cónyuge como primer favorecido. La indemnización se reclama por los padres del asegurado, a quienes se reconoce como beneficiarios en primera instancia, confirmando la Audiencia la resolución, mientras que el Supremo entiende que no se trata de una cuestión de equiparación de la pareja al cónyuge (que sí lo es, pero aplicando la doctrina recogida por la propia sentencia contraria a la analogía debería ser denegatoria), sino deducida de los términos de la contratación del seguro, recurriendo a la posible voluntad del finado presuponiendo su ánimo de incluirla como beneficiaria. Llama la atención que cuando se le comunican los beneficiarios de la póliza al asegurado no manifieste nada, por lo que puestos a presuponer su voluntad debería haberse valorado esta circunstancia y no la contraria[28].

Los mencionados fallos son muestra de una suerte de movimiento envolvente en cuanto a la aplicación de la analogía selectiva según los supuestos a enjuiciar, dificultando salir de esa situación paradójica y contradictoria.

3. Posible aplicación del artículo 1438 a la ruptura de las parejas.

Si existe un precepto que contemple el supuesto más próximo o cercano al que tiene lugar en la ruptura de las parejas es, sin duda, el art. 1438 CC dentro del régimen de separación de bienes[29], cuya aplicación tan solo se ha utilizado de pasada, sin hacer especial demostración de su identidad de razón y de su función como regla de disolución, aplicable tanto inter vivos como *mortis causa*[30].

Los legisladores autonómicos, a la hora de valorar los efectos del transcurso del tiempo en el marco de sus propias regulaciones, se han ido decantando, precisamente, por remitir en el tratamiento de las rupturas a las reglas de los regímenes de separación de bienes, lo que pone en evidencia las similitudes que presentan ambas realidades[31]. Así el legislador catalán, al tiempo de reconsiderar su toma de postura ante los problemas de las parejas al redactar el Libro II del CCCat., abandona la línea seguida en la Ley de Parejas de 1998, considerando directamente aplicables a los no casados las reglas de liquidación del régimen de

28 De manera contraria se resuelve en SAP Barcelona (S. 17.ª) 15 octubre de 2018, negando su asimilación con el cónyuge, incluso bajo la órbita del Derecho catalán en el que se equipara al cónyuge en un buen número de situaciones.

29 Ya la STS 27 marzo de 2001 (RJ 2001, 4770), llamaba la atención sobre la posibilidad de acudir mediante a la analogía a la aplicación del art. 1438 CC.

30 También, Espada Mallorquín, S.: *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, cit., p. 300, resaltando no ser excluyente de una posible pretensión por enriquecimiento injusto.

31 Como es sabido, en el Derecho gallego las parejas constituidas de acuerdo a la ley tienen entre ellas el régimen de gananciales del Código civil.

separación de bienes en cuanto al reconocimiento de compensación[32]; mientras que en la modificación de la Ley parejas del País Vasco, por obra de la Ley de Derecho civil del País Vasco, se somete la liquidación de las parejas al régimen de separación de bienes del Código civil[33]. También el legislador navarro, tras asumirlos efectos de la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos correspondientes de la ley de parejas por obra de la STC 93/2013, se ha decantado en la reforma del Fuero Nuevo por Ley Foral 21/2019, de 4 abril, por remitir a la regulación de la separación de bienes[34].

Desde luego, de todas las posibles reglas de disolución que podrían traerse a colación, la del régimen de separación de bienes parece la que menos escollos presenta; si bien, en el marco de regulación del Código civil, no comparto en absoluto los criterios que viene utilizando el Supremo, a partir de la STS 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122), confirmada por otras posteriores, sobre su reconocimiento y forma de contabilizar su cuantía, abandonando el tradicional esquema presente en la doctrina mayoritaria sobre su concesión en los supuestos de sobrecontribución de uno respecto del otro, sustituyéndolos por la exclusiva forma de consideración del trabajo doméstico como único criterio que permita exigir la misma; cuantificándolo por otra parte multiplicando el número de meses de duración del matrimonio por una suma similar a la que cobraría una empleada doméstica[35].

De seguir en este entendimiento, confirmado por sucesivos pronunciamientos -aunque poco a poco parece haberse moderado con la STS de 26 abril 2017 (RJ 2017, 1737) en la que se tiene en cuenta también la colaboración en la actividad del

32 Quiero llamar a reflexión sobre el cambio drástico realizado en el Derecho catalán al suprimir el requisito anterior de la exigencia de enriquecimiento injusto para el reconocimiento de la compensación, que dio lugar a una compleja y desigual jurisprudencia, sustituyéndolo definitivamente por unas reglas de liquidación detalladas, siempre que se haya producido incremento patrimonial a cuantificar por unos cálculos precisos (art. 232-5.1 CCCat.), que tienden a eliminar la arbitrariedad en su establecimiento, si bien con una cercanía notoria a un régimen de participación. Ese mismo régimen, que requiere prácticas contables, es el que se dispone para las parejas por la remisión que lleva a cabo el art. 234-9, a los arts. 232-5 a 232-10. Ver sobre el mismo una detallada exposición en Arrébola Blanco, A.: *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes,* Reus, Madrid, 2019, pp. 129 y ss.

33 Disposición Adicional 2.ª de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, que modifica en este sentido el art. 5-3 de la Ley 3/2003 de parejas.

34 La ley 111 remite a los apartados 5 y 6 de la ley 101, propios de la separación de bienes, que considera aplicables a las parejas, en los que se dispone una doble compensación, bien del trabajo para la casa, bajo el esquema de un exceso de contribución; bien por haber trabajado para el otro sin retribución o con retribución insuficiente, y siempre con independencia de los reembolsos debidos por el exceso de contribución a las cargas. Desde luego la regla evidencia una reflexión previa sobre gran parte de los problemas que estaba planteando en la realidad el régimen de separación de bienes, fijándose tanto en el esquema de la especial dedicación a la casa y al trabajo bajo el presupuesto de la sobrecontribución, como un reflejo de los parámetros del enriquecimiento injusto en el caso de trabajo para el otro integrante de la pareja.

35 Sobre el particular, con destacadas y justificadas opiniones críticas respecto de la sentencia, ver Arrébola Blanco, A.: *La compensación…,* cit., pp. 210 y ss; Gutiérrez Santiago, P.: "Enriquecimientos "injustos" en la compensación económica del trabajo doméstico. (Excesos y defectos en la interpretación del art. 1438 del Código civil)", *Revista Ceflegal. CEF,* núm. 178 (noviembre 2015), pp. 3 y ss; y Guilarte Martín-Calero, C.: "De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual", *Revista de Derecho de Familia,* núm. 68, julio-septiembre, 2015, pp. 55 y ss.

otro cónyuge, no excluyéndose la compensación por no tratarse en exclusiva del trabajo para la casa- se estarían concediendo unas expectativas, incluidas las *mortis causa,* desproporcionadas que, en mi opinión, se volverían precisamente en contra de la observación del propio Tribunal Supremo sobre la imposible penalización de a ruptura de la pareja.

El análisis de las sentencias que siguen la doctrina de la de 2011 disponen el abono de unas sumas de elevada cuantía, que exponencialmente crecen con los años de matrimonio al proceder a contabilizarlo como un sueldo que, en mi opinión, exceden completa y absolutamente de las premisas por las que deben regirse las reclamaciones de quienes rompen una pareja de hecho; por no mencionar que superan con mucho los posibles beneficios obtenidos en las disoluciones de gananciales, mediatizadas habitualmente por el atendimiento a los pagos de créditos hipotecarios pendientes sobre la vivienda familiar. No creo que sea ese el entendimiento adecuado del régimen de separación de bienes, abandonando la teoría de la sobrecontribución y penalizando al que contribuye sobre manera atendiendo a los parámetros del propio art. 1438.

IV. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

Una vez rechazado el recurso a la analogía, y recurriendo a la última de las fuentes previstas en el Código, en cumplimiento de lo previsto en el art. 1.4 CC entraríamos en el campo de aplicación de los principios generales del Derecho, con especial referencia a dos, el acuñado por la Sala Primera del Supremo como "principio de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho", y la doctrina del enriquecimiento injusto.

1. Principio de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho.

Abandonado prácticamente como criterio de solución, aunque sistemáticamente citado como cauce de resolución, se aprecia por primera vez, causando un verdadero revuelo en la doctrina, en la STS 10 marzo 1998 (RJ 1998, 1272), como reflejo de una apreciación de justicia material, en la que se afirma tratarse de un principio "que deriva de normas constitucionales (art. 10, principio de dignidad de la persona, art. 14, principio de igualdad, art. 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el Código civil (el propio art. 96) y la Ley 29/1994, de Arrendamientos urbanos, de las sentencias del Tribunal Constitucional y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado".

Del mismo modo se recoge en la STS 17 enero 2003 (RJ 2003, 4), en la que el ponente va justificando con distintas afirmaciones el proceder del Tribunal

Supremo en supuestos similares, "así tras una larga convivencia no puede quedar una de las partes en situación absolutamente desfavorable respecto a la otra, en el sentido de que todos los bienes hayan sido formalmente adquiridos por uno solo, como si el otro no hubiera colaborado con su atención personal y colaboración en trabajo fuera o dentro de casa; en otro aspecto, se trata, no tanto de imponer una normativa a una situación de hecho, sino de evitar el perjuicio injusto a la parte más débil de una relación". O como cuando describe que es el momento de la disolución el supuesto más conflictivo, manifestando que "ante dicha cuestión, la jurisprudencia de esta Sala ha tenido en cuenta caso por caso y a la especialidad de cada uno le ha aplicado la norma más adecuada para la solución más justa".

Igualmente, recogiendo los argumentos textuales del pronunciamiento de 1998, en la STS 23 noviembre 2004 (RJ 2004, 7385), en la que por su aplicación (aunque unida después a la presencia de un enriquecimiento injusto) se condena a los herederos a entregar un tercio de los bienes del fallecido a su conviviente, y no la mitad demandada como primer criterio, al desecharse el argumento de la presencia de comunidad.

La constatación de su presencia da lugar, en el primer caso enjuiciado, a una atribución de la vivienda familiar (*ex* art. 96 CC) a pesar de no haber hijos, o en el segundo y tercero al establecimiento de una indemnización de un tercio del haber hereditario, sin entrar en cálculo o valoración alguna, y sin tener que acreditar en modo alguno el cumplimiento de los requisitos que dan lugar a la apreciación del enriquecimiento injusto[36].

Vuelve a traerse a colación en uno de los votos particulares formulados a la sentencia de pleno de 2005, destacando, con notable cita de resoluciones, que en la jurisprudencia recaída sobre la materia "siempre, reiteradamente, ha buscado evitar el perjuicio injusto y proteger al que aparezca perjudicado". Prosigue el voto con la afirmación de que una persona "tras una larga convivencia, no puede quedar apartada de todo beneficio económico o aumento patrimonial que se haya producido durante la misma; en otras palabras, a la inversa: tras la convivencia, no puede uno de los convivientes retener para sí todo beneficio o aumento del patrimonio, que se ha producido. En ningún caso se admite que se valoren las aportaciones económicas de cada uno, ya que no puede desconocerse la realidad del valor del trabajo doméstico y dedicación a la familia que ha realizado uno de

36 La influencia del principio en el ámbito de las instancias inferiores, tuvo acogida durante un tiempo, haciéndose descansar exclusivamente en el mismo cualquier reconocimiento de derechos a las uniones de hecho. Como ejemplo de lo anterior podemos mencionar la SAP de Las Palmas (S. 5ª) 10 junio 2003 (JUR 2003, 240833) en la que, tras reproducir íntegramente la sentencia de enero 2003, sin otros fundamentos jurídicos, estima que debe compensarse con un tercio del valor de los bienes generados durante todo el tiempo que duró la convivencia; o la STSJ de Cataluña 15 enero 2001 (RJ 2001, 8169) en la que en aplicación del mismo se concede una pensión de 60.000 pesetas al mes hasta el momento del pago de una indemnización de siete millones de pesetas por el desequilibrio patrimonial ocasionado por la ruptura.

ellos. Aquí está el quid de la cuestión: los temas que han llegado a casación no son otros que las consecuencias que produce para uno de ellos la ruptura de la relación; y éste «uno de ellos» siempre ha sido la mujer, por lo menos hasta ahora".

Respecto de la aplicación al caso concreto enjuiciado, en contra de la desestimación de la pretensión por la sentencia plenaria, mantiene que "la demandante, debe recibir una compensación económica que no la deje apartada del beneficio económico y aumento patrimonial producido durante la larga convivencia; no se trata, pues, de si ella ha hecho aportaciones económicas o si ha sufrido un empobrecimiento, sino que aquella convivencia en la ha (sic) habido importantes aumentos patrimoniales y a la que ella ha dedicado su trabajo y atención en el hogar, no la deje al margen de todo el beneficio económico para quedar exclusivamente para la otra parte conviviente".

El principio, posibilitaba aplicar cualquier tipo de disposición dictada por el matrimonio a las parejas, sin hacer cuestión de la presencia o cumplimiento de los parámetros del enriquecimiento injusto, ni justificar la presencia de identidad de razón, permitiendo moverse al tribunal en una libertad de decisión muy cercana a la creación judicial del derecho, sea en el ámbito *inter vivos* o *mortis causa*, lo que no se evidencia como un criterio estable que permita dirimir las contiendas entre convivientes con un cierto rigor o estabilidad.

2. Enriquecimiento injustificado.

A) Consideración del enriquecimiento injustificado como principio general y cumplimiento de sus presupuestos.

Llegamos así, tras un largo recorrido, a la cuestión de la aplicación de la regla del enriquecimiento injustificado como criterio de solución amparado por las sentencias plenarias como solución de cierre. Siguiendo lo dispuesto en la sentencia de 2005, al considerarlo el criterio idóneo de solución se afirma que "la acción de enriquecimiento injusto puede, en la práctica, ser la vía adecuada para la obtención de indemnizaciones a la ruptura de la unión de hecho, siempre que concurran los requisitos que la jurisprudencia tiene delimitados para que juegue la misma".

Desde las primeras sentencias se menciona en su sentido clásico de principio general del derecho que exige de la presencia de cuatro presupuestos (que en algunos pronunciamientos se reducen a tres). Resumidamente, en la STS 15 enero 2018, se detallan de la siguiente manera: "la concurrencia de un aumento del patrimonio del enriquecido, un correlativo empobrecimiento del actor, la falta de causa que justifique el enriquecimiento y la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de tal principio". Tan solo en resoluciones aisladas se hace uso

de la posible tipificación de supuestos a través de la teoría de las *condictione*s con el fin de precisar mejor su apreciación, como veré más adelante.

Tanto la mencionada STS de 2018, como la previa STS de 2005, pese a acudir al criterio de tratarse de una solución de cierre no se extienden en exceso en la presencia de sus presupuestos, pues ambas contienen fallos denegatorios. En la de 2005, se reproducen las palabras de la previa STS 17 de junio de 2003, con la que he iniciado estas reflexiones, para fijar su decisión en las circunstancias de tratarse de una pareja de 52 y 51 años; que ella es funcionaria y además percibe una pensión de un Estado extranjero; que ninguno de ellos estaba casado cuando comienza la unión; y que la misma ha durado 19 años, en los que convivieron con las hijas de ella nacidas de una unión anterior, hechos que considera precisos para su resolución. Tan solo menciona que la mujer "no ha perdido un puesto de trabajo, ni ha visto disminuidas sus retribuciones. Que tampoco sufre minusvalía o enfermedad alguna. Y que incluso aportó a la comunidad la carga del cuidado y educación de dos hijos, provenientes de su matrimonio"[37]; y en cuanto al moderado enriquecimiento del demandado estima que se debe a su acierto en el desenvolvimiento de su actividad.

En la de 15 enero 2018 se parte del supuesto de hecho de una convivencia de 16 años y dos hijos en común, la mujer demanda la solicitud de una serie de medidas en cuanto a la ruptura, incluyendo las relativas a los hijos, en un juicio verbal conforme a los arts. 753 y ss. LEC (lo que extraña extraordinariamente a la ponente[38]), y entre ellas la solicitud de una pensión compensatoria si deja de percibir su sueldo actual en una empresa participada mayoritariamente por su pareja y minoritariamente por ella. Tras mencionar los cuatro requisitos del enriquecimiento injusto, desestima su invocación a la vista de los hechos probados, dejando sin efecto el pronunciamiento relativo a la obligación de pago de la pensión compensatoria, por cuanto "durante la convivencia, la actora no se dedicó en exclusiva a la atención de los hijos y del hogar familiar, y el hecho de una mayor dedicación a los hijos no comportó un empobrecimiento de la actora y un enriquecimiento del demandado; la convivencia no implicó una pérdida de expectativas ni el abandono de una actividad en beneficio propio por la dedicación

37 Por el contrario, la rigurosa STS 30 octubre 2008 (RJ 2009, 404), tras una demanda en la que lo que se trasluce es que se aplique la disolución propia del régimen de gananciales, aun recogiendo la sentencia del 2005, no tiene en absoluto en cuenta la minusvalía de la mujer y su declarada incapacidad para trabajar, negando la presencia de enriquecimiento injusto.

38 No es posible entrar en el complejo tratamiento procesal que presentan las reclamaciones por parte de las parejas, pero en la Sentencia de Pleno constantemente manifiesta la ponente su estupefacción en cuanto a la imposibilidad de dirimir las pretensiones económicas entre los miembros de la pareja en el marco de los procedimientos familiares, debiendo acudir al declarativo correspondiente. Del mismo modo se muestra extraordinariamente crítica con el proceder de las instancias previas por la falta de argumentación legal y explicación inexistente del fundamento y naturaleza de la pensión concedida, así como en la mezcla de instituciones jurídicas diversas, con diferentes presupuestos de aplicación.

en beneficio del demandado, ni el desentendimiento de su propio patrimonio, ni le impidió obtener beneficios mediante el desarrollo de una actividad remunerada"[39].

En los casos en los que se reconoce la aplicación del principio, parece detenerse algo más la correspondiente resolución en el particular, especialmente atentos los tribunales en cuanto a la presencia de los dos primeros, esto es, en enriquecimiento de uno y el correlativo empobrecimiento concurrente, los que no parecen plantear serios inconvenientes, excepto al llegar al momento de su cuantificación o valoración[40].

Al primer requisito se refiere la STS de pleno de 2005, recogiendo expresamente la de 2003, en la que se dice que "(E)l enriquecimiento, como ya advierte la mejor doctrina, se produce, no sólo cuando hay un aumento del patrimonio o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio («damnúm cessans»). Suele ser habitual que se entienda que la situación del enriquecido se ha producido en todos los casos en los que existe reclamación, no existiendo especial interés en comparar la situación del final de la convivencia con la inicial, lo que de no haber mejorado sustancialmente, e incluso haber podido empeorar, sería determinante en la observación de la ausencia de este presupuesto, pero tales contingencias no se tienen en cuenta. Normalmente se presupone el ahorro en el mero hecho de contar con la colaboración de la otra parte, sin exigir demostración alguna sobre el aumento de patrimonio o presencia de algún desplazamiento patrimonial. No obstante, algún pronunciamiento aislado se muestra riguroso en esta valoración, como hace la SAP de Madrid (S. 20.ª) 16 julio 2019 (JUR 2019, 253824), en la que entiende que el patrimonio que haya podido procurarse el demandado proviene de su profesión, por su trabajo que ya tenía cuando conoció a la demandante, estando plenamente integrado en el mercado laboral desde antes del inicio de la convivencia.

El empobrecimiento y su correlación supone el aspecto más arduo del reconocimiento del principio, pues es necesario entrar a valorar qué circunstancias deben tenerse en cuenta, mencionándose en muchas ocasiones un variado elenco de situaciones que en unos casos constituyen auténticos exponentes de enriquecimiento-empobrecimiento con otras en las que la relación no presenta tanta claridad[41]. Más adelante me referiré al casuismo que puede encontrarse

39 Considera demás que "La pensión que se concede en la instancia, por lo demás, no trata de ser respuesta a un enriquecimiento injusto, sino que atiende, aceptando el razonamiento de la demandante, al riesgo de que quedara sin empleo, lo que se consideraba posible por la situación financiera de la empresa en la que la actora estaba trabajando y la participación que en la misma tenían la propia actora y el demandado, lo que podría dar lugar al fin del empleo tras el cese de la convivencia".

40 Una descripción precisa de los cuatro presupuestos exigidos por los tribunales en Miquel, "Enriquecimiento injustificado", cit., pp. 2806 y ss.

41 A título de ejemplo puede mencionarse la extensa SAP de Madrid (S. 10ª) 27 abril 2007 (JUR 2008, 70800) en la que, citando la sentencia de 2005, se entiende que no existe enriquecimiento injusto después de una prueba exhaustiva y detalladísima de los ingresos y cuentas de las partes. El proceder del magistrado es

en el tratamiento de la materia, en el que pueden observarse supuestos de cumplimiento de este esquema, si bien en general poco parece acercarse a las descripciones de la doctrina en cuanto a la salida de un bien o derecho del patrimonio del demandante, o la percepción por el demandado de un contenido atributivo de sus derechos, frutos o uso de cosas[42].

La apreciación de la causa se presenta en la mayoría de los supuestos, atendiendo a la doctrina de la STS de 17 junio 2003 (RJ 2003, 4605), dentro del aspecto más general de la misma como "carencia de razón jurídica que fundamente la situación. La causa (en el sentido de «razón» o «base» suficiente) no es, desde el punto de vista jurídico, otra cosa –como sostiene un importante sector doctrinal– que un concepto-válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo, y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado", consideración esta recogida expresamente en la de 2005.

Concretando un poco más, la ausencia de este presupuesto debería negar la aplicación de la doctrina cuando exista algún fundamento, no de la situación en sí misma, sino para la atribución o desplazamiento patrimonial, que pudiera provenir de un acuerdo o de pactos libremente asumidos o por la presencia de un negocio jurídico válido y eficaz, o incluso en el que no pueda prescindirse de la intervención de la voluntad de una de las partes[43]. En algunas ocasiones se alude como falta de causa, a la inexistencia de obligación entre los miembros de la pareja de prestarse atenciones recíprocas, así, en términos de la STS 11 diciembre 1992 (RJ 1992/9733) "porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones -en sus relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etc.". Tal consideración no deja de presentar

riguroso y respetuoso con los presupuestos de la doctrina. Por el contrario, la SAP de Madrid (S. 9.ª) 27 julio 2011 (AC 2011, 2120) es una muestra del incorrecto proceder de los tribunales, pues tras recoger íntegra la sentencia de 2005, confirma la resolución de primera instancia que había concedido una pensión compensatoria a tanto alzado, pero considerando que lo es por enriquecimiento injusto, condenando al pago de 40.000 euros sin cálculo alguno por la colaboración de la actora en la actividad laboral del demandado.

42 Descripción de Miquel Bescansa, J. M. ª: *ob*. cit., p. 2806.

43 Sobre las acepciones de la causa y su aplicación a la materia, ver De la Cámara Álvarez, M.: *ob*. cit., pp. 166 y ss. En opinión de Díez-Picazo, L.: "La doctrina del enriquecimiento injustificado" en *Dos estudios sobre el enriquecimiento injusto,* Cívitas, Madrid, 1988, reimp. 1991, p. 65, "se trata de distinguir si el enriquecimiento procede de un acto jurídico debido al acuerdo de voluntades de las partes o a un acto o hecho en el que la voluntad del empobrecido no haya podido intervenir".
Por ausencia de este tercer presupuesto rechaza el Supremo la aplicación de la doctrina en STS 25 noviembre 2011 (RJ 2012, 578) al considerar que no pueden reclamarse las cantidades extraídas de una cuenta conjunta con aceptación y consentimiento del otro titular, no pudiendo los herederos de uno de ellos reclamar rendición de cuentas al *superstite*. Según el Supremo el proceder correcto habría sido bloquear la mitad del saldo de las cuentas correspondientes, bajo la presunción- salvo prueba en contrario- de que la mitad correspondía a cada uno de los interesados. No obstante, no se trata de una solución compartida por otros muchos fallos. En SAP de Barcelona (S. 1.ª) 29 abril 2019 (JUR 2019, 146980), se rechaza la aplicación del principio, entendiendo que el beneficio patrimonial es consecuencia de pactos libremente asumidos al existir un acuerdo transaccional de disolución de la comunidad, recurriendo además a la doctrina de los propios actos.

complicaciones, porque si uno de ellos no está obligado a prestar ayuda al otro mediante sus atenciones a su persona o a la casa, tampoco el primero quedaría obligado a sostener económicamente al segundo (y muchas veces a sus hijos) por el levantamiento de las cargas en sentido estricto. Creo que se trata de un argumento complejo de gestionar en la realidad de los casos y por ello también se elude en los procedimientos en general, pues si durante la convivencia todos los gastos de atención de la pareja se satisfacen por uno de los integrantes de la misma, quien verdaderamente se estaría enriqueciendo es quien aparece como acreedor de la prestación y no al contrario[44]. Si no existe obligación de levantamiento de las cargas ni siquiera tiene cuestión traer a colación el trabajo doméstico para su computación y posible resarcimiento posterior, pues no nos estaríamos moviendo en el esquema de los matrimonios, no siendo posible el enfrentamiento entre supuestos enriquecimientos y correlativos empobrecimientos. Creo que la afirmación presenta cierta dureza, pues lleva a unas rígidas consecuencias, pero no constituye un argumento desdeñable. Todo lo más debería ser, al menos, tener en cuenta el importe de tales gastos para aminorar el importe de la compensación o indemnización. Tan solo se encuentra un atisbo de este proceder en las SAP de Albacete (S. 1.ª) 2 marzo 2020 (JUR 2020, 142315), en la que es el varón quien reclama 18.000 euros, que dice haber dedicado al pago de la vivienda de ella, no apreciándose enriquecimiento y manifestando el tribunal que él se ha beneficiado porque la mujer ganaba un sueldo mayor, contribuyendo más a los gastos de la pareja, y en la SAP de Granada (S. 3ª) 9 abril 2001 (AC 2002, 244) rigurosa en este extremo, considerando que no es posible solicitar aplicación del principio pues la posible colaboración al trabajo se compensa con el mantenimiento prestado a la actora y a sus hijos.

Pero es que, además, aunque me detendré más en este aspecto al tratar de la valoración del trabajo doméstico, algunos comportamientos de los que tienen lugar en la relación de pareja pueden ser consecuencia de acuerdos previos, o de hechos enteramente voluntarios por parte de cada uno de los miembros, lo que eliminaría la presencia del requisito de la ausencia de causa.

El presupuesto de la inexistencia de precepto legal que excluya el enriquecimiento tampoco suele mencionarse, más allá de su afirmación en algunas

44 Lo considera así también Carrasco Perera, A.: *Derecho de Familia. Casos. Reglas. Argumentos,* Dilex, Madrid, 2006, pp. 479 y 512, manifestando en esta última "si la doctrina del enriquecimiento sin causa fuese la procedente en estos casos, sería deudor (y no acreedor de la pensión) el cónyuge o pareja pobre, casado o unido con una persona rica, que ha mantenido a cuerpo de rey a la primera todo el tiempo en que duró la relación". Reflexiona también Fariña Fariña, R.: "Algunas consideraciones sobre la aplicación del enriquecimiento sin causa para resolver las controversias patrimoniales entre convivientes", cit., p. 283, considerando que tanto uno como otro podrían solicitar una compensación.
Otro supuesto en el que podríamos llegar a pensar en que exista una posible apreciación de enriquecimiento sin causa es cuando el conviviente, rota la relación, permanece sin más en la vivienda que usaban, lo que no se ha planteado a los tribunales, aunque sí entienden que da lugar a desahucio por precario, solución que evidencia que está poseyendo sin derecho alguno.

sentencias como uno de los requisitos del principio, pudiendo asimilarse en ocasiones con la regla de la subsidiariedad. En STS 24 junio 2020 (RJ 2020,5137), dictada para una reclamación entre cónyuges casados en régimen de separación, recogiendo doctrina anterior se reitera que "la acción de enriquecimiento deba entenderse subsidiaria, en el sentido de que cuando la ley conceda acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejercitar y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para el de la acción de enriquecimiento"[45].

No obstante esta breve descripción de sus presupuestos según el quehacer de los tribunales, antes de entrar en el análisis de casos resueltos, querría mencionar el rigor al que puede contribuir el análisis y entendimiento de la *condictio* presente en cada caso, con el fin de arrojar algo más de luz sobre el particular[46], de manera que no se centre la cuestión, tanto en la presencia de los presupuestos y requisitos del principio, como en la inclusión, caso por caso, en el tipo de *condictio* por el que se pretenda la restitución[47].

Siguiendo el argumento, ciertos comportamientos que tienen presencia en las relaciones entre parejas no casadas podrían llegar a considerarse incluidos en

45 El presupuesto de la subsidiariedad se analiza con detalle y rigor por Basozábal Arrúe, X.: "La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero", cit., pp. 99 y ss., con un destacado aporte doctrinal y jurisprudencial. El autor se muestra partidario, bien de prescindir del mismo como presupuesto, bien de "reducirlo a la idea sensata (en la que todos –doctrina y jurisprudencia- están de acuerdo) de que la existencia de un precepto específico excluye el recurso al principio general". Incide el autor en ser necesario "evitar que la acción de enriquecimiento se convierta en una herramienta para revertir la decisión tomada por un precepto especifico, y la subsidiariedad se pone en ocasiones al servicio de esta idea" (ob. cit. p. 157).

46 Díez-Picazo, L: *ob. cit.,* pp. 71 y ss. se plantea la revisión de la categoría del enriquecimiento, atendiendo al estudio de las *condictiones* y su evolución desde el Derecho romano, abogando por la necesidad de salir de la abstracción y la imposibilidad de construir explicaciones unitarias, buscando un lugar intermedio entre la casuística y la abstracción, a través de la formación de tipos (ob. cit., p. 96). El autor, analizando la doctrina alemana, destaca tres tipos de situaciones, cada una con su propio desarrollo, la *condictio* por prestación, con sus correspondientes subtipos; *condictio* por intromisión; y la *condictio* por inversión o desembolso (pago de deudas ajenas y gastos en cosa ajena, lo que da lugar a la *condictio* de regreso y por expensas). Cuestión tratada con detenimiento por Basozábal Arrúe, X.: *Enriquecimiento injustificado por intromisión en hecho ajeno,* Civitas, Madrid, 1998, especialmente pp. 202 y ss. y 330 y ss; y en "En diálogo con el Tribunal Supremo sobe la *condictio* de inversión", *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel,* T. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 487 y ss. Una exposición detallada de la materia en, Zumaquero Gil, L., "El enriquecimiento injustificado en el Derecho Privado Europeo", *Indret,* abril 2017, pp. 21 y ss. con referencia especial a las sentencias del Tribunal Supremo en pp. 21 y ss. También Vendrell Cervantes, C.: "El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", en *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, Derecho comparado y Propuestas de modernización,* Del Olmo, P. y Basozábal Arrúe, X. (Dirs), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 283 y ss. con análisis de detallado de sentencias concretas; en opinión de este último la construcción tradicional no permite una labor que contribuya a resultados previsibles, mientras que una aproximación como la tipológica, "puede evitar conclusiones apresuradas y favorecer soluciones más razonables y coherentes con el conjunto de normas y principios del Derecho privado" (ob. cit. p. 305).

47 Siguiendo la exposición de Basozábal Arrúe, X: *Enriquecimiento injustificado por intromisión en hecho ajeno,* cit., pp. 333 y ss. por lo que respecta al empobrecimiento, ni constituye un requisito esencial, ni un parámetro delimitador del alcance económico; la exigencia de desplazamiento patrimonial o relación causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento poco puede hacer por subsistir una vez eliminado este último como elemento integrante del supuesto de hecho de la pretensión restitutoria; y tampoco la relación de subsidiariedad puede jugar ya ningún papel en la explicación de las relaciones existentes entre la pretensión de enriquecimiento injustificado y otras como la reivindicatoria o la indemnizatoria.

alguno de los supuestos de *condictio,* especialmente en la *condictio* por intromisión (por ejemplo, uno mejora los bienes del otro), o por inversión o desembolso (*condictio* por impensas en el caso en que se hayan realizado gastos en las cosas o bienes del conviviente), situaciones que se plantean en algunos procesos judiciales. Mayor dificultad presenta la valoración de los trabajos realizados, especialmente como dedicación a las tareas domésticas, difíciles de encuadrar en esta doctrina.

El posible desplazamiento de la demostración de los presupuestos, por el de la presencia de tipologías permitiría un alejamiento de un tratamiento centrado en la equidad, citando a la doctrina autorizada, pues "el sistema de *condiciones* proporciona un conjunto de soluciones sencillas, razonables, coherentes y armonizadas de nuestro derecho positivo'"[48].

No obstante, a pesar de la autoridad de quienes defienden la doctrina de la tipología de los supuestos de enriquecimiento injustificado, nuestro Tribunal Supremo, a excepción de alguna mención aislada, en el ámbito de las parejas ni huye de la excesiva abstracción, ni del extremo contrario de la casuística[49], abundando en ambas consideraciones como se verá en el apartado siguiente.

B) Descripción de las situaciones concretas que permiten la apreciación de enriquecimiento injustificado.

Llegados a este punto, y vista la imposibilidad de elaborar ningún tipo de conclusiones seguras o fuera de fisuras y quebrantos, querría exponer una serie de supuestos, más o menos habituales, evidenciando la ausencia de tratamiento unitario de la cuestión, pues tratándose de los mismos hechos no siempre las soluciones son coincidentes. Así, intentando aunarlos dentro de algunos grupos, habría que mencionar la apreciación de los siguientes comportamientos:

a) Trabajar para el otro sin sueldo o con sueldo insuficiente

El comportamiento descrito es un proceder habitual en pocas ocasiones, del mismo modo en que tiene presencia en el ámbito matrimonial. En el campo de parejas –e incluso en separación de bienes según el entendimiento que se dé al art. 1438 CC- puede considerar un supuesto patente de enriquecimiento injustificado pues la convivencia no justifica el dedicar tal actividad sin recibir remuneración por la misma. Resulta de los supuestos más claros pues queda constatada la presencia de todos los requisitos exigidos por los tribunales, quedando facilitada la reclamación, siendo evidente la oportunidad de reclamar una compensación (las

48 Basozábal Arrúe, X.: *Enriquecimiento injustificado por intromisión en hecho ajeno*, cit., pp. 337.

49 Lo que precisamente se critica por la doctrina, así Díez-Picazo, L.: "La doctrina del enriquecimiento injustificado", cit. p. 97.

distintas leyes de parejas siempre se han referido a estas conductas para dar lugar al reconocimiento de compensaciones).

Puede considerarse especialmente relevante en este caso la tantas veces mencionada en la materia STS 6 mayo 2011 (RJ 2011, 3843), en la que se acude a la *condictio* –en este caso por inversión- como fundamento de la pretensión por enriquecimiento. Tras una convivencia de 15 años, rota por fallecimiento, quedando probado que la mujer había trabajado en las empresas del difunto sin percibir sueldo alguno, se reclama el 50% de los bienes, por comunidad o sociedad civil irregular, o, subsidiariamente el 30% del patrimonio del finado por enriquecimiento injusto. El juzgado confiere el 30% de las acciones y participaciones sociales, así como del metálico. La Audiencia, admitiendo el enriquecimiento, con revocación parcial condena, a indemnizar al pago de 60.000 euros. El Supremo confirma la sentencia, atendiendo a tres consideraciones: la naturaleza del enriquecimiento sin causa; la presencia de *condictio* por inversión; y la forma de compensar el enriquecimiento mencionado[50].

- En cuanto a la naturaleza, confirma la excepcionalidad del principio, en el aspecto de que "solo en los casos en los que la causa de los desplazamientos patrimoniales no sea aceptada por el ordenamiento jurídico es posible efectuar esta revisión. La obligación de reparar un enriquecimiento solo puede imponerse en circunstancias muy concretas".

- A los efectos que nos importan se mantiene en cuanto a la tipología de *condictio* que "(C)uando una persona invierte su trabajo en beneficio de las empresas de otra persona, sin recibir la adecuada compensación, ni participar en los beneficios que ayuda a crear, se puede considerar que el enriquecimiento se ha producido en virtud de la llamada condictio por inversión, debiendo interpretarse en este caso la palabra inversión como trabajo efectuado sin la correspondiente compensación económica. En definitiva, se ha invertido capital humano, el trabajo, sin ningún tipo de participación en el resultado de la inversión ni ningún esfuerzo por parte del beneficiado". Si bien la mencionada *condictio* en sentido riguroso no parece extenderse a este tipo de comportamientos, sino más bien a la realización de gastos o trabajos en cosa ajena, debiendo el beneficiado restituir su valor[51], podría llegar a considerarse como un supuesto de aplicación bajo ciertas circunstancias, lo que en mi opinión determinaría un avance sustancial que permitiese invocar esta

50 Se ocupan de la sentencia como exponente del mencionado tipo de enriquecimiento, Zumaquero Gil, L: "El enriquecimiento injustificado en el Derecho Privado Europeo", cit., p. 24 y Vendrell Cervantes, C.: "El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", cit., pp. 321 y ss. Ver igualmente Cantero Nuñez, F. y Legerén Molina, A.: *Las parejas de hecho y de derecho,* Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, pp. 321 y ss.

51 Siguiendo la explicación de Díez-Picazo, L.: "La doctrina del enriquecimiento injustificado", cit., p. 130, como *condictio* por expensas, dentro del tipo más amplio de la *condictio* por inversión o desembolso.

doctrina en todos los supuestos en los que el descrito comportamiento tuviera lugar[52].

- Respecto de la forma de cuantificar en enriquecimiento, en lugar de reconocer una participación en los bienes del difunto, lo que se "hubiera sido tanto como pedir un derecho sucesorio al que no tiene derecho"- o en mi opinión una regla propia de la disolución del régimen de gananciales-, se le atribuye una cantidad, que calcula sobre los bienes que ya había recibido (dos inmuebles, descontando el valor del crédito hipotecario pendiente en uno de ellos), y "los salarios o el trabajo que no fueron abonados por su difunto compañero"[53].

No albergo duda ninguna en cuanto a que uno de los supuestos en los que es de aplicación en enriquecimiento injustificado, si bien resulta algo imprecisa la determinación de la cuantía fijada como indemnización, demasiado cercana a otras instituciones, sin un cálculo más centrado en lo que supondría el salario de la prestación realizada.

La SAP de Madrid (S. 9.ª) 27 julio 2011 (AC 2011, 2120), plantea un supuesto en el que se condena a pagar la cantidad de 40.000 euros, sin valoración o cuantificación alguna, a la mujer que colabora en el negocio de restauración de la pareja, además de dedicarse a las tareas domésticas, aunando los criterios de

52 Ver Basozábal Arrúe, X.: "El diálogo con el Tribunal Supremo sobe la *condictio* de inversión", cit., pp. 503 y ss. El autor analiza con detenimiento la sentencia mencionada, planteándose la dificultad de valorar el trabajo realizado en beneficio ajeno, "en definitiva, habrá que determinar en qué medida contribuyó a la ganancia común, en qué medida recibió ya esa ganancia y, en su caso, plantear el reconocimiento del derecho por la diferencia". Reconociendo que la *condictio* de inversión "se informa en nuestro ordenamiento por los artículos 453 y 361 CC, el deudor –en este caso las herederas- podrán valorarlo, según prefiera, como mejora (lo que las empresas crecieron con su contribución) o como gasto (los salarios que se ahorraron)." (Basozábal Arrúe, X: ob. cit. p. 522).

53 La forma de cuantificar la indemnización por enriquecimiento por la previa y confirmada SAP de Cantabria 30 julio 2007 (JUR 2008, 43062) se determina de la siguiente manera: "Esta Sala entiende que debe valorarse el patrimonio de la actora a la muerte del Sr. Carlos Ramón , y el mismo está compuesto por la vivienda unifamiliar en los Corrales de Buelna, teniendo en cuenta la hipoteca que grava a la misma, pero por el importe en el momento de adquisición de la vivienda, no la renegociación que se produjo posteriormente y que no consta, las razones que produjo dicha renegociación de la hipoteca. La actora alega que la vivienda la adquirió con patrimonio propio, pero no existe prueba alguna que acredite ni haber recibido una herencia ni haber recibido dinero de sus padres. Por tanto el valor de dicha vivienda con una hipoteca de 40.530 Euros, debe considerarse patrimonio recibido a cambio de sus servicios para las empresas del Sr. Carlos Ramón. Igualmente debe computarse como patrimonio recibido por sus servicios el piso en Piquío Santander que se compró por el precio de 420.708 Euros y se vende, después de la muerte del Sr. Carlos Ramón por 270.455,44 Euros. Teniendo en cuenta el valor actualizado de los inmuebles propiedad de la actora al fallecimiento del Sr. Carlos Ramón y los años de trabajo 15, la Sala considera que una indemnización de 60.000 Euros compensa el empobrecimiento sufrido por la actora por no recibir remuneración por los años de servicio a favor de las empresas del Sr. Carlos Ramón".
Es posible, como sucede en la mayoría de los casos, que no resulte muy detallada la cuantificación, pues parece que debería haberse precisado con mayor rigor el enriquecimiento de uno, así como el correlativo empobrecimiento de otro, incluso contemplando la situación patrimonial de la mujer, si es que algo tenía, e incluso una posible deducción de gastos por haber disfrutado durante la convivencia de un estatus proporcionado exclusivamente por la otra parte.
Considera Basozábal, Arrúe, X.: "El diálogo con el Tribunal Supremo sobe la *condictio* de inversión", cit., p. 520, que "mientras no se aclaren aspectos tan básicos como éste (por qué su aportación debía ser valorada en un tercio de los bienes del causante), siempre quedará la sospecha de que lo concedido resulta muy cercano a lo que le hubiere correspondido como derecho sucesorio; y de este modo, la *condictio* se convierte en la *veste* elaborada para conceder un derecho a suceder sin haberlo reconocido".

pérdida de expectativas y de posibilidad de formarse adecuadamente. Recogiendo la STS de pleno del 2005 en su integridad, se alude a que "no solo ha existido una situación de convivencia, sino que se ha dado una comunidad de intereses de carácter patrimonial" [54].

b) Pérdida de expectativas o abandono de actividad propia

La Sentencia plenaria de 2005 considera expresamente que "el empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro".

Esos mismos términos de "pérdida de expectativas" y "abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio del otro" se refieren en el segundo pronunciamiento de Pleno, como posibles presupuestos de la presencia de un enriquecimiento que no ha tenido lugar en el caso enjuiciado.

En mi opinión, creo que va de suyo que si no hay expectativas ni actividad previa debería excluirse la aplicación del principio en todo caso, lo que dista mucho de ser la trayectoria seguida por los tribunales, que relacionan la contribución a las tareas domésticas con tales circunstancias, desdeñando aquellas otras causas en las que la perdida se produce precisamente por el irregular y desigual desarrollo de las actividades laborales, profesionales o empresariales de los miembros de la pareja.

Esto es, la apreciación de pérdida de expectativas entiendo que puede llegar a propiciar la presencia de enriquecimiento injustificado en aquellos supuestos en los que trabajando los dos y teniendo sus propios ingresos, uno de ellos, por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas, abandona su ocupación para dedicarse al cuidado de algún integrante de la familia que lo requiera (por ejemplo, por enfermedad o discapacidad), o porque tengan que desplazar su lugar de residencia (y no siempre en este caso, pues también puede ser fruto de un acuerdo de la pareja, mejorando la situación de todos por la toma de esa decisión); pero no considero que dejar de trabajar porque no se tiene interés en hacerlo, porque se pierda un empleo, o porque así se decida atendiendo al escaso rendimiento que produce una actividad, sea equiparable con los hechos descritos.

54 En SAP de Badajoz (S. 2.ª) 12 enero 2015 (JUR 2015, 49488) se desestima la pretensión de 180.000, considerando que ella ha cobrado un sueldo, a pesar de negarlo la demandante, sosteniendo que los contratos y las nóminas era simulados. En decir del ponente "por amistad o afectividad resulta inexplicable que alguien preste servicios desinteresadamente". Si trabajaba gratuitamente para su pareja y su cuñada, "no se entiende bien que, de forma regular, suscribiera contratos de trabajo y firmara las nóminas". Es posible observar en estos casos un reflejo de la falta de causa cuando exista un previo acuerdo o de hechos en los que interviene la voluntad del supuestamente empobrecido.

Otra cosa es que se abandone un empleo para dedicarse a trabajar para el otro, conducta que se incluiría en el ámbito del criterio anterior en el que se observan todos los presupuestos de la doctrina del enriquecimiento injustificado.

Más rigurosa se muestra la SAP de Cáceres (S. 1.ª) 12 diciembre 2019 (AC 2019, 270) -tras una convivencia de 16 años y dos hijos en común, se reclaman 115.200 euros por desequilibrio, o bien 104.200 en concepto de enriquecimiento injusto-, en la que no se admite la aplicación del principio al no justificarse el enriquecimiento del hombre y el empobrecimiento de la mujer. Considera el tribunal que no existe pérdida de oportunidades pues ella había estudiado una carrera, ni tampoco se ha demostrado que trabajara en el bar de él.

También cabe mencionar la SAP de Madrid (S. 20.ª) 16 julio 2019 (JUR 2019, 253824), en cuya demanda se solicita indemnización de 157.000 euros y pensión compensatoria de 2.700 euros mensuales, tras quince años de convivencia. Con cita de la Sentencia plenaria de 2018, y destacando su función de unificación de doctrina, se rechaza la presencia de beneficio patrimonial y de empobrecimiento no habiéndose demostrado una absoluta dedicación al núcleo familiar, considerando que solo debe procederse a su reconocimiento en los supuestos de pérdida de oportunidad, "debiendo resaltar por su relevancia en este punto la ausencia de descendencia que impidiera a la actora promocionarse profesionalmente".

c) Trabajo doméstico y cuidado de relaciones personales

Es posible que de la circunstancia más compleja a tener en cuenta y a valorar, sin duda, se trate de la dedicación al trabajo doméstico[55], sea por sí sola, o bien unida a otras situaciones que a veces acompañan a la misma, como las dificultades para acceder a un empleo una vez rota la relación de pareja[56], o los costes de reinserción en el mercado laboral. No ayudan muchos las sentencias de pleno, pues en ninguno de los dos supuestos está presente una exclusiva dedicación a la casa. La de 2018 menciona, pero sin ahondar en la cuestión, que durante la convivencia no ha habido tal dedicación, pero nos queda por saber qué hubiera sucedido en tal caso, y si eso hubiera dado lugar o no a la apreciación del enriquecimiento injustificado.

En mi opinión la dedicación al trabajo doméstico por parte de uno de los miembros de la pareja no debería justificar sin más el reconocimiento de la

55 Que la valoración del trabajo doméstico es una realidad compleja en cualquier ámbito que requiera la misma se pone de manifiesto en, Del Olmo García, P.: "El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños", *Indret,* 4/2013.

56 Se muestra favorable a la aplicación de la doctrina del enriquecimiento en estos casos De Verda y Beamonte, J. R.: "Uniones de hecho, libre desarrollo de la personalidad y enriquecimiento injusto", cit. P. 7, si bien reconoce que no procedería en el caso de que se hubieran recibido otras compensaciones, mencionando la circunstancia de que el demandado haya asumido la práctica totalidad de los gastos comunes.

presencia de enriquecimiento injusto, pues no parecen cumplirse sus exigentes presupuestos. Con independencia de la falta de presencia como tales de enriquecimiento y empobrecimiento, especialmente contemplando este último extremo, creo que en muchos casos el querer asumir el cuidado de la casa y familia es una decisión libremente asumida por la persona, voluntaria, libres de error[57], como suele ser la de trabajar o no fuera de casa, o colaborar o no en la actividad del otro conviviente; por no mencionar que en la mayoría de los casos procederá de un acuerdo entre los convivientes, con lo que quedaría excluido el principio por falta de causa.

Pero es que, aun no existiendo acuerdo previo, resulta extraordinariamente complejo valorar la existencia de comportamientos que pueden calificarse de excesivamente generosos o altruistas cuando uno renuncia a todo para cuidar del otro y de su vida doméstica, basados en una decisión personal y no forzada por circunstancia alguna, junto la apreciación de contrario sobre idéntico comportamiento que puede aproximarse bastante al propósito de vivir sin trabajar, todo ello según el lado de la relación desde el que se observen. Lo que quiero decir es que, sin la presencia de obligación de atender al levantamiento de las cargas, como he apuntado antes, resultan diferentes las perspectivas según se analicen desde uno u otro extremo de la pareja, no debiendo el tribunal posicionarse a favor de quien parece que debería quedar protegido por la equidad, porque eso es precisamente lo que perseguía el, abandonado en su aplicación, principio de protección al conviviente.

Centrarse en el trabajo doméstico como factor determinante de la prestación de enriquecimiento, deja además fuera de su ámbito –lo mismo que ha sucedido en la jurisprudencia recaída sobre la separación de bienes- los supuestos de sobrecontribución en los que, verdaderamente existe una notable descompensación, pues el que se dedica a la casa y al cuidado de la familia, al tiempo que trabaja fuera de casa incorporando su salario al mantenimiento de todos, es quién puede sufrir un retraso en el desarrollo y mejora de su actividad en paralelo al auge de la del conviviente que tan solo se ha ocupado de su trabajo[58]. Esos casos, a mi entender, son los cercanos a un enriquecimiento injustificado en la idea que del mismo tienen los tribunales, pues se produce una notable descompensación en los excedentes acumulados por cada uno de los miembros de la pareja.

57 Menciona el hecho de tratarse de conductas libres de error Carrasco Perera, A.: *ob.* cit., p. 512.

58 También Fariña Fariña, R.: "Algunas consideraciones sobre la aplicación del enriquecimiento sin causa para resolver las controversias patrimoniales entre convivientes", cit., p. 285, y p. 286, donde mantiene que "cabe señalar que la dedicación al trabajo doméstico no puede considerarse como una situación constitutiva de un enriquecimiento sin causa, salvo en los supuestos de sobrecontribución al sostenimiento de la familia".

No comparto por tanto razonamientos como el llevado a cabo por la mencionada STS 11 diciembre 1992 (RJ 1992, 9733), justificando la presencia del enriquecimiento pues "se infiere que la colaboración prestada por la señora M. hubo de ser determinante, al menos en parte, de la consecución de aquél y, por ello, ha de afirmarse que concurre la exigencia jurisprudencial referente al aumento patrimonial. El empobrecimiento de la actora deriva de la no retribución por el trabajo implicado en el cuidado de las relaciones sociales del demandado y en la atención doméstica del mismo, con lo que se cumple el requisito b) de los antes enunciados, ya que no ofrece duda la correlación entre la prestación de sus cuidados y trabajo por la señora M. y el beneficio reportado al señor B. No se halla justificado el enriquecimiento del demandado, al menos en la parte apreciada por el Tribunal «a quo»[59]. En esta sentencia, tras ocho años de convivencia, se demanda comunidad de bienes, sociedad de ganancias, sociedad de hecho, y de forma alternativa una indemnización, siempre por el 50% del patrimonio, de 50 millones pesetas (en ejercicio de la técnica del todo vale). El Juzgado concede 40 millones y la Audiencia rebaja a 14 millones. No queda claro que se demande por enriquecimiento injusto hasta que llega a casación, donde se dice no ser de aplicación ni la sociedad, ni el 1902, ni el 97, y contestando al motivo de falta de motivación, se argumenta por el Supremo que "la sentencia recurrida adolece, en verdad, de falta de expresión de los preceptos legales o doctrina jurisprudencial en que se fundamente la condena al demandado a indemnizar a la actora, pero tal circunstancia no basta para afirmar que carezca de motivación ni menos aún que produzca indefensión al señor B.; en efecto, la sala de instancia expone unos hechos -la atención por la señora M. de las obligaciones resultantes de la posición y nivel social y económico del demandado, el «status» mantenido por aquélla, etc.- y se refiere al «empeoramiento» sufrido a consecuencia de la ruptura de la relación con el señor B., concluyendo que «la convivencia sirvió de estímulo a la labor profesional de él, de cuya convivencia viene la obligación de reparar». Esta argumentación de la sentencia podrá o no ser correcta -es sin duda, jurídicamente muy imprecisa- pero cumple el mínimo exigible para apreciar cuál fue la base de la decisión adoptada y satisface lo establecido en los preceptos constitucionales y procesales cuya infracción se alega". Cuesta mucho entender el proceder del Supremo en fallos como este, carentes de cualquier rigor y en los que se traduce, sin más, que no es necesario argumentar la petición demandada, que basta cualquier justificación para la misma y que además permiten afirmar la constatación de la mera ruptura de la convivencia como concepto indemnizatorio.

59 La línea marcada por el Supremo se sigue en no pocas ocasiones por las instancias inferiores en las que encontramos sentencias como la de la AP de Asturias (S. 4ª) 9 octubre 2001 (JUR 2002, 14910) en la que, en base al enriquecimiento injusto, se fija una renta vitalicia como indemnización al conviviente por su dedicación preferente al hogar y a los hijos; o la SAP de Cádiz (S.2ª) 2 julio 1999 (AC 1999, 8253), en la que solicitándose la aplicación de la pensión compensatoria se deniega la aplicación de la misma, si bien ello no excluye el que pueda acogerse que es acreedora una de las partes a una indemnización «more uxorio», cuando se desprenda que ha podido existir un enriquecimiento del otro miembro de la pareja como consecuencia de la actividad desplegada por quien reclama".

En el ámbito del trabajo doméstico se mueve también la SAP de Madrid (S. 21.ª) 22 junio 2020 (RJ 2020, 243487), si bien con la apreciación de abandono de su carrera profesional para ocuparse del hogar y de su hija, condenando a una compensación por enriquecimiento por valor de 100.000 euros (se pedían 2500 euros de pensión vitalicia o bien 588.000), tras una convivencia de catorce años, fijando la cantidad sin atender a la solicitud de la demanda de ella de multiplicar los años convividos por un salario mínimo (94.985,64), así como un desequilibrio por ahorro hipotético (311.700), junto con la circunstancia de no poder ser acreedora de cualquier tipo de pensión (202.000,68). Verdaderamente el volumen de la cantidad solicitada y de la condena resultan sorprendentes, y para mi modo de ver absolutamente injustificadas, teniendo en cuenta que al varón se le atribuye como hecho probado un sueldo de unos 6.600 euros mensuales. Considera la sentencia que el cuidado del hogar y la familia "supone no solo una forma de contribución con las cargas familiares, sino que además sin duda contribuye en la obtención de los ingresos patrimoniales o económicos por la otra parte de la pareja, quien precisamente por ello puede dedicarse plenamente a su desarrollo profesional".

d) Consideración de "servicios prestados"

Bajo ese impreciso y poco ajustado concepto, la STS 6 octubre 2006 (RJ 2006, 6650) confirma la de la Audiencia apreciando enriquecimiento injusto en cantidad a determinar en ejecución de sentencia, "merced a los servicios a él prestados por aquella durante el periodo comprendido entre agosto de 1987 y febrero de 1993", añadiendo que su cuantificación "se concretará en atención al volumen de bienes, derechos y beneficios obtenidos durante tal periodo", siendo las bases a tener en cuenta las labores domésticas y aportaciones al trabajo del demandante mediante la colaboración en la clínica de la vivienda. En mi opinión pronunciamientos así, con tal grado de indeterminación y falta de fundamentación, deslucen el posible rigor de otros, por cuanto además ya se había intentado liquidar los bienes en atención al contrato de sociedad en otro procedimiento anterior, lo que no le impide al Supremo volver sobre los mismos hechos rechazando la excepción de cosa juzgada[60].

Creo que todos estos pronunciamientos, y los muchos más en que se aborda la solución a los problemas de las crisis de parejas, están cargados de expresiones recogidas en el art. 97 del CC, sea en los presupuestos de aplicación del precepto, sea en los criterios a tener en cuenta para determinar el importe de

60 Rechaza el Supremo que exista cosa juzgada, pues se trata de pretensiones diferentes, pues no se reclama la propiedad sino el derecho a ser resarcida por enriquecimiento injusto, "estos extremos no tuvieron carácter sustancial en el procedimiento resuelto, con la advertencia de que la pretensión actual se funda únicamente en los trabajos domésticos de la demandante y en la colaboración únicamente en la consulta del demandado ubicada en el domicilio que vino constituyendo la residencia habitual de las partes y no en las clínicas donde el recurrente prestaba sus servicios". El Juzgado había considerado la excepción de cosa juzgada.

la compensación, cualificación profesional, probabilidades de acceso a un empleo, dedicación a la familia, colaboración con el trabajo en las actividades de otro, duración de la convivencia, caudal y medios de los integrantes de la pareja; junto con lo dispuesto en el art. 1438 CC para la compensación por ruptura en el régimen de separación de bienes[61]. Demasiadas similitudes para continuar negando la identidad de razón y seguir proscribiendo la aplicación analógica de las reglas dictadas para los matrimonios[62], por no mencionar la búsqueda de prestaciones asistenciales que se encuentran al margen del fundamento del enriquecimiento injustificado.

e) Reclamación de los muebles que permanecen en la vivienda

Existen varias sentencias sobre este particular, no siempre correspondiendo idéntica línea de solución. En SAP de Madrid (S. 1.ª) 21 mayo 2018 (JUR 2018, 226621) se considera el enriquecimiento, determinando la obligación para el varón de reembolsar el precio de los mismos, que se fija en unos 10.000 euros[63]. Por su parte la SAP de Las Palmas (S. 4.ª) 8 abril 2013 (JUR 2013,164528), desestima la petición de enriquecimiento por los muebles, alegando que para esa finalidad se dispone de la acción reivindicatoria, mientras que sí lo admite respecto del importe de los armarios empotrados, condenando al pago de 6.000 euros.

Aparte de las diferentes posturas ante los mismos hechos, no parece importarle mucho al tribunal determinar cuándo funciona como subsidiario el recurso al enriquecimiento injusto, o cuando pueda existir un concurso de acciones, no

61 Por eso llaman la atención las siguientes expresiones vertidas en la Sentencia de Pleno 12 septiembre 2005 (RJ 2005, 7148) que entiendo que, a la vista de lo expuesto, no se ajustan a la práctica judicial diaria: "Los requisitos del enriquecimiento, pues, difieren substancialmente de los que el Código civil exige en los artículos 97 y 1438 para que pueda operar la compensación. Y aunque no negamos que puedan existir casos en los que la convivencia haya producido un enriquecimiento que pueda calificarse de injustificado, pensamos que no deben confundirse los dos institutos: a) la compensación por el perjuicio que la ruptura produce en una de las partes de la unión, se refiere sólo a la comparación entre la situación mantenida durante la convivencia y la que produce la ruptura misma; no supone aumentos patrimoniales y puede concurrir, por ejemplo, entre otros, en los casos de pérdida de costos de oportunidad. Concurriendo estos requisitos, podría aplicarse a la ruptura de la pareja de hecho por analogía con el régimen previsto para la ruptura del matrimonio en el artículo 97; b) En cambio, el enriquecimiento injustificado supone un aumento patrimonial en uno de los convivientes a costa del otro y puede llegar a producirse si concurren los requisitos que esta Sala ha exigido de forma uniforme y reiterada en numerosa jurisprudencia, de manera que sólo si concurren estas exigencias podrá acordarse la indemnización por este título".

62 Fariña Fariña, R.: "Algunas consideraciones sobre la aplicación del enriquecimiento sin causa para resolver las controversias patrimoniales entre convivientes", cit., p. 287, afirma que excepcionalmente debería admitirse la aplicación de alguna norma dictada para el matrimonio, "cuando el fundamento del derecho que reclama el conviviente coincida con la razón por la que se reconoce tal derecho al cónyuge".

63 En el caso resuelto por la SAP de Castellón (S. 1), 21 diciembre 2006 (JUR 2007, 221997), puede apreciarse alguna de estas formas de enriquecimiento al comprar la mujer una serie importante de bienes que va poniendo a nombre de su compañero sentimental al que había conocido por un anuncio de contactos. Rota una breve convivencia, de entre los numerosos argumentos esgrimidos en el recurso entiende la resolución de la Audiencia, después de citar la sentencia del Supremo de 2005, que se ha producido un enriquecimiento injusto al permanecer la totalidad de los bienes en poder del actor, lo que origina una pérdida definitiva para ella, con su consiguiente empobrecimiento sin causa, condenando al demandante a abonar una suma superior a cuatrocientos mil euros.

ocupándose normalmente de estas cuestiones[64]. En el primer caso se permite demandar la aplicación del principio de enriquecimiento injusto, respetando la presencia de un posible concurso alternativo, mientras que en el segundo parece negarse, obligando al conviviente a plantear la reivindicatoria, en base a la subsidiariedad del principio.

f) Inversiones o mejoras en los bienes del otro integrante de la pareja

Sin duda alguna se trata de uno de los exponentes indiscutibles en cuanto a la presencia de la *condictio* por impensas. En este sentido la STS 31 octubre 1985 (RJ 1985,5139)[65], en un supuesto en el que la empresa de la que es socio el conviviente restaura y amplía la vivienda de la pareja, se invocan las reglas de la accesión y del enriquecimiento injusto, desestimándose la aplicación del art. 364 CC, al ser consciente de que la vivienda es ajena, así como del principio, apelando a la subsidiariedad del mismo[66], pudiendo solo ser alegado a falta de norma aplicable (art. 1, 4 CC), "pero no cuando lo que sería en su caso aplicable no puede ser tenido en cuenta o por falta de prueba o por error en el enfoque o dirección jurídica dada a la pretensión que se actúa en la demanda"[67].

Sí se admite en enriquecimiento injustificado en el supuesto que da lugar a la STS 16 octubre 2014 (RJ 2014, 6131) por las inversiones realizadas en la instalación y acondicionamiento del negocio en el local por parte del varón que quedan en beneficio de la mujer, dueña del mismo, por la misma cantidad invertida[68].

En SAP de Islas Baleares (S. 3.ª) 20 junio 2014 (JUR 2014, 190187), de entre una serie de peticiones poco justificadas, se considera enriquecimiento injusto por las facturas de las obras que quedan incorporadas a la casa de la demandada, por una cantidad de poco más de 3.000 euros, de los 10.500 que se solicitaban inicialmente.

64 Basozábal Arrúe, X.: "La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero", cit., pp. 123 y ss. se refiere expresamente a la cuestión, manteniendo que "la relación entre las acciones de enriquecimiento y reivindicatoria es la de un concurso alternativo de pretensiones; la función que persiguen ambas es la reintegración del derecho usurpado, lo que se produce con una devolución en especie (vindicatio) o con la restitución del valor pecuniario de aquello que el intromisor se apropió sin título adecuado (condictio)".

65 Se ocupa de la sentencia Basozábal Arrúe, X.: "La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero", cit., pp. 103 y ss.

66 Sobre la perturbadora presencia del requisito de subsidiariedad ver Basozábal Arrúe, X.: "La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero", cit. pp. 157 y ss. abogando por su supresión, o por la existencia de un precepto específico que excluya el recurso al principio general.

67 Ver comentarios de Basozábal Arrúe, X.: "La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero", cit., pp. 103 y 104.

68 En el caso de había planteado además enriquecimiento porque el local en cuestión se quiso comprar por el varón, perdiendo la cantidad entregada como anticipo de 12.000 euros, comprando más adelante el mismo local la mujer por un precio inferior. La Audiencia lo estima entendiendo que la rebaja (ahorro para la recurrente) se llevó a cabo por el dinero previamente recibido, mientras que para el Tribunal Supremo ambas operaciones, separadas dos años y medio, son independientes, y no causalmente relacionadas, por lo que no considera el enriquecimiento alegado.

Entiendo que no debería ser un supuesto polémico, pudiendo observarse en supuestos de hecho similares en el ámbito de la sociedad de gananciales un criterio de solución que proscribe que uno se enriquezca a costa del otro (espíritu de los arts. 1359 y 1360 CC), pudiendo elaborarse como un tipo de *condictio* en el ámbito de las parejas contribuyendo a soluciones más seguras.

g) Pago de préstamos solicitados por el otro conviviente

Se trata de otro comportamiento habitual en el marco de las relaciones de pareja, procediendo uno a pagar deudas que le corresponden al otro, entre ellas derivadas de préstamos. Sin duda, es posible en estos casos la aplicación de la doctrina que nos ocupa[69]. Así SAP de Pontevedra (S. 1.ª) 22 noviembre 2012 (AC 2013, 141), en la que, descartada la existencia de comunidad, se considera el enriquecimiento por valor de 7.125 euros que deberá abonarse a la demandante, si bien se rechaza la indemnización de 6000 euros concedida por el Juzgado por "la ruptura del proyecto en común". Tal como determina la sentencia se encuentra su fundamento "cuando uno de los miembros de la pareja se haya aprovechado de los recursos o del trabajo realizado gratuitamente por el otro. En SAP de Zaragoza (S. 2.ª) 16 abril 2013 (JUR 2013, 189053), se admite igualmente enriquecimiento por las cantidades dedicadas por parte de la mujer a la adquisición de la vivienda del otro conviviente, apelando a la no disminución del patrimonio del mismo, habiéndose acreditado que el desplazamiento dinerario lo era para el abono de los pagos del préstamo destinado a vivienda.

En el ámbito de los gananciales tales desembolsos y trasvases entre patrimonios tienen su propio tratamiento en el momento de la disolución y liquidación (arts. 1358 y 1398). En materia de parejas no parece acudirse a reglas como el art. 1158 CC (pago de lo indebido), ni de derivadas de un posible préstamo o mutuo, sino que directamente se acude al enriquecimiento injustificado, pudiendo ser un comportamiento encuadrable en el mismo sin fisuras.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Llegados a este punto parece complejo "aventurar" conclusiones que contribuyan a mejorar o desenmarañar el estado de la cuestión.

69 En la mencionada STS 24 junio 2020 (RJ 2020, 5137), si bien en un matrimonio casado en régimen de separación de bienes, se plantea un curioso supuesto en el que se admite la alegación del principio respecto de la parte de dinero, proveniente de una línea de crédito, que utiliza uno de ellos para adquirir un local destinado al desarrollo de su actividad; por el contrario, se rechaza la alegación del mismo principio respecto de los efectos perjudiciales a consecuencia de la pérdida de la mitad indivisa del inmueble común a resultas de una dación en pago, "pues esa transmisión responde a un designio solutorio de obligaciones pecuniarias nacidas de un contrato de apertura de crédito". Se considera, además, que "El desplazamiento patrimonial se produce a favor de un tercero (en este caso el fondo cesionario del crédito), no acrece el activo patrimonial del demandado, ni disminuye en rigor su pasivo, pues con la dación se paga una obligación propia de la actora (la parte que le correspondía en el crédito que se obtuvo conjuntamente".

Pese a su buen hacer -especialmente la segunda, con planteamientos impecables en un buen número de cuestiones sobre el complejo proceder en materia de parejas-, no parece que las sentencias plenarias dictadas con el ánimo de buscar algún punto de solución a los notables problemas de seguridad jurídica que se derivan del tratamiento de las reclamaciones económicas entre los ex convivientes vayan a servir para mucho recurriendo como solución a la doctrina del enriquecimiento sin causa.

Vista la aplicación concreta del principio mencionado por parte de las sentencias que hacen descansar en el mismo la admisión de la pretensión, nada se puede concluir que no sea admitir que se utiliza como "criterio válvula" para resolver en justicia, atendiendo a una variedad de situaciones que ni siquiera reciben un criterio de resolución uniforme. El tránsito de la generalidad y abstracción de la doctrina a la forma concreta de valorar las situaciones de hecho y la presencia de los requisitos exigidos por el propio Tribunal Supremo incide, precisamente, en uno de los principales motivos de su rechazo por la doctrina.

Sin duda, el partir del reconocimiento de ciertos tipos de casos, buscando su inclusión en una posible *condictio* permitiría una mayor seguridad en la aplicación del principio del enriquecimiento injustificado, pero exigiría una apreciación rigurosa de la nueva interpretación, y no trasladar a la misma el trasunto que subyace en su resolución de proteger selectivamente a uno de los convivientes, y no siempre, ni bajo cualquier circunstancia.

Ciertamente, los tribunales vienen condicionados, las más de las veces, por pretensiones inadecuadas, mezclando instituciones de diversas características y procedencias, con demandas en las que se solicita "de todo" y con un abuso exagerado de la técnica del "todo vale", pero creo que es de rigor apuntar que en muchos casos se debe al errático y disímil tratamiento de la materia.

Si, en las más ocasiones, no hubieran "huido" los tribunales de la apreciación de una posible aplicación analógica de ciertos preceptos pensados para los casados, es posible que existieran unas líneas más definidas de tratamiento.

Es cierto que han disminuido notablemente los procedimientos incoados, lo que hipotéticamente podría ser reflejo de las modificaciones obradas en el matrimonio, pues resulta contradictorio y paradójico que exista una trascendente desjudicialización de la ruptura matrimonial que estuviera acompañada al tiempo de una mayor litigación en el ámbito de las parejas, aunque todo es posible. Podría también atribuirse a los efectos de las doctrinas de pleno del propio Tribunal Supremo al intentar poner orden en la cuestión. No obstante, creo que no debe desdeñarse como posible motivo la constatación de una insatisfacción de

los criterios y soluciones empleadas para dirimir estos conflictos que, de alguna manera, desaniman al justiciable al evidenciar una notable inseguridad jurídica.

Una reacción por parte del legislador estatal sería conveniente, no posible mediante la elaboración de una ley específica de parejas, sino acudiendo a la reforma de ciertos preceptos del Código que podrían extenderse a los convivientes, como ha tenido ocasión de hacerse en otras normas donde se ha valorado favorablemente la equiparación. Se trataría de permitir una aplicación directa de algunas reglas de disolución y ruptura pensadas para los casados (con el estándar de pareja que tuviera por conveniente en cada caso), al estilo del proceder del legislador catalán y navarro. Con ello no se solucionaría definitivamente la materia, pues siempre habría uniones que quedarían fuera del ámbito de aplicación de lo regulado, pero creo que se aminorarían los problemas de incertidumbre e inseguridad.

Mientras tanto, teniendo en cuenta la nula voluntad del legislador de ocuparse de esta problemática, la vía de solución más satisfactoria estará, tal como auspician los tribunales, en acudir a la vía del pacto.

BIBLIOGRAFÍA

Alfaro Aguila-Real, J.: https://almacendederecho.org/lecciones-enriquecimiento-injusto

Arrébola Blanco, A.: *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes,* Reus, Madrid, 2019.

Barrio Gallardo, A.: "Convivencia more uxorio y cuentas corrientes indistintas", Rev. Boliv. De Derecho, N.º 30, julio 2020, pp. 122 y ss.

Basozábal Arrúe, X.: "La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero", *Revista de Derecho Civil,* núm. 2 (abril-junio, 2019), pp. 99 y ss.

- "El diálogo con el Tribunal Supremo sobe la *condictio* de inversión", *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel,* T. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp.487 y ss.

- *Enriquecimiento injustificado por intromisión en hecho ajeno,* Civitas, Madrid, 1998.

Cabezuelo Arenas, A. L.: *C.C.J.C.,* n.º 108, septiembre-diciembre 2018.

Cantero Nuñez, F. y Legerén Molina, A.: *Las parejas de hecho y de derecho,* Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.

De Amunátegui Rodríguez, C.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil),* Yzquierdo Tolsada, M., (Dir.), vol. 10.º (2018), Dykinson-BOE, Madrid, 2019, pp. 321 y ss.

- *Tratado de Derecho de la Familia,* Yzquierdo Tolsada, M. y Cuena Casas, M. (Dirs.), vol. 4.º, 2.ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 849 y ss.

- "Limites a la autonomía de la voluntad en las relaciones económicas de casados y uniones de pareja", en *La autonomía privada en el Derecho civil,* Parra Lucán, M.ª A. (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 173 y ss.

- "La situación actual de las parejas no casadas", *Indret,* 2/2015, www.indret.com.

- *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil),* Yzquierdo Tolsada, M., (Dir.), vol. 1.º (2005-2007), Dykinson, Madrid, 2008, pp. 24 y ss.

De la Cámara Álvarez, M.: "Enriquecimiento injusto y enriquecimiento son causa", en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa,* Civitas, Madrid, reimp. 1991, pp.137 y ss.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española", *Actualidad Jurídica Iberoamerica,* N.º 11, agosto 2019, pp. 2-63.

- "Uniones de hecho, libre desarrollo de la personalidad y enriquecimiento injusto", *Revista de Derecho de Familia,* núm. 80/2018 (BIB 2018/11527).

Del Olmo García, P.: "El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños", *Indret,* 4/2013. www.indret.com.

Díez-Picazo, L.: "La doctrina del enriquecimiento injustificado", en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa,* Civitas, Madrid, 1988, reimp. 1991, pp.15 y ss.

Espada Mallorquín, S.: *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho,* Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.

Fariña Fariña, R.: "Algunas consideraciones sobre la aplicación del enriquecimiento sin causa para resolver las controversias patrimoniales entre convivientes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8 bis (extraordinario), jul. 2018.

Gutiérrez Santiago, P.: "Enriquecimientos "injustos" en la compensación económica del trabajo doméstico. (Excesos y defectos en la interpretación del art. 1438 del Código civil)", *Revista Ceflegal. CEF,* núm. 178 (noviembre 2015), pp. 3 y ss.

Guilarte Martín-Calero, C.: "De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual", *Revista de Derecho de Familia,* núm. 68, julio-septiembre, 2015, pp. 55 y ss.

Miquel González, J. M.ª: "Prólogo" a Espada Mallorquín, S., *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho,* Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.

- "Enriquecimiento injustificado", en *Enciclopedia Jurídica Básica,* vol. II, Civitas, Madrid, 1995, p. 2804 y ss.

Ordás Alonso, M.: "El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar, un halo de esperanza", *Diario La Ley,* N.º 9311, sección doctrina, 8 enero 2019.

VENDRELL CERVANTES, C.: "El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", en *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, Derecho comparado y Propuestas de modernización,* DEL OLMO, P. y BASOZÁBAL ARRÚE, X. (Dirs), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 283 y ss.

ZUMAQUERO GIL, L.: "El enriquecimiento injustificado en el Derecho Privado Europeo", *Indret,* 2/2017, www.indret.com.

LA MEDIAZIONE FAMILIARE E LA MEDIAZIONE FAMILIARE INTEGRATA

FAMILY MEDIATION AND INTEGRATED FAMILY MEDIATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1046-1053

Cristina DE SIMONE

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il contributo analizza l'evoluzione dell'istituto della mediazione familiare e della mediazione familiare integrata.

PALABRAS CLAVE: Mediazione; Corti; famiglia; mediatore; Stati Uniti; Italia.

ABSTRACT: *The essay analyzes the evolution of family mediation and integrated family mediation.*

KEY WORDS: *Mediation; Courts; family; mediator; United States; Italy.*

SUMARIO.- I. CENNI STORICI.- II. EVOLUZIONE E PROSPETTIVE.

I. CENNI STORICI.

Dal momento della sua nascita, che può datarsi nel 1939, a Los Angeles con la costituzione del "Family Counciliation Court", un organismo interno al sistema giudiziario volto alla risoluzione dei conflitti familiari con metodi alternativi a quelli propriamente giurisdizionali, ad oggi la mediazione familiare ha interessato psicologi, giuristi e sociologi per la sua potenziale idoneità a risolvere le controversie familiari, in modo alternativo alla presenza della coppia nelle Corti.

Negli anni '70, l'istituto della mediazione familiare ebbe un rapido sviluppo negli Stati Uniti, ma fu negli anni '80 che John Haynes introdusse la possibilità, nella gestione delle controversie familiari, dell'utilizzo di alcune tecniche di mediazione impiegate per lo più nelle imprese, ed in particolare il problem solving. Con queste tecniche, la mediazione ebbe, successivamente, un rapido sviluppo in Canada, in Inghilterra e, a partire dagli anni '90, anche in Francia.

In Italia, sempre negli anni '90, si affaccia timidamente la mediazione familiare solo a Milano con la fondazione, da parte degli psicologi Scaparro e Bernardini, dell'associazione GEA (Genitori Ancora) che aveva ed ha come obiettivo quello di contenere le conseguenze negative del conflitto genitoriale, in fase di separazione e divorzio, sui figli.

Nel 1995, sempre l'associazione GEA fonda la Simef (società italiana di mediazione familiare), creando così una struttura nazionale che darà le basi per la formazione culturale dei mediatori familiari. Il tutto però sempre con carattere prevalentemente privatistico.

Il primo riconoscimento giuridico della mediazione familiare, in Italia, si ha nel 2006, con la promulgazione della legge n.54 sull'affidamento condiviso dei figli che, all'art. 155 sexies del codice civile italiano prevedeva la possibilità, per il giudice, qualora ne avesse ravvisato l'opportunità e vi fosse stato il consenso delle parti, di avvalersi di "esperti" che tentassero una mediazione per raggiungere un accordo con particolare riferimento all'interesse materiale e morale dei figli.

Da allora ad oggi, i presupposti cardine della mediazione, ossia la volontarietà della coppia e la discrezionalità valutativa del giudice nell'inviare la coppia in mediazione, sono rimasti immutati.

• Cristina de Simone
Avvocato del libero Foro di Roma. E- Mail: avv.cristinadesimone@libero.it

Ne sono una conferma gli attuali articoli 337 ter e 337 octies del codice civile italiano. Tuttavia, lo strumento della mediazione familiare, volto a degiurisdizionalizzare i rapporti familiari ed a ricostituirli quando gli stessi sono stati pregiudicati in sede di separazione e divorzio, non ha trovato, se non in alcuni stati, un'applicazione più diffusa ed istituzionalizzata[1]

Ciò nonostante, molti psicologi, sociologi e giuristi hanno continuato a portare avanti progetti legati alla mediazione e ne hanno tratteggiato i caratteri fondamentali. Oggi è riconosciuto, anche in Italia, che il mediatore è un soggetto terzo, con specifica preparazione psicologica che opera all'interno della coppia (talvolta dalla stessa sollecitato) per la gestione autodeterminata dei conflitti genitoriali e la riorganizzazione delle relazioni familiari, adoperandosi, nella garanzia del segreto professionale, in autonomia dal procedimento giudiziario, affinché le parti raggiungano un accordo rispetto ai bisogni ed agli interessi da loro definiti, con particolare attenzione ai bisogni dei figli. Tale accordo deve essere direttamente e responsabilmente negoziato, su un piano di parità ed in un ambiente neutrale (questa descrizione viene confermata, in Italia, dalla norma nazionale UNI n. 1164/2016).

Gli "esperti" a cui la legislazione nazionale italiana oggi fa riferimento, debbono dunque aver effettuato un percorso formativo minimo, hanno l'onere di rispettare la volontarietà dell'intervento, l'autodeterminazione della coppia, devono essere neutrali rispetto alle parti (neutralità che consiste tuttavia in una equivicinanza empatica con i soggetti in mediazione e non in una equidistanza) e devono svolgere il loro compito nell'indipendenza da apparati giudiziari o istituzionali (Simef: *Codice deontologico*, settembre 2014, artt. 1, 2, 3, 4 del 13). Dopo diversi anni di applicazione da parte di istituti privati, il percorso di mediazione è stato strutturato in diverse fasi ed incontri.

II. EVOLUZIONE E PROSPETTIVE.

Di recente, vari tribunali italiani (Tribunale di Milano, Tribunale di Genova e Tribunale di Roma che ha istituito, a partire dal giugno 2019, lo sportello di mediazione familiare) hanno creato, al loro interno, degli sportelli di mediazione che articolano e strutturano il percorso mediativo in diverse fasi, ormai condivise dalla maggior parte delle associazioni di mediazione. Il percorso generalmente si articola iniziando con l'accoglienza della coppia, il cui punto cruciale è l'accertamento della volontarietà della richiesta delle parti e dell'adesione delle stesse al

1 Ardone, R., Mazzoni, S.: La mediazione familiare. Per una regolazione della conflittualità nella separazione e nel divorzio, Giuffrè, Milano 1994, p. 133; Parkinson, L.: La mediazione familiare Modelli e strategie operative, Ericksson 2013, pp. 31, 32, 40, Ardone, R., Lucardi, M.: La mediazione familiare. Sviluppi, Prospettive applicazioni, Kappa 2005, pp. 13 - 36, pp. 119-142.

percorso di mediazione (anche se fortemente suggerito dal Giudice); continua con l'illustrazione alle parti del percorso mediativo, del ruolo del mediatore e, verificata la volontarietà delle parti nel proseguire il percorso, procede alla raccolta delle informazioni anagrafiche e di quelle relative alla composizione della famiglia, prima, durante e dopo la crisi. In particolar modo il mediatore verifica l'esistenza di figure di riferimento anche esterne alla famiglia, di procedimenti legali in corso e le aspettative delle parti. Il passaggio successivo consiste nella fase di valutazione dei problemi della coppia consentendone la trattazione secondo un ordine di urgenza deciso dalle parti. È interessante notare che, nella pratica attuale, in questa fase, il mediatore interviene solo ed esclusivamente per riaprire i canali comunicativi, senza suggerire soluzioni. L'ultimo compito del mediatore e delle parti riguarda la stesura dell'accordo finale nel quale viene dettagliatamente indicato e trascritto ogni singolo argomento trattato e mediato nonché le motivazioni per cui è stato raggiunto un certo accordo. Il passo finale è la consegna dell'accordo alle parti in modo che possa essere accolto dai difensori di parte e ratificato dall'autorità giudiziaria.

Altrettanto interessante è notare che, l'esperienza del tribunale di Roma ed in particolare dell'organismo di mediazione familiare dell'ordine degli avvocati di Roma, operante all'interno del tribunale, si è rivolto e sta tutt'ora sperimentando in un'ottica di interdisciplinarietà, il modello di co-mediazione integrata. Tale modello fornisce alle parti notevoli vantaggi perché le vicende legali e patrimoniali, se trattate disgiuntamente, possono portare ad un blocco della mediazione (come, d'altra parte, risulta da alcune esperienze passate, laddove la mediazione familiare era esclusivo appannaggio di operatori della sfera psicologica). È importante invece, proprio nella fase di disgregazione della famiglia che l'apertura e l'ascolto delle parti passi, inevitabilmente, dall'accettazione della realtà giuridica e delle norme che regolano i diversi istituti. Affrontare il conflitto fra genitori, ancorandosi alle norme, illustrate dal mediatore di area giuridica, facilita, anziché impedire, il compito del mediatore di area psicologica e conduce più agevolmente le parti a muoversi all'interno di una "rete" di protezione e di garanzia. Risulta difficile ogni qualvolta vi sia una questione prettamente "legale", interrompere il setting e rinviare le parti ai rispettivi avvocati difensori affinché sciolgano l'impasse.

Il nodo andrebbe, auspicabilmente, sciolto all'interno e non all'esterno della mediazione, rappresentandone, altrimenti pericolosamente, uno dei motivi di fallimento. Nell'ambito della collaborazione interdisciplinare, la separazione, il divorzio e la modifica delle condizioni degli stessi, possono essere trattati come eventi che comportano molteplici aspetti (coniugali, genitoriali, sociali, economici, finanziari) e quindi la co- mediazione interdisciplinare si inserisce "nell' intersezione tra la terapia, che sostiene le persone e le cura negli aspetti disfunzionali a livello relazionale……ed il diritto, inteso come cornice normativa

a tutela della parte potenzialmente più debole, ora i figli , ora l'altro coniuge"[2]. La co mediazione interdisciplinare è particolarmente utile nelle situazioni di elevata conflittualità laddove la norma si presenta come una risorsa efficace per interrompere l'escalation del conflitto e stabilizzare la coppia all'interno di un quadro normativo, affinché, all'interno di esso, possa riprendere la negoziazione. Più è acceso il conflitto più rilevante è il ruolo della norma che diventa parametro di riferimento. La co mediazione interdisciplinare è caratterizzata, quindi, da un aspetto più pragmatico e di sintesi nella trattazione delle questioni prettamente legali, economiche e patrimoniali rispetto alla trattazione che di esse può fare il mediatore appartenente all'area psicologico-comportamentale.

La co-mediazione interdisciplinare, attuata mediante la copresenza dei due mediatori, funge anche da "specchio" per la coppia in crisi: quando i co-mediatori si confrontano sulle loro posizioni, rappresentano, per la coppia, un valido esempio di modalità di comunicazione, di ascolto e di rispetto delle diversità. Oltre a questo, la co-mediazione interdisciplinare offre, nello stesso momento, una gamma di competenze che agevolano la coppia nell'affrontare i diversi temi della relazione conferendo, alle parti, una maggior consapevolezza nella stesura dell'accordo finale.

Ora, nel modello italiano, la figura del mediatore, sia esso di area giuridica che psicologica, ha una funzione di contenimento ed informativa, senza mai spingersi nel prospettare soluzioni alla coppia in mediazione.

Negli Stati Uniti invece, prevale, con largo favore nell'utilizzazione di tale tecnica, il modello della mediazione negoziale, che trae le sue radici dal mondo del lavoro e delle relazioni internazionali, secondo il quale il mediatore ha un ruolo più forte ed incisivo del suo corrispettivo italiano, guidando ed "organizzando" le trattative delle parti, ma, soprattutto, proponendo varie soluzioni alla lite[3].

La proposizione di un ventaglio di soluzioni passa attraverso le tecniche di problem-solving e negoziazione ragionata per raggiungere il miglior risultato possibile (detto anche win win). Il mediatore quindi collabora in modo attivo alla ricerca di soluzioni integrate, suggerendo anche possibili soluzioni. Nel modello italiano, la tipologia di mediazione familiare adottata fino ad oggi dalla maggior parte delle associazioni di categoria, ha avuto, come scopo, la trasformazione della relazione attraverso l'ascolto reciproco e l'espressione del disagio, del rancore e della sofferenza legati alla fine del rapporto e non il raggiungimento dell'accordo fra le parti.

2 Ardone, R.,Lucardi, M.: La mediazione familiare, sviluppi , prospettive, applicazioni, Kappa 2005, p. 70 – 78.

3 Della Noce, D.: *Evaluative Mediation,* cit.,pp. 193-214.

A differenza degli Stati Uniti, in Italia, fino ad oggi, la platea dei fruitori del servizio di mediazione che ha tratto maggior beneficio da questa tipologia di approccio e che, di conseguenza, ha beneficiato degli accordi successivamente rivisti dai difensori di fiducia, è stata una classe socio culturale medio alta che ha potuto anche impiegare diverse risorse in percorsi di mediazione più lunghi ed articolati (rinviando sempre gli accordi patrimoniali ed economici ai difensori o consulenti tecnici di parte).

Ora, sia il percorso trasformativo sia il confronto degli esiti dello stesso con i rispettivi difensori di parte, rischia di allungare i tempi della mediazione e di non fornire, quale alternativa al giudizio, delle soluzioni efficaci alla coppia in conflitto.

Probabilmente la mediazione, avente ad oggetto il problem solving, con la presenza, all'interno del setting di mediazione, di un operatore proveniente dall'area psicologica ed uno proveniente dall'area giuridica, ha il vantaggio di portare a soluzioni mediative più efficaci e più concrete, tanto più se il mediatore di area giuridica mantenesse sempre presente l'obiettivo del raggiungimento di un accordo cercando anche soluzioni giuridiche percorribili. Con questo non si vuole certo stravolgere il significato e lo scopo della mediazione ma si ritiene che l'illustrazione e la delucidazione di possibili soluzioni alle parti in mediazione, potrebbe rappresentare una risorsa in più. La trasformazione della relazione, di per sé, richiede tempi lunghi e, talvolta, se svincolata dall'obiettivo del raggiungimento di un accordo valido e soddisfacente per le parti, porta al fallimento della mediazione. La co mediazione integrata invece, rivolta al raggiungimento di un accordo condiviso fra le parti, dovrebbe permettere l'ampliamento della platea dei fruitori del servizio di mediazione, con l'ottenimento di risultati anche più concreti, disincentivando il conflitto di coppia e la giurisdizionalizzazione dello stesso.

BIBLIOGRAFIA

ARDONE, R., MAZZONI, S.: *La mediazione familiare. Per una regolazione della conflittualità nella separazione e nel divorzio*, Giuffrè, Milano 1994, p. 133.

ARDONE, R., LUCARDI, M.: *La mediazione familiare. Sviluppi, Prospettive applicazioni,* Kappa 2005, pp. 13 - 36, pp. 119 – 142.

ARDONE, R., LUCARDI, M.: *La mediazione familiare, sviluppi, prospettive, applicazioni,* Kappa 2005, p. 70 – 78.

DELLA NOCE, D.: *Evaluative Mediation: in search of practice competencies*. John Wiley and Sons 2010, pp. 193-214.

PARKINSON, L.: *La mediazione familiare Modelli e strategie operative*, Ericksson 2013, pp. 31-40.

LA NOCIÓN DE "DESEQUILIBRIO" EN LA COMPENSACIÓN POR SEPARACIÓN O DIVORCIO (UNA REELABORACIÓN DEL CONCEPTO POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA)*

THE NOTION OF "IMBALANCE" IN THE SEPARATION AND DIVORCE ALLOWANCE (A REWORKING OF THE CONCEPT BY CASE LAW)

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1054-1077

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "La modernización del Derecho de Familia a través de la práctica jurisprudencial" (AICO/2021/090), financiado por la Conselleria d'Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital, de la Generalitat Valenciana, del que es Investigador Principal el profesor José Ramón de Verda y Beamonte.

José Ramón
DE VERDA Y
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la reinterpretación jurisprudencial del art. 97 CC y, más concretamente, de la noción de desequilibrio, al que se supedita la percepción de una compensación en caso de separación o divorcio.

PALABRAS CLAVE: Separación; divorcio; compensación económica; matrimonio.

ABSTRACT: *The present paper analyzes the jurisprudential reinterpretation of article 97 of Civil Code and, more specifically, of the notion of imbalance, to which the receipt of compensation in the event of separation or divorce is conditional.*

KEY WORDS: *Separation; divorce; allowance, marriage.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. LA REINTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRECEPTO: LA IDENTIFICACIÓN DEL DESEQUILIBRIO CON LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES.- III. EL FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA COMPENSACIÓN.- IV. PRESUPUESTOS DE LA COMPENSACIÓN.- 1. La previa existencia de un matrimonio.- 2. La separación o el divorcio.- 3. El desequilibrio económico causado por la separación o el divorcio.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El art. 97 CC regula la compensación por desequilibrio en los casos de separación y de divorcio[1], a través de tres párrafos, de cuya lectura se desprende que el primero de ellos se dirige a fijar los requisitos para que la compensación tenga lugar; y el segundo, una vez establecida su procedencia, a fijar su cuantía.

En la redacción dada al art. 97 CC por la Ley 30/1981, de 7 de julio, los dos primeros párrafos actuales estaban refundidos en uno solo. Tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, quedaron como párrafos independientes.

A tenor del primer párrafo del precepto, "El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia".

La redacción actual de este precepto se debe al art. 1.9 de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que introdujo dos importantes novedades. La primera de ellas fue la posibilidad de satisfacer la compensación, no solo a través de una pensión periódica (única modalidad prevista en la redacción del precepto debida a la Ley 30/1981, de 7 de julio), sino también mediante una prestación única. La segunda es la referida a la posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter

1 La figura aparece, por vez primera, en nuestra legislación, como consecuencia de la introducción del divorcio, por la Ley 30/1981, de 7 de julio, careciendo de precedentes en la Ley republicana de 2 de marzo de 1932, que, como es sabido, admitió el divorcio entre los años 1932 y 1938.
En efecto, el art. 30 de dicha Ley contemplaba una pensión de alimentos, en caso de necesidad, en favor del cónyuge inocente, sustancialmente distinta a la pensión por desequilibrio económico regulada en el art. 97 CC.
A tenor de dicho precepto, "El cónyuge inocente, cuando carezca de bienes propios bastantes para atender a su subsistencia, podrá exigir del culpable una pensión alimenticia, independientemente de la que corresponde a los hijos que tenga a su cuidado. Si el divorcio se decretare por causa que no implique culpabilidad de ninguno de los cónyuges ambos podrán exigirse recíprocamente alimentos en su caso".

• José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: J.Ramon.de-Verda@uv.es

temporal, y no solamente por tiempo indefinido, como preveía el art. 97.1 CC en la redacción dada por la Ley 30/1981.

Conforme al párrafo segundo, "A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2.ª La edad y el estado de salud. 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia. 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante".

Existe, además, un párrafo tercero, según el cual, "En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad"[2].

II. LA REINTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRECEPTO: LA IDENTIFICACIÓN DEL DESEQUILIBRIO CON LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES.

Como he dicho, de la lectura del art. 97 CC se colige que sus dos primeros párrafos regulan dos aspectos diversos de la compensación: el primero, los presupuestos; y el segundo, la cuantía de la misma[3].

Literalmente, del párrafo primero del precepto, resulta que el desequilibrio que se compensa se identifica con la disminución del nivel económico que, como consecuencia, de la separación o del divorcio, sufre un cónyuge, siendo dos los términos de comparación: por un lado, hay que comparar la situación actual de cada cónyuge en relación con la que tenía antes de la ruptura; pero, además, hay que confrontar la posición económica en la que queda cada uno de ellos, en relación con la del otro, por lo que si ambos resultan estar en una posición parecida no habrá desequilibrio compensable, incluso, aunque quien reclama la prestación, haya visto empeorada su situación, después de la separación o del divorcio; por el

2 La redacción actual de este precepto se debe a la disposición final 1.25 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, que introdujo la separación y el divorcio extrajudiciales (ante Letrado de la Administración de Justicia o Notario).

3 Téngase, en cuanta que antes de la reforma del precepto por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ambos párrafos estaban refundidos en uno solo, lo que no impidió al común de los autores que escribieron poco después de la reforma de 1981 entender que en el mismo había dos partes bien diferenciadas. *Vid*., así, García Cantero, G.: "Comentario a los arts. 97 a 101 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo), t. II, Edersa, Madrid, 1982, p. 432; o Roca Trías, E.: "Comentario al art. 97 CC", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 619-621.

contrario, si las posiciones económicas de los cónyuges son notoriamente dispares, el cónyuge que objetivamente se encuentre en peor situación tendrá derecho a ser compensado, con el fin de no ver disminuido el nivel de vida de que disfrutaba durante el matrimonio.

Esta interpretación, llamada "objetiva", fue discutida por un sector de la doctrina, que postuló un exégesis del precepto, llamada "subjetiva", preocupada por la posibilidad de que la aplicación de la norma, tal y como está redactada, perjudicara al cónyuge, de cierta edad, que se había dedicado al cuidado de la familia (o, de no tanta edad, pero, que previsiblemente se iba seguir dedicando a ella), cuando, desde un punto de vista objetivo, su situación, después de la separación o del divorcio, fuera peor que la que tenía antes, pero no que la del otro cónyuge; y, por ello, no existiera desequilibrio en el sentido del art. 97.I CC: para evitarlo, se propuso entender que las circunstancias del art. 97.II CC no solo eran criterios de cuantificación de la compensación, sino también parámetros para apreciar la existencia del desequilibrio, debiendo tenerse en cuenta, a este efecto, las circunstancias personales (subjetivas) de quien reclamase la compensación: muy señaladamente, su edad, estado de salud y dedicación pasada y futura a la familia[4].

Otro sector de la doctrina (más numeroso) contestó también la interpretación objetiva partiendo de una preocupación distinta, a saber, que el matrimonio pudiera convertirse en una especie de "negocio"[5], consistente en buscar una persona con una capacidad económica superior a la propia para casarse, con el fin de asegurarse de que, tras la separación o el divorcio, se siguiese disfrutando, del mismo nivel de vida que se tenía durante el matrimonio, incluso, aunque la duración del mismo fuera breve; y ello, con carácter indefinido (hay que recordar que, originariamente, la pensión compensatoria tenía carácter vitalicio)[6].

4 *Vid.* en este sentido Lalana del Castillo, C.: *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 38, en particular, nota 6.

5 Valladares Rascón, E.: *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, Civitas, Madrid, 1982, p. 429, se mostró muy crítica con la redacción del art. 97.I CC, afirmando que no se debía establecer una especie de "derecho adquirido" a mantener el nivel de vida de que se disfrutó durante el matrimonio a costa del otro cónyuge, pues, "En la práctica, ello puede suponer, de una parte, una cuasijubilación a temprana edad, al tener resuelto su problema económico con carácter permanente el cónyuge que percibe la pensión".

6 En la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, Royo Martínez, que defendió la enmienda núm. 126 del Grupo Comunista (en la cual se pretendía la sustitución de la pensión compensatoria por desequilibrio económico por una pensión de alimentos en caso de necesidad), criticó la redacción del art. 97 CC, por entender que posibilitaba que la persona que "mejorase su condición económica o ascendiese en la escala social como consecuencia de matrimonio, tenga garantizado ese *status*, este *standing* aun cuando se produzca la separación o el divorcio". *Cfr. Código civil (Reformas 1978-1983) Trabajos parlamentarios*, vol. II (ed. dirigida por F. Santaolalla), Cortes Generales, Madrid, 1985, p. 1690.
Frente a ello, Pelayo Duque defendió la redacción del precepto y el concepto mismo de pensión compensatoria por desequilibrio, frente al de pensión de alimentos en caso de necesidad, propugnada en la enmienda, argumentado que se trataba de compensar también "lo que llamamos el *modus vivendi* del matrimonio, el equilibrar en la situación de un cónyuge con respecto a otro, el tren de vida, el *status* o situación matrimonial o nivel matrimonial" (loc. ult. cit., p. 1693).

Con el fin de evitarlo, dicho sector doctrinal postuló igualmente considerar que las circunstancias del art. 97.II CC (o, mejor dicho, algunas de ellas) constituían también criterios para apreciar la existencia del desequilibrio[7]. Sin embargo, no se trataba aquí de evitar que el cónyuge que se había dedicado a la familia se viera privado de compensación, por no ser su situación peor que la del otro, sino de excluir que la mera existencia de un desequilibrio económico, entendido este en sentido objetivo (es decir, cualquiera que fuera su causa), diera lugar a la compensación. Se propuso, por ello, valorar las circunstancias subjetivas del cónyuge que solicitaba la pensión en orden a decidir si el desequilibrio económico por él sufrido era merecedor de ser compensado, llegando, básicamente, a la conclusión de que solo era compensable el desequilibrio causado por la pérdida de oportunidades como consecuencia de su dedicación a la familia o de la colaboración desinteresada en la actividad económica del otro consorte[8].

Esta segunda interpretación ha sido acogida por la jurisprudencia desde una emblemática sentencia[9], que declaró que las circunstancias del art. 97.II CC tienen una doble función: "a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio (…), y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión". Ha integrado, así, los dos párrafos del precepto, afirmando que "la pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si este ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación"[10].

7 *Vid.* a este respecto, Lasarte Álvarez, C. y Valpuesta Fernández, Mª R.: "Comentario al art. 97 CC", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. Lacruz Berdejo), Civitas, Madrid, 1994, 2ª ed., pp. 1179-1180.

8 *Vid.* en este sentido Campuzano Tomé, H.: *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*, Bosch, Barcelona, 3ª ed., p. 75; Marín García de Leonardo, Mª T.: *La temporalidad de la pensión compensatoria: una realidad de nuestro tiempo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 55-69; y Sánchez González, Mª P.: *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Comares, Granada, 2005, pp. 57-64.

9 STS 19 enero 2010 (RAJ 2010, 417).

10 Esta doctrina jurisprudencial es seguida de manera constante por el Tribunal Supremo, entre otras muchas, por SSTS 14 marzo 2011 (*Tol 2080803*), 22 junio 2011 (*Tol 2227659*), 16 noviembre 2012 (*Tol 2685953*) y 17 diciembre 2012 (*Tol 2714277*), o más recientemente, por SSTS 11 mayo 2016 (*Tol 5728503*), 18 mayo 2016 (*Tol 5733178*), 5 octubre 2016 (*Tol 5843675*), 24 marzo 2017 (*Tol 6010408*), 18 julio de 2019 (*Tol 7419524*) y 3 junio 2020 (*Tol 7969778*).
En realidad, aunque esta interpretación integradora del art. 97 CC, se aparte de lo que dice el precepto, sin embargo, reconduce la compensación al supuesto en el que básicamente estaba pensando el legislador al regular la pensión compensatoria.
García Cantero, G.: "Comentario a los arts. 97 a 101 CC", cit., p. 431, decía, así: "parece que el legislador está contemplando la hipótesis de la mujer casada bajo el régimen de sociedad de gananciales que ha dedicado su vida al hogar y carece de una especialización profesional, cuya situación económica va a sufrir, presumiblemente, grave deterioro con el divorcio".

En el concreto caso, se consideró improcedente la concesión de la pensión compensatoria solicitada, por entender que la mujer "no ha sufrido ningún perjuicio por el hecho de haber contraído matrimonio, ya que su capacidad de trabajo se ha mantenido intacta a lo largo del mismo", ya que la dedicación a la familia "no le ha impedido trabajar cuando así lo ha considerado conveniente o cuando ha encontrado oportunidades laborales en el mercado de trabajo". Se evidenció también que "El régimen económico matrimonial que ha regido las relaciones patrimoniales entre los cónyuges ha sido el de gananciales, lo que ha permitido que tuvieran lugar las transferencias económicas equilibradoras consiguientes entre los patrimonios de los esposos, de modo que los dos inmuebles de que son titulares lo son por mitad".

Hay que observar que la integración propugnada por la jurisprudencia no afecta por igual a todas las circunstancias del art. 97.II CC, sino que, como ella misma dice, se centra, básicamente, en "la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge" (además de en el régimen económico matrimonial, circunstancia esta no prevista expresamente por el precepto, pensándose, sin duda, en lo regímenes de comunidad y, en particular, en la sociedad de gananciales), por lo que la interpretación objetiva ha derivado en una identificación del desequilibrio con la pérdida de oportunidades, económicas y profesionales[11].

III. EL FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA COMPENSACIÓN.

Cabe reflexionar sobre el fundamento y la naturaleza de la compensación.

A mi parecer, su fundamento, tal y como fue concebida en 1981, era la idea de la solidaridad postconyugal: el art. 97 CC presuponía (y presupone) la existencia de un matrimonio, mediante el cual los cónyuges asumen, entre otras obligaciones, la de asistirse y socorrerse mutuamente (arts. 67 y 68 CC), obligación esta, que, si bien se extingue en el caso de disolución del matrimonio por divorcio (quedando en suspenso en la separación legal), tiene una proyección ulterior en el deber de satisfacer una pensión compensatoria cuando se den los requisitos previstos en el párrafo primero del precepto (es indicativo que en la redacción del mismo debida

11 Esta interpretación jurisprudencial suscita en la actualidad la adhesión del común de los autores. *Vid.* en este sentido, por ejemplo, Barceló Doménech, J.: "La compensación", en *Las crisis familiares. Tratado Práctico interdisciplinar* (dir. J.R. de Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 292-294; Belío Pascual, A. C.: *La pensión compensatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 76; Gutiérrez Santiago, P.: *La "vida marital" del perceptor de la pensión compensatoria*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 50-52; Martínez de Aguirre, C: "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia* (coord. C. Martínez de Aguirre), 4ª ed., Colex, Madrid, 2013, P. 195; o Ordás Alonso, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja*, Bosch Wolters Kluwer, Hospital de Llobregat, 2017, p. 335.

a la Ley 30/1981, de 7 de julio, la compensación se llevara a cabo, exclusivamente, mediante un pensión periódica de carácter indefinido)[12].

En definitiva, subyacía la idea de que el divorcio no podía borrar, de manera total y absoluta, la relación con el cónyuge perjudicado por la ruptura, cuya posición no era la de un "extraño"[13], por lo que no es raro que en un momento inmediatamente posterior a la reforma de 1981 se llegara, incluso, a hablar de la existencia de un estado civil de divorciado[14].

Desde esta perspectiva es lógico que no se reconociera pensión compensatoria en el caso de ruptura de unión de hecho, puesto que (al menos desde la perspectiva del Código civil) los convivientes, a diferencia de los cónyuges, no asumen ningún estado civil, dentro del cual se integre un deber de asistencia y socorro mutuo. Ciertamente, no creo que en 1981 pasara por la mente del legislador plantearse esta posibilidad, pero no lo es menos que, con posterioridad (por ejemplo, con ocasión de la reforma del precepto en 2005) pudo haberse optado por esta posibilidad y no se hizo. La compensación por desequilibrio estuvo, pues, y sigue estando unida a la solidaridad postconyugal, idea esta, que, sin embargo, aparece cada vez más debilitada en la sociedad moderna, ante la generalización del divorcio, la cada vez más corta duración de muchos matrimonios y el acceso de las mujeres al mercado de trabajo.

Vincular la compensación a la solidaridad postconyugal no significa, necesariamente, realizar una lectura del art. 97 CC en clave puramente asistencial[15]. De hecho, su finalidad esencial es compensar el desequilibrio económico causado a un cónyuge como consecuencia de la separación o del divorcio, por lo que el hecho de percibir un salario, por sí mismo, no impide la obtención de una

12 Lalana del Castillo, C.: *La pensión*, cit., p. 24, observa que la solidaridad postconyugal explica "en parte que, a pesar de que el vínculo matrimonial haya desparecido, en caso de divorcio, siga vigente una relación entre los antiguos cónyuges, aunque únicamente sea a efectos económicos".

13 Martínez de Aguirre, C.: "Régimen", cit., p. 192, afirma que "La pensión, más aún si es por tiempo indefinido (pero también la temporal) supone en alguna medida la continuidad de los efectos del matrimonio, incluso indefinidamente, más allá del momento en que ha quedado disuelto por el divorcio; dicho con otras palabras, los cónyuges pueden divorciarse, pero no siempre pueden evitar continuar ligados por la pensión (cuyo fundamento último sería un matrimonio ya disuelto)".

14 *Cfr.*, así, García Cantero, G.: "Comentario al art. 86 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. Albaladejo), tomo II, arts. 22 a 107 del Código civil, Edersa, Madrid, 1982, pp. 312-313.

15 En la tramitación del Proyecto de Ley se presentó una enmienda, la núm. 126, por parte del Grupo Comunista, defendida por Pérez Royo, en la que, precisamente, se pretendía sustituir la pensión compensatoria por desequilibrio, por una "pensión alimenticia", "Cuando uno de los cónyuges no pueda subvenir en todo o en parte, a sus necesidades, después de dictada sentencia de separación o de divorcio". *Cfr. Código civil (Reformas 1978-1983)*, cit., p. 1273.
Dicha enmienda fue rechazada, rechazo que fue justificado por Pelayo Duque, quien observó que "La finalidad de esta pensión no es la de la pensión alimenticia; tiene un sentido mucho más amplio que desborda el contenido de la pensión alimenticia en el sentido de ir a compensar, no lo que indispensable para la subsistencia, tal como viene definido por el concepto de alimento, sino que viene a compensar el desequilibrio económico que, en la situación de un cónyuge, produce en relación con la del otro el divorcio o separación" (loc. ult., cit., p. 1693).

compensación, habiendo declarado la jurisprudencia, de manera reiterada, que la pensión compensatoria, a diferencia de la de alimentos, es independiente de la noción de "necesidad" de quien la solicita, por lo que el cónyuge que sufre el desequilibrio puede ser acreedor de la misma, aunque tenga medios suficientes para mantenerse, por sí mismo[16].

Ahora bien, no parece posible desvincular de manera absoluta la compensación de la idea de "necesidad", pues, si bien es cierto que puede haber un desequilibrio económico compensable, sin que exista una situación de necesidad del cónyuge perjudicado por la ruptura, no lo es menos, que, en muchas ocasiones, será, precisamente, dicha situación de necesidad, la que contribuya a determinar la existencia de un desequilibrio (repárese en que, según el art. 97.II, 8º CC "las necesidades de uno y otro cónyuge" son un parámetro para cuantificar la compensación[17]).

La conexión entre compensación y necesidad es también evidente en el ámbito de la modificación y extinción de la pensión compensatoria, que puede ver reducida su cuantía cuando aumente la fortuna del acreedor (art. 100.I CC), e, incluso, llegar a extinguirse, por "cese de la causa que lo motivó" (art. 101.I CC), es decir, cuando, el acreedor aumente sus recursos hasta el punto de que pueda llegarse a la conclusión de que superó el desequilibrio, si bien lo que, en realidad, sucederá, en no pocos casos, es que ya no tendrá necesidad de la pensión, por haber alcanzado una capacidad económica suficiente que le permita ser autosuficiente.

Bien mirado, la regulación de las causas de extinción de la pensión compensatoria no casa bien con la idea, jurisprudencialmente consagrada, de que lo que se compensa a través del art. 97 CC es la pérdida de oportunidades, como consecuencia de la dedicación a la familia o a las actividades económicas del otro cónyuge. Si esto es así, no se entiende por qué el acreedor pierde el derecho a seguir percibiendo la pensión al aumentar de fortuna, por ejemplo, por recibir una herencia, pues esta circunstancia no hace desaparecer el empobrecimiento sufrido durante el matrimonio (pérdida de ingresos no compensados suficientemente con un régimen de comunidad y/o pérdida de expectativas de desarrollo profesional): en el fondo, subyace la idea de que ya no necesita la pensión para vivir.

La misma perplejidad produce, desde este punto de vista, el hecho de que la pensión se extinga por el hecho de que el acreedor contraiga nuevo matrimonio

16 *Vid.* SSTS 9 febrero 2010 (*Tol 1790763*), 22 junio 2011 (*Tol 2227659*), 27 junio 2011 (*Tol 2191098*), 7 marzo 2018 (*Tol 6531191*) y 29 junio 2020 (*Tol 8000209*).

17 Lalana del Castillo, C.: *La pensión*, cit., p. 24; E. Roca Trías: "Comentario al art. 97 CC", cit., pp. 617-618; y Valladares Rascón, E.: *Nulidad*, cit., p. 427, llaman la atención sobre la circunstancia de que las necesidades de los cónyuges son un elemento de cuantificación de la pensión compensatoria.

o viva maritalmente con otra persona; y ello, porque esta circunstancia, por sí misma, no implica la desaparición del desequilibrio[18].

En realidad, subyace aquí la idea de que, siendo la pensión compensatoria un reflejo de la obligación de asistencia y socorro mutuo (suspendida o extinguida como consecuencia de la separación o del divorcio)[19], la misma deja de tener sentido, cuando, como consecuencia de la celebración del posterior matrimonio, nace una nueva obligación de asistirse y socorrerse entre los cónyuges actuales[20].

Respecto de la consideración de la vida marital con tercero como causa de extinción de la pensión compensatoria, se trataba, básicamente, de evitar el fraude de quienes, para no perder la pensión, no se volvían a casar, pero convivían *more uxorio* con otra persona[21].

Sucede, sin embargo, que la unión de hecho se ha generalizado y, dentro de ella, aparecen, con frecuencia, fórmulas que no responden a la idea de convivencia, entendida esta como vida estable bajo un mismo techo. Hay, así, multitud de relaciones afectivas con la nota de exclusividad entre personas que, por diversas razones (deseo de mantener la propia independencia, de no asumir ningún tipo de limitación a su libertad, de evitar conflictos con los hijos de sus parejas), no conviven en el mismo domicilio.

Bien pensado, sobre todo, desde la óptica de los valores socialmente imperantes, la obligación de pagar una pensión a una persona con la que ya no se

18 Gutiérrez Santiago, P.: *La "vida marital"*, cit., p. 65, afirma –creo que con razón- que estas causas de extinción de la pensión compensatoria "se da de bruces" con la idea de compensación por desequilibro económico, pues "Si esto es así, tal compensación poco o nada debería tener que ver, al menos necesariamente, con el posterior matrimonio o vida marital del sujeto con derecho a ella".

19 Lalana del Castillo, C.: *La pensión*, cit., pp. 244-245, respecto de esta causa de extinción observa que "En el fondo puede verse en este punto la prueba de un elemento alimenticio de la pensión"; y lo mismo Roca Trías, E.: "Comentario al art. 97 CC", cit., pp. 617-618, que, refiriéndose a preceptos que podrían inducir a pensar que la pensión compensatoria tiene carácter alimenticio, alude al art. 101 CC, en la medida en que el nuevo matrimonio del pensionista "soluciona la necesidad en que se encontraba".

20 Este es el fundamento de esta causa de extinción, según el común de la doctrina. *Cfr.*, así, Barceló Doménech, J.: "La compensación", cit., p. 310; Belío Pascual, A. C.: *La pensión*, cit., p. 361; Lalana del Castillo, C.: *La pensión*, cit., p. 244-245; Lasarte Álvarez, C. y Valpuesta Fernández, Mª R.: "Comentario al art. 101 CC", en Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil (coord. J.L. Lacruz Berdejo), Civitas, Madrid, 1994, 2ª ed., p. 1203; Martínez de Aguirre, C.: "Régimen", cit., p. 197; Ortiz Fernández, M.: "La extinción de la pensión compensatoria", en *La compensación por desequilibrio en la separación y divorcio. Tratado Práctico interdisciplinar* (dir. J.R. de Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 233; Roca Trías, E.: "Comentario al art. 101 CC", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 641-642; Sánchez González, Mª P.: *La extinción*, cit., p. 86.

21 *Cfr.* Barceló Doménech, J.: "La compensación", cit., p. 311; Belío Pascual, A. C.: *La pensión*, cit., p. 362; Díaz Martínez, A.: "Comentario al art. 101 CC", en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1065; García Cantero, G.: "Comentario a los arts. 97 a 101 CC", cit., p. 442; Gutiérrez Santiago, P.: *La "vida marital"*, cit., pp. 58-59; Lalana del Castillo, C.: *La pensión,* cit., p. 248; Martínez de Aguirre, C.: "Régimen", cit., p. 197; Ortiz Fernández, M.: "La extinción", cit., p. 235; Roca Trías, E.: "Comentario al art. 101 CC", cit., p. 642; o Sánchez González, Mª P.: *La extinción*, cit., pp. 101-102. *Vid*., no obstante, en sentido crítico, Muñoz Rodrigo, G.: "La extinción de la pensión compensatoria por *convivencia marital*: Significado y finalidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 *bis*, 2018, p. 358.

mantiene una relación de familia (hoy los casos de separación, dada la facilidad con la que se puede acceder al divorcio, son raros) es una "rareza", por lo que no tiene sentido prolongarla, por la mera circunstancia de que el perceptor no conviva "more uxorio" (en el sentido estricto del término) con su nueva pareja: mantener la solidaridad post conyugal, en este supuesto, resultaría, a todas luces, excesivo.

A mi parecer, si se quiere desvincular la compensación de la idea de "necesidad", para centrarla en la idea de reparación por la pérdida de oportunidades, debiera establecerse una modalidad de prestación única, calculando su importe al tiempo de la separación o del divorcio, sin perjuicio de que pudiese establecerse un fraccionamiento de los pagos en diversos plazos sucesivos: mientras no se haga así, la compensación tendrá, inevitablemente, una naturaleza mixta[22].

IV. PRESUPUESTOS DE LA COMPENSACIÓN.

Los presupuestos de la compensación son: a) la previa existencia de un matrimonio; b) la separación o el divorcio; y c) el desequilibrio económico de uno de los cónyuges, como consecuencia de aquellas.

1. La previa existencia de un matrimonio.

El art. 97 CC presupone la existencia de un matrimonio, lo cual es lógico, porque, como he dicho, la compensación, para el legislador de 1981, es una proyección de la obligación de asistencia y socorro mutuo en un periodo posterior a la disolución del mismo por divorcio (o a la cesación de sus efectos, en el caso de separación): al no existir una obligación legal semejante a cargo de los convivientes de hecho, es entendible que no se les reconozca el derecho a exigir la compensación prevista en el precepto.

No obstante, una sentencia[23], ha tenido en cuenta el periodo de convivencia *more uxorio*, previo al matrimonio, para determinar la cuantía y el plazo de duración de una pensión compensatoria de carácter temporal de tres años, concedida como consecuencia del desequilibrio sufrido por la mujer por su dedicación a la familia y a la actividad profesional del marido (torero). Observa que tal dedicación al hogar y a la colaboración profesional del marido tuvo lugar, "sin solución de continuidad, durante la unión de hecho y durante la convivencia conyugal, hasta que se produjo la ruptura de esta; por lo que debe computarse aquel tiempo de convivencia, sobre todo si se tiene en cuenta que la jurisprudencia admite fórmulas resarcitorias en caso de ruptura de parejas de hecho". Precisa, sin embargo, que "en el supuesto enjuiciado no existió una ruptura de la convivencia *more uxorio*,

22 Como sostiene Lalana del Castillo, C.: *La pensión,* cit., p. 24.

23 STS 16 diciembre 2015 (RAJ 2015, 5887, Rec. 1888/2014).

solicitándose compensación por tal circunstancia. La convivencia *more uxorio* cesó porque lo que era una unión de hecho se convirtió en una unión de derecho, esto es, en matrimonio, continuando las relaciones entre las partes en las mismas condiciones y con los mismos roles que antes".

Durante un tiempo, la jurisprudencia[24] se mostró favorable a aplicar analógicamente a las uniones de hecho el art. 97 CC, concediendo la pensión por desequilibrio prevista en el precepto para el caso de separación o divorcio al conviviente perjudicado por la ruptura[25]. Sin embargo, en la actualidad es doctrina jurisprudencial consolidada que no procede dicha aplicación analógica, dado que la unión de hecho y el matrimonio no son realidades equivalentes, debiendo acudirse, en su caso, al principio de prohibición de enriquecimiento injusto para reparar el perjuicio que experimenta el conviviente, como consecuencia de la ruptura, consistente en haberse dedicado al trabajo doméstico o haber colaborado en las actividades empresariales o profesionales del otro, sin haber recibido retribución por ello[26].

Aun compartiendo esta doctrina jurisprudencial, cabe observar que el conviviente *more uxorio* perjudicado por la ruptura, mediante el principio de prohibición de enriquecimiento injusto, podrá obtener la reparación de un

24 También un sector de la doctrina. *Vid.* por ejemplo en este sentido Miralles González, I.: "La disolución de la unión no matrimonial. Efectos", en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho soluciones armonizadoras,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 213.

25 *Vid.* en este sentido SSTS 5 julio 2001 (*Tol 230668*) y 16 julio 2002 (*Tol 202431*). La primera de ellas condenó al varón, responsable de la ruptura de una convivencia "more uxorio, que había durado quince años, al pago a la mujer abandonada de una indemnización compensatoria de dos millones novecientas setenta y cinco mil pesetas. En esta sentencia el Tribunal Supremo excluyó la aplicación del principio general de prohibición del enriquecimiento injusto, considerando solución más adecuada la aplicación analógica del art. 97 CC, entendiendo que existe "semejanza de la situación matrimonial rota por divorcio o separación que permite al cónyuge al que se le ocasione un desequilibrio económico con la posición del otro, con la situación de convivencia 'more uxorio' de larga duración, rota unilateralmente cuando se origina tal desequilibrio". La segunda reconoció a la mujer abandonada el derecho a percibir una pensión compensatoria de quince mil pesetas mensuales por ruptura de una convivencia "more uxorio", que había durado seis años, y de la que había nacido un hijo. Nuevamente, el Tribunal Supremo volvió a descartar la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, estimando que la aplicación analógica del art. 97 CC era una solución más adecuada en orden a fundamentar el fallo. De Amunátegui Rodríguez, C.: "Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de las parejas no casadas", en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. J. M. González Porras y F. P. Méndez González), vol. I, Murcia, 2004, p. 233, al referirse (en una exposición crítica), a esta orientación jurisprudencial favorable a la equiparación entre matrimonio y unión de hecho, decía que parecía que "no tiene marcha atrás".

26 En efecto, hoy, a partir de la importante STS (Pleno) 12 septiembre 2005 (*Tol 719651*), se afirma que "es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio [...] aunque las dos estén dentro del derecho de familia": "Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias". "Por ello-se añade, debe huirse de la aplicación por "analogía iuris" de normas propias del matrimonio, como son los arts. 97, 97 y 98 CC, ya que tal aplicación analógica comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio".
Vid. en el mismo sentido SSTS 22 febrero 2006 *(Tol 846265)*, 19 octubre 2006 *(Tol 1006910)*, 27 marzo 2008 *(Tol 1354577)*, 30 octubre 2008 *(Tol 1432563)*, 11 diciembre 2008 *(Tol 1432568)* y 6 octubre 2011 *(Tol 2252090)*.

perjuicio, sustancialmente idéntico, al que el cónyuge que sufre el desequilibrio puede reclamar a través del art. 97 CC, según la interpretación que del precepto realiza actualmente la jurisprudencia[27].

Es, en efecto, habitual que la jurisprudencia recurra a dicho principio general, con el fin de proteger al perjudicado por la ruptura de la unión de hecho cuando los convivientes, expresa o tácitamente, no constituyeron, expresa o tácitamente, alguna comunidad de bienes (por ejemplo, sobre la vivienda familiar) o una sociedad respecto el ejercicio de una actividad profesional o económica, que permite a ambos convivientes participar en ganancias. Se trata, casi siempre, de supuestos en que ha existido una larga convivencia de hecho, con dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas[28] o colaboración en las actividades económicas de su compañero sin recibir ninguna retribución[29]; y ello, con independencia de que la ruptura de la unión de hecho haya tenido lugar por voluntad unilateral del varón o por el hecho de su muerte, lo que es perfectamente lógico, ya que no se trata aquí de sancionar a quien rompe la vida en común, sino de compensar económicamente al conviviente perjudicado por el enriquecimiento sin causa de su compañero[30].

Es, por ello, que se condenó al varón, que voluntariamente había roto la convivencia *more uxorio*, que había durado seis años, a pagar a la mujer abandonada la cantidad de catorce millones de pesetas (algo más, de 84.000 euros), al entenderse que esta última había sufrido un empobrecimiento, derivado de su dedicación desinteresada a las relaciones sociales de su compañero y a su atención doméstica, con el consiguiente enriquecimiento injustificado de éste[31].

Un fallo reconoció también a la mujer abandonada el derecho a percibir una indemnización compensatoria de quince millones de pesetas (algo más de 90.000 euros), por ruptura de la convivencia *more uxorio*, mediante la aplicación del principio general de prohibición de enriquecimiento injusto, teniendo en cuenta que la mujer "había sacrificado veinte años de su vida para atender al demandado e hijos, descuidando su formación laboral y sus expectativas en orden a dispensar un mejor cuidado y atención a la familia"[32].

27 Lo evidencia Estrada Alonso, E.: "Compensación económica al cese de la convivencia *more uxorio*", en *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares* (dir. C. Sanciñena Asurmendi, coord. I. Fernández Chacón y C. Gago Simarro), Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 353.

28 *Vid.* en este sentido SSTS 11 diciembre 1992 (*Tol 1654941*), 27 marzo 2001 (*Tol 71705*) y 17 enero 2003 (*Tol 230655*), como también SSAP Pontevedra 28 abril 2006 (*Tol 938477*) y Zaragoza 11 mayo 2010 (*Tol 1978779*).

29 *Vid.* en este sentido SSAP Asturias 16 enero 1997 (AC 1997, 103) y Barcelona 29 septiembre 2000 (JUR 2001, 55).

30 *Vid.* en este sentido STS 17 junio 2003 (*Tol 285652*).

31 STS 11 diciembre 1992 (*Tol 1654941*).

32 STS 27 marzo 2001 (*Tol 71705*).

Con apoyo en el mismo principio, otra sentencia condenó al varón, responsable de la ruptura de una convivencia *more uxorio*, de diecinueve años, de la que habían nacido dos hijos, al pago de una indemnización compensatoria, cuya cuantía quedó establecida en un tercio de los bienes adquiridos por el varón durante el periodo en que había durado la unión de hecho. Precisó que, mediante el reconocimiento de la indemnización, "no se acepta la igualdad o asimilación (de la unión de hecho) al matrimonio, sino que trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil"[33].

Igualmente, se ha reconocido a la mujer, integrante de una unión de hecho, disuelta por muerte del varón, el derecho a obtener una indemnización equivalente al veinticinco por ciento del valor de los bienes adquiridos por aquél durante el tiempo en que había durado la convivencia *more uxorio* con los ingresos obtenidos con su trabajo y por la explotación de una farmacia de la que era titular. Se evidenció que la mujer se había dedicado, en exclusiva, durante cincuenta y tres años al cuidado de su compañero y del hogar familiar, "prestándole total ayuda moral y material, lo que repercutió positiva y significativamente en la formación del patrimonio de aquél, al tiempo que acarreó un desentendimiento de su propio patrimonio, pues tal dedicación no sólo no le supuso ninguna retribución o compensación económica, sino que le impidió obtener beneficios privativos mediante el desarrollo de otra actividad en provecho propio"[34].

Como regla general, puede, pues, afirmarse que se empobrece quien durante un prolongado período de tiempo se dedica, en exclusiva o de modo prioritario, a la atención del hogar o colabora en la empresa o negocio de su compañero sin recibir ninguna compensación por ello[35].

El empobrecimiento resulta, no sólo de la no percepción de una retribución por el ejercicio de estas actividades, sino también de las dificultades que tiene para acceder a un empleo la persona que siempre se ha dedicado a las labores domésticas (pensemos en mujeres de avanzada edad, de escasa cualificación profesional, que nunca han trabajado fuera de casa), o también de las dificultades que encuentra para reincorporarse al mercado de trabajo quien lo ha abandonado durante un prolongado período de tiempo; empobrecimiento, que todavía es más claro cuando la mujer ha dejado un trabajo retribuido al tiempo de iniciarse la convivencia.

33 STS 17 enero 2003 (*Tol 230655*).

34 STS 17 junio 2003 (*Tol 285652*).

35 *Vid.* a este respecto SSTS 5 febrero 2004 *(Tol 348570)* y 30 octubre 2008 (*Tol 1432563*).

No obstante, hay que excluir la aplicación del principio general de prohibición del enriquecimiento injusto cuando quien lo pretende no ha recibido propiamente una retribución por sus labores domésticas equiparable a un salario, pero sí otras compensaciones económicas, que impiden considerar que la situación en la que se ha desarrollado la convivencia de hecho y su posterior ruptura le ha producido un empobrecimiento.

Se denegó, así, la pretensión de la reclamante, de que el varón le satisficiera una indemnización por enriquecimiento injusto, valorando el hecho de que, mientras persistió la unión de hecho, el demandado había asumido la práctica totalidad de los gastos comunes, así como los generados por la atención de los dos hijos de la mujer, que vivían con ellos, domiciliando su nómina en la cuenta corriente de la demandante, y pagando, además, las amortizaciones del crédito hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda, que era de propiedad exclusiva de aquélla[36].

Se desestimó igualmente la indemnización por enriquecimiento injusto solicitada por la conviviente, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, argumentando que el varón demandado había transmitido gratuitamente a la actora, bajo la apariencia de un falso contrato de compraventa, carente de precio real, participaciones en la sociedad explotadora de un restaurante, ascendiendo las participaciones cedidas a casi la mitad del capital social[37].

2. La separación o el divorcio.

La compensación procede, según el art. 97.1 CC, en los casos de separación o de divorcio, aunque hay que tener en cuenta, sin embargo, que en la actualidad los casos de separación legal son escasos.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, reformó radicalmente las causas de separación y divorcio (reforma que permanece hasta nuestros días); y ello, en un doble sentido:

En primer lugar, las asimiló, con lo que privó a la separación de importancia práctica (si los motivos que permiten separarse o divorciarse son los mismos, los cónyuges que atraviesan una crisis matrimonial grave suelen acudir directamente al divorcio, sin pasar antes por una fase previa de separación).

En segundo lugar, por aplicación del principio de libre desarrollo de la personalidad, estableció como una única causa de separación y divorcio la mera voluntad de ambos cónyuges o de un solo de ellos de no querer seguir conviviendo o de continuar casados (sin atribuir, pues, ninguna significación al

36 SAP Málaga 25 abril 2002 (*Tol 1189041*).

37 SAP Gerona 2 octubre 2002 (*Tol 263405*).

posible incumplimiento de las obligaciones conyugales, ni exigir la acreditación de un período mínimo de cesación de la convivencia conyugal, como ocurría antes de la reforma), estableciendo, sin embargo, un límite temporal de tres meses desde la celebración del matrimonio para poder interponer la demanda de separación o divorcio (salvo que la misma sea presentada por uno solo de los cónyuges y mediasen malos tratos, en cuyo caso no será necesario esperar al transcurso de dicho plazo)[38].

La compensación no procede en el caso de la nulidad de matrimonio, lo que resulta coherente con la idea de que la compensación es un reflejo último de la obligación de asistencia y socorro mutuo: si el matrimonio es nulo, no surgió de él dicha obligación conyugal, por lo que mal puede dar lugar al pago de una compensación, concebida como una proyección de aquella.

No obstante, según el art. 98 CC, "El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio sea declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97".

A mi entender, la indemnización prevista en este precepto es de naturaleza distinta a la compensación del art. 97 CC, siendo diferentes sus presupuestos (exigencia de convivencia y de mala fe de uno de los contrayentes). No me parece que sea casualidad que el art. 98 CC use la expresión "indemnización", la cual contrastaba con la de "pensión", que utilizaba el art. 97 CC, en la redacción dada al precepto por la Ley 30/1981, de 7 de julio, con anterioridad a la reforma del mismo, debida a la Ley 15/2005, de 8 de julio[39].

38 Este límite temporal de los tres meses, así como la excepción al mismo derivada de los malos tratos, persiste tras la reforma de 2015 en el vigente art. 81 CC (al que se remite el art. 86 CC, no reformado en el 2015) para la separación o divorcio judicial. El mismo límite de los tres meses se aplica a la separación o divorcio extrajudicial (ante Secretario Judicial o Notario), aunque en este caso, sin excepción ninguna, sin duda, pensando en que si el (actualmente Letrado de la Administración de Justicia) o Notario son sabedores de la existencia de malos tratos, lo que deben hacer es efectuar la oportuna denuncia (art. 82 CC redactado por la disposición final primera, 18, de la Ley 155/2015).

39 En realidad, si se sigue el *iter* legislativo del precepto se observa que la intención del legislador cambió a lo largo del mismo.
En el Proyecto del Gobierno se proponía una redacción del art. 98 CC, bien diversa de la que acabaría por prosperar, que era la siguiente: "El cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá también el derecho a la pensión a que se refiere el artículo anterior, si por la convivencia marital la sentencia produce una situación análoga". *Cfr. Código civil (Reformas 1978-1983)*, cit., p. 1218.
Así pues, en el Proyecto del Gobierno, de un lado, se extendía la pensión compensatoria por divorcio o separación a los supuestos de nulidad matrimonial (siempre que hubiera existido convivencia); y, de otro, se prescindía del examen de la buena o mala fe de los contrayentes, a los efectos de determinar la obligación de satisfacer la pensión.
A este texto se presentaron dos enmiendas, que habrían de influir decisivamente en la redacción definitiva del precepto y que alejarían el art. 98 CC del art. 97 CC.
La enmienda núm. 127 propuso la siguiente redacción: "El cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia marital, atendidas las circunstancias previstas en el artículo anterior". Se justificaba la sustitución de la "pensión" por una "indemnización", con el argumento de que, de este modo, se llegaba a una solución más acorde con el supuesto de nulidad, que posee contornos específicos respecto de la separación o el divorcio; y, de otro, con la idea de sanción frente a un acto nulo (loc. ult. cit., vol. II, p. 1274).

No me convence la tesis que aproxima la indemnización del art. 98 CC a la compensación del art. 97 CC[40]; y ello, porque el desequilibrio económico que el cónyuge de buena fe pudiera sufrir respecto del de buena fe, tiene su cauce en el art. 95.II CC, según el cual "Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno sólo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte".

Por otro lado, esa lectura en clave de "desequilibrio económico" lleva a los autores que la defienden a interpretar el art. 98 CC en el sentido de entender que la indemnización en él prevista también tendrá lugar, por razones de justicia, cuando ambos contrayentes sean de buena fe, para evitar que, en este caso, se excluya una justa reparación. Sin embargo, esta interpretación parece ir contra lo que claramente se deduce del precepto, que, al identificar al acreedor de la indemnización, se refiere al cónyuge de buena fe, con lo que implícitamente presupone que el deudor es, exclusivamente, el de mala fe.

En realidad, no parece necesario realizar este interpretación forzada de la norma, si se considera que los desequilibrios que no puedan ser reparados a través del art. 95.II CC (entre ellos, señaladamente, los que tengan lugar, cuando ambos contrayentes sean de buena fe) podrán ser resarcidos a través del principio de enriquecimiento injusto, que opera prescindiendo de la buena o mala fe de los sujetos, tal y como acontece en el supuesto de extinción de uniones de hecho, donde se aplica dicho principio para reparar el perjuicio sufrido por el conviviente que se dedicó al cuidado de la familia o colaboró desinteresadamente en la actividad económica del otro. Sería absurdo aplicar el principio de enriquecimiento injusto

La enmienda núm. 376 propuso, igualmente, un cambio en la redacción del art. 98 CC en los siguientes términos: "El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo no tendrá derecho a la pensión que establece el artículo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 95 de su derecho a reclamar daños y perjuicios que le hubiesen sido causados, si por la convivencia marital la sentencia produce una situación análoga. La justificación de la enmienda era la siguiente: "Estimamos que no cabe habar de una *pensión entre cónyuges* en el caso de la nulidad porque nunca han sido *cónyuges*, nunca existió el matrimonio. Es una aberración jurídica. Lo que sí cabe es la existencia, en su caso, de una indemnización por daños y perjuicios, cosa a la que lógicamente sólo tendrá derecho el cónyuge de buena fe contra el de mala fe, y además del derecho que ya le atribuye el artículo 95" (loc. ult. cit., vol. II, p. 1386).
En el Informe de la Ponencia se cambió radicalmente la redacción del precepto: "El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97" (loc. ult. cit., vol. II, p. 1407). Y la Ponencia justificó el cambio de redacción del precepto en la aceptación "sustancial o parcial" de las enmiendas núm. 127 (Grupo Comunista) y 376 (Grupo Vasco). Posteriormente, en el Dictamen de la Comisión de Justicia se sustituyó la expresión "convivencia marital" por la de "convivencia conyugal" (loc. ult. cit., vol. II, p. 1424) y el precepto no sufriría alteraciones en el ulterior iter parlamentario.

40 Tal y como proponen Lasarte Álvarez, C. y Valpuesta Fernández, Mª R.: "Comentario al art. 98 CC", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. Lacruz Berdejo), Civitas, Madrid, 1994, 2ª ed., pp. 1189-1190; León González, M.: "La indemnización del artículo 98 del Código de Derecho Civil (Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1992)", *Anuario de Derecho Civil*, 1993, fasc. 2º, p. 970; y Vargas Aravena, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 326-327.

en el caso de convivencia de hecho y negarla en el caso de convivencia fruto de un matrimonio declarado nulo.

Pero, ¿cuál es entonces el daño, cuya indemnización prevista por el art. 98 CC, precepto, por cierto, escasamente aplicado por la jurisprudencia? La cuestión no es fácil, porque el precepto plantea un indudable problema de coordinación con el art. 1902 CC.

Propongo la siguiente solución:

a) El art. 98 cubre los daños que, directamente, derivan de la convivencia con una persona a la que se reputaba estar unido en un matrimonio, que, a la postre, resultó ser inválido: se trata, fundamentalmente, de un daño moral que tiene su origen en una intromisión de un "extraño" en la propia intimidad personal y familiar. Por lo tanto, la convivencia (verdadera *ratio* de la indemnización) desempeña, en relación al art. 98, una doble función: de un lado, es presupuesto del nacimiento del derecho a la indemnización; y, de otro, delimita el ámbito del daño resarcible a través del precepto.

b) En cambio, el art. 1902 permite resarcir aquellos daños que no tienen causa directa e inmediata en la convivencia, sino que derivan, más estrictamente, de la circunstancia de la celebración de un matrimonio nulo. Es, sobre todo, el daño moral, consistente en la frustración del propósito de formar una familia fundada en el matrimonio (con las consiguientes secuelas psíquicas), el cual tiene lugar, con independencia de que haya existido, o no, convivencia entre los contrayentes; y, así mismo, los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio nulo, los cuales pierden su utilidad, tras su declaración de invalidez, por lo que también han de ser indemnizados[41].

Se trata, en definitiva, de la indemnización del daño *in contrahendo*, resultante de la lesión culpable del interés de la confianza. Nos encontramos, pues, ante un caso de responsabilidad prematrimonial por lesión de la libertad negocial. El hecho ilícito consiste en la infracción del principio de buena fe, el cual obliga a los contrayentes a un deber de lealtad y de corrección para no defraudar sus recíprocas expectativas a la validez del matrimonio, evitando la concurrencia de causas de nulidad imputables a su comportamiento malicioso o negligente, como

41 En favor de encuadrar el resarcimiento del daño moral derivado de la causación doloso o negligente de la nulidad matrimonial en el art. 1902 CC, con independencia de la explicación que den a la indemnización del art. 98 CC, se orientan De Ángel Yagüez, R.: "Indemnización del daño moral resultante de la declaración de nulidad de matrimonio", *Diario La Ley*, 1986, 2º, pp. 717; García Cantero, G.: "Comentario a los arts. 97 a 101 CC", cit., p. 448; y Vargas Aravena, D.: *Daños civiles*, cit., pp. 327-332. No obstante, en opinión de Roca i Trías, E: "Comentario al art. 98 CC", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 629-630, estos daños son, precisamente, los contemplados en el art. 98 CC.

son la reserva mental[42] o el error en cualidad inducido por una reticencia dolosa o culpable, como es el silenciar que el hijo que se espera es (o puede ser) de otro[43], que se tienen atracción hacia las personas del mismo sexo[44] o que se ha dado positivo de VIH en un análisis, aunque éste no haya sido repetido (y, por lo tanto, no exista plena certeza de padecerse la enfermedad)[45].

3. El desequilibrio económico causado por la separación o el divorcio.

El tercero de los requisitos es el desequilibrio económico causado por la separación o por el divorcio.

Como ya he dicho, de acuerdo con la interpretación actual del art. 97 CC, la función de la compensación no es la de "permitir al cónyuge más desfavorecido seguir disfrutando de un nivel económico similar al que llevaba durante la etapa de normalidad conyugal'"[46].

Se ha fijado, así, como doctrina jurisprudencial que "en orden a la concesión de la pensión compensatoria no basta la mera consideración del desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial'"[47].

A través de dicho precepto, no se compensa, pues, cualquier desequilibrio, sino, tan solo, el que tiene su causa en la dedicación exclusiva (o prioritaria) de uno de los cónyuges al cuidado de la familia o en su coloración desinteresada en la actividad profesional o empresarial del otro[48], siempre que, como consecuencia

42 *Vid.* STS 26 noviembre 1985 (J. Civ. 1985, 707), si bien, en este caso la condena tuvo lugar por la vía de la responsabilidad contractual (arts. 1269 y 1270, en relación art. 1101 CC).

43 *Vid.* SAP Toledo 14 noviembre 2001 (AC 2001, 2509) y SAP Madrid (Sección 8ª) 24 mayo 2019 (rec. n. 975/2018). También SAP Madrid 19 febrero 2016 (JUR 2016, 75571), condenando a la mujer demandada al pago de 18.000 euros, en concepto de reparación del daño moral, pero, a diferencia de las anteriores con apoyo en el art. 98 CC, y no, en el art. 1902 CC.

44 SAP Islas Baleares 5 junio 2006 (JUR 2006, 253511).

45 *Vid.* SAP Madrid 10 julio 2007 (AC 2007, 1899).

46 *Vid.*, entre otras muchas STS 22 junio 2011 (*Tol 2227659*).

47 STS 20 febrero 2014 (*Tol 4142537*).

48 La SAP Ciudad Real 2 diciembre 2011 *(Tol 2337967)* excluyó, así, el desequilibrio, porque los cónyuges habían explotado conjuntamente (obteniendo los correspondientes beneficios) un negocio (una pizzería) que, tras separarse de hecho, habían traspasado. El marido percibía una prestación por desempleo de 1.097 euros y sufragaba los gastos correspondientes a dos de los tres hijos comunes que convivían con él, mientras que la mujer ganaba 500 euros mensuales como trabajadora doméstica, habitando en la casa donde trabajaba, por lo que tenía cubierta su necesidad de vivienda.

de ellos, haya sufrido una pérdida de expectativas económicas o de desarrollo profesional o laboral[49].

Se ha concedido, así, una pensión compensatoria temporal a una mujer que, durante el matrimonio y en el periodo previo de convivencia *more uxorio*, cesó en su actividad como titular de una empresa de publicidad por internet para dedicarse al hogar y colaborar en el desarrollo de la carrera profesional de su marido (como torero), realizando gestiones de administración de patrimonio e inversiones, y desarrollando actuaciones periféricas, complementarias y de apoyo a las actividades profesionales y mercantiles de aquél, a través de la utilización de portales web para promocionar su figura como matador de toros y del mantenimiento de relaciones con entidades bancarias, agentes inmobiliarios, asesores financieros, y periodistas, entre otros". Se compensó, así, "la pérdida de expectativas de la esposa y el abandono de su actividad laboral en beneficio propio, para dedicar sus esfuerzos en beneficio del marido" [50] .

49 La SAP Alicante 31 enero 2017 *(Tol 6144557)* consideró un desequilibrio la circunstancia de que, habiendo durado el matrimonio 38 años y habiendo tenido la mujer 4 hijos, solo había podido trabajar 7 años, por lo que no iba a poder consolidar una pensión contributiva (la actora tenía 60 años al tiempo de presentación de la demanda). Por ello, apreciando ponderadamente los ingresos de los litigantes, fijó una pensión de 100 euros mensuales, sin límite temporal, "dada la edad de la demandante, que no consta tenga cualificación profesional alguna".

50 STS 16 diciembre 2015 (RAJ 2015, 5887).

BIBLIOGRAFÍA.

AA.VV.: *Código civil (Reformas 1978-1983) Trabajos parlamentarios*, vol. II (ed. dirigida por F. Santaolalla), Cortes Generales, Madrid, 1985.

Barceló Doménech, J.: "La compensación", en *Las crisis familiares. Tratado Práctico interdisciplinar* (dir. J.R. de Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Belío Pascual, A. C.: *La pensión compensatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Campuzano Tomé, H.: *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*, Bosch, Barcelona, 3ª ed.

De Amunátegui Rodríguez, C.: "Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de las parejas no casadas", en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. J. M. González Porras y F. P. Méndez González), vol. I, Murcia, 2004.

De Ángel Yagüez, R.: "Indemnización del daño moral resultante de la declaración de nulidad de matrimonio", *Diario La Ley*, 1986, 2º.

Díaz Martínez, A.: "Comentario al art. 101 CC", en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Estrada Alonso, E.: "Compensación económica al cese de la convivencia *more uxorio*", en *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares* (dir. C. Sanciñena Asurmendi, coord. I. Fernández Chacón y C. Gago Simarro), Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

García Cantero, G.: "Comentario a los arts. 97 a 101 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo), t. II, Edersa, Madrid, 1982.

García Cantero, G.: "Comentario al art. 86 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. Albaladejo), tomo II, arts. 22 a 107 del Código civil, Edersa, Madrid, 1982.

Gutiérrez Santiago, P.: *La "vida marital" del perceptor de la pensión compensatoria*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

Lalana del Castillo, C.: *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Bosch, Barcelona, 1993.

Lasarte Álvarez, C. y Valpuesta Fernández, Mª R.: "Comentario al art. 97 CC", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. Lacruz Berdejo), Civitas, Madrid, 1994, 2ª ed., pp. 1179-1180.

Lasarte Álvarez, C. y Valpuesta Fernández, Mª R.: "Comentario al art. 101 CC", en Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil (coord. J.L. Lacruz Berdejo), Civitas, Madrid, 1994, 2ª ed.

Lasarte Álvarez, C. y Valpuesta Fernández, Mª R.: "Comentario al art. 98 CC", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J.L. Lacruz Berdejo), Civitas, Madrid, 1994, 2ª ed., pp. 1189-1190.

León González, M.: "La indemnización del artículo 98 del Código de Derecho Civil (Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1992)", *Anuario de Derecho Civil*, 1993, fasc. 2º.

Marín García de Leonardo, Mª T.: *La temporalidad de la pensión compensatoria: una realidad de nuestro tiempo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

Martínez de Aguirre, C: "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia* (coord. C. Martínez de Aguirre), 4ª ed., Colex, Madrid, 2013.

Miralles González, I.: "La disolución de la unión no matrimonial. Efectos", en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho soluciones armonizadoras,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

Muñoz Rodrigo, G.: "La extinción de la pensión compensatoria por *convivencia marital*: Significado y finalidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 *bis*, 2018.

Ordás Alonso, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja*, Bosch Wolters Kluwer, Hospital de Llobregat, 2017.

Ortiz Fernández, M.: "La extinción de la pensión compensatoria", en *La compensación por desequilibrio en la separación y divorcio. Tratado Práctico interdisciplinar* (dir. J.R. de Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Roca i Trías, E: "Comentario al art. 98 CC", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 629-630.

Roca Trías, E.: "Comentario al art. 101 CC", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 641-642.

ROCA TRÍAS, E.: "Comentario al art. 97 CC", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 619-621.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Mª P.: *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Comares, Granada, 2005.

VALLADARES RASCÓN, E.: *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, Civitas, Madrid, 1982.

VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009.

L'ADOZIONE SOCIALE

THE SOCIAL ADOPTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1078-1105

Arturo DEL GIUDICE

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: L'articolo si sofferma a considerare il tema affrontato in uno degli ultimi impegni intellettuali del Prof. C. Massimo Bianca: la teorizzazione e disciplina dell'istituto giuridico della "Adozione sociale". Questa figura (che costituisce una delle possibili forme di accoglienza familiare del sofferente psichico o fisico) è attualmente sconosciuta all'ordinamento positivo, mentre la relativa pratica è applicata con varie modalità in larga parte d'Europa (originatasi dal c.d. "modello di Geel" in Belgio). Lo studio ripercorre l'origine del fenomeno dell'accoglienza familiare, evidenzia come in Italia vi sia stato uno specifico precedente normativo abrogato: il patronato familiare. Pone in luce le differenze e i possibili punti di contatto tra i modelli dello Iesa e dell'Adozione sociale e sottolinea l'attuale interesse del Legislatore ad una possibile normazione di tali figure.

PALABRAS CLAVE: Adozione sociale; adozione civile; accoglienza; accueil familial; modello di Geel; patronato familiare; Iesa.

ABSTRACT: *The article pauses to consider the topic addressed in one of the latest intellectual engagements of Prof. C. Massimo Bianca: the theory and discipline of the legal institution of "Social Adoption". This figure (which constitutes one of the possible forms of family reception of the psychic or physical sufferer) is currently unknown to the positive system, while the relative practice is applied in various ways in a large part of Europe (originating from the so-called "model of Geel "in Belgium). The study traces the origin of the phenomenon of family reception, showing that in Italy there was a specific legal precedent that was repealed: family patronage. It highlights the differences and possible points of contact between the IESA and Social Adoption models and underlines the current interest of the Legislator in a possible standardization of these figures.*

KEY WORDS: *Social adoption; civil adoption; reception ;accueil familial; model of Geel; family patronage; Iesa.*

SUMARIO.- I. DALL'ADOZIONE CIVILE ALL'ADOZIONE SOCIALE.- II. ANTICA ORIGINE DEL FENOMENO DELL'ACCOGLIENZA FAMILIARE DEGLI ADULTI IN EUROPA.- III. IN ITALIA UN PRECEDENTE NORMATIVO ABROGATO: "IL PATRONATO FAMILIARE".- IV. L'ESPERIENZA FRANCESE: L'ACCUEIL FAMILIAL THÉRAPEUTIQUE E L'ACCUEIL FAMILIAL SOCIAL.- V. STORIA DI UN'IDEA: L'ADOZIONE SOCIALE.

I. DALL'ADOZIONE CIVILE ALL'ADOZIONE SOCIALE.

L'adozione, quale rapporto di filiazione giuridica elettiva tra soggetti non legati da vincolo di sangue[1], si articola normativamente nei tre istituti dell'adozione piena, particolare e civile[2]. L'adozione piena, con l'attribuire al minore adottato la posizione di figlio a tutti gli effetti, scioglie ogni vincolo giuridico con la famiglia originaria. L'adozione particolare non comporta invece il venir meno del legame giuridico del minore con la famiglia di origine, ma vi si sovrappone parzialmente. Agli adottanti spetta la responsabilità genitoriale, tenuti a mantenere, istruire ed educare il figlio adottivo, oltre che apprestare lui cure ed affetto.

L'adozione civile è l'adozione del maggiorenne, istituto che crea un affiancamento dei vincoli familiari di sangue con quello giuridico elettivo dell'adottante: così come plasticamente si evidenzia nella norma sul cognome dell'adottante (art. 299 c.c.), che viene a coesistere, anteposto a quello dell'adottato. L'adozione civile non trova la sua ragion d'essere soltanto nell'acquisto dei diritti successori, nel trasferimento mortis causa del patrimonio familiare dell'adottante, ma anche nell'obbligo reciproco, adottante-adottato, agli alimenti, espressione della funzione di solidarietà economico-sociale presente in ogni tempo tra i membri di una stessa famiglia[3].

L'affidamento, infine, ulteriore istituto che si affianca concettualmente all'adozione, quale strumento temporaneo di protezione del minore, non genera quella stabilità familiare propria del rapporto adottivo. La famiglia (anche mononucleare o comunità familiare) affidataria assume provvisoriamente un ufficio (di diritto privato) di assistenza del minore, privo di ambiente familiare idoneo (art. 2 l. adoz.). Tale istituto è stato normato esclusivamente per soccorrere i minori;

1 Bianca, C.M.: *Diritto civile La famiglia 2.1*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 451.

2 L'adozione interazionale quale adozione di minori di nazionalità diversa dagli adottanti, comporta effetti di adozione piena (recisione dell'originario rapporto di filiazione), ma può comportare anche effetti propri dell'adozione particolare (cfr. art. 32^2 c.c. l. adoz.). La c.d. adozione mite invece è una prassi giurisprudenziale del Tribunale dei minori (introdotta dal Tr/Minori Bari, 7 maggio 2008, Fam. Dir. 2009, p. 393 con n. Caffarena) nelle ipotesi di semiabbandono, interpretazione "giurisprudenziale" analogica dell'istituto dell'adozione particolare.

3 Bianca, C.M.: "Diritto civile", cit., p. 518.

• Arturo del Giudice
Avvocato. E-mail: delgiudicestudiolegale@gmail.com

il legislatore non ha previsto una figura giuridica simile che sia applicabile anche ai maggiori di età, privi di famiglia e in situazione di difficoltà psichica o fisica.

Per i maggiorenni (sofferenti psichici o fisici) l'ordinamento solo indirettamente riconosce la pratica della possibile accoglienza in famiglia non di origine (c.d. inserimento eterofamiliare) e ciò si riscontra dalla legge sui servizi sociali[4]. A corollario del ruolo centrale delle "famiglie nella formazione e nella cura della persona" vengono previste disposizioni di aiuto e sostegno anche domiciliare nel sistema integrato dei servizi sociali, con benefici di carattere economico, proprio "per le famiglie che assumono compiti di accoglienza**"** e di cura dei disabili fisici, psichici e sensoriali e di altre persone in difficoltà, di anziani, oltre che dei minori in affidamento[5].

A fronte di tale marginalità normativa, secondo un'approfondita indagine conoscitiva, emerge che l'accoglienza familiare (quale inserimento dell'adulto sofferente psichico o fisico in famiglia non parentale) è fenomeno largamente praticato in Europa e in tante altre nazioni non europee e, secondo diversi modelli, variamente organizzato e attuato[6].

Per rimanere al diritto positivo l'accoglienza familiare del maggiorenne disabile psichico o fisico può ritenersi possibile nel nostro ordinamento secondo un'interpretazione evolutiva dell'istituto dell'adozione civile di cui agli artt. 291 e ss. cod. civ. L'adozione del maggiore di età non può limitarsi agli aspetti puramente economici (successione patrimonio adottante) e relativi al nome (cognome anteposto a quello dell'adottato), "perché la finalità di assicurare la continuità del nome e del patrimonio di famiglia appare insufficiente a giustificare la conservazione dell'istituto nell'attuale contesto sociale"[7]. Con l'adozione civile si viene a costituire tra adottante e adottato anche un reciproco impegno di solidarietà (tra persone adulte), tanto che un'appropriata applicazione dell'istituto può, secondo corretta interpretazione, riguardare l'adozione di persone affette da invalidità fisica o psichica[8].

4 Legge 8 novembre 2000, n. 328, "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali".

5 Dal combinato disposto dell'art. 1 (Principi generali e finalità) e dell'art. 16 (Valorizzazione e sostegno delle responsabilità familiari) emerge il riconoscimento normativo dell'accoglienza familiare quale pratica sociale virtuosa. In particolare: l'art. 1: "1. La Repubblica assicura alle persone e alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi sociali, promuove interventi per garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza, previene, elimina o riduce le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare …", mentre l'art. 16 prevede: "… 3. Nell'ambito del sistema integrato di interventi e servizi sociali hanno priorità: ……d) prestazioni di aiuto e sostegno domiciliare, anche con benefici di carattere economico, in particolare per le famiglie che assumono compiti di accoglienza, di cura di disabili fisici, psichici e sensoriali e di altre persone in difficoltà, di minori in affidamento, di anziani".

6 Aluffi, G.: *Dal manicomio alla famiglia*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 63 e ss.

7 Bianca, C.M.: "Diritto civile", cit., p. 518

8 Bianca, C.M.: "Diritto civile", cit., p. 261

Si può quindi riscontrare nell'adozione civile anche uno strumento di inserimento e accoglienza familiare delle persone maggiorenni con disabilità, bisognose di aiuto non solo materiale, quali le strutture sanitarie o di accoglienza ad hoc possono fornire, ma anche di quei fondamentali scambi emotivi ed affettivi che solo la convivenza e le relazioni in ambiente familiare possono stabilmente assicurare, in un permanente sforzo della comunità minore, di risocializzazione possibile della persona accolta.

In definitiva la funzione dell'adozione civile non è solo quella di consentire una filiazione elettiva, attributiva del cognome e della posizione di erede al maggiorenne, ma "può anche rispondere ad un'esigenza solidaristica volta a creare un rapporto di stabile assistenza di persone adulte"[9].

Tale interpretazione trova recente riscontro nella giurisprudenza di merito, ove è stato affermato che anche l'interdetto può essere adottato[10]. Contro larga parte della dottrina che si è pronunciata negativamente, sembra possa prevalere l'opinione (inizialmente isolata) che ha da tempo evidenziato come il divieto di adozione "condurrebbe ad una discriminazione a carico dell'interdetto non conforme al fondamento di protezione dell'istituto dell'interdizione"[11].

Viene quindi modificata, con interpretazione in senso solidaristico, la vocazione e ratio dell'adozione civile, da (esclusivamente) economico-sociale a strumento giuridico volto a promuovere una possibile, stabile convivenza familiare e di accudimento del maggiorenne sofferente psichico o fisico (anche se interdetto), con l'inserimento a seguito dell'adozione nel nucleo familiare adottivo.

S'intravede quindi nella detta riconsiderazione interpretativa dell'adozione civile, aperta all'accoglienza del maggiorenne in famiglia, una disciplina che precorre la (ancora) non normata "adozione sociale", configurata come un innovativo istituto di diritto privato, volto alla creazione di un nucleo familiare allargato al disabile, nascente dall'incontro della famiglia non di origine (adottiva), con il maggiorenne sofferente fisico o mentale (adottato).

9 Bianca, C.M.: "Diritto civile", cit., p. 518

10 V. Tribunale di Verona, 1.6.2019, n. 1283, Osservatorio Dir. Fam. 2020, il Tribunale scaligero ha evidenziato come l'adottanda maggiorenne interdetta non aveva una famiglia d'origine, idonea a sostenerla, mentre la nuova famiglia adottiva "… soddisfa gli interessi dell'adottanda … e soddisfa al contempo le esigenze morali e giuridiche del nuovo nucleo familiare" quindi seguendo l'interpretazione della Cass. 14669/2018 secondo la quale all'interdetto deve essere consentito, per tramite del rappresentante legale, il compimento di atti personalissimi (secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 357 e 414 cod civ.), il tutore ha validamente espresso il consenso di cui all'art. 296 c.c. nell'interesse dell'interdetto, per la sua adozione civile.

11 Bianca, C.M.: "Diritto civile", cit., p. 475, contro la diversa posizione della dottrina (ivi citata), ha ritenuto conforme che possa essere adottato il maggiorenne in stato di interdizione.

L'istituto dell'adozione sociale viene quindi configurato come una sollecitazione a normare, rivolta al legislatore[12], secondo una possibile disciplina, di un fenomeno largamente diffuso nella pratica di accoglienza in famiglia non parentale di persone maggiorenni in difficoltà. In particolare la comunità familiare offre al disabile solidarietà ed assistenza nel suo seno, quale possibile ambito terapeutico-affettivo.

L'esperienza dell'accoglienza familiare, dall'affido familiare e dall'adozione del minore, viene estesa anche al maggiore di età sofferente, che può giovarsi di quel privato solidale della stabile convivenza in famiglia (non di origine) che lo riceve e prende con sé. La "normalità familiare accoglie e dà sollievo alla sofferenza"[13].

L'adozione sociale si risolve in una delle possibili forme di convivenza familiare elettiva, attraverso la quale l'adottato viene accolto da una famiglia, inserito in uno spazio ed ambito affettivo ed emotivo, esplica le sue pur residue potenzialità nella relazione con i componenti la famiglia stessa dei quali ha bisogno per "individuare se stesso" [14]. Ciò al fine di un suo possibile reinserimento attraverso il medium della comunità familiare nella società civile, secondo quella pratica largamente seguita in Europa, originatasi in Belgio nel villaggio di Geel e sviluppatasi con varie modalità di accoglienza in tutto il mondo[15].

II. ANTICA ORIGINE DEL FENOMENO DELL'ACCOGLIENZA FAMILIARE DEGLI ADULTI IN EUROPA.

La pratica dell'accoglienza familiare degli adulti si è venuta facendo strada in Europa dal Belgio, ove si è sviluppata con origini antichissime, di leggendaria tradizione devozionale, secondo un modello socioterapico, denominato "modello di Geel", dal nome della cittadina in cui ebbe origine[16].

12 A tal proposito si è svolto, presso la Camera dei Deputati in data 6 dicembre 2017, il convegno "Nuove forme di tutela dei sofferenti psichici" organizzato dalla Scuola del Prof. Bianca, C.M. per un confronto tra giuristi, studiosi di psichiatria e istituzioni politiche anche sul tema del della possibile configurazione giuridica dell'adozione sociale.

13 Furlan, P.M.: in Aluffi, G., "Dal manicomio", cit., p. 14 che a proposito della pratica dello Iesa (Inserimento eterofamiliare supportato di adulti) afferma come "… è interessante notare che anche gli operatori (dei servizi n.d.r.) si confrontano in una dimensione meno conosciuta sia perché rappresenta la "normalità" che accoglie la "patologia", sia perché permette loro di osservare "statu nascendi" il riassetto di dinamiche familiari con l'introduzione di un malato psichico."

14 Benassi, P., *Mezzo secolo di Psichiatria Italiana 1960-2010*, Franco Angeli, Milano, 2014, p. 22, ove nel richiamare il contributo fondamentale di Basaglia al reinserimento del sofferente psichico nel tessuto sociale sottolinea come "… L'uomo è per sua natura sociale, cioè esplica la sua potenzialità nella relazione con gli altri e contemporaneamente ha bisogno degli altri e della loro presenza significativa per individuare se stesso...".

15 Aluffi, G.: "Dal manicomio", cit., p. 44, ove evidenzia "la storia e la distribuzione geografica dell'accoglienza Iesa (inserimento eterofamiliare supportato di adulti) non mondo".

16 Geel cittadina ubicata nelle Fiandre, in Belgio, nella parte fiamminga, ha una tradizione di secolare accoglienza e inserimento nelle famiglie di persone con sofferenze psichiche, secondo quel metodo definito "trattamento familiare della follia". Sull'esperienza di Geel, diffusamente, Villa, R.: *Geel, La città dei matti. L'affidamento famigliare dei malati mentali: sette secoli di storia*, Carocci editore, Roma, 2020 e ivi note bibliografiche ampiamente riportate; Peloso, P.F.: "Psichiatri a scuola dai contadini? Il "miracolo" di

Per assistere a cerimonie religiose, nella speranza di una miracolosa guarigione dalla follia, si diffuse a Geel la pratica della prolungata accoglienza dei sofferenti psichici (considerati non guaribili) venuti da ogni parte del Belgio, i quali ospitati in casa dagli abitanti del villaggio si fermavano a lungo per compiere pratiche religiose e in tale loro permanenza venivano trattati come membri effettivi delle famiglie ospitanti[17].

Riferisce un attento osservatore dei fenomeni sociali[18] che Geel anche nell'attualità costituisce un "esperimento sociale unico" tanto che gli ospiti: "… nella maggior parte dei casi diventano persone di famiglia … possono avere una parte nell'allevamento di figli e nipoti, o nel prendersi cura degli anziani". La caratteristica più significativa dell'accoglienza nella cittadina fiamminga è la pienezza della relazione familiare che diviene reciproca e spontanea, muovendo dalla costatazione che "i genitori adottivi sono preparati a fare di tutto per andare incontro ai propri ospiti"[19].

In particolare nasce a Geel quel metodo di cura (anti-asilare) di accoglienza nella singola famiglia della sofferenza psichica individuale, quale cura e accudimento in casa in alternativa, ove possibile, al ricovero custodiale in istituto psichiatrico.

Il metodo fu oggetto di grande attenzione fin dalla prima metà dell'800 dagli studiosi della psichiatria[20], recatisi più volte in quello che veniva definito il "Villaggio dei folli"[21].

Anche in Italia il modello venne testimoniato e approvato quanto alla sua validità da illustri psichiatri fin dalla metà dell'800[22]. Sviluppato quindi nel progetto

Geel tra devozione, integrazione e terapia dei folli", *Humanitas*, anno LXX, 2015, n. 3, p. 387. Per Geel nell'attualità Avico, R.: "Psichiatria: il modello de-istituzionalizzante di Geel, Belgio", *Il Foglio Psichiatrico*, 2020 ove offre una sua testimonianza: "… ho avuto la possibilità di visitare la città/struttura psichiatrica di Geel, a pochi chilometri da Bruxelles, in Belgio. Geel è conosciuta in ambito psichiatrico perché ospita un progetto antico (che va avanti da centinaia di anni) di inserimento di malati psichiatrici all'interno di famiglie cosiddette normali, chiamate "foster families".

17 Andreoli, V.: *Un secolo di follia,* Rizzoli, Milano, 1998, p. 47 che individua l'origine dell'espressione "Patronage familial" coniata dal dott. Bulkens il quale secondo il regolamento del 1938 fu uno dei medici che esercitavano una sorveglianza (ma discreta) sulla colonia di Geel.

18 Sacks, O.: *Ogni cosa al suo posto* (*Everything in Its Place: First Loves and Last Tales*), trad. di Blum C. I., Adelphi, Milano, 2019, p. 204.

19 Roosens, E., Van de Walle, L.: *Mental Patients in Town Life: Geel – Europe's First Therapeutic Community,* SAGE Publications, New York, 1979, antropologi, i cui studi e ricerche sono riportati da Sacks, O.: "Ogni cosa" cit., p. 205; si noti che gli studiosi antropologi definiscono gli ospitanti "genitori adottivi" sottolineando la grande partecipazione emotiva alla relazione familiare instaurata.

20 Villa, R.: "Geel, La città", cit., p. 17.

21 Si poteva leggere nelle riviste scientifiche del momento L'Experience: Juornal de Medicine et de Chirurghie, vol. 7, p. 300: "…Ce village, qui s'appelle Ghéel, est vulgairement désigné sous le nom de Village des fous. ... Tel est l'endroit ou plutôt la colonie d'aliénés sur laquelle M. Esquirol a déjà publié une notice curieuse, et que M. Moreau a entrepris de nouveau...". Per una esperienza conoscitiva del tempo v. Moreau de Tours, J.: "Lettres médicales sur la colonie d'aliénés de Ghéel", *Annales Médico-Psychologiques*, 1842, p. 678.

22 Villa, R.: "Geel, La città", cit., p. 17 e ss. che tra i primi alienisti a Geel ricorda il viaggio di Bonacossa nell'ottobre del 1838, poi descritto nel libro Bonacossa, G.S.: *Sullo stato de' mentecatti e degli ospedali per i*

di legge nazionale sui manicomi (poi divenuto legge Giolitti del 1904) nella quale trovò posto anche uno spazio di regolamentazione normativa della pratica dell'accoglienza familiare (patronato familiare)[23].

Nel tempo e nel corso del '900 la pratica dell'accoglienza familiare è stata variamente denominata: patronato familiare, cura in casa privata, assistenza familiare, trattamento familiare, custodia domestica, ricovero familiare, affidamento familiare[24]. Nell'attualità il modello seguito anche in Italia delle famiglie che accolgono il sofferente psichico è conosciuto e indicato come "Iesa" (Inserimento eterofamiliare supportato di adulti).

Il modello plurisecolare, praticato in Geel ininterrottamente fino ad oggi, ha subito modifiche nel corso del tempo[25], ma è rimasta costante l'idea e pratica di fondo dell'accoglienza e trattamento in famiglia con grande umanità verso i sofferenti psichici. In particolare il sofferente psichico viene accudito non da ospite ma da familiare, mentre dall'esterno, viene sostenuto da un atteggiamento solidaristico di tutta la comunità di Geel, pienamente tollerante, priva di una pur minima ostilità, anzi pienamente comprensiva dei comportamenti, anche se talvolta singolari, di tante persone accolte nelle famiglie.

Notevole quindi lo sforzo di risocializzazione dell'ospite in casa attraverso quella che viene definita "l'attitudine normativa" della famiglia la quale, per quanto possibile, impegna nel quotidiano i propri componenti per il recupero di abitudini, regole e valori di ordine etico-familiare, a sostegno e protezione della stessa persona sofferente accolta[26].

medesimi in vari paesi dell'Europa, Fratelli Favale, Torino, 1840; v. Zocchi, P.: "Biografia di Serafino Biffi", *Aspi*, 2015, p. 1, ove riferisce che l'illustre psichiatra Biffi, S. riportò "un'impressione particolarmente favorevole … dalla visita alla colonia di Geel nel 1852, che fece conoscere in Italia, continuando anche negli anni successivi a sostenere i concetti di riforma più moderni e liberali – come appunto la "colonizzazione dei pazzi" – in materia di organizzazione dei manicomi e trattamento degli alienati ...". Ma non tutti gli studiosi di psichiatria erano concordi con Biffi sul punto v. Villa, R.: "Geel, La città", cit., p. 173 circa il dibattito sulla necessità di istituzioni segreganti per la maggior parte degli alienati e solo per pochi l'inserimento in famiglia, come fermamente ritenuto da Verga, A., maestro di Biffi, S..

23 Villa, R.: "Geel, La città", cit., p. 53, ove evidenzia la posizione del Maestro della psichiatria italiana Verga secondo il quale "alla più gran parte conviene il manicomio e ad altri la famiglia", posizione con la quale affianca alla normale cura dei sofferenti psichici presso il manicomio, la residuale possibilità di cura in accoglienza familiare (patronato familiare).

24 Aluffi, G.: *Famiglie che accolgono. Oltre la psichiatria*, Gruppo Abele, Torino, 2014, p. 21, nota 12.

25 Godemont, M.: *L'accoglienza familiare nell'esperienza belga di Geel*, Atti del III convegno nazionale e rete europea dell'inserimento eterofamiliare supportato di adulti (Iesa), Treviso, 8 - 9 giugno 2006, a cura di Bressaglia, G., ove precisa che lo Iesa: "… si è dunque evoluto verso un sistema misto d'accoglienza familiare e accompagnamento professionale al di fuori della famiglia in particolare a Geel, … strettamente collegato alla clinica psichiatrica. Il sistema di trattamento in famiglia consiste infatti in una appendice della clinica la quale assume gli ospitanti e li retribuisce direttamente".

26 Godemont, M.: *L'accoglienza familiare nell'esperienza belga di Geel*, in Atti del III convegno nazionale e rete europea dell'inserimento eterofamiliare supportato di adulti (Iesa) Treviso 8 - 9 giugno 2006, a cura di Bressaglia, G., p. 12, ove a proposito del modello di Geel nell'attualità precisa che "… Gli sviluppi non sembrano aver intaccato l'essenza dell'accoglienza familiare. Vale a dire: -Massima integrazione e inserimento familiare, con legami affettivi ed emozionali molto forti. ("Nostro paziente"; il paziente è più di un'/una ospite, è quasi un membro della famiglia) -Un ambiente tollerante e ben disposto della popolazione,

L'esperienza originatasi nel XIII secolo[27] è oggi ancora attiva in Geel e pur nella diversità rispetto al modello originario[28] prevede comunque l'inserimento familiare che talune famiglie della cittadina pongono in essere, accogliendo singoli sofferenti psichici nelle abitazioni, accuditi e trattati come familiari, partecipi delle occupazioni domestiche, lavorative e sociali, secondo le loro possibilità e la loro volontà.

Merito della cittadina fiamminga è stato quindi quello di aver rappresentato nel corso dei secoli un laboratorio sociale di ricerca di un metodo di cura alternativo (a quello asilare) della sofferenza psichica, attraverso l'opera di conforto, portata al sofferente psichico dalla singola comunità familiare sostenuta e coadiuvata all'esterno dalla comunità degli abitanti di Geel.

III. IN ITALIA UN PRECEDENTE NORMATIVO ABROGATO: "IL PATRONATO FAMILIARE".

Il collocamento del sofferente psichico presso una famiglia che si prestasse ad accoglierlo era previsto nella legge Giolitti[29], la quale aveva normato l'istituzione e l'organizzazione del manicomio con il fine di "custodire e curare l'alienato"[30]. Nondimeno all'art. 1, co. 3, della legge veniva configurato l'istituto del c.d.

anche da parte di chi non partecipa direttamente all'accoglienza stessa. Un'attitudine normativa della famiglia d'accoglienza nei confronti del paziente (la famiglia insiste con il paziente per farlo adattare nella misura possibile alle regole, abitudini, e valori della famiglia).-L'accettazione di restrizioni (o handicaps) impossibili da far migliorare nel comportamento del paziente ("è la sua malattia"). La grande lealtà (fedeltà) della famiglia d'accoglienza nei confronti della persona del paziente integrato, talvolta fino alla sua morte o fino alla presa in carico da parte della generazione seguente della famiglia…".

27 Aluffi, G.: "Famiglie che accolgono", cit., p. 34 e ss. ove nel rinvenire le origini dello lesa ripercorre storicamente l'esperienza plurisecolare di Geel, analogamente a quella del tempio di Iwakura in Giappone e alla Psychiatrische Familienpflege di Brema. Sulle origini leggendarie v. pure Bersani, F. S., Riboni, J., Prevete, E., Borghi, L., *Geel e Santa Dinfna, una secolare tradizione di assistenza psichiatrica,* Giornale di storia, 2020, n. 32, p. 18 che nelle conclusioni sottolinea come: "…La storia dell'assistenza psichiatrica di Geel risulta suggestiva sotto molti aspetti, per esempio mostrando come sin dal Medioevo una comunità di persone sia stata in grado di praticare accettazione e accoglienza nei confronti di persone straniere e "diverse", nonché di mettere in atto una forma di cura parzialmente deistituzionalizzata dei pazienti affetti da disturbi neuropsichiatrici prima che il tema della deistituzionalizzazione si affermasse all'interno della comunità medica e scientifica…"

28 Rispetto all'iniziale pratica si sono avute negli ultimi decenni delle modifiche dal tradizionale sistema di sola accoglienza, si è passati al sempre maggiore coinvolgimento dei professionisti sanitari e attraverso occupazioni diverse dal lavoro agricolo, atteso il venir meno delle occupazioni nei campi dei cittadini di Geel.
Godemont, M.: "L'accoglienza familiare", cit., precisa che lo lesa "… si è dunque evoluto verso un sistema misto d'accoglienza familiare e accompagnamento professionale al di fuori della famiglia in particolare a Geel, … strettamente collegato alla clinica psichiatrica. Il sistema di trattamento in famiglia consiste infatti in una appendice della clinica la quale assume gli ospitanti e li retribuisce direttamente…".

29 Legge 14.2.1904, n. 36, G.U. 22.2.1904, n. 43 "Disposizioni sui manicomi e sugli alienati" in vigore dall'8.3.1904. Significativo il fatto che il disegno di legge concernente le "Disposizioni sui manicomi e sugli alienati" fosse proposto da Giovanni Giolitti, Ministro dell'Interno.

30 Ianni, P., "Cenni storici: dalla legge Giolitti alla legge Basaglia. Intervento al convegno "40 anni dopo: riflessioni sulla legge 13 maggio 1978, n. 180"", *Nomos le attualità del diritto*, 2019, p. 4, ove osserva, in ordine alla funzione segregante legge Giolitti, come "con tale legge i malati si trasformano in internati a vita".

patronato familiare[31] e cioè la possibilità di collocamento del disabile in una famiglia, precisando la norma che: "Il direttore di un manicomio può, sotto la sua responsabilità, autorizzare la cura di un alienato in una casa privata, ma deve darne immediatamente notizia al procuratore del re e all'autorità di pubblica sicurezza"[32].

Quindi, accanto alla disciplina e organizzazione delle strutture manicomiali, vi era anche la possibilità normativamente prevista, che il sofferente psichico potesse essere assistito in case private e accudito in una famiglia, controllato e seguito dall'ospedale psichiatrico il cui direttore aveva responsabilmente rilasciato l'autorizzazione. Il direttore era chiamato, in via generale, a rispondere sia della salute e incolumità del disabile, sia delle azioni che questi potesse compiere in danno di terzi o che potesse egli subire da parte della famiglia ospitante. Una responsabilità delineata del tutto genericamente (art. 1, comma 3: "…può sotto la sua responsabilità…") e come tale molto ampia. A questo si aggiunga la vigilanza attenta delle autorità di pubblica sicurezza e del procuratore del re, reso edotto del "pericolo" del disabile psichico che si trovasse in relativa libertà (da accudimento familiare)[33].

La legge Basaglia, giustamente considerata tra le poche leggi veramente innovative, rivoluzionarie (nel panorama della produzione normativa successiva alla Costituzione)[34], nell'urgenza di una rapida approvazione per restituire libertà e dignità alla comunità dei sofferenti psichici[35] non tenne conto dell'istituto

31 Traduzione da "Patronage familial" espressione coniata dal dott. Bulkens per definire il modello di Geel v. sul punto Andreoli, V.: *Un secolo di follia,* Rizzoli, Milano, 1998, p. 47

32 L'art. 1, per esteso precisava: "Debbono essere custodite e curate nei manicomi le persone affette per qualunque causa da alienazione mentale, quando siano pericolose a sé o agli altri e riescano di pubblico scandalo e non siano e non possano essere convenientemente custodite e curate fuorché nei manicomi. Sono compresi sotto questa denominazione, agli effetti della presente legge, tutti quegli istituti, comunque denominati, nei quali vengono ricoverati alienati di qualunque genere.
- Può essere consentita dal Tribunale, sulla richiesta del procuratore del re, la cura in una casa privata, e in tal caso la persona che le riceve e il medico che le cura assumono tutti gli obblighi imposti dal regolamento.
- Il direttore di un manicomio può sotto la sua responsabilità autorizzare la cura di un alienato in una casa privata, ma deve darne immediatamente notizia al procuratore del re e all'autorità di pubblica sicurezza".

33 Greco, O. e Maniglio, R.: "Malattia mentale e criminalità", *Rassegna italiana di criminologia*, 2007, p. 112: "… Le malattie mentali e la criminalità sono fenomeni ubiquitari e diffusi tanto da costituire problemi sociali di rilievo internazionale (Desjarlais, Eisenberg, Good, Kleinmann, 1995), in quanto, potendosi esprimere attraverso la violenza, possono assumere i contorni di emergenza nell'ambito della salute pubblica (Koop, Lundberg, 1992). A volte malattia mentale e criminalità sono contemporaneamente presenti e, in casi particolari, l'una può essere causa diretta dell'altra. Tuttavia, nella maggior parte dei casi, malattia mentale e criminalità sono fenomeni del tutto indipendenti l'uno dall'altro. È bene ricordare, infatti, che la possibilità di commettere reati riguarda tanto le persone mentalmente sane, quanto quelle affette da disturbi psichiatrici".

34 Bobbio, N.: "Il dibattito delle idee", *Enciclopedia multimediale delle scienze*, 2012, intervista di Parascandolo a N.B. del 1985. Il filosofo del diritto testualmente definiva la legge Basaglia quella "2che in qualche modo trasforma la società presente in quanto è ispirata ad un valore importante, un valore ideale non riconosciuto in quella determinata circostanza".

35 La legge 13 maggio 1978, n. 180 venne approvata nel generale convincimento della necessità di eliminare i "ghetti manicomiali", quale stralcio dalla generale riforma sanitaria, poco prima che il referendum abrogativo della legge 36/1904 indetto potesse pregiudicare la scelta già operata dal parlamento. Prima dell'abrogazione della legge Giolitti del 1904 la Corte costituzionale era stata solo marginalmente chiamata a decidere (v. sent. 74/1968 circa l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, secondo co. l. 14.2.1904, n. 36 limitatamente alla parte in cui non permetteva la difesa dell'infermo nel procedimento che si svolge innanzi

del "patronato familiare", che forse poteva essere riformato e conservato (in conformità con la comune pratica seguita in Europa), ma che cessò di esistere con l'abrogazione della legge Giolitti.

Il diritto positivo tornava così a disinteressarsi dell'accoglienza familiare, quando in Europa si faceva strada, in antitesi al ricovero custodiale, la pratica talvolta giuridicamente normata del collocamento familiare. Come nell'esperienza francese che, già dal 1963, prevedeva con il "placement familial surveillé" un possibile percorso alternativo di cura socio-terapica, mediante inserimento in famiglia del sofferente psichico.

La puntuale disposizione normativa di cui al "patronato familiare" era stata inserita (all'interno della legge del 1904) in alternativa e in antitesi alla restrizione manicomiale, in sintonia con l'esperienza pratica diffusa in tutta Europa di seguito alla scoperta del modello di Geel da parte della comunità degli alienisti. Nella sintetica disposizione (accoglienza familiare sotto la responsabilità del direttore) inserita nella legge del 1904, si poteva intravedere una forma di inserimento familiare che unisse la cura prestata di seguito all'accoglienza in famiglia alle cure psichiatriche a domicilio.

Accoglienza familiare regolamentata con il definire modalità e linee guida per la sicurezza del disabile e dei terzi. Modalità che, se correttamente seguite, rassicuravano e sollevavano da ogni responsabilità i soggetti attivi nel trattamento terapeutico e familiare.

Tale istituto secondo l'annesso regolamento (R.D. 16 agosto 1909 n. 615)[36] prevedeva unitariamente, sotto la denominazione di manicomi, anche gli stabilimenti privati che ricevessero i sofferenti psichici[37].

Mentre venivano, invece, specificamente indicate con la denominazione di "case private", tutte quelle abitazioni (con esclusione della "casa dell'alienato" o della sua famiglia) che senza essere organizzate a stabilimento, accoglievano uno o due "alienati". Si distingueva quindi tra un inserimento omofamiliare (non consentito dal regolamento) e un collocamento eterofamiliare[38] che invece era

al Tribunale ai fini della emanazione del decreto di ricovero definitivo). Niederstein, C.: "Basaglia's traum", *Psicotel*, https://www.psicotel.it/index.html,così puntualmente sintetizza: "… La legge Basaglia abolì gli ospedali psichiatrici, il trattamento obbligatorio, e il concetto tradizionale di malattia mentale, adesso considerata una malattia come tutte le altre. Nel sistema d'intervento psichiatrico di Basaglia doveva essere la persona malata a chiedere il ricovero per cosi avere libertà e dignità…".

36 Regolamento per la esecuzione della legge 14 febbraio 1904, n. 36.

37 Sotto qualsiasi denominazione di ricoveri, case o ville di salute, asili e simili. Facevano parte integrante dei manicomi le colonie agricole o familiari da essi dipendenti. Le colonie agricole o familiari autonome, cioè non dipendenti da manicomi, considerate, agli effetti della legge, come manicomi (art. 1 R.D.).

38 Aluffi, G., Cristina, E., Olanda, I., Furlan, P.M., "La famiglia terapeutica", *Psichiatria Informazione*, 2005, n. 28, p. 47.

previsto e praticato proprio secondo quel modello di Geel che aveva suscitato tanta attenzione, già a far data dalla seconda metà dell'800, negli psichiatri ispiratori di questa parte della legge del 1904.

Secondo il regolamento, l'accoglienza familiare in casa era limitata ad uno o al massimo due sofferenti psichici. Vi erano quindi delle prescrizioni per poter conseguire l'autorizzazione alla cura in una casa privata, prescrizioni sia di "carattere sanitario" quali: a) la salubrità della casa e la sua capacità a ricevervi convenientemente l'alienato e l'adatta disposizione degli ambienti; sia di "carattere sociale": b) la sua ubicazione doveva essere fuori dei centri abitati ed avere possibilmente una sufficiente estensione di terreno annesso[39]. Ciò in conformità ai principi di cura ma anche di custodia (sociale) del sofferente psichico, cui era informata la legge Giolitti.

Veniva poi redatto un elenco dei soggetti autorizzati all'accoglienza. In particolare, chiunque intendesse ottenere l'autorizzazione per la cura di alienati estranei nella propria casa, doveva farne domanda al prefetto. Il prefetto, assunte le debite informazioni e compiute all'occorrenza le opportune verifiche, faceva inserire la domanda meritevole di accoglimento in un apposito elenco, partecipato al procuratore del re della circoscrizione in cui avesse sede il manicomio e al direttore di questo ultimo e così il direttore del manicomio sceglieva la casa stessa fra quelle autorizzate dal prefetto (Art. 14 R.D.)[40].

Il regolamento inoltre prevedeva e induceva la formazione di una adeguata professionalità: infatti il direttore del manicomio poteva istituire speciali corsi teorico-pratici per coloro che intendessero ricevere alienati nella loro casa, rilasciando il relativo attestato (Art. 16 R.D.)[41].

Le famiglie che avevano al loro interno componenti in possesso dell'attestato oppure ex-infermieri o ex-sorveglianti già dipendenti di istituti psichiatrici erano di regola preferite nella "assegnazione degli alienati" alla cura in casa privata, in presenza dei requisiti di carattere sanitario e sociale previsti dal regolamento.

39 Veniva inoltre prevista: c) la possibilità che l'alienato sia adibito a qualche lavoro preferibilmente agricolo; doveva quindi essere valutata la famiglia accogliente in particolare tale doveva essere d) la composizione della famiglia ed i lavori in cui essa è occupata, in maniera che si verificasse se lo alienato potesse avere la dovuta cura ed assistenza, e fosse eliminata ogni probabilità di pericolo per lo alienato o per altri, e di pubblico scandalo; e) la buona condotta e la moralità dei componenti la famiglia, infine f) l'assistenza medica assicurata, con l'indicazione del sanitario che avrebbe assunto la cura dell'alienato.

40 La l. 13 marzo 1958 n. 296 sostituiva per le relative autorizzazioni al Prefetto il Medico provinciale.

41 Tali corsi non possono durare meno di sei mesi e possono essere fusi coi corsi di cui all'art. 24 del presente regolamento. Il direttore è autorizzato a rilasciare, secondo le norme stabilite dall'art. 24, terzo comma, di questo regolamento, attestati di idoneità a chi frequenti i corsi medesimi. Le famiglie delle quali fa parte persona munita del detto attestato o uno degli ex-infermieri od ex-sorveglianti contemplati nel capoverso dell'art. 22, devono di regola essere preferite nell'assegnazione degli alienati alla cura in casa privata, quando non manchino gli altri requisiti, di cui nel precedente art. 14.

Si può quindi dedurre che l'esperienza di Geel avesse comunque sollecitato il legislatore italiano del primo ' 900 a considerare l'accoglienza familiare quale possibile alternativa (seppure marginale) all'internamento nel manicomio e a prevederne la disciplina normativa e regolamentare che ne rendesse possibile l'attuazione. Con una singolare coincidenza del "patronato familiare" così come disciplinato dalla legge Giolitti, con l'esperienza francese del "placement familial" e poi dell'"accueill familial thérapeutique" (ancora oggi attivo)[42].

IV. L'ESPERIENZA FRANCESE: L'ACCUEIL FAMILIAL THERAPEUTIQUE E L'ACCUEIL FAMILIAL SOCIAL.

A seguito di un fecondo dibattito della psichiatria francese nell' '800 sul c.d. modello della (fiamminga) Geel di accoglienza in famiglia del disabile psichico, esperienza ripresa successivamente anche nel Belgio francofono (Lierneux)[43], si aprì in Francia una discussione sull'effettiva utilità terapeutica di tale metodo di cura[44].

Gli psichiatri francesi discutevano se l'accoglienza familiare (inserimento eterofamiliare) andasse applicata alle persone affette da disturbi mentali non gravi (c.d. tranquilli) anche in Francia, di seguito alla realizzazione delle esperienze pratiche di collocamento in famiglia dei sofferenti psichici, nelle forme delle colonie agricole[45].

42 Coincidenza sotto i diversi profili dell'inserimento etero-familiare, della richiesta professionalità del familiare accogliente e dell'intervento della autorità pubblica a controllo del corretto ed efficace svolgimento del fenomeno dell'accoglienza in famiglia.

43 Villa, R.: "Geel, La città", cit., p. 216, riferisce dettagliatamente sulla vicenda della istituzione della colonia di Lierneux con l'obiettivo di "una colonia familiare per malati di mente di lingua francese", secondo una proposta avanzata dal governatore di Liegi.

44 Aluffi, G.: "Famiglie che accolgono", cit., p. 45, richiama il dibattito sulle caratteristiche e applicabilità del modello Geel apertosi fin dall'inizio del secolo XIX a seguito delle relazioni di illustri psichiatri che avevano visitato Geel: Esquirol, J.E.D. (1821), Moreau De Tours, J. (1845) con voci dissimili circa la possibilità di estendere tale modello kalla Francia. Geel, secondo una battuta del tempo, per la sua singolarità era diventata meta degli alienisti oltre che dei sofferenti psichici. V. inoltre Nesis, J.: "L'esperienza di Geel: diversità, differenza, integrazione e inclusione", *Connessioni nuova serie,* 2020, n. 8 che sul punto "… Si potrebbe dire che, rispetto a Esquirol, Geel era in anticipo sui tempi: mentre questi proponeva l'isolamento dei pazienti psichiatrici, nel momento in cui tali pazienti passavano dall'essere considerati poco più che delinquenti incatenati alla nuova categoria di pazienti alienati, a Geel trovava un ambiente in cui l'isolamento non era necessario". È il suo contemporaneo, Moreau, J.J., che, attingendo all'esperienza di Geel, ridefinisce il concetto di alienazione in modo rivoluzionario: alienazione significa ritirare i pazienti dal contesto in cui la patologia è emersa..." Sul punto v. pure Cavaglion, A.: "Ticketless – Geel, la città dei matti", *Moked*, 2021, n. 16 che sull'esperienza di Geel afferma "… Si cercava di dimostrare al mondo che i malati di mente non fossero pericolosi, né contagiosi. Potevano convivere con i "sani" e tornare al lavoro, infine alla loro famiglia d'origine. Nel corso del XIX secolo, sul finire del secolo che inizia a studiare scientificamente i meandri del subconscio, alienisti, psicologi e antropologi guarderanno a Geel come a un laboratorio della modernità …".

45 Dun-sur-Auron per le donne e Ainay-le-Château per gli uomini, v. sul punto Aluffi, G.: "Famiglie che accolgono", cit., e citazioni ivi riportate.

Successivamente[46], in periodi più vicini, nella seconda metà dello scorso secolo, un sistema di collocamento familiare "placement familial surveillé" dei sofferenti psichici veniva autorizzato e incoraggiato in Francia con decreto del Ministero della salute in data 14 agosto 1963[47].

Tale decreto prevedeva un modello standard di regolamento interno agli ospedali psichiatrici, che avrebbero potuto organizzare e vigilare su una tale pratica[48].

Il testo, particolarmente attento al dato concreto, era aperto quindi ad una innovativa modalità di cura e sostegno del sofferente psichico presso una famiglia, fuori dell'istituto psichiatrico, facendosi strada l'idea che il sofferente potesse vivere senza pericolo in una comunità familiare che l'ospitasse, dando luogo ad un iniziale, timido, processo di "de-istituzionalizzazione"[49].

Accanto alla pratica dell'accueil familial thérapeutique e cioè dell'inserimento eterofamiliare del sofferente psichico secondo il modello belga, veniva inoltre regolamentata con successiva legge del 1989 la più generale esperienza de l'accueil familial social[50]. La legge, cioè, prevedeva oltre l'accoglienza familiare thérapetique

46 Già Loi 14 juillet 1905: "L'assistance obligatoire aux vieillards, aux infirmes et aux incurables privés de ressources" prévoyait la possibilité de recourir au placement familial, v. Légifrance, https://www.ifrep.fr/.

47 "Art. 1er.- Il est annexé au règlement intérieur modèle du service intérieur des hôpitaux psychiatriques prévu par l'arrêté du 5 février 1938 modifié un règlement modèle du placement familial surveillé. …".

48 In particolare il sofferente inserito nella famiglia doveva essere considerato e trattato come un proprio e vero componente della famiglia stessa:
"Art. 10 - Le nourricier doit se comporter vis-à-vis du pensionnaire comme s'il s'agissait d'un membre de sa familie. Il ne peut, en particulier, user à son égard de moyens de contrainte. …."
Con possibile condivisione della mensa:
"Art. 12 – Dans la mesure du possible, le pensionnaire prend ses repas à la table familiale ..."
Con numero limitato di possibili ospiti accolti: "Art. 8 – Chaque famille d'accueil ne peut, sauf dérogation exceptionelle consentie par le directeur sur avis conforme du médecin du secteur, héberger plus de trois pensionnaires à la fois…".
Con continuo controllo del rispetto della dignità dell'ospite e delle relative cure approntate da parte della famiglia: "Art. 17 – Le médecin du secteur contrôle ou fait contrôler par le personnel médical de son service les conditions dans lesquelles est assuré le traitement…"

49 Il decreto veniva abolito dall'art. 18 Arrêté du 1 octobre 1990 relatif à l'organisation et au fonctionnement des services d'accueil familial thérapeutique.

50 Loi n. 89-475 du 10.7.1989 relative à l'accueil par des particuliers, à leur domicile, à titre onéreux, de personnes âgées ou handicapées adultes. Circa la ratio della legge v. Villes, A.: "Les fondements de la loi du 10 juillet 1989", *Gérontologie et société*, 2008, vol. 31, p. 181.

per sofferenti psichici[51] anche la possibile sistemazione di persone avanti in età o affette da disabilità fisica o sensoriale, presso nuclei familiari non parenti[52].

Tale pratica, già al tempo della emanazione di tale legge, veniva largamente utilizzata in Francia, verso corrispettivo, soprattutto per soccorrere le persone anziane rimaste senza famiglia. La legge disciplinava pertanto l'accoglienza "a titolo oneroso" di persone avanti in età[53] o di persone maggiorenni disabili, soprattutto con l'obiettivo di vietare le pratiche eticamente ed economicamente non accettabili.

Il testo della legge del 1989 forniva pertanto un quadro giuridico di riferimento per l'accoglienza in casa delle persone in età avanzata o disabili (in alternativa alla sistemazione collettiva), rimetteva alla competenza dell'autorità (distrettuale) l'autorizzazione ad accogliere, necessaria alla famiglia ospitante così da scoraggiare possibili abusi, prevedeva la sottoscrizione di un contatto standard, tra ospitante e ospitato, per la disciplina della vita in comune e gli aspetti economici della convivenza e dell'ospitalità.

Tale legge del 1989 era oggetto di considerazioni critiche in quanto, a detta degli esperti socio-sanitari, le persone bisognose di aiuto familiare e che potevano stipulare il contratto previsto dalla normativa, avrebbero potuto trovarsi esposte ad accueillants familiaux impreparati, non capaci di gestire le disabilità delle persone ospitate, non in grado di intraprendere correttamente il percorso di accoglienza familiare.

Pertanto, su tali sollecitazioni, la legge veniva modificata, in particolare sotto il profilo della c.d. professionalità dell'accueillant familiare, pur mantenuto fermo il profilo negoziale dell'accoglienza quale ricorso a contratto privato[54]. La legge subiva varie modifiche, mantenendo comunque il sistema dell'accoglienza a titolo oneroso che, secondo il preambolo al contratto tipo previsto per l'accueil social[55], costituisce "… una formula flessibile, ricercata per i vantaggi che offre. In genere

51 All'art. 18 estendeva la legge del 1989 estendeva le disposizioni previste per l'accueil social anche all'accueil thérapetique, ferma restando la responsabilità dell'istituto psichiatrico "Sans préjudice des dispositions relatives à l'accueil familial thérapeutique, les personnes agréées visées aux articles 1er et 3 peuvent accueillir des malades mentaux en accueil familial thérapeu-tique organisé sous la responsabilité d'un établissement ou service de soins…". Nondimeno il Ministro della salute con Arrêté del 1 ottobre 1990 disciplinava specificamente "…l'organisation et au fonctionnement des services d'accueil familial thérapeutique."

52 Se parenti non oltre il quarto grado:
"Art. 1 - La personne qui accueille habituellement à son domicile, à titre onéreux, des personnes âgées n'appartenant pas à sa famille jusqu'au quatrième degré inclus est agréée à cet effet par le président du conseil général."

53 Maubernard, C.: "L'accueil familial, une qualité de vie pour les personnes âgées", *Famidac*, 1999.

54 V. in particolare art. 51 della legge n. 73 del 17 gennaio 2002 "Loi de modernisation sociale" che secondo i commentatori della stessa: "… a créé le métier d'accueillant familial, précisé les conditions d'agrément, instauré le contrat type national et organisé les rémunérations".

55 Il testo dell'Art. L. 442-1 code de l'action sociale et des familles - annexe 3-8-1 precisa l'importanza dell'istituto: "...Elle présente également un grand intérêt pour la collectivité, par le potentiel d'emplois qu'elle représente…"

consente, grazie alla vicinanza geografica del luogo di accoglienza, alla persona anziana o disabile di mantenere i legami con il suo ambito precedente, offrendogli un ambiente familiare rassicurante…".

Si può pertanto distinguere su base normativa un'accoglienza familiare (thérapeutique) del sofferente psichico, che necessita di specifica professionalità accuditiva da parte dell'accueillant, nel provvedere all'inserimento del sofferente nella sua famiglia e un'accoglienza familiare (social) per anziani e disabili fisici o sensoriali, volta a ricoverare la persona in famiglia, al fine di un suo possibile recupero individuale e sociale, anche grazie alle relazioni affettive che lo strumento dell'accoglienza familiare può comportare, ma che, proprio la professionalità dell'accueillant familial, affievolisce[56].

Questa scelta comporta pertanto un percorso diverso rispetto al mero inserimento familiare di cui al modello Belga, con una ratio normativa rivolta ad una maggiore professionalità a discapito, secondo autorevole opinione[57], di quegli scambi affettivi ed emotivi, tipici ed esclusivi della vita in famiglia e che l'introduzione in essa di professionalità accuditiva altera e fa comunque venire in gran parte meno. Si è dato luogo, secondo gli osservatori attenti al fenomeno dell'accueil, ad un vero e proprio métier d'accueillant familial dotato di una sua specifica e particolare professionalità[58].

56 La legge prevede infatti che il familiare che accoglie abbia diritto ad un periodo di assenza per congedo e quindi andrà sottoscritto anche un contratto allegato al contratto di accoglienza tra l'accueillant, il sostituto e la persona ospitata.

57 Cébula, J.C.: Diversità e derivazioni dello lesa in Francia, Convegno europeo sullo lesa 2021.

58 "Dordogne, Le magazine du Conseil Général", juillet - août 2005, p. 8, https://www.famidac.fr/ ove si mette in evidenza il distacco dal modello di Geel con il precisare che l'accueillant "…esercita una professione… a casa e senza interruzioni, con difficoltà di equilibrio tra vita professionale e vita personale. Accogliere una persona anziana o un adulto disabile non sostituisce la famiglia della persona. L'affidatario non è un genitore sostitutivo, è un professionista accogliente.".

V. STORIA DI UN'IDEA: L'ADOZIONE SOCIALE[59].

Una conosciuta Scuola del diritto civile[60] ha considerato, prima in Italia, la possibilità di disciplinare sotto il profilo strettamente privatistico l'inserimento del sofferente psichico o fisico maggiorenne (privo della famiglia d'origine che lo possa soccorrere) in una famiglia non legata da vincoli di parentela. Così prevedendo, attraverso risorse di solidarietà e sussidiarietà della società civile, il possibile ricorso alla comunità familiare che accolga, protegga e assista al suo interno la persona con disabilità. L'adozione sociale si colloca nel solco dei tradizionali istituti dell'adozione[61] e in particolare dell'adozione di persone maggiori di età, distaccandosene per caratteristiche sue proprie, principalmente per la sua natura negoziale[62].

59 L'adozione sociale è stata oggetto di uno studio ad opera di un gruppo di ricercatori guidati dal prof. Bianca, C.M., studio presentato in occasione del convegno sulla "Protezione giuridica del sofferente psichico" del 29 gennaio 2016, tenuto a Frosinone dall'Ordine degli Avvocati, dalla Casa Ciociara della Cultura e dall'Ordine Provinciale dei Medici di Frosinone. La p.d.l. oggetto dello studio era così articolata:
"…. 6. Il sofferente psichico maggiorenne privo di un ambiente familiare idoneo può essere preso in affidamento da una coppia di coniugi o di conviventi stabili o da una persona singola.
7. L'adozione si costituisce mediante atto notatile col quale gli adottanti si obbligano a tenere presso di sé il sofferente psichico, ad assisterlo moralmente e materialmente e ad assicurargli i trattamenti terapeutici e riabilitativi necessari. Compatibilmente con la sua condizione economica il sofferente psichico concorre al proprio mantenimento. L'adozione richiede il consenso del sofferente psichico, se in grado di esprimerlo, e del suo eventuale tutore o amministratore di sostegno. I consensi prestati del sofferente psichico e dal tutore o amministratore di sostegno sono liberamente revocabili. Gli adottanti possono in ogni tempo convertire l'adozione in una rendita alimentare proporzionale ai bisogni esistenziali del sofferente psichico. Nel caso di rilevante diminuzione delle loro condizioni economiche gli adottanti possono recedere dall'adozione e cessare la corresponsione delle prestazioni ad essa connesse. L'adozione sociale può essere prevista dal testatore come oggetto di legato od onere a carico dell'erede o del legatario e dal donante come oggetto di onere a carico del donatario. In questi casi l'adottante può escludere l'obbligo di tenere il sofferente psichico presso di sé.
8. Il contenuto dell'adozione può essere limitato a determinate prestazioni di sostegno in favore del sofferente psichico, come erogazione di una rendita vitalizia, il pagamento della retta di ospitalità presso comunità residenziali protette o altri centri di accoglienza o la corresponsione dei costi di speciali trattamenti terapeutici o riabilitativi.
9. L'adozione sociale è una figura che risponde ad un dovere morale e sociale di solidarietà umana. L'atto costitutivo ò esente da ogni imposta o tassa. Le prestazioni pecuniarie effettuate non sono soggette ad azione di riduzione. Esse, debitamente documentate, rappresentano oneri deducibili dal reddito imponibile.
10. Interventi di sostegno e di aiuto sono disposti dall'Azienda Sanitaria Locale a favore degli affidatari e a favore delle famiglie che assistono il proprio familiare. Assicurata deve essere principalmente la consulenza psichiatrica e psicologica. Compatibilmente con le proprie risorse finanziarie i Comuni erogano agli affidatari e alle famiglie meno abbienti contributi economici per alleviare il peso dell'assistenza del sofferente psichico.
11. Socialmente adottabili a prescindere dall'età sono anche le persone portatrici di grave handicap e le persone che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trovano nella durevole impossibilità, anche parziale, di provvedere ai propri interessi.
12. In caso di morte dell'adottante il tribunale può attribuire all'adottato che versi in stato di bisogno un assegno a carico dell'eredità. L'assegno determinato tenendo conto delle entità del bisogno e delle condizioni economiche degli eredi …".

60 La Scuola è quella che riconosce il suo Maestro nel Prof. Cesare Massimo Bianca.

61 Così come l'adozione soccorre il minore abbandonato, anche l'adozione sociale rientra nell'ambito della tutela solidale, quale istituto di protezione della fragilità psichica e fisica del maggiorenne.

62 L'adozione civile origina da un "atto di concessione giudiziale dello status di figlio adottivo" (v. Bianca, C.M.: "Diritto civile", cit., p. 522 e autori ivi cit. e Cass. n. 3003, 19 luglio 2012, Foro It., 2012, I, n. Casaburi), mentre l'adozione sociale si costituisce attraverso un atto negoziale. L'adozione sociale si distingue inoltre dall'adozione civile in quanto non persegue né prevede gli scopi tipici dell'a. civile di continuità del cognome dell'adottante anteposto a quello dell'adottato e del trasferimento del patrimonio in via successoria dell'adottante all'adottato, ma quello della solidarietà familiare che si realizza attraverso l'accoglienza in famiglia del sofferente psichico.

L'adozione sociale, con l'inserimento in una famiglia non di origine, che accoglie la disabilità, vuole disciplinare il soccorso del sofferente psichico fisico da parte di una comunità familiare, apertasi alla persona disabile, psichicamente o fisicamente sofferente, anche solo per età avanzata.

È stata pertanto configurato, da parte della dottrina, un innovativo (de iure condendo) istituto volto all'accoglienza familiare della disabilità sofferente della persona maggiore d'età, che va oltre la tradizionale figura dell'adozione civile della persona disabile maggiorenne. È stata evidenziata, pertanto, l'opportunità di una disciplina giuridica che preveda, più specificamente dell'adozione civile, la stabile accoglienza in famiglia del maggiorenne in difficoltà che ne sia rimasto privo. L'adozione sociale risponde ad un "dovere morale e sociale di solidarietà umana"[63] verso il sofferente psichico e fisico o soltanto verso chi, avanti in età, abbia bisogno di cure materiali e affettive. Un inserimento eterofamiliare a fini protettivi, con motivazioni di sostegno mediante ricorso alla solidarietà dei privati, che consideri e prenda origine da quel fenomeno sociale da tempo diffuso in tutta Europa, secondo il quale "la normalità familiare accoglie la patologia e la sofferenza"[64].

I modelli di possibile configurazione dell'adozione sociale, quale accoglienza familiare, possono essere diversi secondo le varie esperienze praticate in Europa. In particolare, come nel modello normativo francese, può essere prevista e richiesta al soggetto ospitante una sua puntuale formazione, secondo un particolare tipo di professionalità accudente, necessaria per il "mestiere" dall'accueillant familial[65]; cioè del soggetto che ospita la persona disabile nella sua famiglia e che lo cura grazie alla conseguita sua idoneità professionale. Secondo tale particolare modello chi accoglie è un assistente familiare professionista, adeguatamente formato e istruito, che opera all'interno della sua famiglia, convive con la persona con disabilità, approntando a lui le necessarie cure terapeutiche, secondo un contratto di diritto privato, predisposto nelle sue clausole generali dalla normativa specifica del settore[66].

La persona con disabilità entra quindi per contratto nella famiglia del professionista, ne condivide gli spazi e l'esperienza di vita in casa. Si tratta, quindi di un lavoro vero e proprio, con tutte le conseguenze proprie dell'agire professionale. Così fra queste, mantenere una formazione continua dell'assistente familiare (accueillant*)*, consentire pause feriali al professionista e prevedere pertanto un

63 Come previsto all'art. 9 p.d.l., oggetto dello studio del gruppo di ricerca del Prof. Bianca (v. n. 61).

64 Furlan P.M.: in prefazione, Aluffi, G., "Dal manicomio", cit., p. 14.

65 Diverse le professionalità a seconda che la persona disabile sia sofferente psichico, nel qual caso l'"accoueillant" sarà formato da istituto psichiatrico o simile istituzione e sarà dipendente esterno della stessa.

66 Contrat d'accueil, à titre onéreux, par des particuliers, des personnes âgées ou handicapées adultes (Décret n. 2010-928 du 3 août 2010, annexe 3-8-1), v. Le contrat d'accueil dit "de gré à gré".

sostituto con il quale la persona disabile stipuli un contratto che stabilisca fin dall'origine la possibilità di sostituzione temporanea nell'accudimento familiare[67].

Il modello francese che si caratterizza per tale richiesta di professionalità accudente in famiglia non è quello seguito dalla Scuola che ha pensato l'adozione sociale.

Configurata diversamente l'adozione sociale consiste in una condivisione abitativa e relazionale del tutto simile al sistema e pratica di vita come già svolta dal sofferente psichico o fisico nella famiglia di origine (venuta meno o non più idonea a soccorrerlo). L'istituto dell'adozione sociale ricostruisce, con la famiglia che accoglie, il sistema relazionale-familiare originario in cui inserire la persona con disabilità. Secondo tale modello, diversamente dall'accueil familial, solo occasionalmente si farà ricorso all'aiuto professionale esterno, quando necessiti, come avviene nella normalità familiare[68].

L'istituto come tratteggiato dalla ricerca trova il suo modello in quel paradigma di normalità familiare, quale presidio per la vita individuale e struttura irrinunciabile di compensazione di tante difficoltà, secondo il reciproco accudimento materiale e affettivo dei suoi componenti[69]. Allorché la famiglia d'origine venga meno, il disagio fisico o psichico potrà trovare una possibilità di soccorso, tra le varie alternative[70], anche nell'istituto dell'adozione sociale. I rapporti tra la persona con disabilità e la famiglia ospitante non saranno caratterizzati da rigida professionalità accudente, ma da scambi affettivi ed emotivi tipici di ogni normale comunità familiare.

Il sofferente psichico o fisico è destinatario e al contempo soggetto attivo di una collaborazione familiare, con soddisfazione del suo bisogno di "cura, attenzione, sostegno, comprensione, relazione diretta, cioè di partecipazione ad una vita sociale"[71].

67 I contratti che il soggetto affetto da disabilità stipula sono due: il primo con l'accueillant e il secondo con il suo sostituto per le pause feriali ed ogni altra necessità sostitutiva. v. Famidac, https://www.famidac.fr.

68 Nello studio presentato nel Convegno di Frosinone, cit., all'art. 10 si legge: "Interventi di sostegno e di aiuto sono disposti dall'Azienda Sanitaria Locale a favore degli affidatari e a favore delle famiglie che assistono il proprio familiare. Assicurata deve essere principalmente la consulenza psichiatrica e psicologica".

69 La definizione è di Carlino, M. in un ciclo di conferenze sulla famiglia a cura della Casa Ciociara della Cultura.

70 Tra le vaie alternative privatistiche "le misure di protezione delle persone prive in tutto in parte di autonomia" e tra queste principalmente l'amministratore di sostegno (art. 404 e ss. c.c.); ma anche l'adozione civile (291 e ss. c.c.) come interpretata dalla dottrina più avanzata (Bianca, C.M.: "Il diritto", cit., p. 520) e dalla giurisprudenza di merito nel caso di adozione del disabile, pure se interdetto (v. T/Verona 1.6.2019 n. 1283, Osservatorio Dir. Fam. 2020).

71 Benassi, P.: "Mezzo secolo", cit., p. 19 che delinea il fenomeno (contro)culturale de "L'antipsichiatria" evidenziando come tra medici e pazienti e infermieri si prospetti la funzione di un'attività pienamente collaborativa in forma di equipe; nell'interesse del paziente, tale forma collaborativa può riscontarsi anche nell'accoglienza familiare ove i componenti la famiglia e il sofferente psichico stesso operano insieme in una sorta di equipe familiare.

Un altro praticato modello d'inserimento familiare in soccorso del disagio psichico è lo Iesa che, diversamente dal modello francese e dall'adozione sociale, prevede lo specifico e costante intervento di supporto professionale dall'esterno alla famiglia che accoglie.

Lo Iesa "inserimento eterofamiliare supportato di adulti"[72], è pratica di accoglienza familiare di antichissima tradizione europea, importata anche in Italia da oltre due decenni, oggetto di specifica organizzazione e regolamentazione da parte del Servizio sanitario in Piemonte e poi diffusosi in gran parte del Paese[73].

Si tratta dell'inserimento in famiglie volontarie[74] di persone in temporaneo o duraturo disagio psichico, secondo un metodo organizzato con modalità di permanente soccorso professionale esterno. Pertanto la convivenza si ha con l'inserimento del sofferente psichico in una famiglia di volontari e la famiglia che accoglie non è lasciata sola, ma "supportata" dal Servizio sanitario. La famiglia si avvale, cioè, di un aiuto esterno continuativo, offerto da un gruppo di professionisti appositamente formati, i quali intervengono, a supporto, attraverso visite domiciliari a cadenza regolare e comunque immediatamente disponibili, ove sia necessario. Quindi differentemente dal modello normativo francese (dell'accueil f. thérapeutique e dell'accueil f. social) che prevede all'interno della stessa famiglia ospitante la presenza di persone professionalmente preparate, nel modello Iesa l'aiuto professionale viene dall'esterno del Servizio sanitario.

Il supporto professionale solo esterno (Iesa) comporta il permanere di quella spontanea solidarietà relazionale e affettiva all'interno del nucleo familiare apertosi alla persona disabile, che non viene modificato o alterato da un lavoro "accuditivo-professionale" dei componenti la famiglia stessa. Nel contempo il supporto esterno garantisce il pieno soccorso terapeutico, ma anche psicologico di cui la nuova famiglia possa necessitare.

72 Nella presentazione proposta di legge D'Ottavio ed altri (XVII legislatura Camera dei deputati N. 4757) poi ripresentata Grabaudo ed altri (XVIII legislatura Camera dei deputati N. 2652) si legge: "…Per inserimento eterofamiliare supportato di adulti (IESA) si intende l'integrazione e la cura di persone in stato di temporanea o cronica difficoltà di tipo psichico o fisico, presso l'abitazione di volontari. Questa esperienza è fortemente radicata in molti Paesi europei (Germania, Francia, Inghilterra, Belgio e altri). … Seppure con caratteristiche eterogenee a seconda del contesto, anche sul nostro territorio si evidenzia l'esistenza di alcune proficue esperienze di IESA, infatti sono già presenti progetti in Piemonte, Emilia-Romagna, Toscana, Lombardia, Veneto, Sardegna, Puglia e Campania…. La convivenza si avvale del supporto continuativo offerto da professionisti appositamente formati...".

73 Secondo la definizione del DoRS - Centro Regionale di Documentazione per la Promozione della Salute (Regione Piemonte), lo IESA è l'inserimento eterofamiliare supportato di adulti, una pratica terapeutico-residenziale che coinvolge la cittadinanza: l'esperienza Iesa è un servizio dedicato prevalentemente al disagio psichico, presso la ASL To3 dal 1997, informato al principio di offrire un ambiente di cura affettivamente connotato all'interno della famiglia ospitante, muovendo dal presupposto che la malattia mentale non è di per sé portatrice di stranezza e di pericolo.

74 Dopo un percorso di formazione le famiglie se ritenute idonee sono abilitate ad accogliere un ospite idoneo alla convivenza più appropriata.

Anche secondo il modello Iesa, così come secondo le altre prassi di inserimento eterofamiliare, gli aspetti giuridici sono definiti e sottoscritti da un apposito contratto che vede coinvolte le tre parti interessate dal progetto di accoglienza familiare: il paziente, il volontario ospitante e il Servizio sanitario.

Nel contratto sono previsti i reciproci obblighi e diritti, vengono determinate le responsabilità di ciascun soggetto all'unico manifesto fine di allievare la sofferenza fisica o psichica dell'ospite. In tale quadro[75] si inserisce la figura dell'adozione sociale che, secondo la dottrina che l'ha tratteggiata, costituisce una possibile "risposta ottimale per il sofferente psichico e in generale per chiunque viva isolatamente a causa della sua disabilità attraverso l'inserimento in una famiglia disponibile ad accoglierlo presso di sé come membro della stessa"[76].

L'adozione sociale prevede che il sofferente psichico maggiorenne privo di un ambiente familiare idoneo possa essere accolto, con il suo consenso, da una coppia di coniugi o di conviventi stabili o da una persona singola. La famiglia che lo accoglie può quindi essere coniugale, di fatto e anche mononucleare[77].

La ricerca che ha definito la configurazione giuridica dell'istituto lo ha fatto in modo dettagliato e articolato[78]. Ha previsto che il negozio costitutivo della "famiglia che accoglie" assuma il carattere formale e solenne dell'atto notarile, ricorrendo al quale, con il reciproco consenso, gli adottanti e l'adottato costituiscono l'adozione sociale[79]; ove l'adottato non sia in grado di esprimerlo, il consenso potrà essere prestato dal tutore o dall'amministratore di sostegno[80].

Il ricorso al negozio costitutivo dell'adozione sociale marca una netta differenza tra l'adozione civile (estesa alla persona con disabilità) e l'adozione sociale: poiché il consenso nella a. sociale è l'espressione della sola volontà manifestata dalle parti adottante e adottato, mentre nella a. civile il consenso è un presupposto dell'atto

75 In sintesi, nella realtà dell'accoglienza familiare si possono individuare, i due diversi modelli quello francese dell'accueil familial e quello dello Iesa, così come praticato anche in Italia. Accanto a questi l'inserimento familiare si può anche stabilmente effettuare attraverso l'adozione del maggiore di età (ex art.291 e ss. cod. civ) secondo quell'interpretazione della dottrina (da ultimo ripresa anche dalla giurisprudenza) che ne fa potenziale strumento di solidarietà familiare verso la persona maggiorenne con disabilità v. Tribunale di Verona, 1.6.2019 n. 1283, Osservatorio Dir. Fam. 2020.

76 Bianca, C. M. da "un appunto" non edito per la presentazione della p.d.l. sulla tutela solidale dei sofferenti psichici, lungo la via aperta dalla legge "dopo di noi".

77 Secondo la p.d.l. delega 630 XVIII Camera l'istituzione dell'adozione sociale può avvenire ad opera di una coppia di coniugi, di uniti civilmente, conviventi di fatto o persona singola.

78 I risultati dello studio si sono concretizzati nella proposta come riportata.

79 Secondo la proposta di regolamentazione dell'istituto, l'adozione sociale poteva costituirsi anche per testamento, quale legato od onere a carico dell'erede o del legatario, oppure per donazione quale onere a carico del donatario. L'erede, il legatario, il donatario gravati avrebbero potuto escludere la convivenza del sofferente, dovendo quindi provvedere alla sola corresponsione delle prestazioni esistenziali del sofferente psichico.

80 Cass. Sez. I, 6 Giugno 2018, n. 14669 (Est. Cristiano) secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 357 e 414 c.c., all'interdetto è consentito, per il tramite del rappresentante legale, il compimento anche di atti personalissimi.

di adozione che "si pone quale atto di concessione giudiziale dello stato di figlio adottivo"[81].

La figura, così come delineata (volta al recupero della normalità familiare) si distingue quindi dai modelli già praticati in Europa (Iesa - Accueil Familial) di inserimento eterofamiliare del maggiorenne e dalla stessa adozione civile (art. 291 e ss. c.c.) estesa all'accoglienza del soggetto affetto da disabilità[82].

Nondimeno sia l'adozione sociale che le altre pratiche di accoglienza familiare si pongono pienamente in linea con l'invocato diritto alla vita sociale delle persone con disabilità, cioè del "…diritto di tutte le persone con disabilità a vivere nella società, con la stessa libertà di scelta delle altre persone …e loro piena integrazione e partecipazione alla società"[83].

L'adozione sociale, così come delineata[84], ha la prevalente caratteristica della stabilità, ma la convivenza è (e sempre rimane) una libera scelta dell'adottato, cosicché l'istituto prevede lo scioglimento dell'adozione per revoca, liberamente esercitabile del consenso del sofferente, del tutore e dell'amministrazione di sostegno[85].

81 L'adozione civile come la dottrina maggioritaria ritiene (v. Bianca, C.M.: "Diritto civile", cit., p. 522 e autori ivi cit.) e da ultimo anche la giurisprudenza di legittimità (Cass. 19 luglio 2012 in Foro It. 2012, I, 3003 n. Casaburi) non ha carattere negoziale, ma è un "atto di concessione giudiziale dello status di figlio adottivo", pertanto l'adozione civile si discosta nettamente dall'adozione sociale che si costituisce non per concessione giudiziale, ma attraverso un atto negoziale.

82 Rimane comunque l'eventualità che le diverse pratiche e modelli di accoglienza familiare e relative figure normative che possano disciplinarle, possano pienamente coesistere in un panorama di pluralità delle azioni e iniziative concrete a favore del sofferente psichico e più in generale di chi si trovi, senza il soccorso di un ambiente familiare idoneo, in una situazione di disabilità temporanea o permanente, così come sempre più frequentemente avviene per la persona in età avanzata priva della famiglia.

83 La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità approvata dall'Assemblea il 13.12. 2006. Ratificata con la Legge 18 del 3.3. 2009 prevede: "art. 19 (Vita indipendente ed inclusione nella società) Gli Stati Parti alla presente Convenzione riconoscono il diritto di tutte le persone con disabilità a vivere nella società, con la stessa libertà di scelta delle altre persone, e adottano misure efficaci ed adeguate al fine di facilitare il pieno godimento da parte delle persone con disabilità di tale diritto e la loro piena integrazione e partecipazione nella società, anche assicurando che: (a) le persone con disabilità abbiano la possibilità di scegliere, su base di uguaglianza con gli altri, il proprio luogo di residenza e dove e con chi vivere e non siano obbligate a vivere in una particolare sistemazione; (b) le persone con disabilità abbiano accesso ad una serie di servizi a domicilio o residenziali e ad altri servizi sociali di sostegno, compresa l'assistenza personale necessaria per consentire loro di vivere nella società e di inserirvisi e impedire che siano isolate o vittime di segregazione…".

84 La ricerca prevedeva inoltre anche una figura di adozione sociale (impropria) che, diversamente dagli altri modelli di inserimento familiare, esclude la convivenza, operando su di un piano di solidarietà meramente economica, prevedendo l'erogazione di una rendita vitalizia o di altre prestazioni di sostegno del sofferente psichico, quali il pagamento di retta di ospitalità o corresponsione di costi di speciali trattamenti terapeutici o riabilitativi.

85 Secondo la proposta di cui alla ricerca Bianca: la famiglia adottante, non avrebbe potuto sciogliersi liberamente dalla adozione contratta "… ma solo nel caso di rilevante diminuzione delle condizioni economiche può recedere dall'adozione e cessare le relative prestazioni…" Diversamente nella proposta di legge delega 630 citata viene previsto il principio della libera revocabilità dei reciproci consensi. L'adottante avrebbe potuto far cessare la convivenza, dando luogo alla "conversione dell'adozione" in una rendita alimentare proporzionale ai bisogni esistenziali del sofferente psichico.

L'adozione sociale si pone in una linea di continuità con la c.d. "legge del dopo di noi"[86], sia nel promuovere il principio di sussidiarietà orizzontale del privato e cioè l'autonoma iniziativa dei singoli per lo svolgimento di attività di interesse generale (art. 118 co. 4 Cost.) quale appunto l'accoglienza familiare in favore dei sofferenti psichici o fisici; sia nel promuovere agevolazioni e sussidi incentivanti la relativa formazione[87]. L'inserimento familiare attraverso l'istituto dell'adozione sociale in definitiva tende a tutelare, così come gli altri modelli delineati di "immersione nel familiare"[88], gli aspetti relativi alla dignità del sofferente psichico, fisico e sensoriale non più lasciato solo a se stesso o in convivenze presso alloggi comunitari e istituzioni asilari.

La delineata figura dell'adozione sociale, come l'inserimento eterofamiliare praticato dallo Iesa, hanno destato notevole interesse presso le autorità politiche del nostro Paese, sono infatti state avanzate diverse proposte di legge[89] per la regolamentazione di tali diversi modelli di familiare accoglienza[90]. Per l'adozione sociale, in particolare, lo strumento normativo ipotizzato è stato quello della delega al Governo con un'indicazione minima delle regole a cui attenersi per la compiuta realizzazione della relativa disciplina[91]. La legislazione delegata istitutiva dell'adozione sociale dovrebbe informarsi ai seguenti principi e direttive: 1) l'assunzione da parte di una coppia di coniugi, uniti civilmente o conviventi di fatto, o di una persona singola dell'impegno di tenere presso di sé una persona maggiorenne, priva di un ambiente familiare idoneo, di assisterla moralmente e materialmente e di assicurarle i trattamenti terapeutici e riabilitativi necessari; 2) la possibilità che l'impegno dell'adottante sia limitato a determinate prestazioni

86 La legge 22 giugno 2016 n 112 nota come legge sul "Dopo di noi" ha introdotto importanti agevolazioni fiscali a favore delle persone con disabilità gravi.

87 Secondo la ricerca Bianca all'art. 9 co, 2 della p.d.l. sull'a.s.: "…l'atto costitutivo è esente da ogni imposta o tassa; …le prestazioni pecuniarie effettuate…debitamente documentate, rappresentano oneri deducibili dal reddito imponibile"; mentre all'art. 10, 2 co. della p.d.l.: "…compatibilmente con le proprie risorse finanziarie i Comuni erogano agli affidatari e alle famiglie meno abbienti contributi economici per alleviare il peso dell'assistenza del sofferente psichico".

88 CÉBULA, J.C.:, in Aluffi G., "Dal manicomio", cit., p. 18 che a proposito dello Iesa parla di qualità riparatrici e rigeneratrici della immersione nel familiare.

89 Per l'adozione sociale p.d.l. n. 630 - XVIII delega al Governo per la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento e l'adozione di minori. Per lo IESA p.d.l. n. 2652 - XVIII disposizioni per l'inserimento di adulti affetti da disturbi psichici o fisici presso famiglie di volontari.

90 Si potrebbe forse ritenere che il Legislatore stia considerando un ritorno, in chiave moderna, all'istituto dell'accoglienza in famiglia marginalmente configurato nella legge Giolitti (ex art.1 co. 3 L.14.2.1904, n. 36)

91 Nella p.d.l. Camera N. 630 - XVIII all' Art. 2. (Delega al Governo per la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento e l'adozione di minori) ... 1. Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento e l'adozione di minori, in conformità ai seguenti princìpi e criteri direttivi: … dd) istituire l'adozione sociale, prevedendo: 1) l'assunzione da parte di una coppia di coniugi, uniti civilmente o conviventi di fatto, o di una persona singola dell'impegno di tenere presso di sé una persona maggiorenne, priva di un ambiente familiare idoneo, di assisterla moralmente e materialmente e di assicurarle i trattamenti terapeutici e riabilitativi necessari; 2) la possibilità che l'impegno di cui al numero 1) sia limitato a determinate prestazioni di sostegno; 3) la libera revocabilità dei consensi; 4) l'esclusione degli effetti delle adozioni di minori e dell'adozione di cui al capo I del titolo VII del libro primo del codice civile; 5) la possibilità di aiuti economici agli adottanti che accolgono l'adottato presso di sé.

di sostegno; 3) la libera revocabilità dei consensi 4) esclusione degli effetti, normativamente previsti, dell'adozione quale filiazione giuridica.

Per quanto riguarda invece la pratica dello Iesa il modello normativo ipotizzato[92] sviluppa ed applica l'accoglienza familiare per progetti di inserimento presso l'abitazione di volontari che debbono effettuare un percorso di selezione. Dispone che i professionisti, operatori dei progetti che "supportano" dall'esterno le famiglie di volontari, siano dipendenti delle strutture sanitarie o dei servizi socio-assistenziali o del privato sociale con adeguata formazione professionale.

In sintesi volendo evidenziare un carattere distintivo dello Iesa dall'adozione sociale, lo stesso può rinvenirsi nella differente natura dello Iesa quale virtuosa pratica pubblico-privata in soccorso della disabilità psichica del maggiore di età, rispetto all'adozione sociale che è un istituto di specifica ed esclusiva solidarietà privata.

Nondimeno tra le due figure si riscontra un nucleo centrale comune che è quello dell'inserimento eterofamiliare del sofferente psichico o fisico nel sistema di relazioni della famiglia, dell'utilizzazione dello strumento contrattuale, nonché l'essere le due figure, del tutto alternative al ricovero in strutture collettive e

92 La p.d.l. n. 2652 – XVIII Camera avente ad oggetto disposizioni per l'inserimento di adulti affetti da disturbi psichici o fisici presso famiglie di volontari prevede: Art. 1. (Finalità) 1. La presente legge ha la finalità di agevolare lo sviluppo di progetti di inserimento eterofamiliare supportato di adulti (IESA), attraverso l'integrazione e la cura di persone in stato di temporanea o cronica difficoltà di tipo psichico o fisico, di seguito denominate «ospiti», presso l'abitazione di volontari. Art. 2. (Normative regionali) 1. Ogni regione, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, adotta specifiche disposizioni per l'attuazione nel proprio territorio dei progetti di IESA di cui all'articolo 1 in ambito sanitario e sociale. Art. 3. (Istituzione di centri esperti regionali o interregionali) 1. Per garantire l'avvio e la gestione dei progetti di IESA sono individuati appositi centri regionali o interregionali con esperienza consolidata nel settore. Art. 4. (Responsabile del progetto di IESA) 1. Ogni progetto di IESA ha un responsabile, individuato nel dirigente dell'azienda sanitaria locale competente per territorio. Art. 5. (Formazione degli operatori dei progetti di IESA) 1. Gli operatori dei progetti di IESA devono essere in possesso di laurea triennale in ambito sanitario o sociale e devono avere successivamente usufruito di una specifica formazione certificata da parte di uno dei centri di cui all'articolo 3. Essi possono essere dipendenti delle aziende sanitarie locali o dei servizi socio-assistenziali, ovvero soggetti del privato sociale, di imprese private o di enti del Terzo settore di natura non commerciale. Art. 6. (Selezione dei volontari) 1. I volontari che dichiarano la propria disponibilità a fare parte di un progetto di IESA devono sostenere un apposito percorso di selezione basato su un protocollo strutturato e suddiviso in più fasi, condotte dagli operatori del progetto, che prevedano almeno due colloqui di conoscenza, una visita domiciliare e l'incontro con tutti i membri del nucleo familiare dei volontari. Al termine della selezione e delle opportune verifiche, gli operatori si esprimono in merito all'idoneità dei volontari e del loro contesto abitativo. Art. 7. (Selezione degli ospiti) 1. Gli ospiti sono sottoposti a una selezione sulla base di un apposito protocollo e attraverso colloqui di approfondimento e riunioni con gli operatori del progetto di IESA e con i volontari. Art. 8. (Formazione dei volontari) 1. I volontari selezionati per partecipare a un progetto di IESA ai sensi dell'articolo 6 devono ricevere, prima dell'avvio del progetto, un'adeguata formazione individuale o di gruppo da parte degli operatori dello stesso progetto. Art. 9. (Numero di ospiti) 1. Ogni nucleo familiare volontario può accogliere al suo interno, di norma, un solo ospite del progetto di IESA di riferimento. In casi eccezionali, qualora vi siano risorse idonee e gli operatori del progetto lo ritengano opportuno ai fini terapeutici, un nucleo familiare può accogliere due ospiti. Per quanto riguarda eventuali inserimenti presso case famiglia o fattorie sociali, si applicano le norme vigenti in materia. Art. 10. (Rimborso delle spese di ospitalità) 1. I volontari beneficiano di un rimborso forfetario mensile erogato dall'ospite per la copertura delle spese di ospitalità. Qualora l'ospite non sia in grado di fare fronte all'intera quota del rimborso, è previsto l'intervento del servizio sanitario o sociale competente per territorio, che provvede a rilasciare un apposito assegno di cura, o uno strumento affine, intestato all'ospite stesso. Art. 11. (Detassazione del rimborso delle spese di ospitalità) 1. Il rimborso erogato dall'ospite ai volontari ai sensi dell'articolo 10 è esente da imposte e tasse ..."

istituzioni chiuse. Entrambi i modelli normativi possono rivolgersi oltre che alla disabilità psichica (o fisica) originaria, anche alle disabilità derivate sia per età avanzata, sia per dipendenze, sia per gravi situazioni sanitarie individuali come nel caso di trattamenti oncologici.

In conclusione la circostanza che la teoria e pratica dell'inserimento familiare abbiano risvegliato la potenziale attenzione del legislatore di per sé testimonia l'interesse e la spinta della collettività verso una sempre maggiore solidarietà nei comportamenti sociali e una ricerca del soddisfacimento del reciproco bisogno di dare accoglienza e di essere accolti che, proprio la tipica vocazione sociale della natura umana, comporta ed esige.

BIBLIOGRAFIA

Aluffi, G.: *Dal manicomio alla famiglia*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 63 e ss

Aluffi, G.: *Famiglie che accolgono. Oltre la psichiatria*, Gruppo Abele, Torino, 2014, p. 21, nota 12

Andreoli, V.: *Un secolo di follia,* Rizzoli, Milano, 1998, p. 47

Avico, R.: "Psichiatria: il modello de-istituzionalizzante di Geel, Belgio", *Il Foglio Psichiatrico*, 2020

Basaglia, F.: *L'istituzione negata,* Baldini - Castoldi, Milano, 2018

Benassi, P.: *Mezzo secolo di Psichiatria Italiana 1960-2010*, Franco Angeli, Milano, 2014, p. 22

Bersani, F.S., Riboni, J., Prevete, E., Borghi, L.: "Geel e Santa Dinfna, una secolare tradizione di assistenza psichiatrica"*, Giornale di storia*, 2020, n. 32, p. 18

Bianca, C.M.: *Diritto civile 2.1 la famiglia*, Giuffrè, Milano, 2017

Bianca, C.M.: *Realtà sociale ed effettività della norma, La protezione giuridica del sofferente psichico,* Giuffrè, Milano, 2002

Bly, N.: *Dieci giorni in manicomio,* Edizioni Clandestine, Massa, 2017

Bonacossa, G.S.: *Sullo stato de' mentecatti e degli ospedali per i medesimi in vari paesi dell'Europa,* Fratelli Favale, Torino, 1840

Cavaglion, A.: "Ticketless – Geel, la città dei matti", *Moked*, 2021, n. 16

Foucault, M.: Malattia mentale e psicologia, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1997

Godemont, M.: *L'accoglienza familiare nell'esperienza belga di Geel*, Atti del III convegno nazionale e rete europea dell'inserimento eterofamiliare supportato di adulti (Iesa), Treviso, 2006

Greco, O. e Maniglio, R.: "Malattia mentale e criminalità", *Rassegna italiana di criminologia*, 2007, p. 112

Ianni, P.: "Cenni storici: dalla legge Giolitti alla legge Basaglia. Intervento al convegno "40 anni dopo: riflessioni sulla legge 13 maggio 1978, n. 180"", *Nomos le attualità del diritto*, 2019, p. 4

Moreau De Tours, J.: "Lettres médicales sur la colonie d'aliénés de Ghéel", *Annales Médico-Psychologiques*, 1842, p. 678

Niederstein, C.: "Basaglia's traum", *Psicotel*

Peloso, P.F.: "Psichiatri a scuola dai contadini? Il "miracolo" di Geel tra devozione, integrazione e terapia dei folli", *Humanitas*, anno LXX, 2015, n. 3, p. 387

Roosens, E., Van De Walle, L.: *Mental Patients in Town Life: Geel – Europe's First Therapeutic Community,* SAGE Publications, New York, 1979

Sacks, O.: *Ogni cosa al suo posto* (Everything in Its Place: First Loves and Last Tales, 2019), trad. di Blum C. I., Adelphi, Milano, 2019, p. 204

Villa, R.: *Geel, La città dei matti. L'affidamento famigliare dei malati mentali: sette secoli di stori*a, Carocci editore, Roma, 2020

Zocchi, P.: "Biografia di Serafino Biffi", *Aspi*, 2015, p. 1

LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO DE FAMILIA

OBLIGATIONS IN FAMILY LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1106-1131

Mª Candelaria
DOMÍNGUEZ
y Edison Lucio
VARELA

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Las presentes líneas con ocasión de participar en el homenaje al profesor Bianca pretenden pasearse brevemente por aquellas instituciones del Derecho de Familia en las que podrían presentar incidencia el Derecho de Obligaciones. Evidenciaremos la vinculación entre ambas áreas del Derecho Civil a través de instituciones como la obligación de alimentos, el matrimonio, comunidad conyugal, divorcio, filiación, unión de hecho estable, entre otros. Se concluye que diversas figuras del Derecho de Obligaciones encuentran aplicación o están latentes en las diversas instituciones familiares.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Familia, Derecho de Obligaciones, matrimonio, unión de hecho estable, filiación, divorcio, responsabilidad civil, relación obligatoria, daño moral.

ABSTRACT: *These guidelines intend to briefly review the impact that Obligations Law might have on Family Law institutions, on the occasion to pay tribute to Professor's Bianca. We will highlight the relationship between the two areas of Civil Law through institutions such as maintenance obligations, marriage, conjugal community, divorce, parenthood, stable de facto union, among others. It follows that a number of legal institutions of Obligations Law are used or find application in diverse family features.*

KEY WORDS: *Family Law, Obligations Law, marriage, stable de facto union, divorce, parenthood, divorce, civil liability, contractual relations and obligations, non-material damage.*

SUMARIO.- I. RELACIÓN ENTRE DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO DE OBLIGACIONES.- II. OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.- III. MATRIMONIO.- IV. COMUNIDAD CONYUGAL Y DIVORCIO.- V. FILIACIÓN.- VI. UNIÓN DE HECHO ESTABLE.- VII. OTROS.

I. RELACIÓN ENTRE DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO DE OBLIGACIONES[1].

Señaló nuestro homenajeado –el destacado profesor italiano Cesare Massimo Bianca[2]- que la ley es un precepto emanado del Estado en ejercicio formal de la potestad normativa[3] y que la doctrina es un instrumento útil para comprender y racionalizar el Derecho[4]. Pues en las siguientes líneas conectaremos – en su honor- las ideas que con base a la ley y la doctrina venezolana, podamos esbozar a propósito de la conexión entre el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Familia.

Tradicionalmente se distingue el Derecho Civil o Derecho Privado General en Derecho Civil *Patrimonial* (Obligaciones, Bienes y Derechos Reales y Contratos y Garantías) por oposición al Derecho Civil *Extrapatrimonial* (Personas y Familia) dejando en un punto intermedio al Derecho Sucesorio[5]. Pero hemos caído en cuenta frecuentemente, que así como es necesaria la interrelación entre Derecho Público y Derecho Privado[6], también es difícil dividir por estancos el Derecho

1 *Vid.* Jiménez Serrano, P.: "La teoría de las obligaciones y el Derecho de Familia", *Integração*, núm. 45, Universidade São Judas Tadeu, São Paulo, 2006, pp. 157 y ss□.

2 *Vid.* utilizando tal calificativo: Feijoó Cambiaso, R. H.: "Entrevista a Massimo Bianca y Massimo Franzoni. Conversatorio en torno al Derecho Civil Patrimonial", *IUS ET VERITAS*, *24* (51), 2015, p. 382.

3 *Vid.* Bianca, C. M.: *Diritto Civile. I, La norma giuridica i soggetti.* Giuffrè Editore Milano, Seconda Edizione, Varese, 2002, p. 57.

4 Bianca, C. M.: *Diritto Civile,* cit., p. 83.

5 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: "Sobre la noción de Derecho Civil", *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 62-63, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2010, pp. 81-97.

6 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: "Entre el derecho púbico y el derecho privado", *Revista de Derecho Público* N° 161-162, enero-junio 2020, pp. 41-58; Domínguez Guillén, M. C.: *Derecho Civil Constitucional (la constitucionalización del Derecho Civil).* Editorial Jurídica Venezolana-Cidep, Caracas, 2018, pp. 25-38; Varela Cáceres, E. L.: *Lecciones de Derecho Civil I Personas*, Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2019, pp. 46 y ss.

• María Candelaria Domínguez Guillén
Abogada/Doctora en Ciencias mención "Derecho"/ Especialista en Derecho Procesal/ Profesora Titular de Derecho Civil I Personas y Derecho Civil III Obligaciones/ Universidad Central de Venezuela. Correo electrónico: mariacandela1970@gmail.com

• Edison Lucio Varela Cáceres
Abogado cum laude, Universidad de Los Andes/ Universidad Central de Venezuela, Especialista en Derecho de la Infancia y la Adolescencia, profesor asistente por concurso de oposición Derecho Civil I Personas/ Universitat de Barcelona/España, Máster en Derecho de Familia e Infancia/ Universidad Católica Andrés Bello, Doctorando en Derecho. Correo electrónico: lucius007@hotmail.com

Privado General: de allí que resulta natural sentir la incidencia del Derecho Civil Patrimonial en el Derecho Familiar y en el Derecho de la Persona.

El Derecho de Familia es la parte del Derecho Civil que regula las instituciones familiares, a saber, filiación, matrimonio, unión de hecho estable, entre otros temas como parentesco u obligación de alimentos[7]. Por su parte, el Derecho de Obligaciones es el área del Derecho Civil patrimonial que estudia la relación obligatoria en su teoría general y fuentes; para algunos trata fundamentalmente la responsabilidad civil patrimonial del deudor[8]. La relación obligatoria se presenta como aquella relación jurídica que regula el lazo o vínculo que une a acreedor y deudor, por el cual éste está obligado a una prestación (positiva o negativa) a favor del primero, so pena de incurrir en responsabilidad patrimonial en caso de incumplimiento[9].

El Derecho regula la conducta del ser humano en sociedad; las relaciones jurídicas son relaciones sociales, que dada su importancia han sido reguladas por el orden jurídico[10], algunas tienen contenido patrimonial y otras extrapatrimonial[11]. No obstante, generalmente es difícil que una relación de las últimas aludidas, no contenga en cierta medida una matiz de orden patrimonial, aunque sea latente, a pesar del carácter en principio extrapatrimonial del Derecho de Familia[12]. No en vano se alude a un "Derecho Patrimonial de Familia"[13]. Pero se afirma con razón a su vez que toda relación humana de contenido patrimonial tiene necesariamente

7 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: *Manual de Derecho de Familia*, Paredes, Caracas, 2014, pp. 24-32; Varela Cáceres, E. L.: *Estudios de Derecho de Familia*, Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2020, pp. 32 y ss.

8 Domínguez Guillén, M. C.: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2017, pp. 13 y 14, www.rvlj.com.ve.

9 *Ibid.*, pp. 42-60.

10 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: "La persona: ideas sobre su noción jurídica", *Revista de Derecho*, núm. 4, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 317-355.

11 *Vid.* Delgado Ocando, J. M.: *Lecciones de Introducción al Derecho*, Vadell Hermanos Editores, Valencia-Caracas, 2001, p. 4, "la relación jurídica puede tener un contenido patrimonial, porque los actos jurídicos tienen por regla general un contenido económico. Pero no es necesario que la relación jurídica tenga un contenido patrimonial; hay multitud de relaciones jurídicas, sobre todo en el Derecho de Familia, en donde a pesar de existir la relación jurídica, no existe contenido económico".

12 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: *Manual de Derecho*, cit., p. 28. A veces se alude a que se trata de un Derecho extrapatrimonial para denotar que conjuntamente con el Derecho de la Persona ocupa por su naturaleza un "lugar peculiar" y un contenido ajeno en principio a lo pecuniario, a diferencia de otras ramas del Derecho Civil asociadas generalmente a lo patrimonial y la autonomía de la voluntad. A ello se le objeta que el Derecho de Familia si presenta un contenido patrimonial que viene marcado por temas o instituciones como la obligación alimentaria, lo patrimonial en el matrimonio y concubinato, etc.; y de allí se aluda a "Derecho patrimonial de Familia¨. Por ello, acertadamente se indica que en todo caso se aprecia la "subordinación de lo patrimonial a lo personal", toda vez que tales relaciones pecuniarias tienen lugar en razón del elemento familiar.

13 *Vid.* Reyes Ríos, N.: "Derecho patrimonial de Familia", en AA. VV.: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Caracas, 1994*, Publicidad Gráfica León, Caracas, 1996, tomo II, pp. 697-714. *Vid.* también refiriéndose a: "Derecho patrimoniales en la familia": De Ruggiero, R.: *Instituciones de Derecho Civil*, Reus, Madrid, s/f, tomo II, vol. II, trad. de la 4ª ed. italiana por R. Serrano Suñer y J. Santa-Cruz Teijeiro, pp. 35-57.

una fuente obligacional[14]. En todos los ámbitos del Derecho siempre hay una obligación que cumplir[15]. Pues es obvio que la omnipresencia del Derecho de Obligaciones como derecho patrimonial por antonomasia se extiende o hace presente en el ámbito del Derecho de Familia.

Generalmente se suelen oponer las instituciones del Derecho de Familia y del Derecho de la Persona a las derivadas del Derecho Patrimonial, indicando que las primeras suelen ser generalmente de "orden público" y por tal "indisponibles"[16], como es el caso de la filiación o el nombre civil. O más precisamente, que la voluntad entra en juego en la medida que la propia ley lo dispone. Pero aunque en menor medida, el Derecho Patrimonial también se encuentra afectado por normas imperativas y por instituciones de orden público[17] que están latentes en muchas instituciones de las obligaciones, como la causa o el objeto. Lo que ha llevado a sostener el declive o la crisis del principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de Obligaciones, pues la intervención del Estado y las limitaciones impuestas hacen dudar generalmente de una verdadera libertad para contratar[18]. De tal suerte, que no son tan amplias las distancias entre el Derecho Civil patrimonial y extrapatrimonial a pesar de sus obvias diferencias.

La "familia" y la relación obligatoria u obligación son instituciones fundamentales del Derecho Civil[19]. Ahora bien, una vez que nos acercamos a cada una de las dos asignaturas, pareciera que no es correcto ver a cada quien lejano en su respectiva área de estudio, pues no pocas son las instituciones o principios del Derecho de Obligaciones que en ocasiones se hacen presentes en el Derecho Familiar. Nuestro objetivo en las siguientes líneas es referir algunos de ellos.

14 Hernández-Bretón, E.: "El régimen de las obligaciones en el proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1963-1965)", *Revista de la Faculta de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 69, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1988, p. 323.

15 Pereznieto Castro, L.: *Introducción al estudio del Derecho*, Oxford University Press, 5.ª ed., reimp., México, 2006, p. 230.

16 *Vid.* Bianca, C. M.: *Diritto Civile,* cit., p. 300, la persona no puede disponer de su estado civil.

17 De Freitas De Gouveia, E.: "La autonomía de la voluntad en el Derecho de la persona natural", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, Caracas, 2013, pp. 64-79, www.rvlj.com.ve.

18 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: *Curso de Derecho*, cit., pp. 26-29.

19 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: *Instituciones fundamentales de Derecho Civil*. Cenlae. Caracas, 2019, pp. 183-267.

II. OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS[20].

La institución de la "obligación de alimentos" (arts. 285-300 del Código Civil) u "obligación de manutención" en la terminología de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (arts. 365-384), ciertamente como su denominación lo indica es una de las figuras familiares con influencia del Derecho de Obligaciones.

La obligación o derecho de alimentos supone con base en la solidaridad familiar el deber de determinados parientes obligados a cubrir los costos o necesidades de subsistencia de otros miembros de la familia en caso de estado de necesidad de tales. Precisa los requisitos de vínculo familiar, capacidad económica del obligado y estado de necesidad del requirente.

La figura evidencia su vinculación con la relación obligatoria más allá de la terminología con la evidente consecuencia de la responsabilidad patrimonial en caso de incumplimiento, pero teniendo su fuente en la "ley" y no en la voluntad de las partes que suele ser la fuente por antonomasia de las obligaciones. La figura configura una "obligación" especial y con un sentido que excede lo patrimonial. El derecho de percibir alimentos y la correlativa obligación de prestarlos deriva de una relación alimentaria legal, de contenido patrimonial, pero cuyo "fin" es esencialmente extrapatrimonial: la satisfacción de las necesidades que la subsistencia requiere[21], fundada en sentimientos de afecto y solidaridad que en los nexos familiares subyace[22]. La obligación legal de alimentos presenta un peculiar régimen jurídico que la distingue del resto de las obligaciones por lo que se rigen por normas especiales[23], de allí que se afirme que "El régimen jurídico de los alimentos se caracteriza por su alto grado de especificidad"[24].

20 Domínguez Guillén, M. C.: *Manual de Derecho*, cit., pp. 39-62; Sojo Bianco, R. y Hernández de Sojo Bianco, M.: *El derecho de alimentos en la legislación venezolana*, Mobil-Libros, Caracas, 2002; Ramos S., C. J.: "El derecho a la subsistencia: postulado de la protección familiar", en AA.VV., *De los Menores a los Niños, una larga trayectoria*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, pp. 285-307; Aguilar Mawdsley, A.: "La obligación alimentaria en el Derecho venezolano", *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 4, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1967, pp. 9-68; Soublette Saluzzo, P.: "Fuentes del derecho alimentario en la legislación venezolana", *Revista del Consejo de la Judicatura*, núm. 16, Caracas, 1980, pp. 32-38; Alcalá de Arraga, C.: "Del incumplimiento de la obligación alimentaria", *LEX Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia*, núm. 218, Maracaibo, 1995, pp. 95-108; Esis V., I.: "La obligación alimentaria en el Derecho Internacional Privado", AA.VV., *Temas de Derecho Internacional Privado. Libro homenaje a Juan María Rouvier* (F. Parra Aranguren, editor), Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, pp. 201-220; Wills Rivera, L.: "Consecuencias del incumplimiento de los deberes alimentarios hacia el menor", *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Caracas, 1994*, Publicidad Gráfica León, Caracas, 1996, tomo I, pp. 77-90.

21 Bossert, G. A. y Zannoni, E. A.: *Manual de Derecho de Familia*, Astrea, 3ª ed., Buenos Aires, 1992, p. 41.

22 Varela Cáceres, E. L.: *Estudios de Derecho*, cit., pp. 36 y ss.

23 Padiol Albás, A.: *La obligación de alimentos entre parientes*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, (también en: Tesis doctoral de la Universidad de Lleida, 1994, p. 147, www.tdx.cat/bitstream/10803/8141/2/Tampa2de4.pdf).

24 Louge Emiliozzi, E.: "Algunos aspectos problemáticos de la obligación alimentaria (Con particular referencia a la provincia de Buenos Aires)", *Jurisprudencia Argentina*, Lexis núm. 0003/800092, http://www.villaverde.com.ar/es/assets/docencia-2/unlz-alimentos/bibliografia/problemas-alimentos-emiliozzi.doc.

Vale también recordar un supuesto relacionado en materia de Obligaciones al tópico que nos ocupa: y es que las obligaciones alimentarias concedidas entre parientes que se dieron voluntariamente aunque no llenasen los requisitos legales, son consideradas "obligaciones naturales"[25] y por tal, una vez pagadas, no están sujetas a repetición (CC, art. 1178[26]). Ello con base en que las obligaciones naturales constituyen un deber moral, que si bien no son exigibles judicialmente, una vez pagadas no resulta admisible el arrepentimiento[27]. El deber moral de ayudar a los parientes como proyección del Derecho de Familia se hace evidente en tal supuesto. Tal sería el caso de parientes respecto de los que no estamos directamente obligados según la normativa del Código Civil, como sería el caso de tíos o sobrinos (art. 285[28]).

Por su alto contenido moral el legislador acertadamente, descarta tal obligación alimentaria, si la conducta del requirente se traduce en un grave incumplimiento a los deberes familiares, que harían inmoral la procedencia de la misma. Y al efecto dispone el artículo 299 del CC que "no tiene derecho a alimentos el que fuere de mala conducta notoria con respecto al obligado, aun cuando hayan sido acordados por sentencia". En sentido semejante se aprecia el artículo 300 del CC[29]. Este último semejante a las causales de indignidad para suceder, en las que se ubica precisamente el incumplimiento de la obligación de alimentos (CC, art. 810, ord. 3)[30].

En la obligación de alimentos surge la figura característica del Derecho de Obligaciones, a saber, la "compensación" en el artículo 292 del CC "El obligado a suministrar los alimentos no puede oponer al beneficiario, en compensación, lo que éste le deba, pero las pensiones alimenticias atrasadas pueden renunciarse o compensarse". La compensación es un modo extintivo de las obligaciones regulado en el Código Civil (arts. 1331-1341) por el cual dos personas recíprocamente acreedoras y deudores ven niveladas sus deudas hasta concurrencia de la menor,

25 Domínguez Guillén, M. C.: *Curso de Derecho*, cit., p. 79.

26 "Todo pago supone una deuda: lo que ha sido pagado sin deberse está sujeto a repetición. La repetición no se admite respecto de las obligaciones naturales que se han pagado espontáneamente".

27 *Vid. ibid.*, 75-84.

28 "La obligación de alimentos recae sobre los descendientes, por orden de proximidad; después sobre los ascendientes y, a falta de uno y otros, se extiende a los hermanos y hermanas. Si ninguna de estas personas existe o posee medios para cumplir con las obligaciones expresadas, el juez competente podrá imponer a los tíos y sobrinos, la prestación de alimentos estrictamente necesarios para asegurar alojamiento y comida al que los reclama, cuando éste sea de edad avanzada o esté entredicho".

29 "Tampoco tienen derecho a alimentos: 1. El que intencionalmente haya intentado perpetrar un delito, que merezca cuando menos pena de prisión, en la persona de quien pudiera exigirlos, en la de su cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos. 2. El que haya cometido adulterio con el cónyuge de la persona de quien se trata. 3. El que sabiendo que ésta se hallaba en estado de demencia no cuidó de recogerla o hacerla recoger pudiendo hacerlo".

30 Domínguez Guillén, M. C.: *Manual de Derecho Sucesorio*, Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2ª ed., Caracas, 2019, pp. 238-260; Wills Rivera, L.: "Consecuencias del incumplimiento", cit., p. 83 y 84.

evitando así pagos innecesarios de doble vía a tono con la buena fe[31]. Pero dado el obvio carácter "alimentario" o ante la necesidad de proveer a la subsistencia del derecho de alimentos, éste no es susceptible de compensación, salvo que se trate de pensiones atrasadas, debido a que la emergencia se matiza si el interesado permitió su retraso.

El artículo 228 del Código Civil, nos evoca o recuerda la figura del Derecho de Obligaciones de la "dación en pago"[32], aunque la misma es un modo extintivo de las obligaciones. El legislador familiar dio la opción al obligado de cumplir en una forma distinta al pago de una cantidad de dinero propiamente dicha a fin de facilitar el cumplimiento de la obligación de alimentos: "El que deba suministrar los alimentos puede optar entre pagar una pensión alimentaria o recibir y mantener en su propia casa a quien los reclama, salvo que se trate de menores cuya guarda corresponde, por ley o decisión judicial, a otra persona…". En sentido semejante se aprecia la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes respecto del niño o adolescente[33].

También se ha referido a propósito del daño y la responsabilidad civil en materia de Derecho de Familia, el posible daño a resarcir del impago de la obligación de alimentos[34].

Así mismo, a propósito de la clasificación de las obligaciones, se afirma que la obligación alimentaria, se traduce en una "obligación de valor", porque dado su carácter alimentario, lo importante es la cantidad de bienes y servicios a la que se puede acceder. Esto por oposición a las obligaciones de "dinero" en que lo determinante será el monto debido numéricamente considerado[35]. La deuda de valor, como su denominación lo denota, supone que el débito pecuniario se debe en función de determinado valor económico. Se colocan como ejemplo la indemnización derivada del hecho ilícito de reparar el daño causado[36], la derivada del enriquecimiento sin causa, pensión de alimentos, dar un caballo o varias

31 Domínguez Guillén, M. C.: *Curso de Derecho*, cit., pp. 411-420.

32 *Vid. ibid.*, pp. 387-411; Domínguez Guillén, M. C.: "La dación en pago o prestación en lugar de cumplimiento», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, Caracas, 2014, pp. 15-55.

33 El artículo 370 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes cuando dispone que no puede obligarse al niño o adolescente a convivir con quienes tiene a su cargo la obligación, si la responsabilidad de crianza o antigua guarda corresponde a otra persona. El artículo 382 *eiusdem* prevé como otros medios que pueden ser autorizados para el pago de la obligación del menor, la constitución de usufructo o el pago de intereses, utilidades, rentas, etc.

34 *Vid.* Vivas Tesón, I.: "Daños en las relaciones familiares", *Pensar, Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 17, núm. 2, Fortaleza, 2012, pp. 523 y ss., http://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/2315/pdf.

35 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: *Curso de Derecho*…, cit., pp. 131-140; Domínguez Guillén, M. C.: "Consideraciones procesales sobre la indexación laboral", *Revista de la Faculta de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 117, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, pp. 215-286, www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/.../rucv_2000_119_197-232pdf.pdf.

36 *Vid.* TSJ/SCC, Sent. N° 802 de 19-12-03, "La obligación de resarcimiento del daño causado por hecho ilícito, es una deuda de valor porque la víctima tiene derecho a que le sea indemnizado en su totalidad el daño inferido".

toneladas de azúcar, pudiendo tener origen contractual o extracontractual[37]. Lo determinante en la obligación de valor como la alimentaria será el valor real del dinero y no su valor nominal o numérico. Significa que la obligación o deuda de valor en caso de retraso en el pago ha de ser objeto de corrección monetaria a los fines de conservar su valor de cambio. Ello es relevante en tiempos de inflación.

La doctrina con base en la proporcionalidad y la equidad, nociones básicas del Derecho de Obligaciones, propone de *lege ferenda*, una suerte de pensión compensatoria para el cónyuge en algunos supuestos de divorcio, toda vez que la situación actual alimentaria en el ordenamiento venezolano en caso de separación se reduce a supuestos taxativos de obligación de alimentos[38].

III. EL MATRIMONIO[39].

El matrimonio es una institución fundamental del Derecho de Familia con base constitucional en el artículo 77, que supone la unión formal entre un hombre u una mujer con el fin de hacer una comunidad de vida.

Tal vez la discusión más ardua viene dada por la naturaleza del matrimonio, pues se ha pretendido asociarla a la fuente por antonomasia del Derecho de Obligaciones, a saber, el "contrato"[40]. Se pasea la doctrina sobre si el matrimonio constituye un contrato, un negocio o un acto jurídico.

En efecto algunos ven en su base un contrato[41]. A propósito de la sentencia del Máximo Tribunal que le quitó el carácter taxativo a las causales de divorcio[42],

37 Rodríguez Ferrara, M.: *Obligaciones*, Librosca, Caracas, 2007, p. 303; Bernad Mainar, R.: *Derecho Civil Patrimonial Obligaciones*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, tomo I, pp. 124 y 125, constituyen deudas de valor, las que fijan la medida de la responsabilidad del deudor al momento del pago como es el caso de alimentos.

38 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C. y Varela Cáceres, E. L.: «La pensión compensatoria en el Derecho venezolano: Escasa aproximación legislativa», *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 *bis*, Valencia, 2016, pp. 166-188; Ochoa Múñoz, Javier: "Reflexiones sobre la conveniencia de una reforma legislativa en el régimen de matrimonio y el divorcio en Venezuela. La precaria situación jurídica del cónyuge casado bajo régimen convencional de separación de bienes", en *I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil "Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés* (coords. J. Annicchiarico, S. Pinto y P. Saghy), Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridque Francaise-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 91-123.

39 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: *Manual de Derecho de Familia*, cit., pp. 63-98; Cecchini, F.C. y otros: *Daños entre cónyuges: prejuicialidad y responsabilidad civil*. Zeus, Rosario-Argentina, 1994.

40 *Vid.* Varela Cáceres, E. L.: *Estudios de Derecho*, cit., pp. 133 y ss.; Sanquirico, F.: "El principio *expressio unius est exclusio alterius* en el artículo 185 del CC y la sentencia de la Sala Constitucional del TSJ Correa Rampersad", *Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 12, Universidad Monteávila, Caracas, 2016, pp. 239-248, especialmente en cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio, pp. 244-246.

41 *Vid.* Bonnecase, J.: *Tratado elemental de Derecho Civil*. Edit. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, Trad. E. Figueroa Alfonzo, p. 115, indica que "en el fondo el matrimonio no es sino la unión sexual del hombre y de la mujer, elevada a la dignidad de contrato por ley".

42 *Vid.* Varela Cáceres, E. L.: "La última sentencia de divorcio de la Sala Constitucional (comentarios a la sentencia núm. 693 de fecha 2 de junio de 2015)", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm.

la misma indicó que el matrimonio constituye "un contrato civil" solemne. Impropiedad atinadamente criticada por la doctrina toda vez que la Sala trata el matrimonio como una mera relación contractual para justificar su disolución por la libre voluntad de las partes, siendo una concepción napoleónica claramente superada[43]. Se pretende que la idea del contrato se repite en el matrimonio al aceptar figuras como la nulidad, el divorcio y la sucesión por causa de muerte[44], pero las dos últimas presentan regulación especial en la ley dada la naturaleza del matrimonio. Y la nulidad del matrimonio también cuenta con normas especiales en el Código Civil que difieren de la nulidad contractual aunque presenten en común la distinción entre nulidad absoluta y relativa. Pero a todo evento, en la definición tradicional de contrato se incluye el contenido patrimonial de éste que lo diferencia del acuerdo y la convención[45], lo que lo aleja notablemente del matrimonio; y el contrato puede acontecer por documento privado, en tanto que el matrimonio para configurarse como tal precisa de formalidades. La similitud se asocia al acuerdo de voluntades pero por sí mismo esto es insuficiente para calificar al matrimonio de "contrato", dada la naturaleza no patrimonial y de orden público del instituto del matrimonio.

Pero si bien el matrimonio nace a partir de un acto o "negocio jurídico"[46] porque constituye declaraciones de voluntad dirigidas a producir efectos jurídicos (precisa de la voluntad de los contrayentes), requiere de la intervención del funcionario para crear el vínculo jurídico con base en los requisitos de ley. Y de allí que más propiamente el matrimonio se presente como un "acto jurídico"[47] familiar.

6, Caracas, 2016, pp. 145-190; Sanquirico, F.: "El principio *expressio*", cit., pp. 239-248, especialmente en cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio, pp. 241-248.

43 *Vid.* Sanquirico, F.: "El principio *expressio*", cit., pp. 244-246.

44 *Vid.* D´Jesús, A.: *Lecciones de Derecho de Familia*. Paredes Editores, Caracas, 1991, pp. 24 y 25.

45 Domínguez Guillén, M. C.: *Curso de Derecho*, cit., pp. 469-472.

46 *Vid.* sobre éste: Maluquer de Motes, C.: *Derecho de la Persona y negocio jurídico*. Bosch, Barcelona, 1993, pp. 231 y ss.; López Herrera, F.: *Derecho de Familia*, Universidad Católica Andrés Bello-Banco Exterior, Caracas, 2006, tomo I, p. 197, califica al matrimonio como el "más importante de todos los negocios jurídicos"; Díaz-Ambrona Bardají, M. D. y Hernández Gil, F.: *Lecciones de Derecho de Familia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007, p. 71, es un negocio jurídico pero con ciertas especialidades; Lasarte, C.: *Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid, 2004, tomo I, p. 452, es un negocio jurídico de contenido personal; O'Callaghan, X.: *Compendio de Derecho Civil. Parte General*, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, tomo I, p. 473, los negocios jurídicos familiares son los que se refieren a las relaciones de familia, porque constituyen, modifican o extinguen las mismas. El ejemplo más típico es el matrimonio; Diez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1995, tomo I, p. 64, señalan que la opinión dominante lo ubica como un negocio jurídico de Derecho de Familia; otros como acto jurídico porque las partes se limitan a constituir presupuesto de ley.

47 *Vid.* Sanquirico, F.: "El principio *expressio*", cit., p. 146; Díaz de Guijarro, E.: "Nuevos aportes a la introducción al estudio del acto jurídico familiar", en AA. VV.: *Estudios de Derecho Civil en Honor del profesor Castán Tobeñas*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, tomo VI, p. 206, entre los actos jurídicos familiares ubica precisamente entre otros el matrimonio y el reconocimiento; Parra Benítez, J.: *Manual de Derecho Civil. Personas, Familia y Derecho de Menores*, Temis, Bogotá, 2002, p. 215, se refiere al matrimonio como acto jurídico familiar revestido de formalidades; Bossert, G. A. y Zannoni, E. A.: *Manual de Derecho*, cit., pp. 68 y 69, el matrimonio constituye un acto jurídico que se desenvuelve en la teoría del acto jurídico familiar, y la relación jurídica matrimonial trasciende en el estado familia; Baqueiro Rojas, E. y Buenrostro Báez, R.: *Derecho de Familia y Sucesiones*, Harla, México, 1990, pp. 39 y 41, Señala que matrimonio tiene dos acepciones: como acto jurídico y como estado matrimonial que se deriva del acto. El

No se trata de un negocio jurídico privado porque no depende de la exclusiva voluntad de las partes, sino que a ésta debe unirse la declaración del funcionario por ser quien autoriza el Estado para concederle al matrimonio su carácter formal y solemne. Otros ven el matrimonio una "institución"[48]. Ciertamente es una de las principales instituciones del Derecho de Familia, pero ello no aporta mucho a su naturaleza, dada la abstracción de tal noción.

Pero no obstante no constituir propiamente un contrato, comparte con éste algunos de sus requisitos de fondo tales como la "capacidad" y "el consentimiento"[49].

Ahora bien, no podemos desconocer la incidencia de la teoría general del Derecho de Obligaciones, respecto del matrimonio. Si bien asoma en éste la idea general que ampara la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa (la primera supone una trasgresión de orden público, no subsanable, imprescriptible alegable por cualquier interesado; en tanto que la nulidad relativa es subsanable o convalidable y prescribe[50]). Pero como indicamos, en materia matrimonial no rigen necesariamente los efectos de la distinción clásica de la "nulidad"[51]. La nulidad del acto matrimonial cuenta con normas especiales, con particularidades porque, por ejemplo, siendo la impotencia sexual causa de nulidad relativa no es convalidable[52]. También en la materia se hace presente la noción de buena fe subjetiva como desconocimiento o ignorancia de la causa que propicia la nulidad del matrimonio para disfrutar de los efectos del "matrimonio putativo", por oposición a la buena fe objetiva como deber de conducta de lealtad y probidad que debe guiar la relación obligatoria y las relaciones en general[53].

Finalmente, a propósito de la responsabilidad civil derivada del Derecho de Familia, entre los daños que pudieran reclamarse eventualmente en materia de Derecho de Familia, por ejemplo los derivados del incumplimiento de la promesa

matrimonio puede definirse como el acto jurídico complejo, estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer. En sentido semejante aunque alude a contrato y distingue entre contrato de matrimonio y estado matrimonial: Bonnecase, J.: *Tratado de Derecho*…, cit., p. 115; Fleitas Ortiz de Rozas, A. y Roveda, E. G.: *Manual de Derecho de Familia*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 71, "el matrimonio se constituye desde un acto jurídico lícito, que tiene por fin inmediato establecer relaciones jurídicas conyugales".

48 Planiol, M. y Ripert, G.: *Derecho Civil*. Edit. Pedagógica Iberoamericana, México, 1996, Trad. L. Pereznieto Castro, pp. 245-248; Lacruz Berdejo J. L. *et al.: Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, José María Bosch editor, Barcelona, 1990, vol. I, p. 89, Fleitas Ortiz de Rozas, A. y Roveda, E. G.: *Manual de Derecho*, cit., pp. 73 y 74; Rodríguez Mejía, G.: "El matrimonio: aspectos generales en el Derecho Civil en el Canónico", *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, UNAM, México, 2002, p. 92, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/3/dtr/dtr5.pdf.

49 Domínguez Guillén, M. C.: *Manual de Derecho de Familia*, cit., pp. 68 y 69; Domínguez Guillén, M. C.: *Curso de Derecho*, cit., pp. 491-541.

50 Domínguez Guillén, M. C.: *Curso de Derecho*, cit., pp. 561-566.

51 Domínguez Guillén, M. C.: *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 86.

52 *Ibid*., pp. 88 y 89.

53 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: "Buena fe y relación obligatoria", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 11, Caracas, 2018, pp. 241 y ss.

recíproca de contraer matrimonio (41 al 43 del Código Civil)[54] o la nulidad del matrimonio a favor del cónyuge de buena fe[55].

IV. COMUNIDAD CONYUGAL[56] Y DIVORCIO[57].

Es bien sabido que comunidad conyugal constituye el régimen patrimonial supletorio del matrimonio si las partes no han pactado previamente capitulaciones. Presenta una regulación detallada en el Código Civil. A su vez el divorcio se presenta como la extinción del vínculo matrimonial por las causales de ley.

La mala administración de la comunidad conyugal y eventualmente algunas causales de divorcio podrían entrar en la esfera de la responsabilidad civil, pues el deber de no dañar a los demás (CC, art. 1185) no hace exclusiones respecto del agresor. El daño dentro de las relaciones familiares, ha de orientarse por las reglas generales sobre la responsabilidad civil. Somos partidarios que la responsabilidad civil no se excluye con las instituciones del Derecho de Familia, pues la obligación de reparar el daño ocasionado a otro, ciertamente se extiende a los familiares[58]. Pues la responsabilidad civil sirve para reparar el daño[59]. En materia de divorcio concluimos que no todas las causales contenciosas, dada su naturaleza, podrían derivar un daño moral, pues algunas responden a la idea de "divorcio-remedio" tales como la interdicción (CC, art. 185, ords. 5 y 7), sino aquellas que supongan

54 *Vid.* Luna, J.: "Esponsales y la promesa recíproca de matrimonio", http://javierluna.wordpress.com/2008/06/20/esponsales-y-la-promesa-reciproca-de-matrimonio/, indica que incumplir la promesa de matrimonio genera un daño que podría ser resarcido con indemnización sometida a caducidad. Y agrega: "Naturalmente la ruptura de los esponsales, en la mayoría de los casos, provoca mayor daño en una mujer que en el varón. Por una cuestión propia de una sociedad extremadamente machista. Donde el entorno juega un papel inquisitivo en ese sentido"; *Vid.* Romero Coloma, A. M.: *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 99-112.

55 *Vid.* Romero Coloma, A. M.: *Reclamaciones e indemnizaciones*, cit., pp. 79-98, especialmente p. 79, indica que el artículo 98 del Código Civil español establece que el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio ha sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal. La situación en Venezuela –a falta de norma especial– estaría regida por los principios generales de la responsabilidad civil, siempre que concurran los elementos de la misma; Medina, G.: "Daños en el Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial unificado de Argentina", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, pp. 15-46.

56 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: *Curso de Derecho*, cit., pp. 99-146.

57 *Ibid*., pp. 147-210. Varela Cáceres, E. L.: *Estudios de Derecho*, cit., pp. 211 y ss.

58 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: "Notas sobre la responsabilidad civil en algunas instituciones del Derecho de Familia", *Revista de Derecho*, núm. 32, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2010, pp. 33-72 (también en: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año IV, núm. 2, La Ley, Buenos Aires, 2012, pp. 50-71); Domínguez Guillén, M. C.: "El daño en el Derecho Civil Extrapatrimonial. Con especial referencia al Derecho de Familia", en AA.VV.: *IV Jornadas Aníbal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange*, Salaverría, Ramos, Romeros y Asociados, Caracas, 2012, tomo I, pp. 159-219; Hernández-Bretón, E. y Ojer, U.: "Reparación de daños en caso de divorcio", en AA.VV.: *El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, 553-572; Henríquez Larrazabal, L. A.: *Fidelidad conyugal Respuestas del Derecho*, Luis Felipe Capriles Editor, Caracas, 2011, pp. 311-342; Ferrer, F.: *Daños resarcibles en el divorcio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997; Corbo, C. M.: *Responsabilidad civil en los casos de separación personal y divorcio vincular*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-29, www.acaderc.org.ar.

59 *Vid.* Franzoni, M. en: Feijoó Cambiaso, R. H.: "Entrevista a", cit., p. 386.

una vulneración de los derechos personalísimos o propicien un dolor espiritual en el afectado, como sería "la injuria" (ord. 3), el adulterio (ord. 1) o el conato de corrupción o prostitución (ord. 4)[60]. En todo caso, se precisa el análisis del caso concreto a fin de determinar la concurrencia de requisitos de la responsabilidad civil, dada la decisión del Máximo Tribunal de quitarle carácter taxativo a las causales de divorcio[61].

Recientemente consideramos en forma excepcional la posibilidad de la acción *in rem verso* si se configuran sus requisitos no obstante la existencia de capitulaciones matrimoniales[62].

V. FILIACIÓN.

La filiación constituye un nexo jurídico entre el hijo y sus progenitores que genera deberes y derechos recíprocos[63]. El alcance expansivo de la responsabilidad civil –institución típica y básica del Derecho de Obligaciones– también lo ha considerado la doctrina en materia filiatoria, especialmente en relación al establecimiento de la filiación, ante figuras como el reconocimiento tardío, la impugnación de la filiación, fertilización artificial y la adopción[64]. Lo cual sería factible previo análisis del caso concreto y el cumplimiento de los elementos de la responsabilidad civil, a saber, daño, culpa y relación de causalidad.

Así la doctrina argentina se ha pronunciado en torno al daño moral al hijo no reconocido "espontáneamente", porque ello implica el desconocimiento de su estado familiar, y por tal el menoscabo a un derecho de la persona, que se vería impedida de ejercer los derechos inherentes a dicho estado[65]. Pero es obvio que

60 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: "El daño en el Derecho", cit., pp. 187-200.

61 *Vid.* TSJ/SConst., Sent. N° 693 de 2-6-15; Varela Cáceres, E. L.: "La última sentencia", cit., pp. 145-190; Sanquirico, F.: "El principio *expressio*", cit., pp. 241-248. *Vid.* Murillas Escudero, J. M.: "La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal", *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 13, 2015, pp. 111-128; Otárola Espinoza, Y.: *Incumplimienot de los deberes matrimoniales y responsabilidad civil*, Reus, Madrid, 2016, *passim*.

62 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: "Las capitulaciones matrimoniales: expresión del principio de la autonomía de la voluntad", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 5, Caracas, 2015, pp. 335-380, especialmente pp. 366-372. *Vid.* en el mismo sentido, aunque propone de *lege ferenda* la figura de la indemnización compensatoria: Ochoa Múñoz, J.: "Reflexiones sobre la conveniencia", cit., p. 113.

63 Varela Cáceres, E. L.: "El principio de la unidad de la filiación", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, Caracas, 2013, p. 175. *Vid.* también sobre el tema de nuestro homenajeado: "La filiazione: bilanci e prospettive a trenta anni dalla riforma del diritto di familia", *Diritto di famiglia e delle persone*, Vol. 35, núm. 1, 2006, pp. 207-215; "La riforma della filiazione: alcune note di lume" ,*Giustizia Civile, Revista giuridica trimestrale*, Vol. 63, núm. 9, 2013, pp. 439-442.

64 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: "El daño en el Derecho", cit., pp. 177-187.

65 Bíscaro, B. R.: "Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo", en AA.VV.: *Derecho de Daños. Economía, Mercado, Derechos Personalísimos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 438; Molina Quiroga, E. y Viggiola, L. E.: "Derecho a la identidad y no reconocimiento del hijo extramatrimonial (la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 255 del Código Civil y la responsabilidad de la madre)", en AA.VV.: *Derecho de Daños. Economía, Mercado, Derechos Personalísimos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 464, la filiación extramatrimonial no reconocida espontáneamente es reprochable jurídicamente, porque

ello no puede serle imputado a un padre que desconocía dicha posibilidad, por lo que se menciona al respecto la responsabilidad de la madre que no suministra el nombre del padre o no interpone acción de filiación en representación del hijo[66]. De allí que cuando se afirma que "en ningún caso la conducta de la madre enerva la responsabilidad del padre que omitió cumplir con el deber de reconocer al hijo"[67], se debe distinguir la situación del progenitor que omitió el reconocimiento a sabiendas de su paternidad de aquel que de buena fe la ignoraba, así como aquel que ejerció la posesión de estado aun cuando no había formalizado el acto del reconocimiento[68]. De tal manera, que no puede pretenderse una suerte de responsabilidad civil previa al reconocimiento "espontáneo" en todo caso, porque ello inhibiría dicho acto, amén que las hipótesis a distinguir pueden ser múltiples y no debe presumirse la mala fe del reconociente; de hecho, dichas consideraciones son extensibles en algunos casos al progenitor que de buena fe desconocía su paternidad y quiere confirmarla administrativa o judicialmente a través de una prueba científica. La materia del establecimiento filiatorio no escapa de las normas generales de la responsabilidad civil, pero la misma precisa el cumplimiento de ciertos requisitos de procedencia. Dado el carácter trascendental del reconocimiento por sus efectos, no puede pretenderse que la persona realice el mismo sin convicción en cuanto a su certeza. De lo que se evidencia que en la institución familiar del reconocimiento es fundamental las nociones de buena fe y culpa, comunes en el ámbito obligatorio. La madre o el progenitor que no promueve el establecimiento de la filiación de su hijo igualmente podría incurrir en responsabilidad por omisión, con base en la violación del derecho a la identidad.

La afectación de la filiación como parte del derecho a la identidad podrá ser indemnizada civilmente, lo cual acontece igualmente por ejemplo en caso de inscripciones y reconocimientos falsos, suposición o sustitución de partos, etc. Esto es, todos aquellos supuestos que alguien obstaculice el establecimiento de la filiación biológica o real del individuo consagrada en el artículo 56 de la Constitución. Se viola igualmente el derecho a la identidad genética al no poder acceder a la información sobre la verdad biológica, por ejemplo, en caso de fertilización artificial o adopción. Es decir, cualquier acto u omisión que vulnere la identidad genética es susceptible de ser objeto de daño moral.

el deber de reconocer a un hijo es jurídico, no obstante que el reconocimiento como acto familiar sea voluntario.

66 Bíscaro, B. R.: "Daños derivados", cit., p. 439. *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: "Notas sobre la responsabilidad", cit., pp. 41-45; Domínguez Guillén, M. C.: "El daño en el Derecho", cit., pp. 177-181.

67 Arianna, C. A. y Levy, L.: "Daño moral y patrimonial derivado de la falta de reconocimiento", en AA.VV.: *Derecho de Daños. Economía, Mercado, Derechos Personalísimos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 449.

68 La responsabilidad civil propiamente del padre solo se presentaría en aquellos casos en que se logre acreditar que el mismo conocía a ciencia cierta de su paternidad, lo cual tiene lugar por ejemplo cuando inclusive había ejercido la respectiva posesión de estado y no formaliza el reconocimiento espontáneo, obligando al hijo a ejercer la respectiva acción judicial conforme al artículo 210 del Código Civil.

La violación del derecho-deber de relacionarse con el hijo, para algunos derivada de la natural relación filiatoria, también pude derivar en una indemnización por daño moral[69], institución típica del Derecho de Obligaciones.

VI. UNIÓN DE HECHO ESTABLE[70].

La unión de hecho estable o unión concubinaria que acontece entre un hombre y una mujer a tenor del artículo 77 de la Carta Magna surte los mismos efectos que el matrimonio. Así lo reitero indicó el fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia[71] que aludía la necesidad de la sentencia merodeclarativa a los fines de su prueba por tratarse de una situación de hecho, no obstante que la Ley Orgánica del Registro Civil en 2009 prevé la posibilidad probatoria del acta de registro (arts. 117-122).

Varias figuras del Derecho de Obligaciones podrían tener presencia en el tema de la unión concubinaria. Primeramente, los convivientes no escapan tampoco al alcance de las normas de la responsabilidad civil. Por lo que, al margen de la prueba de su *status*, si se ocasiona un daño a otro se está obligado civilmente a repararlo.

También hemos indicado que una relación de hecho estable que no presente los requisitos que ha referido la Sala Constitucional en la citada sentencia 1682/2005 como la exigencia de la estabilidad (mediante un criticado tiempo mínimo de dos años) o la diversidad sexual, en caso de que las partes voluntariamente llegaran a partir los bienes comunes (en razón de un acuerdo de partición), el mismo se configura como una "obligación natural", por tanto lo pagado no se repite, toda vez que se configura como un deber moral y de equidad. Y por ende se paga bien, con fundamento en la teoría de las obligaciones naturales[72].

69 Domínguez Guillén, M. C.: "El derecho-deber de relacionarse entre progenitor e hijo en Venezuela: aspectos sustantivos y procesales". *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 13, *El interés superior del menor en la experiencia jurídica latinoamericana*, Coord. Gisela María Pérez Fuentes, IDIBE, Agosto 2020, pp. 224-282, especialmente pp. 234, 245, 267 y 268; Domínguez Guillén, M. C.: *La convivencia familiar (antiguo derecho de visitas)*. Paredes, Caracas, 2012, pp. 287-291.

70 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: "Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999", *Revista de Derecho*, núm. 17, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, pp. 215-247; Domínguez Guillén, M. C.: "Más sobre las uniones estables de hecho según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia", *Revista de Derecho*, núm. 27, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008, pp. 133-167; Domínguez Guillén, M. C.: *Manual de Derecho de Familia*, cit., pp. 449-482; *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: "El daño en el Derecho", cit., pp. 200-202; Domínguez Guillén, M. C.: "La unión de hecho estable o unión concubinaria en Venezuela", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 11, IDIBE, 2019, pp. 352-399; Varela Cáceres, E. L.: *Estudios de Derecho*, cit., pp. 239 y ss.

71 TSJ/SC, sent. núm. 1682, 15 de julio de 2005.

72 Domínguez Guillén, M. C.: *Curso de Derecho*, cit., p. 79, con inclusión de nota al pie 34.

Las relaciones derivadas de la unión concubinaria también como es natural pudieran incurrir en responsabilidad civil, bien sea por la violación de derechos personalísimas o actos fraudulentos en perjuicio de la comunidad concubinaria[73].

VII. OTROS.

A propósito del tema de la "causa extraña no imputable"[74] que exime de responsabilidad al deudor o puede tener el efecto de suspender la ejecución de la obligación, se admite entre sus modalidades de caso fortuito, el evento acontecido con un familiar. Toda vez que la conducta del buen padre de familia o deudor medio, cedería ante un evento de tal naturaleza, según ha indicado la jurisprudencia[75]. Un deudor medio "buen padre de familia" cedería ante la eminencia de la muerte o enfermedad de un familiar, antes que cumplir una obligación.

El "daño moral" que puede ser resarcible por la violación de un derecho de la personalidad[76], excepcionalmente se puede extender a hechos acaecidos respecto de familiares o la muerte de tales según se deriva del artículo 1196 del Código Civil[77]. Lo cual es extensible al concubino a tenor del artículo 77 de la Carta Magna[78].

73 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: "El daño en el Derecho", cit., pp. 200-202; Blanco Pérez-Rubio, L.: "Indemnización por ruptura unilateral en la unión de hecho", *Revista de Derecho Privado*, núm. 90-2, Madrid, 2006, pp. 3-32.

74 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: *Curso de Derecho*, cit., pp. 165-185; Domínguez Guillén, M. C.: "La causa extraña no imputable", en AA.VV.: *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015, tomo IV, pp. 2785-2812; Bianca, M., en: Feijoó Cambiaso, R. H.: "Entrevista a", cit., p. 384 (nuestro homenajeado responde a la pregunta ¿Cómo se puede medir la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable?).

75 Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, sent. 31-05-04, exp. 0258-04, http://miranda.tsj.gob.ve/decisiones/2004/mayo/100-31-0258-04-.html, en este caso no se está solamente ante una situación totalmente imprevisible que puede estar subsumida dentro del caso fortuito o fuerza mayor (puesto que se está en presencia de un caso imprevisible como lo es la muerte), sino que se está en presencia de una eventualidad del quehacer humano que impuso una carga compleja sobre el accionante como lo es el acompañar a sus familiares y realizar todas las diligencias necesarias para el sepelio y realización de las pompas fúnebres del abuelo paterno.

76 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: *Curso de Derecho*, cit., pp. 242-257; Domínguez Guillén, M. C.: "Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad", *Revista de Derecho*, núm. 7, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 250-288; De Verda y Beamonte, J. R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, Fundación Iuris Tantum, Santa Cruz, 2017, pp. 56 y 57, los derechos de la personalidad son una técnica de Derecho Civil para hacer frente a las intromisiones ilegítimas de sujetos de Derecho Privado en el ámbito de la propia esfera personal, justificando la puesta en marcha de la tutela inhibitoria y resarcitoria para obtener la reparación del subsiguiente daño moral.

77 "La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito. El juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada. El juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima".

78 Domínguez Guillén, M. C.: *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 437.

La "acción de simulación" que no se compadece con la realidad del acto o negocio jurídico, no solo es importante respecto de los acreedores, en el área del Derecho de Obligaciones[79]. Dicha acción[80] podría según el caso, presentar interés respecto de negocios jurídicos realizados entre familiares[81] con el fin de esconder la intención real de las partes.

En cuanto al "pago", cabe recordar que éste puede ser hecho por un tercero salvo que se trate de una obligación personalísima (CC, arts. 1283 y 1284)[82]. Por lo que mal puede el acreedor negarse a recibir el pago de un tercero, toda vez que este lo satisface. De lo que cabe obviamente concluir que el pago de una deuda realizado por un familiar es perfectamente válido. La ley también se refiere al pago hecho a persona autorizada por la ley en el que cabe el representante legal del acreedor, a saber, progenitores, tutor, etc.

Otras tantas instituciones del Derecho de Obligaciones podrían por la dinámica de la vida tener lugar frecuentemente entre familiares, sin que ello le reste eficacia, tales como la gestión de negocios, el pago de lo indebido o el enriquecimiento sin causa[83].

Algunas figuras estudiadas en la asignatura de Derecho de Obligaciones tienen notable vinculación al Derecho Extrapatrimonial, como es el caso de la responsabilidad especial compleja de los progenitores o tutores (CC, art. 1190[84]).

Aunque no dependa directamente de la acción u omisión de familiares, a propósito del origen filiatorio, hemos dicho que la imposibilidad de acceder al derecho de toda persona a conocer su identidad genética o biológica como parte de su derecho a la identidad (por ejemplo, ante fertilización artificial), podrá

79 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: *Curso de Derecho*, cit., pp. 340-348.

80 *Vid.* Saghy Cadenas, P. J.: *La noción de simulación del contrato. Estudio comparado en Derecho Civil francés y venezolano*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

81 *Vid.* TSJ/SCC, sent. núm. 350, del 03-07-02, "En el caso que nos ocupa, sostiene la formalizante que la venta del inmueble efectuada por los esposos (…) a la empresa (…) es simulada y que la misma se hizo con el fin de obstruir u obstaculizar lo que humana y jurídicamente pudiera corresponderles a sus mandantes, los herederos hermanos (…) Se trata, entonces, de una simulación relativa dado que la venta que se pretende impugnar realmente se efectuó"; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, marzo 2007, exp. 05-8152, http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2007/marzo/2117-12-05-8152-html, "La propuesta de Muñoz Sabaté consiste en la elaboración de una tabla semiótica de indicios en materia de simulación (…) Los indicios son los siguientes: 0. *Causa simulandi*: Motivo para simular, 1. *Necessitas*: Falta de necesidad de enajenar o gravar, 2. *Omnia bona*: Venta de todo el patrimonio o de lo mejor, 3. *Affectio*: Relaciones parentales, amistad o de dependencia…".

82 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: *Curso de Derecho*, cit., pp. 359 y 360.

83 *Ibid*., pp. 611-633.

84 *Vid. ibid*., pp. 654-659; Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, sent. 21-11-05, exp. 5816-05, http://cfr.tsj.gob.ve/decisiones/2005/noviembre/350-21-5816-05-91.html; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, sent. 06-07-06, http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2006/julio/1553-6-23933-243.html.

generar daño moral como violación a tal derecho de la personalidad. Pues toda persona tiene derecho a conocer su origen[85]. De tal suerte que en la fertilización artificial y en su manipulación rigen las reglas de la responsabilidad por ejemplo en caso de mala praxis médica[86].

La figura del "abuso del derecho" consagrada como fuente autónoma de las obligaciones de seguida al hecho ilícito en el artículo 1185 del Código Civil, también encuentra aplicación en el ámbito del Derecho de Familia, como tuvimos ocasión de indicar, en aspectos tales como el establecimiento de la filiación (reconocimiento de complacencia), el ejercicio de la patria potestad u otras figuras o instituciones familiares[87]. Por ejemplo, los derechos personalísimos del menor pudieran resultar vulnerados por sus progenitores[88], y ello ciertamente podría generar daño moral, institución clave del Derecho de Obligaciones.

Vemos así que las obligaciones están presentes en las instituciones familiares, como es el caso del carácter de obligación de valor de la obligación de alimentos o la obligación natural de la ayuda alimentaria a parientes no obligados; la procedencia de la responsabilidad civil en las instituciones familiares o la pretendida vinculación del matrimonio con el contrato. En fin, para sumarnos al homenaje al maestro Bianca, solo citamos algunas figuras o normas del Derecho de Obligaciones latentes en el Derecho de Familia, lo que demuestra la necesaria conexión de tales ramas del Derecho Privado General, que como derecho de la vida diaria, evidencia que lo patrimonial y lo extrapatrimonial generalmente van de la mano.

85 Domínguez Guillén, M. C.: «Notas sobre el derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico venezolano», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6-1, Valencia, 2017, pp. 41-69; Domínguez Guillén, M. C.: Aproximación al estudio", cit., pp. 92-126. *Vid.* también: Bianca, C. M.: *Diritto Civile,* cit., p. 200, la lesión a la identidad tiene lugar cuando se divulgan hechos falsos o se distorsiona la realidad.

86 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C.: «Derechos del paciente y responsabilidad civil médica (Venezuela)», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, Valencia, 2018, pp. 328-372.

87 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C. y Varela Cáceres, E. L.: "El abuso de derecho. Un estudio. Tres autores", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 8, Caracas, 2017, pp. 515-549, especialmente, pp. 539-547, relativo al abuso del derecho en el Derecho de Familia.

88 *Vid.* Domínguez Guillén, M. C. y Varela Cáceres, E. L.: "*Notas sobre los derechos de la personalidad del menor de edad en el marco de la patria potestad (Venezuela*)", *Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber Amicorum,* Coord. Leonardo B. Pérez Gallardo, Tirant Lo Blanch, Valencia/España, 2019, pp. 113-145.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Mawdsley, A.: "La obligación alimentaria en el Derecho venezolano", *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 4, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1967.

Alcalá de Arraga, C.: "Del incumplimiento de la obligación alimentaria", *LEX Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia*, núm. 218, Maracaibo, 1995.

Arianna, C. A. y Levy, L.: "Daño moral y patrimonial derivado de la falta de reconocimiento", en AA.VV.: *Derecho de Daños. Economía, Mercado, Derechos Personalísimos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 443-450.

Baqueiro Rojas, E. y Buenrostro Báez, R.: *Derecho de Familia y Sucesiones*, Harla, México, 1990.

Blanco Pérez-Rubio, L.: "Indemnización por ruptura unilateral en la unión de hecho", *Revista de Derecho Privado*, núm. 90-2, Madrid, 2006.

Bernad Mainar, R.: *Derecho Civil Patrimonial Obligaciones*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, tomo I.

Bianca, C. M.: *Diritto Civile. I, La norma giuridica i soggetti*. Giuffrè Editore Milano, Seconda Edizione, Varese, 2002.

Bianca, C. M.: "La filiazione: bilanci e prospettive a trenta anni dalla riforma del diritto di familia", *Diritto di famiglia e delle persone*, Vol. 35, núm. 1, 2006, pp. 207-215.

Bianca, C. M.: "La riforma della filiazione: alcune note di lume", *Giustizia Civile, revista giuridica trimestrale*, Vol. 63, núm. 9, 2013, pp. 439-442.

Bíscaro, B. R.: "Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo", en AA.VV.: *Derecho de Daños. Economía, Mercado, Derechos Personalísimos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 435-442.

Bonnecase, J.: *Tratado elemental de Derecho Civil*. Edit. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, Trad. E. Figueroa Alfonzo.

Bossert, G. A. y Zannoni, E. A.: *Manual de Derecho de Familia*, Astrea, 3ª ed., Buenos Aires, 1992.

Cecchini, F.C. y otros: *Daños entre cónyuges: prejuicialidad y responsabilidad civil*. Zeus, Rosario-Argentina, 1994.

Corbo, C. M.: *Responsabilidad civil en los casos de separación personal y divorcio vincular*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar.

De Freitas De Gouveia, E.: "La autonomía de la voluntad en el Derecho de la persona natural", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, Caracas, 2013, www.rvlj.com.ve.

Delgado Ocando, J. M.: *Lecciones de Introducción al Derecho*, Vadell Hermanos Editores, Valencia-Caracas, 2001.

De Ruggiero, R.: *Instituciones de Derecho Civil*, Reus, Madrid, s/f, tomo II, vol. II, trad. de la 4ª edic. italiana por R. Serrano Suñer y J. Santa-Cruz Teijeiro.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, Fundación Iuris Tantum, Santa Cruz, 2017.

Díaz-Ambrona Bardají, M. D. y Hernández Gil, F.: *Lecciones de Derecho de Familia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.

Díaz de Guijarro, E.: "Nuevos aportes a la introducción al estudio del acto jurídico familiar", en AA. VV.: *Estudios de Derecho Civil en Honor del profesor Castán Tobeñas*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, tomo VI.

Diez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1995, tomo IV.

D´Jesús, A.: *Lecciones de Derecho de Familia*. Paredes Editores, Caracas, 1991.

Domínguez Guillén, M. C.: "Entre el derecho púbico y el derecho privado", *Revista de Derecho Público* N° 161-162, enero-junio 2020, pp. 41-58.

Domínguez Guillén, M. C.: "El derecho-deber de relacionarse entre progenitor e hijo en Venezuela: aspectos sustantivos y procesales". *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 13, El interés superior del menor en la experiencia jurídica latinoamericana, Coord. Gisela María Pérez Fuentes, IDIBE, Agosto 2020, pp. 224-282.

Domínguez Guillén, M. C.: *Manual de Derecho Sucesorio*, Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2ª ed., Caracas, 2019.

Domínguez Guillén, M. C.: *Instituciones fundamentales de Derecho Civil*. Cenlae. Caracas, 2019.

Domínguez Guillén, M. C.: "La unión de hecho estable o unión concubinaria en Venezuela", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 11, IDIBE, 2019, pp. 352-401.

Domínguez Guillén, M. C.: *Derecho Civil Constitucional (la constitucionalización del Derecho Civil).* Editorial Jurídica Venezolana-Cidep, Caracas, 2018.

Domínguez Guillén, M. C.: "Buena fe y relación obligatoria", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 11, Caracas, 2018.

Domínguez Guillén, M. C.: "Derechos del paciente y responsabilidad civil médica (Venezuela)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, Valencia, 2018.

Domínguez Guillén, M. C.: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2017, www.rvlj.com.ve.

Domínguez Guillén, M. C.: "Notas sobre el derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico venezolano", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6-1, Valencia, 2017.

Domínguez Guillén, M. C.: "Las capitulaciones matrimoniales: expresión del principio de la autonomía de la voluntad", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 5, Caracas, 2015.

Domínguez Guillén, M. C.: "La causa extraña no imputable", en AA.VV.: *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015, tomo IV.

Domínguez Guillén, M. C.: *Manual de Derecho de Familia*, Paredes, Caracas, 2014.

Domínguez Guillén, M. C.: "La dación en pago o prestación en lugar de cumplimiento», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, Caracas, 2014.

Domínguez Guillén, M. C.: "Notas sobre la responsabilidad civil en algunas instituciones del Derecho de Familia", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año IV, núm. 2, La Ley, Buenos Aires, 2012.

Domínguez Guillén, M. C.: *La convivencia familiar (antiguo derecho de visitas).* Paredes, Caracas, 2012.

Domínguez Guillén, M. C.: "El daño en el Derecho Civil Extrapatrimonial. Con especial referencia al Derecho de Familia", en AA.VV.: *IV Jornadas Aníbal Dominici.*

Derecho de Daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange, Salaverría, Ramos, Romeros y Asociados, Caracas, 2012, tomo I.

Domínguez Guillén, M. C.: "Sobre la noción de Derecho Civil", *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 62-63, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2010

Domínguez Guillén, M. C.: "Notas sobre la responsabilidad civil en algunas instituciones del Derecho de Familia", *Revista de Derecho*, núm. 32, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2010.

Domínguez Guillén, M. C.: "Más sobre las uniones estables de hecho según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia", *Revista de Derecho*, núm. 27, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008.

Domínguez Guillén, M. C.: "Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999", *Revista de Derecho*, núm. 17, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005.

Domínguez Guillén, M. C.: "La persona: ideas sobre su noción jurídica", *Revista de Derecho*, núm. 4, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002.

Domínguez Guillén, M. C.: "Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad", *Revista de Derecho*, núm. 7, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002.

Domínguez Guillén, M. C.: "Consideraciones procesales sobre la indexación laboral", *Revista de la Faculta de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 117, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/.../rucv_2000_119_197-232pdf.pdf.

Domínguez Guillén, M. C. y Varela Cáceres, E. L.: "*Notas sobre los derechos de la personalidad del menor de edad en el marco de la patria potestad (Venezuela)*", *Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber Amicorum,* Coord. Leonardo B. Pérez Gallardo, Tirant Lo Blanch, Valencia/España, 2019, pp. 113-145.

Domínguez Guillén, M. C. y Varela Cáceres, E. L.: "El abuso de derecho. Un estudio. Tres autores", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 8, Caracas, 2017.

Domínguez Guillén, M. C. y Varela Cáceres, E. L.: «La pensión compensatoria en el Derecho venezolano: Escasa aproximación legislativa», *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 *bis*, Valencia, 2016.

Esis V., I.: "La obligación alimentaria en el Derecho Internacional Privado", AA.VV., *Temas de Derecho Internacional Privado. Libro homenaje a Juan María Rouvier* (F. Parra Aranguren, editor), Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003.

Feijoó Cambiaso, R. H.: "Entrevista a Massimo Bianca y Massimo Franzoni. Conversatorio en torno al Derecho Civil Patrimonial", *IUS ET VERITAS*, *24* (51), 2015, pp. 382-389, http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15669

Fleitas Ortiz de Rozas, A. y Roveda, E. G.: *Manual de Derecho de Familia*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004.

Henríquez Larrazabal, L. A.: *Fidelidad conyugal Respuestas del Derecho*, Luis Felipe Capriles Editor, Caracas, 2011, pp. 311-342; Ferrer, F.: *Daños resarcibles en el divorcio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

Hernández-Bretón, E.: "El régimen de las obligaciones en el proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1963-1965)", *Revista de la Faculta de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 69, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1988.

Hernández-Bretón, E. y Ojer, U.: "Reparación de daños en caso de divorcio", en AA.VV.: *El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804.* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005.

Jiménez Serrano, P.: "La teoría de las obligaciones y el Derecho de Familia", *Integração*, núm. 45, Universidade São Judas Tadeu, São Paulo, 2006.

Lacruz Berdejo J. L. *et al.: Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, José María Bosch editor, Barcelona, 1990, vol. I.

Lasarte, C.: *Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona.* Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid, 2004, tomo I.

López Herrera, F.: *Derecho de Familia*, Universidad Católica Andrés Bello-Banco Exterior, Caracas, 2006, tomo I.

Louge Emiliozzi, E.: "Algunos aspectos problemáticos de la obligación alimentaria (Con particular referencia a la provincia de Buenos Aires)", *Jurisprudencia Argentina*, Lexis núm. 0003/800092, http://www.villaverde.com.ar/es/assets/docencia-2/unlz-alimentos/bibliografia/problemas-alimentos-emiliozzi.doc.

Maluquer de Motes, C.: *Derecho de la Persona y negocio jurídico.* Bosch, Barcelona, 1993.

Medina, G.: "Daños en el Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial unificado de Argentina", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015.

Molina Quiroga, E. y Viggiola, L. E.: "Derecho a la identidad y no reconocimiento del hijo extramatrimonial (la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 255 del Código Civil y la responsabilidad de la madre)", en AA.VV.: *Derecho de Daños. Economía, Mercado, Derechos Personalísimos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

Murillas Escudero, J. M.: "La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal", *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 13, 2015.

O'Callaghan, X.: *Compendio de Derecho Civil. Parte General*, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, tomo I.

Ochoa Múñoz, Javier: "Reflexiones sobre la conveniencia de una reforma legislativa en el régimen de matrimonio y el divorcio en Venezuela. La precaria situación jurídica del cónyuge casado bajo régimen convencional de separación de bienes", en *I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil "Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés* (coords. J. Annicchiarico, S. Pinto y P. Saghy), Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridque Francaise-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

Otárola Espinoza, Y.: *Incumplimienot de los deberes matrimoniales y responsabilidad civil*, Reus, Madrid, 2016.

Padiol Albás, A.: *La obligación de alimentos entre parientes*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

Padiol Albás, A.: *La obligación de alimentos entre parientes*, Tesis doctoral de la Universidad de Lleida, 1994, www.tdx.cat/bitstream/10803/8141/2/Tampa2de4.pdf.

Parra Benítez, J.: *Manual de Derecho Civil. Personas, Familia y Derecho de Menores*, Temis, Bogotá, 2002.

Pereznieto Castro, L.: *Introducción al estudio del Derecho*, Oxford University Press, 5.ª ed., reimp., México, 2006.

Planiol, M. y Ripert, G.: *Derecho Civil*. Edit. Pedagógica Iberoamericana, México, 1996, Trad. L. Pereznieto Castro.

Ramos S., C. J.: "El derecho a la subsistencia: postulado de la protección familiar", en AA.VV., *De los Menores a los Niños, una larga trayectoria*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999.

Reyes Ríos, N.: "Derecho patrimonial de Familia", en AA. VV.: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Caracas, 1994*, Publicidad Gráfica León, Caracas, 1996, tomo II.

Rodríguez Ferrara, M.: *Obligaciones*, Librosca, Caracas, 2007.

Rodríguez Mejía, G.: "El matrimonio: aspectos generales en el Derecho Civil en el Canónico", *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, UNAM, México, 2002, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/3/dtr/dtr5.pdf.

Romero Coloma, A. M.: *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*. Bosch, Barcelona, 2009.

Saghy Cadenas, P. J.: *La noción de simulación del contrato. Estudio comparado en Derecho Civil francés y venezolano*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

Sanquirico, F.: "El principio *expressio unius est exclusio alterius* en el artículo 185 del CC y la sentencia de la Sala Constitucional del TSJ Correa Rampersad", *Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 12, Universidad Monteávila, Caracas, 2016.

Sojo Bianco, R. y Hernández de Sojo Bianco, M.: *El derecho de alimentos en la legislación venezolana*, Mobil-Libros, Caracas, 2002.

Soublette Saluzzo, P.: "Fuentes del derecho alimentario en la legislación venezolana", *Revista del Consejo de la Judicatura*, núm. 16, Caracas, 1980.

Varela Cáceres, E. L.: *Estudios de Derecho de Familia*, Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2020.

Varela Cáceres, E. L.: *Lecciones de Derecho Civil I Personas*, Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2019.

Varela Cáceres, E. L.: "La última sentencia de divorcio de la Sala Constitucional (comentarios a la sentencia núm. 693 de fecha 2 de junio de 2015)", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 6, Caracas, 2016.

Varela Cáceres, E. L.: "El principio de la unidad de la filiación", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, Caracas, 2013.

Vivas Tesón, I.: "Daños en las relaciones familiares", *Pensar, Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 17, núm. 2, Fortaleza, 2012, http://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/2315/pdf.

Wills Rivera, L.: "Consecuencias del incumplimiento de los deberes alimentarios hacia el menor", *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Caracas, 1994*, Publicidad Gráfica León, Caracas, 1996, tomo I.

LA INJERENCIA DESBORDADA DE LO PÚBLICO EN LAS RELACIONES FAMILIARES COMO CAUSA DE SU DEBILITAMIENTO

THE OVERWHELMING INTERFERENCE OF THE PUBLIC SPHERE IN FAMILY RELATIONS AS A CAUSE OF THEIR WEAKENING

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1132-1157

Pilar María
ESTELLÉS
PERALTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: En este trabajo se analiza la regulación de los deberes de los hijos y del derecho de corrección de los padres tras las últimas reformas legislativas con el fin de determinar si continúa existiendo este derecho de corrección a pesar de su eliminación formal del Código Civil español y la introducción de nuevas pautas de parentalidad por la Ley 8/2021, de 4 de junio.

PALABRAS CLAVE: Patria potestad; relaciones parentales; relaciones familiares; deberes de los hijos; derecho de corrección de los padres; violencia doméstica; parentalidad positiva.

ABSTRACT: *In this paper we study the regulation of children's duties and the parents' right of correction after the last legislative reforms, to determinate if continues existing this ius corrigendi despite the formal elimination from the Spanish Civil Code, and the introduction of new parental guidelines by Law 8/2021, of June 4.*

KEY WORDS: *Parental authority; parental responsibility; familiar relations; children's duties; parents' right of correction; domestic violence; positive parenting.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. LA EVOLUCIÓN DEL PROBLEMA.- III. NUEVOS RETOS DE LA CONVIVENCIA INTRAFAMILIAR: LA CONVIVENCIA FAMILIAR DEMOCRÁTICA Y LA SOLUCIÓN PACÍFICA DE CONFLICTOS.- 1. Las claves de la parentalidad positiva en la Recomendación 19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo a la parentalidad positiva del Consejo de Europa.- IV. LA PARENTALIDAD POSITIVA EN MATERIA EDUCATIVA Y SANITARIA.- 1. La obligatoriedad de la asistencia presencial de los menores a los centros educativos.- 2. Los derechos relacionados con la salud y la integridad física de los hijos menores.- V. BREVE CONCLUSIÓN

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

La institución de la familia ha sufrido una transformación significativa en las últimas décadas y se ha producido un progresivo deterioro en las relaciones conyugales y parentales que ha provocado que las relaciones entre los padres y los hijos sean hoy diferentes y la resolución del conflicto, más compleja. Se observa un aumento importante en el número de fracasos matrimoniales y por tanto de situaciones de crisis familiares en que pueden verse afectados los menores[1]. En esto casos de quiebra de la unidad familiar surgen nuevas situaciones que afectan e involucran a los hijos en diversos aspectos importantes relacionados con el ejercicio de la patria potestad. No obstante, no siempre los problemas o crisis familiares derivan de la disparidad de criterios de los padres en materia de educación, costumbres o enfoque vital, sino que habiendo consenso entre padre y madre (ahora llamados progenitores), los enfrentamientos con los hijos menores adolescentes tienen por causa cuestiones de todo tipo relacionadas con el ejercicio de los derechos de la personalidad de los menores o educativas y académicas, la imagen física y corporal –rastas, piercings, tatuajes- del menor, salidas nocturnas, consumo de alcohol, embarazos de adolescentes, prestación o negativa del consentimiento para determinados tratamientos e intervenciones médicas, falta de estudio y ausencias del centro escolar, etc. En estas situaciones

1 En 2017 se produjeron 102.341 casos de nulidad, separación y divorcio, lo que supuso una tasa de 2,2 por cada 1.000 habitantes y en 2019, la tasa es de 2,7. El total de casos de ruptura en 2017, supuso un aumento del 1,0% respecto al año anterior. Durante ese año 2017, se produjeron 97.960 divorcios, 4.280 separaciones y 100 nulidades. Los divorcios representaron el 95,7% del total, las separaciones el 4,2% y las nulidades el 0,1% restante. El número de divorcios aumentó un 1,2% respecto al año anterior. El 46,0% de los matrimonios correspondientes a las resoluciones de los casos de separación o divorcio tenían solo hijos menores de edad. Destaca, asimismo, que la custodia de los hijos menores fue otorgada a la madre en el 65,0% de los casos, cifra inferior a la observada en el año anterior (66,2%). La custodia compartida fue otorgada en el 30,2% de los casos de divorcio y separación, según datos del INE, sobre el año 2017. Por otro lado, según datos del Consejo General del Notariado, las escrituras de separación y divorcio notarial han pasado de 1.429 en 2015 a 9.500 en 2020. A ello hay que sumar los procesos de disolución matrimonial mediante resolución judicial del año 2019, que ascienden a 95.320 según el INE.
Disponible: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206 [consultado 13 de agosto de 2021].

• Pilar María Estellés Peralta
Profesora de Derecho Civil, Directora Departamento Derecho Privado, Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir". Correo electrónico: pm.estelles@ucv.es

son los propios adolescentes, en la mayoría de los casos, los que generan estas problemáticas y se rebelan contra los titulares de la patria potestad y complican su ejercicio.

A la continuada evolución y modificación de la autonomía personal del menor basada en su supuesta madurez y propiciada por los cambios sustanciales que ha experimentado en tiempos recientes el Derecho de Familia, debe sumarse la primacía del interés superior del niño –que va a ocupar el vértice de los diferentes intereses en conflicto en lo referente a la resolución de las distintas situaciones de crisis y discrepancia familiares-; todo ello, conlleva en contrapartida un debilitamiento del derecho-poder en que consiste la patria potestad[2] que regula el art. 154 CC y que podría suponer una grieta para los intereses del menor que se pretenden proteger al dificultar el cumplimiento de los deberes y facultades de "velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral"[3].

En consecuencia, en el seno de relaciones familiares se han originado serias dificultades de tipo jurídico en relación con la función parental que afecta a los menores –de cara a la resolución de los conflictos adolescentes planteados- y que requieren de la intervención judicial para su resolución (art. 154, *in fine* CC).

En otras ocasiones se trata de dirimir no un conflicto entre los padres y el hijo menor sino de los padres con la Administración –educativa o sanitaria-. Me refiero fundamentalmente a los casos suscitados a raíz de la crisis sanitaria originada por el Covid-19, en que los padres, ante el peligro o riesgo inminente y grave para la integridad física (el riesgo para la salud de sus hijos) fueron quienes pretendieron adoptar medidas de protección y prevención ante un posible contagio de una enfermedad incierta, altamente mortal y que en su día no contaba ni con un tratamiento eficaz ni vacuna (situación que sigue afectando a los menores de 12 años) a riesgo de que estas medidas pudieran ser calificadas de delito o derivar en una declaración de desamparo, a no ser que se recurra una vez más a la autoridad judicial en solicitud de autorización.

Esta excesiva administrativización y judicialización del actual Derecho de familia, en mi opinión, ha dado lugar al debilitamiento de las relaciones familiares directamente relacionadas con el ejercicio de la patria potestad. Ciertamente se ha

2 Actualmente y por fortuna muy alejada de la primitiva ordenación romana de la patria potestad en que el poder del "pater familias" era un poder despótico y absoluto, concebido originariamente como un derecho sobre la vida y muerte (jus vitae et necis) del hijo que persistía mientras viviera el padre. Vid. en el mismo sentido Linacero de la Fuente, M. A.: Derecho de la persona y de las relaciones familiares, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 533 y ss.

3 Tan grave ha sido la aniquilación de las funciones parentales que el propio legislador ha debido rectificar al respecto, como en el caso de la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.

avanzado mucho en las políticas de protección a los menores y habrá situaciones de grave riesgo o de desamparo que hagan necesario y muy conveniente la intervención administrativa para proteger la vida, la salud y la integridad de los menores pero no es menos cierto que, en algunos casos, aquellas medidas legislativas que han debilitado las funciones encomendadas a los representantes legales del menor han generado estas nuevas situaciones de conflicto parental originando nuevos problemas jurídicos relacionados con los menores que demandan intervenciones judiciales y administrativas para poder ser solucionados.

Indudablemente las últimas reformas legislativas han supuesto una mejora encomiable en la defensa y protección del interés superior del menor pero conviene andarse con tiento en algunas cuestiones no vayamos a provocar lo que se pretende evitar.

Solo contadas excepciones del total de las relaciones padres-hijos son de carácter violento o negligente pues en la inmensa mayoría de los casos los progenitores cumplen sus obligaciones con diligencia, respeto y amor hacia sus hijos. En consecuencia, se debería reconsiderar legal y socialmente el valor del cuidado, la crianza y educación de los hijos que constituyen derechos-deberes de gran importancia y trascendencia en el marco de las funciones de la patria potestad, que los padres ejercen por el bien de los hijos y que debieran verse reforzadas por el legislador y la cuestión es si ha sucedido efectivamente así.

Desde hace un tiempo, el ejercicio de las funciones, deberes y facultades que conforman la patria potestad no resulta siempre fácil para los titulares de la misma debido a los cambios legislativos acontecidos en la materia que otorgan plena autonomía al menor para el ejercicio sus derechos de la personalidad y que, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. Derivado de ello, se producen situaciones en que habiendo acuerdo entre los titulares de la patria potestad quien genera la discrepancia es el hijo menor, normalmente adolescente o preadolescente a quien los nuevos vientos legislativos colocan en el vértice de la pirámide familiar y cuyos deseos parece que deban prevalecer incluso frente al criterio sereno, sosegado, cargado de razones y de común acuerdo de los padres[4] que actúan en su interés. Y en estos casos quién juzga que la elección del menor va en contra o a favor de su propio interés ¿los padres? y en tal caso pueden recabar el auxilio de la autoridad de acuerdo con el art. 154 CC; a su vez, se refiere el precepto a la autoridad judicial, policial o al funcionario de la Administración competente de la respectiva Comunidad Autónoma al que el art. 41 de la Ley 8/2021, de 4 de junio de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia frente

4 *Vid.* en el mismo sentido, Estellés Peralta, P. M.: "La patria potestad en las situaciones de crisis familiar", en AA. VV: *Las crisis familiares. Tratado Práctico interdisciplinar* (dir. por J.R. De Verda y Beamonte), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 139-164, p. 152.

a la Violencia (en adelante LOPIAFV)[5] califica de agente de la autoridad; y en los casos que afectan a la salud del menor, juzga el juez directamente que la elección del menor lesiona su interés en todo caso o debe "juzgarlo" el facultativo en aquellas cuestiones sanitarias que revistan peligro para la salud del menor.

II. LA EVOLUCIÓN DEL PROBLEMA.

La evolución del problema tiene su origen en la erosión progresiva y constante de las facultades a disposición de los padres en la compleja tarea de educar a sus hijos menores. La "disolución" del ejercicio de la patria potestad y el recorte de las funciones parentales no es un fenómeno que haya irrumpido repentinamente sino que lleva implantándose unos años. Comenzó hace 40 años con la reforma del art. 154 CC *in fine* a raíz de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que juiciosamente eliminó la facultad de castigar en el ejercicio de la patria potestad y se suprimió claramente la imposición de castigos físicos al hijo manteniendo tan sólo la facultad de corregir añadiendo al texto un nuevo límite a la misma, pues a partir de entonces dicha facultad ya no sólo debería ser moderada sino también razonable: "Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos".

Posteriormente, el Comité de los Derechos del Niño, órgano de seguimiento del cumplimiento de la Convención, ya el año 1994, en sus observaciones finales respecto de nuestro país, señaló su preocupación por la posibilidad de que la facultad de corrección moderada que se reconocía a los padres y tutores en la legislación española por virtud del art. 154 CC pudiera contravenir el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre y sugería y recomendaba a las autoridades españolas que revisaran dicho precepto, incluso cuando el entonces vigente art. 154 CC sólo hacía referencia a la potestad de corregir moderada y razonablemente. Por ello en la redacción dada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, para dar "respuesta a los requerimientos del Comité de Derechos del Niño, se suprime la frase "podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos". Consecuentemente, si la facultad de corregir ya era una facultad excepcional, tras la reforma mencionada se dejó únicamente vigente que "los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad".

El recorte de las facultades parentales continúa con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia,

5 La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la Violencia.

que llevó a cabo una nueva modificación del art. 154 CC, haciendo referencia a los "progenitores" y suprimiendo toda referencia a los padres (modificación que ya había introducido la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y que conculca los derechos de los padres adoptivos que biológicamente no son progenitores en ningún caso pero que el legislador no ha tenido en cuenta[6]), e identificando la patria potestad como una responsabilidad parental: ello significa que el derecho-deber de los padres se convierte *ope legis* en responsabilidad únicamente, no en potestad pese a que se mantenga esta expresión en la mayoría de los preceptos que regulan esta materia[7]. Así, el art. 154, *in fine* CC hace referencia, a "función", lo que a mi parecer supone un progresivo debilitamiento de la patria potestad[8]. En este sentido, la precursora STS 11 octubre 2004 señalaba que la patria potestad "más que un poder actualmente se configura como una función en beneficio de los hijos menores"[9].

A ello se añade la exigencia que establece la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio (LOPIAFV), en relación con la denominada "parentalidad positiva" y que de acuerdo con su art. 26.3.a) consiste en el comportamiento de los representantes legales "fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes". Cabe aducir al respecto, que los principios de corresponsabilidad y parentalidad no constituyen una novedad en el ejercicio de la "nueva" patria potestad fruto de las reformas enunciadas sino que ya se venían aplicando en su ejercicio[10] siendo exigidos por los tribunales[11] y reconocido por el Consejo de Europa a través de distintos instrumentos jurídicos y, concretamente, de la Recomendación 19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo a la parentalidad positiva de Naciones Unidas (Rec (2006) 19)[12], mediante la que se aprecia el

6 En el mismo sentido, Linacero de la Fuente, M. A.: Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 9 y ss.

7 Linacero de la Fuente, M. A.: *Derecho de la persona*, cit., pp. 533 y ss., señala que la responsabilidad parental es un conjunto de derechos y deberes destinados a promover y salvaguardar el bienestar del niño. Comprende en particular: (a) el cuidado, la protección y la educación; (b) el mantenimiento de relaciones personales; (c) la determinación de la residencia; (d) la administración de los bienes, y (e) la representación legal.

8 Vid. sobre esta cuestión, Estellés Peralta, P. M.: "La patria potestad", cit., pp. 144 y ss.

9 STS 11 octubre 2004 (Tol 514241), así como las SSTS 9 noviembre 2015 (Tol 5551640) y 13 enero 2017 (Tol 5934212), entre otras.

10 *Vid*. al respecto, Estellés Peralta, P. M: "Presente y futuro en la búsqueda del interés del niño valenciano en situaciones de crisis familiar", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 24, 2017, p. 76-97, p. 83.

11 SSTS 27 enero 2014 (*Tol 4101573*) y 19 abril 2012 (*Tol 2532886*), entre otras.

12 Adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 13 de diciembre de 2006 en la 983ª reunión de los Delegados de los Ministros.

cambio producido de la autoridad parental a la responsabilidad parental y en el fomento de la parentalidad positiva pues se entiende que favorece el desarrollo de relaciones paterno-filiales beneficiosas y la optimización del potencial de desarrollo del niño.

Establece la mencionada Recomendación 19 que las políticas y las medidas de apoyo al ejercicio de la parentalidad han de plantearse de manera que se considere a padres e hijos como titulares de derechos y obligaciones. Ello es de gran interés porque, en efecto, debe reconocerse que los padres son los principales responsables de sus hijos, salvo en el caso de que el Estado deba intervenir para proteger al niño. El cómo y el cuándo de esta intervención deberá establecerse atendiendo a criterios de proporcionalidad.

Igualmente, en el marco de esta "parentalidad positiva" tienen cabida mediante un planteamiento pluralista los diversos tipos de parentalidad y de situaciones parentales, teniendo en cuenta la importancia de un nivel de vida adecuado que garantice el ejercicio positivo de la parentalidad. Se incide en una visión de las relaciones entre padres e hijos –que deben considerarse como "socios"- procurando garantizar la participación igualitaria y equitativa por parte de ambos progenitores. Los niños y los jóvenes deben disfrutar de igualdad de oportunidades, con independencia de su sexo, posición, capacidades y situación familiar. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 2006 (CDN) recoge el derecho del niño a la protección (a ser tratado sin violencia) y el derecho a la participación (respeto a sus opiniones). También subraya la importancia de que cada niño desarrolle al máximo su potencial, y reconoce que las necesidades relacionadas con su desarrollo evolucionan en el tiempo y según las distintas etapas de su vida. De acuerdo con las disposiciones de la CDN padres y madres deben proporcionar a sus hijos e hijas cuidado, educación, protección, estructura y reconocimiento como personas con derechos propios y capacitarlos para que actúen como individuos[13].

En este sentido, el art. 1.3 LOPIAFV señala que se entiende por buen trato a los efectos de la ley (y por tanto, ausencia de violencia) aquel que, respetando los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, promueve activamente los principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, solución pacífica de conflictos, derecho a igual protección de la ley, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación de los niños, niñas y adolescentes. Si nos fijamos en dos aspectos de los señalados: convivencia democrática y solución pacífica de conflictos es donde se abre el abismo de cara al ejercicio "adecuado" de esta parentalidad positiva privada de medidas de corrección paternas, razonables

13 En el Informe Explicativo de la Rec (2006) 19, disponible en: https://www.mscbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/parentalidadPos2012/docs/informeRecomendacion.pdf (consultado 7 de septiembre de 2021).

y moderadas. No es fácil, en general, la aplicación de estos principios si deben ser entendidos como la única vía para una educación adecuada. Dentro de los distintos modelos educativos podemos señalar como favorable el modelo democrático o autorizativo; y como poco favorables para el desarrollo del menor el autoritario, el negligente e incluso, el indulgente o permisivo[14].

En el ejercicio de esta parentalidad positiva, tengamos además en cuenta, que el modelo democrático o autorizativo, considerado como el más adecuado porque prima un ambiente de afecto y respeto mutuo entre padres e hijos, incluye asimismo la aplicación de límites claros y precisos, de medidas de disciplina inductiva o técnicas punitivas razonadas (privaciones, reprimendas, etc.)[15]. Estas medidas punitivas en caso de ser extremas se enmarcarían en el modelo autoritario, no recomendable; por el contrario si por huir del modelo autoritario se aplican el modelo permisivo o indulgente, con mucho afecto y ausencia límites, se puede provocar el "síndrome del emperador", pernicioso para interés y desarrollo personal del menor[16].

Pero entonces ¿cómo educar y formar a sus hijos sin medios de corrección en casos conflictivos? ¿Confiamos en la buena voluntad de éstos y en su inclinación natural a la obediencia voluntaria? Es necesaria la educación y formación en valores, principios y conductas adecuadas y límites, porque la formación integral del hijo es una labor compleja que necesita mucho amor parental y mayor apoyo de la sociedad y las instituciones. Los hijos, son además ciudadanos y conforman la sociedad presente y futura de un país, por lo que la sociedad al completo debe colaborar en el óptimo desarrollo y formación de estos menores; nadie como sus padres, conocen sus tiempos, aspiraciones, flaquezas y fortalezas, por lo que se debería poner el foco algo más en esta importante labor parental y prestarles todos los apoyos. En este sentido, uno de los objetivos de la Recomendación 19 citada, se centra en respetar al máximo la autonomía del ámbito privado de la familia, que se describe como unidad fundamental de la sociedad con derecho

14 *Vid*. en tal sentido, Jiménez, M. J.: "Estilos Educativos Parentales y su implicación en diferentes trastornos", p. 5, disponible en:
https://www.fapacealmeria.es/wp-content/uploads/2016/12/ESTILOS-EDUCATIVOS.pdf (consultado 7 de septiembre de 2021).
Igualmente, Torío López, S., Peña Calvo, J. V. y Rodríguez Menéndez, M. C.: "Estilos educativos parentales. Revisión bibliográfica y reformulación teórica". *Teoría de la educación. Revista Interuniversitaria*, 2008, núm. 20, pp. 151-178; y Gracia Fuster, E., Lila Murillo, M. y García, F.: "Estilos educativos parentales y ajuste psicológico de los hijos: cuestionando la preeminencia del estilo autorizativo", (V Congreso Internacional de Psicología y Educación). Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2008.

15 En relación con la aplicación de límites, *vid*. Jiménez, M. J.: "Estilos Educativos", op. cit. p. 30.

16 *Vid*. al respecto, Gómez Villora, J. M.: "Algunas reflexiones sobre el derecho de corrección al amparo de la STS 654/2019 de 8 de enero de 2020", *Revista Familia y Sucesiones ICAV*, núm. 17, marzo 2021, pp. 12 y ss.; asimismo SAP Valencia 17 abril 2020 (*Tol 8054892*), que excluye el delitos de malos tratos por el simple empujón a la hija adolescente, debido a la situación de fricción del acusado con la menor ante la preocupación del primero por los hábitos alimentarios de la niña y la nula implicación de la madre en tal problema, negando haber agredido ni maltratado físicamente a su hija.

a la protección social, jurídica y económica adecuada para garantizar su pleno desarrollo[17].

En consecuencia, la exclusión del *ius corrigendi* del articulado del Código Civil priva legalmente a los padres de la posibilidad de utilizar medidas disuasorias (razonables, equilibradas y adecuadas) con la finalidad de corregir las conductas no apropiadas de los hijos y de educarles[18] incluso dentro del modelo democrático, por lo que excluida la potestad de corregir a los hijos, sólo queda el recurso a la "autoridad" (¿la policial, la judicial?) cuando la situación escapa del control parental. Y a causa de ello, el contenido de la patria potestad se desvirtúa, al menos en uno de sus principales contenidos, cual es el derecho-deber de educar a los hijos y procurarles una formación integral dentro de una sana relación afectiva. Por ello, y al margen de otras consideraciones, insisto en plantear qué mecanismos asisten a los padres en esta tarea educativa y formativa para el caso de que los hijos no obedezcan las instrucciones de sus padres una vez eliminado el derecho de corrección del art. 154 CC[19] que no cabe equiparar, en ningún caso al castigo físico.

¿Debe entenderse suprimido cualquier intento de enderezar las erradas conductas de los hijos? Me refiero a las reprimendas e incluso a las advertencias –tan habituales en las familias- (y que no suponen violencia hacia el menor) de no salir con los amigos o no asistir a un cumpleaños porque han sacado malas notas o han bebido alcohol o porque han hurtado dinero del monedero o le han pegado a su hermano, por poner algunos ejemplos de mal comportamiento habituales en los hijos. El extinto derecho de corrección del art. 154 CC nunca permitió la violencia familiar, ni por supuesto, se trataba de una facultad explícita de los padres para maltratar a sus hijos[20]. Y así se pronuncian algunas sentencias posteriores a la reforma de 2007 como la SAP Ciudad Real 23 marzo 2009[21], cuando señala que "el derecho de corrección, que vemos ha sido incluso suprimido como tal derecho en el Código Civil, no autoriza ni alcanza la utilización del castigo físico, sin que el hecho de que en algunos supuestos de insignificancia de la acción, como un cachete o un simple azote o una simple bofetada sin intención

17 *Vid*. Informe Explicativo de la Rec (2006) 19, cit., p. 1.

18 Téngase en cuenta que en relación a la corrección, el diccionario de la Real Academia de la Lengua nos dice en sus dos primeras acepciones que corregir es "enmendar lo errado" o "advertir, amonestar, reprender" y esta corrección pedagógica y educativa quiso la reforma de 1981 que fuera moderada y razonable aunque posteriormente quedó totalmente suprimida en 2007; y que, en este sentido, se ha de entender que los padres al amonestar o reprender a su hijo corrigen la conducta del mismo dirigiéndola en la dirección adecuada, la que los padres consideren más acorde con sus valores y principios, sin pretender cercenar el desarrollo de la libre personalidad del menor.

19 Curiosamente en la mayoría de las legislaciones forales se hace efectivo el deber de obediencia de los hijos porque en sus normas se recoge expresamente el derecho de corrección de los padres. Una vez más los españoles vamos a dos velocidades según el lugar de residencia y la vecindad civil.

20 Darriba Fraga, G.: "El derecho de corrección de los padres sobre sus hijos", *Revista Digital de la Facultad de Derecho*, núm. 5, 2012, pp. 130-166, p. 133.

21 SAP Ciudad Real 23 marzo 2009 (Tol 6881103).

alguna de producir un menoscabo físico por su levedad y que no causan lesión propinadas con intención de corregir un comportamiento insolente, violento o agresivo por parte del hijo menor que hace proporcionada tal acción, no merecen reproche penal". Esta línea interpretativa viene avalada por la STS 8 enero 2020 que en su FJ 1, establece que aun "habiéndose suprimido la facultad de corregir moderadamente a los hijos por el legislador, eso no impide que los menores no puedan ser corregidos por sus padres, ya que es uno de los deberes y obligaciones impuestos a los padres por nuestro Código Civil en el art. 154 y correlativos al establecer entre las obligaciones de los padres la de educarles y formarles, corregirles en su comportamiento. Deber del padre que estaría dentro de los deberes impuestos en el art. 154, párrafo 2º C. Civil ("velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral"))"[22].

Pese a este esfuerzo interpretativo por parte de nuestros tribunales ante determinadas medidas legislativas, en numerosas ocasiones se ha equiparado el derecho –ya suprimido legalmente- de corrección de los padres con los castigos físicos y la violencia intrafamiliar. La bibliografía al respecto –y los títulos de los trabajos- son suficientemente indicativos y a mi juicio, erróneos, de esta nueva tendencia a equiparar corrección con violencia[23]. Nada más lejos de esta errónea interpretación. La corrección no supone ejercer ningún tipo de violencia o el maltrato hacia el hijo que obviamente hay que proscribir y evitar en el seno de la relaciones paterno-filiales y que sanciona muy claramente el art. 1.2 de la Ley orgánica 8/2021 de 4 de junio de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia (LOPIAFV)[24], cuando señala que "en cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas,

22 STS 8 enero 2020 (*Tol 7684330*).

23 *Vid*. en tal sentido, Cervelló Donderis, V.: "El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección", *PJ*, núm. 33, 1994, pp. 45 y ss.; Cuenca García, M. J.: "La violencia habitual en el ámbito familiar", *RJC*, 1998, núm. 4, pp. 9 y ss.; Darriba Fraga, G.: "El derecho de corrección de los padres sobre sus hijos", *Revista Digital de la Facultad de Derecho*, núm. 5, 2012, pp. 130 y ss.; De Torres Perea, J. M.: "Reforma de los arts. 154 y 260 CC: El derecho del menor a una educación libre de toda medida de fuerza o violencia", *Diario La Ley*, núm. 6881, 12-02-08, referencia D-41, La Ley, 869/2008; Del Castillo Codes, E.: "Aspectos penales de la corrección de menores", *Revista de Derecho vLex*, núm. 72, septiembre, 2009; Hurtado Yelo, J.: "Entre el derecho de corrección y el delito de malos tratos. Hacia la búsqueda de una solución intermedia", *AJA*, núm. 788, 17 de diciembre de 2009; Roxin, C.: "La calificación jurídico-penal de la corrección paterna", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, 2005, pp. 233 y ss.; Sáenz De Pipaón y Del Rosal, L.: "Derecho de corrección de los padres y derecho penal", *Revista de Derecho Penal*, núm. 28, septiembre, 2009, pp. 73 y ss.; Romero Rodríguez, M.: "El delito de malos tratos habituales y el derecho de corrección: ¿una causa de justificación?", *Anuario de Justicia de Menores*, 2004, pp. 233 y ss.; Serrano Tárraga, M. D.: "El derecho de corrección de los padres sobre sus hijos y el delito de violencia doméstica", en AA.VV.: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* (dir. por Lasarte Álvarez), Uned-El Derecho, Madrid, 2006, pp. 641 y ss.; Ureña Martínez, M.: *Malos tratos a menores en el ámbito familiar*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

24 La Ley orgánica 8/2021 de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la Violencia, recoge en su art. 1.2 entre otros, que "en cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias…así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar".

injurias y calumnias…así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar". Con todo, en la citada STS 8 enero 2020, entiende el Tribunal que la conducta del progenitor no será subsumible en el delito de lesiones en el ámbito familiar previsto y penado en el art. 153.2 CP, si se demuestra ausencia del dolo preciso para la integración de dicho delito y siempre que el propósito del padre/madre no sea menoscabar la integridad física de su hijo, sino de corregir (seguramente no de la manera más adecuada) su comportamiento irrespetuoso y rebelde. En ningún momento, añade la sentencia, ha quedado acreditado el *animus laedendi* o ánimo de lesionar por parte del recurrente, no existiendo dolo, al no existir intención de menoscabar la integridad física del menor sino la de corregir su comportamiento insolente y rebelde por parte de su hijo, siendo un hecho puntual no mereciendo reproche penal justificándose la impunidad del hecho por aplicación del principio de intervención mínima.

Entonces, y dada la disparidad de entendimiento sobre la cuestión entre el criterio del legislador y del juzgador, qué puede hacer un padre/madre, si su hijo hipotéticamente maduro a los12 años se niega a beber leche o se alinea con la peligrosa dieta cetogénica o si decide hacerse piloto de motos, o practicar "puenting", o los progenitores detectan absentismo escolar pese a que lo llevan diariamente al centro escolar, problemas de exposición en las redes sociales, obsesión youtuber, juego online, o ni estudia ni trabaja…[25]. Dependerá del problema a resolver y atendiendo a los últimos pronunciamientos jurisprudenciales se puede afirmar que los tribunales avalan el derecho de corrección parental pese a la supresión legal. En todo caso, las leyes y tribunales reconocen al menor una importante independencia para la toma de decisiones que afecten al libre desarrollo de su personalidad siempre que éste pueda realizar por sí mismo atendiendo a su grado de madurez (12 años) como la elección una carrera profesional o deportiva, con exclusión de cualquier representación parental dado que la decisión afecta a su desarrollo personal y a su autodeterminación, según la STS 5 febrero 2013[26].

Sólo en el caso de que esta elección vaya en contra de su propio interés se dará opción de los padres para intervenir, dadas sus funciones de cuidado y asistencia (trastornos de la conducta alimentaria, práctica de deportes de riesgo extremo) pero ¿quién decide y cuando que ello va en contra de su propio interés? porque si interviene el padre/madre, quizás se exceda y afecte al desarrollo personal y a la autodeterminación del hijo pero si no interviene se le puede acusar de descuido o trato negligente (art. 1.2 LOPIAFV) hacia el menor lo que permite a los poderes públicos adoptar las medidas necesarias para proteger la integridad física y psíquica de los menores.

25 *Vid.* al respecto el último informe de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) de 16 de septiembre de 2021, disponible en https://www.oecd-ilibrary.org/education/the-state-of-global-education_1a23bb23-en, consultado (17 de septiembre de 2021).

26 STS 5 febrero 2013 (*Tol 3010824*).

En todo caso, la STS 8 enero 2020, FJ 4, señala que parece obvio que el instrumento que actualmente nos brinda el Código Civil en el art. 154 como ayuda paterna, esto es, recabar el auxilio de la autoridad, "es inoperante en los casos habituales de aquellos comportamientos tales como llegar tarde a casa, no hacer los deberes y tantas otras conductas que requieran corrección, entendida ésta, claro está, como moderada y razonable, tal y como se preveía en el inciso ahora derogado"[27].

Por ello, no puede desvincularse el ejercicio de la patria potestad de la capacidad de los progenitores de corregir razonable y moderadamente a sus hijos ante los comportamientos inadecuados de éstos, como una manifestación esencial del derecho-deber que les impone el art. 154 CC a educarlos y a procurarles una formación integral; en consecuencia, la obligación obedecer a sus padres y respetarles siempre, que impone el art. 155.1 CC a los hijos sujetos a la patria potestad, constituye el reverso de la moneda respecto del derecho paterno. No obstante, para no incurrir en la figura del delito de malos tratos del artículo 153.2 del Código Penal en el ejercicio del derecho de corrección –derecho que la jurisprudencia entiende hoy todavía vigente-, cualquier medida de corrección al menor ha de estar presidida por los principios de proporcionalidad, razonabilidad y moderación y debe ir directamente encaminada a su educación[28] por lo que de acuerdo con la comentada STS 8 enero 2020 si analizadas medidas correctivas aplicadas al hijo menor o adolescente según las circunstancias de cada caso resulta que no exceden los límites del derecho de corrección, la actuación no tendrá consecuencias penales ni civiles, sin embargo, "los comportamientos violentos que ocasionen lesiones -entendidas en el sentido jurídico-penal como aquellas que requieren una primera asistencia facultativa y que constituyan delito- no pueden encontrar amparo en el derecho de corrección"[29].

III. NUEVOS RETOS DE LA CONVIVENCIA INTRAFAMILIAR: LA CONVIVENCIA FAMILIAR DEMOCRÁTICA Y LA SOLUCIÓN PACÍFICA DE CONFLICTOS.

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la Violencia (LOPIAFV), introduce nuevos retos en la convivencia intrafamiliar y la educación de los hijos que plantean en los arts. 1 y 26.3.a) de la misma.

Así el art. 1.2 LOPIAFV, considera violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar,

27 STS 8 enero 2020 (*Tol 7684330*).

28 *Vid.* en este sentido, Gómez Villora, J. M.: "Algunas reflexiones", cit., p. 12.

29 STS 8 enero 2020 (*Tol 7684330*).

que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital. Repárese en que la violencia, a los efectos de esta ley puede ser ejercida mediante 'acción', 'omisión' y trato negligente, esto es, 'descuido'. Y que en cualquier caso, afirma el precepto comentado, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar. Así las cosas, y en relación con las conductas que puedan afectar al caso que nos ocupa en relación con el derecho de corrección (y por tanto, excluyendo los comportamientos absolutamente reprobables como la explotación infantil, la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos, el matrimonio infantil, etc.) este precepto habrá de reinterpretarse de nuevo jurisprudencialmente por si supone un nuevo freno a la tarea educadora de los padres y un paso más en el proceso de debilitación de la autoridad parental[30], no por lo que previene o sanciona –la violencia de los padres hacia los hijos, que es inadmisible-, sino porque al incluir como "violencia" a los castigos físicos o a las amenazas quizás se recrudezca el fenómeno en creciente ascenso de la violencia filio-parental de los hijos hacia los padres[31]. Luego ¿cabrá entender como "violencia" la imposición de determinados límites a los hijos como el castigo a no salir con los amigos por pegar a un hermano o no estudiar matemáticas o la "amenaza" de no asistir al cumpleaños de un compañero si no se come las lentejas? Por fortuna, no lo entiende así la jurisprudencia al señalar que debe considerarse que el derecho de corrección, pese a la reforma del art. 154.2 *in fine* CC sigue existiendo como necesario para la función de educar inherente a la patria potestad, contemplada en el art. 39 CE y como contrapartida al deber de obediencia de los hijos hacia sus padres, previsto en el art. 155 CC, únicamente de este modo, los padres pueden, dentro de unos límites, actuar para corregir las conductas inadecuadas de sus hijos; porque de lo contrario, si consideráramos suprimido el derecho de corrección y bajo su amparo determinadas actuaciones de los padres tales como dar un leve cachete o castigar a los hijos sin salir un fin de semana, estos actos podrían integrar tipos penales tales como el maltrato o la detención ilegal, lo que le parece exagerado al juzgador.

30 Así lo expresa la STS 8 enero 2020 (*Tol 7684330*), FJ 4.

31 *Vid*. SAP Valencia 17 abril 2020 (*Tol 8054892*).

Por lo tanto, y pese a la reforma del art. 154.2 CC, entiende el Tribunal Supremo que el derecho de corrección es una facultad inherente a la patria potestad y no depende su existencia del reconocimiento legal expreso, sino de su carácter de derecho autónomo, por lo que sigue teniendo plena vigencia. Cosa distinta es la exclusión de los comportamientos violentos hacia los hijos que no pueden encontrar amparo en el derecho de corrección[32]. Ni antes ni ahora, debo añadir.

Por otro lado, el art. 26.3.a) LOPIAFV, exige un comportamiento de los progenitores denominado por el precepto como "parentalidad positiva", y el art. 1.3 LOPIAFV señala que se actúa con "buen trato" con los hijos cuando se promueven activamente, entre otros, los principios de convivencia democrática y solución pacífica de conflictos. Digamos que se promueven activamente estos principios en el seno de las relaciones familiares y junto a ello se debe conjugar el deber de obediencia que alcanza a los hijos menores sometidos a la patria potestad. Porque pese al reconocimiento a los hijos menores de la plena titularidad de derechos y de una capacidad progresiva para el ejercicio de estos derechos y libertades en función de su edad y su grado de madurez, pesa sobre los hijos menores determinados deberes familiares[33]. Por tanto, la libertad del menor en general y en el seno de la familia en particular, esta progresiva madurez del hijo en relación con la adopción de decisiones relevantes a nivel personal y vital y los deberes dimanantes de la relación familiar y parental cobran una especial relevancia si se contrapone con la existencia del derecho de los padres orientado a que los hijos cumplan sus indicaciones y consecuentemente, con el derecho de hacerse obedecer, para que los padres puedan llevar a cabo con éxito su deber de educarlos y proporcionarles una formación integral[34].

Este derecho de los padres a hacerse obedecer guarda correlación con el deber de obediencia que al menos, de momento, parece mantener el art. 155 CC aunque el art. 9 la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor (LOPJM) curiosamente ya no menciona entre los deberes de los hijos la obligación de obedecer a los padres, limitando sus obligaciones a un deber de respeto y colaboración doméstica. Obsérvese que el art. 9 ter. 1. LOPJM establece que "los menores deben participar en la vida familiar respetando a sus progenitores y hermanos así como a otros familiares". Se habla de respeto pero no de obediencia,

32 STS STS 8 enero 2020 (*Tol 7684330*), FJ 5.

33 Que establece la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia, para lo que ha introducido en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), un nuevo Capítulo III, en el Título I, con la rúbrica "Deberes del menor" (art. 9 bis a quinquies), regulando los deberes de los menores en general, así como en los ámbitos familiar, escolar y social.

34 En el mismo sentido, *vid*., Algarra Prats, E. y Barceló Domenech, J.: "Libertad de los hijos en la familia: deberes de los hijos y derecho de corrección de los padres. Situación en el Derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, pp. 59-74, p. 62.

aun cuando el deber de obediencia alcanza a los hijos menores sometidos a la patria potestad[35].

En el caso de que no se obedezca, de que el menor no colabore con la familia o no respete a algunos de sus miembros, qué hacer en esta nueva línea de convivencia democrática; qué mecanismos asisten a los padres para hacerse obedecer si la fina capa de autoridad parental es cada vez más débil. Es fácil colegir que obediencia filial y convivencia democrática familiar van a colisionar más temprano que tarde, pues el primero conlleva autoridad y el segundo consenso y equilibrar ambos en edades tempranas del desarrollo personal y madurativo no es tarea sencilla. Si a ello le sumamos la exigencia de convivencia intrafamiliar democrática, esto es, consensuada, en los casos de familias con hijos menores conflictivos, la solución pacífica de conflictos, no siempre –tal vez, casi nunca- va a ser fácil de conseguir[36]. No obstante el Informe explicativo de la Rec (2006) 19, citado, señala algunos consejos para responder a la conducta errónea, perjudicial, peligrosa o antisocial de los niños más mayores: debatir con ellos las conductas que los padres no desean, hacer que el niño (junto con los padres si es necesario) repare el daño que haya causado y enmiende su conducta o restringirle privilegios (ver la televisión o salir con los amigos)[37]. Por tanto, sí se admiten medidas de corrección.

De lo contrario, la consecuencia puede ser un incremento del número de casos de hijos -mayoritariamente adolescentes- conflictivos y problemáticos, con reiterado mal comportamiento incluyendo peleas con los progenitores u otros miembros de la familia, intoxicaciones por consumo de drogas o alcohol[38], absentismo escolar, problemas de exposición en las redes sociales, obsesión youtuber, hiperconsumismo, etc. Y ello dará lugar en aplicación del art. 26 LOPIAFV, a las medidas de prevención en el ámbito familiar que enuncia el precepto con el fin de promover el buen trato, la corresponsabilidad y el ejercicio de la parentalidad positiva, entre otras medidas, por lo que estos comportamientos de agresividad e inadaptación pueden originar un aumento en el número de caso de menores que ingresan en los centros de protección, a petición de sus propias familias, debido

35 En opinión de Algarra Prats, E. y Barceló Domenech, J.: "Libertad de los hijos", cit., p. 64, no puede exigirse frente a órdenes que no respeten la dignidad del hijo o los bienes y derechos de su personalidad (por ejemplo, pretendiendo la imposición al hijo de creencias religiosas o ideas políticas), entonces ¿De qué manera se ejerce el derecho de los padres a educar a sus hijos y formarles integralmente (también las creencias políticas y religiosas se incluyen en esta potestad parental)?; la educación religiosa del menor está ligada a la institución de la patria potestad y es a los padres, como titulares de la misma, a quienes compete la decisión sobre la orientación y educación religiosa de sus hijos menores de edad hasta el momento en el que éstos alcanzan la madurez suficiente para decidir ellos mismos su opción religiosa.

36 En aplicación de otro de los principios enumerados en el art. 1.3 LOPIAFV: la solución pacífica de conflictos.

37 *Vid*. Informe explicativo Rec (2006) 19, cit., pp. 12-13.

38 Téngase en cuenta el art. 17.2.2º, k) LOPJM que considera como como indicadores de riesgo y la consiguiente intervención administrativa, "el consumo habitual de drogas tóxicas o bebidas alcohólicas por las personas menores de edad", entre otros.

a graves dificultades de los progenitores para ejercer la responsabilidad parental (art. 172 bis CC).

1. Las claves de la parentalidad positiva en la Recomendación 19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo a la parentalidad positiva del Consejo de Europa.

Con el fin de evitar las problemáticas analizadas, el Anexo I del Informe explicativo de la Recomendación 19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo a la parentalidad positiva del Consejo de Europa basado en el informe del Consejo de Europa "Parenting in contemporary Europe: a positive approach" (2006), ofrece a los padres unas orientaciones para comprender sus responsabilidades como padres y madres en siglo XXI, con el fin de desarrollen un comportamiento nutricio[39] y ejerzan la parentalidad en el interés superior del niño.

En tal sentido, en el Informe Explicativo se estima como logros de gran importancia que los padres sean capaces de proporcionar a sus hijos: i) Cuidados básicos: garantizar la cobertura de las necesidades físicas del niño, por ejemplo alimento, afecto, cobijo, higiene, ropa adecuada y cuidados médicos; ii) Seguridad: garantizar que el niño esté seguro, protegiéndole de daños y peligros, tanto en el hogar como fuera de él; iii) Afecto: garantizar que el niño reciba apoyo emocional y se sienta valorado; iv) Estimulación: estimular el aprendizaje y el desarrollo intelectual del niño hablando con él, animándolo a jugar y jugando con él y mejorando sus oportunidades educativas; v) Orientación y límites: proporcionar orientación y límites y enseñarle a comportarse adecuadamente; y vi) Estabilidad: proporcionar permanentemente el afecto necesario, responder necesidades y garantizar que se relacione con personas importantes para él/ella. Esto es, el citado Informe explicativo, supone una serie de pautas para ser un "progenitor" adecuado.

Y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) que constituye una herramienta para hijos e hijas y sus padres y madres, asigna a los padres o tutores legales del niño la responsabilidad fundamental de educar a su hijo y facilitar su desarrollo señalando que como principal preocupación de los padres, el interés superior del niño, lo que significa priorizar el bienestar y el desarrollo del niño en el ejercicio de la parentalidad. Asimismo, solicita a los Estados que reconozcan las responsabilidades de los padres y les presten apoyo en la educación de sus hijos con el fin de que cada niño desarrolle al máximo su potencia y, obviamente, que intervengan para proteger al niño en caso de

39 De acuerdo con el Informe explicativo Rec (2006) 19, cit., p. 5, el comportamiento nutricio significa responder a la necesidad de amor, afecto y seguridad del niño.

negligencia o maltrato por parte de éstos (situaciones poco frecuentes en la práctica).

En todo caso, apoyo no es intervención fiscalizadora.

IV. LA PARENTALIDAD POSITIVA EN MATERIA EDUCATIVA Y SANITARIA.

En relación con esta cuestión se plantean algunos conflictos frecuentes que generan otros tantos problemas para el ejercicio de la responsabilidad parental:

1. La obligatoriedad de la asistencia presencial de los menores a los centros educativos.

La primera cuestión conflictiva se planteó en relación con la obligatoriedad de la asistencia presencial de los menores en los colegios o centros educativos y, muy recientemente sobre el uso por estos menores –los más pequeños- de las mascarillas obligatorias.

Ante los primeros meses pandemia por la Covid-19, el elevado número de contagios y de fallecidos, la incertidumbre por la enfermedad, la ausencia de tratamientos efectivos para erradicarla, de la cura efectiva o de cualquier vacuna al efecto, es comprensible la preocupación de los padres por la garantía de la salud de sus hijos.

Y la obligación de los padres es la de prevenir daños a los hijos, a su salud, y su vida dadas las funciones parentales de cuidado y asistencia, y siempre actuando en aras de su interés primordial. No obstante desde los respectivos titulares en su día de los Ministerios de Sanidad y Educación conminaron a llevar a los hijos a los centros educativos bajo sanción[40].

Con independencia de la advertencia –a tener en cuenta- la elección no es fácil: o se prima el derecho a la educación o se prima el derecho a la salud. Si intervienen el padre/madre, deben tener precaución no vaya a excederse y ello afecte al desarrollo personal, la educación y a la socialización del hijo[41]. Y si piensan no intervenir por lo antedicho podría ser que se les acuse de descuido o trato negligente hacia el menor. Y si existen indicios de peligro o riesgo inminente y grave para la integridad física (o psíquica) de un niño o adolescente, se adoptarán las medidas inmediatas de protección que las circunstancias requieran[42]. En consecuencia, los

40 Disponible en https://cadenaser.com/ser/2020/08/27/sociedad/1598534899_616168.html (consultado 30/08/2021).

41 Auto del Juzgado Primera Instancia núm. 10 de León (Familia), 10 septiembre 2020 (*Tol 8090282*).

42 Concretamente, el art. 42. Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia de La Comunidad Valenciana, relativo a la notificación de situaciones de desprotección

padres que decidan no llevar a sus hijos al colegio sin causa justificada favoreciendo el absentismo escolar, estarán incumpliendo sus obligaciones derivadas de la patria potestad y se podrán activar determinados mecanismos de control y prevención: i) Protocolo de absentismo: la comunidad educativa detecta, registra y documenta la ausencia reiterada y sin justificar de los menores en edad de escolarización obligatoria, poniendo en marcha el protocolo de absentismo; solo en los casos en los que la familia no justifique la ausencia del menor o no se comprometa a ponerle solución, la dirección del centro lleva el asunto a manos de los servicios sociales o municipales con el propósito de que el menor regrese al aula y se deberá remitir copia del expediente incoado a tales efectos al Ministerio Fiscal, conforme a los respectivos protocolos de actuación vigentes en cada territorio; ii) Declaración de desamparo: para que se produzca una situación de desamparo se requiere la concurrencia dos requisitos a tenor del art. 172 CC: el incumplimiento, imposibilidad o inadecuado ejercicio por parte de las personas obligadas a ello de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores y la efectiva privación para éste de asistencia material o moral. Afortunadamente, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales exige algo más que la mera inasistencia a clase de los menores para confirmar las declaraciones de desamparo, como violencia intrafamiliar, las condiciones higiénicas de la vivienda familiar, etc.[43]; iii) Delito de abandono de familia: reservado a aquellos casos que carezcan de justificación clara y terminante del deber de asistencia presencial del alumnado al centro, y que motivarán que el Ministerio Fiscal prosiga sus diligencias a los efectos de ejercitar la acción penal por la presunta comisión de un delito de abandono de familia (art. 226 del Código Penal). Se trata, en definitiva de casos muy graves, que en nada se corresponden con el tema ahora expuesto.

Al respecto interesa en este sentido, la SAP Girona 22 julio 2109, que en un supuesto de absentismo escolar aun tachando de reprochable la conducta de los padres, no condena por abandono de familia al entender que en el caso enjuiciado no nos hallamos ante una dejadez de los padres para con las obligaciones de escolarización del menor sino ante una mala gestión de la problemática médica del menor, por cuanto el temor por la salud del mismo ha desembocado en un gran absentismo escolar de éste en lo que califica como exceso de celo en los

infantil.

43 Por ejemplo en la SAP Guipúzcoa 11 enero 2019 (*Tol 7139048*), además de la situación de absentismo escolar existían indicios de violencia intrafamiliar, o en la SAP Granada 3 diciembre 2010 (*Tol 2106857*), entre otras, existían indicios de maltratos físicos y psicológicos, excesivo control de los menores con impedimento para una normal socialización de los mismos, y carencia de habilidades en el cuidado, a parte del absentismo escolar. Diferente cuestión es cuando la situación de absentismo proviene de una falta de escolarización algunas Audiencias Provinciales se han pronunciado a favor de la declaración de desamparo por la falta de matriculación del menor a un centro educativo en edad obligatoria como en el caso de la SAP Málaga 6 mayo 2005 (*Tol 797178*), confirmó la declaración de desamparo, en la que se encontraba la menor, que había dejado de estar escolarizada por la desatención de la madre reflejo de una irresponsabilidad absoluta de la madre en ésta materia, teniendo en cuenta que no es legal en España el 'homeschooling' o enseñanza en el hogar, según aseveró el Tribunal Constitucional en su STC 133/2010, de 2 de diciembre (*Tol 2007388*).

progenitores respecto de la salud de su hijo. En este caso, la conducta de los padres iba dirigida a la salvaguarda de la salud del menor, cuyo deber también se integra en las obligaciones inherentes a la patria potestad. Por tanto, y teniendo en cuenta la tendencia de los Tribunales, podríamos concluir que se inclinarán a excluir el delito cuando el absentismo derive de la presencia en el menor de problemas de salud que lo hagan especialmente vulnerable, lo que podría aplicarse al posible riesgo de contagio del Covid-19 siempre que pueda probarse con el pertinente informe médico. Todo ello requiere de la necesidad de ponderar individualmente las circunstancias concurrentes en cada caso, tomando en consideración la actual situación de pandemia y el singular escenario derivado de los riesgos sanitarios presentes no solo en el ámbito escolar, sino también en el familiar[44].

En conclusión, los padres que decidan no llevar a los hijos menores a su cargo (el caso de los todavía no vacunados) de forma presencial al colegio por temor al contagio, podrían concurrir, a lo sumo, en una sanción administrativa por la aplicación del protocolo de absentismo. Sin embargo, los padres, en general no están planteando situaciones de absentismo escolar. Algunos padres plantean seguir el curso de manera remota para evitar contagios porque el derecho a la educación no se restringe por el hecho de que el hijo no asista presencialmente al centro escolar; porque recibir sus clases por medios telemáticos en vez de presenciales no es absentismo. Será obligación de los centros garantizar el acceso a la enseñanza en condiciones de universalidad, calidad y gratuidad, pero también de seguridad y salubridad y quizás el problema sea que, en general, los centros escolares no garantizan suficientemente un sistema de docencia online ante estas situaciones de pandemia y todo ello pese al Plan Digital 2025[45].

Otra cuestión que debemos plantearnos es el caso de sean los menores ya maduros o mayores de 16 años los que se niegan a asistir al centro escolar, por lo que los padres les deben "obligar" en el seno de la convivencia familiar democrática a que cumplan con sus obligaciones educativas so pena de incurrir en base al art. 1.2 LOPIAFV, en un supuesto de violencia, en este caso no por acción sino por omisión o trato negligente al privar al menor de sus derechos y bienestar por no favorecer su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, en este caso, ante la carencia de estímulos parentales en favor del aprendizaje y el desarrollo intelectual que le privan de su desarrollo educativo y socializador que proporciona la escuela, debido al absentismo escolar no corregido.

44 SAP Girona 22 julio 2109 (*Tol 7496721*).

45 *Vid.* Plan Digital 2025 presentado por el Gobierno de España, disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/230720-Espa%C3%B1aDigital_2025.pdf, (consultado 30 de agosto 2021).

2. Los derechos relacionados con la salud y la integridad física de los hijos menores.

La segunda cuestión controvertida entre padres e hijos es la que afecta a los derechos relacionados con la salud y la integridad física de los hijos menores en relación con la pandemia causada por la Covid-19.

En cumplimiento de los arts. 4, 8 y 9 de la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente (en adelante LAP), se requiere la prestación de consentimiento informado para recibir un tratamiento médico. Se trata de un acto personalísimo, intransferible e indelegable con escasas excepciones que van a poder otorgar aquellos menores que tienen madurez suficiente (que la ley confiere a los 12 años) y/o son mayores de dieciséis años (arts. 9.3 y 9.4 LAP).

Si lo anterior lo ponemos en relación con el art. 162.1 CC, determina que los padres, en materia sanitaria, no ostentan la representación legal respecto de sus hijos menores con suficiente madurez en el ejercicio de sus derechos de la personalidad siempre que puedan ejercitarlos por sí mismos. Y en aquéllos casos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. Por tanto, sólo en el supuesto del paciente menor de edad que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento lo prestan sus representantes legales, después de haber escuchado la opinión del menor (conforme lo dispuesto en el art. 9 LOPJM) –pese a tratarse de un menor inmaduro. En estos casos, los representantes legales del menor vienen obligados a procurar y a consentir los tratamientos e intervenciones médicas necesarios para garantizar el derecho a la vida y la salud de los menores no maduros siempre a favor del paciente y con respecto a su dignidad personal (arts. 9.6 y 9.7 LAP).

En relación con los mayores de edad de dieciséis años con suficiente madurez no cabe que los padres o representantes legales presten el "consentimiento por representación", no obstante, ante una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del menor. Observamos aquí un grave desplazamiento de la decisión -sobre cuando ejercer los padres la potestad parental- hacia el facultativo, quien en última instancia, valorando o no la mayor gravedad de la actuación sanitaria para la vida o salud del menor dará paso al ejercicio de su potestad parental a los padres o bien los excluirá de la misma. Se abre aquí paso la polémica sobre la vacunación del Covid-19 de estos menores, teniendo en cuenta, además de que no se trata propiamente de una vacuna sino de un tratamiento. En la mencionada "vacuna/tratamiento" para el Covid-19, los padres de hijos mayores de 16 años no sólo no consienten el tratamiento –no se solicita tal consentimiento ni verbal ni escrito- sino que, además, no se permite a los padres el acceso a los centros de

vacunación para acompañar a su hijo mayor de 16 años pese a que sigue siendo menor y sometido a la patria potestad. Con todo, muchos opinarán que tan solo se trata de una vacuna más, de lo cual debo disentir, porque los efectos a medio o largo plazo (incluso a corto plazo hay estudios sobre miocarditis y pericarditis en jóvenes –efectos graves- que provoca la vacuna)[46] se desconocen y pueden afectar gravemente –o no- la salud[47] y seguimos refiriéndonos a menores de edad.

Obviamente no se pretende entrar en el debate sobre el dilema que se abre entre "la autonomía individual (la libertad de tomar decisiones, bien para la propia salud, bien para la salud de los hijos sujetos a patria potestad) en el ámbito sanitario y el interés general de la sociedad"[48], pero recordemos que la vacunación en España incluso, también, la del Covid-19 es voluntaria[49] (y aconsejable). El debate se centra, obviamente, en el continuado recorte de la patria potestad, incluso en asuntos de tanta gravedad como el enunciado.

En opinión de Barceló[50], pese a la no obligatoriedad de la vacunación en el sistema sanitario español, se producen dos vías para forzar a los padres a la

46 De acuerdo con las informaciones proporcionadas entre otros por el Centros para el Control y Prevención de Enfermedades, y el Centro Nacional de Vacunación y Enfermedades Respiratorias (NCIRD), División de Enfermedades Virales, con fecha 8 de septiembre de 2021. Disponible en https://espanol.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/vaccines/safety/myocarditis.html. (Consultado 15/09/2021).

47 En opinión de Barceló Doménech, J.: "Régimen jurídico de las vacunas en España: reflexiones ante la situación creada por el coronavirus", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. extra, 12 bis, mayo, 2020, pp. 118-125, en pp. 124-125, "tratándose de menores que no sean capaces ni intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento lo dará el representante legal, después de haber escuchado su opinión si el menor tiene suficiente madurez (se presume la suficiente madurez a los 12 años). La decisión del representante legal deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, y si la decisión es contraria a dichos intereses deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad".

48 *Vid*. en este sentido interesante análisis de Barceló Doménech, J.: "Régimen jurídico", cit., p. 121, el autor afirma que "la vacunación en España es voluntaria, no incorporando nuestro ordenamiento de manera expresa el deber de vacunarse. Nadie, en principio, puede ser obligado a vacunarse. De modo coherente con este carácter voluntario, solamente se establece un calendario de vacunación infantil recomendado, elaborado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que determina las vacunas que deben recibir los niños desde su nacimiento hasta los 16 años y se completa con los diferentes calendarios aprobados por las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus propias competencias. Este vendría a ser el marco de la denominada vacunación sistemática".

49 La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en su art. 5.2, respeta el principio de voluntariedad en las actuaciones de salud pública, no obstante, señala como excepción lo dispuesto en arts. 2 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que contemplan la posible obligatoriedad de las vacunas, al disponer, que "las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad", "con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible". De momento, no se implantado la vacunación obligatoria, ni falta que hace porque la mayoría de la población se ha sometido gustosa a ello.

50 Barceló Doménech, J.: "Régimen jurídico", cit., p. 124.

vacunación de los hijos, afectando y socavando el ejercicio de la patria potestad. Por una parte se puede hablar de una vía indirecta como señala el autor, y así la Sentencia del Juzgado Contencioso-administrativo núm. 16 de Barcelona, 28 diciembre de 2018 [51], inadmitió el recurso presentado por el procedimiento especial de derechos fundamentales contra la resolución municipal que denegaba tramitar la inscripción en una escuela infantil del hijo menor de la actora cuya cartilla de vacunación estaba en blanco; en caso enjuiciado el Juzgado entendió que no se vulnera la libertad ideológica de la recurrente en cuanto no se le impone la obligación de vacunar a su hijo ni se le pregunta las razones para no hacerlo, añadiendo que el respeto a esa decisión unilateral y libremente adoptada no puede prevalecer sobre el derecho a la salud del resto de niños y familias usuarias de la escuela, que se verían obligados a asumir los riesgos derivados de una opción minoritaria y desaconsejada por las Administraciones Públicas y por los colectivos médicos y científicos.

Por otro lado, un atento análisis de la cuestión a la luz de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, incide directamente sobre la capacidad de decisión de los padres, fundamentalmente si la no vacunación supone un riesgo para la salud y vida del menor. En estos casos el sistema prevé mecanismos para que pueda aplicarse tal vacunación a pesar de la oposición del representante legal. De acuerdo con Barceló, "si el caso llega a sede judicial, seguramente los Tribunales atenderán a los criterios científicos que recomiendan la vacunación, y queda, además, otra posibilidad, si se dan razones de urgencia y no es posible recabar la autorización judicial, que permite a los profesionales sanitarios tomar la decisión de proceder a la vacunación. El inicial espacio para la autonomía de los padres queda reducido en la práctica, pues el centro de decisión se traslada a otros ámbitos. No podemos decir que desaparece, porque los padres tienen la posibilidad de recurrir las decisiones, pero sí es evidente que no gozan del amplio margen que podría pensarse que existiría en un sistema de vacunación de carácter meramente voluntario"[52].

En estos casos, la proscripción por el personal sanitario, de la intervención parental a la que tienen derecho en virtud de los deberes de cuidado y asistencia que corresponden a los titulares de la patria potestad, obviamente atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del hijo, carece de sentido y en mi opinión es jurídicamente inaceptable. La regulación del precepto debería ser objeto de modificación o supresión.

En caso de conflicto entre la voluntad del paciente menor de edad, pero con suficiente madurez y la de sus padres o representantes legales (y del personal

51 Sentencia 28 diciembre de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 16 de Barcelona (*Tol 6999044*).

52 *Idem*. Barceló Doménech, J.: "Régimen jurídico", cit. p. 125.

sanitario) será de aplicación el art. 163 CC o del art. 158.6 CC, y la judicialización del conflicto queda garantizada una vez más, al darse acceso al control judicial cuando la decisión del representante legal pueda ocasionar un perjuicio al menor, negándose, por ejemplo, a una intervención o tratamiento necesarios, como una vacuna, para preservar su vida o integridad, si ello coloca al menor en una situación de riesgo. En relación con enfermedad causada por la Covid-19, parece que la administración de la vacuna reduce el riesgo de gravedad si se contrae la enfermedad, salvo en aquellos casos en que la administración de la vacuna provoca los graves efectos cardiológicos señalados, luego con toda la buena fe y en aras del interés superior del menor que se traduce en esta materia en la protección de su vida y salud, es complejo decidir –y acertar- si en el caso concreto del hijo de cada cual se autoriza la vacunación o no. La gravedad o el riesgo para la vida o salud del menor individualizado, marcarán la intervención de sus representantes legales quienes adoptarán su decisión una vez oída y tenida en cuenta la opinión del menor maduro y los riesgos y/o ventajas de la vacuna o tratamientos disponibles para esta grave enfermedad.

V. BREVE CONCLUSIÓN.

A modo de breve conclusión, el legislador, en su celo por proteger el interés superior del menor no ha tenido en cuenta que los padres, en general, actúan buscando el bien de sus hijos y la paulatina privación de las potestades parentales que se manifiesta a través de leyes diversas ya comentadas, provocan la fractura de la cada vez más débil y fina capa de autoridad parental lo que dificulta el ejercicio de esta misma responsabilidad parental en muchos casos, consecuencia de un cierto exceso legislativo por recortar las facultades parentales y un cierto recelo contra la familia que se atisba en las medidas adoptadas.

Es evidente e incontestable que se deben atajar aquellos comportamientos violentos, perjudiciales, lesivos y negligentes hacia los menores pero no es menos cierto que éstos representan, por fortuna, un porcentaje muy minoritario, pues la gran mayoría de padres y madres se enfrentan cada día a la importante y gratificante tarea de educar y formar a sus hijos en valores y creencias de respeto, tolerancia, esfuerzo y afecto. Que la ley no constituya un obstáculo sino un apoyo.

BIBLIOGRAFÍA

Algarra Prats, E. y Barceló Domenech, J.: "Libertad de los hijos en la familia: deberes de los hijos y derecho de corrección de los padres. Situación en el Derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, pp. 59-74, p. 62.

Barceló Doménech, J.: "Régimen jurídico de las vacunas en España: reflexiones ante la situación creada por el coronavirus", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. extra, 12 bis, mayo, 2020, pp. 118-125, en pp. 124-125.

Cervelló Donderis, V.: "El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección", *PJ*, núm. 33, 1994, pp. 45 y ss.

Cuenca García, M. J.: "La violencia habitual en el ámbito familiar", *RJC*, 1998, núm. 4, pp. 9 y ss.

Darriba Fraga, G.: "El derecho de corrección de los padres sobre sus hijos", *Revista Digital de la Facultad de Derecho*, núm. 5, 2012, pp. 130-166, p. 133.

De Torres Perea, J. M.: "Reforma de los arts. 154 y 260 CC: El derecho del menor a una educación libre de toda medida de fuerza o violencia", *Diario La Ley*, núm. 6881, 12-02-08, referencia D-41, La Ley, 869/2008.

Del Castillo Codes, E.: "Aspectos penales de la corrección de menores", *Revista de Derecho vLex*, núm. 72, septiembre, 2009.

Estellés Peralta, P. M.: "La patria potestad en las situaciones de crisis familiar", en AA. VV: *Las crisis familiares. Tratado Práctico interdisciplinar* (dir. por J.R. De Verda y Beamonte), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 139-164, p. 152.

Estellés Peralta, P. M: "Presente y futuro en la búsqueda del interés del niño valenciano en situaciones de crisis familiar", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 24, 2017, p. 76-97, p. 83.

Gómez Villora, J. M.: "Algunas reflexiones sobre el derecho de corrección al amparo de la STS 654/2019 de 8 de enero de 2020", *Revista Familia y Sucesiones ICAV*, núm. 17, marzo 2021, pp. 12 y ss.

Gracia Fuster, E., Lila Murillo, M. y García, F.: "Estilos educativos parentales y ajuste psicológico de los hijos: cuestionando la preeminencia del estilo autorizativo", (V Congreso Internacional de Psicología y Educación). Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2008.

Hurtado Yelo, J.: "Entre el derecho de corrección y el delito de malos tratos. Hacia la búsqueda de una solución intermedia", *AJA*, núm. 788, 17 de diciembre de 2009.

Jiménez, M. J.: "Estilos Educativos Parentales y su implicación en diferentes trastornos", p. 5, disponible en: https://www.fapacealmeria.es/wp-content/uploads/2016/12/ESTILOS-EDUCATIVOS.pdf (consultado 7 de septiembre de 2021).

Linacero de la Fuente, M. A.: *Derecho de la persona y de las relaciones familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 533 y ss.

Linacero de la Fuente, M. A.: *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 9 y ss.

Romero Rodríguez, M.: "El delito de malos tratos habituales y el derecho de corrección: ¿una causa de justificación?", *Anuario de Justicia de Menores*, 2004, pp. 233 y ss.

Roxin, C.: "La calificación jurídico-penal de la corrección paterna", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, 2005, pp. 233 y ss.

Sáenz De Pipaón y Del Rosal, L.: "Derecho de corrección de los padres y derecho penal", *Revista de Derecho Penal*, núm. 28, septiembre, 2009, pp. 73 y ss.

Serrano Tárraga, M. D.: "El derecho de corrección de los padres sobre sus hijos y el delito de violencia doméstica", en AA.VV.: *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI* (dir. por Lasarte Álvarez), Uned-El Derecho, Madrid, 2006, pp. 641 y ss.

Torío López, S., Peña Calvo, J. V. y Rodríguez Menéndez, M. C.: "Estilos educativos parentales. Revisión bibliográfica y reformulación teórica". *Teoría de la educación. Revista Interuniversitaria*, 2008, núm. 20, pp. 151-178.

Ureña Martínez, M.: *Malos tratos a menores en el ámbito familiar*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

GENITORI D'INTENZIONE E DIRITTI DEI FIGLI

INTENTION PARENT'S AND CHILDREN'S RIGHTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1158-1173

Alberto MARIA GAMBINO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il problema giuridico della c.d. genitorialità d'intenzione è stato recentemente affrontato dalla Corte costituzionale italiana, la quale - pur ritenendo inammissibili i relativi ricorsi - ha espresso due moniti indirizzati al legislatore perché, nell'esercizio della sua discrezionalità, si occupi della materia introducendo nell'ordinamento una disciplina organica idonea a riconoscere i legami affettivi stabili dei minori e i loro diritti verso il genitore intenzionale.

In questa direzione, la soluzione del possibile ricorso all'adozione in casi particolari, ritenuto esperibile dalle Sezioni unite civili, non appare ai giudici costituzionali adeguata al metro di principi costituzionali e sovranazionali, non attribuendo la genitorialità all'adottante, limitando i vincoli di parentela con altri ascendenti e collaterali e implicando il necessario assenso del genitore "biologico".

L'itinerario indicato dalla Consulta trascura tuttavia il paradigma costituzionale della genitorialità naturale, che cristallizza le prerogative, nel mondo giuridico, del legame biologico tra figlio e genitore naturale.

PALABRAS CLAVE: Minore; genitorialità; fecondazione assistita; surrogazione di maternità; genitore d'intenzione; legami affettivi ;adozione in casi particolari; genitore naturale.

ABSTRACT: *The legal problem of the so-called "genitorialità d'intenzione" was recently addressed by the Italian Constitutional Court, which - while deeming the related appeals inadmissible - expressed two warnings addressed to the legislator so that, in the exercise of its discretion, it deals with the matter by introducing an organic discipline into the legal system suitable for recognizing the stable emotional ties of minors and their rights towards the "genitore intenzionale".*

In this direction, the solution of the possible recourse to adoption in particular cases, considered feasible by the "Sezioni unite civili", does not appear to the constitutional judges adequate to the yardstick of constitutional and supranational principles, not attributing parenthood to the adopter, limiting the ties of kinship with other ancestors and collaterals and implying the necessary consent of the "biological" parent.

However, the itinerary indicated by the Council neglects the constitutional paradigm of natural parenting, which crystallizes the prerogatives, in the legal world, of the biological bond between a child and a natural parent.

KEY WORDS: *Minor; parenting; assisted reproduction; maternity subrogation; intended parent; affectivities; adoption in special cases; natural parent.*

SUMARIO.- I. DUE INTERVENTI DELLA CONSULTA.- II. DU LIEN PARENT-ENFANT.- III. Più DOVERI GENITORIALI QUALE "SOLUZIONE OTTIMALE".- IV. IL DIRITTO ALLA GENITORIALITà NATURALE NELLE SUE VARIANTI RIPRODUTTIVE.

I. DUE INTERVENTI DELLA CONSULTA .

La Corte costituzionale italiana ha affrontato in due recenti decisioni, pubblicate lo stesso giorno, il problema giuridico della c.d. genitorialità d'intenzione[1].

La prima vicenda (sentenza n. 32/2021) riguarda due donne, le quali - attraverso la pratica della fecondazione eterologa - avevano realizzato il loro "progetto procreativo", salvo poi a separarsi e, nella crisi, rivendicare, l'una, la legittimazione esclusiva alla maternità e l'altra, l'applicazione, appunto, del principio della maternità d'intenzione. La seconda (sentenza n. 33/2021) affronta il caso di due uomini, sposati in Canada e uniti civilmente in Italia, che – attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità – reclamavano lo stato genitoriale anche per l'*unito civil*e che non aveva contribuito con il proprio gamete alla formazione dell'embrione che poi sarebbe stato generato.

Entrambe le decisioni si propongono come punto centrale la risoluzione del problema relativo all'attuazione del "migliore interesse del bambino" ponendosi il problema della rilevanza giuridica anche dell'interesse del componente della coppia che *biologicamente* non abbia legami con il minore.

Nella decisione n. 32/2021, il Tribunale di Padova (ordinanza del 9 dicembre 2019) aveva, in particolare, sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) e 250 del codice civile, con riferimento a più articoli della Carta costituzionale (artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma) e a una serie di disposizioni di carattere sovranazionale (artt. 8 e 14 Convenzione europea dei diritti dell'uomo; artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9 Convenzione sui diritti del fanciullo).

In questa vicenda, la madre intenzionale di due gemelle, nate a seguito del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) – cui si era sottoposta

1 Per primi commenti, v. Ruggeri, A.: "*La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore" (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, *Studi e Contributi* di *Consulta online*, *2021*, p.221; Matteoni ,A.: "*Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?", ivi, 2021/II*, p.348; Mannella ,F.: *"Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di "nati non riconoscibili", Nomos*, 1-2021.

• Alberto Maria Gambino
Ordinario di Diritto Privato, Università Europea di Roma. E-mail: alberto.gambino@unier.it

l'allora partner della stessa – ha adito i giudici per ottenere, in via principale, l'autorizzazione a dichiarare all'ufficiale dello stato civile di essere genitore, ai sensi dell'art. 8 della legge n. 40 del 2004, o di essere dichiarata tale dalla sentenza dello stesso Tribunale per aver prestato il consenso alla fecondazione eterologa, ai sensi dell'art. 6 della medesima legge. Alla cessazione della relazione fra le due donne, infatti, l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori) è risultata impraticabile, in quanto l'art. 46 della medesima legge prescrive l'assenso del genitore legale dell'adottando, che, nella specie, è stato negato. Il caso dei due uomini (sentenza n. 33) origina da un'ordinanza della prima sezione civile della Corte di Cassazione (29 aprile 2020)[2], con cui si sollevava – anche qui con riferimento a più articoli della Carta costituzionale (artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma) e a una serie di disposizioni di carattere sovranazionale (art. 8 Convenzione europea dei diritti dell'uomo; artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 Convenzione sui diritti del fanciullo; art. 24 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) - questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nonché di altre norme precludenti un'interpretazione conforme al c.d. "diritto vivente" del provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri ("maternità surrogata") del c.d. genitore d'intenzione non biologico (art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31 maggio 1995, n. 218; art. 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396). La decisione riguardava un bambino nato in Canada da una donna "portante", che cioè aveva consentito che nel suo utero venisse impiantato un embrione formato con i gameti di una donatrice anonima e di un uomo di cittadinanza italiana, unito in matrimonio in Canada con un altro uomo italiano – con atto poi trascritto in Italia nel registro delle unioni civili. Le autorità giudiziarie canadesi avevano optato per la doppia genitorialità della coppia e i due uomini richiedono così all'ufficiale di stato civile italiano di rettificare l'atto di nascita del bambino e, in seguito al rifiuto, presentano ricorso alla Corte d'appello di Venezia che lo accoglie. La Cassazione adita dal Ministero dell'interno e dal Sindaco rimette la questione alla Consulta, pur prendendo atto che nel frattempo è stata depositata la sentenza delle Sezioni unite civili 8 maggio 2019, n. 12193, che afferma il principio secondo cui non può essere riconosciuto nel nostro ordinamento un provvedimento straniero che riconosca il rapporto di genitorialità tra un bambino nato in seguito a maternità surrogata e il genitore "d'intenzione" – trattandosi di principio di ordine pubblico a

2 Il testo dell'ordinanza è pubblicato in *Fam. e dir.*, 2020, p. 675 ss., con note di Ferrando, G.:" I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte costituzionale" e di Recinto, G.: "Un inatteso "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata "; *Corr. giur.*, 2020, p.902 ss., con nota di Salanitro, U.: "L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca… e apre alla maternità surrogata". Cfr. anche Luccioli ,G.: "Il parere preventivo della Corte edu e il diritto vivente italiano in materia di maternità surrogata: un conflitto inesistente o un conflitto mal risolto dalla Corte di Cassazione?", in *questa Rivista* (22 maggio 2020).

tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione[3]. Nella medesima decisione si suggerisce il possibile ricorso all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia).

A detta del giudice rimettente, i contenuti costituzionali cui andrebbe incontro il divieto di riconoscimento starebbero nell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione ai diritti del minore al rispetto della propria vita privata e familiare (art. 8 CEDU), nonché – con riferimento al diritto vivente cristallizzato dalla pronuncia delle Sezioni unite - negli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.

Rilievo significativo, inoltre assumerebbe, nella prospettazione dei giudici remittenti il parere consultivo della grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019, con il quale si è affermato che il diritto al rispetto della vita privata del bambino, ai sensi dell'art. 8 CEDU, richieda che il diritto nazionale offra una possibilità di riconoscimento del legame di filiazione con il genitore d'intenzione come autentica *legal parent-child relationship*[4].

Le due decisioni, segnate da due distinti rimedi per giungere alla maternità (surrogazione e fecondazione eterologa), nel bilanciamento di tutti i fattori in gioco – pubblici e privati –depongono entrambe per l'inammissibilità delle questioni[5], ma sollecitano il Parlamento italiano ad intervenire in materia.

Nel caso della nascita con fecondazione eterologa, con enfasi e perentorietà il Giudice delle leggi (sentenza n. 32/2021), ammonisce: "Il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrà al più presto colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte di incomprimibili diritti dei minori. Si auspica una disciplina della materia che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale. […] Nel dichiarare l'inammissibilità della questione ora esaminata, per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario, questa Corte non può esimersi dall'affermare che

3 Per tale sentenza, si vedano: *Fam. e dir.*, 2019, p.653 ss., con note di Dogliotti ,M.: "Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri "e Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento"; *Nuova Giur. Civ. Comm*., 2019, p.737 ss., con nota di Salanitro ,U.: " Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità"; *Giur. it*., 2020, p.543 ss., con nota di Valongo ,A.: " La c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione". Si legga anche Luccioli ,G.: "Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata", *GenIUS*, 2020 (*www.articolo29.it,* 23 maggio 2020).

4 Per il testo dell'*Advisory Opinion* v. *Nuova giur. civ. comm*., 2019, I, p.757 ss., con nota di Grasso, A.G.:" Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale".

5 Afferma Renda ,A.: "La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore", nota a Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, pubblicata, tra l'altro, in *Corr. giur.* 2015, p.481, che «la surrogazione di maternità destabilizza il sistema, violando principi fondamentali, assai più della donazione di ovociti».

non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia".

Nel caso della nascita per surrogazione di maternità, auspica il Giudice delle leggi (sentenza n. 33/2021): "Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco.

Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore".

Come si vedrà in seguito, i suggerimenti della Consulta *de iure condendo* assumono contenuti solo parzialmente sovrapponibili.

II. DU LIEN PARENT-ENFANT.

Come ricorda la Consulta, il principio posto a tutela del migliore interesse del minore si afferma nell'ambito della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959 (principio 2), in cui si prevede che, nell'approvazione di leggi e nell'adozione di tutti i provvedimenti che incidano sulla condizione del minore, ai *best interests of the child* deve attribuirsi rilievo determinante ("paramount consideration"). Successivamente, pur in assenza di una espressa base giuridica, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ricondotto all'art. 8, spesso in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, l'affermazione che i diritti alla vita privata e familiare del fanciullo devono costituire un elemento determinante di valutazione («the child's rights must be the paramount consideration»[6], così da reclamare garanzie anche per i legami affettivi stabili con chi, indipendentemente dal vincolo biologico, abbia in concreto svolto una funzione genitoriale, prendendosi cura del minore per un lasso di tempo sufficientemente ampio[7]. A meno che un distacco si renda necessario nel suo superiore interesse, di volta in volta rimesso alla valutazione del

6 Corte EDU, sezione seconda, sentenza 5 novembre 2002, Yousef contro Paesi Bassi; sezione prima, sentenza 28 giugno 2007, Wagner e J.M.W.L. contro Lussemburgo, paragrafo 133: «Bearing in mind that the best interests of the child are paramount in such a case»; grande camera, sentenza del 26 novembre 2013, X contro Lettonia, paragrafo 95: «the best interests of the child must be of primary consideration»).

7 Corte EDU, sezione prima, sentenza del 16 luglio 2015, Nazarenko contro Russia, paragrafo 66.

giudice, il minore non deve essere separato dai genitori contro la sua volontà[8]. Ne è seguita l'assimilazione al rapporto di filiazione del legame esistente tra la madre d'intenzione e la figlia nata per procreazione assistita, cui si era sottoposta l'allora partner, legame, dunque, che «tient donc, de facto, du lien parent-enfant»[9].

Nel ripercorrere tali itinerari giuridico-giurisprudenziali relativi alla fisionomia progressivamente assunta dal c.d. miglior interesse del minore, la Consulta prova a fornire una risposta all'interrogativo se il diritto vivente già espresso dalle Sezioni unite civili (adozione in casi particolari), alla luce della complessità della vicenda, sia compatibile con i diritti del minore alla sua identità, che si formerebbe anche in relazione alla rilevanza del legame di filiazione. In questa direzione depongono talune decisioni della Corte di Strasburgo, a partire dal noto "caso Mennesson", in cui si riconosce che tali legami siano parte integrante della stessa identità del bambino[10], sia quando vive e cresce in una determinata famiglia sia quando si trovi nell'ambito di una determinata comunità di affetti, peraltro riconducibile, come ricorda la Consulta, al novero delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost.

Sta allora dentro il perimetro del "miglior interesse del bambino" che tali legami abbiano riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico così da attuarsi pienamente negli ambiti dalla cura della sua salute, dell'educazione scolastica, degli interessi patrimoniali ed ereditari e, soprattutto, perché il minore sia identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte. E ciò anche laddove il nucleo in questione sia strutturato attorno ad una coppia composta da persone dello stesso sesso, dal momento che l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale.

Vi è, dunque, violazione del diritto alla vita privata del minore il mancato riconoscimento del legame di filiazione tra lo stesso e i genitori intenzionali, proprio in considerazione dell'incidenza del rapporto di filiazione, anche di tipo sociale, sulla costruzione dell'identità personale.

La Consulta ritiene, in buona sostanza, che sia preferibile per il minore cristallizzare giuridicamente entrambi i legami genitoriali, anziché ridurli esclusivamente dentro il solo già "legittimo", così recependo il modello tradizionale della bi-genitorialità, che tuttavia affonda le radici nella differenziazione sessuale e, dunque, naturalmente procreativa della coppia. Dunque, un nuovo modello di bi-genitorialità sociale che mima quello naturale, senza tuttavia porsi il problema ben

8 Corte EDU, grande camera, sentenza 10 settembre 2019, Strand Lobben e altri contro Norvegia, paragrafo 207.

9 Corte EDU, sezione quinta, sentenza 12 novembre 2020, Honner contro Francia, paragrafo 51.

10 Corte EDU, sentenza 26 giugno 2014, Mennesson contro Francia, paragrafo 96. Cfr., anche, l'altra sentenza "gemella" Labassee contro Francia, paragrafo 75.

più profondo del perché nel modello naturalistico i genitori siano due e soltanto due.

III. PIU' DOVERI GENITORIALI QUALE "SOLUZIONE OTTIMALE".

La Consulta si mostra pienamente consapevole che il principio del *best interest of the child* non possa essere strumento interpretativo astratto – anche per la difficoltà di rappresentazione da parte del vero e unico titolare, il minore appunto – ma vada applicato modulandolo nella concretezza della vicenda data. Si invoca così il principio della ricerca della "soluzione ottimale" per l'interesse del minore, «quella cioè – secondo il magistero della Consulta - che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior "cura della persona"» [11] . Là dove, la cura della persona implica, in senso estensivo, anche il più ampio esercizio dei diritti e, correlativamente, la più estesa doverosità soggettiva delle pretese giuridiche rivendicabili. Dunque, non solo un problema di "qualità" dei diritti ma anche di "quantità". Pertanto – anche per confutare la prospettiva adultocentrica, che pur si affaccia nelle due decisioni della Corte – si precisa che nelle vicende della genitorialità d'intenzione non sarebbe in discussione un preteso "diritto alla genitorialità" in capo a coloro che si prendono cura del bambino, bensì l'interesse del minore a che sia affermata in capo ai genitori intenzionali la titolarità giuridica di "quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali. Doveri ai quali non è pensabile che costoro possano ad libitum sottrarsi". In questo senso, la Consulta afferma che l'interesse del minore non possa ritenersi soddisfatto dal riconoscimento del rapporto di filiazione con il solo genitore "biologico": "laddove, infatti, il minore viva e cresca nell'ambito di un nucleo composto da una coppia di due persone, che non solo abbiano insieme condiviso e attuato il progetto del suo concepimento, ma lo abbiano poi continuativamente accudito, esercitando di fatto in maniera congiunta la responsabilità genitoriale, è chiaro che egli avrà un preciso interesse al riconoscimento giuridico del proprio rapporto con entrambe, e non solo con il genitore che abbia fornito i propri gameti ai fini della maternità surrogata" (Sentenza n. 33, sottolineatura nostra). Afferma ancora la Corte, nello stesso caso della procreazione per surrogazione di maternità*: "Non v'*è *dubbio, in proposito, che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita […] da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo* è *quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia,* ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto *agli eventuali rapporti giuridici* tra il bambino e la madre surrogata" (Sentenza n. 33, sempre il corsivo nostro).

11 Sentenza n. 11 del 1981 (con richiami all'art. 30 Costit); ed è stato ricondotto anche all'art. 31 Costit. dalle sentenze n. 272 del 2017, n. 76 del 2017, n. 17 del 2017 e n. 239 del 2014).

Merita allora approfondimento la locuzione "eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata".

Nel caso della surrogazione, la Consulta, infatti, riconosce che l'interesse del bambino non possa essere considerato sempre prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco, dovendosi avere presente che in tema di diritti fondamentali, la prevalenza assoluta di uno di essi sugli altri comporterebbe la "tirannide" "nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona" (sentenza n. 85 del 2013).

Correttamente la Consulta ricorda che gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore (sentenza n. 33). Il bilanciamento tra gli interessi del bambino e la legittima finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l'ordinamento italiano considera illegittima e anzi meritevole di sanzione penale appare complesso (la sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2017 ha affermato, con parole forti, che la maternità surrogata "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane"). Resta però ferma la rammentata necessità di riconoscimento del «legame di filiazione» con entrambi i componenti della coppia che di fatto se ne prende cura.

Altro è il divieto di trascrizione di atti di stato civile stranieri, o di provvedimenti giudiziari, che riconoscano sin dalla nascita del bambino lo status di padre o di madre al "genitore d'intenzione", divieto funzionale allo scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti, a una pratica procreativa che ciascuno Stato ben può considerare potenzialmente lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne che accettino di portare a termine la gravidanza per conto di terzi. Altra è la necessità che ciascun ordinamento garantisca la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il "genitore d'intenzione", al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati.

In altri termini, da un lato – stante la gravosità della vicenda di una maternità in surrogazione – la Corte non mette in alcuna discussione i possibili legami giuridici con la madre portante, ma, allo stesso tempo, dà per acquisito che il diritto alla genitorialità sociale dei genitori committenti corrisponde pienamente – potremmo dire senza ombra di discussione – all'interesse del minore. Eppure qui, anche soltanto in chiave logico-argomentativa, più di un ombra si riscontra. Delle due l'una: o si accetta che – stante l'impossibilità dichiarata di recidere i potenziali legami giuridici con la donna portante (unica madre del resto per il nostro ordinamento) – i genitori allora ben potrebbero essere tre, con buona pace della mimesi della bi-genitorialità anche nelle vicende che ci riguardano, con

il corollario nevralgico di capire poi se ancora esista il *best interest of the child* in ipotesi di trigenitorialità; oppure ci si deve arrestare e con onestà intellettuale, capire che tale nodo è ineludibile.

Nodo che invece viene agevolmente sciolto nell'altra vicenda della eterologa. In questo caso, infatti, l'elusione del limite stabilito dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004, (accesso alle sole coppie di sesso diverso) come già detto, "non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali" (sentenza n. 32), non ritenendosi configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina.

La Corte richiama altresì la riforma del 2012 e del 2013, in tema di filiazione, che pone al centro i diritti del minore e la responsabilità genitoriale, che, tuttavia, come, ancora di recente, ricordato da dottrina protagonista dell'intervento normativo di sistema, "si tratta di situazioni che non possono essere poste sullo stesso piano al fine di invocare una presunta violazione del principio di uguaglianza e di unicità dello stato di figlio" [12].

IV. IL DIRITTO ALLA GENITORIALITA' NATURALE NELLE SUE VARIANTI RIPRODUTTIVE.

Il contenuto delle due decisioni della Consulta muove, dunque, da un assunto apparentemente granitico: che vi sia assoluta necessità di riconoscimento giuridico del "legame" tra il minore e il convivente non genitore naturale. A deporre per la corrispondenza "logica" tra tale urgenza e una piena tutela dell'interesse del minore si richiama, in questo senso, l'obiettivo di dare attuazione ai diritti fondamentali del generato. L'indagine analitica dei percorsi giurisprudenziali e normativi affrontati dalle due decisioni della Consulta non si occupa, però, di un'altra prospettiva altrettanto meritevole: l'incidenza, anche nelle vicende affrontate dalla Corte, del diritto del minore alla genitorialità naturale. Ne emerge un quadro parziale, dove, accanto all'apprezzamento per l'esaustività dei richiami favorevoli alla tesi condivisa dalla Consulta non può che accostarsi un rilievo per una certa lacunosità rispetto all'assenza di una riflessione, anche critica, dei contenuti di bisogni ed esigenze di tutela del minore connessi con il tema della genitorialità biologica.

Occorre, infatti, osservare che il paradigma costituzionale della genitorialità naturale ha una sua profonda ragione d'essere, proprio nella cristallizzazione delle prerogative che comporta nel mondo giuridico il legame biologico tra figlio e genitore. Così come le argomentazioni delle Corti hanno radicato la tutela del legame sociale tra genitore di volontà e minore nel diritto all'identità del generato

12 Bianca, M : "La genitorialità d' intenzione e il principio di effettività. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 230/2020", *Giustizia Insieme*, 17 novembre 2020.

e alla responsabilità del genitore sociale, identiche premesse possono essere richiamate per dare fondatezza alla rilevanza della genitorialità naturale.

Un punto di osservazione maggiormente realistico, che abbia di mira la tutela del generato, non può in effetti trascurare *a priori* il legame naturale e biologico tra due esseri umani.

Si rifletta sui temi della salute, specie laddove sia necessario per motivi di cura risalire all'identità sanitaria del genitore; si pensi al diritto, consolidato, di ciascuna persona a le proprie origini biologiche[13]; si pensi - e qui il discorso si fa particolarmente complesso - al significato esistenziale/collettivo che assume la presa d'atto che soltanto la generazione biologica è in grado di assicurare discendenza all'umanità. In altri termini, non si può evadere il quesito di senso che reclama la precondizione della genitorialità biologica e ridurla a fattore "esterno" da rimuovere per cedere il passo dinnanzi a nuove esigenze di garanzia di legami sociali e affettivi tra le persone. D'altro canto, anche il principio dell'autoresponsabilità, nei termini di libertà procreativa, non può restare immune da valutazioni ma richiede l'approfondimento del significato umano e sociale del fatto del generare una persona umana.

Efficacemente, c'è chi, in effetti, ravvisa proprio nella prospettiva naturalistica della genitorialità biologica uno straordinario potenziale emancipatorio da talune deformazioni insite nella assolutizzazione del solo legame sociale proprio in casi pregni di conflittualità tra genitori sociali, naturali e conviventi[14].

Cosa accadrebbe, infatti, se la madre portante volesse trattenere il generato con sè? Cosa prevarrebbe, in questo caso, l'accordo negoziale[15] – come accade nei Paesi che ammettono la maternità surrogata – o, appunto, il diritto inalienabile ad essere riconosciuto genitore del soggetto nato; per converso, quest'ultimo potrà reclamare la maternità del genitore naturale? E, ancora, nel caso di una fecondazione eterologa, praticata da una coppia di donne, davvero non ha alcuna rilevanza giuridica la figura del donatore del gamete[16]?

13 Ricorda il Maestro qui onorato: "[l]l diritto della persona di conoscere le proprie origini […] soddisfa un bisogno essenziale della persona e può essere annoverato tra i diritti fondamentali dell'uomo" (*Diritto Civile*, 2.1. *La famiglia*, 5° ed., Milano, 2014, p. 456).

14 L'itinerario prescelto è svolto da Bilotti, E.: " L'adozione semplice del figlio del convivente (dello stesso sesso)", nota a Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, *Nuovo Diritto Civile*, 2016, p.91 ss..

15 Accordo che – nel nostro ordinamento – è da considerarsi nullo in quanto avente ad oggetto "diritti indisponibili" (Bianca C.M., *op. cit.*, p. 409).

16 Nel segnalare il problema, il Nostro onorato (*op. cit.*, p. 406) riporta – conformemente all'orientamento giurisprudenziale di Cass. 21 luglio 2012, n. 11644, il pensiero dell'Auletta ,T:.*Il diritto di famiglia*, 7° ed., Torino, 2012, p. 50, il quale ammette la possibilità di un'azione di disconoscimento da parte del figlio "prevalendo il suo interesse ad avere come padre sociale quello biologico".

Si tratta solo di alcuni tra i tanti quesiti ineludibili che il giudice delle leggi avrebbe potuto/dovuto affrontare per dare maggiore compiutezza ai ragionamenti sviluppati. Con ciò non si vuole certo affermare che non abbiano rilevanza fatti relazionali socialmente riconosciuti e radicati nella vita del minore. Così come, nei casi concreti, non si può non rimarcare che il migliore interesse del minore consista perlopiù nel restare nell'alveo della coppia sociale e non invece esservi sottratto per un successivo inserimento, nell'ambito della procedura adottiva, in una famiglia nuova.

Ora, la soluzione concretamente segnalata dalle Sezioni unite cioè il ricorso alla disciplina dell'adozione in casi particolari aveva il merito di sottoporre al vaglio giudiziale, nell'ottica del concreto interesse del minore, la rilevanza giuridica del legame con il genitore intenzionale, pur con l'effetto di una certa sopravvalutazione, come detto, della ineludibilità di una sua formalizzazione, quasi che ciò abbia la capacità taumaturgica di cancellare la realtà delle cose. A ben vedere, è proprio dal bilanciamento degli interessi in gioco - cui non può essere a priori escluso quello connesso alla genitorialità naturale - che si può giungere alla migliore soluzione a tutela dell'effettivo interesse del minore nella concretezza della realtà data. In questa direzione, proprio i diversi strumenti dell'autonomia privata potrebbero offrire contributi significativi, evidenziandosi peraltro come nelle attuali evoluzioni della materia del diritto di famiglia la mancanza di formalizzazione normativa dei legami affettivi e sociali non implichi affatto assenza di garanzie per la tutela di una loro continuità.

Quanto agli strumenti giurisdizionali che l'ordinamento appresta per dare attuazione al diritto/dovere del genitore d'intenzione, la soluzione del possibile ricorso all'adozione in casi particolari, ritenuto esperibile dalle Sezioni unite civili, come detto, appare ai giudici costituzionali non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati. La necessità dell'intervento legislativo discende dalla constatazione che l'adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità all'adottante, limita i vincoli di parentela con altri ascendenti e collaterali e, soprattutto, implica il necessario assenso del genitore "biologico" [17]. La Consulta, dunque, suggerisce, in via esemplificativa ed alternativa – almeno nella vicenda della fecondazione eterologa - una possibile "riscrittura" delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione "sociale", lasciando il doveroso margine di apprezzamento al legislatore. L'indicazione è solo apparentemente "aperta", in quanto sembra davvero arduo riscrivere le previsioni in materia di riconoscimento,

17 Venuti, M.C.: " Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri ", *GenIUS*, 2020, p.17.

se non assegnando in definitiva un problematico (per quanto sin qui detto) diritto allo *status* anche nei confronti del committente privo di legame biologico.

Nel caso della surrogazione di maternità, la Consulta fa invece riferimento ad una disciplina genericamente "più aderente alle peculiarità della situazione in esame", rispetto alla quale, occorre tenere presente che, in vista della migliore e concreta realizzazione dell'interesse del minore, non può però eludersi, anche qui, un vaglio giudiziale della reale consistenza del rapporto *de facto* col *partner* del genitore. Nell'interpretazione e nella valorizzazione dell'effettivo legame sociale tra il minore e il genitore d'intenzione, un prudente vaglio giudiziale appare in definitiva più coerente con la pluralità degli interessi in gioco e il loro diverso atteggiarsi nelle vicende concrete.

In questa prospettiva potrà eventualmente valutarsi anche la rilevanza di un diritto del generato alla genitorialità naturale e l'esigenza ad esso sottesa di garantire il significato personalistico della generazione umana.

Del resto, anche ove si riconosca un rapporto col genitore biologico, potrà essere comunque garantita la continuità del rapporto *de facto* col committente privo di legame biologico senza dar corso alla sua formalizzazione.

Certamente entrambe le decisioni della Consulta intendono ampliare l'orizzonte dei diritti per il minore. Ma mentre nel caso della fecondazione eterologa la Consulta richiama – pur con i limiti e le critiche espresse – anche possibili soluzioni pienamente legittimanti della formalizzazione di uno status, gli stessi esiti sono prudentemente taciuti nel caso della surrogazione di maternità.

Il disvalore sociale e costituzionale tra le due vicende è evidente. Nessuna di esse supera la barriera dell'ammissibilità, ma soltanto il caso dell'eterologa la dinamica *legame-identità-migliore interesse* reclama – nelle espressioni della Corte - una soluzione forte.

Oltre alla differente gravità delle violazioni delle norme previste dalla legge nei due casi, non si può a questo punto non osservare che si tratta di due fatti generativi che proprio in termini di rilevanza dell' "altro" legame con il genitore naturale, mostrano disomogeneità. E ciò perché il concetto di legame è più profondo di quello che appare anche nella sua dimensione di corporalità.

Nel caso della donazione di un gamete presupposto dell'eterologa, ci si spoglia della genitorialità ancor prima di avere acquisito un "legame" con il nascituro; diverso è, invece, il caso della surrogazione. Ci sono nove lunghissimi mesi in

mezzo: è la gestazione a creare "l'essenziale e concreto rapporto materno in cui si realizza l'accoglimento dell'essere umano"[18].

La Consulta non azzarda esiti formalmente legittimanti alla genitorialità d'intenzione praticata con la tecnica della maternità surrogata, arrestandosi davanti all'intuitivo disvalore sociale della pratica vietata e pesantemente stigmatizzata. Forse, se avesse scavato più a fondo sulle ragioni ultime del disvalore penalistico della norma avrebbe rintracciato, oltreché ragioni deprecabili di sfruttamento di donne indigenti, anche un altro strettissimo legame biologico-esistenziale che si attiva tra la madre e il feto, certamente di qualità diversa rispetto al legame solo e puramente genetico tra il donatore del gamete e il generato.

18 Bianca, C.M.: *op. cit.*, p. 408, che così completa il ragionamento giuridico: "[L]a forzata sottrazione del minore alla madre uterina appare quindi inammissibile in ragione del preminente interesse del minore a mantenere il rapporto materno già naturalmente costituito e vissuto".

BIBLIOGRAFIA

Auletta, T .:*Il diritto di famiglia*, 7° ed., Torino, 2012, p. 50.

Bianca, C.M.: *Diritto Civile*, 2.1. *La famiglia*, 5° ed., Milano, 2014, p. 456.

Bianca, M : "La genitorialità d' intenzione e il principio di effettività. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 230/2020", *Giustizia Insieme*, 17 novembre 2020.

Bilotti, E.: " L'adozione semplice del figlio del convivente (dello stesso sesso)", nota a Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, *Nuovo Diritto Civile*, 2016, p.91 ss.

Dogliotti ,M.: "Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri ", *Fam. e dir.*, 2019, p.653 ss.

Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento"; *Fam. e dir.*, 2019, p.653 ss.

Ferrando, G.:" I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte costituzionale" , *Fam. e dir.*, 2020, p.675 ss.

Grasso, A.G.:" Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale",*Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p.757 ss.

Luccioli ,G.: "Il parere preventivo della Corte edu e il diritto vivente italiano in materia di maternità surrogata: un conflitto inesistente o un conflitto mal risolto dalla Corte di Cassazione?", *Corr. giur.*, 22 maggio 2020.

Luccioli ,G.: "Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata", *GenIUS*, 2020 (*www.articolo29.it,* 23 maggio 2020).

Mannella ,F.: "Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di "nati non riconoscibili", *Nomos*, 1-2021.

Matteoni ,A.: " Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?", *Studi e Contributi* di Consulta online, 2021,II,p.348.

Recinto, G.: "Un inatteso "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata", *Fam. e dir.*, 2020, p. 675 ss.

RENDA ,A: "La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore", nota a Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, *Corr. giur.* 2015, p.481.

RUGGERI ,A.: " La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore" (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021), *Studi* e *Contributi* di Consulta online, 2021, p.221.

SALANITRO ,U.: " Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *Nuova Giur. Civ. Comm*., 2019, p.737 ss.

SALANITRO, U.: "L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca… e apre alla maternità surrogata", *Corr. giur.*, 2020, p.902 ss.

VALONGO ,A.: " La c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione", *Giur. it*., 2020, p.543 ss.

VENUTI, M.C.: " Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri ", *GenIUS*, 2020, p.17.

RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN DE LOS ABUELOS CON LOS NIETOS: ANÁLISIS DE SU PROBLEMÁTICA Y PROPUESTA *DE LEGE FERENDA* DESDE LA PERSPECTIVA DEL *FAVOR MINORIS**

THE COMMUNICATION ARRANGEMENTS TO THEIR GRANDCHILDREN WITH GRANDCHILDREN: ANALYSIS OF THEIR PROBLEMS AND REFORM PROPOSAL FROM A FAVOURI MINORIS PERSPECTIVE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1174-1203

* Es obligado agradecer, en estas líneas, al Prof. José Ramón De Verda y Beamonte por haberme invitado a participar en este homenaje al Prof. Cesare Massimo Bianca. A buen seguro, las contribuciones de mis ilustres colegas coadyuvarán a rendir tributo a la memoria del insigne civilista italiano, cuyas obras traspasaron fronteras.

Manuel Ángel
GÓMEZ
VALENZUELA

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: En este trabajo analizaremos algunos conflictos que se plantean en el establecimiento de régimen de comunicación entre los abuelos y los nietos. Para ello, trataremos el marco legal de las relaciones de convivencia entre los abuelos y los nietos, poniendo especial énfasis en el art. 160 CC, según la redacción dada por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Luego, analizaremos la presunción construida por el legislador como eje vertebrador del régimen de comunicación que trataremos, para, posteriormente, sumergirnos, desde la casuística y, especialmente, enfatizando en los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo, en el concepto de "justa causa", concepto jurídico indeterminado que podrá avalar la denegación del régimen de comunicación. Tras desarrollar este esquema dibujaremos una serie de conclusiones a modo de recapitulación y realizaremos una propuesta de reforma.

PALABRAS CLAVE: Abuelos; nietos; régimen de visitas; interés del menor; justa causa.

ABSTRACT: *In this paper we will analyse some conflicts that arise in the establishment of communication arrangements between grandparents and grandchildren. For this purpose, we will address the legal framework of coexistence relations between grandparents and grandchildren, with a special emphasis on art. 160 CC, according to the wording given by Law 42/2003, of 21 November, amending the Civil Code and the Civil Procedure Act in matters of family relations between grandchildren and grandparents. Then, we will analyse the presumption built by the legislator as the backbone of the communication arrangements that we will address, in order to, subsequently, immerse, from the casuistry and, especially, emphasising the latest pronouncements of the Supreme Court, into the concept of "fair cause", an indeterminate legal concept that may support the denial of the communication arrangements. After developing this outline, we will present a series of conclusions as a recapitulation and make a proposal form reform.*

KEY WORDS: *Grandparents; grandchildren; communication arrangements; interests of the minor; fair causa.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. MARCO LEGAL DE LAS RELACIONES DE CONVIVENCIA DE LOS ABUELOS CON LOS NIETOS.- III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PRESUNCIÓN IURIS TANTUM CONSISTENTE EN QUE LA RELACIONES ENTRE EL MENOR Y LOS ABUELOS REDUNDA EN EL FAVOR MINORIS: ¿INTERÉS DEL MENOR O INTERÉS DE LOS ABUELOS?- IV. EXAMEN DE LA JUSTA CAUSA: LA POTENCIALIDAD DEL DAÑO PARA EL MENOR COMO MOTIVO SUFICIENTE PARA DENEGAR EL RÉGIMEN DE VISITAS. V. ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDEN SER CATALOGADAS COMO JUSTA CAUSA.- 1. Mobbing familiar: deslegitimación por los abuelos de la figura de los padres.- 2. Relevancia del estado psicológico de los abuelos.- 3. Inexistencia de previa relación entre los abuelos y los nietos: relación biológica vs. relación afectiva.- VI. A MODO DE RECAPITULACIÓN.- 1. Reforma fallida del art. 160 CC.- 2. Propuesta de lege ferenda.

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene como objeto abordar los conflictos que se plantean entre el derecho de los abuelos a compartir una relación personal[1] con los nietos y el interés del menor. Constituyendo la familia uno de los principales exponentes para el desarrollo de la personalidad del menor, su concepto ha evolucionado, pues si en tiempos otrora se circunscribía a la familia nuclear, formada por padres e hijos, ahora contemplamos como limitar el concepto de familia a tales miembros sería una suerte de reduccionismo, a la vista del rol cada vez más importante que desempeñan los abuelos, los cuales han pasado de ver eventualmente a su nietos, obsequiándole con un modesto regalo, a hacerse cargo de los mismos, cuidándoles, vistiéndoles y realizando múltiples tareas que se asemejan a las propias de la patria potestad, hecho que no ha pasado desapercibido en la sociedad, acuñándose expresiones como ''segundos padres'' o ''abuelos canguros''[2].

No obstante, en ocasiones la relación de los abuelos con los progenitores e, incluso, con el propio menor, lejos de configurarse como idílica, se vislumbra como una fuente de conflictos, no siendo extraño ver posiciones de enfrentamiento

1 En la elaboración de este trabajo hemos tenido un acervo disyuntivo sobre si emplear la denominación "régimen de visitas", "relación personal" o "régimen de comunicación" Finalmente, nos hemos decantado por esta última opción, toda vez que consideramos que la expresión "régimen de visitas" o "derecho de visitas" debe utilizarse, exclusivamente, en referencia a las relaciones entre los progenitores y los hijos cuando uno de aquellos no sea titular de una guarda y custodia monoparental. En cuanto a la expresión "relación personal", es el *nomen* que el fundamento de derecho séptimo de la STS 12 mayo 2011 (RJ 2011, 3280), considera más adecuado a tenor de la literalidad del art. 160 CC. Sin embargo, en la convicción de que la relación de los abuelos con los nietos no debe circunscribirse a la relación personal, pudiendo el Juez extenderlo a cualquier tipo de comunicación, inclusive con medios electrónicos o digitales, abogaremos en este estudio por emplear "régimen de comunicación". No obstante, es una constante, en el seno de la doctrina y de los Tribunales, emplear indistintamente las tres expresiones citadas.

2 Gracia Ibáñez, J. "Un derecho a las relaciones personales entre los nietos y sus abuelos. Una aproximación socio-jurídica", *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, diciembre 2012, p. 107.

• Manuel Ángel Gómez Valenzuela
Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz. Correo electrónico: manuelangel.gomez@uca.es.

donde el principal perjudicado es el menor. Los motivos que coadyuvan a estas ruptura son heterogéneos atendiendo a la casuística, desde razones económicas o sucesorias, hasta supuestos en los que el progenitor custodio, tras la crisis matrimonial o familiar, niega a los abuelos de la otra línea ver a su nieto, incluyéndose escenarios en el que los padres no toleran las relaciones intergeneracionales porque los abuelos, cuando fueron padres, no rindieron tributo a los deberes inherentes a la patria potestad, temiendo que se repitan con sus hijos las conductas que protagonizaron cuando fueron padres.

Atendiendo a la justificación del tema objeto de estudio, el mismo cobra su interés ante la necesidad de conjugar dos principios, no siempre coincidentes: por un lado, la protección del interés del menor, y por otro, el pretendido derecho de los abuelos a mantener relaciones con sus nietos, las cuales solo podrá impedirse, en virtud del art. 160 del Código Civil (CC), si concurre justa causa, que a la sazón constituye un concepto jurídico indeterminado cuyo verdadero alcance se analizará al amparo de la doctrina y la jurisprudencia. Además, nos adentraremos en incógnitas que siguen latentes hoy día, como el alcance de la presunción de que las relaciones entre los abuelos y los nietos son beneficiosas para el *favor minoris* o las causas que permitirán denegar una relación personal entre los abuelos y los nietos. Analizaremos también dos sentencias del Tribunal Supremo dictadas a finales de 2019 que, ya adelantamos, vienen a ratificar la nueva orientación jurisprudencial tendente a reformular el reconocimiento de las relaciones entre los abuelos y los nietos, estando inspirada la nueva doctrina en la protección del *favor minoris*[3]. Finalmente, y en sede de conclusiones, haremos una valoración crítica del marco legal que ofrece el legislador con la actual redacción del texto codificado con el fin de volcar posteriormente en el papel una propuesta de *lege ferenda*.

II. MARCO LEGAL DE LAS RELACIONES DE CONVIVENCIA DE LOS ABUELOS CON LOS NIETOS.

Antes de analizar la actual dicción del art. 160 CC, resultará interesante sumergirnos en la *ratio* que llevó al legislador a reconocer, *ex profeso*, un régimen de comunicación entre los abuelos y los nietos, no sin reseñar, previa y someramente, los antecedentes jurisprudenciales existentes hasta la novedosa reforma.

A pesar de que el Código Civil, conforme a la redacción dada por el Real Decreto de 24 de julio de 1889, carecía de cobertura legal respecto a las relaciones de los abuelos con sus nietos, la jurisprudencia comenzó su andadura hacía el

3 Para un mayor análisis de dichas sentencias nos remitimos al trabajo de De Verda y Beamonte, J.R.: "Relaciones personales entre abuelos y nietos sobre la justa causa del art. 160. II CC. Comentario a las SSTS de España núm. 581/2019, de 5 de noviembre, y núm. 638/2019, de 25 de noviembre", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, 2020, pp. 692-701.

reconocimiento de este derecho, siendo uno de los primeros pronunciamientos la STS 14 octubre 1935[4], la cual postuló que ni los padres del menor ni los abuelos de la línea opuesta de aquellos que piden ver a su nieto pueden oponerse, a no ser que medie "justo motivo", a que los menores tengan relaciones con los abuelos, pues de lo contrario se podría estar incurriendo en un abuso en el ejercicio de la patria potestad, partiendo la sentencia del cariño y amor que los abuelos suelen profesar a sus nietos.

La primera tímida reforma hacía el reconocimiento de las relaciones de los menores con las personas que no necesariamente desempeñaban la patria potestad, vino con la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que dispuso en el art. 161 CC, sin mencionar expresamente a los abuelos, que los menores tenían derecho a relacionarse personalmente "con otros parientes o allegados". El único motivo que impedía mantener estos contactos era el concepto jurídico indeterminado de "justa causa", resolviendo el Juez, en caso de oposición, "atendidas las circunstancias". A pesar de que el art. 161 CC no hablaba de los abuelos, tanto la doctrina[5] como la jurisprudencia[6] no vacilaron en admitir que entre los "parientes" que mencionaba el precepto se encontraban aquellos.

Entrando en el siglo XXI, el legislador, no sin antes cambiar la numeración del art. 161 CC pasando a ser el 160 CC[7], y en cumplimiento del mandato previsto en el art. 39 de la Constitución (CE) de dotar al menor de una protección integral, favoreciendo su estabilidad afectiva y personal, publicó la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos (Ley 42/2003). Dicha reforma fue acreedora de alabanzas[8] y críticas, siendo exponente de estas últimas las expresadas por la Asociación Española de Abogados de Familia que,

4 *Cit.* por Blandino Garrido, Mª. A.: "Tratamiento de las concretas medidas definitivas derivadas de las sentencias matrimoniales", en Álvarez Alarcón, A., Blandino Garrido, Mª. A. y Sánchez Martín, P.: *Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 279.

5 Hernández Ibáñez, C.: "Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del Derecho civil", *Actualidad Civil*, núm. 2/2002, p. 34; Carballo Fidalgo, M.: "Las relaciones personales entre los abuelos y los nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. "Derecho de visita" y atribución de la guarda del menor", *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 14, núm. 2 (2005), p. 136; Montes Rodríguez, M.P. "El derecho de visitas de los abuelos a los nietos en Derecho español, diez años después de la Ley 42/2003", *Revista Bolivariana del Derecho*, núm. 18, 2014, p. 583;

6 *Vid.* SSTS 7 abril 1994 (RJ 1994, 2728), 11 junio 1996 (RJ 1996, 4756), 17 septiembre 1996 (RJ 1996, 6722).

7 El cambió de numeración del artículo se materializó a través de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

8 Elogió la reforma Yañez Vivero, M.F. "El derecho del menor a relacionarse con sus abuelos en situaciones de ruptura familiar y desamparo", en AA.VV.: *Los derechos de la infancia y de la adolescencia* (coords. I. Ratvellat Ballesté, y C. Villagrasa Alcaide), Ariel, Barcelona, 2006 p. 80.

en resumen, calificó la reforma como oportunista, quedando a años luz de las numerosas reformas que demandaba el modelo familiar instaurado en 1981[9].

Desligándonos de exponer todas las críticas que recibió la reforma, las cuales quedan extramuros de este trabajo[10], el legislador justificó este cambio legal en el concepto amplio de familia, no circunscrito a las relaciones paternofiliales, y en el papel de los abuelos, los cuales pueden potenciar la estabilidad del menor, siendo necesario, según el legislador, diferenciar a los abuelos de "otros parientes y allegados"[11]. Bajo estas premisas, el legislador explica, en la Exposición de Motivos, que la reforma persigue un doble objetivo: por un lado, reforzar las relaciones de los abuelos y los nietos en casos de crisis matrimonial, y, por otro, atribuir a los abuelos una función relevante en caso de dejación por los padres de las funciones tuitivas que representa la patria potestad. Para cumplir dicho fin, modificó tanto el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil, en aras de articular sustantiva y procesalmente el reconocimiento de estas relaciones.

En el ámbito procesal, y esto es interesante mencionarlo, aun existiendo sentencias que reconocen un régimen de comunicación y estancia a los abuelos a pesar de no existir oposición por los padres, partiendo de que el art. 160 CC no condiciona la relación a ningún requisito especial[12], no nos parece oportuno, técnicamente, solicitar la incoación de un proceso judicial cuando los abuelos participan en la vida de sus nietos en un clima de armonía familiar, donde no existe conflicto por parte de los progenitores que toleran y respetan la relación intergeneracional, a pesar de mediar una crisis matrimonial. Así, creemos que la intención del legislador fue establecer los cauces para que los abuelos puedan

9 En este sentido, podemos ver opiniones como la de Carrasco Perea, A. "Benditos abuelos", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2003, p. 1, que tachó la reforma como corta, a la vista de que solo procedía al reconocimiento legal de derecho de visitas de los abuelos, perdiendo una "oportunidad de oro de reconstruir el esquizofrénico modelo de familiar creado en 1981".

10 Para un análisis más detallado puede verse Moretón Sanz, M. F. "Crónica de las Jornadas sobre la Ley 42/2003, sobre relaciones abuelos y nietos", *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, núm. 24, 2004, p. 261-266, publicado con ocasión de la celebración, los días 17 y 18 de febrero de 2004, en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, de las "Jornadas de Especialización en Derecho de Familia sobre las Relaciones Familiares entre abuelos y nietos: Análisis de la Ley 42/2003".

11 Dice así la Exposición de Motivos: "En efecto, cabe entender que los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor. En este sentido, disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo. Contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno son circunstancias que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis. Esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados, que también pueden coadyuvar al mismo fin".

12 Así se pronuncia la SAP León 1 junio 2011 (JUR 2011, 267348), diciendo lo siguiente: "En este caso, no concurren causas graves y justificadas que impidan el derecho de visitas a favor de la abuela (art. 160 del CC) y en beneficio de la menor (STS de 20.9.02 y 11.11.05) pero la parte recurrente considera que no concurren los supuestos previstos en la regulación legal según interpretación jurisprudencial para acceder a lo solicitado en la demanda pues la abuela tiene contacto con su nieta a través de las visitas que se encuentran establecidas a favor del padre en fines de semana alternos y vacaciones (…) La jurisprudencia existente sobre la materia no condiciona el derecho de visitas de los abuelo a ningún requisito especial".

vindicar un régimen de comunicación con los nietos en aquellos casos en que exista obstaculización o impedimentos por los progenitores[13], pues en caso contrario, los abuelos, así como otros parientes o allegados, podrían tener un régimen de comunicación paralelo al del propio progenitor que, tras una crisis matrimonial o cualquier episodio de ruptura, disfrute de un régimen de visitas[14].

13 Como excepción puede citarse la SAP Alicante 14 octubre 2010 (JUR 2011, 23195). Aquí, en puridad, no había una oposición de los progenitores a que los hijos se relacionara con los abuelos paternos. El padre tenía un régimen de visitas sobre sus hijos, siendo natural que, en estos casos, los abuelos paternos vieran a sus nietos los días que coincidiese con el padre. Pero, como quiera que dichas visitas se fijaron los fines de semanas alternos, el horario coincidía con los días en los que los abuelos trabajan en la pollería que constituía el negocio familiar. Al socaire de que el Juzgado, y posteriormente la Audiencia, calificó dicho lugar inadecuado para menores de corta edad, se fijó las visitas de los nietos con los abuelos paternos los martes, desde la salida del colegio (17:00 horas), hasta las 20:00 horas, salvo los meses de mayo a septiembre en los que las visitas se extenderían hasta las 21:00 horas.

14 En esta senda, el fundamento de derecho primero *in fine* de la SAP Cádiz 23 de marzo 2011 (JUR 2011, 242027): "Establecidas las anteriores consideraciones jurídicas y en su cumplida aplicación al supuesto de autos, lo primero que ha de destacarse es que, una vez iniciado el presente procedimiento, se dictó sentencia de fecha 16 de Febrero de 2.010 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n ° 4 de los de Sanlúcar de Barrameda en el que se otorgaba un amplio régimen de vistas al progenitor no custodio del menor (folios 51 y siguientes de las actuaciones) consistente en dos tardes a la semana, fines de semana alternos y la mitad de los periodos vacacionales, siendo así que dicho progenitor hijo de la demandante y apelada, al parecer, vive con la misma, lo que, en la práctica, daría lugar a una duplicidad de visitas que implicaría que la madre apenas pudieses estar por la tarde con su hijo, situación ésta que ha de contemplarse a los fines de poder definir el régimen de visitas para no obstaculizar la verdadera naturaleza y función del mismo, y, dadas las descritas circunstancias, la abuela paterna con la que, al parecer, convive el padre y en cuya vivienda habría de pasar el menor los periodos de convivencia con su padre, vería ampliado su derecho en forma inusual y no adecuada a lo expuesto anteriormente, por lo que procede la estimación del recurso y la desestimación de la demanda inicial de las actuaciones mientras persistan las meritadas circunstancias". También el fundamento de derecho segundo de la SAP Málaga 3 de febrero 2011 (JUR 2011, 343136): "En el presente caso, en la demanda formulada por la abuela paterna el 6 de Julio de 2009 se interesaba el establecimiento de un régimen de visitas con la nieta en base a que su hijo y la demandada (ahora recurrente) habían decidido poner fin a su vida en común (por lo que se sigue el correspondiente procedimiento judicial), ruptura que provocó que desde finales de 2008 no pudiera tener la actora relaciones con su nieta, las que habían sido fluidas hasta ese momento. Pues bien, ese otro procedimiento judicial al que se alude en la demanda se trata del nº 318/2009 iniciado a instancia de D. Joaquín con el objeto de regular las relaciones del mismo con su hija Ofelia, en el que se ha dictado sentencia el 2 de Junio de 2010 en la que se establece un régimen de visitas del padre con la menor, lo que hace que deba cesar el establecido con la abuela paterna en la sentencia cuyo recurso se resuelve, puesto que ambos comparten el mismo domicilio y no solo no consta que D. Joaquín impida u obstaculice la relaciones de su hija con su madre sino que por el contrario, se allanó a la demanda presentada por aquella, cese del régimen de visitas entre abuela y nieta que resulta de la aplicación de la doctrina contenida en el anterior fundamentos y que se hace mas imperioso dado el contenido que se le da en la sentencia de instancia al establecer que a partir de Marzo de 2011 la abuela tendrá a la nieta todos los fines de semana desde el viernes hasta el sábado, pues si a este sistema totalmente desproporcionado (es más extenso que si del mismo progenitor se tratara) se le une que la menor (según la sentencia recaída en los autos nº 318/2009) estará con su padre fines de semana alternos, se sustrae la posibilidad que madre e hija compartan los tiempos de ocio o que puedan hacer una mínima planificación de su vida en común, lo que no se considera que sea lo más beneficioso para la menor, sin que los derechos de la abuela paterna se vean mermados al haber cesado igualmente las circunstancias que impedían relacionarse con su nieta pues ya lo podrá hacer a través de su hijo"; y la SAP Islas Baleares 20 septiembre 2011 (JUR 2011, 357930), la cual dice lo siguiente: "En el sentido ahora analizado hay que considerar que el derecho de comunicación y visitas que la ley concede a los abuelos, aún cuando falte alguno de los progenitores, ni jurídica ni sociológicamente puede tener un ámbito temporal idéntico al que se concedería a los padres, pues ello representaría una sustitución de "roles" familiares que puede resultar inconveniente a los fines del desarrollo de los menores de escasa edad". También puede verse la SAP Asturias 10 septiembre 2010 (JUR 2010, 343677).

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PRESUNCIÓN *IURIS TANTUM* CONSISTENTE EN QUE LAS RELACIONES ENTRE EL MENOR Y LOS ABUELOS REDUNDA EN EL *FAVOR MINORIS*: ¿INTERÉS DEL MENOR O INTERÉS DE LOS ABUELOS?

Una vez expuestos, aun de forma somera, los antecedentes legales de la actual redacción del art. 160 CC, resulta obligado analizar los designios sobre los cuales pivotan las relaciones entre los abuelos y los nietos, y que marcaron el devenir de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en 2019 y que se se analizarán posteriormente.

La redacción del art. 160.2 CC dice que "no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados", debiendo el Juez, en caso de existir oposición, y siempre que medie petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolver "atendidas las circunstancias".

Del artículo y de la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003 se colige que existe una presunción *iuris tantum* de que la relación entre los abuelos y los nietos es beneficiosa para el interés del menor[15], teniendo como correlativo efecto, por una parte, que la privación del régimen de comunicación tiene que ser objeto de una interpretación restrictiva, pudiendo solo denegarse al socaire de dos conceptos jurídicos indeterminado, a saber: "justa causa" y "atendidas las circunstancias"; y, por otro, que serán los progenitores quienes deberán destruir tal presunción probando la existencia de una justa causa en la que apoyar la denegación de las relaciones con los abuelos[16].

Respecto a las expresiones citadas -"justa causa" y "atendidas las circunstancias"-, las mismas están estrechamente conectadas, pues el presupuesto que avala la denegación de las citadas relaciones con el menor es la "justa causa", la cual para desentrañar su significado se tendrá que acudir, al menos en teoría, a las circunstancias concretas del supuesto objeto de enjuiciamiento.

A pesar de que el art. 160 CC no lo mencione expresamente, el fundamento del reconocimiento de un régimen de comunicación de los abuelos con los nietos

15 Montes Rodríguez, M.P. "El derecho de visitas de los abuelos a los nietos en Derecho español, diez años después de la Ley 42/2003", cit., p. 583. Mismo criterio mantiene Chaparro Matamoros, P.: "El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos al hilo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto, 2015, pp. 202 y 203, quien afirma que, mercede de dicha presunción, se constata de la jurisprudencia que "en la generalidad de los supuestos se concede el derecho a los abuelos de relacionarse con sus nietos, por considerarse beneficioso para el desarrollo de la personalidad del menor".

16 Colás Escandón, A.Mª: "El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, con especial referencia a su extensión (a propósito de la STC 2. ª, Nº. 138/2014, de 8 de septiembre)", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015, p. 149; Berrocal Lanzarot, A.I.: "El interés del menor y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los abuelos y otros parientes y allegados", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, p. 763.

es el interés del menor, es decir, que este tipo de comunicaciones redunde en su propio beneficio, siendo este el canon hermeneútico a seguir tanto para aprobar la relación personal como para regular su extensión, lugar y modo, de ahí a que se califique este derecho, en palabas de la SAP Huelva 4 julio 2012[17], de "geometría variable"[18].

Lo dicho sobre el interés del menor tiene plena acogida viendo opiniones doctrinales y, sobre todo, la propia Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, la cual dice, en resumen, que los abuelos desempeñan un papel crucial para el menor y que pueden coadyuvar a "contrarrestar las situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores", amén de dotar al mismo de "referentes necesarios y seguros en su entorno".

Sin embargo, ocurre muchas veces, y así lo podemos ver del estudio de las resoluciones que se han dictado sobre el particular, que el interés del menor se camufla con el interés de los abuelos, pues difícilmente puede defenderse el establecimiento de un régimen de comunicación en interés del menor, cuando la relación o el contacto anterior con los abuelos ha sido inexistente, careciendo del necesario afecto, y desestabilizando una familia nuclear en la que el menor se estaba desarrollando sin echar en falta a los abuelos.

Existen abundantes ejemplos de resoluciones que han concedido un régimen de comunicación a favor de los abuelos sin que haya existido una relación afectiva previa, presumiendo, al compás de la relación biológica, que el régimen de comunicación es beneficiosa y favorable para el interés del menor, por mor de una presunción *iuris tantum* que, según parece, no precisa del necesario afecto entre las partes, primando el acervo biológico a costa, muchas veces, de lo que se ha calificado como "falsos ropajes"[19], que más que amparar el interés de la prole benefician el interés de los abuelos.

17 SAP Huelva 4 julio 2012 (JUR 2013, 141480).

18 En palabras del fundamento de derecho segundo: "La prevalencia del interés del menor lleva consigo que el derecho de visita sea (en gráfica expresión) «de geometría variable», «... en el que -se explica- tanto su efectividad actual (si ha lugar en una situación y momento dado) como su contenido y alcance (tipo de relaciones personales, frecuencia, etc.) dependen del interés del menor, de que haya una "causa justa" para vedarlo o modularlo, y aun para modificar o suspender las relaciones concretas dictadas según convenga al menor (índice jurídico de valoración). Esta es una importante particularidad de este derecho de visita: ese desdoblamiento en derecho genérico o en abstracto, que es lo único que sugiere y define la ley, y derecho actual o concreto en cada caso (que disfruta o no su titular), dependiente del interés del menor. Resulta de ello que el supuesto de hecho de la norma no es ya la existencia de una relación básica de parentesco (padre-hijo, abuelo-nieto), sino ese dato inicial (presupuesto del tipo legal) más el concurso efectivo del interés del menor (en y a esas relaciones)in concreto, en tal situación específica. Y ello también en cuanto a su contenido y ejercicio, punto en que el enunciado legal es totalmente inconcreto ("relaciones personales"; incluso en su traducción habitual en visitas, comunicación, estancias), y sólo con su concreción o determinación (convencional o judicial) deviene un derecho efectivo (lo que su titular puede exigir, y debe permitir el guardador del menor)".

19 De Torres Perea, J.M. "El artículo 160.2 y 3 del Código Civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padre y abuelos", *La Ley*, 2001-4, p. 1348.

Resultan paradigmáticas, a los efectos de comprobar cómo se presume, con base en la mera relación biológica, que la relación entre los abuelos y los nietos son beneficiosas para el interés del menor, la STS 11 de junio de 1996, que dice que "este tipo de relaciones que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su *privilegiado* grado de parentesco" (cursiva propia). Y la STS 20 septiembre de 2002[20], la cual puso de manifiesto "el carácter *siempre* enriquecedor de las relaciones abuelos y nietas, que no pueden ni deben limitarse a los pertenecientes a una sola línea" (cursiva propia).

Hilvanando lo dicho con la casuística, tenemos, lamentablemente, sentencias paradigmáticas, como la SAP Lleida 28 de febrero 2000[21], que estimó la pretensión de la abuela, reconociéndole un régimen de visitas con su nieto, a pesar de que la sentencia reconoce que la relación de la abuela con su nieta era nefasta, profiriendo aquélla comentarios negativos sobre la figura materna. Además, y a pesar de que el informe psicológico que se evacuó en el caso afirmó que dicha relación podría acarrear una situación desfavorable para la menor, repercutiendo en su propia estabilidad, la Audiencia Provincial afirmó que no constituía un motivo suficientemente grave para privar a la abuela del derecho reconocido en el art. 160 CC y en el art. 135 del Código Civil de Cataluña (CCCat)[22].

20 STS 20 septiembre 2002 (RJ 2002, 8462).

21 SAP Lleida 28 de febrero 2000 (AC 2000, 767).

22 El fundamento de derecho cuarto dice, *ad pedem litterae*, lo siguiente: "Ante este estado de cosas debe valorarse si la oposición de los padres del menor, ahora apelados, a que su hijo se relacione con su abuela materna, puede ser estimado como justa causa en los términos previstos en las normas legales (…) Así, y por lo que al presente caso se refiere, por un lado debe significarse que en los informes psicológicos obrantes en autos no sólo se pone de manifiesto la difícil situación por la que atraviesan las relaciones entre doña Ana y su madre, doña Josefina, –debidamente expuesta con anterioridad– sino además la influencia que cada una de ellas ejerce sobre el menor, a quien le hacen una serie de comentarios personales dirigidos a fomentar aquel enfrentamiento y la manipulación afectiva del menor; así en el informe emitido por doña Isabel P. se ponen de relieve una serie de manifestaciones efectuadas por Bernat de las que sólo puede haber tenido conocimiento por habérselos hecho ya sea su abuela (…) La cuestión así planteada estriba en determinar si las tensas relaciones familiares constituyen justa causa para suspender aquel derecho de relación. Ya se ha dicho con anterioridad que toda la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión parte de una interpretación restrictiva del motivo de oposición, equiparándola a los supuestos de motivos graves. De este modo, no es posible llegar a afirmar que las difíciles y tensas relaciones entre abuela y madre puedan ser motivo suficiente para anular aquel derecho, pues ni resulta proporcionado ni aparece justificado que la privación de aquella relación humana y afectiva entre el menor y sus más directos allegados pueda procurarle la adecuada formación y desarrollo que necesita para conformar su personalidad. Por lo demás, es significativo que en ninguno de los informes se ponga de manifiesto que la relación –que no régimen de visitas– entre Bernat y su abuela materna comporte o pudiera llegar a comportar una situación desfavorable para el menor o que llegara a repercutir en el proceso de formación de su personalidad, tan sólo se dice que el establecimiento de un régimen de visitas en aquel marco de conflicto pudiera afectar a su estabilidad, posibilidad que no certeza que en modo alguno puede ser considerado como motivo lo suficientemente grave para privar, impedir, anular o suprimir una relación declarada y reconocida legalmente y de la que posiblemente deriven en el futuro unos afectos y sentimientos que pueden desembocar en una aproximación de las posiciones que actualmente mantienen los litigantes, lo que incluso ahora ha podido percibirse, pues no debe olvidarse que durante la tramitación de la causa se procuró e intentó una aproximación de las radicales posturas mantenidas por cada uno de ellos, llegando a proponer la suspensión del pleito a los efectos de intentar una solución amistosa al conflicto".

Según parece, del contenido de la sentencia se colige que, en caso de duda, deberá primar el interés de la abuela a relacionarse con la nieta en vez del interés de la menor, ratificando la presunción *iuris tantum* que acoge el legislador hasta el punto de visualizarse, en ocasiones, como si de una presunción *iure et de iure* se tratase.

Análogo planteamiento sostuvo la SAP Barcelona 13 octubre 2009[23], la cual, no sin afirmar previamente y en sentido general, que "ninguna justa causa impide las relaciones personales entre el menor y sus abuelos", concedió a los abuelos el régimen de comunicación reclamado, a pesar de que la relación afectiva entre aquellos y los nietos era inexistente y la conflictividad entre los abuelos y los padres estaba tan exacerbada que hasta el Tribunal exhortó a las partes a celebrar sesiones de terapia familiar[24] ¿se puede afirmar que, en este escenario, que la Audiencia Provincial dignificó el interés del menor? Resulta complicado dar una respuesta positiva, pues existiendo previa relación, que en el caso de litis no existía, podría ser loable aplicar la presunción *iuris tantum* de que la relación con los abuelos es beneficiosa, pero, demostrándose que la relación era inexistente, puede resultar contrario al interés del menor dicha presunción, salvo que el concurso de otras circunstancias no imputables a los abuelos recomiende el régimen de comunicación.

Así lo afirmó la SAP Murcia 4 febrero 2002[25], que, pese a concurrir oposición del padre a que su hija viera a su abuela, acoge la pretensión de esta, ya que en el pasado hubo relación entre la abuela y la nieta, siendo incluso beneficiosa[26].

Esperpéntica, si cabe, fue la SAP Madrid 28 enero 2009[27], que concedió a la abuela un régimen de comunicación con sus nietas de una hora quinquenal en el Punto de Encuentro Familiar, a pesar de que el contacto previo fue inexistente y la abuela, según el informe pericial, mostraba, entre otras cosas, escasa empatía, baja posibilidad de asumir responsabilidades, nula predisposición a reconciliarse con su hijo, inexistente vinculación afectiva, mostrando, única y exclusivamente, interés en ver a sus nietas, a pesar de que, a la fecha de los hechos, no las conocía.

23 SAP Barcelona 13 octubre 2009 (JUR 2010,46661).

24 *Vid*. fundamento de derecho cuarto.

25 SAP Murcia 4 febrero 2002 (JUR 2002, 112501).

26 A tenor de la citada sentencia: "Planteado en dichos términos el debate, hay que negar fuerza alguna al informe psicológico elaborado a instancia del padre, que tan solo contiene dos entrevista telefónicas de escasa duración, en la segunda de las cuales la abuela muestra unos lógicos recelos al tratarse de un especialista nombrado unilateralmente por quien le está negando las visitas a su nieta. Ese informe no puede tener trascendencia alguna para justificar la disminución de la frecuencia de las visitas entre la abuela y la menor, y la Juez ya ha previsto la adopción de medidas cautelares suficientes, por medio de profesionales concertados o independientes, para reanudar las relaciones entre la nieta y su abuela, interrumpidas tanto tiempo por la negativa del padre. Los problemas entre los adultos no pueden constreñir los derechos de la menor a relacionarse con su familia biológica, máxime cuando esa relación ya ha existido con anterioridad y ha sido estrecha y beneficiosa para la niña".

27 SAP Madrid 28 enero 2009 (JUR 2009, 238795).

Compartimos la óptica de Ordás Alonso cuando apunta que yerra, tanto el legislador como muchas sentencias, en presumir que la mera relación biológica entre los abuelos y los nietos es favorable para el interés del menor[28], debiendo descansar la presunción, *pro futuro*, sobre la relación afectiva en detrimento de la biológica[29]. En la relación entre un abuelo y un nieto siempre va a existir esta última, pero para que quepa presumir que un régimen comunicación con los abuelos va a redundar en el interés del menor, el afecto debe configurarse como el eje sobre el cual debe gravitar la solución de cualquier conflicto, pues de lo contrario el art. 160 CC, más que atender al interés del menor, se inclinará a proteger el derecho e interés de los abuelos.

La construcción de la presunción de que las relaciones de los abuelos con los nietos son beneficiosas merced del hecho biológico está provocando situaciones como la que evitó el Tribunal Supremo en las sentencias dictadas en el año 2019, en las que los abuelos, que a veces no desempeñaron fielmente, y según los postulados del art. 154 CC, la patria potestad respecto a sus hijos, ven acogida sus pretensiones caprichosas de ver a los nietos, viendo los menores que, a razón de una resolución judicial, el Juzgado les impone la obligación de compartir uno o más días con unos abuelos que, antes de conocer incluso su propia existencia, vivían felices y en armonía con su familia, con la agravante de que el afecto que les dispensa muchas veces es inexistente, viniendo motivada sus vindicaciones por la enemistad u odio que les profesan a los padres, que ven como su patria potestad está siendo debilitada por el conflicto de lealtades en el que se sumerge el menor[30].

Como ya dijo el Alto Tribunal en el año 2019, en las sentencias que luego analizaremos, cuando se trata de un menor "toda cautela es poca", y, por ende, y a fin de evitar situaciones creadas por muchos Juzgados, con la benevolencia del legislador, sería conveniente, de *lege ferenda*, alterar los términos sobre la cuales

28 Ejemplo de ello fue la SAP Barcelona 30 de septiembre 1991: "No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados", está dando a entender ni más ni menos que lo que su literalidad evidencia, que no es otra cosa que la necesidad conveniente para su formación, educación y conocimiento que tiene el menor de conocer y tratar personalmente a los parientes próximos, más aún si se encuentra ligado con ellos por línea directa de consanguinidad, de la que aflora un natural afecto y que si bien ello no puede ser impedido voluntariamente por nadie, de no mediar justa causa, no obstante este principio básico contiene una doble limitación, que viene conformada por la propia regulación establecida por el texto común para el Derecho de Familia, y aunque no se formulen explícitamente, aparecen y se deducen con claridad de la filosofía que inspira a todos sus preceptos".

29 Ordás Alonso, M.: *El derecho de visitas, comunicación y estancia de los menores de edad*, Wolters Kluwers, Madrid, 2019, p. 337. También puede verse Muñoz Rodrigo, G.: "El régimen de visitas, comunicación y estancia", en AA.VV.: *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. J.R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 218.

30 Es ilustrativa la SAP Cádiz 26 enero 2014 (JUR 2015, 83070), que configura las relaciones de los abuelos con los nietos abuelos "como un derecho y no como una mera facultad, y siendo su finalidad, no como un complemento de la patria potestad, de cuyas funciones no participa, sino la de contribuir al mantenimiento de la solidaridad y fomento de afecto en el ámbito de las relaciones de la familia extensa". Autores como Martínez Calvo, J.: "El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores (I)", *Diario la Ley*, núm. 9538, Sección Tribuna, diciembre 2019, p. 10. concibe el art. 160 CC como "una limitación al ejercicio de la patria potestad".

descansa la presunción del art. 160 CC, primando el elemento afectivo, el cual puede ser objeto de probanza a la luz de las relaciones previas entre los abuelos y los nietos, en detrimento del biológico.

IV. EXAMEN DE LA JUSTA CAUSA: LA POTENCIALIDAD DEL DAÑO PARA EL MENOR COMO MOTIVO SUFICIENTE PARA DENEGAR EL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN

Como hemos dicho en el anterior apartado *ab initio*, el art. 160.2 CC permite denegar las relaciones de los abuelos con los nietos cuando concurra justa causa, que el legislador no define, y que, en caso de oposición, deberá resolverse "atendidas las circunstancias".

El concepto de justa causa[31], según la jurisprudencia, y partiendo del art. 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niños, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989[32], se debe interpretar a la luz del interés del menor[33], no siendo posible, *prima facie*, impedir el contacto de los abuelos con los nietos por la mera falta de entendimiento de aquellos con los progenitores[34], habiendo avalado el Tribunal Supremo que, en caso de graves desavenencias, la reanudación de una mínima relación de dos horas al mes en un Punto de Encuentro Familiar no debe estimarse perjudicial para el menor, ya que se pueden adoptar las correspondientes medidas de prevención[35].

Unos de los aspectos más interesantes y vanguardistas que sentó el Tribunal Supremo en la STS 5 noviembre 2019[36], ratificada por la STS 25 noviembre 2019[37], fue la posibilidad de revocar el reconocimiento de la relación entre los abuelos y los nietos *ad cautelam*, es decir, ante el peligro futuro de que dicho contacto pudiera perturbar el interés del menor, subrayando que cuando se trata, precisamente, de un menor, se tienen que adoptar decisiones de especial prudencia a fin de dignificar su interés. En este sentido, existen ejemplos, en el seno de la jurisprudencia menor, de que basta la potencialidad de que se perturbe el interés del menor para denegar el régimen de comunicación, como la SAP La Rioja 23

31 Carbajo González, J.: "El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil", *La Ley*, núm. 4, 2000, p. 1502, la ha definido como una relación no conveniente para el menor y para su formación por desarrollarse en unas circunstancias y en un entorno poco propicio o por la concurrencia de otro impedimento.

32 Dispone que "los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas".

33 STS 24 de mayo 2013 (RJ 2013, 3393).

34 STS 18 marzo 2015 (RJ 2015, 1152).

35 STS 20 septiembre 2016 (RJ 2016, 4444).

36 STS 5 noviembre 2019 (RJ 2019, 4631).

37 STS 25 noviembre 2019 (2019, 4972).

febrero 2018[38], que, ante la posibilidad de que el menor fuese instrumentalizado por los abuelos en el conflicto existente con los padres, decidió ratificar la decisión del Juzgado *a quo* de denegar el régimen de comunicación

Sin embargo, no se trata de una cuestión tan pacífica, ya que la incógnita gravita en torno a si la justa causa debe suponer un peligro concreto o real para el menor o basta con que sea meramente potencial. Desde nuestro prisma, consideramos que el Tribunal Supremo en el año 2019 ratificó una nueva doctrina jurisprudencial, cuya andadura comenzó con la STS 27 septiembre 2018[39], consistente en que no es necesario de que la justa causa origine un perjuicio cierto al menor, siendo suficiente con que haya un riesgo de que eso ocurra[40], alejándose el Alto Tribunal de las opiniones doctrinales que postulaban de que la justa causa se tiene que identificar con un daño "concreto y real", "no meramente potencial" o que es imposible privar a unos abuelos de ver a sus nietos sobre la base de un peligro posible o probable[41],

Por ello, hemos de preguntarnos, a fin de dotar a esta investigación de un enfoque eminentemente práctico, que fue lo que llevó al Tribunal Supremo a reformular la interpretación del art. 160 CC. Para ello, lo mejor será analizar las circunstancias que se dieron en los dos casos que llegaron a sede casacional recientemente y que desembocaron en el dictado de sendas resoluciones que, en la balanza compuesta por el interés de los abuelos y el del menor, que a veces no circulan por la misma senda, se inclinaron a proteger el *favor minoris*.

Los antecedentes del supuesto que desembocó en la STS 5 noviembre 2019, partieron de una demanda interpuesta por la abuela paterna contra su hijo y nuera, vindicando un régimen de comunicación con su nieta, además de solicitar el reconocimiento a efectuar cuantas llamadas telefónicas o escritas fuesen necesarias para conocer la evolución, salud y estado de la menor. Para resolver el caso, el Juzgado tuvo en cuenta una sería de hechos objetivos, los cuales se suceden en muchos litigios donde se dirime estos conflictos: (i) La abuela no

38 SAP La Rioja 23 febrero 2018 (JUR 2018, 142757).

39 STS 27 septiembre 2018 (RJ 2018, 4242).

40 En palabras de la STS 27 septiembre 2018: "Pues bien, a partir de los hechos descritos, la sentencia recurrida ha considerado que existe justa causa para negar esta relación familiar, y esta justa causa no se establece de una forma simplemente especulativa sino fundada en beneficio e interés de las menores, a las que se coloca en una situación de riesgo de mantenerse las comunicaciones con los abuelos paternos; riesgo que considera suficiente para no señalar régimen de visitas alguno. Ahora bien, de una forma sorprendente mantiene este régimen de vistas. Cierto es que lo hace de una forma restringida, como lo hizo el juzgado, en un punto de encuentro, lo que tampoco es conveniente en interés de las menores".

41 Gracia Ibáñez, J. "El derecho a las relaciones personales entre los nietos y sus abuelos. Una aproximación socio-jurídica", *Revista Electrónica de la Universidad de La Rioja* cit. pp. 118 y 119; Salanova Villanueva, M. "Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 1996, p. 953. Rivero Hernández, F.: "El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria", en AA.VV.: *El derecho de visita. Teoría y praxis* (dir. P.J. Viladrich Bataller), EUNSA, Pamplona, 1982, p. 177.

tenía ningún contacto con su hijo debido a discrepancias importantes y que se antojaban irreconciliables; (ii) asimismo, la demandante padecía el siguiente cuadro psicológico: trastorno depresivo recurrente, trastorno de personalidad ansiosa, lábil y sensible, con tendencia a la rumiación ansiosa, teniendo dichos padecimiento carácter permanente e irreversible; (iii) la prueba pericial corroboró, en relación a lo anterior, que la abuela tenía pocas posibilidades para un adecuado desempeño en la esfera social y familiar, no siendo capaz, a juicio del perito, de cuidar a su nieta; (iv) y, por último, también quedó acreditado que, a la fecha de la primera instancia, la menor, que tenía dos años de edad, todavía no conocía a la abuela y que esta no tenía interés alguno en reconciliar su relación con el progenitor paterno.

Partiendo de tales hechos, la sentencia dictada en primera instancia[42] acordó desestimar la demanda, pues, sin perjuicio de poder acordar el régimen de comunicación en un Punto de Encuentro Familiar, lo cual podría ayudar a configurar un primer marco de convivencia, estimó que no quedó acreditado que dicha medida redundara en interés de la menor, al socaire del conflicto de lealtades en que podría quedar inmersa.

Contra la sentencia dictada en primera instancia, desestimando la pretensión de la abuela, su representación interpuso recurso de apelación ante el Audiencia Provincial de Sevilla. El Tribunal *ad quem*, partiendo, supuestamente, de los hechos probados en la instancia, acabó estimando el recurso, afirmando, en el fundamento de derecho único y remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la animadversión o el nulo entendimiento entre los abuelos y los progenitores no representa una justa causa para denegar un régimen de comunicación entre aquellos y los nietos. Así, y al compás de la presunción de que las relaciones entre los abuelos y los nietos son beneficiosas para el interés del menor, abogó por amparar el presunto interés de la abuela en iniciar una relación con su nieta con un régimen que, a juicio de la Audiencia Provincial, permitía valorar al alza la estabilidad y seguridad de la menor[43]. Para ello, y en el intento de conciliar ambos intereses, acordó fijar un régimen de comunicación tutelado a favor de la abuela de dos domingos alternos al mes desde las 11:00 horas hasta 13:00 horas, debiendo desarrollarse dichas en el Punto de Encuentro Familiar.

42 Sentencia de 12 de diciembre de 2016 del Juzgado de 1ª Instancia de Sevilla núm. seis.

43 El fundamento de derecho único *in fine* de la SAP Sevilla 13 de junio 2018 (JUR 2018, 291380), se pronunció en los siguientes términos: "Por tanto los dos principios que se deben ponderar para decidir sobre la procedencia de la relación de la abuela con su nieta, es el beneficio en el caso concreto que esa relación tendrá para la menor, sin perjuicio ni peligro para ella, y segundo, la valoración en principio positiva de la relación de los abuelos con sus nietos; en este caso se pueden conjugar esos principios, por un lado adoptar un régimen que garantice la estabilidad y seguridad del menor, al realizarse las visitas bajo supervisión del punto de encuentro y otro que permita a la abuela el inicio de una relación con su nieto; por tanto procede fijar un restringido régimen de visitas desde las 11 horas a las 13 horas dos domingos al mes en el punto de encuentro, sin perjuicio de que si esa relación se va consolidando, y atendiendo a las recomendaciones del punto de encuentro se pudiera ampliar; no puede acogerse el régimen solicitado por la abuela atendiendo a los razonamiento que la sentencia recoge".

La representación de los padres, disconforme con la sentencia dictada en segunda instancia, planteó tanto un recurso extraordinario por infracción procesal, como un recurso de casación por oponerse la sentencia a la dicción del art. 160.2 CC. El Tribunal Supremo, no entrando a valorar el primero de los recursos, analizó el recurso de casación, gravitando su razonamiento en los siguientes puntos, los cuales se exponen sintéticamente:

En primer lugar, parte de la base el Alto Tribunal que es harto difícil ofrecer una respuesta concluyente a la hora de emitir un juicio del régimen de comunicación que debe tener los abuelos con los nietos, ya que se ha de resolver, siempre y en todo caso, al socaire de las particularidades del caso, teniendo como principal canon hermeneútico el interés del menor.

En segundo lugar, la falta de comunicación o entendimiento entre los abuelos y los progenitores del menor no representa una justa causa, por si sola, para privar a aquellos de un régimen de comunicación, máxime cuando su papel va ligado, según el propio legislador, al desempeño de la cohesión y transmisión de valores en la propia familia de la que forma parte el menor.

En tercer lugar, y sin perjuicio de que la malas relaciones de los abuelos con sus hijos no constituye, por si sola considerada, una justa causa que permita denegar un régimen de comunicación, sí se tendrá que valorar, tanto el comportamiento que aquellos tuvieron antes de la interposición de la demanda, como el interés del menor, pues la desvinculación familiar durante un periodo de tiempo le puede provocar más trastornos que beneficios.

Partiendo de estos razonamientos, y, sobre todo, de los hechos objetivos acreditados en primera instancia y que se han expuesto más arriba, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación, pues, a pesar de no probarse plenamente que el contacto entre la menor y su abuela le podía ser perjudicial, tampoco se demostró lo contrario, y por ello procedía, a juicio del Tribunal, la revocación *ad cautelam* del régimen de comunicación concedido en segunda instancia[44].

Díez días después, el Alto Tribunal ratificó su exégesis, en la STS 25 noviembre 2019, interpretando el art. 160 CC al compás de un interés, como el del menor, que en caso de conflicto siempre debe primar. En este caso, el abuelo interpuso una demanda solicitando un régimen de comunicación con sus nietos, pretensión que fue parcialmente estimada por el Juez *a quo*, reconociendo un régimen de comunicación de un día al mes en el Punto de Encuentro Familiar. Disconforme

44 Nos remitimos al fundamento de derecho tercero que razona lo que sigue: "Bien es cierto que la edad de la menor no es la misma, pero también que se encuentra en un periodo de inicio y desarrollo de afectividades, y no consta que pueda o no perjudicarle la situación psíquica de la abuela; por lo que, tratándose de una menor, toda cautela es poca. De ahí, que la propuesta de la juzgadora de primera instancia proteja mejor el interés de la menor y deba estimarse el recurso, como interesa el Ministerio Fiscal".

los padres con el fallo, interpusieron recurso de apelación, el cual fue desestimado por la SAP Valencia 4 febrero 2019[45], con base a que, habiéndose acordado el desarrollo de la relación personal en el Punto de Encuentro Familiar, no existía, a criterio del Tribunal, "mínimo riesgo ni perjuicio para los menores".

Contra dicha sentencia la representación de los padres planteó recurso de casación por vulneración del art. 160.2 CC, al que se adhirió el Ministerio Fiscal. La línea de argumentación de los padres gravitaba en que el abuelo, por voluntad propia, hacía más de cuatro años que no veía a sus nietos, tenía una nefasta relación con ellos y sus progenitores y, por último, que el régimen de comunicación podría perturbar las rutinas y la estabilidad emocional de los menores.

El Tribunal Supremo tuvo en cuenta, a fin de resolver el conflicto planteado, la prueba pericial, la cual, desaconsejando el régimen de comunicación, manifestó que, dada la mala relación entre las partes y aconsejando el sometimiento de las mismas a una intervención terapéutica con el fin de normalizar la relación, los menores podían verse envueltos en el conflicto de lealtades que implica verse sumergidos en una relación triangular tóxica y deteriorada, recomendando denegar el régimen de comunicación ante la falta de vínculo de los menores con su abuelo. Por ello, la sentencia dictada en casación estimó el recurso planteado por los padres, esgrimiendo que "no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así –por razón de que se les introduce en el conflicto entre los mayores- para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor".

Desde nuestro punto de vista y en consonancia con la nueva doctrina jurisprudencial, no es preciso que las circunstancias o motivos que integran la "justa causa" acrediten plenamente que el régimen de comunicación, o de "visitas" siguiendo la literalidad de la STS 25 noviembre 2019, sea perjudicial para el menor, sino que es suficiente el riesgo o potencialidad de que estas relaciones puedan causar una perturbación al menor para que puedan ser denegadas, cobrando especial relevancia, en cualquier proceso donde se dilucide estos conflictos, concretar, desde la perspectiva del *favor minoris*, los elementos que determinarían la idoneidad del reconocimiento del régimen de comunicación para la estabilidad emocional del menor y su desarrollo integral[46]. Es decir, no es suficiente con acreditar que el régimen de comunicación no pueda perturbar el interés del menor, sino que es necesario que se concrete, a la luz del acervo probatorio, como puede beneficiarle, sin que el dictado de ninguna sentencia pueda hacer

45 SAP Valencia 4 febrero 2019 (JUR 2019, 92674).

46 En este sentido se pronuncia la STC núm. 138/2014, de 8 de septiembre (RTC 2014, 138),

gravitar su razonamiento en la presunción biológica de que la comunicación entre los abuelos y los nietos va en beneficio del *favor filii.*

V. ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDEN SER CATALOGADAS COMO JUSTA CAUSA.

El examen de toda la casuística que se da en esta materia excedería, con creces, los límites de esta investigación, ya que la misma es tan amplia como motivos por los que se puede deteriorar cualquier relación humana[47]. Por ello, y partiendo de la STS 5 noviembre 2019, analizaremos las causas por las que el Alto Tribunal estimó que el régimen de comunicación intergeneracional que pedía la abuela podía poner en riesgo la estabilidad de la menor, ya que se trata de las circunstancias que más se repiten en la práctica forense.

1. *Mobbing* familiar: deslegitimación por los abuelos de la figura de los padres.

Hay que partir de la regla general de que la mala relación o escasa sintonía de los abuelos con los padres no puede conformar, automática y sistemáticamente, una justa causa para impedir las relaciones entre aquellos y los nietos[48], ya que, precisamente, es esta falta de entendimiento lo que posibilita la legitimación de los abuelos para impetrar la actividad jurisdiccional, pues en caso de que no exista conflicto, o si se quiere, concurra un clima de armonía familiar, la razón de un proceso judicial carece de razón de ser[49].

Sin embargo, una cosa es una mala relación, que precisamente es lo que avala la legitimación *ad causam* de los abuelos para litigar, y otra es que estos, amén de no fomentar la solidaridad familiar, ejerzan una influencia negativa sobre los nietos hacia algunos de los progenitores, coincidiendo esta último supuesto con el que tuvo que dirimir recientemente el Tribunal Supremo.

Ante estos últimos casos se advierte, del estudio de la jurisprudencia, dos alternativas: ora no acordar un régimen de comunicación, ora concederlo

47 Para un mayor análisis, nos remitimos a la enumeración de Colás Escandón, A.Mª: "El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, con especial referencia a su extensión (a propósito de la STC 2. ª, Nº. 138/2014, de 8 de septiembre)", cit., pp. 149-152.

48 *Vid*. la SAP A Coruña 27 junio 2019 (JUR 2019, 235552), la cual, admitiendo que la mala relación entre la abuela paterna y la madre del menor, que tenía su custodia, no puede conformar, individuamente considerada, una justa causa que impida denegar el régimen de visitas, acaba desestimando la pretensión de la abuela, al socaire de la negativa del menor a relacionarse con ella y episodios de desatención protagonizados por la demandante cuando convivía con el menor, en los que tuvieron que intervenir incluso los servicios sociales. También la STS 18 marzo 2015 (RJ 2016, 1152), que manifiesta que "no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores".

49 *Vid*. el razonamiento de la SAP Pontevedra 3 diciembre 2015 (JUR 2016, 8623), la cual dice que "el peligro de situar al menor en un conflicto de lealtades es, lamentablemente, casi inevitable ante este tipo de situaciones, pues es precisamente aquel enfrentamiento la razón por la que los demandantes acuden al órgano judicial para el establecimiento forzoso de un régimen de visitas que es negado u obstaculizado".

al amparo de determinadas cautelas, como que la relación o comunicación se desarrolle en el Punto de Encuentro Familiar[50].

Uno de los primeros exponentes de esta última posibilidad viene representado por la SAP Valencia 31 de mayo 1999[51], que dilucidó un caso en que la abuela, madre de una mujer fallecida, reclamaba un régimen de comunicación con los nietos. El Tribunal estimó la pretensión de la abuela, acordando, no obstante, que las visitas se desarrollaran bajo la supervisión del padre, ya que, culpando la abuela a su yerno del fallecimiento de su hija, la Audiencia Provincial consideró que la mismas no podían servir "como elemento de distorsión de la relación paterno-filial ni para imputarse responsabilidades morales en el desgraciado fallecimiento de la madre", ya que los menores estaba en una etapa de formación de su personalidad en el que la volatilidad y la capacidad de ser influenciados era muy elevada, siendo a la postre los verdaderos perjudicados en el conflicto de lealtades existente entre la abuela y el padre.

Más reciente es la SAP Granada 24 febrero 2017[52], que, considerando, como hechos probados, que la relación entre los abuelos y los nietos era inexistente, y que, debido al incumplimiento de los deberes tuitivos cuando los demandantes eran padres, los abuelos tenían una mala relación con los progenitores, estimó la pretensión de conceder un régimen de comunicación restringido y bajo la vigilancia del Punto de Encuentro Familiar, a pesar de reconocer la posibilidad de que los abuelos utilicen "nocivamente el derecho de visitas como instrumento para ahondar en la mala relación en su hijo y nuera, y en correlativo perjuicio para el interés de los menores".

Por tanto, ya se prive a los abuelos del régimen de comunicación con los nietos o se fije un régimen restringido, ya sea bajo la supervisión del Punto de Encuentro Familiar o con la vigilancia de los padres, es capital tener presente que sumergir al menor en el ambiente tóxico que implica el *mobbing familiar*, representado en estos casos por la inferencia e interferencia hacía la figura de los padres por las obras y milagros de los abuelos, debe tener su evidente consecuencia jurídica en el régimen de comunicación, pues, como dice el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, alejar a un menor de sus padres vulnera el derecho de los progenitores que consagra el art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH), máxime cuando el menor, fácilmente influenciable por la edad, es susceptible de perecer ante la campaña de difamación contra los padres orquestada

50 Otras resoluciones, como la STS 27 julio 2009 (RJ 2009, 4577), optan por la técnica del apercibimiento, con la consiguiente posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas cuando se advierta que los abuelos ejerzan una influencia sobre el nieto de animadversión hacía la figura del padre.

51 SAP Valencia 31 mayo 1999 (AC 1999, 6140).

52 SAP Granada 24 febrero 2017 (JUR 2017, 164742).

a veces por los abuelos, siendo así que la parte más vulnerable es la que resulta más perjudicada en el conflicto de lealtades que implica el deterioro de la relación entre los abuelos y los progenitores.

Mutatis mutandi, creemos que es perfectamente aplicable el canon hermeneútico del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a las interferencias parentales[53] para los casos en que los abuelos vindican un régimen de comunicación con los nietos, pues a pesar de que en estos casos es harto difícil que se produzca la ruptura del contacto del menor con los progenitores, que al fin y al cabo convive con ellos, sí puede suceder que la figura de los padres se vea debilitada progresivamente, en perjuicio del menor, merced del hostigamiento de unos abuelos que, a veces, cuando tenían la patria potestad, no rindieron tributo a los deberes inherentes a ella.

2. Relevancia del estado psicológico de los abuelos.

Como hemos dicho en lo relativo a la mala relación entre los abuelos y los progenitores, se ha de partir de la regla de que no cualquier enfermedad de aquellos puede conformar una justa causa para impedir el régimen de visitas que les reconoce el art. 160 CC. Para que el estado de salud sea determinante en un litigio en el que se discute la concesión de un régimen de comunicación a los abuelos será de capital importancia demostrar el nexo causal entre las patologías y el riesgo concreto o potencial para el interés del menor, coadyuvando a ello la evacuación y posterior ratificación del informe por parte del Equipo Psicosocial.

La SAP Alicante 12 febrero 2015[54], confirmó la importancia del nexo de causalidad que debe existir entre la enfermedad y la capacidad de los abuelos para desarrollar el régimen de comunicación, acogiendo la pretensión de una abuela que padecía de depresión de disfrutar de un régimen de comunicación con sus nietos, argumentando el Tribunal que "el hecho de que la actora haya padecido o padezca una patología como es una depresión que le lleve a tomar medicación, no implica que exista un riesgo para las menores, cuando además en el informe elaborado por la perito de designación judicial se expresa que, no se puede apreciar la existencia de patologías o trastornos que impidiera la realización de funciones de cuidado de las nietas así como la trasmisión de apego y afecto".

Lo contrario sucedió con la SAP Cantabria 2 julio 2013[55], en el que la abuela quería ver a sus nietas de cinco y nueve años de edad, denegando la Audiencia Provincial su petición a tenor del inexistente contacto entre la demandante y las

53 *Vid.* la SSTEDH 2 septiembre 2010 (TEDH 2010, 91), y 24 mayo 2011 (TEDH 2011, 50).

54 SAP Alicante 12 febrero 2015 (JUR 2015, 124131).

55 SAP Cantabria 2 julio 2013 (JUR 2013, 353631).

menores, y, sobre todo, por su diagnóstico clínico, con trastorno de ansiedad y de personalidad, recibiendo el correspondiente tratamiento, diciendo el informe del equipo psicosocial que desaconsejaba el régimen de comunicación, ya que, a juicio del perito, secundado por el Tribunal, "su implantación lejos de reportar los beneficios que se atribuyen a este tipo de vínculo, podrían poner en riesgo la estabilidad emocional y familiar de las menores".

Nuestro planteamiento es que si la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003 justifica la reforma del art. 160 CC en el fundamental papel que puede desempeñar los abuelos para garantizar la estabilidad y desarrollo del menor, coadyuvando a que este racionalice las situaciones de conflicto familiar, carece de sentido que aquellos abuelos que, precisamente, por padecer determinados trastornos psicológicos, no puedan garantizar ni su propia estabilidad, puedan erigirse en adalides del bienestar que precisa el menor. Por ende, conceder un régimen de comunicación a unos abuelos en contra del informe del equipo psicosocial, y a costa de preponderar la presunción, basada en el mero dato biológico, de que estas relaciones son beneficiosas para el menor, podría acabar lesionando el interés que, curiosamente, se trata de salvaguardar, siendo suficiente la seria sospecha, que no conjetura, de que la estabilidad del menor puede ser menoscabada para desestimar las relaciones que se puedan reclamar en un proceso.

3. Inexistencia de previa relación entre los abuelos y los nietos: relación biológica vs. relación afectiva.

El legislador, a la hora de modificar el art. 160 CC con la publicación de la Ley 42/2003, cometió, a nuestro juicio, un grave error, pues sustentó la presunción *iuris tantum* de que las relaciones con los abuelos con los nietos son beneficiosas para el interés del menor primando el dato biológico en vez del afectivo, dejando muchas veces al menor en una tesitura complicada, pues ve como una resolución judicial, de repente, le obliga a pasar un día de la semana con unos abuelos que, en algunos casos, vindican un régimen de comunicación para desestabilizar el núcleo familiar.

Como hemos comentado a la hora de analizar los otros motivos, se debe de partir de la regla general de que la inexistencia o nula relación de los abuelos con los nietos antes de la presentación de la demanda no debe ser una causa para denegar el régimen de comunicación, ya que precisamente, por no existir relación, aquellos acuden a impetrar la actividad del Juzgado, a lo que se tiene que unir el hecho que, en ocasiones, la falta de relación obedece a una conducta obstruccionista de los progenitores, que, sin suficiente justificación, niegan a los abuelos ver a sus nietos.

Cuando concurra esta circunstancia por sí sola, y no vaya acompañada de otras que impulsen la privación del régimen de comunicación, la ausencia de relación debe ser determinante para fijar el marco en el que se debe desarrollar el régimen de visitas, existiendo múltiples variantes, desde fijar las visitas bajo la supervisión de un tercero, que se desarrolle en el Punto de Encuentro Familiar o que se determine un régimen progresivo, sin tener que estar circunscrito, necesariamente, a un contacto esporádico o, en palabras del Tribunal Supremo, "a un mero contacto durante un breve tiempo"[56].

La SAP Asturias 11 mayo 2015[57], analizó este problema, ya que, no habiendo oposición al establecimiento de un régimen de comunicación, a la vista del acuerdo al que llegaron las partes durante el proceso, la controversia gravitaba sobre cómo se tenía que desarrollar la comunicación, al socaire de los impedimentos físicos de la abuela y, sobre todo, de la ausencia de relación entre esta y sus nietos. El Tribunal acabó acordando que el régimen de comunicación se desarrollase en el Punto de Encuentro Familiar o en el domicilio de la demandante, siempre que, en este último caso, estuviese presente uno de los progenitores[58].

Por otro lado, un dato más a tener en cuenta a la hora de valorar si la inexistencia de previa relación entre los abuelos y los nietos representa una justa causa para denegar el régimen de comunicación, es si la falta de contacto obedece a una férrea oposición de los padres o a cierta desidia de los abuelos, quienes, durante años han rehusado cualquier intento de ver a su nieto, pudiendo provocar que la estabilidad del menor se vea lesionada al tener que ver a unos parientes que, en el pasado, no mostraron interés alguno en relacionarse con él[59].

Al respecto, una de las resoluciones que resuelven con extraordinario magisterio este conflicto, es la SAP Madrid 12 junio 2018[60], la cual denegó el

56 STS 28 junio 2004 (RJ 2004, 4321).

57 SAP Asturias 11 mayo 2015 (JUR 2015, 142551).

58 El fundamento de derecho tercero dibuja el siguiente razonamiento: "El segundo motivo es conexo con el anterior pues nos devuelve a la verdadera esencia del debate, que no es la comunicación entre los menores y la recurrente un domingo al mes, extremo respecto del que los progenitores mantuvieron en el acto del juicio su conformidad, sino en cuanto a la forma de desarrollarse en aquellas condiciones más adecuadas para el interés de los menores dadas las circunstancias concurrentes que son, a saber, la escasa o nula relación o contacto habido hasta ahora entre los menores y la recurrente y, de otro lado, las propias limitaciones físicas a las que la propia parte se refiere, circunstancias, una y otra, que aconsejan que los encuentros (al menos de principio) no se produzcan sin la intervención de ningún tercero como pretende la recurrente. Esto así, sin orillar la posibilidad de su práctica en el punto de encuentro, atendidas las circunstancia personales de la recurrente y que en el acto del juicio el progenitor varón de los menores fue señalado como tercero idóneo para acompañarlos en el encuentro con su abuela materna, lo que se entiende que procede es ofrecer a la recurrente la posibilidad de la comunicación en el Punto de Encuentro o bien en su domicilio, estando presente uno de los progenitores de los menores o persona que éstos designen y debiendo dar cuenta la recurrente al Tribunal de la instancia de la opción que elija".

59 Es interesante la STS 18 marzo 2015 (RJ 2015, 1152), la cual deniega el régimen de visitas entre la abuela y una menor porque aquella tuvo escasa relación con su nieta durante sus primeros años, distanciamiento propiciado por decisión propia de la demandante, y en palabras del fundamento de derecho primero por "*escasa disposición para mantener la relación con su nieta de manera independiente al conflicto con sus padres*".

60 SAP Madrid 12 junio 2018 (JUR 2018, 223144).

régimen de comunicación que reclamaban los abuelos, y ello por los siguientes motivos: en primer lugar, porque los abuelos no ofrecieron ninguna explicación del por qué abandonaron durante trece años su relación con el nieto, no pudiendo exteriorizar durante todos aquellos años una voluntad de procurar al menor la estabilidad y apoyo que precisaba. En segundo lugar, el informe del Equipo Psicosocial manifestó que el menor estaba adaptado a su entorno convivencial, sin presentar carencias afectivas, concluyendo que ningún beneficio vislumbraban para el menor relacionarse con sus abuelos. En tercer y último lugar, la exploración del menor evidenció que este no quería relacionarse con sus abuelos paternos, cuya existencia ignoraba.

El fallo de la sentencia citada nos parece acertado, ya que, por un lado, no concede preponderancia al dato biológico sobre el afectivo, pues los demandantes no tuvieron contacto alguno con su nieto durante largo tiempo, siendo imposible, en este contexto, que el menor le dispensara algún afecto; por otro, el Tribunal tuvo en cuenta los principios sobre los cuales debe gravitar cualquier decisión que afecte al menor, acordando su exploración[61], y, en especial, valoró su negativa a relacionarse con los abuelos[62].

Similar singladura argumentativa adoptó la SAP Asturias 3 julio 2015[63], que denegó el régimen de comunicación que vindicó una abuela respecto a su nieto atendiendo a que aquella, voluntariamente, dejó de tener contacto con él durante tres años, no protagonizando ningún intento en mantener una comunicación con el menor. El Tribunal, al socaire de la actitud pasiva de la abuela durante los años precedentes a la demanda y la negativa del menor, estimó que conceder un

61 En estos casos, antes del dictado de sentencia, consideramos primordial que los Juzgados practiquen la exploración del menor si tiene suficiente condiciones de madurez, ya que, por mor del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, un régimen de visitas con los abuelos puede afectar a su estabilidad y a su esfera personal, familiar y social.

62 Similar razonamiento luce en la SSAP Granada 9 abril 2010 (JUR 2010, 357810), y 5 marzo 2012 (JUR 2012, 2422848). En contra, la SAP Lleida 16 mayo 2013 (JUR 2013, 221931), que estima que la negativa de los nietos a estar con los abuelos no es una justa causa para no fijar un régimen de visitas: "En cuanto a la negativa de los menores a estar con los abuelos como causa para justificar la limitación de las visitas a 4 horas, afirma la apelante que el régimen de vistas fijado en la sentencia podría perjudicar la estabilidad emocional de los menores porque hace casi tres años que los mismos no tienen relación con los abuelos. Ante dicha afirmación sólo puede concluirse que en ningún caso ha quedado acreditado que el régimen de visitas fijado pueda perjudicar la estabilidad emocional de los menores, resultando perfectamente normal que éstos no quieran relacionarse con sus abuelos por el simple motivo que prácticamente no los conocen al haberse negado la madre a que mantuvieran relaciones con los abuelos y familia paterna extensa, tal y como quedó constatado en el acto de la vista. Los niños cuentan actualmente con 8 y 5 años y medio de edad, por lo que eran muy pequeños cuando se rompió la relación con los abuelos hace más de 3 años. Incluso el Ministerio Fiscal en las conclusiones del acto de la vista de juicio consideró el presente caso como un supuesto similar a la alienación parental al haberse impedido a los menores relacionarse con la familia paterna, tanto inmediata, abuelos, como la extensa (…) Si bien efectivamente la audiencia de los menores en los procedimientos judiciales que los afectan constituye un derecho de aquéllos reconocido en múltiples preceptos de códigos sustantivos y procesales y en convenios, el principio de audiencia decae en los casos en que el menor, por su edad o condiciones personales de otro género no dispongan de aptitudes necesarias para formarse un criterio sobre la conveniencia de la medida que le interese".

63 SAP Asturias 3 julio 2015 (JUR 2015, 194740).

régimen de comunicación se vislumbraría como un elemento distorsionador del "status emocional y afectivo" del menor.

Aquí es importante una cuestión, se comparta o no la caracterización como derecho-deber de la relación entre los abuelos y los nietos, como ocurre con el marco entre los padres e hijos, es indudable que aquellas relaciones se tienen que configurar desde la perspectiva del interés del menor, quedando subordinada la pretensión de los abuelos a la satisfacción de este bien, pues, y sin entrar a valorar quienes son realmente los sujetos del derecho reconocido en el art. 160 CC, las relaciones personales de los menores, como ha dicho recientemente la SAP Barcelona 20 marzo 2019[64], han de concebirse como una contribución "al desarrollo integral del menor". Por ello, defender un régimen de comunicación de los abuelos con los nietos cuando estos muestran su negativa justificada a mantener este tipo de relaciones, sería tan absurdo como avalar un régimen de comunicación cuando, precisamente, la actitud obstruccionista viene de los abuelos, pues difícilmente puede enarbolarse la bandera del interés del menor cuando se pretende el reconocimiento de una relación impuesta y no deseada por quienes la tienen que cumplir[65].

VI. A MODO DE RECAPITULACIÓN.

1. Reforma fallida del art. 160.2 CC.

Debemos partir de la premisa de que los padres no pueden, ni deben, por mucho que ostenten la patria potestad, monopolizar las relaciones de sus hijos menores, ni circunscribir su vida familiar y social a su mínima expresión, pues, de ser así, quedaría en cuarentena el reconocimiento y protección de la personalidad del menor, y de disfrutar de unas relaciones afectivas que deben ser toleradas por los padres en tanto en cuanto vaya en beneficio de su personalidad. Efectivamente, el beneficio de la estabilidad y personalidad del menor, o si se quiere, el *favor*

64 SAP Barcelona 20 marzo 2019 (JUR 2019, 142847).

65 A juicio de García Cantero, G.: "Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003", *Cuadernos Civitas*, Madrid, 2004, p. 132, el legislador modificó el art. 160 CC de modo que reconoce legitimación, entre otros, para instar el régimen de visitas con los abuelos y otros allegados al propio menor, quien actuará bajo la representación de sus padres, pudiendo discutirse en un litigio las relaciones del menor con unos abuelos que, curiosamente, no han reclamado un régimen de visitas porque quizás rehúsen ver al menor. Interesante es la tesis de Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L. "La modificación del Código civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos", *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 30, 2003, p. 3, que dice que, en relación al supuesto previsto en el art. 90.2 CC, de que en convenio regulador se contemple dichas relaciones, el consentimiento de los abuelos se antoja imprescindible para que la autoridad judicial lo apruebe. Respecto a la negativa de los nietos, apunta Arnau Moya, F.: "La oposición sin causa de los menores al régimen de visitas", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto 2020, p. 431, que el problema "se plantea con la imposición coactiva de las visitas al menor, puesto que sería contraproducente con relación a las finalidades a que tiende la figura del derecho de visita". P. 431

minoris, es el eje sobre el cual debe gravitar la constitución o reconocimiento de un régimen de comunicación con los abuelos.

Sin embargo, el legislador, aun partiendo de la correcta tesis de que los padres no pueden impedir, injustificadamente, las relaciones del menor con sus abuelos, y reconociéndoles a estos un derecho que, a veces, y según algunas sentencias, parece que se configura como absoluto[66], otorgó preferencia a la relación biológica a fin de establecer la presunción de que las relaciones entre los abuelos y nietos van encaminadas a proteger y potenciar el interés del menor.

Efectivamente, primó el dato biológico en vez del afectivo, pues el art. 160 CC no exige previa relación o contacto entre los abuelos y los nietos para que aquellos puedan exigir un régimen de comunicación, colocando a los padres, en caso de existir oposición, en la ardua tarea de demostrar que el afecto en determinados casos es inexistente, invirtiendo la doctrina de la carga de la prueba cristalizada en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Extrapolando esta crítica a la ladera fáctica se producen situaciones dantescas, como la que tuvo oportunidad de analizar el Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de noviembre de 2019, en donde a una menor se le impuso por una sentencia dictada en apelación un régimen de visitas con una abuela a la que no conocía, y que, *ad abundantiam*, presentaba un cuadro psicológico que, dudosamente, podía rendir tributo a los nobles cometidos que la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003 atribuye a los abuelos. Todo ello sin perjuicio de aquellos casos en los que los abuelos, con el fin de boicotear a los padres, reclaman un régimen de comunicación que, como cual *Caballo de Troya*, justifican en interés del menor. Ante estos supuestos, que, lamentablemente, no son excepcionales, insistimos en la plena aplicabilidad de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a las interferencias parentales, ya que el *mobbing familiar*, como patología que es el seno familiar, tiende a sustituir, injustificadamente, la figura de uno o de ambos progenitores en perjuicio del menor, a costar de fortalecer la posición de aquella persona que actúa con una ceguera que le impide vislumbrar y respetar conceptos tales como el de solidaridad familiar.

A día de hoy, seguimos sin entender como necesitado el Derecho de Familia de reformas más urgentes, el legislador, en una suerte de brindis al sol, se limitó a modificar, simple y llanamente, el art. 160 CC, y no contento con ello, en una emulación del personaje del *Inspector Clouseau* en la archiconocida obra de *Blake Edwars*, acabó por dar más problemas que soluciones a estas controversias.

66 Basta remitirse, *ad example*, a la SAP de Madrid 28 enero 2009, citada anteriormente.

Desde nuestro planteamiento, y en la empresa de concluir esta recapitulación, la reforma del Código Civil por la Ley 42/2003, amén de fallida, obedece a un defectuoso planteamiento, al construir la presunción de que las relaciones de los abuelos con los nietos son beneficiosas para el *favor minoris* sobre el dato meramente biológico -¿existe algún abuelo que no sea abuelo de su nieto?-, en vez del afectivo, propiciando esta regulación que, en no pocas ocasiones, se coloque al menor a los pies de los caballos, como tuvimos la oportunidad de ver con las sentencias de las Audiencias Provinciales de Sevilla y Valencia que, afortunadamente, fueron revocadas en casación por el Tribunal Supremo. Por ello, consideramos acertada la exégesis de las sentencias dictadas por el Ato Tribunal en 2019, pues aun admitiendo que en los casos objeto de litis no concurría la convicción de que la relación de los nietos con sus abuelos fuera en contra del *favor minoris*, ante la potencialidad del perjuicio y, tratándose del menor, toda cautela se antoja insuficiente.

2. Propuesta de *lege ferenda*.

Por todo ello, no podemos finalizar en este trabajo, de humildes pretensiones a tenor del concreto objeto de estudio, sin efectuar una propuesta de *lege ferenda*. Para ello, partimos de las siguientes consideraciones, las cuales han sido expuestas a lo largo de estas líneas. Creemos que, en un clima de normalidad familiar y en donde no existe motivo legítimo para denegar una relación normal entre los abuelos y los nietos, aquellos pueden desempeñar un papel muy importante en pro del *favor minoris*. En estos casos, los padres, como titulares de la patria potestad, lejos de monopolizar la vida de sus hijos en un ejercicio de reduccionismo, deben potenciar el desarrollo de estas relaciones y, correlativamente, los hijos deben respetar a su ascendencia, máxime cuando, legalmente, los descendientes de segundo grado pueden, por mor del derecho de representación, ser acreedores de la legítima que le pudiera corresponder a los padres en la herencia de los abuelos si aquellos no pudieron heredar por premoriencia, indignidad o desheredación. Como ya dijimos en otro trabajo, la solidaridad familiar y el deber de respeto filial no solo debe ser predicable en el binomio hijo-progenitor, sino que también debe hacerse extensible en relación a otros parientes como a los abuelos[67]. Sin embargo, cuando surge el conflicto, partir de una presunción jalonada sobre el mero dato biológico de que las relaciones entre los abuelos y el nieto van a redundar en el interés este es peligroso, más cuando el problema entroniza con el interés del menor. Por ello, consideramos que el legislador debe hacer gravitar, *ex profeso*, el régimen de comunicación entre los abuelos, los parientes y allegados en el interés del menor y, en caso de oposición, deberá dirimirse el conflicto valorando, primordialmente, dicho interés y, no menos importante, el dato afectivo.

67 Gómez Valenzuela, M.Á.: "La desheredación del menor de edad", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, julio 2021, p. 395.

Ergo, y al socaire de la crítica que hemos efectuado de la actual regulación y de lo expuesto en el anterior párrafo, desde nuestro punto de vista deberían reformarse los siguientes preceptos:

Incorporación de un apartado 4º al art. 154 CC, que incluya, entre los deberes y facultades de los progenitores: "Respetar y facilitar el derecho de los hijos menores de edad a mantener un régimen de comunicación con sus abuelos, hermanos, otros parientes y allegados, salvo que estas relaciones sean lesivas para el interés del menor.

Incorporación de un apartado 3ª al art. 155 CC, que tipifique, entre los deberes aplicables a los hijos: "Respetar a los demás ascendientes".

Modificación del art. 160.2 CC: "Los abuelos, hermanos, otros parientes y allegados tienen derecho a relacionarse con el menor, pudiendo aquellos solicitar judicialmente, en caso de oposición por parte de los progenitores, el respeto y desarrollo de dicha relación en un clima de armonía familiar[68]. La autoridad judicial deberá decidir salvaguardando, primordialmente, el interés del menor y valorando, especialmente, el vínculo afectivo entre el menor y el solicitante".

68 Desde nuestro prisma, la expresión "en una clima de normalidad familiar" no es baladí, pues, acreditándose que la relación entre los abuelos y el menor redunda en el interés de este, puede que la relación entre aquellos y los progenitores esté tan deteriorada que llegue hasta el punto de que no se dirijan la palabra. En estas situaciones, y habiendo sentencias que, defectuosamente, han reconocido una relación personales a favor de los abuelos debiéndose cumplir en la vivienda donde habita el menor con los progenitores, o bien han dictaminado que las visitas se desarrolle en presencia de estos, creemos que la exigencia de que la relación personal con el menor se vehiculice en un clima de normalidad familiar cristaliza la obligación del Juez de procurar todas las cautelas para que el menor vea a los abuelos, otros parientes y allegados en un contexto huérfano de la tensión propia del conflicto familiar que motivó la oposición de los progenitores.

BIBLIOGRAFÍA.

Arnau Moya, F.: "La oposición sin causa de los menores al régimen de visitas", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto 2020.

Berrocal Lanzarot, A.I.: "El interés del menor y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los abuelos y otros parientes y allegados", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779.

Blandino Garrido, Mª. A.: "Tratamiento de las concretas medidas definitivas derivadas de las sentencias matrimoniales", en Álvarez Alarcón, A., Blandino Garrido, Mª. A. y Sánchez Martín, P.: *Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Carbajo González, J.: "El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil", *La Ley*, núm. 4, 2000.

Carballo Fidalgo, M.: "Las relaciones personales entre los abuelos y los nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. "Derecho de visita" y atribución de la guarda del menor", *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 14, núm. 2 (2005).

Chaparro Matamoros, P.: "El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos al hilo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto, 2015.

Carrasco Perea, A: "Benditos abuelos", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2003.

Colás Escandón, A.Mª: "El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, con especial referencia a su extensión (a propósito de la STC 2. ª, Nº. 138/2014, de 8 de septiembre)", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015.

De Torres Perea, J.M.: "El artículo 160.2 y 3 del Código Civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padre y abuelos", *La Ley*, 2001-4.

De Verda y Beamonte, J.R.: "Relaciones personales entre abuelos y nietos sobre la justa causa del art. 160. II CC. Comentario a las SSTS de España núm. 581/2019, de 5 de noviembre, y núm. 638/2019, de 25 de noviembre", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, 2020.

García Cantero, G.: "Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003", *Cuadernos Civitas*, Madrid, 2004.

Gracia Ibáñez, J.: "Un derecho a las relaciones personales entre los nietos y sus abuelos. Una aproximación socio-jurídica", *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, diciembre 2012.

Gómez Valenzuela, M.Á.: "La desheredación del menor de edad", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, julio 2021.

Hernández Ibáñez, C.: "Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del Derecho civil", *Actualidad Civil*, núm. 2/2002.

Ordás Alonso, M.: *El derecho de visitas, comunicación y estancia de los menores de edad*, Wolters Kluwers, Madrid, 2019.

Martínez Calvo, J.: "El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores (I)", *Diario la Ley*, núm. 9538, Sección Tribuna, diciembre 2019.

Montes Rodríguez, M.P.: "El derecho de visitas de los abuelos a los nietos en Derecho español, diez años después de la Ley 42/2003", *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 18, 2014.

Muñoz Rodrigo, G.: "El régimen de visitas, comunicación y estancia", en AA.VV.: *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. J.R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Moretón Sanz, M. F.: "Crónica de las Jornadas sobre la Ley 42/2003, sobre relaciones abuelos y nietos", *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, núm. 24, 2004.

Rivero Hernández, F.: "El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria", en AA.VV.: *El derecho de visita. Teoría y praxis* (dir. P.J. Viladrich Bataller), EUNSA, Pamplona, 1982.

Salanova Villanueva, M.: "Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 1996.

Yañez Vivero, M.F.: "El derecho del menor a relacionarse con sus abuelos en situaciones de ruptura familiar y desamparo", en AA.VV.: *Los derechos de la infancia y de la adolescencia* (coords. I. Ratvellat Ballesté, y C. Villagrasa Alcaide), Ariel, Barcelona, 2006.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: "La modificación del Código civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos", *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 30, 2003.

IL COGNOME DEL FIGLIO TRA PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE DEI GENITORI E DIRITTO ALL'IDENTITÀ PERSONALE DEL MINORE

THE SON'S SURNAME BETWEEN THE PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION OF PARENTS AND RIGHT TO THE PERSONAL IDENTITY OF THE CHILD

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1204-1235

Maria
ALESSANDRA
IANNICELLI

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il tema sottoposto a disamina nel presente saggio si inserisce nel solco della riforma della filiazione di cui il Prof. Cesare Massimo Bianca è stato fervido ed appassionato promotore. Sebbene il decreto attuativo della riforma con cui il legislatore italiano ha riconosciuto l'unicità dello status di figlio non abbia scalfito la norma implicita desumibile dal sistema in base alla quale al figlio (nato nel matrimonio) è attribuito il cognome del padre, non può negarsi come esso abbia in qualche modo inciso anche sulla disciplina del cognome, orientando in particolare le successive pronunce della giurisprudenza, non solo nazionale ma europea. Dopo aver brevemente ripercorso l'iter giurisprudenziale fino ad oggi delineatosi in materia di attribuzione del cognome al figlio, analizzando da ultimo la recente ordinanza della Corte costituzionale n. 18/2021, nonché l'ultimo disegno di legge presentato nel corso dell'attuale legislatura, si ritiene – alla luce delle riflessioni svolte – che i tempi siano ormai maturi per l'approvazione in Italia di una legge che si adegui alle normative vigenti in altri paesi europei ove, sia pure con soluzioni diverse, si è approdati ad un regime meno discriminatorio nei confronti della donna e più coerente con l'esigenza di garantire l'effettiva parità dei genitori e tutelare il diritto all'identità personale del minore ad essere identificato sin dalla nascita anche con il cognome della madre.

PALABRAS CLAVE: Cognome del figlio; attribuzione del cognome; parità dei genitori; diritto all'identità personale del minore.

ABSTRACT: *The topic examined in this essay is in line with the reform on filiation of which Prof. Cesare Massimo Bianca has been a fervent and passionate promoter. Although the decree implementing the reform, by which the Italian legislator recognized the uniqueness of the status of the child, has not undermined the implicit rule inferable from the practice according to which a child (born in wedlock) is attributed the father's surname, it cannot be denied that it has in some way also affected the regulation of the surname, in particular leading the subsequent rulings of case law, not only regarding national case law, but also the European one. After briefly reviewing the jurisprudential process up to now on the attribution of the surname to the child, by analysing the recent order of the Constitutional Court no. 18/2021, as well as the latest bill presented during the current legislature, it is deemed - in the light of the considerations carried out - that the time is now right for the approval of a law in Italy which complies with the regulations in force in other European countries where, albeit with different solutions, a less discriminatory regime towards women has been adopted, which is more consistent with the need to ensure the effective equality of parents and to protect the right to the personal identity of the minor to be identified also with the mother's surname from birth on.*

KEY WORDS: *Surname of the child; attribution of the surname; equality of the parents; right to the minor's personal identity.*

SUMARIO.- I. IL COGNOME DEL FIGLIO: RIFLESSIONI DE IURE CONDITO.- 1. La normativa vigente in Italia in materia di attribuzione del cognome al figlio.- 2. I recenti sviluppi giurisprudenziali.- 3. L'ordinanza della Corte costituzionale, 11 febbraio 2021, n. 18.- II. PROSPETTIVE DE IURE CONDENDO.- 1. I disegni di legge della XVIII legislatura per l'introduzione di nuove norme sul cognome in Italia.- 2. L'opportunità di una soluzione legislativa.- III. CONCLUSIONI

I. IL COGNOME DEL FIGLIO: RIFLESSIONI DE IURE CONDITO.

Il cognome – quale elemento costitutivo del nome unitamente al prenome – non si limita ad assolvere una funzione pubblicistica preordinata a garantire la certezza delle relazioni giuridiche e un ordinato vivere civile, quale espressione dell'interesse della collettività a poter identificare i propri componenti[1], ma ha anche e soprattutto una funzione privatistica, quale segno identificativo della discendenza familiare, finalizzata alla tutela dell'identità personale di ciascun individuo[2].

Il cognome evidenzia l'appartenenza della persona alla famiglia[3]. Per questo motivo, la materia del cognome concerne necessariamente profili privatistici differenti, con riferimento al diverso status che una persona può assumere in ambito familiare e, così, quello di figlio, di coniuge (anche separato o divorziato) o da ultimo – ai sensi della l. n. 76/2016 – di partner di unione civile[4].

A differenza del prenome, il cognome – oltre a svolgere una funzione identificativa – è elemento che caratterizza il singolo in ambito sociale, poiché espressivo dell'identità della persona[5] sotto il profilo della discendenza (biologica o affettiva)[6].

1 Sul punto, si veda Conti, A.: "Note intorno all'attribuzione del cognome paterno", *Giur. mer.*, 2011, p. 2392.

4 Proprio con riferimento al cognome, l'art. 1, comma 10, l. 20 maggio 2016, n. 76, rubricata «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze», *Gazz. Uff.*, 21 maggio 2016, n. 118, prevede che: «Mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi. La parte può anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all'ufficiale di stato civile». In argomento, v. Bugetti,M.N.: "Il cognome comune delle persone unite civilmente", *Fam. dir.*, 2016, p. 911 ss.

5 Lenti, L.: "L'identità del minorenne", in *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, Atti del Convegno di Padova del 21 aprile 2006, Nuova giur. civ. comm., 2007, supplemento, p. 78, afferma che: «la funzione prioritaria del cognome è quella di simbolo della personalità sociale dell'individuo». Con specifico riferimento all'identità del figlio, v. anche Giardina, F.: "Interesse del minore: aspetti identitari", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 159 ss.

6 Secondo Trimarchi,M.: "Diritto all'identità e cognome della famiglia", *Jus civile*, 2013, p. 36: «…tra i dati caratterizzanti l'identità della persona, accanto a molti altri aventi diversa natura, origine e formazione, rientrano sicuramente quelli concernenti il rapporto genitoriale: l'identità, in altri termini, è caratterizzata

• Maria Alessandra Iannicelli
Dottore di ricerca presso Alma Mater Studiorum Università di Bologna e Avvocato. E-mail : alessandraiannicelli@gmail.com

Il cognome, dunque, quale strumento idoneo non solo ad identificare una data persona ma anche a ricollegare ad essa una determinata identità, deve essere attribuito tenendo conto del fatto che ciascun individuo discende da una determinata coppia di genitori. Cosicché può affermarsi che ogni persona ha diritto non ad un cognome qualsiasi, ma a "quel" cognome che testimoni il legame con entrambi i genitori. E conseguentemente, che ciascuno dei genitori ha diritto a che il cognome del figlio testimoni tale legame[7].

Ci si interroga, pertanto, sulla scelta operata dall'ordinamento italiano di identificare i figli prevalentemente con il cognome del padre[8].

L'unità della famiglia, infatti, si realizza e si completa nell'eguaglianza dei suoi componenti. Appare dunque condivisibile l'orientamento dottrinale che ritiene contraria al principio di eguaglianza sancito dagli artt. 3 e 29, comma 2, Cost.[9] la disparità di trattamento tra i genitori in tema di attribuzione del cognome ai figli[10].

L'attribuzione ai figli del solo cognome paterno sembra non potersi giustificare in funzione dell'unità familiare – come ritenuto invece da altra dottrina[11] – giacché l'unità della famiglia potrebbe essere parimenti salvaguardata attribuendo il cognome materno ovvero quello congiunto di entrambi i genitori.

---

anche dal legame (di sangue o affettivo/di accoglienza) che la persona presenta con una coppia. Ciascuno ha il diritto che tale discendenza sia affermata, riconosciuta e garantita».

7 In questi termini si esprime, condivisibilmente, Trimarchi, M.: "Diritto all'identità", cit., p. 36.

8 Lenti,L.: "L'identità", cit., p. 77 ss., rileva che la regola vigente di radicale prevalenza del cognome paterno appare in contrasto con il diritto del figlio alla bigenitorialità.

9 Ai sensi dell'art. 3 Cost.: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali (comma 1). È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (comma 2)».
E ai sensi del successivo art. 29, comma 2, Cost.: «Il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare».

10 In tal senso, Tortorici, F.: "Parità tra uomo e donna e cognome della famiglia: un problema ancora insoluto", Dir. fam. pers., 1982, p. 963; De Cicco, M. C.: "La normativa sul cognome e l'eguaglianza dei genitori", Rass. dir. civ., 1985, p. 967; Paradiso, M.: "I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148", in Il Codice civile. Commentario, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1990, p. 114; Prosperi, F.: "L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi e la trasmissione del cognome ai figli", Rass. dir. civ., 1996, p. 846.

11 Dall'ongaro, F.: "Ancora sul nome della famiglia e sul principio della parità", *Dir. fam. pers*., 1988, p. 1583, afferma: «… non dobbiamo dimenticare che l'art. 29 Cost. considera in maniera molto seria il principio dell'unità familiare, tanto è vero che non si accontenta che esso sia favorito o difeso, ma vuole che sia addirittura garantito, e di conseguenza riceva, anche a costo di veder infranto il rapporto di eguaglianza tra coniugi, il massimo della protezione possibile».
Non ritiene che la regola dell'attribuzione del cognome sia incompatibile con la Costituzione, Cattaneo,A,G.: "Il cognome della moglie e dei figli", *Riv. dir. civ*., 1997, I, p. 693, secondo il quale: «Questo criterio, per la verità, non sembra, incompatibile con la nostra Costituzione. Infatti essa ammette che, a garanzia dell'unità familiare, la legge possa stabilire limiti al principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29, comma 2, Cost.) ed appunto ad esprimere – se non proprio a garantire – l'unità della famiglia è destinata la vigente disciplina del cognome della moglie e dei figli». Si veda anche De Scrilli, F.: "Il cognome dei figli", in Trattato di diritto di famiglia, diretto da P. Zatti, II, Filiazione, Giuffrè, Milano, 2002, p. 478 ss., secondo il quale la correzione della regola di attribuzione del solo patronimico comporterebbe, anche ai danni della formale unità della famiglia, pregiudizi maggiori di quelli derivanti dal suo mantenimento.

1. La normativa vigente in Italia in materia di attribuzione del cognome al figlio.

L'attuale sistema di attribuzione del cognome si rivela indubbiamente anacronistico, in un modello di famiglia saldamente organizzato su base democratica e solidale, e non aderente ai mutamenti sociali e culturali degli ultimi decenni che hanno profondamente inciso sulle relazioni familiari, impegnando il legislatore sul duplice fronte della parificazione dei ruoli maschile e femminile e della valorizzazione delle istanze private.

A distanza di più di settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione, può dirsi che il significato largamente condiviso dell'art. 29, comma 2, Cost. sia quello di escludere che possa sussistere una diversificazione istituzionalizzata dello status dei coniugi, fondata sulla aprioristica prevalenza della volontà di uno sull'altro determinata dal sesso[12].

Da una lettura congiunta dell'art. 29 con gli artt. 2 e 3 Cost. emergono anche altre valutazioni.

L'art. 2 Cost. induce a riconoscere non solo l'interesse della madre ad attribuire al figlio il proprio cognome ma altresì il diritto del figlio a vedere riconosciuta nell'ambito della sua identità personale la discendenza da entrambi i genitori, realizzando al tempo stesso la parità di trattamento tra uomo e donna. L'unità della famiglia va individuata, infatti, non soltanto nella sua dimensione orizzontale ovvero nei rapporti tra coniugi, ma anche e soprattutto nella dimensione verticale ossia nel rapporto che lega tra loro genitori e figli. Proprio quest'ultimo aspetto appare il più meritevole di considerazione: perché mentre il rapporto coniugale può sciogliersi, quello di filiazione è destinato a permanere nel tempo[13].

È noto che nel nostro ordinamento non esiste una previsione normativa espressa in base alla quale al figlio (nato da genitori coniugati) è attribuito il cognome del padre. Eppure si tratta senza alcun dubbio di una regola operativa, osservata e fatta rispettare dalle istituzioni preposte. Ci si è allora interrogati in ordine alla natura di questa disposizione[14].

12 Del resto, la Costituzione repubblicana del 1948 delinea chiaramente un assetto paritario delle relazioni familiari, in aperta rottura con la concezione patriarcale della famiglia all'epoca recepita nel diritto positivo. Sul punto, v. Pezzini, B.: "Eguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana", in B. Pezzini (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 91 ss.

13 Così, Dall'Ongaro, F.: "Il nome della famiglia e il principio della parità", *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 670.

14 Sul punto, si segnalano in giurisprudenza numerose pronunce di merito: v. *ex multis* Trib. Lucca, decreto 1° ottobre 1984; (nel decreto si legge che: «è in base ad una consuetudine secolare, fondata sul regime patriarcale, che l'ufficiale dello stato civile attribuisce al figlio legittimo il solo cognome del padre»); Trib. Palermo, 17 marzo 1993; App. Milano, 4 giugno 2002.
In dottrina, v. Giusti, A.: "Il cognome del figlio legittimo di fronte alla Corte costituzionale", *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1471; Paze', E.: "Verso un diritto all'attribuzione del cognome materno", *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 324 ss.; De Scrilli, F.: *Il cognome*, cit., p. 472; Grisi, G.: "L'aporia della norma che impone il patronimico", *Europa dir. priv.*, 2010, p. 649 ss.; Alpa, G. e Ansaldo, A.: "Le persone fisiche. Artt. 1-10", in *Il Codice civile. Commentario*,

Sull'alternativa tra norma consuetudinaria (fondata sulla risalente tradizione dell'attribuzione ai figli del cognome paterno) e norma implicita di sistema (presupposta da una serie di disposizioni regolatrici di fattispecie diverse), l'orientamento privilegiato dalla giurisprudenza prevalente aderisce alla seconda tesi[15].

La soluzione elaborata dai giudici identifica una serie di previsioni normative, pur eterogenee e regolatrici di fattispecie diverse, dalle quali «si desume (…) l'immanenza di una norma che non ha trovato corpo in una disposizione espressa, ma che è pur presente nel sistema e lo completa» e che «si configura come traduzione in regola dello Stato di un'usanza consolidata nel tempo», alla stregua della quale «il cognome del figlio legittimo non si trasmette di padre in figlio, ma si estende ipso iure da quello a questo»[16].

Le norme che, in combinato disposto fra loro, porterebbero a ritenere che esista una regola di sistema ovvero un principio desumibile da diverse disposizioni dell'ordinamento, conformi agli usi, in base al quale il figlio assume il cognome del padre, sono gli artt. 143-bis[17], 236[18], 237, comma 2[19], 262[20], 299, comma 3[21], c.c.

fondato P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2013, p. 405 ss.; Moretti, M.: "Il cognome del figlio", in G. Bonilini (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, IV, Utet Giuridica, Milano, 2016, p. 4078 ss.; Caricato, C.: "L'attuale normativa italiana in materia di attribuzione del cognome", in A. Fabbricotti (a cura di), *Il diritto al cognome materno*, Jovene, Napoli, 2017, p. 9 ss..

15 In particolare, Cass. civ., sez. I, 26 maggio 2006, n.12641. Carbone, E.: "L'inarrestabile declino del patronimico"; in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1649. Gazzoni, F.: "Cognome del figlio naturale, femminismo, lotta alla camorra e *obiter dicta*"; in *Fam. dir.*, 2006, p. 469 Carbone, V.: "I conflitti sul cognome del minore in carenza di un intervento legislativo e l'emergere del diritto all'identità personale". Gandolfi, G.: "Cognome del figlio naturale riconosciuto". *Giur. it.*, 2007, pp. 2198 ss..

16 Così, Cass. civ., sez. I, ord. 17 luglio 2004, n.13298. Carbone, V.: "Quale futuro per il cognome?"; in *Dir. giust.*, 2004, 32, p. 27. Boghetic, E.: "Cognome materno ai figli legittimi: a decidere sarà la Corte costituzionale"; in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 829. Mormile, L.: "Trasmissione del cognome paterno: la tradizione al vaglio della giurisprudenza, fra funzione certificativa del nome, diritto all'identità personale e valutazione di compatibilità con il diritto comunitario" *Europa dir. priv.*, 2005, pp. 829 ss..

17 Ai sensi dell'art. 143 *bis* c.c. «La moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze».

18 L'art. 236 c.c. afferma che «La filiazione si prova con l'atto di nascita iscritto nei registri dello stato civile. Basta, in mancanza di questo titolo, il possesso continuo dello stato di figlio».

19 L'art. 237, comma 2, c.c., con riferimento ai fatti costitutivi del possesso di stato, nel testo *ante* novella esigeva anche il requisito del *nomen*, ossia che il figlio avesse portato il nome del (preteso) padre: tale disposizione è stata abrogata dal d. lgs. n. 154/2013. Ai sensi del vigente art. 237, comma 2, c.c.: «In ogni caso devono concorrere i seguenti fatti: che il genitore abbia trattato la persona come figlio ed abbia provveduto in questa qualità al mantenimento, all'educazione e al collocamento di essa; che la persona sia stata costantemente considerata come tale nei rapporti sociali; che sia stata riconosciuta in detta qualità dalla famiglia».

20 L'art. 262 c.c., ampiamente riformato dalla novella sulla filiazione, prevedeva che: «Il figlio naturale assume il cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto. Se il riconoscimento è stato effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori il figlio naturale assume il cognome del padre (comma 1).
Se la filiazione nei confronti del padre è stata accertata o riconosciuta successivamente al riconoscimento da parte della madre, il figlio naturale può assumere il cognome del padre aggiungendolo o sostituendolo a quello della madre (comma 2) […].
Nel caso di minore età del figlio, il giudice decide circa l'assunzione del cognome del padre […] (comma 4)».

21 L'art. 299 c.c.- anch'esso modificato dalla riforma sulla filiazione – prevedeva che: «L'adottato assume il cognome dell'adottante e lo antepone al proprio.

nonché gli artt. 33[22], 34[23], d.P.R. n. 396/2000, sia pure con le rilevanti modifiche introdotte dalla riforma della filiazione[24].

Non si può tacere come proprio il decreto attuativo della riforma in materia di filiazione, con cui il legislatore ha riconosciuto l'unicità dello status di figlio, abbia evidentemente inciso anche sulla disciplina del cognome, sebbene non abbia scalfito la norma implicita desumibile dal sistema in base alla quale al figlio è attribuito il cognome del padre.

L'adottato che sia figlio naturale non riconosciuto dai propri genitori assume solo il cognome dell'adottante. Il riconoscimento successivo all'adozione non fa assumere all'adottato il cognome del genitore che lo ha riconosciuto, salvo che l'adozione sia successivamente revocata. Il figlio naturale che sia stato riconosciuto dai propri genitori e successivamente adottato, assume il cognome dell'adottante.
Se l'adozione è compiuta da coniugi l'adottato assume il cognome del marito.
Se l'adozione è compiuta da una donna maritata, l'adottato, che non sia figlio del marito, assume il cognome della famiglia di lei».

22 Con riguardo alle disposizioni contenute nel Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile (d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396), ai sensi del vigente art. 33, rubricato «Disposizioni sul cognome»: «2. Il figlio maggiorenne che subisce il cambiamento o la modifica del proprio cognome a seguito della variazione di quello del genitore da cui il cognome deriva, nonchè il figlio nato fuori del matrimonio, riconosciuto, dopo il raggiungimento della maggiore età, da uno dei genitori o contemporaneamente da entrambi, hanno facoltà di scegliere, entro un anno dal giorno in cui ne vengono a conoscenza, di mantenere il cognome portato precedentemente, se diverso, ovvero di aggiungere o di anteporre ad esso, a loro scelta, quello del genitore.
3. Le dichiarazioni di cui al comma 2 sono rese all'ufficiale dello stato civile del comune di nascita dal figlio personalmente o con comunicazione scritta. Esse vengono annotate nell'atto di nascita del figlio medesimo».
Il d.P.R. 30 gennaio 2015, n. 26 («Regolamento recante attuazione dell'art. 5, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219, in materia di riconoscimento dei figli naturali»), *Gazz. Uff.*, Serie Generale, 16 marzo 2015, n. 62, ha abrogato il previgente comma 1, nonché sostituito il comma 2 dell'art. 33, d.P.R. n. 396/2000; il testo originario dell'art. 33, commi 1 e 2, d.P.R. n. 396/2000, disponeva: «1. Il figlio legittimato ha il cognome del padre, ma egli, se maggiore di età alla data della legittimazione, può scegliere, entro un anno dal giorno in cui ne viene a conoscenza, di mantenere il cognome portato precedentemente, se diverso, ovvero di aggiungere o di anteporre ad esso, a sua scelta, quello del genitore che lo ha legittimato.
2. Uguale facoltà di scelta è concessa al figlio maggiorenne che subisce il cambiamento o la modifica del proprio cognome a seguito della variazione di quello del genitore da cui il cognome deriva, nonchè al figlio naturale di ignoti riconosciuto, dopo il raggiungimento della maggiore età, da uno dei genitori o contemporaneamente da entrambi».

23 Ai sensi dell'art. 34, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, rubricato «Limiti all'attribuzione del nome»: «1. È vietato imporre al bambino lo stesso nome del padre vivente, di un fratello o di una sorella viventi, un cognome come nome, nomi ridicoli o vergognosi.
2. I nomi stranieri che sono imposti ai bambini aventi la cittadinanza italiana devono essere espressi in lettere dell'alfabeto italiano, con la estensione alle lettere: J, K, X, Y, W e, dove possibile, anche con i segni diacritici propri dell'alfabeto della lingua di origine del nome.
3. Ai figli di cui non sono conosciuti i genitori non possono essere imposti nomi cognomi che facciano intendere l'origine naturale, o cognomi di importanza storica o appartenenti a famiglie particolarmente conosciute nel luogo in cui l'atto di nascita è formato.
4. Se il dichiarante intende dare al bambino un nome in violazione del divieto stabilito nel comma 1 o in violazione delle indicazioni del comma 2, l'ufficiale dello stato civile lo avverte del divieto, e, se il dichiarante persiste nella sua determinazione, riceve la dichiarazione, forma l'atto di nascita e, informandone il dichiarante, ne dà immediatamente notizia al procuratore della Repubblica ai fini del promovimento del giudizio di rettificazione».

24 L. 10 dicembre 2012, n. 219, recante «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali», *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 293, 17 dicembre 2012 e d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, recante «Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219», *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 5, 8 gennaio 2014. Con riferimento alla riforma della filiazione del 2012 e 2013, nota come "Riforma Bianca" (avendo il Prof. Cesare Massimo Bianca coordinato la Commissione in qualità di Presidente), espressione di un encomiabile progetto culturale che ha consentito di realizzare una piena e incondizionata parificazione dei figli, è nota la formula simbolica adottata da C. M. Bianca in un articolo dedicato alla riforma secondo cui «la legge conosce solo figli»; a tal riguardo, v. Bianca, C. M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1 ss.

La riforma della filiazione, e in particolare il d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154[25], ha modificato l'art. 262 c.c., la cui riformulazione – nonostante rechi il pregio di una forte accentuazione nel senso della centralità della tutela dell'identità del figlio – ripropone, però, nei commi 1 e 2, l'orientamento di tendenziale favore per l'attribuzione ai figli del cognome paterno a cui era ispirata la disciplina previgente e che è alla base della menzionata regola "non scritta" valevole per i figli nati nel matrimonio[26].

Ai sensi del vigente art. 262 c.c., il figlio nato fuori dal matrimonio – nel testo ante riforma qualificato «naturale» – assume il cognome del genitore, che per primo lo ha riconosciuto (comma 1, primo periodo). Se il riconoscimento viene effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, il figlio, in conformità a quanto avviene per il concepimento in costanza di matrimonio, assume il cognome del padre (comma 1, secondo periodo).

Soltanto se la filiazione nei confronti del padre sia stata accertata o riconosciuta successivamente al riconoscimento da parte della madre, il figlio può assumere il cognome del padre aggiungendolo, anteponendolo o sostituendolo a quello della madre (comma 2)[27].

La riforma ha aggiunto anche un successivo comma 3 con riferimento all'eventualità in cui al figlio, inizialmente di genitori ignoti, sia stato attribuito un cognome di fantasia da parte dell'ufficiale di stato civile. In questa ipotesi, il figlio assume il cognome del genitore che lo abbia riconosciuto; è però espressamente attribuito al figlio il diritto di mantenere il cognome originario, quando lo stesso sia divenuto autonomo segno della sua identità personale, aggiungendolo, anteponendolo, ma anche sostituendolo a quello del genitore che lo ha riconosciuto o al cognome dei genitori, in caso di riconoscimento da parte di entrambi[28].

25 Si segnala che la legge di delega (l. 10 dicembre 2012, n. 219) non conteneva alcuna novità in materia di attribuzione del cognome, e che la decisione di intervenire sul punto è stata assunta dal legislatore delegato, che a ciò ha provveduto con l'art. 27, comma 1, d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154. A tal proposito si vedano: Trimarchi, M.: "Il cognome dei figli: un'occasione perduta della riforma", *Fam. dir.*, 2013, p. 243 ss.; Stefanelli, S.: "Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma", *Fam. dir.*, 2014, p. 224.

26 Secondo Troiano,S.: "Cognome del minore e identità personale", *Jus civile*, 2020, p. 574, nota 38, «è prevalsa un'interpretazione attenuata del principio di unicità dello stato di figlio, che si è accontentata di mantenere fermo il sostanziale allineamento che già esisteva, con alcune limitazioni, tra la disciplina prevista per i figli nati fuori dal matrimonio e quella, ritenuta applicabile al figlio nato nel matrimonio, che prevede la trasmissione al figlio del cognome paterno».

27 Nonostante il limite sopra evidenziato riconducibile al tendenziale favore per l'attribuzione del cognome paterno, la nuova formulazione dell'art. 262 c.c. contiene più di una significativa apertura nella direzione del riconoscimento dell'identità personale del minore. In tal senso, v. Troiano, S.: "Cognome del minore", cit., 567 ss., con specifico riferimento ai commi 2 e 3.

28 La novella si segnala perché – oltre ad aver recepito orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati – introduce per la prima volta nel codice civile un richiamo esplicito all'identità personale. In argomento, v. Gatto, A.: "*Cognome del figlio riconosciuto*", in M. Bianca (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 39 ss.

Il novellato comma 4 dell'art. 262 c.c. dispone poi, che nel caso di minore età del figlio, il giudice decide circa l'assunzione del cognome del genitore (e non più del padre) previo ascolto del figlio minore, che abbia compiuto gli anni dodici, o anche di età inferiore se capace di discernimento[29].

Infine, nel caso di adozione di persone maggiori di età, ai sensi dell'art. 299 c.c., l'adottato assume il cognome dell'adottante e lo antepone al proprio. La riforma ha modificato il comma 2 del suindicato articolo, stabilendo che la regola di cui al comma 1° vale anche nel caso in cui la filiazione sia stata accertata o riconosciuta successivamente all'adozione.

Con riferimento, poi, a quella che un tempo era chiamata "adozione legittimante di minore", ai sensi dell'art. 27, l. n. 184/1983[30], «per effetto dell'adozione l'adottato acquista lo stato di figlio nato nel matrimonio[31] degli adottanti, dei quali assume e trasmette il cognome».

2. I recenti sviluppi giurisprudenziali.

Negli anni, la copiosa giurisprudenza in materia di attribuzione del cognome ha espresso orientamenti volti a corrodere progressivamente l'intangibile regola dell'attribuzione al figlio del cognome del padre[32]. È particolarmente indicativo come la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull'automatica attribuzione

29 Prima della riforma della filiazione, la competenza era del Tribunale per i minorenni ai sensi dell'art. 38, comma 1, delle disposizioni di attuazione al codice civile. La norma in questione, che è stata integralmente novellata con la riforma, non attribuisce più la competenza in materia al giudice minorile; è diventato, pertanto, competente il Tribunale ordinario.

30 L. 4 maggio 1983, n. 184, intitolata «Diritto del minore ad una famiglia»; il titolo precedente della legge ovvero «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori» è stato così sostituito dall'art. 1, comma 1, l. 28 marzo 2001, n. 149. Proprio con la riforma dell'adozione del 2001, il Prof. Cesare Massimo Bianca riuscì a far inserire una norma che proclama espressamente il diritto del minore di «crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia» (art. 1, comma 1, l. adoz., nuovo testo) e una disposizione in base alla quale è previsto che «le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia» (art. 1, comma 2, l. adoz., nuovo testo). Nella individuazione, già in tempi lontani, di un «diritto del minore di crescere nella propria famiglia», v. Bianca, C. M.: "Abbandono del minore e diritto di crescere in famiglia: spunti in tema di adozione speciale", *Giust. civ.*, 1980, II, p. 178 ss.; e, in concomitanza con la riforma del 2001, Bianca, C. M.: "Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia", *Giust. civ.*, 2001, p. 429 ss.; nonché più recentemente, Bianca, C. M.: "Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia", *Familia*, 2016, pp. 3 ss.

31 Le parole «nato nel matrimonio» sono state sostituite alla parola «legittimo» dall'art. 100, comma 1, lett. o), d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

32 Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito e di legittimità, v. in particolare: Trib. Bologna, decreto 9 giugno 2004, secondo cui «la doppia cittadinanza del minore legittima i suoi genitori a pretendere che vengano riconosciuti nell'ordinamento italiano il diritto e la tradizione spagnoli per cui il cognome dei figli si determina attribuendo congiuntamente il primo cognome paterno e materno»; Cass. civ., sez. I, 14 luglio 2006, n. 16093, ove si afferma che l'attribuzione al figlio del solo cognome paterno è antistorica oltre che in contrasto con le norme sovranazionali e si segnala, pertanto, la necessità di un intervento del legislatore; Cass. civ., sez. I, ord. 22 settembre 2008, n. 23934. Bugetti, M. N.: "Attribuzione del cognome ai figli e principi costituzionali: un nuovo intervento della Suprema Corte"; in *Foro it.*, 2008, I, p. 3097. Villani, R.: "A piccoli passi verso il traguardo dell'attribuzione del cognome materno ai figli. Ovvero quando l'inerzia del legislatore suggerisce la ricerca di soluzioni alternative"; in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2178. Alcuri, M.: "L'attribuzione del cognome materno al figlio legittimo al vaglio delle sezioni unite della Suprema Corte: gli orientamenti della giurisprudenza interna e comunitaria" *Dir. fam. pers.*, 2009, pp. 1074 ss..

al figlio del cognome paterno – dopo aver originariamente statuito, alla fine degli anni Ottanta[33], che la regola era rispondente all'interesse alla conservazione dell'unità familiare tutelata dall'art. 29 Cost. e profondamente radicata nel costume sociale come criterio di tutela della famiglia fondata sul matrimonio[34] – abbia manifestato, quasi un ventennio dopo[35], la consapevolezza di come la tematica in esame non sia avulsa dai profondi mutamenti culturali intervenuti nel corso degli anni. Pertanto, pur dichiarando inammissibile la questione prospettata, perché una decisione positiva avrebbe costituito una «operazione manipolativa» esorbitante dai poteri della Consulta[36], nel 2006 affermava espressamente che «l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna»[37].

Con riferimento alla giurisprudenza europea, v. in particolare: Corte di Giustizia UE, 2 ottobre 2003, causa C-148/02, Carlos Garcia Avello c. Belgio, secondo cui costituisce discriminazione in base alla nazionalità il rifiuto da parte dell'autorità amministrativa di uno Stato membro di consentire che un minore avente doppia nazionalità possa essere registrato con il cognome cui avrebbe diritto secondo le leggi applicabili nell'altro Stato membro, in *Giur. it*., 2004, 2009 ss., con nota di Castorina, E.: "Il caso «Garcia Avello» innanzi alla Corte di Giustizia: conferme e caute aperture in materia di cittadinanza europea"; in *Fam. dir.*, 2004, p. 437 ss.. Bugetti, M. N.: "L'attribuzione del cognome tra normativa interna e principi comunitari"; in *Europa dir. priv*., 2004, p. 217. Palmeri, G.: "Doppia cittadinanza e diritto al nome", *Europa dir. priv*., 2004, p. 217 ss.; Corte EDU, 16 novembre 2004, ric. n. 29865/96, Ünal Tekeli c. Turchia; Corte di Giustizia UE, 14 ottobre 2008, causa C-353/06, Grunkin e Paul c. Germania. Long, J.: "La Corte di Giustizia torna a pronunciarsi sul cognome dei cittadini europei"; in *Corr. giur.*, 2009, p. 489 ss.. ;Autorino, G.: "Autonomia familiare e attribuzione del cognome: i dubbi in Italia e le certezze in Europa"; in *Giur. it*., 2009, p. 299 ss.. Trucco, L.: "Ancora un via libera della Corte di Lussemburgo alla circolazione dei cognomi (un altro contributo all'elaborazione pretoria dello Statuto europeo del nome)", *Giur. it*., 2009, p. 299 ss.; e, infine, la nota sentenza, secondo cui la preclusione all'assegnazione al figlio del solo cognome materno costituisce una forma di discriminazione basata sul sesso che viola il principio di eguaglianza tra uomo e donna, Corte EDU, 7 gennaio 2014, ric. n. 77/07, Cusan e Fazzo c. Italia, in *Foro it*., 2014, IV, p. 57. Casaburi, G.: "Diritto al cognome materno e Convenzione dei diritti dell'uomo"; in *Dir. fam. pers*., 2014, p. 537. Alcuri, M.: "L'attribuzione del cognome paterno al vaglio della Corte di Strasburgo"; in *Fam. dir*., 2014, p. 205. Stefanelli, S.: "Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma"; *Nuova giur. civ. comm*., 2014, I, p. 515. Winkler, S.: "Sull'attribuzione del cognome paterno nella recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Nuova giur. civ. comm*., 2014, I, Pp. 515 ss..

33 Corte cost., 11 febbraio 1988, n.176 e Corte cost., ord. 19 maggio 1988, n.586.

34 Nella motivazione si legge che: «l'interesse alla conservazione dell'unità familiare, tutelata dall'art. 29 Cost., sarebbe gravemente pregiudicato se il cognome dei figli nati dal matrimonio non fosse prestabilito fin dal momento dell'atto costitutivo della famiglia».

35 Corte cost., 16 febbraio 2006, n.61; Palici Di Suni, E.: "Il nome di famiglia: la Corte costituzionale si tira ancora una volta indietro, ma non convince", *Giur. cost.,* 2006, pp. 552 ss. e Niccolai, S.: "Il cognome familiare tra marito e moglie. Come è difficile pensare le relazioni tra i sessi fuori dallo schema dell'eguaglianza"; in *Familia*, 2006, p. 931. Bugetti, M. N.: "Il cognome della famiglia tra istanze individuali e principio di eguaglianza"; in *Dir. giust*., 2006, 10, p. 14. Dosi, G.: "Doppio cognome: no alla via giudiziaria"; in *Dir. fam. pers*., 2006, p. 927. Di Gaetano, L.: "Attribuzione del cognome della madre al figlio legittimo. Un intervento del legislatore ormai improcrastinabile"; in *Giust. civ*., 2007, I, p. 2079. Sheriff, F.: "Ancora sul cognome", *Giust. civ*., 2007, I, pp. 2079 ss..

36 Alla stessa conclusione perveniva la Consulta nel 2007, quando – chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art.262, comma 1, secondo periodo, c.c. sollevata con riferimento agli artt.2, 3 e 29 Cost., nella parte in cui, per il caso di contestuale riconoscimento del figlio operato da entrambi i genitori, anziché consentire ai genitori una scelta libera e concordata, dispone che il figlio assume il cognome del padre – dichiarava la questione manifestamente inammissibile, «poiché l'intervento richiesto, lasciando aperta una serie di opzioni riservate alla discrezionalità del legislatore, impone una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte costituzionale» (così, Corte cost., ord. 27 aprile 2007 n.145).

37 Con riferimento all'eguaglianza, intesa sia come «non discriminazione», sia come «parità reciproca e quindi non assoggettamento all'altrui potere autoritario» e, in particolare, riguardo alla «illegittimità di una

Dopo oltre un decennio dalla sentenza del 16 febbraio 2006, n. 61, la Corte costituzionale è tornata a pronunciarsi in materia di cognome del figlio con una sentenza ormai nota[38].

La Consulta ha accolto, infatti, la questione di legittimità costituzionale – sollevata dalla Corte di appello di Genova con riferimento agli artt. 2, 3, 29, comma 2, e 117, comma 1°, Cost.[39] – della norma "implicita", desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 c.c. e dagli artt. 33 e 34 del D.P.R. n. 396/2000, nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di attribuire al figlio, al momento della nascita, anche il cognome materno, prevedendo così l'automatica attribuzione del solo cognome del padre pur in presenza di una diversa volontà dei genitori.

Il caso era nato dal rigetto della richiesta, presentata all'ufficiale dello stato civile, da una coppia di coniugi di nazionalità italo-brasiliana residenti a Genova, di poter registrare il proprio figlio – avente doppia cittadinanza – con il cognome di entrambi i genitori, considerato che il minore sarebbe stato identificato diversamente: in Italia, con il solo cognome del padre e, in Brasile, con il doppio cognome, paterno e materno.

La pronuncia si è rivelata parzialmente risolutiva, poiché l'attribuzione del cognome materno al figlio è attualmente possibile soltanto in caso di comune accordo dei genitori; con la precisazione che per "figlio" deve ovviamente intendersi il figlio nato nel matrimonio, quello nato fuori del matrimonio e il figlio adottivo, considerato che la dichiarazione di illegittimità costituzionale si estende in via consequenziale alle norme di cui all'art. 262, comma 1, c.c. in caso di riconoscimento del figlio effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori , e di cui all'art. 299, comma 3, c.c. in caso di adozione compiuta da entrambi i coniugi. In assenza di accordo, continua a conservare validità la previsione generale dell'automatica attribuzione del solo cognome paterno.

La pronuncia avrebbe dovuto (e si confidava che così fosse) accelerare i tempi per l'approvazione di una legge di cui da anni si attende invano l'entrata in vigore, destinata a garantire una disciplina organica, secondo criteri finalmente consoni

qualsiasi potestà maritale in quanto l'eguaglianza dei sessi esclude una situazione di incapacità della moglie in funzione della quale possa essere attribuito al marito un potere autoritario», suggestive sono le pagine dell'opera di Bianca, C. M.: *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, ora – per quanto qui di interesse – in Bianca, C. M.: *Realtà sociale ed effettività della norma giuridica. Scritti giuridici*, vol. I, t. 1, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 51 ss..

38 Corte cost., 8 novembre 2016, n. 286. Al Mureden, E.: "L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio"; in *Corriere giur.*, 2017, p. 165 ss.. Carbone, V.: "Per la Corte costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno, se i genitori sono d'accordo"; *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 818 ss.. Favilli, C.: "Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, pp. 823 ss..

39 App. Genova, sez. III, ord. 28 novembre 2013.

al principio di parità di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione dell'identità personale del figlio.

In materia di attribuzione del cognome al figlio e tutela del diritto all'identità personale non si può di certo ignorare – accanto al ruolo svolto dalla giurisprudenza nazionale – l'incidenza della giurisprudenza di Strasburgo.

Non a caso, i disegni di legge in materia di attribuzione del cognome ai figli delle precedenti legislature e di quella attuale – di cui si darà conto nel prosieguo del presente contributo – sono innanzitutto riconducibili alla pressante esigenza di dare risposta alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 gennaio 2014, Cusan e Fazzo c. Italia[40], che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 («Diritto al rispetto della vita privata e familiare»)[41] in combinato disposto con l'art. 14 («Divieto di discriminazione»)[42] della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a causa dell'impossibilità di derogare alla regola dell'attribuzione del cognome paterno ai figli anche laddove vi sia una diversa volontà concorde dei coniugi, ritenendo tale regola basata su una discriminazione fondata sul sesso dei genitori.

Si tratta di una sentenza storica che, nell'accogliere le richieste dei ricorrenti, ha evidentemente sollecitato l'apertura della strada al riconoscimento in Italia del diritto dei genitori di attribuire il cognome materno ai figli. In questo caso, i coniugi Cusan e Fazzo – entrambi concordi e favorevoli ad attribuire alla propria figlia il solo cognome materno – si erano visti respingere la loro richiesta dalle autorità italiane, secondo la prassi che imponeva l'attribuzione automatica e senza eccezioni del cognome del padre ai figli "nati nel matrimonio".

Sebbene, nelle more del giudizio dinanzi alla Corte europea, i coniugi avessero ottenuto dal Prefetto di Milano – mediante il procedimento amministrativo di cui al d.P.R. n. 396/2000 – l'aggiunta del cognome materno a quello paterno per tutta la loro prole, tuttavia tale cambiamento non corrispondeva al desiderio iniziale degli stessi, i quali avrebbero voluto attribuire alla figlia il solo cognome della madre. La Corte EDU ravvisava, pertanto, nella prassi italiana il verificarsi di una discriminazione tra marito e moglie nell'esercizio del loro diritto di

40 Si veda nota 32.

41 Ai sensi dell'art. 8 CEDU, rubricato «Diritto al rispetto della vita privata e familiare»: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

42 Ai sensi dell'art. 14 CEDU, rubricato «Divieto di discriminazione»: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

determinazione del cognome della figlia in quanto, pur trovandosi in una situazione simile (essendo padre e madre della bambina), erano trattati in maniera diversa: a differenza del padre, la madre non poteva attribuire il proprio cognome alla figlia. Questa distinzione, non poteva – ad avviso della Corte europea – giustificarsi in considerazione dell'interesse pubblico che ha lo Stato di preservare l'unità della famiglia mediante l'attribuzione automatica del cognome del padre a tutti i suoi membri. L'esigenza dell'unità familiare è insufficiente a giustificare una discriminazione siffatta; ne derivava, dunque, una violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 CEDU[43].

3. L'ordinanza della Corte costituzionale, 11 febbraio 2021, n. 18.

Nella perdurante vigenza del sistema che fa prevalere il cognome paterno, l'accordo tra i genitori in ordine all'attribuzione del cognome non sembra poter porre rimedio allo squilibrio e alla disparità tra i genitori.

Nella suindicata sentenza n. 286/2016, la Consulta aveva dichiarato in via consequenziale l'illegittimità dell'art. 262, comma 1, c.c., nella parte in cui non consentiva ai genitori, in caso di contestuale riconoscimento del figlio, di attribuire a quest'ultimo, di comune accordo, anche il cognome della madre, in aggiunta a quello del padre automaticamente imposto.

43 La Corte ha condannato l'Italia, non in quanto la norma implicita sia di per sé in contrasto con la Convenzione europea, ma sulla base di una lacuna assiologica del sistema normativo italiano ovvero perché non prevede la facoltà di derogarvi anche laddove la volontà dei coniugi sia concorde (in francese la Corte usa, al paragrafo 81 della sentenza Cusan e Fazzo c. Italia, il termine più evocativo di «défaillance du système juridique italien»).
Per quanto concerne, invece, il diritto del figlio di assumere il cognome della madre, viene in rilievo la sentenza della Corte EDU, 16 maggio 2013, ric. n. 20390/07, *Garnaga c. Ucràina*. Il caso non riguarda specificamente l'attribuzione del cognome materno ma si può ritenere, *mutatis mutandis*, che le conclusioni possano applicarsi anche in caso di richiesta di attribuzione del cognome della madre. Il ricorso veniva presentato da una giovane donna che chiedeva di sostituire il proprio cognome (che corrispondeva a quello del proprio padre biologico e legittimo) con quello del secondo marito della madre per sentirsi più strettamente integrata alla nuova famiglia materna, composta dalla madre, dal patrigno e dal fratellastro, con cui la ricorrente viveva ormai da molti anni e che sentiva come la "propria" famiglia. La ricorrente sosteneva che il rifiuto delle autorità ucraine di cambiare il suo patronimico violasse l'art. 8 CEDU.
La Corte europea dava ragione alla ricorrente, in virtù sia del fatto che la legislazione dell'Ucràina non impedisce il cambiamento del cognome, sia della circostanza che l'art. 8 CEDU ammette che vi possano essere interferenze da parte delle autorità nazionali nell'esercizio del diritto alla vita privata e familiare, ma soltanto qualora ciò sia necessario per motivi quali la sicurezza, l'ordine pubblico e la protezione della morale pubblica (in questo senso, si esprimono anche: Corte EDU, 2 febbraio 2010, ric. n. 45609/05, *Kemal Ta□kin e altri c. Turchia*, par. 49; Corte EDU, 1° luglio 2008, ric. n. 44378/05, *Dar□czy c. Ungheria*, par. 32). Secondo Fabbricotti, A.: "La trasmissione del cognome materno secondo il diritto internazionale in materia di diritti umani", in A. Fabbricotti (a cura di), *Il diritto al cognome materno*, Jovene, Napoli, 2017, p. 73, «sarebbe del resto illogico ammettere che un figlio o una figlia possano assumere il cognome del patrigno, tagliando per così dire i ponti non solo con il proprio padre naturale ma con l'intero nucleo familiare precedente, e non riconoscere il diritto del figlio o della figlia adulti di scegliere il cognome della madre, testimoniando, così, certamente un maggiore attaccamento alla linea di discendenza materna, ma mantenendo al tempo stesso, almeno in parte, i segni identificativi del nucleo familiare originario».

Nella recente ordinanza della Corte costituzionale, 11 febbraio 2021, n. 18[44], la fattispecie pervenuta all'esame del Tribunale ordinario di Bolzano[45] a cui la pronuncia della Consulta è riconducibile, è strutturalmente diversa da quella a suo tempo conosciuta dalla Corte di appello di Genova da cui era sorto il giudizio a quo poi sfociato nella sentenza n. 286. In questo caso, infatti, la Procura della Repubblica di Bolzano ha proposto ricorso, ex art. 95, d.P.R. n. 396/2000, al fine di ottenere la rettificazione dell'atto di nascita di una bambina i cui genitori non uniti in matrimonio, hanno concordemente espresso la volontà di attribuire alla minore unicamente il cognome della madre (così come del resto, già oltre vent'anni fa, i coniugi Cusan e Fazzo avrebbero voluto per i propri figli[46]) e non già di aggiungerlo a quello del padre, per esigenze di eufonia, giacchè nella lingua tedesca il cognome materno "suona" meglio di quello paterno.

Non potendo, nel caso di specie, procedersi ad una interpretazione orientata dell'art. 262, comma 1, c.c., sulla scorta della precedente sentenza della Consulta n. 286/2016, evidentemente inapplicabile, il giudice a quo ha dubitato della legittimità costituzionale del rigido automatismo di attribuzione del cognome paterno al figlio in caso di contestuale riconoscimento da parte di entrambi i genitori ex art. 262 c.c., non derogabile neppure in caso di concorde diversa volontà dei genitori di attribuire il solo cognome della madre. Secondo il Tribunale di Bolzano, siffatta disciplina sarebbe in contrasto sia con l'art. 2 Cost., sotto il profilo della tutela dell'identità personale, sia con l'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'eguaglianza tra uomo e donna; e violerebbe altresì l'art. 117, comma 1, Cost, in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, per mancato rispetto, da parte del legislatore statale, dei vincoli derivanti da obblighi assunti a livello internazionale.

Ai fini della definizione del giudizio sollevato dal rimettente, il Collegio ha ritenuto di non potersi esimere dal risolvere pregiudizialmente la questione di legittimità costituzionale dell'art. 262, comma 1, c.c., nella parte in cui – in mancanza di diverso accordo dei genitori – impone l'acquisizione del solo cognome paterno, anziché dei cognomi di entrambi i genitori, in ragione del rapporto di presupposizione e continenza tra la questione specifica dedotta dal Tribunale di Bolzano e la più ampia questione avente ad oggetto la generale disciplina dell'automatica attribuzione del

44 Corte cost., ord. 11 febbraio 2021, n.18; Bugetti, M. N., Pizzetti, F. G.: "(Quasi) al capolinea la regola della trasmissione automatica del patronimico ai figli", *Fam. dir.*, 2021, pp. 464 ss..

45 Con ordinanza del 17 ottobre 2019, il Tribunale di Bolzano sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 262, comma 1, c.c., nella parte in cui non consente ai genitori, di comune accordo, di attribuire al figlio, al momento della nascita, il solo cognome materno

46 A tal riguardo è interessante ripercorrere l'*iter* processuale descritto in prima persona da Cusan, A.: "Peripezie di buon diritto. Breve e veritiero racconto di una protagonista in dodici capitoli", in A. Fabbricotti (a cura di), *Il diritto al cognome materno*, Jovene, Napoli, 2017, p. 205 ss., e considerare quanto tempo sia trascorso invano dagli albori degli anni Duemila senza che il legislatore sia intervenuto in materia.

cognome paterno. Pertanto, con l'ordinanza in esame la Corte ha sollevato dinanzi a sé la questione di legittimità costituzionale della suindicata disposizione[47].

La Consulta, costretta ancora una volta a fronteggiare l'immobilismo del legislatore, ha mostrato il proprio forte interesse verso il dibattito in corso, facendo esplicito riferimento nella recente ordinanza in esame, alle proprie precedenti pronunce in materia e, in particolare, alla sentenza n. 286/2016. Il Collegio ha evidenziato come, in mancanza di un accordo espresso dei genitori, la generale previsione dell'attribuzione del cognome paterno sia destinata a sopravvivere, costituendo tuttora il presupposto delle disposizioni che declinano la regola del patronimico nelle sue diverse esplicazioni, tra le quali senz'altro rientra la disposizione censurata dell'art. 262, comma 1, c.c.

Di conseguenza, anche laddove fosse riconosciuta la facoltà dei genitori di scegliere, di comune accordo, l'attribuzione del solo cognome materno, la regola che impone l'acquisizione del cognome del padre dovrebbe essere ribadita in tutte le fattispecie in cui tale accordo manchi o, comunque, non sia stato legittimamente espresso. In siffatti casi, verosimilmente più frequenti, dovrebbe essere riconfermata la prevalenza del cognome paterno, la cui incompatibilità con il valore fondamentale dell'eguaglianza è stata da tempo riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità[48]. Secondo la Consulta, in questo quadro, neppure il consenso, su cui fa leva la limitata possibilità di deroga alla generale disciplina del patronimico, potrebbe ritenersi espressione di una effettiva parità tra le parti, posto che una di esse ovvero il padre non ha bisogno dell'accordo per far prevalere il proprio cognome.

La non manifesta infondatezza della questione pregiudiziale è – ad avviso della Corte – rilevabile nel contrasto della vigente disciplina, impositiva di un solo cognome e ricognitiva di un solo ramo genitoriale, con la necessità, costituzionalmente imposta dagli artt. 2 e 3 Cost., di garantire l'effettiva parità dei genitori nonché la pienezza dell'identità personale del figlio e di salvaguardare l'unità della famiglia[49]. Il dubbio di legittimità costituzionale che investe l'art. 262, comma 1, c.c., attiene anche alla violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU.

47 Con riferimento ai giudizi nell'ambito dei quali la Consulta si è ritenuta pienamente titolata a rivestire i panni di giudice *a quo*, nel silenzio della disciplina costituzionale e legislativa che regola il processo costituzionale, v. Bugetti, M. N. e Pizzetti, F. G.: "(Quasi) al capolinea la regola della trasmissione automatica del patronimico ai figli", *Fam. dir.*, 2021, p. 468.

48 Cfr. Corte cost., 8 novembre 2016, n. 286 (v. nota 38) e Corte cost., ord. 16 febbraio 2006, n. 61 (v. nota 35).

49 Sin da epoca ormai risalente, la Consulta ha espressamente osservato che la prevalenza attribuita al ramo paterno nell'attribuzione del cognome non può ritenersi giustificata dall'esigenza di salvaguardia dell'unità familiare, poiché «è proprio l'eguaglianza che garantisce quell'unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo», in quanto l'unità «si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità» (così, Corte cost., 13 luglio 1970, n.133).

Ancorché siano legittimamente prospettabili soluzioni normative differenziate e permanga conseguentemente la discrezionalità del legislatore, la Corte ha dunque deciso di intervenire essa stessa, ribadendo che «il modo in cui occasionalmente sono poste le questioni incidentali di legittimità costituzionale non può impedire al giudice delle leggi l'esame del pieno sistema nel quale le norme denunciate sono inserite»[50].

D'altra parte, per la Consulta l'esame di specifiche istanze di tutela costituzionale, attinenti a diritti fondamentali, non può essere pretermesso, poiché «l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia»[51].

Con riferimento al possibile esito del giudizio di legittimità costituzionale instauratosi con l'ordinanza in esame, si ravvisano elementi da cui desumere il probabile accoglimento della questione che la Consulta ha sollevato dinanzi a sé[52].

Non è dato ignorare, infatti, l'evidente contrasto sottolineato dalla Corte tra l'attribuzione del solo cognome paterno al figlio contemporaneamente riconosciuto da entrambi i genitori ex art. 262, comma 1, c.c., e la necessità di garantire il principio di non discriminazione e l'eguaglianza dei genitori a cui la Costituzione tende; nonché la manifestata esigenza di tutelare l'unità familiare messa in pericolo dalla diseguaglianza tra le figure genitoriali fondata sulla preminente posizione del padre riconducibile all'automatica attribuzione del cognome paterno, anche in assenza di consenso della madre; e, infine, il diritto all'identità del figlio, manifestamente sacrificato dalla impossibilità di essere identificato anche, o soltanto, con il cognome materno.

Certo è, tuttavia, che l'esito di un giudizio volto ad erodere una regola non può conseguire il medesimo risultato a cui perverrebbe, invece, il legislatore disciplinando in modo organico e sistematico la materia e ponendo, così, fine ad aporie e difficoltà interpretative[53].

50 In tal senso, Corte cost., ord. 31 maggio 1996, n. 183; Corte cost., 15 luglio 1976, n. 179; Corte cost., ord. 10 ottobre, 1975, n. 230; Corte cost., 16 giugno 1970, n.100.

51 Così, Corte cost., 22 novembre 2019, n.242; Corte cost., 5 giugno 2015; Corte cost., 10 giugno 2014, n.162; Corte cost., 7 aprile 2011, n.113.

52 Prospettando l'eventualità di una declaratoria di illegittimità costituzionale parziale, di tipo additivo, limitata unicamente ad assicurare la confluenza di entrambi i rami familiari nel cognome del figlio, in tutti i casi in cui difetti l'accordo dei genitori su una diversa attribuzione del cognome, osservano quanto poco frequenti siano stati nel corso degli anni i casi in cui la Corte ha rigettato questioni che si era autorimesse, Bugetti, M. N. e Pizzetti, F.G.: "(Quasi) al ", cit., pp. 469-470.

53 Troiano, S.: "Cognome del minore", cit., p. 580, sottolinea «la fragilità di un quadro complessivo che affida la garanzia di diritti fondamentali e, al contempo dell'interesse pubblico all'identificazione delle persone, a regole basate sulle mutevoli letture degli interpreti e all'instabile contributo offerto da fonti normative sparse e, in buona misura, anche gerarchicamente sottordinate». A tal riguardo, un esempio significativo è dato proprio dalla sentenza della Corte costituzionale n. 286/2016, considerato che il Ministero dell'Interno aveva recepito il *decisum* di detta pronuncia con Circolare del 19 gennaio 2017, n. 1, limitandosi

A tal proposito, giova osservare come l'ordinanza della Consulta, in quanto preposta ad aprire una ulteriore fase nel processo costituzionale, destinata a risolvere la questione dinanzi a sé sollevata, dilazioni inevitabilmente i tempi di conclusione del processo stesso. Pertanto, la pronuncia potrebbe avere il vantaggio di offrire al legislatore uno spatium deliberandi supplementare, utile a revisionare la disciplina codicistica in materia di attribuzione del cognome ai figli prima che intervenga la decisione della Corte nell'ambito del giudizio di costituzionalità instauratosi con l'ordinanza del Tribunale di Bolzano.

II. PROSPETTIVE DE IURE CONDENDO.

1. I disegni di legge della XVIII legislatura per l'introduzione di nuove norme sul cognome in Italia.

Nelle legislature dell'ultimo quarantennio[54] si sono succeduti con costante regolarità numerosi disegni di legge per l'introduzione di nuove norme in materia di cognome non solo dei figli, ma anche del coniuge. In alcuni casi, l'approvazione di una nuova disciplina sembrava matura ma poi la materia è stata accantonata dalla classe politica o non valutata meritevole di intervento.

Quanto al contenuto dei vari disegni di legge presentati[55] – ad uno sguardo d'insieme – può dirsi che, con riferimento al cognome dei figli, alcune proposte riconoscono ampia discrezionalità ai genitori rimettendo loro la scelta del cognome (unico o doppio) dei figli, altre limitano tale autonomia, prevedendo il sistema del doppio cognome. Cosicché, nel primo caso, i genitori possono discrezionalmente attribuire al figlio il solo cognome paterno o materno o anche il cognome di entrambi, nell'ordine preferito; mentre, nel secondo caso, l'ordinamento offre un'indicazione vincolante a favore del doppio cognome, prevedendosi, in alcune proposte, che il primo cognome sia quello del padre con facoltà dei genitori di sovvertire tale ordine e, in altre, che l'ordine sia rimesso alle preferenze dei genitori

a stabilire che «l'applicazione della sentenza della Corte costituzionale è immediata… e che l'ufficiale dello stato civile dovrà accogliere la richiesta dei genitori che, di comune accordo, intendano attribuire il doppio cognome, paterno e materno, al momento della nascita o dell'adozione». Restavano, così, irrisolti i dubbi interpretativi originati dalla sentenza n. 286/2016 – applicabile dal giorno successivo alla sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale ovvero dal 29 dicembre 2016 (*Gazz. Uff.*, 1ª serie speciale, 28 dicembre 2016, n. 52) – in caso di richiesta concorde dei genitori di attribuzione al figlio del doppio cognome (a titolo esemplificativo: "Quale forma deve avere l'accordo dei genitori per l'attribuzione del doppio cognome: dichiarazione resa personalmente da entrambi i genitori o anche comunicazione scritta recante sottoscrizione autenticata? I cognomi devono attribuirsi secondo l'ordine prescelto dai genitori o il cognome della madre deve essere soltanto aggiunto a quello del padre e, quindi, sempre attribuito per secondo? E nel caso di accordo tra uno o addirittura entrambi i genitori che già recano un doppio cognome, si attribuiranno tutti o soltanto il primo dei due o uno dei due scelto discrezionalmente dai genitori?").

54 Dall'VIIIª legislatura (in carica dal 20 giugno 1979 all'11 luglio 1983) sino all'attuale XVIIIª (in carica dal 23 marzo 2018).

55 Per un quadro ragionato dei progetti di legge presentati dal 2001, v. Cozzi, A. O.: "I d.d.l. sul cognome del coniuge e dei figli tra eguaglianza e unità familiare", *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, pp. 461 ss.

con osservanza, in caso di mancato accordo, del criterio legale del sorteggio o dell'ordine alfabetico.

Il principio di libertà di scelta, valorizzato da alcuni disegni di legge, è inteso quale espressione dell'autodeterminazione dei coniugi e, dunque, della piena esplicazione della loro volontà manifestata consensualmente in condizioni di parità.

La necessità di un criterio legale, invece, è motivata da ragioni diverse. Vi è chi la sostiene rivendicando la valenza prettamente pubblicistica della disciplina del cognome, tale da escludere qualsivoglia margine per l'autonomia privata. Vi è chi, invece, la giustifica in un'ottica di legislazione promozionale, argomentando che soltanto una disciplina che preveda l'obbligo del doppio cognome sia in grado di realizzare una concreta modifica dei costumi sociali nel senso dell'effettiva parità tra uomo e donna in questa materia[56].

Nel corso dell'attuale XVIII legislatura, il più recente progetto di legge in materia è il d.d.l. n. 2102, intitolato «Modifiche al codice civile in materia di cognome dei figli», presentato in data 17 febbraio 2021 e assegnato alla 2ª Commissione Giustizia del Senato in sede redigente il 9 marzo 2021.

Il d.d.l. proposto non tratta delle questioni del cognome dei coniugi, discostandosi così da altri progetti di legge, come ad esempio il d.d.l. n. 170, presentato il 28 marzo 2018, che contempla l'introduzione di un nuovo art. 143 bis c.c., rubricato «Cognome dei coniugi» (e non più «Cognome della moglie»), ai sensi del quale con il matrimonio «ciascun coniuge conserva il proprio cognome»[57].

Diversamente da precedenti disegni di legge riconducibili evidentemente alla normativa francese in materia di attribuzione del cognome ai figli[58], ad uno sguardo

56 Secondo Cozzi, A. O.: "I d.d.l. sul ", cit., p. 466, entrambe queste posizioni «sono accomunate dal ritenere che la libertà di scelta dei genitori debba essere ridotta, in un caso perché troppa, rispetto alle esigenze pubblicistiche sottese alla disciplina dei cognomi; nell'altro perché troppo poca, rispetto all'effettiva realizzazione dell'eguaglianza» e questi orientamenti «tendono a sminuire il peso progressivamente riconosciuto all'autonomia privata anche in una materia intrisa di riflessi pubblicistici come quella del cognome».

57 Con riferimento al cognome della moglie, sebbene il tema non sia sottoposto a disamina nel presente contributo, non si può sottacere come proprio il Prof. Cesare Massimo Bianca, a metà degli anni Ottanta, non si esimeva dall'affermare come dovesse considerarsi ormai inoperante la norma che obbliga la moglie ad aggiungere al proprio cognome quello del marito (art. 143 *bis* c.c.), ritenendo che «… si vuole giustificare tale norma nel richiamo all'esigenza dell'unità della famiglia espressamente indicata dalla norma costituzionale (art. 29, comma 2, Cost.)… In realtà la riforma del 1975 ha definitivamente recepito l'idea della preminenza del principio di parità su quello dell'unità familiare»; al tal proposito, v. Bianca, C. M.: "I rapporti personali nella famiglia e gli obblighi di contribuzione", in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Atti del Convegno di Verona 14-15 giugno 1985, dedicato alla memoria del Prof. Luigi Carraro, Cedam, Padova, 1986, p. 74 ss., ora in Bianca, C. M.: *Realtà sociale ed effettività della norma giuridica. Scritti giuridici*, vol. I, t. 1, Giuffrè, Milano, 2002, p. 670.

58 D.d.l. S. 286 (presentato in data 19 aprile 2018 e assegnato alla 2ª Commissione Giustizia del Senato in sede redigente l'11 luglio 2018); d.d.l. S. 1025 (presentato in data 28 gennaio 2019 e assegnato alla 2ª Commissione Giustizia del Senato in sede redigente il 28 maggio 2019).
Il testo del d.d.l. n. 286 riprende esattamente quello del d.d.l. n. 1628 della precedente legislatura, con riferimento al quale, per un'attenta disamina sia consentito rinviare a Iannicelli, M. A.: "Prospettive di

d'insieme il recente d.d.l. n. 2102 presenta analogie con la normativa vigente in Spagna[59]. L'art. 1 del d.d.l. n. 2102 prevede, infatti, attraverso l'introduzione nel codice civile dell'art. 143-bis.1, rubricato «Cognome del figlio nato nel matrimonio» che – così come in Spagna – su accordo dei genitori, sia attribuito al figlio al momento della dichiarazione di nascita presso gli uffici di stato civile il cognome di entrambi nell'ordine concordato secondo la loro volontà.

La previsione che attribuisce ai genitori massima libertà di scelta con riferimento all'ordine dei cognomi – nonostante sia molto probabile che la gran parte delle coppie opti per la soluzione più aderente alla tradizione, anteponendo il cognome paterno a quello materno – appare apprezzabile, considerato che in ogni caso garantisce la presenza del cognome di entrambi i genitori e, dunque, la confluenza dei due rami familiari nel cognome del figlio a tutela della identità personale di quest'ultimo[60]; motivo per cui, la posizione del cognome dell'uno o dell'altro genitore diviene un dato secondario, che ben può essere rimesso alla scelta concorde di entrambi.

La norma prevede, inoltre, che «in caso di mancato accordo tra i genitori, al figlio sono attribuiti i cognomi di entrambi i genitori in ordine alfabetico»[61].

riforma in materia di attribuzione del cognome ai figli", in A. Fabbricotti (a cura di), *Il diritto al cognome materno*, Napoli, 2017, p. 157 ss.; Iannicelli, M. A.: "Il cognome del figlio: brevi note de iure condendo", *Familia*, 2017, p. 34 ss.
I suindicati disegni di legge presentano analogie con la vigente normativa francese in materia di attribuzione del cognome ai figli (*Loi n. 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille*, successivamente modificata dalla *Loi n. 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille*, e dall'*Ordonnance n. 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation*; artt. 311-21, 311-22, 311-23, 311-24 del *Code civil*), prevedendo che i genitori, coniugati o meno, possano accordarsi per conferire al figlio al momento della dichiarazione di nascita presso gli uffici di stato civile il cognome paterno o materno oppure entrambi, nell'ordine preferito.

59 Nell'ordinamento spagnolo, vige la regola del doppio cognome. Secondo la *Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos*, i figli assumono il cognome di entrambi i genitori, secondo l'ordine da questi stabilito. Inizialmente, la legge prevedeva che, in caso di difetto di accordo sull'ordine di precedenza, quest'ultima fosse automaticamente accordata al cognome paterno. Da ultimo, la disciplina è stata tuttavia modificata, nell'ambito della più ampia riforma del *Registro civil* (*Ley 20/2011, de 21 de julio*, entrata in vigore – per la parte che qui interessa – il 30 giugno 2017), prevedendosi che se i genitori non stabiliscono l'ordine dei cognomi o non vi è accordo tra loro su quale debba essere, decorso il termine di tre giorni, sarà l'ufficiale del *Registro civil* a dover stabilire il predetto ordine. Il criterio che l'ufficiale dello stato civile deve seguire è quello del *interés superior del menor.*

60 Secondo Savorani, G.: "Identità dei figli tra cognome, status filiationis e diritto di conoscere le proprie origini biologiche", *Familia*, 2018, p. 506, l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori può rafforzare l'identità della persona perché ne racconta la storia, raccordandola a quella degli altri componenti della comunità familiare intesa in senso "allargato". L'Autrice considera le ipotesi in cui i genitori divorzino o diano vita a nuove famiglie ricomposte, con riferimento alle quali «l'indicazione congiunta del patronimico e del matronimico, consentendo il collegamento con entrambi i rami familiari permette al figlio di avere un segno comune con tutti i fratelli e le sorelle unilaterali, non solo generati dal padre (come succede nel caso di attribuzione del solo patronimico) ma anche dalla madre con un altro genitore in modo che possa essergli indifferente, sotto il profilo della condivisione di un cognome, essere collocato nella nuova famiglia dell'uno o dell'altro genitore. Infatti sul piano psicologico, condividere un cognome dovrebbe favorire il senso di inclusione di tutti i figli nella costellazione familiare».

61 Ad avviso di chi scrive, la previsione secondo cui, in caso di mancato accordo tra i genitori, ai figli sono attribuiti i cognomi di entrambi i genitori in ordine alfabetico, è più convincente della soluzione adottata in Spagna a partire dalla riforma del *Registro civil* (entrata in vigore nel 2017), ovvero quella che, in caso di difetto di accordo, rimette all'ufficiale dello stato civile la facoltà di scegliere l'ordine dei cognomi. Siffatta soluzione rischia, infatti, di rendere eccessivamente discrezionale e poco agevolmente giustificabile la scelta

L'attribuzione di un cognome che contenga elementi identificativi di entrambi i genitori come regola generale ope legis, così come previsto in Spagna, sembra la soluzione – tra le tante possibili – più coerente con il principio di eguaglianza dei genitori e con la tutela della piena identità personale del figlio[62]. A ben vedere, la previsione – contenuta in altri progetti di legge – di affidare ai genitori la scelta del cognome da attribuire al proprio figlio non appare idonea a garantire una piena attuazione del diritto all'identità personale del figlio, diritto che risulterebbe inevitabilmente compromesso nel caso in cui la scelta dei genitori ricadesse su un unico cognome (paterno o materno) che identificherebbe necessariamente il figlio in un solo ramo parentale, rappresentando soltanto in parte la sua identità personale. Il cognome dell'uno o dell'altro genitore evocherebbe l'appartenenza ad una sola stirpe e, dunque, il patrimonio di tradizioni, cultura e storia familiare del solo ramo paterno o materno a seconda della scelta effettuata dai genitori.

Il secondo comma del suindicato art. 143-bis.1 c.c. precisa che «I figli degli stessi genitori coniugati, nati successivamente, portano gli stessi cognomi attribuiti al primo figlio».

La scelta che tutti i figli degli stessi genitori abbiano il medesimo cognome è certamente apprezzabile perché tale regola riduce le complicazioni nella ricostruzione dei rapporti parentali, ricostruzione che può assumere notevole importanza, ad esempio, in relazione alla determinazione alla corretta devoluzione ereditaria. E viene, altresì, garantito il profilo identitario del cognome sotto l'aspetto dell'appartenenza al medesimo gruppo familiare. Quanto poi alla trasmissione del cognome, allo scopo di evitare una moltiplicazione di cognomi ad ogni nuova generazione, il terzo ed ultimo comma specifica che «Il figlio, al quale è stato attribuito il cognome di entrambi i genitori, trasmette al proprio figlio soltanto un cognome, a sua scelta».

Siffatta previsione – se da un lato impone il sacrificio della piena realizzazione dell'esigenza di unità familiare, comunque limitato alla sua proiezione verticale nel passaggio tra più generazioni – è, ad avviso di chi scrive, condivisibile. La libertà di scelta implica, infatti, autodeterminazione da parte del titolare dell'interesse e,

dell'ufficiale di stato civile rispetto ad una questione che – pur coinvolgendo anche interessi pubblici – attiene primariamente alla tutela di interessi personalissimi degli interessati.
Con riferimento, poi, al criterio dell'ordine alfabetico, è regola che sembra indubbiamente conforme al principio di eguaglianza tra i genitori poiché ne garantisce il pari trattamento senza distinzione di sesso. Ed è, altresì, preferibile al criterio legale del «sorteggio» che figurava espressamente in precedenti progetti di legge di iniziativa parlamentare riconducibili a ben più risalenti legislature (tra questi, il d.d.l. n. 1712 presentato alla Camera il 29 settembre 2008, che prevede il criterio sussidiario del doppio cognome con sorteggio dell'ordine), poiché il sorteggio presuppone un procedimento amministrativo che appesantirebbe eccessivamente la fase di attribuzione del cognome.

62 È pur vero che la previsione dell'attribuzione del doppio cognome – pur rappresentando un compromesso ragionevole – è soluzione non priva di inconvenienti. A tal proposito, un'attenta disamina è compiuta da Troiano, S.: "Cognome del ", cit., pp. 589 ss..

dunque, è più logico e giuridicamente fondato riconoscere il diritto di scelta a chi è direttamente investito della responsabilità genitoriale.

Gli artt. 2 e 3 del d.d.l. n. 2102 estendono, con i dovuti adattamenti, i principi del nuovo art. 143-bis.1 c.c. previsto dall'art. 1 ai figli nati fuori dal matrimonio e ai figli adottivi (distinguendo tra adozione di persone maggiori di età e adozione di minori).

In particolare, per quanto concerne i figli nati fuori dal matrimonio, l'art. 2 del d.d.l. riformula il vigente art. 262 c.c. Pertanto, se il figlio è riconosciuto contemporaneamente da entrambi i genitori, si applicherà la medesima disciplina prevista per i figli nati nel matrimonio ai sensi del nuovo art. 143-bis.1 c.c.

Se il figlio è riconosciuto da un solo genitore ne assumerà il cognome. Ove il riconoscimento da parte dell'altro genitore sia successivo – sia che avvenga volontariamente sia in caso di paternità o maternità dichiarate giudizialmente – il cognome del secondo genitore si aggiunge a quello del primo genitore soltanto con il consenso di quest'ultimo, oltre che con il consenso del figlio stesso che abbia già compiuto quattordici anni. A tale ultimo riguardo, è bene sottolineare che proprio perché la scelta del cognome del figlio si riflette ed incide sui suoi diritti fondamentali e, in particolare, sulla sua identità personale, qualora il minore sia capace di discernimento, la scelta non potrà essere rimessa esclusivamente all'arbitrio dei genitori e, pertanto, il giudice deciderà circa l'assunzione del cognome del genitore previo ascolto del figlio minore. Dunque, a differenza di quanto previsto dal vigente art. 262, comma 4, c.c., che fa riferimento al minore dodicenne e anche di età inferiore ove capace di discernimento, l'art. 262 come riformulato dall'art. 2 del d.d.l. n. 2102 prevede una soglia di età maggiore ovvero il compimento del quattordicesimo anno.

L'art. 3 del d.d.l. disciplina l'attribuzione del cognome dell'adottato. Con riferimento all'adozione di maggiore di età, il vigente art. 299 c.c. è riformulato e sostituito dal seguente: «L'adottato assume il cognome dell'adottante e lo antepone al proprio (comma 1). Nel caso di adottato con due cognomi, a norma dell'art. 143-bis.1 c.c., egli indica quale dei due cognomi intende mantenere (comma 2). Se l'adozione è compiuta da coniugi, essi possono decidere concordemente il cognome da attribuire ai sensi dell'art. 143-bis.1 c.c. (comma 3). In caso di mancato accordo, il cognome è attribuito seguendo l'ordine alfabetico (comma 4)».

Per quanto riguarda il cognome dell'adottato minore di età, l'art. 3, comma 2, d.d.l. n. 2102, sostituisce l'art. 27, comma 1, l. n. 184/1983, estendendo all'adottato le disposizioni di cui al nuovo art. 143-bis.1 c.c.

L'art. 4 del d.d.l. reca una disciplina speciale in materia di cognome del figlio maggiorenne, in deroga alle previsioni di cui al vigente art. 6 c.c. Il comma 1 garantisce, infatti, al figlio maggiorenne, cui sia stato attribuito il solo cognome paterno in base alla legge vigente al momento della nascita, la possibilità di aggiungere al proprio cognome – attraverso una procedura semplificata (come specificato dal comma 3, distinta dalla disciplina amministrativa necessaria per promuovere l'istanza di modifica del nome o del cognome da inoltrare al Prefetto, di cui al d.P.R. n. 396/2000 aggiornato con successivo d.P.R. n. 54/2012)[63] – il cognome della madre, con dichiarazione resa personalmente presso gli uffici di stato civile o mediante comunicazione scritta con sottoscrizione autenticata all'ufficiale di stato civile che procede all'annotazione nell'atto di nascita.

A ben vedere, la previsione di cui all'art. 4, comma 1, d.d.l. n. 2102 – ammettendo una scelta non vincolante per gli altri eventuali fratelli e/o sorelle – potrebbe porre un problema particolarmente accentuato soprattutto per il notaio, nel caso in cui il soggetto da identificare risulti da precedenti atti notarili o da risultanze pubblicitarie identificato con un cognome diverso; in questa ipotesi, il notaio dovrà procedere ad un'attività di indagine supplementare per ricostruire l'esatta identità della persona.

Con riferimento al figlio nato fuori dal matrimonio, il comma 2 precisa che «divenuto maggiorenne, non può aggiungere al proprio il cognome del genitore che non abbia effettuato il riconoscimento ovvero la cui paternità o maternità non sia stata dichiarata giudizialmente».

Ai sensi degli artt. 5 e 7 del d.d.l., l'applicazione della nuova disciplina in materia di cognome dei figli sarà, in ogni caso, subordinata all'emanazione di un regolamento attuativo, da adottarsi con d.P.R. entro un anno dall'entrata in vigore della legge, finalizzato ad apportare le modifiche ed integrazioni necessarie al regolamento sull'ordinamento dello stato civile disciplinato dal d.P.R. n. 396/2000.

63 L'art. 6, d.P.R. 13 marzo 2012, n. 54 («Regolamento recante modifica delle disposizioni in materia di stato civile relativamente alla disciplina del nome e del cognome prevista dal titolo X del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396»), in *Gazz. Uff.*, 10 maggio 2012, n. 108, ha abrogato gli articoli 84, 85, 86, 87 e 88 del d.P.R. n. 396/2000 che disciplinavano in modo autonomo la materia delle aggiunzioni di cognome, materia ora ricondotta nell'ambito della procedura prevista per le ipotesi di cambiamento del nome e del cognome, di cui agli articoli 89, 90, 91 e 92 del d.P.R. n. 396/2000.
Mentre in base alla normativa originariamente prevista dal d.P.R. n. 396/2000, il procedimento di aggiunzione di cognome era di competenza del Prefetto con riferimento alla fase preliminare di istruttoria della domanda – essendo demandata al Ministro dell'Interno la fase di valutazione delle eventuali opposizioni e la fase conclusiva del procedimento stesso che avveniva con l'emissione di un decreto ministeriale di diniego o di concessione dell'aggiunzione richiesta – il d.P.R. n. 54/2012 prevede che l'*iter* burocratico sia di esclusiva competenza prefettizia e si concluda con decreto (concessorio o meno) del Prefetto.
La procedura per ottenere il cambiamento del nome o del cognome non deve in ogni caso confondersi con la procedura di «rettifica», la quale implica la correzione di un errore ed è prevista a tutela dell'interesse alla regolarizzazione e alla certezza del nome. Essa realizza la difesa giuridica del nome qual è o dovrebbe essere in conformità di un concorrente interesse privato e pubblico: è prevista per la correzione del nome irregolare o del nome in conseguenza della rettifica di sesso.

Tale tempistica sembra evidentemente inadeguata se solo si considera che già cinque anni fa la Corte costituzionale nella sentenza n. 286/2016[64] reputava «indifferibile» l'intervento del legislatore in materia di attribuzione del cognome al figlio.

2. L'opportunità di una soluzione legislativa.

Un intervento legislativo volto a riformare una normativa obsoleta, che non tutela adeguatamente le istanze privatistiche connesse all'uso del cognome quale riflesso dell'identità personale e che tollera, ancora oggi, la vigenza di norme in cui il principio di parità tra i coniugi e, più generale, il principio di eguaglianza dei genitori risultano mortificati, appare quanto mai opportuno.

Del resto, già quindici anni fa, anche la Corte di Cassazione[65] – pochi mesi dopo la nota pronuncia della Corte costituzionale del 16 febbraio 2006, n. 61 – segnalava espressamente la necessità di un intervento del legislatore, affermando che la sussistenza di una norma di sistema automaticamente attributiva del solo cognome paterno, oltre che retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, era in contrasto con le fonti sovranazionali, che impongono agli Stati membri l'adozione di misure idonee alla eliminazione delle discriminazioni di trattamento nei confronti della donna.

Non resta dunque che confidare nel superamento dell'immobilismo legislativo italiano in materia di attribuzione del cognome ai figli affinché il nostro ordinamento si adegui alle legislazioni degli altri paesi europei che consentono l'attribuzione al figlio del cognome del padre e/o della madre, secondo un modello non solo aderente al disegno costituzionale, ma conforme ai principi convenzionali[66] e agli orientamenti giurisprudenziali europei ed italiani.

Come ricordato, la Francia ha aperto alla possibilità che i genitori si esprimano anche per il doppio cognome, collocandosi evidentemente a metà strada tra la soluzione tedesca e quella spagnola, che ha fatto dell'imposizione ex lege del cognome secondo entrambe le linee genitoriali il cuore della propria tradizione.

64 Sentenza applicabile dal giorno successivo alla sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale ovvero dal 29 dicembre 2016 (*Gazz. Uff.*, 1ª serie speciale, 28 dicembre 2016, n. 52).

65 Cass. civ., sez. I, 14 luglio 2006, n.16093.

66 Si segnalano, in particolare, l'art. 16, comma 1, lett. g, della Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979 e ratificata dall'Italia con l. 14 marzo 1985, n. 132, che espressamente impegna gli Stati contraenti ad assicurare «gli stessi diritti personali al marito e alla moglie, compreso il diritto alla scelta del cognome»; gli artt. 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, che vietano ogni forma di discriminazione basata sul sesso (art. 21) nonché l'obbligo di assicurare la parità tra uomini e donne (art. 23); le Raccomandazioni del Consiglio d'Europa nn. 1271/1995 e 1362/1998 e, ancor prima, la risoluzione n. 37/1978, relative alla piena realizzazione dell'eguaglianza tra madre e padre nell'attribuzione del cognome ai figli; gli artt. 8 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), che sanciscono rispettivamente il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il divieto di ogni forma di discriminazione.

In Germania, invece, permane il rifiuto del cd. Doppelname e, pertanto, ai figli viene in ogni caso attribuito un unico cognome (ovvero quello del padre o della madre secondo la libera volontà dei genitori) oppure un cognome familiare comune (c.d. Ehename)[67].

A ben vedere, le diverse soluzioni adottate in Europa lasciano affiorare l'esigenza di creare in futuro un meccanismo unitario che, inserendosi nel solco del processo di armonizzazione del diritto europeo della famiglia, non ingeneri discriminazioni tra i cittadini appartenenti ai diversi paesi dell'Unione europea. Evidentemente, i tempi non sono maturi per una disciplina uniforme a livello europeo, il cui perseguimento – in ragione della diversa cultura e sensibilità dei legislatori nazionali – è senza dubbio caratterizzato da un iter lungo e complesso[68].

III. CONCLUSIONI.

Se, dunque, i tempi non sembrano tali da consentire la previsione di una disciplina uniforme in ambito europeo, alla luce delle riflessioni sin qui svolte appaiono ormai mature le circostanze per approvare in Italia una legge in materia di attribuzione del cognome ai figli che si adegui alle normative vigenti in altri paesi europei ove – come sopra accennato – sia pure con soluzioni diverse, si è approdati ad un regime meno discriminatorio nei confronti della donna e più coerente con l'esigenza di tutelare il diritto all'identità personale del minore ad essere identificato sin dalla nascita anche con il cognome della madre.

Il riconoscimento di un margine di autodeterminazione della coppia in materia di attribuzione del cognome ai figli deve ritenersi "pienamente" coerente con i principi costituzionali.

L'autonomia personale, ovviamente, incontra i limiti previsti dalla stessa Costituzione a tutela degli altri componenti del nucleo familiare: limiti che si ricavano dal principio di eguaglianza e dalla tutela del superiore interesse del figlio minore.

67 Ai sensi del paragrafo 1355 BGB, i coniugi possono decidere con una dichiarazione resa all'ufficiale dello stato civile al momento del matrimonio o successivamente con una dichiarazione autenticata, se adottare un cognome familiare comune (c.d. *Ehename*), scelto tra i propri cognomi, da assegnare alla prole o mantenere i rispettivi cognomi di nascita.
In quest'ultima ipotesi, ai figli dovrà comunque essere attribuito un unico cognome (quello del padre o della madre) secondo la libera volontà dei genitori. In caso di disaccordo, secondo quanto previsto dal paragrafo 1616 BGB, compete al Giudice Tutelare scegliere il genitore a cui affidare la determinazione e, ove il genitore designato vi si sottragga, ai figli è attribuito il suo cognome.
Per una compiuta disamina delle normative vigenti in Europa in materia di attribuzione del cognome ai figli, v. Peleggi , R.: "Il cognome dei figli: esperienze statali a confronto", in A. Fabbricotti(a cura di), *Il diritto al cognome materno*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 115 ss..

68 A tal riguardo, Patti, S.: "Un linguaggio giuridico condiviso per l'Europa: il diritto della famiglia", *Fam. pers. succ.*, 2008, pp. 103 ss., giustamente osserva che «il linguaggio giuridico delle relazioni familiari presenta rilevanti peculiarità rispetto al linguaggio giuridico di altre materie del diritto privato. Esso, infatti, risente in una certa misura degli usi e del costume e soprattutto si rivolge in genere a destinatari non "tecnici"».

Proprio con riguardo al superiore interesse del minore[69], non può trascurarsi, in conclusione, come la Corte di Cassazione – pur con prevalente riferimento ai figli nati fuori del matrimonio e riconosciuti in momenti diversi – abbia negli anni più volte affermato che, al fine di decidere se attribuire al figlio il cognome del padre, aggiungendolo o sostituendolo a quello della madre, il giudice, prescindendo da qualsiasi meccanismo di automatica attribuzione del cognome, deve tutelare in primo luogo l'interesse del minore alla propria identità personale, di cui il cognome è evidentemente espressione[70].

69 Sul "superiore interesse del minore" in generale, v. Scalisi, V.: "Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto", *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 405 ss.. Corapi, G.: "La tutela dell'interesse superiore del minore", *Dir. succ. fam.*, 2017, pp. 777 ss.; Giardina, F. "Interesse del minore", cit., 159 ss.; Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86 ss.. Sicchiero, G.: "La nozione di interesse del minore", *Fam. dir.*, 2015, p. 72 ss.. Moscati, E.: "Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell'"interesse del minore")", *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1141 ss.; Bocchini, F., *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Giappichelli, Torino, 2013, 235 ss.; Quadri, E.: "L'interesse del minore nel sistema della legge civile", *Fam. e dir.*, 1999, p. 80 ss.; Ferrando, G.: "Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali", *Pol. dir.*, 1998, p. 167 ss.; Dosi, G.: "Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni", *Dir. fam. pers.*, 1995, pp. 1604 ss..

70 In tal senso, v. Cass. civ., sez. I, 26 maggio 2006, n.12641 (v. nota 15); Cass. civ., sez. I, 17 luglio 2007, n.15953, in *Foro it.*, 2008, I, p. 1567; in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 52; in *Giust. civ.*, 2008, p. 2513; Cass. civ., sez. I, 5 febbraio 2008, n.2751, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 200; Cass. civ., sez. I, 6 novembre 2009, n.23635, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 1561; Cass. civ., sez. I, 15 dicembre 2011, n.27069, in *Foro it.*, 2012, I, p. 797 e in *Dir. fam. e pers.*, 2012, p. 663; Cass. civ., sez. IV, 27 giugno 2013, n.16271.

BIBLIOGRAFIA

Al Mureden, E.: "L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio", *Fam. e dir.*, 2017, p. 218 ss.

Alcuri, M.: "L'attribuzione del cognome materno al figlio legittimo al vaglio delle sezioni unite della Suprema Corte: gli orientamenti della giurisprudenza interna e comunitaria", *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 1074 ss.

Alcuri, M.: "L'attribuzione del cognome paterno al vaglio della Corte di Strasburgo", *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 537 ss.

Alpa, G., Ansaldo, A.: "Le persone fisiche. Artt. 1-10", in *Il Codice civile. Commentario*, fondato P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2013.

Autorino Stanzione, G.: "Autonomia familiare e attribuzione del cognome: i dubbi in Italia e le certezze in Europa", *Corr. giur.*, 2009, p. 496 ss.

Bianca, C. M.: "Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia", *Familia*, 2016, p. 3 ss.

Bianca, C. M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1 ss.

Bianca, C. M.: *Realtà sociale ed effettività della norma giuridica. Scritti giuridici*, vol. I, t. 1, Giuffrè, Milano, 2002.

Bianca, C. M.: "Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia", *Giust. civ., 2001*, p. 429 ss.

Bianca, C. M.: *Diritto civile 1*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2002.

Bianca, C. M.: "I rapporti personali nella famiglia e gli obblighi di contribuzione", in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive, Atti del Convegno di Verona 14-15 giugno 1985, dedicato alla memoria del Prof. Luigi Carraro*, Cedam, Padova, 1986, p. 74 ss.

Bianca, C. M.: "Abbandono del minore e diritto di crescere in famiglia: spunti in tema di adozione speciale", *Giust. civ.*, 1980, II, p. 178 ss.

Bianca, C. M.: *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977.

Bocchini, F.: *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Giappichelli, Torino, 2013

Boghetic, E.: "Cognome materno ai figli legittimi: a decidere sarà la Corte costituzionale", *Dir. giust.*, 2004, 32, p. 27 ss.

Bugetti, M. N. , Pizzetti, F. G.: "(Quasi) al capolinea la regola della trasmissione automatica del patronimico ai figli", *Fam. dir.*, 2021, p. 464 ss.

Bugetti, M. N.: "Il cognome comune delle persone unite civilmente", *Fam. dir.*, 2016, p. 911 ss.

Bugetti, M. N.: "Attribuzione del cognome ai figli e principi costituzionali: un nuovo intervento della Suprema Corte", *Fam. dir.*, 2008, p. 1096 ss.

Bugetti, M. N.: "Il cognome della famiglia tra istanze individuali e principio di eguaglianza", *Familia*, 2006, p. 931 ss.

Bugetti, M. N.: "L'attribuzione del cognome tra normativa interna e principi comunitari", *Fam. dir.*, 2004, p. 442 ss.

Carbone, E.: "L'inarrestabile declino del patronimico", *Familia*, 2006, p. 951 ss.

Carbone, V.: "Per la Corte costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno, se i genitori sono d'accordo", *Corriere giur.*, 2017, p. 165 ss.

Carbone, V.: "I conflitti sul cognome del minore in carenza di un intervento legislativo e l'emergere del diritto all'identità personale", *Fam. dir.*, 2006, p. 475 ss.

Carbone, V.: "Quale futuro per il cognome?", *Fam. dir.*, 2004, p. 457 ss.

Caricato, C.: "L'attuale normativa italiana in materia di attribuzione del cognome", in A.

Fabbricotti (a cura di), *Il diritto al cognome materno*, Jovene, Napoli, 2017, p. 7 ss.

Casaburi, G.: "Diritto al cognome materno e Convenzione dei diritti dell'uomo", *Foro it.*, 2014, IV, p. 68 ss.

Castorina, E.: "Il caso «Garcia Avello» innanzi alla Corte di Giustizia: conferme e caute aperture in materia di cittadinanza europea", *Giur. it.*, 2004, 2011 ss.

Cattaneo, G.: "Il cognome della moglie e dei figli", *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 693 ss.

Conti, A.: "Note intorno all'attribuzione del cognome paterno", *Giur. mer.*, 2011, p. 2392 ss.

Corapi, G.: "La tutela dell'interesse superiore del minore", *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 777 ss.

Cozzi, A. O.: "I d.d.l. sul cognome del coniuge e dei figli tra eguaglianza e unità familiare", *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 449 ss.

Cusan, A.: "Peripezie di buon diritto. Breve e veritiero racconto di una protagonista in dodici capitoli", in A. Fabbricotti(a cura di), *Il diritto al cognome materno*, Jovene, Napoli, 2017, p. 205 ss.

Dall'Ongaro, F.: "Il nome della famiglia e il principio della parità", *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 670 ss.

Dall'Ongaro, F.: "Ancora sul nome della famiglia e sul principio della parità", *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 1583 ss.

De Cicco, M. C.: "La normativa sul cognome e l'eguaglianza dei genitori", *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 962 ss.

De Cupis, A.: "Nome e cognome", in *Noviss. Dig. it.*, XI, Utet, Torino, 1965, p. 300 ss.

De Scrilli, F.: "Il cognome dei figli", in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, II, *Filiazione*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 473 ss.

Di Gaetano, L.: "Attribuzione del cognome della madre al figlio legittimo. Un intervento del legislatore ormai improcrastinabile", *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1061 ss.

Dosi, G.: "Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni", *Dir. fam. pers.*, 1995, p. 1604 ss.

Dosi, G.: "Doppio cognome: no alla via giudiziaria", *Dir. giust.*, 2006, 10, p. 14 ss.

Fabbricotti, A.: "La trasmissione del cognome materno secondo il diritto internazionale in materia di diritti umani", in A. Fabbricotti (a cura di), *Il diritto al cognome materno*, Jovene, Napoli, 2017, p. 55 ss.

Favilli, C.: "Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 823 ss.

Ferrando, G.: "Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali", *Pol. dir.*, 1998, p. 167 ss.

Gandolfi, G.: "Cognome del figlio naturale riconosciuto", *Giur. it*., 2007, p. 2198 ss.

Gatto, A.: "Cognome del figlio riconosciuto", in M. Bianca (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 33 ss.

Gazzoni, F.: "Cognome del figlio naturale, femminismo, lotta alla camorra e obiter dicta", *Dir. fam. pers*., 2006, p. 1649 ss.

Giardinia, F.: "Interesse del minore: aspetti identitari", *Nuova giur. civ. comm*., 2016, II, p. 159 ss.

Giusti, A.: "Il cognome del figlio legittimo di fronte alla Corte costituzionale", *Giust. civ*., 1985, I, p. 1471 ss.

Grisi, G.: "L'aporia della norma che impone il patronimico", *Europa dir. priv*., 2010, p. 649 ss.

Iannicelli, M. A.: "Prospettive di riforma in materia di attribuzione del cognome ai figli", in A. Fabbricotti (a cura di), *Il diritto al cognome materno*, Napoli, 2017, p. 147 ss.

Iannicelli, M. A.: "Il cognome del figlio: brevi note de iure condendo", *Familia*, 2017, p. 29 ss.

Lenti, L.: "L'identità del minorenne", in L'identità nell'orizzonte del diritto privato, Atti del Convegno di Padova del 21 aprile 2006, *Nuova giur. civ. comm*., 2007, supplemento, p. 65 ss.

Lenti, L.: "Nome e cognome", in *Digesto IV, disc. priv*., sez. civ., XII, Utet, Torino, 1995, p. 135 ss.

Lenti, L.: "Nome e cognome", *in Digesto IV, disc. priv*., sez. civ., Aggiornamento, II, Utet, Torino, 2003, p. 928 ss.

Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ*., 2016, p. 86 ss.

Long, J.: "La Corte di Giustizia torna a pronunciarsi sul cognome dei cittadini europei*", Nuova giur. civ. comm*., 2009, I, p. 268 ss.

Moretti, M.: "Il cognome del figlio", in G. Bonilini (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, IV, Utet Giuridica, Milano, 2016, p. 4078 ss.

Mormile, L.: "Trasmissione del cognome paterno: la tradizione al vaglio della giurisprudenza, fra funzione certificativa del nome, diritto all'identità personale e valutazione di compatibilità con il diritto comunitario", *Europa dir. priv.*, 2005, p. 829 ss.

Moscati, E.: "Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell'"interesse del minore")", *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1141 ss.

Niccolai, S.: "Il cognome familiare tra marito e moglie. Come è difficile pensare le relazioni tra i sessi fuori dallo schema dell'eguaglianza", *Giur. cost.*, 2006, p. 558 ss.

Nuzzo, M.: "Nome", in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 304 ss.

Palici Di Suni, E.: "Il nome di famiglia: la Corte costituzionale si tira ancora una volta indietro, ma non convince", *Giur. cost.*, 2006, p. 552 ss.

Palmeri, G .: "Doppia cittadinanza e diritto al nome", *Europa dir. priv.*, 2004, p. 217 ss.

Paradiso, M.: "I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148", in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1990.

Patti, S.: "Un linguaggio giuridico condiviso per l'Europa: il diritto della famiglia", *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 103 ss.

Pazè, E.: "Verso un diritto all'attribuzione del cognome materno", *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 324 ss.

Peleggi, R.: "Il cognome dei figli: esperienze statali a confronto", in A. Fabbricotti (a cura di), *Il diritto al cognome materno*, Jovene, Napoli, 2017, p. 115 ss.

Pezzini, B.: "Eguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana", in B. Pezzini (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli, 2008, p. 91 ss.

Prosperi, F.: "L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi e la trasmissione del cognome ai figli", *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 841 ss.

Quadri, E.: "L'interesse del minore nel sistema della legge civile", *Fam. e dir.*, 1999, p. 80 ss.

Savorani, G.: "Identità dei figli tra cognome, status filiationis e diritto di conoscere le proprie origini biologiche", *Familia*, 2018, p. 499 ss.

Scalisi, V.: "Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto", *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 405 ss.

Sheriff, F.: "Ancora sul cognome", *Giust. civ.*, 2007, I, p. 2079 ss.

Sicchiero, G.: "La nozione di interesse del minore", *Fam. dir.*, 2015, p. 72 ss.

Stefanelli, S.: "Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma", *Fam. dir.*, 2014, p. 221 ss.

Tortorici, F.: "Parità tra uomo e donna e cognome della famiglia: un problema ancora insoluto", *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 962 ss.

Trimarchi, M. "Il cognome dei figli: un'occasione perduta della riforma", *Fam. dir.*, 2013, p. 243 ss.

Trimarchi, M.: "Diritto all'identità e cognome della famiglia", *Jus civile*, 2013, p. 34 ss.

Troiano, S.: "Cognome del minore e identità personale", *Jus civile*, 2020, p. 559 ss.

Trucco, L.: "Ancora un via libera della Corte di Lussemburgo alla circolazione dei cognomi (un altro contributo all'elaborazione pretoria dello Statuto europeo del nome)", *Giur. it.*, 2009, p. 299 ss.

Villani, R.: "A piccoli passi verso il traguardo dell'attribuzione del cognome materno ai figli. Ovvero quando l'inerzia del legislatore suggerisce la ricerca di soluzioni alternative", *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 11 ss.

Winkler, S.: "Sull'attribuzione del cognome paterno nella recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 515 ss.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO FAMILIAR*

THE AUTONOMY OF THE WILL IN THE FIELD OF FAMILY LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1236-1255

* Participar en este número de homenaje al jurista italiano MASSIMO BIANCA es un gran honor. Tuve la oportunidad, como suele ocurrir, de conocer su prolífica obra primero, y luego, de compartir con él en seminarios realizados en España y en Italia. Sin duda su obra ha trascendido fronteras y trascenderá por generaciones.

Cristián LEPIN MOLINA

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: El principio de autonomía de la voluntad es de gran aplicación en las relaciones patrimoniales, sin embargo, ha estado excluido del Derecho de Familia, situación que se ve cuestionada por el impacto de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, que consagran los principios de igualdad y libertad de los ciudadanos sin excepciones, lo que trae como consecuencia un ámbito de mayor libertad para regular los efectos de las relaciones familiares. Dicha situación se puede apreciar por la progresiva incorporación de acuerdos sobre distintas materias de familia, especialmente en situación de crisis familiar. No obstante que la actual legislación de familia permite celebrar estos acuerdos, su regulación es escueta y la posible existencia de vacíos legales nos obliga a analizar la posible aplicación de la teoría del acto jurídico patrimonial en el ámbito familiar.

PALABRAS CLAVE: Autonomía de la voluntad; acto jurídico; negocio jurídico familiar.

ABSTRACT: *The principle of autonomy of the will is highly applicable in Law of Property, however, it has been excluded from Family Law, a situation that is questioned by the impact of International Treaties on Human Rights, which enshrine the principles of equality and freedom of citizens without exceptions, which brings consequently an area of greater freedom to regulate the effects of family relationships. This situation can be appreciated by the progressive incorporation of agreements on different family matters, especially in situations of family crisis. Despite the fact that current family legislation allows these agreements to be entered into, their regulation is brief and the possible existence of legal loopholes forces us to analyze the possible application of the theory of the legal act of property in the family sphere.*

KEY WORDS: *Autonomy of the will; legal act; family legal business.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL DERECHO DE FAMILIA.- III. LOS NEGOCIOS JURÍDICOS FAMILIARES.- 1. Convenios sobre cuidado personal de los hijos.- 2. Acuerdos sobre el derecho-deber de relación directa y regular.- 3. Acuerdos sobre pensiones de alimentos.- 4. Acuerdo sobre compensación económica.- 5. Acuerdos sobre régimen de bienes.- IV. REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO EN EL ÁMBITO FAMILIAR.- 1. Las solemnidades.- 2. La capacidad.- 3. La ineficacia del acto jurídico.- 4. Las modalidades.- 5. La representación.

I. INTRODUCCIÓN.

En este artículo analizamos la aplicación de un principio tradicionalmente excluido del Derecho de Familia, la autonomía de la voluntad, que es parte esencial del Derecho Civil y elemento imprescindible de las relaciones patrimoniales privadas. La libertad de los ciudadanos en la regulación de sus relaciones privadas solo se aplica en la medida que el interés tutelado sea de carácter patrimonial.

En este sentido, la regulación de la familia ha sido tradicionalmente un campo propio del orden público, en que el interés social prevalece sobre el particular, y por tanto la autonomía privada se debe restringir al mínimo.

Esta visión no resulta sostenible en el marco de un estado que respeta la dignidad y la libertad de sus ciudadanos, en todos los ámbitos de la vida, especialmente su derecho a desarrollar el proyecto de vida que le acomode, lo que no significa un campo de "no derecho", es decir, nos parece que no es incompatible un grado mayor de libertad de las personas con establecer instituciones claramente diferenciadas, con normas marco que permitan conformar estructuras familiares que protejan a los sujetos más débiles en las relaciones familiares.

En los siguientes apartados reflexionaremos sobre la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia, sobre los negocios jurídicos familiares y por último, analizaremos los principales elementos de la teoría del acto jurídico aplicados al ámbito familiar.

II. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL DERECHO DE FAMILIA[1].

Históricamente se ha sostenido que el campo de autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia se encuentra limitado o incluso anulado en casi todas las

1 Lepin Molina, C.: *Los nuevos principios del Derecho de Familia*, Revista Chilena de Derecho privado, Nº23, Santiago, Chile, diciembre, 2014. Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000200001.

• Cristián Lepin Molina
Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Correo electrónico: clepin@derecho.uchile.cl.

materias que le conciernen[2]. En este sentido la visión clásica es que esta importante área del Derecho Privado resulta ajena al ámbito de la libertad de las personas, es el legislador el que establece de manera restrictiva los modelos familiares y la forma en que los integrantes de esos grupos se relacionan, así, las normas que rigen la disciplina se expresan a través de reglas claras y precisas que definen el comportamiento de las personas.

Sin embargo, esta visión clásica ha cedido espacio en los últimos años por el impacto del desarrollo social, y en especial, por los Tratados de Derechos Humanos. Es en este escenario donde se garantiza el pleno ejercicio de los derechos humanos de los ciudadanos, incluso en el ámbito familiar, donde priman la libertad y la igualdad de las personas.

Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el preámbulo: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". En el artículo 1°, prescribe que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"[3].

En igual sentido, el principio de igualdad se encuentra establecido en nuestra Carta Fundamental en los artículos 1° que señala que todas "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", y en el artículo 19 "La Constitución asegura a todas las personas: N° 2 La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados…Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

La influencia de estos derechos y garantías fundamentales generan profundas transformaciones del Derecho de Familia impulsadas por las normas sobre Derechos Humanos que garantizan la libertad y la igualdad de las personas, que modifican el modelo de familia tradicional de tipo la "patriarcal" basado en la jerarquía y la obediencia o sumisión, pasando a un modelo de "familia moderna",

2 Ramos Pazos, R.: *Derecho de Familia*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2013, quinta edición, p. 30.

3 En los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, se consagran normas similares: El Pacto internacional de derechos civiles y políticos artículo 3°: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto".
Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, en el artículo 3°, señala: "Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto". En la Convención sobre derechos humanos denominada "Pacto de San José de Costa Rica", se prescribe, en el artículo 1°.1: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

basada en la igualdad de sus integrantes y en el pleno respeto a sus derechos fundamentales.

De esta forma, el Derecho de Familia inicia un tránsito de una regulación exclusiva por normas de orden público (con restringidas reglas de interpretación y con exclusión de las posibilidades de disposición), a un conjunto de normas y principios sujetos a interpretación y en una importante medida sujeto a disposición de las partes. Así, por ejemplo, los padres tienen plena libertad para regular las pensiones alimenticias (art. 11 Ley Nº 14.908 de Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias[4] y 2451 Código Civil[5]), el cuidado personal y la patria potestad (arts. 225 y 245 CC), pueden regular también el régimen de relación directa y regular respecto de los padres (art. 229 CC) y respecto de los abuelos (art. 229-2 CC).

En este orden de ideas, el margen de autonomía de la voluntad de los cónyuges se amplía considerablemente, pues, por un lado, ya no están obligados a permanecer unidos para toda la vida, sino que, acreditando en juicio una de las causales de divorcio, ya sea por culpa o por cese efectivo de la convivencia, pueden poner término al vínculo conyugal. Por otro lado, en sede de separación y de divorcio se les permite a las partes regular sus relaciones mutuas y las concernientes a sus hijos, y eso sin considerar la conciliación y la mediación, como formas alternativas de resolver los conflictos de familia en sede judicial.

Este acuerdo tendiente a regular las relaciones conyugales y paterno-filiales, es exigido por nuestro legislador para solicitar de común acuerdo la separación judicial (art. 27 Nueva Ley de Matrimonio Civil Nº 19.947[6]) o el divorcio (art. 55 inc. 2º NLMC). Excluimos aquellos acuerdos que pueden celebrar los cónyuges con ocasión de la separación de hecho (que más bien podríamos denominar separación convencional), y que la NLMC los considera sólo para efectos de dar fecha cierta al cese efectivo de la convivencia entre los cónyuges.

Además de los acuerdos señalados, progresivamente nuestro legislador ha facultado a los cónyuges para decidir una serie de materias relacionadas tanto con el matrimonio como con respecto de sus hijos comunes. Sin analizar las particularidades de este tipo de negocio jurídico, podemos mencionar, además del convenio regulador, otros que gradualmente se han incorporado a nuestra legislación, tales como: el reconocimiento de un hijo, la adopción, la promesa de matrimonio, las capitulaciones matrimoniales, la sustitución del régimen patrimonial del matrimonio, la liquidación de la sociedad conyugal, la determinación del crédito

4 En adelante LAFPPA.

5 En adelante CC.

6 En adelante NLMC.

de participación en el régimen de participación en los gananciales, la asignación del cuidado personal y de la patria potestad, las transacciones sobre alimentos, la regulación del régimen de relación directa y regular, y por último, los pactos amistosos de separación.

Nuestra doctrina, sostiene que "en el Derecho de Familia solamente existe libertad para celebrar los actos y contratos, pero una vez ejercida esta libertad, los efectos son regidos imperativamente por el legislador y no pueden ser modificados por los interesados"[7], en un sentido similar se ha señalado que "el principio de autonomía de la voluntad –piedra angular del Derecho patrimonial- no juega en el Derecho de Familia"[8].

Para DOMÍNGUEZ "en el presente, no obstante, habida cuenta de las reformas referidas, lo cierto es que ese tipo de afirmación merece ser reformulada o, por lo menos, matizada. En efecto, si bien es cierto que la imperatividad del estatuto familiar no ha desaparecido en cuanto indisponibilidad del estado de familia, la Irrenunciabilidad de los derechos derivados del ejercicio de las potestades atribuidas a los sujetos y la imposibilidad de eludir sus obligaciones siguen siendo características vigentes, la autonomía de la voluntad como ejercicio de la libertad individual ha alcanzado en este ámbito una extensión impensable. Como se suele afirmar el Derecho de Familia tiende paulatinamente a contractulizarse en un fenómeno exactamente inverso al que se produce en el Derecho de los contratos que tiende a reconocer más límites a la libertad contractual"[9].

En Argentina, se señala por BOSSERT y ZANNONI que "ha sido frecuente considerar que, como las relaciones jurídicas familiares escapan generalmente a la autonomía privada –o autonomía de la voluntad-, la teoría general del acto jurídico es extraña al derecho de familia. Se juzga que las relaciones familiares, y los derechos y deberes que tales relaciones determinan, no tienen por fuente la voluntad de los sujetos sino a la ley que, en cada caso, dispone los efectos de tales relaciones"[10]. Agregan que "sin embargo, se ha sostenido que cuando la constitución de las relaciones familiares nace de la voluntad de las personas (la de los contrayentes en el matrimonio, la del progenitor que reconoce a un hijo, la de los adoptantes, etc.) se está frente a auténticos actos jurídicos que son la fuente de relaciones de familia"[11].

7 Somarriva Undurraga, M.: *Derecho de Familia*, Editorial Nascimiento, Santiago, Chile, 1963, p. 8.

8 Ramos Pazos, R.: Derecho de Familia, cit., p. 18.

9 Domínguez Hidalgo, C.: "Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna", *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 32, N° 2, 2005, p. 212.

10 Bossert, G. y Zannoni, E.: *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Astrea, Buenos Aires, sexta edición, 2007, pp. 22 y 23.

11 Bossert G. y Zannoni, E.: *Manual de*, cit., p. 23.

En cambio, para DÍEZ-PICAZO "el poder que se reconoce a la voluntad de las partes no es consecuencia de un desinterés o de un abandono de las situaciones reguladas por parte del legislador. Lejos de ello, nos parece que se trata simplemente de reconocer que los que están más cerca de los problemas pueden regularlos mejor que otros que, distanciados, sólo podrían formular un juicio demasiado abstracto"[12].

Históricamente se ha distinguido entre el acto o negocio jurídico de familia del acto patrimonial, queriendo enfatizar la diferencia que existe entre ambos en cuanto al contenido patrimonial, lo que no excluye, por cierto, que los primeros tengan un contenido económico, como en las pensiones alimenticias o en la liquidación de la sociedad conyugal. La distinción más bien surge por el clásico predominio de las normas de orden público en la regulación de la familia y la consecuente exclusión de la autonomía privada en ese ámbito. En este sentido, la teoría del acto jurídico, fuera de esta distinción no realiza una mayor disquisición sobre el tema, es mas la teoría del acto jurídico se refiere casi de manera exclusiva al acto patrimonial.

En este sentido, se ha señalado que "los negadores de la figura del negocio jurídico en el Derecho de familia se apoyaban, sobre todo, en la premisa de que este campo jurídico está dominado por el interés público, de cuya tutela se encargan los órganos del Estado o los que hay que denominar 'órganos familiares'. Según esta opinión, las declaraciones de voluntad que puedan encontrarse en el derecho de familia, lejos de ser actos de autonomía, son actos de heteronomía. Son actos de poder estatal o actos de poder familiar. Desde el mismo punto de vista, aunque con otra línea de argumentación técnica, se ha dicho que los efectos jurídicos en los genuinos negocios jurídicos se deducen e*x voluntat*e, esto es, porque la voluntad individual lo ha querido así y en la medida en que lo ha querido. En el Derecho de familia esto no ocurre y aunque en determinados supuestos sea posible que intervenga la voluntad individual (y que, en este sentido, se pueda hablar de declaración de voluntad) el efecto jurídico no es nunca e*x voluntat*e, sino siempre e*x lege*" [13].

En España, tras la superación de la polémica en torno a la naturaleza pública o privada del Derecho de familia, parte de la doctrina civilista sintió la necesidad de ofrecer un ensayo sistemático de los problemas generales de aquél, anteponiendo al estudio de sus diversas instituciones (matrimonio, filiación y tutela) un análisis de

12 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del derecho de familia", en *Convenios reguladores de las relaciones paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio,* Ediciones Universidad de Navarra, Navarra, segunda edición, 1989, p. 43.

13 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *La figura*, cit., p. 39.

los conceptos rectores y de los principios generales, y en concreto, el tratamiento del negocio jurídico familiar, distinguiéndolo del negocio jurídico patrimonial[14].

En Argentina se ha sostenido que son actos jurídicos familiares los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato el emplazamiento en el estado de familia o la regulación de las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares (Díaz de Guijarro) o que son actos jurídicos familiares los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato, crear, modificar, conservar o aniquilar derechos emergentes de las relaciones familiares, incluso la filiación (López del Carril)[15].

En este orden de ideas, podemos mencionar dentro de estos actos al convenio regulador, así como otros que progresivamente se han incorporado como el reconocimiento de un hijo, la adopción, la promesa de matrimonio, las capitulaciones matrimoniales, el matrimonio, la sustitución del régimen patrimonial del matrimonio, la liquidación de la sociedad conyugal, la determinación del crédito de participación en el régimen de participación en los gananciales, la asignación del cuidado personal, las transacciones sobre alimentos o visitas y los pactos amistosos de separación.

Partiendo de la base que el juego autonomía de la voluntad-orden público familiar ha cambiado de eje, ampliando el campo de aplicación del primero y restringiendo el segundo, vamos a analizar cada uno de los principales actos jurídicos de familia, intentar sentar los cimientos para una elaboración de una teoría del acto jurídico de familia, o por lo menos identificar alguno de sus elementos y avanzar en la noción de orden público familiar.

III. LOS NEGOCIOS JURÍDICOS FAMILIARES.

En los últimos años ha existido un progresivo avance de la libertad individual en los actos jurídicos de familia, lo que según ya hemos analizado, ha llevado a que exista en la mayoría de las materias posibilidades de celebrar acuerdos. No resulta posible, en consecuencia, sostener que la autonomía privada se encuentra excluida en el Derecho de Familia, más bien resulta imperioso estudiar los avances de la libertad de las personas en este ámbito, y en concreto si la teoría del acto jurídico patrimonial resulta aplicable, o si es necesario una teoría diferenciada, que reconozca sus principales elementos y características.

14 López Burniol, J.: "Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales", en *Convenios reguladores de las relaciones paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, segunda edición, 1989, p. 45.

15 Ambos citados por Solari, N.: *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2004, pp. 203 y 204.

Así el profesor DÍEZ-PICAZO sostiene que "el poder que se le otorga a la voluntad de las partes, no es consecuencia de un desinterés, lejos de ello nos parece que se trata simplemente de reconocer que los que están más cerca de los problemas pueden regularlos mejor que otros, que los distanciados que solo pueden formular juicios demasiados abstractos".[16]

La teoría tradicional del acto jurídico distingue, como ya señalamos, entre actos jurídicos patrimoniales y actos jurídicos de familia, no obstante, la teoría desarrollada se refiere casi exclusivamente a los actos patrimoniales. Así lo entiende DOMÍNGUEZ, al señalar: "de aquí resulta que, en su mayoría, cada negocio del derecho de familia, tiene su propio estatuto jurídico y, salvo excepciones no le son aplicables las reglas generales de los negocios jurídicos patrimoniales. Así, por ejemplo, entre nosotros, las reglas comunes sobre nulidad de las convenciones están dispuestas por las normas del título XXX del Libro IV del Código Civil (arts. 1681 y ss.) y en cuanto a los vicios del consentimiento, las reglas comunes están en los artículos 1451 y ss. (Título I, Libro IV). Pero el *matrimonio* tiene normas especiales sobre la nulidad y sobre vicios del consentimiento y salvo disposiciones no le son aplicables. Para él rige la Ley de Matrimonio civil Nº 19.947, de 17 de mayo de 2004 (arts. 44 y sgts. para la nulidad y art. 8º para los vicios del consentimiento)".[17]

Tal como señalamos en el apartado sobre el principio de autonomía de la voluntad, existen numerosos acuerdos que pueden celebrar los cónyuges (convenciones matrimoniales, acuerdo completo y suficiente, compensación económica), los convivientes civiles (regímenes patrimoniales y compensación económica), y los padres respecto de las relaciones con sus hijos (pensiones de alimentos, cuidado personal, patria potestad y relación directa y regular). Sin embargo, no existen estudios sobre estos actos jurídicos familiares. Resulta evidente que no se aplican las reglas de la teoría general del acto jurídico (por ejemplo, en materia de ineficacia, modalidades, representación y vicios del consentimiento)[18].

A continuación, vamos a revisar los distintos negocios jurídicos que reconoce la legislación chilena en materia de familia:

1. Convenios sobre cuidado personal de los hijos.

La reforma de la Ley Nº 20.680 al Código Civil chileno mantiene el esquema de atribución del cuidado personal en base a tres fuentes: convencional, legal

16 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *La figura*, cit., p. 43.

17 *Cfr.* Domínguez Águila, R.: *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, segunda edición, 2013.

18 *Cfr.* Vial Del Río, V.: *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, quinta edición, 2012; Domínguez Águila, R.: *Teoría general*, cit., p. 24.

y judicial[19]. En la forma de atribución convencional se permite pactar sobre el cuidado personal de los hijos en dos oportunidades: en cualquier momento en base al artículo 225 inciso 1°, y en los juicios de separación y divorcio mediante el denominado acuerdo completo y suficiente de los artículos 27 y 55 de la NLMC.

Los padres pueden regular la atribución y forma de ejercicio del cuidado personal de sus hijos, en conformidad al artículo 225 inciso 1° del CC, pudiendo atribuir su ejercicio de modo exclusivo a uno de ellos o pactar alguna forma de ejercicio compartido. Se trata de una manifestación de la autonomía de la voluntad de los padres, dicho acuerdo se debe manifestar por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento. No se requiere aprobación judicial, como en el caso de las pensiones de alimentos.

También se puede regular en el acuerdo completo y suficiente, según prescribe el artículo 21 NLMC, que señala "en todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido".

En los casos del acuerdo completo y suficiente, si se presenta para aprobación del tribunal, una propuesta de régimen de custodia compartida será necesario oír a los hijos, en virtud de lo dispuesto en los artículos 3, 27, 55 y 85 inciso 2° de la NLMC, el artículo 16 de la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia[20], y el artículo 242 inciso 2° del CC.

En cuanto al contenido, nada señala el Código Civil sobre el concepto, contenido y facultades que derivan del cuidado personal para ninguno de los progenitores, situación que genera una serie de dificultades en el ejercicio de la corresponsabilidad parental.

2. Acuerdos sobre el derecho-deber de relación directa y regular.

El Código Civil permite determinar el régimen comunicacional de los hijos por vía convencional o por vía judicial, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 229 CC. Al igual que en materia de cuidado personal, la forma de determinación también depende del vínculo existente, así el artículo 229 del CC regula la situación entre los padres y el artículo 229-2 CC el mismo derecho para los abuelos, y se

19 *Cfr.* Rodríguez Pinto, M. S.: *Cuidado personal de niños y adolescentes. En el Nuevo Derecho Chileno de Familia*. Santiago, Editorial AbeledoPerrot LegalPublishing, 2010.

20 En adelante LTF.

debe considerar, además, el artículo 48 de la Ley de Menores Nº 16.618, que permite regular un régimen respecto de otros parientes.

Según prescribe el artículo 229 inciso 2º CC "se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable".

De esta forma, para determinar las formalidades requeridas para los acuerdos entre los padres respecto al régimen de relación directa y regular, es necesario distinguir, en primer lugar, los casos de separación de hecho de los padres, que de acuerdo a lo prescrito en el artículo 229 CC, no exigen formalidades, por lo que es suficiente el consentimiento de los progenitores. En segundo lugar, en los casos de separación judicial o de divorcio de acuerdo con los artículos 27 y 55 NLMC, en que, si bien tampoco se exigen formalidades, será necesario un acuerdo escrito y la aprobación por parte del tribunal de familia. En cuanto al contenido, nada señala por lo que existe plena libertad de los padres para establecer un régimen comunicacional de manera presencial y/o virtual, debiendo esos sí velar por el interés superior de los hijos, principio que debe ser considerado en todas las decisiones que se refieran a materias que le conciernan.

Por último, en cuanto a los abuelos, según el citado artículo 229-2 CC se debe establecer por acuerdo, y a falta de éste, por el tribunal considerando el interés superior del niño. Una vez más no existen formalidades, por lo que se trata de un acto consensual. Será necesario consignar el acuerdo por escrito, pero para fines probatorios.

3. Acuerdos sobre pensiones de alimentos.

Los padres pueden acordar la cuantía, lugar y la fecha en que se pagará la pensión de alimentos a través de una transacción que debe ser aprobada por el Tribunal de Familia[21], además pueden regular la forma de reajuste de la misma, aunque si no se señala se reajusta cada seis meses de acuerdo con el alza que experimente el Índice de Precios al Consumidor fijado por el Instituto Nacional de Estadísticas, o el organismo que haga sus veces[22].

21 Art. 11 inciso 3°, Ley N° 14.908: "El juez sólo podrá dar su aprobación a las transacciones sobre alimentos futuros, a que hace referencia el artículo 2.451 del Código Civil, cuando se señalare en ellas la fecha y lugar de pago de la pensión, y el monto acordado no sea inferior al establecido en el artículo 3° de la presente ley. La mención de la fecha y lugar de pago de la pensión será necesaria, asimismo, para que el tribunal apruebe los avenimientos sobre alimentos futuros". *Cfr.* Lepin Molina, C.: *Código de Derecho Familiar*, Editorial Hammurabi, Santiago, Chile, segunda edición, 2021 y Lepin Molina, C. y Lama Gálvez, B.: *Código de Infancia*, Editorial Hammurabi, Santiago, Chile, segunda edición, 2021.

22 Art. 7 inciso 3°, Ley N° 14.908: "Cuando la pensión alimenticia no se fije en un porcentaje de los ingresos del alimentante, ni en ingresos mínimos, ni en otros valores reajustables, sino en una suma determinada, ésta se reajustará semestralmente de acuerdo al alza que haya experimentado el Índice de Precios al

Recordemos que no se podrá fijar un monto inferior a la pensión mínima, es decir, no podrá ser inferior al cuarenta por ciento del ingreso mínimo remuneracional que corresponda según la edad del alimentante. Tratándose de dos o más menores, dicho monto no podrá ser inferior al 30% por cada uno de ellos[23].

Por otro lado, no es posible renunciar al derecho a solicitar pensión de alimentos (art. 334 CC), eso si se puede renunciar o condonar las pensiones de alimentos atrasadas (336 CC). También se puede establecer como modalidad de pago la retención por parte del empleador u otras formas de pago, como la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, además de convenir garantías de pago.

Lo dicho se aplica a los hijos menores de 18 años, y persiste dicha obligación hasta que cumplan los 21 años y si se encuentran estudiando una profesión u oficio, hasta los 28 años. Eso siempre y cuando no tengan alguna discapacidad física o intelectual. Tratándose de hijos mayores de edad será necesario su intervención, o mejor dicho su consentimiento ya que, aunque el art. 19 inciso final[24] de la LTF, concede legitimación activa para que el padre que vive con su hijo mayor de edad pueda demandar, cobrar y percibir alimentos, parece que no podríamos aplicar esta norma para que el respectivo padre represente a su hijo, y mucho menos llegue a un acuerdo extrajudicial sobre esta materia.

4. Acuerdo sobre compensación económica.

La ley permite a los cónyuges y convivientes civiles regular la procedencia, monto y forma de pago de la compensación económica, de manera tal que expresamente reconoce la libertad y autonomía de éstos para regular esta materia.

En ese contexto, la actividad del juez queda limitada a la homologación de la voluntad de las partes, las que pueden renunciar a esa compensación (incluso tácitamente), establecer el monto que estimen por ese concepto, y, desde luego, la forma de pago. En relación con esto último, incluso puede establecerse que éste se haga como una renta vitalicia, ya que las limitaciones en cuanto a que la

Consumidor fijado por el Instituto Nacional de Estadísticas, o el organismo que haga sus veces, desde el mes siguiente a aquél en que quedó ejecutoriada la resolución que determina el monto de la pensión".

23 Art. 3 inciso 2°, ley N° 14.908: "En virtud de esta presunción, el monto mínimo de la pensión alimenticia que se decrete a favor de un menor alimentario no podrá ser inferior al cuarenta por ciento del ingreso mínimo remuneracional que corresponda según la edad del alimentante. Tratándose de dos o más menores, dicho monto no podrá ser inferior al 30% por cada uno de ellos".

24 Art. 19 inciso final, Ley N° 19.968: "En los casos del inciso segundo del artículo 332 del Código Civil, aquél de los padres en cuyo hogar vive el alimentario mayor de edad se entenderá legitimado, por el solo ministerio de la ley, para demandar, cobrar y percibir alimentos de quien corresponda, en interés del alimentario, sin perjuicio del derecho de éste para actuar personalmente, si lo estima conveniente. Si el alimentario no actúa personalmente se entenderá que acepta la legitimación activa del padre o madre junto a quien vive".

cuantía debe corresponder a un monto único pagadero de contado o un número determinado de cuotas, no es aplicable a los cónyuges, sino sólo al juez, conforme lo dispuesto en los arts. 65 y 66 NLMC.

Sólo a modo de ejemplo, el art. 65 NLMC señala que "en la sentencia, además, el juez determinará la forma de pago de la compensación, para lo cual podrá establecer las siguientes modalidades", de lo que se desprende claramente que el mandato legal obliga sólo al juez.

En principio, la NLMC reconoce la más amplia libertad a los cónyuges para determinar la procedencia, cuantía y forma de pago de la compensación económica [25]. Así fluye de lo dispuesto en el art. 63 NLMC[26], que utiliza la expresión "serán convenidos por los cónyuges"; y también de lo dispuesto en el art. 64 NLMC[27], que reitera la misma idea al señalar que "a falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación y fijar su monto".

De lo expuesto surge como consecuencia lógica que el legislador ha establecido un verdadero orden de prelación, siendo los primeros llamados a regular este derecho los cónyuges, que, obviamente, están en mejor posición que el juez para resolver sus propios asuntos, lo cual resulta coherente con la lógica que impera en los tribunales de familia, en orden a privilegiar las soluciones pacíficas y colaborativas entre las partes del conflicto familiar.

De este modo, en subsidio y sólo a falta de acuerdo, debe intervenir el juez para determinar la procedencia de la prestación compensatoria, fijar su monto, y, aunque el art. 64 NLMC no lo menciona, determinar su forma de pago, esto último en relación con lo dispuesto en el art. 65 NLMC[28], que prescribe que "en la sentencia, además, el juez determinará la forma de pago de la compensación".

25 *Cfr.* Lepin Molina, C.: *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2010, p. 136.

26 Artículo 63 Ley de Matrimonio Civil N° 19.947 : "La compensación económica y su monto y forma de pago, en su caso, serán convenidos por los cónyuges, si fueren mayores de edad, mediante acuerdo que constará en escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación del tribunal".

27 Artículo 64 Ley de Matrimonio Civil N° 19.947: "A falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto.
Si no se solicitare en la demanda, el juez informará a los cónyuges la existencia de este derecho durante la audiencia preparatoria.
Pedida en la demanda, en escrito complementario de la demanda o en la reconvención, el juez se pronunciará sobre la procedencia de la compensación económica y su monto, en el evento de dar lugar a ella, en la sentencia de divorcio o nulidad".

28 Artículo 65 Ley de Matrimonio Civil N° 19.947: "En la sentencia, además, el juez determinará la forma de pago de la compensación, para lo cual podrá establecer las siguientes modalidades:
1.- Entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes. Tratándose de dinero, podrá ser enterado en una o varias cuotas reajustables, respecto de las cuales el juez fijará seguridades para su pago.
2.- Constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor. La constitución de estos derechos no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiere tenido a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo".

En el primer caso, esto es, cuando la determinación la realizan las partes, se deben cumplir los requisitos establecidos en el citado art. 63 NLMC, aunque se hace necesario distinguir si el divorcio ha sido solicitado unilateralmente –en cuyo caso habrá que distinguir, a su vez, si su causa es el cese de la convivencia o la culpa, cuestión que, de todas formas, tiene un interés más bien teórico que práctico, ya que resulta difícil imaginar un divorcio por culpa en que las partes pudieran arribar a un acuerdo en torno al monto de la compensación- o si se trata de un divorcio solicitado de común acuerdo por los cónyuges por haber cesado su convivencia por más de un año.

Si se trata de un divorcio unilateral, rige lo anteriormente señalado, esto es, se aplica el art. 63 NLMC, conforme con el cual pueden celebrar estos acuerdos los cónyuges mayores de edad[29], debiendo dicho acuerdo constar en escritura pública o acta de avenimiento, y, además, el acuerdo debe ser aprobado por el tribunal. Estos requisitos no representan mayor dificultad, aunque luego de analizar la situación del divorcio solicitado de común acuerdo, retomaremos la idea relacionada con la aprobación judicial del acuerdo, específicamente en lo que refiere a las facultades del juez frente al convenio.

Desde este punto de vista, planteamos que la NLMC reconoce dicho principio en el art. 63 NLMC, comentado en el apartado anterior, dejando plena libertad a los cónyuges para regular la procedencia, monto y forma de pago de la compensación económica.

Si se trata de un divorcio unilateral, rige lo anteriormente señalado, esto es, se aplica el art. 63 NLMC, conforme con el cual pueden celebrar estos acuerdos los cónyuges mayores de edad[30], debiendo dicho acuerdo constar en escritura pública o acta de avenimiento, y, además, el acuerdo debe ser aprobado por el tribunal. Estos requisitos no representan mayor dificultad, aunque luego de analizar la situación del divorcio solicitado de común acuerdo, retomaremos la

29 Nada se señala con respecto a los mayores de 16 años que pueden celebrar matrimonio de acuerdo a lo prescrito por el art. 5 NLMC, que prescribe que no podrán contraer matrimonio: 2° Los menores de dieciséis años. Se trata de menores adultos (art. 26 Código Civil), que de acuerdo al art. 1447 del Código Civil, son relativamente incapaces, sujetos por regla general a la potestad de su padre o madre o sometidos a guarda. Los actos en que intervienen pueden ser ejecutados por ellos mismos con autorización de su padre, madre o curador, según el caso, o bien ser ejecutados directamente por sus representantes legales. Ducci Claro, C.: *Derecho Civil. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, cuarta edición, 2009, p. 286. Se ha señalado que la incapacidad generalmente no alcanza los actos de familia, y en este caso, pueden contraer matrimonio, pero no podrían sin autorización pactar una compensación económica.

30 Nada se señala con respecto a los mayores de 16 años que pueden celebrar matrimonio de acuerdo a lo prescrito por el art. 5 NLMC, que prescribe que no podrán contraer matrimonio: 2° Los menores de dieciséis años. Se trata de menores adultos (art. 26 Código Civil), que de acuerdo al art. 1447 del Código Civil, son relativamente incapaces, sujetos por regla general a la potestad de su padre o madre o sometidos a guarda. Los actos en que intervienen pueden ser ejecutados por ellos mismos con autorización de su padre, madre o curador, según el caso, o bien ser ejecutados directamente por sus representantes legales. Ducci Claro, C.: *Derecho Civil,* cit., p. 286. Se ha señalado que la incapacidad generalmente no alcanza los actos de familia, y en este caso, pueden contraer matrimonio, pero no podrían sin autorización pactar una compensación económica.

idea relacionada con la aprobación judicial del acuerdo, específicamente en lo que refiere a las facultades del juez frente al convenio.

5. Acuerdos sobre régimen de bienes.

El Código Civil permite pactar el regímenes patrimonial del matrimonio en las capitulaciones matrimoniales, poniendo término a las obligaciones pendientes entre los cónyuges, por tanto, una primera alternativa sería que ellos substituyan el régimen de bienes de sociedad conyugal por el de separación de bienes o participación en los gananciales, o el de separación total de bienes por el de participación (art. 1723 CC), y por otro lado regular la liquidación del régimen de sociedad conyugal y la determinación del crédito en el régimen de participación en los gananciales.

Otra alternativa, es que los cónyuges hagan una liquidación de la sociedad conyugal o la determinación del crédito de participación, en el convenio regulador sin subsistituir el régimen, para que surta efecto una vez que se decrete el divorcio, lo que pone término al matrimonio (art. 42 NLMC), y como consecuencia se disuelve la sociedad conyugal existente entre los cónyuges (art. 1764 N° 1 CC), o se ponga término al régimen de participación en los gananciales, ya sea por sentencia de divorcio o de separación judicial (art. 1792-27 N° 3 y 4 CC). En este sentido queda sujeto a la condición que se declare el divorcio o la separación.

Una materia relacionada con el régimen de sociedad conyugal, es el relativo a la renuncia de los gananciales, ya que por una parte, dicha renuncia debe ser pura y simple, sin que admita condición, plazo o modo[31] y como lo venimos comentando, en este caso la renuncia quedaría sujeta a la condición que se declare el divorcio o la separación judicial.

Por otro lado, la oportunidad de la renuncia esta regulada en el Código Civil, el que señala dos momentos: a) En las capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio (arts. 1719, 1721 CC), y b) Con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal[32]. En este sentido, no se podría renunciar estando vigente la sociedad conyugal, lo que podría ocurrir de renunciar en el convenio en el marco de un juicio de separación o divorcio, sin que se disuelva previamente la sociedad conyugal.

31 Rodríguez Grez, P.: *Regímenes patrimoniales*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 170.

32 Ramos Pazos, R.: *Derecho de*, cit., p. 271.

IV. REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO EN EL ÁMBITO FAMILIAR.

Nos parece en consecuencia que resulta necesario plantear algunas consideraciones respecto de los elementos de la teoría del acto jurídico analizada en perspectiva de los negocios jurídicos familiares, a lo menos respecto de las siguientes materias: solemnidades; capacidad, ineficacia, modalidades, representación y vicios del consentimiento.

1. Las solemnidades.

La mayoría de los actos jurídicos de Derecho Familiar son solemnes, como, por ejemplo, el matrimonio y el acuerdo de unión civil. También son solemnes los acuerdos que la ley permite celebrar a los padres en las materias relacionadas con sus hijos, como, por ejemplo, cuando van a regular las pensiones de alimentos (art. 11 LAFPPA) o el cuidado personal de sus hijos (art. 225 CC).

2. La capacidad.

En materia de familia, la capacidad no es la misma que para los actos patrimoniales. Así una persona con 16 años puede contraer matrimonio (art. 5° NLMC), ser responsable civilmente (art. 2319 CC) o puede adquirir la píldora del día después. Hoy en día, el tema de la capacidad de los niños, niñas y adolescentes se ve fuertemente cuestionado por el principio de la autonomía progresiva.

3. La ineficacia del acto jurídico.

Resulta evidente que las sanciones de ineficacia tienen un distinto tratamiento en materia familiar, donde no tienen aplicación, ni aun en forma supletoria, las reglas generales de la nulidad, y donde surgen algunas instituciones especiales, como la nulidad putativa, o un distinto tratamiento a los vicios del consentimiento, algunos de los cuales quedan excluidos en el matrimonio.

4. Las modalidades.

En un sentido similar las modalidades del acto jurídico como el plazo o la condición se encuentran excluidos de las relaciones familiares. No es posible celebrar un matrimonio sujeto a condición o a plazo. En general los actos que se pueden celebrar en materia de familia son puros y simples.

5. La representación.

Por regla general, se trata de actos *intuito personae.* Así, la representación queda excluida, salvo en aquellos casos en que el legislador expresamente ha

previsto dicha posibilidad, como en el mandato para contraer matrimonio (art. 103 CC), y aun en estos casos, tampoco sigue las reglas generales, más bien se trata de un mandato de tipo solemne, específico y determinado.

En consecuencia, es posible apreciar que varios de los elementos de la teoría del acto jurídico no resultan aplicables a los actos de familia, incluso pareciera quedar por lo menos *a priori* descartada su aplicación en forma supletoria.

CONCLUSIONES

Los profundos cambios experimentados por la legislación de familia en los últimos años, han transformado completamente el escenario presente a la fecha de dictación del Código Civil que reconocía una estructura familiar jerarquizada, en la que el marido era el jefe de la familia con plenas potestades respecto de su mujer, hijos y sirvientes.

La progresiva incorporación a nuestra legislación de diversos tratados sobre derechos humanos y su consagración constitucional, generan como consecuencia la paulatina incorporación de normas que tienden a establecer relaciones de igualdad entre los distintos integrantes del grupo familiar, además de reforzar el respeto de los derechos fundamentales de cada uno de ellos. Lo que representa un gran cambio en la situación jurídica en que se encuentran la mujer y los hijos, que de tener el deber de obediencia y obligaciones pasan a ser sujetos de derechos y obligaciones en un plano de igualdad del marido/padre.

Encontrándose, en una situación de igualdad y de respeto a sus derechos, los cónyuges pueden resolver sus conflictos de común acuerdo, regulando las materias de orden patrimonial entre ellos, como se ha señalado, eligiendo el régimen patrimonial del matrimonio, o pactando su substitución durante el mismo, e incluso determinado su disolución y liquidación. Además de la posibilidad de regular la compensación económica, al término del matrimonio.

Respecto de sus hijos, pueden regular el cuidado personal, la patria potestad, el régimen de relación directa y regular y los alimentos.

Todo ello, regulando cada una de las materias en forma independiente o en el acuerdo exigido en sede de separación o divorcio. Esta serie de actos consagrados por nuestra legislación civil habilitan a los cónyuges para dar la solución más conveniente a sus intereses, posibilitando no sólo el mantenimiento de la armonía familiar en forma posterior a la ruptura matrimonial, sino, además, el cumplimiento de los mismos. Desde el punto de vista procesal la ley incentiva y prioriza los

acuerdos, a través del denominado principio de colaboración y de los métodos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación y la conciliación.

Sin duda, el principio de autonomía de la voluntad tiene un enorme progreso en las relaciones familiares, en donde prácticamente se puede afirmar que no existen materias que no puedan regular los cónyuges. Ello desde el punto de vista patrimonial, sin embargo, con la incorporación de divorcio vincular y la separación, también se puede disponer de los efectos personales suprimiéndolos total o parcialmente. Sin embargo, la doctrina tradicional omite este principio, por lo que poco se ha avanzado en su contenido y alcance y menos aún cuales podrían ser los limites (temas que exceden los límites de este trabajo). Esta última afirmación, nos debe conducir a la revisión del acto jurídico de familia, con el objeto de revisar en el futuro, su contenido, características, la capacidad de las partes, la renuncia a los derechos, las modalidades y las formalidades, entre otros tópicos.

BIBLIOGRAFÍA

Bossert, G. y Zannoni, E.: *Manual de derecho de familia*, Editorial Astrea, Buenos Aires, sexta edición, 2007.

Díez-Picazo y Ponce De León, L.: "La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del derecho de familia", en *Convenios reguladores de las relaciones paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio,* Ediciones Universidad de Navarra, Navarra, segunda edición, 1989.

Domínguez Águila, R.: *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, segunda edición, 2013.

Domínguez Hidalgo, C.: "Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna", *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 32, Nº 2, 2005.

Ducci Claro, C.: *Derecho Civil. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, cuarta edición, 2009.

Lepin Molina, C. y Lama Gálvez, B.: *Código de Infancia*, Editorial Hammurabi, Santiago, Chile, segunda edición, 2021.

Lepin Molina, C.: *Los nuevos principios del Derecho de Familia*, Revista Chilena de Derecho privado, Nº23, Santiago, Chile, diciembre, 2014. Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000200001

Lepin Molina, C.: *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2010.

Lepin Molina, C.: *Derecho Familiar chileno*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2017.

Lepin Molina, C.: *Código de Derecho Familiar*, Editorial Hammurabi, Santiago, Chile, segunda edición, 2021.

López Burniol, J.: "Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales", en *Convenios reguladores de las relaciones paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, segunda edición, 1989.

Ramos Pazos, R.: *Derecho de Familia*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, t. I, quinta edición, 2005.

Rodríguez Grez, P.: *Regímenes patrimoniales*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

Rodríguez Pinto, M. S.: *Cuidado personal de niños y adolescentes. En el Nuevo Derecho Chileno de Familia*, Santiago, Editorial AbeledoPerrot LegalPublishing, 2010.

Solari, N.: *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2004.

Somarriva Undurraga, M.: *Derecho de Familia*, Editorial Nascimiento, Santiago, Chile, 1963.

Vial Del Río, V.: *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, quinta edición, 2012.

INTERESSE SUPERIORE DEL MINORE: LA FIGURA DEI NONNI NELL'ISTITUTO DELL'AFFIDAMENTO FAMILIARE

BEST INTEREST OF THE CHILD: THE FIGURE OF GRANDPARENTS IN THE FOSTER CARE SYSTEM

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1256-1275

Rosita LIFRIERI

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il presente saggio pone l'attenzione sulla valorizzazione della figura dei nonni,nell'affido temporaneo, da parte del giudice del merito. Tale valorizzazione risponde all'interesse superiore del minore: affidare il bambino, già allontanato dai suoi genitori biologici, ai nonni significa evitargli lo sdraticamento, dal contesto familiare in cui è cresciuto. In materia di affidamento familiare, è fondamentale non allentare il legame che il minore ha con il nucleo familiare d'origine, in quanto tale istituto, superate le situazioni temporanee di difficoltà dei genitori per le quali viene disposto, prevede il rientro dello stesso minore nella sua famiglia d'origine.

PALABRAS CLAVE: Affidamento familiare; nonni; minore.

ABSTRACT: *This essay focuses on the enhancement of the figure of grandparents, in temporary custody, by the judge of merit. This enhancement responds to the best interests of the child: entrusting the child, already estranged from his biological parents, to the grandparents, means avoiding him from becoming relaxed from the family context in which he grew up. In the matter of family custody, it is essential not to loosen the bond that the minor has with the family unit of origin, as this institution, once the temporary situations of difficulty of the parents for which it is ordered are overcome, provides for the return of the same minor to the his family of origin.*

KEY WORDS: *Family fostering; grandparents; child..*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE:L'AFFIDAMENTO FAMILIARE.- 1. Le modifiche alla l. n. 184/1983 apportate dalla l. n. 173/2015.- II. IL RUOLO DEI NONNI NELL'AFFIDO TEMPORANEO.- III. RIFLESSIONI CONCLUSIVE SULL'AFFIDO TEMPORANEO AI NONNI COME PROTEZIONE DEL MINORE E SUL RUOLO SVOLTO DAL GIUDICE DEL TRIBUNALE PER I MINORENNI.

I. INTRODUZIONE: L'AFFIDAMENTO FAMILIARE.

L'istituto dell'affidamento familiare è stato introdotto,nell'ordinamento giuridico italiano, dalla legge 4 maggio 1983, n.184 Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori.

L'art. 2 della presente legge al 1comma così recita: "il minore, che sia privo di un ambiente familiare idoneo può essere affidato ad un'altra famiglia possibilmente con figli minori o ad una persona singola, o ad una comunità di tipo familiare, al fine di assicurargli il mantenimento, l'educazione e l'istruzione".

Al 2 comma, invece, prosegue stabilendo che: "ove non sia possibile un conveniente affidamento familiare, è consentito il ricovero del minore in un istituto di assistenza pubblico o privato, da realizzarsi di preferenza nell'ambito della regione di residenza del minore stesso".

L'intento del legislatore è stato, dunque, quello di introdurre nell'ordinamento giuridico italiano un intervento di carattere temporaneo, quale appunto l'affidamento familiare, volto ad aiutare e sostenere i minori allontanati dalle famiglie di origine, che non sono in grado di occuparsi delle loro necessità[1].

Un istituto a carattere temporaneo in quanto dura per tutto il tempo in cui la famiglia di origine (con la quale il minore conserva un legame e nella quale, di norma, è destinato a rientrare) versa in una condizione di difficoltà, economica o psichica, tale da impedire al bambino un ambiente familiare idoneo per poter crescere serenamente e in modo equilibrato.

Successivamente nel 2001, con la legge n. 149, Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile, il sopracitato articolo 2 della l. n 184/1893 è stato così modificato: "il minore temporaneamente privo di un

1 Addesso, P.: *Affidamento familiare, profili fiscali,contributivi,isee e amministrativi*, Franco Angeli,Milano, 2018, p.9.

• Rosita Lifrieri
Dottoressa in giurisprudenza. E-mail:rositalifrieri@libero.it

ambiente familiare idoneo, nonostante gli interventi di sostegno e aiuto disposti ai sensi dell'articolo 1, è affidato ad una famiglia, preferibilmente con figli minori, o ad una persona singola, in grado di assicurargli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno. Ove non sia possibile l'affidamento nei termini di cui al comma 1, è consentito l'inserimento del minore in una comunità di tipo familiare o, in mancanza, in un istituto di assistenza pubblico o privato, che abbia sede preferibilmente nel luogo più vicino a quello in cui stabilmente risiede il nucleo familiare di provenienza. Per i minori di età inferiore a sei anni l'inserimento può avvenire solo presso una comunità di tipo familiare. In caso di necessità e urgenza l'affidamento può essere disposto anche senza porre in essere gli interventi di cui all'articolo 1, commi 2 e 3. Il ricovero in istituto deve essere superato entro il 31 dicembre 2006 mediante affidamento ad una famiglia e, ove ciò non sia possibile, mediante inserimento in comunità di tipo familiare caratterizzate da organizzazione e da rapporti interpersonali analoghi a quelli di una famiglia[2]. Le regioni, nell'ambito delle proprie competenze e sulla base di criteri stabiliti dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, definiscono gli standard minimi dei servizi e dell'assistenza che devono essere forniti dalle comunità di tipo familiare e dagli istituti e verificano periodicamente il rispetto dei medesimi[3].

Ne deriva che : il presupposto indefettibile dell'affidamento familiare è che il minore sia temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo; la sua funzione è quella di un intervento integrativo temporaneo del rapporto familiare; con l'affidamento familiare, lo stato familiare del minore non viene modificato: salvo specifico provvedimento di decadenza , i genitori mantengono la titolarità della responsabilità genitoriale, mentre agli affidatari spetta educare, mantenere ,istruire e assistere moralmente il minore[4].

Così inteso, l'affidamento temporaneo si distingue dall'affidamento preadottivo (disciplinato dagli artt. 22 comma 6, 23 e 24, l. n 184/1983) che è l'affidamento

2 Sul punto Long, j.: "La tutela civile del minore",in AA.VV.:*Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*,(a cura di L. Lenti),volume sesto, Giuffrè,Milano,2012,p.215:" Sebbene in alcune regioni italiane il ricorso all'istituzionalizzazione sia stato superato già prima della scadenza prevista dal legislatore, non tutti gli istituti esistenti sono stati effettivamente chiusi ;talvolta inoltre si è palesato il rischio di un mero cambio di denominazione o di un rilevante ampliamento della capacità ricettiva delle comunità educative preesistenti.".

3 Sull'affidamento familiare Bianca, C.M.: "Note per una revisione dell'istituto dell'adozione", *Jiuscivile,* 2018, n. 1°, pp.60-64 osserva che: "L'affidamento ha, e deve conservare, una presenza centrale nell'area delle forme di interven- to a favore dei minori, ma occorre che ne sia garantita l'applicazione conforme alla sua funzione. Pure se previsto per sopperire alle situazioni in cui il minore è temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, l'affidamento familiare inserisce il minore in una famiglia, che deve assicurargli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui ha bisogno (art. 2 l. adoz.). Gli enti e le strutture giuridiche non sono in grado di assolvere questi compiti e soprattutto non sono in grado di prestare quella cura affettiva che può essere prestata solo attra- verso uno stabile rapporto personale. Di questa cura il minore ha bisogno essenziale per la sua crescita armoniosa. Si rende pertanto assolutamente necessario escludere che il minore sia dato in affidamento ai servizi sociali o altri enti, salvi i casi di urgenza e comunque in via del tutto provvisoria".

4 Cfr. Bianca.C.M.: *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 3-87.

sperimentale del minore ai richiedenti adottanti[5]. In altre parole l'affidamento preadottivo è finalizzato ad inserire definitivamente il minore adottato nella nuova famiglia.

Proseguendo, l'affidamento familiare può essere consensuale se i genitori esercenti la responsabilità genitoriale o il tutore danno il loro consenso. Spetta al servizio sociale locale, del comune in cui si trova il minore, emanare il provvedimento di affido.

Al contrario, nel caso in cui manca il consenso della famiglia di origine, è il Tribunale per i minori, territorialmente competente, ad adottare d'ufficio il provvedimento. In quest'ultimo caso si parla di affidamento giudiziale[6].

Per quanto concerne poi, il consenso del minore, questo non è richiesto dalla legge. Il minore però di età superiore a 12 anni, o anche di età inferiore se ha capacità di discernimento, deve essere ascoltato in quanto un eventuale dissenso, rende problematica la convenienza del provvedimento, da giustificarsi sempre nell'interesse del minore stesso[7].

Sulla durata dell'affidamento familiare,la legge prevede che essa sia non superiore a ventiquattro mesi[8]; esso cessa invece con provvedimento della stessa autorità che lo ha emanato; quando viene meno la situazione di difficoltà della famiglia d'origine che lo ha determinato; nel caso in cui la prosecuzione dell'affidamento possa arrecare un pregiudizio al minore[9].

Nello specifico però cosa succede quando il termine è scaduto e la famiglia di origine non ha risolto i suoi problemi, a causa dei quali è stato disposto l'affidamento familiare, ma mantiene un rapporto significativo con il minore?[10]

Il termine di ventiquattro mesi può essere prorogato dal Tribunale per i minorenni nell'interesse esclusivo del minore. La legge n.149 del 2001 non stabilisce un limite al numero delle proroghe possibili, ma è obbligo dei servizi sociali e del Tribunale per i minorenni svolgere periodicamente delle verifiche, al fine di accertare se il minore può o no continuare a vivere e crescere nella famiglia diversa da quella di origine. [11] In questi casi, nella realtà, avviene frequentemente, che il Tribunale per i minorenni, trattandosi di una decisione assai complessa,

5 Bianca, C.M.: *Istituzioni di,* cit., p. 832.

6 Valboa,U.: "L'affidamento familiare,in seguito alla legge di riforma del 28.03.2001 n. 149",*www.diritto.it*,21 febbraio 2008 .

7 Bianca, C.M.: *Istituzioni di,* cit., p. 837.

8 Cfr. Art.4, comma 4, Legge 28 marzo 2001, n. 149.

9 Cfr. Art.4, comma 5, Legge 28 marzo 2001, n. 149.

10 Così Bianca, C.M.: "Audizione Camera dei Deputati", *documenti.camera.it.*,10 giugno 2015.

11 V. Onida, T.: "Il processo di deistituzionalizzazione del minore", *www.minorigov.it* , 20 aprile 2016.

tende a prorogare l'affidamento del minore alla famiglia affidataria per un periodo lungo, al fine di custodire contemporaneamente il legame del bambino con la sua famiglia d'origine. Ecco allora che, queste situazioni particolari, sono delle vere e proprie zone grigie: il minore non può né rientrare nella famiglia di origine, causa la situazione familiare in cui versa, né può essere dichiarato adottabile.

Sul punto, le esperienze realizzate finora, dimostrano come, pur essendo primario l'obiettivo, di far rientrare il minore affidato nella sua famiglia di origine, solo una parte di minori affidati, che versano nella situazione sopradetta, rientrano a casa dai propri genitori; gli altri restano nelle famiglie affidatarie, anche dopo la maggiore età, in quanto la famiglia d'origine,nel corso del tempo,pur mantenendo un legame significativo con il minore, non è riuscita a garantire allo stesso un'ambiente idoneo per una giusta crescita e formazione.

1. Le modifiche alla l. n. 184/1983 apportate dalla l. n. 173/2015.

Per quanto concerne il rapporto minori e famiglia affidataria, nel 2015, è stata introdotta la legge 19 ottobre, n. 173 Modifiche alla legge 4 maggio 1983,n.184,sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare.

La novella normativa prevede da un lato la possibilità che il minore affidato, se dichiarato adottabile, possa essere adottato dalla famiglia affidataria; dall'altro lato intende dare attuazione al principio della continuità dei rapporti affettivi, nati durante il periodo dell'affidamento familiare.

Così infatti l'art. 1 della legge n. 173 del 2015 stabilisce che all'art. 4 della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, dopo il comma 5 sono inseriti i commi 5 bis e 5 ter.

Iniziando dal comma 5 bis, esso recita: "qualora, durante un prolungato periodo di affidamento, il minore sia dichiarato adottabile ai sensi delle disposizioni del capo II del titolo II e qualora, sussistendo i requisiti previsti dall'articolo 6, la famiglia affidataria chieda di poterlo adottare, il Tribunale per i minorenni, nel decidere sull'adozione, tiene conto dei legami affettivi significativi e del rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria".

E'necessario precisare però che, ai fini della dichiarazione dello stato di adottabilità è determinante, non il prolungato periodo di affidamento del minore, ma l'accertamento della sua situazione di abbandono, così come disposto dall'art. 8, 1 comma legge 4 maggio 1983, n. 184[12].

12 Art. 8 ,1 comma, Legge 4 maggio 1983, n. 184, capo II del Titolo II : "Sono dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni del distretto nel quale si trovano, i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti

Qualora la famiglia affidataria chieda di poter adottare il minore dichiarato adottabile, deve presentare domanda nominativa al Tribunale per i minorenni, motivando la stessa con l'esistenza di un legame affettivo stabile e duraturo, consolidatosi nel tempo tra gli affidatari e il minore.

Il successivo comma 5 ter dell'art. 1 legge n. 173 del 2015 stabilisce che: "qualora, a seguito di un periodo di affidamento, il minore faccia ritorno nella famiglia di origine o sia dato in affidamento ad altra famiglia o sia adottato da altra famiglia, è comunque tutelata, se rispondente all'interesse del minore, la continuità delle positive relazioni socio-affettive consolidatesi durante l'affidamento ".

In altre parole la continuità delle positive relazioni socio-affettive consolidatosi, durante l'affidamento, tra il minore e la famiglia affidataria, deve essere assicurata soltanto se non risulta essere pregiudizievole all'interesse del minore .Viene da pensare che tale disposizione normativa può tradursi nell'importante principio di Guglielmo di Occam : "affectus non sunt multiplicandi praeter necessitatem", ossia non moltiplicare gli affetti più del necessario, se ciò avviene a rischio di esperienze traumatiche del minore interessato[13].

Sicchè il legame minore-affidatari non costituisce un valore in sé,il cui rispetto deve avvenire sempre e comunque ,ma soltanto nel caso in cui risulti essere importante, funzionale ,ad una crescita serena ed equilibrata del bambino. Difatti la legge n. 173 del 2015 è una legge che pone al centro della tutela il minore: riconoscere la continuità degli affetti, nati durante il periodo dell'affidamento familiare, significa garantire un'ulteriore protezione a tutti quei bambini che vivono, nella loro vita, la separazione dalla propria famiglia di origine e il collocamento in un contesto familiare diverso da quello di nascita.

Forse allora per una corretta applicazione della legge sopracitata basterebbe applicare il celebre monito Kantiano[14]. Immanuel Kant sostiene che: "l'uomo va trattato sempre come fine e mai come mezzo"[15]. Secondo il filosofo, il presupposto di ciò è da rinvenirsi nel fatto che l'esistenza di ogni persona, è in sè un fine stesso. L'uomo, si rappresenta come fine in sé, non come qualcosa che può essere usata come oggetto del rispetto.

a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio.".

13 Così Losco, M.: "Il lungo cammino per il riconoscimento del diritto alla continuità di positive relazioni affettive, per i minorenni in affido familiari dichiarati adottabili", *psicologia &giustizia*, 2018, num. 2°, p. 1ss.

14 Heilegger, H.B.:"La legge sulla continuità degli affetti : nuove prospettive in tema di adozione e affidamento.", *genitorisidiventa.org*, 6 maggio 2018.

15 Sul punto si veda Kant,I.: *Critica della Ragione Pratica* e *Fondazione della Metafisica dei Costumi* (a cura di C. Lazzerini), Glifo Ebooks, Roma, 2018, p. 10, che così afferma: "Ora io dico :l'uomo,e in generale ,ogni essere razionale esiste come fine in se stesso ,e non soltanto come mezzo che questa o quella volontà possa usare a suo piacimento. Anzi, l'uomo, in tutte le sue azioni rivolte verso se stesso come verso altri esseri razionali, deve sempre considerare nello stesso tempo l'uomo come fine".

Così il minore è soggetto di diritti inalienabili, è grazie ai principi affermati nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, nella Convenzione Onu sui diritti del fanciullo del 1989 (ratificata in Italia con la legge n. 176 del 1991) che viene modificata l'idea di bambino che non "si configura più come mero oggetto di tutela e protezione ma come vero e proprio soggetto di diritti, come persona che ha un proprio valore e una propria dignità". [16]Sulla base della tutela internazionale dei diritti umani, si è giunti ad un riconoscimento dei diritti dei bambini e all'individuazione degli strumenti per promuoverli, difenderli[17].

La stessa legge n. 173 del 2015 è la dimostrazione di come il legislatore ha recepito quanto contenuto nei provvedimenti della Corte europea dei diritti dell'uomo; nello specifico il riferimento va alla sentenza Moretti e Benedetti c. Italia[18] del 27 aprile 2010 (ricorso n 16318/07), in cui la frequentazione delle figure affettive significative rappresenta una manifestazione del diritto di cui all'art. 8 Cedu.

Esso è intitolato "Diritto al rispetto della vita privata e familiare" e stabilisce al 1 comma che ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

Al 2 comma prosegue affermando che non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Nell'interpretare la nozione di vita familiare ex art. 8 Cedu, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso Moretti e Benedetti c. Italia, ha specificato che essa non comprende solo i rapporti fondati sul matrimonio e sulla filiazione legittima ma può comprendere altre relazioni de facto. La determinazione del carattere familiare delle relazioni di fatto deve avvenire sulla base di un certo numero di elementi: il ruolo assunto dall'adulto nei confronti del bambino, il tempo trascorso insieme tra i due, la qualità delle relazioni ecc.

Sono questi i valori tipici di un ambiente familiare valido in cui il ruolo svolto dal genitore, nei confronti del minore, è indispensabile per il suo sviluppo psico-fisico. Una cessazione di questi valori, costituenti relazioni di fatto a carattere

16 Mengarelli, M.: "La tutela del minore", *Cittadini in crescita. Il garante:promozione e protezione*, 2006, num. 3°, p. 56.

17 Moro, A .C.: *Manuale di diritto minorile* (a cura di L.Fadiga), Zanichelli, Bologna, 2008, p. 10.

18 Lifrieri, R.: "Due modelli giurisprudenziali e due ipotesi a confronto in tema di continuità affettiva", *Atti del Convegno The best interest of the child* (a cura di M. Bianca), Sapienza, Roma, 22 settembre 2018.

familiare, è ingiusta per la crescita armoniosa del minore. E' da ciò che si rileva l'importanza della continuità degli affetti[19] , la cui tutela successivamente è stata riconosciuta dalla legge 19 ottobre 2015, n. 173, la quale mira ad assicurare al minore una famiglia fondata su validi legami affettivi piuttosto che una famiglia basata su requisiti di tipo formale[20].

II. IL RUOLO DEI NONNI NELL'AFFIDO TEMPORANEO.

Sicuramente uno dei legami affettivi più importanti è quello che si stabilisce tra nonni e nipoti. I corrispettivi europei del termine italiano nonni, quello inglese grandparents, quello francese grands-parent oppure quello tedesco großeltern, rimandano ad una riflessione molto interessante:i nonni, all'interno del nucleo familiare, sono delle figure tanto importanti che si affiancano ai genitori, fin quasi certe volte a superarli[21]. Il ruolo dei nonni assume una valenza primaria nella vita dei bambini soprattutto quando questi ultimi sono molto piccoli.

In quest'ottica si inserisce e si sviluppa il tema dell'affido ai parenti (entro il quarto grado, come appunto i nonni), un tema che frequentemente resta invisibile sia nella percezione comune, sia nel dibattito concernente gli strumenti adatti a fronteggiare

situazioni familiari gravi, che rischiano di pregiudicare la crescita di minori. Il perché risiede in due fattori principali.

Il primo è che l'affido ai parenti, nel sentire comune, è spesse volte considerato come la formalizzazione di una prassi usuale, ossia l'accentuazione di quanto già comunemente avviene nelle famiglie in termini di scambio di aiuti, siano essi di natura domestica, economica o di cura.

In secondo luogo, il voler diffondere (attraverso campagne di sensibilizzazione) la cultura al reperimento di famiglie,in grado di accogliere minori in difficoltà, pone al centro dell'attenzione la figura dell'affidamento eterofamiliare[22].

Il rapporto numerico tra minori in affidamento interfamiliare, eterofamiliare e minori accolti nei servizi residenziali colloca l'Italia in una posizione intermedia nel panorama europeo, precede la Germania e tutti i Paesi dell'Est in cui è molto

19 Cfr.Grosso, P.G.:"Corte europea dei diritti dell'uomo: l'adozione di minori in affidamento familiare e la continuità degli affetti", *Prospettive assistenziali*, 2010, num.172°, pp. 24-26.

20 Montaruli, V.: "Rivisitazione dell' "adozione mite",continuità affettiva e nuove prospettive in tema di adozione", *giudicedonna.it*, 2017, num.4°, p. 1ss.

21 V.Lo Sapio, G.: *Lei c'era. Il rapporto insostituibile tra nonni e nipoti*, Armando editore, Roma, 2007, p. 27.

22 V. May, M.P. *Il peso degli affetti. Una ricerca sull'affido a parenti nella provincia di Milano*, il Melograno, Milano, 2008, p. 16

elevato il ricorso all'istituzionalizzazione. Inoltre le statistiche (al 31 dicembre 2008) dimostrano,che circa il 50.4%, a livello nazionale, degli affidi alle famiglie sono interfamiliari. Spiccate differenze si registrano a livello locale, come ad esempio accade nelle regioni del sud, in cui la collocazione del minore presso un parente rappresenta i due terzi del totale. La ragione è chiara:il rimanere all'interno della propria sfera parentale limita, per quanto possibile, gli effetti negativi dello sdradicamento del minore dall'ambiente di origine[23].

Su questa linea di pensiero si è espressa, nel 2019,la Corte di Cassazione,la quale ha sottolineato che la preferenza all'affido interfamiliare (rispetto a quello eterofamiliare) è giustificabile, al fine di garantire,al minore, il diritto ad una crescita equilibrata all'interno della propria famiglia di origine.[24] Nello specifico il Tribunale per i minorenni di Venezia[25] dispone ,d'ufficio, il collocamento di due minori in un ambiente etero-familiare ,ritenuta l'inadeguatezza delle competenze dei genitori e dei nonni paterni. Ai servizi sociali spetta l'obbligo di disciplinarne gli incontri anche in forma protetta. La Corte d'appello di Venezia, sulla base del reclamo del padre e dei nonni paterni fissa il termine di durata (18 mesi) del provvedimento impugnato. Conferma altresì l'inadeguatezza dei genitori, i quali entrambi hanno picchiato i minori, mentre il padre ha commesso atti di violenza sulla moglie dinanzi ai figli. Inoltre la Corte specifica che: l'inadeguatezza del padre a prendersi cura dei minori è dettata anche dal lavoro che egli svolge (l'autista); inadeguatezza confermata anche per i nonni, derivante dalla loro età avanzata, dai metodi educativi violenti utilizzati dal nonno nei confronti di un nipote e dall'atteggiamento critico della nonna verso la madre dei minori.

I nonni dei minori propongono ricorso per Cassazione,denunciando con il ricorso, la mancanza di un'accurata valutazione da parte della Corte di merito, esito a sua volta di un'accurata istruzione circa la ritenuta non idoneità dei nonni, a rendersi affidatari dei nipoti (la nonna solo una volta ha criticato la madre dei piccoli e il nonno ha schiaffeggiato il nipote solo in qualche occasione perché maleducato e indisponente). Inoltre presso gli stessi nonni, i minori sono stati già collocati transitoriamente, dal Sindaco, del comune di Gorgo al Monticano, nel luglio dello stesso anno, ai sensi dell'art. 403 c.c.[26] Tale art. 403 c.c.[27]. "Intervento della pubblica autorità a favore dei minori" stabilisce infatti che quando il minore è

23 Long, J.: "La tutela ", cit., p. 316.

24 Renna, M.: "Affido intra-familiare e adeguatezza parentale", *rivistafamilia.it*, 5 dicembre 2019.

25 Cass.4 novembre 2019, n. 28257.

26 Cass.14maggio 2005, n. 10126: "la presenza di significativi rapporti con il minore ,accompagnati dalle relazioni psicologiche e affettive,che normalmente caratterizzano un così stretto legame di parentela, da parte di un parente (nella specie la nonna),costituiscono il presupposto giuridico per escludere lo stato di abbandono e quindi la dichiarazione di adottabilità. Lo stato di abbandono deve quindi basarsi sempre su un'obiettiva e reale situazione esistente in atto.

27 Sull'art. 403 c.c. si rimanda a Bianca, M.: "Osservazioni sulla proposta di modifica dell'art.403 del codice civile,in materia di intervento della pubblica autorità a favore dei minori A.C.429 9 ", *giudicedonna.it*, 2017, num. 4°, pp .1-5.

moralmente o materialmente abbandonato, oppure è allevato in locali pericolosi o da persone che per vari motivi (negligenza, immoralità ,ignoranza)non sono capaci di provvedere all'educazione di lui, è la pubblica autorità, che a mezzo degli organi di protezione dell'infanzia, lo colloca in un luogo sicuro ,fino a quando si possa provvedere definitivamente alla sua protezione. Nonostante tale collocamento, ex. art. 403 c.c., dei minori,i nonni non sono stati sentiti in giudizio e a sostegno del mancato affidamento, da parte del Tribunale, nessuna c.t.u. è stata disposta.

Il secondo motivo, su cui pogia il ricorso, fatto valere dai ricorrenti, è l'omissione di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti[28],ossia il rapporto affettivo in essere tra nonni e nipoti e il desiderio,manifestato,dei primi a prendersi cura dei secondi, in virtù del rapporto di confidenza e fiducia instaurato tra gli stessi.

Nell'esaminare il caso, la Corte di Cassazione, dopo aver ricordato la funzione dell'istituto dell'affido temporaneo (superare gli esiti pregiudizievoli dei genitori), ha aggiunto che a tale funzione deve accompagnarsi l'esigenza primaria di non allentare il legame del minore con la famiglia d'origine, di cui i nonni sono chiara espressione. In tal senso,il giudizio e l'eventuale istruttoria da svolgersi dal giudice del merito (concernente l'adeguatezza o meno del familiare prescelto all'affido temporaneo per salvaguardare lo sviluppo psico-fisico del minore)deve essere svolto valorizzando il ruolo delle figure vicarianti inter-familiari. Criterio guida in materia di affido, anche temporaneo, è il mantenimento del rapporto che il minore ha con la famiglia di origine. La misura dell'affidamento etero-familiare, (nel caso in questione disposto dai giudici di merito), pur costituendo un intervento "ponte" destinato a proteggere il minore, rimuovendo situazioni temporanee di difficoltà nell'ambito familiare, comunque costituisce un momento di separazione tra il minore e la sua famiglia di origine.

Ecco allora che, nell'interesse superiore del minore, la Corte ha valorizzato l'affido interfamiliare, alla luce del diritto del minore a crescere nella propria famiglia di origine. Evitando così quella doppia appartenenza che spesso il minore, con l'affido etero-familiare, è chiamato a vivere e da cui ha origine un conflitto di lealtà. Può accadere, infatti, che egli avverta sentimenti di tradimento, slealtà nei suoi confronti, sia da parte della famiglia di origine, sia da parte della famiglia affidataria.[29]

Questo recente orientamento giurisprudenziale (sent. n. 28257/2019) è frutto del richiamo di quanto già affermato nel passato. Basti pensare alla sentenza sul noto

28 Cfr.1 comma, n. 5, art. 360 c.p.c."Sentenze impugnabili e motivi di ricorso".

29 Greco, O.:*Il lavoro clinico con le famiglie complesse. Il test la doppia luna nella ricerca e nella terapia*., Franco Angeli, Milano, 2006, p. 70.

caso di Livorno[30]. Una minore, viene inserita da subito in una struttura e affidata ai servizi sociali. Nella stessa struttura viene accolta anche la madre a causa delle sue compromesse condizioni psichiche, ma successivamente, attraverso relazione dei servizi sociali, si constata sia il fallimento del percorso di recupero delle capacità genitoriali della mamma sia un possibile miglioramento dei rapporti di questa con la figlia. Ad intervenire nel procedimento è la nonna,chiedendo l'affidamento della nipote.La madre aderisce a siffatta richiesta, ma il P.M. richiede la dichiarazione di adottabilità. Così il Tribunale per i minorenni dichiara l'adottabilità della minorenne. Sospende la responsabilità genitoriale della madre; nomina tutore provvisorio il responsabile del servizio sociale di Livorno; sospende gli incontri tra la minore e la nonna e dispone il collocamento provvisorio della minore presso una famiglia disponibile all'adozione. Ad appellare la sentenza sono la madre e la nonna della minore. Nello specifico, la nonna rivendica di poter fornire alla minore un'adeguata sostituzione della genitorialità, in vista di un recupero delle capacità genitoriali della madre, essendo ella sostenuta anche da un compagno, legato a lei da 19 anni.

La relazione del servizio sociale, dimostra però che la nonna non può assicurare un adeguato sviluppo psico-affettivo alla nipote. Positivo, invece, risulta dalla relazione, l'inserimento della piccola all'interno della famiglia,ritenuta idonea per l'adozione. Pertanto la Corte d'appello di Firenze respinge gli appelli riuniti.

La nonna ricorre per Cassazione. Ella invoca il diritto del minore a crescere all'interno della propria famiglia, ex. art. 1 legge n. 183/1984, rilevando anche come, attraverso tale legge, ruolo insostituibile è dato alla valutazione delle possibilità che il cerchio parentale, più stretto, offre per poter supplire alle carenze dei genitori. Infatti secondo la ricorrente la sua idoneità e disponibilità all'affidamento,per esercitare una funzione di supplenza, di sostegno al recupero della capacità genitoriale della madre, non sono state adeguatamente valutate. In altre parole il convincimento del giudice si è fondato sulle relazioni dei servizi sociali.

La Corte di Cassazione, al fine di garantire la tutela del diritto del minore a crescere nella propria famiglia, ha così accolto il ricorso della nonna, stabilendo una valutazione accurata delle possibilità di cura, che la nonna può fornire alla minore, al fine di garantirle la permanenza all'interno del nucleo della famiglia d'origine. L'accertata e verificata disponibilità della nonna, a prendersi cura della minore, in virtù dell'affetto nutrito verso quest'ultima, può integrare il presupposto giuridico per escludere lo stato di abbandono, nonché la conseguente dichiarazione di adottabilità.

Ciò insegna e dimostra come i nonni hanno tutto il diritto di essere valutati come possibili affidatari, nel caso in cui l'ambiente familiare sia temporaneamente

30 Cass. 30 giugno 2016, n. 13431.

inidoneo alla crescita del minore, e quando essi manifestano seriamente la loro volontà a prendersi cura dei loro nipoti[31].

Su quest'ultimo punto, infatti, occorre precisare che non è sufficiente né la mera disponibilità né l'aspirazione dei nonni, a farsi carico dei minori, ma è necessario un rapporto sottostante di familiarità ed accudimento, o deve esistere un tentativo di contrastare la condizione di degrado dei minori, attraverso interventi sostitutivi dei genitori o denunce alle autorità di controllo[32].

A tal riguardo, significativa è una recente sentenza, del 2020, del Tribunale di Castrovillari[33], avente ad oggetto la vicenda relativa all'affidamento di due minori, che si è conclusa con l'affidamento super esclusivo al padre dei due bambini, a causa dell'alienazione parentale, posta in essere dalla madre nei confronti del padre e a danno dei bambini. Nell'ambito di tale procedimento, si è proposta come soggetto aspirante all'affidamento dei minori,da preferire addirittura al padre dei medesimi ,anche la nonna materna. Una proposta però ritenuta inaccoglibile, nell'ambito di tale disegno di legge, da parte dei giudici del Tribunale di Castrovillari per due fattori. Il primo riguardante il primato da riconoscere al legame genitoriale rispetto a quello nonna-nipote; il secondo concernente la probabile corresponsabilità della nonna materna nell'aver determinato la situazione di alienazione parentale, posta in essere dalla madre nei confronti del padre dei minori e a loro danno.

Tale sentenza conferma, in primo luogo, quanto affermato prima: la sola aspirazione dei nonni a divenire affidatari dei nipoti non è sufficiente affinchè l'affidamento interfamiliare può considerarsi la soluzione ottimale (rispetto anche all'affido eterofamiliare) per garantire al minore la permanenza nella famiglia di origine.

In secondo luogo un'ulteriore riflessione sorge.

L'affido interfamiliare, costituisce una mossa all'interno di un sistema familiare preesistente, deve essere sempre valutato se può essere protettivo per il piccolo. Rispetto alla protettività, un punto critico è cogliere qual' è l'atteggiamento dei possibili parenti affidatari, i nonni, nei confronti del genitore del bambino; se

31 V. Ruperto , C.:*La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina. Libro I delle persone e della famiglia*, (a cura di G.S. Richter), Giuffrè, Milano, 2011, p. 264, che osserva :"E' illegittimo e va pertanto annullato il decreto del tribunale per i minorenni con il quale, senza formalmente pronunciarsi sulla domanda di affidamento proposta dalla nonna del minore,sia disposto l'inserimento di quest'ultimo in una famiglia estranea,idonea all'affidamento, senza sentire i genitori dell'infante, mentre la legge sull'affidamento e l'adozione richiede che venga dai giudici verificata la volontà parentale su di un problema di sì grave importanza, non solo come verificata adesione ad un atto assistenziale prospettato dai servizi sociali, ma, soprattutto come accettazione, o rifiuto, di una collocazione del figlio fuori della famiglia di sangue, avente notevolissimi riflessi ed implicazioni sulla potestà parentale, ed, almeno potenzialmente, sulla prosecuzione stessa dei rapporti con il minore. (App. Torino, 11 luglio 1991. Dir.famiglia 1991, f .4)".

32 Cass. 31 marzo 2011, n. 7504.

33 Trib.Castrovillari 30 giugno 2020, n. 1218.

esistono possibili dinamiche, che essi si giocano reciprocamente, nel dare/prendere in affidamento il minore. Il bambino non puo' trovarsi coinvolto in un gioco che ha a che fare con la storia familiare dei suoi genitori perché così facendo, egli pur mantenendo dei punti di riferimento affettivi ed educativi propri della famiglia d'origine, viene coinvolto al centro di dinamiche disfunzionali. Tutto ciò pregiudica la possibilità per il minore stesso di crescere in una famiglia dedita e amorevole nei suoi confronti[34].

In definitiva, nel caso dell'affido temporaneo,il ruolo dei nonni è valorizzato dalla giurisprudenza recente al fine di non allentare il legame del minore con la famiglia di origine, di cui gli stessi nonni sono chiara espressione, ma il loro ruolo (come evidenziato dall'evoluzione della famiglia in senso antiautoritario), in tutte le relazioni affettive di maggiore rilievo deve essere di supporto e di aiuto[35]. In capo agli ascendenti si configura un obbligo e un insieme di doveri di intrattenere relazioni positive con minori che risultano essere fondamentali per un'idonea esplicazione della loro personalità.[36]

In quest' ottica, il contributo della figura dei nonni si svolge nell'interesse esclusivo del minore.

III.RIFLESSIONI CONCLUSIVE SULL'AFFIDO TEMPORANEO AI NONNI COME PROTEZIONE DEL MINORE E SUL RUOLO SVOLTO DAL GIUDICE DEL TRIBUNALE PER I MINORENNI.

Ponendo l'attenzione sul diritto interno e sul diritto sovranazionale, il diritto di famiglia si muove lungo delle direttici dirette a tutelare il soggetto familiare debole: il minore.

Una tutela che si declina riconoscendo, allo stesso,il diritto di crescere e di essere educato, nell'ambito della propria famiglia, ex art. 1 l. n. 184/1983.

Il problema dei minori fuori famiglia non riguarda solo i figli dati in adozione ma anche quelli dati in affidamento familiare. Quest'ultimo, pur essendo un'alternativa più favorevole rispetto alla collocazione del bambino presso strutture di

34 Giordano, M.: "Il significato dell'allontanamento nel processo di protezione del minore e della "cura sociale"della famiglia di origine" in AA.VV.: *A Babele non si parla di affido* (a cura di M.Giordano, M. Iavarone, C. Rossi), Franco Angeli, Milano, 2011,p. 75.; Sul punto Bianca, M.: "Il diritto del minore all'amore dei nonni "in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, tomo I, Univ. Catania, Giuffrè, 2006, p. 130 osserva che :"La maggioranza delle decisioni si fondano sull'applicazione degli artt. 330 ss. sulla decadenza della potestà genitoriale,dove il ruolo dei nonni assume un contenuto esclusivamente conflittuale. La lettura di questi decisioni fa emergere il triste dato dell'affermazione del conflitto tra genitori del bambino e nonni,conflitto in cui a pagarne le spese è solamente il soggetto minore,il cui equilibrio risulta compromesso da differenti modelli di riferimento".

35 Bianca M.: "Il diritto", cit., p.123.

36 Bianca M.: "Il diritto"cit., p. 141.

accoglienza, comunque determina un allontanamento del figlio dalla propria famiglia d'origine. Infatti anche un distacco di due anni, del bambino dalla propria famiglia, può incidere sulla sua crescita, alterando i suoi affetti. [37] Ecco perché la legge prevede che per ricorrere all'affidamento familiare è necessario dapprima accertare se sussiste un ambiente familiare inidoneo allo sviluppo del minore; successivamente, accertato ciò, la giurisprudenza recente sottolinea che il giudice del merito deve valorizzare le figure vicarianti inter-familiari, come i nonni,nel giudizio di adeguatezza del familiare prescelto all'affido temporaneo.

Valorizzare la figura dei nonni significa riconoscere un ruolo sostitutivo della famiglia allargata rispetto a quella nucleare. Ruolo già affermato in questi termini dalla l. n. 184/1983, in materia di adozione. All'art. 8 della legge citata, infatti, si prevede che il minore, abbandonato dai genitori,non può essere dichiarato in stato di adottabilità se ci sono parenti stretti che vi possono provvedere.

Valorizzare la figura dei nonni nell'affidamento temporaneo risponde all'esigenza del minore (già allontanato dai suoi genitori biologici) di non vedersi deprivato del contesto familiare in cui è cresciuto[38]. Ciò in quanto l'obiettivo principale cui si tende è sempre il benessere del bambino; in questo senso la relazione nonni -nipoti è la declinazione del principio del superiore interesse del minore[39]. Un principio che affonda le proprie origini nella Convenzione sui diritti dell'infanzia[40] ex. art. 3 secondo cui :''in tutte le decisioni relative ai fanciulli di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale dei tribunali,delle autorità amministrative o degli organi legislativi,l'interesse superiore del minore [41]deve essere una considerazione preminente''. Con la Riforma del 1975[42] è divenuto criterio guida nel rapporto genitore-figlio e in ogni decisione,rimessa al giudice,avente ad oggetto la tutela del minore. Così, proprio nell'affidamento familiare,quale istituto a protezione del minore,si inserisce il delicato compito che il giudice del Tribunale per i minorenni[43]

37 V. Bianca, C. M.: "Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia", *Riv.Familia,* 2016, fasc1-2, p. 3 ss.

38 Long, J.: "La tutela",cit., p. 316.

39 Sul principio the best interest of the child si vedano gli atti del convegno *The best interest of the child* in corso di pubblicazione (a cura di M.Bianca), Sapienza, Roma, 20-22 settembre 2018.

40 Approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con la legge del 27 maggio 1991, n. 176, depositata presso le Nazioni Unite il 5 settembre 1991.

41 Art. 24 Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, intitolato "Diritti del minore"al 2 comma stabilisce :"in tutti gli atti relativi ai minori,siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private,l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente".

42 Legge 19 maggio 1975, n. 151.

43 Sulla figura del giudice minorile, così si esprime Cividali ,I.: "Percorso tematico. Il giudice minorile", *Il mestiere di giudice minorile*, *rassegna bibliografica*, 2009,num. 2°, p. 10:" la figura del giudice minorile esperimenta ogni giorno un ruolo completamente diverso ... Un ruolo di avvicinamento della parte, di persuasione, di chiarimento civico della responsabilità che incombe al genitore ... I problemi di tecnica giuridica non sono prioritari, ma semmai posteriori in siffatta materia. ... Quando si parla di giudici della famiglia, si chiede un giudice che non saprà porsi solo il problema di interpretazione della legge ... egli deve riempire i principi generali con conoscenze della realtà, e se non vogliamo assistere al triste spettacolo di magistrati che al di fuori della tecnica giuridica sanno solo esprimere pregiudizi o giudizi banali ... dobbiamo

è chiamato a svolgere. Già dal 1908[44], si è ritenuto che nei tribunali un giudice dovesse dedicarsi in special modo ai procedimenti riguardanti i minorenni, con l'inestimabile vantaggio di acquisire una specializzazione nella materia minorile e di studiare la psicologia del minore con animo quasi paterno. Un'antica sentenza (n. 222/1983)della Corte Costituzionale così dispone:"il Tribunale per i minorenni è stato istituito proprio perché si è ritenuto che il minore, spesso portato al delitto da complesse carenze di personalità dovute a fattori familiari, ambientali e sociali, deve essere valutato da giudici specializzati che hanno strumenti tecnici e capacità personali particolari per vagliare adeguatamente la personalità del minore al fine di individuare il trattamento rieducativo più appropriato... La 'tutela dei minori' si colloca così tra gl'interessi costituzionalmente garantiti, come questa Corte ha sottolineato in varie pronunce (sentenze n. 25 del 1965, nn. 16 e 17 del 1981). Il Tribunale per i minorenni, considerato nelle sue complessive attribuzioni, oltre che penali, civili ed amministrative, ben può essere annoverato tra quegli 'istituti' dei quali la Repubblica deve favorire lo sviluppo ed il funzionamento, così adempiendo al precetto costituzionale che la impegna alla 'protezione della gioventù''. [45]Orbene il giudice deve indagare sulla situazione personale e familiare del minorenne al duplice scopo di assicurare il suo benessere[46], e di attuare interventi nei confronti dei suoi genitori, in caso di loro trascuratezza o ambiente patogeno. In altre parole il giudice del Tribunale per i minorenni, applica le sue competenze per garantire la protezione della persona del minore in situazioni di pregiudizio (o di abbandono) dello stesso, attraverso il rispetto delle norme previste dalla Costituzione italiana quale legge fondamentale. Il riferimento va subito all'art. 2 Cost., che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo. Una norma che rappresenta una clausola generale per la tutela della persona umana, sottolineando al contempo come l'ordinamento è preordinato in funzione dell'uomo. Non è l'uomo ad essere lo strumento dei fini dello Stato, ma è esso stesso il fine ultimo dell'ordinamento. [47]Proseguendo l'art.30 Cost prevede, al 1comma, che ai genitori, spetta il diritto e il dovere di mantenere, educare e istruire i figli, anche se essi sono nati fuori dal matrimonio. Evidente è la ratio legis sottesa a siffatta norma: il legislatore, pur riconoscendo la preminenza della famiglia legittima, intende garantire la tutela

subito e senza indugi pensare alla loro formazione che, si badi bene, non si fa solo con l'esercizio ma richiede strutture e iniziative esterne".

44 Circolare 11 maggio 1908, n. 291.

45 Così testualmente Montaruli, V.: "Quale giudice per la famiglia e per i minori?", *giudicedonna.it*, 2015, num.2°, pp.1-7.

46 Sul punto Ciccarello, S. Marinelli, D.: *Il tribunale per i minorenni. Le competenze civili*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2011, p. 157, osservano: "Per questo, in osservanza dei principi stabiliti nella Costituzione e nella Convenzione di Strasburgo,il giudice deve tutelare in via prioritaria l'interesse del minore, il quale secondo una pronuncia della Corte Costituzionale (Sentenza-Corte Cost.20 luglio 1990, n. 341) ha diritto a ricevere una educazione ed un'idonea collocazione sociale nonché a conseguire appropriati equilibri affettivi. Nell'ottica del raggiungimento di siffatto obiettivo il giudice,i l cui operato è improntato sui principi della neutralità ed equidistanza, non può tuttavia rimanere terzo in seno al procedimento, dovendo egli prendere in considerazione i predetti interessi".

47 Bianca, C. M.:*Istituzioni di*, cit., p. 90.

anche ai figli nati fuori dal matrimonio, indispensabile al pieno sviluppo della persona umana. Fondamentale è poi il diritto di ascolto del minore, introdotto, quale principio generale nell'ordinamento giuridico italiano, dall'art. 12 della legge n. 176/1991 di ratifica della Convenzione Onu, sui diritti del fanciullo del 1989.Successivamente è stato poi rafforzato dalla Convenzione di Strasburgo[48] sull'esercizio dei diritti dei minori. L'attuale codice civile italiano parla di ascolto del minore negli artt. 315 bis, 336 bis e 337 octies[49]. L'ascolto del minore è finalizzato a recepire, nel processo, tutte quelle opinioni, esigenze della persona minore di età, il cui interesse è criterio determinante di giudizio, poiché soggetto vulnerabile[50]. Un interesse che deve essere valutato caso per caso dal giudice, attraverso un'analisi accurata della situazione familiare del bambino e di tutte le cure, morali e materiali, che ogni figlio ha diritto di ricevere.

48 Convenzione di Strasburgo 25/01/1996, ratificata in Italia con la legge n. 77 del 20/03/2003.

49 Articoli introdotti dalla legge 10/12/2012, n. 219 -Riforma della filiazione.

50 Cavallo, M.: *Le mille facce dell'ascolto del minore*, Armando editore, Roma, 2012, p. 56.

BIBLIOGRAFIA

Addesso, P.: *Affidamento familiare, profili fiscali,contributivi,isee e amministrativi*, Franco Angeli,Milano, 2018,p.9.

Bianca, C.M.: "Note per una revisione dell'istituto dell'adozione", *Jiuscivile,* 2018, n. 1°, p.60ss.

Bianca,C. M.:" Audizione Camera dei Deputati", *documenti.camera.it,* 10giugno2015.

Bianca,C. M.:Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia, *Riv.Familia,* fasc.1-2,2016,p.3ss.

Bianca,C.M.: *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè,Milano, 2018,p.387.

Bianca, M.:"Osservazioni sulla proposta di modifica dell'art.403 del codice civile,in materia di intervento della pubblica autorità a favore dei minori, A.C.429 9, *giudicedonna.it*, num.4°, 2017, p.1ss.

Bianca,M.: "Il diritto del minore all'amore dei nonni "in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Univ. Catania, Giuffrè, 2006.

Cavallo, M.:*Le mille facce dell'ascolto del minore*, Armando editore, Roma, 2012, p.56.

Ciccarello, S. Marinelli, D.: *Il tribunale per i minorenni. Le competenze civili*, Maggioli Editore,Santarcangelo di Romagna,2011,p.157.

Cividali ,I.: "Percorso tematico. Il giudice minorile.",*Il mestiere* di *giudice minorile*, *Rassegna bibliografica*, num. 2°,2009,p.10.

Giordano, M.:" Il significato dell'allontanamento nel processo di protezione del minore e della "cura sociale"della famiglia di origine" in AA.VV.: *A Babele non si parla di affido* (a cura di M.Giordano, M. Iavarone, C. Rossi),Franco Angeli,Milano,2011,p.75.

Greco, O.:*Il lavoro clinico con le famiglie complesse. Il test la doppia luna nella ricerca e nella terapia*., Franco Angeli, Milano, 2006, p.70.

Grosso, P.G.:"Corte europea dei diritti dell'uomo:l'adozione di minori in affidamento familiare e la continuità degli affetti" ,*Prospettive assistenziali*, num.172°, 2010,p.24ss.

Heilegger, H.B.:"La legge sulla continuità degli affetti : nuove prospettive in tema di adozione e affidamento.", *genitorisidiventa.org* ,6 maggio 2018.

Kant,I.: *Critica della Ragione Pratica* e *Fondazione della Metafisica dei Costumi* (a cura di C. Lazzerini), Glifo Ebooks, Roma,2018,p.10.

Lifrieri,R.: "Due modelli giurisprudenziali e due ipotesi a confronto in tema di continuità affettiva",*Atti del Convegno The best interest of the child* (a cura di M. Bianca), Sapienza , Roma, 22 settembre 2018.

Lo Sapio,G.: *Lei c'era.Il rapporto insostituibile tra nonni* e *nipoti*,Armando editore, Roma,2007,p.27.

Long, j.: "La tutela civile del minore",in A.A.VV.:*Tutela civile del minore* e *diritto sociale della famiglia*(a cura di L. Lenti), Giuffrè,Milano,2012,p.215.

Losco, M.: "Il lungo cammino per il riconoscimento del diritto alla continuità di positive relazioni affettive, per i minorenni in affido familiari dichiarati adottabili", *psicologia &giustizia*, num. 2°,2018,p.1ss.

May ,M.P. *Il peso degli affetti. Una ricerca sull'affido a parenti nella provincia di Milano*, il Melograno, Milano,2008,p.16.

Mengarelli, M.: "La tutela del minore",*Cittadini in crescita.Il garante:promozione* e *protezione*, num.3°,2006,p.56.

Montaruli, V.: "Quale giudice per la famiglia e per i minori?", *giudicedonna.it*, num.2°,2015,p.1ss.

Montaruli, V.: "Rivisitazione dell' "adozione mite",continuità affettiva e nuove prospettive in tema di adozione",*giudicedonna.it* , num.4°, 2017.

Moro,A .C.: *Manuale di diritto minorile*(a cura di L.Fadiga) ,Zanichelli,Bologna,2008,p.10.

Onida, T.:"Il processo di deistituzionalizzazione del minore",*www.minorigov.it* , 20 aprile 2016.

Renna, M.: "Affido intra-familiare e adeguatezza parentale",*rivistafamilia.it*,5 dicembre 2019.

Ruperto ,C.:*La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina. Libro I delle persone* e *della famiglia* (a cura di G.S. Richter), Giuffrè,Milano,2011,p.264.

VALBOA,U.: "L'affidamento familiare,in seguito alla legge di riforma del 28.03.2001 n. 149", *www.diritto.it*, 21 febbraio 2008.

L'AFFIDAMENTO E LA COLLOCAZIONE DEI FIGLI MINORI NEL DIRITTO SPAGNOLO*

CUSTODY OF CHILDREN IN SPANISH LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1276-1301

* Questo lavoro è stato svolto nell'ambito del Gruppo di Ricerca consolidato del governo di Aragona "Ius Familiae", IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, e del Progetto di Ricerca MINECO: PID2019-105489RB-I00 "Vulnerabilità personale e patrimoniale: sfide legal"», IIPP. Mª Victoria Mayor del Hoyo / Sofía De Salas Murillo; e si tratta di un aggiornamento dell'articolo "La cura dei figli minori in seguito alla rottura matrimoniale dei genitori nel diritto spagnolo: la guarda y custodia" pubblicato nella revista Il diritto di famiglia e delle persone, fasc. 4, 2017, pp. 1347 – 1370.

Javier
MARTÍNEZ
CALVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: In queste pagine presenteremo gli istituti dell'affidamento e della collocazione nel diritto spagnolo, esaminandone il concetto, nonché la situazione normativa e giurisprudenziale. Verranno analizzate, inoltre, le modalità di determinazione del regime di affidamento e collocazione –consenso o sentenza– e, nell'ambito delle ipotesi di determinazione giudiziale ci soffermeremo in particolare sul regime giuridico suppletivo previsto dal Codice Civile spagnolo e sui principali criteri di cui si avvale la giurisprudenza per determinare il regime di affidamento e collocazione.

PALABRAS CLAVE: Affidamento; figli minori, Diritto spagnolo.

ABSTRACT: *In these pages we shall present the institution of custody in Spanish law, examining its concept, as well as the normative and jurisprudential situation. We shall also analyse the methods of determining the custody regime -agreement or judgment- and, within the framework of the hypotheses of judicial determination, we shall focus in particular on the suppletive legal regime provided by the Spanish Civil Code and on the main criteria used by case law to determine the custody regime.*

KEY WORDS: *Custody; minor children, Spanish law.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. QUADRO GIURIDICO.- III. CONCETTO.- IV. REGIMI. V. DETERMINAZIONE CONSENSUALE.- VI. REGIME LEGALE SUPPLETIVO.- VII. CRITERI LEGALI E GIURISPRUDENZA.- 1. Il superiore interesse del minore.- 2. Rapporto intercorrente fra i genitori.- 3. Luogo di residenza dei genitori.- 4. La disponibilità di tempo di ogni genitore. 5.- Contributo precedente alla cura dei minori.- 6. Il risultato dei pareri richiesti legalmente.- 7. L'età dei figli.- 8. L'opinione del minore.

I. INTRODUZIONE.

I casi di rottura matrimoniale sono cresciuti considerevolmente in Spagna negli ultimi anni. In modo così accentuato che secondo gli ultimi dati di cui dispone l'Istituto Nazionale di Statistica, in Spagna nel 2019 si sono verificate 91.645 nuove rotture e nel 51,7% dei casi esistevano dei figli minorenni[1].

In tali situazioni una delle questioni più delicate e difficili da risolvere è la determinazione del genitore che assumerà la cura diretta dei figli minori della coppia, o se lo faranno entrambi in modo alternato. A tal fine il diritto spagnolo dispone dell'istituto della "guarda y custodia", che, come vedremo, comprende sia l'affidamento che la collocazione dei figli minori

A titolo generale esistono tre regimi di "guarda y custodia": "exclusiva", "partida" e "compartida". Sono disciplinati dal Codice Civile spagnolo (di seguito CC), ma ci sono cinque Comunità Autonome che hanno altresì emanato leggi proprie sulla "guarda y custodia": Aragona, Catalogna, Navarra, Paesi Baschi e Valencia (anche se quest'ultima è stata annullata dalla Corte Costituzionale spagnola).

La determinazione del regime di "guarda y custodia" può essere consensuale o giudiziale. Nel primo caso l'atto in cui vengono disposti i patti delle parti è il "convenio regulador", in cui si rivela assai opportuno il ricorso alla mediazione familiare come strumento per il raggiungimento degli accordi. Nelle ipotesi di determinazione giudiziale il Codice Civile spagnolo stabilisce solo alcuni dei criteri che deve valutare il giudice, i quali, pertanto, sono stati configurati soprattutto attraverso la giurisprudenza.

Tutte queste questioni saranno discusse in dettaglio nelle pagine seguenti.

1 Accessibili in: https://www.ine.es/prensa/ensd_2019.pdf.

• Javier Martínez Calvo
Professore di Diritto Civile, Università di Saragozza. E-mail: javiermc@unizar.es

II. QUADRO GIURIDICO.

La Costituzione Spagnola (di seguito CE) non contiene norme specifiche sulla protezione dei diritti dei minori, anche se stabilisce alcuni principi importanti, come quello della parità (artt. 1, 14 e 39 c. 2), del libero sviluppo della personalità (artt. 10 c. 1 e 27 c. 2), della tutela della gioventù e dell'infanzia (art. 20 c. 4) e, soprattutto, quello della tutela della famiglia e dei figli (art. 39). Nel loro complesso costituiscono il fondamento della "guarda y custodia" e rappresentano la cornice in cui si inquadrano le norme a cui mi riferirò qui di seguito.

Riguardo alla regolamentazione della "guarda y custodia" nel Codice Civile spagnolo si deve partire dall'esistenza di una dualità normativa, dal momento che riscontriamo istituti al riguardo sia in sede di rottura matrimoniale sia in sede di responsabilità genitoriale.

Per quanto riguarda le norme previste in sede di nullità, separazione e divorzio, esse sono contenute negli articoli 90 (relativamente al contenuto minimo del "convenio regulador"), 91 (che stabilisce l'obbligo del giudice di pronunciarsi sulla "guarda y custodia" dei minori), 92 (un precetto fondamentale nella materia in esame, poiché stabilisce le regole per l'attribuzione della "guarda y custodia" dei figli minori in seguito alla rottura matrimoniale della coppia genitoriale), 94 (che disciplina il regime del rapporto e della comunicazione fra i minori e il genitore non affidatario né collocatario) e 103 (relativo alle misure preliminari e provvisorie). È opportuno segnalare, tuttavia, che, nonostante il Capitolo IX del Titolo IV del Codice Civile spagnolo, che reca le disposizioni citate, abbia come titolo "Dagli effetti comuni alla nullità, separazione e divorzio", le regole in esso contenute si applicano analogicamente anche alle ipotesi di disgregazione di coppie non coniugate, comunemente denominate coppie di fatto, nonché a quelle ipotesi in cui si deve determinare la "guarda y custodia" dei minori i cui genitori non hanno mai convissuto. Ciò in virtù del principio di equiparazione dei figli nati in costanza di matrimonio e fuori dal matrimonio, disposto dall'articolo 39 c. 2 della Costituzione Spagnola e dall'articolo 108 del Codice Civile spagnolo.

Come ho anticipato, bisognerà altresì tenere conto delle norme riguardanti la responsabilità genitoriale, in particolare quelle previste dagli articoli 154 ,che stabilisce, oltre ad altre, la questione del contenuto della responsabilità genitoriale; 156, relativo all'esercizio della responsabilità genitoriale; 159, che si riferisce alla cura dei figli minorenni nelle ipotesi in cui i genitori non convivono, nonché il diritto del minore ad essere ascoltato; 160, che stabilisce il diritto di entrambi i genitori a mantenere un rapporto con i figli minori, con un chiaro riferimento al principio di bigenitorialità.

Alcune Comunità Autonome, inoltre, sono intervenute a disciplinare la questione della "guarda y custodia" dei figli minorenni nelle ipotesi di rottura matrimoniale dei genitori. Concretamente hanno emanato leggi proprie in questa materia le Comunità Autonoma di Aragona: Legge 2/2010, del 26 maggio, sull'uguaglianza nelle relazioni familiari in caso di rottura della convivenza dei genitori, integrata attualmente nel Codice di Diritto Forale di Aragona (di seguito CDFA); Catalogna: Legge 25/2010, del 29 luglio 2010, sul secondo libro del Codice Civile della Catalogna (di seguito CCCat.); Navarra: Legge Forale 3/2011, del 17 marzo, sull'affidamento dei figli in caso di rottura della convivenza dei genitori, attualmente inclusa nella Compilazione del Diritto Civile Forale della Navarra; Paesi Baschi: Legge 7/2015, del 30 giugno, sulle relazioni familiari in caso di separazione o rottura dei genitori; e Valencia: Legge 5/2011, del 1° aprile, sulle relazioni familiari dei figli i cui genitori non vivono insieme. anche se quest'ultima è stata annullata dalla Corte Costituzionale[2].

III. CONCETTO.

Per capire il contenuto della "guarda y custodia" è necessario fare riferimento brevemente alla responsabilità genitoriale. Quest'ultima ingloba l'insieme dei diritti e dei doveri che hanno i genitori nei confronti dei figli ed è basata sul dovere naturale che hanno i genitori di un minore di accudirlo sia nell'ambito personale che patrimoniale.

Ai sensi di quanto disposto dall'articolo 154 del Codice Civile spagnolo, la responsabilità genitoriale comprende tre grandi ambiti: accudire i figli, cioè tenerli con sé, alimentarli, educarli ed istruirli, rappresentarli ed amministrare i loro beni. L'istituto della "guarda y custodia" si integra nel primo degli aspetti citati, ovvero nel diritto/dovere dei genitori di accudire la prole e tenerla con sé.

Quando i genitori convivono, la "guarda y custodia" dei figli minorenni o disabili è compresa nell'esercizio quotidiano della responsabilità genitoriale e, pertanto, spetterà ad entrambi i genitori congiuntamente. Nelle ipotesi di nullità, separazione o divorzio, entrambi i coniugi manterranno come regola generale sia la titolarità sia l'esercizio della responsabilità genitoriale, indipendentemente dall'attribuzione della "guarda y custodia" del minore (tranne nei casi in cui eccezionalmente le parti abbiano pattuito o il giudice abbia deciso di stabilire l'esercizio individuale a favore di uno dei genitori ex. art. 92 c. 4 CC). Le uniche facoltà che nel caso del genitore no custodio saranno limitate sono quelle relative alla permanenza con il minore, che vengono ridotte ai periodi di visita stabiliti; e l'assunzione di determinate decisioni di scarsa importanza riguardanti la vita quotidiana, che per

2 *Cfr.* STC 192/2016, del 16 novembre.

ragioni pratiche spetteranno al genitore che avrà sempre con sé il minore. Ai sensi di quanto esposto, anche nei casi in cui occasionalmente il genitore custodio esercita di fatto, ma non di diritto, in esclusiva, determinate facoltà concernenti la responsabilità genitoriale, essenzialmente l'esercizio di quest'ultima è sempre condiviso.

Nonostante il Codice Civile spagnolo si riferisca in numerose occasioni alla "guarda y custodia", non ne dà la definizione. È stata la dottrina che ha elaborato una descrizione di quest'istituto, intendendo che implica la convivenza quotidiana con il minore[3] e la sua cura diretta[4], inclusi aspetti quali l'alimentazione, l'educazione, l'istruzione, la vigilanza, il controllo, ecc., nonché l'assunzione di decisioni quotidiane di minore importanza[5]. Le decisioni di maggiore importanza, tuttavia, dovranno essere assunte congiuntamente da entrambi i genitori, dal momento che l'esercizio della responsabilità genitoriale continua ad essere condiviso.

Se confrontiamo la "guarda y custodia" spagnola con gli istituti presenti nel diritto italiano, osserviamo che non si identifica in modo preciso con nessuno di essi[6]. Per quanto riguarda l'affidamento, esso è caratterizzato dalla regolamentazione del modo concreto in cui si esercita la responsabilità genitoriale sui figli una volta che si verifica la rottura matrimoniale dei genitori, e non sempre comprende la determinazione del genitore che convivrà con il minore (così come è stato messo in evidenza dalla giurisprudenza[7] e dalla dottrina[8]). Infatti, l'affidamento comprende la collocazione abitativa se è attribuito a uno solo dei genitori, mentre che non la comprende se l'affidamento è ad entrambi. In quest'ultimo caso la collocazione abitativa è oggetto di una decisione ulteriore.

La "guarda y custodia" spagnola neanche può essere equiparata alla collocazione, nella misura in cui non solo consente di determinare quale genitore convivrà quotidianamente con il minore, bensì si collega anche in parte con l'esercizio della responsabilità genitoriale. Come è già stato detto, inevitabilmente, la cura diretta del minore richiede l'assunzione di decisioni quotidiane di minore importanza che, per ragioni di immediatezza, dovranno essere prese dal genitore che lo ha sempre

3 *Cfr.* Serrano García, J.A.: "Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón", en AA.VV.: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* (coord. por M.C. Bayod López y J.A. Serrano García), Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2013, p. 25.

4 *Cfr.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en AA.VV.: *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 144.

5 *Cfr.* Alascio Carrasco, L.: "La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2011, núm. 2, p. 4.

6 *Cfr.* Martínez Calvo, J.: "El "affidamento" y la "collocazione" en el Derecho italiano: una visión comparada con la guarda y custodia española", *Revista de Derecho de Familia*, 2018, núm. 78, pp. 51-88.

7 *Cfr.* Trib. Salerno, 30 giugno 2006.

8 *Cfr.* Febbrajo, T.: *Crisi della familia e diritto alla "bigenitorialità": L'affidamento dei figli dopo la legge n. 54/2006*, eum, Macerata (Italia), 2008, p. 221.

con sé (dovendo essere assunte congiuntamente quelle che hanno una maggiore importanza).

IV. REGIMI.

La dottrina determina, a titolo generale, che vi sono tre regimi diversi di "guarda y custodia": "guarda y custodia exclusiva", "guarda y custodia partida", e "guarda y custodia compartida"[9].

La "guarda y custodia exclusiva" è caratterizzata dal fatto che le funzioni proprie di tale istituto sono attribuite ad uno dei genitori, mantenendo intatto il diritto del genitore "no custodio" di continuare a stabilire un rapporto abituale e continuativo con la prole (che viene tradizionalmente denominato diritto di visita), nonché il suo obbligo di continuare a contribuire al suo mantenimento.

La "guarda y custodia partida" sarebbe quella che, essendoci diversi figli in comune, la cura di una parte di essi è assegnata a uno dei genitori e quella dei restanti all'altro, in modo che i minori non convivono tutti insieme. Tuttavia, ai sensi di quanto disposto dall'articolo 92 c. 5 del Codice Civile spagnolo la separazione dei fratelli ha un carattere eccezionale. Inoltre, si dubita che si tratti di un regime di "guarda y custodia" in senso stretto, poiché in relazione a ciascuno dei fratelli la "guarda y custodia" sarà "exclusiva" o "compartida"[10].

In ultimo, la "guarda y custodia compartida" è caratterizzata dal fatto che entrambi i genitori si alternano ad esercitare le funzioni relative alla "guarda y custodia"[11]. L'espressione "guarda y custodia compartida", pertanto, non si riferisce ad una modalità in cui la "guarda y custodia" è congiunta o viene condivisa, ma ad un sistema di guarda y custodia alternata, in cui i figli alterneranno periodi di convivenza con l'uno e l'altro genitore[12]. Per questo motivo sarebbe stato più appropriato usare un'altra espressione per riferirsi a questa modalità di "guarda y custodia", come per esempio "guarda y custodia alterna".

La configurazione concreta del regime di "guarda y custodia compartida" richiede di analizzare due aspetti separatamente: da una parte è necessario

9 *Cfr.* Hernando Ramos, S.: "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia. Especial referencia a la guarda y custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, 2010, p. 6; y Clemente Díaz, M.: *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia de los hijos*, Síntesis, Madrid, 2014, p. 76.

10 *Cfr.* Martínez Calvo, J.: *La guarda y custodia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 46-47.

11 *Cfr.* Tena Piazuelo, I.: "La ruptura de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida", en AA.VV.: *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Universidad de Montevideo (Uruguay), 2008, p. 56.

12 *Cfr.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, Madrid, 2016, p. 202.

determinare come sarà l'organizzazione concreta del regime e, dall'altra, come sarà la distribuzione dei tempi di permanenza con l'uno o l'altro genitore.

Per quanto riguarda l'organizzazione concreta, la dottrina ha individuato a titolo generale due alternative[13]: che i figli rimangano nella stessa abitazione ed i genitori effettuino una rotazione, detta "custodia nido"; o che sia la prole a rotare fra le abitazioni dei genitori, detta allora "niño maleta" (bambino valigia).

Riguardo alla distribuzione dei tempi di permanenza presso l'uno o l'altro genitore, nella giurisprudenza[14] e nella dottrina[15] riscontriamo un giudizio quasi unanime nel ritenere che la "guarda y custodia compartida" non implica necessariamente una distribuzione identica dei tempi. Nello stesso senso, la dottrina italiana ha ritenuto che neanche la collocazione alternata implica necessariamente una distribuzione identica dei tempi[16]. Ciò nonostante, sembra ragionevole ritenere che, affinché esista un regime di "custodia compartida" propriamente detto, i minori devono permanere un minimo di tempo con ogni genitore, poiché ciò costituisce il dato determinante che ci consentirà di distinguerlo dalla "custodia exclusiva". La dottrina ha ritenuto che si può parlare di "guarda y custodia compartida" quando i minori permangono con ogni genitore almeno fra il quaranta ed il quarantacinque per cento del tempo[17].

In ogni caso, invero, nella pratica, la giurisprudenza generalmente stabilisce una distribuzione paritaria dei tempi di convivenza. Riguardo alla durata reale dei periodi che il minore trascorre con l'uno o con l'altro genitore, non si dispone di statistiche ufficiali, ma, se facciamo riferimento alla giurisprudenza, osserviamo che ci sono molteplici opzioni di distribuzione: per numero di ore[18], giorni[19], settimane[20], quindicine[21], mesi[22], bimestri[23], trimestri[24], cinque mesi[25], semestri[26],

13 *Cfr.* Berrocal Lanzarot, A.I.: "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 3, pp. 29-53, p. 48.

14 *Cfr.* STS 11 marzo 2010 (RJ 2010, 2340).

15 *Cfr.* Messía de la Cerda Ballesteros, J.A.: "El reparto de los tiempos de estancia de los hijos menores con los progenitores en los casos de custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, 2016, núm. 11, p. 2.

16 *Cfr.* Febbrajo, T.: *Crisi della familia*, cit., pp. 57 y 60.

17 *Cfr.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La regulación de la custodia compartida", cit., p. 148.

18 *Cfr.* SAP Castellón 14 ottobre 2003 (JUR 2003, 264777).

19 *Cfr.* SAP Zaragoza 3 maggio 2011 (JUR 2011, 269689) e SAP Barcelona 9 aprile 2014 (AC 2014, 689).

20 *Cfr.* SAP Valencia 17 luglio 2014 (JUR 2014, 252664), SAP Castellón 2 settembre 2014 (JUR 2015, 53194), SAP Valladolid 12 gennario 2018 (JUR 2018, 52352) e SAP Madrid 16 gennario 2018 (JUR 2018, 73001).

21 *Cfr.* SAP Zaragoza 28 febbraio 2012 (JUR 2012, 88042), SAP Valencia 5 maggio 2014 (JUR 2014, 200932), SAP Alicante 5 maggio 2015 (JUR 2015, 167918), SAP Palencia 28 luglio 2017 (JUR 2017, 234466) e SAP Cádiz 11 gennario 2018 (JUR 2018, 82165).

22 *Cfr.* SAP Alicante 5 dicembre 2012 (JUR 2013, 116336) e SAP Valencia 18 giugno 2014 (JUR 2014, 201095).

23 *Cfr.* SAP Zaragoza 17 gennario 2012 (JUR 2012, 35561) e SAP Burgos 15 maggio 2012 (JUR 2012, 234462).

24 *Cfr.* SAP Zaragoza 6 settembre 2012 (JUR 2012, 318794).

25 *Cfr.* SAP Barcelona 1 luglio 2009 (JUR 2009, 418335).

26 *Cfr.* SAP Cantabria 3 aprile 2007 (JUR 2007, 263125) e SAP Zaragoza 9 maggio 2012 (JUR 2012, 199240).

corsi scolastici[27], ecc. Quando si tratta di minori di tenera età, sono maggiormente consigliabili periodi di alternanza più brevi e frequenti[28], che verranno allungati man mano che i minori crescono.

V. DETERMINAZIONE CONSENSUALE.

Nella procedura consensuale sono gli stessi coniugi che decidono congiuntamente i provvedimenti che disciplineranno la rottura e, tra questi, quello riguardante il regime di "guarda y custodia" dei figli minorenni.

Il Codice Civile spagnolo concede un largo margine all'autonomia delle parti: dispongono di un ampio potere decisionale per regolamentare i rapporti fra loro e con i figli in seguito alla rottura matrimoniale, come fa anche il Codice Civile italiano[29] (di seguito c.c.). Ai fini di agevolare le parti a reggiungere un consenso, la Legge di Procedura Civile spagnola (di seguito LEC) consente, infatti, di giungere a tale accordo anche nel corso del giudizio (artt. 770 c. 5 e 771 c. 2 LEC). Viene consentito altresì alle parti di poter richiedere in qualsiasi momento la sospensione del giudizio per ricorrere alla mediazione (art. 770 c. 7 LEC).

L'atto mediante il quale i coniugi possono stabilire congiuntamente le misure che disciplineranno i loro rapporti, nonché quelli con i loro figli in seguito alla rottura matrimoniale, è denominato "convenio regulador". La sua presentazione è obbligatoria in tutte le procedure consensuali (o su istanza di uno dei coniugi con il consenso dell'altro), dovendo essere insertito nell'istanza di separazione o divorzio. Ciò è disposto dal Codice Civile spagnolo, dagli articoli 81 c. 1 (per la separazione) e 86 (per il divorzio).

Il Codice Civile spagnolo stabilisce il contenuto minimo che deve avere il "convenio regulador" nell'articolo 90 c. 1.

Naturalmente la coppia genitoriale potrà pattuire il regime di "guarda y custodia" che più ritenga opportuno, senza essere vincolata alla preferenza che le diverse norme concedono all'uno o all'altro regime[30], poiché tale precedenza legale è applicabile soltanto nei casi di mancanza di consenso fra le parti.

Il "convenio regulador" deve essere approvato dal giudice. Le cause per cui il giudice può rifiutarne l'approvazione sono due: che gli accordi raggiunti dalle parti

27 *Cfr.* SAP Madrid 25 maggio 2007 (JUR 2007, 312903) e SAP Zaragoza 24 gennario 2012 (JUR 2012, 43195).

28 Così come è stato messo in evidenza dagli studi di psicologia infantile effettuati da Children's Rights Council (accessibili in: http://www.crckids.org/legal-resources/family-law-overview/alabama-law/).

29 *Cfr.* art 337 ter. c. 2 c.c.

30 *Cfr.* Martínez Sánchis, N.: "La guarda y custodia compartida en el Derecho autonómico. Estado actual de la cuestión", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, núm. 5, p. 81.

siano dannosi per i figli, o che siano gravemente pregiudizievoli per uno dei due coniugi (art. 90 c. 2 CC). Dal tenore letterale della disposizione si può dedurre che, mentre nel caso dei coniugi viene richiesto che il pregiudizio sia grave, nel caso dei figli è sufficiente che gli venga causato qualsiasi tipo di pregiudizio. Ciò è conseguenza del fatto che nella materia in esame occupa un posto di primaria importanza il principio del superiore interesse del minore, che dovrà prevalere incondizionatamente. L'eventuale pregiudizio provocato ad uno dei coniugi è una limitazione che, a mio avviso, sarebbe conveniente eliminare, poiché il fatto che un'autorità statale tuteli gli interessi di un contraente in piena capacità di agire è quantomeno discutibile dal punto di vista del diritto contrattuale. Al riguardo, sembra più adeguata la regolamentazione che stabiliscono relativamente a questa questione sia il diritto italiano sia i diritti aragonese e catalano, che ammettono soltanto la possibilità di respingere il patto delle parti quando non salvaguarda sufficientemente l'interesse del minore (art. 337 ter c. 2 c.c., art. 77 c. 5 CDFA e artt. 233-3 c. 1 e 236-11 c. 2 CCCat.). Comunque sia, nella maggior parte dei casi la ragione per la quale è rifiutata l'approvazione del "convenio regulador" è il pregiudizio per l'interesse dei minori, metre restano mareginali le ipotesi in cui il rifiuto è fondato sul pregiudizio eventualmente causato ad uno dei coniugi.

Qualora il giudice rifiuti di approvare il "convenio regulador", le parti dovranno presentare un nuovo "convenio regulador" entro dieci giorni (artt. 90 c. 2 CC e 777 c. 7 LEC), limitandosi a modificare i punti non approvati dal giudice. Il Codice Civile spagnolo non chiarisce se in caso di rifiuto del giudice le parti possano presentare il "convenio regulador" diverse volte fino al raggiungimento dell'approvazione giudiziale. Neppure in dottrina vi è accordo in materia, essendoci opinioni sia a favore[31] che contro[32]. A sostegno della possibilità che le parti possano presentare il "convenio regulador" diverse volte è opportuno addurre che, se ciò che si intende è favorire è l'accordo fra le parti, può risultare contrario a tale fine non prevedere la possibilità che sia consentito presentare il "convenio regulador" successivamente fino al raggiungimento dell'omologazione giudiziale. D'altro canto, tuttavia, l'ammissibilità di tale procedura comporta un inconveniente non di scarsa rilevanza: le parti potrebbero presentare diverse volte un "convenio regulador" identico o con contenuto simile, nella speranza che prima o poi sia approvato. Di conseguenza, ritengo che ciò che si rivela più adeguato sia valutare caso per caso ai fini di determinare se è opportuno o meno che le parti presentino un nuovo "convenio regulador", dovendo tener particolarmente conto della volontà di correggere quegli aspetti che hanno originato il diniego. In caso contrario, si applicherebbero subito le misure giudiziali previste in caso di mancanza di consenso (art. 91 CC). Darebbe luogo allo stesso risultato la scadenza del termine previsto

31 *Cfr.* Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil IV: Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 122.

32 *Cfr.* Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L.: "Eficacia de los pactos familiares", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2013, núm. 1, p. 15.

in assenza della presentazione di un nuovo "convenio regulador" da parte delle parti.

L'articolo 770 c. 7 LEC prevede espressamente la possibilità di consentire alle parti di richiedere la sospensione del giudizio per ricorrere alla mediazione e cercare di trovare una soluzione amichevole. Il termine massimo di sospensione è di sessanta giorni —ex. art. 770 c. 7 LEC relativo all'art. 19 c. 4 LEC — e, scaduto tale termine, in assenza di un consenso fra le parti, potrà essere ripreso il giudizio su istanza di una di esse.

VI. REGIME LEGALE SUPPLETIVO.

È opportuno segnalare che gli accordi raggiunti dalle parti hanno sempre precedenza rispetto all'intervento del giudice, che ha un carattere sussidiario. La determinazione giudiziale del regime di "guarda y custodia" sarà, pertanto, applicabile solo in mancanza di consenso fra le parti o quando quest'ultimo non viene approvato o risulta incompleto[33].

Il Codice Civile spagnolo attribuisce una chiara precedenza al regime di "custodia exclusiva". Nonostante la Legge 15/2005 abbia introdotto per la prima volta nel Codice Civile spagnolo l'istituto della "guarda y custodia compartida", gli ha conferito un carattere eccezionale.

L'opzione di stabilire la "guarda y custodia compartida" in mancanza di consenso fra i genitori è prevista dal punto ottavo dell'articolo 92 del Codice Civile spagnolo, che comincia con la parola "eccezionalmente": ciò ben manifesta il carattere secondario che il legislatore pare aver voluto attribuire a tale possibilità[34], richiedendo, inoltre, dei requisiti molto più restrittivi rispetto al regime di "custodia exclusiva". In particolare, viene richiesto che vi sia un'istanza di parte, e c he la "custodia compartida" sia l'unico modo di tutelare adeguatamente l'interesse del minore.

Il primo requisito che richiede l'articolo 92 c. 8 del Codice Civile spagnolo per poter stabilire il regime di "guarda y custodia compartida" in mancanza di consenso fra i genitori è che tale regime sia stato richiesto da almeno una delle parti. Di conseguenza, come ha messo in evidenza la maggior parte della giurisprudenza[35]

33 *Cfr.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", cit. p. 196.

34 *Cfr.* González del Pozo, J.P.: "La necesidad de una completa regulación de dos cuestiones trascendentales en la futura Ley estatal de custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, 2016, núm. 11, p. 4.

35 *Cfr.* STC 185/2012, del 17 ottobre (RTC 2012, 185), STS 19 de aprile 2012 (RJ 2012, 5909), STS 29 aprile 2013 (RJ 2013, 3269).

e della dottrina[36], non è prevista la possibilità che tale regime sia stabilito d'ufficio. Per quanto riguarda la forma della richiesta, pare che sia sufficiente richiederla in via alternativa o anche subordinata[37]. In ogni caso, non sarà sufficiente che entrambi i genitori abbiano richiesto a favore di se stessi la "custodia exclusiva"[38].

L'altro requisito richiesto dall'art. 92 c. 8 del Codice Civile spagnolo per ottenere la "guarda y custodia compartida" è l'attestazione che solo in questo modo si tutela adeguatamente il superiore interesse del minore. Non è, pertanto, sufficiente che il regime di "guarda y custodia compartida" sia quello più conforme al superiore interesse del minore, ma è, altresì, necessario che sia l'unico modo in cui possa essere tutelato tale interesse . A mio avviso, si tratta di un requisito troppo rigido, poiché ostacola enormemente l'applicazione del regime di "guarda y custodia compartida". Inoltre, solleva dei seri dubbi dal punto di vista del superiore interesse del minore. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui, nonostante l'interesse del minore venga tutelato sia dal regime di "guarda y custodia exclusiva" che da quello di "guarda y custodia compartida", si mostri molto più adeguato quest'ultimo. In questo caso il giudice sarà obbligato a stabilire il regime di custodia exclusiva, ovvero dovrà adottare il regime di "guarda y custodia" che in minor misura giova al superiore interesse del minore, poiché così gli viene imposto dalla legge.

Fermi restando i requisiti restrittivi che prevede il Codice Civile spagnolo per adottare il regime di custodia compartida, invero, negli ultimi anni i tribunali si stanno mostrando sempre più favorevoli ad applicare tale regime. Sono particolarmente rivelatrici alcune Sentenze emesse dalla Corte di Cassazione spagnola, come la STS 8 ottobre 2009 (RJ 2009, 4606), che dà inizio all'orientamento che tende a superare l'eccezionalità della "guarda y custodia compartida" e, soprattutto, la STS 22 luglio 2011 (RJ 2011, 5676). In essa, la Corte di Cassazione spagnola afferma che l'espressione "eccezionalmente" con cui esordisce l'articolo 92 c. 8 del Codice Civile spagnolo si riferisce alla mancanza di consenso della coppia genitoriale, ma non al fatto che il regime di "guarda y custodia compartida" sia di per se stesso eccezionale, vale a dire che la regola generale è il consenso fra i genitori e l'eccezione la disposizione giudiziale del regime di "guarda y custodia". Afferma

36 *Cfr.* Urbón Llaca, A.: "Distintos tipos de guarda y custodia y requisitos jurisprudenciales del Tribunal Supremo para conseguirlos", *Economist & Jurist*, 2016, núm. 204, p. 43; Ureña Carazo, B.: "La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género", *La Ley Derecho de Familia*, 2016, núm. 11, p. 3; Martín Molina, A.A.: "Cuestiones actuales sobre la custodia compartida", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2017, núm. 15, p. 13; y Méndez Tojo, R.: "La guarda y custodia compartida: una solución deseable", *Actualidad civil*, 2017, núm. 1, p. 15.

37 *Cfr.* Martínez Calvo, J.: "Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 257/2013, de 29 de abril)", *La Ley Derecho de Familia*, 2015, mayo, p. 5.

38 Così è stato interpretato da buona parte della giurisprudenza (*Cfr.* STS 19 aprile 2012: RJ 2012, 5909) e della dottrina (*Cfr.* Tena Piazuelo, I.: "La ruptura de pareja con hijos", cit., p. 63).

inoltre che la "guarda y custodia compartida" deve essere il provvedimento più normale e auspicabile.

Pronunciandosi in tal modo, la Corte di Cassazione spagnola ha dato un'interpretazione estensiva della legge, andando oltre il tenore letterale della stessa e innescando un cambiamento utile in vista di un'eventuale modifica legislativa.

Questo processo di evoluzione della "guarda y custodia compartida" si sarebbe concluso se fosse stata approvata la riforma contenuta nell' Progetto preliminare di legge sull'esercizio della responsabilità genitoriale e altre misure da adottare dopo la rottura della convivenza presentato dal governo il 19 luglio 2013. In tale Progetto preliminare di legge, pur non dotando il regime di "guarda y custodia compartida" di un carattere decisamente preferenziale, veniva superato il suo carattere eccezionale, equiparandolo al regime di "guarda y custodia exclusiva" e lasciando in mano al giudice la decisione sulla modalità di "guarda y custodia" più adeguata da adottare in ogni caso per tutelare nel miglior modo l'interesse del minore (art. 1 c. 4 del Anteproyecto). In ogni caso non è stato approvato, permanendo immutato, pertanto, in attesa di una futura riforma, il sistema attuale di precedenza concessa alla custodia exclusiva.

Nell'ambito dei diritti regionali c'è una Comunità Autonoma che ha stabilito la "guarda y custodia compartida" come regime preferenziale in mancanza di consenso fra le parti: i Paesi Baschi (art. 9 Legge 7/2015 dei Paesi Baschi). Così veniva stabilito, inoltre, dalla Legge valenciana 5/2011 (art. 5 c. 2), che come ho già segnalato, è stata annullata dalla Corte Costituzionale spagnola[39].

È opportuno segnalare che l'esistenza di tale carattere preferenziale non implica che il regime di "guarda y custodia compartida" venga applicato in modo automatico, poiché la Legge 7/2015 dei Paesi Baschi non preclude la possibilità di attribuire la "guarda y custodia" in modo esclusivo ad uno dei genitori, se ciò va a maggior beneficio dell'interesse del minore (art. 9 c. 6 della). Ci troviamo, pertanto, di fronte ad una presunzione iuris tantum.

Possiamo affermare, perciò, che la principale conseguenza che implica il carattere preferenziale della "guarda y custodia compartida" è che, in quelle occasioni in cui l'interesse del minore viene salvaguardato allo stesso modo dal regime di "guarda y custodia compartida" e da quello "guarda y custodia exclusiva", il giudice dovrà pronunciarsi a favore del primo.

39 *Cfr.* STC 192/2016, del 16 novembre (RTC 2016, 192).

È simile a ciò che accade nel diritto italiano con l'affidamento condiviso: anche se ha stabilito come regime preferenziale (artt. 337 ter c. 2 e 337.quater c. 1 c.c.), non viene applicato in modo automatico, poiché potrá stabilire l'affidamento esclusivo quando il regime condiviso sia pregiudizievole al superiore interesse del minore.

Vi sono, inoltre, altre tre Comunità Autonome che hanno equiparato i regimi di "custodia compartida" ed "exclusiva", senza concedere un carattere preferenziale legale a nessuno di essi: la Aragona (artt. 80 c. 2 CDFA) la Catalogna (artt. 233-8 c. 1 e 233-10 c. 2 CCCat.) e la Navarra (Legge 71 della Compilazione del Diritto Civile Forale della Navarra). Ciò comporta che il giudice gode di assoluta libertà per stabilire l'uno o l'altro regime di "guarda y custodia" in funzione di quello che ritiene che più giovi al superiore interesse del minore.

VII. CRITERI LEGALI E GIURISPRUDENZA.

1. Il superiore interesse del minore.

Come fa anche il diritto italiano (art. 337 ter c. 2 c.c.), il Codice Civile spagnolo pone il superiore interesse del minore come criterio fondamentale a cui deve attenersi il giudice quando adotta qualsiasi decisione in materia di diritto di famiglia e in particolare quando determina il regime di "guarda y custodia" dei figli minorenni (artt. 90 b), 92 c. 4, 92 c. 8, 94 e 103 c. 1 CC). Ciò implica che prevale su qualsiasi altro interesse che entra in gioco, anche su quello dei genitori (art. 2 c. 4 Legge 1/1996, sulla protezione legale del minore).

La legge non precisa che cosa si debba intendere per superiore interesse del minore, e giurisprudenza[40] e dottrina[41] concordano sul fatto che sia un concetto giuridico indeterminato. Di nuovo, è successa la stessa cosa nel diritto italiano[42]. Ciò è dovuto probabilmente alle difficoltà che riscontrerebbe il legislatore se dovesse delimitarlo, dal momento che ciò che va maggiormente a beneficio di un minore potrebbe non esserlo per un altro, o per le sue caratteristiche personali o perché le circostanze in cui si trova sono diverse. Di conseguenza, sarà necessario valutare le circostanze personali e familiari in ogni caso concreto, per individuare l'interesse del minore più adeguato, dovendo altresì tener conto di ulteriori criteri.

40 *Cfr.* STSJ Cataluña 3 marzo 2010 (RJ 2010, 4016).

41 *Cfr.* Lenti, L.: "L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo", *CEDAM: La nova giurisprudenza civile commentata*, 2016, núm. 1, p. 148; y Viola Demestre, I.: "La custodia compartida no exime del pago de alimentos. Sentencia de 11 de febrero de 2016", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2016, núm. 102, p. 300.

42 *Cfr.* Gelli, R.: "Affidamento della prole", *Famiglia e Diritto*, 2005, núm. 2, p. 5.

A tal fine, la Legge 8/2015, sulla modifica del sistema di protezione dei bambini e degli adolescenti[43], ha introdotto nel secondo comma dell'articolo 2 della Legge 1/1996, sulla protezione legale del minore, una serie di criteri per individuare in che cosa consista il superiore interesse del minore in ogni diversa ipotesi. Il terzo comma della norma citata reca, inoltre, una serie di indicazioni generali di cui tenere conto nell'interpretazione di tali criteri. Si tratta, tuttavia, di principi assai generalisicché mancano criteri specifici atti ad individuare l'interesse del minore, specialmente nei casi di attribuzione della "guarda y custodia" dei figli minorenni[44].

Fermo restando quanto esposto, in ogni caso è possibile trarre alcuni criteri dall'articolo 92 del Codice Civile spagnolo: l'opinione del minore, l'opportunità di non separare i fratelli, il parere del pubblico ministero, il risultato della perizia degli specialisti, le deduzioni delle parti, le prove assunte nella loro comparizione, nonché il rapporto che i genitori mantengono fra di loro e con i figli. Inoltre, la giurisprudenza ha aggiunto progressivamente ulteriori criteri tratti nel loro complesso dal diritto comparato. In tal senso la Corte di Cassazione spagnola evoca i seguenti criteri: "(…) il rapporto mantenuto precedentemente dai genitori con il minore e le loro attitudini personali; i desideri manifestati dai minori capaci di discernimento; il numero di figli; l'osservanza da parte dei genitori dei loro doveri nei confronti dei figli, nonché il rispetto reciproco nei loro rapporti personali; il risultato dei pareri richiesti legalmente ed, in definitiva, qualsiasi altro criterio che consenta ai minori di condurre una vita adeguata nell'ambito di una convivenza che inevitabilmente dovrà essere più complessa rispetto a quella condotta all'interno della convivenza della coppia genitoriale"[45]. Tutte le regolamentazioni regionali hanno altresì stabilito un elenco di criteri che deve valutare il giudice per individuare il superiore interesse del minore nel caso della determinazione del regime di "guarda y custodia"[46]. I principali criteri previsti in ambito regionale sono i seguenti: gli eventuali accordi esistenti fra le parti; l'opinione dei figli; l'età, la loro situazione sociale, familiare e scolastica; il numero di figli; evitare la separazione dei fratelli; l'attitudine dei genitori; l'osservanza da parte dei genitori dei doveri che loro competono; la dedizione per la famiglia; il rapporto mantenuto dalle parti;

43 La Legge 8/2015 ha come oggetto la modifica delle principali leggi che regolano le istituzioni per la tutela dei minori, rafforzando il diritto, di cui dispone il minore, secondo il quale il suo interesse superiore deve essere prioritario. In tal senso, per dotare di contenuto il principio del superiore interesse del minore, vengono fissati dei criteri tratti sia dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione spagnola degli ultimi anni sia dall'Osservazione generale 29 maggio 2013 n. 14 del Comitato delle Nazioni Unite sui Diritti del Fanciullo, sul diritto del fanciullo al principio per il quale il suo interesse superiore deve avere una considerazione prioritaria (*Cfr.* Esposizione dei Motivi LO 8/2015).

44 *Cfr.* Martínez Calvo, J.: "La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, *núm. 3 ter,* pp. 7 y 9.

45 *Cfr.* STS 8 ottobre 2009 (RJ 2009, 4606), STS 10 marzo 2010 (RJ 2010, 2329), STS 11 marzo 2010 (RJ 2010, 2340), STS 1 ottobre 2010 (RJ 2010, 7302), STS 22 luglio 2011 (RJ 2011, 5676), STS 29 aprile 2013 (RJ 2013, 3269), STS 16 febbraio 2015 (RJ 2015, 553) e STS 6 aprile 2018 (RJ 2018, 1430).

46 *Cfr.* art. 80 c. 2 CDFA, art. 233-11 c. 1 CCCat., Legge 71 della Compilazione del Diritto Civile Forale della Navarra e art. 9 c. 3 Legge 7/2015 dei Paesi Baschi.

il vincolo affettivo dei figli con ognuno dei genitori; l'ubicazione delle residenze abituali dei genitori; le possibilità di conciliazione della vita professionale e familiare e la disponibilità di tempo di questi ultimi; la loro predisposizione a consentire che il minore mantenga un rapporto con l'altro genitore, nonché le perizie degli specialisti.

Qui di seguito prenderò in esame individualmente i principali criteri sopra elencati, fra i quali non esiste alcun ordine gerarchico.

2. Rapporto intercorrente fra i genitori.

Come segnalato dalla giurisprudenza[47], il tipo di rapporto che hanno i genitori fra loro è particolarmente rilevante per l'eventuale attribuzione di un regime di "guarda y custodia compartida": l'esistenza di un buon rapporto ne favorisce il correttao svolgimento.

Quando la conflittualità fra le parti è alta, giurisprudenza[48] e dottrina[49] sono pressoché unanimi nell'escludere che si possa adottare il regime di "guarda y custodia compartida". Non è del tutto chiaro, tuttavia, come si deve procedere quando ci si trova dinnanzi ad una coppia genitoriale che non amntiene alcun tipo di rapporto o al cui interno vi è una conflittualità moderata. A tale riguardo la Corte di Cassazione spagnola ha stabilito il seguente principio: "i rapporti fra i coniugi di per se stessi non sono né rilevanti né irrilevanti per determinare la "guarda y custodia compartida". Diventano rilevanti solo quando coinvolgono, danneggiandolo, il superiore interesse del minore"[50].

3. Luogo di residenza dei genitori.

La stabilità della vita minore è favorita dal mantenimento della situazione precedente alla rottura: si ritiene pertanto consigliabile conservare il suo ambiente sociale, scolastico e familiare. Di conseguenza, a titolo generale, sia la giurisprudenza[51] che la dottrina[52] si mostrano contrari a stabilire il regime

47 *Cfr.* SAP León 13 ottobre 2006 (JUR 2006, 256965), SAP Madrid 24 ottobre 2006 (JUR 2007, 61974) e SAP Sevilla 1 aprile 2009 (JUR 2009, 221311).

48 *Cfr.* STS 3 ottobre 2011 (RJ 2011, 7381), STS 9 marzo 2012 (RJ 2012, 5241) e STS 29 novembre 2013 (RJ 2013, 7449).

49 *Cfr.* De Torres Perea, J.M.: "La custodia compartida", en AA.VV.: *Prácticum familia 2016* (coord. por R. Aranda Rodríguez), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 5.

50 *Cfr.* STS 22 luglio 2011 (RJ 2011, 5676), STS 9 marzo 2012 (RJ 2012, 5241), STS 29 novembre 2013 (RJ 2013, 7449) e STS 17 dicembre 2013 (RJ 2014, 74).

51 *Cfr.* SAP Málaga 22 ottobre 2013 (JUR 2014, 17117), SAP Huelva 27 ottobre 2013 (JUR 2014, 64444), SAP Murcia 3 gennario 2014 (JUR 2014, 40800), SAP Castellón 24 febbraio 2014 (JUR 2015, 56256), SAP Baleares 18 marzo 2014 (JUR 2014, 98386) e SAP Tarragona 21 marzo 2014 (JUR 2014, 14914).

52 *Cfr.* Meco Tébar, F.: "La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS núm. 495/2013, de 19 de julio (EDJ 2013, 149996)", *Revista Boliviana de derecho*, 2015, núm. 19, p. 591; y Martín Molina, A.A.: "Cuestiones actuales sobre la custodia compartida", cit., p. 4.

di "guarda y custodia compartida" qualora non vi sia una certa prossimità fra i domicili dei genitori.

Può accadere che, posteriormente alla disposizione dei provvedimenti, uno dei genitori decida di trasferirsi in un'altra località, od anche in un altro paese, facendo uso del diritto che gli spetta di scegliere liberamente la propria residenza ai sensi dell'articolo 19 della Costituzione Spagnola. Il problema si presenta soprattutto nelle ipotesi in cui è il genitore custodio che si trasferisce con i figli. Il luogo di residenza del minore fa parte delle decisioni di "maggiore importanza" e, pertanto, deve essere assunta congiuntamente da entrambi i genitori. Nei casi in cui non si giunge ad un accordo, è necessario rivolgersi al giudice affinché attribuisca all'uno o all'altro genitore la facoltà di decidere (art. 156 c. 2 CC).

Sia nel caso in cui è il genitore custodio che cambia il luogo di residenza con i figli, in seguito al consenso dell'altro o all'autorizzazione del giudice, sia nel caso in cui è quello no custodio che decide di trasferirsi in un'altra località, potrà essere richiesta una procedura di modifica dei provvedimenti basata sulla modifica sostanziale delle circostanze che implica tale trasferimento (art. 775 LEC), ai fini di riorganizzare il regime di visita inizialmente pattuito o, altresì, di modificare il regime di "guarda y custodia"[53].

Quando è il genitore custodio che cambia residenza con i minori, si presenta il problema di stabilire a carico di chi sussistono le spese di spostamento che deve sostenere il genitore no custodio per rispettare il regime di visita. La soluzione più abituale nella giurisprudenza in questi casi consiste nella distribuzione delle spese a metà fra i genitori[54]; tuttavia in alcuni casi è stato imposto il pagamento delle spese esclusivamente al genitore custodio[55].

4. La disponibilità di tempo di ogni genitore

La disponibilità di tempo di ogni genitore verrà determinata in base alla sua situazione professionale e alle possibilità di conciliare la vita professionale e familiare.

In primo luogo è opportuno segnalare che il fatto che uno dei genitori si trovi in stato di disoccupazione, non costituisce un motivo sufficiente per attribuirgli la "guarda y custodia", nonostante goda di maggior tempo disponibile. Ciò principalmente per due motivi: poiché potrebbe entrare in contraddizione con

53 *Cfr.* Martínez Calvo, J.: "Improcedencia de la custodia compartida cuando existe una distancia geográfica considerable entre los domicilios de los progenitores. Comentario a la STS de España, núm. 58/2020, de 28 de enero (RJ 2020/111)", *Revista Boliviana de Derecho*, 2020, núm. 30, p. 713.

54 *Cfr.* SAP Cádiz 8 febbraio 2005 (JUR 2005, 145636), SAP Barcelona 8 novembre 2005 (JUR 2006, 58480) e SAP Baleares 7 marzo 2007 (JUR 2007, 253755).

55 *Cfr.* SAP Las Palmas 26 luglio 2005 (JUR 2005, 216368) e SAP Alicante 15 luglio 2011 (JUR 2011, 317726).

il principio costituzionale del diritto al lavoro (art. 35 CE), dal momento che il fatto di trovarsi in stato di disoccupazione è una situazione congiunturale che può cambiare, e poiché non è ragionevole che si premi il fatto di non svolgere un'attività lavorativa.

Quando entrambi i genitori lavorano, i problemi generalmente si presentano in quei casi in cui uno di essi ha un orario di lavoro che rende difficile l'assunzione degli obblighi inerenti alla "guarda y custodia". Nonostante la custodia compartida esiga che entrambi i genitori possano conciliare la vita professionale e familiare, non sembra che debba essere richiesto come requisito ineludibile che entrambi i genitori dispongano delle stesse possibilità di conciliazione, come hanno messo in evidenza dottrina[56] e giurisprudenza[57]. Nulla impedisce, inoltre, a mio parere, che in alcune occasioni, possa esserne delegata la cura a terze persone, specialmente quando si tratta di parenti diretti del minore, se li possiede e se sono disposti ad assumere tale cura.

5. Contributo precedente alla cura dei minori.

Questo criterio, che è stato denominato dalla dottrina nordamericana "approximation presuption" o "approximation standard": consiste nel valutare chi dei due genitori aveva assunto la cura dei figli minorenni prima che si verificasse la rottura, o se tale cura era condivisa da entrambi.

Seguendo Martínez de Aguirre Aldaz[58], ritengo che tale criterio debba essere applicato in modo flessibile, principalmente per due motivi: poiché qualsiasi persona può cambiare le proprie abitudini, essendo possibile, pertanto, che un genitore che non ha contribuito in modo paritario alla cura dei figli durante la convivenza, si mostri disposto a farlo una volta che essa sia cessata; ed in secondo luogo, poiché non è strano che se uno dei due genitori lavorava durante la vita matrimoniale e l'altro era a suo carico, vi fosse fra di loro un patto, espresso o tacito, per il quale quest'ultimo assumeva in maggior misura la cura dei figli minori.

Per questi motivi, a mio avviso, di tale criterio bisogna tenere conto solo per stabilire il regime di "guarda y custodia" in quei casi in cui il contributo precedente alla cura dei minori da parte di uno o dell'altro genitore sia stato molto disomogeneo; e laddove tale disomogeneità non fosse fondata su un patto espresso o tacito degli stessi coniugi in merito alla distribuzione delle faccende domestiche. Ritengo, tuttavia, che possa rivelarsi assai utile ai fini di distribuire i periodi di permanenza dei minori presso l'uno o l'altro genitore nelle ipotesi di

56 *Cfr.* Serrano García, J.A.: "Guarda y custodia", cit., p. 68.

57 *Cfr.* STSJ Aragón 10 gennario 2014 (RJ 2014, 982) e SAP Zaragoza 30 marzo 2012 (JUR 2012, 137042).

58 *Cfr.* Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La regulación de la custodia compartida", cit., p. 161.

"guarda y custodia compartida", in tal modo che il diverso contributo dei genitori alla cura del minore possa servire per modulare la distribuzione dei tempi di convivenza con quest'ultimo.

6. Il risultato dei pareri richiesti legalmente.

Il Codice Civile spagnolo fa riferimento a due tipi di pareri: quello del pubblico ministero, previsto dai punti 6 e 8 dell'articolo 92, e quelli emessi dagli specialisti opportunamente qualificati, disposti dall'articolo 92 c. 9.

Per quanto concerne il primo, è opportuno ricordare che la Corte Costituzionale spagnola ha dichiarato incostituzionale la necessità di un parere favorevole emesso dal pubblico ministero nei casi di adozione del regime di "guarda y custodia compartida"[59], sicché non è più vincolante per il giudice.

In merito ai pareri degli specialisti, l'articolo 92 c. 9 del Codice Civile spagnolo non obbliga il giudice a richiederli, ma si limita a segnalare che "potrà" richiederli.

Pur non negando la grande importanza che devono rivestire i pareri emessi dagli specialisti, è indubbio che non vincolano il giudice[60], che dovrà valutarli con spirito critico (art. 348 LEC). Nella maggior parte dei casi i tribunali seguono le indicazioni degli specialisti[61], ma vi sono casi in cui se ne discostano[62].

7. L'età dei figli.

Fino alla riforma attuata dalla Legge 11/1990, del 15 ottobre, sulla riforma del Codice Civile in applicazione del principio di non discriminazione in base al sesso, la normativa stabiliva che dei minori di tenera età doveva prendersi sempre cura la madre, seguendo la dottrina conosciuta come "dottrina della tenera età" o "filosofia della tenera età". A tale riguardo sono stati stabiliti progressivamente diversi limiti di età: prima tre anni[63], successivamente cinque[64], in ultimo, sette[65].

59 *Cfr.* STC 185/2012, del 17 ottobre (RTC 2012, 185).

60 Così come è stato messo in evidenza dalla giurisprudenza: *Cfr.* STS 13 febbraio 2015 (RJ 2015, 681). Altrettanto dalla dottrina: *Cfr.* Berrocal Lanzarot, A.I.: "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida", cit., p. 39.

61 *Cfr.* STS 11 marzo 2010 (RJ 2010, 2340), SAP A Coruña 24 ottobre 2011 (JUR 2011, 391731), SAP Cáceres 21 marzo 2017 (AC 2017, 548) e SAP Murcia 25 gennario 2018 (JUR 2018, 96498).

62 *Cfr.* STSJ Aragón 9 febbraio 2012 (RJ 2012, 4319), SAP Alicante 30 ottobre 2013 (JUR 2014, 7998) e y SAP Guadalajara 15 gennario 2018 (JUR 2018, 63006).

63 *Cfr.* Progetti di Codice Civile 1836 (ex. art. 189), 1851 (ex. art. 82) e 1869 (ex. art. 108); Legge sul matrimonio civile del 18 giugno 1870 (ex. art. 88 c. 2); e formulazione originale del Codice Civile spagnolo de 1889 (ex. artt. 70 e 73).

64 *Cfr.* Legge sul divorzio 1932 (ex. art. 17).

65 *Cfr.* Legge del 24 aprile 1958 (ex. art. 73) e il Codice Civile (ex. art. 159).

Il fatto che sia stata eliminata la regola che attribuiva la cura dei minori di una determinata età alla madre non vuol dire che dell'età dei figli non si debba tener conto. È sufficiente osservare che la Legge 1/1996, sulla protezione legale del minore indica l'età e la maturità del minore come uno dei criteri da seguire per individuarne il superiore interesse (art. 2 c. 3 a)). Anche la giurisprudenza l'ha considerato un criterio rilevante[66].

Ritengo sia necessario distinguere tra i minori ancora in fase di allattamento e quelli che hanno superato tale fase[67].

Per quel che riguarda i lattanti, sia la dottrina[68] che la giurisprudenza[69] ritengono preferibile il regime di "guarda y custodia exclusiva" a favore della madre, nonostante si registrino anche opinioni in senso contrario[70].

I maggiori problemi si presentano nei casi in cui i minori hanno già superato la fase dell'allattamento, ma sono ancora nella prima infanzia. Da una parte, esiste una corrente dottrinale[71] e giurisprudenziale[72] che ritiene sempre preferibile la "guarda y custodia exclusiva", normalmente a favore della madre. In contrapposizione alla posizione precedente è apparsa, tuttavia, un'altra corrente dottrinale[73] e giurisprudenziale[74] che, pur non negando che l'età dei figli costituisca un fattore di cui tenere conto per stabilire il regime di "guarda y custodia", non ritiene che la tenera età del minore rappresenti una causa determinante per escludere la "guarda y custodia compartida".

In ogni caso, pare ragionevole intendere che, in quei casi in cui viene scelta la custodia exclusiva basandosi sul criterio della tenera età del figlio, ciò venga stabilito a titolo provvisorio, prevedendo la possibilità di modificarlo una volta che il minore abbia superato una determinata età.

66 *Cfr.* SAP Alicante 3 marzo 2005 (JUR 2005, 196981) e SAP Córdoba 24 aprile 2006 (JUR 2006, 230967).

67 *Cfr.* Martínez Calvo, J.: "Incidencia de la edad del menor en la determinación del régimen de custodia. Comentario a la STS de España, núm. 182/2018, de 4 de abril (RJ 2018/1182)", *Revista Boliviana de Derecho*, 2019, núm. 28, pp. 451-452.

68 *Cfr.* Monterroso Casado, E. y Goñi Rodríguez de Almeida, M.: "Análisis de la regulación legal de la custodia compartida tras la separación y el divorcio: una propuesta de *lege ferenda*", *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, 2011, núm. 131, p. 51; y Cruz Gallardo, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012, p. 244.

69 *Cfr.* SAP Barcelona 14 maggio 2010 (JUR 2010, 291104).

70 *Cfr.* Vallejo Orellana, R., Sánchez-Barranco, F. y Sánchez-Barranco, P.: "Separación o divorcio: trastornos psicológicos en los padres y los hijos", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 2004, núm. 92, p. 92.

71 *Cfr.* Gayá, V.: "Los hijos son a medias: la custodia compartida de los hijos tras el divorcio busca su hueco", *El Siglo de Europa*, 2015, núm. 1122, p. 49.

72 *Cfr.* SAP Córdoba 26 novembre 2008 (JUR 2009, 60234), SAP Salamanca 15 luglio 2009 (JUR 2009, 363002) e SAP Valencia 9 maggio 2014 (JUR 2014, 174273).

73 *Cfr.* Sanahuja Buenaventura, M.: "La custodia compartida como modelo preferente", *Estudios Jurídicos*, 2010, p. 18.

74 *Cfr.* SAP A Coruña 24 ottobre 2011 (JUR 2011, 391731) e SAP Castellón 24 ottobre 2014 (JUR 2015, 56256).

8. L'opinione del minore.

L'opinione del minore è un criterio previsto sia dalle norme statali (art. 92 c. 6 CC e art. 2 c. 2 b) Legge 1/1996, sulla protezione legale del minore) sia dal complesso di leggi regionali che esistono sulla materia (art. 80 c. 2 c) CDFA, art. 233-11 c. 1 e) CCCat., Legge 71 c. 5 della Compilazione del Diritto Civile Forale della Navarra e art. 9 c. 3 d) Legge 7/2015 dei Paesi Baschi. Vi erano, altresì, delle disposizioni in materia previste dalla Legge valenciana 5/2011 (art. 5 c. 3 b)).

Tale criterio è in stretto collegamento con il diritto del minore di essere ascoltato nell'ambito di procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano (artt. 92 c. 2, 92 c. 6, 154 c. 3, 156 c. 2, 158 c. 1 e 159 CC, artt. 770 c. 4 e 777 c. 5 LEC, artt. 2 c. 5 a) e 9 c. 1 e 2 Legge 1/1996, sulla protezione legale del minore). A tale proposito ritengo che si debbano differenziare due ipotesi: quei casi in cui il minore chiede di essere ascoltato e quelli in cui non avanza nessuna richiesta al riguardo.

In merito alle ipotesi in cui il minore, che ha raggiunto un grado di maturità sufficiente, chiede di essere ascoltato, la norma generale prevede che l'audizione deve essere concessa. Potrà essere respinta solo a mezzo di un provvedimento motivato, laddove il giudice constati che la comparizione del minore va contro il suo interesse (art. 9 c. 2 Legge 1/1996, sulla protezione legale del minore).

Presentano maggiori problemi le ipotesi in cui il minore non richiede di comparire innanzi al tribunale. A questo riguardo la normativa spagnola tradizionalmente ha sempre reputato che il giudice dovesse ascoltare il minore qualora avesse raggiunto un grado di maturità sufficiente e qualora avesse, in ogni caso, compiuto gli anni 12. Questa materia, tuttavia, è stata oggetto di due importanti riforme attuate mediante due leggi: la Legge 15/2005 e la Legge 13/2009. In seguito a tale riforma, sia il Codice Civile spagnolo (art. 92 c. 6) che la Legge di Procedura Civile (art. 770 c. 4 e 777 c. 5) stabiliscono che il minore deve essere ascoltato solo nei casi in cui abbia raggiunto un grado di maturità sufficiente ed il giudice lo ritenga necessario. Ciò significa che non è più obbligatorio ascoltare i figli minori che hanno la capacità di discernere, essendo assoggettata la concessione dell'audizione ai casi in cui il giudice la ritiene necessaria. Questa è l'interpretazione data dalla "Fiscalía General del Estado"[75] ed è quella verso cui si orienta anche la Corte Costituzionale spagnola[76].

La situazione non è molto diversa nel diritto italiano, perché, anche se il articolo 337 octies c. 1 del Codice Civile stabilisce che il giudice deve ascoltare al

75 *Cfr.* Circolare 3/2009, del 10 novembre 2009.

76 *Cfr.* STC 139/2008, del 26 maggio (JUR 2008, 139) e STC 163/2009, del 29 giugno (RTC 2009, 163).

figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento, l'articolo 336 bis c. 1 aggiunge una importante precisazione: se l'ascolto è in contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo, il giudice non è obbligato di farlo.

Il mancato ascolto del minore nei casi in cui è previsto che ciò abbia luogo (o il minore ritenuto capace di discernimento richiede di essere ascoltato o il giudice lo ritiene opportuno ed il minore non si oppone) costituisce una violazione del diritto di quest'ultimo ad una tutela giuridica effettiva[77] (art. 24 c. 1 CE). La conseguenza sarà, pertanto, la nullità degli atti e la procedura ritorna indietro fino al momento in cui avrebbe dovuto aver luogo l'audizione[78], ai sensi di quanto disposto dall'articolo 238 c. 3 della Legge 6/1985, del 1° luglio, della magistratura. La stessa cosa succede nel diritto italiano[79].

Per quanto riguarda il valore che deve essere attribuito all'opinione del minore, ci troviamo di fronte ad una posizione unanime sia nella giurisprudenza[80] che nella dottrina[81]; in entrambi i casi viene ritenuto che non abbia un carattere vincolante per il giudice, un principio che appare assai logico, dal momento che i desideri espressi dal minore non sempre coincidono con il suo interesse reale. Infatti, neanche nel diritto italiano è vincolante l'opinione del minore[82].

Quindi, il diritto del minore ad essere ascoltato non deve essere confuso con il diritto di decidere, che spetta esclusivamente al giudice. Nonostante in molte occasioni i tribunali seguano l'opinione del minore[83], non è, infatti, strano imbattersi in delle pronunce che si discostano dai desideri espressi da quest'ultimo[84].

77 *Cfr.* STC 224/2002, del 25 novembre (RTC 2002, 224) e STC 17/2006, del 30 gennario (RTC 2006, 17).

78 *Cfr.* STS 14 maggio 1987 (RJ 1987, 3550), STS 30 aprile 1991 (RJ 1991, 3108) e STS 20 ottobre 2014 (RJ 2014, 5613).

79 *Cfr.* Trib. Genova, 23 marzo 2007.

80 *Cfr.* SAP Barcelona 4 de luglio 2007 (JUR 2007, 276723) e SAP Tarragona 21 marzo 2014 (JUR 2014, 114914).

81 *Cfr.* Núñez Núñez, M.: "La imposibilidad del ejercicio de la guarda y custodia de los menores por sus progenitores: su concesión a abuelos u otros familiares", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 3, p. 89; y Berrocal Lanzarot, A.I.: "La audiencia del menor en los procesos judiciales", *La Ley Derecho de Familia*, 2015, núm. 7, pp. 1-13, p. 9.

82 *Cfr.* Carbone, V.: "Affidamento condiviso e interesse del minore", *Corriere Giuridico*, 2012, núm. 7, p. 2; e Savoia, R.: "Nei procedimenti di affidamento ai genitori il minore deve essere ascoltato", *Diritto & Giustizia*, 2013, núm. 0, p. 1.

83 *Cfr.* SAP Navarra 29 de settembre 2011 (JUR 2012, 92597), SAP Ourense 19 luglio 2012 (JUR 2012, 279334), SAP Murcia 25 marzo 2013 (JUR 2003, 217240), SAP Valencia 23 settembre 2013 (JUR 2013, 352227), SAP Valencia 30 aprile 2014 (JUR 2014, 173946), SAP Valencia 21 luglio 2014 (JUR 2014, 252127), SAP Alicante 5 maggio 2015 (JUR 2015, 167918), SAP Zaragoza 16 gennario 2018 (JUR 2018, 65113) e SAP Ávila 1 febbraio 2018 (JUR 2018, 67850).

84 *Cfr.* SAP Barcelona 7 novembre 2010 (JUR 2011, 81330), SAP Madrid 5 luglio 2013 (JUR 2013, 264064), SAP Alicante 12 luglio 2013 (JUR 2013, 350085), SAP Castellón 8 ottobre 2014 (JUR 2015, 54866) e SAP Alicante 7 maggio 2015 (JUR 2015, 167333).

BIBLIOGRAFÍA

Alascio Carrasco, L.: "La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2011, núm. 2.

Berrocal Lanzarot, A.I.: "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 3, pp. 29-53.

Berrocal Lanzarot, A.I.: "La audiencia del menor en los procesos judiciales", *La Ley Derecho de Familia*, 2015, núm. 7, pp. 1-13.

Carbone, V.: "Affidamento condiviso e interesse del minore", *Corriere Giuridico*, 2012, núm. 7, pp. 1-2.

Clemente Díaz, M.: *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia de los hijos*, Síntesis, Madrid, 2014.

Cruz Gallardo, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012.

De Torres Perea, J.M.: "La custodia compartida", en AA.VV.: *Prácticum familia 2016* (coord. por R. Aranda Rodríguez), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 629-659.

Febbrajo, T.: *Crisi della familia e diritto alla "bigenitorialità": L'affidamento dei figli dopo la legge n. 54/2006*, eum, Macerata (Italia), 2008.

Gayá, V.: "Los hijos son a medias: la custodia compartida de los hijos tras el divorcio busca su hueco", *El Siglo de Europa*, 2015, núm. 1122, pp. 48-49.

Gelli, R.: "Affidamento della prole", *Famiglia e Diritto*, 2005, núm. 2, pp. 1-15.

González del Pozo, J.P.: "La necesidad de una completa regulación de dos cuestiones trascendentales en la futura Ley estatal de custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, 2016, núm. 11, pp. 1-14.

Hernando Ramos, S.: "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia. Especial referencia a la guarda y custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, 2010, pp. 1-21.

Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil IV: Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

Lenti, L.: "L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo", *CEDAM: La nova giurisprudenza civile commentata*, 2016, núm. 1, pp. 148-158.

Martín Molina, A.A.: "Cuestiones actuales sobre la custodia compartida", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2017, núm. 15, pp. 1-15.

Martínez Calvo, J.: "Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 257/2013, de 29 de abril)", *La Ley Derecho de Familia*, 2015, mayo, pp. 1-25.

Martínez Calvo, J.: "La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, *núm. 3 ter,* pp. 198-206.

Martínez Calvo, J.: "El "affidamento" y la "collocazione" en el Derecho italiano: una visión comparada con la guarda y custodia española", *Revista de Derecho de Familia*, 2018, núm. 78, pp. 51-88.

Martínez Calvo, J.: "Incidencia de la edad del menor en la determinación del régimen de custodia. Comentario a la STS de España, núm. 182/2018, de 4 de abril (RJ 2018/1182)", *Revista Boliviana de Derecho*, 2019, núm. 28, pp. 444-457.

Martínez Calvo, J.: *La guarda y custodia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

Martínez Calvo, J.: "Improcedencia de la custodia compartida cuando existe una distancia geográfica considerable entre los domicilios de los progenitores. Comentario a la STS de España, núm. 58/2020, de 28 de enero (RJ 2020/111)", *Revista Boliviana de Derecho*, 2020, *núm. 30,* pp. 702-717.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en AA.VV.: *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 133-176.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, Madrid, 2016, pp. 187-222.

Martínez Sánchis, N.: "La guarda y custodia compartida en el Derecho autonómico. Estado actual de la cuestión", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, núm. 5, pp. 76-95.

Meco Tébar, F.: "La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS núm. 495/2013, de 19 de julio (EDJ 2013, 149996)", *Revista Boliviana de derecho*, 2015, núm. 19, pp. 584-595.

Méndez Tojo, R.: "La guarda y custodia compartida: una solución deseable", *Actualidad civil*, 2017, núm. 1, pp. 14-25.

Messía de la Cerda Ballesteros, J.A.: "El reparto de los tiempos de estancia de los hijos menores con los progenitores en los casos de custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, 2016, núm. 11, pp. 1-12.

Monterroso Casado, E. y Goñi Rodríguez de Almeida, M.: "Análisis de la regulación legal de la custodia compartida tras la separación y el divorcio: una propuesta de *lege ferenda*", *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, 2011, núm. 131, pp. 5-58.

Núñez Núñez, M.: "La imposibilidad del ejercicio de la guarda y custodia de los menores por sus progenitores: su concesión a abuelos u otros familiares", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 3, pp. 87-93.

Sanahuja Buenaventura, M.: "La custodia compartida como modelo preferente", *Estudios Jurídicos*, 2010, pp. 1-30.

Savoia, R.: "Nei procedimenti di affidamento ai genitori il minore deve essere ascoltato", *Diritto & Giustizia*, 2013, núm. 0, pp. 1-2.

Serrano García, J.A.: "Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón", en AA.VV.: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* (coord. por M.C. Bayod López y J.A. Serrano García), Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2013, pp. 13-86.

Tena Piazuelo, I.: "La ruptura de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida", en AA.VV.: *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Universidad de Montevideo (Uruguay), 2008, pp. 45-65.

Urbón Llaca, A.: "Distintos tipos de guarda y custodia y requisitos jurisprudenciales del Tribunal Supremo para conseguirlos", *Economist & Jurist*, 2016, núm. 204, pp. 38-45.

Ureña Carazo, B.: "La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género", *La Ley Derecho de Familia*, 2016, núm. 11, pp. 1-16.

VALLEJO ORELLANA, R., SÁNCHEZ-BARRANCO, F. y SÁNCHEZ-BARRANCO, P.: "Separación o divorcio: trastornos psicológicos en los padres y los hijos", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 2004, núm. 92, pp. 91-112.

VIOLA DEMESTRE, I.: "La custodia compartida no exime del pago de alimentos. Sentencia de 11 de febrero de 2016", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2016, núm. 102, pp. 293-310.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: "Eficacia de los pactos familiares", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2013, núm. 1, pp. 1-56.

L'AFFIDAMENTO FAMILIARE NELLA MIA ESPERIENZA DI GIUDICE PENALE

FAMILY CUSTODY IN MY PENAL JUDGE'S EXPERIENCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1302-1313

Fulvia
MISSERINI

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: La nota analizza l'istituto dell'affidamento familiare. Dopo una breve verifica dei presupposti normativi, si prende in considerazione un caso trattato dal Tribunale penale di Taranto, per gravissimi fatti di abusi sessuali su minori, in cui la figura di due famiglie affidatarie assume un rilievo positivo. In questo caso l'affidamento familiare si è rivelato essere una concreta espressione del principio costituzionale di solidarietà sociale consentendo la realizzazione, per i minori, del diritto di essere curati amorevolmente.

PALABRAS CLAVE: Affidamento familiare; solidarietà; cura amorevole.

ABSTRACT: *The note analyzes family custody's institute. After a brief verification of regulative's requirements, it considers a case treated by Taranto's Court of Criminal Justice, for several very grave child abuse, in which the figure of two custody families gets positive relevance. In this case the custody family has evolved into a concrete expression of the constitutional principle of social support, by allowing the realization, for minors, of the right to being cared lovely.*

KEY WORDS: *Family custody; solidarity; lovely caring.*

SUMARIO.- I. L'AFFIDAMENTO FAMILIARE.- 1.I presupposti normativi dell'istituto.- 2 . Le applicazioni giurisprudenziali.- II. IL CASO TRATTATO DAL TRIBUNALE DI TARANTO.- 1. I minori e la loro famiglia.- 2. Le famiglie affidatarie.- III. L'INSEGNAMENTO DEL PROF. BIANCA .- 1. L'affidamento familiare nel caso di cui alla sentenza del Tribunale di Taranto.

I. L'AFFIDAMENTO FAMILIARE.

L'affidamento familiare è un istituto che non crea un rapporto adottivo ma sopperisce ad una temporanea carenza dell'ambiente familiare del minore[1].

L'affidamento familiare è infatti distinto rispetto a quello preadottivo che, invece, costituisce un presupposto necessario dell'adozione atteso che con l'adozione si recide il vincolo sostanziale e formale del minore con la sua famiglia d'origine con la conseguenza che il reale vantaggio del minore, con riferimento alla famiglia con la quale dovrà instaurare il nuovo legame, deve essere verificato in concreto, tramite appunto l'affidamento preadottivo.

L'affidamento familiare, quindi, rispetto a quello preadottivo, come si è detto strumentale alla adozione e quindi ad un legame che, da un punto di vista temporale, avrà il carattere della definitività, è, per definizione temporaneo, cioè destinato a cessare[2].

Pertanto, il provvedimento che dispone l'affidamento deve indicare il periodo di prevedibile durata dello stesso e l'eventuale proroga non può a sua volta avere durata indeterminata, atteso che la duratura e irreversibile mancanza di un ambiente familiare idoneo per il minore determina in concreto quella situazione di abbandono che giustifica la dichiarazione di adottabilità, pur in presenza di un'attuale e positiva situazione di affidamento eterofamiliare, la quale non è di impedimento alla dichiarazione anzidetta[3].

Nella prassi applicativa queste distinzioni non sono spesso così nette e marcate: accade a volte che l'affidamento familiare nasconde un'adozione mascherata[4]. Infatti, se in astratto è chiaro che vengono dichiarati adottabili solamente i minori

1 Bianca ,C.M.: *Diritto Civile, 2.1. La famiglia,* Giuffré, Milano, 2017, p. 510

2 La Suprema Corte di Cassazione ha specificato in diversi pronunciamenti che l'affidamento può essere prorogato ma la proroga non può presentare una durata indeterminata (Cass. 26 gennaio 2011, n. 1837, *Gciv* 2011, 7-8, p.1728)

3 Ai sensi dell'art. 8, comma 2, l. n. 184 del 1983 non modificato nella sostanza dall'art. 8 l. n. 149 del 2001

4 Cascone,C.:"I minori e la riforma dell'affidamento: tre anni dopo continuano gli equivoci",*DeG-Dir. e giust.*, f. 3, p. 28

• Fulvia Misserini
Giudice monocratico del Tribunale di Taranto. E-mail: fulvia.misserini@gmail.com.

che versano in uno stato di abbandono morale e materiale, da parte dei genitori e dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a cause di carattere transitorio e verosimilmente temporanee, quando si fa ricorso all'affidamento familiare, in concreto non sempre è facile individuare le caratteristiche dell'abbandono.

La giurisprudenza di merito, infatti, ha creato la figura della c.d. adozione mite che si realizza attraverso lo strumento giuridico dell'adozione particolare quando si è in presenza di uno stato di "semiabbandono"[5].

Tale prassi giudiziaria è stata avallata dalla giurisprudenza di legittimità[6] ed anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[7].

Anche la recente legge n.173 del 2017, in nome della tutela della continuità affettiva, ha previsto che, ove il minore sia dichiarato in stato di adottabilità durante un prolungato periodo di affidamento, la coppia affidataria abbia un titolo preferenziale per adottarlo (sempre che abbia fatto domanda e sia in possesso di tutti i requisiti).

1. I presupposti normativi dell'istituto.

L'articolo 4 della legge n. 184 del 1983, che disciplina l'istituto dell'affidamento familiare, è stato novellato dall'articolo 4 della legge n. 149 del 2001, pur mantenendo inalterato il suo contenuto sostanziale.

La legge del 2001 si pone, già dal titolo[8], nel senso di stabilire che l'interesse primario da tutelare deve essere quello del minore a crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia, quella biologica. Quando però la famiglia d'origine non è in grado, per carenze o impedimenti di varia natura, di garantirne la crescita e l'educazione, si pone la necessità di intervenire a tutela del minore, utilizzando gli istituti previsti dalla legge e cioè l'affidamento familiare e l'adozione.

L'affidamento familiare è il principale istituto destinato a far fronte alla temporanea inidoneità dell'ambiente familiare del minore. Esso è normalmente disposto dal servizio sociale territorialmente competente ma può essere disposto anche dal tribunale per i minorenni.

5 Trib. Min. Bari, 6 novembre 2019, in *Ilfamiliarista.it*, 30 giugno 2020

6 Cass. 13 febbraio 2020, n. 3643, che ha riconosciuto l'adozione mite quale strumento utile per ovviare a situazioni di semiabbandono, *Guida al Diritto*, 2020, 18, p.53.

7 Sentenza CEDU Zhou c/Italia del 21 gennaio 2014, *Minori giust*. 2014, p.274, secondo cui nelle situazioni di fatto ed oggettive in cui si cala il contesto adottivo, non è un diritto dei genitori biologici mantenere le relazioni nei confronti dei figli, ma secondo il *best interest of child*, è un diritto dei figli mantenere le relazioni con la famiglia.

8 L'art. 1 della legge n. 149 del 2001, sostituisce il titolo della legge n. 184 con "Diritto del minore ad una famiglia".

Accertato lo stato di difficoltà della famiglia – non superabili con gli interventi a sostegno previsti dalla legge n. 184 del 1983 -, verificatone il carattere temporaneo, il servizio sociale predispone un programma concreto riguardante la situazione complessiva, comprendente l'ipotesi di affidamento del minore presso altra famiglia, individuata dal servizio stesso, nonché le risorse da impiegare e le modalità da seguire per il pieno recupero della situazione di disagio, al fine del rientro del minore in famiglia; fondamentale a tal fine è l'indicazione temporale di durata dell'affidamento.

Su tale programma bisogna poi raccogliere il consenso – scritto - dei genitori, che è un atto negoziale autorizzativo[9].

Il provvedimento dei servizi - provvedimento avente natura amministrativa viene reso esecutivo dal giudice tutelare. Tale intervento è volto a garantire il controllo circa la legittimità del provvedimento, e la regolarità della procedura seguita. Sostanzialmente, compito del giudice tutelare è la verifica dei presupposti dell'affidamento, e quindi della situazione di disagio temporaneo, onde scongiurare il rischio che attraverso il detto istituto si tenda a fronteggiare una situazione più grave, di vero e proprio pregiudizio per il minore, nel qual caso sarà negata l'esecutività del provvedimento, con contestuale trasmissione degli atti al tribunale per i minorenni per gli interventi di propria competenza.

Quando, invece, manca l'assenso dei genitori, provvede il tribunale per i minorenni, ai sensi degli articoli 330 e ss., c.c. e cioè a seguito di procedimento camerale su richiesta del servizio sociale, dei genitori o anche d'ufficio.

La norma pone un termine massimo per l'affidamento, previsto in due anni; termine che può essere prorogato nel caso si ritenga che la sospensione possa danneggiare il minore, nel senso che la situazione della famiglia d'origine non è migliorata, per cui l'eventuale rientro del minore potrebbe tradursi in un regresso del suo percorso di crescita. La proroga va sempre pronunciata dal tribunale per i minorenni che deve verificare che la situazione non si possa più ritenere transitoria.

I genitori affidatari hanno l'obbligo di mantenere ed agevolare i rapporti tra il minore e i genitori in capo ai quali persiste la titolarità della responsabilità genitoriale[10], poiché l'affidamento è preordinato al ritorno del minore presso la famiglia d'origine. La famiglia affidataria deve accogliere presso di sé il minore e provvedere al mantenimento, educazione e istruzione tenendo conto delle indicazioni dei genitori.

9 Bianca, C.M.: *Diritto civile* , cit., p. 513.

10 Bianca, C.M.:*Diritto civile* , cit., p. 511.

Come si è detto un affidamento che si prolunga nel tempo in modo eccessivo legittima la c.d. adozione mite[11].

Infatti, l'istituto dell'affidamento familiare ha la funzione di fronteggiare situazioni di difficoltà transitorie: è praticamente una misura di natura assistenziale, volta ad assicurare al minorenne ciò che a casa sua non è assicurato, non solo il mantenimento, l'educazione e l'istruzione, ma anche le relazioni affettive di cui ha bisogno, quelle che, appunto, si ritiene possano essergli date non da un istituto assistenziale e nemmeno da una comunità, ma da una famiglia[12].

2. Le applicazioni giurisprudenziali.

L'affidamento familiare, quindi, è un vero e proprio strumento di politica sociale per la protezione di minori che non possano, nel loro esclusivo interesse, crescere nella famiglia di origine[13].

L'affidamento familiare riconosce alla famiglia, intesa quale formazione sociale in cui l'uomo svolge la sua personalità[14], il ruolo di essenziale risorsa sociale per i minorenni. Nell'affidamento familiare le famiglie sono due: quella d'origine e quella affidataria. In questo modo si coniugano l'intervento assistenziale pubblico con la solidarietà della società civile[15].

La prassi operativa ha "inventato" come si è visto figure intermedie tra affidamento familiare e affidamento preadottivo: si è tratteggiata infatti la figura dell'adozione mite che si realizza nel caso di semiabbandono permanente.

Ancora la pratica operativa registra spesso la difficoltà di reperimento di famiglie disponibili per l'affidamento familiare, con la conseguenza che accade che, nelle more della dichiarazione di adottabilità, si ricorreva all'affidamento del minore a una coppia con i requisiti per l'adozione e presentato relativa domanda, per evitare, possibilmente, l'ulteriore trauma del minore che venga allontanato dai genitori affidatari. Anche la recente legge n.173 del 2017, in nome della tutela della continuità affettiva, ha previsto che, ove il minore sia dichiarato in stato di adottabilità durante un prolungato periodo di affidamento, la coppia affidataria abbia un titolo preferenziale per adottarlo (sempre che abbia fatto domanda e sia in possesso di tutti i requisiti).

11 Ardito, L.: "L'adozione mite: dalla sperimentazione all'applicazione", nota a Trib. min. Bari, 6 novembre 2019, *Il familiarista.it,* f. 30 giugno 2020.

12 Vercellone,P.. "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento familiare. Prime osservazioni",*Giur.it.* 1983, IV.

13 Long, J.: "I confini dell'affidamento familiare e dell'adozione", *Dir.fam.*, f. 3, 2007, p. 1432

14 Bianca, C.M.:*Diritto civile* , cit., p. 4

15 Long, J.:"I confini",cit.

Le difficoltà pratiche nascono in realtà proprio dalla temporaneità dell'affidamento e della finalità di reinserimento del minore nella famiglia di origine; le difficoltà pratiche nascono, cioè, dalla mancanza di solidarietà.

II. IL CASO TRATTATO DAL TRIBUNALE DI TARANTO.

Con sentenza pronunciata in data 22 ottobre 2020 il Tribunale di Taranto, II sezione penale, in composizione collegiale, giudicava – ritenendoli colpevoli – un uomo e la sua compagna, per gravissimi fatti commessi in danno dei figli minori di lei. Si trattava di abusi sessuali che l'uomo aveva compiuto sui quattro minori, con la complicità della madre.

La vicenda penale non interessa; in questa sede interessa evidenziare la generosità e la solidarietà, i valori che sono alla base dell'istituto dell'affidamento familiare nei termini anzidetti, dimostrati dalle due famiglie affidatarie dei minori. Infatti, l'affidamento familiare non è stata la conseguenza degli abusi sessuali subiti – altri sono stati i provvedimenti adottati successivamente nei confronti della madre – ma era stato disposto, per altre ragioni, circa un anno prima rispetto al momento in cui i minori avevano iniziato a confidare i terribili fatti di cui erano stati involontari protagonisti.

Correttamente era stato disposto l'affidamento familiare su richiesta della madre che versava in una situazione di difficoltà anche in ragione della detenzione, per altre ragioni, del padre dei minori. Padre che in ogni caso era presente nella vita dei bambini e che è stato presente anche nella fase processuale.

In altri termini, si osserva, che solamente nelle famiglie affidatarie i bambini hanno trovato quella cura amorevole, quella carica affettiva, quella serenità – tutte espressioni del diritto fondamentale del minore, ossia il diritto all'amore dei genitori[16] – che ha consentito loro di manifestare un profondo e drammatico disagio.

1. I minori e la loro famiglia.

I fatti per cui il Tribunale di Taranto ha proceduto erano contestati sino al marzo del 2016. La loro denuncia, tuttavia, risaliva solamente all'estate del 2018 quando la responsabile dei servizi sociali competenti per territorio indirizzava al Tribunale per i Minorenni di Taranto e alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni e alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Taranto

16 Bianca, C.M.: *Diritto civile* , cit., p. 367 : "La riforma della filiazione ha enunciato il diritto del figlio all'assistenza morale (art. 315 bis1 c.c.). Con l'enunciazione di tale diritto la Riforma ha inteso sancire il diritto del figlio ad essere amato dai genitori. Assistere moralmente il figlio significa infatti averne cura amorevole".

due distinte note (rispettivamente in data 3.8.2018 e 10.9.2018) rappresentando quanto a sua volta aveva appreso dai genitori affidatari.

L'affido familiare dei quattro fratelli, infatti, era stato disposto con decreto del 16.10.2017 a due distinte coppie – i fratellini erano stati divisi, ma le famiglie affidatarie erano tra di loro legate da vincoli di parentela essendo due componenti delle coppie tra di loro fratelli – su richiesta proprio della madre che stava attraversando un momento di difficoltà dovuto anche allo stato detentivo – legato a vicende di altro genere e comunque pregresse - del padre dei bambini[17].

La figura paterna nonostante tutto è risultata essere presente nella vita dei minori ed anche nel corso del processo, essendo stato lo stesso sentito quale testimone.

Ebbene si legge in queste note della responsabile dei servizi sociali che "i minori si sono ben integrati nei rispettivi contesti famigliari, hanno ritrovato il calore e l'affetto di cui avevano bisogno e a cadenza quindicinale incontrano i genitori presso gli uffici di OMISSIS con il supporto dell'educatrice e della psicologa del centro ascolto famiglie. Inizialmente gli incontri protetti avvenivano a cadenza settimanale. Con l'incremento degli impegni dei minori (scuola, rientri pomeridiani, terapie presso OMISSIS) si è ritenuto opportuno rimodulare le visite dei genitori; questi ultimi hanno accettato e compreso le esigenze dei propri figli.

Dopo un anno circa di inserimento presso le famiglie affidatarie, la minore OMISSIS sta confessando alla signora OMISSIS presunti abusi sessuali avvenuti tra le mura domestiche ad opera del compagno della madre, di nome OMISSIS, con il quale oggi sembrerebbe convivere. La madre, secondo i racconti di OMISSIS, assisteva agli abusi commessi dal compagno in danno dei figli e non si attivava in alcun modo affinché gli stessi avessero fine".

Dopo questa prima apertura di una solamente dei minori, anche gli altri fratelli si sono aperti raccontando i fatti per cui poi è stato celebrato il processo.

2. Le famiglie affidatarie.

La vicenda oggetto della cognizione del Tribunale penale di Taranto ha dato dimostrazione piena della efficacia dell'istituto dell'affidamento familiare.

I genitori affidatari dei minori sono stati sentiti come testimoni ed hanno raccontato di aver frequentato un corso e di avere ben chiaro quale fosse il loro

17 Lo stato di detenzione di un genitore è un'ipotesi tipica di una situazione di disagio che legittima l'affidamento familiare con la prospettiva del rientro dei minori nella casa familiare all'esito del processo o dell'esecuzione della pena; per un caso recente v. Tribunale Bologna 1° luglio 2020, *Diritto & Giustizia*, 19 agosto 2020.

compito e di aver ben compreso quali fossero i limiti dell'affidamento familiare. Non avevano alcuna pretesa in termini di adozione nei confronti di questi minori.

Dalla testimonianza dei genitori affidatari è emerso il graduale inserimento dei minori nelle famiglie affidatarie. Nella sentenza così viene descritto il percorso di affidamento dei genitori affidatari: "nel senso che inizialmente si recavano presso la struttura per avere degli incontri con i piccoli; che ad un certo punto cominciavano a tenere i bambini presso le loro case i fine settimana; che avanzavano richiesta di ottenere anche l'affidamento delle sorelle OMISSIS e OMISSIS ed effettivamente verso fine luglio 2017 venivano affidate loro anche le predette; che il 16 ottobre del 2017 interveniva il provvedimento del Tribunale dei Minorenni (agli atti e sopra richiamato tra la produzione del PM) che ratificava l'affidamento che a quel punto diveniva quotidiano, ovvero i bambini si trasferivano a vivere presso le loro case; che all'inizio i bambini vedevano settimanalmente i genitori naturali negli incontri stabiliti presso il Comune di OMISSIS dove loro li accompagnavano; che questi incontri inizialmente avvenivano con la madre e il padre contestualmente e che ad un certo punto, stante la grave conflittualità esistente tra questi ultimi, gli incontri avvenivano per mezz'ora con un genitore e mezz'ora con l'altro genitore; che loro accompagnavano i bambini al Comune di OMISSIS e aspettavano fuori, su richiesta specifica di OMISSIS, che si concludesse l'incontro".

Solamente nel luglio del 2018 e quindi dopo oltre un anno dall'inizio del percorso una delle bambine ha iniziato a fare le prime confidenze alla madre affidataria

Si è trattato di un rapporto di fiducia che si è incrementato nel tempo; i minori hanno gradualmente riscontrato ed apprezzato nella famiglia affidataria la cura che è presupposto per la fiducia e che ha portato – ognuno con i suoi tempi e con i suoi modi espressivi (un minore si era limitato a scrivere lettere in cui descriveva gli abusi) – a confidare ai genitori affidatari fatti di cui non avevano percepito il reale disvalore ma che, evidentemente, avevano creato in loro dolore, fisico e psicologico. Fatti gravissimi non solo oggettivamente ma tanto più gravi se si ha presente che erano commessi con la complicità della madre.

Tempistiche e modalità dichiarative differenti: infatti il più grande dei fratelli si è espresso esclusivamente attraverso lo scritto – numerose sono state le lettere scritte alla madre affidataria ed acquisite agli atti del processo -.

Tutti i minori, tuttavia, solamente dopo essersi inseriti nelle famiglie affidatarie, avendo evidentemente ricevuto cura amorevole, sono riusciti ad aprirsi.

III. L'INSEGNAMENTO DEL PROF. BIANCA.

La Costituzione italiana all'art. 2 riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Tali diritti non possono essere oggetto di revisione costituzionale nel loro contenuto essenziale, in quanto incorporano un valore della persona avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico attualmente vigente[18]. La dottrina più accreditata distingue i diritti fondamentali in due macro aree e lo fa sulla base delle norme costituzionali medesime:[19] da un lato individua i diritti di rispetto della personalità umana, ovvero i diritti che conferiscono al soggetto un potere di godimento della sua personalità ed una pretesa di non ingerenza da parte dei terzi; dall'altro i diritti di solidarietà, ovvero quella categoria che comprende le pretese del soggetto a realizzare la propria personalità attraverso l'altrui collaborazione.

Con riferimento al tema oggetto di trattazione, si osserva che il minore – oltre a tutti i diritti della personalità – è titolare di specifici diritti fondamentali che attengono alle essenziali esigenze dell'essere umano nella fase della sua crescita: il diritto di vivere nella propria famiglia e il diritto di ricevere adeguata assistenza materiale e morale[20].

Il diritto all'amore è un diritto fondamentale del minore che, nella fase formativa della sua personalità, ha diritto di ricevere una carica affettiva[21].

Dal punto di vista della famiglia, poi, deve dirsi che essa corrisponde ad un diritto fondamentale dell'uomo che è quello di realizzarsi nella prima forma di comunità, quella familiare, appunto. Il bisogno della famiglia come diritto fondamentale della persona si estrinseca sia sotto forma di libertà – quella di seguire le proprie scelte e di svolgere in essa liberamente la propria personalità – sia sotto forma di solidarietà – reciproca dei coniugi ma soprattutto nei confronti dei figli -. Infatti, al diritto di solidarietà dei figli di essere mantenuti, istruiti, educati e amati corrisponde la responsabilità genitoriale[22].

18 Corte Cost., 23 luglio 1991, *Giust. Pen*., I, 1992, p.35.

19 Bianca, C.M.: *Diritto Civile I, La norma giuridica – I soggetti, Giuffrè,* Milano, 2002, p. 145

20 Bianca, C.M., *Diritto civile* , cit., p. 156.

21 Bianca, C.M.:*Diritto civile* , cit., p. 368.

22 Bianca, C.M.: *Diritto civile* , cit., p. 9.

1. L'affidamento familiare nel caso di cui alla sentenza del Tribunale di Taranto.

Il caso oggetto della cognizione del Tribunale penale Taranto, allora, pur nella sua drammaticità, rivela nella corretta applicazione dell'istituto dell'affidamento familiare, la concreta realizzazione dei diritti fondamentali dell'uomo: da un lato quello dei minori di ricevere cura amorevole in una famiglia – pur nella prospettiva di un eventuale rientro in quella d'origine, avendo mantenuto un rapporto con il padre – e dall'altro quello dei genitori adottivi di realizzare il proprio bisogno di famiglia anche attraverso l'esercizio di determinate responsabilità che sono derivate loro dall'avere assunto la posizione di genitori affidatari.

L'affidamento familiare nel caso concreto ha rappresentato nella vita sfortunata di questi quattro bambini, un vero momento di cura e di amore, di fiducia verso la figura genitoriale che ha consentito loro, con tempistiche e modalità differenti, di aprirsi e di riacquistare serenità.

L'intervento pubblico, attraverso l'assistenza sociale, non si è rivelata un'attività discrezionale, occasionale e improntata a spirito caritatevole, ma un'azione fondata sul principio di solidarietà sociale che ha concretamente fornito ai minori assistenza e cura, amore.

BIBLIOGRAFIA

ARDITO, L.: "L'adozione mite: dalla sperimentazione all'applicazione", *Ilfamiliarista.it*, fasc. 30 giugno 2020.

BIANCA, C.M.: *Diritto Civile I, La norma giuridica – I soggetti, Giuffrè*, Milano, 2002,p.145.

BIANCA, C.M.: *Diritto Civile 2.1, La famiglia, Giuffrè, Milano*, 2017,p.510.

CASCONE, C.: "I minori e la riforma dell'affidamento: tre anni dopo continuano gli equivoci", *DeG- Dir.* e *giu*st., fasc. 3, 2005, p. 28.

FIGONE, A.: "L'adozione 'mite' e la situazione di 'semi-abbandono'", nota a Cassazione civile, 25 gennaio 2021, n. 1476, *Ilfamiliarista.it*, fasc. 5 maggio 2021.

LONG, J.:"I confini dell'affidamento familiare e dell'adozione", *Dir. fam.*, f. 3, 2007, p. 1432.

MONTARULI, V. :"L'affidamento del minore e la continuità affettiva: rivisitazione dell'adozione mite e nuove prospettive di adozione", *Questione Giust.*, 6 ottobre 2017.

VERCELLONE, P.: "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento familiare. Prime osservazioni", *Giur.it.,* 1983, parte IV.

RELACIONES FAMILIARES Y DAÑOS EN EL DERECHO ARGENTINO

FAMILY RELATIONSHIPS AND DAMAGES IN ARGENTINE LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1314-1341

Mariel F.
MOLINA DE
JUAN

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: El presente artículo analiza las vinculaciones entre e derecho de daños y el derecho de las familias en la Argentina. Contiene un desarrollo de la interacción entre ambas disciplinas, en el que se sintetizan las tesis sostenidas en cada una de las etapas evolutivas, y profundiza en el estudio de los principios constitucionales que fundamentan el actual estado de la cuestión.

PALABRAS CLAVE: Derecho de daños; Derecho de las familias; protección constitucional.

ABSTRACT: *This article analyzes how Damages law and family law in Argentina are connected. It develops the interaction between both disciplines and summarizes the theses held in each of the evolutionary stages. Finaly, it delves into the study of the constitutional principles that underpin the current state of the issue.*

KEY WORDS: *Damage Law; Family Law; Constitutional protection.*

SUMARIO.- I. PARADIGMAS DEL DERECHO ARGENTINO.- II. EL DIÁLOGO NO SIEMPRE PACÍFICO ENTRE EL DERECHO DE DAÑOS Y EL DERECHO DE LAS FAMILIAS.- 1. Primera etapa: Los tiempos de la impunidad.- 2. Segunda etapa: La transición.- 3. Tercera etapa: La centralidad de la persona humana frente a los daños injustamente sufridos en sus relaciones familiares.- III. PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LAS FAMILIAS EN INTERACCIÓN CON EL DERECHO DE DAÑOS.-1. Autonomía de la persona que vive en familia.- 2. Igualdad real y perspectiva de género.- 3. Solidaridad familiar y protección de los vulnerables.- A) Protección de los niños, niñas y adolescentes.- B) Protección al miembro más débil del grupo familiar-. IV. BREVES CONCLUSIONES.-

I. PARADIGMAS DEL DERECHO ARGENTINO.

El tema que he de abordar en este trabajo se ubica en el punto de confluencia entre dos de las disciplinas del Derecho privado argentino en las que más y mejor ha permeado el proceso de constitucionalización[1].

Por un lado, el Derecho de daños sistematizado en el Libro Tercero, Titulo V, Capítulo 1 (arts. 1708 a 1780) del Código Civil y Comercial Argentino (2015) cuya redefinición a la luz del paradigma de los Derechos humanos[2] y de la centralidad de la persona y sus derechos fundamentales, (inviolabilidad, dignidad, honor, salud, identidad, intimidad, imagen), presenta nuevos y valiosos enfoques que trasvasan su primigenia función resarcitoria[3]. Desde esta perspectiva se pone en valor la función preventiva de la responsabilidad civil[4], y con ella se produce un salto

1 Para la constitucionalización del Derecho de las familias, entre muchos: Gil Dominguez, A., Famá M., Herrera, M.: *Derecho constitucional de familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006; Lloveras, N. y Salomón, M.: *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2009. En el Derecho de daños compulsar Pizarro, R. y Vallespinos, C.: *Tratado de Responsabilidad Civil. Parte General*, T1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, p. 44; Ibarlucía, E.: *El Derecho constitucional a la reparación*. Abaco, Buenos Aires, 2013, p. 103; Juarez Ferrer, M.: *El derecho constitucional a la reparación integral*. Hammurabi. Buenos Aires, 2015, p. 35, Ubiría, F.: "Cambio de paradigmas en el Derecho de Daños. Hacia un nuevo "salto de calidad" en AAVV *Estudios de Derecho Civil con motivo del Bicentenario*. El Derecho, Buenos Aires, 2011, p. 363, Ver también Chaumet, M.: "Los casos de Derecho privado desde la perspectiva constitucional", en AAVV.: *Derecho Privado del Siglo XXI*. 1. *Derecho Privado. Persona* (dir. M. A. Ciuro Caldani, N. Nicolau) Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 167.

2 Se identifican como principios basales: El deber de no dañar a otro, función preventiva y resarcitoria, unificación de los regímenes, la culpa como factor de atribución residual, la reparación debe ser plena (Sagarna, F.: "Principios de responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial," RCyS2015-V, TR LALEY AR/DOC/1425/2015).

3 Cabe recordar que la Corte Suprema de la Nación Argentina destacó el carácter constitucional del derecho a la reparación integral en el año 1986 (CSJN, 5/8/86, "Santa Coloma Luis Federico y otros c/ E.F.A", LL 1986 A 179, JA 1986 IV 625, MJ-JU-M-46286-AR | MJJ46286) posición que consolidó más tarde in re "Aquino" (CSJN, 21/09/2004 "Aquino, c/ Cargo Servicios Industriales S.A", ED 25/10/04, LL 2005 A 230)

4 Ampliar en Picasso, S.: "Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación", RCyS 2015-IV, 5, AR/DOC/557/2015; Tolosa, P.: "Función de prevención y la acción preventiva de daños en el nuevo proyecto de Código Civil y Comercial", RCyS2012-XII,14, AR/DOC/5487/2012.

• Mariel F. Molina de Juan
Prof. Titular Universidad Nacional de Cuyo, Cátedra Derecho de las familias. Correo electrónico: marielmolina@estudiojuan.com.ar

cualitativo sobresaliente[5]. Ambas, prevención y reparación, se asocian, integran y retroalimentan: existe un deber de prevenir, si no se acata, la reparación se impone.

Del lado del Derecho de las familias, la revolución no ha sido menos importante. Al ser una de las ramas más sensibles a los cambios sociales y culturales que encuentran en la vida privada y familiar su expresión más plena y espontánea, el Código Civil y Comercial vino a acercar el derecho a la realidad[6]. Junto a la reformulación de sus instituciones clásicas (matrimonio, divorcio, alimentos, adopción, parentesco, responsabilidad parental), se incorporaron al Libro Segundo que regula las Relaciones familiares (arts. 401 a 723) nuevas figuras acordes a las demandas contemporáneas (uniones convivenciales, compensación económica, filiación por técnicas de reproducción humana asistida, etc.). De modo que el sistema vigente presupone y acepta la complejidad y el dinamismo de las familias, que se reconocen como los más potentes cauces para la concreción de los planes de vida de quienes las integran. Cada familia se entiende en función de las personas que la conforman y es tutelada por el ordenamiento jurídico en tanto lugar donde ellas se encuentran, viven sus afectos y protegen a los miembros más vulnerables. Esta visión provoca un replanteo de los roles de hijos e hijas, madres y padres, parejas, abuelos y abuelas y otros parientes o referentes afectivos significativos, de la mano de un decidido avance hacia procesos de democratización internos impulsados por la obligada perspectiva de género. Y en este transitar cobra real protagonismo el cuidado de niños, niñas y adolescentes, personas mayores, personas con discapacidad, así como también, el derecho humano de las mujeres a vivir una vida libre de violencias.

Es a partir del cruce de los paradigmas de ambas disciplinas que se redefine y explica el actual Derecho de daños en las relaciones familiares, bajo la convicción de que no hay ningún organismo superior a la persona humana cuyo interés deba ser preservado por encima de ella. Y, por tanto, nada justifica dar vuelta la cara al daño o invisibilizarlo tras un supuesto mandato de preservación de la paz familiar. Ni siquiera (o, mejor dicho, sobre todo), cuando quien lo sufre es la pareja o un pariente de aquél que lo provoca. Justamente porque es ese espacio vital, que llamamos familia, el primer responsable de proteger, asegurar y cuidar de sus miembros más débiles.

5 La prevención del daño como principio general del derecho, está recogida en numerosas normas del Código Civil y Comercial. A mayor abundamiento, Galdós, J.: "Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales", LA LEY 2017-E, 1142; RCyS 2019-I, 3 y "La tutela preventiva en el Derecho de las Familias. Las medidas provisionales patrimoniales y de resguardo de personas (arts. 721 y 722 CCCN)" RDPyC, 2020, *Cuestiones patrimoniales del Derecho de las Familias*-I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 287.

6 Para ampliar, Kemelmajer de Carlucci, A.: "Lineamientos Generales del Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado", en RDPyC 2012-2, *Proyecto de Código Civil y Comercial,* Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, pp. 288-289.

En los próximos párrafos me explayaré sobre algunos de los principales hitos que marcaron el camino hasta aquí recorrido, para luego concentrarme en las claves que, según entiendo, explican la particular forma de confluencia del Derecho de daños en el Derecho que regula las relaciones familiares argentino.

II. EL DIÁLOGO NO SIEMPRE PACÍFICO ENTRE EL DERECHO DE DAÑOS Y EL DERECHO DE LAS FAMILIAS.

En la Argentina, la actual articulación entre el Derecho de daños y el Derecho de las familias es el resultado de una larga historia de encuentros y desencuentros, de la que no estuvieron ausentes las voces disonantes y los debates más encendidos[7].

El ámbito material del entramado a examinar presenta dos planos, cada uno con sus propias especificidades. Uno interno, que involucra los daños causados entre personas que pertenecen a la misma familia[8]. El otro, externo, vincula a los miembros de un grupo familiar con terceros (v. gr., responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos)[9].

Al respecto, pueden identificarse tres grandes etapas. La primera, con preponderancia de un Derecho de "la familia", cuya supremacía por sobre la responsabilidad civil colocaba al grupo como centro de interés, impermeable a los daños y resistente a la idea de reparación. La segunda, cuya referencia temporal se remonta a la década de los ochenta del siglo pasado, estuvo signada por las primeras decisiones de los tribunales que dejaron de lado la postura de la irresponsabilidad civil y acompañada por acalorados debates de la doctrina en uno u otro sentido. La tercera, decididamente actual, en la que se consolida el paradigma de protección a la persona y sus derechos fundamentales e impacta la responsabilidad civil en su triple función, preventiva, resarcitoria y punitiva.

1. Primera etapa: Los tiempos de la impunidad.

Al comienzo la doctrina y la jurisprudencia argentina mayoritaria coincidían en la irresponsabilidad por los daños causados en el ámbito intrafamiliar, fundándose en la tutela de la armonía propia del núcleo familiar. Bajo el argumento de que la estructura del grupo podría resultar vulnerada ante la exteriorización de daños producidos entre sus integrantes en el mundo íntimo[10], y de que la especialidad

7 Entre otros, Ferrer, F.: *Daños en las relaciones familiares*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019 p. 33.

8 Medina, G.: *Daños en el derecho de familia,* Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 17.

9 Integran esta categoría, aunque exceden los límites de este trabajo, los daños ocasionados por un tercero extraño a la familia contra uno o más miembros de ella (vgr. daños por la muerte o gran incapacidad de ciertos parientes, cónyuge o conviviente).

10 Quienes militaban esta postura sostenían que debía resultar atemperada, minorada la regla general imperante en el derecho común que todo daño genera un interés legítimo que procura como meta

del derecho de la familia excluía la aplicación de los principios propios de la responsabilidad civil[11], en el ámbito interno solo se admitía la reparación de aquellos daños expresamente contemplados por la ley; o sea, los sufridos por el cónyuge de buena fe en el matrimonio anulado (art. 225 Cód. Civ.).

En cuanto al plano externo, las reglas del viejo Código Civil definieron la responsabilidad solidaria de ambos padres por los daños causados por sus hijos menores que habitaban con ellos, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor (conf. art. 1114 Cód. Civ.)[12]. Las eximentes funcionaban cuando el hijo había sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encontraba de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona (conf. art. 1115 Cód. Civ.). El artículo 1.116 Cód. Civ. operaba como una disposición de cierre, que excluía la responsabilidad si los padres probaban que les había sido imposible impedirlos, aunque no era suficiente acreditar que el hecho hubiera sucedido fuera de su presencia, si no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos.

2. Segunda etapa: La transición.

Hacia finales del siglo pasado la primigenia visión del plano interno comenzó a sufrir los importantes embates de dos tesis que, si bien coincidían en la apertura de la reparación, disentían en la valoración del factor de atribución y en la existencia de ciertas causas de justificación exclusivas de las relaciones familiares.

La primera de ellas propiciaba la penetración de los presupuestos de responsabilidad civil al derecho de familia, sobre la base de que la vida familiar no podía dar un "cheque en blanco" para dañar[13]. Por eso no admitía causas de justificación exclusivamente derivadas del derecho familiar. A su vez, el factor de atribución era subjetivo (dolo o culpa) sin que correspondiera exigir un comportamiento agravado ni malicioso del autor del daño[14]. La segunda, llamada tesis restringida o intermedia, condicionaba la reparación a un estándar superior del factor de atribución[15], y dejaba fuera los casos de negligencia leve porque interpretaba que no podía dársele el mismo tratamiento que a los

principal su resarcimiento, con razón del deseo tácito que ronda todo el sistema, de que ese resarcimiento sea postergado en aras de favorecer la unidad familiar (Conf. Medina, G.: *Daños*, cit. p. 423.)

11 Comp. Alterini, A., López CAbana, R.: "Cuestiones de responsabilidad civil en el Derecho de familia," LL 1991 A 959.

12 Conf. texto conf. Reforma Código Civil Argentino (ley 23.264).

13 Kemelmajer de Carlucci, A.: "Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial /su diferencia con la acción con finalidad de subsidio del derecho francés", en AAVV *Derecho de daños*, Trigo Represas, F., Stiglitz, R., (Dirs) 1° parte, La Rocca, Buenos Aires, 2000 p. 665.

14 Herrera, M., Famá, M.: "Un leading case sobre responsabilidad civil en materia de filiación. ¿Es resarcible la falsa atribución de la paternidad matrimonial?" SJA 15/9/2004; JA 2004-III-392.

15 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, 15/12/2011, "F., M. C. c. L., J. C. y otro/a" LLBA2012 (febrero), 85: AR/JUR/78943/2011.

daños provocados por un extraño; funcionaba como una especie de privilegio doméstico o convivencial[16]. Esta idea fue recogida por un Proyecto de Unificación Civil y Comercial del año 1998, que si bien tuvo gran valor doctrinario, no llegó a aprobarse[17]. Por otra parte, con fundamento en los principios del Derecho de familia entonces vigente, quienes militaban esta posición entendían que el daño estaba justificado si el reclamo ponía en peligro la persistencia y estabilidad de la institución familiar, la solidaridad entre sus miembros y la piedad filial[18].

El mayor contraste entre ambas visiones quedó expuesto en el debate por la reparación de los daños derivados del divorcio[19]. Dentro la primera línea se enroló el voto de la mayoría de un importante fallo plenario de las Cámaras Nacionales Civiles dictado en el año 1994, que pretendió unificar los disímiles criterios existentes bajo la siguiente doctrina: "En nuestro derecho positivo, es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales del divorcio[20]". Sin embargo, el criterio plenario no logró silenciar ni las voces todavía vigentes que se oponían abiertamente a modificar el estatus de la irresponsabilidad, ni a quienes reclamaban una conducta maliciosa de inspiración nociva y maligna, y un daño muy grave, muy punzante y en extremo profundo[21].

Por otra parte, y de la mano de la consideración de la subjetividad jurídica de niños, niñas y adolescentes que vino a instalar la Convención sobre los derechos del niño, se abrió camino el resarcimiento de los daños causados por la vulneración de los deberes parentales, sea por incumplimiento de la prestación alimentaria[22], sea por la omisión de reconocimiento del hijo[23]. En relación a estos últimos, en el año

16 Fanzolatto, E.: "Daños y desequilibrios económicos divorciales. Resarcimientos y compensaciones", *Revista Foro de Córdoba*, núm. 79, 4.2.2.

17 El artículo 1686 de ese proyecto legislativo exigía la constatación de un factor de atribución de responsabilidad calificado (culpa grave o dolo). Entre las voces críticas ver Tamborelli, J.: "La culpa grave en las relaciones de familia según el Proyecto de Código Civil Unificado con el código de comercio", LL 2000 D 1182.

18 Ver el comentario de Medina, G.: "Daño extrapatrimonial en el Derecho de familia y el proyecto del Código Civil Unificado de 1998", *Revista de Derecho de Daños Nro 6*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 71.

19 Se señala como primer antecedente de relevancia, Cámara Civil y Comercial de La Plata Sala III 7/04/1983, LL 1983-C-348.

20 Cámara Nacional Civil. Plenario 20/07/1994, LL 1994-E-538, ED 160-162 y JA 1994-IV-549.

21 Cifuentes, S.: "El divorcio y la responsabilidad por daño moral", LL 1990-B-805.

22 Minyersky, N.: "Daños y perjuicios: incumplimiento alimentario y obstrucción al régimen de comunicación entre padres e hijos", RDF 20, 2002, 63, Grosman, C.: "Responsabilidad de los cónyuges entre sí y respecto de los hijos", en AAVV *Los nuevos daños*, GHERSI, C. (Coord.) Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 414; D' Antonio, D.: "Responsabilidad paterna por incumplimiento del deber alimentario y por los malos trato*s",* Sobrino, A., y ot.: "Alimentos y daño moral", J.A 1998-II-689. Ver también VII Congreso Internacional de Derecho de Daños de Buenos Aires (octubre 2002), Recomendación de la Comisión 5: "Se debe admitir la procedencia de la acción por daño moral y/o material contra el progenitor que viole derechos subjetivos del derecho derivados del derecho-función de la autoridad de los padres."

23 9no Juzgado de San Isidro, 2/2/1988, ED 128, 332 con nota aprobatoria de Bidart Campos, G.: "Paternidad extramatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo: un aspecto constitucional". La decisión fue confirmado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San

2001 la Suprema Corte de Mendoza interpretó que "el daño moral se presume y no requiere prueba al haber lesionado un derecho personalísimo, derivado del incumplimiento de una obligación legal que se origina en el derecho que tiene el hijo de ser reconocido por su progenitor, pues es obvio que la falta del padre provoca dolor, aunque éste pueda ser de distinta intensidad según la circunstancias del caso[24]". Sin embargo, el artículo 551 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998 , enrolado en la tesis restrictiva, mantenía las condiciones agravadas del factor de atribución indicadas en el artículo 1686 (culpa grave o dolo)[25].

3. Tercera etapa: La centralidad de la persona humana frente a los daños injustamente sufridos en sus relaciones familiares.

Esta etapa coincide con la transición del clásico "Derecho de familia" al contemporáneo "Derecho de las familias", también llamado "Derecho de las personas a la vida familiar".

En el plano interno está claro que la era de la inmunidad, al menos como fue conocida en sus comienzos, ha sido superada[26]. Las transformaciones sociológicas y axiológicas recogidas por el Código Civil y Comercial Argentino en el trazado de ambas disciplinas, cuyo centro gravitacional es la persona y la protección de sus Derechos humanos, entendidos como complejo unitario e indivisible, justifican esta posición. Más aún, la idea de injusticia que supone dejar un daño sin reparación puede conducir, no sólo a aceptar la aplicación de las normas de responsabilidad a las relaciones familiares, sino también a considerar como agravante el hecho de que se hayan producido dentro de la escena familiar[27].

Es cierto que no existe en el Libro Segundo del Código Civil y Comercial Argentino que regula el Derecho de las relaciones familiares, ninguna norma general que remita a las disposiciones de la responsabilidad civil; pero hay consenso que la pertenencia a una familia no anula los derechos que derivan de la singularidad de la persona y su dignidad[28] protegida en toda su dimensión por este nuevo Código. El tema fue estudiado en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca (2015), donde se concluyó por unanimidad que: "El derecho de familia no constituye un ámbito ajeno a la aplicación de las normas y principios

Isidro sala 1°, 13/10/88, ED 132 477, con nota de Makianich de Basset, L., Gutiérrez, D.: "Procedencia de la reparación del daño moral ante la omisión de reconocimiento voluntario del hijo".

24 Suprema Corte de Justica de Mendoza, 24/07/2001, LL Gran Cuyo, Buenos Aires, 2001, p. 808.

25 Medina, G.: "Responsabilidad civil por falta o nulidad del reconocimiento del hijo" JA 1998 III 116.

26 Conf. FERRER, F.: *Daños,* cit., p. 16. Basset, U. C.: "Responsabilidad endofamiliar; perspectivas y prospectivas", *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, 2013-I, pp. 9-23.

27 Famá, M.: "Jurisprudencia española. Daños y perjuicios en el derecho de familia", RDF 65, 08/07/2014, 303 AP/DOC/795/2014.

28 Lloveras, N.: "Los derechos humanos en las relaciones familiares: una perspectiva actual", en AAVV *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, Lloveras, N., (Dir.), Alveroni, Córdoba, 2010, p. 23.

de la responsabilidad civil no obstante la necesaria compatibilización de estos con la especificidad de los vínculos familiares".

Asumido que el propósito central de las familias, como fenómenos metajurídicos que trascienden al derecho no es otro que la protección y desarrollo de las personas que las integran, especialmente de las más vulnerables, y que el punto de mira se trasladó de la familia como organismo a la persona a cuyo servicio está[29], parece indiscutible que el ordenamiento jurídico debe articular todos los mecanismos a su alcance para prevenir que uno de sus integrantes sufra un daño causado por otro. Por ello la faz preventiva de la responsabilidad civil viene teniendo marcado protagonismo[30].

En cuanto a la función resarcitoria, aunque solo se incorporan un par de escuetas remisiones (daños por omisión de reconocimiento, conf. art. 587 CCyC y por la nulidad del matrimonio, conf. art. 429 inc. c CCyC), la compatibilidad de ambas disciplinas resulta indiscutida. O sea que, si no obstante el mandato preventivo el daño se produce, nace el deber de reparar (art. 1716 CCyC).

Al respecto, caben algunas precisiones sobre los presupuestos legales: (i) La antijuridicidad es material (atípica, sin necesidad de que la ley describa en cada caso con detalle la conducta prohibida[31]) y objetiva (se abstrae totalmente de la voluntariedad o involuntariedad y de la culpa); se configura por la existencia de un hecho (acción u omisión) que causa daño a otro, si no está justificado (arts. 1718-1720). Las causas de justificación son las generales de la responsabilidad civil, sin que opere ninguna específica asociada a la vida familiar[32], (ii) El factor de atribución difiere según sea el plano que se examine. En el interno, no se recepta la responsabilidad objetiva[33]. Sin prescindir totalmente del dolo, cobra trascendencia la culpa que presupone imputabilidad y exige la participación voluntaria de la persona en el evento dañoso. O sea, requiere aptitud para comprender, conocer y valorar las circunstancias fácticas en que se desenvuelve, y el juicio de previsibilidad del propio accionar, pero no una actitud maliciosa o culpa agravada. La carga de la prueba recae sobre quien se encuentra en mejores condiciones de probar

29 Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Tratado de Derecho de Familia,* T 1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 29. Compulsar Roca, E. *Familia y cambio social.* (De la "casa" a la persona), Civitas, Madrid, 1999.

30 Ver por ejemplo la estricta tutela del crédito alimentario de los niños, niñas y adolescentes (arts. 550 a 553, 668, 674, CCyC), las medidas provisionales de protección a la persona y los bienes cuando se produce el cese de la pareja matrimonial o convivencial (arts. 721, 722 y 723 CCyC), o a la batería multinivel para la erradicación de la violencia doméstica, que va mucho más allá del propio Código.

31 Trigo Represas, f. López Mesa, M.: *Tratado de responsabilidad Civil* T 1, La ley, Buenos Aires, 2004, p. 809, Picasso, S., Sáenz, L.: *Tratado de Derecho de Daño*s, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 115.

32 Para las causas de justificación ver Picasso, S: "Comentario artículos 1718 a 1729", en AAVV *Código Civil y Comercial Comentado* T VIII, Lorenzetti, R., (Dir.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 363. Ver también Parellada, C.: "Daños en las relaciones de familia", LA LEY 01/10/2015, 01/10/2015, 1 AR/DOC/3272/2015.

33 Algún autor postuló el ingreso de este factor de atribución, considerando indemnizables daños sufridos por la exmujer sobre la base de la equidad. Ver Fanzolato, E.: "Prestaciones compensatorias y alimentos entre excónyuges", *Revista de Derecho Privado y Comunitario N 2001-1*- Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 19.

(conforme el microsistema del proceso de familia art. 710 CCyC). En el plano externo, triunfó la doctrina que sostenía factores objetivos como base de la atribución de responsabilidad de los padres[34] por los hechos de sus hijos[35], con fuerte aval del derecho comparado[36], (iii) El daño, entendido como lesión a un derecho (o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico), se vincula con la vulneración de los derechos fundamentales de la persona en cuanto tal. Se trata de supuestos en los que se produce una lesión a los valores garantizados por la Constitución Nacional, que no alcanzan a ser protegidos mediante el régimen especial del Derecho de las familias y que son garantizados a toda persona con independencia de su situación familiar[37]. Por eso no cabe indemnizar actos que simplemente son expresiones de desamor o de interés por el vínculo afectivo. Aunque ello pueda implicar un profundo dolor o frustración para la persona que lo sufre, dejarlos fuera, no representa una violación al principio constitucional de reparación integral[38].

Finalmente, en esta fase asoma, aunque tímidamente, la función punitiva de la responsabilidad como forma de sancionar la conducta dolosa o ultrajante de uno de los miembros de la familia en contra del otro, cuando no existen otros remedios eficaces para evitar o reparar un daño[39]. Tal lo que sucede con las sanciones económicas que pueden imponerse ante graves incumplimientos alimentarios (conf. art. 552 CCyC).

34 Mosset Iturraspe, J.: "Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones familiares", en Revista de Derecho de Daños 2002-2- *Daños en las relaciones de familia,* Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 7.

35 El artículo 1755 del Código Civil y Comercial argentino dice: "La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible. Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos."

36 A mayor abundamiento compulsar Mayo, J.: "La responsabilidad objetiva de los padres en la "nouvelle" Jurisprudencia de la corte de casación francesa. Acotaciones sobre nuestro derecho", *Rev. Responsabilidad civil y seguros*, Año V N 5 setiembre – octubre 2003 p. 171.

37 Famá, M.: "Jurisprudencia española", cit.

38 Parellada, C. "Daños", cit.

39 El Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado del año 1998 concibió la figura en el art. 1587: "Multa civil. El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada". El CCyC no replicó una acción genérica tendiente a impedir la concreción y/o prosecución de hechos dañosos, aunque sí se reconocen acciones específicas para casos particulares (Hernández, C.: "Breve reseña del estado actual de los daños punitivos en la Argentina. Algunas reflexiones para valorar su recepción en el derecho de familia", RDF 65, 08/07/2014, 5, AR/DOC/5173/2014)

III. PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LAS FAMILIAS EN INTERACCIÓN CON EL DERECHO DE DAÑOS.

En este apartado se estudian los principios que sostienen el derecho de las familias argentino con el propósito de detectar algunas de sus derivaciones en la órbita de la responsabilidad civil.

1. Autonomía de la persona que vive en familia.

En el Derecho de familia tradicional había muy poco espacio para la autonomía personal. La mayoría de sus normas estaban destinadas a asegurar el bien común y el interés de la familia como organismo social[40],. de modo que la prelación del grupo frente al individuo justificaba la preservación de la armonía familiar que no debía sucumbir frente a un eventual conflicto judicial. Estas ideas dieron fundamento, entre otras cosas, a la subsistencia durante tantos años de la prohibición del divorcio vincular o de la investigación de la maternidad -si la finalidad de la acción era atribuir un hijo extramatrimonial a una mujer casada- pues la conciencia social mandaba a mantener la paz de la familia legítima, aunque el niño quedase sin filiación reconocida.

Como anticipé, el Código Civil y Comercial argentino se enmarca en un paradigma totalmente diferente, que coloca en el centro a la persona humana como titular de un derecho a vivir en familia[41], y potencia la esfera de su libertad al ser el principal garante del derecho de hombres y mujeres a la vida familiar[42]. Así las cosas, el Estado está obligado a promover las condiciones para que el ejercicio de esta libertad de intimidad sea real y efectiva[43], lo cual significa asegurar una zona de reserva personal, al margen de intrusiones ajenas[44], tal como lo explica la Corte Interamericana de Derechos Humanos[45]. En este contexto, el Derecho familiar vino a ser un sistema de revalorización de la persona y su dignidad sobre la base del respeto por la libertad de autodeterminar el propio proyecto individual y familiar.

40 Díaz Guijarro, E.: "El interés familiar como fórmula propia del orden público en materia de Derecho de familia"; JA 1952- II 435. Ver también Zannoni, E.: *Derecho Civil. Derecho de familia* T I; Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 64.

41 Para ampliar Kemelmajer de Carlucci, A.: "Capítulo introductorio", AAVV, *Tratado de Derecho de Familia*, T 1, (Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., LLoveras, N. (Dirs.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 29, Lloveras, N., "Los derechos humanos en las relaciones familiares: una perspectiva actual", en AAVV Los *derechos de las niñas, niños y adolescentes*, Lloveras, N. ,(Dir.) Córdoba, Alveroni, 2010, p. 23.

42 Conf. Carbonnier, J.: *A cada uno su familia y a cada uno su derecho en Ensayo sobre las leyes*. Trad. Luis Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1998, p. 144.

43 Kemelmajer de Carlucci, A.: "Capítulo introductorio", cit. p. 40.

44 Conf. Bidart Campos, G.: *Tratado Elemental de derecho constitucional Argentino. Nueva edición ampliada y actualizada* 2000 – 2001 T I-B, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 51.

45 Corte IDH 28-11-2012, "Artavia Murillo vs. Costa Rica"

El cambio se explica, entre otras razones, por el abandono de las funciones políticas y económicas de la familia, que produjeron un desplazamiento del orden público. El matrimonio dejó ser el organizador social monopólico y germen de la fundación de la familia, funciones que ahora comparte con otras formas familiares con anclaje en el ordenamiento jurídico. Cada una con sus propias reglas, matices y particularidades. De este modo, ya no existe justificación axiológica, sociológica ni jurídica para mantener una rigurosidad tal que imponga la desprotección de unos integrantes de una familia frente otros, o que les impida decidir sobre un sinnúmero de cuestiones, que solo atañen al interés particular. Resolver casarse o simplemente convivir con el otro, organizar ciertas consecuencias patrimoniales de su matrimonio, pactar los efectos de la unión convivencial, divorciarse o ponerle fin a la convivencia, pertenecen sin mayores cuestionamientos a la autonomía privada.

Esta es una de las razones que explican la supresión del deber de resarcir los daños por la ruptura de los esponsales (401 CCyC), así como los cambios en el divorcio y los consecuentes efectos en la esfera de la responsabilidad por los hechos configuradores las viejas causales de divorcio[46], que se desprendían del régimen subjetivo asociado a la culpabilidad (por ejemplo, por infidelidad). Ello en tanto el deber de fidelidad conyugal pertenece al plano interno y queda por fuera del escrutinio de los magistrados. Aunque justo es reconocer que el debate sobre este punto no está en absoluto cerrado[47].

Asociado al respeto por la autonomía personal, el Derecho de las familias pone en valor la capacidad de las personas para gestionar los conflictos internos y lograr su autocomposición. Este postulado se expresa mediante una cuidadosa articulación con las estrategias instrumentales del sistema procesal, que promueven su resolución no contenciosa[48]. Con ello se pretende evitar que los trámites y decisiones judiciales se multipliquen. Entre otras razones porque en tales casos, inexorablemente, los más débiles quedan en medio de la batalla, y tanto las partes como los operadores jurídicos se ven expuestos a situaciones "difíciles o dilemáticas", en las que ninguna de las soluciones jurídicas posibles parece ser realmente buena. Es que, a diferencia de lo que sucede en contiendas de naturaleza civil, aún después de la sentencia, las partes se mantienen vinculadas

46 Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Culaciati, M.: "La culpa que el proceso de divorcio expulsó por la puerta no debe entrar por la ventana del derecho de daños", LA LEY 24/04/2017, 24/04/2017, 7 AR/DOC/1033/2017.

47 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de General Pico, 14/12/2016 "T. c. C. s/ divorcio vincular" con comentario de Córdoba, M.: "Reparación de daños por incumplimiento de deberes matrimoniales", LA LEY 03/04/2017, 03/04/2017, 4 AR/DOC/860/2017, Jalil, J.: "El deber moral de fidelidad y el sistema de responsabilidad civil. Dos caras de distinta moneda", LL Patagonia 2017 (abril), 25/04/2017, 8 AR/DOC/790/2017.

48 Ampliar en Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M.: "Principios generales del proceso de familia en el Código Civil y Comercial" *Revista de derecho procesal. 2015-2. Procesos de familia*. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2015, pp.35-81.

por lazos que les imponen responsabilidades de uno al otro, o comunes, cuando hay hijos menores de edad.

Esta premisa, contemplada en el artículo 706 inc. a) del CCyC promueve el abordaje de las controversias en ámbitos alternativos (extrajudiciales, prejudiciales o judiciales), que permiten entenderlas como una manifestación de problemáticas más complejas que involucran cuestiones de la vida íntima, y que muchas veces reflejan el fracaso de un proyecto personal y familiar que trasciende el terreno de lo estrictamente jurídico, al menos en su acepción tradicional[49].

En razón a estos argumentos, cuando los miembros de un grupo familiar reclaman la intervención de la justicia, el sistema les ofrece algunas herramientas para evitar trámites interminables con un alto costo emocional y, eventualmente, económico. Dejando de lado ciertas materias indisponibles, abundan las mediaciones, los intentos conciliatorios, las audiencias orales con las partes para tratar de desactivar la crisis, etc. Estas opciones son apreciadas porque: (i) evitan la dilación de los procesos y la morosidad judicial, (ii) representan soluciones más económicas, al no tener las formalidades de los procesos judiciales, ser más flexibles y dinámicas, (iii) contribuyen a desactivar el conflicto y por ende la violencia real o potencial que pueda instalarse entre los partícipes; (iv) favorecen la eficacia de lo acordado, aún por el solo hecho del mayor grado de acatamiento espontáneo que suele generar en sus protagonistas; (v) benefician a las personas más vulnerables de los grupos familiares, pues cuanto más alto sea el nivel de conflicto al que estén expuestos, más sufrirán los efectos de la diáspora familiar; (vi) alientan a los padres y madres a desarrollar relaciones coparentales más positivas después de la ruptura.

2. Igualdad real y perspectiva de género.

El paradigma de la igualdad real que sustenta al Derecho de las familias argentino propicia el tránsito de las estructuras de subordinación hacia modelos de coordinación; la verticalidad deja paso a la horizontalidad de las relaciones en el marco de un proceso de democratización, que supone una mayor complejidad para el ordenamiento jurídico. Desde este lugar, se prevé un posicionamiento igualitario de los miembros de las parejas frente a las responsabilidades familiares, auspiciado por las transformaciones sociales y culturales del rol de la mujer y la indispensable perspectiva de género.

La visión de género es una categoría analítica que enseña que, para comprender cualquier fenómeno social, es preciso partir de las desigualdades estructurales entre varones y mujeres, poniendo énfasis en la noción de multiplicidad de identidades, e instala una relación equitativa entre ambos sexos, sobre la base del respeto

49 Ampliar en Berizonce, R.: *Derecho Procesal Civil actual*, Platense, La Plata, 1999, p. 544.

por las diferencias biológicas. En este sentido, el preámbulo de la Convención contra la eliminación de toda forma de discriminación de la mujer enfatiza las obligaciones estatales al decir: "Los Estados Partes están obligados a coadyuvar a la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres para eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres".

Como herramienta conceptual, esta categoría analítica impone: (i) identificar los casos de discriminación por razón de género en las familias; (ii) cuestionar los estereotipos subyacentes y la distribución sesgada de roles, (iii) detectar si la interpretación o aplicación de una norma aparentemente neutra, en el caso concreto exacerba las desigualdades fundadas en esos patrones de discriminación; y (iv) diseñar herramientas para crear condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la igualdad.

Dentro del sistema convencional de Derechos Humanos que se invoca como paradigma protectorio de las mujeres argentinas, una particular atención demanda la Recomendación CEDAW 29/2013 relativa al artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución). El párrafo 8 indica que: "El Comité ha considerado de manera sistemática que la eliminación de la discriminación contra la mujer requiere que los Estados partes establezcan una igualdad tanto sustantiva como formal. La igualdad formal puede lograrse mediante la aprobación de leyes y políticas neutrales en cuanto al género que, a primera vista, traten por igual a mujeres y hombres. La igualdad sustantiva solo puede lograrse si los Estado partes examinan la aplicación y los efectos de las leyes y políticas y velan por que estas garanticen una igualdad de hecho que tenga en cuenta la desventaja o exclusión de la mujer. Por lo que respecta a las dimensiones económicas de las relaciones familiares, un enfoque basado en la igualdad sustantiva debe abordar cuestiones como la discriminación en la educación y el empleo, la compatibilidad entre las exigencias laborales y las necesidades familiares y las repercusiones de los estereotipos y roles de género en la capacidad económica de la mujer."

La Corte Interamericana de Derechos humanos viene elaborando estándares de interpretación que recogen el concepto de igualación ("Castro Castro" ,2006) que implica reconocer la situación de desigualdad, marginación, vulnerabilidad y debilidad de las mujeres y justifica la adopción de medidas positivas para colocarlas en una posición de igualdad de ejercer sus derechos. Postulados que son retomados luego en Gelman (2011), donde advierte que el intérprete debe contemplar criterios reforzados de valoración, a fin de lograr la equiparación.

Pero, sobre todo, en el caso Campo Algodonero (2009) queda clara la necesidad de identificar el persistente patrón de conducta discriminatorio contra la mujer, derivado de su consideración de inferioridad, que se encuentra culturalmente arraigado en la sociedad.

El Código Civil y Comercial argentino enfoca la cuestión desde el comienzo del Libro que regula las relaciones familiares prohibiendo toda forma de discriminación entre cónyuges o convivientes. Esta cosmovisión presupone la existencia de un modelo cooperativo, que se asienta sobre la colaboración de ambos integrantes de la pareja para la persecución de los fines comunes e individuales y se pone en marcha al momento de organizar la dinámica familiar, de distribuir los roles que exige la atención y educación de los hijos, y de concretar las metas de desarrollo personal y profesional de cada uno de los adultos que la integran. Por supuesto, exige abandonar los estereotipos que históricamente atribuyeron a la mujer calidades "intrínsecas" de protección y cuidado y condujeron a la división sexual del trabajo como expresión de las relaciones de género. La regla del ejercicio compartido de la responsabilidad parental y el cuidado compartido de los hijos bajo la exigencia de articulación de un plan de parentalidad (arts. 651, 655 CCyC), la obligación legal de contribuir a las cargas del hogar en proporción a sus recursos (arts. 455 y 520 CCyC), y el valor asignado al trabajo doméstico para la manutención de los hijos (art. 660 CCyC) son claras manifestaciones de este postulado.

La intersección de este principio igualitario con la responsabilidad por daños habilita, por ejemplo, la reparación de los perjuicios causados por la obstaculización de la comunicación entre padres no convivientes y sus hijos (Sección 2ª del Cap. 2 del Título IV del Libro II, arts. 555, 556, 557). La inobservancia por parte de quien convive con ellos de semejantes obligaciones se erige como conducta antijurídica, donde, al menos hay un actuar culposo[50]. Correlativamente, los mismos roles estereotipados han determinado que, frente a la ruptura de la pareja parental, pueda acaecer el absoluto desentendimiento del progenitor no conviviente de las cuestiones que hacen al cuidado de los hijos. En estos casos se reconoció la legitimación de la progenitora para demandar en carácter de damnificada directa por los daños que le acarrea la inobservancia, por parte del otro progenitor, de los deberes inherentes a la responsabilidad parental[51], incluyendo la pérdida de posibilidades de construir una trayectoria laboral en igualdad de condiciones que sus pares varones, lo cual podría resarcirse a título de pérdida de chance[52].

50 Para los precedentes españoles ver FAMÁ, María Victoria "Jurisprudencia española. Daños y perjuicios en el derecho de familia", RDF 65, 08/07/2014, 303 AP/DOC/795/2014.

51 CNCiv, sala L, 26/10/2016, "C.R.E. y otro c/ C.F.A. s/ filiación", elDial.com - AA9B4D.

52 Schiro, M.: "Visibilización jurídica del cuidado en perspectiva de género. Algunas respuestas del Derecho de Familias y de la responsabilidad por daños intrafamiliar," RDF 91, 16/09/2019, 225 AR/DOC/2358/2019.

3. Solidaridad familiar y protección de los vulnerables.

El reconocimiento de la solidaridad como principio jurídico alojado a la base del Derecho que regula las relaciones familiares no es nuevo; ha sido el postulado fundamental sobre el cual se organizaron muchas de sus instituciones más tradicionales, y tiene anclaje en el art. 14 bis de la Constitución Nacional argentina. Lo que sí es nuevo, es la forma en que se debe interpretar a la luz del diálogo de fuentes que impone el Código Civil y Comercial (arts. 1, 2 y 3), en tanto se exalta la idea de "responsabilidad" con aquellos que integran (o integraron) la propia familia.

Esta visión indica que, en caso de conflicto de derechos entre los miembros de una familia, debe priorizarse la tutela del más débil o el más necesitado del grupo. A veces serán necesarias medidas de acción positiva, también llamadas de discriminación inversa, pensadas para remover los obstáculos que deben enfrentar algunos grupos o sectores, de modo de compensar o equilibrar la situación de quienes se encuentran en posición desigual[53].

El mandato es constitucional, en tanto el artículo 75 inciso 23 asegura el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos a los niños, las niñas, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad, así como también la protección de niños y niñas en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

De este principio se desprenden, al menos, dos subprincipios.

A) Protección de los niños, niñas y adolescentes.

La consideración legal de la infancia depende de la construcción social, política y cultural de cada comunidad en determinado tiempo[54]. La actual cobertura que el *corpus iuris* integrado por los tratados y convenciones internacionales[55] dispensa a los niños, niñas y adolescentes, les garantiza la condición de sujetos de derechos con protección especial. Por eso, además de gozar de todos los derechos que

53 Para ampliar, Hierro, L.: "El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la filosofía del derecho" en Marzal, A.: *El núcleo duro de los derechos humanos*, Navarra, Esade, Facultad de Derecho, 2001, p. 32.

54 Compulsar Gil Dominguez, A. Famá, M., Herrera, M.: *Derecho constitucional de familia,* T1, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 529.

55 Entre otros, Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones del Comité sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 19), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VII); c), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24) y las sentencias y recomendaciones de la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

tienen las personas adultas, titularizan un grupo de derechos específicos que se les otorga por su condición de personas en desarrollo[56]".

La consecuencia directa de esta manda se expresa en la protección del "interés superior del niño", fórmula con potencialidad sustancial y procesal expansiva. Aunque sea una expresión abierta, lo importante es que, en cada caso, el operador jurídico debe darle contenido concreto. Con ello, el ejercicio pleno de los derechos de la infancia y adolescencia debe ser considerado como criterio rector para la elaboración y aplicación de normas en todos los órdenes relativos a su vida[57].

Las derivaciones de este principio son múltiples e imposibles de agotar en este trabajo; por eso me centraré solo en algunas de ellas, (protección a la identidad, intimidad, vida familiar, coparentalidad, asistencia alimentaria, autonomía progresiva). La elección responde a las ricas interacciones con la responsabilidad civil que surgen de la tutela efectiva de los derechos implicados. Bien sea por remisiones específicas a la función resarcitoria, o bien asociadas a la función preventiva o punitiva de la responsabilidad:

(i) Una de las derivaciones más importantes de la protección de la infancia se expresa en la tutela de su derecho alimentario. En esta cuestión la relación con la responsabilidad civil es triple.

En primer lugar, porque todo el régimen legal se sostiene en la prevención del daño que provocaría la falta de prestación íntegra y oportuna de los alimentos. Algunas disposiciones lo señalan expresamente, por ejemplo, la obligación del progenitor afín (cónyuge o conviviente del progenitor biológico), quien debe pagar una cuota si el cambio de situación motivada por el cese del vínculo matrimonial o la ruptura de la convivencia ocasiona un grave daño al hijo afín (art. 676 CCyC) Otras normas logran idéntico objetivo por caminos menos explícitos; entre ellas, la flexibilización de las exigencias procesales cuando se debe reclamar el sostén a los abuelos (art. 668 CCyC), quienes, sin dejar de ser obligados "subsidiarios", pueden ser demandados en el mismo proceso que los progenitores que no cumplen, siendo suficiente acreditar verosímilmente la dificultad para cobrar los alimentos del obligado principal.

56 CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Nro. 17/2002 Sobre condición jurídica y derechos humanos del niño. Ver especialmente voto concurrente de Cançado Trindade, párr. 69

57 Se recomienda ver la Observación General Nro. 14/2013 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, que explicita la triple función del interés superior, como derecho, como principio y como norma de procedimiento.

En segundo lugar, está la posibilidad de resarcir los daños ocasionados por el incumplimiento alimentario[58]. Cuando se trata de niños o adolescentes, las víctimas pueden diversificarse, afectando directamente a los destinatarios, como también a quien cubre esas necesidades (con frecuencia, la madre que los tiene bajo su cuidado[59]). Y aunque fueran satisfechas genéricamente, el daño puede producirse, pues si el obligado hubiera cumplido, el hijo o hija habría alcanzado una mejor calidad de vida, con más y variadas opciones. En estos casos, tendría el carácter de pérdida de chance que, conforme el artículo 1739 CCyC, es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador del daño. No se descarta la procedencia del reclamo por consecuencias no patrimoniales derivadas del incumplimiento alimentario (art. 1741 CCyC), pues las zozobras y privaciones económicas provocadas por culpa o malicia de quien no paga alimentos a los hijos también pueden tener incidencia en el terreno de las afecciones íntimas o personales.

En tercer lugar, aparece en el tema alimentario la función punitiva de la responsabilidad civil. Es que, más allá de que eventualmente la gravedad del hecho autorice la represión penal[60], el incumplimiento puede ser de tal magnitud que justifique multas o condenas pecuniarias para disuadir nuevas faltas. Según el artículo 552 CCyC el deudor alimentario puede ser obligado a pagar intereses moratorios o punitorios, con los que se busca que la tasa de interés cumpla "una función moralizadora evitando que el deudor se vea premiado o compensado con una tasa mínima, que implica un beneficio indebido a una conducta socialmente reprochable[61]". También puede recurrirse a la imposición de astreintes (art. 553 CCyC).

(ii) La protección de la identidad y el derecho a la coparentalidad dan fundamento a la reparación de los daños causados por la omisión de reconocimiento paterno, supuesto recogido en forma expresa en el art. 587 CCyC, sobre el que se ha concentrado una fecunda jurisprudencia. En el terreno de las chances, es posible el reclamo por daño patrimonial. Esta hipótesis ha sido aceptada siempre que se acredite el daño material cierto (actual o futuro) que, a diferencia del daño moral, no se presume. Una conocida sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza admitió la pretensión del actor adolescente. Aunque las necesidades

58 Para ampliar, Molina de Juan, M.:"Daños derivados del régimen alimentario" RCCyC 2017 (diciembre), 15/12/2017, 22 AR/DOC/2918/2017.

59 Molina de Juan, M.: "El impago de alimentos como forma de violencia económica", Género y Derecho Actual, suplemento especial Covid-19, 2021, pp. 46-56 https://gda.com.ar/wp-content/uploads/2021/05/suplemento-covid-gda.pdf

60 Para la incidencia de la esfera penal, compulsar "La prestación alimentaria, su incumplimiento y las sanciones penales en la jurisprudencia argentina", en AAVV, Alimentos T II, Kemelmajer de Carlucci, A. Molina de Juan, M. (Dirs.) Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, pp.275-313

61 Con relación al art. 552, Juzgado de Primera Instancia de Familia Nro. 3 de Rawson, Chubut, 01/09/2017, "S. s/ violencia familiar (Expte. N° 397/2014)" Ley Online; AR/JUR/60951/2017.

mínimas habían sido cubiertas por su madre, el tribunal entendió que lo que debía indemnizarse era la pérdida de posibilidad de haber tenido una vida con menos restricciones económicas[62].

(iii) El Derecho a la vida familiar, a la coparentalidad y al mantenimiento de los vínculos con referentes afectivos significativos plasmado en varios instrumentos internacionales[63], proporciona interesantes cruces con la responsabilidad civil. En el derecho argentino, el ejercicio de la responsabilidad parental (denominación que subraya la función que ejercen los progenitores en beneficio de sus hijos) es compartido, por lógica consecuencia, presupone un contacto fluido con ambos progenitores. La consagración de la preeminencia del interés del hijo y sus derechos se convierte en la guía absoluta de los deberes de crianza y cuidados.

Cuando estos derechos son vulnerados, pueden ponerse en marcha algunos mecanismos resarcitorios. La primera hipótesis comprende los daños causados al hijo cuando el padre o la madre no conviviente se sustrae voluntariamente del deber de mantener contacto con él. Es que el derecho a la preservación de las relaciones familiares hace al derecho a la identidad, y su inobservancia lesiona intereses dignos de protección, siendo resarcible al menos el daño extrapatrimonial[64]. Esta fue la decisión de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en un fallo del año 2020, que confirmó lo resuelto por la mayoría de la Cámara de Apelaciones de Familia, luego de considerar acreditada la historia de privaciones de atención afectiva en que se desenvolvió el vínculo entre los hijos y su padre[65]. Desde otro lugar, con relación a los procesos adoptivos, la aplicación del principio precautorio gana terreno incorporando nuevos obligados alimentarios con fundamento en la irrupción del afecto como concepto jurídico generador de derechos y obligaciones. Es así como se advierte una tendencia jurisprudencial que impone a los guardadores de niños que desistieron de la adopción y, de este modo, vulneraron su derecho a vivir en una familia, el deber de continuar brindándoles al menos ciertas prestaciones asistenciales[66].

62 Suprema Corte de Mendoza, sala I, 28/5/2004, F., A. por su hijo menor c/ C., S." LLGran Cuyo t. 2003 p. 884.

63 Convención sobre los derechos del niño, arts. 7,8,9, CEDH, art. 81. Ver la jurisprudencia evolutiva del TEDH desde el año 1979 a partir del caso "Marckx contra Bélgica" del 13/6/1979, serie A, 31.

64 Schiro, M.: "La responsabilidad por daño intrafamiliar frente a la vulneración del derecho a la preservación de las relaciones familiares," RDF 61, 02/09/2013, 31, AR/DOC/6222/2013.

65 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 13/04/2020, "A., F. y A., J. c. A., D. s/ d. y p. s/ recurso extraordinario provincial" AR/JUR/16129/2020.

66 Entre varios, Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 06/04/2016, "A., F. A.- A., E. J.- A., O. E. s/ art. 10 ley 10.067", TR LALEY AR/JUR/12817/2016 LA LEY 11/05/2016, 9, con nota de Sosa, G.: LA LEY 2016-C, 215, LA LEY 26/07/2016 , 4, con nota de Fernández, S.: LA LEY 2016-D , 404, Cám. Apel. Civ. y Com., Sala I, San Martín, 29/09/2015, "L., M. A. y otro, s/ adopción - acciones vinculadas", DFyP 2016 (febrero) del 4/2/2016, p. 51; LLBA2015 (diciembre), p. 1254, AR/JUR/54081/20159), Juzg. de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género de 1º Nom., Córdoba, 17/02/2020, "T., E.A.- Control de legalidad" Revista: Familia & Niñez Número: 194, junio/2020.

(iv) La intimidad de los hijos que los padres exponen en las redes sociales también ha dado fundamento a intervenciones de la faz preventiva. Así lo han reconocido algunos precedentes, como por ejemplo una sentencia dictada el 6 de abril de 2021 por la Cámara Nacional Civil, sala C, que consideró necesario poner en marcha los mecanismos de tutela preventiva del daño, debido a la intensidad de la vulneración a la intimidad en la que incurrió la demandada al brindar detalles de la salud de su hija y divulgar aspectos de su historia familiar[67].

(v) Finalmente, la consideración de sujetos de derechos se vincula directamente con su autonomía progresiva (arts. 3, 5, 12, CDN, OC 17/2002 Corte IDH)[68]. El Código Civil y Comercial argentino recepta una fórmula legal flexible, que autoriza el ejercicio de ciertos derechos cuando el hijo tiene un "grado de madurez suficiente[69]". La intersección de este postulado con las reglas del Derecho de daños se expresa, por un lado, en la responsabilidad personal y concurrente que puede caber a la persona menor de edad por los daños que causa (art. 1754 CCyC). Por el otro, en su intervención en los procesos en los que se reclaman daños injustamente sufridos. No me refiero solo a la defensa material (el derecho a ser oído) sino también de la defensa técnica (la posibilidad de designar un abogado que lo patrocine). Tal lo que sucedió en un caso en el que la madre de una niña demandó al padre por los daños (patrimoniales y extrapatrimoniales) sufridos por su hija, al someterla a un examen de ADN engañada y sin el consentimiento materno. A fin de asegurar una defensa autónoma a la niña, el tribunal le designó una abogada especializada. Rechazada la demanda, la madre apeló e invocó la representación de la hija. La Cámara de Apelaciones decidió que la mujer carecía de legitimación para sustentar esa apelación por la hija, quien, a partir de la presentación de la abogada de la niña, cesó su representación[70].

B) Protección al miembro más débil del grupo familiar.

El derecho familiar cumple con el mandato de protección de los vulnerables, no solo en relación con los niños, sino también entre los adultos. Por ello no tolera el ejercicio abusivo de los derechos, la mala fe, el fraude, y proporciona una serie de mecanismos de tutela al cónyuge o conviviente más débil, que son de orden público. El principio en cuestión postula que, en caso de conflicto entre

67 CNCiv. Sala C, 06/04/2021, "Incidente N° 2 - O. R. J. C. A. E. M. s/ART. 250 C.P.C - incidente familia" elDial.com - AAC3AB, Pub. 29/04/2021.

68 Corte Interamericana de Derechos Humanos, "*Mendoza y ots vs. Rca Argentina*", 14/05/2013, núm.143.

69 Minyersky, N. y Herrera, M.: "Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061", en AAVV *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes*, García Méndez, E.: (compilador) Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 43; Fernández, S.: "Consideraciones en torno al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el anteproyecto de Código Civil", en JA 2012-II-1393 y "El régimen de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación" Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial, 2014 (Noviembre) , 25, AR/DOC/3834/2014.

70 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul (Buenos Aires) Sala primera, 14/05/2019 "A. M. A. L. c/ D. C. y otros s/ daños y perjuicios Responsabilidad profesional" elDial.com AAB347.

los derechos de los miembros de una familia, se debe resguardar a aquel que –por sus capacidades o posibilidades- requiere de una porción proporcionalmente superior en la distribución de bienes. Se trata de una creación jurisprudencial que fue reconocida en forma expresa por el Código Civil y Comercial argentino. Entre sus manifestaciones se cuentan la protección de la vivienda (arts. 443 y 526 CCyC) y el derecho alimentario hacia el excónyuge divorciado enfermo (art. 434 inc. b), que se transmite a los herederos y puede ser compatible con la compensación económica (art. 441 CCyC), la mejor estricta del heredero con discapacidad (art. 2448 del CCyC), etc.

Por otra parte, y bajo estos mismos paradigmas, cobra protagonismo el reconocimiento del derecho de las mujeres a una vida libre de violencias. Una vez admitido que no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades de la sociedad, la comunidad jurídica nacional ha venido impulsando la relectura y reformulación de las normas convencionales con eje en la subjetividad jurídica de la mujer, visibilizando los estereotipos que obstaculizan su acceso al ejercicio pleno de los derechos y articulando mecanismos para avanzar hacia la efectiva prevención y erradicación de la violencia[71].

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o "Convención de Belem do Pará" (OEA1994) refiere concretamente que: "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia" y en llevar a cabo "medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad" (art. 7). Según las 100 Reglas de Brasilia, se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en la pertenencia al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado la muerte, un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico o afectación patrimonial a la mujer[72]".

Una vez más, el Derecho de daños en las relaciones familiares obliga a reflexionar sobre los cruces entre ambas disciplinas, por lo que un capítulo especial merece la prevención y protección de los daños causados por la violencia

71 Ampliar en Pinto, M.: "De los derechos humanos, del género y de la violencia" en AAVV *Discriminación y Género. Las formas de violencia* Encuentro internacional sobre violencia de género. Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, Publicación financiada por el Programa de Cooperación "Apoyo a Diálogos sobre Políticas entre la Unión Europea y Argentina" de la Unión Europea, CABA, Junio 2020, pp. 49-66.

72 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008). Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador. Regla 8.párr. 19

contra la Mujer[73]. La ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, en su artículo 35 prevé expresamente la reparación: "La parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia." En sintonía con ello, en el terreno doméstico, queda claro que ningún tributo debe rendirse al axioma de la paz familiar, que durante tanto tiempo ocultó estas formas tan crueles de discriminación. La jurisprudencia ha venido dando cuenta de estos avances[74], al tiempo que la Comisión N°3 de las XXV Jornadas Nacionales de Bahía Blanca (2015) concluyó por unanimidad, que constituyen supuestos de resarcimiento entre cónyuges los daños provocados por violencia familiar y de género.

Por otra parte, conviene ir tomando nota de que el uso indebido de las TICS[75], especialmente de las redes sociales, puede configurar un tipo particularmente insidioso de violencia de género[76] (por ejemplo, ciberacoso, exhibición de imágenes íntimas no autorizadas, sextorsión, etc.). Los casos relevados hasta ahora, que afectan mayoritariamente a mujeres mayores o menores de edad[77], dan cuenta que las consecuencias de estas formas de maltrato pueden llegar a ser muy graves para la víctima, con perjuicios en su derecho al honor y trastornos serios en su vida familiar y laboral, ya que la exposición de su vida íntima y preferencias sexuales suele tener profundos efectos discriminatorios. En este asunto, la función preventiva es nuclear[78]. Sin embargo, su concreción es sumamente compleja e involucra un abordaje multidisciplinario y sistémico porque, como llama la atención Galdós, todavía son demasiado marcadas las asimetrías entre el mundo digital y el campo del derecho[79].

73 Fillia, L.: "La responsabilidad civil derivada de la violencia doméstica ejercida contra la mujer", *Daños en el Derecho de familia II, 2019-3-Revista de derecho de Daño*s, Rubinzal Culzoni, 2019, pp. 91-128 y Ricolfi, M.: "El Daño en la violencia intrafamiliar ¿Qué sucede con la responsabilidad en materia de violencia intrafamiliar"? *Daños en el Derecho de familia II, 2019-3-Revista de derecho de Daño*s, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, pp. 347-372.

74 Entre otros, CNCiv., sala H, "S., J. J. c. G., M. M.; s/ divorcio y daños y perjuicios", DFyP 2016 (octubre), p. 48. En sentido similar: CNCiv., sala E, 24/11/2015, "D. B., M. A. c. G., N. J. s/ daños y perjuicios", DFyP 2016 (julio), p. 70 AR/JUR/62248/2015.

75 Miguez, S.: "Las tecnologías de la información y comunicación (TIC) y su interacción con las relaciones de familia y la violencia digital", *Revista de Derecho de Daños 2019-3- daños en el derecho de familia II. Revista de derecho de daños*, 2019 Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, pp. 173-196.

76 Radom, S.: "Violencia de género a través de las redes sociales. Desafíos de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en relación con la Ley Protección Integral de la Mujer", DFyP 2017 (julio), 12/07/2017, 110.

77 Si bien el estudio del Grooming excede el objeto de este trabajo, puede verse un abordaje en Grisetti, R.: "El grooming. Una nueva modalidad delictual", LA LEY 01/07/2016, 01/07/2016, 1 - LA LEY 2016-D, 850.

78 Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 38 26/10/2020, "P., L. B. c. P., G. A. s/ medidas precautorias", LA LEY 18/12/2020 , 10, Con nota de Vaninetti, H. SJA 20/01/2021, 20/01/2021, 76 AR/JUR/60440/2020, Juzgado de Paz de Cipolletti, 19/04/2021, I. M. G c/ C. G. | ley 26485 - violencia contra la mujer, MJ-JU-M-132027-AR | MJJ132027I, Juzgado de Familia N° 5 de la ciudad de Cipolletti, Río Negro, 07/05/2018 "P. M. B. s/ incidente denuncia por violencia de género (ley 26.485)".

79 Galdós, J.: "La prevención del daño en las nuevas tecnologías. La tutela preventiva en las redes sociales", EBOOK-TR 2021 TOBÍAS, 21/01/2021, 126 AR/DOC/3462/2020.

IV. BREVES CONCLUSIONES.

Asumido el avance de la responsabilidad civil en sus tres funciones sobre las relaciones familiares y advertidos del efecto sobresaliente de la función preventiva, en tiempos actuales la doctrina y jurisprudencia argentina tienen por delante la difícil tarea de consensuar los alcances del Derecho de daños en las relaciones familiares y los límites que la especificidad de esta rama les impone.

El desafío, entonces, es encontrar el punto de equilibrio entre ambas. Porque no tolerar los hechos dañosos entre aquellos que, por definición, deberían cuidarse y protegerse, de ninguna manera significa propiciar una apertura indiscriminada de los reclamos resarcitorio[80]. Por un lado, porque no todo sufrimiento provocado entre miembros de una familia resulta indemnizable, sin que ello viole el principio constitucional de reparación integral. Por el otro, porque las crisis familiares que atraviesan la más profunda intimidad de las personas muchas veces se asocian a sentimientos de frustración, enojo y resentimiento. En estas condiciones, abrir la puerta a una fuente potenciadora de litigios puede traer consigo batallas judiciales infinitas, en la que, más allá del resultado del pleito, todos pierdan.

¿Cuánto de responsabilidad y cuánto de especialidad? La respuesta parece surgir de la intersección entre los principios estructurantes de ambas asignaturas. De modo que, si el daño no se pudo prevenir, y la conducta de uno de los miembros del grupo familiar lesionó valores garantizados por la Constitución, que no alcanzaron a ser protegidos mediante el régimen especial del Derecho de las familias, la reparación se impone.

80 Ferrer, F.: *Daños en las relaciones familiare*s, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 32.

BIBLIOGRAFIA.

Alterini, A., López CAbana, R.: "Cuestiones de responsabilidad civil en el Derecho de familia," LL 1991 A 959.

Basset, U. C.: "Responsabilidad endofamiliar; perspectivas y prospectivas", *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, 2013-I, pp. 9-23.

Berizonce, R.: *Derecho Procesal Civil actual*, Platense, La Plata, 1999.

Bidart Campos, G.: *Tratado Elemental de derecho constitucional Argentino. Nueva edición ampliada y actualizada* 2000 – 2001 T I-B, Ediar, Buenos Aires, 2001.

Carbonnier, J.: *A cada uno su familia y a cada uno su derecho en Ensayo sobre las leyes*. Trad. Luis Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1998.

Chaumet, M.: "Los casos de Derecho privado desde la perspectiva constitucional", en AAVV.: D*erecho Privado del Siglo XXI. 1. Derecho Privado. Persona* (dir. M. A. Ciuro Caldani, N. Nicolau) Astrea, Buenos Aires, 2019.

Cifuentes, S.: "El divorcio y la responsabilidad por daño moral", LL 1990-B-805.

Díaz Guijarro, E.: "El interés familiar como fórmula propia del orden público en materia de Derecho de familia"; JA 1952- II 435.

Famá, M.: "Jurisprudencia española. Daños y perjuicios en el derecho de familia", RDF 65, 08/07/2014, 303 AP/DOC/795/2014.

Fanzolato, E.: "Prestaciones compensatorias y alimentos entre excónyuges", *Revista de Derecho Privado y Comunitario N 2001-1*- Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

Fanzolatto, E.: "Daños y desequilibrios económicos divorciales. Resarcimientos y compensaciones", *Revista Foro de Córdoba,* núm. 79, 4.2.2.

Fernández, S.: "Consideraciones en torno al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el anteproyecto de Código Civil", JA 2012-II-1393.

Ferrer, F.: *Daños en las relaciones familiare*s, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019.

Fillia, L.: "La responsabilidad civil derivada de la violencia doméstica ejercida contra la mujer", *Daños en el Derecho de familia II, 2019-3-Revista de derecho de Daño*s, Rubinzal Culzoni, 2019, pp. 91-128.

Galdós, J.: "Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales", LA LEY 2017-E, 1142; RCyS 2019-I, 3

Galdós, J.: "La prevención del daño en las nuevas tecnologías. La tutela preventiva en las redes sociales", EBOOK-TR 2021 TOBÍAS, 21/01/2021, 126 AR/DOC/3462/2020.

Galdós, J.: "La tutela preventiva en el Derecho de las Familias. Las medidas provisionales patrimoniales y de resguardo de personas (arts. 721 y 722 CCCN)" RDPyC, 2020, *Cuestiones patrimoniales del Derecho de las Familias*-I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

Gil Dominguez, A., Famá M., Herrera, M.: *Derecho constitucional de familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006.

Grosman, C.: "Responsabilidad de los cónyuges entre sí y respecto de los hijos", en AAVV *Los nuevos daños*, GHERSI, C. (Coord.) Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

Herrera, M., Famá, M.: "Un leading case sobre responsabilidad civil en materia de filiación. ¿Es resarcible la falsa atribución de la paternidad matrimonial?" SJA 15/9/2004; JA 2004-III-392.

Hierro, L.: "El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la filosofía del derecho" en Marzal, A.: *El núcleo duro de los derechos humanos*, Navarra, Esade, Facultad de Derecho, 2001.

Ibarlucía, E.: *El Derecho constitucional a la reparación*. Abaco, Buenos Aires, 2013.

Jalil, J.: "El deber moral de fidelidad y el sistema de responsabilidad civil. Dos caras de distinta moneda", LL Patagonia 2017 (abril), 25/04/2017, 8 AR/DOC/790/2017.

Juarez Ferrer, M.: *El derecho constitucional a la reparación integral*, Hammurabi. Buenos Aires, 2015.

Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Culaciati, M.: "La culpa que el proceso de divorcio expulsó por la puerta no debe entrar por la ventana del derecho de daños", LA LEY 24/04/2017, 24/04/2017, 7 AR/DOC/1033/2017.

Kemelmajer de Carlucci, A., Molina de Juan, M.: "Principios generales del proceso de familia en el Código Civil y Comercial" *Revista de derecho procesal. 2015-2. Procesos de familia*. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2015, pp.35-81.

Kemelmajer de Carlucci, A.: "Capítulo introductorio", AAVV, *Tratado de Derecho de Familia*, T 1, (Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., LLoveras, N. (Dirs.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.

Kemelmajer de Carlucci, A.: "Lineamientos Generales del Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado", en RDPyC 2012-2, *Proyecto de Código Civil y Comercial,* Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, pp. 288-289.

Kemelmajer de Carlucci, A.: "Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, su diferencia con la acción con finalidad de subsidio del derecho francés", en AAVV *Derecho de daños*, Trigo Represas, F., Stiglitz, R., (Dirs) 1° parte, La Rocca, Buenos Aires, 2000.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Tratado de Derecho de Familia,* T 1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.

Lloveras, N. y Salomón, M.: *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2009.

Lloveras, N., "Los derechos humanos en las relaciones familiares: una perspectiva actual", en AAVV Los *derechos de las niñas, niños y adolescentes*, Lloveras, N. ,(Dir.) Córdoba, Alveroni, 2010.

Makianich de Basset, L., Gutiérrez, D.: "Procedencia de la reparación del daño moral ante la omisión de reconocimiento voluntario del hijo" ED 132 -477.

Mayo, J.: "La responsabilidad objetiva de los padres en la "nouvelle" Jurisprudencia de la corte de casación francesa. Acotaciones sobre nuestro derecho", *Rev. Responsabilidad civil y seguro*s, Año V N 5 setiembre – octubre 2003.

Medina, G.: "Daño extrapatrimonial en el Derecho de familia y el proyecto del Código Civil Unificado de 1998", *Revista de Derecho de Daños Nro 6,* Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.

Medina, G.: "Responsabilidad civil por falta o nulidad del reconocimiento del hijo" JA 1998 III 116.

Medina, G.: *Daños en el derecho de familia,* Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002.

Miguez, S.: "Las tecnologías de la información y comunicación (TIC) y su interacción con las relaciones de familia y la violencia digital", *Revista de Derecho de Daños 2019-3- daños en el derecho de familia II. Revista de derecho de daños*, 2019 Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, pp. 173-196.

Minyersky, N. y Herrera, M.: "Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061", en AAVV *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes*, García Méndez, E.: (compilador) Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

Minyersky, N.: "Daños y perjuicios: incumplimiento alimentario y obstrucción al régimen de comunicación entre padres e hijos", RDF 20, 2002, 63.

Mizrahi, M.: *Familia, matrimonio y divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 2006.

Molina de Juan, M.: "Daños derivados del régimen alimentario" RCCyC 2017 (diciembre), 15/12/2017, 22 AR/DOC/2918/2017.

Molina de Juan, M..: "El impago de alimentos como forma de violencia económica", Género y Derecho Actual, suplemento especial Covid-19, 2021, pp. 46-56 https://gda.com.ar/wp-content/uploads/2021/05/suplemento-covid-gda.pdf

Mosset Iturraspe, J.: "Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones familiares", en Revista de Derecho de Daños 2002-2- *Daños en las relaciones de familia,* Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

Parellada, C.: "Daños en las relaciones de familia", LA LEY 01/10/2015, 01/10/2015, 1 AR/DOC/3272/2015.

Picasso, S., Sáenz, L.: *Tratado de Derecho de Daño*s, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2019.

Picasso, S.: "Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación", RCyS 2015-IV, 5, AR/DOC/557/2015.

Picasso, S: "Comentario artículos 1718 a 1729", en AAVV *Código Civil y Comercial Comentado* T VIII, Lorenzetti, R., (Dir.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.

Pinto, M.: "De los derechos humanos, del género y de la violencia" en AAVV *Discriminación y Género. Las formas de violencia* Encuentro internacional sobre violencia de género. Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, Publicación financiada por el Programa de Cooperación "Apoyo a Diálogos sobre Políticas entre la Unión Europea y Argentina" de la Unión Europea, CABA, Junio 2020, pp. 49-66.

Pizarro, R. y Vallespinos, C.: *Tratado de Responsabilidad Civil. Parte General*, T1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017.

Radom, S.: "Violencia de género a través de las redes sociales. Desafíos de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en relación con la Ley Protección Integral de la Mujer", DFyP 2017 (julio), 12/07/2017, 110.

Ricolfi, M.: "El Daño en la violencia intrafamiliar ¿Qué sucede con la responsabilidad en materia de violencia intrafamiliar"? *Daños en el Derecho de familia II, 2019-3-Revista de derecho de Daño*s, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, pp. 347-372.

Roca, E. *Familia y cambio social.* (De la "casa" a la persona), Civitas, Madrid, 1999.

Sagarna, F.: "Principios de responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial," RCyS2015-V, TR LALEY AR/DOC/1425/2015.

Schiro, M.: "La responsabilidad por daño intrafamiliar frente a la vulneración del derecho a la preservación de las relaciones familiares," RDF 61, 02/09/2013, 31, AR/DOC/6222/2013.

Schiro, M.: "Visibilización jurídica del cuidado en perspectiva de género. Algunas respuestas del Derecho de Familias y de la responsabilidad por daños intrafamiliar," RDF 91, 16/09/2019, 225 AR/DOC/2358/2019.

Sobrino, A., y ot.: "Alimentos y daño moral", J.A 1998-II-689.

Tamborelli, J.: "La culpa grave en las relaciones de familia según el Proyecto de Código Civil Unificado con el código de comercio", LL 2000 D 1182.

Tolosa, P.: "Función de prevención y la acción preventiva de daños en el nuevo proyecto de Código Civil y Comercial", RCyS2012-XII,14, AR/DOC/5487/2012.

Trigo Represas, f. López Mesa, M.: *Tratado de responsabilidad Civil* T 1, La ley, Buenos Aires, 2004.

Ubiría, F.: "Cambio de paradigmas en el Derecho de Daños. Hacia un nuevo "salto de calidad" en AAVV *Estudios de Derecho Civil con motivo del Bicentenario*. El Derecho, Buenos Aires, 2011.

Zannoni, E.: *Derecho Civil. Derecho de familia* T I; Astrea, Buenos Aires, 2006.

DIRITTO ALL'ASSEGNO DIVORZILE E CONVIVENZA *MORE UXORIO**

DIVORCE ALLOWANCE AND MORE UXORIO COHABITATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1342-1357

* Il presente scritto è dedicato alla memoria del Prof. Cesare Massimo Bianca e costituisce la rielaborazione della relazione svolta al Convegno "L'assegno divorzile e la "nuova convivenza": dalla revoca automatica ad un principio di verifica, caso per caso", organizzato dall'Ordine degli Avvocati di Roma e tenutosi in Roma il 28 aprile 2021.

Arnaldo
MORACE
PINELLI

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Nell'ordinamento italiano il diritto all'assegno divorzile, spettante all'ex coniuge debole, si radica sul principio costituzionale di solidarietà. Come ha intuito il Prof. Cesare Massimo Bianca, dal rapporto matrimoniale, vissuto come comunione di vita, materiale e spirituale, scaturisce «un'esigenza di solidarietà, avvertita dalla coscienza sociale, di solidarietà postconiugale», giustificante il riconoscimento dell'emolumento. L'assegno divorzile assolve una funzione perequativa, che è quella di riequilibrare la disparità delle situazioni economiche dalle parti causata dalla fine del matrimonio. In tale prospettiva, secondo l'autore, l'assegno divorzile ha natura essenzialmente assistenziale, come prova anche il fatto che, in assenza della sproporzione patrimoniale tra i coniugi, esso non è dovuto indipendentemente dai sacrifici e dalle rinunce da essi compiute, nell'interesse della famiglia, durante il matrimonio. Secondo l'autore, in particolare, deve negarsi che il diritto a percepire l'assegno divorzile, in virtù della sua componente compensativa, possa permanere in caso di insaturazione di una convivenza more uxorio da parte di chi ne è titolare. La solidarietà postconiugale, alla base dell'assegno divorzile, si estingue, infatti, allorché si dia vita ad una nuova famiglia, secondo uno dei modelli riconosciuti dall'ordinamento, tra i quali rientra oggi la convivenza.

PALABRAS CLAVE: Assegno divorzile; solidarietà postconiugale; convivenza more uxorio.

ABSTRACT: *In the Italian legal system, the right to the divorce allowance, to which the former spouse is entitled, is rooted in the constitutional principle of solidarity. As realized by Prof. Cesare Massimo Bianca, from marriage relationship, lived as life communion, material and spiritual, a need of solidarity, perceived by social conscientiousness, of post marriage solidarity stems, justifying the recognition of the allowance. The divorce allowance has an equalizing function, being rebalancing the disparity of the economic situation of the parties caused by the end of the marriage. In this prospective, according to the author, the divorce allowance has an essentially aid nature, as also proved by the fact that, in the absence of economic imbalance between spouses, it is not due, regardless the efforts and sacrifices they made, in the family interest, during marriage. Accordingly, in author's view, the right to maintain the divorce allowance, because of its compensatory nature, must be denied in the event who is entitled to it establishes a more uxorio cohabitation. Post-marriage solidarity, the base of the divorce allowance, terminates when a new family is established, in any form recognized by the legal system, such as cohabitation.*

KEY WORDS: *Divorce allowance; post-marriage solidarity; more uxorio cohabitation.*

SUMARIO.- I. LA NOZIONE DI SOLIDARIETÀ POSTCONIUGALE ELABORATA DA C. MASSIMO BIANCA II IL REVIREMENT DELLA CORTE DI CASSAZIONE DEL 2017 SULLA NATURA E FUNZIONE DELL'ASSEGNO DIVORZILE E LA SUCCESSIVA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE.- III LA FUNZIONE PEREQUATIVA DELL'ASSEGNO DIVORZILE IV DIRITTO A PERCEPIRE L'ASSEGNO DIVORZILE E CONVIVENZA MORE UXORIO V. CONCLUSIONI.

I. LA NOZIONE DI SOLIDARIETÀ POSTCONIUGALE ELABORATA DA C. MASSIMO BIANCA.

La tutela giuridica delle persone deboli ha costituito la stella polare del pensiero di Cesare Massimo Bianca. L'amato Maestro riconosceva al giurista il nobile compito di «orientare verso giustizia la formazione del diritto "effettivo"», ricercando il significato della norma che attui il più equo bilanciamento degli interessi in conflitto,[1] nella consapevolezza che il diritto costituisce «uno strumento per la costruzione di una società giusta»[2].

Questo impegno morale «per una norma più giusta»[3], che costituisce per me il suo più alto insegnamento, ha guidato il Prof. Bianca anche nella lettura dell'art. 5, comma 6, l. div., inducendolo ad elaborare la nozione di solidarietà post-coniugale, quale fondamento dell'assegno divorzile spettante al coniuge debole, effetto di un matrimonio eticamente forte, seppure determinantesi al momento del suo disfacimento. Egli riteneva, infatti, che «l'interesse del coniuge percettore di reddito di liberarsi col divorzio degli oneri matrimoniali non può essere tutelato al punto da cancellare la realtà del rapporto di vita comune vissuto con la persona con la quale si è costituita una famiglia e condiviso la comunione morale e materiale. Da questa realtà nasce un'esigenza di solidarietà, avvertita dalla coscienza sociale, di solidarietà postconiugale. La solidarietà postconiugale è il fondamento del diritto

1 Bianca, C.M.: *Il diritto tra universalismo e particolarismo: categorie privatistiche e istanze di giustizia*, ESI, Napoli, 2012, 17. Secondo l'illustre Maestro (*Diritto civile, 1, La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, Milano, 1978, 29), «l'interprete non si limita a recepire senz'altro la norma come un dato già compiutamente definito ma può concorrere a determinarne il significato. Se l'interprete partecipa col proprio contributo di idee e di sensibilità alla determinazione del significato della norma, ecco emergere nuovamente il problema della giustizia. Ecco emergere cioè l'esigenza di ricercare – nello spazio consentito – quel significato che tenda alla migliore composizione dei conflitti d'interesse. La scienza del diritto muove dalla realtà di un fenomeno sociale, ma attraverso l'attività interpretativa si trova involta in un momento attivo della elaborazione del diritto dove il compito conoscitivo può trasformarsi in un impegno morale per una norma più giusta».

2 Bianca, C.M.: "Il diritto privato e la sfida sociale", *Iustitia,* 1980, 213 e ss., il quale osserva che «non basta un diritto giusto per avere una società giusta perché la giustizia è un bene che va conquistato giorno per giorno nella misura in cui si riesce a dare risposta concreta alle esigenze di libertà e solidarietà della persona».

3 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 1, cit., 29.

• Arnaldo Morace Pinelli
Professore Ordinario di Diritto Privato dell'Università di Roma "Tor Vergata". E-mail: amoracepinelli@gmail.com.

assistenziale che la legge riconosce al coniuge debole divorziato per consentirgli di evitare il degrado del suo livello di vita»[4].

La tesi del Prof. Bianca è stata accolta da una pronuncia delle Sezione Unite del 1990[5], cui si è uniformata la successiva giurisprudenza per circa trent'anni.

II. IL REVIREMENT DELLA CORTE DI CASSAZIONE DEL 2017 SULLA NATURA E FUNZIONE DELL'ASSEGNO DIVORZILE E LA SUCCESSIVA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE.

La questione della natura e della funzione dell'assegno divorzile è stata recentemente riproposta da un revirement della Corte di cassazione[6], che ha ritenuto di poter ridurre l'assegno divorzile ad una sorta di «assegno di povertà»,[7] attribuendolo soltanto all'ex coniuge economicamente non indipendente, privo dei mezzi sufficienti per vivere dignitosamente, ossia per soddisfare gli essenziali bisogni di vita.

Si trattava di una scelta essenzialmente ideologica, che muoveva da una visione individualistica del matrimonio, incentrata sulla libertà e sullo status di persona singola, che si recupera a seguito dello scioglimento del vincolo. Tale pronuncia cancellava il fondamento della solidarietà postconiugale, negando qualsiasi rilievo giuridico alla vita passata, condivisa dai coniugi, sul presupposto che «con la sentenza di divorzio il rapporto matrimoniale si estingue sul piano non solo personale ma anche economico-patrimoniale, sicché ogni riferimento a tale rapporto finisce illegittimamente con il ripristinarlo in una indebita prospettiva… di "ultrattività" del vincolo matrimoniale», a scapito della libertà individuale.

4 Siffatti concetti si leggono, da ultimo, in Bianca, C.M.: *Diritto civile*, *2.1, La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2017, 283.

5 Cfr. Cass., S.U., 29 novembre 1990, n. 11490, *Foro it.*,1991, I, 67, con note di Quadri, E.: "Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite" e Carbone, V.: "Urteildammerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)".

6 Il revirement di Cass. 10 maggio 2017, n. 11504 (in *Foro it.,* 2017, I, 1859, con note di Casaburi, G.: "Tenore di vita ed assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi d'antico", Bona, C.: "Il revirement sull'assegno divorzile e gli effetti sui rapporti pendenti" e Mondini, A.: "Sulla determinazione dell'assegno divorzile la sezione semplice decide «in autonomia». Le ricadute della pronuncia sui giudizi di attribuzione e sui ricorsi per revisione dell'assegno", nonché 2707, con note di Patti, S.: "Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?" e Bianca, M.: "Il nuovo orientamento in tema di assegno divorzile. Una storia incompiuta)" segue, essenzialmente, l'impostazione di Cass., 2 marzo 1990, n. 1652, *Foro it.*, 1990, I, 1165, con note di Macario, F. e Quadri, E.: "La Cassazione «rimedita» il problema dell'assegno di divorzio", che faceva, tra l'altro, riferimento ai lavori preparatori della riforma della legge sul divorzio del 1987 e precisamente al testo predisposto dalla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica, nel quale l'assegno divorzile doveva essere concesso per consentire un "dignitoso mantenimento", ossia un livello di vita non rapportabile a quello goduto durante il matrimonio, ma che doveva essere apprezzato secondo un criterio autonomo di sufficienza, evidentemente da commisurare alle esigenze e condizioni del coniuge richiedente l'assegno. Il riferimento al dignitoso mantenimento è stato, tuttavia, stralciato dal testo finale, cosicché l'argomento deve ritenersi privo di pregio. Cfr., in tal senso, Bianca, C.M.: in *Riv. dir. civ.,* 1990, II, 538, nota 4.

7 Così, incisivamente, Bianca, C.M.: "Le sezioni unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale", *Fam.* e *dir.,* 2018, 955 e ss.

L'assolutizzazione della libertà matrimoniale e dell'autodeterminazione dei coniugi, non correttamente intesa, conduceva alla negazione della responsabilità connaturata al matrimonio, che si declina, al momento della sua cessazione, in chiave di solidarietà postconiugale, in tal modo minando alla radice lo stesso valore giuridico, etico e sociale dell'istituto[8].

Il contrastante quadro giurisprudenziale che si è venuto a creare a seguito di tale pronuncia[9] è stato ricomposto dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, le quali, in un'importante pronuncia,[10] hanno riaffermato con chiarezza che il riconoscimento dell'assegno divorzile si fonda sul valore della solidarietà postconiugale, quale conseguenza di un matrimonio eticamente e giuridicamente "forte", incentrato sulla pari dignità e l'eguaglianza, giuridica e morale, dei coniugi (artt. 2, 3 e 29 Cost.), valori che impongono di attribuire, al verificarsi della crisi, il giusto rilievo alla vita passata e, dunque, alla durata del matrimonio e all'effettivo contributo che i coniugi hanno fornito alla vita familiare, in base ai ruoli che si sono attribuiti per l'attuazione dei diritti e doveri fissati dall'art. 143 c.c.[11].

Dell'art. 5, comma 6, l. div., le Sezioni Unite hanno offerto una lettura calzante ai tempi attuali[12]. Secondo la nota pronuncia, «il giudice dispone sull'assegno di divorzio in relazione all'inadeguatezza dei mezzi ma questa valutazione avviene tenuto conto dei fattori indicati nella prima parte della norma». Questi, affermano le Sezioni Unite, devono avere pari dignità ed esprimono un criterio assistenziale-compensativo, frutto della compenetrazione del profilo contributivo-compensativo in quello assistenziale, allo scopo di ristabilire quella situazione di equilibrio che, per effetto dello scioglimento del vincolo, era venuta a mancare. Non è pertanto possibile attribuire, nel giudizio sul diritto all'assegno, «preminenza assoluta alla comparazione quantitativa tra le condizioni economico-patrimoniali degli ex coniugi». L'adeguatezza dei mezzi «deve essere valutata non solo in relazione alla loro mancanza o insufficienza oggettiva ma anche in relazione a quello che si è contribuito a realizzare in funzione della vita familiare e che, sciolto il vincolo, produrrebbe effetti vantaggiosi unilateralmente per una sola parte».

8 Per tali critiche, cfr. il nostro "Il revirement della Cassazione sull'assegno divorzile: in attesa delle Sezioni Unite", *Arch. giur. Serafini*, 2018, 3 e ss.

9 I giudici di merito, come era prevedibile, si sono divisi, con buona pace delle esigenze di certezza del diritto. Per la ricostruzione del dibattito, cfr. il nostro "Il revirement della", cit., 19 e ss.

10 Cass. S.U. 11 luglio 2018, n. 18287, *Foro it.*, 2018, I, 2671, con note di Santarelli, P.- Casaburi, G.: "L'assegno divorzile secondo le SS.UU. della Cassazione: una problematica "terza via"" e Bianca M.: "Le Sezioni Unite e i corsi e i ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?" e 3615, con nota di Morace Pinelli, A.: "L'assegno divorzile dopo l'intervento delle sezioni unite".

11 Si legge nella sentenza delle Sezioni Unite del 2018: «Questo richiamo diretto al modello costituzionale del matrimonio, fondato sui principi di uguaglianza, pari dignità dei coniugi, libertà di scelta, reversibilità della decisione ed autoresponsabilità è stato tenuto in primaria considerazione dal legislatore in sede di definizione degli effetti economico patrimoniali conseguenti allo scioglimento del vincolo».

12 Secondo Bianca, C.M.: "Le sezioni unite", cit., 955 e ss., «la sentenza delle Sezioni unite dell'11 luglio 2018, n. 18287 rappresenta una provvidenziale messa a punto della giurisprudenza in tema di assegno di divorzio».

Lo squilibrio economico-patrimoniale conseguente al divorzio, pur costituendo il presupposto indefettibile per il riconoscimento dell'assegno, non è, dunque, di per sé, sufficiente, dovendo esso derivare «dal sacrificio di aspettative professionali e reddituali fondate sull'assunzione di un ruolo consumato, esclusivamente o prevalentemente, all'interno della famiglia e dal conseguente contributo fattivo alla formazione del patrimonio comune e a quello dell'altro coniuge», anche in relazione alle potenzialità future.

III. LA FUNZIONE PEREQUATIVA DELL'ASSEGNO DIVORZILE.

Le Sezioni Unite hanno dunque chiaramente ribadito che il principio di solidarietà è posto alla base del riconoscimento del diritto all'assegno divorzile e che tale emolumento assolve una funzione perequativa, che è quella di riequilibrare la disparità delle situazioni economiche dalle parti causata dalla fine del matrimonio. La sproporzione patrimoniale, peraltro, da sola non basta, occorrendo la prova della cura prestata, nel corso del rapporto, alla famiglia, ossia dell'effettiva comunione di vita, morale e materiale, da cui la solidarietà postconiugale, giustificante l'assegno, scaturisce. È scontato – in tale prospettiva - che i tre criteri determinativi dell'assegno divorzile (assistenziale, compensativo, risarcitorio) siano paritari tra loro e vadano applicati insieme[13].

La giurisprudenza successiva, peraltro, discostandosi da questi limpidi principi, pare volersi focalizzare soprattutto sul criterio compensativo, pretendendo di fondare l'assegno divorzile, anziché sulla solidarietà postconiugale, sul contributo prestato alla formazione del patrimonio familiare e personale dei coniugi. In quest'ottica è stata proclamata la necessità di dare dell'assegno divorzile una lettura che si "emancipi" da una prospettiva diretta a valorizzarne la natura assistenziale, dovendo esso limitarsi a «riconoscere all'ex coniuge, economicamente più debole, un livello reddituale adeguato al contributo fornito all'interno della disciolta comunione nella formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale dei coniugi»[14].

Questa opinione, a mio avviso, costituisce il frutto del travisamento della funzione compensativa-perequativa dell'assegno divorzile. Vi è, alla base di tale modo di ragionare, l'idea che l'assegno divorzile debba dare un compenso, ossia retribuire il coniuge per l'attività svolta nella cura della famiglia, per le rinunce ed i sacrifici effettuati in suo nome, per la ricchezza accumulata insieme,[15] come

13 Così, chiaramente, Cass., S.U., 11 luglio 2018, n. 18287, cit.

14 Cass., Sez. I, ord., 17 dicembre 2020, n. 28995, *Fam. e dir,* 2021, 266, con nota di Rimini, C.: "Gli effetti della relazione affettiva stabile sulla titolarità dell'assegno divorzile: nuove prospettive sulla base della funzione compensativa dell'assegno".

15 Cfr., in tal senso, Rimini, C.: "Gli effetti della", cit., 273, il quale auspica anche «un intervento del legislatore che, affermi la natura esclusivamente compensativa della redistribuzione della ricchezza fra coniugi dopo il

sostenuto in passato da una nota teoria dottrinale secondo la quale il principio di parità tra i coniugi, espresso dall'art. 29 Cost., opera anche e soprattutto al momento della dissoluzione del vincolo, fondando il matrimonio-rapporto (la vita trascorsa insieme dai coniugi) un'esigenza perequativa, comportante la «valorizzazione, in vista ed ai fini della vita separata, di un profilo partecipativo e di condivisione di quanto realizzato in comune»[16]. L'adesione a tale tesi, che si è storicamente contrapposta e continua a contrapporsi[17] a quella che fonda l'assegno divorzile sulla solidarietà postconiugale, comporta, all'evidenza, la trasformazione del giudizio di divorzio «in una sorta di rendiconto di tutto quanto realizzato, o non realizzato, da ciascuno dei coniugi nel corso della vita comune» e la patrimonializzazione dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio, come se la cura della famiglia fosse prezzabile e retribuibile[18].

In realtà la funzione compensativa-perequativa dell'assegno divorzile, in base al disposto dell'art. 5, comma 6 l. div. e dei rigorosi principi affermati dalle Sezioni Unite, costituisce tutt'altra cosa. Con l'assegno divorzile non si spartisce la ricchezza creata durante la vita matrimoniale né si retribuiscono i sacrifici e le rinunce compiute dai coniugi durante il suo svolgimento. L'assegno divorzile si fonda sulla solidarietà postconiugale, che obbliga le parti del disciolto matrimonio al reciproco aiuto, ed ha la funzione di riequilibrare la disparità delle loro situazioni economiche creatasi a seguito dello scioglimento del matrimonio, salvaguardando, per quanto possibile, «il coniuge debole dal degrado esistenziale conseguente lo scioglimento del matrimonio»[19]. Il contributo prestato dal coniuge alla vita familiare costituisce,

divorzio»; Id., "La nuova funzione compensativa dell'assegno divorzile", *Nuova giur. civ.,* 2018, 1693 e ss., §§ 1 e 7, laddove propone una modifica legislativa per riconoscere al giudice «la possibilità di sostituire l'assegno periodico…con una prestazione in unica soluzione che…realizzi…la finalità compensativa con un clean break».

16 È questa la tesi di Enrico Quadri, riprodotta, da ultimo, in Quadri, E.: "L'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": gli ex coniugi "persone singole" di fronte al loro passato comune", *Nuova giur. civ.,* 2017, 1261 e ss., § 5, ove l'autore ritiene che, nella direzione indicata, non «risulta ostativa…la piena esplicazione del principio di "autoresponsabilità". Nella fluidità delle dinamiche familiari caratterizzante l'attuale società, l'assunzione di un simile principio quale direttiva di fondo nella definizione degli assetti economici post-coniugali può essere effettivamente considerata come ragionevole approdo in materia, proprio in quanto più consono – rispetto alla prospettiva assistenzialistica – al rispetto della pari dignità dei coniugi: ma ciò alla sola condizione che sia assicurata tra di loro, quale base di partenza per la vita futura, una effettiva perequazione in ordine alla complessiva economia familiare, cui ciascuno abbia contribuito nel corso della convivenza, rimediando alle sperequazioni venutesi eventualmente a determinare nelle situazioni dei singoli coniugi».
Cfr., nella medesima prospettiva, Rimini, C.: "Non è solidarietà, non è assistenza ciò che l'ex coniuge va cercando: proposta per una soluzione alternativa del problema dell'assegno divorzile", in *Gli effetti economici della crisi coniugale,* Incontro di studio organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura presso la Suprema Corte di Cassazione, Roma, 28 febbraio 2018, in www.cortedicassazione.it; Al Mureden, E.: "L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale", *Fam. e dir.,* 2017, 619 e ss., § 2.

17 Cfr., da ultimo, Rimini, C.: "Gli effetti della", cit., 270 e ss., il quale reputa che l'assegno divorzile debba assolvere soltanto la funzione compensativa, abbandonando quella assistenziale.

18 Paventa tale rischio Casaburi, G.: *L'assegno divorzile,* cit., 2701.

19 Bianca, C.M.: "Le Sezioni unite", cit., 955 e ss.
Questo concetto è bene espresso dall'art. 270 del *Code civil*, in base al cui disposto mediante l'assegno divorzile occorre «compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dan les conditions de vie respectives».

dunque, «un fattore che concorre ad accertare la solidarietà postconiugale del caso concreto e a determinare equitativamente il riequilibrio della disparità delle condizioni economiche dei coniugi risultante a seguito del divorzio»[20].

Lo dimostra inequivocabilmente il fatto che il criterio compensativo è privo di qualsiasi autonoma rilevanza. Ove non sussista la disparità tra le posizioni economiche dei coniugi (criterio assistenziale), il criterio compensativo non può operare e nessun assegno divorzile può essere riconosciuto, non essendovi alcunché da riequilibrare:[21] «per quanto ampia e prevalente sia stata la collaborazione prestata da un coniuge nel corso del matrimonio, nessuna pretesa compensativa può essere avanzata nei confronti dell'altro coniuge che non abbia una superiore posizione reddituale»[22].

Del resto, l'assegno divorzile non costituisce, neppure in astratto, lo strumento giuridico idoneo a dividere la ricchezza familiare e a retribuire i sacrifici e la cura della famiglia. Lo dimostra l'esperienza degli ordinamenti stranieri, che perseguono direttamente tale finalità[23], e lo riconoscono gli stessi sostenitori della funzione esclusivamente compensativa dell'assegno divorzile, i quali invocano una riforma per consentire al giudice di attribuire una somma capitale, anziché un assegno periodico[24].

IV. DIRITTO A PERCEPIRE L'ASSEGNO DIVORZILE E CONVIVENZA MORE UXORIO.

L'esaltazione della funzione compensativa dell'assegno, come detto spintasi al punto di predicarne l'"emancipazione" dal criterio assistenziale, implica un importate corollario con riguardo alla questione degli effetti che determina, per il titolare dell'emolumento, l'instaurazione di una convivenza di fatto.

Secondo la più recente giurisprudenza della Corte di cassazione, l'ex coniuge divorziato, titolare di un assegno divorzile, che intraprende una convivenza more uxorio, perde definitivamente il diritto al beneficio, così come lo perde colui che contrae un nuovo matrimonio (art. 5, comma 10, l. div.). A seguito di un

20 Bianca, C.M.: "Le Sezioni unite", cit., 955 e ss.

21 Bianca, C.M.: "Le Sezioni unite", cit., 955 e ss. ritiene che, pur dopo la pronuncia delle Sezioni Unite del 2018, l'assegno divorzile conservi una natura esclusivamente assistenziale: «all'ex coniuge l'assegno è dovuto non perché abbia maggiormente contribuito a incrementare il patrimonio familiare o perché abbia maggiormente accudito la prole, ma perché la comunione di vita coniugale vissuta dai coniugi rende doveroso prestarsi reciproco aiuto».

22 Bianca, C.M.: "Le Sezioni unite", cit., 955 e ss.

23 Con riguardo all'esperienza inglese, cfr., recentemente, Todd S.: "La legge sul divorzio in Inghilterra e Galles. Cambiano gli orizzonti?", in www.aiafrivista.it.

24 Rimini, C.: "La nuova funzione", cit., 1693 e ss., § 7, laddove propone una modifica legislativa per riconoscere al giudice «la possibilità di sostituire l'assegno periodico…con una prestazione in unica soluzione che… realizzi…la finalità compensativa con un clean break».

percorso ultratrentennale, culminato con il formale riconoscimento operato dalla l. n. 76 del 2016, la famiglia di fatto è ritenuta, infatti, una formazione sociale riconducibile a quelle tutelate dall'art. 2 Cost., in grado di rescindere, alla stregua del nuovo matrimonio (art. 5, comma 10, l. div.), ogni legame con la precedente vita matrimoniale.[25]

Da un canto, si invoca il principio di autoresponsabilità (se si decide di fondare una nuova "famiglia" non si può che accettare l'estinzione di ogni effetto del pregresso rapporto matrimoniale) e, dall'altro, si evidenzia come dalla nuova convivenza, stabile e duratura, scaturisca una solidarietà tra i suoi membri[26], capace di "sostituire" la solidarietà postconiugale, alla base dell'assegno divorzile percepito dall'ex coniuge[27]. Non vi è dubbio, infatti, che, secondo la legge Cirinnà, i «legami… di reciproca assistenza morale e materiale» siano alla base del rapporto di convivenza more uxorio (art. 1, comma 36, l. n. 76/2016), «in attuazione del dovere di solidarietà che l'art.2 Cost. pone a presidio e garanzia della vita delle formazioni sociali», tra le quali si annoverano appunto anche tali comunità[28]. Anche se, a ben vedere, siffatti legami «non sono testualmente configurati come obblighi giuridici in senso stretto», ma si estrinsecano nella «prassi di reciproco sostegno e mutuo aiuto»[29]. L'assunzione degli obblighi economici, nel nuovo modello familiare previsto dalla legge, è rimessa, infatti, alla libera scelta dei conviventi (art. 1, comma 50), tranne che al momento della cessazione del rapporto, in cui viene apprestata una flebile tutela alla parte debole (art. 1, commi 42 e 65), di matrice squisitamente solidaristica[30].

25 Inizialmente si riteneva che l'instaurazione della convivenza more uxorio potesse soltanto sospendere il diritto all'assegno divorzile, fin tanto che essa durava. Si parlava, dunque, di mera quiescenza del diritto all'assegno. Cfr., in tal senso, Cass., 1 agosto 2011, n. 17195.
Successivamente la Corte di cassazione ha ritenuto che la convivenza costituisca causa di estinzione del diritto all'assegno. Cfr. Cass., 3 aprile 2015, n. 6855, *Fam. e dir.,* 2015, 553, con nota di Ferrando, G.: "Famiglia di fatto e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione" e, da ultimo, Cass., 16 ottobre 2020, n. 22604, *Fam. e dir.,* 2021, 266 e ss., e Cass., Sez. VI-1, ord., 10 gennaio 2019, n. 406.

26 Cfr., da ultimo, Cass., Sez. I, ord., 17 dicembre 2020, n. 28995, cit.
Cfr. anche Cass., 3 aprile 2015, n. 6855, cit., secondo la quale «la famiglia di fatto non consiste soltanto nel convivere come coniugi, ma indica prima di tutto una "famiglia", portatrice di valori di stretta solidarietà, di arricchimento e di sviluppo della personalità di ogni componente e di educazione e istruzione dei figli».

27 Bianca, M.: "Assegno divorzile e nuova famiglia di fatto: la questione alle Sezioni Unite. Estinzione automatica o valorizzazione del criterio compensativo dei sacrifici e delle scelte operate in costanza del rapporto matrimoniale? La necessità di trovare una terza via", in *giustiziainsieme.it,* 2021, secondo la quale «la creazione di una nuova famiglia assorbe ed estingue la precedente in quanto sostituisce agli obblighi di solidarietà della vecchia famiglia quelli della nuova e ciò non può che valere tanto per la famiglia fondata sul matrimonio che per la famiglia fondata sulla convivenza stabile e duratura».
Più in generale, con riguardo alla causa estintiva delle nuove nozze contratte dal beneficiario dell'assegno divorzile (art. 5, comma 10, l. div.), cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile, 2.1,* cit., 297, secondo il quale «la previsione di questa causa conferma che il diritto all'assegno ha fondamento nella solidarietà postconiugale, la quale non ha più ragione di sussistere quando il beneficiario assume un nuovo rapporto di solidarietà che si sostituisce a quello del precedente matrimonio».

28 Paradiso, M.: "Commento agli artt. 36 e 37", in *Le unioni civili e le convivenze,* a cura di Bianca C.M., Giappichelli, Torino, 2017, 487.

29 Paradiso, M.: "*Commento*", cit., 487.

30 Bianca, C.M.: "Premessa al comma 36 e seguenti. Note introduttive", in *Le unioni civili e le convivenze*, a cura di Bianca C.M., cit., 470.

Questo orientamento giurisprudenziale – oltre a trovare un sicuro appiglio normativo nell'art. 337 sexies c.c. che, ai fini della cessazione degli effetti patrimoniali del divorzio, pone sullo stesso piano le nuove nozze e l'instaurazione della convivenza more uxorio[31] – è coerente con l'evoluzione del diritto di famiglia in Italia, che ha segnato il passaggio da «un'unica forma di convivenza socialmente e giuridicamente accettata», ossia quella fondata sul matrimonio, alla «pluralità dei modelli familiari "coniugali"» attualmente accessibili: matrimonio, unione civile, convivenza registrata all'anagrafe, convivenza non registrata, regolamentata dall'autonomia privata, convivenza tra persone dello stesso sesso[32].

L'«arcipelago familiare» costituisce, pertanto, la felice metafora che descrive la situazione attuale del nostro ordinamento[33], frutto del lento sedimentare dei principi desumibili dal combinato disposto degli artt. 2 e 29 Cost., in nome dei quali è stata scalzata la visione pubblicistica di una famiglia, fondata sul matrimonio indissolubile ed intesa quale cellula primaria ed essenziale dello Stato funzionalizzata al perseguimento dell'interesse collettivo, dapprima individuando nella famiglia la «formazione sociale» all'interno della quale si esprime e si sviluppa la personalità dei suoi membri, posti al centro di ogni tutela,[34] ed, in seguito, riconoscendo gradualmente la pluralità dei modelli familiari che abbiamo elencato ed affermandone la dignità.

31 In base a tale norma la cessazione del diritto al godimento della casa familiare viene meno, tra l'altro, nel caso che l'assegnatario «conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio». Soltanto il superiore interesse dei figli a continuare ad abitare la casa familiare può impedire il verificarsi della causa di estinzione del diritto (Corte cost., 30 luglio 2008, n. 308, in *Nuova gir. civ.,* 2008, 1278).

32 Paradiso, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è", *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 1306 e ss., § 2, il quale osserva come «*a* questi modelli si affiancano altri fenomeni familiari presenti nella società: la famiglia monogenitoriale e la c.d. famiglia ricomposta, formata da divorziati-risposati con i relativi figli», nonché la famiglia «con coniugi-genitori dello stesso sesso», ammessi dalla giurisprudenza alla c.d. stepchild adoption. Su quest'ultimo aspetto, cfr., da ultimo, il nostro "La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore", *Familia,* 2021, 391 e ss.

33 Busnelli, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.,* 2002, 509 e ss., spec. 529.

34 La famiglia viene oggi interpretata in chiave privatistica e il diritto di famiglia è stato riportato nell'alveo del diritto privato. Cfr., sul punto, Furgiuele G.: *Libertà e famiglia*, Giuffrè, Milano, 1979, 59 e ss.; Al Mureden, E.: "La separazione personale dei coniugi", in *Trattato Cicu-Messineo,* Giuffrè, Milano, 2015, 9 e ss.
Come rileva Bianca, C.M.: "Famiglia (diritti di)", in *Noviss. Digesto it*, VII, Utet, Torino, 1968, 70 e ss., il diritto di famiglia non può essere ricondotto al diritto pubblico, quale strumento per la tutela di interessi superindividuali, non essendo configurabili né «un interesse del gruppo familiare distinto da quello dei singoli membri», né uno scopo della famiglia e questa non costituisce un'organizzazione superindividuale ma una formazione sociale. «I diritti di famiglia tendono quindi a tutelare direttamente esigenze proprie dell'individuo e non di un distinto organismo».
La famiglia si fonda, dunque, sulla garanzia dei valori della persona e l'art. 2 Cost. costituisce la norma centrale del suo ordinamento giuridico (Bianca, C.M.: "Famiglia", cit., 73; Bessone, M.: "Commento agli artt. 29-31 Cost.", in *Rapporti etico-sociali, Artt. 29-34*, nel *Commentario della Costituzione,* a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1982, 4).
Rileva Zatti, P.: "*I* diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi", nel *Trattato Rescigno*, 3, Utet, Torino, 1996, 21 e ss., che «*la* vita dei gruppi privati garantiti come "formazioni sociali" pare, a norma dell'art. 2 Cost., la sede eminente di svolgimento della personalità, che anzi si configura come ratio per la tutela costituzionale della vita e dell'autonomia del gruppo». Ad avviso di tale autore «nel caso della famiglia, e in ispecie del rapporto coniugale, la norma costituzionale sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi… offre il canale specifico per affermare che il principio di tutela della personalità espresso nell'art. 2 Cost. vige all'interno del gruppo familiare e nei rapporti che vi si costituiscono tra i coniugi».

Venendo, più specificamente, al problema che abbiamo esposto all'inizio di questo paragrafo, se, travisando l'art. 5, comma 6, l. div., si ritiene che l'assegno divorzile debba retribuire i sacrifici e le rinunce compiute dal coniuge durante il matrimonio, il diritto a percepirlo non può essere intaccato sin tanto che la "compensazione" non si sia esaurita[35]. Addirittura, in questa prospettiva, si è giunti a dubitare della perdurante legittimità della norma che prevede la cessazione dell'obbligo di corresponsione dell'assegno se l'ex coniuge al quale deve essere corrisposto passa a nuove nozze (art. 5, comma 10, l. div.)[36].

V. CONCLUSIONI.

Tuttavia, alla luce di quanto è stato rilevato, mi pare che debba essere tenuto fermo l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'inizio di una convivenza more uxorio, da parte dell'ex coniuge beneficiario dell'assegno divorzile, ne comporta automaticamente la cessazione.

L'assegno divorzile si fonda sulla solidarietà postconiugale e questa si estingue sia in caso di seconde nozze, sia se si decide di costituire una nuova famiglia, secondo uno dei modelli riconosciuti dall'ordinamento (e la convivenza oggi è uno di questi). D'altro canto, il criterio compensativo non ha autonoma rilevanza e la funzione perequativa dell'assegno divorzile non consiste nel compensare i sacrifici e le rinunce effettuate durante il matrimonio ma si estrinseca nella tutela dell'ex coniuge "debole" dallo squilibrio economico conseguente al divorzio, in ossequio al principio di solidarietà postconiugale. Tutela che, dopo l'intervento delle Sezioni Unite, non viene accordata per il semplice fatto della sussistenza della sproporzione patrimoniale, occorrendo anche, assai ragionevolmente, la dimostrazione della dedizione alla famiglia, ossia dell'effettività della comunione di vita, da cui quella solidarietà postconiugale discende.

Tutto ciò è stato intuito anche dal nostro legislatore. La natura composita dell'assegno di divorzio, incentrata sulla contestuale operatività dei tre criteri (assistenziale, risarcitorio e compensativo), espressi dalla prima parte dell'art. 5, comma 6, l. div., aveva trovato riscontro in una proposta di legge approvata nella XVII legislatura dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati (n. 4605, d'iniziativa dell'on. Donatella Ferranti + altri), la quale fissava il principio che

35 Cass., Sez. I, ord., 17 dicembre 2020, n. 28995, cit., secondo la quale al giudice di merito resterebbe, «al più, da accertare l'esistenza di ragioni per un'eventuale modulazione» dell'assegno «là dove la nuova scelta di convivenza si riveli migliorativa delle condizioni economico-patrimoniali del beneficiario». Siffatta sentenza ha rimesso la decisione della questione alle Sezioni Unite che non si sono ancora pronunciate.
In dottrina, cfr. Rimini, C.: "Gli effetti della", cit., 272, secondo il quale «se il coniuge più debole ha sacrificato la propria esistenza professionale a favore delle esigenze familiari, è ingiusto che egli perda qualsiasi diritto ad una compensazione dei sacrifici fatti solo perché, al momento del divorzio o prima di esso, si è ricostruito una vita affettiva».

36 Patti, S.: "Conclusioni" del Convegno *Mantenimento e divorzio tra parametri oggettivi e variabili soggettive*, tenutosi all'Università Sapienza di Roma il 21 maggio 2021.

l'assegno divorzile è «destinato a equilibrare, per quanto possibile, la disparità che lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio crea nelle condizioni di vita dei coniugi»[37] Analoga proposta di legge è stata presentata nell'attuale legislatura (n. 506, d'iniziativa dell'on. Alessia Morani), approvata dalla Camera dei Deputati il 14 maggio 2019 e trasmessa al Senato della Repubblica (n. 1293)[38].

Per quel che qui interessa, quest'ultimo progetto di legge prevede che l'assegno cessi definitivamente in caso di stabile convivenza, anche non registrata, del richiedente l'assegno.[39].

Delicato diventa, a questo punto, stabilire quando si sia in presenza di una convivenza, in grado di estinguere il diritto a percepire l'assegno divorzile. A nostro avviso non si può oggi prescindere dal modello familiare regolato dalla legge e, dunque, la convivenza deve assumere i connotati di stabilità e continuità e, soprattutto, i conviventi devono essere uniti «da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale» (art. 1, comma 36, l. n. 76/2016).

Vi è da chiedersi se, per la configurazione dell'istituto, i conviventi debbano coabitare[40]. Mentre la mancanza di una residenza comune non pare di ostacolo[41], la giurisprudenza reputa sufficiente l'assidua frequentazione delle reciproche abitazioni[42]. Più in generale, non mi pare che, nei tempi attuali, la coabitazione sia indispensabile per l'insorgenza di un legame affettivo stabile e solidale. Vanno, infatti, evitati gli abusi, alquanto diffusi, da parte di coloro che, allo scopo di continuare a percepire l'emolumento, intrattengono relazioni vivificate dall'affectio, senza coabitare[43].

37 Il comma 2 dell'art. 1 della proposta di legge precisa che «il tribunale valuta, in rapporto alla durata del matrimonio: le condizioni personali ed economiche in cui i coniugi vengono a trovarsi a seguito della fine del matrimonio; il contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno e di quello comune; il patrimonio e il reddito di entrambi; la ridotta capacità reddituale dovuta a ragioni oggettive, anche in considerazione della mancanza di un'adeguata formazione professionale o di esperienza lavorativa, quale conseguenza dell'adempimento dei doveri coniugali, nel corso della vita matrimoniale; l'impegno di cura di figli comuni minori, disabili o comunque non economicamente indipendenti; il comportamento complessivamente tenuto da ciascuno in ordine al venir meno della comunione spirituale e materiale».

38 C. 506 del 12 aprile 2018, d'iniziativa dell'on. Morani.

39 L'art. 2, comma 2, del progetto C. 506 Morani prevede di modificare l'art. 5, comma 6, l. div., introducendo – tra l'altro – il seguente comma: «L'assegno non è dovuto nel caso di nuove nozze, di unione civile con altra persona o di una stabile convivenza ai sensi dell'articolo 1, comma 36, della legge 20 maggio 2016, n. 76, anche non registrata, del richiedente l'assegno. L'obbligo di corresponsione dell'assegno non sorge nuovamente a seguito di separazione o di scioglimento dell'unione civile o di cessazione dei rapporti di convivenza».

40 In tal senso, cfr. Paradiso, M.: "Commento", cit., 483 e ss.

41 L'art. 1, comma 53, nel disciplinare il contenuto del contratto di convivenza prevede che ciascuna parte possa indicare la propria residenza.

42 Cass., 16 ottobre 2020, n. 22604, cit.

43 Cfr., sul punto, Bianca M.: *Assegno divorzile e nuova famiglia di fatto,* cit.

BIBLIOGRAFIA

Al Mureden, E.: "L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale", *Fam. e dir.*, 2017, 619 e ss.

Al Mureden, E.: "La separazione personale dei coniugi", in *Trattato Cicu-Messineo,* Giuffrè, Milano, 2015.

Bessone, M.: "*Commento agli artt. 29-31 Cost.*", in Rapporti etico-sociali, Artt. 29-34, nel Commentario della Costituzione, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1982, 4 e ss.

Bianca, C.M.: *Diritto civile, 1, La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, Milano, 1978

Bianca, C.M.: *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2017.

Bianca, C.M.: "Famiglia (diritti di)", in *Noviss. Digesto it.*, VII, Utet, Torino, 1968, 70 e ss.

Bianca, C.M.: "Il diritto privato e la sfida sociale", *Iustitia*, 1980, 213

Bianca, C.M.: *Il diritto tra universalismo e particolarismo: categorie privatistiche e istanze di giustizia*, ESI, Napoli, 2012, 1 e ss.

Bianca, C.M.: "Le sezioni unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale", *Fam. e dir.*, 2018, 955 e ss.

Bianca, C.M.: "Premessa al comma 36 e seguenti. Note introduttive", in *Le unioni civili e le convivenze*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, 469 e ss.

Bianca, M.: "Assegno divorzile e nuova famiglia di fatto: la questione alle Sezioni Unite. Estinzione automatica o valorizzazione del criterio compensativo dei sacrifici e delle scelte operate in costanza del rapporto matrimoniale? La necessità di trovare una terza via", *giustiziainsieme.it*, 2021.

Bianca, M.: "*Il nuovo orientamento in tema di assegno divorzile. Una storia incompiuta*", *Foro it.*, 2017, I, 2707 e ss.

Bianca, M.: "Le Sezioni Unite e i corsi e i ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?", *Foro it.*, 2018, I, 2671 e ss.

Bona, C.: "*Il revirement sull'assegno divorzile e gli effetti sui rapporti pendenti*", *Foro it.*, 2017, I, 1859 e ss.

Busnelli, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, 2002, 509 e ss.

Carbone, V.: "Urteildammerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)", *Foro* it., 1991, I, 67 e ss.

Casaburi, G.: "L'assegno divorzile secondo le SS.UU. della Cassazione: una problematica "terza via"", *Foro it.*, 2018, I, 2671 e ss.

Casaburi, G.: "Tenore di vita ed assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi d'antico", *Foro it.,* 2017, I, 1859 e ss.

Ferrando, G.: "Famiglia di fatto e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione", *Fam. e dir.*, 2015, 553 e ss.

Furgiuele, M.: *Libertà e famiglia*, Giuffré, Milano, 1979.

Mondini, A.: "*Sulla determinazione dell'assegno divorzile la sezione semplice decide «in autonomia». Le ricadute della pronuncia sui giudizi di attribuzione e sui ricorsi per revisione dell'assegno*", *Foro it.*, 2017, I, 1859 e ss.

Morace Pinelli, A.: "Il revirement della Cassazione sull'assegno divorzile: in attesa delle Sezioni Unite", *Arch. giur. Serafini*, 2018, 3 e ss.

Morace Pinelli, A.: "L'assegno divorzile dopo l'intervento delle sezioni unite", *Foro it.*, 2018

Morace Pinelli, A.: "La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore", *Familia*, 2021, 391 e ss.

Paradiso, M.: "Commento agli artt. 36 e 37", in *Le unioni civili e le convivenze*, a cura di C.M. Bianca, Giappichelli, Torino, 2017, 474 e ss.

Paradiso, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è", *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 1306 e ss.

Patti, S.: "Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?", *Foro it.*, 2017, I, 2707 e ss.

Patti, S.: *Conclusioni del Convegno Mantenimento e divorzio tra parametri oggettivi e variabili soggettive*, tenutosi all'Università Sapienza di Roma il 21 maggio 2021.

Quadri, E.: "L'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": gli ex coniugi "persone singole" di fronte al loro passato comune", *Nuova giur. civ.*, 2017, 1261 e ss.

Quadri, E.: "Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite", *Foro it.*, 1991, I, 67 e ss.

Quadri, E.: "La Cassazione «rimedita» il problema dell'assegno di divorzio", *Foro it.*, 1990, I, 1165 e ss.

Rimini, C.: "Gli effetti della relazione affettiva stabile sulla titolarità dell'assegno divorzile: nuove prospettive sulla base della funzione compensativa dell'assegno", *Fam. e dir.*, 2021, 273

Rimini, C.: "La nuova funzione compensativa dell'assegno divorzile", *Nuova giur.* civ., 2018, 1693 e ss.

Rimini, C.: "Non è solidarietà, non è assistenza ciò che l'ex coniuge va cercando: proposta per una soluzione alternativa del problema dell'assegno divorzile", in *Gli effetti economici della crisi coniugale*, Incontro di studio organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura presso la Suprema Corte di Cassazione, Roma, 28 febbraio 2018, in www.cortedicassazione.it.

Todd, S.: *La legge sul divorzio in Inghilterra e Galles. Cambiano gli orizzonti?*, in www.aiafrivista.it.

Zatti, P.: "I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi", nel *Trattato Rescigno*, 3, Utet, Torino, 1996, 21 e ss.

L'EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO DEL MINORE A CRESCERE NELLA PROPRIA FAMIGLIA

THE EFFECTIVENESS OF THE CHILD'S RIGHT TO GROW UP IN HIS OWN FAMILY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1358-1377

Gaetano
EDOARDO
NAPOLI

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il presente contributo intende delineare l'evoluzione del diritto del minore a crescere nell'ambito della sua famiglia. Si prendono le mosse dall'analisi dell'attuale rapporto tra la persona e la famiglia, per giungere a esaminare la peculiare relazione tra il minore e il contesto affettivo d'origine, e la normativa di riferimento. Al riguardo, viene evidenziato il fondamentale apporto che è stato fornito dalla Riforma della filiazione ideata dal Prof. Cesare Massimo Bianca. La Riforma, in particolare, ha dato effettività agli interventi di sostegno che impediscono che le eventuali difficoltà materiali della famiglia possano comportare l'adottabilità del figlio minore.

PALABRAS CLAVE: Minore; diritti; famiglia d'origine; adottabilità.

ABSTRACT: *This essay intends to describe the evolution of the child's right to live within his family. It starts from the analysis of the current relationship between the person and the family, to arrive at examining the particular relationship between the child and the emotional context of his family, and the relevant legislation. In this regard, the fundamental contribution that was provided by the Reform of the filiation conceived by Prof. Cesare Massimo Bianca must be highlighted. The Reform, in particular, has given effect to the support interventions that prevent any material difficulties of the family that can cause the adoptability of the minor child.*

KEY WORDS: *Child; rights; family of origin; adoptability.*

SUMARIO.- I. FAMIGLIA E MINORE.- II. L'EVOLUZIONE NORMATIVA.- III. LA LEGGE SUL DIRITTO DEL MINORE ALLA FAMIGLIA.- IV. IL RUOLO DELLA RIFORMA DELLA FILIAZIONE.- V. LA CEDU.

I. FAMIGLIA E MINORE.

Negli ultimi decenni, come noto, si è realizzata una sempre maggiore valorizzazione dei diritti fondamentali della persona. L'affermazione degli interessi primari dell'individuo si è accompagnata all'attenuazione di vincoli giuridici in grado, per loro natura, di comprimere l'autodeterminazione privata in quanto finalizzati a mantener saldo un assetto della società civile predeterminato in sede politica.

Ciò è avvenuto anche nel rapporto tra la persona e il contesto familiare in cui questa si colloca.

Si è dato così riscontro alle esigenze di riconoscimento delle rinnovate articolazioni della famiglia, collegate alla progressiva affermazione delle libertà fondamentali.

È noto, d'altronde, che i rapporti familiari riflettono in modo immediato i mutamenti sociali.

In seguito ai suddetti cambiamenti, nell'ambito del diritto di famiglia, ha assunto assoluta preminenza il rispetto dei diritti inviolabili di ciascun familiare, quale risultato della costante e concreta armonizzazione delle posizioni soggettive dei congiunti che convivono sotto lo stesso tetto.

In mancanza di una tale armonizzazione, la famiglia va in crisi e cede il passo all'operare del diritto a tutela del singolo familiare.

Non risulta, d'altro canto, attuabile una rigida prevaricazione del diritto a tutela dell'unità della famiglia[1], da intendersi questa, sempre più, quale sodalizio affettivo in grado di darsi proprie regole, che trovano applicazione spontanea attraverso la fattiva solidarietà dei suoi membri.

La libertà della persona prevale sulle esigenze di mantenimento di un determinato assetto della famiglia. Alla sempre maggiore tutela offerta dall'ordinamento a

1 Bianca, C.M: *Diritto civile*, *La famiglia*, 6ª ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 5, precisa che la famiglia è «un fenomeno che si determina secondo matrici umane e sociali largamente estranee al diritto».

• Gaetano Edoardo Napoli
Ordinario di Diritto privato, Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza. E-mail: gaetano.napoli@unitelmasapienza.it

ciascun familiare corrisponde la riduzione delle garanzie di compattezza della famiglia quale autonoma realtà fenomenica[2].

L'affievolirsi delle istanze sociali indirizzate alla rigida protezione dell'unità familiare ha fatto perdere valore alle norme costituzionali che, al fine della salvaguardia della famiglia, hanno considerato accettabile la lesione degli interessi dei suoi membri[3].

Le norme che hanno subito una progressiva specifica erosione sono gli artt. 29 e 30 Cost., la cui formulazione ha dato storicamente ingresso a specifiche limitazioni dell'uguaglianza dei membri della famiglia "a garanzia dell'unità familiare" (art. 29, 2° co.) e, peculiarmente, per la salvaguardia "della famiglia legittima" (art. 30, 3° co.).

Simmetricamente, è stato assegnato un valore predominante alle norme che, nella Costituzione, puntano, seppur in via di principio e genericamente, al riconoscimento dei diritti della persona fisica: si fa riferimento all'art. 2 Cost. sui diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali[4] in cui si svolge la sua personalità, ma anche all'art. 3 Cost., il cui richiamo pone comunque al centro la persona e l'esigenza di non discriminarla.

Questo nuovo assetto valoriale, supportato dalle moderne prospettive offerte da dottrina e giurisprudenza[5], ha ispirato il legislatore degli ultimi decenni. È stato introdotto il divorzio; sono state parificate le posizioni giuridiche dei coniugi; è stato unificato lo stato di figlio col superamento della irrazionale distinzione tra figli c.d. "legittimi" e figli (apoditticamente) "non legittimi"; si è giunti a un formale riconoscimento delle convivenze di fatto e delle unioni civili tra persone dello stesso sesso.

L'*iter* qui tracciato, in armonia con la crescente rivendicazione dell'autonomia del singolo familiare rispetto alla famiglia, ha dato affermazione alla piena libertà del soggetto di scegliere, concretamente, se restare o meno all'interno della propria comunità familiare, cioè se mantenerne l'assetto oppure disgregarla.

Ciò riguarda tuttavia solo le persone che godono di piena autonomia decisionale. Con riferimento ai minorenni, il rapporto con la famiglia non può certamente trovare un inquadramento simile a quello sopra descritto.

2 Sulla autonomia della famiglia analizzata in chiave pubblicistica, cfr. Cicu, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Athenaeum, Roma, 1914.

3 Rescigno, P.: *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Il Mulino, Bologna, 1966. Sul tema, cfr. Sesta, M.: "La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 573.

4 Cfr. Perlingieri, P.: "Sulla famiglia come formazione sociale", *Diritto e giurisprudenza*, 1979, pp. 777 ss.

5 Sull'evoluzione del diritto di famiglia, cfr. Zatti, P.: "Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia", in P. Zatti (diretto da): *Trattato di diritto di famiglia*, I, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 3 ss.

La famiglia è un imprescindibile punto di riferimento per ogni minore d'età, i cui diritti possono realizzarsi proprio nella misura in cui gli venga salvaguardata l'essenziale sfera affettiva, che, naturalmente, è innanzitutto radicata nel contesto familiare.

Il progressivo affermarsi dei diritti della persona, sebbene riguardi, in una certa misura anche il minorenne (che deve, ad esempio, essere ascoltato in tutti i procedimenti che lo riguardano, in virtù della normativa introdotta a sua tutela: art. 336-*bis* c.c.), non può allora mai sfociare in una contrapposizione tra quest'ultimo e la propria famiglia, al contrario di quanto avviene per i maggiorenni (capaci).

Da questa impostazione trae ispirazione il diritto del minore a crescere nella propria famiglia, da considerare gerarchicamente sovraordinato rispetto ai diritti di libertà che fanno capo agli altri familiari. Questi ultimi sono tenuti a garantire al minore l'amore necessario per il suo sviluppo armonioso.

Precisamente, al minore deve essere riservata una posizione di privilegio nei confronti del contesto familiare, che escluda che possa derivargli un qualche pregiudizio dall'autonomia che l'ordinamento assicura alle persone con cui convive.

II. L'EVOLUZIONE NORMATIVA.

Il legislatore italiano, dal 2001 in poi, ha inteso consolidare le basi del diritto del minore a crescere nella propria famiglia.

In tal senso si è diretta la riforma della disciplina dell'affidamento familiare e dell'adozione del minorenne, realizzatasi con la l. 28 marzo 2001, n. 149, che ha novellato la l. 4 maggio 1983, n. 184. Con questo radicale intervento normativo, si è riconosciuta la centralità della persona del minore: è stata attribuita una decisa priorità alla tutela del suo interesse superiore rispetto agli altri interessi coinvolti nelle fattispecie contemplate dalla legge[6].

È poi intervenuta la modifica delle regole di affidamento del minore in caso di crisi della coppia dei genitori, con l. 8 febbraio 2006, n. 54, che ha voluto salvaguardare il rapporto tra minore e famiglia d'origine, prescrivendo la assoluta

6 Cfr., sul punto, Cass., 22 novembre 2013, n. 26204: "In tema di adozione, l'art. 1 l. 4 maggio 1983 n. 184 (nel testo sostituito dalla l. 28 marzo 2001 n. 149), attribuisce carattere prioritario all'esigenza del minore di crescere nella famiglia di origine; ne consegue che la condizione soggettiva ed oggettiva del genitore e la sua idoneità non deve essere valutata alla stregua di un giudizio comparativo con la famiglia collocataria, che rappresenta una situazione temporanea e prevedibilmente non problematica, ma esclusivamente su di un giudizio prognostico, di natura definitiva, relativo alla possibilità per il genitore di prestare al minore «assistenza materiale e morale», con riferimento alle sue condizioni personali, di salute, economiche e culturali (nell'enunciare il principio, la suprema corte ha cassato la sentenza di merito, che aveva espresso un giudizio di inidoneità del genitore tenendo conto delle migliori condizioni di vita della famiglia collocataria e sulla base di una valutazione prognostica, non positiva, fondata su modello familiare «allargato» culturalmente «non occidentale», privilegiato dalla famiglia di origine)".

priorità, in caso di separazione dei genitori, dell'affidamento condiviso del figlio, con necessario mantenimento di significativi rapporti tra quest'ultimo e i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Successivamente, a coronamento di questo percorso, è intervenuta la riforma della filiazione, con l. 10 dicembre 2012, n. 219, che ha unificato lo stato di figlio garantendo la tutela dei diritti fondamentali del minore, tra cui quello di crescere nella propria famiglia[7]. Vi ha dato seguito, per una compiuta attuazione dei principi ivi enunciati, il d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

In relazione al tema di questo contributo, viene in evidenza, in particolare, l'introduzione dell'art. 315-*bis* c.c.[8].

La norma (che segue l'enunciazione del principio generale per il quale tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico: art. 315 c.c.) prevede che il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni. Il secondo comma precisa che il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti.

III. LA LEGGE SUL DIRITTO DEL MINORE ALLA FAMIGLIA.

Ai fini della presente analisi, occorre soffermarsi sulla l. 4 maggio 1983, n. 184, come novellata dalla l. 28 marzo 2001, n. 149.

Già sotto il profilo terminologico, appare rilevante il diverso titolo assegnato alla legge: originariamente esso si riferiva alla "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori"; in seguito alle modifiche apportate nel 2001, è stato sostituito con "Diritto del minore ad una famiglia".

La modifica, chiaro riflesso dell'avvenuta evoluzione concettuale, è indice della peculiare intenzione di dar maggior tutela al minore in relazione ai procedimenti che potenzialmente sono in grado di provocarne l'allontanamento dalla sua famiglia.

Viene stabilita una specifica prevalenza dell'interesse del minore alla tutela dei propri diritti fondamentali – tra cui rientra, innanzitutto, il diritto alla famiglia d'origine – sull'interesse di una qualsivoglia coppia a riceverlo in adozione[9]. Solo se

7 Cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 415, 423 ss.

8 Sui quali, cfr. Ballarani, G., Sirena, P.: "Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore (art. 315 bis c.c., inserito dall'art. 1, comma 8°, l. n. 219/12)", in C.M. Bianca (a cura di): *L. 10 dicembre 2012, n. 219. Commentario sistematico*, *Nuove leggi civili commentate*, 2013, pp. 534 ss.

9 Sul tema, cfr. Campanato, C.: "Il principio di sussidiarietà nell'affidamento e nell'adozione, con particolare riguardo all'adozione internazionale", in F. Ruscello (a cura di): *Diritto alla famiglia* e *minori senza famiglia*,

la famiglia d'origine – nonostante l'espletamento di tutte le pratiche di supporto previste dalla legge nella sua nuova formulazione – non si prende cura del minore (con ciò attestando il fallimento dei servizi locali tenuti a dar supporto alla famiglia al fine di evitare l'allontanamento del figlio), si può aprire la strada verso il collocamento in un diverso contesto di tipo familiare considerato idoneo ad accoglierlo.

Il primo articolo della legge sul diritto del minore alla famiglia contempla, in un ordine che si può ritenere gerarchico, i principi che devono ispirare l'interprete in materia.

L'esordio della norma rappresenta il "biglietto da visita" dell'intera legge, nella sua novellata espressione. Vi si rinviene, infatti, la proclamazione del più importante degli interessi da tutelare[10]: il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia.

Il diritto in discorso è un diritto fondamentale[11] del minore, in quanto – come osservato da autorevole dottrina[12] – la famiglia è senza dubbio un bene essenziale per la sua vita affettiva e per la sua armoniosa formazione.

A garanzia dell'effettività di tale precetto, il secondo comma dispone che le condizioni di indigenza dei genitori o del genitore esercente la responsabilità genitoriale non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla

Cedam, Padova, 2005, p. 23: "Non esiste, dunque, un diritto ad avere un bambino ad ogni costo attraverso l'adozione … mentre esiste il diritto dei bambini di essere allevati dai propri genitori".

10 Cfr. Cass., 29 marzo 2011, n. 7115: "L'art. 1 l. 4 maggio 1983 n. 184 (nel testo novellato dalla l. 28 marzo 2001 n. 149) attribuisce al diritto del minore di crescere nell'ambito della propria famiglia d'origine un carattere prioritario – considerandola l'ambiente più idoneo al suo armonico sviluppo psicofisico – e mira a garantire tale diritto attraverso la predisposizione di interventi diretti a rimuovere situazioni di difficoltà e di disagio familiare; ne consegue che, per un verso, compito del servizio sociale non è solo quello di rilevare le insufficienze in atto del nucleo familiare, ma, soprattutto, di concorrere, con interventi di sostegno, a rimuoverle, ove possibile, e che, per altro verso, ricorre la «situazione di abbandono» sia in caso di rifiuto ostinato a collaborare con i servizi predetti, sia qualora, a prescindere dagli intendimenti dei genitori, la vita da loro offerta al figlio sia inadeguata al suo normale sviluppo psico-fisico, cosicché la rescissione del legame familiare è l'unico strumento che possa evitargli un più grave pregiudizio ed assicurargli assistenza e stabilità affettiva (nella specie, la suprema corte ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto sussistere lo stato di abbandono nella persistenza di atteggiamenti violenti e aggressivi del padre e di un comportamento a lui succube della madre, incapace di rendersi autonoma dal coniuge nell'interesse dei figli, nonché nell'evidente miglioramento dei minori a seguito dell'inserimento in comunità educativa e dell'interruzione dei rapporti con i genitori)". Nello stesso senso, cfr. anche Cass., 17 febbraio 2021, n. 4220; Cass., 19 giugno 2019, n. 16499; Cass., 27 settembre 2017, n. 22589; Cass., 26 marzo 2015, n. 6137; Cass., 26 gennaio 2011, n. 1837; Cass., 28 giugno 2006, n. 15011; Cass., 12 maggio 2006, n. 11019; Cass., 14 aprile 2006, n. 8877; Cass., 10 agosto 2006, n. 18113; Cass., 28 giugno 2006, n. 15011; Cass., 12 aprile 2006, n. 8527; Cass., 14 maggio 2005, n. 10126; Cass., 1 febbraio 2005, n. 1996; Cass., 9 luglio 2004, n. 12662; Cass., 28 marzo 2002, n. 4503; Cass., 15 marzo 2002, n. 3792; Cass., 7 febbraio 2002, n. 1674.
In dottrina, sulla sussidiarietà dell'adozione, cfr., tra gli altri, Lenti, L.: "L'adozione", in L. Lenti, M. Mantovani (a cura di): *Il nuovo diritto della filiazione*, in P. Zatti (diretto da): *Trattato di diritto di famiglia*, *Le riforme 2021-2018*, II, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 383 s.

11 Cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, *La famiglia*, 6ª ed., Giuffrè, Milano, 2017, pp. 423 s.

12 Bianca, C.M.: *La famiglia*, cit., p. 337.

propria famiglia. La disposizione prosegue sancendo che a favore della famiglia in difficoltà sono disposti interventi di sostegno e di aiuto.

In particolare, assume primario rilievo il supporto di tipo economico-finanziario, considerato che, in gran percentuale, le famiglie che non riescono a provvedere ai bisogni dei figli minori sono quelle prive di mezzi materiali adeguati.

Ne deriva che, se la famiglia versa in situazione di indigenza ma assicura al minore tutto l'affetto, cioè l'assistenza morale di cui questi ha bisogno, deve esserle offerto un adeguato supporto economico che le consenta di provvedere alle esigenze materiali del figlio.

In altri termini, a una carenza sul piano materiale, quale la mancanza non colpevole dei mezzi di sussistenza per il mantenimento del minore, deve far riscontro un rimedio che intervenga sullo stesso piano (assegno assistenziale, offerta di un'abitazione, offerta di lavoro, ecc.) e non certo su quello personale. Deve cioè escludersi che si possa avviare, in tal caso, il procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità[13]. Simmetricamente, è invece possibile intervenire sul piano personale (del rapporto tra il minore e la sua famiglia) quando la carenza incida sullo stesso, rivelando una mancanza dell'affetto di cui il minore ha bisogno.

L'art. 1, 3° co., della legge sul diritto del minore alla famiglia delinea la strategia di attuazione del predetto supporto. Prescrive che lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, devono sostenere, con idonei interventi, nel rispetto della loro autonomia e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, i nuclei familiari a rischio, al fine di prevenire l'abbandono e di consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia[14].

Le misure di sostegno potenzialmente attuabili sono di vario tipo. Principalmente, come accennato, deve farsi riferimento a quelle che arginano in modo diretto le carenze economiche: corresponsione di assegni periodici alle famiglie bisognose;

13 Cfr., per tutte, Cass., 23 aprile 1990, n. 3369: "Nella disciplina dell'adozione dettata dalla l. 4 maggio 1983 n. 184 può farsi luogo a dichiarazione di adottabilità concorrendo gli altri presupposti richiesti, solo ove sia accertato che a causa dell'omessa assistenza materiale o morale del minore, non dovuta a forza maggiore di carattere transitorio, si sia verificata un'irreversibile e grave compromissione della sua crescita; pertanto, né un'educazione non ottimale ovvero una impostazione comunque criticabile del rapporto genitoriale per carenze culturali o caratteriali o intellettive dei genitori, né una semplice povertà del tenore di vita, né tanto meno il confronto con le migliori condizioni di vita che il minore potrebbe trovare in un'eventuale famiglia adottiva e neppure l'eventuale opposizione dei genitori ad un affidamento temporaneo ai sensi dell'art. 2 della citata legge sono sufficienti ai fini della dichiarazione di adottabilità".
In dottrina v., specificamente sul punto, Bianca, C.M.: "Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia", *Familia*, 2016, pp. 3 ss.

14 Sul tema, cfr. Sesta, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, 2ª ed., Cedam, Padova 2007, p. 293: "Il legislatore del 2001, dopo oltre trent'anni di esperienza di adozione legittimante, sembra fare un passo indietro e rendersi conto che l'adozione rappresenta sì una soluzione per il fanciullo abbandonato, ma anche, in molti casi, una sconfitta per la società che non è stata in grado di conservargli l'ambiente familiare in cui era nato, causandogli comunque un trauma psichico non rimarginabile".

concessione di abitazioni dell'edilizia pubblica[15]; interventi rivolti alle imprese (o alle pubbliche amministrazioni) e finalizzati a incentivare l'assunzione di persone che hanno figli minori a cui provvedere[16].

La norma individua, comunque, specifici strumenti di intervento di diverso tipo[17]. Si prevede che gli enti in questione devono: *a)* promuovere iniziative di formazione dell'opinione pubblica sull'affidamento e l'adozione, e di sostegno all'attività delle comunità di tipo familiare; *b)* organizzare corsi di preparazione e aggiornamento professionale degli operatori sociali, nonché incontri di formazione e preparazione per le famiglie e le persone che intendono avere in affidamento o in adozione minori. I medesimi enti possono stipulare convenzioni con enti o associazioni senza fini di lucro che operano nel campo della tutela dei minori e delle famiglie per la realizzazione delle attività indicate.

La mancata previsione, da parte del legislatore, di dettagliate procedure per l'attuazione delle citate misure ha condotto a qualificare la norma come

15 Cfr., tra le altre, Cass., 21 novembre 2009, n. 24589, riguardante un caso in cui l'intervento è consistito nell'offerta di ricovero alla madre e ai figli presso una comunità, con l'esclusione del padre. La Suprema Corte di cassazione, nella specie, ha confermato la statuizione sullo stato di adottabilità, motivata, principalmente, sul rifiuto che risultava manifestato dai genitori nei confronti degli interventi sociali. È stato osservato come, in concreto, le misure di sostegno che sono state offerte alle famiglie bisognose, al fine di garantire il diritto dei figli minori a crescere al loro interno, si sono limitate generalmente all'offerta di ricovero presso comunità assistenziali: cfr. Bianca, C.M.: *La famiglia*, cit., p. 424.

16 Per fare un esempio di attuazione della norma, si può rilevare come la Regione Lombardia abbia inteso provvedervi con la l. reg. 14 dicembre 2004, n. 34, che menziona espressamente (art. 4, lett. c), tra i compiti degli enti locali, la concreta erogazione di misure di sostegno economico per favorire la permanenza del minore nella propria famiglia.

17 Gli interventi necessari non sempre sono di carattere economico, in quanto spesso si deve far fronte a difficoltà di tipo psicologico: cfr. Moretti, M.: "Il concetto di abbandono e l'irrecuperabilità della famiglia di origine", in Dossetti, M., Moretti, M., Moretti, C.: *La riforma della filiazione - Aspetti personali, successori e processuali*, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 131. Sul tema, appare utile riportare le osservazioni di Finessi, A.: "Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e *best interests of the child*", *Nuove leggi civili commentate*, 2020, p. 1357: "L'accertamento giudiziale della inidoneità dei genitori ad occuparsi del figlio … non comporta l'immediato e definitivo allontanamento del minore dalla famiglia d'origine, ma si traduce nell'ulteriore obbligo in capo allo Stato di adottare altre misure che, in relazione alle circostanze concrete, risultino più adeguate a tutelare l'interesse del minore ad una crescita psicofisica serena. E poiché tale interesse si specifica innanzitutto … nel diritto del minore di crescere nell'ambito della propria famiglia, una legittima ingerenza statale dovrebbe essere orientata in questa direzione, configurandosi in primo luogo come necessari gli interventi funzionali al reinserimento del figlio nell'ambiente familiare d'origine, in ossequio al principio di proporzionalità enunciato dall'art. 8 Cedu: la nozione di necessità implica infatti una ingerenza commisurata allo scopo perseguito, ed impone una gradualizzazione dei possibili strumenti previsti dall'ordinamento; peraltro la creazione di una sorta di struttura gerarchica tra i rimedi invocabili consente di salvaguardare il diritto (reciproco) del genitore di stare con il proprio figlio, quale elemento fondamentale della vita familiare, ovviamente nei limiti in cui il mantenimento di tale relazione non sia lesivo del *best interest of the child*. Cfr. anche Mantovani, M.: "Sub Art. 1", in G. Di Rosa (a cura di): *Della famiglia. Leggi complementari*, in E. Gabrielli (diretto da): *Commentario del codice civile*, 2ª ed., Utet, Milano, 2018, pp. 533 ss.

meramente programmatica[18], sebbene non siano mancate affermazioni a sostegno della immediata precettività[19].

Preme rilevare, in proposito, che, già solo per coerenza con la rinnovata *ratio* (in seguito alla novella del 2001) della legge sul diritto del minore alla famiglia, non può che attribuirsi al terzo comma dell'art. 1 una immediata portata applicativa. Il complessivo impianto normativo rende evidente, infatti, la necessità di dar piena effettività ai prescritti interventi di sostegno a favore di ogni famiglia che necessiti di un supporto per il sano e armonioso sviluppo dei figli minori nati e cresciuti al suo interno.

Argomentando *a contrario*, si può poi notare che la legge assegna all'affidamento e all'adozione un carattere del tutto residuale, di *extrema ratio*[20]. L'art. 1, al suo quarto comma, afferma, difatti, che quando la famiglia non è in grado di provvedere

18 Cfr. Morozzo della Rocca, P.: "Della dichiarazione di adottabilità", in L. Balestra (a cura di): *Della famiglia*, in E. Gabrielli (diretto da): *Commentario del codice civile*, Utet, Torino, 2010, p. 10; Sciancalepore, G.: "Il diritto del minore alla propria famiglia", in G. Autorino, P. Stanzione (a cura di): *Le adozioni nella nuova disciplina*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 45.

19 In giurisprudenza, cfr. Cass., 8 settembre 2008, n. 22640, secondo la quale appare "innegabile che, nella volontà della legge, la dichiarazione dello stato di adottabilità debba essere preceduta dalla previa e rigorosa verifica delle eventuali possibilità di recupero della famiglia biologica di provenienza". Cfr. anche Cass., 14 maggio 2005, n. 10126: "In tema di adozione, l'art. 1, l. 4 maggio 1983 n. 184 (nel testo sostituito dalla l. 28 marzo 2001 n. 149), sancisce il diritto del minore di crescere e di essere educato nell'ambito della propria famiglia naturale, e mira a rendere effettivo questo diritto attraverso la predisposizione di interventi solidaristici di sostegno in caso di difficoltà della famiglia di origine, onde rimuovere le cause, di ordine economico o sociale, che possano precludere, in essa, una crescita serena del bambino; in questo contesto – di valorizzazione e di recupero, finché possibile, del legame di sangue, ed anche dei vincoli, come quelli con i nonni, che affondano le loro radici nella tradizione familiare, la quale trova il suo riconoscimento nella costituzione (art. 29) – si rende necessario un particolare rigore, da parte del giudice del merito, nella valutazione della situazione di abbandono del minore quale presupposto per la dichiarazione dello stato di adottabilità, ad essa potendosi ricorrere solo in presenza di una situazione di carenza di cure materiali e morali, da parte dei genitori e degli stretti congiunti (ed a prescindere dalla imputabilità a costoro di detta situazione), tale da pregiudicare, in modo grave e non transeunte, lo sviluppo e l'equilibrio psico-fisico del minore stesso, e sempre che detta situazione sia accertata in concreto sulla base di riscontri obiettivi, non potendo la verifica dello stato di abbandono del minore essere rimessa ad una valutazione astratta, compiuta ex ante, alla stregua di un giudizio prognostico fondato su indizi privi di valenza assoluta; da tanto consegue che – ove la madre del bambino sia impedita, a causa del suo stato di detenzione, destinato a protrarsi per un periodo di lunga durata, a prendersi cura del proprio figlio (non riconosciuto dal padre), ma si mostri sensibile alle esigenze affettive di questo, tanto da determinarsi a chiederne l'affidamento alla propria madre, già affidataria di altro figlio della donna, onde evitare di recidere definitivamente ogni legame con lui – la dichiarazione dello stato di abbandono del minore non può discendere dal mero apprezzamento negativo della personalità della nonna materna, in ipotesi anche di età avanzata, con la quale il bambino abbia convissuto instaurando significativi rapporti, ove non risultino elementi concreti realmente in grado di incidere negativamente sul processo di evoluzione, fisica ed intellettuale, del bambino, impedendone una crescita serena ed un accudimento adeguato". Sul punto, cfr. Gorgoni, A.: "Adozione nazionale", *Nuove leggi civili comm*entate, 2002, pp. 935 ss.
In dottrina, sull'immediata applicabilità della norma, cfr. Auletta, T.: *Il diritto di famiglia*, 7ª ed., Giappichelli, Torino, 2006, p. 291; Campanato, G.: "Il principio", cit., p. 21, secondo la quale lo stato, le regioni e gli enti locali sono "tenuti a prevenire le situazioni di abbandono e a consentire la realizzazione del principio in base al quale il bambino deve essere educato dai propri genitori … Solo quando la famiglia rifiuta di colmare le proprie lacune con gli interventi proposti dai servizi sociali si profila la necessità di ricorrere al giudice minorile per consentire con l'adozione di provvedimenti di tutela adeguati di porre rimedio alle limitate risorse genitoriali che pongono il minore in situazione di pregiudizio".

20 Al riguardo, tra i tanti, cfr., Dogliotti, M.: "Adozione dei minori: presupposti oggettivi e soggettivi", in F. Ruscello (a cura di): *Diritto alla famiglia*, cit., p. 69.

alla crescita e all'eduzione del minore, si applicano gli istituti di cui alla legge in esame[21].

Va segnalato, per altro, che la portata applicativa del principio qui riferito è stata confermata, a più riprese, in dottrina[22] e in giurisprudenza[23].

Tutto ciò implica che, prima di giungere all'allontanamento del figlio dalla propria famiglia, si devono percorrere fattivamente tutte le strade previste dalla legge per evitare questo drastico epilogo: devono dunque attuarsi, tangibilmente, le misure di sostegno alla famiglia dirette a garantire il mantenimento del minore all'interno del contesto in cui ha trovato (e trova) amore, sin dalla sua nascita.

Anche quando si giunge alla soluzione estrema, quella dell'allontanamento dalla famiglia, si devono applicare specifiche regole che consentono comunque la tutela dell'identità personale del minore, intesa quale appartenenza a uno specifico nucleo familiare d'origine. In tal senso depone l'art. 6, 7° co., l. dir. min. fam., per il quale costituisce criterio preferenziale ai fini dell'adozione l'avere già adottato un fratello dell'adottando o il fare richiesta di adottare più fratelli[24].

21 Quando la famiglia non dà al minore l'affetto di cui ha bisogno deve essere inserito in un contesto familiare che sopperisca a tale *deficit* assistenziale. Sul diritto del figlio all'amore, cfr. Bianca, C.M.: *La famiglia*, cit., p. 335; Bianca, M.: "Il diritto del minore all'amore dei nonni", *Rivista di diritto civile*, 2006, pp. 155 ss.

22 Cfr. Finocchiaro, A., Finocchiaro, M.: *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 15; Rossi Carleo, L.: "La nuova legge sul diritto del minore alla propria famiglia: i traguardi mancati", *Familia*, 2001, p. 538. Bianca, C.M.: *La famiglia*, cit., pp. 420 s., precisa che, qualora il minore sia abbandonato dalla propria famiglia, ha interesse "a recuperare quell'assistenza affettiva che solo il rapporto familiare può dargli integralmente, e che tanto incide sulla sua personalità". È questa la sola ragione che può giustificarne l'adozione.

23 Cfr., ad esempio, Cass., 1 febbraio 2000, n. 1095: "Nel sistema della l. n. 184 del 1983, in armonia con il dettato costituzionale (art. 30), l'istituto adottivo si configura come extrema ratio, attribuendosi preminente rilievo al diritto del minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia di origine; in tale prospettiva, la mancanza di assistenza morale e materiale del minore, e la indisponibilità ad ovviarvi, quali condizioni per la dichiarazione dello stato di adottabilità, vanno valutate anche con riguardo ai parenti entro il quarto grado (nella specie, zii) che non abbiano avuto rapporti significativi con il minore, a nulla rilevando che l'art. 12, ultimo comma, citata l. n. 184 del 1983 limita la partecipazione al procedimento di cui si tratta a coloro, tra detti parenti, che abbiano mantenuto tali rapporti; ciò avuto riguardo al carattere meramente processuale della menzionata disposizione, dalla quale non può trarsi un principio di diritto sostanziale che imponga di dichiarare lo stato di adottabilità pur quando sia dimostrata la seria disponibilità apprestare assistenza materiale e morale al minore da parte di parenti entro il quarto grado che con il medesimo non abbiano avuto per il passato significative relazioni materiali ed affettive; ne consegue che tale disponibilità va presa in considerazione anche in sede di opposizione al decreto, o di appello, ed anche con riferimento a fatti sopravvenuti all'originario provvedimento". Cfr. anche Cass., 31 marzo 2010, n. 7961; Cass., 30 dicembre 2003, n. 19862; Cass., 7 maggio 1998, n. 4643; Cass., 29 marzo 1991, n. 3405. Significativa, in materia, la massima di Cass., 23 luglio 2003, n. 11426: "Per la sussistenza dello stato di abbandono del minore - in omaggio al diritto primario dello stesso di crescere ed essere educato nella propria famiglia (articolo 1 della legge n. 184 del 1983) - non basta la mera inadeguatezza dei genitori (o di parenti entro il quarto grado aventi rapporti significativi con il minore) a garantire al minore una sia pur minima possibilità di equilibrato e sano sviluppo psicofisico, ma occorre la sussistenza di carenze materiali, psicologiche e affettive inemendabili, non dipendenti da cause transitorie, e di tale rilevanza da integrare una situazione di rischio grave e irreversibile, suscettibile d'impedire detto sviluppo; situazione indicante la rescissione del legame familiare come unico mezzo adatto a evitare maggiori pregiudizi al minorenne".

24 In seguito alla riforma che ha unificato lo stato di figlio, sono giuridicamente fratelli anche i figli di genitori non uniti in matrimonio tra loro (la riforma ha eliminato l'illogica discriminazione tra le diverse tipologie di parenti di sangue, da sempre confutata dalla dottrina più attenta alla tutela dei diritti della persona umana. Cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile, La famiglia. Le successioni*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 2005, p. 20: "In

Un cenno alle norme sovranazionali in materia conferma l'impostazione qui seguita.

L'art. 7 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176, prevede che il fanciullo ha diritto a essere allevato dai propri genitori. L'art. 9 dispone che gli Stati devono vigilare affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà[25]. Depongono per la piena attuazione del diritto del minore a crescere nella propria famiglia, inoltre, gli orientamenti giurisprudenziali – che saranno analizzati nella parte conclusiva del presente lavoro – in tema di applicazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

IV. IL RUOLO DELLA RIFORMA DELLA FILIAZIONE.

Una tappa fondamentale, nel percorso di tutela del rapporto tra il minore e la propria famiglia d'origine, è stata raggiunta grazie alla Riforma della filiazione.

Con tale Riforma si sono gettate le basi del concreto procedimento finalizzato alla attuazione delle misure di sostegno a favore delle famiglie che rischiano, specialmente per cause materiali, di non poter adeguatamente provvedere al mantenimento e all'educazione dei figli minori.

Precisamente, è stato introdotto, nella legge sul diritto del minore alla famiglia, l'art. 79-*bis*, che dà facoltà agli interessati di manifestare – nell'ambito del giudizio di verifica della situazione, eventualmente di abbandono, del minore – la richiesta di interventi di sostegno che possano consentire al figlio di crescere ed essere educato nel proprio nucleo familiare d'origine: il giudice deve segnalare al comune le situazioni di indigenza dei richiedenti, affinché vi si ponga rimedio, con gli strumenti sopra delineati[26].

Si può notare, al riguardo, come alle norme che prevedono l'intervento delle suddette misure sostegno debba essere assegnata una preminenza gerarchica, rispetto a quelle che contemplano, nell'ambito della stessa normativa speciale, ulteriori misure assistenziali indirizzate ad altri scopi.

quanto la parentela ha riguardo al fatto della discendenza, essa sussiste a prescindere dalla circostanza che i discendenti siano stati generati in costanza di matrimonio, e cioè da genitori coniugati".

25 Cfr. Orlandi, M.: "L'adeguamento della normativa interna alla Convenzione sui diritti del fanciullo ed il meccanismo dell'ordine di esecuzione", in A. Beghè Loreti (a cura di): *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, Cedam, Padova, 1995, pp. 67 ss.

26 Cfr. Renna, M.: "Forme dell'abbandono, adozione e tutela del minore", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, p. 1365: "il legislatore del 2013, con l'introduzione dell'art. 79-bis l. ad., ha voluto conferire centralità al rapporto tra i figli e la famiglia naturale, svincolando lo stato d'abbandono dal rilievo della mera debolezza finanziaria o dell'inadeguatezza patrimoniale".

Così, quella dell'art. 80, 4° co., l. dir. min. fam.- che prevede che le regioni determinano le condizioni e modalità di sostegno alle famiglie, persone e comunità di tipo familiare che hanno minori in affidamento, affinché tale affidamento si possa fondare sulla disponibilità e l'idoneità all'accoglienza, indipendentemente dalle condizioni economiche[27] – deve essere considerata norma subordinata rispetto a quelle che prevedono aiuti diretti alle famiglie d'origine al fine di scongiurare l'adottabilità dei minori.

Il nostro ordinamento, infatti, ha posto al vertice della gerarchia assiologica l'interesse del minore a crescere ed essere educato nella propria famiglia. Di conseguenza, gli interventi a tutela di questo interesse assumono valore primario: non può allora essere assegnata maggiore effettività alle norme che prevedono aiuti economici agli affidatari (simili considerazioni valgono non solo con riferimento al citato art. 80 ma anche in relazione all'art. 6, 8° co., l. dir. min. fam.).

Gli strumenti di carattere assistenziale devono così essere offerti innanzitutto al fine di evitare l'allontanamento del minore dalla propria famiglia dovuto a difficoltà di carattere materiale. Solamente in via subordinata, se non può effettivamente realizzarsi, nonostante il supporto offerto dagli enti su indicati, l'obiettivo di mantenere il minore nella famiglia d'origine, gli interventi di sostegno possono essere indirizzati a garantire il sereno attuarsi dell'eventuale suo affidamento.

D'altro canto, sul piano della convenienza economica, è sicuramente preferibile una gestione degli interventi di sostegno che rispecchi la scala di valori indicata dal legislatore e qui ribadita.

Anche ragionando in astratto, può rilevarsi come a un intervento di sostegno a favore di una famiglia affidataria non possa mai attribuirsi un minor costo rispetto a quello da sostenere per consentire alla famiglia di origine di mantenere il minore presso di sé. Assumendo la sostanziale equivalenza economica tra i due tipi di interventi, nessuna ragione potrebbe dunque giustificare una preferenza, da parte dell'ente locale che eroga le misure assistenziali, per l'applicazione, in relazione a una vicenda concreta che riguardi un minore, di uno strumento di sostegno a favore di una famiglia affidataria che faccia seguito all'omissione di un aiuto materiale alla famiglia d'origine.

Se si rivolge poi l'attenzione ai finanziamenti a favore delle comunità di tipo familiare in relazione all'accoglienza di un minore, ad essi deve attribuirsi un peso

27 Sul tema, cfr. Cass., Sez. Un., 23 novembre 2000, n. 1201: In tema di affidamento temporaneo di minori ai sensi dell'art. 4 l. 4 maggio 1983 n. 184, la l. reg. Sard. 25 gennaio 1988 n. 4 prevede, senza margine di apprezzamento, l'obbligo del comune di provvedere alla assistenza economica degli affidatari i quali, pertanto, vantano, nei confronti del comune, una situazione di diritto soggettivo, tutelabile innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.

economico incisivamente maggiore rispetto a quello degli interventi in grado di evitare il distacco del minore dal nucleo familiare d'origine.

In entrambi i casi qui sopra prospettati, dunque, sarebbe assolutamente ingiustificato (nel primo caso e nel secondo caso, in virtù delle scelte legislative volte alla tutela prioritaria del rapporto del minore con la propria famiglia; nel secondo caso, anche per l'enorme svantaggio economico a carico dell'ente deputato all'assistenza) disporre materialmente la misura di sostegno a favore di un soggetto affidatario piuttosto che a favore della famiglia d'origine del minore.

A queste ragioni, si aggiungono quelle di economia processuale. L'intervento diretto alla famiglia d'origine è in grado di evitare, infatti, l'attivazione, o la prosecuzione, dell'*iter* giudiziale previsto dalla legge per il caso in cui venga segnalata una situazione di abbandono di un minore.

Queste conclusioni si pongono in linea con il fondamento costituzionale del diritto del minore alla propria famiglia. La legge di riforma della filiazione del 2012 e il successivo decreto attuativo si collocano in contiguità con quanto stabilito dall'art. 30 Cost., per il quale è dovere e diritto dei genitori quello di mantenere, istruire ed educare i figli. La norma dispone che, nei casi di incapacità dei genitori, è la legge che deve provvedere a che siano assolti i loro compiti.

È stato già sopra precisato come la Riforma della filiazione abbia provveduto a dare effettività al procedimento per l'applicazione degli interventi di supporto ai nuclei familiari con figli minori che possano rischiare l'adottabilità.

Si noti, in proposito, che, oltre all'inserimento dell'art. 79-*bis*, si è avuta la modifica dell'art. 8 l. dir. min. fam., che dispone che sono dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni coloro di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio. In seguito alla Riforma, il terzo comma dell'articolo prevede che non sussiste causa di forza maggiore quando i soggetti indicati rifiutano le misure di sostegno offerte dai servizi sociali locali, anche all'esito della segnalazione di cui all'art. 79-*bis*[28].

Il giudice dà quindi avvio, istituzionalmente, al procedimento amministrativo che comporta, per l'ente locale, l'obbligo di fornire un riscontro alla famiglia, dopo che i membri di questa abbiano formalizzato la richiesta di un aiuto materiale concreto al fine di garantire ai figli minori la permanenza nel loro contesto familiare d'origine.

28 Cfr. Piccinni, M.: "Sub Art. 8", in G. Di Rosa (a cura di): *Della famiglia*, cit., p. 609.

Con l'art. 79-*bis* si è instaurato un collegamento tra i tribunali e i comuni[29], i quali sono tenuti a predisporre apposite modalità di risposta effettiva alla richiesta di interventi di sostegno[30]. Il minore, rappresentato in giudizio dal proprio difensore, e i familiari interessati hanno diritto a ricevere una risposta da parte del comune: si tratta di una posizione pretensiva nei confronti dell'ente locale[31].

Il procedimento che prende le mosse dalla segnalazione effettuata dal giudice nei confronti del comune si contrappone diametralmente a quello che consegue alla segnalazione di una situazione di abbandono di un minore (art. 9 l. dir. min. fam.)[32]. Il primo è da considerare assiologicamente preminente (in ragione della gerarchia di valori stabilita dal legislatore)[33] ed economicamente più conveniente.

Appare degna di menzione – si auspica che possa consolidarsi una prassi in tal senso, considerata la *ratio* della norma – l'avvenuta applicazione dell'art. 79-*bis* in ambito diverso da quello a cui si rivolge la legge sul diritto del minore alla famiglia. In particolare, la disposizione è stata applicata, al fine di sollecitare adeguati interventi di sostegno, come espressione dei poteri di vigilanza del giudice tutelare sulle condizioni riguardanti l'affidamento di un minore al genitore[34].

Aperture di tal genere dovrebbero ispirare, progressivamente, l'attribuzione alla norma in discorso di una portata generale, che istituzionalizzi la comunicazione tra uffici giudiziari e uffici comunali in modo da garantire, attraverso misure di supporto alle famiglie, la tutela del diritto fondamentale del minore al proprio contesto familiare d'origine.

V. LA CEDU.

In conclusione, è opportuno segnalare il rilievo che, in questa materia, ha progressivamente assunto, negli ultimi anni, la Convenzione europea per la

29 Cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, *La famiglia*, 6ª ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 424.

30 Cfr. Bianca, C.M.: *La famiglia*, cit., p. 424: "La disposizione è destinata ad avere un impatto importante perché essa varrà ad instaurare un canale di collegamento fra i tribunali e gli enti locali, attraverso il quale la segnalazione dei tribunali darà presumibilmente luogo all'apertura di un'istruttoria presso l'ente locale, intesa ad esaminare il caso segnalato e ad accertare se quella famiglia abbia diritto all'intervento di sostegno. Se l'ente locale non è in grado d'intervenire, la segnalazione varrà quanto meno a verificare questa impossibilità e a mettere in evidenza che una famiglia non ha ricevuto l'aiuto dovutole".

31 Secondo Bianca, C.M.: "Adozione nazionale (legge 28 marzo 2001, n. 149). Commentario", in *Nuove leggi civili comm*entate, 2002, p. 912, sorge una responsabilità dell'Amministrazione per i danni cagionati a causa dell'omissione di intervento.

32 Il pubblico ufficiale è investito di una responsabilità al riguardo. Cfr. Sergio, G.: "La giustizia minorile. Funzioni, competenze, struttura, prospettive di riforma", in L. Lenti (a cura di): *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, in P. Zatti (diretto da): *Trattato di diritto di famiglia*, VI, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 3 ss.; Finocchiaro, M.: "Il rispetto della personalità del minore è un obbligo", *Guida al diritto*, 2014, 6, p. 41.

33 Cfr. Luminoso, A.: "Diritto di famiglia: incertezze, criticità e lacune", in Id. (a cura di): *Diritto e crisi*, Giuffré, Milano, 2016, p. 61, il quale considera "barbarica" ogni soluzione che possa portare alla dichiarazione dello stato di adottabilità nel caso in cui l'unica "colpa" addebitabile alla famiglia, amorevole e perfettamente in grado di educare e istruire i figli, sia la situazione di povertà in cui versa.

34 Cfr. Trib. Trapani, uff. G. T., 19 febbraio 2021, ined.

salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950.

Si fa riferimento all'art. 8 Cedu, che prevede che ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare e che non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine ed alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

La Corte di Strasburgo ha inteso dare stringente applicazione alla norma citata, escludendo che si possa recidere il rapporto di filiazione in mancanza di un rigoroso accertamento dei presupposti indicati. In particolare, la Corte ha ribadito che la dichiarazione di adottabilità dei minori è una sicura ingerenza nell'esercizio del diritto al rispetto della vita familiare. Si è precisato che, secondo il menzionato art. 8, essa è possibile solo se è prevista dalla legge, persegue uno scopo legittimo e risulta necessaria in una società democratica. Tale ultima condizione si verifica se l'ingerenza è fondata su un "bisogno sociale imperioso" e se è "proporzionata". La norma, d'altronde, va considerata anche in senso positivo, come base per il sorgere di obblighi diretti a salvaguardare l'effettivo rispetto della vita privata e familiare: lo Stato deve quindi attivarsi per consentire lo sviluppo del legame tra il minore e la famiglia[35].

Secondo la Corte Europea dei diritti dell'uomo, quindi, l'interruzione del rapporto tra il minore e la famiglia d'origine è la soluzione estrema, da adottare in via assolutamente residuale quando i genitori sono particolarmente indegni[36], oppure quando sia necessaria per rispondere alla primaria esigenza di tutela del superiore interesse del minore[37]. In ogni caso, la misura adottata è da considerare adeguata a seconda della rapidità con cui lo Stato si attiva: il passar del tempo può infatti comportare conseguenze irrimediabili sui rapporti tra il minore e la famiglia da cui venga eventualmente separato[38]. È noto, a tal proposito, che ogni ritardo relativo ai provvedimenti da adottare porta con sé il rischio che la controversia

35 Cfr Corte Edu, 13 ottobre 2015, S.H. c. Italia; Corte Edu, 16 luglio 2015, Akinnibosun c. Italia; Corte Edu, 21 gennaio 2014, Zhou c. Italia; Corte Edu, 3 novembre 2011, S.H. c. Austria; Corte Edu, 2 novembre 2010, Piazzi c. Italia; Corte Edu, 21 ottobre 2008, Clemeno c. Italia; Corte Edu, 10 gennaio 2008, Kearns c. Francia; Corte Edu, 13 luglio 2000, Scozzari e Giunta c. Italia.

36 Cfr Corte Edu, 13 ottobre 2015, S.H. c. Italia; Corte Edu, 21 ottobre 2008, Clemeno c. Italia.

37 Cfr Corte Edu, 13 ottobre 2015, S.H. c. Italia; Corte Edu, 10 aprile 2012, Pontes c. Portogallo; Corte Edu, 16 luglio 2015, Akinnibosun c. Italia.

38 Cfr. Corte Edu, 13 ottobre 2015, S.H. c. Italia; Corte Edu, 16 luglio 2015, Akinnibosun c. Italia; Corte Edu, 21 gennaio 2014, Zhou c. Italia; Corte Edu, 6 dicembre 2007, Maumousseau e Washington c. Francia.

si risolva in un "fatto compiuto", in violazione dell'obbligo di rispetto della vita familiare[39].

Nel nostro ordinamento, la giurisprudenza di legittimità[40] ha dato seguito alle statuizioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui valorizzazione è stata posta in stretta relazione sia con i principi affermati dalla Consulta con riferimento al diritto del minore a crescere nella propria famiglia[41] sia con le applicazioni, da parte della Corte di Giustizia, dell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea[42].

Ne risulta un quadro complessivo che lascia finalmente prospettare una sempre maggior effettività della tutela del primario diritto del minore a restare all'interno del proprio nucleo familiare d'origine[43].

39 Cfr. Corte Edu, 24 febbraio 2009, Errico c. Italia.

40 Cass., ord., 22 agosto 2018, n. 20954: "È illegittima – in coerenza con la giurisprudenza costante della Corte europea dei diritti dell'uomo – la dichiarazione di adottabilità di una bambina quando gli elementi addotti a sostegno sono inidonei a darne adeguata giustificazione, perché vaghi e generici, tali da poter essere riscontrati, in tutto o in parte, in molte coppie genitoriali, senza per questo integrare lo stato di abbandono; ciò tanto più quando sono unicamente frutto di accertamenti dei servizi sociali risalenti nel tempo, quindi non più attuali al momento della decisione; e a maggior ragione se non risulta alcun sostegno alla famiglia da parte dei servizi".
In dottrina, cfr. Cottatellucci, C.: "La vita familiare e la Cedu", in Id. (a cura di): *Diritto di famiglia e minorile: istituti e questioni aperte*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 174 ss.; Lenti, L.: "L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, pp. 148 ss.

41 Cfr Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 28; Corte cost., 26 giugno 1997, n. 203; Corte cost., 27 luglio 2000, n. 376; Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31.

42 Si precisa che "occorre attribuire all'art. 7 della Carta lo stesso significato e la stessa portata attribuiti all'art. 8, n. 1, della CEDU": cfr. Corte giustizia, 15 novembre 2011, C-256/11.

43 Il Professore Cesare Massimo Bianca, Presidente della Commissione che ha elaborato la Riforma della filiazione, durante le sue lezioni universitarie di Diritto di famiglia insisteva spesso su quanto fosse importante l'introduzione di disposizioni di salvaguardia dei soggetti più indifesi, affermando che riuscire a salvaguardare anche un solo minore deve considerarsi comunque un successo per ogni nuova norma.

BIBLIOGRAFIA

Auletta, T.: *Il diritto di famiglia*, 7ª ed., Giappichelli, Torino, 2006.

Autorino, G., Stanzione, P. (a cura di): *Le adozioni nella nuova disciplina*, Giuffrè, Milano, 2001.

Balestra L. (a cura di): *Della famiglia*, in E. Gabrielli (diretto da): *Commentario del codice civile*, Utet, Torino, 2010.

Ballarani, G., Sirena, P.: "Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore (art. 315 bis c.c., inserito dall'art. 1, comma 8°, l. n. 219/12)", in C.M. Bianca (a cura di): *L. 10 dicembre 2012, n. 219. Commentario sistematico*, *Nuove leggi civili commentate*, 2013, p. 534 ss.

Beghè Loreti, A. (a cura di): *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, Cedam, Padova, 1995.

Bianca, C.M., Rossi Carleo, L.: "Adozione nazionale (legge 28 marzo 2001, n. 149). Commentario", in *Nuove leggi civili comm*entate, 2002.

Bianca, C.M.: *Diritto civile, La famiglia. Le successioni*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 2005.

Bianca C.M. (a cura di): *L. 10 dicembre 2012, n. 219. Commentario sistematico*, *Nuove leggi civili commentate*, 2013.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2014.

Bianca, C.M.: "Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia", *Familia*, 2016, pp. 3 ss.

Bianca, C.M: *Diritto civile*, *La famiglia*, 6ª ed., Giuffrè, Milano, 2017.

Bianca, M.: "Il diritto del minore all'amore dei nonni", *Rivista di diritto civile*, 2006, pp. 155 ss.

Campanato, C.: "Il principio di sussidiarietà nell'affidamento e nell'adozione, con particolare riguardo all'adozione internazionale", in F. Ruscello (a cura di): *Diritto alla famiglia* e *minori senza famiglia*, Cedam, Padova, 2005.

Cicu, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Athenaeum, Roma, 1914.

Di Rosa G. (a cura di): *Della famiglia. Leggi complementari*, in E. Gabrielli (diretto da): *Commentario del codice civile*, 2ª ed., Utet, Milano, 2018.

Dogliotti, M.: "Adozione dei minori: presupposti oggettivi e soggettivi", in Ruscello, F. (a cura di): *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, Cedam, Padova, 2005.

Dossetti, M., Moretti, M., Moretti, C.: *La riforma della filiazione - Aspetti personali, successori e processuali*, Zanichelli, Bologna, 2013.

Finessi, A.: "Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e *best interests of the child*", *Nuove leggi civili commentate*, 2020, pp.1343 ss.

Finocchiaro, A., Finocchiaro, M.: *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, Giuffrè, Milano, 1983.

Finocchiaro, M.: "Il rispetto della personalità del minore è un obbligo", *Guida al diritto*, 2014, 6. Pp. 41 ss.

Gorgoni, M.: "Adozione nazionale", *Nuove leggi civili comm*entate, 2002, p. 935 ss.

L. Lenti (a cura di): *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, in P. Zatti (diretto da): *Trattato di diritto di famiglia*, VI, Giuffrè, Milano, 2002.

Lenti, L.: "L'adozione", in L. Lenti, M. Mantovani (a cura di): *Il nuovo diritto della filiazione*, in P. Zatti (diretto da): *Trattato di diritto di famiglia*, *Le riforme 2021-2018*, II, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 381 ss.

Lenti, L., Mantovani, M. (a cura di): *Il nuovo diritto della filiazione*, in P. Zatti (diretto da): *Trattato di diritto di famiglia*, *Le riforme 2021-2018*, II, Giuffrè, Milano, 2019.

Luminoso, A.: *Diritto e crisi*, Giuffré, Milano, 2016.

Luminoso, A.: "Diritto di famiglia: incertezze, criticità e lacune", in Id. (a cura di): *Diritto e crisi*, Giuffré, Milano, 2016, pp. 61 ss.

Mantovani, M.: "Sub Art. 1", in G. Di Rosa (a cura di): *Della famiglia. Leggi complementari*, in E. Gabrielli (diretto da): *Commentario del codice civile*, 2ª ed., Utet, Milano, 2018, pp. 525 ss.

Moretti, M.: "Il concetto di abbandono e l'irrecuperabilità della famiglia di origine", in Dossetti, M., Moretti, M., Moretti, C.: *La riforma della filiazione - Aspetti personali, successori e processuali*, Zanichelli, Bologna, 2013, pp. 131 ss.

Morozzo della Rocca, P.: "Della dichiarazione di adottabilità", in L. Balestra (a cura di): *Della famiglia*, in E. Gabrielli (diretto da): *Commentario del codice civile*, Utet, Torino, 2010, pp. 10 ss.

Orlandi, M.: "L'adeguamento della normativa interna alla Convenzione sui diritti del fanciullo ed il meccanismo dell'ordine di esecuzione", in A. Beghè Loreti (a cura di): *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, Cedam, Padova, 1995, pp. 67 ss.

Perlingieri, P.: "Sulla famiglia come formazione sociale", *Diritto e giurisprudenza*, 1979, pp. 777 ss.

Piccinni, M.: "Sub Art. 8", in Di Rosa G. (a cura di): *Della famiglia. Leggi complementari*, in E. Gabrielli (diretto da): *Commentario del codice civile*, 2ª ed., Utet, Milano, 2018, pp. 597 ss.

Renna, M.: "Forme dell'abbandono, adozione e tutela del minore", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, pp. 1361 ss.

Rescigno, P.: *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Il Mulino, Bologna, 1966.

Rossi Carleo, L.: "La nuova legge sul diritto del minore alla propria famiglia: i traguardi mancati", *Familia*, 2001, pp. 533 ss.

Ruscello, F. (a cura di): *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, Cedam, Padova, 2005.

Sciancalepore, G.: "Il diritto del minore alla propria famiglia", in G. Autorino, P. Stanzione (a cura di): *Le adozioni nella nuova disciplina*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 1 ss.

Sergio, G.: "La giustizia minorile. Funzioni, competenze, struttura, prospettive di riforma", in L. Lenti (a cura di): *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, in P. Zatti (diretto da): *Trattato di diritto di famiglia*, VI, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 3 ss..

Sesta, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, 2ª ed., Cedam, Padova 2007.

Sesta, M.: "La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 567 ss.

Zatti, P.: "Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia", in P. Zatti (diretto da): *Trattato di diritto di famiglia*, 1, Giuffrè, Milano, 2011, p. 3 ss.

LA POSIZIONE DEL MINORE NEI PROCEDIMENTI DI SEPARAZIONE

THE POSITION OF THE CHILD IN SEPARATION PROCEEDINGS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1378-1399

Adriana NERI

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: L'indagine del presente saggio è quella di verificare se ,e in che misura , l'ordinamento processuale offre strumenti adeguati per dare attuazione al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale del fanciullo, coinvolto nel processo della crisi familiare,in particolare nel giudizio di separazione , e quale sia la sua corretta collocazione all'interno di tale processo.

PALABRAS CLAVE: Minore; tutela; separazione.

ABSTRACT: *The investigation of this essay is to verify whether, and to what extent, the procedural system offers adequate tools to implement the principle of the effectiveness of the judicial protection of the child, involved in the process of the family crisis, in particular in the judgment of separation, and what is its correct place within this process.*

KEY WORDS: *Child; protection; separation.*

SUMARIO.- I.TUTELA GIURISDIZIONALE DEL MINORE E GIUSTO PROCESSO.- II. LA POSIZIONE DEL MINORE NEI GIUDIZI DI SEPARAZIONE: PROFILI PROBLEMATICI.- 1. Il variegato panorama dei procedimenti in cui sono coinvolti i diritti del minore.- III. IL RUOLO DEL MINORE NEI PROCESSI CONCERNENTI LA CRISI DEL RAPPORTO CONIUGALE.- 1. Strumenti di tutela.- IV. IL MINORE QUALE PARTE PROCESSUALE DEL GIUDIZIO DI SEPARAZIONE.- V. LA NOMINA D'UFFICIO DEL CURATORE SPECIALE IN CASO DI CONFLITTO DI INTERESSI.- VI. LA RAPPRESENTANZA TECNICA DEL MINORE.- VII. LA LEGITTIMAZIONE DEL MINORE A PROMUOVERE IL PROCEDIMENTO PER LA REVISIONE DELLE CONDIZIONI DI SEPARAZIONE

I. TUTELA GIURISDIZIONALE DEL MINORE E GIUSTO PROCESSO.

Il principio del "superiore interesse del minore"[1], declinato in ambito processuale, indirizza l'indagine sulle forme e le modalità attraverso le quali è possibile assicurare al minore una tutela giurisdizionale effettiva nel rispetto dei parametri del giusto processo che, adattati alla peculiare situazione del fanciullo, appaiono funzionali a garantire a quest'ultimo l'adozione di provvedimenti giurisdizionali idonei a preservarne gli interessi e le legittime aspirazioni.

Vi è pur da osservare, in via preliminare, come il concetto di giustizia minorile, inteso in senso lato, quale apparato di strumenti giurisdizionali attraverso i quali si attua la tutela del minore, si caratterizza tuttora per un ampio margine di indeterminatezza, dovuto essenzialmente all'impossibilità di individuare un modello processuale tipico applicabile in tutti i casi in cui venga in rilievo la posizione del minore[2].

1 La clausola in questione è ormai da tempo invalsa nel lessico del diritto di famiglia, a seguito della sua prima enunciazione formale nell'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989, il quale testualmente si riferisce al «best interest of the child», senza tuttavia chiarirne il significato. Tale formula, peraltro, è stata variamente tradotta, ora come interesse "preminente" o "prevalente" ora come interesse "superiore" del minore, restando comunque indubbia la sua valenza semantica, nel senso che l'interesse del minore – in ogni procedimento in cui venga in rilievo – esige tutela e protezione prioritaria e prevalente rispetto ad altri valori pur aventi pari dignità costituzionale. In verità una prima definizione di tale concetto in linea con le traduzioni appena descritte si ritrova nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959 che, al principio 2, sancisce che «the best interest of the child shall be the paramount consideration».

2 L'eterogeneità dei modelli processuali attraverso i quali nel nostro ordinamento si attua la tutela del minore a vari livelli è tale, infatti, da aver indotto sovente gli interpreti a parlare di un "contenitore ampio" nel quale far confluire tutti i procedimenti destinati ad incidere su diritti personali e patrimoniali del minore: così Danovi,F."Orientamenti (e disorientamenti) per un giusto processo minorile", *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1470, il quale osserva correttamente come si riscontri un gradazione crescente sul piano della idoneità del procedimento di incidere sulla sfera del minore, passandosi da forme embrionali, ove la funzione giurisdizionale si concreta in una mera attività di controllo o autorizzativa (come accade nel caso di rilascio del passaporto necessario per l'espatrio) a forme di tutela ben più incisive, rinvenibili nei procedimenti de potestate o nei procedimenti concernenti lo status filiationis.
Analoga difficoltà nel delineare con esattezza il perimetro della giustizia minorile si riscontra peraltro sul piano delle fonti sovranazionali, le quali per lo più fanno riferimento in via assai generale alle decisioni o ai procedimenti che riguardano il minore (V. per tutti, art. 3 § 1 Convenzione di New York del 1989 e art. 1

• Adriana Neri
Avvocato. E-mail: adriana.neri@virgilio.it

E' altrettanto vero, però, che – quale che sia la specificità del procedimento considerato – il preminente interesse del minore nei procedimenti che lo riguardano funge non solo da regola di giudizio[3] che informa i poteri del giudice nel corso della dinamica processuale, ma anche da misura specifica per calibrare la giustizia della decisione finale.

Si tratta di un interesse che dal punto di vista contenutistico è stato qualificato – a partire dalla interpretazione offerta dalla Corte Costituzionale nella nota pronuncia n. 341/1990 – come interesse "a conservare e raggiungere appropriati equilibri affettivi, all'educazione e ad una idonea collocazione sociale", un interesse, dunque, che ha una connotazione preminentemente esistenziale e che necessita di protezione e attuazione in tutti i procedimenti destinati ad incidere sulla sfera personale del minore[4], specie in quelli che riguardano la crisi familiare, come il procedimento di separazione personale dei coniugi (sia esso consensuale o giudiziale)[5].

Continuare a parlare di interesse del minore può apparire peraltro riduttivo in un momento storico in cui il vecchio modello di famiglia patriarcale, costruito sulla *patria potestas*, è stato integralmente soppiantato da nuovi paradigmi che vedono le relazioni familiari incentrate sulla tutela dei diritti dei singoli membri che la compongono e *in primis* del minore.

Il minore è divenuto, infatti, progressivamente, grazie e soprattutto agli interventi attuati nell'ordinamento giuridico internazionale, titolare di posizioni giuridiche soggettive autonome[6] emancipandosi definitivamente da quella

della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996). Sembra il caso di osservare come la frammentarietà dei procedimenti che hanno ad oggetto la tutela dei diritti dei minori permane pur dopo le modifiche più recenti apportate dalla legge n. 219/2012, che ha unificato le competenze concernenti la filiazione (sia nata nel matrimonio che fuori da esso) in capo al tribunale ordinario, lasciando poche residue competenze in capo al tribunale per i minorenni. In argomento se vuoi v. Neri, A.: "Aspetti processuali dei recenti interventi legislativi in tema di filiazione", *Riv. dir. proc.* 2014, p. 1095 ss.

3 In questo senso testualmente Tommaseo, F.: "Osservazioni sulle forme della partecipazione del minore al processo civile", *www.udai.it*

4 Per una connotazione pubblica di tale interesse, attesa la centralità attribuita sul piano giurisdizionale alla posizione del fanciullo, sia nel diritto interno che sovranazionale, v. Tommaseo ,F.: "Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile", *Fam. e dir.*, 2007, p. 410.

5 Benché i procedimenti generati dalla crisi tra coppie non unite da vincolo matrimoniale restino estranei alla disciplina di tale procedimento (nella duplice forma della separazione giudiziale *ex* art. 706 ss., e consensuale *ex* art. 711, commi 1° e 2° c.p.c.), per essi valgano comunque le medesime considerazioni svolte nel testo, atteso che la questione della posizione dei minori si pone in modo assolutamente identico anche un tali procedimenti, volti a dichiarare la cessazione della convivenza tra le coppie di fatto.

6 Si v. per tutti la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo sopra richiamata, considerata tradizionalmente come il manifesto universale dei diritti del minore. Tra i diritti del fanciullo in essa enunciati, si ricordano, a mero titolo esemplificativo, il diritto a conoscere i propri genitori e ad essere allevati da essi, per quanto possibile (art. 7); il diritto a non essere separato da essi, a meno che la separazione non sia giustificata dal suo preminente interesse (art. 9), nonché il diritto a preservare le proprie relazioni familiari (art. 8). In argomento v. per tutti, Ruffini, G.: "Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore", *Dir. fam pers.*, 2006, p. 1258, nonché Carratta, A.:"Per i diritti processuali del fanciullo a vent'anni dalla Convenzione di New York del 1989" ,*www.Treccani.it.*

tradizionale posizione che lo raffigurava come soggetto incapace, esclusivamente bisognoso di cura e di protezione[7].

In questa direzione, al tradizionale approccio paternalistico nell'affrontare le questioni che riguardano il minore, se ne è sostituito uno più maturo ed evoluto, volto a promuovere la tutela dei diritti di cui egli è titolare, con la conseguenza che la sua posizione, in tutti i contesti che ne implicano un coinvolgimento (diretto o indiretto), deve essere necessariamente riguardata alla luce di tale raggiunta consapevolezza.

In tale mutato contesto, l'interesse del minore va pertanto correttamente ricondotto alla sfera dei diritti soggettivi che riguardano il fanciullo e che rendono la sua posizione analoga – dal punto di vista della tutela esigibile – a quella delle parti adulte, protagoniste del processo.

II. LA POSIZIONE DEL MINORE NEI GIUDIZI DI SEPARAZIONE : PROFILI PROBLEMATICI.

Impostato in questi termini il tema dell'indagine si tratta dunque di verificare se – e in che misura – l'ordinamento processuale offra strumenti adeguati per dare attuazione al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale del fanciullo che sia coinvolto nel processo della crisi familiare – e in particolare nel giudizio di separazione – e alla verifica di quale sia la sua corretta collocazione all'interno di tale processo.

L'esame che ci accingiamo a compiere, peraltro, presuppone inevitabilmente che si sia sciolto il dubbio circa la possibilità che al minore sia riconosciuta la qualità di parte nel procedimento considerato, in quanto idoneo ad incidere su uno o più dei suoi fondamentali diritti.

Per comprendere appieno il significato di questa affermazione, che rinvia alle categorie generali del processo civile, sembra utile premettere che la capacità di essere parte[8] spetta a chiunque goda di capacità giuridica (art. 1 c.c.) e possa quindi essere titolare di diritti soggettivi. In questo senso, parte del processo in senso sostanziale è colui nella cui sfera giuridica debbono prodursi gli effetti del provvedimento giurisdizionale. La capacità processuale – tecnicamente la capacità

7 Dosi ,G.: "Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni" ,*Dir. fam. pers.*, 1995, p. 1607 ss.; Poliseno ,B.: *Profili di tutela del minore nel processo civile,* Napoli 2017, p. 3 ss. In giurisprudenza v. Cass. 21 ottobre 2009, n. 22238, nella quale si afferma limpidamente che il minore non è più oggetto di tutela ma soggetto e titolare di diritti autonomi e perfetti.

8 Gli studi sul concetto di parte nel processo sono molteplici, sicché sarebbe quasi impossibile darne conto in questa sede in modo completo. Sia consentito rinviare, per tutti, a Satta, S.: "Il concetto di parte", *Riv. dir. civ.*, p.1957, p. 68 ss.; Proto Pisani , A.:"Voce Parte nel processo, (dir. proc.civ.) ,"*Enc. dir.*, XXXXI, Milano 1981, p. 917 ss.; Mandrioli ,C.:*La rappresentanza nel processo civile*, Milano 1959, p. 144.

di stare in giudizio o di essere autore degli atti processuali, nonché destinatario degli effetti che da tali atti derivano[9] – spetta invece soltanto a chi abbia la capacità di agire (art. 2 c.c.) e dunque possa divenire parte in senso formale del processo[10]. Pur verificandosi, nella generalità dei casi, la coincidenza in capo al medesimo soggetto della qualità di parte in senso sostanziale e processuale, può ben verificarsi una scissione tra le due qualifiche, come accade appunto nel caso del minore.

Al minore di età, infatti, proprio perché privo della capacità agire, è negata *ex lege* la qualifica di parte in senso processuale (o formale), non potendo egli essere soggetto degli atti del processo, in quanto incapace di stare in giudizio se non legalmente rappresentato da un altro soggetto al quale la legge attribuisce la c.d. "rappresentanza legale". Essa, di norma, spetta ai genitori che esercitano la responsabilità genitoriale o al tutore[11], a meno che non si tratti di minore emancipato o di azioni che derivino dal contratto di lavoro, in tutti i casi in cui il minore sia considerato, in base alla legislazione speciale, capace di prestare il proprio lavoro (art. 2 c.c.), o infine di azioni che derivino dall'opera dell'ingegno, secondo quanto disposto dalla legge sul diritto di autore (art. 108, l. 22 aprile 1941, n. 633)

Al rappresentante legale (genitore o tutore) spetta di regola la rappresentanza del minore, sia sul piano sostanziale che processuale, salva l'ipotesi in cui manchi tale figura e vi siano ragioni di urgenza o, infine, ricorra l'ipotesi di conflitto d'interessi, nel qual caso la legge prevede la nomina di un curatore speciale *ex* art. 78 c.p.c.

La circostanza che il minore non abbia la capacità di stare in giudizio se non per mezzo dei suoi rappresentanti non implica, peraltro, che a tale soggetto non possa essere riconosciuta la qualifica di parte (necessaria) nei procedimenti destinati ad incidere su uno dei suoi fondamentali diritti, con la conseguenza che, in tale ipotesi, egli dovrebbe partecipare al processo, sin dalla sua introduzione.

Ora, mentre non desta particolari perplessità all'interprete il riconoscimento in capo al minore della qualità di parte del processo in senso sostanziale, in tutti quei procedimenti che abbiano ad oggetto uno dei diritti che afferiscono alla sua sfera patrimoniale o esistenziale sulla quale è destinato a ripercuotersi il provvedimento giurisdizionale, assai più problematica si configura la possibilità di riconoscere al minore la qualità di necessario contraddittore in tutti gli anzidetti procedimenti, sia

9 V. in tal senso Luiso ,P.: *Diritto processuale*, I, *I principi generali*, Milano, 2009, p. 194

10 L'art. 75 c.p.c. qualifica come incapaci di stare in giudizio coloro che non hanno il libero esercizio dei diritti che si fanno valere: il minore, in quanto legalmente incapace di agire non ha il libero esercizio dei diritti di cui è titolare.

11 La rappresentanza legale c.d. "naturale" spetta, ai sensi dell'art. 320 c.c., ai genitori congiuntamente o a quello di essi che esercita in via esclusiva la responsabilità genitoriale. Solo in via subordinata, in assenza delle figure appena menzionate, la legge attribuisce la rappresentanza legale ad un tutore o, nel caso in cui questi sia in conflitto di interessi con il minore, al protutore (art. 360 c.c.).

pure attraverso l'interposizione soggettiva dei suoi rappresentanti legali (genitori, tutore o eventualmente curatore).

La soluzione positiva della questione, infatti, non costituisce la necessaria conseguenza del riconoscimento in capo al minore della qualità di parte in senso sostanziale, posto che è ben possibile, sulla base dei principi generali che governano il processo, che un determinato soggetto possa essere destinatario degli effetti del provvedimento giurisdizionale finale senza per questo divenire parte del relativo procedimento[12].

1. Il variegato panorama dei procedimenti in cui sono coinvolti i diritti del minore.

La complessità del problema che si affronta deriva, invero, dalla circostanza che il legislatore non ha adottato soluzioni omogenee per tutte le ipotesi in cui nel processo siano implicati i diritti del minore. E così, mentre non vi è dubbio che nei procedimenti che riguardano i suoi diritti soggettivi patrimoniali, il minore, quale titolare del diritto controverso, partecipa al giudizio in qualità di parte, mediante l'interposizione soggettiva dei suoi rappresentanti legali[13], la soluzione non è così pacifica per quei procedimenti che attengono alla sua sfera esistenziale, come quelli concernenti la crisi della famiglia, ed in particolare il giudizio di separazione, oggetto della presente indagine.

Su questo versante, infatti, è dato osservare come, solo con riferimento a pochi procedimenti, il legislatore ha espressamente riconosciuto al minore la qualità di parte necessaria. Si tratta, in particolare, dei procedimenti c.d. "*de potestate*", finalizzati all'adozione di provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale (artt. 330 ss. c.c.), di quelli concernenti lo status filiationis e infine di quelli di adozione (disciplinati dalla l. n. 184/1983, come modificata dalla l. n. 149/2001), tutti procedimenti, questi, destinati ad incidere, con una gradualità progressivamente crescente, sulla sfera esistenziale del minore[14].

12 Si pensi all'ipotesi di legittimazione straordinaria di cui all'art. 111 c.p.c. in cui la legge eccezionalmente prevede che il titolare del diritto sostanziale controverso sia soggetto agli effetti (diretti) della sentenza pur senza aver preso parte al processo e quindi senza mai divenire parte in senso processuale. In argomento v.Proto Pisani, A.: *Voce Parte* , cit.,p. 162

13 In tal senso rimane esclusa, pur nella ipotesi considerata, la possibilità che al minore possa essere attribuita la qualifica di parte processuale in quanto soggetto degli atti processuali, i quali sono necessariamente posti in essere dai suoi rappresentanti legali.

14 Non essendo certo possibile soffermarsi in maniera diffusa nella trattazione dei menzionati procedimenti che esulano dall'oggetto specifico della presente indagine, basterà semplicemente osservare, per quanto qui di interesse, che per i procedimenti de potestate l'art. 336 comma 4° cc. (introdotto dall'art. 37, l. 149/2001) prevede che il minore sia assistito da un difensore al pari dei suoi genitori. La Corte Costituzionale, peraltro, con la sentenza interpretativa di rigetto 3 gennaio 2002, n.1, *Foro it.*, 2002, I, c. p.3302, con nota di Proto Pisani, A.:"Battute di arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile", ha chiarito come dal citato art. 336, comma 4° c.c. si evince l'attribuzione al minore della qualità di parte necessaria del processo, accanto ai suoi genitori, sottolineando conseguentemente la esigenza che il contraddittorio sia garantito anche nei confronti di quest'ultimo, previa eventuale nomina di un curatore speciale. In senso analogo si sono espresse anche Corte Cost. 12 giugno 2009, n. 179, *Fam. e dir.*, 2009, p. 869, con nota di

Giova osservare, ai fini di quanto si dirà più avanti con riferimento al procedimento di separazione, che in ciascuno dei procedimenti sopra menzionati la partecipazione del minore in qualità di parte postula l'esistenza di un conflitto immanente tra interesse del figlio e interessi dei genitori, anche solo potenziale[15].

III. IL RUOLO DEL MINORE NEI PROCESSI CONCERNENTI LA CRISI DEL RAPPORTO CONIUGALE.

Il discorso condotto sin qui merita un ulteriore approfondimento per quanto concerne i procedimenti che hanno ad oggetto, in via principale, la crisi del rapporto coniugale – tra i quali il procedimento di separazione personale dei coniugi – per i quali generalmente si esclude che il figlio minore possa acquisire la qualità di litisconsorte necessario, sul presupposto che per tali giudizi vige il principio dell'esclusività della legittimazione attiva dei coniugi (art. 155 c.c.)[16]. Tale conclusione, oltre che indirettamente suggerita dal dato normativo, sembrerebbe discendere

Arceri, A.:" Il minore ed i processi che lo riguardano, una normativa disapplicata"; Corte Cost. 11 marzo 2011, n. 83, *Foro it*., 2011, I, p.1289. La qualità di parte necessaria del minore nel procedimento ablativo della potestà genitoriale è stata dfi recente riconosciuta da Cass. 6 marzo 2018, n. 5256. Il minore è poi qualificato espressamente come litisconsorte necessario nei procedimenti concernenti lo status filiationis: si pensi, a titolo esemplificativo all'art. 247, comma 1° c.c., in tema di disconoscimento della paternità naturale, o all'art. 248 comma 2° c.c., in tema di azione di contestazione dello stato di figlio, o infine all'art. 249 c.c. che regola il procedimento di reclamo dello stato di figlio. Le due disposizioni da ultimo menzionate, per l'ipotesi in cui la azione sia proposta nei confronti di persone divenute incapaci, rinviano a quanto stabilito nel precedente art. 247 c.c. il quale testualmente dispone che: «il presunto padre, la madre e il figlio sono litisconsorti necessari». La stessa Consulta, peraltro, ha riconosciuto al minore la qualifica di parte necessaria nei procedimenti diretti al riconoscimento del figlio naturale (ora figlio nato fuori dal matrimonio secondo la nuova nomenclatura introdotta dalla l. n. 219/2012):Corte cost. 11 marzo 2011, n. 83, *Guida dir*., 2011, p. 28. Infine, di analogo tenore appaiono talune disposizioni contenute nella legge che disciplina i procedimenti sullo stato di adottabilità (si v. in particolare l'art. 8, comma 4° l. n. 184/1983, come modificata dalla l. n. 149/2011, secondo il quale «il procedimento di adottabilità deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore, oltre che dei genitori e degli altri parenti»

15 Per i procedimenti concernenti la dichiarazione dello stato di adottabilità la giurisprudenza ormai da tempo afferma che tale conflitto è in re ipsa, con la conseguenza che il minore deve essere necessariamente rappresentato da un curatore speciale dovendosi, in caso contrario, ritenere l'intero giudizio affetto da nullità assoluta, insanabile e rilevabile d'ufficio, anche in sede di legittimità (Cass. 8 giugno 2016, n. 11782, Cass. 19 maggio 2010, n. 1229, n. 12290, *Pluris*.).
A conclusioni analoghe si perviene anche in relazione all'azione di impugnativa del riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio per difetto di veridicità (art. 263 c.c.) per la quale si ritiene necessaria la nomina di un curatore speciale che rappresenti il minore in luogo di questi ultimi, in quanto in potenziale conflitto con l'interesse del minore.
Un panorama più articolato e non sempre univoco si riscontra invece per i procedimenti de potestate, per i quali, accanto all'orientamento consolidato secondo il quale l'art. 336 ult comma c.c. (che prevede la nomina di un difensore al minore) troverebbe applicazione solo in presenza di un concreto conflitto di interessi tra genitori e minore (Cass. 31 marzo 2014, n. 7478; Cass. 21 aprile 2015, n. 8100; Cass. 14 marzo 2018, n. 6384), si riscontra qualche pronuncia in cui si afferma che la posizione del minore in tali giudizi risulta sempre contrapposta a quella di entrambi i genitori anche nel caso in cui il provvedimento ablativo o limitativo venga richiesto nei confronti di uno solo di essi, in ragione della sostanziale impossibilità di stabilire, ex ante, la coincidenza e l'omogeneità dell'interesse del minore con quello dell'altro genitore, il quale potrebbe, in ipotesi, presentare il ricorso solo per meri interessi personali. Ne discende, pertanto, che il minore, in quanto litisconsorte necessario, deve essere rappresentato in giudizio da un curatore speciale: Cass. 6 marzo 2018, n. 5256.

16 L'art. 155, comma 3° cc. dispone che il diritto di chiedere la separazione giudiziale (o la omologazione di quella consensuale) spetta esclusivamente ai coniugi. In senso analogo si v. anche l'art. 1 l. div. In dottrina, sulla scorta del citato dato normativo, pur negandosi che il figlio possa acquisire la qualità di litisconsorte necessario nei giudizi di separazione o divorzio, si ritiene che a questi debba essere attribuito il potere di intervenire, ai sensi dell'art. 105 c.p.c., e/o di impugnare le statuizioni che incidono sui suoi diritti

dalla diffusa convinzione che tali giudizi, in quanto attinenti principalmente alla stretta vicenda matrimoniale, da un canto non sarebbero destinati ad incidere con effetti pregiudizievoli sulla sfera esistenziale del minore, dall'altro non implicherebbero una situazione di conflitto e*x ante* che richieda la partecipazione del minore come parte processuale autonoma, accanto ai suoi genitori[17]. In questa direzione, la tutela dell'interesse del minore risulterebbe principalmente affidata al comportamento processuale (*id est* alle domande ed eccezioni) dei coniugi/genitori, restando di fatto rimessa al loro senso di responsabilità, oltre che alle eventuali deduzioni del PM – interveniente necessario in tali giudizi – e in ultima analisi agli ampi poteri attribuiti al giudice[18].

Sicuramente vi è da osservare che, a seguito delle recenti riforme in tema di filiazione – e segnatamente della l. n. 219/2012 e del successivo d.lgs. n. 154/2013, di attuazione della delega contenuta nell'art. 2, comma lett. *i*) della citata legge – la posizione del minore all'interno di tutti i procedimenti nei quali sia coinvolto il suo interesse appare sicuramente più rafforzata, nel senso che la sua audizione – ove lo stesso abbia compiuto i dodici anni o sia anche di età inferiore, purché capace di discernimento – viene configurata come un diritto del minore ed un adempimento ineludibile per il giudice, il quale può ometterlo solo se lo ritenga superfluo o contrario all'interesse del minore stesso, offrendo, sul punto, adeguata motivazione[19].

L'evoluzione giurisprudenziale che ha fatto seguito alle richiamate innovazioni legislative, in linea con le inequivoche indicazioni emergenti nel panorama delle fonti internazionali[20], si è mossa in modo deciso nella direzione di valorizzare

patrimoniali o sui suoi rapporti personali con entrambi i genitori: Ruffini,G.: " Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore", *Dir. fam*., 2006, p. 1270.

17 Si v., in particolare, Corte Cost. 14 luglio 1986, n. 185, *Giur.it*., 1988, I, 1, p. 1112, la quale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'art. 5, comma 1, l. div., e dell'art. 708 c.p.c. (in relazione all'art. 155 c.c.) nella parte in cui, rispettivamente, nel giudizio di cessazione degli effetti civili del matrimonio e nel giudizio di separazione personale dei coniugi, non prevedono la nomina di un curatore speciale che rappresenti in giudizio il minore, figlio delle parti, quanto ai provvedimenti sul mantenimento e sull'affidamento, ritenendo che i giudizi in questione non attengono, né si riflettono sullo *status* dei figli.

18 In tal senso, espressamente Corte Cost. 14 luglio 1986, n. 185 cit., Cass. 13 luglio 1992, n. 8475. In dottrina v. Dogliotti ,M. e Figone, A. in M. Dogliotti, (a cura di), *I procedimenti di separazione e divorzio*, Milano 2011, p. 47, Danovi, F.: *Orientamenti e disorientamenti* cit., p. 1478. Sulla necessità di potenziare il ruolo del P.M. in funzione di una maggiore tutela dell'interesse del minore, v. Sergio, G.:"Il ruolo del Pubblico Ministero minorile tra amministrazione e giurisdizione e le funzioni del garante dell'infanzia" , *Fam. e dir*., 2009, p. 67 ss.

19 Così l'art. 336 *bis*, comma 3 c.c., introdotto dal d.lgs. n.154/2013, che in tal modo circoscrive l'ampia e generale previsione contenuta nell'art. 315 *bis* c.c. secondo cui il figlio dodicenne o anche infradodicenne, ove capace di discernimento ha «il diritto di essere ascoltato in tutte le questioni o le procedure che lo riguardano». Giova inoltre ricordare che nel successivo art. 337 *octies* c.c., rubricato «Poteri del giudice e ascolto del minore», il legislatore del 2013 ha ulteriormente specificato che «nei procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori, relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice non procede all'ascolto se in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo».

20 Si veda per tutti l'art. 3 della citata Convenzione di Strasburgo del 1996, rubricato «Diritto di essere informato e di esprimere la propria opinione nei procedimenti» il quale dispone che «al minore che è considerato dal diritto interno avente una capacità di discernimento vengono riconosciuti i seguenti diritti, di cui egli stesso può chiedere di beneficiare : a) ricevere ogni informazione pertinente; b) essere consultato

l'audizione del minore, configurandolo come uno strumento processuale che, pur non potendosi qualificare come un mezzo di prova in senso tecnico[21], consente al giudice di acquisire informazioni significative e rilevanti sui bisogni e le esigenze del minore per una migliore valutazione del suo effettivo interesse, al punto che la sua pretermissione, in assenza di adeguata motivazione in relazione all'esistenza di un contrario interesse o alla sua manifesta superfluità, costituisce violazione dei principio del contraddittorio e del giusto processo, cui consegue la nullità del procedimento[22].

1. Strumenti di tutela.

Vi è tuttavia da domandarsi se lo strumento dell'audizione del minore, unitamente alla presenza del PM nel processo di separazione e ai poteri officiosi di direzione e controllo che indubbiamente spettano al giudice anche in tale giudizio, possano considerarsi sufficienti per consentire al minore una partecipazione al processo in condizioni di parità con le altre parti e quindi garantirgli, in definitiva, una tutela che possa dirsi davvero effettiva.

E' evidente, infatti, che negare al minore la possibilità di partecipare al processo della crisi familiare assumendo il ruolo di parte accanto a quello dei genitori vuol dire di fatto disconoscere che lo stesso sia titolare di posizioni soggettive autonome e diverse da quelle di questi ultimi – malgrado di ciò oggi nessuno invero dubiti – relegandolo ai margini della vicenda processuale come soggetto destinatario di una tutela solo riflessa e indiretta[23].

In questa prospettiva la sola audizione del minore, benché certamente strumento "qualificato" di acquisizione di informazioni rilevanti per il giudice, non può certamente costituire l'unica forma di partecipazione del minore al processo.

ed esprimere la propria opinione; C) essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione».

21 In argomento v. per tutti Querzola ,L.: *L'ascolto del minore*, in. M. A. Lupoi, (a cura di), *Trattato della separazione e del divorzio*, II, p. 278

22 Cosi, tra le più recenti, Cass. 13 febbraio 2019, n. 4246, Cass. 7 marzo 2017, n. 5656, *Fam e dir.*, 2018, p.352, con nota di Nascosi, A.: "Nuove direttive sull'ascolto del minore infradodicenne",Cass. 24 maggio 2018, n. 12957, *Foro it.*, 2018, n. I, c. p.2364, in relazione ad un giudizio di separazione giudiziale. Già nella vigenza dell'art. 155 *sexies* c.c. le sezioni unite avevano affermato il medesimo principio, con la pronuncia 21 ottobre 2009, n. 22238, *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1415, con nota di Danovi, F.: "L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento del giudice", *Fam e dir.*, 2010, p. 364, con nota di Graziosi, A.: "Ebbene si, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo", *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 652, con nota di Iannone, T.: "Le sezioni unite danno voce ai figli contesi fra genitori separati", resa proprio in un procedimento di modifica delle condizioni di separazione tra i genitori.

23 V. in senso critico Danovi ,F.: "Il processo di separazione e divorzio, IV, La crisi della famiglia", in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu, F. Messineo , L.Mengoni , e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2015, p. 148. secondo il quale minore nella prassi risulta «relegato al ruolo di spettatore del processo, lasciando ai genitori il dominio attivo dei temi della controversia e confidando nell'intervento equilibratore del giudice o del p.m., soggetti istituzionali deputati al controllo e alla salvaguardia del suo interesse».

Infatti, da un lato, non sempre l'audizione del minore, pur capace di discernimento, consente una valutazione obiettiva dei suoi interessi; dall'altro è dato osservare come nella prassi l'ascolto del minore si svolge sovente in forma indiretta, ossia non davanti al giudice, bensì ad un consulente specializzato da questi nominato, venendo così a mancare quel contatto diretto con l'organo deputato ad assumere la decisione finale, tenendo in debito conto anche l'interesse del minore[24]. E ciò a prescindere da ogni considerazione sul fatto che l'ascolto è comunque precluso al minore che sia incapace di discernimento o giudicato in concreto tale dal giudice.

Quanto alla presenza del PM nei procedimenti di separazione personale dei coniugi, come in tutti le cause matrimoniali per le quali il suo intervento è obbligatorio a pena di nullità del procedimento (*ex* art. 70, comma 1, n. 2 c.p.c.), il riscontro della prassi rivela, in realtà, come il ruolo di questo organo si risolva nella maggior parte dei casi in una mera presa visione di atti[25], sicché non può certo ritenersi che tale soggetto possa fungere da garante per l'attuazione della tutela globale del minore[26]. La stessa Corte Costituzionale, del resto, ha riconosciuto che gli interessi del minore non sono adeguatamente tutelati dal PM in sede di intervento obbligatorio, per la fondamentale ragione che i poteri attribuiti a quest'organo non si ricollegano a specifici interessi del minore, ma a quello dell'attuazione della legge in generale.[27]

IV. IL MINORE QUALE PARTE PROCESSUALE DEL GIUDIZIO DI SEPARAZIONE.

Sulla scorta dello scenario appena delineato non può ragionevolmente negarsi che la posizione del minore resti ancora assai fragile nel procedimento che riguarda la crisi del rapporto coniugale.

E' evidente, peraltro, che un incremento significativo dello spessore di tutela giurisdizionale assicurabile al minore in tale sede potrebbe ottenersi solo quando

24 Al riguardo la Corte di Cassazione, con la ordinanza 24 maggio 2018 n. 32309 cit., ha chiarito come l'ascolto «è una relazione tendenzialmente diretta che da spazio, all'interno del processo, alla partecipazione attiva del minore mentre la consulenza, se pur si avvale preferibilmente di un ascolto diretto del minore da parte di uno specialista, è un indagine che prende in considerazione una serie di fattori quali, in primo luogo, la personalità, la capacità di accudimento e di educazione dei genitori, la relazione in essere con il figlio», giungendo alla conclusione che il giudice, non soltanto deve motivare le ragioni per cui ritiene di non dover eventualmente disporre l'ascolto del minore, ma deve altresì esplicitar i motivi per i quali ritiene preferibile l'ascolto effettuato nel corso delle indagini peritali a quello diretto che avviene dinanzi a lui.

25 Cfr. Cipriani ,F.:" L'agonia del pubblico ministero nel processo civile", *Foro it*, 1993, V, p..14; Tommaseo ,F.: Il P.m. e la tutela del minore, davanti al tribunale ordinario e per i minorenni", *Fam.e dir.*, 2016, p. 1198.

26 Si ricorda, peraltro, che solo nel procedimento di divorzio è riconosciuto al PM il potere di impugnare la sentenza limitatamente agli interessi patrimoniali dei figli minori e legalmente incapaci (art. 5 l. div.), con esclusione dunque, delle statuizioni attinenti l'affidamento, mentre analoga legittimazione non si rinviene nel procedimento di separazione, né si ritiene possibile applicare estensivamente a tale giudizio la disposizione prevista dalla legge sul divorzio (cfr. Cass. 14 maggio 2002, n. 6965, *Giust. civ. Mass.*, 2002, p.1143).

27 Corte Cost. 15 novembre 2000, n. 528, cit.

allo stesso venga riconosciuta la qualità di parte (processuale) a pieno titolo, alla quale garantire sia la rappresentanza quanto la difesa tecnica.

Si tratta, in fondo, di un risultato che sembra scaturire naturalmente dalla premessa, posta alla base della presente indagine, secondo la quale il minore è soggetto di diritti alla stregua dei suoi genitori. Se infatti si conviene con tale assunto deve coerentemente riconoscersi al minore uno spazio autonomo all'interno di ogni procedimento che, investendo la crisi della famiglia, incida anche sui suoi personali interessi e diritti. In questa prospettiva, al minore non può essere negata la qualifica di parte processuale anche nel procedimento di separazione e la conseguente possibilità di esercitare all'interno di tale giudizio tutti i poteri processuali funzionali alla tutela della sua posizione.

Come si è detto in precedenza, infatti, il giudizio di separazione, pur se tradizionalmente concepito come procedimento che ha ad oggetto in via principale il rapporto tra i genitori – in presenza di prole – coinvolge a pieno titolo anche la posizione del minore, figlio dei coniugi protagonisti del processo, sia sul piano economico/ patrimoniale che personale/esistenziale. E' infatti innegabile che il provvedimento conclusivo di tale giudizio, pur diretto precipuamente a dichiarare la separazione dei coniugi, è destinato anche ad incidere anche su uno dei suoi fondamentali diritti, con la conseguenza che, mentre egli rimane sicuramente estraneo alle domande dei genitori destinate a regolare in via esclusiva i rapporti fra coniugi, deve invece considerarsi parte del processo con riferimento a quelle domande dei genitori, concernenti il suo affidamento e il suo mantenimento, che incidano su tali diritti[28]. In tal senso il dato normativo che sancisce l'esclusività della legittimazione attiva dei coniugi non costituisce un ostacolo insuperabile all'ammissibilità della ipotesi ricostruttiva appena prospettata, essendo evidente che esso si presti ad essere (correttamente) interpretato pure nel senso che nessun soggetto, al di fuori dei coniugi, potrebbe agire in luogo di questi ultimi per domandare la separazione, non anche come necessariamente diretto ad escludere la partecipazione nel processo, in qualità di parte, di qualsiasi altro soggetto diverso dai coniugi.

Una simile interpretazione parrebbe ricevere indiretta conferma dalla constatazione che il giudizio di separazione (come del resto quello di divorzio), accanto alla domanda volta ad ottenere la separazione dei coniugi ha come oggetto (nell'eventualità in cui vi siano figli minori) anche le domande concernenti l'affidamento e il mantenimento dei figli.

28 In questi termini v. Poliseno, B.: *Profili di* ,cit.,p.118 ss., la quale ritiene che il ruolo del minore nei procedimenti di separazione e divorzio sia un ruolo sui generis in quanto egli deve considerarsi parte in senso processuale solo quando la tutela giurisdizionale richiesta sia diretta ad incidere sui suoi diritti soggettivi, non anche quando le domande proposte siano dirette solo a regolare i rapporti fra i coniugi, rispetto alle quali il minore vanta un mero interesse al processo.

A confutare la soluzione secondo la quale il minore deve essere considerato parte del giudizio di separazione, sia pure con le necessarie specificazioni sopra effettuate, non varrebbe obiettare che in tal modo il minore verrebbe indebitamente trascinato nel contenzioso che riguarda i suoi genitori, anche contro la sua volontà, finendo così per istituzionalizzarsi il conflitto in essere tra i coniugi[29].

Per un verso, infatti, occorre realisticamente riconoscere che il minore, a prescindere da ogni cautela adottabile, non resta mai del tutto estraneo alla crisi che travolge la famiglia e della quale il giudizio è la manifestazione più evidente ed immediata, per la semplice constatazione che, ove possibile (e dunque in presenza dei requisiti richiesti dalla legge), egli deve essere ascoltato "in tutti i procedimenti che lo riguardano".

Per altro verso deve osservarsi che la partecipazione del minore in qualità di parte fin dall'inizio del processo non inciderebbe comunque sotto il profilo evidenziato, giacché non renderebbe la posizione del minore più gravosa rispetto a quanto si verificherebbe per effetto di una sua partecipazione esclusivamente finalizzata a consentire la sua audizione, in quanto la sua presenza nel processo, in qualità di parte, avverrebbe pur sempre attraverso i suoi rappresentanti legali.

Essendo, infatti, egli privo della capacità processuale in ragione della sua età, la sua partecipazione al processo, anche se da protagonista, dovrebbe pur sempre avvenire attraverso lo strumento della rappresentanza legale affidata, di norma, ai suoi genitori.

Invero, come si è visto, al di fuori delle ipotesi in cui manchi il rappresentante legale o vi siano ragioni di urgenza, l'art. 78 c.p.c. contempla la nomina di un curatore speciale *ad hoc*, anche in presenza di un conflitto di interessi tra il rappresentante legale e il rappresentato. Tale conflitto – da intendersi in ogni caso nella sua accezione più lata e non dunque limitato alla sola sfera patrimoniale del minore, secondo la tradizionale interpretazione che ricollega l'azionabilità dell'art. 78 c.p.c. alla sussistenza di un conflitto di interessi di carattere esclusivamente patrimoniale[30] – nella prospettazione della giurisprudenza prevalente è ravvisabile tra il minore – incapace di stare in giudizio personalmente – e i suoi genitori – suoi rappresentanti legali (naturali) – ogni qualvolta sia dedotta in giudizio una

29 In questo senso Corte Cost. 14 luglio 1986 n. 185 cit., la quale, proprio sulla scorta di questa valutazione di opportunità, ha negato che possa considerarsi costituzionalmente illegittima l'omessa previsione da parte del legislatore della nomina di un curatore speciale per la rappresentanza in giudizio del figlio minore nei procedimenti contenziosi relativi alla cessazione degli effetti civili del matrimonio ed alla separazione dei coniugi, affermando che il minore non è parte in tali giudizi, pur riconoscendo, non senza contraddizione, la possibilità di nomina di un curatore speciale per le ipotesi di concreto conflitto tra genitori e figlio. E' evidente, infatti, che la nomina di un curatore speciale, sia che avvenga in presenza di un conflitto valutato ex ante, perché ritenuto in re ipsa – come accade con riferimento ai procedimenti de potestate – che di un conflitto che invece si manifesta in concreto nel corso del processo, postula la partecipazione del minore al processo in qualità di parte. In questo senso v. Tommaseo, F.: *Rapprresentanza* e ,cit., p. 414.

30 Sul punto cfr. Tommaseo, F.: *Osservazioni sulle*, cit.

situazione giuridica idonea a determinare la possibilità che il potere rappresentativo sia esercitato dal rappresentante in contrasto con l'interesse del rappresentato, quindi anche se detto conflitto si configuri come solo potenziale. Ne discende che la relativa verifica va condotta ex ante, tenendo conto della oggettiva materia del contendere dedotta in giudizio, anziché in concreto e a posteriori, sulla base degli atteggiamenti assunti dalle parti nel giudizio[31].

Tale approdo, peraltro, merita di essere adeguatamente misurato in relazione al giudizio di separazione ove invece la Suprema Corte, nelle sporadiche pronunce in cui ha avuto modo di occuparsi della questione, ha chiarito come la pendenza di un giudizio di separazione e le eventuali divergenze tra i genitori su ciò che in effetti risulti più conveniente all'interesse del minore, non creerebbero di per sé l'insorgenza di un conflitto di interessi che rende opportuna la nomina di un curatore speciale[32]. E' interessante tuttavia osservare come nello stesso tempo la Corte riconosca che tale conflitto può determinarsi in concreto in relazione a comportamenti processuali delle parti che tendano a impedire al giudice una adeguata valutazione dell'interesse del minore ovvero a frapporsi alla libera prospettazione del punto di vista del minore in sede di ascolto da parte del giudice. Si tratta, in questi casi, di una situazione di conflitto che richiede la nomina di un curatore speciale, la cui individuazione è rimessa alla valutazione del giudice di merito».

Secondo tale prospettazione, sembrerebbe dunque da escludersi che nel giudizio di separazione dei coniugi il conflitto tra genitori e figlio minore possa essere ritenuto immanente e quindi accertato ex ante anche solo nel suo potenziale verificarsi, dovendosi avere riguardo alla singola vicenda processuale e al suo concreto dipanarsi.

Si tratta, tuttavia, di una conclusione che a mio avviso non può trovare accoglimento in via generale ed assoluta, non potendosi invero escludere che talvolta il conflitto tra genitori e figli meriti di essere valutato e considerato anche quando ancora non si è manifestato in concreto.

Deve infatti osservarsi che nel giudizio di separazione (come del resto in ogni giudizio avente ad oggetto la crisi del rapporto coniugale) i coniugi-genitori sono sempre parti necessarie che agiscono a tutela di posizioni soggettive che, quanto meno nelle ipotesi in cui la separazione assuma le forme del giudizio contenzioso,

31 Cfr. Cass. 6 agosto 2001, n. 10822; Cass. 16 settembre 2002, n. 13507; Cass. 30 maggio 2003, n. 8803, nelle quali si afferma conseguentemente che l'omessa nomina del curatore speciale, nei casi anzidetti, determina la nullità del giudizio per vizio di costituzione del rapporto processuale e per violazione del principio del contraddittorio, rilevabile in ogni stato e grado del processo, anche d'ufficio.

32 Cass. 24 maggio 2018 n. 12957.

sono inevitabilmente contrapposte[33]. In tale contesto, in cui normalmente la conflittualità è piuttosto elevata, non appare così peregrino ipotizzare che il conflitto nei confronti del minore debba essere valutato in astratto, specie in quei casi in cui esso rimane latente e strisciante, e quindi non facilmente percepibile al di fuori del contesto familiare, privando i genitori della necessaria imparzialità per valutare con occhi obiettivi l'interesse del figlio rispetto alle vicende che lo riguardano direttamente.

In questi casi, lo strumento "fisiologico" della rappresentanza legale dei genitori si rivela in realtà inadeguato a preservare l'interesse del minore[34], sicchè l'unico modo per garantire allo stesso una tutela giurisdizionale effettiva sembra quello di fare ricorso alla nomina di un rappresentante legale *ad hoc* (*id est* di un curatore speciale) nominato su richiesta del PM (come avviene nella generalità dei casi), del minore stesso o dei prossimi congiunti di questi, compresi gli stessi rappresentanti (naturali) in conflitto di interessi, così come consentito dall'art. 79 c.p.c.

Sulla base di quanto ipotizzato discende che nel giudizio di separazione, al quale partecipi sin dall'inizio il minore in qualità di parte, potrà prefigurarsi una duplice scenario a seconda che sia stata rilevata o meno la sussistenza del conflitto tra questi e i suoi genitori. In quest'ultimo caso, infatti, la posizione del minore, pur presente come posizione soggettiva ontologicamente e concettualmente distinta da quella dei suoi genitori, non sarà apprezzabile esteriormente, data la convergenza, nelle medesime persone fisiche, della posizione del minore e di quella dei genitori, i quali dunque agiranno in giudizio sia *iure proprio* che a tutela del minore. Per contro, la presenza del minore nella anzidetta qualità risulterà manifesta quando, rilevato il conflitto, sia stato nominato un curatore speciale in luogo dei rappresentanti naturali.

V. LA NOMINA D'UFFICIO DEL CURATORE SPECIALE IN CASO DI CONFLITTO DI INTERESSI.

Nulla peraltro è previsto quando, malgrado l'esistenza di tale conflitto, non si proceda alla nomina del curatore, in difetto di una istanza in tal senso da parte dei soggetti legittimati. Poiché, peraltro, come si è detto, l'omessa nomina del curatore costituisce una carenza in grado di determinare la nullità assoluta ed insanabile dell'intero procedimento, ci si è inevitabilmente interrogati sulla possibilità

33 Da questo punto di vista diversa sarebbe la posizione del tutore, eventualmente nominato in mancanza di rappresentanti legali naturali, atteso che tale soggetto rappresenterebbe il minore nel processo, agendo in suo nome e per suo conto, senza con ciò far valere in giudizio alcuna posizione personale. Non a caso, infatti, la giurisprudenza generalmente esclude che il tutore, pur se nominato nel corso del procedimento, possa ritenersi in conflitto potenziale con il minore, essendo invece necessaria, per provare la sussistenza del conflitto, la deduzione di concrete circostanze. Cass. 19 ottobre 2011, n. 21651, *Foro it*., 2012, I, p. 821, Cass. 19 maggio 2010, n. 12290.

34 In tal senso, Poliseno ,B.: *Profili di* , cit., p. 288.

che il giudice proceda alla nomina d'ufficio del curatore, pur in assenza di una normativa specifica sul punto. Pochi, infatti sono i casi in cui lo stesso legislatore ha espressamente previsto tale possibilità, giudicando immanente il conflitto con i suoi genitori[35].

La soluzione positiva di tale questione sembra peraltro aver trovato definitivo accoglimento nella giurisprudenza di merito, ove si riconosce che la disposizione dettata dall'art. 78 c.p.c. non deve considerarsi di eccezionale applicazione, essendo espressione di una regola generale destinata ad operare ogni qualvolta sia necessaria la nomina di un rappresentante all'incapace[36].

Si tratta di una interpretazione senza dubbio condivisibile, sia in quanto costituzionalmente orientata, nel rispetto dei parametri di cui agli artt. 2, 30 e 31 Cost., volti anche a preservare i fondamentali diritti del minore ad essere mantenuto, istruito ed educato, oltre che dei principi del diritto di difesa e del giusto processo (artt. 24 e 111 Cost.), sia perfettamente in linea con le indicazioni emergenti dal diritto convenzionale, ed in particolare dalla Convenzione di Strasburgo del 1996, la quale prevede che, ove sorga conflitto di interessi tra il minore e i detentori della responsabilità genitoriale, questi sono privati del potere di rappresentare il minore il quale, pertanto, ha il diritto di ottenere la nomina di un rappresentante speciale che può anche essere disposta d'ufficio da giudice (artt. 3 e 9).

La possibilità di nomina e*x officio* ivi contemplata, benché certamente non cogente per lo Stato italiano il quale, nello strumento di ratifica, non ha incluso i procedimenti sulla crisi della famiglia tra quelli ai quali si applica la citata disposizione[37], rappresenta una misura fondamentale per consentire al giudice di poter individuare con maggiore libertà gli strumenti processuali più idonei a tutelare l'interesse del minore, tenendo conto della sua reale condizione all'interno della famiglia.

35 E' quanto accade, ad esempio, nel procedimento per il disconoscimento della paternità *ex* art. 244 comma 4° c.c., ove si prevede che l'azione possa essere promossa da un curatore speciale nominato dal giudice. La stessa possibilità, peraltro, è riconosciuta dalla giurisprudenza nei procedimenti de potestate, per i quali si ritiene che il conflitto investa sempre entrambi i genitori. Su tali questioni v. supra nota 15.

36 V. Trib. Milano, 19 giugno 2014, *www.ilcaso.it,* con riferimento ad un procedimento ex art. 709 *ter* c.p.c. nel quale il tribunale, in presenza di una conflittualità molto accesa, ha ritenuto opportuno nominare ex officio un curatore speciale ad una minore «affinchè la rappresenti in questo momento di scontro genitoriale preservandola dalle conseguenze di sfavore che il conflitto genitoriale può determinare». In senso analogo Tribunale Varese 12 febbraio 2013, *www.ilcaso.it*. Sulla stessa linea, sia pure con differenti sfumature, Tribunale di Genova 9 agosto 2017 che, relativamente ad un procedimento di separazione, ha ritenuto necessaria la nomina di un curatore speciale del minore all'esito della udienza presidenziale, alla luce della condotta processuale – giudicata scorretta e lesiva degli interessi del minori – tenuta in tale sede dai genitori.

37 Si tratta per lo più dei procedimenti sullo *status filiationis* ex 244 ult. comma c.c., 247 ult. comma c.c., 264 comma 2° c.c. e 274 c.c. In argomento v. Ruffini, G.: *Il processo,*cit., p. 1263, il quale appare piuttosto scettico sulla possibilità di invocare la citata Convenzione per postulare un potere officioso generale del giudice di nominare un curatore speciale al minore in presenza di un conflitto di interessi tra questi e i suoi genitori.

VI. LA RAPPRESENTANZA TECNICA DEL MINORE.

Ulteriore profilo da considerare è quello della possibilità di assicurare la rappresentanza tecnica al minore nel processo di separazione dei coniugi/genitori. Invero, nel diritto interno, la necessaria assistenza del difensore per il minore è prevista solo con riferimento a due ipotesi specifiche, e cioè nei procedimenti per la dichiarazione dello stato di adottabilità e in quelli de potestate. Per i primi, infatti, poiché il procedimento deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore (oltre che dei genitori e degli altri parenti: art. 8 ult. comma, l. n. 184/1983, come modificato dalla l. n. 149/2001), si prevede che, su invito del presidente del tribunale, i genitori e i parenti del minore che hanno mantenuto con questi rapporti significativi, nominino un difensore e che, nell'inerzia di tali soggetti, a ciò provveda il giudice (art. 10, comma 2° della citata legge). Per i secondi, il nuovo comma 4° dell'art. 336 c.c. (introdotto dalla l. n. 149/2001) dispone che i genitori e il minore debbono essere assistiti da un difensore[38]. Nel diritto convenzionale internazionale, peraltro, la difesa tecnica è qualificata come un diritto del minore che deve poter trovare attuazione in tutti i procedimenti che lo riguardano[39].

Con specifico riferimento al procedimento di separazione la questione trova una soluzione necessariamente positiva, una volta che sia stata riconosciuta al minore la qualità di parte in senso sostanziale e processuale in tale giudizio. Infatti, sia che il minore venga rappresentato nel processo dai genitori sia che, in presenza di un conflitto di interessi, sia rappresentato da un curatore speciale, il riconoscimento della qualità di parte implica necessariamente l'attribuzione al minore del diritto ad essere assistito dal difensore tecnico[40].

E' evidente, peraltro, che il difensore del minore potrà coincidere con la stessa persona fisica che svolge tale ministero nell'interesse dei suoi genitori e che sia stata da questi nominati anche per assistere in giudizio il minore, oltre che per assumere la loro personale difesa[41].

Ciò comporta che il difensore, in questa duplice veste, dovrà esercitare il suo ministero in favore del minore con riferimento alle domande sul mantenimento e sull'affidamento proposte nel giudizio di separazione dai suoi genitori, dovendosi in tal caso ritenere investito dell'obbligo specifico di assumere "un comportamento

38 Sulla interpretazione, non sempre agevole, di tali norme, v. Poliseno, B.: *Profili di,* cit,.p. 297 ss.

39 Cfr. art. 5 Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996.

40 Nel senso che la difesa tecnica costituisca un vero e proprio obbligo discendente dalla riconosciuta qualità di parte al minore v. Tommaseo, F.: *Rappresentanza e* ,cit.,p. 415; Poliseno, B.: *Profili di,* cit.,p. 297 ss. Sulla imprescindibile esigenza che il minore sia assistito da un difensore in tutti i procedimenti che lo riguardano v. anche Querzola ,L.:*Il processo minorile in dimensione europea*, p. 113 ss.

41 Danovi, F.: "L'avvocato del minore nel processo civile", *Fam e dir.,* 2012, p. 263, Boccagna, S.: "L'«avvocato del minore»", *Dir e giur.*, 2010, p. 170.

protettivo" nei confronti del minore coinvolto, in ragione della peculiare funzione che il rappresentante tecnico è chiamato a svolgere nelle cause familiari[42].

Ove invece dovesse riscontrarsi un conflitto di interessi che renda necessaria la nomina di un curatore speciale, sarà quest'ultimo a nominare un difensore personale al minore, qualora non sia egli direttamente provvisto di *ius postulandi*[43].

Un profilo problematico che semmai viene in rilievo in tale contesto è quello che concerne le conseguenze discendenti dalla mancata nomina di un difensore di fiducia da parte dei genitori che rappresentano il minore o del suo curatore speciale. Partendo dal presupposto che una parte del processo non può restare priva di difesa tecnica, una tale evenienza potrebbe essere agevolmente risolta in favore del minore riconoscendo al giudice il potere di nominare un difensore, così come accade con riferimento ai procedimenti relativi alla dichiarazione dello stato di adottabilità nei quali il giudice nell'inerzia delle parti, provvede alla nomina del difensore d'ufficio[44].

Va peraltro osservato che nella prassi si tende generalmente a concentrare nell'unica figura dell'avvocato le funzioni di difensore tecnico e di curatore, nell'ottica di assicurare al minore una maggiore protezione[45]. Non essendoci peraltro ragioni formali che impediscano la concentrazione in un unico soggetto dei ruoli di rappresentante legale *ad hoc* e di difensore, si pone semmai il problema di garantire al minore una assistenza idonea attraverso soggetti formati in modo adeguato, specie in considerazione del fatto che, al momento attuale, la selezioni di tali soggetti non avviene attraverso canali che ne garantiscano una formazione specifica, come potrebbe essere l'albo degli avvocati specializzati per il processo civile di famiglia, ancora oggi non istituito, malgrado l'esistenza di un albo dei difensori d'ufficio per il processo penale a carico di imputati minorenni[46].

42 Cfr. Trib. Milano 23 marzo 2016, *Fam dir*., 2016, p. 1152, con nota di Danovi,F.: "I doveri deontologici dell'avvocato nel diritto minorile e la giurisdizione forense".

43 Si ritiene, infatti, che nelle ipotesi in cui sia stato nominato un avvocato quale rappresentante legale del minore, questi possa stare in giudizio in rappresentanza e difesa di quest'ultimo, anche senza il ministero di altro difensore, ai sensi dell'art. 86 c.p.c.: Cass. 22 luglio 2015 n. 15363; Cass. 26 marzo 2010, n. 7281; Cass. 19 maggio 2010, n. 12290; Cass. 14 luglio 2010 n. 16553; Trib. Catania, 14 dicembre 1992, *Foro it*. 1993, I, c. 1636.

44 Per una soluzione analoga, se bene intendo, Tommaseo ,F.: *Rappresentanza e difesa* , cit., p. 415, il quale, postulando l'esistenza di un obbligo di difesa del minore nella sua qualità di parte, ritiene impossibile ipotizzarne la contumacia in senso tecnico, con la conseguenza che il giudice deve attribuire al minore un difensore, in applicazione delle regole sulla difesa d'ufficio. In alternativa, potrebbe ipotizzarsi il ricorso al meccanismo di cui all'art. 182, comma 2° c.p.c. che attribuisce al giudice, anche in presenza di un difetto assoluto della procura, il potere di assegnare alle parti un termine per provvedere al suo rilascio, senza tuttavia alcuna garanzia che il problema dell'inerzia delle parti venga superato.

45 In tali termini v. Dosi ,G.: *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, Torino, 2005, p. 34 ss, nonché Danovi, F.: *Orientamenti (e disorientamenti)* ,cit., p. 1487 il quale evidenzia come la soluzione ottimale per una migliore tutela dell'interesse del minore dovrebbe essere quella di assegnare all'avvocato di quest'ultimo sia la rappresentanza tecnica e che quella processuale, anche al fine di evitare il rischio di disallineamenti tra curatore e difensore che potrebbero compromettere la stessa strategia difensiva.

46 Cfr. l'art. 11, D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 (Codice del processo penale minorile) ove si stabilisce che, ferma la disciplina dettata dal codice di rito, il consiglio dell'ordine forense predispone gli elenchi dei

VII. LA LEGITTIMAZIONE DEL MINORE A PROMUOVERE IL PROCEDIMENTO PER LA REVISIONE DELLE CONDIZIONI DI SEPARAZIONE .

Infine, e per concludere, giova osservare come il riconoscimento della qualità di parte del minore nel processo di separazione debba condurre a riconoscere a quest'ultimo, previa eventuale nomina di un curatore speciale, anche la legittimazione attiva a promuovere il procedimento di revisione delle condizioni di separazione che incidono direttamente sui suoi diritti, *ex* art. 710 c.p.c.

Si tratta di una possibilità che la giurisprudenza già da tempo ha riconosciuto ai figli maggiorenni non ancora autosufficienti sul piano economico, sia pure limitatamente alle condizioni relative al loro mantenimento[47].

Al riguardo si è evidenziato in dottrina come in tali ipotesi il figlio divenuto maggiorenne non acquista un nuovo ed autonomo diritto al mantenimento di cui precedentemente non era titolare, ma semplicemente, avendo raggiunto *medio tempore* la maggiore età, è in grado di agire personalmente in giudizio, essendo venuto meno l'ostacolo della sua incapacità processuale che in precedenza gli imponeva di partecipare al processo per mezzo del suo rappresentante legale[48].

difensori con specifica preparazione nel diritto minorile. Analoga previsione si rinviene nell'art. 15, d.lgs. 28/07/1989, n. 272, recante le norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del processo penale a carico di imputati minorenni, a mente del quale, «Ciascun consiglio dell'ordine forense predispone e aggiorna almeno ogni tre mesi l'elenco alfabetico degli iscritti nell'albo idonei e disponibili ad assumere le difese d'ufficio e lo comunica al presidente del tribunale per i minorenni, il quale ne cura la trasmissione alle autorità giudiziarie minorili del distretto».

47 Cass. 10 gennaio 2014, n. 359, in *www.ilcaso.it;* Cass. 26 settembre 2011, n. 19607, *Fam e dir.*, 2012, p. 903, con nota critica di Alligo, F.: *Mantenimento del figlio maggiorenne in regime di separazione e divorzio; profili sostanziali e riflessi processuali*.

48 Ruffini ,G.: *Il processo* ,cit., p. 1271.

BIBLIOGRAFIA

ARCERI,A.:" Il minore ed i processi che lo riguardano, una normativa disapplicata"; *Fam. e dir.*, 2009, p. 869.

CARRATTA, A.: "Per i diritti processuali del fanciullo a vent'anni dalla Convenzione di New York del 1989", *www.Treccani.it.*

CIPRIANI,F.:" L'agonia del pubblico ministero nel processo civile", *Foro it*, 1993, V, p..14.

DANOVI, F.: " Il processo di separazione e divorzio, IV, La crisi della famiglia", in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO , L.MENGONI , e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2015, p. 148.

DANOVI, F.:"Orientamenti (e disorientamenti) per un giusto processo minorile", *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1470.

DANOVI, F.: "L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento del giudice", *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1415.

DOGLIOTTI, M.- FIGONE A.: *I procedimenti di separazione e divorzio*, in M. DOGLIOTTI, (a cura di), Milano 2011, p. 47.

DOSI, G.: "Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni",*Dir. fam. pers.*, 1995, p. 1607 ss.

GRAZIOSI, A.: "Ebbene si, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo", *Fam e dir.*, 2010, p. 364.

IANNONE, T.: "Le sezioni unite danno voce ai figli contesi fra genitori separati", *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 652.

LUISO,P.: *Diritto processuale*, I, *I principi generali*, Milano, 2009, p. 194.

MANDRIOLI ,C.:*La rappresentanza nel processo civile*, Milano 1959, p. 144.

NASCOSI, A.: "Nuove direttive sull'ascolto del minore infradodicenne", *Fam e dir.*, 2018, p.352.

NERI,A.: "Aspetti processuali dei recenti interventi legislativi in tema di filiazione", *Riv. dir. proc.* 2014, p. 1095 ss.

POLISENO,B.: *Profili di tutela del minore nel processo civile,* Napoli ,2017, p. 3 ss.

PROTO PISANI, A.: "Voce Parte nel processo, (dir. proc.civ.) ,"*Enc. dir.*, XXXXI, Milano 1981, p. 917 ss.

QUERZOLA, L.: *L'ascolto del minore*, in. M. A. LUPOI, (a cura di), *Trattato della separazione e del divorzio*, II, p. 278.

RUFFINI, G.: "Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore", *Dir. fam pers*., 2006, p. 1258.

SATTA, S.: "Il concetto di parte", *Riv. dir. civ*., p.1957, p. 68 ss.

SERGIO, G.:"Il ruolo del Pubblico Ministero minorile tra amministrazione e giurisdizione e le funzioni del garante dell'infanzia" , *Fam. e dir.*, 2009, p. 67 ss.

TOMMASEO,F.: "Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile", *Fam. e dir.*, 2007, p. 410.

TOMMASEO,F.: Il P.m. e la tutela del minore, davanti al tribunale ordinario e per i minorenni", *Fam.e dir.*, 2016, p. 1198.

TOMMASEO, F.:"Osservazioni sulle forme della partecipazione del minore al processo civile", *www.udai.it.*

CUSTODIA MONOPARENTAL CON RÉGIMEN DE VISITAS AMPLIO *VERSUS* CUSTODIA COMPARTIDA. MÁS ALLÁ DEL *NOMEN**

SINGLE PARENT CUSTODY WITH BROAD VISITING REGIME VERSUS SHARED CUSTODY. BEYOND A OF THE NOMEN

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1400-1433

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "La modernización del Derecho de Familia a través de la práctica jurisprudencial" (AICO/2021/090), financiado por la Conselleria d'Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital, de la Generalitat Valenciana, del que es Investigador Principal el profesor José Ramón de Verda y Beamonte.

Marta ORDÁS ALONSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: El presente trabajo pone de manifiesto el importante número de supuestos en que se establece un régimen de custodia monoparental con un régimen de visitas que iguala los tiempos entre progenitores y las consecuencias que ello tiene en materia de vivienda y alimentos.

PALABRAS CLAVE: Custodia monoparental; custodia compartida.

ABSTRACT: *The present work highlights the important number of cases in which a single-parent custody regime is established with a visitation regime that equalizes the time between parents and the consequences that derive from it.*

KEY WORDS: *Single parent custody; shared custody.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. EL DERECHO DE VISITAS.- 1. Su plasmación legal y fundamento.- 2. La difícil concreción del régimen de visitas.- 3. El progresivo incremento del régimen de visitas "normalizado".- III. LA PÉRDIDA DEL CARÁCTER "EXCEPCIONAL" DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.- IV. LA IGUALACIÓN DEL TIEMPO QUE AMBOS PROGENITORES PASAN EN COMPAÑÍA DE SUS HIJOS. LA NEGATIVA AL RECONOCIMIENTO DE UNA CUSTODIA COMPARTIDA EN ESTOS CASOS.

I. PLANTEAMIENTO.

El presente trabajo no tiene otro objeto que llamar la atención sobre el importante número de supuestos en los cuales, habiendo sido solicitada una guarda y custodia compartida, esta es denegada por el juzgador pese a reconocer la idoneidad de ambos progenitores para hacerse cargo de sus hijos, estableciendo un régimen de visitas que iguala el tiempo en que ambos padres estarán en compañía de los mismos. Supuestos en los que, interpuesto recurso de casación, este es desestimado alegando que su única finalidad es cambiar la denominación del régimen de custodia.

II. EL DERECHO DE VISITAS.

1. Su plasmación legal y fundamento.

Existe una pluralidad de normas, nacionales e internacionales, que reconocen el derecho de los progenitores a mantener relaciones con sus hijos comunes, particularmente en supuestos de ruptura familiar. En el ámbito internacional merecen ser destacados el art. 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño y, a nivel europeo, la Exposición de Motivos de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 21 de enero de 1998, R(98), sobre mediación familiar, el art. 14 de la Carta Europea de los derechos del niño y el art. 24.3 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. En todos ellos se reconoce el derecho del niño que está separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha insistido en declarar que para un progenitor y su hijo estar juntos representa un elemento esencial de la vida familiar[1].

1 STEDH Caso Olsson contra Suecia de 24 marzo 1988, STEDH Caso Buscemi contra Italia de 16 septiembre 1999, STEDH (Sección 3ª) Caso Gnahore contra Francia de 19 septiembre 2000, STEDH (Sección 2ª) Caso

• Marta Ordás Alonso
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de León. Correo electrónico: marta.ordas.alonso@unileon.es

Con carácter general, el art. 39 CE establece que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos e impone a los padres el deber de asistencia de todo orden a los mismos durante su minoría de edad y en los demás casos que en derecho proceda.

La plasmación legal del derecho de visitas en el ordenamiento jurídico español es fruto de la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, en vigor desde el 8 de junio de 1981, que introdujo el art. 161 entre los preceptos reguladores de la patria potestad, estableciendo en su primer párrafo que "el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro de manera plena o conforme a lo dispuesto en resolución judicial". Artículo 161 que, tras la reforma efectuada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, cambió de numeración convirtiéndose en el art. 160. Conforme a la redacción vigente, fruto de la entrada en vigor de la Ley 26/2015 de 28 de julio, los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio da nueva redacción a los arts. 90, 94 y 103 CC. En concreto, en la redacción vigente en el momento de concluir este trabajo, el art. 90 CC recoge entre los contenidos que debe contener "al menos" el convenio regulador, la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos. Por su parte, el art. 94 establece que la autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Derecho que la autoridad judicial podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Por último, a tenor de lo establecido en el art. 103, admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, determinará, con audiencia de éstos, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar

Venema y Venema-Huiting contra Países Bajos de 17 diciembre 2002, STEDH (Sección 2ª) Caso Errico contra Italia de 24 febrero 2009, STEDH (Sección 3ª) Caso R.M.S. contra España de 18 junio 2013, STEDH (Sección 2ª) Caso Z.J. contra Lituania de 29 abril 2014.

las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía[2].

Por su parte, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, establece, entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos, el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés. Lo que se refuerza con la nueva redacción dada al art. 2.2.c) según el cual se priorizará como adecuado a la protección del interés primordial del menor la preservación del mantenimiento de sus relaciones familiares.

Difícilmente se puede describir mejor la importancia que para los menores tiene el hecho de mantener relaciones con el progenitor con el que no conviven que como lo hace la SAP de Barcelona (Sección 18ª) núm.. 513/2018 de 12 julio a cuyo tenor "corresponde a los adultos, a los titulares de la potestad en tanto que tales, proteger en todos los aspectos a los hijos, en especial a los menores de edad. La protección no reside tan sólo en las cuestiones materiales, en el cuidado por su alimentación, formación o salud física. También y muy especialmente, en proporcionarles una infancia saludable desde el punto de vista emocional, minimizando aquellos problemas que no esté en su mano resolver y del que no son en absoluto responsables. Los hijos necesitan, en el armónico desarrollo de su personalidad y en el proceso de adquisición de autonomía y especialmente de autoestima y seguridad, admirar y reconocerse en lo mejor de cada uno de sus progenitores, tanto el padre como la madre. En la tarea de resaltar esas facetas positivas de la personalidad de cada uno es indudable que tiene un papel importantísimo el mensaje que cada progenitor le envía al hijo respecto del progenitor contrario. Ayudándole a respetar al otro el niño aprende también no sólo a respetar a ambos progenitores, sino lo que es más importante, esencial, a respetarse a sí mismo a valorar sus aspectos positivos y a comprender los que lo son menos. Aprende a quererse, a aceptarse y a confiar en si mismo y en los demás. De forma saludable, positiva y preparándose para un futuro en el que habrá de enfrentarse a toda clase de situaciones. Es este el momento de dotarle de las cualidades que serán precisas para ello. Involucrar a los menores sea en el conflicto de pareja, sea en las dificultades propias de cada uno de los progenitores, (problemas de salud, económicos, sentimentales,) no les va a hacer más fuertes sino más frágiles, aumentando su tristeza como los informes técnicos y escolares se encargan de poner en relieve. Corresponde pues a ambos progenitores

2 Para profundizar *vid.* Ordás Alonso, M.: *El régimen de visita, comunicación y estancia de los menores de edad,* Bosch, Barcelona, 2019.

preservar a los hijos de los conflictos, aunque sea una tarea difícil y dolorosa, que desde luego el bienestar final de los menores compensa sobradamente. […] Los hijos para crecer seguros, han de sentirse arropados por ambos progenitores. Los padres han de permitirse mutuamente, con generosidad, disfrutar de la compañía de los hijos e incluso compartir buenos momentos, con independencia de las nuevas relaciones familiares que puedan y tengan derecho a establecer".

En ningún caso, como insiste la jurisprudencia menor, el derecho de visitas puede constituir una excusa a través de la cual se proyecten las tensiones, enemistades y discrepancias entre los padres, puesto que su fin no es otro que el de facilitar de manera real y posible los contactos entre el progenitor no custodio y sus hijos. Su finalidad es cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores, fomentar las relaciones paterno o materno filiales y mantener latente la corriente afectiva padres-hijos, pese a la separación o divorcio, procurando que a los menores no les afecte gravemente la crisis matrimonial. El interés de los menores ha de ser especialmente protegido con el fin de evitar que sufran otros daños que los ya graves, por sí solos, de la falta de la presencia en su vida cotidiana de ambos ascendientes, debiendo, en consecuencia, procurarse unos contactos lo más extensos y profundos posibles con el progenitor que no ostente su custodia[3]. Por extenso, "el régimen de visitas de los hijos con cada uno de los progenitores no debe entenderse como un compendio de derechos y obligaciones monolítico, ni ha de servir, pervirtiendo su finalidad, en una excusa o motivo para aflorar las tensiones y discrepancias de los padres y de los integrantes en el entorno familiar. Al contrario, el fin perseguido no es otro que el de facilitar a los hijos el contacto con su padre o madre natural, intentando, en la medida de lo posible, que no se produzca un desarraigo con el que no lo tiene habitualmente, procurando, con las peculiaridades inherentes a la situación surgida con la separación física de los padres, que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecerse con un desarrollo integral de su personalidad. Este objetivo es el que, verdaderamente, ha de presidir la actuación de ambos progenitores en relación con las medidas de guarda y custodia, así como el régimen de visitas y estancias con uno u otro, por ello debe recomendarse que lo ejerzan con generosidad, adaptándose a las necesidades y deseos de los sus hijos, con la mira puesta en su beneficio"[4].

3 Entre las más recientes, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 3/2019 de 11 enero, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 99/2019 de 5 febrero, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 224/2019 de 12 marzo, de Madrid (Sección 22ª) núm. 284/2019 de 29 marzo, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 509/2019 de 5 junio, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 516/2019 de 7 junio, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 523/2019 de 11 junio, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 849/2020 de 13 noviembre, SAP La Rioja (Sección 1ª) núm. 43/2021 de 5 febrero, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 510/2021 de 4 mayo, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 585/2021 de 28 mayo.

4 SAP de Barcelona (Sección 12ª) núm. 278/2009 de 30 abril, SAP de Málaga (Sección 6ª) núm.165/2016 de 15 marzo, SAP de Valencia (Sección 10ª) núm. 917/2016 de 12 diciembre. Lamentablemente la práctica demuestra que en un número nada desdeñable de supuestos tales palabras no pasan de ser un mero *desideratum,* llamando la atención la frecuencia con la que los padres, en los procesos de separación,

2. La difícil concreción del régimen de visitas.

La determinación del tiempo, modo y lugar en que han de desarrollarse las visitas, teniendo siempre como guía el beneficio del menor, constituye una tarea harto dificultosa pues la adopción de un régimen de visitas debe tener necesariamente carácter individualizado, que requiere atender a muy diversos factores, entre los que cabe destacar la edad de los menores, las necesidades afectivas y de todo orden de los mismos, sus costumbres, hábitos, exigencias y responsabilidades escolares, el padecimiento de determinadas enfermedades, sus relaciones con el progenitor no custodio, las condiciones y cualidades de este para atenderlos, las vacaciones que disfruten, la distancia entre localidades, y un largo etcétera[5].

El art. 90.1.a CC recoge como contenido imprescindible del convenio regulador, siempre que fuera aplicable, el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

Convenio regulador que será aprobado por el Juez salvo si es dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. En este sentido, deberá el juez comprobar la existencia de verdadero consentimiento, no en vano las medidas relativas a los hijos acostumbran a ser moneda de cambio en los procesos de nulidad, separación y divorcio, no resultando extraño que se renuncie a la custodia o a un régimen de visitas más amplio a cambio de otras concesiones (en materia alimenticia, de pensión compensatoria, etc.) en el marco del convenio regulador. En todo caso, no sería válido el acuerdo por el que uno de los cónyuges renuncie a mantener relaciones con el hijo a cambio de no pagar

divorcio o medidas paterno-filiales, utilizan el régimen de relaciones con los hijos como arma arrojadiza, bien sea como instrumento de presión para lograr del progenitor que no ejerce la guarda y custodia ciertas concesiones de contenido económico, bien sea con la única intención de causar al otro cuanto más daño mejor, prescindiendo por completo del bienestar del menor, menor que no hay que olvidar es su propio hijo. Un ejemplo de hasta qué punto esto es así viene representado por los hechos que se sitúan en la base de la SAP de Guadalajara (Sección 1ª) núm. 129/2016 de 29 julio a cuyo tenor "debe indicarse que, examinadas las actuaciones y atendiendo al horario de trabajo de ambos progenitores, no sería nada difícil establecer un régimen de custodia y visitas entre los progenitores amplio y adaptado a sus actividades laborales, complementándose, siendo lamentable y reprochable la falta de flexibilidad demostrada por ambos progenitores durante todo el proceso de divorcio en relación con el menor, olvidando que el único perjudicado es éste último. El informe pericial psicológico elaborado es muy claro al respecto, señalando expresamente que "el conflicto entre los progenitores está incidiendo de manera directa y negativa en el menor y en la adaptación del mismo a la situación familiar". Igualmente de desproporcionado resulta que el padre insista en que se establezca un horario de recogida del menor en el que él no tiene disponibilidad para ello ni apoyo familiar, o en una interpretación estricta de los términos de la sentencia, o que comunique al menor, y no a la madre, la imposibilidad de recogerle; como que la madre obstaculice el establecimiento de un régimen de visitas a favor del padre más amplio cuando ella, un día de cada ocho trabaja de noche, teniendo que dejar al menor a cargo de terceras personas cuando podría estar con el otro progenitor, e incluso solicite la reducción del horario de visitas establecido a favor del padre cuando en alguno de esos días ella ni siquiera está en el domicilio por estar trabajando".

5 Dificultad que queda claramente puesta de manifiesto en la SAP de Barcelona (Sección 12ª) núm. 668/2015 de 21 octubre.

pensión compensatoria o a cambio de la atribución del uso de la vivienda familiar dado su carácter irrenunciable.

Estos supuestos al margen, la autoridad judicial deberá examinar si el convenio respeta la normativa existente en materia de protección del menor, el principio de procurar no separar a los hermanos (art. 92.5 CC), que no exista discriminación entre los hijos, que se garantice un adecuado desarrollo de su personalidad, etc.[6].

Por otro lado, no reunirá los requisitos que el art. 90 CC exige y no será, por tanto, verdadero convenio regulador aquel que aluda de forma tan inconcreta y abierta al régimen de visita que no resuelva los conflictos de intereses reales o previsibles, o al menos brinde soluciones acordadas para ello, relativos a aquellos extremos[7].

En defecto de acuerdo de los progenitores o cuando este no es aprobado, el juez dispone de una gran discrecionalidad a la hora de concretar el régimen de visitas pero teniendo siempre como horizonte el interés del menor. Tal interés, en palabras de la jurisprudencia, dado su carácter genérico y difuso, debe materializarse y determinarse a través de una valoración judicial que debe tener como limites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual

6 La SAP de Barcelona (Sección 12ª) núm. 703/2016 de 6 octubre deja entrever su perplejidad por el hecho de que un convenio regulador en el que, sin motivo que lo justificara, se establece un régimen de visitas sumamente restrictivo fuera aprobado por el juez y el Ministerio Fiscal no tuviera nada que decir. Afirma la Sala: "no puede compartirse el criterio del Juez *a quo* ya que cuando el objeto del proceso son las relaciones personales entre padre e hijos menores de edad debe atenderse por encima de cualquier otra consideración e incluso de los pactos entre los padres, al interés de los menores y, desde luego, bien parece que no lo es el de no poder ver a su progenitor más que tres horas semanales y sólo durante el período escolar; es cierto que fue lo pactado por las partes cinco meses antes de solicitarse la modificación que ahora nos ocupa, pero pactaron sin que en el convenio conste justificación ni explicación alguna para ello y no puede olvidarse que el artículo 233-3 del Código Civil de Cataluña indica que los pactos adoptados en convenio regulador han de ser aprobados por la autoridad judicial, salvo los puntos que no sean conformes con el interés de los hijos menores; y el artículo 777.4 de la LEC permite en los procesos de mutuo acuerdo que el juez o tribunal pueda practicar la prueba que considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador; en consecuencia resulta cuando menos sorprendente que con un convenio regulador como el del 8 de noviembre de 2013 ni el Ministerio Fiscal ni la Juez firmante de la sentencia de divorcio considerasen preciso averiguar las razones de tanta limitación en la relación paternofilial llevando a cabo una ampliación de la ratificación o una comparecencia de las partes al efecto o incluso la exploración de los menores; se trata de un convenio que sólo podía aprobarse motivando las razones por las que el alejamiento de su padre resultaba de interés para los menores. Por otro lado, del visionado del interrogatorio de los progenitores se puede apreciar que el padre, escudándose en su falta de vehículo y en las dificultades de transporte público en la zona, adoptó una postura cómoda de no complicarse demasiado la vida a la hora de intentar ver a sus hijos, lo cual es muy criticable, pero también lo es que la madre de forma unilateral cambiara de domicilio a un lugar especialmente dificultoso para el padre sin convenir previamente con él la forma en que iban a solucionar la gestión de la relación paternofilial; por otro lado, se aprecia en la madre una postura de apropiación de los hijos de todo punto inapropiada, no dejando que tengan ninguna relación con los abuelos paternos porque ella se lleva mal con ellos y repitiendo términos tales como "yo le dejo a los niños" o "no le dejé a los niños" cuando los hijos no son propiedad de los progenitores sino una responsabilidad conjunta de ambos y precisan de la intervención de los dos para alcanzar un correcto desarrollo emocional y personal salvo que existan, como hemos dicho, razones de peso para limitar o suprimir dicha relación que, en el presente proceso, no se han puesto de manifiesto". En consecuencia, estima el recurso de apelación y acuerda un régimen de acercamiento progresivo.

7 Rivero Hernández, F.: *El derecho de visita*, 1997, p. 227.

y material del menor; atribuyéndose por ello al Juzgador amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación, convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor; siempre de manera eventual y nunca definitiva, precisamente para poder modificar la solución acordada según las cambiantes circunstancias, el modo y manera en que vayan evolucionando las relaciones parentales en virtud de la gran plasticidad de las actividades y comportamiento del ser humano, características de una realidad más rica que cualquier elucubración jurídica, a la que el Juzgador debe procurar dar la solución más idónea y proporcionada a los intereses puestos en juego, sobremanera el mantenimiento de la relación efectiva con ambos progenitores, evitando al menor los evidentes perjuicios que de su falta se derivarían para el logro de un adecuado desarrollo de su personalidad[8].

De este modo, el interés del menor que ha de servir de guía y norte al juzgador impide que la discrecionalidad que el legislador concede al juez se transforme en arbitrariedad pues, a la hora de establecer o no un régimen de visitas, determinar el tiempo, modo y lugar de su ejercicio, su modificación, imponer restricciones al mismo e incluso suspenderlo, habrá de tomar en consideración cuantas circunstancias concurran y revelen cuál sea el interés del menor, interés que es el de prioritaria protección y debe, sin duda alguna, quedar convenientemente tutelado. Entre estos factores que han de ser tenidos en consideración cabe destacar, entre otros, la edad de los menores, las necesidades afectivas y de todo orden de los mismos, sus costumbres, hábitos, exigencias y responsabilidades escolares, sus relaciones con el progenitor no custodio, las condiciones y cualidades de este para atenderlos, las vacaciones que disfruten, la localidad donde se celebren las visitas y las estancias, la distancia entre localidades, etc.[9]. Sin olvidar que el régimen de visitas debe ser necesariamente individualizado.

El interés del menor en ocasiones no resultará fácil de valorar por la autoridad judicial por lo que, con muchísima frecuencia, recurre a informes de expertos que analicen cómo, cuándo y de qué manera el establecimiento de un régimen de visitas influye de manera positiva en el menor. En este sentido, se afirma que el informe pericial judicial psicosocial se configura, por su rigor técnico, objetividad e imparcialidad, como el soporte probatorio idóneo para dirimir la controversia entre los progenitores sobre el alcance del régimen de visitas, estancias y

8 SAP de Madrid (Sección 24ª) núm. 825/2015 de 9 octubre, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 918/2015 de 30 octubre, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 1031/2015 de 4 diciembre, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 745/2016 de 18 octubre, SAP de Las Palmas (Sección 3ª) núm. 369/2017 de 27 junio, SAP de La Rioja (Sección 1ª) núm. 167/2017 de 17 octubre, SAP de Granada (Sección 5ª) núm. 140/2018 de 13 abril, AAP de La Rioja (Sección 1ª) núm. 32/2018 de 13 marzo, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 254/2019 de 22 marzo, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 328/2019 de 9 abril, AAP de Salamanca (Sección Única) núm. 35/2000 de 30 marzo, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 1200/2020 de 23 diciembre, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 573/2021 de 21 mayo, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 618/2021 de 4 junio.

9 SAP de Ciudad Real (Sección 2ª) núm. 86/2019 de 13 marzo.

comunicaciones del hijo menor con el progenitor que no ostenta su guarda y custodia, sobre todo cuando existe algún tipo de circunstancia que demanda su limitación o restricción en garantía del bienestar del menor[10]. Sin llegar a tanto, es cierto que "cuando se emiten, estos informes constituyen un medio de prueba relevante que hay que valorar, pero su contenido, ciertamente importante, no puede ser sin embargo elevado a una categoría cuasivinculante, pues si así fuera, sobraría el juez"[11]. En consecuencia, si bien deben ser valorados por la autoridad judicial, no son en modo alguno vinculantes a la hora de adoptar la decisión más adecuada para el interés del menor[12].

Por otro lado, el régimen de visitas debe ser razonable, sobre todo, factible pues de lo contrario se traducirá en incumplimientos y en un notable incremento de los conflictos con él relacionados. No tiene sentido contemplar visitas intersemanales si los domicilios de ambos progenitores están localizados a muchos kilómetros de distancia, o establecer estas visitas intersemanales desde la salida del colegio si el padre que debe disfrutar de la compañía del hijo tiene un horario laboral de tarde.

Para concluir, y dado que la práctica demuestra que cualquier mínimo detalle que quede por prever finalizará en una controversia probablemente judicializada, la autoridad judicial debe ser sumamente puntillosa a la hora de establecer el régimen de visitas[13]. En este sentido, deben rechazarse regímenes de visita

10 SAP de Cáceres (Sección 1ª) núm. 512/2018 de 30 noviembre. En este sentido, indica la SAP de La Rioja (Sección 1ª) núm. 190/2019 de 4 abril que "los informes de los servicios psicosociales adscritos a los juzgados tienen la categoría de informes periciales, deben ser valorados de acuerdo con las reglas de la sana crítica conforme al artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no son vinculantes para el juez. La valoración de la prueba del informe de los servicios psicosociales debe ser asimilada a la de los peritos, aunque tenga una naturaleza no totalmente equiparada al informe pericial, siendo la pauta de referencia necesariamente el interés prevalente del menor para resolver la controversia familiar, lo cual no significa necesariamente que el tribunal deba aceptar su contenido".

11 En estos términos, la SAP de La Rioja (Sección 1ª) núm. 70/2018 de 23 febrero niega validez al informe porque es un dictamen del equipo psicosocial que al final realiza una propuesta de visitas de los abuelos con el menor. Sin embargo, examinado su contenido, se observa que el mismo únicamente ha sido elaborado por la trabajadora social del equipo psicosocial, no por un equipo interdisciplinar y en su elaboración no ha intervenido ningún psicólogo. Esto es importante, en la medida en que la causa justa que, según la argumentación de la sentencia, ha de impedir las visita es precisamente el impacto que a nivel personal y psicológico puede derivar para el menor en el caso de desarrollarse las visitas con los abuelos en el contexto de conflicto que se vive entre sus padres y aquellos, y también, el riesgo de instrumentalización del menor en ese conflicto y el riesgo de que las visitas sean utilizadas con el fin de revitalizar la relación perdida con el padre. Siendo ese ámbito emocional y psicológico el más determinante, un dictamen elaborado por un trabajador social no puede ser relevante a la hora de poder valorar el eventual impacto psicológico o emocional que las visitas de los abuelos pueden tener en el menor en la situación de conflicto grave subyacente entre los padres del niño y los abuelos.

12 En el mismo sentido, en la jurisprudencia menor, entre las más recientes, SAP de La Rioja (Sección 1ª) núm. 70/2018 de 23 febrero, SAP de Jaén (Sección 1ª) núm. 808/2018 de 26 julio, SAP de Córdoba (Sección 1ª) núm. 549/2018 de 3 septiembre, SAP de A Coruña (Sección 3ª) núm. 446/2018 de 27 diciembre, SAP de Badajoz (Sección 2ª) núm. 146/2019 de 8 marzo, SAP de Badajoz (Sección 2ª) núm. 417/2019 de 7 junio.

13 Me explico con un ejemplo. El Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Salamanca, en fecha 31 de marzo de 2015, dictó sentencia por virtud de la cual, en lo que ahora nos interesa, "en relación con las vacaciones escolares de Navidad, la menor pasará con su padre el periodo comprendido entre el primer día de vacaciones escolares a las 11,00 horas, hasta el día 29 de diciembre, a las 16,00 horas, los años pares, y desde el día 31 de diciembre, a las 20,00 horas, hasta el último día de vacaciones a las 20,00 horas, en los años impares". Si bien se observa, entre el día 29 que finaliza el primer periodo en el que se han dividido las vacaciones navideñas y el día 31 de diciembre que comienza el segundo, se sitúa el día 30 del

abiertos o indefinidos pues serán fuente inagotable de conflictos[14], evitando recursos de apelación, solicitudes de aclaración de sentencia, procedimientos de ejecución, demandas de modificación de medidas, etc. Régimen de visitas que debe venir perfectamente determinado, hasta en lo que parezca más vanal, ya en la sentencia sin necesidad de esperar a una aclaración de la misma o a un procedimiento de ejecución[15]. Gráficamente indica Vallespín Pérez "mejor es

que nada se dice y que dio origen al correspondiente recurso de apelación que es estimado en este punto por la SAP de Salamanca (Sección 1ª) núm. 402/2015 de 30 diciembre con la siguiente argumentación "respecto del pedimento en el punto de "vacaciones de Navidad", a la Sala le parece razonable y estimable en atención al alegato en que este apelante lo sustenta; pues, efectivamente, el fallo de la sentencia apelada, al establecer que el primer periodo vacacional comprenderá hasta el 29 de diciembre, a las 16,00 horas, los años pares, comenzando el segundo periodo el 31 de diciembre los años impares, provoca la posibilidad de confusionismos e interpretaciones divergentes y conflictivas respecto a la estancia de la menor el día 30 de diciembre de cada año, sea par o impar. Más allá de si el fallo impugnado en este punto produce o no una desigualdad o desfavorecimiento del recurrente (en el sentido de que la madre contaría con dos días más con la menor los años pares, etc.), de lo que se trata es de clarificar el problema y la mejor manera de hacerlo es establecer el intercambio el mismo día, por lo que si las partes han convenido que lo sea el 29 de diciembre, a ello ha de estarse, pero con el matiz relevante de que el primer periodo, en este caso, debe abarcar desde el primer día de vacaciones escolares, a las 11,00 horas, hasta el día 29 de diciembre a las 11,00 horas de la mañana y el segundo periodo desde ésas 11,00 horas de dicho día 29 de diciembre, hasta el último día de las vacaciones escolares navideñas, a las 20,00 horas; correspondiendo el primer periodo al padre los años pares y a la madre los impares".

14 En este sentido, la SAP de Zaragoza (Sección 2ª) núm. 246/2015 de 19 mayo estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia que aprueba el pacto de relaciones familiares presentado pese a no contemplar un régimen específico de comunicación entre padre e hija, que se prevé abierto "por la existencia de otros hermanos mayores que pueden ayudar y colaborar en la relación de la hija menor de edad con sus progenitores". "No consta en el Pacto, sin embargo, la menor alusión al tipo de relación que mantienen los hijos mayores con el padre, ni se prevé que estos acompañen a su hermana en sus visitas al padre, ni se desprende dato que permita confiar en que su intervención propiciará la comunicación hija/padre, siendo en todo caso evidente que si padre e hija han de continuar relacionándose, nada mejor que establecer ese régimen de antemano, con precisión del lugar -el padre no designa domicilio distinto del de la madre- y cuando". Por lo expuesto, considera la Audiencia que el interés de la hija menor no queda suficientemente salvaguardado con la aprobación del Plan de Relaciones Familiares aportado por las partes, por lo que procede acordar revocar la sentencia de instancia en este punto concreto y dar nuevo traslado a las partes a fin de que aporten un nuevo Plan en el que se establezca un régimen de visitas de la hija menor con el padre, siquiera de carácter mínimo, y el padre haga constar un domicilio diferente del de la madre en el que llevar a cabo dicho régimen de visitas.

15 En sentido contrario a la tesis que mantengo se manifiesta la SAP de Cáceres (Sección 1ª) núm. 264/2016 de 13 junio: "La parte actora apelante postulaba el establecimiento de un régimen que apura hasta el último extremo y con una más que acusada precisión casuística todos los aspectos del mismo, con una concreción excesiva a fin -o con el designio- de evitar que se produzcan disfunciones en el desarrollo del expresado régimen de visitas". Sin embargo, se trata, a juicio de la Sala, "de un posicionamiento equivocado. Antes al contrario, este Tribunal siempre ha entendido que fijar un régimen de visitas preciso, pero manteniendo al mismo tiempo una flexibilidad en su cumplimiento y desarrollo, se conforma como la decisión idónea en la articulación del régimen de vistas, estancias y comunicaciones de los hijos menores. Por este motivo, siempre hemos considerado que el régimen que habitualmente se califica como "ordinario" (esto es, fines de semana alternos, mitad de vacaciones escolares y uno o dos días de visitas intersemanales) es el que mejor se adecúa al bienestar del menor. Fijar hasta el último detalle y con una concreción abiertamente excesiva el régimen de visitas (diríamos que con una precisión casi milimétrica) puede ser más perjudicial que beneficioso, porque el desarrollo del régimen de visitas sin incidencias es una cuestión de voluntad real de los progenitores, más que de precisiones dables de calificarse de extremas. Y, de esta manera, no debe desconocerse que una situación de desavenencia entre los progenitores incide -sin duda alguna y negativamente- sobre el bienestar de los hijos menores, situación -absolutamente indeseable- que, ciertamente, se proyecta sobre el cumplimiento del régimen de visitas, estancias y comunicaciones, siendo aconsejable -en interés de los hijos- que las diferencias personales que pudieran existir entre los progenitores no afectaran al mismo, para lo cual debe procurarse que las relaciones paterno-filiales se desarrollen, en la medida de lo posible, con la más absoluta normalidad, lo que redundaría no sólo en el bienestar de los hijos sino también en su formación integral. Si esto es así (como es deseable que lo sea) el régimen de visitas, estancias y comunicaciones se desarrollará con normalidad y beneficiará a la menor. Si no existe tal voluntad, el régimen de vistas no se desarrollará con normalidad aun cuando se precise hasta el más mínimo extremo, porque siempre existirá algún resquicio que podría alegarse por alguno de los cónyuges como causa del incumplimiento por el otro".

«trabajar cinco minutos más» en una sentencia, que optar por un «corta y pega genérico» que después le llevará al Juzgado o Tribunal a asumir, en no pocas situaciones, diferentes demandas ejecutivas que encuentran su última razón de ser en que el órgano jurisdiccional no concretó lo que debió concretar. Y todo ello sin olvidar, además, de una parte, que al concretarse judicialmente en la sentencia de divorcio el régimen de visitas o estancias, ello debiera hacerse en función de la lógica y el conocimiento específico de las circunstancias de cada caso, pero nunca en atención a fórmulas estereotipadas de uso «generalizado»; y, de otra, que en dicha concreción deben colaborar los abogados de ambos progenitores, pues serán ellos los que tengan más fácil suministrar a los Jueces o Magistrados, en sus demandas y contestaciones, la «información necesaria» (vg. localidades de residencia, horarios laborales, edad de los hijos) para que éstos terminen por fijar un régimen de visitas o estancias pensado en el bienestar de los menores, que es lo prioritario, pero lógico y asumible, en atención a sus circunstancias, por ambos progenitores"[16]. Lo expuesto en líneas precedentes encontraría una excepción en el supuesto de hijos que han alcanzado la adolescencia y se niegan a tener relaciones con el progenitor no guardador pues en estos supuestos la imposición coactiva de un régimen normalizado se presenta contraproducente a los fines de lograr un restablecimiento de la relación paterno-filial[17].

Aun en los supuestos de separaciones y divorcios contenciosos, en los que no existe un acuerdo relativo a la guarda y custodia de los hijos y al régimen de visitas plasmado en un convenio regulador, es posible que las partes lleguen a un acuerdo a lo largo de la tramitación del procedimiento, acuerdo que deberá ser valorado por el juez pues nadie mejor que los propios padres para poder concretar un régimen razonable, factible y en interés de su hijo. Sin que ello implique que la autoridad judicial deba adoptar como medida definitiva los términos de dicho acuerdo, pero sí tenerlo en consideración y valorarlo del mismo modo y manera y con los mismos parámetros que examinaría dicho pacto si formara parte de un convenio regulador. En este sentido, no es en absoluto infrecuente que las propias resoluciones judiciales en las que se establece un régimen de visitas aludan explícitamente a la importancia de que existan pactos al respecto. Es más, no es excepcional que el régimen que se establezca por el juez tenga carácter meramente supletorio de lo acordado por los progenitores, mediante el recurso a cláusulas de estilo del siguiente o parecido tenor literal *"*se establece a favor de las hijas y del padre un régimen de visitas que se desarrollará de acuerdo con los progenitores puedan convenir, en beneficio de las menores y en ejercicio responsable de su patria potestad, al que se les insta, y a falta de acuerdo, con carácter de mínimo,

16 Vallespín Pérez, D.: "La necesidad de "concretar judicialmente" el régimen de visitas o estancias con los hijos, como mecanismo de "atenuación" de futuras soluciones conflictivas entre los progenitores involucrados en un divorcio contencioso", *Práctica de Tribunales*, nº 108, 2014, LA LEY 2578/2014, p. 2.

17 Al estudio de la influencia de la edad en la determinación del régimen de visitas he dedicado las páginas 196 y ss. de la monografía *El derecho de visita, comunicación,* …, 2019.

…", o "el régimen de visitas entre el padre y el menor será el que libremente establezcan y en su defecto…", o "en defecto de otro acuerdo de los progenitores que siempre tendrá preferencia", o "el régimen de guarda, estancias y contacto telefónico establecido será subsidiario a cualquier otro acuerdo que, de forma general o en ocasiones puntuales, puedan adoptar ambos progenitores teniendo en cuenta siempre el mejor beneficio e interés de su hija"[18].

Por extenso, como señala la SAP de Ciudad Real (Sección 2ª) núm.. 86/2019 de 13 marzo, la necesidad de una mínima concreción del régimen de visitas no implica que este se deba entender como un rígido tratado de derechos y obligaciones, lo dispuesto en la resolución judicial tiene carácter de mínimo ya que la finalidad del Código Civil no es restringir las relaciones entre progenitores e hijos sino, muy al contrario, posibilitarlas. En la práctica cotidiana, los progenitores pueden fijar el régimen de visitas y comunicaciones que consideren más conveniente para el interés del menor y según sus posibilidades, ya que el que se establece en la sentencia únicamente será de aplicación en caso de discrepancia. Nada obsta a que posteriormente ambos progenitores convengan otro que se adapte más a sus circunstancias y a la de los menores y que se acabe traduciendo en una mayor permanencia de estos con su familia.

3. El progresivo incremento del régimen de visitas "normalizado".

Las visitas intersemanales, entendiendo por tales aquellas que se desarrollan al margen del fin de semana, contribuyen a estrechar lazos con el progenitor no custodio, a profundizar en el conocimiento de padre e hijos y a implicar a aquel en mayor grado en la vida de los descendientes, en la corresponsabilidad del día a día, participando de las responsabilidades de los menores en los períodos lectivos[19]. La bondad de las visitas intersemanales viene claramente puesta de manifiesto por la SAP de A Coruña (Sección 5ª) núm.. 136/2016 de 6 mayo en el sentido de que no cabe duda de que resulta imprescindible mantener de modo normalizado el contacto y la estancia con el padre y con el ambiente paterno por convenir así al desarrollo y formación del menor. Esta normalización de relaciones exige que la

18 Así, por ejemplo, una vez establecido el régimen de visitas, la SAP de Barcelona (Sección 12ª) núm. 668/2015 de 21 octubre señala, "otra cosa es que los padres, a fin de poder desarrollar con normalidad sus obligaciones laborales, y ante las dificultades en mantener la cadencia de viajes y traslados establecidos en la sentencia, puedan llegar a pactar otros sistemas […] La Sala considera que son los propios progenitores quienes pueden valorar con sensatez sus posibilidades laborales, económicas y de tiempo para procurar la máxima relación, y por ello alienta a que alcancen acuerdos en beneficio de la hija y de ellos mismos; pero no existiendo, hoy por hoy, dicho acuerdo se ve obligada a establecer un sistema de relación y las alternativas que la Sala advierte como más adecuadas para salvar las dificultades advertidas". Insistiendo en el fallo en que "el padre tiene derecho a estar en compañía de su hija, en la forma que acuerden libremente ambos progenitores y, en su defecto, atendida la distancia entre los domicilios materno y paterno, conforme al siguiente régimen".

19 Sobre las indudables bondades de las visitas intersemanales pero también sobre sus no pocos inconvenientes *vid.* las páginas 108 y ss. del trabajo las páginas 196 y ss. de la monografía *El derecho de visita, comunicación,* …, 2019.

presencia paterna no se reduzca solo a los períodos de ocio o vacacionales de los que pueda disfrutar su hijo, sino que se extienda igualmente a los períodos en los que éste desarrolla su actividad rutinaria y ordinaria de todos los días[20].

La casuística es muy amplia, siendo lo cierto que hace algunos era rara la fijación de visitas intersemanales; sin embargo, en la actualidad son minoría los pronunciamientos judiciales que, sin existir ningún motivo que justifique el establecimiento de un sistema restrictivo, no establecen ningún tipo de visita durante la semana[21].

Pues bien, un recorrido por cualquier repertorio jurisprudencial sirve para constatar cómo el denominado régimen normalizado o estandarizado de visitas se ha ido incrementando con el transcurso de los últimos años pasando de ser concretado en fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones a introducir un par de visitas intersemanales, en ocasiones con pernocta, lo que viene a ser

20 En sentido contrario, la SAP Madrid (Sección 24ª) núm. 482/2003, de 22 de mayo, considera inadecuadas las visitas intersemanales "atendida la edad de los menores, 12 y 9 años, y sus necesidades escolares, tales visitas intersemanales, comprometerían su adecuada estabilidad y adaptación escolar, dificultando y entorpeciendo o impidiendo incluso las actividades escolares y extraescolares, y adecuado cumplimiento de las obligaciones, deberes y tareas que se les impongan diariamente, por lo que se devienen en perturbadoras".

21 Entre las resoluciones que sí lo hacen, se observa un amplio abanico de posibilidades que va desde una tarde a la semana sin pernocta hasta dos tardes con pernocta (SAP de Tarragona (Sección 1ª) núm. 153/2017 de 21 abril) pasando por las vías intermedias: dos tardes sin pernocta (SAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 61/2012 de 9 marzo, SAP Cantabria (Sección 2ª) nº 551/2013 de 25 octubre, SAP de Navarra (Sección 3ª) núm. 442/2016 de 3 octubre, SAP de Almería (Sección 1ª) núm. 186/2017 de 9 mayo, SAP de Huelva (Sección 2ª) núm. 255/2018 de 11 mayo), y una tarde con pernocta (SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 442/2018 de 25 mayo). Incluso, aunque menos frecuentes, sistemas mixtos como los siguientes:
* El progenitor no custodio tendrá a su hijo en su compañía la tarde de los martes y miércoles desde la salida del colegio del menor hasta las 20 horas, las semanas cuyo fin de semana le corresponda tener a su hijo en su compañía. El mismo régimen se aplicará a las semanas en las que el fin de semana corresponda al padre tener al menor en su compañía, pero en este caso con pernocta en casa de la madre la noche del martes al miércoles, quien lo llevará al colegio en la mañana de dicho miércoles (SAP de Navarra (Sección 3ª) núm. 496/2017 de 21 noviembre).
* Se contempla como día intersemanal el miércoles que el padre la recogerá a la salida del colegio y la reintegrará un miércoles a las 19:30 horas y el otro el jueves al colegio de forma alterna (SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 1016/2015 de 1 diciembre).
* Fines de semana alternos desde las 10 horas del sábado a las 20,30 horas del domingo y los lunes miércoles y viernes desde las 16,30 hora hasta las 20,30 horas las semanas en que el padre no los tiene el fin de semana, y los martes y jueves con el mismo horario cuando el padre tiene consigo a los hijos el fin de semana (SAP de Islas Baleares (Sección 4ª) núm. 312/2015 de 14 octubre).
* El padre tendrá consigo a la menor dos días entre semana desde la salida del Centro escolar de la menor hasta las 19 h. estos días serán lunes y miércoles el fin de semana que haya de tener a la niña y los martes y jueves aquel fin de semana que no haya de tenerla (Sentencia del Juzgado de violencia de género número 2 de Palma de Mallorca de 24 de octubre de 2016, confirmada en este punto por la SAP de Islas Baleares (Sección 4ª) núm. 160/2017 de 9 mayo).
* Dos días intersemanales que, en defecto de otro acuerdo, serán los martes y jueves desde las 17,00 horas hasta las 20.00 horas, en aquellas semanas en que trabaje de turno de mañana o noche. Cuando la menor se escolarice, podrá estar con ella desde que salga del centro escolar (Sentencia de 16 de noviembre del 2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Pamplona).
* El padre podrá tener a s su hija menor en su compañía los lunes y miércoles, desde las 17,00 horas a las 20,00 horas, cuando no le corresponda disfrutar de su compañía los fines de semana que ya tiene asignados (SAP de Salamanca (Sección 1ª) núm. 214/2015 de 22 julio).
* Dos días entre semana, que, a falta de acuerdo, serían martes y jueves. La sentencia igualmente distingue la semana en que el padre no tenga a la menor, pues incluirían visitas con pernocta, y la semana correspondiente a los fines de semana en que sí tenga a la menor en su compañía, que serían sin pernocta (SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 388/2018 de 11 mayo).

un reparto del tiempo por igual entre el progenitor custodio y el que no ejerce la guarda y custodia.

Y está bien que así sea, pues como indica la SAP de Valencia (Sección 10ª) núm. 917/2016 de 12 diciembre "no hay motivo alguno que se oponga a que la comunicación sea intensa, amplia y habitual, lo que resulta lo más conveniente para los menores, para los que la separación de los padres no debe suponer nunca un alejamiento de uno de sus progenitores, sino que deben adoptarse las medidas precisas para que pueda tener análogo grado de relación con ambos progenitores, procurando la misma participación de los dos en todas las actividades y circunstancias de la vida del hijo común, de tal manera que aunque los padres estén separados, el hijo tenga conciencia de que su relación con ambos es igual, que ambos le cuidan y atienden, que participan en la misma medida en su educación, formación, desarrollo y bienestar, que le dan análoga afectividad y que, no obstante la separación matrimonial, los vínculos paterno filiales con ambos progenitores son similares. En definitiva, en unas circunstancias de normalidad de los progenitores, es decir, cuando no haya motivos de personalidad o de cualquier otra índole que alteren el orden normal de las comunicaciones o puedan suponer el temor de un riesgo, peligro o perturbación para el menor, la comunicación de ambos padres con el hijo debe ser extensa, intensa y abundante, compartiendo con él, conviviendo y participando en todos los actos y vicisitudes cotidianos, para lo que es necesario un amplio régimen de comunicación del progenitor no custodio, y no ponerle trabas innecesarias, a fin de que participe en la educación del hijo de un modo total o global, lo que sólo puede conseguirse si la convivencia con el hijo menor se realiza sin restricciones horarias, manteniendo la relación durante las veinticuatro horas de los días que se establezca que hijo y padre no custodio estén juntos".

En parecidos términos, la SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 745/2016 de 18 octubre pone de relieve que es a todas luces más beneficioso para el menor un régimen de visitas amplio y equitativo, con semejantes repartos de tiempo con cada uno de sus progenitores, para permitirle que se adapte a la situación post-ruptura, en estado de absoluta normalidad tanto en él como en su padre, que un sistema restringido y ello en un momento en que se ha alcanzado por el menor la suficiente madurez e independencia física respecto de su madre, rebasado con creces el periodo de lactancia, cuando puede el padre prodigarle las mismas atenciones que la progenitora, incluida la ayuda en la realización de las tareas y actividades escolares, al ser perfecto conocedor de las necesidades en todo orden del niño, por cuanto de manera cotidiana se venía ocupando del mismo hasta el momento en el que se puso fin a la convivencia. Es más, continúa indicando que no se advierte que los contactos vayan a interferir en las necesidades escolares del menor, pues podrá ser ayudado en la realización de las tareas y deberes en los

días martes y jueves por su padre, como le podrá este acompañar a las actividades extraescolares.

Régimen normalizado que deberá ser establecido para aquellos supuestos en los que las relaciones de los menores con sus progenitores son normales y no presentan ninguna circunstancia de la que pudiera desprenderse un temor razonable de que una comunicación normalizada, sin límites o prevenciones, pudiera constituir un riesgo o perjuicio para la adecuada formación, educación, salud física o mental del hijo. Por este motivo, por poner un ejemplo ilustrativo, la SAP de A Coruña (Sección 5ª) núm. 136/2016 de 6 mayo estima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Carballo, de 22 de noviembre de 2013 que establecía a favor del padre un régimen de visitas en virtud del cual éste podrá tener al menor en su compañía los fines de semana alternos, una tarde entre semana, la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa, así como el mes de verano repartido en quincenas. Y lo estima en el sentido de ampliarlo, "eliminando las restricciones que cabe observar en el mismo si se compara con un régimen ordinario habitualmente aplicable para aquellos casos en los que las relaciones de los menores con sus padres y de éstos entre sí son normales y no presentan especial conflictividad"[22]. Ampliación que la Sala justifica en detalle y cuyas reflexiones considero oportuno reproducir: "Creemos que la ampliación del régimen de visitas ahora acordada se encuentra justificada desde la perspectiva de la efectiva realización del interés superior del menor, ya que, lo contrario, y dada la consolidada situación de guarda y custodia existente hasta ahora a favor de la madre así como las limitaciones apreciadas en el régimen de visitas establecido a favor del padre, se podría generar el riesgo de que el niño viese constituido su desarrollo adaptativo excesivamente en torno a la figura materna y en detrimento de la paterna, cuando el mantenimiento de las relaciones paterno-filiales y la comunicación de los hijos con sus padres no custodios deviene absolutamente necesaria para que aquéllos puedan formarse y desarrollarse íntegramente. No cabe duda de que resulta imprescindible mantener de modo normalizado el contacto y la estancia con el padre y con el ambiente paterno por convenir así al desarrollo y formación del menor. Esta normalización de relaciones exige que la presencia paterna no se reduzca solo a los períodos de ocio o vacacionales de los que pueda disfrutar su hijo, sino que se extienda igualmente a los períodos en los que éste desarrolla su actividad rutinaria y ordinaria de todos los días, a lo que de

22 Lo amplía en los siguientes términos: podrá el padre tener al menor en su compañía durante los siguientes períodos: a). Dos tardes durante la semana que, en defecto de acuerdo, serán los martes y los jueves en el mismo horario ya marcado en Instancia de 16.00 horas a 19.30 horas. b). Los fines de semana alternos desde la salida del centro escolar el viernes hasta la entrada en el mismo el lunes. c). La mitad de todos los períodos vacacionales de los que pueda disfrutar el menor, incluyendo en este reparto por mitades no solo la Navidad y la Semana Santa, sino también el período estival, correspondiendo elegir las primeras o segundas mitades al padre en los años impares y a la madre en los años pares. d). En los restantes extremos, se mantiene el régimen de visitas fijado en la Sentencia de Instancia.

modo palmario contribuye que el progenitor no custodio lo pueda tener en su compañía dos tardes a la semana y los fines de semana alternos desde la salida el viernes del centro escolar hasta su entrada en el mismo los lunes. Además, al tener el padre que recoger a su hijo en el colegio con cierta habitualidad, se fomenta su mayor participación en las actividades tanto escolares como extraescolares del menor. Y al prescindir de la división por quincenas de las vacaciones estivales y extender a este período vacacional el reparto equitativo por mitades ya fijado en la Sentencia de Instancia para las Navidades y la Semana Santa, se promueve que el menor pueda integrarse con normalidad en la rutina del padre y viceversa, lo que vendría facilitado por la circunstancia de que ambos estarían juntos por un único período de tiempo más prolongado y no por dos cortos fraccionados. Es cierto que el Auto de medidas provisionales ya contemplaba este reparto por mitades entre ambos progenitores de las vacaciones estivales, que la Sentencia recurrida prescindió del mismo acordando repartir por quincenas dicho período vacacional porque así lo habían interesado ambas partes litigantes y que el apelante manifestó expresamente en su escrito de recurso su pretensión de que el régimen de visitas para los períodos de vacaciones escolares de verano, Navidad y Semana Santa se mantuviese según lo establecido en Instancia. Pero también es cierto, como ya advertimos previamente, que las medidas referentes a menores son cuestiones de orden público que no quedan sujetas al principio dispositivo y de rogación, por lo que la fijación del régimen de visitas del progenitor no custodio en los períodos de vacaciones estivales debe siempre llevarse a cabo atendiendo al interés superior del menor (*favor filii*), el cual ha de prevalecer sobre los intereses particulares o la mera comodidad de sus padres".

III. LA PÉRDIDA DEL CARÁCTER "EXCEPCIONAL" DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio introdujo en el art. 92 CC la posibilidad de establecer la mal denominada guarda y custodia compartida. No resulta pertinente efectuar en esta sede un análisis de los numerosos problemas que el régimen jurídico de la custodia compartida plantea, en gran parte motivado por el silencio del Código Civil en temas capitales como, por ejemplo, en el relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar en estos casos. Me limitaré, por tanto, a poner de manifiesto únicamente dos ideas:

Superados los primeros pronunciamientos judiciales tras la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 8 de julio, que defendían el carácter excepcional de la guarda y custodia compartida en ausencia de acuerdo de los progenitores, el Tribunal Supremo, a partir de la Sentencia (Sala de lo Civil) núm. 623/2009 de 8 de octubre, pero singularmente de las Sentencias (Sala de lo Civil) núm. 237/2011 de 7 de julio,

núm. 579/2011 de 22 de julio y núm. 257/2013 de 29 de abril[23] declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5 , 6 y 7 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando, y he aquí lo más importante que aporta la Sentencia, que la redacción del artículo 92 del Código Civil no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea[24].

En segundo lugar, entre las numerosas ventajas que este sistema de atribución de la guarda y custodia presenta cabe señalar, con el Tribunal Supremo, que se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; se evita el sentimiento de pérdida; no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos[25].

Se observa, en consecuencia, un progresivo, aunque lento, abandono del principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro, superándose la visión de la custodia compartida como

23 Doctrina reiterada, entre las más recientes, en STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm.458/2019 de 18 julio, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 637/2019 de 25 noviembre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 15/2020 de 16 enero, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 311/20202 de 16 junio, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 559/2020 de 26 octubre.

24 Téngase en cuenta que el art. 92 CC ha sido objeto de reforma por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

25 STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 368/2014 de 2 julio ampliamente reiterada. Entre las más próximas, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 637/2019 de 25 noviembre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 15/2020 de 16 enero, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 311/20202 de 16 junio, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 559/2020 de 26 octubre.

un modelo excepcional. Es más, algunos derechos forales, dando un paso más, otorgan a este sistema carácter preferente.

Son muchos y variados los modos de custodia compartida y de ejercicio de la misma, siendo el más habitual la denominada custodia alterna que pasa por una distribución temporal de los periodos en los que cada uno de los progenitores disfruta de la compañía de sus hijos y el otro es titular de un derecho de visitas. Periodos de alternancia en el régimen de comunicación y estancia que puede ser diario, semanal, quincenal, mensual, trimestral, por año natural, por curso académico, etc. Si bien, ello no implica que sea imprescindible un reparto absolutamente paritario del tiempo[26] siendo, por ejemplo, posible una alternancia de periodos lectivos y no lectivos cuando los padres residen en localidades distintas[27]. En este sentido, llama la atención Campo Izquierdo sobre el hecho de que la guarda y custodia compartida se ha introducido "para dejar atrás, en la medida de lo posible, las situaciones que se daban hasta ahora, de que la guarda y custodia se atribuía a un cónyuge (primer premio) y las visitas al otro (premio de consolación). Medida que, si bien al principio se pidió en avalancha, dando lugar a situaciones muy pintorescas, tales como: el hijo cada día estaba y dormía con uno de los progenitores, o por semanas o meses, tal vez por: a) una mala interpretación de la norma, en el sentido de que la misma se introducía en nuestro ordenamiento para equilibrar la situación de ambos cónyuges; y no para salvaguardar el derecho del menor de estar y comunicarse con cada progenitor, o b) por no valorar las

26 Indica Moreno Velasco (en "La custodia compartida. Dos cuestiones prácticas: supuestos contenciosos sin acuerdo de los progenitores y formas de ejercicio", *Boletín de Derecho de Familia,* 2009, p. 7) lo importante no es la existencia de un régimen matemáticamente igualitario de estancia sino una corresponsabilidad en derechos y obligaciones respecto al niño. Tesis compartida por Garcia Presas, I.: *Guarda y custodia de los hijos*, Juruà, Lisboa, 2015, p. 55; López-Brea Martínez, Mª C.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial", en *El derecho de familia ente la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 262; Martínez Calvo, J.: *La guarda y custodia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 72. En esta línea, señala la SAP Toledo de 1 de julio de 2008, una custodia compartida no tiene por qué consistir necesariamente en un reparto por periodos de tiempo de la custodia exclusiva siendo preferible un reparto de responsabilidades. El padre en este caso asume la responsabilidad de cuidar de su hijo por las tardes, con todo lo que ello implica en un menor a punto de cumplir los 9 años, lo que significa encargarse en gran medida de ayudarle en sus estudios y deberes académicos, actividades extraescolares y en definitiva la gran mayoría de las cuestiones verdaderamente importantes y trascendentales que ocupan el tiempo de su hijo. En definitiva, está asumiendo unas obligaciones y un grado de responsabilidad en la educación y desarrollo de su hijo, mucho mayores incluso que las que han correspondido a la madre En idéntico sentido, indica la SAP de Zaragoza (Sección 2ª) núm. 180/2011 de 29 marzo que la custodia compartida "no supone una distribución exactamente paritaria del tiempo que el menor debe pasar con cada padre, debiendo acomodarse a las circunstancias concretas en cada caso concurrentes (laborales, distancia geográfica, obligaciones educativas, edad de los hijos, etc.) y, aceptando, aunque de forma subsidiaria, la madre una custodia compartida en los términos que expone en su recurso, debe accederse a esta petición, por estimarse la más adecuada al exclusivo interés del niño, entendiendo que el largo periodo que la Sentencia fija de semestres alternos no satisface sus especiales necesidades de todo orden". En contra se sitúan aquellos pronunciamientos judiciales como la SAP de Salamanca (Sección 1ª) núm. 332/2016 de 18 julio que afirman que el sistema de guarda debe ser equilibrado y de alcance uniforme en cuanto a los periodos de efectiva guarda por cada progenitor. En la doctrina, considera que la custodia compartida implica una equiparación de los periodos de estancia Pérez Conesa, C.: "Concesión de la custodia de los menores a ambos progenitores conjuntamente y atribución de la vivienda familiar (STS de 16 de abril de 2016)", en *Guía práctica de las crisis matrimoniales*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 916.

27 García Presas, I.: *Guarda y custodia de los hijos*, 2015, p. 59.

consecuencias que podían producir esos cambios continuos en la convivencia del menor con cada progenitor; ahora se solicita con más cautela. Por tanto, hay que valorar que la guarda y custodia compartida, no implica actuar como el rey Salomón y dividir el tiempo del menor al 50%; sino que tiene como finalidad que el menor esté con cada progenitor el máximo tiempo posible, valorando sus horarios de sueño, de estudio, su grupo de amigos, sus actividades lúdicas y extraescolares, etc. Es decir, compartir la guarda y custodia del hijo de ambos, no con parámetros simplemente temporales, sino con criterios de calidad y dedicación"[28].

Para concluir, es necesario hacer hincapié en la necesidad de que el convenio regulador, judicialmente aprobado, o el juez, en la sentencia que pone fin a un procedimiento contencioso de nulidad, separación o divorcio, se pronuncie de manera expresa sobre el régimen de visita, comunicación y estancia de los hijos menores de edad en el momento de la ruptura por tratarse de una materia de orden público. También cuando se ha optado por una guarda y custodia compartida con base en los siguientes argumentos: Por un lado, por lo que se refiere el convenio regulador, el art. 90 CC establece que deberá contener, "al menos" y siempre que fueran aplicables, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos. El art. 91 del mismo cuerpo legal dispone que en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, "determinará" conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos. Imperatividad que también se deduce del tenor del art. 103 CC al establecer que el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, "adoptará", con audiencia de éstos, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Carácter, por tanto de *ius cogens* que no veo motivo alguno para que deba ser excluido en los supuestos de atribución de una guarda y custodia compartida. Se exige, por tanto, un pronunciamiento al respecto, aun cuando sea en el sentido de que la periodificación semanal de los periodos de custodia no hace necesario el establecimiento de visitas, pero pronunciamiento debe haber. Es más, aun cuando en el caso concreto, y no será lo habitual, no se estimen procedentes visitas intersemanales o de fin de semana, no estaría de más contemplar una previsión relativa al régimen de comunicaciones y, por supuesto, al disfrute de las vacaciones[29].

28 Campo Izquierdo, J.L.: "La conflictividad y los procesos matrimoniales", *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, 2006, p. 4-5.

29 Un análisis del régimen de visitas en supuestos de custodia compartida puede verse en Ordás Alonso, M.: *El régimen de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Bosch, Barcelona, 2019, p. 149 y ss.

IV. LA IGUALACIÓN DEL TIEMPO QUE AMBOS PROGENITORES PASAN EN COMPAÑÍA DE SUS HIJOS. LA NEGATIVA AL RECONOCIMIENTO DE UNA CUSTODIA COMPARTIDA EN ESTOS CASOS.

Cuando se establece un régimen de guarda y custodia exclusiva o monoparental con un régimen de visitas consistente en dos días intersemanales con pernocta más fines de semana alternos y mitad de vacaciones se está igualando el tiempo que ambos progenitores estarán en compañía de sus hijos. Si ese régimen de visitas se desarrolla con normalidad ¿no es factible pedir un cambio de régimen de guarda? Ciertamente sorprende el ingente número de resoluciones judiciales que afirman la idoneidad de ambos cónyuges para hacerse cargo del cuidado de sus hijos para, a renglón seguido, descartar el establecimiento de una guarda y custodia compartida, pero establecer un régimen de visitas que, de *facto*, iguala los tiempos entre ambos progenitores[30]. ¿Qué motivo ha llevado al juzgador a no establecer la custodia compartida en estos casos? Con contadas excepciones, en los fundamentos de las sentencias no se aprecia dato alguno que justifique la denegación de la custodia compartida en estos supuestos.

Con carácter previo a adentrarme en dicha problemática, considero oportuno ilustrar lo expuesto con dos ejemplos:

La SAP de Badajoz (Sección 2ª) núm. 634/2018 de 11 diciembre conoce del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia en la que, modificando el contenido de la sentencia de divorcio dictada en su día, se reconoce al padre, como progenitor no custodio, y en relación con la hija menor, unas visitas intersemanales en lunes, miércoles y viernes desde la salida del colegio hasta las 21,30 horas; y los fines de semana alternos se iniciarán los viernes a la salida del colegio. Un amplísimo régimen de visitas intersemanales, por tanto. Padre que interesa se revoque la sentencia para acordar la modificación de la medida en relación a la guardia y custodia a favor del progenitor no custodio, estableciendo un régimen de custodia compartida, en el que la menor permanezca una semana con cada uno de los progenitores, siendo recogida por el progenitor no custodio esa semana en el domicilio del otro progenitor, los domingos a las 21 horas. Recurso que es desestimado con apoyo en los siguientes argumentos esgrimidos por la Sentencia de Primera Instancia y que la Audiencia dice compartir: 1º. Uno

30 Esta situación es implícitamente reconocida por la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 599/2014 de 6 noviembre en la que el segundo motivo del recurso de casación denuncia la infracción del artículo 92 del Código Civil por aplicación incorrecta del principio de protección del menor considerando que la pernocta de dos días entre semana con el padre, que conlleva una equiparación con los tiempos que el menor pasa con sus progenitores, convierte la medida en una guarda y custodia compartida, aun cuando no se contempla la misma, en claro perjuicio del menor. Motivo que es desestimado pues no advierte el Tribunal en que forma puede afectar a un menor una equiparación de los tiempos de permanencia con uno y otro progenitor, sino es en favor y en beneficio del niño. Totalmente de acuerdo con la apreciación del Tribunal Supremo, pero, si esto es así, ¿no deberíamos estar hablando de custodia compartida de derecho y no solo de hecho?

de los principales problemas de la menor es el extenso periodo de tiempo en que diariamente permanece sola, habida cuenta el horario laboral de la madre, de 16.30 a 21,30 horas de lunes a viernes, salvo el miércoles que lo es de 13 a 21,30 horas, unido al horario de las visitas intersemanales establecidas a favor del progenitor no custodio, en lunes, miércoles y viernes de 13,30 h. a 16,45 h., y del inicio de los fines de semana alternos que corresponde al padre 20,30 h. del viernes. 2º. La solicitud de custodia compartida, bien por quincenas, bien por semanas alternas, no sería la solución por cuanto, en los periodos de tiempo en que la menor permanece bajo la custodia de la madre, se estaría ante la misma situación. Es por ello que se estima que solo mediante una ampliación del régimen de visitas a favor del progenitor no custodio queda debidamente tutelado el interés superior de la menor, de tal forma que con las visitas intersemanales en lunes, miércoles y viernes desde la salida del colegio hasta las 21,30 h. e inicio de los fines de semana alternos, a la salida del colegio el viernes, se evitaría la situación actual, siendo así que el progenitor no custodio, con independencia del horario laboral del mismo, al haber conformado una nueva unidad familiar, garantizaría que la menor estuviera en compañía de terceros durante tres tardes a la semana y por ende, debidamente controlada, lo cual vendría a favorecer, de un lado, la evolución escolar de la menor y, de otro, evitaría situaciones como las que ya han acaecido, y que suponen un perjuicio considerable para la misma. 3º. De este modo, resulta beneficioso el criterio de ampliación del horario los días que convive la menor con el progenitor no custodio, lo que favorece su evolución escolar y evita o palia determinados problemas padecidos en el pasado. 4º. La custodia compartida no es viable, siempre que se mantengan las actuales circunstancias.

La única circunstancia a la que alude la Sentencia es el excesivo tiempo que la menor pasa sola debido a la situación laboral de la madre que ejerce la guarda y custodia. Problema que se ve parcialmente solventado mediante la atribución de tres días de visitas intersemanales al padre, lo que implica que la menor continúa estando sola dos días. No son pocos los pronunciamientos judiciales que niegan el establecimiento de una custodia compartida con apoyo en el poco tiempo disponible que la jornada laboral deja a uno de los progenitores, justo el supuesto inverso al aquí considerado en el que quien tiene problemas de horarios es quien ostenta la custodia y a quien puede hacerse cargo del cuidado de la menor le es negado el establecimiento de una custodia compartida. Sorprende el fallo de la sentencia pues, ante unos mismos hechos, me atrevo a aventurar que un número importante de magistrados hubiera atribuido la guarda y custodia al padre con un régimen de visitas de fines de semana alternos a la madre, lo que podría haberse acordado por la Audiencia si partimos de que en esta materia los principios dispositivos y de rogación se encuentran atenuados, no pudiendo incurrir el juez en incongruencia *extra petita* si el beneficio del menor así lo exige y en este caso no puede estar más claro que así es cuando va a continuar permaneciendo solo

dos tardes a la semana. No solo no ha acontecido así, sino que "siempre que se mantengan las actuales circunstancias", indica la Audiencia, tampoco procede la custodia compartida.

El otro ejemplo al que aludía no es otro que la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 346/2016 de 24 mayo que parte de un sistema de visitas que permite al padre las visitas intersemanales de lunes a viernes. En definitiva, todos los días de la semana que no son abarcados por lo que se considera el fin de la misma. Formulada demanda de modificación de medidas solicitando el cambio de custodia para que esta sea compartida, se desestima porque no se acredita que un sistema de cambio de guarda beneficie a los menores.

Pero vayamos por partes. En una primera época, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, con mejor criterio que en la actualidad, vino a reconocer que la custodia deviene compartida cuando "el padre no solo pretende ocuparse personalmente de su hija de su hija dos días laborables a la semana desde la salida del colegio hasta las 20 horas sino que pernocte en casa esas dos noches..."[31].

En esta línea, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 585/2015 de 21 octubre estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancias inferiores que, reconociendo la capacidad de ambos progenitores, la vinculación afectiva de los menores con ambos y el compromiso y participación activa del padre en la crianza de los menores establece un amplísimo régimen de visitas al padre aproximándolo a la custodia compartida, pero sin instaurar esta. A la luz de lo expuesto, considera el Tribunal Supremo, en la sentencia recurrida se considera a la custodia compartida, *de facto,* como un sistema excepcional que exige una acreditación especial, cuando la doctrina jurisprudencial lo viene considerando como el sistema deseable cuando ello sea posible, no pudiendo aceptar que el mantenimiento provisional de un sistema de guarda por la madre, durante la separación de hecho, impida la adopción del sistema de custodia compartida. Si la edad de los menores no desincentiva tan amplio régimen de visitas tampoco debe ser la causa de excluir el sistema de custodia compartida[32]. En este sentido,

31 STS (Sala de lo Civil) de 29 de septiembre de 2009.

32 Igual acontece con la conflictividad en la SAP de Barcelona (Sección 18ª) núm. 329/2016 de 3 mayo. Teniendo como punto de partida la sentencia apelada en la que "la guarda de los dos hijos comunes será distribuida entre ambos progenitores, de manera que estarán bajo la guarda del padre en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada en el mismo, así como todos los miércoles desde la salida del colegio hasta el jueves a la entrada en el mismo y los lunes siguientes a un fin de semana que no le haya correspondido desde la salida del colegio hasta las 21 horas en que los llevará al domicilio materno ya cenados y, en su caso, con los deberes hechos. El resto del tiempo estarán bajo la guarda de la madre. Las estancias de fines de semana se prolongarán a los días anteriores o siguientes al fin de semana en cuestión, en el caso de que los mismos sean festivos, así como en los llamados "puentes". Si en un puente que correspondiera a la madre estuviera incluido el jueves, el padre le llevará los menores a su casa a las 10 de la mañana. Los días festivos sueltos intersemanales se repartirán alternativamente entre padre y madre, correspondiendo el primero que haya después de notificarse esta sentencia al padre, y así sucesivamente" considera que no es posible un régimen de custodia compartida en la medida en que existe una gran conflictividad entre las partes de la que da buena cuenta el hecho de que en seis años hayan tenido

señala la STS de 29 de noviembre de 2013, "que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en medidas provisionales no es especialmente significativo para impedirlo no solo porque dejaría sin contenido los preceptos que regulan la adopción de las medidas definitivas si las provisionales funcionan correctamente, sin atender las etapas del desarrollo de las hijas, sino porque tampoco se valora como complemento el mejor interés de las menores en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando, incluso, ya ha funcionado durante un tiempo y se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual". En consecuencia, se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 del CC y jurisprudencia que lo desarrolla, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida: a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. b) Se evita el sentimiento de pérdida. c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

Es lo cierto que el Tribunal Supremo considera que no es posible un recurso de casación con la única finalidad de cambiar la denominación del régimen de custodia. Así, afirma, «no cabe recurso de casación para obtener un cambio de denominación en el sistema de custodia, pues el régimen de visitas no varía»[33].

Por extenso, insistiendo en esta idea, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 526/2016 de 12 septiembre refiere que se trata de una cuestión meramente semántica, si bien en el desarrollo de los fundamentos de la misma queda claramente de manifiesto que tal afirmación es falsa. Vayamos por partes:

1º. La sentencia que ahora se recurre en casación mantuvo el sistema de guarda y custodia exclusiva en favor de la madre con un amplio sistema de visitas paterno filiales de fines de semana alternos, mitades vacacionales y días intersemanales con pernocta.

2º. Se reconoce igual capacitación e implicación del padre en el cuidado y atención en todo orden de la hija, así como la idéntica disposición de infraestructura y medios, y excelente vinculación de la niña con este progenitor.

cinco procedimientos judiciales. Si hay conflictividad para acordar una custodia compartida, la hay para imponer un amplio régimen de visitas. Es más, cabe pensar en la posibilidad de que la custodia compartida plantee menos puntos de fricción que el sistema de visitas establecido en la Sentencia.

33 STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 595/2017 de 8 noviembre. En los hechos sometidos a la consideración de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 564/2017 de 17 octubre el recurrente entiende que, dado que *de facto* el tiempo de estancia de la menor con cada uno de los progenitores es del 50%, debe denominarse tal sistema como custodia compartida -dos tardes con pernocta, fines de semana alternos y mitad de vacaciones-. Así las cosas, indica el Tribunal Supremo, "esta Sala debe declarar que no cabe recurso de casación para obtener un cambio de denominación en el sistema de custodia, pues el régimen de visitas no varía, dado que el recurrente pretende mantener el mismo sistema de estancias de los menores, que el conseguido en la última modificación de medidas, de lo que se deduce que no hay un cambio sustancial de circunstancias que justifique la pretensión del recurrente".

3º. Ello no basta para acceder a lo pedido, "que por cierto, no es sino producto de la semántica, de quedarse en la literalidad de las palabras, cuando la única consecuencia práctica que derivaría del éxito de la pretensión quedaría en el plano de la denominación", pues el interés de esta niña aconseja en todo caso el mantenimiento de la distribución que se ha efectuado en la instancia del tiempo disponible de la niña con uno y otro progenitor.

4º. "En el concreto supuesto que se enjuicia prácticamente se desarrolla una guarda y custodia compartida alternativa, en cuanto, reiteramos, se ha repartido el tiempo de permanencia con uno y otro progenitor de manera equitativa, en espacios cronológicos semejantes, de manera que al caso viene a ser tan solo nominal el mantenimiento de la guarda y custodia a la madre, sin necesidad de recurrir por ahora a otras medidas más drásticas".

5º. "El recurso se entiende únicamente desde la idea de que bajo la cobertura de la guarda y custodia compartida que establece el artículo 92 del Código Civil, se deben adoptar medidas distintas con relación a la vivienda y alimentos que las que pudieran acordarse en los supuestos de guarda exclusiva de los hijos por uno de los progenitores".

6º. La madre no trabaja desde que nació la niña y se ha dedicado en exclusiva a su cuidado, frente al padre cuyo trabajo le exige una dedicación de tiempo importante, con viajes al extranjero, con lo que este periodo de mayor convivencia de la madre con la niña en la que fue vivienda familiar va a permitir que la toma de decisiones habituales se mantenga en una misma dirección, que es lo que a la postre ha llevado a ambas instancias a adoptar la medida cuestionada en términos de razonada prudencia, y, por supuesto, en beneficio e interés de la menor, atendiendo a criterios reiteradamente expresados por esta sala sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con la menor; a sus aptitudes personales; a los deseos manifestados por la niña; al número de hijos y al cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con la hija común.

Respecto a la expresión "sin necesidad de recurrir por ahora a medidas más drásticas" utilizada por el Tribunal Supremo ¡qué decir! No se plantea la privación de la patria potestad, ni la supresión del régimen de visitas, sino el establecimiento de una guarda y custodia compartida ¿es drástica la custodia compartida? ¿no es el propio Tribunal Supremo el que a partir de la Sentencia (Sala de lo Civil) núm. 623/2009 de 8 de octubre ha declarado como doctrina jurisprudencial que la custodia compartida, lejos de ser excepcional, es un sistema normal e incluso deseable? Pero es más, si para adoptar un sistema de custodia compartida, como la propia Sentencia indica, debe atenderse a criterios sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con la menor; a sus aptitudes personales; a los

deseos manifestados por la niña; al número de hijos y al cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con la hija común y, como la misma resolución reconoce, el padre tiene igual capacitación e implicación en el cuidado y atención de todo orden de la menor, con excelente vinculación con la niña y esta tiene una edad cuyos deseos no son determinantes, no se explica el por qué no se concede una custodia compartida. Para concluir, el Tribunal Supremo resulta incongruente al afirmar que se trata de una cuestión meramente semántica para, a renglón seguido, indicar que la custodia exclusiva atribuida a la madre tiene como consecuencia que sea ella quien tome las decisiones habituales que tengan que ver con la hija común. Es verdad que el cambio de denominación también pudiera tener alguna repercusión en materia de prestación de alimentos y atribución del uso de la vivienda familiar en los términos que posteriormente me permitiré explicitar, pero ¿y por qué no?

Que la cuestión no se circunscribe a un cambio de denominación lo demuestra su repercusión en materia alimenticia pues, frente a la habitual imposición de una obligación de alimentos que se hace recaer sobre el progenitor no guardador en regímenes de custodia exclusiva, cuando de custodia compartida se trata, en opinión del Tribunal Supremo en Sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 390/2015 de 26 junio, en principio, el régimen de guarda y custodia comporta que cada progenitor, con ingresos propios, atienda directamente los alimentos cuando tenga consigo a la hija. El problema surge cuando existen diferencias sustanciales en los ingresos y recursos de uno con reparto al otro y no es posible cumplir la regla de atemperar los alimentos a las necesidades de los hijos y recursos de los padres - artículo 93 CC- especialmente en el momento en que estos permanecen bajo la custodia del menos favorecido. La misma idea subyace en las Sentencias (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 55/2016 de 11 febrero y núm. 133/2016 de 4 marzo en las que específicamente se declara que la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno, ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da[34]. Con la misma base, las SSTS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 658/2015 de 17 noviembre y núm. 545/2016 de 16 septiembre imponen a ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos

34 Sumamente gráfica resulta la SAP de Islas Baleares (Sección 4ª) núm. 120/2016 de 22 abril al establecer que "la diferencia en la capacidad económica de los progenitores justifica, que aun existiendo una custodia compartida, el progenitor que posea superiores ingresos o medios económicos contribuya también a la obligación de alimentos de los hijos, mediante el pago de una pensión al otro progenitor, puesto que, permaneciendo inalterable la necesidad de los hijos, sería contrario a la regla de proporcionalidad del art. 145 y 147 CC y al principio del *favor filii*, su no establecimiento. No debemos olvidar que los hijos tienen derecho a compartir con sus padres, sin cicaterías, el nivel económico y medios de vida de que estos disfrutan y que para ello, en una situación de guarda compartida, se hace preciso en ocasiones, para que no se produzcan desequilibrios evidentes entre la vida con uno y otro progenitor, fijar a cargo del que está en mejor situación económica una pensión de alimentos".

ordinarios y extraordinarios al 50%, al no controvertirse la situación equilibrada de los ingresos de los padres. Establece excepciones a dicha regla la STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 33/2016 de 4 febrero en la que se establece que "cada progenitor afrontará los alimentos en los periodos en que tenga la custodia del menor, con excepción de los de inicio del curso escolar (libros, material escolar, chándal, uniforme, si es el caso), que deberán compartirse que en cada periodo pese a la consideración de ordinarios. Los gastos extraordinarios se abonarán por mitad teniendo la consideración de tales los médico-farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, clases de apoyo escolar que pueda necesitar la menor y actividades extraordinarias consensuadas por ambas partes". La SAP de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 673/2015 de 9 diciembre fija en doscientos veinticinco euros al mes la contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de la menor, de los que la madre satisfará una tercera parte y el padre las otras dos terceras partes. Por tanto, si bien la regla de la proporcionalidad en el pago de los alimentos rige en uno y otro tipo de custodia, en la práctica no es igual hacer recaer la obligación sobre el progenitor no custodio o sobre los dos, en el mismo o diferente tanto por ciento. Hay que pensar, no obstante, que el tiempo que el menor pasa con uno u otro progenitor habrá sido tenido en cuenta por el juzgador a la hora de fijar la cuantía de la prestación alimenticia, pero eso es mucho suponer[35].

El cambio tampoco es meramente semántico en materia de vivienda pues, frente a la aplicación a los supuestos de custodia exclusiva del primer párrafo del art. 96.1 CC, que atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos comunes menores de edad y al progenitor en cuya compañía queden hasta que aquellos alcancen la mayoría de edad, ante el silencio legal, parece existir unanimidad a la hora de estimar que el primer párrafo del art. 96 CC, pensado para la guarda y custodia exclusiva o unilateral, no es aplicable a los supuestos de guarda y custodia compartida[36], siendo necesario acudir a las previsiones del segundo párrafo del mismo precepto legal[37]. Referencias que, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021,

35 *Vid.* Ordás Alonso, M.: *La cuantificación de las prestaciones periódicas en las crisis de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico, ruptura de las parejas de hecho*, Bosch, Barcelona, 2017.

36 SAP de Salamanca (Sección 1ª) núm. 332/2016 de 18 julio. *Vid.* Ordás Alonso, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrente*s, Bosch, Barcelona, 2018.

37 Por extenso, indica González del Pozo (en "El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida", *Diario La Ley*, 2009, p. 1) "los efectos que aquí interesan, existe una evidente identidad de razón entre el supuesto de guarda y custodia conjunta o compartida y el de guarda partida o repartida: en ambos casos, la guarda y custodia sobre los hijos menores, o, si se prefiere, el ejercicio efectivo de la patria potestad sobre los hijos desarrollado a través de convivencia habitual con los mismos, se ejerce por ambos progenitores y no sólo por uno de ellos. En el caso de la custodia compartida, cada uno ejercita las funciones inherentes a la custodia sobre todos los hijos, que permanecen juntos, pero de forma alterna o sucesiva y en períodos de estancia preestablecidos. Cada progenitor ejerce la custodia sobre todos los hijos en períodos alternos. En el caso de la custodia partida, cada progenitor ejercerá la custodia de forma permanente o indefinida pero sólo sobre uno o varios hijos. Mientras en la guarda compartida, lo que se reparte son los períodos de tiempo en que cada progenitor ejercita la función de guarda y custodia de todos los hijos menores comunes, en la guarda partida, se produce una distribución o reparto de los hijos entre los progenitores y se separa a los hermanos, ejerciéndose la custodia sobre cada uno o varios de ellos por un progenitor de forma permanente e indefinida".

de 2 de julio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica hay que entender efectuadas al art. 96.1, párrafo cuarto, CC toda que vez que la reforma del mismo continúa sin contemplar expresamente la atribución del uso de la vivienda familiar en supuestos de la guarda y custodia compartida[38].

Esta es la tesis mantenida por el Tribunal Supremo desde la ya famosa Sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 593/2014 de 24 octubre[39] a cuyo tenor "lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente". Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC".

38 *Vid*. Ordás Alonso, M.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en la nueva redacción del art. 96 CC fruto de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", en Chaparro Matamoros, P.: *La vivienda en las crisis familiare*s, Tirant lo Blanch, Valencia, (en prensa).

39 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 593/2014 de 24 octubre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 434/2016 de 27 junio, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 522/2016 de 21 julio, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 183/2017 de 14 marzo, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 513/2017 de 22 septiembre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 517/2017 de 22 septiembre, STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 95/2018 de 20 febrero. SAP de Málaga (Sección 6ª) núm. 215/2016 de 31 marzo, SAP de Alicante (Sección 9ª) núm. 322/2016 de 14 julio, SAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 103/2016 de 13 septiembre, SAP de Madrid (Sección 22ª) núm. 291/2017 de 29 marzo, SAP de Valencia (Sección 10ª) núm. 347/2017 de 12 abril. Sirva como ejemplo la SAP de Málaga (Sección 6ª) núm. 782/2015 de 15 diciembre a cuyo tenor "siendo el interés que se protege en el artículo 96 CC, no la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, ante la ausencia de normas que regulen la guarda y custodia compartida y el criterio establecido en el artículo 154 CC, es de aplicación analógica el artículo 96 a casos como el enjuiciado de forma que permite la atribución de la vivienda a uno solo de los progenitores custodios, conclusión que viene reforzada con la norma contenida en el mismo artículo 96 a continuación de la analizada al dejar a criterio de los Tribunales atribuir el uso de la vivienda a uno u otro de los progenitores "cuando alguno de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro", pues esta norma implica una ruptura del binomio custodia-vivienda en casos similares a los de la guarda y custodia compartida pues si bien no contempla el supuesto de que el mismo hijo esté bajo la guarda y custodia de ambos progenitores, sí está previendo que ambos progenitores sean custodios y sin embargo solo se otorga el uso de la vivienda familiar a uno de ellos".

Las ideas clave que se derivan de la opinión jurisprudencial expuesta pueden sintetizarse en las siguientes: 1. El precepto aplicable es el segundo párrafo del art. 96 CC, hoy art. 96.1, cuarto párrafo, CC. 2. Habrá que atender al interés más necesitado de protección tal y como dicho artículo impone y este interés se concreta en aquella atribución del uso que permita compaginar los periodos de estancia de los hijos con ambos progenitores, en definitiva, que permita el efectivo ejercicio de una guarda y custodia compartida. 3. No es indiferente la titularidad dominical de la vivienda. 4. A diferencia de lo que acontece bajo el ámbito de aplicación del primer párrafo del art. 96 CC, es posible imponer una limitación temporal a la atribución de dicho uso.

Ahora bien, el establecimiento de una duración temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar que la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 593/2014 de 24 octubre admite como mera posibilidad es elevado a requisito imprescindible en posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo en la medida en que, partiendo de la aplicación analógica del segundo párrafo del art. 96 CC, hoy párrafo cuarto del art. 96.1CC, que permite al juez resolver "lo procedente" y teniendo en cuenta el factor más necesitado de protección, que no es otro que el que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con ambos padres, continúa estableciendo que "existe un interés sin duda más prevalente (STS de 15 de marzo de 2013) que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que, conforme a la regla dispuesta en el art. 96 CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar «esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con el conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 CC, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales'"[40].

A modo de síntesis, por más que el Tribunal Supremo insista, la solicitud de una custodia compartida cuando ya se tiene un régimen de visitas que iguala el tiempo

40 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 215/2016 de 6 abril, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). 545/2016 de 16 septiembre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 42/2017 de 23 enero, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 110/2017 de 17 febrero, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 183/2017 de 14 marzo, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 294/2017 de 12 mayo, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 513/2017 de 22 septiembre, SAP de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 420/2016 de 30 junio, SAP de Barcelona (Sección 12ª) núm. 263/2017 de 9 marzo, SAP de Cáceres (Sección 1ª) Sentencia núm. 146/2017 de 21 marzo,

entre ambos progenitores no se trata de un mero cambio de denominación, no es una mera cuestión semántica. Así lo viene a reconocer expresamente el Tribunal Supremo en Sentencia núm. 656/2021 de 4 de octubre al afirmar que "la paridad temporal que establece el juzgado es en base a las mutuas aptitudes de los progenitores y de sus circunstancias personales, por lo que no se encuentra razón para eludir el *nomen* del sistema de custodia compartida, que *de facto* se ha establecido" y, a continuación, tratar la cuantía de la prestación alimenticia y la atribución del uso de la vivienda familiar con arreglo a la doctrina jurisprudencial establecida para los supuestos de custodia compartida.

Si el problema viene dado porque la custodia compartida se solicita con el mismo reparto de días que ya se está llevando a cabo, pidiendo el cambio de una guarda y custodia compartida "de hecho" por otra de derecho o simplemente nominal y, a decir del Tribunal Supremo, «no cabe recurso de casación para obtener un cambio de denominación en el sistema de custodia, pues el régimen de visitas no varía»[41], quedará el recurso de solicitar una modificación del régimen de visitas, que a buen seguro tendrá poco éxito en sí mismo considerado en la medida en que ya han sido amplísimamente concedidas, pero que quien sabe si, en ese caso, el Tribunal estimará posible el cambio de régimen de guarda. En todo caso, la postura del Tribunal Supremo negando el establecimiento de una custodia compartida, pero concediendo un amplísimo régimen de visitas, en supuestos en que se reconoce la capacidad de ambos progenitores para el ejercicio de la misma entra en abierta contradicción con la doctrina del mismo Tribunal según la cual la custodia compartida, dadas las múltiples ventajas que representa para el menor, debe ser el sistema normal, que no excepcional.

Ahora bien, otro argumento del Tribunal Supremo en defensa de su errática tesis viene dado por el hecho de que "si se atiende a las necesidades intersemanales de los menores, tanto personales como escolares, en función de la edad actual de los mismos, el régimen propuesto de pernocta de dos días intersemanales con el padre, no es el más propicio para un régimen de guarda y custodia compartida, por compadecerse más con un régimen monoparental con amplitud de comunicación y visitas para el custodio. Si se acude al régimen de guarda y custodia compartida ha de ser para que los menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante la semana»"[42]. Si las pernoctas intersemanales no son lo más propicio para los menores, y la guarda y custodia compartida les otorgaría estabilidad, sin verse sometidos a situaciones incómodas, ¿por qué no se acuerda la guarda y custodia compartida? No en todos,

41 STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 595/2017 de 8 noviembre.

42 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 553/2016 de 20 septiembre, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 48/2017 de 26 enero, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 413/2017 de 27 junio.

pero en la mayoría de los supuestos, tan amplio régimen de visitas es la respuesta del juzgador a la estimación de una pretensión que ha sido solicitada con carácter subsidiario, habiendo pedido en primer lugar el establecimiento de una custodia compartida que no prospera. Concédase la custodia compartida y el menor saldrá ganando en estabilidad, pero no se diga que tan amplio régimen, que de hecho equipara los tiempos de disfrute entre los progenitores, se compadece mal con la custodia compartida cuando obedecen a una decisión del juzgador que descarta esta "aun cuando ambos reúnen las aptitudes requeridas".

En este sentido, me quedo con la opinión del Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de septiembre de 2009, pudiendo afirmar que el elemento esencial para que pueda hablarse de custodia compartida es la convivencia entre los progenitores custodios y los menores, lo que no supone un reparto equitativo y absolutamente paritario de estancias con cada uno de los progenitores, sino que el reparto de tiempo deberá fijarse en cada caso concreto atendidas las circunstancias concurrentes. Pero la custodia deviene compartida cuando el progenitor no custodio no solo se ocupa personalmente de su hija dos días laborables entre semana sino que pernocta con él esas dos noches. Producida la pernocta y existiendo una clara voluntad de ejercer una coparentalidad responsable, el límite entre una y otra modalidad de guarda debe fijarse en términos de asunción y visibilización de la responsabilidad parental[43].

Para concluir, el cambio jurisprudencial acontecido a partir de la Sentencia (Sala de lo Civil) núm. 623/2009 de 8 de octubre, configurando la custodia compartida como un sistema normal y no excepcional, abre la vía para el planteamiento de incidentes de modificación de medidas para remplazar custodias exclusivas por custodias compartidas, sin necesidad de fundar la pretensión modificadora en un cambio de circunstancias que se tuvieron en cuenta al adoptar la medida. De tal modo que, siendo la fecha de la sentencia de nulidad, separación o divorcio o, en su caso, de medidas paterno-filiales anterior al 8 de octubre de 2009 el solo cambio de criterio jurisprudencial es fundamento suficiente para sostener las pretensiones que se ejercitan en la demanda[44]. Así lo entiende, con acierto, la SAP de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 420/2016 de 30 junio que, a mayor abundamiento, considera que no existe fundamento para poner en duda la alegación del recurrente de que no solicitó, al momento del divorcio la guarda y custodia compartida, por la dificultad de su obtención en vía judicial, pues así era la realidad, pues en la fecha del dictado de la sentencia recurrida el régimen de custodia compartida era ciertamente incierto, y sin que además, del hecho de no haber solicitado la

43 SAP de Barcelona (Sección 12ª) núm. 100/2015 de 24 febrero.

44 Comparte esta tesis la STS (Sala de lo Civil) núm. 654/2018 de 20 noviembre. En la doctrina, Álvarez Olalla, P.: "Custodia compartida y modificación de medidas", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia* Civil, nº 110, 2019. En contra, Martínez Calvo, J.: *La guarda y custodia*, 2019, p. 536; STS (Sala de lo Civil) núm. 249/2018 de 25 abril.

custodia en un momento determinado, se pueda concluir sin matices, una falta de interés o falta de dedicación al cuidado de su hijo, sin que en ningún caso, se pueda prohibir de forma definitiva, efectuar una solicitud de una custodia compartida, si concurren los presupuestos necesarios para hacerlo

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Olalla, P.: "Custodia compartida y modificación de medidas", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia* Civil, nº 110, 2019.

Campo Izquierdo, J.L.: "La conflictividad y los procesos matrimoniales", *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, 2006.

García Presas, I.: *Guarda y custodia de los hijos*, Juruà, Lisboa, 2015.

González del Pozo: "El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida", *Diario La Ley*, 2009

López-Brea Martínez, Mª C.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial", en *El derecho de familia ente la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciale*s, Dykinson, Madrid, 2010.

Martínez Calvo, J.: *La guarda y custodia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Moreno Velasco, V.: "La custodia compartida. Dos cuestiones prácticas: supuestos contenciosos sin acuerdo de los progenitores y formas de ejercicio", *Boletín de Derecho de Familia,* 2009.

Ordás Alonso, M.: *La cuantificación de las prestaciones periódicas en las crisis de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico, ruptura de las parejas de hecho*, Bosch, Barcelona, 2017.

Ordás Alonso, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrente*s, Bosch, Barcelona, 2018.

Ordás Alonso, M.: *El régimen de visita, comunicación y estancia de los menores de edad,* Bosch, Barcelona, 2019.

Ordás Alonso, M.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en la nueva redacción del art. 96 CC fruto de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", en Chaparro Matamoros, P.: *La vivienda en las crisis familiare*s, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Pérez Conesa, C.: "Concesión de la custodia de los menores a ambos progenitores conjuntamente y atribución de la vivienda familiar (STS de 16 de abril de 2016)", en *Guía práctica de las crisis matrimoniale*s, Aranzadi, Navarra, 2017.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*, 1997.

VALLESPÍN PÉREZ, D.: "La necesidad de "concretar judicialmente" el régimen de visitas o estancias con los hijos, como mecanismo de "atenuación" de futuras soluciones conflictivas entre los progenitores involucrados en un divorcio contencioso", *Práctica de Tribunales*, nº 108, 2014, LA LEY 2578/2014.

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN MÉXICO. UNA SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL*

THE GUARDIANSHIP AND SHARED CUSTODY IN MEXICO. A JURISPRUDENTIAL SOLUTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1434-1463

* La tutela exclusiva no impide del todo la relación personal del hijo con el padre sino lo penaliza. Cesare Massimo Bianca.

Gisela María
PÉREZ
FUENTES

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de octubre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: El Derecho de Familia constituyó uno de los importantes temas de estudio del profesor Cesare Massimo Bianca, por ello en homenaje a su obra se dedica la investigación de la guarda y custodia compartida, tema de gran sensibilidad en la cual está presente el interés superior de la niñez y a la que el profesor le dedicó un análisis de suma importancia. El artículo elaborado en esta ocasión se fundamenta en la experiencia y realidad jurídica mexicana en la que esta institución comienza a afianzarse desde la perspectiva jurisprudencial más que legislativa, aunque empieza a estar presente, pero de forma débil en las leyes mexicanas.

PALABRAS CLAVE: Guarda y custodia: interés superior del menor; derecho civil mexicano.

ABSTRACT: *Family Law was one of the important topics of study of Professor Cesare Massimo Bianca, for this reason, in homage to his work, the investigation of joint custody and custody is dedicated, a subject of great sensitivity in which the best interests of the community are present. childhood and to which the teacher dedicated an analysis of the utmost importance. The article prepared on this occasion is based on the Mexican legal experience and reality in which this institution begins to take hold from a jurisprudential rather than a legislative perspective, although it is beginning to be present, but weakly, in Mexican laws.*

KEY WORDS: *Guardianship and custody, best interests of the minor, Mexican Civil Law.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.- III. CONSIDERACIONES DE SU IMPORTANCIA. UN HOMENAJE AL PROFESOR CESARE MASSIMO BIANCA A TRAVÉS DEL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO.- IV. NORMATIVA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO.- V. INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ.- VI. SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.- 1. Elementos para determinar la guarda y custodia compartida.- 2. Naturaleza jurídica y modalidades de la guarda y custodia compartida.- 3. Aspectos que deben considerarse para fijar la guarda y custodia compartida.- VII. ESTUDIO DE CASO RESUELTO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MÉXICO: AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 2618/2013.- 1. Antecedentes fácticos y jurídicos del caso.- 2. Problemática jurídica.- 3. Conclusión jurídica del caso.- 4. Análisis crítico de la sentencia. VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La transición del derecho de familia en todos los países, en este caso en México es una realidad innegable que sacude a los Códigos Civiles y leyes propias del *civil law* que retrasan estas realidades sociales.

En el artículo se persigue como objetivo exponer una de estas novedades en el derecho de Familia a través de la existencia jurídica de la guarda y custodia compartida, conformada realmente a través del Poder Judicial de la Federación. Las legislaciones civiles siguen muy lentas en estos cambios y han sido las interpretaciones judiciales las que permiten estas nuevas instituciones que protegen el interés superior de la niñez en el derecho de familia.

La guarda y custodia compartida persigue precisamente este objetivo, evitar el trauma emocional de los menores cuando su familia deja de continuar existiendo tal y como el niño la veía todos los días. En una salida apropiada que debe tener respaldo jurídico y lo ha encontrado en México fundamentalmente a través de las posiciones realistas que utiliza el Tribunal Constitucional mexicano.

II. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

¿Qué es la custodia compartida? La guarda y custodia son palabras de gran similitud aunque para algunos autores la custodia implique algo más que la guarda pues se entiende que la guarda es diligente y cuidadosa y se encuentra reforzada.

La guarda y custodia de los hijos consiste en una situación de convivencia mantenida entre un menor o incapacitado que tiene por objeto el cuidado,

• Gisela María Pérez Fuentes
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México. Correo electrónico: giselapef@hotmail.com

educación y formación integral de aquel por parte de éste[1]. Debe reiterarse la distinción entre patria potestad y guarda y custodia aunque parece obvio a veces encontramos en la práctica homologaciones erróneas.

En México con la configuración actual de las relaciones paterno-filiales y la constitucionalización del derecho de familia, al incorporar el interés superior del menor en el artículo 4º de la Constitución mexicana[2], la patria potestad ha dejado de ser un poder omnímodo del padre sobre los hijos. La patria potestad no se configura como un derecho del padre sino como una función que se le encomienda a los mismos en beneficio de los hijos y que está dirigida a la protección, educación y formación integral de estos últimos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación peterno-filial, acentuándose por otra parte, la vigilancia de los poderes públicos en el cumplimiento de la protección del menor y la progresividad de este último en cuanto a sus derechos, por cuanto el menor es titular de derechos en función de su nivel de madurez[3].

La guarda y custodia es la especie de lo genérico que implica la patria potestad. La guarda y custodia consiste en que los hijos vivan y se formen con alguien, bajo su control y responsabilidad, es uno de los atributos de la patria potestad, pero ésta comprende también la obligación de velar y prestar alimentos, la representación legal y por tanto se asuma las responsabilidades y decisiones más trascendentes respecto de los hijos menores así como la administración de sus bienes. Por ello, se está velando en el ejercicio de la guarda y custodia por la formación futura y beneficio del menor en su integralidad y en el libre desarrollo de la personalidad.

Es un régimen en el que ambos padres tienen la custodia legal y física de sus hijos, bajo una modalidad flexible de custodia donde el cuidado de los niños y/o adolescentes queda dividido entre ambos padres de acuerdo a sus conveniencia y circunstancias particulares.

III. CONSIDERACIONES DE SU IMPORTANCIA. UN HOMENAJE AL PROFESOR CESARE MASSIMO BIANCA A TRAVÉS DEL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO.

Con gran agrado tengo en mi poder el ensayo del profesor Cesare Massimo Bianca, titulado "La nueva disciplina en materia de separación de los padres y

1 Ragel Sánchez, L. F.: "La guardia y custodia de los hijos" en *Derecho Privado y Constitución*, no 15, 2001, p. 282 y ss.

2 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 28 de mayo de 2021.

3 *Cfr.* Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 42/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 19, junio de 2015, tomo I, p. 563.

custodia compartida: primeras reflexiones"[4]. El trabajo resultó según el propio autor un ensayo que es a mi criterio una clase magistral de la guarda y custodia en función del interés superior de la niñez. Las reflexiones del profesor en este ensayo se ven reflejadas en leyes de distintos países y en la jurisprudencia latinoamericana y por ello me permito destacar los principales criterios del profesor Bianca que se convierte en fundamento y principios de la guarda y custodia compartida para nuestras legislaciones cuando introduce sus comentarios a la ley italiana de 24 de enero de 2006 para casos de divorcio y nulidad del matrimonio, así como la cesación de convivencia.

La visión del profesor Bianca parte de la realidad familiar global: la crisis en la familia y su mirada al sujeto más importante de la misma: el hijo o hija, así como la relación que se establecerá cuando jurídicamente exista un pronunciamiento que concluya la convivencia familiar tal y como había sido inicialmente concebida.

Como señala el profesor, la crisis de la familia afecta principalmente a los más débiles, a los hijos menores. La protección de los débiles sociales aparece en el artículo 17 del Código Civil Federal de México, pero no con una mirada a la niñez, sino a los pobres o personas vulnerables. Así que la interpretación del profesor Bianca es extremadamente novedosa y sensible, pues como ha señalado, la tutela exclusiva no impide – refiriéndose a la guarda y custodia- del todo la relación personal del hijo con el padre que no es titular de la custodia, sino lo penaliza, y es cierto que el padre no titular de la custodia es marginado respecto a la esfera personal del hijo.

El profesor al que se le rinde homenaje explica acertadamente por qué la escasa fortuna de la guarda y custodia compartida ante los tribunales, en la que coincidimos, así sucede en la mayoría de los Códigos civiles de las entidades federativas en México[5].

De igual forma se reconoce por el profesor los beneficios de la institución familiar en cuanto a:

- Las decisiones de mayor interés para los hijos son adoptadas por ambos padres.

- Garantizar el derecho a la identidad familiar en el crecimiento del menor.

4 Bianca, C. M.: "La nueva disciplina en materia de separación de los padres y custodia compartida: primeras reflexiones" con traducción al idioma castellano, autorizada por el autor, de Agurto González, C. y Quequejana Mamani, S. L., en Bianca, C. M., Sirena, P. y Patti, S., *Derecho privado moderno*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018, pp. 99 – 109.

5 Por ejemplo, el Código Civil de los estados de Chiapas, Colima, Estado de México y Guanajuato.

Un tema de gran sensibilidad en el ensayo en cuestión abordado por el profesor Bianca y que se ha analizado por la Corte Interamericana y por la Jurisprudencia mexicana es su consideración en cuanto a desaprobar la idea que sea otorgada la guarda y custodia por la riqueza de la familia, y expresa el profesor Bianca, se debe valorar la incidencia negativa del lujo de la educación del menor. En una consideración similar se concedió el amparo a una persona de bajos recursos, aunque las hijas continuaron con el padre con un mayor bienestar familiar no por la riqueza que proporcionaba, el asunto es motivo de estudio de caso en este trabajo[6].

- Escucha del menor, señala el profesor Bianca que las previsiones de guarda y custodia compartida deben ser consideradas después de las mismas cuando el menor haya cumplido los 12 años.

En la generalidad de los Códigos civiles y familiares de México se establece el derecho fundamental del menor de ser escuchado en caso de convivencia por separación de los padres[7].

El profesor Bianca se refiere a los acuerdos que deben quedar fijados y a los cuales el Juez debe darle seguimiento o de no existir incluirlos, - señala el maestro- en medida proporcional a sus ingresos; este elemento es algo complicado en economías emergentes por cuanto la persona que debe proveer el mantenimiento de los hijos, cuenta con otros ingresos por compensaciones que no aparecen en su salario mensual y el principio de la buena fe no resulta en estos tiempos un tema que todos cumplen pero sí se debe valorar la cuantía del mantenimiento como indica el profesor atendiendo a:

a) Las actuales exigencias del hijo, en atención al principio de progresividad del menor.

b) El desarrollo de la vida del hijo durante la convivencia con ambos padres.

c) El tiempo de permanencia de cada progenitor.

d) Los recursos económicos de ambos padres.

e) El valor económico de las tareas domésticas y de cuidado asumidos por cada progenitor[8].

6 *Cfr.* Tesis de jurisprudencia 1a./J.53/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* libro 7, junio de 2014, tomo I, p. 217.

7 *Cfr.* Artículo 282 inciso B fracción III del Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto, todos de 1928, última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 4 de agosto de 2021.

8 Bianca, C. M.: *"La nueva disciplina en materia de separación de los padres y custodia compartida",* cit., p. 106.

IV. NORMATIVA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO.

El ordenamiento jurídico mexicano es complejo y constitucionalizado, está conformado por treinta y dos Códigos Civiles de acuerdo con cada entidad federativa del país[9]. Además, se cuenta con la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes[10], Códigos de Familia y otras disposiciones en el ámbito familiar. En consideración a lo anterior es de reconocer que existen en el país varias posiciones en cuanto al establecimiento de la guarda y custodia de los menores; los supuestos previstos pueden clasificarse en tres:

a) La guarda y custodia a favor de la madre en un rango de edad del menor[11],

b) No existe una suerte de idoneidad absoluta a favor de alguno de los progenitores,

c) Reconocimiento de la guarda y custodia compartida[12].

En estos términos aparecen en los siguientes Códigos que citamos como ejemplos:

1. Código Civil para el Distrito Federal.

Desde el 2004 fue publicada en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal una reforma en materia de guarda y custodia compartida, con posterioridad se ajustó la misma en los siguientes términos[13]:

"Artículo 282.- Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes…

9 La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en el artículo 124 que las facultades que no están asignadas a la Federación se entienden reservada a los estados y entre las facultades de la Federación establecidas en el artículo 73 no se contempla la materia civil, que siempre se ha considerado reservada a cada entidad federativa.

10 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, cuya última reforma data del 11 de enero de 2021.

11 Por ejemplo, el Código Civil del Estado de Tabasco estipula aún: Artículo 453.- …II.- Si los padres no llegan a ningún acuerdo: a) los menores de siete años quedarán al cuidado de la madre; b) el juez decidirá quién se hará cargo de los mayores de siete años, pero menores de catorce. *Vid.* Código Civil para el Estado de Tabasco, publicado en el periódico oficial el 9 de abril de 1997, última reforma publicada el 27 de febrero de 2021. En el Código Civil del Estado de México por su parte se señala: "Artículo 4.228. Guarda y custodia en la patria potestad. Cuando sólo uno de los que ejerecen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones: II. Si no llegan a ningún acuerdo: a) El otorgamiento de la guarda y custodia de menores de doce años quedará preferentemente al cuidado de la madre y atendiendo al interés superior de las niñas, niños y adolescentes." *Vid.* Código Civil del Estado de México, publicado en el periódico oficial el 7 de junio de 2002, última reforma publicada el 27 de agosto de 2021.

12 El Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad México, estableció una reforma publicada en el 2008 al artículo 283 Bis. En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida, el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos.

13 Reforma publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 3 de octubre de 2008.

B. Una vez contestada la solicitud

II.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio".

Artículo 283. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones:

I. Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores"[14].

Las reformas mencionadas tuvieron la finalidad de armonizar los derechos de los ascendientes y otros parientes con los menores porque sin lugar a duda estos tienen una esfera de protección insuficiente que pueden convertirlos en sujetos de condiciones de vulnerabilidad.

2. Código Civil del Estado de Jalisco.

"Artículo 415. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, conforme a las reglas siguientes:

…

II. Respecto de la guarda y custodia definitiva:

a) Por regla general será compartida, salvo que los cónyuges convengan quién la tendrá de manera exclusiva…

Artículo 560. La guarda y custodia de los hijos será compartida por sus padres…El acuerdo al que lleguen los padres será revisado por el Juez y en su caso aprobado cuando el mismo salvaguarde el interés superior de la niñez"[15].

3. Código Civil de Puebla.

"Artículo 452.- En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida…el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos"[16].

14 En cuanto a la guarda y custodia compartida, la reforma realizada se publicó en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 2 de febrero de 2007.

15 Código Civil del Estado de Jalisco, publicado en la Sección Segunda del Periódico Oficial del Estado de Jalisco, el sábado 25 de febrero de 1995, última reforma publicada en el Periódico Oficial el 6 de mayo de 2021.

16 Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, publicado en el Periódico Oficial el 30 de abril de 1985, última reforma publicada el 26 de marzo de 2021.

4. Código Civil del Estado de Querétaro.

Artículo 261. Al admitirse la solicitud de divorcio o antes si hubiere urgencia, el juez proveerá provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, lo siguiente:

(…)

V. Poner a los hijos bajo la custodia de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de ellos o ambos. Si existe peligro para el normal desarrollo de los hijos deberán quedar provisionalmente al cuidado del cónyuge que no represente riesgo para el infante (…)[17].

5. Código Civil para el Estado de Quintana Roo.

"Artículo 814. Al admitirse la demanda de divorcio, se dictarán sin necesidad de audiencia previa o vista a las partes, las medidas provisionales pertinentes, mismas que subsistirán sólo mientras dure el juicio, conforme a las disposiciones siguientes:

(…)

VII. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, debiendo ser uno de éstos y pudiéndose compartir la custodia (…)[18].

El contenido de las normas civiles vigentes tiene como principio rector el interés superior de la niñez para armonizar los legítimos derechos del padre y de la madre, todo ello sin menoscabo del bienestar de los menores y velando por su educación y todos los derechos regulados en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, así como la ley relativa vigente en cada entidad federativa, donde se establece que se debe privilegiar en la medida de lo posible y siempre cuando ello no implique un riesgo para los menores.

Para el segundo supuesto relativo a la permanencia plena e ilimitada de los hijos con ambos padres, se deben atender diversos aspectos tales como la situación familiar que impera en el entorno del menor, el trato o la relación que guardan los padres entre sí, las circunstancias que en su caso dieron origen a la separación o al divorcio, la conducta de éstos para con los menores, cuestiones como el lugar de residencia de los padres, el de la escuela del menor, facilidad de traslado para

17 Código Civil del Estado de Querétaro, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 21 de octubre de 2009, última reforma publicada el 1 de junio de 2020.

18 Código Civil para el Estado de Quintana Roo, Código publicado en el Número Extraordinario del Periódico Oficial del Estado, el 8 de octubre de 1980, última reforma publicada en el periódico oficial el 30 de noviembre de 2020.

estos lugares, además de las diversas actividades que pudiera realizar el menor, entre otras.

Pueden darse circunstancias en las que no es procedente decretar la custodia compartida y otras en que por las circunstancias particulares del asunto no será posible determinar que los hijos permanezcan plena e ilimitadamente con ambos padres, pero la convivencia se manifiesta con otros elementos inherentes a la custodia como son la participación de ambos padres en la toma de decisiones de las cuestiones relevantes que incidan en la protección y desarrollo físico y espiritual de los hijos, así como en la satisfacción conjunta de la totalidad de las necesidades de éstos, todo ello aunado al derecho de convivencia con los hijos, de relacionarse con ellos, de estar al corriente de su vida y educación y principalmente de participar dichos padres activamente en la toma de decisiones inherente a su mejor desarrollo, relativa a su educación, formación moral y al control de sus relaciones con otras personas[19].

V. INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ.

En México, el 7 de abril de 2000, se reformó el artículo 4º constitucional donde se reconocen los derechos de niños y niñas a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, así como la posibilidad de que puedan realizar el ejercicio pleno de sus derechos[20].

La constitucionalización del derecho de Familia[21], como se ha señalado anteriormente es el resultado de la reforma constitucional de los artículos 1º[22] y

19 *Cfr.* Tesis I.3o.C.645 C, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVI, octubre de 2007, p. 3120.

20 Reforma al artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de abril de 2000, se adicionaron tres párrafos que textualmente decían: "Artículo 4°.- (…) Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.
Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.
El Estado otorgará facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez."

21 Pérez Fuentes, G. M.: "La constitucionalización del Derecho de Familia. Ponderación de principios a través de un estudio de caso" en González Martín, N. (Editora), *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez. Perspectivas de derecho comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2021, pp. 135 – 173.

22 El 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 1° de la Constitución Federal, para quedar de la siguiente forma: "Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad,

4º en el año 2011. La incorporación del principio de convencionalidad en el artículo 1º y del interés superior de la niñez en el artículo 4º, reforzó los tratados firmados por México como la Convención de los Derechos del Niño[23].

La reforma constitucional de 12 de octubre de 2011 incorporó expresamente el interés superior de la niñez en el artículo 4º constitucional en los términos siguientes:

"Artículo 4o. (…) En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios"[24].

Por su parte, el Poder Judicial de la Federación[25] ha definido el interés superior de la infancia como un principio implícito de rango constitucional, que ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez.

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes[26] protege también el interés superior de la infancia en principios que se adecuan a la guarda y custodia, tales como:

interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.
Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.
Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

23 La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por UNICEF- ONU, el 20 de noviembre de 1989 fue ratificada por México el 21 de septiembre de 1990 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, sin embargo es de reconocer que el comienzo de la Décima Época de la Suprema Corte de Justicia de la Nación le imprimió un respaldo jurisprudencial no visto anteriormente a este principio en todos los ámbitos jurídicos y por supuesto en el derecho familiar. Como ejemplo la Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño de 2013, en cuanto a que el derecho del niño sea una consideración primordial, se convirtió en Jurisprudencia en México, al respecto *Vid.* Tesis: 2a./J. 113/2019, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 69, agosto de 2019, tomo III, p. 2328.

24 El 12 de octubre de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 4º de la Constitución Federal, a través del cual se reformaron los párrafos sexto y séptimo.

25 *Cfr.* Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 18/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 4, marzo de 2014, tomo I, p. 406.

26 *Cfr.* Artículos 2, 6 y 18 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

- Cuando se tome una decisión que afecte a niñas, niños o adolescentes, en lo individual o colectivo, se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales.

- Uno de los principios rectores de la ley, es el interés superior de la niñez.

- En todas las medidas concernientes a niñas, niños y adolescentes que tomen los órganos jurisidiccionales, autoridad administrativa y órganos legislativos, se tomará en cuenta, como consideración primordial, el interés superior de la niñez. Dichas autoridades elaborarán los mecanismos necesarios para garantizar este principio.

VI. SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

En el sistema jurídico mexicano al más estilo propio del realismo jurídico, los juzgadores están salvando hace algún tiempo los vacíos legislativos que está dejando cada vez más la normativa jurídica civil representada por los Códigos y Leyes Familiares que a pesar de separarse formalmente de los Códigos no incluyen los cambios sociales que afectan al interés superior del menor y a la familia en sus distintas modalidades o tipos.

El interés superior del niño es uno de los principios rectores más importantes en el sistema jurídico internacional de los derechos del infante como forma de su integralidad, está mencionado de forma expresa en varios instrumentos internacionales, y por tanto es invocado por distintos órganos internacionales, por ejemplo, el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño determina que cualquier medida asumida por las autoridades estatales primará de forma primordial el interés superior del niño. En varios artículos de la Convención se hace mención expresa al interés superior del niño[27].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el interés superior del niño es un "punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos protegidos por este Instrumento jurídico y su observancia permitirá al niño el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades, siendo obligación del Estado y la sociedad la protección, y preservación de sus derechos"[28].

El Comité para los Derechos del Niño ha señalado que el principio del interés superior del niño se aplica a todas las medidas que afecten a los niños y exige medidas activas, tanto para proteger sus derechos como para promover

27 *Vid.* Artículos 9, 18, 20, 21, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

28 Corte IDH, *Opinión Consultiva 0C-17/2002,* de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, p. 62, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

su supervivencia, crecimiento y bienestar y de igual forma, apoyar y asistir a los padres y a otras personas que tengan responsabilidad cotidiana de la realización de los derechos del niño[29].

La Suprema Corte de justicia mexicana ha reiterado en varios precedentes la importancia del principio del interés superior en la interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los derechos del niño, a saber:

a) "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO. En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991); y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: "la expresión 'interés superior del niño' ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño"[30].

b) "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SUS ALCANCES Y FUNCIONES NORMATIVAS. El interés superior del menor implica, entre otras cosas tomar en cuenta aspectos dirigidos a garantizar y proteger su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos, como criterios rectores para elaborar normas y aplicarlas en todos los órdenes de la vida del menor, conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a la Convención sobre los Derechos del Niño; así pues, está previsto normativamente en forma expresa y se funda en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños, en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con el pleno aprovechamiento de sus potencialidades; además, cumple con dos funciones normativas: a) como principio jurídico garantista y, b) como pauta interpretativa para solucionar los conflictos entre los derechos de los menores"[31].

En conclusión, el Tribunal Constitucional mexicano ha destacado que el interés superior de la niñez cumple varias dimensiones o funciones normativas como:

29 Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No 7,* Realización de los Derechos del Niño en la primera infancia, 2005, párrafo 13.

30 *Cfr.* Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 25/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* libro XV, diciembre de 2012, tomo 1, p. 334.

31 *Cfr.* Tesis aislada 1a. CXXI/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro IX, junio de 2012, tomo 1, p. 261.

1. Pauta interpretativa aplicable a las normas y actos que tengan injerencias respecto de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

2. Como principio jurídico rector que exige una máxima e integral protección de los derechos cuya titularidad corresponde a un menor de edad.

A diferencia de la guarda y custodia representada por uno de los padres, siendo éste el que decida todo lo concerniente al menor, el Poder Judicial de la Federación se ha pronunciado a favor de la guarda y custodia compartida al señalar:

"El interés superior de los menores se ve más protegido cuando la guarda y custodia se comparte, pues preserva una esfera de derechos más adecuada y completa para el menor, porque armoniza los legítimos derechos del padre y de la madre, sin menoscabo del bienestar de los menores y velando por el cumplimiento de sus deberes escolares; además provee a los menores de mejor calidad de vida, puesto que siempre existen dos para responder y satisfacer sus necesidades, y, por el otro, los menores establecen un fuerte lazo afectivo con ambos padres y reduce el sentimiento de pérdida que se da en caso de divorcio, si se decreta por las condiciones existentes la custodia única. Por lo anterior se debe privilegiar en la medida de lo posible, contando con el material probatorio, la procedencia de la custodia compartida, ya que se considera como de mejor estatus para el desarrollo de los menores[32].

1. Elementos para determinar la guarda y custodia compartida.

En el contexto de la guarda y custodia, el Juez habrá de valorar las especiales circunstancias que concurran en cada progenitor y determinar cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo integral de la formación y desarrollo de la libre personalidad del menor. Por ello, en México el Poder Judicial determinará en cada caso de no existir acuerdo, si será la madre o el padre o ambos, el responsable de la tutela que regirá preferente en beneficio del menor. Lo anterior significa que la decisión judicial al respecto no sólo deberá atender a aquel escenario que resulte menos perjudicial para el menor, sino, por el contrario, deberá buscar una solución estable, justa y equitativa que sea la más benéfica para él. La dificultad estriba en determinar y delimitar el contenido del interés superior del menor, ya que no puede ser establecido con carácter general y de forma abstracta, la dinámica de las relaciones familiares es muy compleja y variada y es en dicha dinámica, así como las consecuencias y efectos que la ruptura haya ocasionado en los integrantes de la familia, la que determinará cuál es el sistema de custodia más beneficioso para los menores. Al respecto se puede señalar como conclusión, que la tutela del

32 *Cfr.* Tesis: II.1o.13 C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 10, septiembre de 2014, tomo III, p. 2425.

interés preferente de los hijos exige, siempre y, en cualquier caso, que se otorgue la guarda y custodia en forma exclusiva o compartida a favor del padre o de la madre, que se revele como la más benéfica para el menor[33].

2. Naturaleza jurídica y modalidades de la guarda y custodia compartida.

La guarda y custodia compartida es una institución novedosa en el derecho mexicano, no asimilada aún por todas las legislaciones de las entidades, no obstante, la misma demuestra el rol que está jugando el interés superior del menor como principio fundamental del derecho civil mexicano.

La naturaleza de esta institución no se concreta únicamente con la permanencia de los menores con ambos progenitores sino con la participación de estos en la toma de decisiones sobre las cuestiones relevantes de los niños de forma que se proteja su desarrollo físico y futuro beneficio.

La guarda y custodia compartida es aquella en la que ambos padres tienen la custodia legal y física de sus hijos, y consecuentemente comparten los derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos, de manera que gozan por resolución judicial de igualdad en todas las decisiones y acciones relativas a los menores, en igualdad de condiciones[34].

Se han establecido distintas formas o modalidades de la guarda y custodia compartida atendiendo al lugar donde radican los menores y las circunstancias particulares de cada caso:

La primera de las modalidades se produce cuando los menores permanecen en el domicilio familiar antes de la separación o divorcio de los padres, aunque después de dicha separación el padre y la madre tengan domicilios diferentes. La relación entre padres e hijos se llevará en distintos momentos cuando los padres partiendo del domicilio común establecido por el juzgador, acudan al mismo para cuidar de los menores en cuanto a las actividades que desarrollan los mismos, garantizando también los derechos de alimentación, educación y salud entre otros.

La segunda modalidad es aquella en la cual ambos progenitores mantienen domicilios separados y es el menor el que cambia de domicilio de forma constante, cada día, cada semana, cada mes o cada año, a efecto de que el progenitor que corresponda, se haga cargo de su cuidado y asistencia.

33 *Cfr.* Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 53/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 7, junio de 2014, tomo I, p. 217.

34 *Cfr.* Tesis: II.1o.11 C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 10, septiembre de 2014, tomo III, p. 2426.

La naturaleza jurídica de la guarda y custodia compartida se identifica en cuanto ambos progenitores conservan el derecho de atender y asistir al infante totalmente, en el momento y lugar fijado por la resolución judicial, de una manera plena e ilimitada con los padres.

3. Aspectos que deben considerarse para fijar la guarda y custodia compartida.

Una vez que el juez determina la inexistencia de algún impedimento para que los padres puedan conservar la guarda y custodia compartida, el órgano jurisdiccional debe fundar y motivar con cuál de los progenitores cohabitarán los menores en el tiempo o la mayor parte de este, a partir de ese momento el juzgador considerando la verdadera existencia de la guarda y custodia compartida debe pronunciarse en los siguientes aspectos:

a) Destacar los días y horas en que los menores cohabitarán con cada padre, considerando las horas laborables de cada uno, procurando en la medida de lo posible que dicha distribución pueda ser equilibrada, sin que ello deba decretarse como un régimen de visitas o convivencia, sino una verdadera guarda y custodia compartida donde se manifieste la naturaleza de la misma en cuanto a la participación de los progenitores en la toma de decisiones de las cuestiones relevantes que incidan en la protección y desarrollo físico y espiritual de los hijos.

b) Satisfacer de forma conjunta la totalidad de las necesidades de éstos.

c) Estar atentos a la educación y actividades que permitan el desarrollo integral del niño y todos sus derechos fundamentales.

d) Garantizar y cumplir el derecho de convivencia con los hijos, de relacionarse con ellos, en las horas, días y momentos adecuados para los menores.

VII. ESTUDIO DE CASO RESUELTO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MÉXICO: AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 2618/2013.

1. Antecedentes fácticos y jurídicos del caso[35].

En un juicio de controversias del estado civil de las personas y del derecho familiar, la madre de dos niñas demandó a su favor la guarda y custodia de las menores, el pago de una pensión alimenticia y el establecimiento de un régimen de visitas entre las niñas y el demandado. El padre reconvino solicitando la pérdida

35 *Vid.* Amparo Directo en Revisión 2618/2013, de 23 de octubre de 2013, resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de justicia de la Nación.

de la patria potestad de la madre, la guarda y custodia de las niñas y un régimen de visitas con la demandada.

El Juez dictó sentencia definitiva en la que resolvió: a) disolver el vínculo matrimonial, b) absolver a la actora de la pérdida de la patria potestad; c) conceder la guarda y custodia de los menores al padre, d) decretar un régimen de visitas y convivencia a favor de la madre y e) acudir a terapias psicológicas orientadas a la educación sexual y a terapias de alcohólicos anónimos a la madre.

Inconformes ambas partes con la sentencia interpusieron recurso de apelación ante la Sala Colegiada correspondiente, quien resolvió confirmar parte de la sentencia y modificar: Conceder la guarda y custodia a la madre b) Decretar un régimen de visitas y convivencias a favor del padre, c) Restringir a un tío de forma absoluta el contacto con las menores por cuanto se le imputa haber abusado sexualmente de las niñas, d) Decretar una pensión alimenticia a favor de la madre así como de sus menores hijas y e) Ordenar tanto a las partes como a sus hijas que tomen terapias psicológicas.

El padre solicitó amparo y protección de la Justicia Federal contra la anterior sentencia. La parte quejosa invocó la violación de los artículos 1º, 14 y 16 constitucionales, al afirmar que la Sala responsable valoró indebidamente las pruebas al otorgar la guarda y custodia a la madre considerando que goza de capacidad y plenitud suficiente para ser titular de la guarda y custodia, al constar en autos que la madre padece de problemas psicológicos (neurosis depresiva). Por otra parte, se alegó que el Tribunal de apelación no tomó en cuenta las manifestaciones de la menor de 12 años.

El quejoso – padre de las menores – alegó que no procedía el pago de una pensión alimenticia a favor de la madre pues la misma cuenta con ingresos propios. En cuanto a lo procedente solicitado era la restitución de la guarda y custodia a favor del padre quejoso en el Juicio de Amparo y el establecimiento de un régimen de visitas a favor de la madre.

El Tribunal Colegiado que conoció del asunto resolvió conceder el amparo al quejoso, tomando en consideración, entre otros factores, que la madre padecía lupus y artritis, lo que hacía conveniente que las menores se quedaran al cuidado de su progenitor. Asimismo, el Tribunal Colegiado refirió que, derivado de la prueba pericial en trabajo social, el padre tenía mejores condiciones económicas y sociales para ejercer la guarda y custodia.

En contra de dicha resolución, la madre de las niñas interpuso recurso de revisión, argumentando las siguientes violaciones[36]:

a) Inobservancia del contenido del artículo 4º Constitucional.

b) Inobservancia de los artículos 1, 8, 11, 17, 19 y 24 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos pues discriminaron a la recurrente por razón de su salud y condición económica, toda vez que el Tribunal Colegiado atendió estas circunstancias discriminatorias y resolvió el fondo del asunto considerando que la madre no estaba en condiciones para ejercer su derecho a cuidar de sus hijas.

c) El Tribunal Colegiado centró su argumento en la condición de salud de la recurrente, cuando en realidad no quedó demostrado que las enfermedades que padece le impidan jugar con sus hijas, cuidarlas o custodiarlas siendo los operadores judiciales los que llegaron a tal conclusión.

d) Al considerar la situación económica para otorgar la guarda y custodia, se sostuvo en la resolución impugnada que la falta de dinero por sí misma implica de forma natural que el padre económicamente menos favorecido no pueda tener la justicia a su favor, conclusión violatoria a todas luces de los derechos humanos. Todo lo anterior permite concluir que la resolución carece de justificación objetiva, razonable y legal.

e) La madre alega además que se debió ajustarse la sentencia a lo que establece el Código Civil de la entidad en cuanto dispone que los menores de 10 años deben quedar al cuidado de la madre.

El Colegiado que conoció el asunto decidió remitir el recurso ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde se registró el Amparo Directo en Revisión 2618/2013, considerando que el recurso cumple los requisitos de procedencia en tanto debe interpretarse el interés superior del menor contenido en el artículo 4º constitucional en relación con el derecho a la no discriminación previsto en el artículo 1º de la Constitución mexicana.

2. Problemática jurídica.

¿Cómo valorar el interés superior de la niñez en caso de separación o divorcio de los padres para establecer la guarda y custodia?

Todas las problemáticas planteadas consisten en determinar el alcance del interés superior de la infancia y el desarrollo de los principios de igualdad y no discriminación. En cuanto al interés superior como eje rector de las resoluciones

36 *Vid.* Amparo Directo en Revisión 2618/2013, *cit.*, pp. 9-11.

judiciales sobre guarda y custodia, es un deber del juzgador privilegiar este principio -señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación - el interés superior de la niñez queda sustentado tanto en la Constitución como en el derecho internacional.

Por ejemplo, si es cierto que el artículo 4228 del Código Civil del Estado de México, señala que si no se llega a un acuerdo respecto a la guarda y custodia, los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor; la interpretación que ha dado la Primera Sala de la Corte a este precepto en otras resoluciones similares[37] destaca que esta posición normativa resulta constitucional, siempre y cuando se interprete a la luz del interés superior de los menores y del principio de igualdad.

En primer término, es necesario señalar que al momento de decidir la forma de atribución a los progenitores de la guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales y, cabría agregar, este criterio proteccionista debe reflejarse también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos. En esta lógica, el legislador puede optar por otorgar preferencia a la madre en el momento de atribuir la guarda y custodia de un menor; sin embargo, este tipo de normas no deben ser interpretadas en clave de un estereotipo en el que la mujer resulta *per se,* la persona más preparada para tal tarea.

En los primeros meses y años de vida, las previsiones de la naturaleza conllevan una identificación total del hijo con la madre. Y no sólo nos referimos a las necesidades biológicas del menor en cuanto a la alimentación a través de la leche materna, sino, y como lo han sostenido diversos especialistas en la materia a nivel internacional, el protagonismo de las madres en la conformación de la personalidad de sus hijos durante la primera etapa de su vida resulta determinante en el desarrollo de su conducta hacia el futuro, esta determinación jurídica responde a un compromiso internacional del Estado mexicano contenido en el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pero pasado cierto periodo de tiempo, se opera un progresivo proceso de individualización del niño a través de la necesaria e insustituible presencia de ambos progenitores. El menor necesita tanto de su madre como de su padre, aunque de modo diferente, en función de la edad; ambos progenitores deben

37 *Vid.* Amparo Directo 1573/2011, de 7 de marzo de 2012, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

hacer posible y propiciar la presencia efectiva de esas funciones simbólicas en el proceso de maduración personal de los hijos[38].

De lo anterior se infiere y puede afirmarse que la guarda y custodia no deberá ser otorgada, en automático y sin más razonamiento a la madre, a pesar de la preferencia establecida por el legislador. En esta decisión judicial debe estar presente el interés superior del niño pero no de forma general y abstracta, sino valorando las complejas relaciones de los integrantes de la familia, y para ello se debe indagar lo que resultará más beneficioso no sólo en el presente sino y principalmente en el futuro. Para ello debe valorarse cuál será la tutela del interés preferente de los hijos, sea esta exclusiva o compartida, a favor del padre o de la madre, que se revela como la más idónea para el menor.

3. Conclusión jurídica del caso.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación arribó de acuerdo a los problemas planteados a las siguientes conclusiones basadas en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece en su último párrafo:

"Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

a) En principio el Tribunal Colegiado consideró correctamente el interés superior de la infancia cuando valoró que la guarda y custodia no debía otorgarse de forma automática a la madre, sin antes valorar qué situación resultaba más benéfica para las niñas.

b) Evaluación de la condición de salud y situación económica de la madre.

El Poder Judicial de la Federación ha valorado que cuando la asignación de derechos se basa en alguna de las categorías protegidas por el último párrafo del artículo 1° constitucional, como la salud, se considera que existe una sospecha que existe discriminación por esa razón. El análisis y valoración deben ser extremadamente cuidadosos porque sobre ellas pesa la sospecha de ser insconstitucionales.

38 *Cfr.* Tesis aislada 1a. XCVI/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro VIII, mayo de 2012, tomo 1, p. 1095.

En el caso en cuestión la máxima instancia valora si existió un nexo causal entre la salud y situación económica de la madre y determinación de guarda y custodia con el siguiente resultado: efectivamente en la sentencia de análisis, se concluyó que la progenitora no se encuentra en las mejores condiciones de salud por las enfermedades que se generan en su estado emocional y físico que no es el más conveniente para atender la alta responsabilidad que implica el cuidado de las menores.

Es de señalar que el Tribunal Colegiado no pudo justificar el grado de daños en el cuerpo que producen las enfermedades como el lupus. Por otra parte se estableció por el Tribunal sujeto a control constitucional que la madre padece de neurosis pero que no toma pláticas que le permitan controlar este síndrome: El tribunal analizado concluyó que las enfermedades en ocasiones la imposibilitan físicamente para atender y estar al pendiente de las necesidades de las niñas.

c) Medio o recurso económico.

En este criterio el Tribunal Colegiado analizado se sustentó en una prueba pericial en trabajo social en la que se concluye que el padre tiene mejores condiciones económicas y sociales, basado ello en sus actividades laborales, condiciones del inmueble donde habita, entorno familiar.

Los dos criterios anteriores definieron que el Tribunal Colegiado otorgara la guarda y custodia al padre de las niñas, ello a pesar que las menores vivirían en el domicilio del padre, así como que las menores fueron objeto de tocamientos por un tío materno cuando la madre las dejaba bajo su cuidado.

d) Principio de igualdad y prohibición de discriminación.

El principio constitucional de igualdad jurídica fue analizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, utilizando como analogía metodológica el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo[39], decisión que evaluó la Primera Sala en cuanto a si existió un trato discriminatorio con respecto a la madre y si el mismo afectaba el interés superior del menor.

Por otra parte, en México se aplica el principio de convencionalidad como obligatorio que está reconocido en el orden jurídico internacional en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los siguientes términos[40]:

39 *Cfr.* Corte IDH, *Caso Atala Riffo y* Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo 170. La Corte Interamericana evaluó la existencia de una diferencia de trato basada por la orientación sexual de la madre y si la misma constituyó una discriminación. El término diferencia de trato fue usado en el sentido de si la pérdida de la tutela se fundó analógicamente a una categoría sospechosa de discriminación y por tanto una violación a este principio.

40 Proclamada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

"Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2. Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Artículo 3. Los Estados Partes se comprometen a respetr y a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

Artículo 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

Pero se ha analizado que existe discriminación en cualquier tratamiento del Estado frente a la persona, pues no pueden perseguirse fines arbitrarios, caprichosos, despóticos, o que de alguna manera afecten la unidad y dignidad de la naturaleza humana. Será discriminatoria la asignación de derechos si éstos se confieren distinguiendo situaciones de manera injustificada.

En el orden nacional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en otras sentencias que si bien es cierto que los principios de igualdad ante la ley y no discriminación se encuentran estrechamente vinculados, no son idénticos[41].

La Corte mexicana ha insistido reiteradamente que el interés superior del niño es en sí mismo un fin legítimo e imperioso, además se insiste en que cuando se trata del interés superior del niño, los órganos jurisdiccionales deben realizar un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuestión, lo anterior se justifica con un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño o niña en cuestión y no una conclusión basada en criterios especulativos. La situación de riesgo que se alegue debe ser probada y evitar por otra parte que se asuman estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características de los padres que se cataloguen como categorías protegidas por la Constitución.

41 *Cfr.* Tesis Aislada 1a. CXLV/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XI, agosto de 2012, tomo 1, p. 487.

La Primera Sala de la Corte analizó la ponderación de la salud de la madre a partir de dos aspectos: salud física y mental. Sobre la salud física, el Tribunal Colegiado señaló que: la madre se encuentra enferma de lupus y artritis, y si bien no se pudieron justificar el grado de daños en el cuerpo así como el tratamiento para su control, si es cierto que se necesitan cuidados especiales, así que con respecto a este tema lo conveniente era que las menores quedaran bajo el cuidado de su progenitor.

En la Primera Sala se valoró que no se comprobó en el caso concreto con una evidencia técnica o científica, el grado de afectación de salud de la madre y la manera en que dicha circunstancia la convirtiera en menos idónea para cuidar a sus menores hijas, por lo que dicha decisión constituye un trato discriminatorio en contra de la mamá; razón por la cual se le concedió el amparo a la progenitora.

En cuanto a la salud mental de la señora, el Tribunal Colegiado cuestionado por la Primera Sala de la Corte, evaluó diversos dictámenes periciales con base a los cuales se determinó que si bien la madre puede convivir con las menores, no se encontraba en las mejores condiciones para hacerse cargo de ellas. En este caso la Primera Sala consideró adecuada la medida. En cuanto a la situación económica no se refirió a que el padre se encontrara en una mejor situación económica, sino que evaluó las condiciones de los inmuebles, las actividades profesionales, las redes de apoyo familiar, todo basado en evidencias técnicas para argumentar lo más beneficioso para las menores, privilegiando su interés superior.

La Primera Sala concluyó que si bien la sentencia del Tribunal Colegiado pretendía la protección del interés superior de las niñas, no se probó que la ponderación de la salud física de la madre fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la situación de riesgo que dicha condición colocaba a las menores no estuvo basada en pruebas técnicas o científicas, decisión que constituyó un trato discriminatorio en contra de la hoy recurrente por lo que se otorga el amparo a la madre pero ello no implica exactamente que deba revocarse la decisión final del Tribunal Colegiado.

4. Análisis crítico de la sentencia.

Uno de los temas que realmente no fueron profundizados en este caso fue el real escrutinio estricto del artículo 4.228, fracción II, inciso a) del Código Civil del Estado de México, en cuanto a la letra señala:

"Artículo 4.228. Cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones:

(…)

II. Si no llegan a algún acuerdo, el Juez atendiendo a los elementos de prueba que obren en el sumario, con base en el resultado de las pruebas periciales en materia de psicología familiar que oficiosamente habrán de practicárseles y habiendo escuchado a la niña, niño o adolescente determinará:

a) El otorgamiento de la guarda y custodia de menores de doce años quedará preferentemente al cuidado de la madre y atendiendo al interés superior de las niñas, niños y adolescentes'[42].

En este caso la Primera Sala a través del caso analizado en el Amparo Director en Revisión 2618/2013, menciona la situación de riesgo que puede provocar dejar a unas menores al cuidado de un progenitor que no garantiza su cuidado, y ello no garantiza ni privilegia el interés superior de la niñez, la propia sentencia hace mención a dos amparos directos en revisión[43], donde se insiste que la aplicación del principio *pro persona*, en el análisis de los derechos humanos es un componente esencial que debe utilizarse imperiosamente en el establecimiento e interpretación de normas relacionadas con la protección de la persona. Lo anterior en función que basta que se ponga en riesgo al menor para comprometer los derechos de los infantes, sin necesidad de actualizar el daño. Por otra parte, en los precedentes antes citados se ordena a las autoridades estatales que la protección de los derechos de la niñez se realice a través de medidas reforzadas o agravadas, y que los intereses de los niños deben protegerse con mayor intensidad cuando aumente el riesgo para que los menores se vean afectados.

Debe destacarse que en este contexto jurídico la existencia de riesgo se configura como una situación en la que la ocurrencia de un acontecimiento sea verdaderamente probable, real y cierto. Por lo anterior, en el tema de guarda y custodia evitar el riesgo se vincula con lo que resulte más beneficioso para el niño, evitando que el niño se encuentre en una situación de peligro por las circunstancias que posee el progenitor a que se define su cuidado.

En un particular razonamiento, si la sentencia dictada reconoce que existen diversas razones por la cual el padre es la figura idónea para ejercer la guarda y custodia, no era necesario crear falsas expectativas a la madre al concederle el amparo, para señalar en la propia sentencia que no era necesario cambiar la resolución judicial del Colegiado que concedió al padre la guarda y custodia, y que se apoyó en la salud de la madre pero también en otros dictámenes en los cuales se explica por peritos que la progenitora no se encuentra involucrada en la

42 *Vid.* Artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México.

43 *Vid.* Amparo Directo en Revisión 12/2010, de 2 de marzo de 2011 y Amparo Directo en Revisión 1038/2013, de 4 de septiembre de 2013.

educación y desarrollo de sus hijas, que manifestaron además que su papá estaba al pendiente de ellas y que de igual forma se sentían felices al estar en el ambiente paterno.

VIII. CONCLUSIONES.

De todos los cambios en el ámbito internacional que están ocurriendo en el derecho, uno de los más profundos es sin duda el vinculado al derecho de familia partiendo de la protección constitucional e internacional que se le brinda a la persona más débil en el tipo familiar que tratemos: el menor, por ello el principio del interés superior de la niñez, a partir de la Convención del Niño ha tenido una repercusión innegable en la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo.

En México la reforma de 11 de Junio de 2011 introdujo un refuerzo jurídico estructural en lo que sigue siendo el núcleo central de la sociedad: la familia con sus distintas carácterísticas y el trato que debe dársele al niño, niña o adolescente que vive en ella cuando se encuentra estructurada o cuando por razones de la pareja, la familia sufre una separación que debe afectar en lo mínimo posible a los niños.

La guarda y custodia compartida ha sido una solución jurídica muy atinada que se propone ahora con la máxima de proteger el interés superior de la niñez, desde nuestra infancia conocimos a padres separados que en días de vacaciones trasladaban al menor del hogar común pero como ha establecido el Poder Judicial de la Federación en México, eso no es guarda y custodia compartida.

En el difícil momento de determinar la guarda y custodia del menor en caso de separación de los padres, el juez ha de valorar las especiales circunstancias que concurren en cada progenitor y determinar cuál es el ambiente más propicio, y no sólo el menos perjudicial, para el desarrollo integral de la personalidad del menor.

El Poder Judicial de la Federación ha afirmado que se configura una categoría sospechosa cuando se configura uno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1º de la Constitución mexicana. A tales efectos, el juez debe atender los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que existen en una familia, de forma que se pueda identificar qué es lo mejor para los hijos, para su desarrollo integral, personalidad, formación psíquica y física.

Los elementos señalados, no obstante deben ser criterios orientadores no definitorios, pues en otra parte de la balanza deben encontrarse las necesidades de atención, cariño, alimentación, educación y ayuda escolar, así como la existencia de un clima de equilibrio para su desarrollo y las pautas de conducta de su entorno

a través de sus progenitores, es decir la existencia de un buen ambiente familiar y social y quién puede ofrecerle más en ese sentido, de igual forma si existe un rechazo o una especial identificación con alguno de los padres.

BIBLIOGRAFÍA

Bianca, C. M.: "La nueva disciplina en materia de separación de los padres y custodia compartida: primeras reflexiones" con traducción al idioma castellano, autorizada por el autor, de Agurto González, C. y Quequejana Mamani, S. L., en Bianca, C. M., Sirena, P. y Patti, S., *Derecho privado moderno*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018.

Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No 7,* Realización de los Derechos del Niño en la primera infancia, 2005, párrafo 13.

Pérez Fuentes, G. M.: "La constitucionalización del Derecho de Familia. Ponderación de principios a través de un estudio de caso" en González Martín, N. (Editora), *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez. Perspectivas de derecho comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2021.

Ragel Sánchez, L. F.: "La guardia y custodia de los hijos" en *Derecho Privado y Constitución*, no 15, 2001.

LEGISLACIÓN

Código Civil del Estado de Jalisco, publicado en la Sección Segunda del Periódico Oficial del Estado de Jalisco, el sábado 25 de febrero de 1995, última reforma publicada en el Periódico Oficial el 6 de mayo de 2021.

Código Civil del Estado de México, publicado en el periódico oficial el 7 de junio de 2002, última reforma publicada el 27 de agosto de 2021.

Código Civil del Estado de Querétaro, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 21 de octubre de 2009, última reforma publicada el 1 de junio de 2020.

Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto, todos de 1928, última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 4 de agosto de 2021.

Código Civil para el Estado de Quintana Roo, Código publicado en el Número Extraordinario del Periódico Oficial del Estado, el 8 de octubre de 1980, última reforma publicada en el periódico oficial el 30 de noviembre de 2020.

Código Civil para el Estado de Tabasco, publicado en el periódico oficial el 9 de abril de 1997, última reforma publicada el 27 de febrero de 2021.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, publicado en el Periódico Oficial el 30 de abril de 1985, última reforma publicada el 26 de marzo de 2021.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 28 de mayo de 2021.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, cuya última reforma data del 11 de enero de 2021.

JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

Amparo Directo 1573/2011, de 7 de marzo de 2012, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo Directo en Revisión 1038/2013, de 4 de septiembre de 2013.

Amparo Directo en Revisión 12/2010, de 2 de marzo de 2011.

Amparo Directo en Revisión 2618/2013, de 23 de octubre de 2013, resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de justicia de la Nación.

Corte IDH, *Caso Atala Riffo* y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH*, Opinión Consultiva 0C-17/2002,* de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, p. 62, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

Tesis Aislada 1a. CXLV/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XI, agosto de 2012, tomo 1, p. 487.

Tesis aislada 1a. CXXI/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro IX, junio de 2012, tomo 1, p. 261.

Tesis aislada 1a. XCVI/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro VIII, mayo de 2012, tomo 1, p. 1095.

Tesis de jurisprudencia 1a./J.53/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* libro 7, junio de 2014, tomo I, p. 217.

Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 18/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 4, marzo de 2014, tomo I, p. 406.

Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 25/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* libro XV, diciembre de 2012, tomo 1, p. 334.

Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 42/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 19, junio de 2015, tomo I, p. 563.

Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 53/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 7, junio de 2014, tomo I, p. 217.

Tesis I.3o.C.645 C, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVI, octubre de 2007, p. 3120.

Tesis: 2a./J. 113/2019, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 69, agosto de 2019, tomo III, p. 2328.

Tesis: II.1o.11 C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 10, septiembre de 2014, tomo III, p. 2426.

Tesis: II.1o.13 C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 10, septiembre de 2014, tomo III, p. 2425.

TRATADOS INTERNACIONALES

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por UNICEF- ONU, el 20 de noviembre de 1989.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

LE STRUTTURE PLURALI DELLA PARENTELA

THE PLURAL STRUCTURES OF KINSHIP

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1464-1477

Marco RIZZUTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il contributo mette in evidenza come, anche dopo la riforma della filiazione, gli statuti della parentela possano avere una struttura non uniforme, allo scopo di perseguire finalità di rilievo costituzionale e sovranazionale, con particolare riferimento all'ambito dell'adozione aperta.

PALABRAS CLAVE: Parentela; filiazione; adozione aperta, legalità costituzionale.

ABSTRACT: *The paper shows how, even after the reform of filiation, the legal statutes of kinship display a multiform structure, in order to pursue constitutional and supranational objectives, with particular regard to open adoptions.*

KEY WORDS: *Kinship; filiation; open adoption; constitution.*

SUMARIO.- I. PARENTELA E ADOZIONI DOPO LA RIFORMA DELLA FILIAZIONE.- II. I RAPPORTI FAMILIARI E SUCCESSORI CHE SORGONO DALL'ADOZIONE APERTA.

I. PARENTELA E ADOZIONI DOPO LA RIFORMA DELLA FILIAZIONE.

In seguito a quella riforma della filiazione che tende ormai ad essere ricordata con un esplicito riferimento al nome di Cesare Massimo Bianca quale suo principale ispiratore[1], si può essere portati a ritenere che l'unificazione degli *status* abbia trovato una delle sue più significative espressioni nell'uniformazione delle relazioni di parentela. Viene al riguardo anzitutto in rilievo il nuovo testo della stessa definizione codicistica della parentela, tutto inteso a porre in evidenza come essa ormai possa analogamente fondarsi sulla filiazione matrimoniale, su quella extramatrimoniale o sull'adozione[2]. Tutto ciò non toglie, però, che un certo grado di pluralismo nella strutturazione di tali relazioni sussista ancora nel sistema e che, lungi dall'essere mero residuo storico di logiche destinate al superamento, possa anzi svolgere un positivo ruolo ordinamentale alla luce dei fondamentali riferimenti assiologici di livello costituzionale e sovranazionale.

Occorre nuovamente partire da una, più attenta, considerazione della medesima norma che abbiamo poc'anzi richiamata, ed in cui viene invero esplicitamente esclusa dal raggio d'azione della nuova nozione di parentela l'ipotesi dell'adozione dei maggiori di età. Parrebbe dunque evidente che in tal caso sono rimaste in vigore le regole tradizionali, per cui l'adozione costituisce un rapporto fra adottato e adottante ma, salve determinate ipotesi eccezionali, non fra adottato e parenti

1 Si allude, naturalmente, alla legge 10 dicembre 2012, n. 219, cui ha fatto seguito il decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154. Al riguardo si possono vedere, senza alcuna pretesa di completezza: Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo i figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 1 ss.; Al Mureden, E.: "Dalla potestà alla responsabilità genitoriale", *Giur. it.*, 2013, p. 1267 ss.; Lenti, L.: "La sedicente riforma della filiazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 201 ss.; Ferrando, G.: "La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali", *Corr. giur.*, 2013, p. 525 ss.; Recinto, G.: "Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?", *Dir. fam. pers.*, 2013, pp. 1475-1487; Pane, R. (a cura di): *Nuove frontiere della famiglia: la riforma della filiazione*, Napoli, 2014; Chiappetta, G. (a cura di): *Lo stato unico di figlio*, Napoli, 2014; Bianca, C.M. (a cura di): *La riforma della filiazione*, Padova, 2015; Arceri, A., Sesta, M.: "La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli", in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2016; Giardina, F.: "«Morte» della potestà e «capacità» del figlio", *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1609-1620; Recinto, G.: *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016; Gorgoni, A.: *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2017; Rizzuti, M.: "Che cosa rimane delle potestà familiari?", in Sirena, P., Zoppini, A. (a cura di): *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, Roma, 2018, p. 191 ss.

2 Il riferimento è al nuovo testo dell'art. 74 c.c., come riformulato in seguito alla già menzionata l. 219 del 2012, e nel quale si riprende la tradizionale definizione della parentela come vincolo tra persone che discendono dallo stesso stipite, ma con l'importante aggiunta «sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo».

• Marco Rizzuti
Ricercatore in Diritto Privato, Università degli Studi di Firenze. E-mail: marco.rizzuti@unifi.it

dell'adottante, né fra adottante e famiglia dell'adottato, e soprattutto non vengono meno i rapporti fra adottato e famiglia d'origine[3].

In questi termini si potrebbe in effetti pensare di essere di fronte ad un'ipotesi marginale, ma l'impressione è smentita se consideriamo che a tali regole codicistiche rinvia anche la disciplina della cosiddetta adozione in casi particolari[4], che ha assunto però nella recente dinamica ordinamentale ben altro ruolo sistematico. Com'è noto, infatti tale paradigma adozionale è uscito dal cono d'ombra della diffidenza interpretativa da cui era originariamente circondato[5], per affermarsi come il principale veicolo per la giuridificazione di rapporti familiari di fatto[6], e soprattutto per la costruzione di un paradigma di adozione mite o aperta, cioè rispettosa dei rapporti con la famiglia d'origine, che si è rivelato imprescindibile per assicurare la conformità del sistema interno agli orientamenti della giurisprudenza

3 Viene in rilievo l'art. 300 c.c., in forza del quale l'adozione del maggiorenne non fa venir meno diritti e doveri dell'adottato nei confronti della famiglia d'origine (comma 1) e non induce alcun rapporto civile tra l'adottato ed i parenti dell'adottante né tra l'adottante e la famiglia dell'adottato (comma 2). Entrambi i commi dell'art. 300 c.c., però, fanno salve le eccezioni previste dalla legge, con una formula ampia che rinvia ad una molteplicità di ipotesi che l'interprete può ricavare da ulteriori plessi normativi.

4 L'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184, rende infatti applicabile anche il ricordato art. 300 c.c. alla cosiddetta adozione in casi particolari.

5 Prima del 1983 si erano espressi in senso critico rispetto alla prospettiva della sopravvivenza di differenti modelli adozionali Ferrando, G.: "L'adozione ordinaria. Problemi, prospettive e ipotesi sistematiche", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 496 ss., e Busnelli, F.D.: "*Adoptio una et plena*", *Riv. dir. civ.*, 1981, p. 52 ss. Sotto l'imperio della legge 184 del 1983, per un approccio fortemente critico e restrittivo nei confronti dell'adozione in casi particolari, ancora in tempi relativamente recenti, si possono vedere: Manera, G.: "Due diversi modi di intendere l'interesse del minore", *Dir. fam. pers.*, 1985, p. 567 ss.; Cattaneo, G.: "Adozione", in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1987, I, p. 116; Dogliotti, M.: *Adozione di maggiorenni e minori*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 2002, p. 800; Giusti, A.: "L'adozione dei minori in casi particolari", in Bonilini, G., Cattaneo, G. (a cura di): *Il diritto di famiglia*, Torino, 2007, III, p. 546.

6 Possiamo qui solo alludere alla complessa vicenda interpretativa dell'art. 44, lettera *d* della legge 184 del 1983, che può dirsi ormai coronata dal riconoscimento al più elevato livello nomofilattico (Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. dir.*, 2019, 7, p. 1198 ss.) della possibilità per il convivente di ricorrervi allo scopo di adottare il figlio del *partner*, ed anche della fondamentale utilità di tale meccanismo per garantire un livello minimo di riconoscimento ai rapporti di filiazione omogenitoriale costituitisi in seguito al ricorso all'estero a tecniche di procreazione assistita che in Italia non sarebbero state accessibili. Frattanto, infatti, ricorrendo per la prima volta allo strumento dell'*Avis consultatif* di cui al Protocollo 16 Conv. EDU, anche la Corte di Strasburgo, con il parere del 10 aprile 2019, precisava che per apprestare un'adeguata tutela al rapporto del minore nato da *surrogacy* con la moglie del padre genetico non è necessario ammettere la trascrizione dell'atto di nascita straniero, che la indica come madre, ma è sufficiente prevedere un procedimento adozionale tale da assicurare celerità ed effettività (cfr. Grasso, A.G.: "Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 757-770). Successivamente, Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 32 e Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 33, entrambe in *www.cortecostituzionale.it*, hanno posto in evidenza come in alcuni casi il livello di tutela così attingibile per il figlio possa risultare non sufficiente, ma ciò non toglie che al momento, in assenza di un, invero poco probabile, accoglimento da parte del legislatore del monito formulato in tale occasione dalla Consulta, essa rappresenti l'unica tutela possibile, di talché la sua necessità costituzionale finisce per risultarne esaltata.

sovranazionale[7], tanto da relegare piuttosto ad un ambito di eccezionalità l'adozione piena, o chiusa, e la conseguente recisione dei rapporti familiari originari[8].

Il problema diventa dunque quello di stabilire se anche queste vicende adozionali, ormai per l'appunto nient'affatto particolari, determinino una differente configurazione dei rapporti di parentela oppure se anch'esse debbano uniformarsi a quella generale conseguita alla riforma unificatrice. La dottrina sul punto appare divisa, in quanto alcune voci autorevoli sostengono che il nuovo assetto avrebbe in effetti travolto anche le regole in discorso[9], mentre l'opinione prevalente, alla luce anche di una sorta di interpretazione autentica fornita dallo stesso Bianca[10], rigetta una siffatta interpretazione della riforma, ricorrendo ai tradizionali strumenti ermeneutici rappresentati dall'intenzione del legislatore, che era nel senso di preservare le specificità in esame[11], e dal criterio di specialità, in forza del quale,

7 L'adozione mite rappresentava sino a poco tempo fa un'opzione eterodossa praticata da pochi giudici minorili (cfr., per tutti, Occhiogrosso, F.P.: *Manifesto per una giustizia minorile mite*, Milano, 2009), ma in seguito a tutta una serie di condanne riportate dal nostro Paese in sede sovranazionale a partire da Corte EDU, 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italie*, n. 33773/11, in *Minorigiustizia*, 2014, p. 268, anche la nostra giurisprudenza di legittimità si è dovuta riorientare. La svolta si è avuta, infatti, con Cass., 13 febbraio 2020, n. 3643, in *Nuova giur. civ. comm*., 2020, 4, p. 830, che ha cassato la decisione di merito che aveva dichiarato adottabili le figlie minorenni di una donna immigrata senza prendere nella dovuta considerazione l'opzione di conservare i rapporti con la famiglia d'origine tramite il ricorso all'adozione mite. Il medesimo orientamento si ritrova poi, più ampiamente argomentato sempre con riferimento alla giurisprudenza europea, nella decisione di Cass., 25 gennaio 2021, n. 1476, in *Corr. giur.*, 2021, 8-9, p. 1066, con nota di Salanitro, U., che analogamente è pervenuta alla cassazione di una dichiarazione di adottabilità che non aveva adeguatamente considerato la possibilità dell'adozione mite ed il carattere di necessaria eccezionalità di quella piena.

8 Si è parlato al riguardo di «inversione del rapporto tra regola ed eccezione» (Long, J.: "Il triangolo dell'adozione", in Agostinelli, B., Cuffaro, V. (a cura di): *Relazioni, famiglie, società*, Torino, 2020, p. 215), oppure di uno sviluppo evolutivo per effetto del quale «L'adozione piena… assume quel carattere residuale che per lungo tempo è stato riservato all'adozione in casi particolari» anche se non riconducibile in senso stretto ad un rapporto di «regola-eccezione» (Finessi, A.: "Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e best interests of the child", *Nuove leggi civ. comm*., 2020, 6, p. 1343 ss.). Pone chiaramente in evidenza questo passaggio «da caso particolare a fattispecie residuale» dell'istituto in discorso anche Tuccari, E.: "L'adozione non può essere sempre «mite»", in Granelli, C. (a cura di): *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2020, p. 137 ss., il quale pure si esprime criticamente al riguardo, ritenendo, in linea con la posizione di Renna, M.: "Forme dell'abbandono, adozione e tutela del minore", *Nuova giur. civ. comm*., 2019, 6, pp. 1361- 1376, che un'evoluzione del genere non avrebbe potuto fondarsi soltanto sull'interpretazione convenzionalmente conforme ma avrebbe richiesto un intervento esplicito del legislatore interno.

9 Tra gli autori orientati in tal senso si possono vedere: Lenti, L.: "La sedicente riforma", *cit*., p. 202; Morozzo della Rocca, P.: "Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari", *Fam. e dir*., 2013, p. 898 ss.; Dossetti, M.: "La parentela", in Dossetti, M., Moretti, M., Moretti, C.: *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali. L. 10 dicembre 2012, n. 219*, Bologna, 2013, p. 20; Ferrando, G.: "La nuova legge sulla filiazione", *cit*., p. 525; Dossetti, M.: "Dopo la riforma della filiazione: i nuovi successibili", *Fam. e dir.*, 2015, 10, p. 941 ss.; Cagnazzo, A.: "La filiazione", in Cagnazzo, A., Preite, F., Tagliaferri, V.: *Il nuovo diritto di famiglia. Profili sostanziali, processuali e notarili*, Milano, 2015, p. 11; Di Rosa, G.: "sub art. 74 cod. civ.", in Di Rosa, G. (a cura di): *Comm. cod. civ. Gabrielli, Della famiglia,* Torino, 2018, I, p. 13; Giacobbe, E.: "Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma «Bianca»", *Dir. fam*., 2014, p. 838; Long, J.: "L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina delle adozioni dei minorenni", in Aa. Vv.: *La nuova disciplina della filiazione*, Rimini, 2014, p. 258; Giusti, A.: "L'adozione di minori di età in casi particolari", in Bonilini, G. (a cura di): *Trattato di diritto di famiglia*, Torino, 2016, IV, p. 3967. In giurisprudenza cfr. Trib. Min. Venezia, 8 giugno 2018, in *www.ilfamiliarista.it*, 2018, con nota di Stefanelli, S.

10 Si allude a Bianca, C.M.: "Note introduttive", in Bianca, C.M. (a cura di): "La riforma del diritto della filiazione", *Nuove leggi civ. comm*., 2013, p. 439, nt. 8: «[i]l vincolo di parentela con le famiglie degli adottanti deve egualmente escludersi quando si tratti di adozione in casi particolari».

11 Nella relazione illustrativa dello «Schema di d.lgs. volto a dare attuazione alla delega contenuta nella legge 10 dicembre 2012, n. 219» si legge che: «il riferimento ai figli adottivi, contenuto nella Disposizione [art.

com'è noto, la legge generale successiva è comunque derogata dalla legge speciale anche se anteriore[12].

Invero, questi rilievi tecnici potrebbero forse essere superati in una prospettiva assiologica, se si ritenesse di dover attribuire alla norma di unificazione degli *status filiationis* un valore costituzionalmente necessario e come tale prevalente, ma, a nostro avviso, così non è, per cui l'argomento in esame rischia di provare troppo e rivelarsi dunque fallace. Non sussiste, del resto, una necessità costituzionale che imporrebbe l'assoluta uniformazione degli *status filiationis*[13], ma sono anzi alcune delle caratteristiche differenziali in questione, destinate anch'esse ad essere travolte se prendessimo sul serio l'ipotizzata direttiva della necessaria assoluta uniformità, a risultare necessarie ai fini dell'osservanza dei vincoli sovranazionali, e quindi costituzionali. Ad essere, infatti, decisivo affinché il nuovo modello adozionale possa svolgere il proprio ruolo sistematico è proprio quel suo carattere di apertura alla preservazione dell'assetto parentale originale, cui il rapporto con l'adottante si aggiunge senza determinarne una cancellazione né una menomazione. Ne consegue dunque che dall'adozione aperta non possa e non debba derivare il medesimo assetto dei rapporti di parentela che caratterizzano quella piena, ovvero chiusa, e che la assimilano quindi oggi *in toto* alla filiazione matrimoniale ed extramatrimoniale.

Resta, però, fondamentale uno sforzo di interpretazione adeguatrice e costituzionalmente orientata, ma non già nel senso di un radicale superamento

74 c.c.], deve essere inteso in relazione alla così detta adozione 'piena', cioè all'adozione dei minori di età che, ai sensi dell'articolo 27 della legge n. 184/1983, per effetto dell'adozione acquistano lo stato di figlio 'legittimo' (da ora 'nato nel matrimonio') degli adottanti».

12 In tal senso si sono orientati: Velletti, M.: "La nuova nozione di parentela", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 441 ss.; Sesta, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Fam. e dir.*, 2013, p. 231; Bocchini, F.: *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, p. 272; Magnani, A.: "Il principio di unicità dello stato giuridico di figlio. Il nuovo concetto di parentela. Riflessi successori", *Riv. not.*, 2013, 3, p. 666; Sesta, M.: "Stato unico di filiazione e diritto ereditario", *Riv. dir. civ.*, 2014, 1, p. 1 ss.; Campione, R.: "Parentela e consanguineità", *Giur. it.*, 2014, 5, pp. 1278-1283; Salanitro, U.: "La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (I parte)", *Corr. giur.*, 2014, p. 544; Figone, A.: *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014, p. 7; Rusconi, C.: "L'adozione in casi particolari: aspetti problematici nel diritto vigente e prospettive di riforma", *Jus*, 2015, p. 19; La Spina, A.: "Unicità dello *status filiationis* e adozioni", *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 803 ss.; Cristiani, F.: *Vincolo di parentela e mutazioni della famiglia*, Torino, 2019, pp. 17-20. Occorre peraltro considerare anche le posizioni di autori che, pur magari auspicando una scelta legislativa diversa, confermano come l'interpretazione della disposizione vigente debba essere però quella ora in esame: cfr. Palazzo, A.: "La riforma dello status di filiazione", *Riv. dir. civ.*, 2013, 2, p. 245 ss.; Cinque, M.: "Profili successori nella riforma della filiazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 12, p. 657 ss.; Sassi, A., Scaglione, F., Stefanelli, S.: "La filiazione e i minori", in Sacco, R. (a cura di): *Trattato di diritto civile*, Torino, 2018, p. 343. Sulla medesima lunghezza d'onda è del resto la motivazione di Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit., che prende atto di come, nonostante la modifica dell'art. 74 c.c., non sia tuttavia ancora possibile superare l'efficacia del rinvio operato dall'art. 55 della legge 184 del 1983.

13 Tutt'al contrario, nell'ambito del dibattito relativo alla riforma del 2012-2013 erano addirittura emersi dubbi circa la legittimità costituzionale di una piena parificazione tra figli matrimoniali ed extramatrimoniali, in quanto l'art. 30, comma 3, Cost. prevedeva pur sempre un approccio differenziale ed un limite di compatibilità (cfr. Sesta, M.: "L'unicità dello stato di filiazione", *cit.*, p. 233; Sesta, M.: "Stato unico di filiazione", *cit.*, p. 7), storicamente frutto di un'impostazione compromissoria (cfr. ora, anche per ulteriori riferimenti, Astone, A.: "La controversa attuazione del principio di responsabilità per il fatto della procreazione: tra dato biologico e dato intenzionale-sociale", *Teoria e storia del diritto privato*, 2020, pp. 1-38).

di differenzialità che sono anzi esse stesse necessarie, bensì in quello di un ridimensionamento delle eccessive rigidità e degli esiti meno accettabili che alcune di esse rischiano di determinare. Dobbiamo dunque partire dal presupposto che l'adozione aperta rispetta il preesistente assetto dei rapporti di parentela dell'adottato e ne costituisce soltanto uno nuovo, quello con l'adottante, caratterizzato peraltro da una rilevanza successoria non piena bensì unilaterale[14]. Tuttavia, se procediamo ad un'accorta opera ermeneutica, possiamo concludere che anche ulteriori relazioni familiari scaturenti da tale vicenda non rimangono necessariamente prive di ogni rilievo giuridico.

II. I RAPPORTI FAMILIARI E SUCCESSORI CHE SORGONO DALL'ADOZIONE APERTA.

Emerge anzitutto la realtà fattuale di quelle relazioni socioaffettive che, nell'interesse del minore protagonista di una vicenda di adozione aperta, potranno assumere rilievo qualora una crisi familiare renda necessario disciplinare il suo diritto a mantenere i rapporti con le figure più significative. La giurisprudenza ha già avuto modo di mettere a tal fine in rilievo la figura del "nonno sociale", inteso come convivente dell'ascendente in senso tecnico[15], e riterremmo che analogo rilievo dovrebbe vedersi riconosciuto nei confronti del minore adottato la figura del genitore dell'adottante, nonché in seguito nei confronti dei figli del soggetto a suo tempo adottato quella dello stesso adottante. Del pari, anche le relazioni intercorrenti fra più minori adottati del medesimo soggetto, o fra costoro ed i figli di tale soggetto, dovrebbero essere prese in considerazione in maniera tale da garantire a costoro la possibilità di frequentarsi pure in caso di crisi familiare[16].

14 Il già menzionato rinvio operato dall'art. 55 della legge 184 del 1983 rende applicabile anche il comma 1 dell'art. 304 c.c., in forza del quale l'adozione del maggiorenne, e quindi anche quella aperta, non attribuiscono diritti successori all'adottante. Beninteso, tutto ciò non toglie che l'adottante possa comunque essere eventualmente istituito erede o legatario in via testamentaria al pari di qualunque terzo, nel rispetto però dei diritti spettanti ai legittimari, fra i quali *de jure condito* rientrano, con un esito che può destare qualche perplessità, anche i genitori originari.

15 Com'è noto, l'art. 315 *bis* c.c. riconosce in termini generali al figlio il diritto a mantenere i rapporti con i parenti di entrambi i rami della famiglia, ma la riforma del 2012-2013 ha introdotto per quelli con gli ascendenti una tutela rinforzata, in quanto con l'art. 317 *bis* c.c. si è attribuito direttamente all'ascendente il diritto di agire in giudizio, sempre nell'esclusivo interesse del nipote minorenne, qualora gli venga impedito di mantenere rapporti significativi con quest'ultimo. Quello di tutelare il diritto al rapporto fra ascendenti e nipoti rappresenta oltretutto per il nostro ordinamento anche un obbligo sanzionato dalla giurisprudenza sovranazionale (cfr. Corte EDU, 20 gennaio 2015, *Manuello & Nevi c. Italie*, n. 107/2010; Corte Giust. UE, 31 maggio 2018, C-335/17). Per quanto interessa più direttamente in questa sede, occorre però rilevare come la recente giurisprudenza abbia avuto modo di precisare che il riferimento della norma in commento agli ascendenti non deve essere inteso in senso meramente biologico o tecnico-giuridico, ma può comprendere, sempre nell'interesse del minore con cui abbia instaurato una relazione socioaffettiva stabile, anche il cosiddetto «nonno sociale», ovvero il coniuge o il convivente di fatto dell'ascendente in senso stretto (cfr. Cass., 25 luglio 2018, n. 19780, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3565).

16 La giurisprudenza riconosce che, in caso di rottura del rapporto familiare tra i genitori, il rilievo, anche costituzionale, della tutela del «diritto fondamentale di sorellanza e fratellanza» impone che i fratelli debbano essere di regola collocati presso il medesimo genitore, a meno che non emerga in concreto una contrarietà di tale soluzione al loro interesse (Cass., 24 maggio 2018, n. 12957, in *Guida al dir.*, 2018, 32, p. 38). Il medesimo interesse concreto del minore alla preservazione di un rapporto potrà evidentemente

Tutte queste relazioni possono però vedersi riconosciuto un qualche rilievo, sebbene diverso da quello che attiene alla parentela in senso tecnico, pure sul piano degli impedimenti matrimoniali, di cui si occupano alcune disposizioni codicistiche[17], e soprattutto su quello successorio. Al riguardo uno specifico profilo viene preso direttamente in considerazione a livello codicistico con l'indicazione che l'adottato può essere rappresentato dai suoi discendenti nella successione dell'adottante[18], mentre la normativa tace in ordine all'eventuale possibilità per lo stesso adottato di rappresentare l'adottante nella successione del genitore di quest'ultimo, né prende in considerazione l'ipotesi di rapporti successori fra i "fratelli adottivi". A tali silenzi potrebbe però porre rimedio un'interpretazione costituzionalmente orientata che assuma come parametro quelle decisioni della Consulta che, in un passato ormai non recentissimo, erano intervenute per allineare ai canoni della legalità costituzionale l'assetto delle relazioni familiari facenti capo ai figli naturali, ben prima di quella riforma della filiazione da cui abbiamo preso le mosse.

Invero, tali interventi non avevano mai ritenuto costituzionalmente necessaria l'estensione della parentela e l'unificazione degli *status* cui sarebbe poi pervenuto il legislatore del 2012-2013, tant'è che anche dopo di essi il riconoscimento (o la dichiarazione giudiziale) costituiva un rapporto di parentela in senso pieno solo fra il suo autore ed il figlio riconosciuto (ovvero fra il genitore giudizialmente dichiarato ed il figlio), ma avevano tuttavia configurato il figlio naturale come capace di succedere per rappresentazione al genitore dell'autore del riconoscimento[19], ed

emergere, nell'ipotesi delineata nel testo, anche con riguardo a colui che tecnicamente non sarebbe un fratello.

17 Viene infatti in rilievo il disposto dell'art. 87, n. 6, c.c. in base al quale non possono contrarre matrimonio fra di loro «l'adottante, l'adottato e i suoi discendenti», mentre il n. 7 vieta il matrimonio fra le persone adottate dal medesimo adottante, ed il successivo n. 8 provvede ad impedire il matrimonio fra l'adottato, in caso di adozione del maggiorenne o aperta, ed il figlio, matrimoniale o extramatrimoniale o adottivo in caso di adozione chiusa, dell'adottante. Per completezza va poi ricordato anche il n. 9, che introduce un impedimento matrimoniale tra adottante e coniuge dell'adottato nonché tra adottato e coniuge dell'adottante.

18 L'art. 468, comma 1, c.c. espressamente riconosce l'operatività della rappresentazione in favore dei discendenti dei figli «anche adottivi», confermando la soluzione che il Codice Pisanelli aveva dato ad una questione controversa sotto il *Code Napoléon* (cfr. Todaro, R.V.: *Studi sul diritto di rappresentazione*, Torino, 1904, p. 96, nonché Laghi, P.: *La rappresentazione. Profili applicativi*, Napoli, 2018, pp. 126-129 nonché p. 178), ma né tale norma né l'art. 467 c.c. specificano se il figlio del *de cuius* possa essere rappresentato anche dai suoi discendenti adottivi (cfr. Cervasi, C.: "I presupposti soggettivi della rappresentazione", in Cuffaro, V. (a cura di): *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, Torino, 2015, p. 129 ss.), per cui si rischia di determinare un'esclusione irragionevole (cfr. Terenghi, C.: "Rappresentazione e adozione", *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 243 ss.). Nel sistema codicistico, invero, era la posizione dei discendenti dell'adottato ad essere presa maggiormente in considerazione, tanto che un'autorevole, anche se isolata, proposta ricostruttiva dottrinaria (Barba, V.: "Variazioni critiche sull'art. 300 c.c.", *Fam. pers. succ.*, 2008, 6, pp. 487-497) ha addirittura fatto leva, oltre che sui ricordati artt. 87, n. 6, c.c. e 468, comma 1, c.c., anche e soprattutto sul diversificato tenore letterale dello stesso art. 300, comma 2, c.c. che, per escludere il sorgere di rapporti ulteriori a quello tra adottante e adottato, li esclude, da un lato, tra «adottante e famiglia dell'adottato» e, dall'altro, tra «adottato e parenti dell'adottante», per poter sostenere che nel primo caso il riferimento non sia a tutti i parenti dell'adottato ma solo alla sua famiglia di provenienza originaria, e non quindi ai suoi discendenti che verrebbero così considerati parenti dell'adottante in senso pieno.

19 L'allargamento della rappresentazione in favore dei figli naturali era emerso come un'esigenza costituzionalmente necessaria già con Corte Cost., 14 aprile 1969, n. 79, in *Foro it.*, 1969, I, c. 1033, che aveva dichiarato incostituzionali sia l'art. 577 c.c., in base al quale al figlio naturale rispetto alla successione dell'ascendente del genitore spettava non la rappresentazione ma solo un diritto più limitato nei

il fratello naturale come successibile *ab intestato* dopo i parenti legittimi ma prima dello Stato[20]. In maniera analoga si potrebbe dunque ragionare nelle ipotesi qui in esame, in modo da estendere la portata della rappresentazione in maniera sistematicamente armonica, e da costruire una successione dei fratelli adottivi che, a differenza di quella che è stata discutibilmente ipotizzata nella giurisprudenza di merito[21], non pregiudicherebbe comunque la rilevanza dei rapporti con la famiglia d'origine, in cui consiste per l'appunto il *proprium* ed il plusvalore assiologico dell'adozione aperta, ma che al tempo stesso eviterebbe di determinare inaccettabili lacune di tutela[22].

presupposti, sia gli artt. 467 e 468 c.c., *in parte qua* escludevano dalla rappresentazione i discendenti naturali del rappresentato anche in assenza di discendenti legittimi di quest'ultimo. Di lì a poco la riforma del 1975 sancì il pieno riconoscimento della possibilità per i discendenti naturali di succedere per rappresentazione, anche a prescindere dalla sussistenza o meno di quelli legittimi, fermo restando che invece un rapporto di parentela in senso tecnico tra figlio extramatrimoniale e parenti del genitore sarebbe stato introdotto, molto tempo dopo, soltanto con la riforma del 2012-2013.

20 Il riferimento è anzitutto a Corte Cost., 4 luglio 1979, n. 55, in *Giur. it*., 1979, I, p. 1589, che, in ragione del contrasto con gli artt. 3 e 30, comma 3, Cost., aveva dichiarato illegittimo l'art. 565 c.c., *in parte qua* escludeva dalla categoria dei chiamati alla successione legittima, in mancanza di altri successibili e prima dello Stato, i fratelli e le sorelle naturali, riconosciuti o dichiarati. Dal momento che tale pronunzia, originando dall'ordinanza di App. Aquila, 9 ottobre 1974, era ovviamente riferita al testo dell'art. 565 c.c. precedente alla riforma del 1975, si è poi reso necessario ribadire la declaratoria anche con riferimento al nuovo testo, sostanzialmente analogo a quello previgente (Corte Cost., 12 aprile 1990, n. 184, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 4222 con nota di Prosperi, F.). Sono invece risultate inammissibili o infondate le questioni che miravano ad ottenere ulteriori manipolazioni di aspetti che sono stati ritenuti rientrare nella piena discrezionalità del legislatore, quali il conferimento ai fratelli naturali di una posizione successoria poziore rispetto ai parenti legittimi dal terzo al sesto grado (Corte Cost., 7 novembre 1994, n. 377, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 84), ovvero il riconoscimento di una successione anche tra cugini naturali (Corte Cost., 23 novembre 2000, n. 532, in *Giust. civ.*, 2000 p. 591, con nota critica di Bianca, C.M.), che la giurisprudenza maggioritaria ha quindi continuato a ritenere impossibile sino alla riforma del 2012-2013 (cfr. Cass., 10 settembre 2007, n. 19011, in *Giust. civ.*, 2008, p. 2477). In dottrina sull'annosa questione si possono vedere: Carraro, L.: "Parentela e vocazione naturale a succedere dei fratelli naturali", *Riv. dir. civ.*, 1980, I, p. 219 ss.; Santoro Passarelli, F.: "Parentela naturale, famiglia e successione", *Riv. dir. proc. civ.*, 1981, p. 26 ss.; Ferrando, G.: "La successione tra parenti naturali: un problema aperto", *Familia*, 2002, p. 313 ss.; Trapani, G.: "La successione dei fratelli naturali", Studio n. 177-2008/C, approvato dalla Commissione Studi Civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 29 maggio 2008; Morace Pinelli, A.: "Il problema della rilevanza giuridica della cd. parentela naturale", *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 345 ss.

21 Trib. Min. Bologna, 3 luglio 2020, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, p. 78, con nota critica di Cinque, M., ed in *Fam. e dir.*, 2021, 3, p. 318, con nota critica di Scalera, A., a fronte di un'istanza di adozione aperta «incrociata» nell'ambito di una coppia lesbica, ovvero del figlio dell'una da parte dell'altra *partner* e viceversa, ha ritenuto di sancire, con la medesima pronunzia costitutiva dell'adozione, pure un rapporto di fratellanza fra i minori coinvolti, esplicitamente considerato rilevante anche agli effetti successori. Le argomentazioni di tale provvedimento fanno leva su quell'approccio ermeneutico, da noi già criticamente preso in considerazione, favorevole ad una generalizzata estensione dei rapporti di parentela anche in caso di adozione aperta, ma, essendo condizionate evidentemente da una considerazione, peraltro non del tutto lineare, della casistica dell'adozione omoparentale ben più che di quella dell'adozione mite, finiscono per obliterare del tutto la rilevanza dei rapporti con la famiglia d'origine. In seguito, Trib. Min. Venezia, 9 ottobre 2020, in *www.ilfamiliarista.it*, 30 novembre 2020, con nota di Tudisco, M., ha dichiarato inammissibile per carenza di interesse ad agire la domanda di riconoscimento del legame di fratellanza in un comparabile caso di adozione incrociata omogenitoriale, in quanto, aderendo all'interpretazione da noi criticata dell'art. 74 c.c., si tratterebbe di un effetto automatico dell'adozione stessa. Invece, Trib. Min. Bologna, 26 luglio 2021, in *G.U.*, 29 settembre 2021, n. 39, essendo chiamato a pronunciarsi più in generale sui rapporti di parentela e non solo di fratellanza, ha ritenuto che *de jure condito* all'art. 74 c.c. non possa in effetti riconoscersi una siffatta portata abrogatrice, ma ha rimesso tale differenziazione, che insistendo nel disconoscere ogni rilievo al rapporto con la famiglia d'origine considera ingiustificata, all'esame della Corte Costituzionale.

22 Per una più ampia argomentazione delle posizioni qui sostenute si rinvia anche a Rizzuti, M.: *Adozione aperta e rapporti successori*, Napoli, 2021.

BIBLIOGRAFIA

Al Mureden, E.: "Dalla potestà alla responsabilità genitoriale", *Giur. it.*, 2013, p. 1267 ss.

Astone, A.: "La controversa attuazione del principio di responsabilità per il fatto della procreazione: tra dato biologico e dato intenzionale-sociale", *Teoria e storia del diritto privato*, 2020, pp. 1-38

Arceri, A., Sesta, M.: "La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli", in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2016

Barba, V.: "Variazioni critiche sull'art. 300 c.c.", *Fam. pers. succ.*, 2008, 6, pp. 487-497

Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo i figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 1 ss.

Bianca, C.M. (a cura di): "La riforma del diritto della filiazione", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 439 ss.

Bianca, C.M. (a cura di): *La riforma della filiazione*, Padova, 2015

Bocchini, F.: *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013

Busnelli, F.D.: "*Adoptio una et plena*", *Riv. dir. civ.*, 1981, p. 52 ss.

Cagnazzo, A.: "La filiazione", in Cagnazzo, A., Preite, F., Tagliaferri, V.: *Il nuovo diritto di famiglia. Profili sostanziali, processuali e notarili*, Milano, 2015, p. 11 ss.

Campione, R.: "Parentela e consanguineità", *Giur. it.*, 2014, 5, pp. 1278-1283

Carraro, L.: "Parentela e vocazione naturale a succedere dei fratelli naturali", *Riv. dir. civ.*, 1980, I, p. 219 ss.

Cattaneo, G.: "Adozione", in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1987, I, p. 116 ss.

Cervasi, C.: "I presupposti soggettivi della rappresentazione", in Cuffaro, V. (a cura di): *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, Torino, 2015, p. 129 ss.

Chiappetta, G. (a cura di): *Lo stato unico di figlio*, Napoli, 2014

Cinque, M.: "Profili successori nella riforma della filiazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 12, p. 657 ss.

Cristiani, F.: *Vincolo di parentela e mutazioni della famiglia*, Torino, 2019

Di Rosa, G.: "sub art. 74 cod. civ.", in Di Rosa, G. (a cura di): *Comm. cod. civ. Gabrielli, Della famiglia,* Torino, 2018, I, p. 13 ss.

Dogliotti, M.: *Adozione di maggiorenni e minori*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 2002

Dossetti, M.: "La parentela", in Dossetti, M., Moretti, M., Moretti, C.: *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali. L. 10 dicembre 2012, n. 219*, Bologna, 2013, p. 20 ss.

Dossetti, M.: "Dopo la riforma della filiazione: i nuovi successibili", *Fam. e dir.*, 2015, 10, p. 941 ss.

Ferrando, G.: "L'adozione ordinaria. Problemi, prospettive e ipotesi sistematiche", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 496 ss.

Ferrando, G.: "La successione tra parenti naturali: un problema aperto", *Familia*, 2002, p. 313 ss.

Ferrando, G.: "La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali", *Corr. giur.*, 2013, p. 525 ss.

Figone, A.: *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014

Finessi, A.: "Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e best interests of the child", *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 6, p. 1343 ss.

Giacobbe, E.: "Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma «Bianca»", *Dir. fam.*, 2014, p. 838 ss.

Giardina, F.: "«Morte» della potestà e «capacità» del figlio", *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1609-1620

Giusti, A.: "L'adozione dei minori in casi particolari", in Bonilini, G., Cattaneo, G. (a cura di): *Il diritto di famiglia*, Torino, 2007, III, p. 546 ss.

Giusti, A.: "L'adozione di minori di età in casi particolari", in Bonilini, G. (a cura di): *Trattato di diritto di famiglia*, Torino, 2016, IV, p. 3967 ss.

Gorgoni, A.: *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2017

Grasso, A.G.: "Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 757-770

La Spina, A.: "Unicità dello *status filiationis* e adozioni", *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 803 ss.

Laghi, P.: *La rappresentazione. Profili applicativi*, Napoli, 2018

Lenti, L.: "La sedicente riforma della filiazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 201 ss.

Long, J.: "L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina delle adozioni dei minorenni", in Aa. Vv.: *La nuova disciplina della filiazione*, Rimini, 2014, p. 258

Long, J.: "Il triangolo dell'adozione", in Agostinelli, B., Cuffaro, V. (a cura di): *Relazioni, famiglie, società*, Torino, 2020, p. 215 ss.

Magnani, A.: "Il principio di unicità dello stato giuridico di figlio. Il nuovo concetto di parentela. Riflessi successori", *Riv. not.*, 2013, 3, p. 666 ss.

Manera, G.: "Due diversi modi di intendere l'interesse del minore", *Dir. fam. pers.*, 1985, p. 567

Morace Pinelli, A.: "Il problema della rilevanza giuridica della cd. parentela naturale", *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 345 ss.

Morozzo della Rocca, P.: "Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari", *Fam. e dir.*, 2013, p. 898 ss.

Occhiogrosso, F.P.: *Manifesto per una giustizia minorile mite*, Milano, 2009

Palazzo, A.: "La riforma dello status di filiazione", *Riv. dir. civ.*, 2013, 2, p. 245 ss.

Pane, R. (a cura di): *Nuove frontiere della famiglia: la riforma della filiazione*, Napoli, 2014

Recinto, G.: "Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?", *Dir. fam. pers.*, 2013, pp. 1475-1487

Recinto, G.: *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016

Renna, M.: "Forme dell'abbandono, adozione e tutela del minore", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 6, pp. 1361- 1376

Rizzuti, M.: "Che cosa rimane delle potestà familiari?", in Sirena, P., Zoppini, A. (a cura di): *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, Roma, 2018, p. 191 ss.

Rizzuti, M.: *Adozione aperta e rapporti successori*, Napoli, 2021

Rusconi, C.: "L'adozione in casi particolari: aspetti problematici nel diritto vigente e prospettive di riforma", *Jus*, 2015, p. 19 ss.

Salanitro, U.: "La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (I parte)", *Corr. giur.*, 2014, p. 544 ss.

Santoro Passarelli, F.: "Parentela naturale, famiglia e successione", *Riv. dir. proc. civ.*, 1981, p. 26 ss.

Sassi, A., Scaglione, F., Stefanelli, S.: "La filiazione e i minori", in Sacco, R. (a cura di): *Trattato di diritto civil*e, Torino, 2018, p. 343 ss.

Sesta, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Fam. e dir.*, 2013, p. 231 ss.

Sesta, M.: "Stato unico di filiazione e diritto ereditario", *Riv. dir. civ.*, 2014, 1, p. 1 ss.

Terenghi, C.: "Rappresentazione e adozione", *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 243 ss.

Todaro, R.V.: *Studi sul diritto di rappresentazione*, Torino, 1904

Trapani, G.: "La successione dei fratelli naturali", Studio n. 177-2008/C, approvato dalla Commissione Studi Civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 29 maggio 2008

Tuccari, E.: "L'adozione non può essere sempre 'mite'", in Granelli, C. (a cura di): *I nuovi orientamenti della Cassazione civil*e, Milano, 2020, p. 137 ss.

Velletti, M.: "La nuova nozione di parentela", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 441 ss.

IL CONTRIBUTO DI CESARE MASSIMO BIANCA ALLA RIFORMA DELLA FILIAZIONE NELL'ORDINAMENTO CIVILE ITALIANO

CESARE MASSIMO BIANCA'S CONTRIBUTION TO THE REFORM OF SONSHIP IN THE ITALIAN CIVIL SYSTEM

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1478-1501

Riccardo
ROSETTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il lavoro riguarda la riforma della filiazione nell'ordinamento italiano.

PALABRAS CLAVE: Riforma; filiazione.

ABSTRACT: *The work is about the discipline of filiation into Italian legislation.*

KEY WORDS: *Reform; filiation.*

SUMARIO.- I. LE ORIGINI DELLA RIFORMA DELLA FILIAZIONE.- 2. IL PROCEDIMENTO LEGISLATIVO DI APPROVAZIONE DELLA RIFORMA.- III. IL SIGNIFICATO DELLA RIFORMA A QUASI DIECI ANNI DALLA SUA APPROVAZIONE.- IV. LA RIFORMA NELLE DECISIONI DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

I. LE ORIGINI DELLA RIFORMA DELLA FILIAZIONE.

La riforma della filiazione, recata nell'ordinamento italiano dalla legge delega n. 219 del 2012 e dal decreto attuativo n. 154 del 2013, si appresta a compiere dieci anni.

La riforma ha disegnato una disciplina della filiazione finalmente coerente con i valori costituzionali, ha unificato lo stato di figlio ponendo fine alle discriminazioni presenti nel codice civile nei confronti dei figli nati fuori del matrimonio e ha posto l'interesse del minore al centro della disciplina familiare.

È questa l'occasione per ricordare il decisivo contributo del Professor Cesare Massimo Bianca alla ideazione, alla definizione e alla approvazione della riforma.

La riforma non nasce nel nuovo secolo con l'istituzione delle commissioni legislative che hanno predisposto i testi oggetto dei disegni di legge, ma nasce innanzi tutto nel pensiero di Cesare Massimo Bianca esposto molti decenni prima, già agli inizi degli anni sessanta del secolo scorso.

In uno scritto illuminante[1], il Maestro criticava la concezione pubblicistica della famiglia all'epoca largamente maggioritaria, definiva una teoria dei diritti familiari come diritti individuali ai quali dovevano essere applicate le regole comuni del diritto privato, attribuiva ai diritti familiari dell'individuo la natura di diritti soggettivi intangibili dallo Stato e poneva con chiarezza la necessità di adeguare la disciplina codicistica della famiglia al mutare della coscienza sociale e ai canoni introdotti dalla Costituzione. Si trattava di una prospettiva del tutto innovativa: in cima alle prospettive di riforma del diritto di famiglia l'Autore poneva la necessità di superare "la deteriore posizione dei figli naturali" ed escludeva che la tutela della famiglia legittima, prevista quale limite dall'articolo 30 della Costituzione, potesse chiudere il discorso quanto alla tutela dei figli nati fuori del matrimonio.

1 Bianca, C.M.: voce "Famiglia (diritti di)", *Novissimo Dig.*, VII, Torino, 1961, 71 ss.;

• Riccardo Rosetti
Presidente di Sezione civile Tribunale di Civitavecchia. E-mail riccardo.rosetti@giustizia.it

In occasione della riforma del diritto di famiglia del 1975, che pure recò decisivi avanzamenti quanto alla affermazione della uguaglianza dei coniugi nel matrimonio, il tema della discriminazione dei figli nati fuori del matrimonio non venne affrontato compiutamente. L'articolo 261 c.c., come novellato, riconosceva ai figli naturali riconosciuti gli stessi doveri e gli stessi diritti nei confronti dei genitori propri dei figli legittimi ma rimaneva ferma la differenza di stato, l'assenza di una disciplina positiva circa la parentela naturale e ne risultavano confermate le conseguenti discriminazioni sul piano successorio.

Il Professor Bianca negli anni ha sempre rilevato l'inadeguatezza della disciplina dettata dal codice civile che continuava a distinguere tra filiazione legittima e filiazione naturale e a definire il trattamento giuridico dei figli in relazione al rapporto tra i genitori, sottolineando come la questione dovesse trovare soluzione in una lettura evolutiva dell'articolo 30 della Costituzione e, soprattutto, nel pieno riconoscimento dei diritti dei figli nati fuori del matrimonio alla luce dell'articolo 2 della Costituzione[2].

Questa analisi ha tracciato il solco di un orientamento dottrinale che negli anni ha preso crescente rilievo reclamando l'unificazione dello stato di figlio e tanto in ragione del progredire della coscienza sociale cosi come della circostanza che la filiazione al di fuori del matrimonio nel volgere di alcuni decenni è passata dall'essere marginale, da un punto di vista meramente quantitativo, a rappresentare circa un terzo delle nascite totali. La giurisprudenza costituzionale, anche sulla scorta degli insegnamenti della stessa illustre dottrina, ha preso a contestare apertamente il principio, tralatizio ma infondato, secondo il quale le limitazioni a carico dei figli naturali potessero giustificarsi in via definitiva con la tutela della famiglia legittima[3].

2 Bianca, C.M.: "Lo pseudo-riconoscimento dei figli adulterini", *La riforma del diritto di famiglia*, in Atti del convegno di Venezia, svolto presso la Fondazione "Giorgio Cini" nei giorni 30 aprile-1°maggio 1967, Padova, 1967, 183 ss.; Bianca, C.M.: "La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famigli", *Dir. famiglia*, 2006, 207 ss.

3 Con la sentenza n. 494 del 2002 la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 278, primo comma, del codice civile, nella parte in cui escludeva la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, primo comma, del codice civile, il riconoscimento dei figli incestuosi era vietato. La Corte, nella motivazione, svolgeva le seguenti affermazioni: "La Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti: nella specie, il diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse, al riconoscimento formale di un proprio status filiationis, un diritto che, come affermato da questa Corte (sentenza n. 120 del 2001), è elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo, dall'art. 2 della Costituzione. E proprio da tale ultima disposizione, conformemente a quello che è stato definito il principio personalistico che essa proclama, risulta che il valore delle "formazioni sociali", tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine a esse assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani. Come misura di protezione della famiglia legittima, il divieto di agire per la dichiarazione della filiazione, con le connesse limitazioni delle indagini sulla paternità e maternità naturali, varrebbe a escludere un evento perturbatore della tranquillità della vita familiare tanto grave, quale è l'ingresso in essa, per atto formale, di figli nati da genitori incestuosi. Il fondamento costituzionale di tale protezione sarebbe il terzo comma dell'art. 30 e la riserva ivi prevista a favore dei diritti dei membri della famiglia legittima. Sennonché tale riserva mal si presta a essere interpretata in modo tanto generico e atecnico, fino a ricomprendervi la protezione di condizioni di serenità psicologica, ciò che potrebbe condurre a negare del tutto il riconoscimento giuridico della filiazione naturale, premessa della tutela che la Costituzione

Un'altra importante riforma del diritto di famiglia, quella introdotta dalla legge 8 febbraio 2006, n. 54, recante "Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli", fu approvata senza che fossero superate le discriminazioni sul piano dello status esistenti a danno dei figli nati fuori del matrimonio pur prevedendosi che le disposizioni in essa contenute, di carattere essenzialmente processuale e relative alla disciplina della crisi familiare, fossero applicate anche ai figli di genitori non coniugati.

Nel frattempo assumevano importanza principi di diritto sovranazionale che vieppiù imponevano il superamento delle discriminazioni fondate sulla nascita nel nostro ordinamento[4].

I tempi erano finalmente maturi perché la riforma della filiazione fosse portata più concretamente all'attenzione del legislatore.

II. IL PROCEDIMENTO LEGISLATIVO DI APPROVAZIONE DELLA RIFORMA.

Si è, allora, avviato un procedimento legislativo piuttosto difficile e tormentato e tanto perché la riforma, benché condivisa in via generale nella coscienza sociale, era tutta da definire nelle sue direttrici fondamentali e negli aspetti tecnici che determinavano la modifica di più di cento articoli del codice civile, ma soprattutto perché una Novella diretta ad incidere nel profondo degli istituti familiari doveva trovare una declinazione condivisa e in grado di raggiungere il consenso della maggioranza delle forze politiche rappresentate in Parlamento.

Occorre ricostruire, almeno sinteticamente, le tappe di questo procedimento legislativo per ricordare il ruolo essenziale che, anche nella fase della realizzazione della Riforma, hanno assunto la figura e il pensiero del Professor Cesare Massimo Bianca.

Furono costituite in successione diverse commissioni al dichiarato fine dell'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina, specie in materia di filiazione.

vuole assicurare nel modo più pieno possibile a tutti i figli nati al di fuori del matrimonio. I diritti dei membri della famiglia legittima, di cui all'art. 30, terzo comma, della Costituzione, sono diritti in senso proprio e il problema della loro compatibilità con la tutela da assicurare ai figli nati fuori del matrimonio nasce logicamente solo in quanto vi sia stata una constatazione formale del rapporto di filiazione. In ogni caso, l'ingresso di figli naturali in un rapporto coniugale e in una vita familiare legittima di per sè non è una violazione di diritti ma un incerto del mestiere di vivere".

4 In tal senso ha assunto decisivo rilievo l'articolo 21 della Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione europea, vincolante nel nostro ordinamento a seguito dell'entrata in vigore (1 dicembre 2009) del Trattato di Lisbona (art. 6 del Trattato sull'Unione europea), secondo il quale è vietata ogni forma di discriminazione fondata sulla nascita. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU), pur non prevedendo disposizioni esplicite in materia di filiazione, all'articolo 8 protegge la vita privata e familiare e all'articolo 14 pone il divieto di qualsiasi discriminazione.

La prima commissione fu costituita nella quindicesima legislatura, dal governo allora in carica con la partecipazione di esponenti della dottrina, di rappresentati della magistratura e dei ministeri interessati, il Professor Bianca fu chiamato a presiederla per la sua indiscussa autorità in materia[5].

In quella fase l'obiettivo principale era quello di inaugurare un procedimento legislativo volto a ovviare alla storica discriminazione tra figli naturali e legittimi sotto il profilo sostanziale e dello status, ma naturalmente non si trascuravano altri nodi critici della disciplina della filiazione e, in particolar modo quelli relativi alla sussistenza di una storica divisione di competenze tra il Tribunale per i minori (competente a decidere, su base distrettuale, circa l'affido e il mantenimento dei figli naturali) e il Tribunale ordinario (competente a decidere, su base circondariale, circa l'affido e il mantenimento dei figli nati nel matrimonio nell'ambito dei procedimenti di separazione e divorzio), la necessità di un riordino della materia processuale che vedeva la presenza di più riti diretti a disciplinare la crisi della famiglia con differenze evidenti tra il rito camerale, applicato dal Tribunale per i minori, e la disciplina della separazione e del divorzio, applicato dal Tribunale ordinario, la prospettiva della realizzazione di un Tribunale per la famiglia che integrasse le competenze del Tribunale per i minori e del Tribunale ordinario.

Il perimetro delle possibili riforme era ampio ma la Commissione decise di porre in primo piano la questione sostanziale della parificazione dello stato di filiazione e tanto per concentrarsi sul risultato principale, il solo all'epoca concretamente attuabile in ragione delle divisioni che permanevano, anche in parlamento, sugli aspetti ordinamentali e processuali della materia.

Il primo schema di disegno di legge delega, adottato sulla scorta delle proposte tecniche della commissione, fu approvato da uno solo dei rami del Parlamento[6], di seguito intervenne una crisi di governo e la fine prematura della legislatura.

Il disegno riformatore fu ripreso nella sedicesima legislatura quando il nuovo governo in carica, di segno politico opposto a quello precedente, condivise l'esigenza di unificare lo stato di figlio e costituì una nuova commissione[7]. Il governo presentò un proprio disegno di legge delega[8] che fu approvato dalla Camera dei deputati non prima della realizzazione di un testo unificato che teneva conto dei

5 Si tratta della Commissione istituita dal Ministro p.t. delle politiche per la famiglia, On.le Rosy Bindi, con decreto in data 20.9.2006.

6 Si trattava dell'AC n. 2514 che presentava già le linee essenziali della futura riforma.

7 La Commissione fu costituita con d.p.c.m. del 15 ottobre 2009 su iniziativa del Ministro p.t. per le politiche della famiglia, On.le Carlo Giovanardi.

8 Si trattava dell'AC n. 3915 che ripercorreva essenzialmente le linee del disegno di legge governativo della precedente legislatura in ragione della medesima impostazione assicurata dalla continuità dei lavori della Commissione tecnica presieduta dal Professor Bianca.

contributi di alcuni disegni di legge di iniziativa parlamentare presentati in quel ramo del parlamento nella stessa legislatura[9].

Come rilevato, i disegni di legge di iniziativa governativa innanzi citati non avevano introdotto norme ordinamentali (circa la competenza del giudice chiamato a decidere dell'affido e del mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio) ovvero processuali (circa il rito applicabile alla stessa materia) ritenendosi come il solo risultato concretamente raggiungibile riguardasse la riforma, peraltro di per sé stessa ampia e complessa, delle norme sostanziali sullo stato di figlio, sulla parentela naturale, sulle successioni e sulle azioni di stato, il tutto in ragione dei suggerimenti della Commissione tecnica. Sussistevano, peraltro, diversi progetti di riforma che si prestavano a un riordino dei riti. Il problema processuale ebbe ad irrompere durante l'esame parlamentare, quando la Camera introdusse nell'approvare il disegno di legge una disposizione che recava modifiche processuali essenzialmente dirette a definire un rito, con caratteri maggiormente formali e garantiti, applicabile dal Tribunale per i minorenni sul modello di quello applicabile in sede di separazione e di divorzio innanzi al Tribunale ordinario.

Si trattava, in definitiva, di una disposizione diretta a confermare la competenza del Tribunale per i minorenni circa l'affido e il mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio, e con essa la vecchia versione dell'articolo 38 disp. att. c.c., e nel contempo diretta a disegnare per il Tribunale per i minorenni un rito che valesse a superare il rito camerale.

Veniva, in questo modo, a sovrapporsi alla riforma dello stato di filiazione, di carattere sostanziale, il problema processuale e ordinamentale relativo alla configurazione della giustizia per i minori, problema per molti aspetti distinto e complesso in ordine al quale i progetti di riforma in materia si susseguivano da diversi decenni (e continuano a susseguirsi tuttora) senza giungere ad un approdo condiviso[10].

Le due impostazioni che si fronteggiavano erano da una parte quella minorilista, che rivendicava con orgoglio la specializzazione del giudice, l'approccio multidisciplinare e specialistico alle questioni non solo giuridiche ma anche psicologiche del minore, l'attitudine alla gestione del nucleo familiare in crisi e il carattere decisamente officioso del procedimento con l'applicazione del rito camerale. Dall'altra parte l'impostazione più laica della giustizia per il minore che,

9 Si trattava dei d.d.l. presentati dall'On.le Bindi, nella nuova legislatura esponente dell'opposizione, e dall'On.le Mussolini, esponente della maggioranza di governo; il disegno di legge unificato prese il numero AC 2915.

10 Per una specifica ricostruzione dei progetti di riforma della giustizia minorile e della sua collocazione ordinamentale, Fadiga, L.: "Retrospettiva dei progetti di riforma della giustizia per i minori e per la famiglia", *Relazione al XXV Convegno nazionale Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e per la famiglia*, Taranto, 26-28.10.2006.

sulla scorta dell'esperienza comunque maturata nei procedimenti di separazione e divorzio per i figli nati nel matrimonio, proponeva una attitudine essenzialmente tecnico giuridica del giudice, chiedeva la più ampia tutela dei diritti delle parti del processo con assicurazione di un contradditorio pieno e un approccio giurisdizionale diretto a risolvere i conflitti piuttosto che a intervenire a lungo termine circa il nucleo familiare, metteva in primo piano l'attenzione ai profili patrimoniali del conflitto e alla rapida definizione dei procedimenti. In questa prospettiva le necessarie competenze psicologiche venivano assicurate dal ricorso a consulenze specialistiche ove necessarie.

La soluzione adottata alla Camera dei deputati rappresentava, allora, una scelta nella prospettiva c.d. minorilistica, proprio perché confermava la competenza del Tribunale per i minorenni per tutti i procedimenti di affido e mantenimento dei figli di genitori non coniugati.

Nello stesso periodo il Senato, tuttavia, aveva approvato un diverso disegno di legge che, intervenendo sulla stessa materia e facendo propria l'impostazione differente, aveva modificato su iniziativa parlamentare l'articolo 38 delle disp. att. c.c. nel senso di attribuire al Tribunale ordinario la competenza circa i procedimenti di affido e mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio. Si riteneva, in sostanza, che l'approccio del Tribunale per i minorenni, certamente efficace nella tutela di minori appartenenti a nuclei familiare gravemente disagiati e marginali, non fosse il più efficace per affrontare un contenzioso crescente circa l'affido dei figli nati fuori del matrimonio e tanto perché il fenomeno non era più ristretto ad una fascia marginale della società ma riguardava ormai una porzione crescente di nuclei familiari e nella maggior parte dei casi per nulla disagiati ai quali andava assicurata lo stesso tipo di accesso alla giurisdizione riservato ai figli nati nel matrimonio.

In questo contesto il disegno di legge delega di iniziativa governativa approvato dalla Camera, giunse all'esame del Senato[11] e il conflitto tra i fautori delle diverse impostazioni ordinamentali si accese, anche perché sostenuto da una corrispondente divisione delle forze politiche rappresentate in parlamento.

Nel corso dell'esame al Senato fu inserita la nuova versione dell'articolo 3, una disposizione scritta frettolosamente, all'esito di un compromesso politico e senza il supporto tecnico della commissione di studio. Si trattava della disposizione che, di seguito definitivamente approvata, interveniva sull'art. 38 delle disp. att. c.c., affermando la competenza del tribunale ordinario – e dunque su base circondariale

11 Il disegno di legge AC 3915, prese il numero AS 2805.

- circa l'affido e il mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio, così superando la differenza rispetto ai figli nati nel matrimonio[12].

La commissione e il governo presero atto della modifica parlamentare considerando positiva l'unificazione del giudice competente a decidere ma rilevando che la disposizione non valeva a sanare la differenza tra i riti applicabili e poneva problemi di coordinamento tra la nuova competenza del tribunale ordinario circa l'affido e la persistente competenza del tribunale per i minorenni circa i procedimenti de potestate ai sensi degli artt. 330 e 333 c.c..

La commissione era stata nelle more rinnovata e aveva avviato la predisposizione del testo del decreto legislativo di attuazione della delega[13]. Essendo intervenuta una crisi di governo e un cambio di compagine governativa [14] la commissione fu ricostituita[15].

Il disegno di legge, approvato dal Senato con la citata, rilevante, modifica processuale tornò alla Camera per l'approvazione definitiva. Durante l'esame della commissione giustizia della Camera, ebbe ad emergere di nuovo l'orientamento che, in quel ramo del parlamento, intendeva riaffermare la competenza del tribunale per i minorenni così ritornando sulla scelta operata al Senato.

Si era giunti all'autunno del 2012 ci si avviava alla fine della legislatura, stabilita per i primissimi mesi del 2013, e ulteriori modifiche da parte della Camera avrebbero precluso l'approvazione della riforma, rinviando ancora una volta ad un futuro incerto il raggiungimento del risultato della unificazione dello stato di figlio.

In un momento decisivo Cesare Massimo Bianca spese tutta la sua autorevolezza innanzi al parlamento, innanzi alla commissione giustizia della Camera, per chiedere l'approvazione della riforma e l'unificazione dello stato di figlio ribadendo le ragioni

12 L'art. 38 disp. att c.c. così modificato recita: "Sono di competenza del tribunale per i minorenni i provvedimenti contemplati dagli articoli 84, 90, 330, 332, 333, 334, 335 e 371, ultimo comma, del codice civile. Per i procedimenti di cui all'articolo 333 resta esclusa la competenza del tribunale per i minorenni nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'articolo 316 del codice civile; in tale ipotesi per tutta la durata del processo la competenza, anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo, spetta al giudice ordinario. Sono, altresì, di competenza del tribunale per i minorenni i provvedimenti contemplati dagli articoli 251 e 317-bis del codice civile. Sono emessi dal tribunale ordinario i provvedimenti relativi ai minori per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria. Nei procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento dei minori si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile".

13 In tal senso i d.p.c.m. 21.4.2011 adottato sempre su iniziativa del medesimo governo Berlusconi IV e del Ministro p.t. per le politiche della famiglia, On. Carlo Giovanardi. La Commissione fu ricostituita con mutamenti nei suoi componenti ma fu confermato il Professor Cesare Massimo Bianca quale presidente.

14 Il 16 novembre del 2011 si era dimesso il Governo Berlusconi IV ed era di seguito entrato in carica il Governo Monti.

15 Con il d.m. 9.3.2012, adottato dal Ministro p.t. per la cooperazione e l'integrazione, On. Andrea Riccardi; anche in questo caso la Commissione fu ricostituita con alcuni mutamenti nei suoi componenti previa conferma del Professor Cesare Massimo Bianca quale presidente, al fine di assicurare la continuità del disegno riformatore.

di giustizia poste a fondamento dell'intervento e prendendo posizione anche circa la questione ordinamentale e processuale innanzi descritta[16].

La Commissione terminò l'esame del disegno di legge senza ulteriori modifiche e l'aula della Camera dei deputati approvò in via definitiva la riforma che divenne legge con il n. 219 del 2012. Di qui l'entrata in vigore delle norme immediatamente precettive e, in particolare, dell'articolo 1, comma 7, che ha introdotto il nuovo articolo 315 c.c.: "tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico" e dell'articolo 1, comma

16 Rivolgendosi al Presidente della Commissione giustizia della Camera, con una memoria trasmessa in occasione della sua audizione del 26.9.2012, reperibile in allegato alla relazione finale circa la Commissione tecnica, il professor Cesare Massimo Bianca così argomentava: "Caro Presidente (..) ho rivolto un caldo appello alla Commissione affinché dia disco verde al disegno di legge sulla riforma della filiazione. Ho sottolineato (..) che si tratta di una svolta di civiltà giuridica che non può essere ulteriormente procrastinata. E' una svolta di civiltà reclamata da un'elementare esigenza di giustizia che non tollera la discriminazione dei figli basata sulla nascita. Quale sia l'attuale situazione legislativa è significativamente attestato da un caso giurisprudenziale deciso dalla Corte di Cassazione, da me seguito personalmente. Il caso riguardava una modesta successione ereditaria negata ad un'umile contadina, unica parente della defunta. A questa parente, nipote della de cuius, l'eredità è stata negata in quanto la defunta era figlia di genitori non coniugati. Alla nipote è stato detto: la defunta non era tua zia perché i figli illegittimi non hanno alcuna parentela! In mancanza di parenti, e quindi di eredi, il misero asse ereditario è andato allo Stato. Può il nostro senso di giustizia tollerare questo? Ma oltre che con la nostra coscienza morale dobbiamo anche fare i conti con l'Europa. La Costituzione Europea, che noi abbiamo formalmente accettato, ci vieta di discriminare in qualsiasi modo le persone in base alla loro nascita (art. 21). Che cosa diremo all'Europa quando ci chiederà conto del perché abbiamo mantenuto la discriminazione dei figli colpevoli di essere nati da genitori non coniugati? Dovremmo dire che eravamo decisi a porre fine alla discriminazione ma che non abbiamo trovato l'accordo su questioni processuali o sulla riconoscibilità dei figli incestuosi, previa autorizzazione del giudice. Come sarebbe giudicata una tale risposta? La settimana scorsa ho tenuto a Milano una lezione nell'ambito di un master di diritto di famiglia dell'Università Cattolica. La prima domanda che mi è stata rivolta è stata: quando avremo finalmente la riforma della filiazione? Perché si tarda ancora? Io ho dato una risposta rassicurante accennando a necessari tempi tecnici. Spero che i fatti non mi smentiscano e che la riforma proposta non venga bocciata (è inutile nasconderci che rinviare il disegno di legge al Senato significherebbe bocciare la riforma). Da più parti sono giunte decise voci favorevoli ad una pronta approvazione del disegno di legge (..) la legge va prontamente approvata anche se la parte processuale non va bene! Ma è poi vero che la parte processuale va tanto male? Si è parlato insistentemente di una discriminazione che verrebbe a crearsi a carico dei figli nati fuori del matrimonio. E' veramente difficile capire in che cosa questa discriminazione consisterebbe. Si è detto che l'applicazione del rito camerale di cui agli articoli 737 e s. del codice di procedura civile - come prevista dal disegno di legge – non tutelerebbe sufficientemente i figli nati fuori del matrimonio. Ma il rito camerale è quello attualmente seguito dal Tribunale per i minorenni. Il disegno di legge prevede l'applicazione dei citati articoli del codice di procedura ai procedimenti di affidamento dei figli nati fuori del matrimonio: si tratta di articoli che trovano applicazione in tutti i procedimenti camerali, e quindi a tutti i procedimenti relativi all'affidamento dei figli, nati fuori o dentro il matrimonio. I citati articoli sono integrati dalla più articolata disciplina dettata dalla legge del 2006 di revisione delle norme sulla separazione dei coniugi. L'applicazione di questa disciplina ai procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio è prevista dalla stessa legge del 2006 (art. 4) (..) il dubbio interpretativo circa l'applicazione di tale disciplina da parte dei Tribunali per i minorenni sarà del tutto risolto a seguito della unificazione della competenza giudiziaria. Si dice: è meglio che a giudicare sia un giudice specializzato. Certamente! Ma questa obiezione starebbe solo a significare che discriminati sono i figli nati nel matrimonio, i quali non usufruiscono di un giudice specializzato. Quello che occorre è certamente un giudice della famiglia, e alla creazione di questo giudice è rivolta l'attenzione del Parlamento, che sta esaminando in Senato il disegno di legge 3040. Proprio l'esame di questo disegno di legge ha offerto argomento per contrastare l'approvazione del disegno di legge sulla filiazione. Si è infatti obiettato che approvare la disciplina processuale contenuta in quest'ultimo disegno metterebbe il Parlamento di fronte ad un fatto compiuto, che precluderebbe l'auspicata introduzione del tribunale della famiglia. Può tuttavia notarsi che la riforma studiata dal Senato prevede la creazione di sezioni specializzate dei tribunali ordinari. L'attribuzione della competenza al tribunale ordinario, come stabilito dal disegno di legge sulla filiazione, rappresenta quindi un passo avanti nella direzione della riforma quale si sta delineando al Senato. La mia osservazione finale ribadisce una precisa convinzione: quali che siano gli inconvenienti lamentati, essi non possono in alcun modo giustificare la bocciatura della riforma della filiazione in quanto essi non sono in alcun modo comparabili col gravissimo danno, morale, giuridico e sociale, rappresentato dalla discriminazione attualmente sancita a carico dei figli colpevoli di essere nati da genitori non coniugati. Prof. C. Massimo Bianca"

1, che, nel riformulare l'articolo 74 c.c., ha affermato il principio: "la parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo".

La sedicesima legislatura ebbe termine; la Commissione presieduta dal Prof. Bianca aveva concluso il lavoro di predisposizione dei decreti delegati che furono pubblicizzati per una consultazione pubblica e di seguito posti all'attenzione del nuovo governo, il primo della diciassettesima legislatura[17] che li fece integralmente propri e li inviò alle Camere per i prescritti pareri. Terminato il procedimento legislativo di approvazione del decreto delegato, la riforma entrò in vigore con il decreto legislativo n. 154 del 2013.

III. IL SIGNIFICATO DELLA RIFORMA A QUASI DIECI ANNI DALLA SUA APPROVAZIONE.

La ricostruzione dell'iter di approvazione della legge delega, attraverso tre legislature e vari governi, può valere a descrivere la difficoltà di passare dal piano delle enunciazioni dottrinarie a quello della costruzione di un sistema normativo alternativo che fosse nel concreto adottato dal legislatore, in special modo per una riforma che toccava aspetti essenziali dei diritti familiari e, pertanto, argomenti sui quali tutte le forze politiche rappresentate in parlamento hanno una propria specifica visione. Questo passaggio, sebbene chiaro ed ineludibile, non è stato compreso da vari esponenti della dottrina che, una volta approvata la novella, hanno indicato varie – talvolta presunte - manchevolezze della nuova disciplina, valutandole però rispetto ad un ideale immaginato in astratto da ciascuno piuttosto che cogliendo il significato unitario e di sistema di una riforma che ha assicurato il miglior risultato nel concreto raggiungibile, rifondando il diritto della filiazione sull'unicità e la centralità dello stato di figlio.

E a distanza di anni sembra opportuno riprendere l'insegnamento del Professor Bianca che nel presentare la riforma avvertiva come l'interpretazione del complesso normativo costituito dalla legge delega e dal decreto attuativo, dovesse procedere appunto in coerenza con il principio dell'unicità dello stato di figlio "senza alterare o ridurre il significato della riforma"[18].

Orbene, trascorsi quasi dieci anni dalla approvazione della riforma è possibile oggi meglio valutarne l'applicazione e verificare l'impatto della stessa sul sistema.

Il portato principale della riforma è stato l'unificazione dello stato di figlio.

17 Il Governo Letta.

18 Bianca, C.M.: "Note Introduttive", in C.M. Bianca (a cura di) *La riforma della filiazione*, 2015.

Che la Novella abbia unificato lo stato di figlio è stato, tuttavia, contestato in dottrina, sostenendosi che, all'esito della riforma, continuerebbero a esistere due diverse categorie: i figli nati nel matrimonio e i figli nati fuori del matrimonio. Secondo questa impostazione la differenza di stato giuridico dei figli permarrebbe perché la costituzione dello stato e le azioni di stato continuerebbero a essere diverse, sicché l'unicità della categoria «figlio» non sarebbe effettiva. Un'effettiva unificazione dello stato di figlio imporrebbe di adottare regole identiche, che questi sia nato dentro o fuori dal matrimonio, tanto riguardo alla formazione dello stato, quanto riguardo alla sua rimozione[19].

Ebbene tali critiche non colgono nel segno. Lo stato giuridico dei figli è unico all'esito della riforma perché viene superata ogni differenza circa i diritti spettanti ai figli nati fuori del matrimonio rispetto ai figli nati nel matrimonio, a partire dal riconoscimento della parentela naturale e dalla parificazione dei diritti successori. Tale acquisizione è parte del diritto vivente e trova puntuale conferma nell'esame della giurisprudenza di legittimità e della Corte costituzionale successiva alla riforma come è stato efficacemente posto in risalto dalla dottrina[20]. La differenza circa la formazione dello stato di figlio riguarda la formazione dell'atto di nascita piuttosto che i diritti nascenti dalla filiazione ed è legata, piuttosto che ad una scelta estemporanea del legislatore della riforma, al significato essenziale dell'istituto matrimoniale.

L'accertamento dello stato di figlio è automatico per i figli nati nel matrimonio in ragione dell'operatività della presunzione di paternità e pertanto di quello che rimane l'effetto più tipico del legame coniugale. Per parificare l'accertamento dello stato di figlio nato nel matrimonio all'accertamento dello stato di figlio nato fuori del matrimonio si è proposto di abrogare la presunzione di paternità, ma questa soluzione non varrebbe a recare alcuna maggiore tutela per i figli nati fuori del matrimonio e sarebbe invece idonea a indebolire la posizione dei figli nati nel matrimonio e la stabilità stessa dell'istituto matrimoniale. La presunzione di paternità, che rappresenta l'effetto più tipico del matrimonio legato, alla funzione storica dell'istituto, è peraltro ampiamente rimuovibile ove la formazione dell'atto di nascita risulti in contrasto con la verità biologica della filiazione. La presunzione di paternità è legata all'obbligo di fedeltà nascente dal matrimonio ed è coerente con una concezione dell'istituto matrimoniale che nessuno, né la coscienza sociale né le forze politiche rappresentate in parlamento, hanno mai messo seriamente in discussione.

19 In tal senso Bianca, L.: "La sedicente riforma della filiazione", *Nuova. Giu. Civ. comm*, 2013, 201 ss.

20 In tal senso Bianca M., "L'unicità dello stato di figlio", in C.M. Bianca (a cura di) *La riforma della filiazione*, 2015, 3 ss.

Si propone, in via alternativa, di superare ogni distinzione consentendo la costituzione in via automatica dello stato di filiazione nei confronti del padre per i figli nati fuori del matrimonio. Si tratta di una soluzione astrattamente praticabile, ma occorre prendere atto che l'orientamento del legislatore – all'epoca della riforma della filiazione ma anche all'epoca dell'approvazione della legge n. 76 del 2016 – ha seguito tutt'altra impostazione. Nel disciplinare la convivenza non si è previsto, almeno in via espressa l'obbligo di fedeltà né la costituzione formale del vincolo, intendendosi assicurare la scelta di libertà a fondamento della convivenza e assicurando ai conviventi la libertà di escludere la formalizzazione del vincolo. Per questa via, fondare la presunzione di paternità sulla convivenza del padre con la madre al momento del concepimento può essere fonte di dubbi e conflitti; si tratterebbe comunque di una soluzione pur sempre parziale perché lascerebbe privi di tutela i figli nati fuori non solo del matrimonio ma anche fuori da una forma di stabile convivenza perpetuando la distinzione che si vorrebbe superare. L'accertamento della filiazione fuori del matrimonio rimane legato ad una volontaria assunzione di responsabilità quale il riconoscimento.

La differenza circa le due forme di costituzione dello stato di figlio risulta ancora imposta da solide ragioni e giustifica la distinzione tra le azioni di stato per i figli nati fuori del matrimonio e per i figli nati nel matrimonio, così come la differente disciplina circa la legittimazione attiva nelle azioni apprestate dall'ordinamento per la rimozione dello stato di figlio, limitata nella azione di disconoscimento della paternità ed estesa a chiunque vi abbia interesse per l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità.

La riforma ha, poi, sostituito il concetto di potestà genitoriale con quello di responsabilità genitoriale, la nuova categoria vale a sottolineare la prevalenza dei doveri del genitore e della funzione educativa nell'ufficio privato, rispetto alla prevalenza dei poteri che caratterizzava la potestà genitoriale[21].

All'atto della approvazione della riforma, non sono mancate vivaci critiche in dottrina da parte di chi dubitava che la sostituzione fosse consentita dalla legge delega[22] e da parte di chi riteneva che la sostituzione della potestà con la responsabilità non fosse né imposta né richiesta dalla legge delega e comunque ne criticava gli effetti pratici e sistematici[23].

I dubbi di costituzionalità circa il preteso eccesso di delega sono stati nel tempo superati da una adeguata lettura dell'art. 2, lettera h), della legge n. 219 del 2012

21 Sull'argomento, Cianci, A.G.: "La nozione di responsabilità genitoriale", in C.M. Bianca (a cura di) *La riforma della filiazione*, cit., p. 579, ss.

22 Figone, A.: "La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale", Torino, 2014, 68.

23 De Cristofaro, G.: "Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile", *Nuova. Giu. Civ. comm.*, 2014, 785 ss..

che attribuiva al legislatore delegato il compito di procedere alla unificazione delle disposizioni che disciplinano i diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati nel matrimonio e dei figli nati fuori del matrimonio, delineando la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale.

Si è rettamente ritenuto che il nuovo istituto potesse e dovesse sostituire la potestà genitoriale ereditandone il contenuto, apportandovi le necessarie modifiche e rimodellando l'ufficio privato dei genitori dal punto di vista del dovere piuttosto che da quello del potere[24].

L'istituto trova fondamento in preesistenti principi sovranazionali e peraltro era considerato immanente all'ordinamento già dalla giurisprudenza di legittimità precedente alla riforma[25] e segnatamente trattandosi di diritti dei figli nati fuori del matrimonio.

Le interpretazioni che hanno sottolineato la novità dell'istituto e hanno contribuito a ricondurlo al sistema hanno colto la forza espansiva di un principio che, introdotto dal legislatore, sta esplicando negli anni i suoi effetti: si è passati dalla potestà intesa come autorità dei genitori alla responsabilità costituita da doveri strettamente legati ai corrispondenti diritti dei figli. Non sembrano, per questa via, attuali le interpretazioni dottrinarie che hanno criticato la novità introdotta dalla riforma sulla filiazione con la responsabilità genitoriale sulla scorta della pretesa persistenza dell'istituto della potestà.

Come rilevato, al momento dell'approvazione della riforma si è discusso molto circa la nuova formulazione dell'art. 38 disp att c.c. e circa la nuova divisione di competenze tra il tribunale per i minorenni e il tribunale ordinario.

24 Giacobbe, E.: "Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma Bianca", *Dir. fam*., 2014, 817 ss.

25 In tale senso Cass. 26.5.2004 n. 10102, che affermava "in tema di famiglia di fatto e nella ipotesi di cessazione della convivenza "more uxorio", l'attribuzione giudiziale del diritto di (continuare ad) abitare nella casa familiare al convivente cui sono affidati i figli minorenni o che conviva con figli maggiorenni non ancora economicamente autosufficienti per motivi indipendenti dalla loro volontà è da ritenersi possibile per effetto della sentenza n. 166 del 1998 della Corte Costituzionale, che fa leva sul principio di responsabilità genitoriale, immanente nell'ordinamento e ricavabile dall'interpretazione sistematica degli articoli 261 (che parifica doveri e diritti del genitore nei confronti dei figli legittimi e di quelli naturali riconosciuti), 147 e 148 (comprendenti il dovere di apprestare un'idonea abitazione per la prole, secondo le proprie sostanze e capacità) cod. civ., in correlazione all'art. 30 della Costituzione. Tale diritto è attribuito dal giudice al coniuge (o al convivente), qualora ne sussistano i presupposti di legge, con giudizio di carattere discrezionale, non suscettibile di sindacato in sede di legittimità se logicamente ed adeguatamente motivato, tale da comprimere temporaneamente, fino al raggiungimento della maggiore età o dell'indipendenza economica dei figli, il diritto di proprietà o di godimento di cui sia titolare o contitolare l'altro genitore, in vista dell'esclusivo interesse della prole alla conservazione, per quanto possibile, dell'habitat domestico anche dopo la separazione dei genitori. Ne consegue che è legittimo, se congruamente motivato, il provvedimento del giudice di merito che, in relazione ad una ipotesi di cessazione della convivenza "more uxorio", escluda - ritenendola incongrua rispetto al fine di garantire ai figli la continuità dell'habitat domestico - l'eventualità di ridurre l'abitazione ad una metà di quella sino ad allora goduta.

Orbene, a quasi dieci anni dalla Novella può apprezzarsi come la competenza del Tribunale ordinario circa l'affido e il mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio abbia garantito un primo fondamentale effetto positivo: quello, cioè, di predisporre uno stesso giudice per tutti i figli, un giudice di prossimità organizzato su base circondariale. La riforma nel rivedere la sistematica del codice civile e nel definire il titolo IX del libro I, intitolato "della responsabilità genitoriale e dei diritti e dei doveri del figlio ha introdotto il Capo I rubricato "dei diritti e dei doveri del figlio" e il Capo II rubricato "esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati del matrimonio" ha consentito di unificare la disciplina sostanziale della crisi della famiglia e di applicare in ogni caso di dissoluzione del nucleo le stesse regole, che pongono al centro dell'intervento giudiziale il miglior interesse del minore[26].

Anche il profilo della competenza a trattare i procedimenti de potestate che sembrava il più problematico in ragione della non perspicua formulazione dell'art. 38 disp. att. c.c. ha trovato un punto di equilibrio in ragione dell'interpretazione della giurisprudenza di legittimità[27].

IV. LA RIFORMA NELLE DECISIONI DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

Subito dopo l'approvazione della riforma sono state sollevate critiche e sono stati avanzati diversi profili di incostituzionalità.

26 Sull'argomento Carrano, R: "La revisione sistematica del codice e i nuovi rapporti tra matrimonio e filiazione", in C.M. Bianca (a cura di) *La riforma della filiazione*, cit. 35 ss.

27 Cass. 26.1.2015, n. 1349 e Cass. 11.2.2021, n. 3490 esprimono il medesimo principio di diritto, da ritenersi costante: "l'art. 38, comma 1, disp. att. c.c. (come modificato dall'art. 3, comma 1, della l. n. 219 del 2012, applicabile ai giudizi instaurati a decorrere dall'1 gennaio 2013), si interpreta nel senso che, per i procedimenti di cui agli artt. 330 e 333 c.p.c., la competenza è attribuita in via generale al tribunale dei minorenni, ma, quando sia pendente un giudizio di separazione, di divorzio o ex art. 316 c.c., e fino alla sua definitiva conclusione, in deroga a questa attribuzione, le azioni dirette ad ottenere provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale, proposte successivamente e richieste con unico atto introduttivo dalle parti (così determinandosi un'ipotesi di connessione oggettiva e soggettiva), spettano al giudice del conflitto familiare, individuabile nel tribunale ordinario, se sia ancora in corso il giudizio di primo grado, ovvero nella corte d'appello in composizione ordinaria, se penda il termine per l'impugnazione o sia stato interposto appello". Ed ancora, sulla medesima linea, Cass. 23.1.2019, n. 1866: "Il conflitto di competenza tra il tribunale ordinario, adito per l'affidamento condiviso del minore, ed il tribunale per i minorenni, relativamente ai provvedimenti ex artt. 330 ss. c.c. richiesti dal P.M., dev'essere risolto secondo il criterio della prevenzione, atteso che l'art. 38 disp. att. c.c., nel testo sostituito dall'art. 3 della legge n. 219 del 2012, la cui "ratio" risiede nell'evidente interrelazione tra i due giudizi, limita la "vis attractiva" del tribunale ordinario, anche per i detti provvedimenti, all'ipotesi in cui il procedimento dinanzi a questo sia stato instaurato per primo e si svolga tra le stesse parti dell'altro, in tal modo implicitamente escludendo l'ipotesi in cui il procedimento dinanzi al tribunale per i minorenni sia stato instaurato anteriormente, riservata in ogni caso al giudice minorile la pronuncia sulla decadenza dalla potestà genitoriale" e Cass. 31.7.2018, n. 20202: "Ai sensi dell'art. 38 disp. att. c.c. come novellato dall'art. 3 della legge 10 dicembre 2012, n. 219, il tribunale per i minorenni resta competente a conoscere della domanda diretta ad ottenere la declaratoria di decadenza o la limitazione della potestà dei genitori ancorché, nel corso del giudizio, sia stata proposta, innanzi al tribunale ordinario, domanda di separazione personale dei coniugi o di divorzio".

Secondo Cesare Massimo Bianca, che durante i lavori che con la Commissione tecnica aveva condotto un esame scrupoloso circa la giurisprudenza costituzionale relativa ad ogni aspetto del diritto della filiazione per assicurare la coerenza della riforma ai canoni costituzionali di rilievo, tali critiche erano da considerarsi ingenerose e, in sostanza, infondate.

A dieci anni dalla riforma è opportuno verificare la fondatezza di questi dubbi e valutare se la riforma, innovando il sistema, abbia mantenuto un profilo coerente con i valori costituzionali.

In dottrina sono stati, innanzi tutto, segnalati profili di incostituzionalità che avrebbero presentato le disposizioni transitorie che hanno previsto la retroattività delle norme di diritto successorio consentendo che i diritti fatti valere dalla nuova legge siano fatti valere sulle successioni aperte prima dell'entrata in vigore della riforma; l'applicazione reatroattiva delle norme di diritto successorio, sarebbe stata idonea a travolgere diritti validamente acquisiti in ragione della legge del tempo con violazione dei principi di certezza e ragionevolezza[28].

Il Professor Bianca rilevò subito come i diritti successori che in base alla nuova normativa potevano essere fatti valere su successioni aperte nel passato, non rappresentavano diritti patrimoniali autonomamente attribuiti dalla nuova legge, bensì diritti discendenti in via inscindibile dagli stati familiari che la riforma aveva riconosciuto in applicazione del fondamentale canone costituzionale dell'uguaglianza.

Questa impostazione è stata di seguito pienamente confermata dalla giurisprudenza di legittimità che ha escluso ogni sospetto di costituzionalità circa la retroattività delle norme successorie introdotte dalla riforma affermando che "la nuova disciplina legislativa ha adeguato il regime giuridico della filiazione al canone costituzionale dell'uguaglianza, rimuovendo diversificazioni di situazioni giuridiche ritenute ingiustificate. A questo obiettivo si è inteso dare la più ampia applicazione, anche sotto il profilo diacronico, al fine di evitare, nei limiti dell'immutabilità del giudicato, che il mero fattore temporale potesse determinare differenze di trattamento costituzionalmente non più compatibili con i parametri degli artt. 2 e 3 Cost., trattandosi di diritti inviolabili della persona quali quello all'accertamento degli elementi costitutivi dell'identità personale"[29]. Si tratta di una importante pronuncia che merita di essere letta integralmente perché vale a mostrare come le idee della dottrina, in linea con i valori costituzionali, una volta trovata attuazione nella legge, valgano poi a conformare il sistema attraverso la funzione nomofilattica della Corte.

28 Sesta, M: "Stato unico di filiazione e diritto ereditario", *Riv. dir. civ.*, 2014, 29.

29 Cass. 19.9.2014, n. 19790.

Altro sospetto di incostituzionalità fu sollevato con riguardo all'art. 38, comma 1, disp. att. c.c. nella parte in cui attribuisce al Tribunale per i minorenni la competenza relativa ai procedimenti di cui all'art. 317 bis c.c. concernenti il diritto degli ascendenti di mantenere rapporti significativi con i nipoti30.

Si è argomentato circa un preteso eccesso di delega e si è dedotta l'incostituzionalità della norma per violazione dei principi di ragionevolezza e di concentrazione processuale e pertanto per contrasto con gli art. 3 e 111 Cost. dal momento che i giudizi promossi dagli ascendenti dovevano considerarsi assimilabili ai giudizi tra i genitori e pendenti innanzi al tribunale ordinario. Si è, ancora, obiettato che gli ascendenti avrebbero potuto far valere il loro diritto mediante ricorso ex art. 333 c.c. innanzi al tribunale ordinario nel giudizio in corso di separazione, divorzio o sulla responsabilità genitoriale, cosi manifestandosi l'illogicità della scelta adottata dalla riforma.

Il Professor Bianca aveva respinto questi dubbi di costituzionalità rilevando come la legge delega avesse attribuito al legislatore delegato il potere di disciplinare la legittimazione degli ascendenti e pertanto una posizione processuale che ben si poteva riferire anche alla individuazione della autorità giudiziaria competente, aveva sottolineato come non si ponesse alcuna necessità di concentrazione processuale tra procedimenti che riguardavano diritti diversi (l'affidamento dei figli minori per la separazione e il divorzio e per il giudizio circa la responsabilità tra i genitori e il mantenimento di rapporti significativi con i nipoti per gli ascendenti) e parti diverse e, infine, aveva escluso che gli ascendenti potessero far valere i loro diritti nel giudizio innanzi al tribunale ordinario ai sensi dell'art. 333 c.c. proprio per la diversità di parti che escludeva l'estensione della competenza del giudice ordinario31.

Si trattava, in definitiva, dell'esercizio di una scelta discrezionale attribuita al legislatore e che trovava fondamento nell'orientamento, costantemente espresso in giurisprudenza, che prima della riforma negava agli ascendenti ogni forma di intervento nei giudizi di separazione e di divorzio e tanto per evitare di aggravare con interferenze esterne la conflittualità tra i coniugi, già di per se molto elevata.

La Corte32 si è, di seguito, pronunciata respingendo i dubbi di costituzionalità avanzati sulla base di argomentazioni in gran parte sovrapponibili a quelle spese dal Professor Bianca.

30 Ordinanza del Tribunale per i minorenni di Bologna del 5.5.2014, pubblicata in *Fam e dir.*, 2014, 807 con nota adesiva di Arceri, A.; nel senso della fondatezza dei dubbi di costituzionalità, anche Danovi F.: Diritti dei nonni e competenza del giudice minorile: la parola alla Corte costituzionale, *Dir. pers. fam.*, 2014, 1040.

31 Bianca, C.M.: "Note Introduttive", in C.M. Bianca (a cura di) *La riforma della filiazione*, cit., XXX.

32 La sentenza Corte cost. 8.7.2015, n. 194 ha affermato: "Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 38, primo comma, disp. att. cod. civ., come modificato dall'art. 96, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 154 del 2013, impugnato, in riferimento agli artt. 3, 76, 77 e 111 Cost., nella parte in cui

Altra questione di costituzionalità con riguardo alla disciplina detta dall'art. 38 disp. att. c.c. è stata sollevata nella parte in cui la disposizione prevede che sono di competenza del tribunale per i minorenni i provvedimenti "de potestate" di cui agli artt. 330 e 333 c.c.., dubitandosi della razionalità della scelta di "mantenere una competenza differenziata di due organi giurisdizionali profondamente diversi nella loro composizione e di affidare al tribunale per i minorenni questioni fortemente collegate a quelle che sono orami trattate dal giudice ordinario"33 con possibile violazione dei principi costituzionali del buon andamento della pubblica amministrazione e del giusto processo sotto il profilo della durata del procedimento specie ove il tribunale ordinario fosse stato costretto a sospendere il procedimento di separazione e divorzio nell'attesa della decisione del tribunale per i minorenni circa il procedimento de potestate.

Il Professor Cesare Massimo Bianca aveva subito qualificato in termini di inammissibilità l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale34. In tale prospettiva aveva escluso che l'art. 38 disp. att. c.c. potesse essere affetto da illegittimità costituzionale nella parte in cui individua il tribunale per i minorenni quale giudice competente per i provvedimenti di decadenza e limitazione della responsabilità genitoriale; sottolineava come la competenza del tribunale per i minorenni fosse giustificata dalla specializzazione di quel giudice nella materia familiare, come detto tribunale fosse sempre stato il giudice della tutela dei minori a fronte di atti pregiudizievoli da parte dei genitori e, infine, come semmai, al contrario, potesse discutersi della competenza del tribunale ordinario circa i

attribuisce alla competenza del tribunale per i minorenni le controversie di cui all'art. 317- bis cod. civ. concernenti il diritto degli ascendenti di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, anche in caso di pendenza di un giudizio di separazione o divorzio tra i genitori dinanzi al tribunale ordinario. La mancata previsione, nella legge di delega, di una specifica direttiva a proposito del giudice competente per il contenzioso in esame non può interpretarsi come una sorta di implicito e necessario vincolo alla sua devoluzione al giudice non specializzato. E' ragionevole che il legislatore delegato, avendo introdotto, conformemente alla delega, una previsione del tutto innovativa, quale quella di cui all'art. 317- bis cod. civ., ne abbia definito, con la disposizione impugnata, anche i contorni processuali, adeguatamente individuando il giudice competente in quello specializzato. Inoltre, il cumulo processuale previsto dal secondo periodo del comma in esame - in base al quale i procedimenti di cui all'art. 333 cod. civ. relativi alla condotta pregiudizievole di uno o di entrambi i genitori nei confronti del figlio, di regola attribuiti alla competenza del tribunale per i minorenni, sono affidati al tribunale ordinario quando tra i coniugi penda un giudizio di separazione o di divorzio - presenta una ratio non irragionevole (legata all'identità soggettiva delle parti in causa e alla possibilità di adottare in un unico contesto i provvedimenti più opportuni per la tutela dei minori), insuscettibile, tuttavia, di essere estesa all'ipotesi, del tutto differente, dei procedimenti di cui all'art. 317- bis cod. civ. L'auspicato cumulo processuale di tale contenzioso con quello della separazione o del divorzio, infatti, avverrebbe nonostante la diversità delle parti in giudizio e degli interessi in contesa, atteso che occorrerebbe assicurare tutela ad una sfera di affettività (quella degli ascendenti) suscettibile di essere compromessa indipendentemente da vicende di crisi coniugale e si finirebbe inevitabilmente per introdurre, tra gli stessi coniugi, un ulteriore elemento di conflittualità, potenzialmente eccentrico rispetto a quelli già presenti. La stessa audizione dei minori (nel cui esclusivo interesse vanno adottati i provvedimenti di cui all'art. 317- bis cod. civ.) diventerebbe, per così dire, "strabica", siccome volta, da un lato, a valutare a quale dei genitori affidare i minori e, dall'altro lato, a valutare come l'interesse di questi ultimi possa essere contemperato con l'autonomo diritto degli ascendenti".

33 In tal senso ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del Tribunale di Firenze del 5.6.2014, https://www.questionegiustizia.it/data/doc/476/tribunale_firenze_ordinanza_rimessione_corte_costituzionale_art-_38_disp-att-cc.pdf

34 Bianca, C.M.: "Note Introduttive", in C.M. Bianca (a cura di) *La riforma della filiazione*, cit., XXV.

procedimenti de potestate, soluzione comunque scelta dal legislatore solo per il caso di contemporanea pendenza tra le stesse parti di una causa concernente la crisi del rapporto genitoriale e comunque giustificata dal principio di concentrazione processuale trattandosi di procedimenti in corso tra le stesse parti. Escludeva, infine, la necessità di sospendere il giudizio innanzi al tribunale ordinario nelle more della decisione del tribunale per i minorenni circa il procedimento de potestate, non sussistendo alcun nesso di pregiudizialità tra i procedimenti di competenza dei due giudici per la diversità di oggetto, per l'inidoneità dei provvedimenti de potestate a passare in giudicato e perché in ogni caso il tribunale ordinario ben avrebbe potuto decidere sull'affidamento dei figli anche prima della decisione del tribunale per i minorenni che ove intervenuta non avrebbe privato di legittimità la decisione sull'affidamento ma avrebbe recato i suoi effetti solo per il futuro.

Anche questo dubbio di costituzionalità è stato respinto dalla Corte che ha dichiarato inammissibile la questione facendo proprie le argomentazioni spese dal Prof. Bianca per confermare la legittimità della scelta del legislatore35.

Con la sentenza n. 133 del 25 giugno 2021 la Corte costituzionale si è recentemente pronunciata sulla disciplina dettata dalla Riforma per l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 263, terzo comma, codice civile, come modificato dall'art. 28, comma 1, del decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219), nella parte in cui non prevede che, per l'autore del riconoscimento, il termine annuale per proporre l'azione di impugnazione decorra dal giorno in cui ha avuto conoscenza della non paternità. Con la stessa pronuncia la Corte ha dichiarato, tuttavia, non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263, terzo comma, cod. civ., come modificato dall'art. 28, comma 1, del d.lgs. n. 154 del 2013, nella parte in cui prevede che «l'azione non può essere comunque proposta oltre

35 Corte cost., sentenza n. 134 del 2016: "è inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 38, primo comma, disp. att. cod. civ., impugnato, in riferimento agli artt. 3, 97, secondo comma, e 111 Cost., nella parte in cui attribuisce alla competenza del Tribunale per i minorenni i provvedimenti ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale di cui agli artt. 330 e 333 cod. civ. Dalla sintetica descrizione della fattispecie non emergono, infatti, elementi che consentano di ritenere che il thema decidendum sottoposto al giudice a quo comporti la soluzione di questioni attinenti alla titolarità della responsabilità genitoriale, né che sia richiesto un accertamento sul contegno pregiudizievole di uno dei genitori. Ne discende l'impossibilità di valutare se nel giudizio a quo sussista la denunciata sovrapposizione di competenze del Tribunale ordinario e del Tribunale minorile. Il rimettente, inoltre, omette di indicare quale sia lo scenario processuale nell'ambito del quale egli ritiene di dover fare applicazione del censurato criterio di riparto della competenza. Vengono infatti elencati tre possibili sviluppi processuali alternativi, senza tuttavia prendere posizione in ordine ad alcuno di essi. Siffatta modalità argomentativa rende la rilevanza meramente ipotetica e, comunque, indimostrata. Infine, la motivazione dell'ordinanza non spiega le ragioni per le quali il denunciato vulnus possa essere eliminato mediante l'attribuzione al Tribunale ordinario delle controversie relative alla responsabilità dei genitori, anziché mediante l'attrazione al Tribunale minorile delle competenze relative all'affidamento dei minori. Il petitum del rimettente non è supportato da elementi che consentano di ritenere che quella invocata sia l'unica scelta costituzionalmente compatibile. In considerazione della pluralità di soluzioni possibili, nessuna delle quali costituzionalmente obbligata, l'intervento richiesto comporta scelte discrezionali, come tali riservate al legislatore".

cinque anni dall'annotazione del riconoscimento», sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU.

Con la pronuncia in questione la Corte ha, allora, innanzi tutto, preso posizione circa la legittimità del termine quinquennale di proponibilità delle azioni dirette alla rimozione dello stato di filiazione. Si tratta di un termine introdotto dalla riforma a tutela della stabilità dello stato di filiazione: detto termine è applicabile alla filiazione fuori del matrimonio in ragione dello stesso articolo 263 c.c. che, appunto, prevede che l'azione non può essere proposta oltre cinque anni dall'annotazione del riconoscimento, così come alla filiazione nel matrimonio in ragione dell'art. 244 c.c. che prevede che l'azione di disconoscimento non può comunque essere proposta oltre cinque anni dal giorno della nascita. Il termine quinquennale si applica solo per gli altri legittimati, mentre per entrambe le azioni la Riforma ha previsto l'imprescrittibilità con riguardo all'azione del figlio che mantiene per sempre la disponibilità del proprio stato di filiazione.

Si tratta di un essenziale punto di equilibrio tra la ricerca della verità biologica della filiazione e l'interesse del figlio alla stabilità dello stato di filiazione. La Corte ha ritenuto che detto limite alla proponibilità dell'azione da parte degli altri legittimati, anche ove si affermino non consapevoli dei fatti che valgano ad escludere la paternità, vada esente da censure anche se valutato alla luce delle pronunce della CEDU intervenute in materia: "Un così lungo decorso del tempo (cinque anni dal riconoscimento) radica il legame familiare e sposta il peso assiologico, nel bilanciamento attuato dalla norma, sul consolidamento dello status filiationis, in una maniera tale da giustificare che la prevalenza di tale interesse sia risolta in via automatica dalla fattispecie normativa. Nessuna censura di non proporzionalità può, dunque, muoversi – anche nel coordinamento fra l'interpretazione dell'art. 8 CEDU, offerta dalla Corte EDU, e il quadro dei principi costituzionali – alla scelta operata dal legislatore che, nella sua discrezionalità, ha ritenuto di sacrificare l'interesse dell'autore del riconoscimento, a far valere in via giudiziale l'identità biologica, a beneficio dell'interesse allo status filiationis consolidatosi dopo cinque anni dal suo sorgere. Da ultimo, deve, peraltro, rilevarsi che l'interesse a far valere la verità biologica non risulta in assoluto estromesso dal giudizio, in quanto esso può essere fatto valere dallo stesso figlio, per il quale l'azione di impugnazione del riconoscimento risulta imprescrittibile".

La Corte ha, invece, dichiarato la parziale incostituzionalità dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che, per l'autore del riconoscimento, il termine annuale per proporre l'azione di impugnazione decorra dal giorno in cui ha avuto conoscenza della non paternità. Secondo la Corte "la norma censurata comporta una irragionevole disparità di trattamento anche nel confronto tra le regole dettate per il padre che intenda far valere la verità biologica, impugnando il riconoscimento,

e quelle previste per il padre che agisca per il disconoscimento di paternità. Il padre non coniugato può dimostrare solo l'impotenza, onde far decorrere il termine annuale di decadenza da un dies a quo diverso rispetto all'annotazione del riconoscimento; il padre coniugato può, invece, avvalersi anche di altre prove, tra cui quella dell'adulterio, onde sottrarsi al dies a quo che altrimenti decorre dalla nascita. Anche a fronte di tale diversità di trattamento, che finisce per rendere più stabile lo status filiationis sorto al di fuori del matrimonio rispetto a quello del figlio concepito o nato durante il matrimonio, deve, dunque, ritenersi fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263, terzo comma, cod. civ. (..)".

In questa prospettiva la Corte ha ammesso la proponibilità dell'impugnazione del riconoscimento entro un anno dalla conoscenza di qualsiasi fatto idoneo ad escludere la paternità, ritenendo irragionevole la distinzione che il legislatore aveva rispetto ai termini di decorrenza per la proposizione dell'azione di disconoscimento di paternità.

Secondo il legislatore della Riforma l'azione di disconoscimento della paternità e l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità meritavano una disciplina differente in ragione delle differenti regole che presiedono, nei due casi, alla formazione dello stato di filiazione.

Nella filiazione nel matrimonio la paternità è attribuita con la formazione dell'atto di nascita che discende dalla applicazione in via automatica della presunzione di paternità. Il marito, che in via generale può confidare sull'obbligo di fedeltà della moglie come nascente dal matrimonio e che si vede attribuita la paternità senza alcun contributo volontario, può esercitare l'azione di disconoscimento dal momento in cui abbia avuto conoscenza di tutti i fatti che valgano ad escludere la sua paternità come l'impotenza a generare e come l'adulterio della moglie. In ragione della stessa applicabilità della presunzione di paternità e della tutela della famiglia fondata sul matrimonio, il legislatore ha escluso la legittimazione di chiunque vi abbia interesse (e pertanto anche del presunto padre) all'azione di disconoscimento di paternità, che rimane riservata alla moglie, al marito, al figlio maggiorenne e, nei casi previsti dall'art. 244, ultimo comma, c.c. ad un curatore del figlio minore.

Nella filiazione fuori del matrimonio lo stato di filiazione non nasce in via automatica, non opera alcuna presunzione di paternità, mancando il matrimonio e l'obbligo di fedeltà, e la paternità discende da un atto volontario di chi si affermi padre e cioè dal riconoscimento. Il riconoscimento può essere impugnato da chiunque vi abbia interesse perché l'ordinamento preserva l'accertamento della verità biologica della filiazione a fronte di falsi riconoscimenti e non sussiste l'esigenza di tutelare la famiglia fondata sul matrimonio. La stabilità dello stato di filiazione è garantita essenzialmente dal termine quinquennale di proponibilità dell'azione che vale,

come rilevato, per tutti i legittimati e con esclusione del solo figlio. Con riguardo all'autore del riconoscimento erano posti chiari limiti all'impugnazione, esercitabile solo entro un anno dall'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita ovvero solo entro un anno dalla scoperta dell'impotenza dell'autore. Per questa via il legislatore aveva ammesso che l'autore del riconoscimento potesse far valere la propria impotenza perché si tratta di una circostanza che è idonea ad escludere in radice la paternità e tale da poter essere incolpevolmente ignorata, mentre aveva escluso che l'autore del riconoscimento potesse far valere la sussistenza di rapporti sessuali della madre con altri uomini all'atto del concepimento e tanto perché in mancanza di un matrimonio e spesso anche di una relazione stabile, la circostanza contraria, e cioè l'insussistenza di rapporti tra la madre e altri uomini, non può ragionevolmente presumersi e non riposa su alcun obbligo giuridico legato ad una formalizzazione dell'unione. Secondo la prospettiva del legislatore della Riforma, la possibilità che la madre abbia intrattenuto rapporti con diversi uomini all'epoca del concepimento va considerata prima del riconoscimento e deve indurre ad un esercizio consapevole dell'atto di attribuzione della paternità che così profondamente incide sulla dignità del nascituro. Il legislatore ha, in tal senso, considerato come allo stato attuale delle conoscenze scientifiche la certezza sulla paternità biologica possa essere acquisita con estrema rapidità e con esami tutt'altro che invasivi, tanto da poter assicurare all'autore del riconoscimento la certezza circa il fondamento biologico della paternità prima del compimento dell'atto volontario idoneo a fondare lo stato di filiazione. La Riforma aveva, allora, inteso valorizzare l'assunzione di responsabilità dell'autore del riconoscimento e assicurare la stabilità dello stato di figlio anche a fronte di riconoscimenti sovente compiuti in mala fede o in modo compiacente ovvero in modo superficiale.

La decisione della Corte ha inteso tutelare l'autore del riconoscimento che dimostri di aver proceduto al riconoscimento in buona fede e senza conoscere della sussistenza di rapporti della madre con altri uomini al momento del riconoscimento: si tratta, tuttavia, di una prova che, per sua natura, si presta a strumentalizzazioni anche da parte di chi abbia effettuato un riconoscimento nella consapevolezza di non essere padre e, piuttosto, per affermare la stabilità del rapporto con la madre e che, di seguito, impugni il riconoscimento in ragione del mutare dei rapporti con la stessa madre, con sostanziale violazione del principio dell'irretrattabilità del riconoscimento dettato dall'art. 256 c.c..

La decisione della Corte rappresenta, ad ogni modo, un ulteriore capitolo nella ricerca di un difficile punto di equilibrio tra l'esigenza di tutela del principio di verità della filiazione e l'esigenza di tutela dell'interesse del figlio; in questo caso è riaffermata la prevalenza dell'interesse alla verità biologica della filiazione ma l'interesse del minore alla stabilità dello stato di figlio rimane tutelato dalla decorrenza del termine quinquennale di proponibilità dell'azione del quale la Corte ha confermato la legittimità costituzionale.

La Riforma ha, in definitiva, resistito ai principali dubbi di costituzionalità sollevati, disegnando un sistema innovativo che mantiene stabilità e che vale a coniugare gli interessi, sovente contrapposti, che trovano disciplina nella materia della filiazione.

Il contributo del Professor Cesare Massimo Bianca, anche a distanza di anni, non può che valutarsi come decisivo, prima per l'affermazione dei principi di uguaglianza all'origine della riforma, successivamente per l'ideazione delle linee della riforma e per l'interlocuzione con il parlamento durante l'iter legislativo e, infine, per come, sul piano dottrinario, il Maestro ha ricondotto a sistema l'intervento legislativo fugando i principali dubbi di costituzionalità e respingendo letture che potevano alterare ovvero ridurre il significato della Riforma.

BIBLIOGRAFIA

Bianca, C.M.: voce "Famiglia (diritti di)", Novissimo Dig., VII, Torino, 1961, 71.

Bianca, C.M.: "Lo pseudo-riconoscimento dei figli adulterini", La riforma del diritto di famiglia, in Atti del convegno di Venezia, svolto presso la Fondazione "Giorgio Cini" nei giorni 30 aprile-1°maggio 1967, Padova, 1967, 183.

Bianca, C.M.: "La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia", Dir. famiglia, 2006, 207.

Bianca, C.M.: "Note Introduttive", in C.M. Bianca (a cura di) La riforma della filiazione, 2015.

Bianca M., "L'unicità dello stato di figlio", in C.M. BIANCA (a cura di) La riforma della filiazione, 2015, 3.

Carrano, R: "La revisione sistematica del codice e i nuovi rapporti tra matrimonio e filiazione", in C.M. Bianca (a cura di) La riforma della filiazione, 35.

Cianci, A.G.: "La nozione di responsabilità genitoriale", in C.M. Bianca (a cura di) La riforma della filiazione, 579.

Danovi F.: Diritti dei nonni e competenza del giudice minorile: la parola alla Corte costituzionale, *Dir. pers. fam.,* 2014, 1040.

De Cristofaro, G.: "Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile", *Nuova Giu. Civ. comm.*, 2014, 785.

Fadiga, L.: "Retrospettiva dei progetti di riforma della giustizia per i minori e per la famiglia", Relazione al XXV Convegno nazionale Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e per la famiglia, Taranto, 26-28.10.2006.

Figone, A.: "La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale", Torino, 2014, 68.

Giacobbe, E.: "Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma Bianca", *Dir. fam.,* 2014, 817.

Lenti, L.: "La sedicente riforma della filiazione", *Nuova. Giu. Civ. comm.*, 2013, 201.

Sesta, M: "Stato unico di filiazione e diritto ereditario", *Riv. dir. civ.*, 2014, 29.

LA DESTRUTTURAZIONE DEL MODELLO DI DIVORZIO

THE DESTRUCTURING OF THE DIVORCE MODEL

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1502-1523

Liliana ROSSI CARLEO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: A cinquant'anni dalla legge sul divorzio il presente contributo, partendo dal concetto di "dissolubilità" del matrimonio, analizza il passaggio dai presupposti al presupposto che consente lo scioglimento di un rapporto coniugale. In un quadro di riforme che negli anni hanno profondamente inciso sul diritto di famiglia, l'obiettivo è di riesaminare la ratio di un istituto che, nell'attuale contesto, tende a coniugare la libertà per quanto riguarda la possibilità di sciogliere il vincolo, con la responsabilità per quanto riguarda gli effetti.

PALABRAS CLAVE: Divorzio; dissolubilità del matrimonio; autodeterminazione; responsabilità.

ABSTRACT: *Fifty years after the divorce law this contribution, starting from the concept of "dissolubility" of marriage, analyzes the transition from the assumptions to the assumption that allows the dissolution of a marital relationship. In a context of reforms that over the years have profoundly affected family law, the objective is to re-examine the rationale of an institution, which, in the current context, tends to combine the freedom regarding the possibility of dissolving the bond to the responsibility for the effects.*

KEY WORDS: *Divorce; dissolubility of marriage; self-determination; responsibility.*

SUMARIO.- I. LE RAGIONI DI UNA SCELTA.- II. LA DISSOLUBILITÀ DEL RAPPORTO DI COPPIA NEL MOSAICO DELLE RELAZIONI FAMILIARI.- III. LA SPECIFICITÀ DEL DIVORZIO NEL CONTESTO DELLO SCIOGLIMENTO DEL MATRIMONIO.- IV. I PRESUPPOSTI.- V. DAL MODELLO AL NON MODELLO.

I. LE RAGIONI DI UNA SCELTA.

Dedicare qualche riflessione al Maestro non rappresenta un impegno, ma un piacere per l'anima e per la mente.

Chi, oltre che meditare sui Suoi innumerevoli contributi, ha avuto l'onore di conoscerLo personalmente non può prescindere dal ringraziarLo. Non è questa di certo la sede idonea a stilare il lungo elenco dei ringraziamenti che il nostro Omaggiato meriterebbe, ma mi limito a ricordare che, seppure Egli non poteva, ovviamente, infondere in tutti noi il Suo incommensurabile amore per la ricerca, con il Suo tratto rigoroso e gentile, ci ha comunque consentito di raccogliere almeno una fruttuosa briciola della passione che deve accompagnare lo studio.

La briciola che ho raccolto mi ha posto dinanzi ad una difficile scelta in ragione della vastità di argomenti dai quali trarre spunto per una riflessione, sia pur breve, ispirata al Suo insegnamento.

La mia scelta, più che continuare un discorso sul "tanto" sempre magistralmente chiarito e approfondito, ha inteso instaurare con Lui un possibile dialogo sul "poco" non espressamente detto, su cui ha pur sempre lasciato uno spunto intorno al quale ragionare.

I cinquant'anni dalla sofferta introduzione della legge sul divorzio nell'ordinamento italiano hanno rappresentato un'occasione per chiarire come, nell'insegnamento di Bianca, il punto nodale della disciplina debba essere rappresentato dagli effetti che lo scioglimento determina[1]. Fra questi effetti un approfondimento particolare è dedicato all'assegno, rispetto al quale il Maestro ha coniato, fin dall'inizio, la suggestiva formula della "solidarietà post coniugale", successivamente ripresa da dottrina e giurisprudenza prevalenti. All'assegno divorzile Bianca ha dedicato una perdurante attenzione, come ci confermano i suoi ultimi scritti dedicati proprio

1 Bianca, C.M.: "Commento agli artt. 5, 6, 9 e 9*bis* della Legge 1° dicembre 1970, n. 898, in AA.VV., *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* (diretto da G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi), VI, I, Cedam, Padova, 1993, p. 313 ss.

• Liliana Rossi Carleo
Professore Emerito di Diritto privato, Email rossicarleo@gmail.com

a questo argomento[2]. Si evince in tal modo la necessità di coniugare libertà e responsabilità: il filo conduttore che sorregge la lettura della disciplina si rinviene nel dover costatare che, malgrado vada rispettato il diritto all'autodeterminazione, tuttavia la libertà non consente di ritenere che, con il divorzio, gli ex coniugi divengano "due estranei".

A fondamento del divorzio si pone l'impossibilità della comunione materiale e spirituale che priva il rapporto della sua essenza vitale, evidenziando così la frattura che si viene a determinare tra la realtà ed una qualificazione formale ormai solo astratta. Tale impossibilità deve tuttavia risultare da uno dei presupposti specificamente indicati dalla legge[3].

Il passare del tempo impone, però, una rilettura di questi presupposti tassativi, peraltro in parte ripetuti anche per quanto riguarda lo scioglimento dell'unione civile, che sembrerebbero governare ancora lo scioglimento del rapporto coniugale per quanto riguarda l'*an*.

La rilettura va fatta seguendo il monito di Bianca: occorre, difatti, superare l'equivoco per cui "oggetto della valutazione critica debba essere una formula scritta anziché il principio di diritto che l'esperienza abbia dimostrato operante nell'ordinamento"[4]. In questa ottica occorre guardare alle norme che enunciano i presupposti del divorzio, tenendo conto che "la realtà della regola di diritto non è nell'astrattezza delle sue enunciazioni ma nella effettività del suo concreto operare nell'ordinamento"[5].

II. LA DISSOLUBILITÀ DEL RAPPORTO DI COPPIA NEL MOSAICO DELLE RELAZIONI FAMILIARI.

La legge n. 898/1970, introducendo nel sistema il principio della dissolubilità, ha comportato un mutamento sostanziale la cui valenza non è certo limitata alla possibilità di sciogliere il matrimonio quando la comunione materiale e spirituale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita in presenza di una serie di

2 Bianca, C.M.: "Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale", *Fam. e dir.*, 2018, p. 955 ss.; ID, "Presentazione. Sui persistenti margini di incertezza in tema di determinazione dell'assegno di divorzio", in E. Al Mureden, R. Rovatti, (a cura di), *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, giappichellli, Torino 2020, p. XVII ss.

3 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 2, Giuffrè, Milano, 2001, p., 229.

4 Così Bianca, C.M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica", in AA.VV., *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castan Tobena*, Volumen II, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, p. 61 ss.; Id.: "Realtà sociale ed effettività della norma", in *Scritti giuridici*, Vol. I, Libreria Universitaria, Milano 2002, p. 36

5 Così, ancora, Bianca, C.M.: "Interpretazione e fedeltà alla norma", in AA.VV., *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, Giuffrè, Milano, 1978, p. 147 ss.; Id.: "Realtà sociale ed effettività della norma", in *Scritti giuridici*, Vol. I, Libreria Universitaria, Milano, 2002, p. 137

ipotesi "articolate in funzione di una casistica obiettivamente precisata dalla stessa legge (art. 3) che investe una serie di situazioni diverse tra di loro"[6].

Difatti, la proiezione della dissolubilità, che consente di sciogliere il vincolo formale fra coniugi, siano essi eterosessuali o anche omosessuali, si amplia fino ad illuminare in maniera significativa l'intero contesto della vita familiare e induce, pertanto, ad osservare che "è proprio l'introduzione della risolubilità del matrimonio ad aver manifestato una nuova visione dei rapporti di coppia e di famiglia, contrapposta all'unico modello sino ad allora riconosciuto e normato"[7].

Appare sufficiente un rapido sguardo a rendere palese come l'allentamento della vincolatività nuziale abbia, in primo luogo, e come oramai si coglie con estrema evidenza, agevolato il graduale passaggio dal concubinato alla famiglia di fatto[8]. Il divorzio, difatti, non ha solo autorizzato la sostituzione di un matrimonio che si scioglie con un altro matrimonio, ma, ancor più, ha consentito di accogliere nuove modalità di fare famiglia in ragione della tutela che si intende assegnare in presenza dell'affettività e della effettività di uno statuto familiare, non più monopolio della sola famiglia legittima[9].

I nuovi modelli familiari, più elastici ed aperti, si caratterizzano, in maniera crescente, nel rimarcare la priorità dei legami affettivi rispetto a vincoli divenuti esclusivamente formali[10].

Appare, quindi, tuttora *in itinere* il lungo cammino in forza del quale l'evoluzione giuridica si rivela sempre più incline a dare tutela e a valorizzare la funzione

6 Così testualmente Corte Cost. 22 luglio 1976, n. 181, in *Giust. civ.*, 1976, III. p. 397.

7 Sesta, M.: "Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio", *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 1183; Id.: "Mezzo secolo di riforme (1970-2020)", *Fam. e dir.*, 2021, p. 19.

8 Mutuando la ben nota titolazione di Gazzoni, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Keyeditore, Milano, 1983.

9 A ben vedere, la indissolubilità e la conseguente scelta di un unico modello rispondevano ad una concezione autoritativa ormai superata, che necessariamente comportava un procedimento riduttivo del reale, provvedendo non solo a determinare il modello di famiglia legittima attraverso una serie di regole inderogabili, ma anche a determinarne i componenti, escludendo in primis i figli naturali nati fuori dal matrimonio. Potremmo pertanto rinvenire nella dissolubilità un primo, significativo, passo verso la necessaria rinuncia ad una regolamentazione autoritativa e la conseguente remissione all'autonomia privata della regolamentazione dei rapporti. Si tratta di un varco che ci limitiamo a schiudere senza neanche la pretesa di affacciarci al suo interno, data la vastità e la complessità del percorso che ha portato ad affermare la rilevanza dell'autonomia privata nel diritto di famiglia. Ci pare comunque interessante menzionare il tentativo, divenuto "ineludibile" svolto in vari settori, e fra questi appare fertile quello del diritto di famiglia, di spostare, nell'ottica della sussidiarietà, la riflessione "sul ruolo e la qualificazione di regole che sono private nella fonte ma che nella sostanza sono integrative del sistema complessivo dell'ordinamento e dunque idonee a produrre effetti anche nei confronti dei terzi", così Nuzzo, M.: "Prefazione", in M. Nuzzo (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato* I, *Potere di autoregolamentazione e sistema delle fonti, Autonomia privata e diritto di famiglia, Attività negoziale e composizione alternativa delle liti*, Giappichelli, Torino, 2014.

10 Il consolidarsi di questa concezione rende il divorzio connaturale alla realtà che si intende garantire; a tal fine, giova ribadire, il divorzio consente di cancellare la divergenza che si viene a determinare tra la qualificazione formale del rapporto e la realtà sottostante, così, espressamente, Bianca, C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 230.

piuttosto che la istituzione, concorrendo a determinare il cedimento del modello unico di famiglia[11].

Ben note sono le tappe più importanti che già dal 1975[12] hanno inciso sul matrimonio e, quindi sulla sua struttura[13] e sui rimedi previsti in caso di crisi della coppia[14], riducendo non solo la centralità del matrimonio come atto[15], ma sancendo anche, con la introduzione dello *status* unico di figlio[16], il superamento del matrimonio come *condicio sine qua non* della famiglia.

Malgrado non sia ovviamente questa la sede idonea non certo a ripercorrere, ma neanche ad accennare al lungo e tormentato cammino che ha spostato l'accento dalla rigidità di una struttura predeterminata all'accoglimento di dinamiche inclusive, tese a valorizzare la priorità del contenuti affettivi, contrassegnati da una liquidità che non esime dalla responsabilità[17], e limitandoci a fissare, sia pure rapidamente, lo sguardo sul rapporto coniugale, giova ricordare che, come si è più volte ribadito, caduta la indissolubilità e abrogata la separazione per colpa, tale rapporto non è più "sostanzialmente fisso, non modificabile dalle parti": nell'attuale contesto esso appare sempre più caratterizzato da una "valorizzazione delle persone, delle

11 Un esempio lampante in tal senso si rinviene nella legge n. 76/2016. La persistente prudenza del Legislatore, che ha accuratamente evitato il ricorso al termine famiglia nel dettato normativo – sebbene, talvolta, anche se forse solo per una svista, non ha potuto fare a meno di utilizzare il riferimento alla "vita familiare" (art. 1, comma 12) – non consente di escludere che questa legge rappresenti una ulteriore conferma della immagine plurale nella quale la famiglia va declinata, anche se permangono in dottrina dubbi ed incertezze sul "rapporto familiare" che discende da questa "relazione di coppia", v. De Cristofaro, G.: "Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1-34 della legge 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3", *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 124. Si rinvia al riguardo, all'approfondito dibattito e alla ricca bibliografia contenuta nei molti recenti commentari che si sono susseguiti dopo l'approvazione della legge. V., fra gli altri, Bianca, C.M. (a cura di): *Le unioni civili e le convivenze*, Giappichelli, Padova, 2017; Sesta, M. (a cura di): *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017; Patti, S. (a cura di): *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Zanichelli, Bologna, 2020.

12 L'entrata in vigore della legge 19 maggio 1975, n 151, è andata col tempo a manifestare sempre più la sua carica innovativa, confermando quanto era stato osservato al momento della sua emanazione da Cian, G.: "Introduzione", in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (a cura di L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi), Tomo primo, Parte prima, Cedam, Padova, 1976, p. 77.

13 Tenendo conto essenzialmente del rapporto, e quindi sancendo lo scardinamento delle gerarchie familiari e introducendo la definitiva affermazione della uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, sebbene ancora una volta potremmo osservare che si tratta di un percorso assai lungo, il quale prevede tappe che ancora non sono raggiunte. Emblematica in tal senso appare la vicenda del cognome (v., da ultimo, Corte Cost. 11 febbraio 2021, n. 18).

14 Non può revocarsi in dubbio che, come avremo modo di ribadire successivamente, la profonda innovazione che la riforma ha operato sulla separazione dei coniugi, abbandonando la concezione della sanzione a carico del coniuge colpevole, abbia inciso non solo sulla configurazione di un rimedio di tipo sospensivo, ma anche sulla successiva determinazione del rimedio risolutivo.

15 Lo sdoppiamento tra diritto di sposarsi e diritto di costituire una famiglia operato dalla Carta di Nizza (CDFUE, art. 9) conferma come la garanzia del rapporto possa prescindere dall'esistenza dell'atto. V. fra i molti Ferrando, G.: "Le relazioni familiari nella Carta dei diritti dell'Unione europea", *PD*, 2003, p. 347 ss.

16 La riforma operata dalla legge n. 2012/219 e dal d.lgs. n. 2013/154 ha introdotto lo status unico di figlio a prescindere dal tipo di relazione che lega i genitori e dalla sua stabilità. In questa sede appare sufficiente e importante il rinvio alla Relazione conclusiva dei lavori della Commissione presieduta da C.M. BIANCA, *politichefamiglia.it*, 2013; Id.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1 ss.

17 V. Messinetti, D.: "Diritti della famiglia e identità della persona", *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 137 ss., che, fra i primi, ha posto in via generale attenzione all'inarrestabile fenomeno dei rapporti "liquidi" e alla rilevanza che assume a tale riguardo il profilo della responsabilità.

individualità di ciascun componente". Ne discende, come è evidente da questi brevi richiami, una "concezione privatistica della famiglia", la quale necessariamente si fonda sulla libertà di autodeterminarsi nella vita privata[18].

Senza indugiare su quello che potrebbe rivelarsi un pendio scivoloso ove ci si illudesse di darne atto in poche battute, queste pur rapide puntualizzazioni consentono di limitarci ad osservare che forse, sia pure a distanza di cinquant'anni, non si è ancora pienamente riconosciuta alla dissolubilità quella forza innovativa che tuttora è ad essa sottesa per cui si chiede al diritto di garantire la instabilità[19].

In questa ottica ormai condivisa si prende atto che se la impossibilità di imbrigliare la dissolubilità ha fatto prepotentemente emergere il rilievo da assegnare ad istanze individualistiche[20], la scia giuridicamente rilevante che lascia la coppia instabile va considerata in un ambito ancora più ampio con riferimento alla scomposizione e alla composizione delle famiglie, contrassegnate da relazioni orizzontali e verticali rispetto alle quali l'atto fondativo o dissolutivo della coppia non rappresenta più l'unico riferimento.

La dottrina ha avuto molte volte modo di evidenziare con estrema chiarezza che l'indissolubilità, in passato riferita al rapporto di coppia, sembra essersi trasferita al rapporto genitoriale: il rapporto tra coniugi cessa, ma ove essi siano genitori, non possono non continuare a relazionarsi tra loro per l'assolvimento degli ineludibili compiti di cura dei figli[21]; pertanto, si trae dal diritto dei minori a mantenere entrambe le figure genitoriali "una nuova inconsueta dimensione

18 Così, in termini, Ferrando, G.: "Il matrimonio", in *Trattato di diritto civile* e *commerciale* (diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni), Giuffrè, Milano, 2002, p. 60 ss., che richiamiamo per molti e alla quale si rinvia anche per gli ulteriori riferimenti; appare interessante sottolineare come, principalmente nell'ottica dello scioglimento del matrimonio, di recente si è ritenuto di poter segnalare il passaggio dalla "privatizzazione" alla "patrimonializzazione" del rapporti coniugali con la conseguente "consacrazione della sufficienza dell'autonomia privata dalla costituzione all'estinzione dei rapporti affettivi tra adulti". Così Ballarani, G.: "Verso la piena autonomia privata in ambito familiare?", *Dir. delle succ.* e *della famiglia*, 2019, p. 27 ss.

19 Di recente Balestra, L.: "La crisi della comunione di vita", *Giust. civ.*, 2020, p. 31 ss., nel rimarcare che "la concezione tradizionale della famiglia è stata bruscamente superata ed archiviata nel breve volgere di qualche lustro" e ponendo in luce che "la stabilità della relazione di coppia, obiettivo originariamente perseguito dal legislatore in virtù di una concezione scolpita nella tradizione, si è progressivamente sostituita ... l'instabilità", ha evidenziato, tra l'altro, che ciò comporta la esigenza di guardare alla crisi della comunione come momento nodale che segna il passaggio dalla condivisione del rapporto al momento delle reciproche pretese, rispetto alle quali la risposta non può prescindere dalla crescente rilevanza che è destinata ad assumere l'autonomia contrattuale.

20 Che comunque non devono essere mai sinonimo di istanze egoistiche, posto che non si possono ignorare i profili relazionali che contraddistinguono il rapporto di coppia, imponendo una costante ricerca di "equilibrio delle libertà", che ha visto da tempo impegnate sia la dottrina che la giurisprudenza. La vastità e la notorietà del dibattito ci esime da qualsiasi riferimento, ci limitiamo tuttavia a ricordare che pure in una prospettiva che sottolinea la "impossibilità di costringere la vita in schemi che finirebbero con il negarne la ricchezza", si considera la necessità di tener conto "che può accadere che pure un rapporto di breve durata meriti di essere considerato dal punto di vista della regola giuridica quando vi siano stati impegni reciproci che non possono essere abbandonati all'arbitrio di uno dei partner", il che impone la ricerca di nuovi strumenti giuridici di tutela. Così Rodotà, S.: *Diritto d'amor*e, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 98 ss.

21 Come, da ultimo, ha ribadito, per molti Sesta, M.: "Matrimonio e famiglia", cit., p. 1197, ed ivi anche gli ulteriori riferimenti.

dell'indissolubilità dei vincoli familiari, trasferitasi oramai dal legame di coppia a quello della filiazione"[22].

Ciò non toglie, tuttavia, che la liquidità, la quale contraddistingue i rapporti dissolubili, ha inciso anche sul modo di intendere la indissolubilità di rapporti che, pur nel loro costante permanere, non possono prescindere dalle nuove realtà alle quali devono conformarsi.

La dissolubilità, rendendo mobili le frontiere della vita familiare[23], ha difatti determinato cambiamenti che impongono di prendere atto di nuove realtà alle quali il diritto deve necessariamente dare una risposta.

Il punto nodale emerge con forza non solo nella necessità di dover considerare la funzione paragenitoriale che il nuovo partner del genitore è destinato a svolgere nei confronti del minore con il quale convive, ma anche nel dover considerare una molteplicità di legami affettivi i quali appaiono meritevoli di tutela anche se non rientrano nelle categorie della parentela e dell'affinità[24].

Questa rapida carrellata ha inteso farci riflettere sul come e sul perché di una rimeditazione della legge sul divorzio.

Pur nella sua voluta superficialità, un *excursus* veloce si manifesta difatti già sufficiente ad evidenziare che il cinquantenario della legge sul divorzio non può rappresentare solo una celebrazione. In esso deve invece rinvenirsi una occasione per cogliere il senso della dissolubilità: introdurre la dissolubilità non ha segnato un punto di arrivo quanto, piuttosto, un punto di partenza per affrontare le nuove sfide della famiglia contemporanea.

22 Così ancora Sesta, M.: sub artt. 30-31-37 Cost., in M. Sesta (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze,* Giuffrè, Milano, 2017, p. 113.

23 Più che mobili, si tratta di frontiere che già da tempo sembrano divenire del tutto evanescenti rispetto ad una realtà talmente complessa che ci pone di fronte ad "inedite dinamiche familiari, espressione ed estrinsecazione della personalità degli individui", le quali "trascendono il modello familiare tipico (anche extraconiugale), talvolta neppure raggiungendo la soglia del giuridicamente rilevante", così, in termini, per molti, Cordiano, A.: "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *www.comparazionediritto civile.it*, ed ivi gli ulteriori riferimenti.

24 Di recente torna, ancora, a porre l'accento sulla necessità di individuare "regole capaci di governare la complessa trama di relazioni che scaturisce dalle famiglie che si sovrappongono nel tempo", Al Mureden, E.: "Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi", *Fam. e dir.*, 2021, p. 23 ss.; Id.: "La genitorialità sociale tra ordine pubblico e interesse del minore", in B. Agostinelli, V. Cuffaro (a cura di), *Relazioni, Famiglie, Società*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 111 s.

III. LA SPECIFICITÀ DEL DIVORZIO NEL CONTESTO DELLO SCIOGLIMENTO DEL MATRIMONIO.

Superata ormai la boa del mezzo secolo dalla introduzione della legge n. 898/1970[25], i tempi sembrerebbe maturi per dare al divorzio la sua autonoma dignità.

Sembra pertanto in primo luogo essenziale distinguerlo, quale causa di scioglimento del matrimonio, dalla morte, alla quale l'art. 149 cod. civ. tuttora lo accomuna.

Significativamente la legge n. 76/2016, che si pone come apripista rispetto all'attuale modo di intendere il divorzio[26], tratta in commi separati la morte (art. 1, comma 22, ove alla morte è accomunata la dichiarazione di morte presunta)[27] rispetto alle altre cause di scioglimento (art. 1, commi 23 e 24), il che consente di sottolineare la ontologica diversità fra la morte e il divorzio quali cause di scioglimento dell'unione civile.

Per quanto riguarda il matrimonio il legislatore, con la riforma del 1975, si è limitato a modificare la formulazione dell'art. 149 cod. civ. che, rispecchiando ancora lo stato della legislazione precedente al divorzio, stabiliva "*il matrimonio non si scioglie che con la morte di uno dei coniugi*", limitandosi ad introdurre un riferimento agli altri casi di scioglimento.

Pertanto, con la menzione "*negli altri casi previsti dalla legge*", come da subito è stato autorevolmente detto[28], il Legislatore ha preso esclusivamente atto di una necessità, senza voler evidenziare l'importante passaggio dalla indissolubilità, per cui solo la morte scioglie ineluttabilmente il matrimonio, alla dissolubilità la quale, seppure seguendo modelli diversi, e, quindi, malgrado la diversa valenza che assumono nel tempo i presupposti, non può comunque prescindere, quanto

25 Rispetto alla quale, oltre che ripercorrere l'acceso dibattito politico che l'ha accompagnata, da tutti ben ricordato – e per il quale si rinvia, a Quadri, E.: voce "Divorzio nel diritto civile e internazionale", *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, Utet, Torino, 1990, p. 508 ss.- appare interessante anche ripercorrere il tentativo di analisi e di ricostruzione storiografica operato da Galoppini, A.: "Profilo storico del divorzio in Italia", in P. Rescigno (a cura di), *Commentario sul divorzio*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1 ss.

26 Mutuando, in termini, quanto osserva, fra gli altri, Quadri, E.: "L'introduzione del divorzio: il dibattito, la legge e la sua conferma, i successivi interventi legislativi", *Fam. e dir.*, 2021, p. 14 e, in particolare i rinvii nella nota 49, il quale ribadisce ancora una volta che lo scioglimento dell'unione civile rappresenta un modello per possibili futuri interventi in materia di divorzio; Id.: "Crisi della coppia: a cinquant'anni dalla legge sul divorzio", *Foro it.*, 2020, V, c. 167 ss. e in B. Agostinelli, V. Cuffaro (a cura di), *Relazioni, Famiglie, Società*, cit., p. 27 ss.

27 V. sul punto per molti Bonilini, G.: "Lo scioglimento dell'unione civile per morte, o dichiarazione di morte presunta di una delle parti", in G. Bonilini (a cura di), *Trattato*, V, *Unione civile e convivenza di fatto* Utet, Torino, 2017, p. 403 ss.

28 Grassetti, C.: sub art. 149, in *Commentario al diritto*, cit., p. 672, il quale parla della necessità di armonizzare il precedente dettato "con la nuova normativa introdotta dalla legge 1° dicembre 1970, n. 898, che sotto l'impreciso titolo (pudore delle parole?) «Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio» detta norme sul divorzio" (corsivo nostro).

meno, dalla richiesta di uno dei coniugi al fine di ottenere che venga pronunciato lo scioglimento del vincolo.

Invero le alterità fra scioglimento per morte e scioglimento per divorzio sono palesi[29].

La morte (e peraltro, a differenza di quanto è previsto dall'art. 1, comma 22, legge n. 76/ 2016[30], non la morte presunta[31]) determina lo scioglimento del rapporto automaticamente e per una causa fisiologica e ineluttabile, la quale prescinde dalla volontà delle parti, peraltro essa incide essenzialmente sulla sola comunione materiale[32].

Il divorzio, invece, implica la possibilità di uno scioglimento rispetto al quale, seppure con intensità e modalità diverse, resta essenziale un intervento delle parti; peraltro esso sancisce, ancor prima della cessazione della comunione materiale, la cessazione della comunione spirituale che rappresenta in concreto la vera ragione della dissoluzione del vincolo.

Queste significative differenze appaiono coperte da un generico riferimento allo scioglimento e in tal senso la dissolubilità[33], seppure introdotta, non vuole squarciare il velo della tradizione, come risulta fin dall'uso di una discussa terminologia che non fa riferimento al divorzio[34] e che lascia nel codice esclusivamente la separazione come strumento al quale ricorrere in caso di crisi del rapporto.

---

29 Di recente Sesta, M.: "Mezzo secolo", cit., p. 18, ribadisce ancora una volta che "il matrimonio risolubile … è tendenzialmente altro rispetto al matrimonio indissolubile, destinato a durare quanto la vita degli sposi".

30 Rispetto al quale v. le critiche e i dubbi espressi da Rimini, C.: "Commento all'art. 1, commi 22, 23, 24, 26, 27, l. 20 maggio 2016, n. 76", in S. Patti (a cura di), *Regolamentazione delle unioni*, cit., p. 324 ss.

31 La morte presunta, che non è menzionata dall'art. 149 c.c., e quindi non consente di ritenere che determini, al pari della morte o del divorzio, lo scioglimento del matrimonio, (come diffusamente precisa Trabucchi, A.: sub art. 65, in *Commentario al diritto*, cit., p. 364 ss.) anche se non determinerebbe lo scioglimento del matrimonio, ma ne determinerebbe solo la quiescenza, nella sua articolata costruzione, che tuttora emerge da una disciplina risalente nel tempo e mai mutata , rende palese che il "codice ha accolto la soluzione del problema più consona ai due principi, quello della indissolubilità del matrimonio e quello monogamico, che si possono dire fondamentali per il nostro ordinamento matrimoniale", come ebbe a rilevare Giorgianni, M.: *La dichiarazione di morte presunta*, Giuffrè, Milano 1943, p. 169.

32 A titolo esemplificativo possiamo menzionare l'art. 23 legge n. 633/1941 (Diritto d'autore), che indica il coniuge quale primo fra i soggetti che hanno diritto di opporsi agli atti che possano essere lesivi dell'onore dell'autore defunto. Più in generale, già a livello manualistico, si chiarisce che "il matrimonio, pur sciogliendosi per morte, continua a produrre degli effetti: ad esempio la vedova conserva il cognome del marito che, nel matrimonio, aveva aggiunto al proprio e lo conserva sino a quando non passa a nuove nozze (art. 143 bis cod. civ.)", così, in termini, Bonilini, G.: *Manuale di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2002, p. 215. Occorre, però, ricordare che ci sono perplessità sulla conservazione del cognome comune per quanto riguarda la parte superstite in caso di scioglimento per morte dell'unione civile. V. al riguardo Bugetti, M.N.: "Il cognome comune delle persone unite civilmente", *Fam. e dir.*, 2016, p. 911; Bonilini, G.: "Lo scioglimento dell'unione civile per morte o dichiarazione di morte presunta", *Fam. e dir.*, 2017, p. 601.

33 Occorre quindi prendere ancora atto delle perduranti difficoltà che accompagnano per la "goffaggine del legislatore" il passaggio "dal principio storico della indissolubilità del matrimonio al principio rivoluzionario della dissolubilità" come ci insegna Falzea, A.: "Note introduttive generali", in *Commentario al diritto*, cit., p. 29 ss.

34 Come evidenzia, unanime, la dottrina, (v. fra i molti, Dossetti, C.: *Divorzio la parola assente*, in G. Bonilini, F. Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Commentario del codice civile* (diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè,

Si manifesta così l'intento di una scelta prudente e consapevole, volta a mitigare la carica di novità che comporta lo scioglimento di un vincolo[35] che si ritiene ancora caratterizzato da una forte valenza istituzionale[36].

Pertanto, sono rimaste a lungo compresse le peculiarità necessariamente connesse alla introduzione del divorzio che non si limita a sciogliere il matrimonio, ma lo rende dissolubile.

Il timore di esprimere le novità in maniera esplicita, connaturale non solo alla "carica compromissoria" che caratterizza la legge del divorzio, ma costantemente presente anche nelle successive riforme, rispetto alle quali la dottrina evidenzia una "usuale ipocrisia legislativa"[37], non arresta comunque quel dinamismo che è presente non solo, come è ben evidente, nei principi, ma anche nella necessità di guardare al sistema nel suo insieme.

In questa prospettiva, non si può prescindere dal ritenere importante ricordare, come viene fatto già a livello manualistico, che "la disciplina del divorzio, oggetto di aspra contesa politica al momento della sua introduzione, fu – e tuttora resta – collocata fuori del codice civile, quasi si trattasse di un corpo estraneo rispetto al matrimonio e non di un istituto che ne ha ridisegnato il concetto stesso prevedendone la risolubilità e quindi facendone venir meno l'originario attributo della indissolubilità"[38].

Ne consegue che, seppure si deve tenere in conto che "il divorzio ... non è circostanza sufficiente a modificare la positiva concezione che l'ambiente sociale e gli sposi generalmente professano e concretamente vivono del matrimonio e delle finalità che l'istituto persegue"[39], si impone altresì la necessità di prendere atto che la scelta operata dal legislatore assume una sua specificità in quanto essa ha aperto verso la rilevanza giuridica di tutte le situazioni esistenziali e, come ci dimostra in maniera significativa la legislazione successiva al 1975 (e la lettura che ne hanno fatto dottrina e giurisprudenza)[40], la dissolubilità non consente più di assorbire in schemi rigidi e formali i rapporti familiari.

Milano 2010, p. 39 ss.) è significativa la persistente ritrosia all'uso del termine divorzio, tuttora scarsamente utilizzato dal legislatore, che ad esso ricorre solo in casi sporadici come da ultimo puntualizza nuovamente Sesta, M.: "Matrimonio e famiglia", cit., p. 1178 e nota 4.

35 Ricorda Quadri, E.: "L'introduzione del divorzio", cit., p. 10 e nota 22, che il mancato uso del termine divorzio fu voluto al fine di evitare "parole che fanno venire lo choc".

36 Secondo quanto prospetta in maniera ampia e approfondita Renda, A.: *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano 2013, passim.

37 Come ben chiarisce Quadri, E.: "L'introduzione del divorzio", cit., p. 13.

38 In questi termini viene esplicitato da Bonilini, G.: *Manuale del diritto di famiglia*, Utet, Padova, 2021, p. 175.

39 Come autorevolmente osserva Rescigno, P.: *Manuale del diritto privato*, Maremagum, Napoli, 1986, p. 402, invitando così a guardare, come è stato successivamente fatto, a ben più ampi scenari.

40 Una conferma in tal senso si coglie proprio dalla lettura dei recenti contributi contenuti in *Fam. e dir.* 2021, ai quali abbiamo ritenuto utile fare specifico e diffuso riferimento.

IV. I PRESUPPOSTI.

Le discussioni che hanno accompagnato l'introduzione della legge n. 898/1970, molto di più che sulle conseguenze, si sono essenzialmente svolte intorno ad un punto ritenuto nodale: esse hanno riguardato il quando e, quindi il come, è possibile ottenere il riacquisto dello stato libero.

La tribolata introduzione della legge n. 898/1970 ha portato quindi ad incentrare l'attenzione su di un profilo che potremmo definire strutturale: la legge ha elencato, e tuttora continua a prevedere, una serie di ipotesi tassative che devono necessariamente ricorrere affinché il giudice, secondo il dettato posto in apertura, possa accertare che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l'esistenza di una delle cause previste dall'art. 3 (art. 1).

La disposizione, a distanza di tempo, conserva una valenza solo declamatoria, tanto che il legislatore non l'ha richiamata per quanto riguarda lo scioglimento dell'unione civile, che pure, in gran parte, sia pure formalmente, sembrerebbe riprendere il modello costituito dalla legge n. 898/1970.

Il testo tuttora vigente, grazie ad un emendamento da subito ritenuto discutibile[41], sembrerebbe escludere uno scioglimento automatico in presenza di una delle cause tassativamente previste, prevedendo una valutazione della irreversibilità della crisi coniugale da parte del giudice.

Le perplessità iniziali[42]appaiono del tutto fugate e il persistente tributo formale all'accertamento appare ormai ridotto ad una posizione teorica priva di riscontro concreto[43].

Gli anni trascorsi, tuttavia, non solo non sono stati sufficienti a determinare l'abrogazione esplicita di questo emendamento, che sembrava aprire le porte alla discrezionalità del giudice[44], ma, ancor più, la persistente lunga elencazione di una serie di presupposti – molti dei quali ormai del tutto inattuali, o come è stato detto "a tratti ripugnanti" (quali quelli relativi alle cause penali di divorzio), altri discutibili (quale quello della inconsumazione del matrimonio), altri ancora superati dalla legislazione successiva (quale quello della rettificazione anagrafica di sesso

41 Poggi, M.E.: "Cause di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio", in P. Rescigno (a cura di), *Commentario sul divorzio* Giuffrè, Milano, 1980, p. 205.

42 Fin da subito oggetto di fondate critiche da parte di autorevole dottrina: così, fra molti, v. in particolare Giorgianni, M.: "Cinque note sul divorzio", *Pol. dir.*, 1970, p. 354, il quale denuncia il pericolo di lasciare al giudice «il potere, per non dire l'arbitrio di sciogliere il matrimonio».

43 Come si rileva concordemente già a livello manualistico: v. Sesta, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 176.

44 V. ancora, diffusamente, Poggi, M.E.: "Cause di scioglimento", cit.

) – ha, di recente, indotto ad affermare che essi consentono di poter rilevare il chiaro intento di mantenere "una facciata barocca che ancora resiste davanti ad un edificio diroccato sotto i colpi della evoluzione sociale e delle riforme legislative"[45].

Ciò che tuttora induce a riflettere in tal senso è, ancor più, la presenza di un dettagliato elenco di cause la cui oggettiva gravità sembra assumere rilievo determinante al fine di presumere che si è determinata una frattura irreparabile.

Appare evidente che il Legislatore, pur in presenza "di una disciplina non esemplare per chiarezza ed univocità"[46], abbia inteso delineare, fra i molti possibili, la scelta di un preciso modello: il Legislatore ha introdotto un divorzio rimedio.

La dissolubilità, quindi, almeno in apparenza, non caratterizza il matrimonio, che sembra restare potenzialmente indissolubile[47]: lo scioglimento si deve considerare solo come una eccezione, limitata ad ipotesi tassativamente previste.

È in questa ottica che la legge assegna rilievo determinante ai presupposti, considerati quali fatti legalmente tipizzati, i quali, in ragione della sussistenza di circostanze, per così dire "prefigurate", considerate idonee a dare atto della irreversibilità della crisi coniugale, sottraggono ai coniugi la disponibilità dello scioglimento del vincolo, seppure ridotto a mera forma e quindi irreparabilmente privo della sua essenza vitale.

La disciplina, così come è stata costruita, tenta quindi di non coniugare lo scioglimento con la libera valutazione dei coniugi, non volendo assegnare valore preminente all'autonoma considerazione dell'autodeterminazione dei coniugi. Ciò malgrado il tempo ha mostrato le crescenti difficoltà di rinchiudere in un modello rigido il divorzio nel tentativo di sottrarlo all'autonomia delle parti, ostacolando, in tal modo, una decisione che vuole evitare il persistere di una forma vuota, priva di quella realtà sostanziale che, singolarmente, è la stessa legge sul divorzio ad evidenziare enunciando "la più suggestiva definizione dell'essenza del matrimonio, identificata nella comunione materiale e spirituale dei coniugi"[48].

La rigidità del modello contiene, però, fin dall'inizio un piccolo margine di elasticità nella fattispecie prevista dalla lett. *b*), n. 2, art. 3 della legge n. 898/1970, che pone anche la separazione consensuale fra i fatti preclusivi della continuazione

45 L'affermazione – ripresa in termini da Rimini, C.: "Commento all'art.", cit., in part. p. 334 – anche se legata al ribadire, nel 2016, alcuni di questi presupposti anche nella disciplina del divorzio degli uniti civilmente, testimonia ancora una volta la ritrosia del legislatore a prendere atto dei cambiamenti e a mantenere un cono d'ombra su di un istituto del quale, tuttora, raramente utilizza perfino il nome.

46 Come testualmente evidenzia Rescigno, P.: *Divorzio e diritto di famiglia*, Il Mulino, Bologna, 1970, p. 191.

47 Renda, A.: *Il matrimonio civile*, cit., p. 171 ss.

48 In questi termini Sesta, M.: "Matrimonio e famiglia", cit., p. 154, ricorda una preziosa osservazione di Rescigno.

del rapporto, aprendo, così, un varco all'autonomia dei coniugi nella gestione della crisi familiare.

Con il trascorrere del tempo l'inserimento di una pregressa separazione fra i presupposti del divorzio, ipotesi da subito prevalente e, in quanto tale, ritenuta "normale", ha inciso in maniera determinante a disancorare l'originaria impostazione dalla rigidità che sembrava caratterizzarla.

Il cambiamento è legato al progressivo passaggio del modo di intendere, dopo la riforma del 1975, "i fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza" (art. 151 cod. civ.)[49], fatti che sempre meno vengono considerati nella loro valenza oggettiva, arrivando ad assegnare, invece, esclusivo rilievo alla "valenza soggettiva della disaffezione e del distacco spirituale"[50], disaffezione che, se confermata dal trascorrere di un certo lasso di tempo (che va diventando sempre più breve), consente di presumere la definitiva rottura della comunione spirituale e materiale di coniugi.

Fin dalla riforma del 1987[51], pur dovendo tener conto del rilievo assegnato al decorrere del tempo, che rappresenta la ragione la quale consente di escludere ogni possibilità di recupero del rapporto, non si può ignorare la rilevanza che, specialmente in concreto, assume l'accordo dei coniugi, anche in presenza di una progressiva e drastica riduzione dei tempi. L'autonomia dei coniugi, malgrado la presenza del persistente rifiuto del principio dello scioglimento per mutuo dissenso, assume ufficiale rilevanza al fine di intraprendere un cammino volto a raggiungere un risultato che, pur dovendo utilizzare un complesso procedimento per ottenerlo, esprime una libera scelta.

49 Come è ben noto, proprio aver sostituito ad una elencazione tassativa delle colpe la clausola generale della "intollerabilità della convivenza" ha enormemente ampliato il piccolo varco già introdotto con la previsione della separazione consensuale, garantendo ai coniugi, sia pure non subito, il diritto di liberarsi da un vincolo vuoto. Peraltro, posto che la separazione non solo coesiste con il divorzio, ma ne è la premessa, come, fin dalla introduzione della riforma del 1975, ha ben chiarito Grassetti, C.: sub art. 151, in *Commentario al diritto*, cit., p. 674, non solo essa potrebbe essere denominata un "divorzio a termine" o un "divorzio sotto condizione", ma, principalmente, la stretta connessione impone di evidenziare che l'abolizione della tassatività delle cause si riflette necessariamente in una moltiplicazione delle pronunce di divorzio in cui si converte l'allargata separazione.

50 Come ha di recente incisivamente sottolineato Danovi, F.: "I presupposti della separazione, ovvero quando il diritto "cede il passo" alla libertà del singolo (e per il divorzio?)", *Fam. e dir.*, 2019, p. 73 ss., al quale si rinvia anche per gli ulteriori riferimenti.

51 Percorrendo l'*iter* che ha accompagnato la evoluzione della disciplina del divorzio, ponendo attenzione alla riforma introdotta dalla legge 6 marzo 1987, n. 74, è apparso evidente che, seppure essa si colloca ancora all'interno dei limiti di elasticità del modello, recepisce di certo "l'idea di un favor divortii, inteso nel senso di un ricercato superamento di impostazioni inutilmente defatigatorie, atte solo a frustrare le legittime istanze di libertà e di dignità, poste alla base della scelta dissolubilista", e lascia altresì emergere la lenta, crescente rilevanza "dei profili consensuali nella gestione della crisi familiare, con l'introduzione della "domanda congiunta" di divorzio quale espressione di una apertura alla consensualità", così Quadri, E.: "L'introduzione del divorzio", cit., p. 12.

Questo varco ha consentito, sia pure in maniera indiretta, di giungere attraverso importanti modifiche che si sono succedute nel tempo a quello che viene definito il nuovo divorzio[52].

La conferma che il Legislatore attribuisce al divorzio una sicura dimensione privatistica trova una ulteriore ed indubbia attestazione nel divorzio senza processo[53], anche se il depotenziamento dell'intervento giudiziale, pur rendendo palese il rilievo crescente dell'autonomia dei coniugi nel chiedere il divorzio, apre a nuove questioni, in primo luogo quella della disponibilità dello *status*[54].

Tuttavia, anche se la via giudiziale al divorzio resta tuttora "la scelta preferita dei coniugi separati", non sembra possa revocarsi in dubbio che in un "contesto che riconduce il rapporto coniugale in una dimensione privatistica", anche la disciplina processuale si realizza in una "marcata tendenza ad imprimere al giudizio di divorzio tempi particolarmente brevi e soddisfare così l'interesse della parte alla libertà di stato che dà sostanza ad un vero e proprio diritto al divorzio"[55].

V. DAL MODELLO AL NON MODELLO.

Questo affresco, seppure rapido e sfumato, nel riportare sinteticamente le attuali linee di tendenza, già consente di intravedere la crescente attenzione alla dinamica degli affetti che sempre più rifugge da statuti rigidi[56].

Difatti fin dal 1987 il Legislatore ha iniziato a delineare gli atti estintivi dello *status* come atti di segno contrario, ma analogo, all'atto costitutivo che si basa sul consenso delle parti.

Più di recente, tuttavia, pur nel silenzio della legge sul divorzio, si è determinato un necessario ripensamento che ha consentito di individuare ulteriori significativi

52 Per un quadro analitico e diffuso che rende evidente il cammino, forse poco lineare, che ha inciso in maniera determinante sulla struttura, apparentemente inalterata, della legge, imprescindibile il rinvio a Rimini, C.: "Il nuovo divorzio", in A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, P. Schlesinger (a cura di), *Trattato di diritto commerciale La crisi della famiglia*, II, Giuffrè, Milano, 2015, p. 14 ss.

53 Il riferimento, come è ovvio, è al d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito nella l. 10 novembre 2014, n. 167.

54 Si rinvia, anche per gli ulteriori riferimenti, a Bugetti, M.N.: "Il divorzio tra intervento giudiziale e autonomia dei coniugi", *Fam. e dir.*, 2021, p. 34 ss.

55 Così di recente Tommaseo, F. "L'evoluzione giurisprudenziale e legislativa del processo di divorzio", *Fam. e dir.*, 2021, p. 72 ss., al cui sintetico e chiarissimo quadro si fa riferimento.

56 Significativo in tal senso è lo studio di Oberto, G.: "Il divorzio in Europa", *Fam. e dir.*, 2021, p. 112 ss. L'A., pur tenendo conto del valore, essenzialmente indicativo, dei vari modelli, volti a predisporre il modo attraverso il quale si può giunger al divorzio, si sofferma ad enucleare, al di là delle diversità che emergono dai differenti dettati legislativi, le comuni linee di convergenza e le principali linee di tendenza; in questa ottica la contestuale presenza di modelli diversificati, pur presentando "un variegato vestito di Arlecchino", consente, tuttavia, di rilevare che, in concreto, le diversità non portano a conclusioni non così distanti . Si sottolinea al riguardo una linea di tendenza in fieri che sembra convergere sull' idea dell'esistenza, nei fatti, di un vero e proprio diritto di un coniuge, per il fatto stesso di essere tale, di pervenire comunque allo scioglimento del vincolo, pur in presenza dell'opposizione dell'altro, sulla base, in buona sostanza, "del solo desiderio di colui che ha assunto l'iniziativa di terminare un'unione considerata male assortita" (Id., p. 128).

allargamenti, tutelando quello che si viene ad individuare come nocciolo duro del diritto di libertà, rispetto al quale cade la possibilità, in ragione di modelli obbliganti, di impedirne l'esercizio.

I cinquant'anni dalla introduzione della legge sul divorzio hanno rappresentato, a tale riguardo, un'importante occasione che ha consentito alla dottrina di ripercorrere l'evoluzione che ha portato alla disgregazione del modello di divorzio la cui originaria impostazione appare profondamente mutata[57].

Ne è emersa una diffusa constatazione secondo la quale l'attuale linea di tendenza non si limita a tener conto dell'accordo, come espressione sintomatica dell'opportunità di porre fine al rapporto di coppia, ma incentra l'attenzione sulla esigenza, ritenuta preminente, di non perpetuare inutilmente la stabilità di un vincolo formale, accordando, in sostanza, il diritto di riottenere lo stato libero anche a seguito della iniziativa di una sola delle parti la quale intende dare rilevanza esterna ad una realtà che è mutata.

In questa ottica, che non consente più di porre in ombra il ruolo centrale assegnato alla volontà (anche di uno solo dei coniugi) volta a riacquistare lo stato libero, occorre la consapevolezza che il passaggio dal carattere eteronomo che contraddistingue il modello e che trova rispondenza nei presupposti tassativamente e rigidamente predeterminati, ad una impostazione che valorizza i profili di libertà e di autonomia dell'individuo, impone di guardare ai profili di reciprocità e solidarietà che la connotano. Si tratta, difatti, di esaltare un'autonomia che non è, però, autoreferenziale e non può prescindere dall'essere connotata dal riferimento al profilo relazionale che la contraddistingue.

La destrutturazione dei presupposti conferma, quindi, una scelta di libertà nel rispetto dei diritti fondamentali per quanto riguarda l'*an* del divorzio, il che comporta il subentrare della responsabilità alla coazione, spostando l'attenzione dall'e*x ante* all'e*x post*.

57 Invero il discorso sul modello risponde da sempre ad una esigenza di classificazione delle diverse cause che possono determinare il divorzio, ne consegue che i presupposti sono intimamente connessi alla configurazione dei vari modelli di divorzio. I modelli risultano, in concreto, connotati da un diverso grado di elasticità che va dalla rigidità del divorzio sanzione alla liquidità del divorzio consensuale ed è pertanto difficile rinvenire nei diversi ordinamenti la presenza di un preciso modello, dovendosi, piuttosto, far riferimento al modello che emerge con maggiore evidenza dal dettato legislativo. La difficoltà, immanente nel complesso intreccio che si va determinando emerge con immediatezza tenendo conto che il dettato legislativo non solo non è mai netto, ma altresì si evolve nella sua interpretazione. Una testimonianza in tal senso è data proprio dalla nostra disciplina. Pur nella prevalenza che sembra debba assegnarsi al modello del divorzio rimedio, occorre ricordare che già inizialmente esso sembrava convivere con il modello di divorzio sanzione, come ci dice per molti Poggi, M.E.: "Cause di scioglimento", cit., p. 218 s. Si può ormai ritenere che la inesistenza sulla scelta di un "modello" potrebbe farci cadere "in una polemica antica" visto che non esiste la scelta di un modello "puro" essendo sempre "immediatamente rilevante il fallimento dell'unione"; così Ferrando, G.: "Il conflitto coniugale tra separazione e divorzio", in *Separazione e divorzio*, in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da Bigiavi*, Utet, Torino, 2003, tomo I, p. 22.

Per concludere possiamo ricorrere ad un'autorevole "avvertenza" della quale, forse, dopo cinquant'anni non abbiamo ancora una sufficiente contezza: collocare "il valore della persona alla sommità di valori giuridici" comporta "la necessaria implicazione di trasferire i problemi di responsabilità dal piano dello scioglimento del vincolo coniugale al piano della disciplina degli effetti dello scioglimento"[58].

58 Così Falzea, A.: "Note introduttive", cit., p. 66.

BIBLIOGRAFIA

Al Mureden, E.: "La genitorialità sociale tra ordine pubblico e interesse del minore", in B. Agostinelli, V. Cuffaro (a cura di), *Relazioni, Famiglie, Società*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 111 s.

Al Mureden, E.: "Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi", *Fam. e dir.*, 2021, p. 23 ss.

Balestra, L.: "La crisi della comunione di vita", *Giust. civ.*, 2020, p. 31 ss.

Ballarani, G.: "La piena autonomia privata in ambito familiare?", *Dir. delle succ. e della famiglia*, 2019, p. 27 ss.

Bianca, C.M.: "Commento agli artt. 5, 6, 9 e 9*bis* della Legge 1° dicembre 1970, n. 898, in AA.VV., *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* (diretto da G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi), VI, I, Cedam, Padova, 1993, p. 313 ss.

Bianca, C.M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica", in AA.VV., *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castan Tobena*, Volumen II, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, p. 61 ss.

Bianca, C.M.: "Interpretazione e fedeltà alla norma", in AA.VV., *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, Giuffrè, Milano, 1978, p. 147 ss.

Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1 ss.

Bianca, C.M.: "Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale", *Fam. e dir.*, 2018, p. 955 ss.

Bianca, C.M.: "Realtà sociale ed effettività della norma", in *Scritti giuridici*, Vol. I, Libreria Universitaria, Milano 2002, p. 36 ss.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 2, Giuffrè, Milano, 2001, p. 229 ss.

Bianca, C.M.: *politichefamiglia.it*, 2013.

Bianca, C.M.(a cura di): *Le unioni civili e le convivenze*, Giappichelli, Padova, 2017.

Bonilini, G.: "Lo scioglimento dell'unione civile per morte o dichiarazione di morte presunta", *Fam. e dir.*, 2017, p. 601.

Bonilini, G.: "Lo scioglimento dell'unione civile per morte, o dichiarazione di morte presunta di una delle parti", in G. Bonilini (a cura di), *Trattato*, V, *Unione civile e convivenza di fatto*, Utet, Torino, 2017, p. 403 ss.

Bonilini, G.: *Manuale del diritto di famiglia*, Utet, Padova, 2021, p. 175.

Bonilini, G.: *Manuale di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2002, p. 215.

Bugetti, M.N.: "Il cognome comune delle persone unite civilmente", *Fam. e dir.*, 2016, p. 911.

Bugetti, M.N.: "Il divorzio tra intervento giudiziale e autonomia dei coniugi", *Fam. e dir.*, 2021, p. 34 ss.

Cian, G.: "Introduzione", in L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* Tomo primo, Parte prima, Cedam, Padova, 1976, p. 77.

Cordiano, A.: "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", www.comparazionediritto *civile.it*

Dossetti, C.: *Divorzio la parola assente*, in G. Bonilini, F. Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Commentario del codice civile* (diretto da F.D. Busnelli), Giuffrè, Milano 2010, p. 39 ss.

Falzea, A.: "Note introduttive generali", in G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia* Cedam, Padova, 1992, p. 29 ss.

Ferrando, G.: "Il conflitto coniugale tra separazione e divorzio", in *Separazione e divorzio*, in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da Bigiavi*, Utet, Torino, 2003, tomo I, p. 22.

Ferrando, G.: "Il matrimonio", in *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni), Giuffrè, Milano, 2002, p. 60 ss.

Ferrando, G.: "Le relazioni familiari nella Carta dei diritti dell'Unione europea", *PD*, 2003, p. 347 ss.

Galoppini, A.: "Profilo storico del divorzio in Italia", in P. Rescigno (a cura di), *Commentario sul divorzio*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1 ss.

Gazzoni, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Keyeditore, Milano, 1983.

Giorgianni, M.: "Cinque note sul divorzio", *Pol. dir.*, 1970, p. 354.

Giorgianni, M.: *La dichiarazione di morte presunta*, Giuffrè, Milano 1943, p. 169.

Grassetti, C.: sub art. 149, in G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Cedam, Padova, 1992, p. 672 .

Messinetti, D.: "Diritti della famiglia e identità della persona", *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 137 ss.

Nuzzo, M.: "Prefazione", in M. Nuzzo (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato , Potere di autoregolamentazione e sistema delle fonti, Autonomia privata e diritto di famiglia, Attività negoziale e composizione alternativa delle liti*, Giappichelli, Torino, 2014.

Oberto, G.: "Il divorzio in Europa", *Fam. e dir.*, 2021, p. 112 ss.

Patti, S. (a cura di): *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Zanichelli, Bologna, 2020.

Poggi, M.E.: "Cause di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio", in P. Rescigno (a cura di), *Commentario sul divorzio*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 205 ss.

Quadri, E.: "Crisi della coppia: a cinquant'anni dalla legge sul divorzio", *Foro it.*, 2020, V, c. 167 ss.

Quadri, E.: "Crisi della coppia: a cinquant'anni dalla legge sul divorzio", in B. Agostinelli, V. Cuffaro (a cura di), *Relazioni, Famiglie, Società*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 27 ss.

Quadri, E.: "L'introduzione del divorzio: il dibattito, la legge e la sua conferma, i successivi interventi legislativi", *Fam. e dir.*, 2021, p. 10 ss.

Quadri, E.: voce "Divorzio nel diritto civile e internazionale", *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, Utet, Torino, 1990, p. 508 ss.

Renda, A.: *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale,* Giuffrè, Milano 2013.

Rescigno, P.: *Divorzio e diritto di famiglia*, Il Mulino, Bologna, 1970, p. 191.

Rescigno, P.: *Manuale del diritto privato*, Maremagum, Napoli, 1986, p. 402

Rimini, C.: "Commento all'art. 1, commi 22, 23, 24, 26, 27, l. 20 maggio 2016, n. 76", in S. Patti (a cura di), *Regolamentazione delle unioni tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Zanichelli, Bologna, 2020, p. 324 ss.

Rimini, C.: "Il nuovo divorzio", in A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, P. Schlesinger *commerciale* (a cura di), *Trattato di diritto, La crisi della famiglia*, II, Giuffrè, Milano, 2015, p. 14 ss.

Rodotà, S.: *Diritto d'amore*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 98 ss.

Sesta, M. (a cura di): *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017.

Sesta, M.: "Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio", *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 1183 ss.

Sesta, M.: "Mezzo secolo di riforme (1970-2020)", *Fam. e dir.*, 2021, p. 19.

Sesta, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 176.

Sesta, M.: sub artt. 30-31-37 Cost., in M. Sesta (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 113.

Tommaseo, F. "L'evoluzione giurisprudenziale e legislativa del processo di divorzio", *Fam. e dir.*, 2021, p. 72 ss.

Trabucchi, A.: sub art. 65, in G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Cedam, Padova, 1992, p. 364 ss.

RIPENSANDO L'ADOZIONE PARTICOLARE, TRA LIMITI FUNZIONALI E INTEGRAZIONE ANALOGICA

RETHINKING SPECIAL ADOPTION, BETWEEN FUNCTIONAL LIMITS AND ANALOGICAL INTEGRATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1524-1553

Ugo
SALANITRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il saggio intende rimeditare sulla disciplina dell'adozione dei minori in casi particolari, nel quadro delle convenzioni internazionali, ponendosi l'obiettivo di individuarne i limiti funzionali e verificarne la suscettività di applicazione analogica.

PALABRAS CLAVE: Adozione dei minori.

ABSTRACT: *The essay intends to rethink the discipline of adoption of minors in special cases, within the framework of international conventions, with the aim of identifying its functional boundaries and verifying its susceptibility to extension by analogy.*

KEY WORDS: *Adoption of minors.*

SUMARIO.- I. UN RICORDO.- II. I MODELLI DI ADOZIONE DEI MINORI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE.- III. L'ARTICOLAZIONE DEGLI INTERESSI E L'INDIVIDUAZIONE DELLE REGOLE.- IV. L'ADOZIONE "MITE" E LA FASE PROCESSUALE DEL BILANCIAMENTO DI INTERESSI.- V. UN ISTITUTO "PARTICOLARE" CON FUNZIONE PLURALE: OLTRE L'INTERPRETAZIONE ESTENSIVA, E' TEMPO DI ANALOGIA.- VI. PROCREAZIONE ASSISTITA ILLECITA, INTERESSE DEL MINORE E FUNZIONE DELL'ADOZIONE.- VII. I VINCOLI DELLA CONVENZIONE DI STRASBURGO.- VIII. DETERRENZA VS INTERESSE DEL MINORE: UNA PROPOSTA DI SINTESI

I. UN RICORDO.

Nel panorama dottrinale la figura di Cesare Massimo Bianca deve essere ricordata, soprattutto, per la straordinaria capacità di intuire le soluzioni giuridiche maggiormente rispondenti alle esigenze sociali, accompagnata dalla costante e appassionata ricerca di un metodo che, senza recidere il vincolo con il diritto positivo, consentisse all'interprete di evitarne le pastoie.

Nell'accostarsi ai temi del diritto di famiglia, l'impostazione del Maestro sembra in parte mutare: la fiducia nel formante giurisprudenziale, che caratterizza il richiamo alla categoria del "diritto vivente", sembra essere recessiva, e non solo perché le singole decisioni sono spesso oggetto di acute e coraggiose critiche; manifesta il diverso atteggiamento il particolare impegno per le riforme legislative, sia con la partecipazione diretta alle commissioni di studio, sia con il costante pungolo delle sue proposte e dei suoi rilievi, manifestati con garbo e fermezza nei convegni e nelle sedi istituzionali. Non credo che sia mai stata spiegata sino in fondo la ragione di questa diversa prospettiva[1]: non escludo, però, che l'empatia, che manifestava per le persone più deboli, lo spingesse a sottrarle all'incertezza degli orientamenti giurisprudenziali[2].

Uno dei settori del diritto di famiglia che più lo appassionavano era la disciplina dell'adozione, per la cui riforma ha lavorato costantemente[3]: ricordo che era questo il tema al quale voleva dedicarsi quando lo invitai al convegno catanese per

1 L'idea che la legge scritta fosse considerata dal prof. Bianca "uno dei principali fattori di sollecitazione e di influenza del costume", espressa non a caso in un saggio in tema di diritto di famiglia, si concilia solo in parte con la fedeltà al principio di effettività e non spiega del tutto l'attivismo del Maestro: ma cfr., in senso diverso, Bianca, M.: "Il diritto di famiglia e la missione del giurista. L'insegnamento di mio padre Cesare Massimo Bianca", *Familia*, 2021, p.135 ss.

2 Empatia per i più deboli che emerge chiaramente dal ricordo di Bianca ,M.: "Ricordo di mio padre Cesare Massimo Bianca", *Vita not.*, 2020, p.1101.

3 Si veda da ultimo Bianca ,C.M.: "Note per una revisione della disciplina dell'adozione", *Jus civile*, 2018, p.60 ss.

• Ugo Salanitro
Ordinario di Diritto privato, Università degli Studi di Catania. E-mail:ugo.salanitro@unict.it

l'allievo Tommaso Auletta; rammento ancora i suoi rimbrotti quando pretesi una relazione di più ampio respiro che potesse trovare collocazione nella giornata di apertura di quell'incontro. Rimbrotti giustificati, contro la mia rigidità organizzativa; rigidità che - se ha consentito l'offerta alla comunità dei giuristi di un saggio di particolare originalità sulla nozione di famiglia[4] - non mi perdono, anche perché temo che il prof. Bianca non abbia più trovato altre occasioni per manifestare in modo adeguato il suo pensiero sull'argomento.

Pensiero dal quale traspare l'insoddisfazione per l'assetto legislativo e per i tentativi di riscrittura giurisprudenziale. Riferendosi all'adozione particolare, il Maestro scriveva: "Avvalendosi di una discutibile interpretazione della norma, la giurisprudenza si è comunque mossa verso l'auspicato ampliamento dell'ambito di operatività dell'adozione, al quale dovrà adeguatamente provvedere la legge di revisione di tale istituto"[5]. E' su questo tema, e tenendo presente questo monito, che mi accingo a impegnare il lettore.

II. I MODELLI DI ADOZIONE DEI MINORI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE.

Nel contesto internazionale, la disciplina italiana dell'adozione si trova compressa tra due modelli, frutto di concezioni distinte, che hanno trovato accoglimento in seno a due diverse Convenzioni, entrambe riferibili al Consiglio d'Europa.

Il modello recepito dalla Convenzione europea per l'adozione dei minori, adottata a Strasburgo il 24 aprile 1967, si fonda sull'idea che il minore debba recidere il legame con la famiglia di origine, in modo che chi adotta possa esercitare la funzione genitoriale senza interferenze pregiudizievoli. Nella versione originaria, l'unica sottoscritta e ratificata dalla Repubblica Italiana, è possibile derogare al modello ideale della Convenzione, ogni qualvolta la legislazione interna preveda più tipologie di adozione: di tale facoltà di deroga si è avvalso il legislatore italiano, accostando all'adozione legittimante, riservata alla coppia coniugata e in cui viene meno il rapporto con la famiglia originaria, una seconda tipologia di adozione, applicabile a casi particolari e caratterizzata dalla possibilità che l'adottante sia un singolo e che si tengano fermi i rapporti con la famiglia di origine.

Il modello può essere considerato tradizionale, ma non sarebbe corretto definirlo obsoleto: perché è stato confermato nella stesura revisionata il 27 novembre 2008, alla quale l'Italia non ha mai aderito, ma che non dovrebbe essere considerata, almeno per il tempo in cui è stata approvata, di concezione datata. Va anzi osservato che nella stesura più recente non è prevista la possibilità

4 Bianca, C.M., "Famiglia è la famiglia fondata sull'affetto coniugale e sull'affetto filiale", in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, (a cura di U. Salanitro), Pacini, Pisa, 2019, p.119 ss.

5 Bianca, C.M.: *Diritto civile, 2.1 La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2017, p.504.

che i singoli Stati deroghino la Convenzione nella parte in cui preveda l'effetto legittimante dell'adozione e la cessazione dei rapporti con la famiglia di origine: per cui tale modello, lungi dall'apparire superato, si configura come l'unico modello compatibile con la versione più aggiornata della Convenzione.

Anche il secondo modello ha trovato accoglimento in una convenzione europea, la CEDU, il cui risultato normativo non è però il frutto dell'accordo tra i governi nella sede specifica di una convenzione tematica: piuttosto, è emerso nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in sede di applicazione dell'art. 8, che tutela il diritto alla vita privata e familiare. In quest'altro modello, che ha trovato la sua definizione nella sentenza *Zhou contro Italia*[6], la prospettiva è incentrata sul rapporto tra il soggetto del quale si deve valutare lo stato di adottabilità e la famiglia originaria: rapporto che deve essere conservato e valorizzato, in quanto componente essenziale del diritto alla vita privata e familiare, e che può essere reciso soltanto in circostanze eccezionali. In particolare, secondo la Corte di Strasburgo il legame tra genitori naturali e figli può essere troncato, oltre che nei casi in cui il rapporto originario fosse insussistente o estremamente debole, anche nei casi in cui i genitori fossero particolarmente indegni o comunque l'allontanamento fosse giustificato dall'interesse superiore del minore: la circostanza che il genitore non fosse effettivamente in grado di svolgere il ruolo non renderebbe necessario recidere il rapporto, ogni volta si dimostri che il comportamento del genitore non produce effetti negativi nei confronti del figlio.

La decisione della Corte europea si pone sul crinale di due diverse questioni[7]: la prima, quali siano le condizioni perché si possa dichiarare lo stato di abbandono del minore e la sua conseguente adottabilità; la seconda, quali siano gli strumenti idonei a consentire al minore di crescere nel contesto più appropriato, seppur compatibile con il mantenimento del rapporto con i genitori originari. Sulla prima questione, la Corte ha sostenuto che non si sarebbe potuto dichiarare lo stato di abbandono, a meno che le Autorità italiane non avessero preso le misure in concreto idonee a consentire al minore di vivere con il genitore, fornendo a quest'ultimo le prestazioni sociali disponibili per superare le vulnerabilità, e tali misure si fossero rivelate un insuccesso; si osserva, inoltre, che "i periti non hanno esaminato le possibilità effettive di un miglioramento delle capacità della ricorrente di prendersi cura di suo figlio, tenendo conto anche del suo stato di salute". Sulla seconda questione, i Giudici europei hanno sottolineato che "dalle perizie disposte dal TM emerge che la ricorrente non era effettivamente in grado di

6 Corte EDU, sez. II, 21.1.2014, *Zhou c. Italia*, (Ric. n. 33733/11), (s.m.), *Foro it.*, 2014, IV, p.173 ss., con nota di Casaburi, G. Per un altro commento articolato, Pasqualetto ,A.: "L'adozione mite al vaglio della Corte europea dei Diritti dell'Uomo tra precedenti giurisprudenziale e prospettive de jure condendo", *N. giur. civ. comm.*, 2015, II, p.155 ss.

7 Per una esposizione chiara delle due questioni, articolate in modo consapevole e completo, si v. Finessi ,A.: "Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e best interests of the child", *N. leggi civ. comm.*, 2020, p.1344 ss., in part. p.1349 ss. e p.1355 ss.

svolgere il suo ruolo, ma che il suo comportamento non era negativo per il figlio". Muovendo da tale osservazione, la Corte ha indicato il percorso che avrebbe dovuto seguire l'autorità giudiziaria rispetto alla scelta dello strumento giuridico idoneo a mediare tra i diversi interessi del minore, sostenendo che si sarebbe dovuto ricondurre la fattispecie *de qua* nell'ambito della disciplina dell'adozione in casi particolari: pur nella consapevolezza dell'assenza di una testuale previsione in tal senso nell'ordinamento italiano, tale inquadramento sarebbe stato legittimato da un orientamento, ancorché minoritario, della giurisprudenza di merito.

III. L'ARTICOLAZIONE DEGLI INTERESSI E L'INDIVIDUAZIONE DELLE REGOLE.

Il conflitto tra i due modelli potrebbe essere risolto argomentando la prevalenza dell'uno sull'altro, in base a una valutazione formale o di effettività.

Muovendo da una impostazione formale, andrebbe sostenuta la prevalenza della Convenzione europea sull'adozione dei minori, in quanto norma speciale, direttamente imputabile alla volontà concorde degli Stati membri, non suscettibile di interpretazione evolutiva anche alla luce delle regole emergenti dalla revisione del 2008. Fondando la soluzione sul principio di effettività, tuttavia, si sancirebbe la prevalenza della regola posta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dotata di un efficiente apparato rimediale che trova il suo punto di caduta nelle sentenze della Corte di Strasburgo che condannano gli Stati al risarcimento del danno. A fronte di siffatto apparato rimediale, la Convenzione del 1967 si rivela marginale, non essendoci soggetti contraenti interessati a farla valere direttamente secondo le regole del diritto internazionale pubblico: tanto marginale che, stando al dato tecnico, si potrebbe addirittura sollevare il dubbio che la riserva - che consente all'ordinamento italiano di derogare la disciplina dell'adozione legittimante e considerare compatibile con la Convenzione l'adozione in casi particolari – non sia più vigente dal 25 agosto 1991, ove si dia rilevanza al limite quinquennale che è stato testualmente posto nelle missiva del Rappresentante permanente del Governo italiano del 31 luglio 1986[8].

8 Dubbio che, pur trovando conferma nel sito ufficiale del Consiglio d'Europa (che non menzione la riserva come attualmente efficace), andrebbe superato, rilevando che le facoltà ex art. 24 della Convenzione non sono soggette al limite quinquennale posto dall'art. 25 della stessa Convenzione e che pertanto la formulazione della missiva, per quella parte, andrebbe considerata il frutto di un mera svista. Non intendo approfondire la questione, riservata ai cultori del diritto internazionale, limitandomi qui a segnalare che, ove quel dubbio fosse invece ritenuto fondato, rientrando nella discrezionalità degli Stati porre limiti temporali anche alle riserve ex art. 24 della Convenzione, ne discenderebbe il contrasto di tutta la disciplina dell'adozione in casi particolari con la Convenzione e di riflesso con l'art. 117 della Costituzione: conseguenza che, per la sua portata oltremodo eversiva almeno sotto il profilo formale delle fonti, richiederebbe ogni iniziativa utile a ripristinare, ove possibile, la facoltà a sua tempo espressa.

Mi sembra, tuttavia, che vi siano gli spazi per una lettura che consenta di restituire coerenza all'ordinamento internazionale, conciliando le divergenti impostazioni secondo la logica del *distinguishing*.

Nell'argomentazione della Corte europea, si osserva che la difficoltà del genitore naturale di provvedere alle esigenze del minore, in quella vicenda, non fossero dovute soltanto a questioni economiche, ma anche alle condizioni di salute, conseguenti ad una ischemia occorsa durante la gravidanza, che non avrebbero consentito uno svolgimento adeguato della funzione genitoriale. Muovendo da tale premessa, la Corte sembra tracciare due percorsi alternativi per sostenere l'illiceità del comportamento dell'autorità nazionale: per un verso, afferma che non si fosse valutata la possibilità di un miglioramento delle capacità genitoriali, il quale avrebbe eliminato la causa di forza maggiore che aveva privato il minore dell'assistenza morale e materiale[9]; per altro verso, riprendendo i risultati della perizia, rilevava che il genitore, ancorché incapace di provvedere ai propri doveri, non teneva un comportamento che potesse essere giudicato negativo per il figlio.

Nell'ottica della Corte europea, l'uno o l'altro percorso non potevano che portare alla condanna dell'Italia, per cui non è stato reputato necessario un approfondimento. Nella prospettiva dell'interprete del diritto interno, invece, la sovrapposizione deve essere sciolta: nel caso in cui la carenza di assistenza morale e materiale fosse reversibile in un tempo ragionevole, non può essere dichiarato lo stato di abbandono e l'istituto da applicare sarebbe l'affidamento temporaneo; ove non fossero prospettabili miglioramenti, invece, si sarebbe dovuto valorizzare l'insussistenza di conseguenze negative nella permanenza di rapporti tra il genitore naturale e il minore per pervenire a soluzioni che consentano di conciliare vecchie e nuove relazioni.

Eliminata questa prima sovrapposizione, ne emerge però una seconda. Si potrebbe ritenere infatti coerente con la giurisprudenza europea che la dichiarazione di adottabilità e l'accertamento dello stato di abbandono siano da considerare *extrema ratio* non solo quando si intenda consentire il pieno recupero del rapporto, ma anche quando si voglia mantenere un qualsiasi legame con la famiglia di origine: è questa l'ottica in cui si pone la nostra giurisprudenza di legittimità, secondo la quale ogni qualvolta il minore sia in una condizione di semiabbandono, ancorché non recuperabile, non si dovrebbe dichiarare l'adottabilità. Secondo la Corte di Cassazione, infatti, "con la dichiarazione di adottabilità, in quanto finalizzata all'adozione legittimante (ancorché possa verificarsi in alcune ipotesi l'assenza di

9 Questo argomento è poi ripreso in altre decisioni della Corte di Strasburgo: Corte EDU, IV sez., 16.7.2015, *Akinnibosun c. Italia* (Ric. n. 9056/14); Corte EDU, IV sez., 13.10.2015, *S.H. c. Italia* (Ric. n. 52557/14). Decisioni che, invece, non hanno rilevanza, almeno a mio avviso, sul diverso profilo dell'applicabilità dell'adozione mite: nello stesso senso, nell'ambito di una completa analisi sullo stato di abbandono, Renna, M.: "Forme dell'abbandono, adozione e tutela del minore", *N. giur. civ. comm.*, 2019, II, p.1361 ss., p.1370 ss.

tale esito finale) si determina la cessazione dei rapporti con i genitori biologici, non essendo compatibile con la finalità ultima dell'istituto la perpetuazione di una relazione che è destinata a recidersi definitivamente con l'assunzione di un diverso status filiale mediante l'adozione"[10].

Questa seconda sovrapposizione, tuttavia, sembra essere il portato di una lettura della disciplina dell'adozione che potrebbe essere contestato da due diverse prospettive: in primo luogo, perché nega in assoluto che l'istituto dell'adozione piena possa consentire un qualche rapporto con la famiglia di origine; in secondo luogo, perché non sembra ammettere che si possa conciliare la dichiarazione di adottabilità del minore in stato di abbandono con il ricorso a istituti diversi dall'adozione piena, quale l'affidamento o l'adozione in casi particolari[11].

L'assunto della Cassazione secondo la quale l'adozione piena non permetterebbe il mantenimento del legame con la famiglia di origine – salvo gli impedimenti matrimoniali e il diritto di conoscere le proprie origini - potrebbe essere messo in discussione se si valorizzasse la regola posta a favore degli affidatari dall'art. 5 ter della l. 184\1983, introdotto con la riforma della l. n. 173\2015, la quale garantisce "la continuità delle positive relazioni socio affettive": tale regola, se posta testualmente a garanzia del rapporto con gli affidatari in caso di adozione a terzi o di ritorno alla famiglia di origine, non può che essere *a fortiori* riconosciuta ai familiari naturali, già *de iure condito*, nel caso in cui il rapporto con il minore fosse giudicato positivo o comunque non negativo per la sua crescita.

Se si accogliesse questa prospettiva, si potrebbe fare ricorso alla disciplina dell'adozione piena anche in caso di situazione di semiabbandono, adottando lo strumento tipicamente dedicato al minore carente del rapporto genitoriale: il minore, in tal modo, sarebbe accolto definitivamente nella famiglia adottiva, con la quale può instaurare pieni rapporti parentali, ma manterrebbe il diritto alle "relazioni socio affettive" con la famiglia di origine, con la quale perderebbe soltanto i vincoli giuridici di tipo patrimoniale e non patrimoniale. La soluzione sembra quella maggiormente conforme alla Convenzione europea del 1967: essendo la norma sulla tutela della relazione affettiva disposta con la novella del 2015 e solo per gli affidatari, non sorprende che la Corte di Strasburgo abbia

10 In tal senso, espressamente, Cass., sez. I, 13.2.2020, n. 3643, (est. Acierno), *Fam. e dir.*, 2020, p.1063 s., con nota di Thiene, A., e *N. giur. civ. comm.*, 2020, I, p.837 ss., con commento di Morozzo della Rocca, P.; Cass., sez. I, 25.1.2021, n. 1476, (est. Valitutti), *Fam. e dir.*, 2021, p.586 ss., con nota di Zanovello, F.

11 Criticità già rilevata da Morozzo della Rocca, P.: "Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali", *N. giur. civ. comm.*, 2020, I, p.830 ss.

ignorato questo possibilità nel 2014[12], mentre non è chiaro perché non sia stata valorizzata successivamente né in dottrina, né in giurisprudenza[13].

Il ricorso all'adozione piena, tuttavia, non sarebbe congruo ogni qualvolta possa risultare nell'interesse del minore mantenere rapporti giuridici più forti con la famiglia di origine: in tal caso, si configurano maggiormente idonei altri istituti quali l'affidamento o l'adozione in casi particolari, ai quali si potrebbe fare ricorso sia prima della dichiarazione di adottabilità, sia dopo. Va superata quindi la diversa opinione della giurisprudenza di legittimità, secondo la quale la dichiarazione di adottabilità "è finalizzata in via pressoché esclusiva a creare le condizioni per la successiva pronuncia di adozione piena o legittimante"[14]: nulla esclude infatti che previamente, contestualmente o successivamente alla dichiarazione di adottabilità (comunque prima dell'affidamento preadottivo), l'autorità giudiziaria possa ritenere utile, valutando l'interesse superiore del minore, che prosegua l'affidamento temporaneo o che si disponga l'adozione in casi particolari[15]. Anzi in tal senso depone una tesi autorevole, anche se ormai risalente, secondo la quale "la dichiarazione di adottabilità e così pure la situazione di abbandono che di questa dichiarazione è il presupposto, non costituiscono né condizioni necessarie, né impedimenti per la pronunzia di adozione in casi particolari"[16].

In questa prospettiva si sarebbe potuto considerare possibile il ricorso all'affidamento temporaneo, pur essendo tale istituto legato al tempo di recupero della famiglia originaria, per cui si richiederebbe una prognosi di reversibilità

12 Si tenga tuttavia conto che in una più recente decisione, Corte EDU, 12.2.2019, *Minervino e Trausi c. Italia*, (R. 63289/17), la Corte di Strasburgo ha respinto il ricorso dei genitori, che lamentavano l'applicazione della misura dell'adozione piena (pretendendo piuttosto l'applicazione della disciplina dell'adozione mite), sostenendo "che tale decisione si fondasse su motivi pertinenti e sufficienti, vale a dire le condizioni di degrado dell'ambiente familiare e sociale, l'incapacità affettiva, educativa e pedagogica dei genitori, e lo stato di salute del bambino più piccolo. Le relazioni dei servizi sociali avevano evidenziato che i bambini soffrivano di privazioni materiali, psicologiche e affettive e che il loro sviluppo era minacciato dal fatto che vivevano in un ambiente inadeguato a causa dell'incapacità dei genitori di assicurare loro le cure", rilevando che la misura è stata decisa dopo un lungo percorso orientato al riavvicinamento "a causa della mancanza di un miglioramento delle capacità genitoriali e delle condizioni di vita dei ricorrenti, nonostante l'aiuto fornito, nonché dell'insufficiente evoluzione delle relazioni tra i ricorrenti e i loro figli". Nel ragionamento della Corte, il ricorso è respinto osservando che "le autorità hanno dovuto affrontare, nelle condizioni sopra descritte, il difficile e delicato compito di mantenere un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco in una causa complessa", senza insistere in alcun modo sull'idea che l'adozione piena dovesse essere considerata *extrema ratio* tra gli istituti di protezione del minore.

13 Anche se va segnalato un orientamento giurisprudenziale che, nella dichiarazione di adozione piena, salva le relazioni socio affettive con la famiglia originaria: il riferimento è alla c.d. "adozione aperta", sulla quale v. Pasqualetto, "L'adozione mite" cit., p.160 s.; Morozzo della Rocca, P.:"Abbandono e", cit., p.833 s.; Quadri, E.:"Una riflessione sull'interesse del minore e la dimensione familiare della sua tutela", *N. giur. civ. comm.*, 2020, p.1330 ss.
Si avverte che, con il termine adozione "aperta", parte della dottrina intende invece l'adozione in casi particolari: cfr. Rizzuti ,M.: *Adozione aperta e rapporti successori*, ESI, Napoli, 2021, p.67 ss.

14 Ancora Cass. 13.2.2020, n. 3643, cit., p.1066.

15 In questa prospettiva si coglie il pensiero di Morozzo della Rocca, P.:"Abbandono e ", cit.,p. 832 s.

16 Cattaneo ,G.: "Appunti sulla nuova disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", *Quadrimestre*, 1984, p. 51

potenziale della crisi del rapporto genitoriale e\o parentale[17]: si prevede infatti un termine di due anni, il quale può essere però prorogato senza limiti fino alla maggiore età[18]. Si tratta di uno strumento di grande flessibilità, particolarmente idoneo a tutelare l'interesse del minore, anche perché consente il ritorno alla famiglia di origine, sino a che non venga disposto l'affidamento preadottivo ovvero la trasformazione del rapporto in adozione; al contempo, essendo per definizione temporaneo, assicura una piena tutela degli interessi di tutti i soggetti coinvolti e un controllo periodico sulla condizione del minore e della famiglia di origine, non ponendo alcun ostacolo al mutamento della famiglia alla quale il minore è affidato.

Si può reputare che la Corte di Strasburgo abbia voluto evitare di forzare la natura di un istituto, l'affidamento temporaneo, che non è destinato a strutturare un rapporto genitoriale stabile e che abbia preferito assecondare l'estensione di un altro istituto, l'adozione in casi particolari, maggiormente vocato al consolidamento del rapporto[19]. Prospettiva che appare essere in linea anche con la Convenzione del 1967, che affida soltanto alle diverse forme di adozione, legittimanti e non legittimanti, la cura del minore, senza evocare l'affidamento. L'adozione in casi particolari, disciplinata dagli art. 44 ss., l. 184/1983[20], si differenzia dall'adozione piena, perché non inserisce il minore nella famiglia della coppia adottante, la quale non succede *mortis causa*, e non recide il rapporto con la famiglia di sangue. La figura c.d. speciale copre uno spettro di interessi del minore che non si sovrappone neanche a quello valorizzabile attraverso l'affidamento temporaneo: il minore acquista anche il cognome dell'adottante e ne può diventare successore *mortis causa*, costituendo un rapporto stabile che può essere revocato soltanto per ragioni particolarmente gravi.

17 Cfr., sul punto, Finessi,A.: "Adozione legittimante" cit., p.1358 ss.

18 Nel senso che l'affidamento possa eventualmente continuare sino alla maggiore età è la "Dichiarazione sui principi sociali e legali riguardo alla protezione e sicurezza sociale dei bambini, con particolare riferimento all'affidamento familiare e all'adozione nazionale e internazionale", approvata dall'assemblea plenaria delle Nazioni Unite nel 1986: cfr. Dogliotti, M.: "Adozione e affidamento", in *Tratt. Bessone*, vol. IV, *Il diritto di famiglia*, tomo IV, *Filiazione, adozione, alimenti*, (a cura di T.Auletta), Torino, Giappichelli, 2011, p.408 s.

19 Cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile,* cit., p.502: "l'adozione particolare è una soluzione di grado inferiore rispetto a quella astrattamente ottimale offerta dall'adozione piena (status di figlio a tutti gli effetti), che può essere in concreto preferibile nell'interesse del minore se gli consente, perduti i genitori, di restare nell'ambito parentale o di privilegiare un solido rapporto di affetto maturato da tempo al di fuori della cerchia familiare o se gli consente di evitare l'alternativa dell'affidamento presso istituti quando l'adozione piena risulti di fatto non realizzabile (perché ad es.il minore ha già superato una certa età o è affetto da grave diversa abilità). Preferibile ancora è l'adozione particolare come soluzione che consente la di formalizzazione del rapporto di convivenza e di assistenza che il minore instaura con il coniuge del genitore".

20 Per una introduzione generale al tema dell'adozione in casi particolari si vedano almeno: Ciraolo, C.: "Dell'adozione in casi particolari", in *Comm. Gabrielli, Della Famiglia*, (a cura di G. Di Rosa), UTET, Torino, 2018, III,p.913 ss.; Bianca,C.M.: *Diritto civile,* cit., p.500 ss.; Giusti, A.: "L'adozione dei minori di età in casi particolari", in *Tratt. Bonilini*, vol. IV, UTET, Torino, 2016, p.3495 ss.

IV. L'ADOZIONE "MITE" E LA FASE PROCESSUALE DEL BILANCIAMENTO DI INTERESSI.

Emerge dall'analisi la varietà di interessi che sono sottesi a ciascuno degli istituti designati alla tutela del minore, per cui il richiamo all'adozione in casi particolari non deve essere considerato eversivo, essendo volto a valorizzare una disciplina idonea a svolgere una funzione specifica che non sarebbe adeguatamente svolta né dall'adozione piena, né dall'affidamento temporaneo[21]. L'articolazione delle regole, corrispondenti al diverso atteggiarsi del preminente interesse del minore, dovrebbe sollecitare la dottrina e la giurisprudenza a promuovere il ricorso a ciascuno degli istituti coinvolti, da accogliere e utilizzare in modo conforme all'assetto di interessi concretamente rilevante.

Nella nostra dottrina e giurisprudenza, invece, si tende a polarizzare il dibattito, assumendo che, tra le discipline astrattamente utilizzabili, ve ne siano alcune che non sarebbero idonee a venire incontro alle esigenze del minore in stato di abbandono di mantenere rapporti con la famiglia di origine: sostenendo in maniera poco persuasiva che rispetto a tali esigenze vi sarebbe una sola disciplina utilizzabile, sollevando ostacoli all'applicazione delle altre[22]. Come già rilevato, si nega solitamente che la disciplina dell'adozione piena possa consentire il mantenimento di un qualche tipo di rapporto, neanche sul piano della garanzia delle relazioni sociali affettive. Coloro che sostengono il ricorso all'adozione in casi particolari, invece, negano spazio all'affidamento, argomentando dalla natura temporanea dell'istituto; gli altri che, nella prospettiva speculare, sostengono il ricorso all'affidamento sino alla maggiore età, rifiutano l'estensione dell'adozione in casi particolari, di cui viene predicata la natura tassativa[23].

Quest'ultima prospettiva appare oggi recessiva, dopo che l'istituto dell'adozione mite è stato accolto anche dai giudici di legittimità[24], qualche anno dopo la Corte di Strasburgo.

Chi si è opposto alla lettura oggi dominante, ha sottolineato la minore garanzia processuale alla quale avrebbero diritto i genitori naturali, rispetto all'adozione piena: nell'adozione in casi particolari, infatti, il genitore naturale che non esercita la potestà non può opporsi, non avendo a disposizione lo strumento dell'assenso, e

21 Cfr.Lenti, L.: "L'adozione", in Tratt. Zatti, vol II, *Il nuovo diritto della filiazione*,(a cura di L. Lenti, M. Mantovani),Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p.381 ss.

22 L'ottica di segno diverso, che mi pare da condividere, si trova in Morozzo della Rocca,P.: "Abbandono e ", cit. ,p.832 s.

23 Ad esempio, si cfr.: Gennaro ,L.: "Ancora sull'adozione c.d. mite", *Dir. famiglia*, 2010, p.499 ss.

24 In tal senso: Cass. 16.4.2018, n. 9373, (est. Di Marzio) in *Foro it*., 2018, I, 1536 ss., con nota di Casaburi ,G.; Cass. 13.2.2020, n. 3643, *cit*., 1066; Cass., sez. I, 25.1.2021, n. 1476, cit., p.586 ss.

non può impugnare il provvedimento che dichiara l'adozione in casi particolari[25]. Ma questa posizione può essere superata qualora si ritenga che il ricorso all'adozione mite (si badi, non a qualsiasi fattispecie di adozione in casi particolari) presupponga la dichiarazione di adottabilità: siffatta procedura, infatti, garantirebbe pienamente la famiglia di origine, dovendo i genitori naturali partecipare al giudizio e avendo potere di impugnazione, ed è in questa sede che il giudice potrebbe valutare se l'adottabilità debba essere piena ovvero con gli effetti limitati di cui all'art. 44 ss.

Non è questa, tuttavia, l'opinione prevalente[26], accolta dalla più recente giurisprudenza di legittimità, la quale ritiene che, ove vi siano ragioni per tenere fermi i legami con la famiglia di origine (c.d. semiabbandono), non si debba pronunziare la dichiarazione di adottabilità, né valutare se ricorrano gli estremi per l'adozione in casi particolari. E' vero che la Cassazione ha ritenuto che si debba collocare all'interno della procedura di adottabilità la valutazione "se l'interesse a non recidere il legame con [la famiglia di origine] dovesse prevalere o recedere rispetto al quadro deficitario delle capacità genitoriali". Tuttavia "ove la conservazione del legame, all'esito di un'attenta valutazione, fosse ritenuta indispensabile", l'esito del giudizio sarebbe il rigetto della dichiarazione di adottabilità e non la statuizione della ricorrenza di una condizione di adottabilità ai sensi dell'art. 44: sostiene la Corte, infatti, che "la verifica in concreto dei margini di conformazione della situazione del minore ai modelli di filiazione adottiva contenuti nella L. n. 184 del 1983, artt. 44 ss., potrà attivarsi soltanto dopo l'eventuale accertamento negativo della condizione di abbandono"[27].

Tale giurisprudenza non assicura un'adeguata tutela processuale della famiglia di origine neanche ove fosse intesa nel senso che sia volta ad evitare che il giudice di merito possa scegliere, dopo la dichiarazione di adottabilità, tra adozione piena e adozione in casi particolari, nell'ambito di procedure in cui non risultano legittimati a partecipare i genitori naturali: perché dal punto di vista processuale questa giurisprudenza di legittimità consente al giudice di merito di disporre direttamente

25 In tal senso si v.: Dogliotti ,M.: "Adozione legittimante e adozione mite, affidamento familiare e novità processuali", *Dir. famiglia*, 2010, p.1482; Morozzo della Rocca, P.: "Abbandono e ", cit., p.831 s.

26 Sin dalle prime pronunzie del Tribunale dei minori di Bari che ha accolto il concetto di semiabbandono in contrasto con quello di abbandono e che ha negato la necessità della dichiarazione di adottabilità: così Trib. Minori Bari, 7.5.2008, *Fam. e dir.*, 2009, p.393 ss., con nota di Caffarena ,S., Sulla giurisprudenza barese, si v. Montecchiari ,T.: "Adozione mite: una forma diversa di adozione od un affido senza termine?", *Dir. famiglia*, 2013, p.1581 ss.
Nella giurisprudenza di merito degli altri distretti, invece, la questione è stata controversa come risulta indirettamente dall'ordinanza di Cass., sez. I, 25.1.2021, n. 1476, *cit.*, la quale con riferimento alla decisione della Corte di appello di Ancona, n. 205 del 12.2.2019, oggetto di impugnazione, dopo avere premesso che "è proprio a situazioni di tal fatta che è finalizzata la c.d. adozione mite (…) la cui scelta del tutto erroneamente la Corte di appello ha demandato alla fase della pronuncia di adozione che per converso essendo stata confermata la dichiarazione di adottabilità della minore ex art. 8 della l. 184\1983 non avrebbe potuto essere se non quella della adozione legittimante".
In dottrina, la soluzione accolta dalla Cassazione non è messa in dubbio tra chi condivide la tesi dell'adozione mite: così, tra le analisi più consapevoli, Finessi,A.: "Adozione legittimante", cit. p.1363.; il dubbio invece è coltivato da Morozzo della Rocca,P.: "Abbandono e", cit., p.831 ss.

27 Ancora, Cass. 13.2.2020, n. 3643, cit., p.1066.

l'adozione in casi particolari senza bisogno di avviare la procedura di adottabilità e senza alcuna garanzia per la famiglia di origine.

Se si prendesse sul serio l'argomento dell'interpretazione estensiva dell'art. 44, lett. *d*), in relazione al caso della condizione di semiabbandono, sarebbe stato coerente, non solo sul piano testuale, dichiarare la sussistenza dello stato di abbandono e l'adottabilità, traendo "l'impossibilità (di diritto) di affidamento preadottivo" dall'accertamento dell'interesse del minore a mantenere i rapporti con la famiglia di origine in forme più rilevanti di quelle consentite con l'adozione piena[28]. Ma tale prospettiva è stata rigettata in passato, seppure in una diversa vicenda in cui, per la peculiarità della fattispecie, sarebbe stato intrinsecamente contraddittorio dichiarare lo stato di abbandono quale presupposto dell'adozione in casi particolari: l'argomento testuale non è stato considerato rilevante, nel solco della argomentazione della sentenza della Corte costituzionale n. 383\1999 - la quale piuttosto ha speculato sull'*incipit* dell'art. 44, che consente l'adozione in casi particolari dei minori "anche quando non ricorrono le condizioni di cui al primo comma dell'art. 7" [29] – e di altri precedenti della Cassazione[30].

Non è necessario ricordare che l'argomento della Corte costituzionale, ripreso dalle sentenze della Cassazione, per cui non occorreva la dichiarazione di adottabilità per dichiarare l'adozione in casi particolari, valeva senza dubbio nel caso sottoposto a quei giudizi (vedi *infra* nel paragrafo successivo) e non è detto che dovesse essere vincolante per la soluzione del nostro problema. Né sembra rilevante l'altro argomento testuale, di cui al primo comma dell'art. 11 l. 183/1984, secondo il quale "il tribunale per i minori provvede a dichiarare lo stato di adottabilità, salvo che esistano istanze di adozione ai sensi dell'art. 44", dal quale sembra emergere una contrapposizione tra adozione in casi particolari e dichiarazione di adottabilità, in quanto strettamente collegato al caso in cui fosse accertato il decesso dei genitori, oltre la mancanza di rapporti significativi con i parenti entro il quarto grado: per cui si manifesta il dubbio che la disposizione risponda a circostanze peculiari – che consentono di tutelare l'interesse del

28 Osserva che nella fattispecie presa in esame dalla lettera *d*) il richiamo al tentativo negativo dell'affidamento preadottivo, "ovviamente presupponeva un accertamento positivo dello stato di abbandono e la pronunzia della dichiarazione di adottabilità", Finessi,A.: "Adozione legittimante", cit., p.1365. In modo lapidario, Bianca ,C.M.: *Diritto civile,* cit., p.501, nota 201: "Nel quarto caso il minore deve essere dichiarato in stato di adottabilità".

29 Corte Cost., 7.10.1999, n. 383, *Dir. famiglia*, 2000, p.529 ss., sulla cui posizione si appiattisce l'analisi, per il resto convincente, di Finessi,A.: "Adozione legittimante", *cit.*, p.1366. Osserva al riguardo Bianca ,C.M.:*Diritto civile,* ,cit., p.504: "Questa configurazione urta contro il testo della norma, che fa riferimento alla 'constatata' impossibilità di affidamento preadottivo, cioè all'accertata impossibilità di fatto del minore dichiarato in stato di adottabilità di essere accolto da una famiglia in adozione".

30 Il precedente più importante è Cass., sez. I, 22.6.2016, n. 12962 (est. Acierno), *Corr. giur.*, 2016, p.1203 ss., con note di Morozzo della Rocca, P. e di Attademo ,L. che richiama l'autorità della Corte costituzionale. Nella prospettiva di segno opposto, volta a negare rilevanza all'interpretazione estensiva della lettera d), aveva sottolineato che "l'ipotesi dell'adozione per impossibilità di affidamento preadottivo rappresenta una ipotesi subordinata al mancato esito dell'adozione legittimante", presupponendo l'avvenuta dichiarazione di adottabilità, Cass. 27.9.2013, n. 22292.

minore mediante il ricorso diretto all'adozione in casi particolari, ove siano già state presentate istanze in tal senso, piuttosto che con il completamento della procedura di dichiarazione di adottabilità – e dimostri piuttosto la valenza di un principio di segno opposto.

Gli argomenti testuali nell'uno o nell'altro senso non sono in ogni caso risolutivi, perché in realtà l'estensione della lettera *d*) quale "valvola" residuale è uno stratagemma dell'interprete che non intende ammettere – pur essendo allo stato assolutamente evidente – la sussistenza di una pluralità di lacune tra loro assolutamente divergenti e la necessità di superare l'idea della tassatività dell'art. 44, facendo ricorso all'analogia per sopperire ai limiti delle singole fattispecie testualmente previste[31]. L'individuazione di una nuova ipotesi di adozione in casi particolari, nella misura in cui sottende una vera e propria forma di integrazione del diritto scritto, a fronte della lacuna emersa nella tutela dell'interesse del minore, è stata legittimata dall'autorevolezza delle sentenza europea, la cui posizione assume valore di formante nell'ordinamento interno nella misura in cui impegna l'interprete ad una lettura del dato legislativo conforme al disposto di fonte internazionale, ai sensi dell'art. 117 Cost., al fine di evitare il rischio di incorrere in un'interpretazione in contrasto con il dettato costituzionale.

V. UN ISTITUTO "PARTICOLARE" CON FUNZIONE PLURALE: OLTRE L'INTERPRETAZIONE ESTENSIVA, E' TEMPO DI ANALOGIA.

L'interpretazione a sostegno dell'estensione della disciplina dell'art. 44 ss., ha avuto successo[32] – e al contempo è stata fortemente osteggiata[33] – perché non ha avuto quale obiettivo soltanto l'individuazione di una forma di adozione "mite", che non faccia venire meno tutti i rapporti con la famiglia di origine: dottrina e giurisprudenza, come è noto, hanno utilizzato l'istituto per tutelare altre situazioni particolarmente delicate, le quali si caratterizzano perché, a differenza della

31 L'idea dell'integrazione in via analogica dell'adozione in casi particolari è sottesa alla prospettiva di Ciraolo ,C.: "Certezza e stabilità delle relazioni familiari del minore. La stepchild adoption", *Corr. giur.*, 2017, p.809 ss., la quale mi sembra però che si muova pur sempre all'interno della visione di omogeneità dei conflitti regolati dai diversi casi dell'art. 44.

32 Tra gli altri, si v.: Ferrando, G.: "L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza", *DSF*, 2017, p.79 ss.; Stefanelli, S.: "Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale", *Fam. e dir.*, 2017, p.83 ss.; Pane R.: "Unioni same sex e adozione in casi particolari", *DSF*, 2017, p.479 ss.; Montecchiari, T.:"Adozione in casi particolari: la svolta decisiva della Suprema Corte di Cassazione per single e coppie di fatto", *Dir. famiglia*, 2019, p.1722 ss.; Lenti, L.:"L'adozione", cit., p.386 ss.; Rizzuti, *Adozione aperta,* cit., p.50 ss.

33 Si veda, tra gli altri, Morace Pinelli, A.: "Per una riforma dell'adozione", *Fam. e dir.*, 2016, p.719 ss., p.723 s.; Bilotti E.: "Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni", *Dir. famiglia*, 2017, p.873 ss.
Per una illustrazione della resistenza della giurisprudenza di merito meneghina, su entrambe le fattispecie, Ferrando ,G.: "A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare", *N. giur. civ. comm.*, 2017, I, p.171 ss. e Bilotti, E.: "L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito", *Fam. e dir.*, 2017, p.1003 ss.

fattispecie in esame, non è detto che vi sia, o va addirittura esclusa, una condizione di abbandono.

Il caso emblematico - di cui abbiamo ricordato che è arrivato sino alla Corte costituzionale - riguardava una fattispecie in cui i minori non erano orfani, ma erano stati affidati a parenti a seguito della decadenza della potestà dei genitori naturali ovvero con il consenso degli stessi: in tal caso, sussistevano ragioni analoghe a quelle che si potevano portare a supporto dell'adozione ex art. 44, lett. *a*), ma la Corte costituzionale, piuttosto che dichiarare l'incostituzionalità o estendere analogicamente la disposizione specifica, ha preferito aderire all'interpretazione estensiva dell'art. 44 lett. *d*) (allora lett. *c*), salvo poi rifiutare l'argomento testuale che pretendeva che l'adozione fosse subordinata alla dichiarazione di adottabilità[34]. In questo caso, il problema non era tanto quello di mantenere i rapporti con la famiglia di origine, quanto piuttosto di consentire il rafforzamento del rapporto con i parenti che avevano già l'affidamento: la cui presenza, ove fossero stati entro il quarto grado, avrebbe comunque impedito l'accertamento dello stato di abbandono e la dichiarazione di adottabilità[35]. Con ciò non si intende dire che la fattispecie di cui alla lett. a) sia sempre caratterizzata dalla insussistenza dello stato di abbandono - perché lo stato di abbandono potrebbe emergere, ad esempio, nel caso in cui il minore abbia un preesistente rapporto stabile e duraturo con estranei o con parenti oltre il quarto grado, ovvero vi siano parenti entro il sesto grado disponibili a chiedere l'adozione – ma che tale insussistenza fosse strutturale al caso trattato dalla Corte costituzionale.

Diverso genere di problema si pone quella dottrina e giurisprudenza che ha utilizzato la disposizione speciale per consentire l'adozione del figlio del *partner* anche al di fuori del caso della coppia coniugata: in questa situazione non può ricorrere uno stato di abbandono, essendo presente quantomeno uno dei genitori. Il problema che si intende risolvere non è tanto quello di mantenere il rapporto con la famiglia di origine dell'adottato, quanto piuttosto di trovare una forma di tutela adatta al rapporto sociale costituito tra il minore e il *partner* del genitore convivente, sia di sesso diverso, sia dello stesso sesso: forma di tutela pretesa dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per i rapporti di genitorialità sociale di una certa importanza. Il ricorso a questa disciplina avrebbe la medesima funzione dell'adozione del figlio del coniuge ex art. 44, lett. *b*), di cui andrebbe predicata l'estensione analogica[36] o se si preferisce l'interpretazione costituzionalmente

34 Corte Cost. 7.10.1999, n. 383, cit.

35 Bianca ,C.M.: *Diritto civile,*cit., p.500 s.

36 In questi termini, discorre di "analogia mistificata" e di "analogia mascherata" Lenti, L.: "L'adozione", cit., p.402 ss., p.406 s.; ritiene che si debba predicare l'analogia, seppure in una prospettiva non coincidente, in quanto limitata all'unione civile in caso di morte del genitore Barba ,V.:"Unione civile e adozione", *Fam e dir.*, 2017, p.381 ss., p.389 s.

orientata[37], per dare rilevanza giuridica al rapporto sociale che si costituisce generalmente con il figlio che il *partner* ha avuto da una precedente relazione[38].

Questione ancora diversa, ma che viene erroneamente assimilata alla precedente[39], è quella di utilizzare l'adozione per consentire la costituzione di un rapporto al genitore intenzionale che non sia legato da un rapporto genetico con il nato da procreazione assistita illecita, quali la procreazione da coppia dello stesso sesso[40] o da maternità surrogata[41]. In tal caso, in genere, non si pone né il problema di accertare una situazione di abbandono, né il problema di garantire i rapporti con la famiglia di origine: l'estensione della disciplina dell'adozione in casi particolari ha una funzione assolutamente diversa, ossia quella di dare rilevanza giuridica al rapporto con chi ha voluto e pianificato la procreazione, condividendo un progetto di genitorialità, attraverso una tecnica succedanea che consenta di tutelare l'interesse del minore, in un ordinamento che, avendo imposto il divieto, nega, per ragioni di deterrenza o di coerenza, la costituzione del rapporto filiale basato sul comportamento vietato.

Si tratta di vicende in cui, non ricorrendo lo stato di abbandono, non ha senso porsi il problema della dichiarazione di adottabilità: né la mancata applicazione di tale procedura può porre in pericolo i diritti di terzi, non essendo rilevante, o comunque suscettibile di pregiudizio, l'interesse della famiglia di origine. La vicenda del c.d. semiabbandono, invece, è completamente diversa, in quanto, a differenza delle altre, che andrebbero ricondotte ai modelli delle lettere *a)* e *b)* dell'art. 44, per essa si può porre il problema di verificare, attraverso la procedura di adottabilità, se la condizione del minore debba rientrare nella situazione di abbandono: trattandosi di fattispecie di segno diverso - invero l'unica inquadrabile quale estensione analogica della lettera d) - non si deve temere l'applicazione di una distinta disciplina[42].

37 Hanno sostenuto, tra gli altri, che si sarebbe dovuto sollevare la questione di costituzionalità per la mancata estensione della lettera b) al rapporto tra il minore e il convivente del genitore Cipriani, N.: "Coppie omosessuali, affidamenti e adozioni di minori", *DSF*, 2015, 25 ss., p.50 s.; Morozzo della Rocca ,P.: "Le adozioni in casi particolari e il caso della stepchild adoption", *Corr. giur.*, 2016, p.1217 ss., p.1219 s.

38 Sulla ratio della disposizione della lett. b) e della sua estensione fondata sulla lett. d), interessanti spunti si trovano in Favilli, C.: "Libertà e solidarietà nelle vicende della ricostituzione familiare", *N. leggi civ. comm.*, 2017, p.1295 ss., che mette in luce la problematicità della coerenza di tale disciplina con i principi di affidamento condiviso attualmente prevalenti.

39 Sul tema della tutela del rapporto con il genitore sociale – e per la distinzione tra terzo genitore (riferito al partner sopravvenuto) e secondo genitore (che si riferisce al genitore intenzionale nella procreazione assistita) interessanti spunti in Cinque M., "Quale statuto per il "genitore sociale"?", *Riv. dir. civ.*, 2017, p.1475 ss., dove si trova un quadro equilibrato della dottrina e della giurisprudenza meno recenti. Più di recente, l'A. è tornata in argomento con un commento ad alcune sentenze di merito: Id., "Adozione in casi particolari: parentela tra "fratelli acquisiti"?", *N. giur. civ. comm.*, 1, 2021, p.78 ss.

40 Si richiama in particolare il precedente di Cass., sez. I, 22.6.2016, n. 12962, *cit.*

41 Per il quale si ricorda l'approdo a Cass., sez. unite, 8.5.2019, n. 12193, (est. Mercolino) *Corr. giur.*, 2019, p.1198 ss., con note di Giunchetti D. e di Winkler M..

42 E' vero che la distinzione tra le diverse ipotesi è utilizzata dalla giurisprudenza e dalla dottrina per respingere il risultato dell'impostazione dominante, come emerge dalla rassegna di Bilotti, E.: "L'adozione del", cit., p.1007 ss.: ma la difesa di soluzioni convincenti sul piano della coerenza sistematica più ampia

Nessuna regola esclude che - emersa la circostanza che non si possa procedere secondo la procedura dell'adozione piena e dell'affidamento preadottivo, per il contrasto con l'interesse del minore della cesura dei rapporti familiari - non si possa dichiarare l'adottabilità in modo congruo con l'interesse del minore (quella non piena): prospettiva che mi pare uno sviluppo coerente del *modus operandi* manifestato nelle ordinanze della Suprema Corte. Ne discende che la successiva procedura di adozione avrà quale unico oggetto la scelta della famiglia adottante (che sarebbe di preferenza quella affidataria) e non la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della disciplina ex art. 44 ss., non solo già valutata, ma anche espressamente dichiarata a compimento della procedura di adottabilità. In questa prospettiva si assicura una effettiva tutela alla famiglia di origine, rendendo l'istituto dell'adozione in casi particolari uno strumento ordinario e superando in tal modo ogni espressione che ne possa ricordare l'originaria natura di regola residuale.

La moltiplicazione delle decisioni, pur riguardando una pluralità di conflitti tra loro non omogenei, ha rafforzato nei fatti l'interpretazione estensiva della disposizione dell'art. 44 (e della sua lettera d), in modo tale da farle acquisire una posizione di centralità nel sistema dell'adozione e più in generale del diritto di famiglia: mi sembra però che la divergenza tra le fattispecie sia pervenuta a una fase tale da rendere evidente l'esigenza di cambiare prospettiva, abbandonando la discutibile interpretazione estensiva della lettera d), per superare la tesi della tassatività dell'elenco[43] e riconoscere finalmente l'esistenza di lacune, da integrare in via analogica[44], anche al fine di operare strategie regolamentari disarticolate. In tal modo si andrebbe a completare un percorso che ha consentito di elevare a sistema una tecnica residuale pensata per casi specifici, traendo dai differenti conflitti di interessi che ciascuno di questi casi sottende la disciplina maggiormente idonea nell'interesse prevalente del minore[45]. Si confermerebbe ulteriormente per l'adozione in casi particolari, la cui legittimità costituzionale è fondata sulla incerta vigenza di una riserva alla convenzione internazionale in materia, la qualifica di strumento duttile ed efficace per rendere operative nel nostro ordinamento le sollecitazioni più avanzate, e anche le più controverse, della giurisprudenza internazionale.

non deve essere a mio avviso spinta al punto da negare l'opinabilità di una serie di passaggi argomentativi a sostegno di quella tesi.

43 Aveva già contestato la natura eccezionale di questa disciplina, Ruggeri, L.: "L. 28 marzo 2001, n. 149, art. 25", *N. leggi civ. comm.*, 2002, p.1036.

44 Il ricorso in questi termini all'analogia, muovendo dalla natura non eccezionale dei singoli casi, era già stato proposto da Venditti ,P.: "Corte di Cassazione e adozione del singolo. Tra le chiusure uno spiraglio: il procedimento analogico", *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p.499 ss.

45 Finessi,A.: "Adozione legittimante" ,cit., p.1368 ss.

VI. PROCREAZIONE ASSISTITA ILLECITA, INTERESSE DEL MINORE E FUNZIONE DELL'ADOZIONE .

Se per un verso appare ragionevole ammettere l'estensione analogica dell'adozione particolare, per altro verso tale approccio non deve essere seguito ogni qualvolta si rischia di estendere l'istituto al di fuori delle sue funzioni: tra le ipotesi illustrate nel precedente paragrafo che sono state ricondotte dalla giurisprudenza nell'ambito dell'adozione in casi particolari, se ne deve escludere una, la quale non pare rientrare nell'ambito funzionale dell'adozione. Mi riferisco al ricorso all'adozione particolare quale strumento per dare rilevanza giuridica al rapporto con chi ha voluto e pianificato la filiazione, condividendo un progetto di genitorialità a seguito di procreazione artificiale considerata illecita nel nostro ordinamento.

Il problema assume una particolare rilevanza, essendo intervenute in argomento le decisioni della Corte costituzionale in materia di surrogazione di maternità e di procreazione da coppia omosessuale del 9 marzo 2021, n. 32 e n. 33[46], le quali, pur dichiarando inammissibili le questioni di costituzionalità sollevate dalla giurisprudenza ordinaria, hanno costretto la cultura giuridica a prendere atto dell'impossibilità di tenere ferma la soluzione oggi prevalente: è stato sancito infatti che l'applicazione dell'adozione in casi particolari ai rapporti tra genitori intenzionali e minori, per come è regolata, non è conforme alla Costituzione. A differenza di quanto sostenuto in passato dalla stessa Corte costituzionale e dalla giurisprudenza di legittimità, l'interesse del minore non è assicurato da siffatta disciplina, che ha mostrato in maniera chiara i suoi limiti: per cui è richiesto l'intervento del legislatore per individuare una soluzione che sia conforme al sistema.

Al riguardo, seguendo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo[47], la Corte costituzionale sembra lasciare ampio margine alla discrezionalità del legislatore: a proposito della procreazione di una coppia dello stesso sesso con fecondazione eterologa, la sentenza n. 32 (rel. Sciarra) propone, seppure in via esemplificativa, "una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero l'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione"; per la maternità surrogata, la sentenza n. 33 (rel. Viganò) auspica "un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino", non escludendo una riforma della stessa adozione in casi particolari,

46 Le sentenze si trovano in *N. giur. civ. comm.,* 2021, … con nota di Checchini, B. per un commento analitico, Grasso, A.G.: "Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA *omosex* e surrogazione?", *N. leggi civili commentate*, 2021.

47 Il riferimento è alla Corte EDU, *Advisory Opinion*, 10.4.2019, *N. giur. civ. comm.,* 2019, p.757 ss., con nota di Grasso, A.G.

la quale dovrebbe "essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame".

In ogni caso, una soluzione conforme al sistema deve essere rispettosa del quadro normativo generale, secondo il principio di ragionevolezza insito nel dettato costituzionale: tuttavia, il dubbio di conformità deve essere valutato non solo sul piano degli effetti, ma anche su quello della rilevanza dei presupposti.

Sul piano degli effetti, il vantaggio di abbandonare o riformare la disciplina dell'adozione in casi particolari sarebbe importante soprattutto perché consentirebbe di eliminare ogni dubbio sulla costituzione dei rapporti parentali con il ramo della famiglia dell'adottante[48]: non si tratta di un profilo marginale, perché di regola il nato da procreazione assistita non ha una famiglia di origine con cui mantenere legami, se non quella dell'altro genitore (normalmente unito al minore da un rapporto biologico) della coppia intenzionale.

Di un qualche rilievo sarebbe anche il venir meno della disciplina della revoca, la quale, soprattutto nell'interpretazione giurisprudenziale, ha un ambito di applicazione particolarmente ampio. Revoca che produce effetti caducatori, i quali coinvolgono, non solo la responsabilità genitoriale, ma anche lo *status*: per cui l'adottato, nel cui interesse il pubblico ministero potrebbe attivarsi, verrebbe a perdere i diritti patrimoniali e successori nei confronti del genitore intenzionale[49].

Sul piano dei presupposti, invece, non sembra che la riforma della disciplina dell'adozione in casi particolari, anche ove si ricorra ad un modello di disciplina analogo a quello dell'adozione piena, possa risultare risolutivo. Non sembra che, attraverso tale istituto, sia tutelato "l'interesse del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali. Doveri ai quali non è pensabile che costoro possano ad libitum sottrarsi", evocato dalla sentenza n. 33 della Corte costituzionale.

Al riguardo, si può osservare che l'adozione, in nessuna delle sue forme, si configura quale strumento funzionale alla pianificazione di una nuova vita: non è tale l'adozione piena, che è pensata per dare una famiglia a un minore, che è già

48 Per un quadro delle opinioni sulla questione, dopo la riforma: Grasso ,A. G.:"Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale", *N. giur. civ. comm*., 2019, p.757 ss., p.762 s., nota 48.

49 Non credo che vadano sopravvalutati i rischi che l'attuale disciplina dell'art. 52 l. adozione comporti per l'adottato, posto che in ogni caso, sia il pubblico ministero, che promuove l'istanza, sia il tribunale, che decide, devono valutare l'interesse dell'adottato e, in questo senso, limitarsi a chiedere o a sancire la perdita della responsabilità genitoriale, senza coinvolgere lo *status*. Si segnala piuttosto che la revoca va applicata anche nel caso di atti pregiudizievoli dell'adottato, anche per tutelare gli interessi patrimoniali di coloro che sarebbero eredi dell'adottante: una regola draconiana che, se ragionevole nei confronti di un soggetto che pregiudica il proprio benefattore (secondo il modello sociale tipico dell'adozione in casi particolari), non si giustifica del tutto nel rapporto con il genitore intenzionale, nella misura in cui non consente la riabilitazione e non coincide con la disciplina dell'indegnità.

nato e ha subito lo stato di abbandono, essendo caratterizzata da una disciplina per cui la nuova famiglia si sostituisce in toto agli eventuali rapporti genitoriali e parentali precedenti; non lo è l'adozione in casi particolari, anch'essa rivolta a un minore già nato e che ha vissuto carenze familiari, in cui la disciplina tende a integrare il nuovo genitore nella rete parentale preesistente.

L'idea che la disciplina della filiazione nella procreazione assistita possa essere modellata sulla disciplina dell'adozione ha avuto successo solo perché, da un punto di vista fattuale, l'adozione ha rappresentato il modello tradizionale di costituzione del rapporto genitoriale in assenza di legame genetico, dal quale si sono tratti argomenti per sostenere l'ammissibilità della controversa figura della fecondazione eterologa[50].

Ma la similitudine resta sul piano del fatto e non può essere efficacemente trasposta in diritto[51]. Se si osserva dal punto di vista dell'ordinamento, lo strumento dell'adozione non è idoneo a disciplinare il rapporto con il minore la cui nascita è stata pianificata dai genitori intenzionali. L'inadeguatezza emerge in particolare nel caso in cui il genitore intenzionale muoia o diventi incapace prima della nascita o della costituzione del rapporto[52] o, comunque, rinunci per una qualsiasi ragione alla procedura: la scelta di consentire la costituzione del rapporto solamente con lo strumento dell'adozione, essendo riservata all'iniziativa dell'adottante, impedisce al minore e al suo rappresentante legale di pretendere il rispetto di quegli obblighi di tipo patrimoniale che sono connessi con la figura genitoriale.

Non è quindi risolutiva, in questo quadro, l'eventuale applicazione degli effetti dell'adozione piena, piuttosto che dell'adozione in casi particolari, rispetto al rischio che il rapporto non si costituisca perché il genitore intenzionale non persegua il suo intento originario[53]: con la singolare conseguenza che l'interesse del minore all'irrevocabilità del consenso, imposto dall'art. 6 l. 40\04, non avrebbe alcun rilievo e la volontà originaria del genitore non sarebbe vincolante, proprio nel caso in cui questi non abbia rispettato i requisiti legali per accedere alle tecniche procreative. La scelta di negare la costituzione del rapporto filiale, per sanzionare il comportamento dei genitori, lede soprattutto l'interesse del minore a conseguire

50 In particolare il parallelismo è stato utilizzato da Corte cost., 10.6.2014, n. 162, *N. giur. civ. comm*., 2014, p.802 ss., con nota di Ferrando, G.

51 In questo senso Busnelli, F.D.: "Procreazione artificiale e filiazione adottiva", *Familia*, 2003,p. 1 ss.; Morozzo della Rocca ,P.:"Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita", *Dir. famiglia*, 2005, p.211 ss.; più di recente, seppure in altra prospettiva, Nicolussi ,A.: "Paradigmi della filiazione", in U. Salanitro (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pacini, Pisa, 2020, p.269 ss., p.288 ss., dove si richiama l'autorità di Corte cost. n. 221\2019.

52 In questo caso, la procedura può essere proseguita nell'adozione da coppia di coniugi o dal coniuge del genitore legale, su istanza del superstite: va invece escluso, stando almeno al dato normativo, che tale disciplina possa essere applicata anche all'adozione dell'unito civile o del convivente del genitore legale.

53 L'argomento è stato già usato per combattere l'applicazione dell'adozione in casi particolari alla coppia dello stesso sesso: si cfr., tra gli altri, Venuti, M.C.: "La genitorialità", cit.,p.291 ss.

i vantaggi patrimoniali corrispondenti (salvo a non richiamare la regola, distonica rispetto all'idea di orientarsi verso l'adozione piena, dell'art. 279 c.c.): il genitore che non rispetta la legge sulla procreazione assistita può, sino al momento della dichiarazione di adozione, rimeditare sulla volontà di assumere la responsabilità genitoriale compiuta al momento del consenso alla fecondazione assistita.

Una vera e propria eterogenesi dei fini, in cui si accentua la visione adultocentrica della filiazione, rimettendo la costituzione del rapporto a quegli stessi genitori che si vorrebbe sanzionare utilizzando l'istituto dell'adozione.

VII. I VINCOLI DELLA CONVENZIONE DI STRASBURGO.

La sollecitazione della Corte costituzionale a modificare la disciplina dell'adozione, in alternativa alla riforma della disciplina della costituzione del rapporto filiale, può trovare ostacoli anche nella già citata Convenzione europea del 1967, non avendo la Repubblica Italiana sottoscritto la versione del 2008: la Convenzione sull'adozione dei minori, infatti, nella versione del 1967, impone allo Stato di riconoscere il diritto di adottare soltanto a due persone unite in matrimonio o oppure a un'unica persona[54], secondo un modello, certamente obsoleto, che presuppone che sia nell'interesse del minore, il quale ha già subito una condizione disagiata, la stabilità del rapporto derivante, in alternativa, dal vincolo matrimoniale o dall'unicità del rapporto genitoriale[55].

In questo quadro normativo, sarebbe coerente che, in caso di adozione da parte di una singola persona, la Convenzione preveda che il genitore originario perda la responsabilità genitoriale, salvo che non sia il coniuge dell'adottante: ai sensi dell'art. 10, comma 2, la responsabilità genitoriale nei confronti dell'adottato può essere esercitata da due persone soltanto se queste siano unite tra loro in matrimonio. Tuttavia questa parte di disciplina, che non avrebbe consentito la responsabilità genitoriale congiunta al di fuori dal rapporto coniugale, è stata oggetto di specifica riserva da parte dello Stato italiano ex art. 24 della Convenzione, limitatamente alla disciplina vigente dell'adozione in casi particolari: per cui, nel contesto in cui opera tale riserva, si è potuto estendere la disciplina dell'adozione in casi particolari al partner delle coppie conviventi, dello stesso sesso o di sesso diverso, adottando un modello analogo a quello delle coppie

54 Lo ricorda Bilotti ,E.: "Convivenze, unioni ",cit., p.930 s.

55 Secondo Bianca,C.M.: *Diritto civile,* cit., p.504 s., la mancata possibilità di adozione da parte di una coppia di conviventi di fatto sarebbe "una preclusione sicuramente incostituzionale in quanto limita irragionevolmente il diritto del minore di essere adottato in una situazione in cui l'adozione da parte della coppia è più rispondente al suo interesse dell'adozione da parte di persona singola".

coniugate, argomentando estensivamente dalla regola residuale dell'art. 44, lett. d), l. adozione[56].

Se la riserva alla Convenzione, nell'ambito dell'adozione in casi particolari, ha consentito di creare un sistema che accolga, seppure con determinati limiti, il rapporto del minore con i genitori intenzionali, si pone il dubbio se sia coerente con il vincolo internazionale inquadrare tale rapporto in un diverso modello, che abbia gli stessi effetti dell'adozione piena. La riserva alla Convenzione consente infatti di mantenere un modello di adozione diverso da quello che conferisce all'adottato la posizione piena di figlio e la costituzione del rapporto parentale con la famiglia dell'adottante, rescindendo ogni rapporto con la famiglia di origine; può risultare incerto, invece, che sia conforme allo spirito della riserva costituire un terzo modello di adozione che riproduca pressoché integralmente la disciplina dell'adozione piena e che consenta, al contempo, all'adottante di aggiungersi, e non sostituirsi, al genitore biologico originario, anche in assenza di un vincolo coniugale.

La Convenzione europea, inoltre, sembra porre un limite alla modifica della disciplina dell'adozione in casi particolari nella parte in cui il genitore, che ha già costituito il rapporto filiale ed esercita la responsabilità genitoriale (genitore genetico o biologico), può rifiutare il consenso all'adozione del genitore intenzionale e tale rifiuto, ai sensi dell'art. 46 l. adozione, è insindacabile e insuperabile.

Regola che è stata considerata inadeguata dalle recenti decisioni della Corte costituzionale, in quanto non si attaglia all'ipotesi in cui l'adottante sia il soggetto che ha promosso e contribuito sin dall'inizio al progetto di genitorialità e abbia dato il consenso alla fecondazione eterologa o alla maternità surrogata: fare dipendere la costituzione del rapporto filiale dal consenso del genitore che esercita la responsabilità potrebbe privare il minore dell'accesso alla doppia figura genitoriale e alle *chance* connesse.

Tuttavia la legittimità costituzionale della norma era già stata affermata dalla stessa Corte nella sentenza 18.2.1988 n. 182, per la quale "lo stesso art. 46 sancisce la imprescindibilità solo degli assensi dei genitori esercenti la potestà e del coniuge convivente, che se rifiutati risultano insindacabili ed impediscono la pronuncia dell'adozione. Siffatto limite alla valutazione da parte del giudice dell'interesse dell'adottando ha una giustificazione in valori costituzionalmente garantiti, quali quello della conservazione della compagine familiare e della società coniugale effettivamente vissute, cui agli artt. 29 e 30 della Costituzione, che

56 Estensione che sembra ora confermata dal comma 20 dell'art. 1 l. 76\2016, nella parte in cui prevede che "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti": regola che, per dove è posta e per come è formulata, non può che richiamare la corrente interpretazione giurisprudenziale. Cosi, tra gli altri, Barba, V.: "Unione civile", cit., p.390 s.; cfr., seppure in prospettiva critica, Giacobbe ,E.: "Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali", *Dir. famiglia*, 2019, p.233 ss. Per una posizione di netta chiusura anche sul piano interpretativo, Bilotti, E.: "Convivenze,unioni", cit., p.898 ss.

prevalgono anche in presenza degli opposti consensi manifestati dall'adottante e dall'adottando. L'interesse dell'adottando si deve intendere qui considerato in via definitiva dai genitori o dal coniuge, i quali dalla richiesta di adozione da parte di un determinato adottante o dalla richiesta di aggiunzione di un qualunque rapporto adottivo al vincolo originario di filiazione o a quello di coniugio, l'uno e l'altro attualmente ed effettivamente convissuti, possono ritenere di ricevere pregiudizio o presumere di soffrire turbamento o semplicemente interferenza non gradita nella propria vita di relazione con il minore figlio o consorte".

Non sarebbe neanche certo che si possa superare tale vincolo attraverso una riforma legislativa della disciplina dell'adozione o il ricorso all'adozione piena, come sembra prospettare adesso la stessa Corte costituzionale: il limite, infatti, è posto direttamente dalla citata Convenzione di Strasburgo, la quale, all'art. 5, comma 2, prevede che il diniego del genitore esercente la potestà possa essere superato "solo in casi eccezionali determinati dalla legge"[57]. Non basta, perciò, che il rifiuto sia contrario all'interesse del minore, occorre piuttosto che ricorrano situazioni eccezionali, quali l'irreperibilità o l'incapacità del genitore che avrebbe dovuto dare il consenso, ovvero che il rifiuto possa essere considerato "a misuse of the right to do so"[58]: si può dubitare che possa essere considerato un abuso del diritto il rifiuto all'adozione espresso dal genitore biologico e motivato dalla sopravvenuta crisi della coppia, se si considera che il modello generale è strutturato sul caso in cui l'adottante è tipicamente un soggetto che interviene, incidendo nel rapporto tra il genitore e il minore, in un momento successivo alla nascita dell'adottando.

VIII. DETERRENZA VS INTERESSE DEL MINORE: UNA PROPOSTA DI SINTESI.

Secondo la Corte costituzionale, la disciplina dell'adozione particolare potrebbe essere modificata in modo da bilanciare l'interesse del minore con la finalità di disincentivare il ricorso alle partiche vietate: bilanciamento auspicato nella sentenza n. 33, dove si avverte che "ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna *chance* di un tale riconoscimento, sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata".

La compressione dell'interesse del minore alla costituzione del rapporto filiale anche nel caso di ripensamento del genitore intenzionale, insita nell'idea che si possa regolare la fattispecie con la riforma della disciplina dell'adozione, sarebbe un

57 Lo rileva Grasso ,A.G.: "Oltre l'adozione", cit.

58 L'esemplificazione dei casi eccezionali si trova nel § 34 del Rapporto esplicativo della richiamata Convenzione, nella versione del 2008 (su questo profilo, identica a quella del 1967).

sacrificio giustificato, nella prospettiva della Corte, dal bilanciamento con la finalità di deterrenza della pratica illecita. Come già osservato, si tratta di una prospettiva che non appare convincente perché, lungi dal costituire un deterrente, lascia nelle mani del genitore intenzionale la scelta se costituire il rapporto, attraverso la disciplina dell'adozione particolare, ovvero abbandonare il nato al suo destino.

Non sembra neanche che siffatto bilanciamento sia coerente con le scelte sinora adottate in casi simili dal legislatore ordinario, pur evocate in entrambe le sentenze della Corte: alla pianificazione illecita di una nuova vita, finalizzata alla costituzione di un rapporto genitoriale, il legislatore ordinario non ha reagito sinora con lo strumento adottivo, come emerge dalla disciplina della filiazione da procreazione incestuosa e da fecondazione eterologa, in cui le tecniche alternative che si pongono sono la costituzione del rapporto filiale (soggetto nel caso più grave all'autorizzazione giudiziale) o il ricorso residuale all'art. 279 c.c.[59].

E' vero che la disciplina della filiazione da procreazione incestuosa è pur sempre fondata sul rapporto genetico, a differenza di alcune delle tecniche di procreazione assistita illecita. Ma tale argomento non vale nel confronto con la disciplina della fecondazione eterologa, dove pure si ammette la costituzione del rapporto filiale attraverso la rilevanza del consenso irrevocabile. Si potrebbe anzi osservare che la soluzione tradizionale, la quale limita la costituzione del rapporto genitoriale all'esistenza del legame biologico e\o genetico, è stata superata - prima dalla giurisprudenza, poi dal legislatore - proprio dal riconoscimento dello strumento consensuale quale criterio di attribuzione della genitorialità: tecnica adottata per la procreazione assistita, ivi compresa la fattispecie eterologa in un primo tempo vietata, secondo il disposto dell'art. 9 l. 40\04.

Si potrebbe ancora obiettare che la disciplina originaria dell'art. 9 della l. 40\04 fosse una norma eccezionale e che non potesse essere suscettibile di esprimere un principio applicabile in caso di ricorso a tecniche di procreazione assistita vietate perché in violazione dei requisiti soggettivi o attraverso la maternità surrogata.

Non si comprende tuttavia quali ragioni depongano a sostegno dell'idea dell'eccezionalità della disposizione dell'art. 9 l. 40\04, la cui rubrica evoca la tutela dell'interesse del minore: l'estensione di tale modello di tutela è stata seguita dalla giurisprudenza di legittimità nel delicato caso della fecondazione *post mortem*[60] e si può reputare che, nell'attuale quadro costituzionale e internazionale, possa arrivare anche alle altre violazioni della disciplina della procreazione assistita, soprattutto in caso di violazione dei requisiti soggettivi per i quali non sono previste sanzioni

59 Di ciò non tiene conto chi, nel formulare proposte *de iure condendo*, pone l'alternativa tra la legittimità della pratica e il ricorso all'adozione: Astone, A.: "Omosessualità e filiazione tra tentativi di sovranismo e oscillanti aperture", *N. giur. civ. comm.*, 2020, II, p.1169 ss.

60 Cass. 15.5.2019, n. 13000, *N. giur. civ. comm.*, 2019, I, p.1287 ss., con commento di Faccioli ,M.

nei confronti dei genitori intenzionali[61]. L'unico requisito soggettivo e\o oggettivo per cui oggi non si ammette la costituzione dello stato filiale è quello della coppia dello stesso sesso, utilizzando l'autorità della sentenza della Corte costituzionale n. 221\2019[62]: dimenticando che la sentenza, redatta dalla brillante penna di Franco Modugno, era riferita al diverso problema della legittimità del divieto per le coppie omosessuali di accedere alle tecniche procreative assistite, per cui è esplicitamente escluso che possa assumere rilievo l'interesse del minore già nato[63].

Il discorso si pone in termini diversi per la maternità surrogata, in quanto fattispecie oggetto di reato posto a tutela della dignità della donna e dell'interesse ad evitare l'elusione della disciplina dell'adozione: nei casi che rientrano nell'ambito di applicazione del divieto[64], potrebbe essere congruo negare la costituzione del rapporto filiale con il genitore intenzionale[65], soprattutto se si reputi che la legge ha volutamente tenuto fermo il rapporto con la madre di parto. In questa prospettiva, la disciplina dell'adozione in casi particolari, escludendo che i genitori intenzionali, i quali abbiano praticato la terapia illecita, possano ricevere vantaggi, anche successori, dalla costituzione del rapporto con il nato, soddisfa l'esigenza di deterrenza[66], a differenza della disciplina dell'adozione piena: anche se resta il dubbio che il ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari (alla quale dovrebbe essere quantomeno accoppiato il diritto del minore ex art. 279 c.c.[67]), non sia comunque coerente con le discipline dei casi già regolati dal legislatore (incesto e fecondazione eterologa).

61 Sul tema, che considero molto delicato e soggetto all'evoluzione del contesto sociale e giuridico, si consenta il rinvio alle considerazioni analitiche espresse in Salanitro,U.: "I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete", *N. giur. civ. comm.*, 2016, p.1360 ss.

62 Così, Cass. 3.4.2020, n. 7668, *Corr. giur.*, 2020, p.1041 ss., con nota di Grasso, A. G.; nello stesso senso, svalutando la portata dell'art. 9 l. 40\04 nella filiazione da procreazione assistita e insistendo sulla centralità della disciplina del codice civile, Cass., 22.4.2020, n. 8029, *Questione giustizia*, con note critiche di Celentano ,S. e di Ferrando, G.; l'argomento è ripreso anche da C. cost. 15.11.2019, n. 237, *Fam. e dir.*, 2020, p.325 ss., con nota di Sesta, M., e da C. cost., 4.11.2020, n. 230, *N. giur. civ. comm.*, 2021, I, p.362 ss., sulla quale si condivide l'opinione critica di Ferrando G., "Di chi è figlio un bimbo con due mamme. Commento a prima lettura di Corte cost. n. 230\2020", ivi, 2021, II, p.417 ss.

63 Corte cost., 23.10.2019, n. 221, *N. giur. civ. comm.*, 2020, I, p.548 ss., con nota di Barone e l'opinione di Venuti, M.C.: "La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte Cost. n. 221\2019", *N. giur. civ. comm.*, 2020, II, p.664 ss. Per un altro commento, si consenta il rinvio a Salanitro, U., "*A strange loop.* La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale", *Nuove leggi civili commentate*, 2020, p.206 ss.

64 Una meditata indagine volta ad una interpretazione restrittiva del divieto, tale da escluderne l'applicazione verso le tecniche di maternità surrogata altruistica, si deve a Grasso ,A.G.: *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, Aracne Roma, 2020, *passim*.

65 In questo senso, al termine di un'indagine equilibrata, Calderai ,V.: "La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata", *N. giur. civ. comm.*, 2020, p.1109 ss.

66 L'opposta prospettiva, volta a negare che l'effetto deterrente possa riflettersi sullo status del minore, è efficacemente ripresa tra gli altri da Federico ,A.: "Forme giuridiche", cit., p.317 ss. e potrebbe trovare risposta nelle notazioni conclusive del testo.

67 Ma la soluzione non sarebbe soddisfacente sotto diversi profili, quali ad esempio l'acquisizione della cittadinanza da parte del minore, e non si porrebbe pertanto in linea con gli auspici della Corte di Strasburgo.

Dubbio che andrebbe risolto alla luce del pensiero di Andrea Nicolussi, il quale, pur lontano da posizioni libertarie o altrimenti radicali, ha sostenuto con lucidità la coerenza della costituzione diretta del rapporto filiale con il sistema accolto nel nostro diritto di famiglia, riservando la funzione deterrente a una regola analoga a quella del matrimonio putativo[68]: per cui il rapporto che si andrebbe a costituire con il minore non sarebbe produttivo di effetti favorevoli per l genitore intenzionale non legato da rapporto genetico. Potrebbe essere il momento di domandarsi se tale idea, formulata *de iure condendo*, non possa già trovare applicazione *de iure condito*[69], attraverso le tecniche dell'integrazione della lacuna (assiologica, quantomeno), articolando efficacemente i principi generali, secondo un modello che ha già visto un corretto protagonismo giurisprudenziale, proprio nella materia della procreazione assistita, qualche anno prima dell'approvazione della legge 40\04[70].

68 Nicolussi, A.: "Famiglia e biodiritto civile", *Europa e diritto privato*, 2019, p.713 ss.

69 Come già proposto: Salanitro U., "L'ordine pubblico dopo le Sezioni unite: la prima sezione si smarca… e apre alla maternità surrogata", *Corr. giur.*, 2020, p.902 ss.

70 Modello evocato da Ferrando G., "I diritti dei bambini smarriti tra formule e modello", *Questione giustizia*, 12.5.2020: il riferimento è alla nota vicenda della filiazione da fecondazione eterologa, risolta da due importanti sentenze, indicando una strategia successivamente raccolta nell'art. 9 l. 40\04: C. cost., 26.9.1998, n. 347, *N. giur. civ. comm.*, 1999, I, p.51 ss., con nota di Palmerini, E., la quale, escludendo che la disciplina del codice civile fosse applicabile alla filiazione da procreazione assistita, pose le basi per individuare la lacuna; Cass. 16.3.1999, n. 2315, ivi, 1999, I, p.523 ss. con nota di Palmerini ,E., che operò per integrare la lacuna, facendo ricorso ai principi generali dell'ordinamento, quello per cui nemo contra factum proprium venire potest ed il principio di responsabilità per la procreazione.

BIBLIOGRAFIA

Astone ,A.:"Omosessualità e filiazione tra tentativi di sovranismo e oscillanti aperture", *N. giur. civ. comm.*, 2020, II, p.1169 ss.

Bianca,C.M.: "Famiglia è la famiglia fondata sull'affetto coniugale e sull'affetto filiale", *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riform*e (a cura di U. Salanitro), Pacini, Pisa, 2019, p.119 ss.

Bianca, C.M.: "Note per una revisione della disciplina dell'adozione", *Jus civil*e, 2018, p.60 ss.

Bianca ,C.M.: *Diritto civile, 2.1 La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2017, p.504.

Bianca ,M.: "Il diritto di famiglia e la missione del giurista. L'insegnamento di mio padre Cesare Massimo Bianca", *Familia*, 2021, p.135 ss.

Bianca, M.:"Ricordo di mio padre Cesare Massimo Bianca", *Vita not.*, 2020, p.1101.

Busnelli, F.D.: "Procreazione artificiale e filiazione adottiva", *Familia*, 2003,p. 1ss.

Calderai, V.: "La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata", *N. giur. civ. comm.*, 2020, p.1109 ss.

Cattaneo ,G.: "Appunti sulla nuova disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", *Quadrimestr*e, 1984, p. 51.

Cinque ,M.:"Quale statuto per il "genitore sociale"?", *Riv. dir. civ.*, 2017, p.1475 ss.

Cipriani, N.: "Coppie omosessuali, affidamenti e adozioni di minori", *DSF*, 2015, 25 ss., p.50 Morozzo della Rocca, P.: "Le adozioni in casi particolari e il caso della *stepchild adoption*", *Corr. giur.*, 2016, 1217 ss., p.1219 s.

Ciraolo ,C.: "Dell'adozione in casi particolari", *Comm. Gabrielli, Della Famiglia*, (a cura di G.Di Rosa), III, UTET, Torino, 2018, p.913 ss.

Dogliotti,M.: "Adozione e affidamento", in *Tratt. Bessone*, vol. IV, *Il diritto di famiglia*, tomo IV, *Filiazione, adozione, alimenti*, a cura di T. Auletta, Torino, Giappichelli, 2011, p. 408 s.

Favilli ,C.: "Libertà e solidarietà nelle vicende della ricostituzione familiare", *N. leggi civ. comm.*, 2017, p.1295 ss.

Federico, A.: "Forme giuridiche della filiazione e regole determinative della genitorialità: la maternità surrogata e il superiore interesse del minore", in Salanitro U. (a cura di), *Quale diritto di famiglia,* p.317 ss.

Ferrando ,G.: "I diritti dei bambini smarriti tra formule e modello", *Questione giustizia*, *N. giur. civ. comm.*, 1999, I, p.51 ss.

Finessi, A.: "Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e *best interests of the child*", *N. leggi civ. comm.*, 2020, p.1344 ss.

Giacobbe, E.: "Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali", *Dir. famiglia*, 2019, p.233 ss.

Giusti, A.: "L'adozione dei minori di età in casi particolari", *Tratt. Bonilini*, vol. IV, UTET, Torino, 2016, p.3495 ss.

Grasso, A. G.: "Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale", *N. giur. civ. comm.*, 2019, p.757 ss., p.762 s.

Grasso, A.G.:*La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*,Aracne Roma, 2020

Grasso, A.G.: "Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA *omosex* e surrogazione?", *N. leggi civili commentate*, 2021.

Morozzo della Rocca, P.: "Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali", *N. giur. civ. comm.*, 2020, I, 830 ss., p.832.

Morozzo della Rocca, P.: "Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita", *Dir. famiglia*, 2005, p.211 ss.

Nicolussi,A.: "Paradigmi della filiazione", in U. Salanitro (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pacini, Pisa, 2020, 269 ss., p.288 ss., dove si richiama l'autorità di Corte cost. n. 221\2019.

Nicolussi ,A.:"Famiglia e biodiritto civile", *Europa e diritto privato*, 2019, p.713 ss.

Pasqualetto ,A.: "L'adozione mite al vaglio della Corte europea dei Diritti dell'Uomo tra precedenti giurisprudenziale e prospettive *de jure condendo*", *N. giur. civ. comm.*, 2015, II, p.155 ss.

QUADRI,E.: "Una riflessione sull'interesse del minore e la dimensione familiare della sua tutela", *N. giur. civ. comm.*, 2020, p.1330 ss.

RENNA ,M.: "Forme dell'abbandono, adozione e tutela del minore", *N. giur. civ. comm.*, 2019, II, p.1361 ss.

RIZZUTI ,M.:*Adozione aperta e rapporti successori*, ESI, Napoli, 2021, p.67 ss.

RUGGERI, L.: "L. 28 marzo 2001, n. 149, art. 25", *N. leggi civ. comm.*, 2002, p.1036.

SALANITRO ,U.: "I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete", in *N. giur. civ. comm.*, 2016, p.1360 ss.

VENDITTI, P.: "Corte di Cassazione e adozione del singolo. Tra le chiusure uno spiraglio: il procedimento analogico", *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p.499 ss.

VENUTI, M.C.: "La genitorialità nella coppia omoaffettiva", in SALANITRO U. (a cura di) , *Quale diritto di famiglia cit.*, p.291 ss.

SALANITRO, U.: "*A strange loop.* La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale", *Nuove leggi civili commentate*, 2020, p.206 ss.

SALANITRO, U.: "L'ordine pubblico dopo le Sezioni unite: la prima sezione si smarca… e apre alla maternità surrogata", *Corr. giur.*, 2020, p.902 ss.

I FIGLI PRIMA DI TUTTO

CHILDREN FIRST AND FOREMOST

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1554-1571

Susanna
SANDULLI

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il presente lavoro esamina la disciplina dei diritti dei figli in una prospettiva evolutiva partendo dai lavori preparatori alla Costituzione fino alla Riforma del diritto di famiglia del 2012. Analizzando i progressi susseguitesi negli anni, si evidenziano altresì le criticità di un sistema che ancora non affronta in modo specifico le problematiche relative alla tutela dei figli nelle famiglie omosessuali, evidenziando che l'obiettivo principale – come sembra aver compreso pienamente la giurisprudenza – è salvaguardare il best interest of the child.

PALABRAS CLAVE: Figli; famiglia; unioni civili.

ABSTRACT: *This work examines the discipline of children's rights in an evolutionary perspective starting from the preparatory work for the Constitution up to the Reform of Family Law in 2012. Analyzing the progress that has been made over the years, it also highlights the critical features of a system which does not yet specifically address the issues relating to the protection of children in homosexual families, pointing out that the main objective – as it seems to have fully understood the jurisprudence– is to safeguard the best interest of the child.*

KEY WORDS: *Children; family; civil unions.*

SUMARIO.- I. L'EVOLUZIONE DELLA TUTELA DEI FIGLI NELLA FAMIGLIA "TRADIZIONALE".- 1. FIGLI, COSTITUZIONE E DIRITTI ANTE RIFORMA.- 2. LA «RIFORMA BIANCA» SULLA FILIAZIONE: L'UNIFICAZIONE DELLO STATO DI FIGLIO.- II. LA DISCIPLINA DELLE UNIONI CIVILI: UNA PRESUNTA ETEROGENITORIALITÀ.- 1. UNA PREMESSA.- 2. LA MATERNITÀ SURROGATA. QUALE INTERESSE DEL MINORE?.- 3. STEPCHILD ADOPTION E PROBLEMI CONCRETI.- 4. CASS. CIV., S.U., 3 MARZO 2021, N. 9006

I. L'EVOLUZIONE DELLA TUTELA DEI FIGLI NELLA FAMIGLIA "TRADIZIONALE".

1. Figli, costituzione e diritti ante riforma.

Quando la Professoressa Mirzia Bianca e il Professor Josè Ramon de-Verda mi hanno invitata a partecipare agli scritti per il Professore Cesare Massimo Bianca mi sono sentita profondamente onorata, non solo per il prestigio dell'opera collettanea, ma soprattutto per il giurista a cui essa è dedicata.

Il Professor Bianca era, ed è tutt'oggi, il diritto privato. E quindi cercare un argomento per ringraziarLo dei preziosi insegnamenti che ha così appassionatamente regalato ai Suoi allievi sembrava inizialmente un'impresa, ma la risposta è poi venuta spontanea.

Perché il Professor Cesare Massimo Bianca ha reso per me il diritto di famiglia l'angolo felice in cui rifugiarmi e mi appresto dunque a parlare di ciò che, per me, rappresenta il nucleo dell'intera materia, ossia la tutela dei figli.

A differenza dello Statuto Albertino – che non conteneva previsioni rispetto alla disciplina della filiazione – uno dei temi più discussi all'inizio dei lavori preparatori alla Costituzione fu quello dei figli c.d. illegittimi, in quanto i Costituenti volevano tener presenti le disposizioni del Codice civile che li distinguevano in tre categorie, ossia i figli naturali, nati da genitori non sposati; i figli adulterini, nati da genitori coniugati con altre persone; i figli incestuosi, nati da soggetti legati fra loro da un rapporto di parentela.

Per ognuna di queste categorie era previsto un diverso trattamento giuridico, differente e peggiorativo rispetto a quello previsto per i c.d. figli legittimi, ossia i figli nati all'interno del matrimonio.

Per quanto riguardava l'accertamento del rapporto di filiazione, il Codice civile prevedeva il riconoscimento incondizionato dei figli naturali o adulterini da

• **Susanna Sandulli**
Assegnista di ricerca, Università degli Studi Roma Tre. Email susanna.sandulli@hotmail.it

parte del genitore che al tempo del concepimento non fosse unito in matrimonio, stabilendo invece limiti molto pesanti in caso di vincolo coniugale; sanciva, poi, il divieto assoluto del riconoscimento dei figli incestuosi.

Ne conseguiva che la maggioranza dei figli illegittimi era non riconosciuta o non giudizialmente dichiarata e che la quasi totalità dei diritti era loro negata. Ad esempio, per quanto riguardava la capacità di succedere, se il figlio era stato riconosciuto o giudizialmente dichiarato, era prevista una successione con regole discriminatorie rispetto a quanto previsto per i figli legittimi e senza possibilità di succedere ai parenti naturali; in caso di mancato riconoscimento (o in assenza della dichiarazione giudiziale), il figlio illegittimo aveva diritto esclusivamente ad un assegno vitalizio, ma soltanto al ricorrere di determinati presupposti.

Il dibattito sui figli nati al di fuori del matrimonio – formula adottata successivamente nella carta costituzionale – fu particolarmente accesso, vedendo contrapposti orientamenti politici e religiosi[1], ma un aspetto metteva tutti d'accordo: la Costituzione non avrebbe potuto imporre l'accoglienza dei figli illegittimi nella famiglia.

Per cui si giunse all'attuale formulazione dell'art. 30, i cui commi 3 e 4 sono frutto di questo compromesso: «La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità.».

Con il passare del tempo, però, vi fu un'evoluzione della coscienza sociale, che mise in crisi la concezione della famiglia come istituzione e portò a tre fondamentali interventi legislativi:

- la Legge sull'adozione speciale 5 giugno 1967, n. 431, che ha introdotto la c.d. filiazione civile;

- la Legge sul divorzio 1° dicembre 1970, n. 898, che ha garantito la possibilità di sciogliere il vincolo matrimoniale;

- la Legge 19 maggio 1975, n. 151, la riforma del diritto di famiglia.

Mentre in passato, quindi, i citati commi 3 e 4 dell'art. 30 della Costituzione rappresentavano il fulcro di una concezione secondo la quale la tutela dei figli nati al di fuori del matrimonio era necessaria, ma richiedeva di essere bilanciata con quella dei figli legittimi e con la necessità di preservare in modo preminente l'istituzione familiare, con questi interventi legislativi il comma 1 che recita «È

1 Cerri, A: "La Costituzione ed il diritto privato", in Rescigno, P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, v. 21, Utet, Torino, 1987, p. 54.

dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio» diviene il nuovo perno della disciplina del diritto di famiglia, aprendo la strada al principio del best interest of the child.

La Riforma del 1975 è stato dunque il primo intervento normativo migliorativo della posizione dei figli nati fuori dal matrimonio – ad esempio essi vengono denominati naturali e non più illegittimi –, ma ciononostante lo stato di filiazione continuava a rimanere differente ed inferiore rispetto a quello dei figli legittimi[2].

Un esempio del permanere di questa distinzione si rinviene nell'assenza del diritto alla parentela e la conseguente negazione del diritto alla successione legittima nei confronti dei parenti naturali, come affermato anche dalla Corte costituzionale[3].

Si trattava di una situazione inaccettabile che ledeva irrimediabilmente i diritti del figlio, per cui si avvertiva fortemente l'esigenza di un nuovo intervento legislativo[4].

2. La «Riforma Bianca» sulla filiazione: l'unificazione dello stato di figlio.

Una svolta nella tutela dei diritti dei figli è rappresentata dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219, che come noto, ha sancito l'unificazione dello stato di figlio[5], espressione con la quale si intende che "la legge conosce solo figli"[6], ponendo fine alla tradizionale ed anacronistica distinzione fra figli legittimi e naturali.

2 Infatti, l'unico modo per un figlio naturale di acquisire il medesimo stato del figlio legittimo era di fare ricorso all'istituto della legittimazione, il quale per l'appunto attribuiva al figlio naturale lo status di figlio legittimo.

3 Corte costituzionale, n. 377 del 7 novembre 1994, n. 377: «I diritti accordati dall'art. 30 comma 3 cost. ai figli naturali riconosciuti sono limitati ai rapporti del figlio con il genitore, dal quale è stato riconosciuto, mentre, nei rapporti con gli altri parenti del genitore, può desumersi dal citato articolo solo una direttiva tendente al miglioramento del trattamento giuridico dei figli naturali, la cui attuazione, con opportuna gradualità, è rimessa alla discrezionalità del legislatore; pertanto, è inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli art. 565, 572, e in linea subordinata dell'art. 468 c.c., sollevata con riferimento agli art. 3 e 30 cost., nella parte in cui rispettivamente non prevedono la successione dei fratelli e sorelle naturali del "de cuius", in mancanza di discendenti, ascendenti, fratelli e sorelle legittimi, con precedenza sulla vocazione dei parenti collaterali dal terzo al sesto grado nonchè nella parte in cui non ammette i discendenti di sorelle o fratelli naturali del "de cuius" a rappresentare il genitore che non può o non vuole accettare l'eredità».

4 L'intervento di riforma si è poi reso necessario a seguito del recepimento della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000 – la Carta di Nizza – che all'art. 21 vieta ogni discriminazione basata sulla nascita: «È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.»

5 All'unificazione dello stato di figlio è conseguita l'abolizione l'istituto della legittimazione. Sul tema v. Bianca, M.: "L' uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012 (*) The Equality of the Legal Status of Children under the Recent Law No. 219 of 2012", *Giust. civ.*, 2013, p. 205 ss.

6 Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1 ss.

Nel Codice civile tale principio è stato introdotto mediante la riformulazione ex novo dell'art. 315 c.c., il quale stabilisce che «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico», fungendo da criterio interpretativo nelle ipotesi in cui sorgano dubbi sull'effettivo significato da attribuire alla norma.

La distinzione in base al momento della nascita viene dunque meno e si parla solo di figli.

Questa unicità corrisponde alla nuova concezione della famiglia, che abbandona definitivamente quella visione pubblicistica incentrata sulla famiglia quale istituzione. Il diritto di famiglia, infatti, si basa sui diritti della persona «anche nella famiglia», per cui l'attuale concezione non tollera più discriminazioni legate alla nascita ovvero alle vicende che riguardano i rapporti fra genitori[7].

Così con la Riforma si precisa che la parentela è il vincolo tra persone che discendono dal medesimo stipite, a prescindere dalla filiazione all'interno dell'unione matrimoniale e sussiste anche nel caso di adozione (art. 74 c.c.), per cui le norme sulla successione legittima ora si applicano anche in caso di assenza del vincolo coniugale tra i genitori dell'ereditando o del successibile.

Con la Riforma si opera quindi una rilettura dell'art. 30 della Costituzione, dalla quale emerge con estrema chiarezza che in presenza di figli la famiglia è sempre di diritto, anche in assenza di un vincolo matrimoniale; si realizza così la «famiglia dei figli»[8], non sussistendo alcun rapporto gerarchico fra famiglie in base all'unione matrimoniale: l'interesse dei figli è il perno di tutta la nuova disciplina.

In virtù del principio di uguaglianza, tuttavia, il Legislatore non avrebbe potuto eliminare del tutto le differenti modalità di instaurazione del rapporto familiare, in quanto, proprio sulla base di tale principio, situazioni diverse richiedono di essere trattate in modo differente e ciò spiega perché nel caso di figli nati al di fuori del matrimonio l'accertamento si basi sul riconoscimento. Poiché, invero, si tratta di situazioni che possono essere caratterizzate anche da un'assenza di stabilità, non sussistendo un'ufficialità, la presunzione di paternità che trova applicazione nell'ambito matrimoniale avrebbe costituito una forzatura[9].

7 Dossetti, M.: " L'unicità dello stato di figlio e i modi diversi di accertamento dello status", in M. Dossetti - M. Moretti - C. Moretti, *La nuova filiazion*e, Zanichelli, Bologna, 2017, p. 2.

8 Rossi Carleo, L.: "La famiglia dei figli", *Giur. it.*, 2014, p. 1462 ss.

9 Il d.lgs. 154 del 2013 ha poi sostituito l'espressione denominazione "potestà genitoriale" con "responsabilità genitoriale" poiché si è ritenuto che essa esprimesse meglio la logica dei compiti attribuiti ai genitori; la potestà genitoriale era infatti un potere volto all'allevamento dei figli minori e attribuiva ai genitori una serie di funzioni di natura personale, non essendo delegabili a terzi, ma con il passaggio alla responsabilità genitoriale si passa ad una logica in cui le facoltà vengono esercitate nell'interesse dei figli. In questo modo il Legislatore ha seguito l'esempio comunitario in quanto tale denominazione era già utilizzata nel Regolamento CE n. 220/2003 del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

Una questione rimasta, invece, parzialmente irrisolta, riguarda i figli incestuosi.

In passato il riconoscimento dei figli di parenti era consentito solo in caso di buona fede, per cui la disciplina era estremamente severa nei confronti di quella che era considerata un'unione riprovevole; i colpevoli erano ritenuti inadatti a svolgere la funzione genitoriale e quindi la regolamentazione sembrava assumere fondamentalmente carattere sanzionatorio[10].

La Riforma del 2012 ha profondamente inciso su questa disciplina, abolendo il divieto di riconoscimento e, nonostante alcune critiche, la ratio di tale decisione si comprende facilmente: non far gravare sui figli la condotta dei genitori, ponendo fine ad una situazione in cui non si dava alcuna rilevanza all'interesse della prole, per cui la riconoscibilità diventa la regola e non l'eccezione.

Ad oggi quindi il riconoscimento è precluso solo se il figlio possa subire un pregiudizio, occorrendo un'autorizzazione del giudice, ma qui sorge un interrogativo a cui è difficile, a mio parere, dare una risposta.

Considerando che prima della Riforma i figli incestuosi potevano agire per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità, non si comprende la ragione per cui ad oggi sia necessaria una preventiva autorizzazione del giudice anche qualora il figlio sia maggiorenne. Se, indubbiamente, il riconoscimento di un figlio incestuoso possa avere conseguenze non solo giuridiche nei confronti anche degli altri membri della famiglia, la disciplina sembra aver introdotto un eccessivo protezionismo nei confronti di un soggetto che, in ogni caso, ha raggiunto la maggiore età e dovrebbe quindi avere conseguito una maturità, elemento fondamentale nella distinzione tra soggetti minori e maggiori di età.

Ciò posto, un ulteriore aspetto fondamentale della Riforma Bianca è la predisposizione di quello che può essere considerato uno "statuto" dei diritti del figlio, in quanto accanto ai tradizionali diritti[11] già riconosciuti se ne sono aggiunti altri volti a realizzare, appunto, uno statuto completo di diritti.

10 Dunque, il figlio veniva dichiarato in stato di abbandono anche se curato dalla madre, che la legge considerava un'estranea.

11 Un esempio di "diritto tradizionale" è rappresentato dal diritto del minore ad essere ascoltato ai sensi dell'art. 315 bis c.c., che si sostanzia nel diritto del figlio, che abbia compiuto dodici anni, e anche di età inferiore se capace di discernimento, di essere ascoltato in tutte le procedure che lo riguardano. Sul tema si rinvia a Denovi, F.: "Il mancato ascolto del minore inficia nel merito la decisione", *Famiglia e Diritto*, 2021, p. 175 ss. e per la giurisprudenza a Cass. civ., sez. I ord., 30 luglio 2020, n. 16410: «L'audizione dei minori è divenuta un adempimento necessario nelle procedure giudiziarie che li riguardano, e in particolare in quelle relative al loro affidamento.» per cui «In generale i minori, nei procedimenti giudiziari che li riguardano, non possono essere considerati parti formali del giudizio, perché la legittimazione processuale non risulta attribuita loro da alcuna disposizione di legge; essi sono, tuttavia, parti sostanziali, in quanto portatori di interessi comunque diversi, quando non contrapposti, rispetto ai loro genitori. La tutela del minore, in questi giudizi, si realizza mediante la previsione che deve essere ascoltato, e costituisce pertanto violazione del principio del contraddittorio e dei diritti del minore il suo mancato ascolto, quando non sia sorretto da un'espressa motivazione sull'assenza di discernimento, tale da giustificarne l'omissione».

La logica, pertanto, non è più quella di imporre doveri ai genitori, bensì di riconoscere una serie di diritti ai figli, che ne risultano titolari nell'ambito del rapporto di filiazione.

Particolarmente attuale è il diritto al mantenimento, in quanto, sebbene esso faccia parte da sempre del catalogo dei diritti del figlio, il contesto economico-lavorativo attuale ha portato la giurisprudenza a pronunciarsi rispetto al diritto spettante al figlio maggiorenne.

Infatti, tale diritto non cessa immediatamente ed automaticamente con il raggiungimento della maggiore età, ma può proseguire, in quanto non è previsto un momento predefinito in cui esso viene meno. Ad esempio, nell'ottica di tutela del diritto all'educazione, il figlio può voler proseguire i propri studi conseguendo un titolo universitario.

Sulla questione si è pronunciata di recente la Corte di Cassazione[12], delineando le condizioni in base alle quali sussiste il diritto al mantenimento:

«Tra le evenienze che comportano il sorgere del diritto al mantenimento in capo al figlio maggiorenne non autosufficiente, si pongono: a) la condizione di una peculiare minorazione o debolezza delle capacità personali, pur non sfociate nei presupposti di una misura tipica di protezione degli incapaci; b) la prosecuzione di studi ultraliceali con diligenza, da cui si desuma l'esistenza di un iter volto alla realizzazione delle proprie aspirazioni ed attitudini, che sia ancora legittimamente in corso di svolgimento, in quanto vi si dimostrino effettivo impegno ed adeguati risultati, mediante la tempestività e l'adeguatezza dei voti conseguiti negli esami del corso intrapreso; c) l'essere trascorso un lasso di tempo ragionevolmente breve dalla conclusione degli studi, svolti dal figlio nell'ambito del ciclo di studi che il soggetto abbia reputato a sé idoneo, lasso in cui questi si sia razionalmente ed attivamente adoperato nella ricerca di un lavoro; d) la mancanza di un qualsiasi lavoro, pur dopo l'effettuazione di tutti i possibili tentativi di ricerca dello stesso, sia o no confacente alla propria specifica preparazione professionale».

Possiamo dire che sotto questo profilo la giurisprudenza dimostra come il diritto debba necessariamente adattarsi ai mutamenti della realtà sociale, attualmente resa ancora più complesso dalla situazione pandemica.

Questa necessita di adattamento si pone, in una prospettiva però ben diversa, per il diritto alla continuità degli affetti, che costituisce la ratio della legge 19 ottobre 2015, n. 173, che, come noto, ha modificato la legge 4 maggio 1983, n. 184 in materia di adozioni, al fine di limitare le conseguenze traumatiche subite

12 Cass. civ., sez. I, ord., 14 agosto 2020, n. 17183. Per un approfondimento della pronuncia v. Novello, F.: "Il revirement della Cassazione in tema di mantenimento del figlio maggiorenne", *NGCC*, 2021, p. 13 ss.

dai minori in affido per lungo tempo e successivamente adottati da una famiglia diversa da quella a cui erano stati assegnati. Con tale legge, il Legislatore ha voluto rimarcare l'indissolubile legame fra il benessere del minore ed il contesto familiare in cui si sviluppa la sua personalità[13].

Il diritto alla continuità degli affetti deve essere garantito a prescindere dal contesto familiare in cui il figlio vive, ma, come ora vedremo, il discorso acquista un diverso grado di complessità nell'ipotesi delle unioni civili.

II. LA DISCIPLINA DELLE UNIONI CIVILI: UNA PRESUNTA ETEROGENITORIALITÀ.

1. Una premessa.

L'iter legislativo per giungere ad una disciplina che regolamentasse le unioni fra persone del medesimo sesso è stato molto travagliato, ma a distanza di cinque anni dalla sua entrata in vigore essa prospetta al giurista e, soprattutto, ai suoi destinatari scenari non privi di ombre.

Nella legge sulle unioni civili, ossia nella legge 20 maggio 2016, n. 76, la disciplina della filiazione non viene praticamente menzionata, è esclusa l'applicabilità di quella dell'adozione e, considerando che la legge sulla procreazione medicalmente assistita (c.d. PMA) richiede che gli aspiranti genitori siano di sesso differente, sembra che le coppie omosessuali non siano chiamate a svolgere una funzione genitoriale.

Ma possiamo realmente parlare di un'eterogenitorialità dell'ordinamento giuridico?

Prima di rispondere a questa domanda una premessa è d'obbligo: l'unico interesse da tutelare è quello del minore e l'omosessualità non può far certo dubitare dell'idoneità genitoriale, perché la normativa non può differenziare in base all'orientamento sessuale, non solo perché in contrasto con il principio di uguaglianza ed eticamente inaccettabile, ma anche in ragione del fatto che nel nostro ordinamento il concetto di genitorialità non è legato all'orientamento sessuale, bensì al sesso degli individui.

Vediamo ora quali riferimenti si rinvengono nel Codice civile che fanno pensare ad un'eterogenitorialità del sistema.

13 Recinto, G., *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016, p. 44 ss.; Diquattro, C.: "*La* tutela del diritto del minore alla conservazione del rapporto affettivo con il genitore sociale", *Famiglia e Diritto*, 2020, p. 140 ss. Le problematiche maggiori legate a questo diritto si presentano, come vedremo, nel caso della stepchild adoption.

I coniugi possono essere soltanto persone di sesso diverso (artt. 147 e 231 ss. c.c.); il figlio nato fuori del matrimonio può essere riconosciuto "dalla madre e dal padre" (artt. 250 c.c.); nella disciplina relativa alla scelta dell'amministratore di sostegno, il giudice darà preferenza alla madre e al padre ai sensi dell'art. 408 c.c.; nelle norme sulla successione mortis causa, si parla di successione dei figli al "padre ed alla madre" e viceversa (artt. 566 e 568); sussiste una responsabilità del padre e della madre per il danno cagionato dal fatto illecito del figlio minore non emancipato (art. 2048 c.c.); la responsabilità genitoriale è esercitata dal padre e dalla madre di comune accordo (art. 316 c.c.).

Si tratta, dunque, di disposizioni che presuppongono una diversità di sesso dei genitori.

Riferimenti del medesimo tipo li troviamo in materia di adozione, consentita soltanto alla coppia coniugata, per definizione eterosessuale (art. 6, legge n. 184 del 4 maggio 1983); nella pratica dell'interruzione volontaria della gravidanza, in cui il riferimento è alla "madre" e al "padre" del concepito (art. 5, legge n. 194 del 22 maggio 1978); nell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, infine, ammesso soltanto per le coppie "di sesso diverso, coniugate o conviventi" (art. 5, legge n. 40 del 19 febbraio 2004).

Per quanto riguarda la normativa internazionale, la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959, prevede che, salvo eccezioni, il minore in tenera età non dovrebbe mai essere separato dalla madre; il preambolo della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna del 1979, sottolinea l'importanza del ruolo sociale della maternità e di entrambi i genitori nella famiglia e nell'educazione dei figli, prevedendo una suddivisione di responsabilità; infine, la Risoluzione del Parlamento europeo su una Carta europea dei diritti del fanciullo del 1992, il cui art. 8.17 contempla il diritto del minore di vivere con il padre e la madre.

Un ulteriore elemento da considerare consiste nel fatto che l'ordinamento protegge la maternità, ma non garantisce la possibilità di divenire madre.

Il diritto alla procreazione non è ricompreso fra i diritti fondamentali dell'uomo, né come singolo né nelle formazioni sociali e, dunque, anche qualora fosse riconosciuto, potrebbe essere esercitato – al pari di tutti gli altri diritti – esclusivamente nei casi e secondo le modalità previsti dall'ordinamento[14]. Questo principio è stato espressamente richiamato dalla Grande Camera della CEDU con

14 Sul tema v. Finocchiaro, A.: "Non basta prospettare l'evoluzione scientifica per ritenere lecito l'accordo tra le parti", *Guida dir.*, 2009, p. 80

la sentenza 24 gennaio 2017, relativa al noto caso Paradiso e Campanelli c. Italia[15], nella quale ha affermato che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo "non sancisce alcun diritto di diventare genitore".

Quanto detto sinora, però, deve essere letto in combinato disposto con i principi e i valori del nostro ordinamento, in quanto con la Riforma Bianca si è ribadito fermamente che la disciplina debba essere improntata esclusivamente sull'interesse del minore, il best interest of the child.

I timori principali concernono la stepchild adoption, la cui estensione generalizzata potrebbe legittimare il ricorso alla maternità surrogata. Infatti, molto spesso il progetto genitoriale delle coppie formate da due individui del medesimo sesso – specialmente se maschile – viene perseguito attraverso la maternità surrogata, che sappiamo essere vietata dalla legge in quanto contraria all'ordine pubblico.

2. La maternità surrogata. Quale interesse del minore?

Si parla di maternità surrogata quando una donna, a titolo gratuito ovvero dietro corrispettivo, si presta ad avere una gravidanza e a partorire un bambino per conto di altri. Tale forma di procreazione artificiale può sostanziarsi in due diverse tipologie.

La prima, la surrogazione in senso stretto, comporta che la madre partoriente si impegni all'impianto di un embrione formato dai suoi gameti e da quelli del padre committente (o di un altro donatore).

Nella seconda ipotesi, invece, l'embrione impiantato risulta geneticamente legato ad entrambi i genitori intenzionali (o eventualmente ad altri donatori) e, pertanto, si parla di contratto di utero in affitto.

La maternità surrogata si caratterizza, quindi, per la presenza di situazioni differenti dal punto di vista medico-biologico, variabili a seconda della provenienza del materiale genetico impiegato, ma tutte contraddistinte dall'impegno della madre surrogata a condurre la gravidanza per altri soggetti e a non esercitare alcun diritto sul nascituro.

Con la citata sentenza Paradiso-Campanelli, la CEDU si è pronunciata in relazione alla decisione di allontanamento di un minore nato a seguito di maternità surrogata. La Corte ha affermato che una coppia non può riconoscere il figlio

15 Ricorso n. 25358 del 2012 deciso con sentenza della CEDU del 27 gennaio 2015 e in seconda istanza dalla Grande Chambre con la pronuncia del 24 gennaio 2017 mediante la quale si è capovolta la decisione precedente

come suo se il bambino è stato generato senza alcun legame biologico con i due aspiranti genitori e tramite maternità surrogata, riconoscendo che i giudici italiani avevano realizzato un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco, restando – nei limiti dell'ampio margine di apprezzamento del quale disponevano – anche perché nell'ipotesi in esame il minore aveva trascorso con la coppia un lasso di tempo talmente breve da non potersi ritenere instaurata una "vita familiare".

Sulla medesima linea si è posta la Corte costituzionale con la sentenza n. 272 del 2017[16].

Poiché il nostro ordinamento non solo non autorizza ma esplicitamente vieta ai sensi dell'art. 12, commi 6 ed 8, della legge sulla P.M.A. il ricorso alla maternità surrogata, per la Corte costituzionale è una pratica "che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane".

Pertanto, nel caso in cui si fosse autorizzato il riconoscimento del bambino come figlio della coppia, non solo si sarebbe incorsi in una violazione di legge, ma si sarebbe anche legittimato e rettificato un contratto che il nostro ordinamento considera nullo per contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume[17].

È interessante poi richiamare una pronuncia della Superior Court of New Jersey, che nonostante sia risalente nel tempo[18] mostra con evidenza le criticità sottese alla pratica della maternità surrogata.

I giudici si sono si sono espressi affermando che «mentre comprendiamo il desiderio profondo e legittimo della coppia sterile di avere figli, consideriamo il pagamento previsto in favore della madre surrogata illegale, penalmente illecito e potenzialmente degradante per una donna». Essi, poi, si sono soffermati sulla necessità di guardare all'interesse primario del minore in quanto «il vizio più grave del contratto (di maternità surrogata) sta nella totale noncuranza dei reali

16 Per un commento della quale sia consentito rinviare a Sandulli, S.: "Favor veritatis e favor minoris nell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità", *Familia*, 2018, p. 77 ss.

17 Un caso a sé è l'ordinanza del Tribunale di Roma con la quale un medico fu autorizzato al trasferimento degli embrioni di due coniugi nell'utero di una donna consenziente in ragione della gratuità del contratto e che nella motivazione afferma quanto segue: «deve ritenersi valido il negozio atipico di maternità surrogata a titolo gratuito in quanto rivolto a tutelare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico ed in quanto non contrastante con la disciplina relativa agli "status" familiari, né con il divieto di atti di disposizione del proprio corpo». E ancora che «la liceità e la meritevolezza degli interessi perseguiti dall'accordo atipico di maternità surrogata risultano: a) dall'assenza di corrispettivo e b) dall'aspirazione della coppia, garantita costituzionalmente dall'art. 2 in quanto espressione del generale diritto di manifestazione e svolgimento della personalità, alla realizzazione come genitori. "Lo status" di madre deve essere attribuito alla donna c.d. committente, giacché, essendovi, nella specie, soltanto una mera gestazione di embrioni creati col materiale genetico della coppia committente, deve escludersi qualsiasi volontà di assunzione del ruolo genitoriale da parte della donna portante.». Per un commento della sentenza, v. D'Avack, L.: "Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare", *Dir. fam. pers.*, 2000, p. 706 ss.

18 La sentenza è del 3 febbraio 1988.

interessi del bambino» proseguendo nel senso che non si era neppure accennato «ad eventuali e future indagini circa l'adeguatezza degli Stern al ruolo di genitori, l'idoneità della signora Stern al compito di madre adottiva e la superiorità dei coniugi rispetto alla Whitehead, o circa le conseguenze derivanti dalla separazione della bambina dalla madre naturale».

Alla luce di quanto detto sembra emergere un quadro in cui per le coppie omosessuali non è prevista a livello legislativo una disciplina della filiazione, né l'accesso all'istituto dell'adozione, né il ricorso alla pratica della maternità surrogata. Ma la realtà è molto diversa e ciò che conta è tutelare il best interest of the child: è nato un essere umano la cui tutela non può in alcun modo essere inferiore a quella dei figli nati "naturalmente".

3. Stepchild adoption e problemi concreti.

Nel caso delle unioni civili, uno dei problemi che si pone riguarda dunque il ruolo del partner del genitore biologico, in quanto bisogna valutare l'applicabilità dell'istituto dell'adozione di cui all'art. 44, lett. d), della legge n. 183 del 1984 il quale di riferisce all'ipotesi di «(…) constatata impossibilità di affidamento preadottivo».

Ma la situazione pare diversa a seconda che il minore abbia già vissuto o meno con la coppia, essendo necessaria una valutazione del caso concreto, come sottolineato dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 272 del 2017.

Nel caso in cui il minore abbia trascorso con la coppia un lasso di tempo "ragionevole" e instaurato con il partner del proprio genitore biologico un legame solido ed affettivo, è necessario tutelare il suo diritto a mantenere tale situazione di stabilità affettiva, facendo riferimento al concetto di genitore sociale.

Potrebbe, quindi, ritenersi applicabile la disciplina della stepchild adoption in virtù del diritto alla continuità degli affetti, concetto statuito – come visto – con la riforma della disciplina dell'affidamento, ma ci si chiede se tale riconoscimento giuridico della genitorialità sociale realizzi in concreto il supremo interesse del minore; egli, infatti, non trovandosi in uno stato di abbandono, vedrebbe tutelate pienamente le sue esigenze e non avrebbe la necessità di formalizzare a livello giuridico una situazione di fatto già esistente.

Il riconoscimento della stepchild adoption garantisce una situazione di maggior tutela per il minore o per il genitore sociale?

Nell'ipotesi in cui, invece, suddetto legame non sussista, l'istituto dell'adozione in casi particolari non sembra poter trovare applicazione, non solo perché si tratta di una situazione contra legem che le parti hanno coscientemente realizzato, ma

soprattutto perché non corrisponde ad un interesse concreto ed effettivo del minore, in quanto la vita familiare non si è ancora instaurata.

Tuttavia, sulla questione si pronunciata proprio di recente la Corte costituzionale[19] affermando: «I nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne versano in una condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo. Essi, destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo, vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi. La loro condizione rivela caratteri solo in parte assimilabili a un'altra categoria di nati cui, per molti anni, è stato precluso il riconoscimento dello status di figli (i cosiddetti figli incestuosi), destinatari di limitate forme di tutela, a causa della condotta dei genitori. Ciò ha indotto questa Corte a ravvisare una "capitis deminutio perpetua e irrimediabile", lesiva del diritto al riconoscimento formale di un proprio status filiationis, che è "elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo, dall'art. 2 della Costituzione", e in contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza».

È una sentenza sulla quale, a mio parere, occorre riflettere.

Un'ulteriore questione concerne l'ipotesi dello scioglimento dell'unione civile, in quanto occorre chiedersi cosa accada rispetto al genitore sociale.

L'art. 337 ter c.c., in caso di separazione, prevede il diritto al mantenimento di un rapporto affettivo solamente con il genitore e non anche con il partner dell'unione civile. L'attuale disciplina, dunque, che sancisce come regola generale quella dell'affidamento condiviso, fa esclusivamente riferimento agli effetti per i figli in caso di separazione, divorzio, cessazione della convivenza more uxorio, annullamento e nullità del matrimonio; si tratta, dunque, di casi che presuppongono la presenza di due genitori di sesso diverso.

Non è, pertanto, contemplata l'ipotesi di scioglimento dell'unione civile e la situazione che si potrebbe verificare nel caso concreto non sarebbe in alcun modo disciplinata, facendo venir meno le relative forme di tutela per il minore. Per ovviare a tale situazione sarebbe sufficiente inserire nell'articolo richiamato l'espressione «partner dell'unione civile» per poter ritenere superati i rischi di mancanza di tutela per il minore nel caso di scioglimento dell'unione civile[20]?

19 Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32.

20 Un'ultima – ma non meno rilevante questione – si pone con riferimento alla disciplina del cognome. L'art. 262 c.c. stabilisce che ai figli nati al di fuori del matrimonio venga assegnato il cognome paterno e, a seguito della sentenza n. 286 del 21 dicembre 2016 della Corte costituzionale, anche quello materno, ma

4. Cass. Civ., S.U., 3 marzo 2021, n. 9006.

Se, come visto, la disciplina della filiazione nelle unioni civili lascia ancora tanti dubbi, una possibile "rivoluzione" del sistema sembrerebbe essere stata avviata dalla Corte di Cassazione, la quale si è pronunciata di recente relativamente al riconoscimento dell'adozione di un minore adottato all'estero da parte di una coppia same-sex.

La vicenda nasce a seguito dell'adoption order emesso dalla Surrogate Court dello Stato di New York – all'esito di un'indagine eseguita anche attraverso le informazioni dei servizi sociali – che aveva attribuito ad una coppia omosessuale lo status di genitori adottivi di un minore, dopo averne valutato in concreto l'idoneità alla adozione e aver preventivamente acquisito il consenso dei genitori biologici, ritenendo che il provvedimento giurisdizionale fosse conforme al best interest of the child.

Ovviamente, tornata in Italia la coppia ha dovuto affrontare un iter alquanto farraginoso, ma la Suprema Corte si è espressa sulle diverse questioni in modo estremamente specifico nei termini che seguono.

Anzitutto, la Corte di Cassazione ha individuato i primi presupposti per ritenere lecita e riconoscibile l'adozione, vale a dire l'assenza di un accordo di maternità surrogata e l'assenso dei genitori biologici.

«Alla base della costituzione dello status genitoriale adottivo della coppia richiedente non risulta esserci un accordo di surrogazione di maternità, realizzato mediante una forma di fecondazione eterologa penalmente vietata nel nostro ordinamento e per tale ragione ritenuta contraria ai principi vigenti di ordine pubblico» per cui «l'esistenza di entrambi i genitori biologici che hanno prestato il loro consenso all'adozione del minore porta ad escludere dall'esame del Collegio non soltanto la questione della compatibilità con i nostri principi di ordine pubblico della surrogazione di maternità ma anche quella, più generale, relativa all'incidenza diretta sui principi di ordine pubblico internazionale del divieto di accesso alla p.m.a. per le coppie omoaffettive».

Il secondo ordine di considerazioni concerne l'irrilevanza giuridica dell'orientamento sessuale dei genitori:

si presuppone che i genitori abbiano sesso diverso ed è quindi necessario chiedersi cosa accada per le coppie unite civilmente. Nel caso di due madri, andrebbe assegnato il cognome della madre partoriente ex art. 269, comma 3, c.c., essendo essa considerata dall'ordinamento come unica madre e non potendosi attribuire anche il cognome della seconda madre, neppure qualora abbia donato l'ovulo. Nel caso in cui ci siano due padri sarà attribuito il cognome di colui che ha geneticamente contribuito alla nascita, ma cosa accadrebbe se nessuno dei membri dell'unione civile fosse il padre biologico del minore?

«Deve rilevarsi che l'ininfluenza dell'orientamento sessuale nelle controversie riguardanti l'affidamento dei minori e la responsabilità genitoriale all'interno del conflitto familiare costituiscono un approdo fermo nella giurisprudenza di legittimità (Cass. 601 del 2013), così come per l'accesso all'adozione non legittimante delle coppie omoaffettive (Cass. 12962 del 2016). La conclusione univocamente assunta dalla giurisprudenza di legittimità che si è espressa al riguardo si fonda sulla considerazione della mancanza di riscontri scientifici sulla inidoneità genitoriale di una coppia formata da persone dello stesso sesso. La conferma più rilevante, tuttavia, si ritrae dalla sentenza delle S.U. n. 12193 del 2019 che, pur affermando la contrarietà ai principi fondamentali che compongono l'ordine pubblico della genitorialità formatasi per effetto della gestazione per altri (o surrogazione di maternità) limitano a questo aspetto il contrasto reputando il divieto interno e la sanzione penale consequenziale espressione di valori fondamentali quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione ma escludono che sia da ricondurre a principio fondamentale dell'ordinamento l'eterosessualità della coppia nella definizione dei limiti al riconoscimento di atti stranieri relativi a status filiali.»

La Corte, poi, si sofferma sulla necessità di considerare non solo i diritti e le aspirazioni delle coppie omosessuali, ma soprattutto il preminente interesse del minore:

«per le coppie omoaffettive la condivisione della necessità di un riconoscimento giuridico e di una tendenziale equiparazione al sistema di tutela proprio dell'unione matrimoniale è stata ampiamente realizzata con la L. n. 76 del 2016 dopo il forte monito della CEDU (sentenza del 21 luglio 2015, caso Oliari più altri contro Italia). Il margine di apprezzamento degli Stati e la conseguente discrezionalità legislativa interna nell'introdurre alcune condizioni a tale equiparazione oltre a non poter oltrepassare il limite della proporzionalità tra il sacrificio del diritto fondamentale in gioco e l'interesse di rilievo pubblicistico che sottende la limitazione, non modifica il riconoscimento, costituzionale e convenzionale, delle unioni omoaffettive come luoghi in cui si sviluppa la personalità dei soggetti coinvolti (art. 2 Cost.) anche in ordine all'aspirazione alla genitorialità, quando si formi in un contesto relazionale caratterizzato da stabilità giuridica ed effettiva (art. 8 Cedu) e, soprattutto non può incidere sulla centralità del preminente interesse del minore nelle decisioni che riguardano il suo diritto all'identità ed ad uno sviluppo individuale e relazionale equilibrato e senza strappi.».

Pertanto:

«Non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo status genitoriale secondo

il modello dell'adozione piena o legittimante» e non può essere un «elemento ostativo all'adozione» il fatto che «il nucleo familiare sia omogenitoriale».

Le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 9006/2021 hanno dunque autorizzato la trascrizione nel registro di stato civile del provvedimento straniero di adozione del minore da parte della coppia omosessuale, dimostrando che anche nell'ambito delle unioni civili ciò che rileva è sempre ed esclusivamente l'interesse del minore.

E forse l'aspetto più rilevante della sentenza si sostanzia nel fatto che il riconoscimento di una filiazione all'interno delle unioni omoaffettive può avvenire solo se concretizza il diritto del minore ad avere una famiglia, e non il desiderio degli adulti di divenire genitori.

Alla luce delle osservazioni effettuate e in particolare della pronuncia ora richiamata, è evidente che i dubbi e le domande siano ancora molti, ma se gli interessi in gioco sono davvero tanti, è altrettanto chiaro che l'unico faro che deve guidare il Legislatore e la giurisprudenza è il best interest of the child.

Situazioni diverse richiedono un trattamento diverso, ma la presenza dei figli rende ogni altro interesse, a mio parere, recessivo e un intervento normativo "coraggioso" che affronti davvero tutte le problematiche sottese è davvero l'unica strada per garantire una tutela dei diritti dei figli.

BIBLIOGRAFIA

Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1 ss.

Bianca, M.: "L' uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012 (*) The Equality of the Legal Status of Children under the Recent Law No. 219 of 2012", *Giust. civ.*, 2013, p. 205 ss.

Cerri, A: "La Costituzione ed il diritto privato", in Rescigno, P. (a cura di) Trattato di diritto privato, v. 21, Utet, Torino, 1987, 54.

D'Avack, L.: "Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare", *Dir. fam. pers.*, 2000, p. 706 ss.

Denovi, F.: "Il mancato ascolto del minore inficia nel merito la decisione", *Famiglia e Diritto*, 2021, p. 175 ss.

Diquattro, C.: "La tutela del diritto del minore alla conservazione del rapporto affettivo con il genitore sociale", *Famiglia e Diritto*, 2020, p. 140 ss.

Dossetti, M.: " L'unicità dello stato di figlio e i modi diversi di accertamento dello status", in M. Dossetti - M. Moretti - C. Moretti, *La nuova filiazione*, Zanichelli, Bologna, 2017, p. 2.

Finocchiaro, A: "Non basta prospettare l'evoluzione scientifica per ritenere lecito l'accordo tra le parti", *Guida dir.*, 2009, p. 80

Novello, F.: "Il revirement della Cassazione in tema di mantenimento del figlio maggiorenne", *NGCC*, 2021, p. 13 ss.

Recinto, G., *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016, p. 44 ss.

Rossi Carleo, L.: "La famiglia dei figli", *Giur. it.*, 2014, p. 1462 ss.

Sandulli, S.: "Favor veritatis e favor minoris nell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità", *Familia*, 2018, p. 77 ss.

LA PROSPETTIVA PAIDOCENTRICA QUALE *FIL ROUGE* DELL'ATTUALE DIRITTO DI FAMIGLIA

PAIDOCENTRIC PERSPECTIVE AS THE FIL ROUGE OF CURRENT FAMILY LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1572-1601

Michele SESTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: L'attuazione dell'interesse del minore costituisce il filo conduttore della disciplina della filiazione, che l'A. segue con riguardo particolare all'esercizio della responsabilità genitoriale, all'attribuzione e alla contestazione dello stato di figlio e alla surrogazione di maternità.

PALABRAS CLAVE: Filiazione; interesse del minore; esercizio della responsabilità genitoriale; stato di figlio; surrogazione di maternità.

ABSTRACT: *The child best interest implementation represents the main thread of filiation discipline, analyzed by the Author with special regard to the exercise of parental responsibility, the attribution and contestation of child status and the surrogate motherhood.*

KEY WORDS: *Filiation; child best interest; parental responsibility exercise; child status; surrogate motherhood.*

SUMARIO.- I. PREMESSA.- II. ESERCIZIO DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE.- 1. CRISI DELLA COPPIA GENITORIALE.- 2. CASA FAMILIARE.- III. ATTRIBUZIONE DELLO STATO DI FIGLIO- IV. AZIONI DI STATO.- V. TECNICHE DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA, STATO DI FILIAZIONE E INTERESSE DEL MINORE.

I. PREMESSA.

La prospettiva paidocentrica – che pone al centro degli istituti del diritto di famiglia il minore – è relativamente recente e risale agli ultimi decenni[1]. Essa nasce a seguito delle profonde trasformazioni che hanno interessato la famiglia nel cinquantennio che ci separa dalla introduzione nell'ordinamento del divorzio[2].

Il principio della salvaguardia dell'interesse "superiore"[3] del minore si è poi imposto, quale valore cardine del sistema, dopo la ratifica della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, approvata il 20 novembre 1989, e, più di recente, ha ricevuto conferma dall'art. 24, § 2, della Carta dei Diritti Fondamentali Ue. Ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. l'interesse superiore del minore è così asceso "a valore apicale del sistema"[4].

Sulla scorta degli orientamenti emersi in sede internazionale, si è quindi affermata, anche nel nostro ordinamento – e la riforma della filiazione ne ha recato ulteriore testimonianza[5] – una nuova considerazione della condizione del minore, non più soggetto incapace, mero destinatario di protezione, ma individuo titolare di diritti soggettivi che l'ordinamento deve non solo riconoscere ma anche garantire e promuovere in via prioritaria (art. 3 comma 2 Cost.).

Il diritto del fanciullo a partecipare in prima persona alla propria formazione ed alle scelte che lo riguardano – proclamato dalla Convenzione di New York e

1 Scalisi, V.: "Il superiore interesse del minore, ovvero il fatto come diritto", *Rivista di diritto civile*, 2018, 2, p. 405. De Masi, M.: *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Jovene, Napoli, 2020, p. 39 ss.; e v. già Rescigno, P.: "I minori tra famiglia e società", *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1982, 1, p. 271 ss., ora in *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 303 ss. La Rosa, E.: *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, Giuffrè, Milano, 2005, *passim*.

2 Sesta, M.: "Mezzo secolo di riforme (1970-2020)", *Famiglia e diritto*, 2021, 1, p. 17.

3 Sull'aggettivo 'superiore' cfr. le considerazioni di Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Rivista di diritto civile*, 2016, 1, p. 86; Lenti, L.: "L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: espansione e trasformismo", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 2, p. 148; Lenti, L.: "«Best interests of the child» o «best interests of children»?", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, 2, p. 157.

4 Scalisi, V.: "Il superiore", cit., p. 407.

5 Sesta, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Famiglia e diritto*, 2013, 3, p. 231.

• Michele Sesta
Professore dell'Alma Mater Studiorum Università di Bologna, michele.sesta@unibo.it

ribadito dalla CDFUE – ha trovato attuazione mediante il riconoscimento del suo diritto, nell'ambito delle procedure che lo coinvolgono, di esprimere liberamente la propria opinione su ogni questione che lo interessa, da prendersi in considerazione in funzione della sua età e del suo grado di maturità. Nella medesima direzione di valorizzazione della personalità del figlio, si colloca il diritto, ribadito dall'art. 315 bis, comma 3, c.c., di essere ascoltato, se ultradodicenne ovvero anche di età inferiore ove capace di adeguato discernimento, nelle questioni e nelle procedure che lo riguardano, così – a ben vedere – anche indicando ai genitori un criterio pedagogico, cui essi devono attenersi nella relazione educativa con il figlio, basato sul dialogo e sulla persuasione e diretto a valorizzarne al massimo la persona[6].

La priorità dell'interesse del figlio rispetto a quelli degli adulti, e, segnatamente, dei genitori, nella pratica giurisprudenziale viene in rilievo, tra l'altro e specie nei tempi più recenti, in materia di esercizio della responsabilità genitoriale, affidamento dei figli, attribuzione della casa familiare, adozione, conoscenza delle proprie origini, azioni di stato, in relazione ai rapporti tra tecniche di procreazione medicalmente assistita e alla determinazione dello *status filiationis* e, infine, di sottrazione dei minori (art. 13 Convenzione dell'Aja del 1980).

Se rileggiamo le norme della Costituzione[7], rileviamo che in essa non vi è espressa menzione dell'interesse del minore[8]. L'attenzione del costituente, che trae a modello la famiglia rurale dell'Italia postbellica, si concentra sui diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, secondo una visione che mette a fuoco nella istituzione familiare il punto di raccolta degli interessi dei membri che ne fanno parte, chiamati a fondersi e a sublimarsi nell'interesse del gruppo. È significativo, in questo quadro, il secondo comma dell'articolo 29 Cost., che, nell'enunciare il rivoluzionario principio dell'eguaglianza morale e giuridica tra coniugi ne consente limitazioni a garanzia dell'unità familiare, che, dunque, sembra rappresentare il "superiore" bene tutelato. Allo stesso modo dicasi per i figli: è vero che nella Costituzione non c'è un riferimento lessicale alle categorie civilistiche all'epoca vigenti dei figli legittimi e illegittimi, tuttavia, in essa i diritti dei figli nati fuori del matrimonio trovano tutela compatibilmente con quelli dei membri della famiglia legittima. In breve, la famiglia è una entità che nasce dal matrimonio e che trova al suo interno le regole volte a garantire la tutela dei suoi membri. In un consimile quadro, con riguardo specifico ai figli, l'ordinamento statale – tenuto a sostenere la famiglia, specie quella numerosa (art. 31 Cost.) – interviene solo in casi eccezionali e straordinari per rimuovere i poteri dei genitori

6 Sesta, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, IX ed., Cedam, Padova, 2021, p. 259 ss.

7 Al riguardo cfr. Lamarque, E.: *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016, *passim*; Sesta, M., "*Diritto di famiglia* e *Costituzione oggi. Dialogo con Mario Segni*", *Lo Stato*, 2019, 2, p. 305 ss.

8 Scalisi, V.: "Il superiore interesse", cit., 405.

che malamente li esercitano (art. 330 c.c.) o per applicare le norme penali in presenza di comportamenti delittuosi (non tutti, invero, stante l'art. 649 c.p.).

In questa cornice, non emerge l'esigenza di una specifica tutela giuridica del minore, che, ripetesi, trovava la sua garanzia nell'ambito interno della famiglia fondata sul matrimonio indissolubile, oppure in quello pubblicistico, per chi idonea famiglia non avesse, recante con sé l'istituzionalizzazione dei minori interessati. Può, peraltro, evidenziarsi come tutta una serie di disposizioni costituzionali faccia intravvedere l'idea del minore come persona titolare di propri diritti[9], prima fra tutte quella dell'art. 30 Cost., con l'ascendente gerarchia di valori recata dagli obblighi genitoriali di mantenere, istruire ed educare i figli[10].

A ben vedere, nell'esperienza del nostro Paese, il tema dell'interesse del minore si è dunque affacciato alla ribalta da oltre mezzo secolo: un mezzo secolo di riforme, come in altra sede l'ho chiamato, in contrapposizione a quello – che va dal 1865 al 1919 – definito da Paolo Ungari[11] senza riforme. Fu la legge che introdusse l'adozione speciale (legge n. 431/1967), infatti, che per la prima volta manifestò in maniera esplicita l'attenzione del legislatore all'interesse dei bambini in stato di abbandono, consentendo addirittura che essi, anche se figli legittimi, fossero adottati da coppie coniugate, con l'effetto di recidere i vincoli giuridici con la famiglia di origine e crearne di nuovi con i genitori adottivi, in tutto e per tutto parificandoli a quelli propri della famiglia legittima. Si arrivò, dunque, a superare il dogma della società naturale fondata sul matrimonio per contrastare l'istituzionalizzazione dei minori[12].

Alla base dell'adozione speciale stava infatti l'idea che l'interesse dei minori dovesse ricevere prioritaria tutela, non solo rispetto a quello degli adulti, ma anche a quello della stessa istituzione familiare, le cui ragioni furono posposte a quelle del figlio, sino a prevederne l'uscita dalla famiglia "di sangue" – se incapace a garantirne la crescita – e a collocarlo in un nuovo habitat familiare, alla stregua di un figlio biologico. Si realizzò in tal modo un inusitato superamento delle norme fondanti i legami, gli status e i poteri familiari, in nome dell'affermazione del concreto interesse del minore. Una vera e propria "rottura dello stesso principio-famiglia"[13]. L'adozione è anche il campo in cui, fronteggiandosi diritti degli adulti e diritti dei minori, si è assistito talvolta, come è stato acutamente evidenziato, a una vera

9 Lamarque, E.: *Prima i bambini*, cit., *passim*.

10 Rescigno, P.: "La tutela dei figli nati fuori dal matrimonio" (1966), ora in Rescigno, P.: *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni di diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 279.

11 Ungari, P.: *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1970, p. 147.

12 In argomento Dogliotti, M.: "Adozione e affidamento", in AA.VV.: *Il diritto di famiglia* (a cura di T. Auletta), in *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), vol. IV, t. IV, Giappichelli, Torino, 2011, p. 397.

13 Scalisi, V.: "Il superiore interesse", cit., p. 418.

e propria eterogenesi dei fini: «la dichiarata priorità dell'interesse del minore si risolve nell'effettiva promozione dell'interesse degli adulti»[14].

A tanti anni dall'entrata in vigore della normativa sull'adozione legittimante la giurisprudenza si mostra ormai consapevole del fatto che la sua prospettiva possa essere talvolta eccessiva, proprio in considerazione della recisione, che comporta, dei vincoli con la famiglia biologica. Di recente, infatti, la Corte di cassazione[15] ha affermato il seguente principio di diritto: «L'adozione c.d. "legittimante", che determina, oltre all'acquisto dello stato di figlio degli adottanti in capo all'adottato, ai sensi dell'art. 27, primo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184, la cessazione di ogni rapporto dell'adottato con la famiglia d'origine, ai sensi del terzo comma, coesiste nell'ordinamento con la diversa disciplina "dell'adozione in casi particolari", prevista dall'art. 44 della legge n. 184 del 1983, che non comporta l'esclusione dei rapporti tra l'adottato e la famiglia d'origine; in applicazione degli art. 8 CEDU, 30 Cost., 1 l. n. 184 del 1983 e 315 bis, secondo comma, c.c., nonché delle sentenze in materia della Corte EDU, il giudice chiamato a decidere sullo stato di abbandono del minore, e quindi sulla dichiarazione di adottabilità, deve accertare la sussistenza dell'interesse del medesimo a conservare il legame con i suoi genitori biologici, pur se deficitari nelle loro capacità genitoriali, costituendo l'adozione legittimante "un'extrema ratio" cui può pervenirsi nel solo caso in cui non si ravvisi tale interesse; il modello di adozione in casi particolari, e segnatamente la previsione di cui all'art. 44, lett. d) della legge n. 184 del 1983, può, nei singoli casi concreti e previo compimento delle opportune indagini istruttorie, costituire un idoneo strumento giuridico per il ricorso alla c.d. "adozione mite", al fine di non recidere del tutto, nell'accertato interesse del minore, il rapporto tra quest'ultimo e la famiglia d'origine».

Nel 1967 si era aperta una breccia nel bastione che proteggeva l'isola dagli attacchi esterni, anche da quelli provenienti dagli Organi dello Stato per portare soccorso ai membri bisognosi di protezione. Di lì a poco ben altro varco si sarebbe aperto! Alludo alla legge sul divorzio, che da pochi mesi ha festeggiato il mezzo secolo[16].

A mio avviso, è da queste due leggi che occorre muovere per lumeggiare la prospettiva paidocentrica che si è sviluppata nei tempi più recenti e che oggi attraversa e tiene unito l'intero diritto di famiglia.

Recidere i vincoli con la famiglia d'origine incapace di assicurare il benessere del figlio ha significato affermare la superiorità del suo interesse rispetto a quello

14 Lenti, L.: "Note critiche", cit., p. 95.

15 Cass., Sez. I, 25 gennaio 2021, n. 1476 (in corso di pubblicazione, *Famiglia e diritto*).

16 Sesta, M.: "Il matrimonio a cinquant'anni dalla legge sul divorzio", *Rivista di diritto civile*, 2020, 6, p. 1177; Sesta, M.: "Mezzo secolo", cit., p. 17.

dell'istituzione in cui era nato e dei suoi genitori biologici; introdurre il divorzio ha significato consentire la risoluzione del matrimonio, cioè del presupposto costituzionale che contrassegna(va) i legami familiari. Di qui, in anni più recenti (legge n. 54/2006), è scaturita la necessità di garantire ai figli un collante che li mantenesse legati ai genitori indipendentemente dalla sussistenza di un vincolo giuridico tra i medesimi, affinché i loro interessi trovassero tutela e protezione a prescindere dal legame tra chi li aveva generati.

Prima di queste leggi, superiore era l'interesse della famiglia, inteso come sovraordinato a quello dei singoli membri che ne facevano parte[17]; dopo, superiore è diventato l'interesse del minore, cioè della parte debole della relazione familiare[18].

Che si tratti di interesse superiore o, come esattamente si è precisato, del migliore interesse, esso deve comunque trovare un bilanciamento rispetto ad altri interessi, ancorché tale da consentire il suo soddisfacimento[19]. Si tratta sempre di un interesse individuale, che si contrappone ad altri interessi individuali, secondo una dinamica che ha profondamente mutato le relazioni familiari. Il movimento è stato dai "diritti della famiglia" ai "diritti del familiare", primi fra tutti quelli reciproci degli adulti a separarsi, divorziare e costituire una nuova famiglia[20], e, corrispondentemente, quelli dei minori a mantenere i legami con chi li ha generati.

Occorre a questo punto rilevare che alla precarizzazione della relazione di coppia – incrementata dalla successiva legislazione in materia di negoziazione assistita, di divorzio breve, di unione civile e di convivenze – l'ordinamento oggi contrappone una forte consolidazione dei legami genitoriali[21], attuata attraverso strumenti giuridici che in passato non avevano ragione di esistere perché la tutela legale si indirizzava prioritariamente in favore dei figli legittimi, cosicché i legami verticali erano garantiti dalla indissolubilità del vincolo matrimoniale[22].

Sotto il primo profilo, occorre ricordare l'introduzione dello stato unico di figlio attuata nel 2012-2013, che ha comportato che la condizione giuridica del nato sia indipendente dalla sussistenza del vincolo matrimoniale tra i genitori, e sia identica

17 Cicu, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria generale* (1915), rist. (con *Lettura* di Sesta, M.), Editore Arnaldo Forni, Bologna, 1978, *passim*.

18 Marella, M.R.: "Fra status e identità. L'interesse del minore e la costruzione della genitorialità", in AA.VV.: Liber amicorum *Pietro Rescigno*, t. II, Esi, Napoli, 2018, p. 1213.

19 Scalisi, V.: "Il superiore interesse", cit., p. 430; Lenti, L. "Note critiche", cit., p. 89.

20 La giurisprudenza è giunta ormai da tempo ad affermare l'esistenza nell'ordinamento del diritto costituzionalmente garantito a ciascun coniuge di porre fine all'unione matrimoniale – Cass., Sez. I, 9 ottobre 2007, n. 21099 (*La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 4, p. 519, con nota di Lenti, L.: "Il criterio per valutare l'intollerabilità della convivenza: la Cassazione abbandona declamazioni ideologiche e disvela le regole operative") –.

21 Paradiso, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è", *Rivista di diritto civile*, 2016, 5, p. 1310.

22 Sesta, M.: "La famiglia tra funzione sociale e interessi individuali", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2017, 2, p. 578.

per tutti. Il dato di maggior interesse è che non solo è venuta meno la secolare differenziazione tra figli legittimi e figli illegittimi o naturali, ma che il matrimonio non è più la porta d'ingresso nella famiglia, in quanto il vincolo di parentela si instaura ora tra discendenti e collaterali indipendentemente dal rapporto giuridico matrimoniale dei genitori (art. 74 c.c.)[23]. In altri termini, la parentela non è più condizionata dal matrimonio, che ha così perduto una delle sue più essenziali finalità e si è ridotto a ornamento della relazione di coppia.

All'unicità dello stato di figlio [24] – chiave di volta della riforma a tutela dell'interesse di tutti i figli, indipendentemente dalla modalità della loro nascita – corrisponde quella delle regole che governano la responsabilità genitoriale, che sono le stesse sia nel caso di matrimonio o convivenza dei genitori sia nel caso in cui essi vivono separatamente e non coabitano[25]. In ogni caso i genitori esercitano la responsabilità di comune accordo e quindi devono relazionarsi tra loro per assumere le più opportune decisioni nei confronti dei figli, allo stesso modo in cui farebbero se coabitassero tutti assieme. Insomma, si è genitori per sempre e in coppia, non *uti singuli*.

In maniera corrispondente, e questo è il punto che maggiormente qui interessa, il figlio è titolare del diritto alla bi-genitorialità, cioè a mantenere identici rapporti con i genitori e con i parenti dei relativi rami anche quando questi non convivano o convivano con altri[26]. Sembra dunque che il legislatore esiga che le relazioni familiari come tali non risentano del venir meno o addirittura dell'insussistenza *ab origine* della relazione orizzontale, che nel passato regime costituiva la base della famiglia. Di qui il delicato tema della famiglia ricomposta o ricostituita, in cui l'interesse del figlio si riflette in un prisma che lo fa interagire con plurali relazioni socio-affettive[27].

L'attuazione dell'interesse del minore nell'ambito dei rapporti di filiazione si presenta sotto molteplici aspetti, così da costituire quel *fil rouge* che attraversa

23 Sesta, M.: *Manuale di*, cit., p. 467; Sesta, M., "Filiazione (diritto civile)", in *Enciclopedia del Diritto*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2015, p. 448.

24 Sullo stato unico di figlio, si v. Bianca, M.: "L'unicità dello stato di figlio", in *La riforma della filiazione* (a cura di C.M. Bianca), Cedam, Padova, 2015, p. 3 ss.; Bianca, C.M.: "La riforma della filiazione", *Le nuove leggi civili commentate*, 2013, 3, p. 437 ss.; Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo i figli", *Rivista di diritto civile*, 2013, 1, p. 1 ss.; Sesta, M., "*Filiazione*", cit., p. 448.

25 In argomento, Lenti, L.: "Responsabilità genitoriale", in AA.VV.: *Il nuovo diritto della filiazione* (a cura di L. Lenti, M. Mantovani), in AA.VV.: *Le riforme*, in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), Giuffrè, Milano, 2019, t. 2, p. 375 ss.; La Rosa, E.: commento *sub* art. 316, c.c., in AA.VV.: *Della famiglia*, II ed. (a cura di G. Di Rosa), in *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli), Utet, Torino, 2018, t. 2, p. 613 ss.; Al Mureden, E., commento *sub* art. 316 c.c., in *Codice dell'unione civile e delle convivenze* (a cura di M. Sesta), Giuffrè, Milano, p. 1664 ss.; Sesta, M., Arceri, A., *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in AA.VV.: *La crisi della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 2016, t. 3, p. 12 ss.

26 Quadri, E.: "Una riflessione sull'interesse del minore e la dimensione familiare della sua tutela", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, 6, p. 1332 s.

27 Scalisi, V.: "Il superiore interesse", cit., p. 432; Sesta, M., *Manuale di*, cit., p. 333 ss.

i rinnovati istituti della famiglia, di seguito ripercorsi con particolare riguardo all'esercizio della responsabilità genitoriale, all'attribuzione e alla contestazione dello stato di figlio e alla p.m.a.

II. ESERCIZIO DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE.

Seguendo il percorso sopra indicato, deve essere ricordata la nuova visione della potestà genitoriale già affermatasi con la riforma del diritto di famiglia del 1975 – che sancì l'obbligo dei genitori di tenere conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli – venuta a compimento con la riforma del 2012-13, che ha introdotto la responsabilità genitoriale. La disposizione dell'originario art. 147 c.c., lungi dal costituire una formula di stile o programmatica, ha segnato uno dei momenti di maggiore innovazione attuati dal legislatore del 1975, distaccandosi dalla precedente visione del rapporto, caratterizzato dalla soggezione del figlio al potere dei genitori, diretto a conformarne la personalità secondo un modello predeterminato. Col richiamare capacità, inclinazioni e aspirazioni del minore – in una parola, la sua specifica ed irripetibile personalità e soggettività – il legislatore ha assegnato ai genitori il compito di seguire il figlio affinché egli dia forma alla propria struttura personale, e non più quello di uniformarne la personalità – dall'alto di una autorità onnipotente – ad astratti modelli comportamentali, più o meno generalmente condivisi[28].

Con la riforma del 2012-13 la materia ha conosciuto un significativo mutamento di prospettiva[29].

Volendo definitivamente abbandonare l'antico schema che, nonostante gli intervenuti mutamenti di sostanza, pur sempre il termine 'potestà' evocava, il legislatore lo ha sostituito con l'espressione "responsabilità genitoriale", che intende porre l'accento sui doveri di cura volti all'attuazione dell'interesse del figlio, rispetto al quale il ruolo dei genitori si configura alla stregua di una vera e propria funzione. Il legislatore ha, cioè, inteso collocare in evidenza il profilo degli interessi del figlio e, nel contempo, configurare l'esercizio della autorità genitoriale non più quale prerogativa sulla persona che si pretende ad altri sottoposta, bensì come strumento funzionale al soddisfacimento dei diritti del figlio e al tempo stesso alla compiuta attuazione dei doveri genitoriali[30].

28 Moro, A.C.: *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, Bologna, 1996, p. 131; Sesta, M., "Filiazione", cit., p. 450 ss.

29 Scalisi, V.: "Il superiore interesse", cit., p. 407.

30 Sulla nozione di responsabilità genitoriale cfr. Al Mureden, E., "La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari", *Famiglia e diritto*, 2014, 5, p. 466 ss.; Al Mureden, E., Sesta, M., commento *sub* art. 315-bis c.c., in *Codice della famiglia* (a cura di M. Sesta), cit., p. 1159 ss.; v. anche Cianci, A.G., "La nozione della responsabilità genitoriale (Art. 316-317)", in AA.VV.: *La riforma della filiazione* (a cura di C.M. Bianca), cit., p. 579 ss.

1. Crisi della coppia genitoriale.

È interessante anche rimarcare che a seguito della riforma del 2006, poi recepita in quella 2012-13, l'esercizio della responsabilità in capo ai genitori in linea di principio non si modifica neppure a seguito della loro crisi e del conseguente venir meno della convivenza tra loro. Come anticipato, la disciplina degli artt. 337 *bis* ss. c.c., valorizza l'esigenza che il figlio goda di un intenso rapporto con entrambi i genitori nonostante la cessazione della vita di coppia[31] e nel contempo, enfatizza l'importanza dei più ampi legami familiari, riconoscendo il diritto del figlio di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascuno dei genitori. Per realizzare le finalità sopra indicate, nei procedimenti afferenti alla crisi della famiglia il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori, oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati (art. 337 *ter*, comma 2, c.c.).

2. Attribuzione della casa familiare.

L'art. 337 *sexies* c.c. prevede altresì che il godimento della casa familiare debba essere assegnato «tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli» (comma 1), che è quello di non subire un forzoso allontanamento dalla propria casa, intesa come centro degli affetti in cui si svolge la vita della famiglia e, più in generale, quale punto di riferimento delle più ampie relazioni sociali che lo riguardano. È evidente che la preoccupazione del legislatore è quella di attenuare l'inevitabile trauma subito dal minore a seguito del venir meno della convivenza dei suoi genitori[32].

L'adozione di questo criterio, che fa leva sull'assoluta prevalenza dell'interesse del figlio su ogni altro interesse, rende nella concreta esperienza assolutamente inusuale l'ipotesi di assegnazione al genitore non collocatario, atteggiandosi quindi detta supremazia dell'interesse del figlio quale vero dogma, come tale non bisognoso di dimostrazione alcuna. Con il che il figlio – specie se adolescente – diventa l'arbitro della controversia tra i suoi genitori, se non addirittura il loro tiranno, posto che ciascuno di essi potrà trovarsi costretto a doverne carpirne i favori pur di condurlo dalla propria parte onde ottenere il risultato perseguito[33].

III. ATTRIBUZIONE DELLO STATO DI FIGLIO.

Come noto, la riforma della filiazione, pur avendo unificato lo stato di figlio, ha mantenuto distinte le modalità della sua attribuzione e della formazione del relativo

31 Sesta, M., *Manuale di*, cit., p. 314 ss.

32 Sesta, M., *Manuale di*, cit., p. 324 ss.

33 Sesta, M., "L'assegnazione della casa famigliare tra «preminente» interesse dei figli e diritti degli altri familiari", *Archivi di Psicologia Giuridica*, 2014, 1, p. 101 ss.

titolo dello stato, a seconda della sussistenza o meno del legame matrimoniale tra i genitori. In caso di nascita nel matrimonio l'attribuzione dello stato di figlio è automatica e si forma "d'ufficio" in sede di dichiarazione di nascita nei confronti di entrambi i genitori, salvo l'obbligo di rispettare l'eventuale volontà della donna di non essere nominata; il figlio nato fuori del matrimonio acquisisce lo stato soltanto nei confronti del genitore che lo abbia riconosciuto o nei cui confronti sia stata giudizialmente dichiarata la paternità o la maternità.

Le regole che disciplinano il riconoscimento e la dichiarazione giudiziale di genitorialità, specie gli artt. 250, commi 2, 3 e 4, e 269-273 c.c., fanno ampio riferimento all'interesse del minore, che può addirittura impedire la formazione del titolo dello stato ogniqualvolta l'accertamento della genitorialità lo contrasti. Si osservi che, con riguardo al figlio nato fuori del matrimonio, vige il principio della volontarietà del riconoscimento anche rispetto alla madre: qui l'interesse del minore sembra recessivo rispetto alla volontà di chi lo ha generato, benché naturalmente sia prevista la possibilità per il figlio di agire per la dichiarazione giudiziale di genitorialità, anch'essa peraltro soggetta alla previa valutazione della sussistenza del suo interesse.

In questo contesto, merita un cenno il tema dell'anonimato materno. Il nostro ordinamento riconosce, infatti, la facoltà alla partoriente – salvo il caso in cui il figlio sia nato da p.m.a., stante il divieto di cui all'art. 9 legge n. 40/2004 – di non essere nominata nell'atto di nascita (art. 30 d.P.R. n. 396/2000)[34]. Tale facoltà è riconosciuta anche alla donna coniugata, la quale, a differenza del marito – per cui opera la presunzione *ex* art. 231 c.c.- può così impedire che si formi un atto di nascita che la indichi come madre, avvalendosi del diritto di rimanere anonima. A corollario della previsione di cui all'art. 30, l'art. 93, comma 2, d.P.R. n. 396/2000, dispone che il «certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, avvalendosi della facoltà di cui all'art. 30, comma 1, d.p.r. n. 396/2000, possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse in conformità alla legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento».

L'effetto del diritto all'anonimato è duplice: da un lato, quello di impedire la formazione di un titolo di stato in capo al nato; dall'altro, quello dell'inaccessibilità delle informazioni relative alla identità della partoriente da parte del figlio stesso e di soggetti terzi.

Sotto altro profilo, merita un richiamo l'art. 28 l. n. 184/1983 alla cui stregua l'accesso alle informazioni da parte dell'adottato relative alle proprie origini «non

34 La disposizione riproduce in maniera letterale il precedente art. 70, comma 1, R.D. 9 settembre 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile), così come modificato dall'art. 2 della L. 15 maggio 1997, n. 127 (c.d. Legge Bassanini bis).

è consentito nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata». La Corte costituzionale[35] ha invero mitigato la portata totalmente preclusiva della dichiarazione di anonimato, affermando l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, l. ad., nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione. A seguito dell'intervento della Corte, pertanto il figlio può richiedere al Tribunale che, nel rispetto della riservatezza, la madre sia interpellata per rinnovare a distanza di tempo quella volontà di anonimato o viceversa accettare che siano comunicate al figlio le sue generalità[36].

L'anonimato sacrifica dunque l'interesse del figlio a conseguire uno stato genitoriale nei confronti del genitore biologico, in spregio peraltro al diritto/dovere sancito dall'art. 30 Cost. Ci si imbatte così in una situazione in cui l'interesse del minore non è affatto superiore a quello della partoriente a mantenere l'anonimato, il che richiede di individuare un bene di pari rango alla cui tutela è strumentale il sacrificio di tale interesse.

Come è stato notato, "la segretezza è strumentale alla realizzazione dell'interesse del minore, in quanto fa prediligere alla madre di non abortire e di salvaguardare la salute del minore, oltre che sua, partorendo in una situazione protetta e evitando, dopo la nascita, ben più tragiche scelte come l'infanticidio o l'abbandono indiscriminato"[37].

A riguardo si segnala la recente sentenza n. 19824/2020 della Corte di cassazione, la quale ha precisato che l'azione giudiziale di accertamento della maternità ex art. 269 c.c., nel caso in cui la madre abbia esercitato il diritto al parto anonimo, è sottoposta alla condizione della sopravvenuta revoca della rinuncia alla genitorialità giuridica da parte della madre, ovvero alla morte di quest'ultima, non essendovi più in entrambi i casi elementi ostativi per la conoscenza del rapporto di filiazione e così dovendosi interpretare secondo una lettura costituzionalmente e internazionalmente orientata la suddetta norma[38].

35 Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278 (*La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, 1, p. 279 ss., con note di Marcenò, V.G.F.: "Quando da un dispositivo di incostituzionalità possono derivare incertezza", e di Long, J.: "Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità del parto".

36 Cfr. Cass., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946 (*Il Corriere giuridico,* 2017, 5, p. 618, con nota di Bugetti, M.N.: "Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini").

37 Bugetti, M.N.: *Del riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio*, in *Commentario al codice civile* (diretto da A. Scialoja, G. Branca, F. Galgano, continuato da G. De Nova), Zanichelli, Bologna, 2020, p. 59.

38 Cass., 22 settembre 2020, n. 19824, (*Famiglia e diritto*, 2021, 1, p. 163, con nota di Mendola, A.: "Azione di accertamento dello stato di figlio e limiti al diritto all'anonimato"). Cfr. tuttavia, ma con riguardo alla conoscenza delle proprie origini, Trib. Min. Milano, 7 settembre 2020 (*Famiglia e diritto,* 2020, 12, p. 1139, con nota di Bugetti, M.N.: "Parto anonimo: la secretazione dell'identità della madre si protrae anche dopo la sua morte").

IV. AZIONI DI STATO.

Come ha scritto Leonardo Lenti, «Fra gli strumenti di protezione e di promozione dei diritti del minore la necessità prioritaria di perseguire il suo benessere, vale a dire appunto ciò che comunemente si indica con la formula interesse del minore, ha un rilievo particolarmente alto. I minorenni, dunque, hanno il diritto a che ciò abbia un valore prioritario per le decisioni che li riguardano e che queste siano prese a conclusione di una valutazione personalizzata delle circostanze. Oltre a indirizzare la condotta dei genitori che esercitano la responsabilità parentale – come prescritto dall'art. 18 UNCRC e dall'art. 315 *bis* c.c.- questo deve anche essere lo scopo che regge ogni decisione giudiziaria o amministrativa che li riguardi, che incida sulla loro vita»[39].

Questa affermazione è particolarmente sfidante nell'ambito delle azioni di stato volte ad accertare o a contestare lo stato di filiazione.

Occorre ricordare che prima delle riforme degli anni Settanta esse si uniformavano al principio del *favor legitimitatis*. Questo, da un lato, consentiva che le azioni di reclamo e di contestazione della legittimità fossero imprescrittibili, mentre, dall'altro, che l'azione di disconoscimento della paternità fosse riservata al solo marito, che doveva esercitarla subito dopo la nascita del figlio[40]. Ciò garantiva la stabilità della famiglia e degli status, ma sacrificava l'emersione della verità genetica della filiazione. Per contro, l'azione di dichiarazione giudiziale della paternità – inibita al figlio adulterino – doveva essere promossa entro due anni dal raggiungimento della maggiore età del figlio, mentre l'azione di impugnativa del riconoscimento del figlio naturale era esperibile da chiunque ne avesse interesse ed era imprescrittibile, proprio in considerazione del fatto che in quell'epoca il figlio concepito fuori del matrimonio non disponeva di una piena e incondizionata tutela e soprattutto non era giuridicamente inserito in una rete di rapporti familiari.

Con la riforma del diritto di famiglia ha trovato ingresso il principio della verità nei rapporti di filiazione, che poteva essere accertata in un tempo anche molto successivo a quello della nascita. Occorre anche ricordare che il principio della verità poteva finalmente imporsi grazie ai progressi delle scienze mediche che, a partire dagli anni Ottanta, consentivano sia di escludere che di determinare con certezza la paternità del nato[41].

Più di recente, il legislatore ha posto nuovi limiti temporali all'accertamento della verità, limiti ai quali tuttavia non soggiace il figlio per il quale le relative azioni

39 Lenti, L.: "Note critiche", cit., p. 97 ss.

40 Cicu, A., *La filiazione*, II ed., in *Trattato di diritto civile italiano* (diretto da F. Vassalli), Torino, 1969, 88 ss., vol. III, t. 2, p. 103 ss., particolarmente p. 133 e 142 ss.

41 Sesta, M.: "Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi", *Famiglia e diritto*, 2019, 11, p. 1054.

sono imprescrittibili. Per gli altri, e particolarmente per colui che viene indicato come padre, decorsi cinque anni dalla nascita, le azioni di disconoscimento e di impugnativa del riconoscimento non sono più esperibili e lo stato di filiazione si consolida, anche se successivamente si scopra che esso non corrisponde alla verità biologica della procreazione (artt. 244, comma 5, c.c. e 263, comma 4, prima parte, c.c.)[42].

Conclusivamente, l'elemento genetico ha perduto quella primaria rilevanza che gli era stata attribuita ed è stato sostituito dall'interesse del figlio – che, a ben vedere, riflette invero anche l'interesse più ampio dell'intera società – alla stabilità della relazione con chi risulti suo genitore, affinché sia accudito e mantenuto nel contesto relazionale in cui è rimasto collocato per un tempo significativo[43]. Come è stato scritto, una tale evoluzione si è resa necessaria «in tempi ove le famiglie sono fragili, le coppie instabili e i minori sballottati da una famiglia all'altra. Il minore, come detto, rimane uno degli ultimi elementi di stabilità a partire dal quale il legislatore potrà ricostruire il diritto della famiglia»[44].

In tema di interesse del minore nelle azioni di stato, merita particolare attenzione il potere del P.M. di richiedere al Tribunale la nomina di un curatore speciale del minore, diretta all'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità ex art. 244, comma 6, c.c., o dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ex art. 264 c.c. La materia coinvolge direttamente il complesso rapporto tra verità genetica della procreazione e interesse del minore al suo effettivo accertamento, sul quale, anche di recente, sono ripetutamente intervenute, invero in maniera non del tutto univoca, sia la Corte di cassazione che la Corte costituzionale.

Quanto all'azione di disconoscimento della paternità, occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 244, comma 6, c.c., essa, oltre che dal marito, dalla madre e dal figlio maggiorenne, può essere altresì promossa «da un curatore speciale nominato dal giudice, assunte sommarie informazioni, su istanza del figlio minore che ha compiuto i quattordici anni ovvero del pubblico ministero o dell'altro genitore, quando si tratti di figlio di età inferiore».

La disposizione fu originariamente introdotta dall'art. 61, l. n. 184/1983, che per la prima volta, consentiva che l'azione in questione fosse promossa, ancorché mediante un curatore speciale del minore a iniziativa di un soggetto estraneo alla famiglia, qual è il P.M. La norma in questione – piuttosto che consentire l'affermazione incondizionata della verità biologica, anche contro la volontà e gli interessi dei familiari, e assecondare la pur legittima intenzione del preteso

42 Sesta, M.: "L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013", *Famiglia e diritto*, 2014, 5, p. 454.

43 Sesta, M.: "Filiazione", cit., p. 446.

44 Malaurie, P., Aynes, L., *La famille* (a cura di Malaurie, F., Fulchron, H.), IV ed., Lgdj, Paris, 2011, p. 382.

padre biologico di far risultare la propria genitorialità – è diretta a garantire un intervento giudiziale in situazioni nella quali la difformità tra verità legale e verità biologica possa arrecare nocumento al figlio. A seguito della riforma della filiazione del 2012/2013, la norma è stata ulteriormente modificata, con l'aggiunta della previsione, per quanto attiene al figlio infraquattordicenne, che l'istanza per la nomina del curatore speciale può provenire, oltre che dal pubblico ministero, anche dall'«altro genitore», che, secondo l'opinione preferibile, deve identificarsi con la madre e/o col marito decaduti dall'azione ex art. 244, commi 1 e 4, c.c. per decorso dei termini ivi previsti.

Si tratta dunque di mettere a fuoco in primo luogo i presupposti dell'esercizio del potere attribuito al P.M. Sul punto la legge è laconica, prevedendo l'assunzione di sommarie informazioni solo con riferimento alla nomina da parte del giudice, e non specificamente con riguardo alla precedente istanza del P.M.

La prassi ha evidenziato situazioni nelle quali il P.M.- a seguito di notizie riferitegli per lo più dal preteso padre naturale circa una sua relazione con la madre – chiede puramente e semplicemente al Tribunale di disporre la nomina del curatore.

Non credo che una simile prassi sia condivisibile, e tenterò quindi di dimostrare come l'istanza del P.M. debba necessariamente essere avanzata all'esplicito fine di tutelare un concreto interesse del figlio minore a che venga rimossa la paternità legale; il che, naturalmente, richiede che l'istanza, direi ai fini della sua ammissibilità, alleghi e documenti circostanze di fatto tali da far risultare l'esistenza di tale interesse. Diversamente, essa avrebbe un carattere esplorativo e potrebbe, per il solo fatto della sua presentazione, recare pregiudizio alla stabilità della famiglia in cui il minore è inserito e, quindi, in definitiva, nuocere al suo stesso interesse.

In ogni caso l'apprezzamento della sussistenza dell'interesse del minore è compito preciso del tribunale adito. Appare quindi del tutto condivisibile un provvedimento del Tribunale di Bologna che ha rilevato come «la proponibilità dell'azione di disconoscimento in nome del minore infraquattordicenne è quindi soggetta prima alla valutazione del PM, che valuta se proporre o meno l'istanza al tribunale, che valuta se nominare o meno un curatore per la proposizione dell'azione di disconoscimento. Il tribunale deve effettuare autonomamente tale valutazione, apprezzando l'interesse effettivo del minore all'azione, non essendo sufficiente alla nomina del curatore la preliminare valutazione favorevole del PM»; da ciò si conferma come anche costui sia tenuto ad effettuare la relativa delibazione[45].

45 Bugetti, M.N.: "*Favor veritatis*, *favor stabilitatis*, *favor minoris*: disorientamenti applicativi", *Famiglia e diritto*, 2017, 6, p. 850.

Come sopra si è accennato, l'unica finalità della nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 244, comma 6, c.c., tale da renderla costituzionalmente compatibile, è quella di assicurare l'attuazione di un concreto e non altrimenti tutelabile interesse del minore, di guisa che il procedimento in questione può essere eccezionalmente avviato ad opera di un soggetto diverso dal figlio, dalla madre e dal marito, a condizione che il giudice sia messo in grado di valutare che, all'esito di tale procedimento e subordinatamente alla prova del mancato rapporto di filiazione, la rimozione dell'esistente stato di figlio matrimoniale produca un effetto positivo – e non già pregiudizievole – nella sfera del minore, e corrisponda, quindi, a un suo reale, attuale e non procrastinabile interesse.

Ciò può ricavarsi già da quanto fu stabilito a chiare lettere dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 429/1991[46], nella quale fu precisato che, mentre il minore ultrasedicenne (oggi ultraquattordicenne) può valutare autonomamente il proprio interesse all'azione, qualora l'iter processuale venga avviato dal pubblico ministero, il giudice richiesto di nominare il curatore deve valutare l'interesse attuale del minore, della cui sussistenza il Tribunale è tenuto a dar conto nel provvedimento di nomina.

Più di recente la prima Sezione della Corte di cassazione[47], annullando la sentenza di appello – che aveva ritenuto nella specie non rilevante l'accertamento relativo all'interesse del minore ai fini del disconoscimento – ha chiarito che la tutela del predetto interesse è centrale anche nelle azioni di stato, e che la ricerca della verità biologica non ha preminenza assoluta, in quanto il quadro normativo attuale impone il suo bilanciamento «con l'interesse alla stabilità dei rapporti familiari, nell'ambito di una sempre maggior considerazione del diritto all'identità non necessariamente correlato alla verità biologica, ma ai legami affettivi e personali sviluppatisi all'intero di una famiglia. Tale bilanciamento, traguardato nell'ottica dell'interesse superiore del minore, non può costituire il risultato di un valutazione astratta: in proposito deve richiamarsi il costante orientamento di questa Corte in merito alla necessità di un accertamento in concreto dell'interesse del minore nelle vicende che lo riguardano, con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto in relazione all'esigenza di uno sviluppo armonico dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale». È altresì significativo il passo della motivazione in cui si afferma che occorre «sgombrare il campo dalla suggestione che il giudice investito della domanda dal curatore speciale sia esonerato dalla valutazione della rispondenza o meno degli effetti del disconoscimento all'interesse del minore, perché già effettuata in relazione all'istanza del pubblico ministero in relazione alla nomina del curatore speciale stesso»: dal che risulta evidente che la valutazione

46 Corte cost., 27 novembre 1991, n. 429 (*Il Foro italiano*, 1992, I, c. 2908).

47 Cass., sez. I, 22 dicembre 2016, n. 26767 (*Il Foro italiano*, 2017, I, c. 119).

dell'interesse del minore deve essere effettuata non solo nel procedimento *ex* art. 244, comma 6, c.c., ma anche nel giudizio di merito.

Per contro, la medesima prima Sezione[48] ha confermato una decisione di merito, la quale aveva accolto la domanda di disconoscimento della paternità promossa da un curatore speciale, senza aver valutato, a quanto risulta dalle censure sollevate dal ricorrente, l'interesse del minore rispetto alle conseguenze della decisione sul suo equilibrio nella fase preadolescienziale in cui si trovava. Secondo il ricorrente non doveva essere riconosciuto un valore preminente alla verità biologica, essendo il suo accertamento precluso all'esito di valutazione di opportunità attinenti alla condizione del minore. La Cassazione, da un lato, in guisa di obiter dictum, ha ritenuto che la Corte di merito avesse argomentato in ragione all'interesse del minore «evidenziando il valore positivo della conoscenza della verità, non contrastata da elementi idonei a far presumere il rischio di un concreto pregiudizio»; dall'altro, richiamando le sentenze della Corte costituzionale nn. 322/2011[49], 216/1997[50] e 112/1997[51], ha esplicitamente statuito che l'apprezzamento dell'interesse del minore «trova istituzionale collocazione nel procedimento diretto a quella nomina [del curatore speciale] – essendo, nel corso di esso, possibile l'acquisizione di necessari elementi di valutazione e dovendosi, col provvedimento conclusivo, [omissis] giustificare congruamente le conclusioni raggiunte in ordine alla sussistenza dell'interesse – ma non anche nel successivo giudizio di merito. [omissis] Una diversa interpretazione in base alla quale la valutazione dell'interesse del minore dovrebbe essere effettuata anche nel giudizio di merito, ai fini dell'ammissibilità dell'azione di disconoscimento proposta dal curatore, non solo è priva di basi normative, [omissis] ma rappresenterebbe un'inutile duplicazione di un'indagine già compiuta e sottoposta al vaglio del giudice ai fini della nomina del curatore».

Il contrasto sul punto rispetto alla sentenza della Cassazione n. 26767/2016 è, all'evidenza, netto.

Dopo pochi mesi, sempre la prima Sezione[52], accogliendo il ricorso avverso la pronuncia di merito che aveva disposto il disconoscimento del figlio, ha affermato i seguenti principi:

48 Cass., sez. I, 15 febbraio 2017, n. 4020 (*Il Corriere giuridico*, 2017, 4, p. 450 ss., con nota di Carbone, V.: *Azione di disconoscimento di paternità: il* favor veritatis *prevale sul* favor legitimitatis).

49 Corte cost. 25 novembre 2011, n. 322, (*Il Corriere giuridico*, 2012, 4, p. 478 ss., con nota di Morozzo della Rocca, P.: "La Consulta e le azioni di stato: una pezza ben cucita su un vestito troppo vecchio"; *Famiglia e diritto*, 2012, 6, p. 548, con nota di Cilla, C.: "La sospensione del termine per l'azione di disconoscimento opera anche per l'incapace naturale affetto da «abituale infermità di mente»").

50 Corte cost. 3 luglio 1997, n. 216 (*Il Corriere giuridico*, 1997, 9, p. 1108 ss.).

51 Corte cost. 22 aprile 1997, n. 112 (*Famiglia e diritto*, 1997, 5, p. 411, con nota di Figone, A.: "Interesse del minore ed impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità").

52 Cass., sez. I, 3 aprile 2017, n. 8617 (*Famiglia e diritto*, 2017, 10, p. 848 ss., con nota di Bugetti, M.N.: ""Favor veritatis, favor stabilitatis, favor minoris": disorientamenti applicativi").

1°) il favor veritatis non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta;

2°) l'esaltazione dell'interesse del minore e la necessità di una sua costante valutazione impone anche una verifica condotta in termini di attualità, in sede di merito e anche di appello, cosicché è proprio nella sede di merito che il controllo della sussistenza dell'interesse del minore va operato in termini sindacabili dalla Corte.

Come si è anticipato, le considerazioni che precedono valgono anche con riferimento all'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 264 c.c.).

Tanto precisato, merita porre il problema dell'ascolto del minore ex art. 315 bis, comma 3, nell'ambito dei procedimenti di cui si è detto, specie di quello attinente alla nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 244 o 264 c.c. Il problema pare particolarmente complesso perché l'audizione del minore in questi casi significa disvelargli le pretese di un soggetto che intende contestare il suo stato di filiazione, il che può sicuramente recare grave nocumento alla sua integrità psicologica. Ci si trova in un'ipotesi non espressamente normata, diversamente da quanto disposto dagli artt. 336 bis e 337 octies c.c., alla quale ritengo possa per analogia applicarsi il principio fissato da quest'ultima norma alla cui stregua «Il giudice non procede all'ascolto se in contrasto con l'interesse del minore»[53].

V. TECNICHE DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA, STATO DI FILIAZIONE E INTERESSE DEL MINORE.

È a tutti noto il processo di erosione subito dalla legge n. 40/2004, le cui limitazioni sono state progressivamente rimosse ad opera soprattutto della Corte costituzionale e dei giudici, ordinari e amministrativi[54]. Le tecniche di p.m.a., così come, sotto altro versante, l'adozione, hanno talvolta messo in contrapposizione l'interesse del nascituro e quello degli adulti che a dette tecniche ricorrono in nome di un preteso diritto alla procreazione. A mio avviso il punto di bilanciamento di questi talvolta contrapposti interessi individuato dal legislatore è stato spostato dai citati interventi, che lo hanno riposizionato a vantaggio degli adulti, così come era accaduto con riferimento alla differenza di età tra adottanti e adottato[55].

53 Scalisi, V., "Il superiore interesse", cit., p. 420.

54 Sesta, M.: "La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica", *Famiglia e diritto*, 2010, p. 839 ss.; Sesta, M.: *Manuale di*, cit., p. 409.

55 Lenti, L. "Note critiche", cit., p. 95 ss.

Una pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione[56], facendo ampio richiamo ai principi costituzionali in materia familiare, ha contribuito alla analisi dell'interesse del minore nell'attribuzione, nella conservazione o nella circolazione dello status del nato, con riguardo alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

La fattispecie esaminata era scaturita da maternità surrogata praticata all'estero su committenza di una coppia formata da individui di sesso maschile. I genitori intenzionali risultavano tali sulla base di atti formati all'estero in due distinti momenti. L'ufficiale di stato civile italiano, che aveva provveduto alla trascrizione del primo atto, in cui risultava padre il genitore biologico, aveva rifiutato di provvedere alla rettificazione dell'atto medesimo, richiestagli al fine di far risultare una seconda paternità in capo all'altro membro della coppia con il quale i nati non avevano alcun rapporto genetico.

La Corte d'appello di Trento[57] aveva ritenuto che il divieto posto dalla legge n. 40/2004 non precludesse il riconoscimento in capo al genitore intenzionale.

Con riferimento alla sentenza del 2016[58], che era stata invocata dalla Corte d'appello come precedente coerente rispetto alla propria decisione, le Sezioni unite hanno evidenziato le differenze tra le due fattispecie, poiché la prima aveva ad oggetto la trascrizione nei registri dello stato civile di un atto di nascita formato all'estero riguardante un minore generato da due donne a ciascuna della quali egli risultava legato da un legame rispettivamente biologico e genetico, senza che si desse luogo a surrogazione di maternità; mentre quella oggetto della decisione è annoverabile a pieno titolo tra le ipotesi di maternità surrogata caratterizzandosi proprio per l'accordo intervenuto con una donna estranea alla coppia genitoriale committente, che aveva provveduto alla gestazione e al parto, rinunciando tuttavia ad ogni diritto sui nati.

56 Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193 (*Famiglia e diritto*, 2019, 7, p. 653 ss., con note di Dogliotti, M.: "Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri", e Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento"). Per un'ampia disamina critica delle varie questioni, si v. Casaburi, G.: "Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente", *Il Foro italiano*, 2019, I, cc. 2003 ss.

57 App. Trento, 23 febbraio 2017 (*Il Corriere giuridico*, 2017, 7, p. 935 ss., con note di Ferrando, G.: "Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore" e Tuo, C.E.: "Riconoscimento di status familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore").

58 Si tratta della invero criticabile Cass., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599 (*Il Corriere giuridico*, 2017, 2, p. 181 ss., con nota di Ferrando, G.: "Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis", che ha consentito la trascrizione di un atto di nascita formato all'estero recante l'accertamento della filiazione nei confronti di due donne, l'una che aveva donato l'ovulo e l'altra che aveva portato a termine la gestazione e partorito il figlio, stante l'apporto di entrambe alla nascita.

Conseguentemente, le Sezioni unite hanno confermato quanto in precedenza deciso dalla sentenza n. 24001/2014[59], secondo la quale il divieto posto dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, è qualificabile di ordine pubblico stante la sanzione penale che commina in caso di violazione, facendo notare che vengono in rilievo la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione con i quali la surrogazione si pone in conflitto; quella sentenza aveva escluso che tale divieto si ponesse in contrasto con l'interesse del minore, rilevando che tale interesse si realizza proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando all'adozione la realizzazione della genitorialità disgiunta dal legame biologico.

Le Sezioni Unite hanno censurato dunque la decisione tridentina sia perché aveva negato che l'art. 12, l. n. 40/2004, costituisse norma di ordine pubblico, sia perché in contrasto con le indicazioni emergenti dalla giurisprudenza costituzionale e specialmente dalla sentenza n. 272 del 2017, nella quale è stato scritto a chiarissime lettere che il divieto della maternità surrogata impone la presa d'atto della verità, che in questo specifico caso riveste natura pubblica «in quanto correlato a una pratica che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, e per tale motivo è vietata dalla legge»[60].

È interessante notare che, in quest'ottica, l'interesse del minore non può essere demandato ad una generica e astratta valutazione di un indimostrato e presunto vantaggio a che il figlio mantenga lo status conseguito all'estero, nonostante la pacifica insussistenza di un rapporto biologico con il genitore intenzionale. Osservano le Sezioni Unite, sulla scia della Corte costituzionale[61], che un consimile interesse è comunque «destinato ad affievolirsi in caso di ricorso alla surrogazione di maternità il cui divieto, nell'ottica fatta propria dal giudice delle leggi, viene a configurarsi come l'anello necessario di congiunzione tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella generale della filiazione, segnando il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoresponsabilità fondato sul consenso prestato alla predetta pratica e torna ad operare il favor veritatis, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica»[62].

59 Cass., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001 (*Il Foro italiano*, 2014, I, cc. 3414 ss., con nota di Casaburi, G.: "Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata"; *Il Corriere giuridico*, 2015, 4, p. 471 ss., con nota di Renda, A.: "La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore". Al riguardo, criticamente, Scalisi, V. "Il superiore", cit., 426, che richiama la giurisprudenza Cedu, alla cui stregua «il superiore interesse del minore può risultare anche fondativo di un vero e proprio rapporto di filiazione, del tutto prescindente da ogni correlativa genitorialità biologica, ed invece esclusivamente basato su un corrispondente legame affettivo di tipo familiare dotato dei caratteri dell'effettività e della stabilità, finendo in questo modo per atteggiarsi, in ragione della particolare conformazione impressavi dalla concomitante e acclarata situazione di fatto, a vera e propria fonte di una nuova e diversa giuridicità oltrepassante e anzi sostituente quella legale».

60 Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272 (*Il Foro italiano*, 2018, I, cc. 21 ss., con nota di Casaburi, G.: "Le azioni di stato alla prova della Consulta. La verità non va (quasi mai) sopravvalutata"). Cfr. da ultimo Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221 (*www.dejure.it)*.

61 Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

62 Consimili considerazioni mi avevano portato, prima dell'entrata in vigore della l. n. 40/2004 ad affermare che non si poteva ricavare dalla normativa all'epoca vigente siffatto principio di autoresponsabilità: Sesta,

Alla luce di quanto precede, il (presunto) interesse del figlio a mantenere relazioni personali e affettive, anche solo di fatto, intercorrenti con i committenti non può superare quello tutelato dal divieto di surrogazione di maternità, dovendosi così negare che esso possa costituire criterio fondativo di un vero e proprio rapporto di filiazione[63].

Nonostante la decisione delle Sezioni unite del 2014, la Prima sezione con l'ordinanza n. 8325/2020[64] ha rimesso nuovamente alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni che non consentono di riconoscere in Italia, perché in contrasto con l'ordine pubblico, un provvedimento giudiziario straniero che attribuisca lo stato di genitori a due uomini italiani uniti civilmente, che abbiano fatto ricorso alla tecnica della maternità surrogata.

Al riguardo è intervenuta la sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale[65]. La Corte, da un lato, sembra ribadire la qualificazione del divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità come principio di ordine pubblico in quanto posto a tutela dei valori fondamentali; dall'altro, tuttavia, procede ad analizzare gli interessi del bambino nato mediante maternità surrogata nei suoi rapporti con la coppia (omosessuale o eterosessuale) che ha sin dall'inizio condiviso il percorso che ha condotto al suo concepimento e alla sua nascita nel territorio di uno Stato, dove la maternità surrogata non è contraria alla legge, e che quindi lo ha portato in Italia per prendersene cura. A tale proposito la Consulta valuta che l'interesse di quel bambino sia «di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata». La Corte, tuttavia, avverte che un consimile interesse non possa «essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco». Di guisa che «gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore». Un consimile bilanciamento, da attuarsi alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, secondo la Corte spetta «in prima battuta al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e principi in gioco». Così, «[d]i fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi

M.: "La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale", *Il Corriere giuridico*, 2000, 4, p. 474; Sesta, M.: "Fecondazione assistita, la Cassazione anticipa il legislatore", *Famiglia e diritto*, 1999, 3, p. 240 s.

63 *Contra*, Scalisi, V.: "Il superiore interesse", cit., p. 426.

64 Cass., sez. I, 29 aprile 2020, n. 8325 (*Guida al diritto*, 2020, 34-35, p. 64).

65 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33 (in corso di pubblicazione, con commenti di Ferrando, G. e Dogliotti, M., *Famiglia e diritto*, 2021, 7).

su materie di grande complessità sistematica», la Corte si è allo stato arrestata, cedendo «doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella oramai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore».

In altre parole – con indicazioni e toni invero non del tutto convincenti e ben lontani da quelli della sentenza n. 272/2017 –, la Corte senza mettere in discussione il divieto penalmente sanzionato di maternità surrogata, sembra opinare che l'attuale quadro giuridico non assicuri piena tutela agli interessi del bambino nato con questa tecnica. Proprio a tal fine afferma la necessità di un intervento organico del legislatore, caldeggiando l'alternativa tra una rivisitazione delle norme in tema di riconoscimento e una nuova forma di adozione capace di assicurare le prerogative proprie della adozione piena.

Ancora più di recente, le Sezioni unite, con sentenza n. 9006/2021, sono tornate sul disvalore che l'ordinamento imputa alla pratica della maternità per sostituzione e sulla dialettica con il *best* interest of the child[66] in una fattispecie in cui non di surrogazione si trattava, quantomeno esplicitamente, bensì di adozione. La Corte era chiamata a deliberare in ordine alla trascrivibilità dell'Order of Adoption emesso nei confronti di una coppia omosessuale maschile dalla Surrogate's Court dello Stato di New York, sulla base del mero consenso prestato dai genitori biologici del minore e di un esame della coppia adottante condotto da un'agenzia equiparabile ai Servizi sociali. Nella specie, a fronte del diniego dell'ufficiale dello stato civile alla trascrizione dell'atto, la Corte d'Appello di Milano aveva disposto il riconoscimento del provvedimento estero di adozione piena e legittimante del minore. A seguito di ricorso del Sindaco in qualità di ufficiale di governo la questione è stata portata avanti le Sezioni unite, che hanno confermato la trascrivibilità, in considerazione del miglior interesse del minore adottato, corrispondente alla stabilità della vita familiare già condotta e consolidata nell'ordinamento straniero con entrambi i genitori adottivi. La Corte argomenta che detta conformità all'ordine pubblico internazionale presuppone sempre che la coppia omoaffettiva non abbia fatto ricorso a pratiche di maternità surrogata. Non trattandosi di nato da gestazione condotta per altri[67], la Corte non ravvisa la sussistenza della condizione propriamente ostativa all'ammissione del provvedimento straniero in questione. La Corte aggiunge che, in caso di maternità surrogata, detta condizione ostativa si verifica sia in capo a coppie omosessuali che eterosessuali invariabilmente. Nel qual caso, ricorda la Corte, il miglior interesse del minore troverà diversa e idonea

66 Cass., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006 (in corso di pubblicazione, *Famiglia e diritto*).

67 Nelle parole della Corte, «Non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo status genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o legittimante, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo sia omogenitoriale ove sia *esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione*», corsivo di chi scrive.

tutela nelle forme dell'adozione in casi particolari[68]. In conclusione la sentenza ribadisce la netta chiusura alla maternità surrogata.

Alla luce di tutto quanto precede, ritengo si possa osservare, a ben vedere, che la preclusione al riconoscimento di effetti agli accordi di surrogazione di maternità non riposi esclusivamente sull'art. 12 della legge n. 40, quanto piuttosto proprio sui principi costituzionali rinvenibili negli artt. 2, 29, 30 e 32 della Costituzione che, a mio avviso, rappresentano uno sbarramento invalicabile agli atti e provvedimenti esteri, qualunque sia la nozione di ordine pubblico che si intenda adottare, essendo incontroverso che in ogni caso atti e provvedimenti stranieri non possano mai ledere i principi fondamentali della Costituzione[69].

Sia poi consentito osservare che nella maternità surrogata, anche in quella oblativa, tutto all'opposto di quanto accade con l'adozione, che serve a dare una famiglia a chi non ce l'ha[70], si crea ad arte una vita al fine ultimo di cederla ai committenti – poco importa se a titolo gratuito o di solidarietà e se la coppia committente sia di persone di diverso o dello stesso sesso –; con la pretesa giuridica, da un lato, di impedire il sorgere dello status di maternità in capo alla donna partoriente e, dall'altro, di crearne altri in capo a soggetti che abbiano espresso una conforme intenzione, in spregio agli artt. 29 e 30 Cost.

Ma ancor prima, quello che a mio avviso la Costituzione nega è che una persona umana – nella specie il figlio che viene pianificato e artificialmente procreato *per contratto* – sia concepita e messa al mondo da terzi allo scopo esclusivo di assicurare il soddisfacimento dell'interesse di avere figli di chi, estraneo al concepimento e alla gestazione, non è in grado di averne. È significativo richiamare non solo l'art. 2, ma anche l'art. 32 Cost., che, nel tutelare la salute come fondamentale diritto dell'individuo, stabilisce che in materia di trattamenti sanitari «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». È ovvio che il riferimento è in primo luogo alla persona del soggetto dei trattamenti sanitari, che, tuttavia, nella complessa tecnica medica che conduce alla gestazione nell'interesse di altri, va individuata anche, e sin dal suo concepimento, in quella del nato, la cui dignità deve dunque essere preservata, con la conseguenza di vietare che la sua messa al mondo venga strumentalmente attuata al fine di superare la sterilità – non importa se contingente o assoluta – della coppia committente.

68 Sul rapporto tra il principio del miglior interesse del minore e l'adozione ex art. 44, l. n. 184 del 1983, cfr. le considerazioni di Castronovo, C.: "Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia", *Europa e Diritto Privato*, 2017, 3, p. 781.

69 Cfr. Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601 (*La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 10, p. 1399 ss., con note di Gambaro, A.: "Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali", Ponzanelli, G.: "Le sezioni unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno", e Monateri, P.G.: "Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile"). Sul punto cfr. Sesta, M.: "Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale", *Rivista di diritto civile*, 2018, 1, p. 305 ss.

70 Cass., sez. un., n. 12193/2019, cit.

In questo senso vanno apprezzate le dure, chiare e profonde parole della Consulta che si leggono nella sentenza n. 272/2017, secondo le quali la surrogazione "mina nel profondo le relazioni umane", indissolubilmente riferite alla condanna, ricavabile dalle disposizioni testé citate, di ogni forma di assoggettamento di un essere umano al soddisfacimento di bisogni altrui e suscita apprensione la diversa prospettiva delineata dalla sentenza n. 33/2021, che, ancora una volta, rende attuali le parole di Leonardo Lenti ricordate in apertura.

Vengono, dunque, ancora alla ribalta le questioni di fondo che reca l'applicazione del principio del superiore interesse del minore: possono essere oltrepassati nel suo nome il principio di legalità e, addirittura, i divieti che riflettono i principi costituzionali? Può il presumibile interesse di un singolo minore travolgere il principio di legalità posto a tutela del bene dei bambini in generale? Nella sentenza n. 33/2021 la Consulta sembra rispondere affermativamente sul presupposto che "ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di un tale riconoscimento, sia pure ex post e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare [sic] la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata".

A ben vedere, sono gli stessi temi sollevati tanti anni fa nella vicenda di Serena Cruz. Ad avviso di chi scrive, allora come ora, merita attenta considerazione quanto scrisse la Corte d'Appello di Torino, e cioè che "la legge difende le persone di tutti i bambini. Rifiutando di tradire la legge e di "legalizzare la frode ad essa", i giudici operano al servizio dell'interesse di tutti i bambini. Se tale rifiuto produce una sofferenza per Serena, quella sofferenza non è conseguenza dell'applicazione della legge, bensì della prolungata frode di chi l'ha violata"[71].

71 App. Torino, 21 aprile 1989 (*Giurisprudenza italiana*, 1989, parte I, 2, c. 515, con nota adesiva di Lenti, L.: "Il caso Serena: i bambini non si usucapiscono").

BIBLIOGRAFIA

Al Mureden, E., "La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari", *Famiglia e diritto*, 2014, 5, p. 466 ss.

Al Mureden, E., commento *sub* art. 316 c.c., in *Codice dell'unione civile e delle convivenze* (a cura di M. Sesta), Giuffrè, Milano, p. 1664 ss.

Al Mureden, E., Sesta, M., commento *sub* art. 315-bis c.c., in *Codice della famiglia* (a cura di M. Sesta), Milano, 2017, p. 1159 ss.

Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo i figli", *Rivista di diritto civile*, 2013, 1, p. 1 ss.

Bianca, C.M.: "La riforma della filiazione", *Le nuove leggi civili commentate*, 2013, 3, p. 437 ss.

Bianca, M.: "L'unicità dello stato di figlio", in *La riforma della filiazione* (a cura di C.M. Bianca), Cedam, Padova, 2015, p. 3 ss.

Bugetti, M.N.: ""'Favor veritatis, favor stabilitatis, favor minoris": disorientamenti applicativi", *Famiglia e diritto*, 2017, 10, p. 848 ss.

Bugetti, M.N.: "*Favor veritatis*, *favor stabilitatis*, *favor minoris*: disorientamenti applicativi", *Famiglia e diritto*, 2017, 6, p. 850.

Bugetti, M.N.: "Parto anonimo: la secretazione dell'identità della madre si protrae anche dopo la sua morte", *Famiglia e diritto,* 2020, 12, p. 1139

Bugetti, M.N.: "Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini", *Il Corriere giuridico*, 2017, 5, p. 618.

Bugetti, M.N.: *Del riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio*, in *Commentario al codice civile* (diretto da A. Scialoja, G. Branca, F. Galgano, continuato da G. De Nova), Zanichelli, Bologna, 2020, p. 59.

Carbone, V.: *Azione di disconoscimento di paternità: il* favor veritatis *prevale sul* favor legitimitatis, *Il Corriere giuridico*, 2017, 4, p. 450 ss.

Casaburi, G.: "Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente", *Il Foro italiano*, 2019, 1, cc. 2003 ss.

Casaburi, G.: "Le azioni di stato alla prova della Consulta. La verità non va (quasi mai) sopravvalutata", *Il Foro italiano*, 2018, 1, cc. 21 ss.,

Casaburi, G.: "Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata", *Il Foro italiano*, 2014, I, cc. 3414 ss.

Castronovo, C.: "Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia", *Europa e Diritto Privato*, 2017, 3, p. 781.

Cianci, A.G., "La nozione della responsabilità genitoriale (Art. 316-317)", in AA.VV.: *La riforma della filiazione* (a cura di C.M. Bianca), Cedam, Padova, 2015, p. 579 ss.

Cicu, A., *La filiazione*, II ed., in *Trattato di diritto civile italiano* (diretto da F. Vassalli), Torino, 1969, 88 ss., vol. III, t. 2, p. 103 ss.

Cicu, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria generale* (1915), rist. (con *Lettura* di Sesta, M.), Editore Arnaldo Forni, Bologna, 1978.

Cilla, C.: "La sospensione del termine per l'azione di disconoscimento opera anche per l'incapace naturale affetto da «abituale infermità di mente»", *Famiglia e diritto*, 2012, 6, p. 548.

De Masi, M.: *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Jovene, Napoli, 2020, p. 39 ss.

Dogliotti, M.: "Adozione e affidamento", in AA.VV.: *Il diritto di famiglia* (a cura di T. Auletta), in *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), vol. IV, t. IV, Giappichelli, Torino, 2011, p. 397.

Dogliotti, M.: "Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri", *Famiglia e diritto*, 2019, 7, p. 653 ss.

Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", p. 677 ss.

Ferrando, G.: "Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis", *Il Corriere giuridico*, 2017, 2, p. 181 ss.

Ferrando, G.: "Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore", *Il Corriere giuridico*, 2017, 7, p. 946 ss.

Figone, A.: "Interesse del minore ed impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità", *Famiglia e diritto*, 1997, 5, p. 411

Gambaro, A.: "Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 10, p. 1405 ss.

La Rosa, E.: commento *sub* art. 316, c.c., in AA.VV.: *Della famiglia*, II ed. (a cura di G. Di Rosa), in *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli), Utet, Torino, 2018, t. 2, p. 613 ss.

La Rosa, E.: *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, Giuffrè, Milano, 2005.

Lamarque, E.: *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016.

Lenti, L.: "Il caso Serena: i bambini non si usucapiscono", *Giurisprudenza italiana*, 1989, parte I, num. 2, c. 515

Lenti, L.: "Il criterio per valutare l'intollerabilità della convivenza: la Cassazione abbandona declamazioni ideologiche e disvela le regole operative", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 4, p. 519.

Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Rivista di diritto civile*, 2016, 1, p. 86 ss. Lenti, L.: "L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: espansione e trasformismo", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 2, p. 148. Lenti, L.: "«Best interests of the child» o «best interests of children»?", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, 2, p. 157.

Lenti, L.: "Responsabilità genitoriale", in AA.VV.: *Il nuovo diritto della filiazione* (a cura di L. Lenti, M. Mantovani), in AA.VV.: *Le riforme*, in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), Giuffrè, Milano, 2019, t. 2, pp. 375 ss.

Long, J.: "Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità del parto", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, 1, p. 289 ss.

Malaurie, P., Aynes, L., *La famille* (a cura di Malaurie, F., Fulchron, H.), IV ed., Lgdj, Paris, 2011, p. 382.

Marcenò, V.G.F.: "Quando da un dispositivo di incostituzionalità possono derivare incertezza", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, 1, p. 279

Marella, M.R.: "Fra status e identità. L'interesse del minore e la costruzione della genitorialità", in AA.VV.: Liber amicorum *Pietro Rescigno*, t. II, Esi, Napoli, 2018, p. 1213.

Mendola, A.: "Azione di accertamento dello stato di figlio e limiti al diritto all'anonimato", *Famiglia e diritto*, 2021, 1, p. 163.

Monateri, P.G.: "Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 10, p. 1410 ss.

Moro, A.C.: *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, Bologna, 1996, p. 131.

Morozzo della Rocca, P.: "La Consulta e le azioni di stato: una pezza ben cucita su un vestito troppo vecchio", *Il Corriere giuridico*, 2012, 4, p. 478 ss.

Paradiso, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è", *Rivista di diritto civile*, 2016, 5, p. 1310.

Ponzanelli, G.: "Le sezioni unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno, La nuova giurisprudenza civile commentata", 2017, 10, p. 1413 ss.

Quadri, E.: "Una riflessione sull'interesse del minore e la dimensione familiare della sua tutela", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, 6, p. 1332 s.

Renda, A.: "La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore", *Il Corriere giuridico*, 2015, 4, p. 471 ss.

Rescigno, P.: "I minori tra famiglia e società", *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1982, 1, p. 271 ss.

Rescigno, P.: "I minori tra famiglia e società", in *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 303 ss.

Rescigno, P.: "La tutela dei figli nati fuori dal matrimonio", in Rescigno, P.: *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni di diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 279.

Scalisi, V.: "Il superiore interesse del minore, ovvero il fatto come diritto", *Rivista di diritto civile*, 2018, 2, p. 405 ss.

Sesta, M., "*Diritto di famiglia e Costituzione oggi. Dialogo con Mario Segni*", *Lo Stato*, 2019, 2, p. 305 ss.

Sesta, M., "Filiazione (diritto civile)", in *Enciclopedia del Diritto*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2015, p. 448 ss.

Sesta, M., "L'assegnazione della casa famigliare tra «preminente» interesse dei figli e diritti degli altri familiari", *Archivi di Psicologia Giuridica*, 2014, 1, p. 101 ss.

Sesta, M., Arceri, A., *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in AA.VV.: *La crisi della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger), Giuffrè, Milano, 2016, t. 3, p. 12 ss.

Sesta, M.: "Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi", *Famiglia e diritto*, 2019, 11, p. 1054.

Sesta, M.: "Fecondazione assistita, la Cassazione anticipa il legislatore", *Famiglia e diritto*, 1999, 3, p. 240 s.

Sesta, M.: "Il matrimonio a cinquant'anni dalla legge sul divorzio", *Rivista di diritto civile*, 2020, 6, p. 1177.

Sesta, M.: "L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013", *Famiglia e diritto*, 2014, 5, p. 454.

Sesta, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Famiglia e diritto*, 2013, 3, p. 231.

Sesta, M.: "La famiglia tra funzione sociale e interessi individuali", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2017, 2, p. 578.

Sesta, M.: "La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale", *Il Corriere giuridico*, 2000, 4, p. 474.

Sesta, M.: "La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica", *Famiglia e diritto*, 2010, p. 839 ss.

Sesta, M.: "Mezzo secolo di riforme (1970-2020)", *Famiglia e diritto*, 2021, 1, p. 17.

Sesta, M.: "Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale", *Rivista di diritto civile*, 2018, num. 1, p. 305 ss.

Sesta, M.: *Manuale di diritto di famiglia*, IX ed., Cedam, Padova, 2021, p. 259 ss.

Tuo, C.E.: "Riconoscimento di status familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore", *Il Corriere giuridico*, 2017, 7, p. 952 ss.

Ungari, P.: *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1970, p. 147.

ENGLAND AND WALES. A JURISDICTION WITHOUT A MATRIMONIAL PROPERTY REGIME*

INGLATERRA Y GALES: UNA JURISDICCIÓN SIN UN RÉGIMEN DE PROPIEDAD MATRIMONIAL

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1602-1621

This contribution is a slightly updated version of a contribution previously published as Scherpe, J. M.: England and Wales. A Jurisdiction without a Matrimonial Property Regime, in Lauroba Lacasa, E. and Ginebra Molins M.E. (eds): *Régimes matrimonaux de participation aux acquêts et autres mécanismes participatifs entre époux en Europe,* Société de Legislation Comparée, 2016, pp. 111-127.

Jens M.
SCHERPE

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: In most jurisdictions, couples through getting married automatically become subject to a matrimonial property regime (unless they opt out by marital agreement). This regime in many jurisdictions regulates the property relations between the spouses (and third parties) during marriage, and in all jurisdictions when the marriage comes to an end. However, the jurisdiction of England and Wales does not have a statutory matrimonial property system. During marriage, normal property law rules apply. On divorce, the courts have considerable discretion under the Matrimonial Causes Act 1973: they can, among other things, order transfer of property, payment of a lump sum and periodical payments. The provisions of Part II of the Matrimonial Causes Act 1973 offer only limited guidance and are supplemented by case law. While this provides little in terms of legal certainty, it – at least in theory – ensures fairness in individual cases. However, the application of the discretion by the courts changed very significantly at the beginning of the century, arguably bringing England and Wales closer to having a matrimonial property regime.

PALABRAS CLAVE: Matrimonial property; matrimonial property regime; maintenance; certainty; discretion; needs; compensation; equal sharing.

ABSTRACT: *En la mayoría de las jurisdicciones, las parejas al contraer matrimonio pasan automáticamente a estar sujetas a un régimen de bienes matrimoniales (a menos que opten por no participar por acuerdo matrimonial). Este régimen en muchas jurisdicciones regula las relaciones de propiedad entre los cónyuges (y terceros) durante el matrimonio, y en todas las jurisdicciones cuando el matrimonio llega a su fin. Sin embargo, la jurisdicción de Inglaterra y Gales no tiene un sistema legal de bienes matrimoniales. Durante el matrimonio, se aplican las reglas normales de la ley de propiedad. En caso de divorcio, los tribunales tienen considerable discrecionalidad en virtud de la Ley de Causas Matrimoniales de 1973: pueden, entre otras cosas, ordenar la transferencia de bienes, el pago de una suma global y pagos periódicos. Las disposiciones de la Parte II de la Ley de Causas Matrimoniales de 1973 ofrecen solo una orientación limitada y se complementan con la jurisprudencia. Si bien esto proporciona poca seguridad jurídica –al menos en teoría— garantiza la equidad en los casos individuales. Sin embargo, la aplicación de la discrecionalidad por parte de los tribunales cambió de manera muy significativa a principios de siglo, posiblemente acercando a Inglaterra y Gales a tener un régimen económico matrimonial.*

KEY WORDS: *Bienes matrimoniales; régimen económico matrimonial; alimentos; certeza; discrecionalidad; necesidades; compensación; reparto igualitario.*

SUMARIO.- I. INTRODUCTION.- II. HISTORICAL BACKGROUND.- III. THE FINANCIAL CONSEQUENCES OF DIVORCE IN ENGLAND AND WALES TODAY.- 1. The statutory provisions.- 2. The exercise of judicial discretion.- 2.1. The exercise of judicial discretion *before* the House of Lords decision in *White v. White*.- 2.2. The 'White Revolution' of judicial discretion *after* the House of Lords decision in *White v. White*.- 2.3. Developing the concept of fairness further: the three 'strands' of fairness according to *Miller v. Miller; McFarlane v. McFarlan*e.- IV. REFORM CONSIDERATIONS AND THE FUTURE OF THE FINANCIAL CONSEQUENCES OF DIVORCE IN ENGLAND AND WALES.

I. INTRODUCTION.

Continental European family lawyers often are rather surprised to learn that England and Wales[1] does not have what they perceive as an integral part of family law; namely, a matrimonial property regime[2]. Consequently they are rather sceptical as to whether a family law system can actually work without such a regime and, more importantly, whether the issues arising out of marriage and marriage dissolution can be dealt with adequately. The comparative lawyer notices (with some amusement) that their English counterparts voice similar concerns about the continental European jurisdictions *becaus*e they have a matrimonial property regime.

The aim of this contribution is to make accessible the way England and Wales deals with the issues that elsewhere are dealt with by matrimonial property regimes (and indeed additional mechanisms such as maintenance, pension splitting etc.). It hopes to counter some of the misconceptions of the system in England and Wales and show that, in the end, the common law and the civil law approaches to this issue may not be that different after all. For this the historical background is explained first (II. below) before the principles of the current law are described (III. below). This contribution then looks at the current law reform discussion in England and Wales (IV. below) and concludes that in the foreseeable future England and Wales will remain a jurisdiction without a matrimonial property regime.

1 Neither do the other common law jurisdictions of Europe, Northern Ireland and the Republic of Ireland, or outside of Europe, Australia.

2 On this generally (and the lack of mandatory portions in inheritance) see Roethel, A.: "Familiäre Vermögensteilhabe im englischen Recht: Entwicklung und Erklärungsversuche", *RabelsZ* 76(2012) p. 131 ff. p. 131 ff. and Roethel, A.: "Englische family provision und ordre public", in Kronke, H. and Thorn K. (eds): *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70*, Geburtstag, Gieseking, 2011, p. 348 ff. See also Scherpe, J.M.: "Towards a Matrimonial Property Regime for England and Wales?", in Probert and Barton (eds), *Fifty Years in Family Law. Essays for Stephen Cretney*, Intersentia Publishing, Cambridge, 2012, pp. 129-142

• Jens M. Scherpe
Prof. Dr. Dr., MA (Cantab), MJur (Oxon) University of Cambridge and Aalborg University, Denmark. E-mail: jms233@cam.ac.uk

II. HISTORICAL BACKGROUND.

As in the history of most family laws, in the beginning there was the man. Or, as Sir William Blackstone (1723-1780) put it:

"By marriage, the husband and the wife are one person in the law: that is, the very being and legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated into that of her husband under whose wing, protection, and *cover*, she performs everything; and is therefore called in our law-french a *feme-covert*; is said to be *covert-baron*, or under the protection and influence of her husband, her *baron*, or lord; and her condition during her marriage is called her *coverture*. Upon this principle, of an union of person in husband and wife, depend almost all the legal rights, duties, and disabilities, that either of them acquire by the marriage"[3].

Because of this so-called doctrine of unity[4] married women could not own any property. As a result of the marriage all her property was transferred to her husband, and any property acquired during the marriage, even property acquired through inheritance, automatically became property of the man. It was only through the use of trusts that it became possible for married women to retain some property. But that possibility was in reality only open to the upper classes and even then the husband still had full legal access to wife's property[5]. But when more and more women began to earn significant sums of money and more and more cases became public in which the husband took the wife's money and disappeared permanently (usually to one of the colonies), even hard-nosed conservatives had to concede that the state of the law which gave the husband full authority over the entirety of the wife's property was no longer tenable[6]. The calls for reform became louder and louder[7] and, after a few tentative legislative steps[8], culminated in the Married Women's Property Act 1882. This Act for its time (and

3 Sir William Blackstone: "Commentaries on the Laws of England", 1765-1769, v. 1, chapter 15, III, accessible at *http://www.gutenberg.org/ebooks/30802*.

4 On this see e.g. Williams: "The Legal Unity of Husband and Wife", (1947) 10 Modern Law Review 1947, p. 16 ff.; Lowe, N. and Douglas, G.: *Bromley's Family Law*, 10 ed., Oxford, 2007, p. 106 ff.; *Law Commission*, Marital Property Agreements – A Consultation Paper No. 198, accessible at *http://lawcommission.justice.gov.uk/consultations/marital-property-agreements.htm*, p. 19 ff. and in particular the magisterial work by Cretney, S.: *Family Law in the Twentieth Century*, Oxford University Press, 2003, p. 90 ff.
As a matter of fact the *doctrine of unity* still had a significant influence until the end of the last century (cf. Cretney, this n., p. 112 ff.), so that, for example, it was only in 1991 in *R. v. R.* (1992) 1 AC 599, HL that the husband's rape of the wife became included in the criminal offence of rape! And even today the consummation of a marriage is required by law (Section 12 Matrimonial Causes Act 1973) with failure to do so rendering the marriage voidable.

5 Cretney, S.: *Family Law*, cit., p. 92 f.; Lowe, N. and Douglas, G.: *Bromley's*, cit., p. 128 f.

6 Cretney, S.: *Family Law*, cit., p. 92 f.; Lowe, N. and Douglas, G.: *Bromley's*, cit., p. 128 f

7 On the reform movement see e.g. Lyndon Shanley, M.: Feminism, *Marriage, and the Law in Victorian England*, 1850-1895, (Princeton University Press, 1989); Staves, S.: *Married Women's Separate Property in England*, 1660-1833 (Harvard University Press, 1990); Stetson, D.: *A Woman's Issue: The Politics of Family Law Reform in England*, Greenwood Press, 1982.

8 The Matrimonial Causes Act 1857 and the Married Women's Property Act 1870.

place) was nothing short of a revolution. The radical novelty could be found in Section 1(1) of the Act:

"A married woman shall, in accordance with the provisions of this Act, be capable of acquiring, holding, and disposing by will or otherwise, of any real or personal property as her separate property, in the same manner as if she were a feme sole, without the intervention of any trustee."

Section 2 then further stipulated:

"Every woman who marries after the commencement of this Act shall be entitled to have and to hold as her separate property, and to dispose of in manner aforesaid all real and personal property which shall belong to her at the time of marriage, or shall be acquired by or devolve upon her after marriage, including any wages, earnings, money, and property gained or acquired by her in any employment, trade, or occupation, in which she is engaged, or which she carries on separately from her husband, or by the exercise of any literary, artistic, or scientific skill".

Whilst these provisions seem absolutely self-evident today, they were at the time a gargantuan leap forward for women's rights. Wives suddenly were no longer relegated to be appendices of their husbands but individuals with independent rights and duties. Obviously it was (and indeed still is) a long way from achieving true equality between men and women, yet the main features of this enactment remain the basis for English[9] law and also explain the absence of a matrimonial property regime. The idea underlying the Married Women's Property Act 1882 which was supported by the women's movement at the time was that marriage should no longer have an impact on the property relations of the spouses or, indeed, their property at all. This was the cornerstone of the reform and, given its historical context, it was a massive step towards equality of men and women.

But the new regulation of the property relations of the spouses also brought with it significant problems[10]. Most importantly, the actual situation, socially and financially, of men and women was far from being equal. In the vast majority of marriages the husband was the sole earner and breadwinner and the wife the homemaker. In the case of separation or divorce, the new separation of property could bring with it significant hardship for the wife as all the income generated (and especially the matrimonial home) usually was held in the husband's name and the

9 References to 'English law' are to be read as references to the law of England and Wales; the shorthand is merely used for ease of exposition.

10 Cretney, S.: *Family Law*, p. 98 ff.

use of trusts could not deal with these issues satisfactorily[11]. Sir Jocelyn Simon quite aptly described the situation as follows:

"(…) the cock bird can feather the nest precisely because he does not have to spend most of his time sitting on it"[12].

Despite the problems arising as a result of the new law, it was really only through the Matrimonial Proceedings and Property Act 1970 that these issues were finally addressed. This Act introduced fundamental reforms, which in their basic structure still form the basis of the law today (now embodied in the Matrimonial Causes Act 1973, on which see below).

III. THE FINANCIAL CONSEQUENCES OF DIVORCE IN ENGLAND AND WALES TODAY.

1. The statutory provisions.

The starting point for the financial relations of the spouses today is that marriage as such has no effect on their proprietary or other financial relationships. As tempting as it is to conclude that England and Wales must therefore have a matrimonial property regime based on a separation of property such a conclusion would be fundamentally wrong. English law does not even know the concept of a matrimonial property regime[13]. Sir Mark Potter, who at the time was President of the Family Division of the English Courts, has addressed this expressly in one of the seminal Court of Appeal decisions, *Charman v. Charman*:

"Almost uniquely our jurisdiction does not have a marital property regime and it is scarcely appropriate to classify our jurisdiction as having a marital regime of separation of property. More correctly we have no regime, simply accepting that each spouse owns his or her own separate property during the marriage but subject to the court's wide distributive powers in prospect upon a decree of judicial separation, nullity or divorce"[14].

No one in England and Wales really disagrees with this, so continental European lawyers will to have free their minds of the concepts and preconceptions they

11 Cretney, S.: *Family Law*, p. 114 ff.

12 Sir Jocelyn Simon: *With all my worldly goods...*, Holdsworth Club of the University of Birmingham, 1964, p. 14.

13 Cf. Dicey, A.V.: *Lectures on the Relations between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, 2nd ed. Reprint, Macmillan, 1962, p. 387: "radically opposed to English habits". See also Masson, J., Bailey-Harris, R. and Probert, R. and Cretney, S.: *Principles of Family Law*, 8th ed., Sweet & Maxwell, 2008, p. 115. This also explains certain difficulties in the enforcement of English ancillary relief decisions on the continent (on which see e.g. *Bundesgerichtshof*, FamRZ 2009, 1659=MDR 2009, 1225=NJW-RR 2010, 1 and Scherpe, J.M. and Dutta, A.: "Cross-border enforcement of English ancillary relief orders-Fog in the channel, Europe cut off?", *Family Law*, 2010, p. 385 ff.

14 *Charman v. Charman* [2007] EWCA Civ 503, Paragraph 124.

may have and simply accept that the English approach (although not necessarily the principles guiding the outcomes) is fundamentally different. No matrimonial property regime, no *regime primaire* or *secondaire*, and also, crucially, no clearly prescribed statutory remedies.

So English law is silent on the property relations of the spouses during marriage, hence the general law of property applies. However, there is legislation dealing with the financial consequences of divorce[15]. The relevant statutory provisions today can be found in Part II of the Matrimonial Causes Act 1973. The basic principle, following the recommendations of the Law Commission[16], is that the financial consequences in their entirety are to be determined at the court's discretion. This may seem absurd to continental European lawyers, as in their jurisdictions the law usually[17] stipulates quite precisely how the division of property is to be undertaken without room for discretion. But the underlying reason for the English approach, going back to the original enactment of the Matrimonial Proceedings and Property Act 1970, is that fairness and justice cannot be achieved by a system based on fixed rules or a fixed apportionment of 'matrimonial property'. Every family and thus every family law case is different and only a flexible approach, and thus an approach by necessity based on discretion, can accommodate the infinite multitude of different lived realities[18]. Of course, English lawyers are fully aware that this brings with it significant legal uncertainty, but this is willingly accepted as the price to pay in order to achieve, at least in theory, fairness and justice in each case[19]. Hence the overarching aim, the overarching principle guiding the courts in their decisions on the financial consequences of divorce is to achieve fairness for all the parties (and indeed the children) involved.

As already mentioned above, the competences of courts here are surprisingly (particularly to continental European lawyers) wide-ranging. According to their almost unfettered discretion, the courts can order periodical and lump sum payments (secured or unsecured), transfer of property from one spouse to the other and can even order the sale of specific assets; in addition, the courts can also make orders with regard to pensions. All of this does not merely apply to

15 Which applies equally in case of divorce as well as an annulment of a marriage.

16 *Law Commission*, Report No. 25 on Financial Provision in Matrimonial Proceedings (1969); see also Cretney, S.: "The Maintenance Quagmire", (1970) 33 *Modern Law Review*, p. 662. On the historical development see *Cretney* (above n. 4) 123 ff. und Law Commission (above n. 4) 19 ff

17 Although there are exceptions, e.g. in Austria and the Nordic Countries, cf. Ferrari, S.: "Marital Agreements und Private Autonomy in Austria", and Jänterä-Jareborg, M.: "Marital Agreements und Private Autonomy in Sweden", both in Scherpe, J.M. (ed): *Marital Agreements und Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2012, p. 17 ff. and p. 370 ff.

18 Cf. Thorpe LJ in *Dart v. Dart* [1996] 2 Family Law Reports 286, 294: "Parliament might have opted for a community of property system or some fraction approach. It opted instead for a wide judicial discretion that would produce a bespoke solution to fit the infinite variety of individual cases."

19 Cf. Bailey-Harris, R.: "The paradoxes of principle and pragmatism: ancillary relief in England and Wales", (2005) 19 *International Journal of Law, Policy and the Family*, p. 229 and Miles, J.: "Principle or pragmatism in ancillary relief?", (2005) 19 *International Journal of Law, Policy and the Family*, p. 242.

what continental European lawyers would see as 'matrimonial property' but, in principle, *all* assets and property of both spouses, irrespective of when and how it was acquired[20]. The statute does not distinguish between different groups of property, but recent case law arguably has introduced such distinction (on which see 2.3. below).

Hence a 'classification' of the financial consequences of divorce with clearly defined and distinctly different remedies for the division of matrimonial property, maintenance and pension sharing cannot be found in English law. There simply are not separate or separable 'pillars' on which the financial consequence of divorce rest[21]; instead the court takes a 'holistic view' of the financial consequences of divorce in order to come to a fair outcome[22]. Hence there only is the possibility for the court to make any or all of the orders mentioned above, but certainly no duty for it to do so. For example, it is not unusual in cases where the means of the couple are limited for the mother who was the primary carer of the children during the marriage and will continue to be the primary carer after the divorce to have the matrimonial home (even if it is the only relevant asset of the couple) transferred in full to her without any additional order for maintenance or pensions being made[23].

The discretion of the court is, in principle, not subject to any relevant restrictions[24], and as Lord Nicholls has put it, 'the courts are largely left to get on with it for themselves'[25]. This becomes apparent even in the title of the central provision for this in the Matrimonial Causes Act 1973, section 25: 'Matters to which the court *is to have regard* in deciding how to exercise its power (…)' (emphasis added). In section 25(2) there then is a long list of criteria which the court is to consider 'in particular', meaning that the court is free to consider other facts as well:

Section 25(2): As regards the exercise of the powers of the court (…) in relation to a party to the marriage, the court shall in particular have regard to the following matters

20 Cf. Matrimonial Causes Act 1983, sections 21, 23 and 24.

21 As mentioned already, this can lead to significant problems when English orders are to be enforced elsewhere, see e.g. the decision by the German *Bundesgerichtshof* (above n. 13), and the commentary by Scherpe, J.M. and Dutta, A.: "Cross-border", cit., p. 385 ff.

22 Scherpe, J.M.: "Marital Agreements und Private Autonomy in Comparative Perspective", in Scherpe J.M. (ed): *Marital Agreements und Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2012, p. 476 ff.; Roethel, A.: "Familiäre Vermögensteilhabe", cit., p. 131 ff., and Scherpe, J.M. and Dutta, A.: "Cross-border", cit., p. 385 ff.

23 See below for the details of the exercise of the courts' discretion.

24 See e.g. Waite LJ in *Thomas v. Thomas* [1996] 2 Family Court Reports 544, 546: "almost limitless".

25 *Miller v. Miller; McFarlane v. McFarlane* [2006] UKHL 24, paragraph 5.

(a) the income, earning capacity, property and other financial resources which each of the parties to the marriage has or is likely to have in the foreseeable future, including in the case of earning capacity any increase in that capacity which it would in the opinion of the court be reasonable to expect a party to the marriage to take steps to acquire;

(b) the financial needs, obligations and responsibilities which each of the parties to the marriage has or is likely to have in the foreseeable future;

(c) the standard of living enjoyed by the family before the breakdown of the marriage;

(d) the age of each party to the marriage and the duration of the marriage;

(e) any physical or mental disability of either of the parties to the marriage;

(f) the contributions which each of the parties has made or is likely in the foreseeable future to make to the welfare of the family, including any contribution by looking after the home or caring for the family;

(g) the conduct of each of the parties, if that conduct is such that it would in the opinion of the court be inequitable to disregard it;

(h) in the case of proceedings for divorce or nullity of marriage, the value to each of the parties to the marriage of any benefit which, by reason of the dissolution or annulment of the marriage, that party will lose the chance of acquiring.

There also is no hierarchy among the criteria listed, and the court therefore is free to decide in each case which of the criteria carries greater weight than others[26]. The only exception to this is that section 25(1) sees one criterion elevated above all others, namely that the welfare of the children of the family[27] is to be the 'first consideration'. While not worded as strongly as in other English statutes where the welfare of the child is the 'paramount' consideration[28], the welfare of the children nevertheless – as is explained below – in practice is *the* focal point for the court's considerations and often will have decisive influence on the ultimate decision.

26 *Piglowska v. Piglowski* [1999] 1 WLR 1360, 1370.

27 This expressly includes children who are not the joint children of the spouses, see s. 105 Matrimonial Causes Act 1973; see Lowe, N. and Douglas, G.: *Bromley's*, cit., pp. 338 ff. for further explanation of the concept and its difficulties.

28 See e.g. section 1(1) Children Act 1989; section 1(2) Adoption and Children Act 2002. On this see the detailed discussion by George, R.: "The Child's Welfare in European Perspective", in Scherpe J.M. (ed): *European Family Law*, vol. III – *Family Law in European Perspective*, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 209-231..

As the statute does not give much concrete guidance on how the courts are to exercise their discretion and, more specifically, how they are to achieve the overarching aim of fairness such guidance had to be developed by the case law.

2. The exercise of judicial discretion.

In 1981, Lord Denning, one of the true icons (despite being a controversial figure) among the English judiciary[29], summarised the task of the court in determining the financial consequences of divorce:

"The Family Court takes the rights and obligations of the parties all together and puts the pieces into a mixed bag. Such pieces are the right to occupy the matrimonial home or have a share in it, the obligation to maintain the wife and children, and so forth. The court then takes out the pieces and hands them to the two parties – some to one party and some to the other – so that each can provide for the future with the pieces allotted to him or to her. The court hands them out without paying any too nice a regard to their legal or equitable rights but simply according to what is the fairest provision for the future – for mother and father and the children"[30].

But what actually is 'the fairest provision' has been changing dramatically over the decades. Without a doubt, the most fundamental change was brought in by the House of Lords decision in *White v. White* in 2000[31]. But in order to understand the magnitude of the change that this decision meant for English law, it is necessary to examine the law as it stood before the decision.

2.1. The exercise of judicial discretion *before* the House of Lords decision in *White v. White*.

Based on the fundamental premise of the legislation that marriage does not change the property relations of the spouses, the fundamental rationale of most continental European jurisdictions that 'matrimonial property' was to be shared equally in the case of divorce[32] was unknown in English law until the decision in *White v. White* (as indeed was the concept of matrimonial property as that what the parties acquired through joint labour during the marriage) [33]. Equal sharing of

29 On Lord Denning see e.g. Heward, E.: *Lord Denning: A Biography*, Weidenfeld & Nicolson, 1990, and Freeman, I.: *Lord Denning: A Life*, Hutchinson, 1993. See also Denning, A.: *The Due Process of Law*, Butterworths, 1980.

30 *Hanlon v. Law Society* [1981] AC 124 (HL), 147.

31 *White v.White* [2001] 1 AC 596.

32 Cf. Pintens, W.: "Matrimonial Property Law in Europe", in Boele-Woelki, K., Miles, J. and Scherpe L.M. (eds): *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia Publishing, Cambridge, 2011, pp. 19-46; Scherpe, J.M.: "Marital", cit., p. 476 f.

33 Arguably that was the case until the decision in *Miller v. Miller; McFarlane v. McFarlane* (2006) UKHL 24 and even at the time of writing the English understanding of what might constitute such a thing as 'matrimonial

assets as such was not even a consideration that guided the courts in the exercise of their discretion. Rather the courts took the only express priority listed in the statute, the welfare of the children as first consideration according to section 25(1) Matrimonial Causes Act 1973 as their starting point. And, it is fair to say, the welfare of the children continues to be the focal point of the court's discretion, leading in practice to the courts first and foremost trying to ensure that the primary carer and the children are housed adequately and are financially safe generally. In light of exorbitant real estate prices, particularly in southern England, the rather precarious position that families renting rather than owning their family home and the general tendency (and perhaps tradition) to buy rather than rent[34], this in a large number of cases means that the courts will allocate the matrimonial home to the children and their primary carer. This usually will be done by a transfer of the property[35] rather than mere allocation of the right to use the property, even when the matrimonial home was in fact the primary (or even the only relevant) asset of the family. The primary aim of the courts therefore was to satisfy the 'reasonable requirements' of the children and the primary carer – not more but certainly not less[36]. But importantly, the criterion of 'reasonable requirements' was also used by the courts to effectively limit any further claims of the spouses for a participation in the property or other assets of the other spouses, irrespective of whether they were acquired during the marriage or not. So in cases where the assets of the spouses (and in practice this usually mean the assets of the husband) exceeded the 'reasonable requirements' of the spouses and the children, this criterion functioned as a 'glass ceiling' curtailing any claims by the spouses. The complete separation of property introduced by the 1882 legislation therefore remained – provided that, and this of course is the crucial difference to a matrimonial property regime based on a separation of property, the needs/requirements of the children and the primary carer (or in the absence of children those of the other spouse) were met[37].

As has been noted correctly by the Law Commission[38], this led to divorced women being *better* off than their continental European counterparts if the assets of the family were limited. This was because the court had the power to allocate – and often did so – more than half of the assets (or even all of them) to the primary carer which at the time were (and presumably still are) very predominantly women.

property' is quite different from its continental counterparts; on this see Scherpe, J.M.: "Towards", cit, p. 129 f.

34 Cf. Miles, J. and Scherpe J.M.: "The Future of Family Property in Europe", in Boele-Woelki, K, Miles J., and Scherpe J.M.(eds): *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia Publishing, Cambridge, 2011, p. 428 and Cooke, E., Barlow, A. and Callus, T.: *Community of Property. A regime for England and Wales?*, Nuffield Foundation, 2006, p. 28 ff.

35 See e.g. *Preston v. Preston* [1981] 2 Family Law Reports 331; *Gojkovic v. Gojkovic* [1990] 1 Family Law Reports 140; *F v. F (Ancillary Relief: Substantial Assets)* [1995] 2 Family Law Reports 45.

36 See e.g. *A v. A (Financial provision)* [1998] 3 Family Court Reports 421; *Thyssen-Bornemisza v. Thyssen-Bornemisza (No. 2)* [1985] Family Law Reports 1069; *Dart v. Dart* [1996] 2 Family Law Reports 286.

37 Law Commission (above n. 4), 27.

38 Law Commission (above n. 4) 61.

Conversely, women who were primary carers in cases were the family had been wealthy often were *worse* off than their continental European counterparts because the 'glass ceiling' meant that they would not receive anything near to a half-share of the assets.

2.2. The 'White Revolution' of judicial discretion *after* the House of Lords decision in *White v. White*.

That the welfare and financial security of the children of the family and the primary carer should remain the centre piece of the court's considerations continues to be virtually undisputed in England and Wales. However, there was significant criticism of the 'glass ceiling' in academia and practice as it effectively led to a discrimination of the homemaker spouse who did the 'family work' (then, usually the wife), often over decades, but was without any share in the often very significant assets and pension entitlements the breadwinner spouse (then usually the husband) managed to accumulate during the marriage. Often the acquisition of these assets was realistically only possible because of the division of labour the couple had in their marriage. This fact essentially deprived the homemaker spouse of his or her (but usually her) share of the fruits of joint labour and also failed to recognise financially the significant contributions made to the family welfare – disrespecting the family work as insignificant and less valuable[39].

Despite this pertinent criticism, Parliament did not seem inclined to reform the Matrimonial Causes Act 1973, and thus it was only in 2000 that the House of Lords in *White v. White*[40] took matters into their own hands when the opportunity arose to re-evaluate the interpretation of section 25.[41] The result can rightly be called a 'revolution'. Under the heading 'Equality' the House of Lords (per Lord Nicholls of Birkenhead) held:

"But there is one principle of universal application which can be stated with confidence. In seeking to achieve a fair outcome, there is no place for discrimination between husband and wife and their respective roles. Typically, a husband and wife share the activities of earning money, running their home and caring for their children. Traditionally, the husband earned the money, and the wife looked after the home and the children. This traditional division of labour is no longer the order of the day. Frequently both parents work. Sometimes it is the wife who is the money-earner, and the husband runs the home and cares for the children

39 See e.g. *Peter Singer,* Sexual discrimination in ancillary relief, [2001] Family Law 115; Gibson LJ in *Dart v. Dart*,[1996] 2 Family Law Reports 286 , Paragraph 303.

40 [2001] 1 AC 596.

41 It needs to be noted that because of the very significant costs of legal proceedings in England and Wales hardly any matrimonial disputes made it to the (then) highest court (now replaced by the Supreme Court); so *White v. White* indeed was an opportunity – and potentially one the judiciary had been awaiting for quite some time.

during the day. But whatever the division of labour chosen by the husband and wife, or forced upon them by circumstances, fairness requires that this should not prejudice or advantage either party (...)'"[42].

"Sometimes, having carried out the statutory exercise, the judge's conclusion involves a more or less equal division of the available assets. More often, this is not so. More often, having looked at all the circumstances, the judge's decision means that one party will receive a bigger share than the other. Before reaching a firm conclusion and making an order along these lines, a judge would always be well advised to check his tentative views against the yardstick of equality of division. As a general guide, equality should be departed from only if, and to the extent that, there is good reason for doing so. The need to consider and articulate reasons for departing from equality would help the parties and the court to focus on the need to ensure the absence of discrimination'"[43].

The criterion of the 'reasonable requirements', which had dominated the jurisprudence for decades was not merely abolished expressly, it was actually branded an erroneous interpretation:

"But I can see nothing, either in the statutory provisions or in the underlying objective of securing fair financial arrangements, to lead me to suppose that the available assets of the respondent become immaterial once the claimant wife's financial needs are satisfied. Why ever should they? If a husband and wife by their joint efforts over many years, his directly in his business and hers indirectly at home, have built up a valuable business from scratch, why should the claimant wife be confined to the court's assessment of her reasonable requirements, and the husband left with a much larger share? Or, to put the question differently, in such a case, where the assets exceed the financial needs of both parties, why should the surplus belong solely to the husband? On the facts of a particular case there may be a good reason why the wife should be confined to her needs and the husband left with the much larger balance. But the mere absence of financial need cannot, by itself, be a sufficient reason. If it were, discrimination would be creeping in by the back door. In these cases, it should be remembered, the claimant is usually the wife. Hence the importance of the check against the yardstick of equal division'"[44].

So in *White v. White* the House of Lords gave to the courts of England and Wales an interpretation of section 25 Matrimonial Causes Act 1973 that meant there was to be no discrimination of the spouses based on the role they had performed in the marriage, and to that end introduced the 'yardstick of equality'.

42 Paragraph 24.

43 Paragraph 25.

44 Paragraph 35.

Undoubtedly much was gained for the equality of spouses by this decision, but the exact consequences arising as a result of *White v. White* were (and to a certain extent still are) far from clear. Particularly, the possible (and in many cases desired) departure from the equal sharing of assets created significant problems in practice. When was it actually 'fair' or necessary to depart from equal sharing of (as it needs to be pointed again) the *entire* assets[45] of the spouses? Would it only apply in cases of short marriages[46] or if one of the spouses had actually brought the lion share of the assets into the marriage or inherited them during the marriage?[47] Or would it apply if the acquisition assets were largely due to the 'genius' of one of the spouses who had made a 'stellar contribution'?[48].

As Parliament still showed no interest in this area of law, it was once again down to the courts to develop and clarify the law further and provide answers to these pressing questions.

2.3. Developing the concept of fairness further: the three 'strands' of fairness according to *Miller v. Miller; McFarlane v. McFarlane.*

The next major milestone for the development of this area of law was in 2006 in the House of Lords in *Miller v. Miller; McFarlane v. McFarlane*[49]. In their speeches, Lord Nicholls of Birkenhead and Baroness Hale of Richmond (despite differences in the details) defined more closely and fleshed-out the guidelines given in *White v. White*, especially the aims of non-discrimination, the overarching principle of 'fairness' as well as the application of the 'yardstick of equality'. In particular, both judges identified the basic (yet overlapping) principles, referred to as 'strands' or 'rationales', which are to underpin the court's exercise of discretion with the aim of achieving 'fairness': needs, compensation and equal sharing.

Needs, which since then has proved to be the most important, difficult and controversial 'strand' of fairness in practice, according to the decision is meant to comprise the actual financial needs/requirements of the spouses and their children. Compensation, however, was to be understood to refer to compensation for relationship-generated disadvantages. For example, it would apply if one of the spouses had given up or reduced his or her career to primarily look after children

45 As there still was no concept of a limitation to 'matrimonial property' or anything comparable. But on this see III.2.3. and IV. below.

46 See e.g. *McCartney v. Mills-McCartney* [2008] EWHC 401 (Fam).

47 See e.g. *S v. S* [2006] EWHC 2793 (Fam); *J v. J* [2009] EWHC 2654 (Fam); *McCartney v. Mills-McCartney* [2008] EWHC 401 (Fam).

48 See *Cowan v. Cowan* [2001] EWCA Civ 679, *Lambert v. Lambert* [2002] EWCA Civ 1685; *Charman v. Charman* [2007] EWCA Civ 503 as well as the more recent decisions of *SK v TK* [2013] EWHC 834 (Fam) and *Cooper-Hohn v Hohn* [2014] EWHC 4122 (Fam).

49 (2006) UKHL 24. On this decision see, from a comparative perspective, Scherpe, J. M.: "Causes for Concern? – A Comparative Analysis of Miller v. Miller"; *McFarlane v. McFarlane* [2006] UKHL 24, (2007) 18 *King's Law Journal*, , pp. 348-360.

and, as a consequence, had earned less (or nothing) or had been less able to build up a pension etc. Sharing, as a 'strand', was meant to ensure that the contributions of the spouses in principle are valued equally, whether they be family work or remunerated work.

With regard to the last 'strand' of fairness, sharing, the House of Lords arguably left open which assets exactly should be subject to the sharing exercise and there also seem to be different views on this point in the lead speeches by Lord Nicholls and Lady Hale. However, it needs to be noted that between them, they refer nine times to 'the fruits of joint labour/the matrimonial partnership/the couple's labours'[50] and also three times to the 'joint/common endeavours' of the couple[51]. In doing so, they arguably introduced a differentiation hitherto unknown in English law, namely between matrimonial and non-matrimonial property[52]. Both judges make clear that property acquired during the marriage other than through inheritance or gift was, in principle, to be shared equally[53]. But, importantly this does not in any way detract from the fact that the two other 'strands' of fairness, needs and compensation can take precedence over equal sharing where the circumstances require it. In practice, these aspects dominant the decisions in the vast majority of cases and particularly in the negotiations in cases that end up not being decided by the courts, so anecdotally it has been said that most cases begin and end with 'needs'. In addition, both judges in their speeches found that the longer the marriage the less important the judges thought the distinction between the two different groups of property to be and thus the less relevant for the equal sharing.

Although arguably a simplification, the division of assets in England and Wales now happens along the following lines:

- Matrimonial property in principle is to be divided equally *unless* considerations of fairness (and especially needs and compensation but also considerations such as the short duration of the marriage and potentially 'stellar contributions') require otherwise;

- Non-matrimonial property is *not* to be shared *unless* fairness (and especially needs and compensation) requires otherwise.

50 Paragraphs (17), (19), (20), (21), (85), (141), (149) und (154) (twice).

51 Paragraphs (22), (91) und (143).

52 This is the terminology Lord Nicholls used in the decision and that has been used in subsequent case law (see e.g. *K v. L* [2011] EWCA Civ 550; *AR v. AR* [2011] EWHC 2717 (Fam); *N v. F (Financial Orders: Pre-Acquired Wealth)* [2011] EWHC 586 (Fam); *Jones v. Jones* [2011] EWCA Civ 41. However, it does not follow from this that subsequent case law also followed Lord Nicholls' speech in full. As mentioned above, his and Lady Hale's speech (arguably) differ as to how exactly the division into these two groups of assets is to take place.

53 See esp. paras. (21 ff.) and (149 ff.) of the decision.

This basic approach and the reference to 'matrimonial property' in the case law following *Miller v. Miller; McFarlane v. McFarlane*[54] might give the impression that England and Wales now has some form of matrimonial property regime. However, the academia and the judiciary have expressly refuted such claims, and indeed Baroness Hale in *Miller v. Miller; McFarlane v. McFarlane* itself made this very clear:

"We do not yet have a system of community of property, whether full or deferred. Even modest legislative steps towards this have been strenuously resisted"[55].

Given the vast discretion still afforded to the courts and particularly the practical dominance of the 'strand' of needs, this undoubtedly is correct[56] although arguably the jurisdiction in substance has moved closer to continental European jurisdictions[57].

IV. REFORM CONSIDERATIONS AND THE FUTURE OF THE FINANCIAL CONSEQUENCES OF DIVORCE IN ENGLAND AND WALES.

The continuous passivity (or even inertia) of Parliament and the resulting discrepancy between the law and love, the reality of most couples not only provoked the 'judicial activism' just described but almost made it inevitable. The same applies to the recent jurisprudence of the Supreme Court on marital agreements[58]. Academic commentators and even judges have criticised this as the judiciary having overstepped the boundaries of the division of powers and instead of merely applying the law creating new law, with the latter being the prerogative of the elected members of Parliament[59].

54 See the cases referred to in n. 52 above.

55 Paragraph [151].

56 See Roethel, A.: "Familiäre Vermögensteilhabe", p. 131 ff. and Scherpe, J.M.: "Towards", p. 129 ff.

57 See e.g. Amos QC, T., Pintens, W. and Scherpe, J.M.: *Civil-ising the English, or: the Europeanisation of Ancillary Relief, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*, Gieseking, 2015), 2015, pp. 939-952; Scherpe, J.M.: "Marital", cit., p. 476 ff.

58 *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42; on this case and the further development see Miles, J.: "Marriage and Divorce in the Supreme Court: for Love of Money?", (2011) 74 *Modern Law Review* , p. 431 ff. and Scherpe, J. M.: "Fairness, freedom and foreign elements – marital agreements in England and Wales after Radmacher v. Granatino", [2011] *Child and Family Law Quarterly*, pp. 513-527; Scherpe, J.M.: "Wirkung ohne Bindungswirkung – Eheverträge in England und Wales, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht" (ZEuP) 2012, pp. 615-630. See also Miles, J.: "Marital Agreements and Private Autonomy in England and Wales", and Harper, M. and Frankle, B.: "An English Practitioner's View on Pre-Nuptial, Post-Nuptial and Separation Agreements", both in Scherpe J.M. (ed): *Marital Agreements and Private Autonomy in a Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2012, pp. 89 ff. and 122 ff.

59 See e.g. Cretney, S.: "Community of property imposed by judicial decision", (2003) 119 *Law Quarterly Review*, p.349 ff., Harris, P., George, R. and Jonathan, H.: "With this Ring I Thee Wed (Terms and Conditions Apply)", [2011] *Family Law*, pp. 367-369 and even *Lady Hale* in *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, Paragraphs 133-137.

Admittedly, these decisions have (as shown above) fundamentally changed the law on the financial consequences of divorce. However, at least nominally in doing so the courts have remained within the framework Parliament allocated to them in the Matrimonial Causes Act 1973, namely the very wide discretion in order to achieve a fair outcome. Still, it must be conceded that the 'reform' of law through decisions in individual cases may not be the ideal way to bring the law in line with the requirements of modern families. It certainly is not the result of a broad and wide debate about the meaning and nature of marriage and the financial consequences of marriage breakdown. Hence it was to be welcomed that the Government and Parliament seem to be more inclined to engage with these issues. In the '10th Programme for Law Reform' the Law Commission had taken on the task to look into the law of marital agreements (i.e. pre-nuptial, post-nuptial and separation agreements)[60]. In January 2011 a Consultation Paper on *Marital Property Agreements* was published[61]. In February 2012 the mandate of the Law Commission was broadened, and the Commission then looked into two further aspects of the financial consequences of divorce[62], namely the definition and meaning of 'matrimonial property' on the one hand and of 'needs' on the other. As mentioned above, these two concepts indeed seem to be the ones causing the most difficulties in practice, and a clarification would be most welcome.

However, no legislative action has followed these reports and suggestions by the Law Commission. Therefore, while there is some debate about reforming the law governing the financial consequences of divorce, a whole-scale reform of this area currently is not on the agenda. Therefore England and Wales will in the foreseeable future remain a jurisdiction without a matrimonial property regime.

60 The programme can be accessed at *http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc311_10th_Programme.pdf.*

61 *The Law Commission* (above n. 4).

62 See *http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/marital-property-agreements.htm*.

BIBLIOGRAPHY

Amos QC, T., Pintens, W. and Scherpe, J.M.: *Civil-ising the English, or: the Europeanisation of Ancillary Relief, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*, Gieseking,2015, pp. 939-952.

Bailey-Harris, R.: "The paradoxes of principle and pragmatism: ancillary relief in England and Wales", 2005) 19 *International Journal of Law, Policy and the Family*, p. 229.

Cooke, E., Barlow, A. and Callus, T.: *Community of Property. A regime for England and Wales?*, Nuffield Foundation, 2006, pp. 28 ff.

Cretney, S.: "Community of property imposed by judicial decision", (2003) 119 *Law Quarterly Review*, pp. 349 ff.

Cretney, S.: "The Maintenance Quagmire", (1970) 33 *Modern Law Review*, p. 662.

Cretney, S.: *Family Law in the Twentieth Century*, Oxford University Press, 2003, pp. 90 ff.

Denning, A.: *The Due Process of Law*, Butterworths, 1980.

Dicey, A.V.: *Lectures on the Relations between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, 2nd ed., Reprint, Macmillan, 1962, p. 387

Ferrari, S.: "Marital Agreements und Private Autonomy in Austria", in Scherpe, J.M. (ed): *Marital Agreements und Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2012, pp. 17 ff.

Freeman, I.: *Lord Denning: A Life*, Hutchinson, 1993.

George, R.: "The Child's Welfare in European Perspective", in Scherpe J.M. (ed): *European Family Law*, v. III – *Family Law in European Perspective*, Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 209-231.

Harper, M. and Frankle, B.: "An English Practitioner's View on Pre-Nuptial, Post-Nuptial, in Scherpe J.M. (ed): *Marital Agreements and Private Autonomy in a Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2012, pp. 122 ff.

Harris, P., George, R. and Jonathan, H.: "With this Ring I Thee Wed (Terms and Conditions Apply)", [2011] *Family Law*, pp. 367-369.

HEWARD, E.: *Lord Denning: A Biography*, Weidenfeld & Nicolson, 1990.

JÄNTERÄ-JAREBORG, M.: "Marital Agreements und Private Autonomy in Sweden", in SCHERPE, J.M. (ed): *Marital Agreements und Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2012, pp. 370 ff.

LOWE, N. and DOUGLAS, G.: *Bromley's Family Law*, 10 ed, Oxford, 2007, pp. 106 ff.

LYNDON SHANLEY, M.: *Feminism, Marriage, and the Law in Victorian England*, 1850-1895, Princeton University Press, 1989.

MASSON, J., BAILEY-HARRIS, R., PROBERT, R. and CRETNEY, S.: *Principles of Family Law*, 8th ed., Sweet & Maxwell, 2008, p. 115.

MILES, J. and SCHERPE J.M.: "The Future of Family Property in Europe", in BOELE-WOELKI, K, MILES J., and SCHERPE J.M. (eds): *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia Publishing, Cambridge, 2011, p. 428.

MILES, J.: "Marital Agreements and Private Autonomy in England and Wales", in SCHERPE J.M. (ed): *Marital Agreements and Private Autonomy in a Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2012, pp. 89 ff.

MILES, J.: "Principle or pragmatism in ancillary relief?", (2005) 19 *International Journal of Law, Policy and the Family*, p. 242.

PINTENS, W.: "Matrimonial Property Law in Europe", in BOELE-WOELKI, K., MILES, J. and SCHERPE L.M. (eds): *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia Publishing, Cambridge, 2011, pp. 19-46.

ROETHEL, A.: "Englische family provision und ordre public", in KRONKE, H. and THORN K. (eds): *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70*, Geburtstag, Gieseking, 2011, p. 348 ff.

ROETHEL, A.: "Familiäre Vermögensteilhabe im englischen Recht: Entwicklung und Erklärungsversuche", *RabelsZ* 76(2012), p. 131 ff.

SCHERPE, J. M.: "Causes for Concern? – A Comparative Analysis of Miller v. Miller"; *McFarlane v. McFarlane* [2006] UKHL 24, (2007) 18 *King's Law Journal*, pp. 348-360.

SCHERPE, J. M.: "Fairness, freedom and foreign elements – marital agreements in England and Wales after Radmacher v. Granatino", [2011] *Child and Family Law Quarterly*, pp. 513-527.

Scherpe, J. M.: England and Wales. A Jurisdiction without a Matrimonial Property Regime, in Lauroba Lacasa, E. and Ginebra Molins M.E. (eds): *Régimes matrimonaux de participation aux acquêts et autres mécanismes participatifs entre époux en Europe*, Société de Legislation Comparée, 2016, pp. 111-127.

Scherpe, J.M. and Dutta, A.: "Cross-border enforcement of English ancillary relief orders-Fog in the channel, Europe cut off?", [2010] *Family Law*, pp. 385 ff.

Scherpe, J.M.: "Marital Agreements und Private Autonomy in Comparative Perspective", in Scherpe J.M. (ed): *Marital Agreements und Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2012, pp. 476 ff.

Scherpe, J.M.: "Towards a Matrimonial Property Regime for England and Wales?", in Probert and Barton (eds), *Fifty Years in Family Law. Essays for Stephen Cretney*, Intersentia Publishing, Cambridge, 2012, pp. 129-142.

Scherpe, Jens M.: "Wirkung ohne Bindungswirkung. Eheverträge in England und Wales, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht" (ZEuP) 2012, pp. 615-630.

Sir Jocelyn Simon: *With all my worldly goods...*, Holdsworth Club of the University of Birmingham, 1964, p. 14.

Sir William Blackstone: "Commentaries on the Laws of England", 1765-1769, v. 1, chapter 15, III, accessible at *http://www.gutenberg.org/ebooks/30802*.

Staves, S.: *Married Women's Separate Property in England*, 1660-1833 (Harvard University Press, 1990); Stetson, D.: *A Woman's Issue: The Politics of Family Law Reform in England*, Greenwood Press, 1982.

Williams: "The Legal Unity of Husband and Wife", (1947) 10 Modern Law Review, p. 16 ff.

RÉGIMEN DE ESTANCIAS, VISITAS, COMUNICACIONES Y RELACIÓN CON LOS MENORES TRAS LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO

THE REGULATION OF STAYS, VISITS, COMMUNICATIONS AND RELATIONS WITH MINORS AFTER THE LAW 8/2021, OF 2 JUNE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1622-1651

Blanca SILLERO CROVETTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza el contenido del artículo 94 del Código Civil tras la redacción dada por el artículo 2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Se trata de ordenar la custodia individual y el derecho de visitas y comunicación desde el principio de preservar a niños y niñas de una situación objetiva de peligro o riesgo y en caso de que no pueda garantizarse un entorno seguro y libre de violencia, no establecer contactos con el progenitor. Suspender el régimen de visitas en todos los supuestos en los que niños y niñas hubieran presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de la adopción de las medidas necesarias para impulsar la aplicación de los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004. Que nuestros tribunales siguiendo las directrices de la Convención sobre los Derechos del Niño, no sigan interpretando que el interés superior del niño y de la niña es siempre mantener el contacto con uno de sus progenitores, incluso cuando éstos son violentos o abusivos.

PALABRAS CLAVE: Patria potestad; guarda y custodia, derechos de visita, comunicación y estancia; violencia de género; interés del menor.

ABSTRACT: *This paper analyses the content of Article 94 of the Spanish Civil Code after the wording given by Article 2 of Law 8/2021 of 2 June. It is a question of ordering individual custody and the regime of visitation and communication starting from the principle of preserving children from an objective situation of danger or risk, so that, in the event that a safe and violence-free environment cannot be guaranteed, contact with the parent is not established. This may involve suspend visitation in all cases in which children have been witnessed, suffered or lived with violence, without prejudice to the adoption of the necessary measures to promote the application of articles 65 and 66 of Organic Law 1/2004. As a consequence, our courts, following the guidelines of the Convention on the Rights of the Children, should not continue intepretating that the best interests of the child is always to maintain contact with one of their parents, even when the parents are violent or abusive.*

KEY WORDS: *Parental authority; care and custody; right of visits; communication and stay; gender-based violence; best interest of the child.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ANTECEDENTES NORMATIVOS ARTÍCULO 94 CÓDIGO CIVIL.- III. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 94 CÓDIGO CIVIL.- 1. Una regla general para los supuestos en que no proceda la guarda y custodia compartida.- 2. Excepciones facultativas a dicha regla general.- 3. Excepciones de carácter imperativo.- 4. La excepción de la excepción.- 5. La excepción, de la excepción, de la excepción.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La violencia de género es la manifestación más cruel e inhumana de la secular desigualdad existente entre mujeres y hombres que se ha producido a lo largo de la historia, en todos los países y culturas y con independencia del nivel, social, cultural o económico de las personas que la ejercen y la padecen.

Combatir todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico o perjuicio económico para la mujer, tanto en la vida pública como en la vida privada, es una cuestión de Estado, ya que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La violencia de género es un problema de toda la sociedad. Toda la sociedad tiene que involucrarse en la búsqueda de soluciones para proteger a las víctimas así como a sus hijas e hijos, rechazar a los maltratadores y prevenir la violencia.

España ha sido un país pionero en la lucha contra la violencia de género. En la actualidad, nuestro país dispone de una amplia relación de normas que prevén, desde un punto de vista integral, la persecución y eliminación de cualquier forma de violencia ejercida sobre la mujer. A lo que hay que añadir el importante esfuerzo normativo desplegado por las Comunidades Autónomas que han aprobado leyes para combatir la violencia de las mujeres dentro de su ámbito competencial.

Efectivamente se han alcanzado resultados positivos a lo largo de los últimos años pero pese a los avances legales de carácter nacional e internacional las mujeres siguen siendo controladas, amenazadas, agredidas y asesinadas. El año 2021 termina con al menos 43 mujeres víctimas mortales de la violencia de género, la cifra más baja registrada desde que se comenzaron a recopilar datos sobre esta lacra, en 2003. Por el contrario, se ha duplicado el número de menores asesinados por violencia de género, que pasa de los tres contabilizados en 2020, a los seis registrados este año[1]. Además, 30 niños se quedaron huérfanos de madre

1 Estos delitos en los que el agresor utiliza a los menores para infligir daño a la madre se conocen como "violencia vicaria". Precisamente, uno de los objetivos del Gobierno para este año 2022 es incorporar a

• Blanca Sillero Crovetto
Profesora Titular Derecho Civil. Universidad de Málaga. Correo electrónico: bsillero@uma.es

por esta lacra en 2021. A lo que se añade que, han repuntado otras formas de violencia de género y nuevas formas de violencia vinculadas a lo que Naciones Unidas ha definido como prácticas tradicionales nocivas que deben hallar también una respuesta adecuada en la legislación española.

Resulta necesario identificar, por una parte, las disfunciones y carencias y de otro, formular propuestas de mejora para dar respuesta y acrecentar la lucha contra esa lacra social con más y mejores medios.

El grupo de expertos de Naciones Unidas que se conoce como los Procedimientos Especiales *del Consejo de Derechos Humanos*[2], realizó en Ginebra, el día 9 de diciembre de 2021, un comunicado en el que denuncia que "El Gobierno de España debe hacer más, para proteger a los niños de la violencia doméstica y los abusos sexuales, garantizar que sus tribunales superen los prejuicios contra las mujeres y aplicar un enfoque centrado en los niños y de género.

Los menores en España están expuestos a la violencia y los abusos sexuales por un sistema judicial que no les protege de los padres abusivos, dijeron los expertos. Incluso en los casos en los que existen antecedentes de violencia doméstica o pruebas de maltrato, las decisiones judiciales a menudo favorecen a los padres varones, incluso en aquellos casos en los que existen motivos razonables para sospechar que abusan hacia los niños y sus madres".

"Una de las causas fundamentales de este problema es la existencia de un sesgo discriminatorio contra las mujeres, que hace que su testimonio se perciba como menos creíble que el de los hombres. Las mujeres tienen aún menos

la Ley Integral contra la Violencia de Género el término "violencia vicaria", que es el que se ejerce contra los familiares para hacer daño a la víctima y que ya recoge la norma aunque no con este nombre. 41 menores han sido asesinados en España por violencia de género desde 2013, año en el que se empezaron a contabilizar de forma oficial estos datos y desde que se registran no ha habido ni un solo año sin la muerte de al menos un menor por violencia machista. Seis fueron los menores asesinados en 2013 por la pareja o exparejas de sus madres, cifra que descendió a cuatro un año después y se elevó a cinco en 2015. En 2016, se registró la muerte de un menor por violencia de género y en 2017 se contabilizó el número más alto hasta ahora, fueron ocho los niños asesinados mientras que en 2019 y 2020 se registraron tres víctimas, en caso uno de esos años. 1118 son las mujeres asesinadas por violencia de género desde que se empezaron a contabilizar estos asesinatos en 2003. Los datos de la Comunidad Autónoma de Andalucía aparecen reflejados en el Informe al Parlamento, 2020, realizado por el Defensor del Menor de Andalucía, disponible en https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/7550_d_InformeDMA2020.pdf.

2 Las y los expertos: Reem Alsalem, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias; Melissa Upreti *(Presidenta),* Dorothy Estrada Tanck *(Vicepresidenta),* Elizabeth Broderick, Ivana Radačić *y* Meskerem Geset Techane, Grupo de Trabajo sobre la discriminación contra las mujeres y las niñas; Tlaleng Mofokeng, Relatora Especial sobre el derecho a la salud física y mental; Nils Melzer, Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Los Expertos y las expertas forman parte de lo que se conoce como los Procedimientos Especiales *del Consejo de Derechos Humanos. Los Procedimientos Especiales, el mayor órgano de expertos independientes del sistema de derechos humanos de la ONU, es el nombre general de los mecanismos independientes de investigación y supervisión del Consejo que se ocupan de situaciones de países específicos o de cuestiones temáticas en todas las partes del mundo. Los expertos de los Procedimientos Especiales trabajan de forma voluntaria; no son personal de la ONU y no reciben un salario por su trabajo. Son independientes de cualquier gobierno u organización y prestan servicios a título individual.*

probabilidades de ser creídas cuando denuncian la violencia física y sexual cometida por los padres contra ellas y sus hijos".

"España debe hacer más, para que su legislación sea operativa y para que todos los funcionarios del sistema de justicia apliquen un enfoque sensible al género y centrado en el niño en los casos de custodia de los hijos y de violencia doméstica, además de tomar medidas efectivas para prevenir estos actos de violencia que pueden constituir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o incluso tortura", dijeron los expertos. "El Gobierno debe cumplir con su responsabilidad de garantizar que los niños, las niñas y las mujeres puedan vivir y prosperar libres de violencia".

La reciente publicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ha sido el instrumento normativo por medio del cual el legislador ha incorporado a nuestro Derecho positivo una reforma radical en el régimen de la patria potestad y, en particular, en su articulación con ocasión de los procesos de crisis familiar cuando la misma va acompañada de los términos a que se refiere el nuevo artículo 94 del Código Civil (en adelante CC), que dispone así:

"La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará el derecho previsto en el párrafo anterior.

La autoridad judicial adoptará la resolución prevista en los párrafos anteriores, previa audiencia del hijo y del Ministerios Fiscal. Asimismo, la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran las circunstancias relevantes que asó lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y

las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género[3].

No obstante, la autoridad judicial podrá establecer el régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial.

No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firma, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior".

Apenas dos días más tarde de la publicación de esta Ley 8/2021, se publica en el BOE la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, texto que reforma el artículo 92 CC[4], y que según se afirma en el Preámbulo, esta reforma se realiza para, "reforzar el interés del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio, así como para asegurar que existan las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia", además incluye la reforma del apartado séptimo del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim), en un sentido coincidente con el artículo 94 CC[5].

Si bien ya avanzamos nuestra opinión positiva respecto de la necesaria reforma del artículo 156 del Código Civil así como de los artículos 92 y 94, por cuanto se trata, en último término, de ordenar la custodia, individual o conjunta, y el derecho de visitas desde el principio de preservar al menor de una situación objetiva de peligro o riesgo ¿no hubiera sido más adecuado someter los dos preceptos, artículos 92 y 94 CC, y la reforma del artículo 544 ter apartado séptimo LECrim a un mismo proceso de reforma con unidad de incorporación?, además de conseguir

3 El día 3 de septiembre de 2021, el Grupo Parlamentario VOX en el Congreso de los Diputados presentó recurso de inconstitucionalidad, contra el artículo Segundo apartado diez y nueve de la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, por la nueva redacción que confiere a los artículos 94 párrafo 4º y 156.2º.

4 Artículo modificado por la Disposición Final 2ª de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. Disponiendo el apartado 2: "El Juez cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión" y añadiendo un nuevo apartado 10, en los siguientes términos, "El Juez adoptará al acordar fundamentalmente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los régimen establecidos, procurando no separar a los hermanos".

5 "[…] 7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio sobre la pertinencia de la adopción de la referidas medidas".

un resultado más adecuado se hubiera evitado la dificultad de buscar los criterios de interpretación normativa en un legislación tan asistemática[6].

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS ARTÍCULO 94 CÓDIGO CIVIL.

Encontramos en la redacción original de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de octubre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, los antecedentes en los que se advierte la necesidad de articular medidas de protección respecto de los menores que resultaban afectados por la perpetración de infracciones penales en el ámbito de la violencia de género. Los artículos 65 y 66 dotan al Juez de la capacidad para acordar, de forma facultativa, la suspensión para el inculpado por violencia de género del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia respecto de los menores a los que se refiere, así como ordenar la suspensión de visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes.

La reforma operada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia fue más allá y tras ampliar la suspensión al acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, añadió y con carácter imperativo que si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución. Añadiendo el artículo 66 la posibilidad de suspensión no sólo respecto del régimen de visitas, sino también de estancia, relación y comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependen de él, añadiendo un segundo inciso análogo al del artículo 65: si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución[7].

6 Ortega Calderón, J.L.: "La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código civil tras la reforma por Ley 8/2021, de 2 de junio", *Diario La Ley*, nº 9892, 15 de julio 2021, p. 2.

7 La reforma, como afirma Marín De Espinosa Ceballos, E.B., insiste en ordenar a los jueces que conocen de supuestos de violencia de género que se pronuncien sobre la relación que deben mantener los menores con el agresor de la mujer durante la tramitación del procedimiento. A ese fin les insta a que adopten medidas cautelares para proteger al menor, al abrir las primeras diligencias o durante la fase de instrucción. Ya que si bien es sabido que la Ley Integral ya incluía algunas medidas preventivas y de protección, esas medidas se aplicaban en escasas ocasiones, lo que contribuía a la desprotección de los menores, "Menores y violencia de género. Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género", *InDret,* abril, 2018, p. 10. Sobre la escasa aplicación de estas medidas Sillero Crovetto, B.: "Análisis y evaluación de las

Se justifica la reforma del sistema de protección de la infancia en la propia exposición de motivos en los siguientes términos: "Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar condiciona su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o exparejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma"[8].

A pesar de que el CC, no introduce la supresión o suspensión del régimen de visitas en custodia exclusiva, a progenitores incursos en procesos penales de determinados tipos penales hasta 2021, sí lo hacía respecto de la guarda y custodia conjunta en el artículo 92.7 CC, respecto de los mismos tipos penales[9].

La Sala de los Civil del Tribunal Supremo en aplicación de este precepto, ha rechazado la procedencia de la custodia compartida en las sentencias 350/2016, 26 de mayo[10], que tiene en cuenta el auto de incoación de procedimiento abreviado y la influencia de los hechos enjuiciados en las condiciones en que debe ejercerse la custodia; 23/2017, 17 de enero[11], en la que la condena por amenazas en el ámbito familiar, con prohibición de comunicación, impide la posibilidad de diálogo; 175/2021, de 29 de marzo[12], toma en consideración la condena por maltrato y el

competencias civiles de los Juzgados de violencia sobre la mujer", *Revista de Derecho de Familia*, nº. 54, 2012, pp. 57-94.

8 El cese cautelar de la convivencia de los progenitores y la adopción de medidas que implicaba el alejamiento entre ellos, reclamaba lógicamente la adopción de medida que regulara la situación de unos menores que ya no podían quedar sujetos a un régimen de patria potestad ejercicio por ambos y respecto del que la necesidad de preservar las medidas de alejamiento y prohibición de comunicación hacía imprescindible un pronunciamiento civil, junto con el realizado en el orden penal, para lo que en la práctica se acude la juego conjunto de los artículos 544 ter y 13 LECrim. Ortega Calderón, J.L.: "La suspensión", cit., p. 3.

9 Artículo 92.7, "No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica *o de género*", cursiva para indicar que se ha añadido a este apartado por la modificación del precepto por la Disposición Final segunda de la LO 8/2021. Vid. Pérez Vallejo, A Mª. "Custodia compartida y violencia de género: cuestiones controvertidas es art. 92.7 Código Civil", *Revista de Estudios de las Mujeres*, vol. 4, 2016, pp. 87-115.
Apartado 7 del artículo 92 CC que ha sido modificado en virtud del artículo primero de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (BOE núm. 300 de 16 de diciembre de 2021) añadiendo el siguiente texto: "*Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio de control o victimizar a cualquiera de estas personas*". Norma que entrará en vigor a los 20 días de su publicación en el BOE, al no disponer la ley lo contrario.

10 ROJ: 2304/2016.

11 ROJ: 161/2017.

12 ROJ: 1126/2021.

mal pronóstico en la forma en que los padres deben coordinarse para el cuidado de los hijos; 372/2021, de 31 de mayo[13], aprecia los indicios de criminalidad que resultan del auto de un juzgado de violencia y que son incompatibles con una relación razonable que permita el intercambio fluido de información y consenso exigidos por la jurisprudencia para adoptar la custodia compartida, toda vez que las relaciones personales de los litigantes sobrepasan con creces el umbral de los desencuentros propios de la crisis de convivencia generando un proceso penal abierto.

Del mismo modo, a nivel autonómico encontramos anteriores previsiones que igualmente, abordan una visión más amplia, acerca de la no concesión de la guarda y custodia en este tipo de supuestos.

Por un lado, en 2010 en Cataluña, el artículo 233-11 apartado tercero del Código Civil Catalán, en el Libro II relativo a la persona y la familia, ya disponía que "en interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser *víctimas directas o indirectas".* Artículo que ha sido recientemente reformado el pasado 30 de noviembre de 2021, con un cuerpo bastante semejante al nuevo artículo 94 CC, matizando que sin necesidad de sentencia, no habrá visitas mientras "se encuentre incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad y la indemnidad sexual del otro progenitor o sus hijos o hijas, o esté en situación de prisión por estos delitos y mientras no se extinga la responsabilidad penal"[14]. Importante ampliación a los casos de no extinción de la responsabilidad penal en cuanto alcanza a la imposición de cualquier pena, que

13 ROJ: 2255/2021. "En el caso presente, resulta que el demandado no ha sido simplemente denunciado por violencia de género, mediante la atribución de unos hechos que debieran ser objeto de investigación para determinar su existencia y realidad, sino que se encuentra, en términos del mentado precepto, incurso en un proceso penal en condición de investigado y con respecto al cual el juez de Violencia de Género n.º 1 de Córdoba dicta auto de 19 de noviembre de 2019, en el que aprecia indicios de criminalidad con respecto a la comisión por su parte del delito del art. 153.1 del CP, por haber agredido a la que entonces era su mujer. […] En definitiva, no nos hallamos ante una simple denuncia, sino ante un auto de atribución de un hecho delictivo, tras culminar la correspondiente investigación judicial, y constatar la existencia de indicios racionales de criminalidad de haber atentado contra integridad física de la que entonces era su esposa, en un contexto de control y relaciones disfuncionales".

14 El Decreto Ley 26/2021, de 30 de noviembre, que entró en vigor el 3 diciembre de 2021, modifica el Libro II del Código Civil catalán, con ánimo de proteger a los menores, prohíbe las estancias, relaciones y comunicaciones entre los hijos e hijas y el padre en los casos de violencia vicaria, quedando el art 233-11, con la siguiente redacción:
"En interés de los hijos e hijas, no se puede atribuir la guarda al progenitor, ni se puede establecer ningún régimen de estancias, comunicación o relación, o si existen se tienen que suspender, cuando haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista.
Tampoco se puede atribuir la guarda al progenitor, ni se puede establecer ningún régimen de estancias, comunicación o relación, o si existen se tienen que suspender, mientras se encuentre incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la

puede ir desde pena de prisión, localización permanente, o privativa de derechos como el derecho a portar armas, a conducir vehículos a motor, a residir en un lugar determinado etc., hasta incluso la imposición de una multa pecuniaria, referida a este tipo de delitos

Por otro lado, tanto el art 80.6 Código del Derecho Foral de Aragón en 2011, como la Ley 71 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, con un contenido prácticamente idéntico, ya contemplaban que "no procedía la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente: 1) esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas. 2) se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá la atribución cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género. Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal. La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos".

Podríamos concluir, que el legislador ha tomado como base tanto el citado artículo 92.7 CC, como las previsiones autonómicas, encontrando cierta similitud con la nueva redacción del artículo 94 CC.

En el plano internacional, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, también conocido como Convenio de Estambul, firmado el 11 de mayo de 2011[15], contempla en su artículo 31 relativo a la custodia, derecho de visita y seguridad lo siguiente:

"1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visitas relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio.

libertad y la indemnidad sexual del otro progenitor o sus hijos o hijas, o esté en situación de prisión por estos delitos y mientras no se extinga la responsabilidad penal".

15 El Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa, se publica en el BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

2. Las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños"[16].

Respecto de las sanciones y medidas a adoptar, dispone el artículo 45 de dicho Convenio:

"1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que los delitos previstos en el presente Convenio sean castigados con sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas, según su gravedad. Estas incluirán, en su caso, las penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición.

2. Las Partes podrán adoptar otras medidas en relación con los autores de los delitos, tales como:

- El seguimiento o la vigilancia de la persona condenada;

- La pérdida de sus derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma".

Estos antecedentes normativos tienen especial trascendencia en cuanto valoran la incidencia que la perpetración de un delito de violencia de género tiene sobre la descendencia común de víctima y agresor de forma que pueda provocar que la sentencia penal se pronuncie sobre la privación o inhabilitación para su ejercicio por parte del agresor, sin necesidad de esperar al proceso civil oportuno[17].

Adquieren, además, especial relevancia el Pacto de Estado contra la Violencia de Género[18], cuyo documento de síntesis de fecha 13 de mayo de 2019 relativo

16 Vid. Gil Ruiz, J. Mª.: *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordiscriminatorio: La suspensión del derecho de visitas en contextos de violencia de género,* Madrid, Editorial Dykinson, 2018, págs. 213 y 215.

17 Vid. Ortega Calderón, J.L.: "Régimen de estancia visitas, comunicaciones y relación con menores tras la LO 8/2021 de 4 de junio", 2021, disponible en: https://elderecho.com/

18 La violencia de género es un problema de toda la sociedad. Toda la sociedad tiene que involucrarse en la búsqueda de soluciones para proteger a las víctimas así como a sus hijas e hijos, rechazar a los maltratadores y prevenir la violencia. Es por ello que el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad, en su sesión de 15 de noviembre de 2016, una Proposición no de Ley por la que se instaba al Gobierno a promover la suscripción de un pacto de Estado en materia de Violencia de Género por el Gobierno de la Nación, las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía y la Federación Española de Municipios y Provincias.
Por su parte, la Comisión de Igualdad del Senado decidió, el 21 de diciembre de 2016, la creación de una Ponencia que estudiase y evaluase, en materia de Violencia de Género, los aspectos de prevención, protección y reparación de las víctimas, analizase la estrategia para alcanzar e implementar un pacto de Estado contra la Violencia de Género y examinase la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
El 13 de septiembre de 2017 el Pleno del Senado aprobó, por unanimidad el informe de la Ponencia de Estudio, y el Congreso, en sesión plenaria del 28 de septiembre de 2017, aprobó sin ningún voto en contra el Informe de la subcomisión para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género.
El resultado de estos informes fueron la redacción de 214 medidas en el caso del Congreso y 267 en el caso del Senado a partir de las cuales se desarrolla el Pacto de Estado contra la Violencia de Género cuya

a las medidas propuestas por el Congreso y el Senado incluía expresamente como eje cuarto: La intensificación de la asistencia y protección de menores. La protección específica de los y las menores; parte de su reconocimiento como víctimas directas y lleva aparejada la necesidad de ampliar y mejorar las medidas dirigidas a su asistencia y protección con la implantación de nuevas prestaciones en los caso de orfandad como consecuencia de la violencia de género; de revisar las medidas civiles relativas a la custodia de los menores; de fomentar las actuaciones de refuerzo en el ámbito educativo y de impulsar los Puntos de Encuentro Familiar para los casos relacionados con la violencia de género.

En desarrollo de este eje cuarto se incluyen las medidas 200 a 216, de las que destacamos por su especial relevancia en lo que nos concierne, las medidas 204 y 205, en los siguientes términos:

"204: Establecer el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de adoptar medidas para impulsar la aplicación de los artículos 65 y 66 Ley Orgánica 1/2004.

205: Prohibir las visitas de los menores al padre en prisión condenado por violencia de género".

Este Pacto de Estado prevé no sólo impulsar las medidas previstas en los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004, que todavía mantenía el carácter facultativo de la decisión judicial, sino que se propone sustraer al juzgador toda capacidad de maniobra al respecto, de forma que la decisión se imponga como obligatoria si concurren los presupuestos establecidos en la medida 204.

El Defensor del Pueblo (en funciones) Francisco Fernández Marugán, tras el asesinato de un menor a manos de su padre, el 26 de julio de 2019, en el que a pesar de haberse aplicado el Protocolo de valoración de riesgo de violencia de género sobre el menor y a pesar de haberse detectado el riesgo para el menor por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado "desagraciadamente no fue materialmente posible protegerle mientras se encontraba con su padre, dado que el régimen de visitas no había sido suspendido", decide iniciar una actuación de carácter general al considerar imprescindible una modificación legislativa que supere la situación actual en la que la suspensión del régimen de visitas, en casos de condenas por violencia de género o durante la tramitación del procedimiento penal, no funciona de forma automática, porque no es una norma imperativa.

aprobación culminó en diciembre de 2017 con los Acuerdos alcanzados entre el Gobierno y el resto de las Administraciones. Vid. Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género. Congreso+Senado. Gobierno de España. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, 13 de mayo de 2019.

La valoración del riesgo del menor en cada caso corresponde al juez y queda condicionada por la existencia de elementos probatorios que justifiquen las graves circunstancias y el potencial peligro para el menor en el caso concreto[19].

Resulta imprescindible y urgente que se comprenda que, en los casos de menores víctimas de violencia de género, el mantenimiento de las relaciones familiares en todo caso, lejos de ser una medida que se adopte en su interés superior es una medida que choca frontalmente contra su bienestar[20].

Considera que el Pacto de Estado establece el marco adecuado para abordar una urgente modificación legislativa. La citada modificación debería tomar en consideración que los menores de edad son siempre víctimas de la violencia de género que se ejerce sobre sus madres, porque la violencia no se encapsula sino que irradia efectos perversos sobre sus hijos. El Estado debería asegurar, por tanto, la suspensión del régimen de visitas, siempre que exista una orden de protección en vigor respecto a su madre. Esa suspensión no debería depender de la existencia de pruebas de que el menor haya presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia.

Por todo ello realiza el 18 de diciembre de 2019, las siguientes Recomendaciones[21]:

19 La Fiscalía General del Estado justifica la no adopción de medidas de protección respecto del menor en la propia declaración de la madre, quien afirmaba que nunca había sido violento con ellos. Respecto a la no adopción de suspensión del régimen de visitas se alega que existía un acuerdo entre ambos cónyuges, que se encontraba en fase de homologación judicial en el juzgado de primera instancia que conocía del procedimiento de separación.

20 El 30 de agosto de 2021 entró en vigor la nueva Ley de la Infancia en Andalucía, Ley 4/2021, de 27 de julio, en cuya Disposición adicional novena se recoge que "El Defensor del Menor de Andalucía, creado por la Ley 1/1998, de 20 de abril, pasa a denominarse Defensoría de la Infancia y Adolescencia de Andalucía". Asimismo, la nueva ley otorga una ampliación de las competencias de la Defensoría de la Infancia como instrumento para la protección y defensa de los derechos de los menores.
Tras dos décadas desde la creación del Defensor del Menor en Andalucía, el cambio de nombre es una reivindicación de la Institución andaluza en la consolidación de su papel como garante de los derechos de la infancia y adolescencia que contempla el Estatuto de Autonomía y las directrices del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas , además de responder a la demanda de la sociedad andaluza por dar una mayor trascendencia al desarrollo y protección de los derechos de las personas menores de edad.
El Defensor de la Infancia y la Adolescencia de Andalucía, Jesús Maeztu, ha valorado muy positivamente esta nueva ley que garantiza "una protección integral a los niño y niñas y adolescentes en nuestra Comunidad, atendiendo sus necesidades, regulando sus derechos y deberes y reconociendo un destacado protagonismo a las familias como eje primordial y principal para el desarrollo del menor", entre otros aspectos.
Como ya ha manifestado en el Parlamento andaluz con motivo de su tramitación y debate, "se trata de una ley necesaria que actualiza y modifica la regulación hasta ahora vigente en relación con las nuevas demandas y circunstancias sociales que están incidiendo en este colectivo especialmente vulnerable de nuestra sociedad". Para Jesús Maeztu, "la evolución que la figura del niño y de la niña ha tenido en los últimos años demandaba articular una legislación acorde con esta nueva dimensión social".
Esta nueva norma nace con una clara vocación de otorgar mayor protagonismo al principio del interés superior del menor en su triple dimensión como derecho sustantivo, principio general y norma de procedimiento e incorpora innovaciones significativas para su protección integral como el valor social de la infancia, la promoción del bienestar, el buen trato a la infancia, los valores de respeto, convivencia y no violencia, el impulso de la alfabetización digital, o la novedosa regulación de las situaciones de riesgo.

21 Defensor Del Pueblo, Resumen Ejecutivo Informe Anual, 2019, Disponible en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/05/Resumen_Ejecutivo_Informe_Anual_2019.pdf

1. Que se haga uso de la iniciativa legislativa del Gobierno para la modificación de las normas necesarias que establezcan, con carácter imperativo, la obligación de un pronunciamiento específico acerca de la suspensión cautelar o provisional del régimen de visitas para el inculpado por violencia de género, siempre que exista una medida de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones respecto de la madre.

2. Introducir las modificaciones normativas necesarias de modo que la existencia de una medida de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones respecto de una mujer víctima de violencia de género, haya de ser trasladada de modo inmediato al juzgado que esté conociendo o haya conocido del procedimiento de separación o divorcio, a fin de que este se pronuncie sobre la suspensión del régimen de visitas de los menores, durante la vigencia de la medida respecto a la madre.

La reforma del artículo 94 CC hace suya la medida 204 propuesta en el Pacto de Estado, en cuanto que incluye:

- La suspensión imperativa del régimen de visitas.

- Se aplica no sólo cuando el menor haya presenciado o sufrido las manifestaciones de la violencia, sino también cuando haya convivido con manifestaciones de violencia.

III. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 94 CÓDIGO CIVIL.

El objeto fundamental del artículo 94 CC no es otro que resolver la situación que se deriva de las crisis matrimoniales en las que la ruptura de la convivencia entre los progenitores determina la imposibilidad de que ambos, de forma simultánea puedan cumplir con los deberes inherentes y ejercer los derechos derivados de la patria potestad respecto de la descendencia habida en común.

El contenido de la patria potestad aparece recogido en el artículo 154 CC, y ha sido modificado a partir de la entrada en vigor de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, en los siguientes términos:

"Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad como responsabilidad parental se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1º. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2º. Representarlos y administrar sus bienes.

3º. Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.

Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán sr oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimientos contenciosos o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptadas a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialista cuando ello fuera necesario.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad".

El fundamento de este derecho de relación, se encuentra según la doctrina, en el interés del menor, y se considera como un derecho-deber subjetivo del progenitor no custodio y como un derecho del menor[22].

Se trata de un derecho reconocido en el artículo 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño, cuando afirma: "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, salvo si ello fuera contrario al interés del menor". La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea también lo reconoce como un derecho del niño, en su artículo 24.3: "Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses", regulación que ha servido de fundamento para la modificación del artículo 160 CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que con anterioridad a la modificación lo configuraba como un derecho del progenitor que no ejercía la patria potestad y

22 Vid. Rivero Fernández, F.: *El derecho de visita*, Bosch, Barcelona, 1997 y *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000; Romero Coloma, A.: *Incumplimiento del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar*, Colección Scientia Iuridica, Madrid, 2010; Acuña San Martín, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Dykinson, Madrid, 2014; Roda y Roda, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad: Ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores: derecho de visita*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014.

pasa en la actualidad a ser un derecho del menor, aunque el legislador no modificó el texto del artículo 94 CC.

El Tribunal Constitucional respecto al referido art. 94 CC afirma en la Sentencia núm. 176/2008, de 22 de diciembre[23], que "se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos. Sin embargo la necesaria integración de los textos legales con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo, como un derecho básico de éste último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa. […]".

Deducimos por tanto que la patria potestad se encuentra al servicio del interés superior del menor, y tanto el menor como el progenitor no custodio son titulares de un derecho de visitas y comunicación, al servicio igualmente del interés superior del menor, que podrán limitarse o suspenderse, en virtud de la atribución al juez de una amplia facultad discrecional.

¿Qué novedades contempla la nueva redacción del artículo 94 CC respecto de la doctrina sentada con anterioridad?

Podemos advertir que el referido precepto establece:

1. Una regla general para los supuestos en que no proceda la guarda y custodia compartida.

"El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. La autoridad judicial fijará estos derechos previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal".

El artículo 94 CC, no define lo que se entiende por "visitas", o en qué consiste el derecho a visitar, comunicar y tener en su compañía a los hijos. No obstante, sí que lo hace el Reglamento (CE) nº 2201/03 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento, y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental[24], que en su artículo 2.10 define en particular, el derecho de visita como "el derecho a trasladar a un menor a un lugar distinto de su residencia habitual durante un período de tiempo

23 BOE núm. 21, 24 de enero de 2009.

24 Reglamento que quedará derogado a partir del 1 de agosto de 2022, por el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, así como de sustracción de menores. Con esta normativa, la Comisión renueva la última legislación en cuestión de conflictos familiares internacionales.

limitado", idéntica redacción del "derecho de visita, encontramos en el artículo 2.10, del Reglamento 2019/1111[25].

Si bien, del artículo 94 CC se puede deducir que el derecho de visita o a relacionarse, implica además de la visita stricto sensu, el derecho de comunicación y tenerlos en su compañía o estancia, se pueden distinguir:

- Entendiendo por "visitas", aquel período de tiempo que los menores pasan con el progenitor con el que no conviven[26].

- Diferente es la "estancia", que podría definirse como aquel período de tiempo más largo que la visita en el que el menor está en compañía del progenitor no custodio, como por ejemplo períodos vacacionales, y

- Con "comunicación", nos referimos al hecho de tener noticias o estar en contacto el progenitor no custodio a través del teléfono mediante llamadas o mensajes de WhatsApp, Skype, correo electrónico, o por otro tipo de aplicación de mensajería instantánea, o de medios en desuso actualmente como cartas, en los períodos en los que se encuentre en compañía del otro progenitor. Intrínsecamente relacionado con el derecho a la comunicación, estaría el derecho a obtener información sobre el menor como podrían ser la visita al médico de urgencias por el mal estado de salud, hospitalización, o intervenciones quirúrgicas urgentes, o bien información relativa a su educación, como cualquier noticia notificada desde el colegio/instituto personalmente al progenitor custodio, para que el progenitor no custodio pueda implicarse en el seguimiento de la marcha del curso escolar de su hijo.

Se puede concluir que el ejercicio del derecho de visita debe conceptualizarse en función de dos elementos; en presencia del menor (visita y estancia) y sin la presencia del menor (comunicación)[27].

2. Excepciones facultativas a dicha regla general.

La autoridad judicial podrá limitar o suspender dichos derechos de comunicación, visitas y relación, en dos supuestos:

25 El apartado 7 del artículo 2 del Reglamento 2201/03, define la responsabilidad parental como "los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita". Definición que reproduce el artículo 2.7 del nuevo Reglamento 2019/1111.Vid. Martínez Calvo, J.: La *guarda y custodia.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 412.

26 El diccionario de la RAE define "visitar", como la acción de ir a ver a alguien en el lugar en el que se halla.

27 Cruz Gallardo, B.: *La guarda y custodia de los hijos en crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012, p. 295.

a) Si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen. La reforma modifica el calificativo de grave de la redacción anterior por el de relevante, lo que va a generar según Ortega Calderón una elevada indefinición jurídica, si tenemos en cuenta que tales circunstancias relevantes no pueden fundarse en la pendencia de un proceso penal, pero tampoco en el incumplimiento grave o reiterado contemplado en el supuesto siguiente. Hace notar como la jurisprudencia ya se refería a tales circunstancias como graves y si dicho término ya generaba dificultades en su aplicación práctica para reconducirlo a supuestos distintos a los de la segunda excepción facultativa y que antes de la reforma encontraban acomodo en los casos de pendencia del proceso penal, puede ocurrir que nos encontremos ante un cajón residual en el que ubicar la solución a los supuestos no acogidos en las demás hipótesis, lo que genera mayores dificultades interpretativas[28].

b) Si se incumpliere grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Supuestos como, el incumplimiento del régimen de visitas previamente fijado por el juzgador[29] o la desatención respecto de la pensión alimenticia, pueden amparar esta decisión.

Si bien el Tribunal Supremo, en ciertas ocasiones, ha privado de la patria potestad y con ello el cese del derecho a relacionarse con el menor. En este sentido, se declara en la STS 291/2019, 23 mayo 2019[30], que "una falta de comunicación prologada, revela per se un gravísimo incumplimiento de las obligación con su hijo menor de edad, qué basta para justificar la privación de la patria potestad ya acordada. Alejamiento del padre respecto del menor que fue libre y conscientemente impuesto de manera unilateral por aquel. […] Se añade que el progenitor no ha abonado puntual y voluntariamente las pensiones alimenticias establecidas en favor del niño, lo que opera como concausa para la privación de la patria potestad […]. Es por ello por lo que no cabe sino concluir, que el interés del menor justifica la procedencia de la privación de la patria potestad del menor, privación que lógicamente conlleva el cese de cualquier derecho del progenitor a relacionarse personalmente con su hijo, por lo que no ha lugar a establecer régimen de visitas alguno".

Ante un caso similar de dejación por el recurrente de las obligaciones inherentes a la patria potestad, tanto en la esfera patrimonial como en la afectiva, se afirma en la STS 514/2019, 1 noviembre 2019, que "no tendría sentido, por ir contra el interés de la menor, que quien se ha desatendido gravemente de ella, tanto en lo afectivo como en lo patrimonial, conserve, potencialmente, facultades de decisión sobre ella derivadas de la patria potestad. Ello no impide que en el futuro, y en beneficio

28 "La suspensión", cit., p. 8.

29 Vid. Romero Coloma, A.: *Incumplimiento del derecho de visitas*, cit.

30 ROJ: STS 1661/2019. Vid. Magro Servet, V.: "La privación de la patria potestad como medida civil aplicable en el proceso penal", *Revista de Derecho de Familia*, 1/2017.

de la hija, si el recurrente cumple lo declarado y prometido, los Tribunales puedan acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubieran cesado las causas que lo motivaron (art. 170, párrafo segundo, CC)"[31].

Recientemente, el impago de los alimentos se ha considerado "violencia económica", denominación utilizada en la STS, Sala Segunda, de lo Penal, 239/2021, 17 de marzo 2021[32].

3. Excepciones de carácter imperativo.

Se introducen dos excepciones desconocidas hasta ahora y expresión del mandato del Pacto de Estado contra la violencia de Género. No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que:

a) Esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de sus hijos[33].

31 ROJ: 2974/2019.

32 ROJ: 914/2021, "[…] el delito de impago de pensión alimenticia que puede configurarse como una especie de violencia económica, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si ésta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial. Y ello, al punto de que si se produce el incumplimiento del obligado a prestarlos, ello exige al progenitor que los tiene consigo en custodia a llevar a cabo un exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades para cubrir las obligaciones que no verifica el obligado a hacerlo. Todo ello determina que podamos denominar a estas conductas como violencia económica cuando se producen impagos de pensiones alimenticias. Y ello, por suponer el incumplimiento de una obligación que no debería exigirse ni por ley ni por resolución judicial, sino que debería cumplirse por el propio convencimiento del obligado a cubrir la necesidad de sus hijos; todo ello desde el punto de vista del enfoque que de obligación de derecho natural tiene la obligación al pago de alimentos. […]Además, si no se satisface la pensión alimenticia en la cuantía que se estipuló en convenio o resolución judicial será el progenitor que se queda con ellos en custodia quien tiene que sustituir con su esfuerzo personal, como hemos expuesto, el incumplimiento del obligado, con lo que, al final, se ejerce una doble victimización, a saber: sobre los hijos como necesitados de unos alimentos que no reciben y sobre el progenitor que debe sustituir al obligado incumplidor por tener que cubrir los alimentos que no presta el obligado a darlos".

33 Según manifiesta el Grupo Parlamentario VOX, en el recurso de inconstitucionalidad presentado, "En el párrafo 4º del artículo 94 del CC se constatan dos supuestos en los que el progenitor queda privado del derecho de visita o estancia de los hijos. Uno es su primer inciso, en el que la privación es automática, el progenitor se ve privado de estos derechos por imposición de la ley y los menores quedan privados del contacto con el progenitor por decisión del legislador, que no da opción a que el juez aplicando el derecho positivo al caso concreto, pueda pronunciarse sobre la cuestión. El órgano judicial no puede resolver de manera distinta, de modo que no podrá valorar si esa es la mejor opción, atendiendo a los pormenores del caso, al ser sustituido su pronunciamiento por la decisión del legislador, lo que supone la vulneración de lo dispuesto en el artículo 117 CE, con relación al artículo 39 CE, pues el precepto limita e impide el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, en exclusiva corresponde a los órganos integrantes del poder judicial. Añade, que no se trata esta de la única vulneración, pues al sustituirse la resolución judicial por la decisión del legislador, se priva también. Al progenitor que se considere lesionado en sus derechos, de la posibilidad de recurrir la decisión que debiera haber adoptado el órgano judicial, privándosele de la posibilidad de acceder a la tutela judicial efectiva, obteniendo un pronunciamiento razonado que expusiera las razones que imponen la privación de un derecho legítimo por la mayor protección que requiere un interés superior. Se vulnera con ello el artículo 24.1 CE".

b) Cuando se aprecie la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, conforme a las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas[34]. No existe en este caso proceso penal abierto, ya que si se hubiera incoado habría que aplicar la regla anterior.

Nos encontramos con dos alternativas legales de las que se predica la misma consecuencia, pero ¿se trata de situaciones tan análogas como para provocar la misma consecuencia?

Que un progenitor esté incurso en proceso penal por atentar contra la vida, integridad física, moral, libertad o indemnidad sexual del otro o de los hijos, reclama la existencia de un proceso penal, en cualquiera de sus fases procesales, por tanto desde su fase de instrucción hasta la fase de ejecución de la sentencia firme de condena[35]. El juez civil se encuentra por tanto con un proceso penal en curso, en sus distintas fases, y acomoda su decisión a la valoración que sobre los indicios de infracción penal y autoría realiza el juez del orden penal.

Que no exista proceso penal alguno, pero considere que de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas resulten indicios fundados de violencia de género o doméstica. En este caso se ofrece al juez civil la posibilidad de valorar y expresar en su resolución judicial que ha alcanzado la convicción de que existen indicios fundados de delito para fundar su propia decisión judicial sobre la cuestión litigiosa esencial que se somete a su consideración. Surgen interrogantes en este caso tales como ¿cómo concluir que existen indicios fundados de violencia doméstica o de género si no existe un proceso penal incoado al efecto? ¿se opta por la solución de suspender el régimen de visitas y estancias cuando el juez advierte la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, y no cuando tales indicios le vienen confirmados precisamente por la pendencia del propio proceso penal?[36]

34 Respecto a este segundo inciso, se afirma en recurso de inconstitucionalidad que "[…] a pesar de la aparente diferencia con relación al supuesto anterior, se trata sin embargo de un supuesto esencialmente idéntico, pues la privación de derechos de visita y estancia del progenitor se materializa de forma automática por decisión del legislador, sin que la autoridad judicial se pronuncie sobre el caso concreto aplicando el derecho positivo y resuelva a favor de la mejor opción para el interés del menor, a tenor de las peculiaridades del supuesto específico". Considera "vulnerados los artículos 117 en relación con el 39 y 24 CE acudiendo a los mismos argumentos expuestos en el supuesto anterior. Pero, además en este segundo supuesto, se añade la vulneración de la reserva de Ley Orgánica, tal y como resulta de los artículos 81.1 y 122 CE, así como del derecho del juez ordinario predeterminado por la ley, que consagra el artículo 24 CE". Vid. Gutiérrez Romero, F. M.: "Incidencia de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas", *Diario La Ley*, núm. 7480, 2010. Gómez Fernández, I.: "Hijas e hijos víctimas de la violencia de género", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8. 2018, pp.1-27; Casado Casado, B.: "Limitación de funciones parentales para la salvaguarda del menor en situaciones de violencia de género, *Rev. Bolv. de Derecho*, nº 28, 2019, pp. 80-113; Sillero Crovetto, B.: "Revisión de las medidas civiles relativas a la asistencia y protección de menores como consecuencia de la violencia de género", en *Protección jurídica de menores víctimas de violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 111-170.

35 Ortega Calderón, J.L.: "La suspensión", cit., p. 11.

36 Vid. Reyes Cano, P.: "Menores y violencia de género: de invisibles a visibles", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49/2015, pp. 181-217 y "La Patria Potestad a examen ante la violencia de género", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 51/2017, pp. 335-356; Verdera Izquierdo. B.: "Estado actual de la guarda y custodia y el

La respuesta, a las contradicciones que podemos observar en estas reglas previstas por el legislador es, llevar a cabo una interpretación sistemática, y concluir que tanto en el supuesto de que exista o no proceso penal, pero en todo caso existen indicios fundados de violencia, opere la regla de la supresión ex lege de los derechos de visita y estancia, si bien la existencia del proceso penal constituye el mejor indicio.

4. La excepción de la excepción.

Continúa el artículo 94:

"No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial".

Exige el legislador para eludir el automatismo ex lege y permitir la acomodación de la respuesta judicial la concurrencia de dos parámetros:

a) Interés superior del menor[37]

b) La previa evaluación de la situación de la relación paternofialial.

La referencia legislativa al interés superior del menor induce a pensar que el legislador admite que aunque concurra una situación de violencia intrafamiliar, la misma puede que no se proyecte de forma tan relevante sobre el interés del menor, en concreto, sobre la dimensión del mismo. Lo que significa que ¿no todo comportamiento penalmente relevante en el ámbito de la violencia afecta negativamente al interés del menor? ¿afecta, negativamente al interés superior del menor?, sí, pero ¿no con la intensidad suficiente para afectar a las relaciones paternofiliales hasta el punto de suspender las diferentes manifestaciones de las mismas?

En la reciente STS 729/2021, 27 octubre 2021, se afirma que "no es conveniente adoptar el sistema de custodia compartida pues, de los hechos probados en la sentencia penal, queda acreditado el desprecio del padre hacia la madre, y el tono vejatorio y humillante con que se dirigía a ella, por lo que resulta inimaginable cualquier tipo de comunicación entre los progenitores, y es impensable que se dé

régimen de visitas ante supuestos de violencia de género", en *Logros y Retos*, *Actas III Congreso Universitario Investigación y Género* (coord. I. Vázquez Bermúdez), Universidad de Sevilla, 2011, pp. 2040-2057.

37 Vid. Torres Perea, J. M.: "Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial", *Diario La Ley*, nº 8737, Sección doctrina, 8 de abril de 2016; Múrtula Lafuente, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016.

el necesario intercambio de información de las cuestiones que afectan a los hijos, ni el apoyo o respeto mutuo como padres, ni la comunicación a los niños de un clima de lealtad mutual. En consecuencia procede casar la sentencia y confirmar lo resuelto en la sentencia de primera instancia por lo que se refiere a la guarda y custodia en favor de la madre y la pensión alimenticia que fijó a cargo del padre y a favor de los hijos, en atención a que la guarda se atribuye exclusivamente a la madre. También se confirma, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 94.4 CC último inciso, el régimen de estancia y visitas del padre fijado en la sentencia de primera instancia, que consideró adecuado el propuesto por el informe psicosocial, y que se mantiene por entender que es positivo para los padres que no se vean privados de la relación y contacto con su padre, al no advertir en los hechos probados en las sentencias condenatorias riesgo para su integridad y haber sucedido hace tiempo y no constar nuevas condenas ni denuncias"[38].

La evaluación de la relación paternofilial creemos es una exigencia previa a la valoración del interés del menor, difícilmente puede entenderse qué demanda el interés superior del menor si no se examina su relación con sus progenitores. Ahora bien, ¿cómo debe evaluarse la relación patenofilial? ¿existen recursos personales y materiales en la jurisdicción de familia que puedan ofrecer una valoración integral de esta relación sobre la que construir una decisión tan relevante?

Para valorar la idoneidad del régimen de visitas, por consiguiente, se convierte en primordial valorar la relación de afectividad entre los progenitores y su hijo, a través de un informe del equipo psicosocial, pues mediante el análisis psicológico del padre, de la madre y del menor, que realizan los profesionales del equipo psicosocial, se puede conocer el estado de sus relaciones y facilitar la información necesaria al juez para que establezca el régimen de visitas más conveniente entre los progenitores y su hijo menor[39].

El artículo 92.9 CC dispone que "El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor,

38 ROJ: 4022/2021. "En este supuesto el Juzgado de lo Penal de Cáceres dicto el 17 de julio de 2019 una sentencia condenatoria de D. Rosendo por un delito de violencia de género, maltrato, del artículo 153.1 y 3 Código Penal cualificado por producirse en el domicilio común, por el que se le impone pena de prisión de nueve meses y un día, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por los dos años y prohibición de aproximarse en un radio no inferior a 100 metros a doña Clemencia, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella, así como de comunicar con ella por ningún medio, por dos años, y por un delito leve continuado de vejaciones injustas del artículo 173.4 Código Penal, por el que se le condena a 20 días de localización permanente en domicilio diferente y alejado de Doña Clemencia y prohibición de aproximarse en un radio no inferior a 100 metros, así como de comunicar con ella por ningún medio por seis meses y un día. Esta resolución fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, sentencia nº 37/2020, de 3 de febrero".

39 Sánchez Urbano, C.: "Régimen de visitas entre hijos menores y progenitor no custodio interno en centro penitenciario (mención especial a los casos de violencia de género)". *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2019, p. 4.

podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo d ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior". El apartado 10, de este artículo 92 CC establece que: "El Juez adoptará, al acordar fundamentalmente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos"[40].

5. La excepción, de la excepción, de la excepción.

"No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior".

Hasta la nueva redacción del artículo 94 CC, encontrábamos en el análisis de las sentencias del Tribunal Supremo a este respecto, pronunciamientos en los que, amparado en la normativa vigente, el alto tribunal se manifiesta en sentido contradictorio.

El TS en sentencia núm 319/2016, 13 mayo 2016, confirmando la de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, afirma que "en la sentencia recurrida no se priva de la patria potestad, sino que simplemente se suspende su ejercicio, dado que se encuentra en un centro penitenciario, en aplicación de lo dispuesto en el art. 156 del C. Civil, dada la imposibilidad de su ejercicio efectivo. […] Concurre una base jurídica sólida para suspender el ejercicio de la patria potestad, sin perjuicio de lo cual en el ejercicio de una ponderada valoración del interés de los menores, mantiene el derecho de visita, si bien restringido.

El Tribunal no argumenta la naturaleza y fundamento del derecho de visita, sin embargo esgrime el nuevo concepto de interés del menor desarrollado en el art. 2 de la Ley Orgánica 8/2015, para justificar el mantenimiento del régimen de visitas de los niños con el padre ingresado en prisión por delitos de violencia presenciados por los mismos[41].

40 El Capítulo III, artículos 26 a 29, de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, se dedica al ámbito familiar, y parte de la idea de familia, en sus múltiples formas, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, por lo que debe ser objetivo prioritario de todas las Administraciones Públicas, al ser el primer escalón de la prevención de la violencia sobre la infancia, dedica por ello el contenido del artículo 26 a la prevención en el ámbito familiar. El artículo 27 se dedica a las actuaciones específicas de las Administraciones Públicas en el ámbito familiar. Especial atención deben prestar las Administraciones Públicas a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en los casos de ruptura familiar, a fin de garantizar que la ruptura de los progenitores no implique consecuencias perjudiciales para el bienestar y el pleno desarrollo de los mismos. Citando expresamente el "Impulso de los gabinetes psicosociales de los juzgados así como de servicios de mediación y conciliación". El artículo 29 contempla las actuaciones de las Administraciones Públicas en situación de violencia de género en el ámbito familiar.

41 Se había acordado un régimen de visitas entre padre e hijos, una vez al mes que se fijarán según las normas establecidas por el centro penitenciario a cuyo fin el interno cursará las peticiones ante los órganos

Por otro lado, "considera desproporcionado supeditar la posibilidad de alterar el sistema de comunicaciones, a la plena libertad del recurrente, pues habrá de permitirse que pueda instarlo desde que consiga el tercer grado y/o la libertad condicional. En caso contrario, no podría ver a los menores en el centro penitenciario (en el que ya no estaría), ni mediante otro sistema de visita. Y por la misma razón, procede dejar sin efecto la suspensión del ejercicio de la patria potestad, desde que el recurrente disfrute de libertad condicional, pues en dicho momento cesará el internamiento (completo o parcial) que justificaba la imposibilidad del ejercicio'"[42].

Se mantiene, por tanto, la suspensión del ejercicio de la patria potestad, sólo hasta que obtenga la libertad condicional de la totalidad de las condenas.

En sentido contrario se había pronunciado el TS en sentencia 680/2015, 26 noviembre 2015, por la que "confirma la atribución del ejercicio conjunto de la patria potestad, y se suspende el régimen de visitas, al progenitor ingresado en prisión por delitos de violencia de género[43]. Suspensión que se argumenta en el art. 94 CC y art. 66 Ley Orgánica 1/2004, así como el art. 2 Ley Orgánica 8/2015, refiriéndose expresamente el Tribunal Supremo a la exigencia de la ley de que, la vida y el desarrollo del menor lo sea en un entorno libre de violencia'"[44].

Ha sido recientemente, en el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 6 noviembre 2019[45], que inadmite el recurso de casación y declara firme la sentencia dictada con fecha de 30 de enero de 2019 por la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª, donde encontramos la postura más coherente, ante el supuesto de estar el padre en prisión e incurso en un procedimiento de violencia de género, se atribuye a la madre el ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental y transitoriamente, mientras el padre se encuentre en prisión, se suspende el derecho de comunicación, estancia y relación.

Los antecedentes, son los que siguen: "la madre, ahora recurrida, a través del procedimiento de divorcio, interesó la custodia sobre los menores nacidos en

correspondientes, debiendo ir los menores acompañados por una tercera persona de la confianza de ambos progenitores, de la madre, o bien de cualquiera de las personas que en su momento llevaron a cabo las entregas y recogidas de los menores en anteriores visitas. En la misma línea esta Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia 1038/2015, de 7 de diciembre, corrobora la dictada por el Juzgado de Violencia, en la que se suspende el ejercicio de la patria potestad al padre en materia de educación y salud, ya que este se encontraba privado de libertad por delitos de violencia de género, a lo que se añade como razón para ello, la imposibilidad de contacto con la figura materna, por la prohibición de comunicación con ella.

42 ROJ: 2129/2016.

43 En este sentido se manifiestan la SSAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, núm 161/2015, de 25 de marzo y núm. 298/2016, de 14 de enero, en las que se ratifica la suspensión del régimen de visitas por la privación de libertad del padre, pero otorgando el ejercicio conjunto de la patria potestad.

44 ROJ: 4900/2015.

45 ROJ: ATS 11743/2019.

2008 y 2010, y el ejercicio en exclusiva de la patria potestad, sin régimen de visitas para el padre y pensión de alimentos a cargo del padre. Mediante sentencia se atribuye a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad, destacando que el padre está en prisión desde octubre de 2017, y está incurso en procedimientos penales por violencia de género, estimando conveniente dicha medida para evitar que la ausencia paterna -estar en centro penitenciario- pueda impedir llevar a cabo determinadas gestiones o trámites en que resulte necesario el consentimiento paterno; en relación a las visitas, dispone, en exclusivo interés de los menores, y al considerar que el centro penitenciario no es el lugar más idóneo para los menores, y en tanto se encuentre en prisión, la suspensión transitoria del régimen de visitas, sin perjuicio de que a su salida se inste lo oportuno; añade que el informe obrante en autos de UVIVG de mayo de 2018, pone de manifiesto la incidencia en el núcleo familiar del problema de consumo del alcohol del padre, por lo que aconseja la suspensión de visitas también por ese motivo, y por último refiere su diagnóstico por trastornos mentales y comportamiento por abuso de alcohol y síndrome de dependencia. Recurrida por el padre la sentencia, reclama visitas para sí y la familia paterna, se confirma el pronunciamiento de la instancia, en interés y beneficio de los menores, si bien considera que en dicho interés procede acordar un contacto telefónico, dos a la semana, mientras se encuentre en prisión, debiéndose valorar a su salida -dice la Audiencia- y respecto de las restantes medidas solicitadas por el padre, la deshabituación alcohólica, al ser este un elemento importante a considerar, para retomar el contacto físico con los menores".

IV. CONCLUSIONES.

Los cambios introducidos por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, por el Estatuto de la Víctima del delito y por la Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia de género 1/2004, permitieron reconocer -expresa y legislativamente- que los menores son víctimas de la violencia de género en el ámbito de las relaciones familiares, y que los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica tienen derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en el ordenamiento jurídico español por sí mismos, no de forma indirecta. En este sentido, la protección de los menores frente al victimario, y de la madre frente a la instrumentalización de los menores como sujetos involuntarios de las agresiones de su pareja o ex pareja, debe extenderse también en la fijación del régimen de relaciones familiares entre los niños, niñas o adolescentes y el progenitor que ejerce violencia de género en el entorno familiar, una vez se rompe la relación de pareja.

Era necesaria una revisión de la categoría jurídica de la patria potestad definida en nuestro Código Civil mediante el análisis y la revisión a fondo de los valores

que la sustentan. Y es que la norma debe basarse en los principios reconocidos en los diferentes textos fundamentales que están en vigor en nuestro país. La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas, educativas, como emocionales y afectivas, así como el derecho a desarrollarse en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, son criterios generales para la interpretación y aplicación en cada caso del interés del menor.

En situaciones de violencia de género, se puede constatar que existe suficiente amparo jurídico para atribuir a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad, si bien ha existido una inercia a otorgar el ejercicio conjunto a la madre y al padre, lo que provocaba, por una parte, graves dificultades en la toma de decisiones de todo tipo: administrativo, escolar, o sanitario, en las que la madre necesitaban el consentimiento del padre y se podían encontrar, tanto con la oposición de éste, como su pasividad o la falta de colaboración, y en todo caso, perjudicaba gravemente el interés del menor.

Resultaba por ello necesaria la reforma del artículo 156 del Código Civil así como de los artículos 92 y 94. Modificaciones acordes con la definición del interés del menor que recoge el artículo 2 de la Ley Orgánica, 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Se trata, en último término, de ordenar la custodia individual y el derecho de visitas y comunicación desde el principio de preservar al menor de una situación objetiva de peligro o riesgo. Suspender el régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de la adopción de las medidas necesarias para impulsar la aplicación de los arts. 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004. Reforzar todas las medidas que en fase de prevención ya están previstas, con coordinación de los distintos agentes implicados, así como la implementación de Protocolos que puedan evaluar la situación de riesgo a la que se expone el o la menor. En caso de que no pueda garantizarse un entorno seguro y libre de violencia, no establecer contactos con el progenitor, y si el interés del menor lo aconseja, ponderando todas las circunstancias, ser sumamente restrictivos, con la debida cautela por parte del tribunal a la hora de fijarlo y que dicho contacto tenga lugar en un espacio especializados para la atención a los casos de violencia de género, dotado de profesionales con una formación de calidad en violencia de género y en el impacto de dicha violencia en la infancia, y con un seguimiento periódico de su evolución.

Y todo ello a partir de la consideración de que los menores de edad son siempre víctimas de la violencia de género que se ejerce sobre sus madres, porque la violencia no se encapsula sino que irradia efectos perversos sobre sus hijos.

Esperemos que esta reforma consiga ofrecer un nivel de garantía suficiente a los derechos de los niños y niñas víctimas de violencia de género, en cuanto permite al órgano judicial imponer medidas que pasan por el alejamiento del progenitor victimario y por la reducción del haz de facultades vinculado al ejercicio de la autoridad parental, y el legislador ha establecido para ello, límites infranqueables al margen de apreciación del juez.

BIBLIOGRAFÍA

Acuña San Martín, A.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Dykinson, Madrid, 2014.

Casado Casado, B.: "Limitación de funciones parentales para la salvaguarda del menor en situaciones de violencia de género, *Rev. Boliviana de Derecho*, nº 28, 2019, pp. 80-113.

Cruz Gallardo, B.: *La guarda y custodia de los hijos en crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012.

Defensor Del Menor De Andalucía, *Informe al Parlamento,* 2020, Disponible en https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/7550_d_InformeDMA2020.pdf

Defensor Del Pueblo, *Resumen Ejecutivo Informe Anual*, 2019, Disponible en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/05/Resumen_Ejecutivo_Informe_Anual_2019.pdf

Documento Refundido de Medidas del Pacto de Estado en Materia de Violencia de Género. Congreso+Senado. Gobierno de España. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, 13 de mayo de 2019.

Gil Ruiz, J.Mª.: *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordiscriminatorio: La suspensión del derecho de visitas en contextos de violencia de género",* Madrid, Editorial Dykinson, 2018.

Gómez Fernández, I.: "Hijos e hijas víctimas de la violencia de género", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 1 octubre 2018, pp. 1-27.

Guilarte Sánchez-Calero, C. "Atribución de la guarda y custodia de los hijos menores y el régimen de comunicación y estancia en los supuestos de violencia de género", en De Hoyos Sancho, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 203-230.

Gutiérrez Romero, F. M.: "Incidencia de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas", *Diario La Ley*, núm. 7480, 2010.

Magro Servet, V.: "La privación de la patria potestad como medida civil aplicable en el proceso penal", *Revista de Derecho de Familia*, 1/2017.

Marín De Espinosa Ceballos, E.B.: "Menores y violencia de género. Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género", *InDret,* abril, 2018, pp. 1-26.

Martínez Calvo, J.: La *guarda y custodia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Múrtula Lafuente, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016.

Ortega Calderón, J.L.: "Régimen de estancia visitas, comunicaciones y relación con menores tras la LO 8/2021 de 4 de junio", 2021. Disponible en: https://elderecho.com/

Ortega Calderón, J.L.: "La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código civil tras la reforma por Ley 8/2021, de 2 de junio", *Diario La Ley*, nº 9892, 15 de julio 2021.

Pérez Vallejo, A. Mª. "Custodia compartida y violencia de género: cuestiones controvertidas es art. 92.7 Código Civil", *Revista de Estudios de las Mujeres*, vol. 4, 2016, pp. 87-115.

Reyes Cano, P.: "Menores y violencia de género: de invisibles a visibles", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49/2015, pp. 181-217.

Reyes Cano, P.: "La Patria Potestad a examen ante la violencia de género", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 51/2017, pp. 335-356.

Rivero Fernández, F.: *El derecho de visita*, Bosch, Barcelona, 1997.

Rivero Fernández, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.

Roda y Roda, D.: "*El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad: Ejercicio de la patria potestad en situaciones de no convivencia de los progenitores: derecho de visita*", Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014.

Romero coloma, A.: *Incumplimiento del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar*, Colección Scientia Iuridica, Madrid, 2010.

Sánchez Urbano, C.: "Régimen de visitas entre hijos menores y progenitor no custodio interno en centro penitenciario (mención especial a los casos de violencia de género)", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2019.

Sillero Crovetto, B.: "Análisis y evaluación de las competencias civiles de los Juzgados de violencia sobre la mujer", *Revista de Derecho de Familia*, nº. 54, 2012, pp. 57-94.

Sillero Crovetto, B.: "Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: Criterios relevantes". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, nº 6, 2017, pp. 11-40.

Sillero Crovetto, B.: "Revisión de las medidas civiles relativas a la asistencia y protección de menores como consecuencia de la violencia de género", en *Protección jurídica de menores víctimas de violencia de género* (dir. C. Sáez Lara), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 111-170.

Torres Perea, J. M.: "Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial", *Diario La Ley*, nº 8737, Sección doctrina, 8 de abril de 2016.

Ureña Carazo, B.: "La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016.

Verdera Izquierdo, B.: "Estado actual de la guarda y custodia y el régimen de visitas ante supuestos de violencia de género", en *Logros y Retos, Actas III Congreso Universitario Investigación y Género* (coord. I. Vázquez Bermúdez), Universidad de Sevilla, 2011, pp. 2040-2057.

LA TUTELA DEL MINORE DI ETA' NEL CONFLITTO FAMILIARE E IL RUOLO DELL'AVVOCATO

THE PROTECTION OF MINOR IN FAMILY CONFLICTS AND THE ROLE OF THE LAWYER

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1652-1689

Maria Letizia
SPASARI

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il lavoro riguarda la separazione, il divorzio, la crisi delle relazioni familiari e la tutela del minore con riferimento alla multidisciplinarietà e al ruolo dell'avvocato.

PALABRAS CLAVE: Separazione; divorzio; conflitto; figli; multidisciplinarietà; avvocato.

ABSTRACT: *The work is about the divorce, family relationship crisis, the best interest of the child, multidisciplinary, lawyer.*

KEY WORDS: *Divorce; children; multidisciplinary; lawyer.*

SUMARIO.- I. IL MINORE NEL CONFLITTO FAMILIARE.- II. IL DIRITTO ALLA BIGENITORIALITA', IL DIRITTO ALL'ASCOLTO E IL SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE.- III. LA RESPONSABILITA' GENITORIALE.- IV. L'ALTA CONFLITTUALITA'.- 1. IL MINORE NEL PROCESSO ED IL CURATORE.- V. L'INTERVENTO DELLE ALTRE DISCIPLINE A TUTELA DEL MINORE.- VI. IL RUOLO DELL'AVVOCATO: LA FUNZIONE CHIAVE NEL CONFLITTO.

I. IL MINORE NEL CONFLITTO FAMILIARE.

Le riflessioni che seguono sono frutto di anni di esperienza vissuti in "prima linea" come avvocato familiarista grazie alla passione maturata dagli insegnamenti del compianto Maestro Prof. Cesare Massimo Bianca nel solco del continuo bilanciamento fra diritto e realtà, fra applicazione della norma e appropriata tutela per ciascuna specifica vicenda umana[1].

Ogni crisi, ogni conflitto all'interno della famiglia espone i figli, quali soggetti più fragili, a significative vulnerabilità nella loro sfera emotiva e relazionale. Ebbene per il Professore operare nell'ambito familiare significa guardare oltre, guardare al continuo umano divenire, guardare al fatto oltre al diritto, nella ricerca di risposte concrete ed adeguate, ponendo al centro, sempre e nonostante tutto, i valori della persona ed in particolare di quelle minore di età.

Il numero sempre più in crescita dei conflitti familiari (dati Istat riportano un aumento delle separazioni del + 61 % e dei divorzi del +101 % negli ultimi 25 anni) conferma l'importanza della tutela del minore che suo malgrado viene coinvolto nella crisi della relazione affettiva attraversata dai genitori, finendo con il subire pregiudizio per il solo fatto di divenire pedina e al tempo stesso vittima degli scontri fra i genitori anziché essere preservato responsabilmente dalle battaglie degli adulti, in nome del suo diritto primario a mantenere le affettività familiari.

La logica di tutela che dovrebbe governare il conflitto è la distinzione del piano coniugale dal piano genitoriale perché gli adulti finiscono di stare insieme ma insieme e per sempre rimangono genitori. Ciò implica un alto grado di responsabilità genitoriale sia nell'accezione giuridica del termine, sia nella maturazione e nella consapevolezza psicologica dei bisogni dei propri figli.

1 Bianca, C. M.: "Ex facto oritur ius", *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 787 ss. e poi nella raccolta in più volumi dei suoi scritti intitolata "Realtà sociale ed effettività della norma", I, t. 1, p. 189 ss.; Bianca, C. M.: "Prefazione" in M. Bianca (a cura di): "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*", Giuffrè Editore, 2014, p. XII ss.

• Maria Letizia Spasari
Avvocato del Foro di Roma - Cassazionista, E mail: marialetiziaspasari@icloud.com

Capita spesso infatti che il padre e la madre siano così concentrati sulle sofferenze e sulle delusioni personali che la fine di una relazione porta con sé da incorrere in confusione o in modalità disfunzionali nello svolgimento dei compiti genitoriali. E ciò è probabile che accada perché non sempre le persone arrivano contemporaneamente a prendere consapevolezza della fine del legame, non sempre i tempi di elaborazione della crisi coincidono, spesso uno dei due rifiuta addirittura la sola idea di separazione, a volte stati d'animo come delusione, gelosia, ansia, rancore, senso di abbandono dirigono e connotano comportamenti di aggressività dove "l'altro" viene ad essere vissuto come un estraneo, a volte come un nemico e non più riconosciuto come parte del patrimonio inviolabile dei propri figli.

Nel momento della crisi il bambino diventa troppo spesso conteso e i genitori perdono nel conflitto le loro capacità di accogliere, ascoltare e sostenere i figli. I genitori, concentrati sulle proprie contese, tendono a sottovalutare i sentimenti dei propri bambini, che finiscono con il vivere un sovraccarico emotivo che altera il loro equilibrio, producendo conseguenze sia di ordine fisico che psicologico. Avviene così che i minori perdano in punto di tutela dei loro diritti.

Il perdurare del conflitto, nonché l'elevata tensione da esso derivante, costituisce la principale fonte di pregiudizio per la coppia ma anche e soprattutto per i figli che continuano ad essere coinvolti in dinamiche patologiche e traumatizzanti, che contrastano con il fisiologico e naturale tendere dei figli verso entrambi i genitori.

E' necessario che gli ex coniugi comprendano da subito che la chiave di tutela è data dal continuare ad impostare il ruolo genitoriale in un rapporto di collaborazione e di cooperazione. La conflittualità che troppo spesso accompagna invece le separazioni rende i genitori sordi ai bisogni affettivi dei propri figli e crea divisioni. A volte la disfunzionalità relazionale ingenerata dal conflitto arriva nel genitore addirittura a chiedere al figlio, più o meno consapevolmente, di scegliere tra lui/lei e l'altro genitore, di schiararsi con l'uno contro l'altro.

Il bambino anche in caso di separazione ha bisogno di due genitori quanto più possibile sereni, quanto più possibile in grado di vivere una vita dignitosa e di ricollocarsi autonomamente nella società al fine di accompagnare in maniera funzionale il suo percorso di crescita.

Dall'assetto post separativo, raggiunto con una regolamentazione giudiziale o pattizia, dipendono molto gli equilibri o le criticità, presenti e future: di qui la necessità di una consonanza di azioni responsabili da parte delle professionalità che a vario titolo intervengono nella vicenda familiare, in un'ottica finanche di responsabilità "sociale" e "collettiva".

La tutela del minore nel conflitto familiare si realizza perciò in prima istanza proprio attraverso le condotte degli stessi genitori e dal riconoscimento consapevole che ciascuno di essi riesce a fare delle esigenze del figlio, visto come altro da sé, come persona autonoma con un proprio vissuto, un proprio bagaglio di bisogni anche emotivi.

Ogni soggetto (genitori, giudici, avvocati, psicologi etc.) nel prestare cura e attenzione all'interesse di quella specifica vicenda interviene anche su quelle future: la condotta responsabile del singolo che guarda non solo alle conseguenze presenti dell'agire ma alle generazioni a venire.

II. IL DIRITTO ALLA BIGENITORIALITA', IL DIRITTO ALL'ASCOLTO E IL SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE.

La riforma sulla filiazione - L. n. 219 del 2012 (in vigore dal 1° gennaio 2013) ed il successivo decreto legislativo n. 154 del 2013 (in vigore in data 7 febbraio 2014) - che ha visto la luce grazie all'ineguagliabile lavoro del Prof. Bianca – ha dato innanzitutto attuazione al principio dell'unificazione dello stato di figlio, eliminando ogni diverso trattamento discendente dall'essere la prole, soggetto diretto della tutela, nata in costanza o al di fuori del matrimonio (art. 315 c.c.).

E' quindi venuta meno ogni differenziazione dello status di filiazione in funzione del legame giuridico sussistente o meno fra i genitori, a beneficio di una tutela incentrata invece sul diritto all'uguaglianza dei figli, inteso come diritto fondamentale della persona. L'impostazione risponde ad una esigenza di adesione agli obblighi sovranazionali - art. 21 della Carta di Nizza e artt. 8 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo - ed ai principi della Carta costituzionale (artt. 2, 3 e 30)[2].

L'art. 315 bis c.c. ha tracciato così un vero e proprio statuto dei diritti dei figli quali diritti della personalità[3], articolo divenuto normativa di riferimento, anche in virtù del richiamo che, ad opera della riforma, fa ad esso l'art. 147 c.c. in tema di diritti e doveri che nascono dal matrimonio, proprio per il venire meno di ogni residua differenziazione che nasce con riferimento allo status giuridico dei genitori.

Al momento dell'insorgere del conflitto fra i genitori e della disgregazione dell'indirizzo familiare si impone la necessità di assicurare risposte adeguate alle esigenze fisiologiche dei minori per il loro benessere evolutivo: il protendere verso

2 Querzola, L.: "La tutela processuale del minore in prospettiva europea", *Riv. dir. proc. civ*, 2010, p. 449 ss.

3 Gorassini, A.: "La responsabilità genitoriale come contenuto della potestà" in M. Bianca (a cura di) "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*", Giuffrè Editore, 2014, p. 91 ss.

entrambe le figure genitoriali e le radici della propria storia e il poter mettere "parola", dare "voce" alle proprie esigenze e ai propri bisogni.

Tali prerogative fondamentali trovano espressione nell'art. 315 bis c.c. laddove al secondo e terzo comma è sancito che: "Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti" e che "Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano".

Nell'ottica di salvaguardare tali posizioni di diritto anche in caso di conflitto familiare (e quindi di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio) la disciplina di riferimento sancita agli artt. 337 bis e ss. c.c.[4] afferma e regolamenta il diritto alla bigenitorialità e il diritto all'ascolto[5].

Il primo ha trovato dapprima consacrazione, in linea con la legislazione sovranazionale, nella legge n. 54 del 2006 sull'affidamento condiviso e successivamente ha ricevuto un ulteriore rafforzamento con la riforma sulla filiazione.

L'art. 337 ter c.c. 1° comma sancisce il diritto del figlio minore di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale[6].

Tali tutele vengono perseguite tramite l'affidamento condiviso del minore ad entrambi i genitori, regime che costituisce il paradigma legale, tanto che l'affidamento ad uno solo di essi ne è l'eccezione e viene disposto in casi straordinari di accertate situazioni di deficit nella capacità genitoriale o di pregiudizio per il minore stesso e con la possibilità per il giudice, di graduare, ai sensi dell'art. 337 quater c.c., i contenuti dell'affidamento esclusivo.

Lo stesso articolo al secondo comma impone di filtrare la regolamentazione che si va a definire per quella specifica vicenda familiare proprio in riferimento all'esclusivo interesse morale e materiale dei figli, con la conseguenza che il giudice

4 Tali articoli sono stati inseriti nell'impianto del codice civile dal d. lgs. n. 154 del 2013.

5 Morace Pinelli, A.: "Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili del matrimonio, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi aifigli nati fuori dal matrimonio", in M. Bianca (a cura di): "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154"*, Giuffrè Editore, 2014, p. 173 ss.

6 Delli Priscoli, L.: "The best interest of the child nel divorzio, fra affidamento condiviso e collocamento prevalente", *Dir. fam. pers*., II, 2019, p. 262 ss.; Martinez Calvo, J.: "La cura dei figli minori in seguito alla rottura matrimoniale dei genitori nel diritto spagnolo: la guarda y custodia", *Dir. fam. pers*., II, 2017, p. 1347 ss.; Ballarani, G. – Sirena, P.: " Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro superiore interesse del minore": in M. Bianca (a cura di): "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154"*, Giuffrè Editore, 2014, p. 141 ss.

è tenuto, anche in virtù dei poteri di ufficio a tutela della prole che gli sono normativamente attribuiti, a discostarsi da tale previsione.

Il diritto alla bigenitorialità necessita pertanto di una visione integrata dal perseguimento e realizzazione dell'interesse del minore, l'interesse che a sua volta porta con sé il riferimento al benessere del bambino in senso ampio, che implica le esigenze materiali, fisiche, educative ed emotive nonché il bisogno di affetto e di sicurezza.

La Suprema Corte già con la sentenza n. 26587 del 2009 ha avuto modo di affermare con orientamento poi consolidatosi nel tempo che: "… '... nel quadro della nuova disciplina relativa ai provvedimenti riguardo ai figli dei coniugi separati, di cui ai citati articoli 155 e 155 bis c.c., come modificativamente e integrativamente riscritti dalla Legge n. 54 del 2006, improntata alla tutela del diritto del minore (gia' consacrato nella Convenzione di New York del 20 novembre 1989 resa esecutiva in Italia con Legge n. 176 del 1991) alla c.d. bigenitorialita' (al diritto, cioe', dei figli a continuare ad avere un rapporto equilibrato con il padre e con la madre anche dopo la separazione), l'affidamento condiviso (comportante l'esercizio della potesta' genitoriale da parte di entrambi ed una condivisione, appunto, delle decisioni di maggior importanza attinenti alla sfera personale e patrimoniale del minore) si pone non piu' (come nel precedente sistema) come evenienza residuale, bensi' come regola, rispetto alla quale costituisce, invece, ora eccezione la soluzione dell'affidamento esclusivo.

Alla regola dell'affidamento condiviso puo' infatti derogarsi solo ove la sua applicazione risulti pregiudizievole per l'interesse del minore. Non avendo, per altro, il legislatore ritenuto di tipizzare le circostanze ostative all'affidamento condiviso, la loro individuazione resta rimessa alla decisione del giudice nel caso concreto da adottarsi con provvedimento motivato, con riferimento alla peculiarita' della fattispecie che giustifichi, in via di eccezione, l'affidamento esclusivo...'. Perche' possa derogarsi alla regola dell'affidamento condiviso, occorre quindi '...che risulti, nei confronti di uno dei genitori, una sua condizione di manifesta carenza o inidoneita' educativa o comunque tale appunto da rendere quell'affidamento in concreto pregiudizievole per il minore...' (come nel caso, ad esempio, di un'obiettiva lontananza del genitore dal figlio, o di un suo sostanziale disinteresse per le complessive esigenze di cura, di istruzione e di educazione del minore), con la conseguenza che '...l'esclusione della modalita' dell'affidamento esclusivo dovra' risultare sorretta da una motivazione non piu' solo in positivo sulla idoneita' del genitore affidatario, ma anche in negativo sulla inidoneita' educativa del genitore che in tal modo si escluda dal pari esercizio della potesta' genitoriale e sulla non

rispondenza, quindi, all'interesse del figlio dell'adozione, nel caso concreto, del modello legale prioritario di affidamento..." [7].

L'affidamento condiviso implica che la responsabilità genitoriale venga esercitata da entrambi i genitori e che le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore siano assunte di comune accordo, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli, con previsione di rimettere la decisione al giudice in caso di disaccordo. Solo con riferimento alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, può essere invece previsto che i genitori esercitino la responsabilità genitoriale separatamente. Qualora il genitore non si attenga alle condizioni dettate, il giudice valuterà detto comportamento anche al fine della modifica delle modalità di affidamento e dell'emissione di eventuali provvedimenti sanzionatori ex art.709 ter c.p.c.[8]

Lo scopo perseguito dal legislatore, anche alla luce di una necessaria lettura sistematica, è proprio quello della massima responsabilizzazione dei genitori con applicazioni di sanzioni (ammonimento, risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori nei confronti del minore e dell'altro genitore, sanzione amministrativa pecuniaria) e modifica del regime di affidamento in caso di carenze nelle condotte degli adulti: concorrono una funzione di penalizzazione per le inadempienze e una funzione di deterrenza, senza che ciò determini (o in ogni caso il meno possibile) ripercussioni negative sui figli e sempre nella prospettiva di preservarne i loro diritti.

In tale primario compito volto a ricercare la regolamentazione che maggiormente sia rispondente all'interesse morale e materiale della prole e al

7 La Corte di Cassazione con la pronuncia n. 977 del 2017 ha affermato sul tema: "… Dispone l'articolo 155 bis c.c., comma 1, nel testo vigente ratione temporis, che il giudice puo' disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore.
La Corte di merito, nella fattispecie in esame, ha attribuito rilievo al fatto che l'odierna ricorrente nel corso di piu' di un anno (dall'estate del 2012 alla fine del 2013) non aveva mai fatto ritorno in Italia, nemmeno per il numero minimo di incontri (tre) indicati dal consulente tecnico.
Ora, questa Corte ha osservato come la regola dell'affidamento condiviso dei figli ad entrambi i genitori, prevista dall'articolo 155 c.c., con riferimento alla separazione personale dei coniugi, e' derogabile solo ove la sua applicazione risulti pregiudizievole per l'interesse del minore (Cass. 2 dicembre 2010, n. 24526; Cass. 17 dicembre 2009, n. 26587; Cass. 18 giugno 2008, n. 16593). Cio' si verifica nel caso di esercizio in modo discontinuo del diritto di visita, come anche nell'ipotesi di totale inadempimento all'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento in favore dei figli minori (Cass. 17 dicembre 2009 n. 26587). La valorizzazione, da parte della Corte di Trieste, dell'assenza di incontri tra la madre e il figlio nel lungo periodo preso in considerazione appare, dunque, pienamente coerente coi suindicati principi…".

8 Le misure sanzionatorie previste dall'art. 709-ter c.p.c. e, in particolare, la condanna al pagamento di sanzione amministrativa pecuniaria, sono suscettibili di essere applicate facoltativamente dal giudice nei confronti del genitore responsabile di gravi inadempienze e di atti "che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento"; esse, tuttavia, non presuppongono l'accertamento in concreto di un pregiudizio subito dal minore, poiché l'uso della congiunzione disgiuntiva "od" evidenzia che l'avere ostacolato il corretto svolgimento delle prescrizioni giudiziali è un fatto che giustifica di per sé l'irrogazione della condanna, coerentemente con la funzione deterrente e sanzionatoria intrinseca alla norma richiamata Cass. n. 16980/2018.

suo diritto alla bigenitorialità il giudice non può prescindere dal prendere anche in considerazione il punto di vista del minore[9].

A tale esigenza, innanzitutto esistenziale per il minore, si è inteso dare tutela con il diritto ad essere ascoltato prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, di provvedimenti che lo riguardano con particolare riferimento alle sue condizioni di vita a seguito della disgregazione del nucleo familiare.

La Carta dei Diritti Fondamentale dell'Unione Europea – Carta di Nizza – del 18 dicembre 2000 consente di annoverare tale diritto fra i diritti fondamentali della persona (art. 24).

Già la Convenzione di New York del 20.11.1989 sui diritti del fanciullo, ratificata dall'Italia con l. 27.5.91 n. 176, con una norma di portata programmatica processuale (art. 12) aveva affermato il diritto del minore di esprimere la sua opinione su ogni questione che lo interessa e quindi la possibilità che venga ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa anche in via indiretta. La successiva Convenzione di Strasburgo del 25.1.1996 sull'esercizio dei diritti del fanciullo, ratificata dall'Italia dalla l. 20.3.2003 n. 77, ha previsto il diritto del minore di essere informato e di esprimere la propria opinione (artt. 3 e 6), sancendone la previsione in termini di adempimento necessario se per il diritto interno il minore è considerato avere un discernimento sufficiente (art. 6).

Il Regolamento comunitario n. 2201 del 2003 cd Bruxelles II bis, ha previsto che il minore deve avere avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione non sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità.

La riforma sulla filiazione ha quindi introdotto gli artt. 336 bis c.c. e 38 bis disp. att. c.c. ed ha spostato e integrato nell'art. 337 octies c.c. la disciplina di cui all'art. 155 sexies c.c. (introdotto dalla l. n. 54 del 2006 sull'affido condiviso) per dare attuazione alle modalità di esercizio di tale diritto, tenendo conto sia di quanto affermato dalla giurisprudenza delle Corti soprannazionali (Corte di Giustizia dell'Unione Europea) sia di quella della Corte di Cassazione Sezioni Unite sent. 21.10.2009 n. 22238 ha stabilito il principio che la mancata audizione dei figli in un procedimento destinato a regolare in via esclusiva o prevalente interessi primari dei minori stessi - che sono da considerarsi parti in senso sostanziale del processo ai sensi della sentenza n. 1 del 2002 della Corte Costituzionale - determina la

9 Danovi, F.: "L'ascolto del minore nel processo civile, *Dir. fam. pers*., II, 2014, p. 1592 ss.; Ballarani, G.: "L'ascolto nella riforma della filiazione": in M. Bianca (a cura di): "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154"*, Giuffrè Editore, 2014, p. 127 ss.; Ballarani, G.: "Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336 bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato", *Dir. fam. pers*., II, 2014, p. 841 ss.

violazione dei principi del giusto processo (Cass. civ. 26.01.2011 n. 1838, Cass. civ. n. 14216 del 2012, Cass. civ. 16.06.2011 n. 13241 e Cass. civ. 26.03.2015 n. 6129).

La Suprema Corte anche da ultimo ha ribadito, come in tema di provvedimenti in ordine alla convivenza dei figli con uno dei genitori, l'audizione del minore infradodicenne capace di discernimento costituisca adempimento necessario previsto a pena di nullità, a tutela dei principi del contraddittorio e del giusto processo, in relazione al quale incombe sul giudice che ritenga di ometterlo un obbligo di specifica motivazione; e ciò non solo se ritenga il minore infradodicenne privo della capacità di discernimento ovvero l'esame manifestamente superfluo o in contrasto con l'interesse del minore, ma anche qualora opti, in luogo dell'ascolto diretto, per quello effettuato nel corso di indagini peritali o demandato ad un esperto al di fuori di detto incarico, atteso che solo l'ascolto diretto del giudice dà spazio alla partecipazione attiva del minore al procedimento che lo riguarda (cfr. Cass. n. 1474 del 25.01.2021).

Il giudice è pertanto tenuto a valutare compiutamente se l'ascolto possa nuocere al a "quel" minore e nel caso a dare specifica motivazione delle ragioni del mancato ascolto, che se rispondente al suo interesse ne diviene esso stesso contenuto essenziale del diritto a sua tutela: il diritto a non essere ascoltato; infatti la norma si esprime in termini di doverosità e pertanto il mancato ascolto del figlio determina una violazione del principio del contraddittorio e dei diritti del minore, quando ciò non sia sorretto da un'espressa motivazione sull'assenza di discernimento o con riferimento al suo specifico interesse e benessere, tale da giustificarne l'omissione (Cass. n. 16410 del 30.07.2020).

Nel procedere all'ascolto il magistrato è tenuto ad informare sempre il minore sulla natura del procedimento e sugli effetti dell'ascolto, mentre la partecipazione all'ascolto dei genitori, dei difensori, del pubblico ministero etc. è ammessa solo se autorizzata dal giudice, che ben potrà avvalersi di esperti ed ausiliari per un'assistenza qualificata ad integrazione delle proprie competenze.

L'art. 38 bis disp. att. c.c. ha dato regolamentazione alla procedura dell'ascolto quando nei tribunali siano presenti le cd. "aule dell'ascolto" (uso vetri specchio - impianti citofonici etc.): in questo caso non è prevista l'autorizzazione del giudice per presenziare all'ascolto dei difensori delle parti, del pubblico ministero o del curatore speciale del minore ove presenti, mentre permane la previsione dell'autorizzazione per i genitori in quanto la loro presenza, anche dietro il cd specchio unidirezionale, di cui il minore dev'essere comunque messo a conoscenza,

può comunque condizionare psicologicamente il minore che, in considerazione della presenza stessa, potrebbe infatti perdere di spontaneità nella deposizione[10].

Con l'ascolto trovano così espressione tre istanze primarie della persona, peraltro di rilevanza costituzionale, quella inerente alle proprie condizioni esistenziali di vita, quella della libertà di manifestazione del pensiero e quella della tutela della salute e del perseguimento dello sviluppo psico-fisico del minore.

In tale prospettiva è indubbio che anche nel momento della crisi l'ascolto dei figli, ancora prima che nel processo, dovrebbe avvenire in famiglia quale posto primario all'interno del quale si realizza la crescita e lo sviluppo del bambino.

Ciò presuppone una capacità da parte del genitore di sintonizzarsi sui bisogni dei figli che in un momento di sofferenza, quale è quello generato dalla crisi personale ed affettiva con il proprio partner, può risultare deficitario (vedi *infra* par. III).

Da qui l'importanza del lavoro su un piano interdisciplinare ed il ricorso agli interventi provenienti dall'area psicologica che costituiscono risorse necessarie nella visione ormai ineludibile di un concorso di competenze che operano nel conflitto familiare in funzione del suo contenimento, che costituisce la primaria tutela che si può assicurare ad un minore (vedi *infra* par. V).

Ne deriva la necessità di un ruolo diverso dell'avvocato che svolge un compito essenziale nel conflitto proprio in considerazione del legame di fiducia che si crea con il genitore, proprio assistito (vedi *infra* par. VI).

III. LA RESPONSABILITA' GENITORIALE.

A seguito della riforma della filiazione è stato inserito nell'ordinamento italiano il canone della responsabilità genitoriale in sostituzione di quello di potestà. Tale cambiamento si deve ad una evoluzione socio-culturale dei rapporti fra i genitori e i figli, che a livello sovranazionale (cfr. Regolamento CE n. 2201/2003, cd. Bruxelles II-bis sulla disciplina della competenza, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale) ha già trovato ampio riconoscimento[11].

10 Velletti, M.: "Art. 38 bis. Disposizione attuazione codice civile: aule per l'ascolto del minore": in M. Bianca (a cura di): "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154"*, Giuffrè Editore, 2014, p. 137 ss.; Velletti, M.: "Potere del giudice e ascolto del minore (art. 337 – octies)": in M. Bianca (a cura di): "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154"*, Giuffrè Editore, 2014, p. 206 ss.

11 Cianci, A. G.: "Responsabilità genitoriale": in M. Bianca (a cura di): "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154"*, Giuffrè Editore, 2014, p. 88 ss.

I rapporti genitori-figli, infatti, non sono da considerare più con riguardo alla posizione del genitore, quanto, piuttosto, debbono essere considerati con riferimento all'interesse superiore dei figli.

Il Regolamento Bruxelles II-bis sopra citato (all'art. 2) detta delle definizioni al solo fine di delineare il proprio ambito di applicazione e chiarisce che - indipendentemente dal tipo di autorità giurisdizionale e dalla denominazione usata per la decisione (sentenza - ordinanza - decreto) - devono intendersi per "responsabilità genitoriale: i diritti e i doveri di cui è investita la persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni del minore. Il termine comprende il diritto di affidamento e di visita"; per "diritto di affidamento: i diritti e i doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare il diritto di intervenire nelle decisioni riguardo al suo luogo di residenza" e per "diritto di visita: il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo".

Per precisa scelta legislativa non si rinviene una definizione di responsabilità genitoriale, come del resto era già avvenuto per la potestà, proprio in considerazione della continua evoluzione socio-culturale dei rapporti fra i genitori e i figli; si è quindi in presenza di una "formula aperta" che viene plasmata in considerazione di tale continuo processo evolutivo con l'apporto dato dall'attività dei giudici con riferimento alle singole vicende umane.

L'inserimento anche a livello di normativa nazionale del canone della responsabilità in funzione della tutela della filiazione consente quindi di enuclearne i contenuti proprio con riferimento all'essenza stessa della "responsabilità" quale impegno a saper rispondere delle proprie azioni e delle conseguenze che ne derivano rispetto ai figli: la responsabilità per il genitore quale complesso di competenze, la responsabilità intesa come assunzione di doveri, obblighi e diritti derivanti dalla filiazione che si protrae fino al raggiungimento dell'indipendenza economica del figlio, come peraltro già avviene nel diritto effettivo, tanto che non c'è un temine finale con riferimento al compimento della maggiore età (art. 316 c.c.).

Nella prospettiva dell'impianto della riforma ai diritti dei figli e quindi al "diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni" (art. 315 bis c.c.) fanno da contraltare i contenuti della responsabilità genitoriale come vero e proprio impegno per i genitori al perseguimento delle componenti materiali ed esistenziali in cui si realizza la formazione dell'individuo.

L'interesse del minore è quindi connaturato innanzitutto dal dato ineludibile che i genitori assicurino ai figli, tanto nel caso della fisiologia dei rapporti quanto nella patologia delle vicende relazionali, sia i mezzi di sostentamento adeguati sia gli apporti affettivi essenziali ad una serena crescita psico-fisica, in previsione dello sviluppo della loro personalità.

Nel momento della deflagrazione del conflitto il minore rischia di essere particolarmente colpito proprio nel suo bisogno di assistenza morale in quanto i genitori, concentrati sulle proprie sofferenze, non riescono a garantirgli a pieno il rispetto per i suoi sentimenti, il necessario sostegno affettivo, che a differenza del contributo al mantenimento è di per sé incoercibile.

Tale componente essenziale della responsabilità genitoriale, e del suo esercizio in funzione della realizzazione dell'interesse del minore, ha portato parte autorevole della dottrina, ad affermare nella relazione genitore – figli la vera e propria rilevanza giuridica dell'apporto affettivo quale componente essenziale dell'equilibrato processo formativo del minore[12] che assurge a valore meritevole di tutela: si è quindi configurato il diritto all'amore, quale diritto primario del figlio.

Ne discende come imprescindibile corollario e contenuto sostanziale della responsabilità che, in caso di patologia dei rapporti fra gli adulti, la prima tutela per la prole risiede proprio nelle condotte dei genitori che sono chiamati a dare protezione ai bambini prima ancora dell'intervento dell'autorità giudiziaria.

La responsabilità genitoriale impone infatti ai genitori nell'esercizio della loro funzione di individuare i bisogni dei figli e di tenere comportamenti ispirati alla massima collaborazione: l'obiettivo primario deve rimanere il progetto genitoriale la cui realizzazione non può che passare, anche nella vita post separazione, da un'interazione adeguata fra le figure genitoriali.

Il cardine delle regolamentazioni da assumere, giudiziale o pattizia, è quello del perseguimento del superiore interesse del minore coinvolto nella vicenda separativa, interesse che deve ispirare ogni decisione nell'ambito dei procedimenti riguardanti i minori e che trova la propria copertura sia a livello di normativa interna che sovranazionale, tanto da mantenere il carattere di indisponibilità per le parti e da richiedere il vaglio dell'autorità giudiziaria.

12 Bianca, C. M.: "Prefazione": in M. Bianca (a cura di): "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*", Giuffrè Editore, 2014, p. XII ss.; Spaziani, P.: "Il diritto all'assistenza morale" in M. Bianca (a cura di): "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*", Giuffrè Editore, 2014, p. 151 ss.

IV. L'ALTA CONFLITTUALITA'.

L'alta conflittualità che soventemente si instaura fra i genitori a seguito della crisi affettiva costituisce di per sè un grave pregiudizio per il minore con ricadute sul suo sviluppo psico - fisico che si possono manifestare anche a distanza di tempo.

Il confine fra alta conflittualità e inadeguatezza genitoriale è a volte molto flebile e la ricerca della realizzazione del migliore interesse per "quel minore" o meglio ancora il danno per il suo superiore interesse ne diventa il discrimine.

Se l'affido condiviso rappresenta infatti il modello legale attraverso il quale si pongono le condizioni per una crescita il più possibile equilibrata e serena della prole a tutela del diritto alla bigenitorialità, il conflitto fra i genitori non può di per sé costituirne ostacolo; l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori trova infatti il suo fondamento normativo nella motivata (e quindi concreta) contrarietà per il minore dell'affidamento anche all'altro.

Il principio di pari responsabilità genitoriale previsto dall'art. 337 ter c.c. viene ad essere derogato soltanto al ricorrere di precise controindicazioni con riferimento alla prole e fra queste non può essere di per sé considerata l'elevata conflittualità fra i genitori e la patologica disfunzione relazionale della coppia genitoriale. Il regime di affidamento condiviso deve essere pregiudizievole per la prole alterando e ponendo in serio pericolo il loro equilibrio e sviluppo psico – fisico.

L'affidamento esclusivo comporta la necessità di una puntuale motivazione basta su di un duplice profilo di indagine valutativa in ordine sia al pregiudizio potenziale per i figli sia da un canto sull'idoneità di uno dei genitori e sull'inidoneità educativa e manifesta carenza dell'altro.

La Suprema Corte ha avuto modo di affermare, in modo consolidato, il principio secondo cui la conflittualità riscontrata tra i genitori non preclude il ricorso al regime preferenziale dell'affidamento condiviso ove si mantenga nei limiti di un tollerabile disagio per la prole, mentre può assumere connotati ostativi alla relativa applicazione, ove si esprima in forme atte ad alterare ed a porre in serio pericolo l'equilibrio e lo sviluppo psico-fisico dei figli, e, dunque, tali da arrecare loro pregiudizio [13].

13 Cfr. Corte di Cassazione con sentenza del 6 marzo 2019 n. 6535 che richiama in motivazione i consolidati principi espressi dalla stessa Corte: "…. Invero l'affidamento condiviso e' da ritenersi il regime ordinario, anche nel caso in cui i genitori abbiano cessato il rapporto di convivenza, ed il grave conflitto fra gli stessi non e', di per se' solo, idoneo ad escluderlo (Cass. n. 1777 del 08/02/2012); la mera conflittualita' infatti non preclude il ricorso al regime preferenziale dell'affidamento condiviso, ove si mantenga nei limiti di un tollerabile disagio per la prole, mentre puo' assumere connotati ostativi alla relativa applicazione, ove si esprima in forme atte ad alterare e a porre in serio pericolo l'equilibrio e lo sviluppo psicofisico dei figli, e, dunque, tali da pregiudicare il loro interesse (Cass. n. 5108 del 29/03/2012). In proposito, va ribadito che "In tema di affidamento dei figli nati fuori del matrimonio, alla regola dell'affidamento condiviso dei figli puo' derogarsi solo ove la sua applicazione risulti "pregiudizievole per l'interesse del minore", con

Solo quando il concreto tentativo della gestione della cogenitorialità determina danno in capo alla prole si impone a tutela del minore l'attuazione di interventi più incisivi.

Un eventuale affidamento esclusivo in capo ad un genitore trova infatti giustificazione solo in presenza di una patologia nel rapporto tra genitore e figlio, ossia nell'incapacità dell'adulto ad entrare in relazione diretta con il minore o di disfunzioni nelle competenze genitoriali. In buona sostanza la regola dell'affidamento condiviso diviene derogabile ove la conflittualità si riverberi in danno del minore stesso. L'affidamento esclusivo non incide necessariamente sulle modalità di frequentazione con l'altro genitore che possono persino mantenersi libere e continue con i pernottamenti proprio perché rispondenti all'interesse del minore.

Spesso a gravi carenze nell'interazione genitoriale e all'assenza totale di comunicazione si accompagnano relazioni positive di ciascun genitore con i figli. Il corto circuito si crea a livello della coppia genitoriale e non verso i figli.

E' principio giurisprudenziale ormai consolidato quello secondo cui, alla stregua di dati obiettivi e di comportamenti deficitari del genitore sia sotto il profilo dell'obbligo di assistenza morale che materiale, elementi tutti sintomatici dell'inidoneità ad assumere le primarie connotazioni della responsabilità genitoriale, sia del tutto corretta la previsione del regime di affidamento esclusivo, anche nella forma rafforzata di cui all'art. 337 quater c.c., in capo all'altro genitore ritenuto idoneo[14], con attribuzione a quest'ultimo anche del potere-dovere di assumere in via esclusiva le decisioni in ordine alle questioni di maggiore importanza per i figli.

Spetta quindi al giudice di merito, sulla base di una articolata istruttoria rimessa anche ai suoi poteri di ufficio, a) accertare il clima di grave conflittualità familiare, riconducibile al comportamento di uno dei due genitori senza che siano emersi al contempo condizionamenti da parte dell'altro, all'assenza di consapevolezza per i bisogni affettivi e relazionali dei figli, alla cronicizzazione del conflitto e alla mancanza di riconoscimento delle condotte inadeguate tenute e b) graduare conseguentemente le misure applicabili al fine di rimuovere il pregiudizio concreto o potenziale per la prole medesima.

la duplice conseguenza che l'eventuale pronuncia di affidamento esclusivo dovra' essere sorretta da una motivazione non solo piu' in positivo sulla idoneita' del genitore affidatario, ma anche in negativo sulla inidoneita' educativa ovvero manifesta carenza dell'altro genitore, e che l'affidamento condiviso non puo' ragionevolmente ritenersi precluso dalla oggettiva distanza esistente tra i luoghi di residenza dei genitori, potendo detta distanza incidere soltanto sulla disciplina dei tempi e delle modalita' della presenza del minore presso ciascun genitore."(Cass. n. 24526 del 02/12/2010).....".

14 Cfr. Cass. 2009/26587; Cass. n. 2017/977; Tribunale di Roma decreto del 15.06.2016.

L'accertamento del contesto gravemente conflittuale vissuto dai minori connotato da rabbia, disistima, sfiducia, paura, riconducibile al comportamento di uno solo dei genitori può quindi portare il giudice a disporre il cd. affidamento super esclusivo (pur senza arrivare a pronunciare provvedimenti che incidano sulla titolarità della responsabilità) ritenendo tale misura in concreto più idonea a perseguire l'interesse del minore che, in caso contrario, verrebbe ad essere esposto a continue situazioni di "stallo" a causa delle ostruzionistiche opposizioni a qualsiasi decisione; in buona sostanza nel caso di immotivati dinieghi di un genitore a fronte di comprovate necessità del minore la tutela del figlio finirebbe con l'essere messa a dura prova, costringendo uno dei genitori ad un percorso in salita con continue istanze al tribunale.

A volte le misure adottate possono andare anche in senso diverso alla previsione dell'affidamento esclusivo[15]. La situazione di grave pregiudizio per la prole a causa di una conflittualità patologica può finanche portare il giudice, attestata la inidoneità a volgere il ruolo genitoriale, di uno e di entrambi, ad apporre i limiti alla loro responsabilità genitoriale ex artt. 330 e 333 c.c. e disporne la sospensione con conseguente nomina di un tutore.

Le regolamentazioni, dirette a disciplinare nel presente e nel futuro i rapporti, prendono elementi dai fatti accaduti per ricercare un bilanciamento fra le contrapposte posizioni e nuovi equilibri, mettendo al centro la persona del minore ed in campo finanche le risorse che provengono dall'altre aree di competenza in prospettiva di un massimo recupero della cooperazione genitoriale.

La genesi e la consistenza del conflitto determina perciò la necessità di un'indagine sulle capacità genitoriali e la conoscenza giuridica ha bisogno di essere integrata da altre competenze per indagare le tre diverse macro aree afferenti 1) alla capacità di promuovere, accompagnare e sostenere i processi di sviluppo e di socializzazione della prole e di adattamento all'ambiente esterno; 2) alla capacità di proteggere e di garantire i figli nell'ambiente familiare, scolastico e sociale; 3) alla capacità di riconoscere i bisogni emotivi/affettivi dei figli e di sostenerli.

15 Il Tribunale di Roma con il provvedimento del 7 ottobre 2016 così motiva: "…. La mancata possibilità di attribuire all'uno o all'altro genitore la responsabilità della situazione di conflitto impedisce di disporre affidamento esclusivo ad una delle parti. Data la tensione in essere, i profili caratteriali e psicologici delle parti (come delineati dalla Ctu elaborata nel corso del precedente giudizio ed acquisita in atti), considerando la mancata accettazione del ruolo dell'altro genitore (al di là delle vuote affermazioni verbali), un affidamento esclusivo potrebbe comportare il rischio di esclusione dalla vita della minore del genitore non affidatario. Inoltre, l'affidamento esclusivo impone una valutazione di inidoneità genitoriale in capo ad uno dei genitori a fronte di una positiva valutazione del ruolo dell'altro. Nel caso di specie, i responsabili del servizio sociale e la CTU nominata nel precedente procedimento non hanno indicato in nessuno dei genitori quello in grado di assicurare la corretta crescita della minore; entrambe le parti pur connotate da elevatissime criticità caratteriali e da evidenti limiti che impediscono una serena gestione della correlazione genitoriale, hanno un positivo rapporto della minore essendo invece totalmente incapaci di condividere la genitorialità….".

Uno dei genitori può manifestare criticità nel campo emotivo – relazionale di riconoscere i bisogni dei figli e tenere nei confronti dell'altro genitore una preconcetta e ostruzionistica condotta oppositiva che finisce con lo svilire la tutela del figlio medesimo.

Da qui la necessità che le separazioni altamente conflittuali, che spesso portano con sé accuse (anche gravi e minanti) sulle competenze genitoriali, determinano l'opportunità di agire in stretta cooperazione ed integrazione fra le competenze giuridiche e quelle psicologiche, al fine di valutare le competenze genitoriali e il possibile superamento delle criticità presenti.

1. Il minore nel processo. Il Curatore.

Il figlio è sempre uno dei destinatari principali delle conseguenze delle decisioni che vengono assunte e che ricadono anche su di lui, sulla sua vita, pur non essendo parte processuale attiva nel processo di separazione (intesa anche come processo di cambiamento e non necessariamente giudiziale) a mezzo di propri rappresentanti: un curatore e un proprio avvocato.

Con la pronuncia dell'11 maggio 2018 n. 11554 la Cassazione ha infatti affermato che la sussistenza di differenti interessi tra i genitori ed il minore non è di per sé elemento idoneo a fondare la necessità della nomina al minore del curatore speciale ex art. 78, comma 2, c.p.c., in un procedimento nel quale si discuta del suo affidamento; tale eventualità deve essere infatti valutata in concreto, avuto riguardo all'incapacità, anche temporanea, dei genitori a tutelare la posizione del figlio, non potendosi desumere la sussistenza di una siffatta situazione dalla mera conflittualità interna tra i genitori ove risulti la loro piena capacità ed una buona relazione con il minore.

Nei procedimenti separativi i minori sono quindi ritenuti parti sostanziali e non parti formali del giudizio; esso sono parti sostanziali, in quanto portatori di interessi comunque diversi, quando non contrapposti, rispetto ai loro genitori e su di loro ricadono le conseguenze delle decisioni che si vanno ad assumere.

La tutela del minore, in questi giudizi, si realizza, preminentemente, attraverso i poteri del giudice in concorso le altre opere professionali cui si faceva riferimento ed *in primis* attraverso l'esercizio della responsabilità dei genitori stessi che in quanto non messa in discussione nella sua fondamenta deve essere in grado di rimanere la risorsa principale per la prole al fine di perseguire il suo migliore interesse.

Cosa diversa avviene nei procedimenti cd. ablatori della responsabilità genitoriale o gravemente conflittuali in cui viene rilevato un conflitto di interessi fra minore e genitori.

La Suprema Corte proprio da ultimo con la sentenza n. 1471 del 25 gennaio 2021 ha avuto modo di affermare in proposito il seguente principio di diritto: " .. "Nei giudizi che riguardano i minori e che abbiano ad oggetto provvedimenti limitativi o eliminativi della responsabilità genitoriale, ai sensi degli artt. 330 c.c. e segg., in forza del combinato disposto dell'art. 336 c.c., commi 4 e 1, è necessario che il giudice di merito provveda alla nomina di un curatore speciale al minore, ai sensi dell'art. 78 c.p.c., che provvederà, a sua volta, a munire il minore medesimo di un difensore, ai sensi dell'art. 336 c.c., comma 4; la violazione di tale disposizione determina la nullità del procedimento di secondo grado, ex art. 354 c.p.c., comma 1, con rimessione della causa al primo giudice, ai sensi dell'art. 383 c.p.c., comma 3, perchè provveda all'integrazione del contraddittorio"; "negli altri giudizi che riguardano i minori, la tutela di questi ultimi si realizza mediante l'ascolto del minore nei casi previsti dalla legge, senza necessità di nomina di un curatore speciale e/o di un difensore, costituendo violazione del principio del contraddittorio e dei diritti del minore il suo mancato ascolto, quando non sia sorretto da un'espressa motivazione sull'assenza di discernimento, tale da giustificarne l'omissione, a meno che la nomina di un curatore speciale e/o di un difensore non sia espressamente prevista dalla legge".

Ne consegue che deve ricorrere un conflitto di interessi con entrambi i genitori perché si renda necessaria, pena la nullità del procedimento, la nomina del curatore speciale al minore ex art. 78 c.p.c.[16]. Il conflitto è sussistente certamente *ab origine* nei procedimenti ex artt. 330 e 333 c.c. rimasti di competenza del Tribunale per i minorenni anche a seguito della modifica ex L. n. 219 del 2012 dell'art. 38 disp. attuaz. c.c. e può riscontrarsi anche nel giudizio di separazione, divorzio o ex art 316 c.c., con conseguente necessità di integrazione del contraddittorio, davanti al Tribunale ordinario ove per effetto della citata riforma viene attratta la competenza anche per i provvedimenti cd. ablatori della responsabilità[17].

16 Cassazione civile, 5 maggio 2021, n. 11786 nei giudizi relativi all'adozione di provvedimenti limitativi, ablativi o restitutivi della responsabilità genitoriale, sussiste un conflitto di interessi del minore verso i genitori con la conseguenza che, laddove non sia stato nominato un tutore provvisorio, deve essere nominato un curatore speciale ex art. 78 c.p.p. In mancanza, il procedimento deve ritenersi nullo ex art. 354, comma 1, c.p.c.
Cfr. anche Corte appello L'Aquila, 21 gennaio 2020, n. 98. Il genitore che non esercita la responsabilità genitoriale vigila sull'istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio (art. 316 ult. comma c.c.). In sostanza, l'affidamento esclusivo non implica il venir meno della responsabilità genitoriale (solo nei procedimenti riguardanti l'adozione di provvedimenti limitativi, ablativi o restitutivi della responsabilità genitoriale, riguardanti entrambi i genitori, l' art. 336, quarto comma, c.c. , così come modificato dall' art. 37, comma 3 l. n. 149 del 2001 , richiede la nomina di un curatore speciale, ex art. 78 c.p.c. , ove non sia stato nominato un tutore provvisorio, sussistendo un conflitto d'interessi verso entrambi i genitori. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui non si sia provveduto a tale nomina, il procedimento deve ritenersi nullo ex art. 354 primo comma c.p.c. con rimessione della causa al primo giudice perché provveda all'integrazione del contraddittorio.

17 La disciplina introdotta con le modifiche apportate all'art. 38 secondo co disp. att. c.c. prevede che: "…Per i procedimenti di cui all'articolo 333 resta esclusa la competenza del tribunale per i minorenni nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'art. 316 del codice civile; in tale ipotesi per tutta la durata del processo la competenza, anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo, spetta al giudice ordinario." . Spasari, M. L.: "Competenza del Tribunale ordinario e del Tribunale per i minorenni": in M. Bianca (a cura di): "*Filiazione*

Infatti se nel corso dei suddetti giudizi familiari vengono avanzate anche istanze cd. *de potestat*e (ex artt. 330 e 333 c.c.) deve preliminarmente procedersi alla nomina di un curatore speciale per il minore sulla base del principio che nei procedimenti riguardanti l'assunzione di provvedimenti limitatiti, ablativi o restitutivi della responsabilità genitoriale l'art. 336, quarto comma c.c. così come modificato dall'art. 37, terzo comma della l. n. 149 del 2001 richiede la nomina di un curatore speciale, ex art. 78 c.p.c. ove non sia stato nominato un tutore provvisorio, sussistendo un conflitto d'interessi verso entrambi i genitori[18].

Si è data in tal guisa definitiva risposta ad una esigenza già fortemente sentita e volta ad evitare che si possano avere, fra le stesse parti, giudizi che, sia pure tendenti a soddisfare diverse istanze hanno comunque ad oggetto il perseguimento dell'interesse superiore del minore e gli interventi sulla responsabilità genitoriale. E' infatti allo stesso giudice ordinario che compete anche nel corso del contenzioso familiare l'esame delle condotte pregiudizievoli dei genitori nei confronti del figlio[19].

In tale ambito applicativo, che ha indubbiamente rafforzato le potenzialità e le modalità di intervento del giudice del contenzioso sulla crisi familiare in funzione di protezione del minore, diviene quindi essenziale valutare la sussistenza del tipo di conflitto di interessi fra minore e genitori per procedere alla nomina di un curatore al minore[20].

Secondo l'orientamento maggioritario, l'esigenza di nomina di un rappresentante per il minore non ricorre nei giudizi in cui sia richiesto l'affidamento monogenitoriale o persino super esclusivo ad uno dei due genitori, anche a seguito di gravi carenze nelle capacità genitoriali dell'altro, in quanto la tutela del minore viene in tali casi assicurata dal concorso di azione del genitore funzionale e dai poteri riconosciuti

commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154", Giuffrè Editore, 2014, p. 303 ss.

18 Il Tribunale di Roma così ha provveduto in data 23.06.2021 in un caso di regolamentazione dell'affidamento e del mantenimento di prole nata da coppia non coniugata con emissione in via provvisoria e urgente dell'affidamento esclusivo alla madre con autorizzazione ad assumere in via esclusiva anche le decisioni di maggiore interesse per la prole, comprese quelle medico-sanitarie e scolastiche, di incontri padre –minore in spazi neutri (Cass. n. 5256/2018; Cass. n. 1471/2021). negativeavere ripercussioni sueggiabile itarie e scolastiche, di maggiore interesse ale, ex art. 78 c.p.c. ove non sia stato n

19 Già in epoca antecedente la riforma della filiazione la giurisprudenza di legittimità ha portato in evidenza che nel corso dei procedimenti di separazione o di divorzio il Tribunale ordinario poteva emettere provvedimenti incidenti sull'esercizio della allora potestà genitoriale con l'allontanamento del figlio da un genitore, gli incontri protetti con il genitore o l'inibizione delle frequentazioni, l'affidamento ai servizi sociali etc.: tutti provvedimenti emessi in funzione di salvaguardia del minore (cfr.: Cass. n. 4945 del 2013; Cass. n. 20352 del 2011). Spasari, M. L.: "Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154", M. Bianca (a cura di), Giuffrè Editore, 2014, p. 303 ss.

20 Cfr. Cassazione civile, 26 marzo 2021, n. 8627. Nei giudizi relativi alla responsabilità dei genitori nei quali si discuta dell'affidamento della prole ai servizi sociali, la previsione di cui all' art. 336, comma 4, c.c. , così come modificato dall' art. 37, comma 3, della l. n. 149 del 2001 , postula la nomina di un curatore speciale ex art. 78 c.p.c. , sussistendo un conflitto d'interessi del minore con entrambi i genitori, sicchè, ove non si sia provveduto a tale nomina, il procedimento deve ritenersi nullo ex art. 354, comma 1, c.p.c. , con conseguente rimessione della causa al primo giudice perché provveda all'integrazione del contraddittorio.

al giudice ex artt. 7 e 8 della Convenzione di Strasburgo sull'obbligo di agire prontamente e sulla possibilità di procedere d'ufficio ed ex art. 337 octies c.c.[21]

Si rafforza la prospettiva operativa secondo cui i rapporti genitori – figli debbono essere tenuti in maniera neutra rispetto alle vicende relative al rapporto fra i genitori e, di conseguenza, i provvedimenti che incidono sulla responsabilità genitoriale vengano emessi nello stesso contesto delle regolamentazioni separative in aderenza ai principi della concentrazione delle tutele e della celerità ed economia processuale, che la riforma ha inteso perseguire[22].

Le ultime prospettive di riforma vanno verso la previsione della nomina di avvocati – appartenenti ad albi speciali presso ciascun tribunale – quali curatori speciali dei minori anche "nelle ipotesi di elevata conflittualità tra i genitori in grado di compromettere l'interesse del minore"[23].

Già il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa in data 17 novembre 2010 ha approvato le linee guida e la relazione esplicativa per una giustizia a misura di minore: con tale documento si è inteso dare promozione quali principi fondamentali alla partecipazione, all'interesse superiore del minore, alla dignità, alla protezione dalla discriminazione e allo Stato di diritto. Le linee guida affrontano questioni quali l'informazione, la rappresentanza e la partecipazione, la protezione della vita privata, la sicurezza, l'approccio e la formazione multidisciplinari per una giustizia incentrata sul minore prima, durante e dopo il procedimento.

V. L'INTERVENTO DELLE ALTRE DISCIPLINE A TUTELA DEL MINORE.

Quanto fin qui si è cercato di ricostruire con uno sviluppo argomentativo sistematico basato sull'osservazione partecipata consente di evidenziare ancora più lucidamente come, non sempre e soprattutto non per tutto, la protezione ai minori possa arrivare dai provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria e che in

21 Cfr. Corte appello di Venezia, 16 dicembre 2019, n. 8607. In tema di affidamento della prole va disposto l'affidamento super-esclusivo in favore di uno solo dei genitori quando l'altro dimostri gravi carenze nelle capacità genitoriali. In particolare esso è disposto se dalle risultanze peritali chiare, convergenti e motivate, fondate su documentazioni cliniche e oggetto di specifico accertamento anche di fatto, si evince un elevato grado di conflittualità nella coppia genitoriale ed una situazione improntata a grave carenza nelle capacità genitoriali di uno di essi, caratterizzata da comportamenti che mirano ad estromettere dalla vita del figlio l'altro genitore determinando il rischio di alienazione e facendo valere rivalse personali

22 Ruo, M. G.: "Il curatore del minore. Compiti – Procedure – Responsabilità", 2014, Maggioli Editore, p. 1 ss.; Ruo, M. G.: "Avvocato, tutore, curatore dei minorenni procedimento di adottabilità", *Dir. Fam. Pers.*, II, 2011, p. 938 ss.

23 Il progetto di riforma del processo civile ed il lavoro svolto dalla Commissione Luiso hanno previsto di ampliare le ipotesi nelle quali gli avvocati nei procedimenti di famiglia ad alta complessità potranno essere nominati curatori speciali dei minori in base all'articolo 78 c.p.c. proprio per assicurare ai minori un rappresentante nel processo in caso di conflitto, potenziale o concreto, d'interessi coni genitori; Danovi, F.: "Verso il tribunale della famiglia. Il giudice e l'avvocato specialista", *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2017, p. 615 ss.

particolare è sempre necessario, anche ai fini della loro migliore applicazione, che vi concorrano gli stessi adulti nell'esercizio della responsabilità genitoriale[24].

E' necessario che il rancore e la disistima lasci spazio ad una adeguata ed concreta collaborazione; è doveroso lavorare per il recupero al minore di una efficace cooperazione genitoriale, di due genitori funzionali.

L'impiego delle altre scienze umane sia fuori che dentro il processo costituisce una risorsa proprio in funzione della tutela del minore e di un lavoro volto al recupero concreto delle relazioni affettive primarie.

Il giudice di fronte a casi di elevata conflittualità può ricorrere alla nomina di un proprio ausiliario – consulente tecnico di ufficio – proprio al fine di vagliare la personalità dei genitori e le loro competenze e capacità potenziali e concrete in relazione agli specifici bisogni della prole.

Attraverso i quesiti posti al consulente il giudice ottiene un quadro clinico sulle competenze genitoriali, sulle modalità di esercizio delle funzioni genitoriali e sui rapporti tra il minore e ciascuno dei genitori.

La CTU non costituisce né deve costituire una delega di decisione. In tale contesto non va dimenticato che la decisione finale spetta al giudice in qualità di peritus peritorum nella concorrenza degli elementi probatori acquisiti al giudizio. Ne consegue che il quesito deve essere calzato sul caso concreto.

In buona sostanza il giudice non può delegare al consulente la decisione in punto di responsabilità genitoriale, la formulazione dei quesiti diventa un punto centrale sia per definire la natura dell'intervento, sia per riaffermare che la funzione giudicante non entra e non dovrebbe entrare nella cornice consulenziale in una demarcazione necessaria dei ruoli che costituisce già essa stessa tutela per la prole.

A volte il tribunale ricorre all'ausilio dei servizi sociali, chiedendo lo svolgimento di un'indagine psico – socio - familiare o di svolgere un ruolo di monitoraggio su di un nucleo familiare.

Nel caso di alta conflittualità familiare la valutazione dell'esperto riguarda in particolare anche la capacità di ciascun genitore di anteporre ai propri bisogni quelli della prole, la capacità di collaborazione e di preservare al figlio l'altra figura genitoriale.

24 Spadafora, A.: "La crisi familiare nel limbo della separazione: essere o non essere ?", *Dir. Fam. Pers.*, II, 2021, p. 180 ss.; Spadafora, A.: "Dalla famiglia in crisi alla "crisi" del divorzio ?, *Dir. Fam. Pers.*, II, 2020, p. 516 ss.; Berinzonce, R. O.: "Tribunali processi di famiglia", *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2003, p. 543 ss.

Condotte strumentali, ostacolanti ed atteggiamenti di squalifica dell'altro genitore sono di impedimento alla co-genitorialità e sono indice di una inadeguatezza genitoriale e ciò al di là di una qualificazione in termini scientifici o meno di tali condotte[25].

Di fronte a situazioni di acclarato o potenziale pregiudizio si rende necessario intervenire sull'adulto con la messa in campo di una serie di misure di sostegno atte a prevenire, sostenere o correggere i comportamenti conflittuali, arrivando finanche a sanzionarne i comportamenti ma non necessariamente derogando al paradigma della bigenitorialità che, come visto, finirebbe con il sanzionare il minore e i suoi diritti piuttosto che l'adulto responsabile delle condotte inadeguate.

In presenza di conflittualità e di limiti alla capacità di gestire correttamente la relazione genitoriale, la necessità di tutelare l'interesse del minore ad avere pieno accesso ad entrambi i genitori, impone l'utilizzo di ogni strumento che consenta di fornire supporto per la crescita o il recupero delle competenze genitoriali degli adulti e per il superamento delle disfunzionalità.

Nell'ambito dei procedimenti di famiglia, infatti, la peculiarità della materia impone l'adozione di ogni provvedimento che anziché limitarsi a fornire risposte teoriche quanto alle cause della disfunzionalità genitoriale, cerchi di fornire soluzioni e interventi concreti per il superamento delle stesse, guardando al futuro verso una situazione normalizzante.

25 In tale alveo si è lungamente inserito il dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza sulla cd. alienazione genitoriale, quale grave forma di abuso contro i bambini coinvolti in separazioni conflittuali.
Con tale temine si sono indicati una serie di comportamenti tenuti da parte del genitore cd. alienante sostanzialmente volti a determinare una sorta di "lavaggio del cervello" che porta i figli a perdere il contatto con la realtà degli affetti e ad esibire astio e disprezzo ingiustificato verso l'altro genitore (genitore cd. alienato).
Tale risultato si ritiene venga raggiunto tramite l'uso di espressioni denigratorie riferite all'altro genitore, false accuse di trascuratezza, violenza o abuso finanche sessuali tutte situazioni che generano nei figli sentimenti di paura, diffidenza e odio verso il genitore alienato e di alleanza con il genitore alienante.
L'alienazione viene prodotta da una sorta di "programmazione" dei figli da parte di un genitore patologico ed arriva a distruggere la relazione fra figli e genitore cd. alienato: nei casi gravi i bambini arrivano a rifiutare qualunque contatto, anche solamente telefonico, con lo stesso.
Lo psichiatra americano Richard A. Gardner ha definito tali situazioni come sindrome vera e propria, denominata PAS, acronimo di Parental Alienation Syndrome.
Il dato empirico ha messo in luce che i bambini più facilmente condizionabili sono risultati essere i figli unici o comunque privi di altre figure di riferimento significative e con scarsa autonomia e autostima; il bambino risulta poco condizionabile fino ai 2 anni, mentre la fascia più a rischio è quella fino ai 7-8 anni per rimanere stazionaria fino ai 15.
Il fenomeno al di là della qualificazione o meno come vera e propria sindrome è largamente diffuso e la Corte di Cassazione con la sentenza n. 6919 del 2016 ne ha da tempo delineato i contenuti.
L'OMS proprio di recente nel settembre 2020 ha escluso la cd. PAS dall'elenco delle patologie riconosciute scientificamente.
L'alienazione parentale è quindi un grave problema relazione ed un fattore di rischio evolutivo per il minore al di là della configurazione in termini strettamente scientifici.
Da ultimo la Suprema Corte con la sentenza n. 13217 del 2021 ha appunto consentito di riaffermare che il punto focale sono le disfunzioni relazionali che provocano ingiustificati rifiuti di un genitore, conflitti di lealtà indotti con rischi evolutivi per la crescita del minore

La necessità di adottare ogni forma di intervento idonea a garantire il pieno ripristino della bigenitorialità, discende oltre che dalle disposizioni normative interne, dalla costante interpretazione dell'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo.

Nell'alveo di tali principio si pone proprio l'art. 337 octies c.c. introdotto dalla riforma della filiazione che, riprendendo anche il dettato di cui all'abrogato art. 155 sexies c.c., ha infatti previsto che il giudice, qualora ne ravvisi l'opportunità, ottenuto il consenso delle parti, può rinviare l'adozione dei provvedimenti per consentire ai coniugi, con l'ausilio di esperti, di tentare una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli.

In alcuni casi tale esortazione da parte del giudice viene addirittura anticipato rispetto all'udienza di comparizione. Il tribunale di Roma nel decreto di fissazione di udienza prevede espressamente l'invito "… alle parti ad intraprendere, prima dell'udienza, un percorso di mediazione ovvero di sostegno alla genitorialità presso i centri presenti sul territorio "per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli", con indicazione che, in sede di udienza di comparizione, le parti medesime riferiranno al giudice delle iniziative intraprese.

La mediazione familiare è un intervento professionale (si può svolgere in centri pubblici o privati o con l'ausilio di professionisti a ciò appositamente formati) rivolto alle coppie e finalizzato a riorganizzare le relazioni familiari a seguito della crisi relazionale della coppia genitoriale. Obiettivo centrale della mediazione familiare è la tutela della cogenitorialità[26].

La mediazione familiare utilizza conoscenze proprie della sociologia, della psicologia e del diritto per la negoziazione del conflitto ed è in posizione alternativa al ricorso al Tribunale.

Lavorare sul conflitto significa uscire da un'ottica distruttiva ed entrare in una dimensione di ricostruzione.

All'interno di uno spazio neutrale il mediatore familiare si propone di lavorare con la coppia in crisi per individuare e strutturare degli accordi che siano rispondenti alle specifiche e peculiari esigenze di quel nucleo familiare, lavorando anche sugli aspetti personali: sull'importanza della cogenitorialità, comunicazione della disgregazione del nucleo familiare ai figli etc.

26 Ballarani, G.: "La mediazione familiare alla luce dei valori della costituzione italiana e delle norme del diritto europeo", *Giust. Civ,* 2012, p. 495 ss.; Delli Priscoli, L.: "The best interest of the child nel divorzio, fra affidamento condiviso e collocamento prevalente", *Riv. Dir. Pers.,* II, 2019, p. 262 ss.;

Il percorso di sostegno alla genitorialità è, invece, un intervento psicologico di accompagnamento per gli adulti che vivono delle difficoltà nel loro ruolo genitoriale nella delicata fase della separazione. I percorsi di sostegno genitoriale mirano a comprendere e a migliorare la relazione con i figli, gli stili educativi e comunicativi in famiglia per favorire una crescita migliore dei figli stessi.

L'obiettivo di tale percorso è volto a creare o rafforzare una relazione positiva fra il bambino/ragazzo e i genitori che permetta una crescita armonica.

Avviene sovente che tale relazione risenta di fattori personali (dell'adulto e del bambino), familiari (modifica del nucleo familiare, lutti, separazione e divorzio, ecc…) e sociali che variano nel tempo e ciò in correlazione con le varie tappe della crescita, l'adolescenza, ecc. della prole.

In tali contesti possono subentrare sensi di disorientamento da parte dell'adulto dinnanzi a problematiche di un certo rilievo (es. comportamenti oppositivi dei figli, sintomi di origine psichica ecc…) e quindi i percorsi mirano proprio a supportare i genitori nel loro ruolo, promuovere la consapevolezza, accrescere e rafforzare le competenze educative dei genitori stessi.

Spesso la stessa esperienza consulenziale può essere occasione per le parti di lavorare al fine del raggiungimento di un accordo; lo stesso quesito a volte demanda al consulente d'ufficio di svolgere, all'esito dell'indagine, con l'accordo delle parti, attività di sostegno alla conciliazione al fine di consentire una soluzione concordata della vicenda nel quadro dell'applicazione della disciplina sull'affidamento condiviso.

I giudici a volte negli stessi quesiti chiedono al consulente di suggerire gli eventuali interventi di sostegno che risultino necessari, individuano altresì, le strutture alle quali i genitori potrebbero fare riferimento.

Al riguardo è infatti da considerare che parte della giurisprudenza di merito[27], ritiene tali interventi molto utili e significativi nelle situazioni di conflitto familiare e si è spinta fino a ritenere possibile la prescrizione - quale condizione - di un percorso di sostegno ai genitori o addirittura la prescrizione di percorsi di psicoterapia (di coppia o anche individuali) al fine di esercitare la funzione genitoriale.

27 In specie alcuni Tribunali per i minorenni nei procedimenti cd. sulla responsabilità genitoriale ed anche i Tribunali ordinari nei giudizi di separazione, divorzio o sull'affidamento della prole di coppie non coniugate: Trib. Messina 25.01.2011, Trib. Catania 25.09.2014, Trib. Roma 6.07.2012, Trib. Roma 21.7.2020. In particolare tali ultime pronunce è stata impartita la prescrizione del percorso di sostegno alla genitorialità per la coppia genitoriale e di un sostegno psicologico per il minore con incarico ai Servizi Sociali di vigilare al fine di verificare che i genitori seguano il percorso di sostegno e provvedano al sostegno psicologico per il minore ache curando l'avvio di eprcorsi di sostegno psicoterapeutico individuale per le parti; il provvedimento del 6.07.2012 ha anche previsto d'ufficio l'applicazione della sanzione del pagamento di una somma di denaro stabilita in € 200,00 a carico del genitore che si è reso inadempiente alle prescrizioni impartite dai Servizi ed in favore dell'altro ai sensi del combinato disposto ex art. 614 bis e 709 ter c.p.c.

La Cassazione con la sentenza n. 13506 del 1 luglio 2016[28] si è invece espressa nel senso che non si possano imporre o prescrivere tali percorsi, essendo forme di interventi terapeutici in contrasto con l'art. 32 della Cost. che sancisce il principio della libertà della persona a sottoporsi ai trattamenti sanitari.

In buona sostanza si è andato consolidando il principio secondo cui in tema di controversie sull'affidamento dei figli i percorsi di mediazione o di sostegno alla genitorialità non possono essere imposti dal giudice e come tale non costituiscono di per sé un inadempimento alle prescrizioni dell'autorità giudiziaria. Il giudice può invece invitare e sollecitare le parti a seguire detti percorsi proprio perché ritenuti funzionali al superamento di conflittualità pregiudizievoli per i minori e trarre elementi di valutazione dalla mancata adesione, in concorso con le altre prove acquisite al giudizio, ai fini dell'adozione di un diverso regime di affidamento ovvero di provvedimenti sulla cd. responsabilità genitoriale, che il giudice, anche in via ufficiosa a tutela del preminente interesse del minore, può adottare.

28 La Corte di Cassazione con la sentenza n. 13506 del 1.07.2015 ha avviato l'orientamento poi consolidatosi (cfr. Cass. ordinanza n. 18222 del 5.07.2019) secondo cui: "… la prescrizione ai genitori di sottoporsi ad un percorso psicoterapeutico individuale e a un percorso di sostegno alla genitorialita' da seguire insieme e' lesiva del diritto alla liberta' personale costituzionalmente garantito e alla disposizione che vieta l'imposizione, se non nei casi previsti dalla legge, di trattamenti sanitari. Tale prescrizione, pur volendo ritenere che non imponga un vero obbligo a carico delle parti, comunque le condiziona ad effettuare un percorso psicoterapeutico individuale e di coppia confliggendo cosi' con l'articolo 32 Cost.. Inoltre non tiene conto del penetrante intervento, affidato dallo stesso giudice di merito, al Servizio sociale che si giustifica in quanto strettamente collegato all'osservazione del minore e al sostegno dei genitori nel concreto esercizio della responsabilita' genitoriale. Laddove la prescrizione di un percorso psicoterapeutico individuale e di sostegno alla genitorialita' da seguire in coppia esula dai poteri del giudice investito della controversia sull'affidamento dei minori anche se viene disposta con la finalita' del superamento di una condizione, rilevata dal CTU, di immaturita' della coppia genitoriale che impedisce un reciproco rispetto dei rispettivi ruoli. Mentre infatti la previsione del mandato conferito al Servizio sociale resta collegata alla possibilita' di adottare e modificare i provvedimenti che concernono il minore, la prescrizione di un percorso terapeutico ai genitori e' connotata da una finalita' estranea al giudizio quale quella di realizzare una maturazione personale dei genitori che non puo' che rimanere affidata al loro diritto di auto-determinazione….".
Di segno opposto il Tribunale di Roma che con sent. n. 23857 del 13.11.2015 ha richiamato in motivazione l'orientamento sopra citato della Sprema Corte affermando: "… Pur consapevole del diverso orientamento della Corte Suprema, quale espresso nella recente sentenza n. 13506/2015, non ritiene questo Collegio che il disposto percorso terapeutico possa tradursi in una violazione della libertà personale delle parti. E ciò sia perché trattasi di un onere, ovverosia di una facoltà che essendo condizionata ad un adempimento non è mai, essendo prevista nell'interesse dello stesso soggetto onerato, obbligatoria tanto è vero che è priva di conseguenze sanzionatorie personali nel caso in cui rimanga inattuata, ricadendone semmai gli effetti sul regime di affido applicabile, sia perché è insuscettibile di esecuzione coattiva trattandosi esclusivamente della condizione posta dal giudice per il raggiungimento della pienezza dei paritetici poteri genitoriali nei confronti dei figli introdotta dalla novella 54/2006, sia perché trattasi dello strumento attraverso il quale si pongono le condizioni per una crescita il più possibile equilibrata e serena della prole in ragione della tutela del superiore interesse del minore che il giudice della famiglia è chiamato in prima istanza a salvaguardare. E' proprio in ragione di tale immanente principio che il giudice, ove si consideri che la conflittualità genitoriale non può di per sé costituire ostacolo, secondo quanto ripetutamente affermato dalla Corte di Cassazione, all'adozione del modello prioritario di affido vuoi perché si svuoterebbe la previsione normativa del suo significato essendo il conflitto la ricorrente condizione della coppia richiedente in via giudiziaria il mutamento di status, vuoi perché l'esclusione della pari responsabilità genitoriale, in quanto finalizzata a tutelare il superiore interesse della prole, deve avere quale causa diretta una patologia nel rapporto tra il genitore escluso dall'affido ed il figlio, ovverosia l'incapacità del primo ad entrare in relazione diretta con il minore, e non già all'interno della coppia, la prescrizione terapeutica si traduce necessariamente nell'unico strumento disponibile da parte del giudice per il superamento della conflittualità tra i due genitori affinché possa essere garantita l'equilibrata crescita del minore, nel rispetto del concorrente diritto alla bi - genitorialità in capo a quest'ultimo.…".

Inoltre la stessa Corte di Cassazione ha consentito di fare una riflessione sul compito attribuito ai Servizi Sociali. E' stato infatti evidenziato che allorquando il giudice, oltre a prescrivere il percorso terapeutico, deleghi ai Servizi Sociali di organizzare e di vigilare su siffatti percorsi attribuisce un potere che peraltro esula dagli stessi compiti del giudicante e che si pone in violazione con il diritto all'autodeterminazione dei genitori. Il confine viene in tal modo ad essere superato.

La richiesta di intervento del Servizio Sociale trova invece la sua ragione e giustificazione nell'osservazione del minore e nel concreto sostegno dei genitori e quindi per una funzione di monitoraggio a protezione del minore collegata alla possibilità per il giudice di intervenire anche d'ufficio ed adottare o modificare i provvedimenti a tutela dei minori medesimi.

Negli ultimi anni fra gli interventi ritenuti funzionali al lavoro sul recupero di una piena cooperazione genitoriale ha avuto ingresso e riconoscimento, anche da parte di alcune pronunce di merito[29] la figura del coordinatore genitoriale, già pienamente riconosciuta in altri ordinamenti fra cui la Spagna che è il paese più all'avanguardia in Europa.

Tale figura professionale è deputata a vigilare ed a risolvere, al di fuori del processo, le problematiche di gestione dei figli in coppie caratterizzate da un'elevata conflittualità ed a scoraggiare i futuri ricorsi al giudice in funzione deflattiva.

E' una figura diversa dall'ausiliario del giudice, essendo estraneo al processo, e costituisce un intervento su base essenzialmente volontaristica che porta con sé la consapevolezza ed il riconoscimento da parte dei genitori di dover migliorare le proprie competenze genitoriali proprio in funzione di assicurare alla prole una serena ed armoniosa crescita al riparo dell'accesa conflittualità.

Il compito del coordinatore genitoriale è quindi quello di favorire la comunicazione tra le parti nell'interesse dei figli e proporre soluzioni per dirimere le *impasse* decisionali. Qualora vi siano situazioni di contrasto insuperabile, il coordinatore è tenuto a dare proprie indicazioni nell'interesse dei minori che le parti sono tenute a recepire.

Sovente i tribunale, in presenza di elevata conflittualità, disponendo l'affidamento condiviso dei minori hanno ritenuto di ricorrere alla figura del coordinatore genitoriale, al fine di monitorare i rapporti genitori/figli e di fornire indicazioni correttive dei comportamenti disfunzionali, di coadiuvare i genitori nelle scelte formative dei figli, vigilando in particolare sul rispetto delle modalità di

29 Trib. Pavia 9.12.2020, Trib. Pavia 16.4.2020, Trib. Catania 16.12.2019, Trib. Pordenone 30.05.2019, Trib. Varese 4.3.2019, Trib. Milano 29.7.2016, Trib. Civitavecchia 20.05.2015.

permanenza con il genitore non collocatario ed assumendo le opportune decisioni nell'interesse dei figli in caso di disaccordo.

E' in ogni caso un intervento che si basa sulla scelta volontaria delle parti ed essendo estraneo al processo nel suo iter ciò determina che, in difetto di adesione di una parte alle indicazioni del coordinatore, potrà essere solo l'altro genitore a chiedere ex art. 709 ter c.p.c. al giudice di adottare i provvedimenti conseguenti.

Il fine perseguito con tale figura professionale è quindi da un lato quello di monitorare i comportamenti dei genitori e dall'altro di offrire loro un esperto che possa aiutarli o eventualmente sostituirli nelle scelte da assumere nell'interesse della prole, recuperando la loro consapevolezza genitoriale: in buona sostanza un lavoro finalizzato nella consapevolezza delle parti per tornare nell'alveo della fisiologica dei rapporti genitoriali.

Tale figura si differenzia dalle altre forme di intervento in quanto il coordinatore è deputato a sostenere la coppia genitoriale nella fase di esecuzione del programma stabilito, sia esso impartito dal giudice o di fonte pattizia.

In tale contesto, pertanto, deve ritenersi consentita anche la nomina del pedagogista, in quanto si inserisce proprio tra gli interventi finalizzati a rendere non stereotipati i provvedimenti in materia di relazioni genitori figli[30].

In tale visione integrata delle competenze da porre in campo a tutela della prole giova richiamare anche i gruppi di parola[31] che sono invece una risorsa specifica per accompagnare i figli nel momento di transizione della separazione dei genitori.

Il gruppo di parola è per i bambini/ragazzi una esperienza corale che costituisce un fattore di protezione affinché un evento critico come la separazione, non diventi un pregiudizio, un dramma. Tali gruppi sono destinati ai figli accomunati dall'esperienza della separazione dei propri genitori e dal conflitto che ne deriva: si basa sulla idea che la risorsa possa fondarsi proprio sul gruppo, sulla condivisione, sullo scambio, nel mettere parola alle proprie emozioni.

La separazione dei genitori troppo spesso per i figli si accompagna ad una grande solitudine: non sanno bene come esprimere le loro emozioni, la rabbia, la tristezza, i dubbi, le difficoltà che incontrano e non sanno con chi parlarne.

30 In tale senso si è espresso il Tribunale di Roma con il provvedimento del 4.05.2018.

31 Cingoli, V.- Scabini, E.: "Alla ricerca del familiare. Il modello relazionale -simbolico", 2012, Raffaello Cortina; Marzotto, C.: "Gruppi di parola per la cura dei legami familiari", 2015, Franco Angeli; Carminati, B.: "I gruppi di parola, in La coerenza dei lavori nei gruppi", a cura di Dastoli, C., 2015, Vita e Pensiero.

Il gruppo di parola[32] si prefigge di dare una risposta a tutto ciò e l'obiettivo degli adulti che ne sono i conduttori è quella non solo di permettere ai minori l'esternazione del sentimento e del vissuto, ma di aiutare il gruppo ad individuare strategie per fronteggiare il quotidiano, delimitando cosa compete ai figli e cosa agli adulti coinvolti.

I temi oggetti degli incontri riguardano per lo più il senso di responsabilità verso la separazione dei genitori, il conflitto, la relazione con il genitore non coabitante, i nuovi compagni dei genitori, i nuovi fratelli, la loro nuova posizione di fronte a genitori che non sono più coppia etc.

I genitori che debbono approvare l'inserimento del proprio figlio nel gruppo partecipano attivamente solo nella seconda parte dell'ultimo appuntamento in un incontro di restituzione che avviene tramite la lettura di una lettera anonima del gruppo, strutturata proprio dai bambini (i contenuti vengono scritti attraverso semplici frasi o domande rivolte ai genitori).

Molte coppie in conflitto sollecitate dall'esperienza fatta dal loro figlio dopo la "lettera" arrivano a richiedere incontri di mediazione o di seguire, a loro volta, un percorso per essere sostenuti nel compito genitoriale, superando così le iniziali ritrosie a ritrovarsi insieme all'altro dopo aver interrotto il legame coniugale.

In conclusione, la partecipazione ad un gruppo di parola offre un'occasione al bambino per riconoscere le proprie emozioni e i propri sentimenti e può diventare un'occasione per gli adulti per riprendere forza comune come genitori.

E' anche questa una delle forme in cui si realizza l'ascolto del minore. Conoscere il "sentire" del proprio figlio a causa della crisi è di aiuto per tutto il sistema famiglia che è alla ricerca di un nuovo equilibrio.

32 Il gruppo di parola si struttura in quattro incontri (di 2 ore ciascuno a ricorrenza settimanale) tra bambini dai sei ai dodici anni suddivisi in fasce di età in un numero minimo di quattro e massimo di otto partecipanti affinché il dialogo non risulti né troppo personale né troppo dispersivo.
Nei primi tre incontri i minori lavorano in gruppo con operatori specializzati tramite un rituale composto da un esordio, da una proposta dell'attività principale, una breve pausa con la merenda (proposta e offerta come sorpresa dai conduttori del gruppo) a cui seguono altre attività, collegate al tema proposto nella prima parte e infine un congedo. I bambini pur non conoscendosi fra loro entrano in confidenza già dai primi istanti si crea da subito una connessione (difficilmente spiegabile) al di là delle simpatie o antipatie individuali basata proprio sulla condivisione della stessa esperienza di vita.
Gli strumenti con cui lavora il gruppo sono il disegno, il collage, i cartelloni, i burattini, i libri illustrati, i giochi ma soprattutto la parola che rimane è la risorsa principale del percorso, parola che può essere condivisa nel confronto di gruppo, riservata e che può rimanere ancora silenzio.
Alla seconda ora dell'ultimo appuntamento vengono invitati entrambi i genitori ad un incontro di restituzione per "raccontare" attraverso la lettura di una lettera anonima realizzata dal gruppo di bambini quanto è emerso negli incontri precedenti.
Al termine dei quattro incontri dedicati ai bambini, viene proposta a ciascuna coppia genitoriale la possibilità di incontrare il conduttore del gruppo, per un confronto sui comportamenti del figlio durante gli incontri e se è stato notato qualche cambiamento nel rapporto con i genitori.

In tale contesto gli adulti mossi prevalentemente dal diritto individuale di appagamento possono ritrovare forza come genitori e vigore per una rinnovata alleanza genitoriale.

VI.IL RUOLO DELL'AVVOCATO NEL CONFLITTO FAMILIARE: LA FUNZIONE CHIAVE NEL CONFLITTO.

L'esperienza sul campo evidenzia che l'avvocato è fra i professionisti che per primo entra in contatto con la crisi delle relazioni affettive; la persona che si rivolge all'avvocato vive già uno stato di profonda insoddisfazione per il proprio rapporto.

L'avvocato accoglie nel proprio studio una persona che ha sicuramente bisogno di assistenza, di risposte e di supporto; una persona che a volte ha già deciso di porre fine al legame o che addirittura subisce la scelta dell'altro coniuge, altre volte vuole prendere consapevolezza della propria condizione giuridica all'interno della relazione di coppia.

Nel sentire comune l'avvocato è stato sempre vissuto come l'avamposto del conflitto e del contenzioso: per radicata coscienza sociale, infatti, la figura dell'avvocato si associa ad una lite in atto ed a una dinamica di contrapposizione.

E' invece ormai fortemente sentita l'esigenza di una rimeditazione del ruolo degli avvocati che operano nell'ambito del diritto di famiglia o forse più appropriatamente nell'ambito del diritto delle famiglie per la diversificazione delle formazioni sociali in cui si realizza un progetto di tipo familiare.

Molte delle insoddisfazioni o delle criticità dipendono infatti da prevaricazioni, dalla progressiva e lenta erosione del principio di parità e molto spesso tutto questo è accompagnato ed alimentato da questioni che riguardano la sfera patrimoniale della famiglia: da scelte che non sono condivise ma che sono vissute dall'uno o dall'altra come imposizioni a volte vere e proprie vessazioni.

In tale vissuto di crisi emotiva – esistenziale capita spesso che gli adulti non riescano a preservare i figli da situazioni conflittuali e li rendono, anche inconsapevolmente, pedine e allo stesso tempo vittime degli scontri con l'altro genitore, dimenticando che il figlio, deve essere considerato un individuo altro da sè con propri sentimenti e relazioni affettive che sono naturalmente dirette verso ambedue i genitori.

Non è una logica di potere quella che deve indirizzare il genitore nella relazione con l'altro genitore sul proprio figlio e ciò diviene essenziale soprattutto nel momento della crisi personale.

Il genitore si trova in una condizione emotiva di piena confusione che lo spinge verso una dinamica di contrapposizione offuscando la dinamica della cooperazione in funzione della tutela della prole.

Diviene quindi necessario un ruolo diverso svolto dall'avvocato a tutela delle relazioni familiari. Prende sempre più corpo e necessità di ridefinizione di una macro area di interventi per l'avvocato che si possono delineare in funzione di prevenzione e/o contenimento della crisi coniugale o comunque della crisi nei suoi effetti più gravi e duraturi, nella sua accezione più deteriore, perniciosa e patologica che è appunto la conflittualità genitoriale.

L'incapacità della differenziazione del piano coniugale e del piano genitoriale porta con sé la sovrapposizione e la strumentalizzazione del secondo per fini che esulano dall'interesse dei figli coinvolti e sconfinano nelle ritorsioni di carattere personale e/o meramente patrimoniale.

E' proprio qui che l'avvocato ha possibilità di fare molto, di svolgere anche un ruolo sociale importante, di protezione per le relazioni affettive, per gli interessi della prole.

Si impone un cambio di prospettiva e per fare questo l'avvocato si deve aprire alla conoscenza di altri rami del sapere, alla integrazione a alla interdisciplinarietà in specie con l'area psicologica che ne diviene essenziale.

Il vero «cambio di paradigma» nasce proprio dalla riflessione sulla funzione sociale che unitamente a quella propriamente legale svolge l'avvocato che si occupa della tutela delle relazioni familiari e dei minori.

L'avvocato in particolare diviene esso stesso custode dei diritti fondamentali e soggetto attivo nella tutela dei diritti all'infanzia, compito al quale i professionisti sono tenuti a formarsi ed a specializzarsi grazie ad un cambio, oltre che di prospettiva, è proprio di acquisizione di specifiche competenze per sintonizzarsi sui bisogni delle persone anche minori di età.

Indicazioni del raggio di azione e di formazione delle competenze per gli avvocati si hanno sia a livello di normativa sovranazionale che interna

La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo firmata a Strasburgo il 25.01.1996 ratificata in Italia dalla L. n. 77 del 2003 contiene l'invito alle famiglie a raggiungere accordi prima di deferire la questione dinanzi ad una autorità giudiziaria o amministrativa.

Nel novembre 2010 il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha adottato delle linee guida per una giustizia a misura di minore con relazione esplicativa che offre specifiche indicazioni sulla formazione dei professionisti e sull'importanza dell'approccio multidisciplinare[33].

Anche la Corte di Cassazione con la sentenza n. 8473 del 27 marzo 2019 in tema di mediazione ha avuto modo di affermare che si è assistito ormai all'emersione di un nuovo ruolo per l'avvocato: "….. Si puo' osservare che la novella del 2013, che introduce la presenza necessaria dell'avvocato, con l'affiancare all'avvocato esperto in tecniche processuali che 'rappresenta' la parte nel processo, l'avvocato esperto in tecniche negoziali che 'assiste' la parte nella procedura di mediazione, segna anche la progressiva emersione di una figura professionale nuova (per l'avvocato) , con un ruolo in parte diverso e alla quale si richiede l'acquisizione di ulteriori competenze di tipo relazionale e umano, inclusa la capacità di comprendere gli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche avanzate…. "[34].

33 Le su richiamate Linee Guida prevedono infatti: "… 4. Formazione di professionisti 14. Tutti i professionisti che operano con e per i minori dovrebbero ricevere la necessaria formazione interdisciplinare sui diritti e sui bisogni dei minori di diverse fasce di età e sui procedimenti adatti a questi ultimi. 15. I professionisti in contatto diretto con i minori dovrebbero essere formati altresì per comunicare con bambini di ogni età e fase di sviluppo così come con minori che versano in situazioni di particolare vulnerabilità. 5. Approccio multidisciplinare 16. Nel pieno rispetto del diritto del minore alla vita privata e familiare, dovrebbe essere incoraggiata una stretta collaborazione tra diversi professionisti al fine di pervenire a un'approfondita comprensione del minore e a una valutazione della sua situazione legale, psicologica, sociale, emotiva, fisica e cognitiva. 17. Dovrebbe essere stabilito un quadro comune di valutazione per i professionisti che operano con e per i minori (quali avvocati, psicologi, medici, agenti di polizia, funzionari dell'immigrazione, operatori sociali e mediatori) nell'ambito di procedimenti o interventi che coinvolgono o interessano i minori, al fine di fornire tutto il sostegno necessario a coloro che adottano decisioni, consentendo loro di servire al meglio gli interessi dei minori in una determinata causa. 18. Quando si adotta un approccio multidisciplinare, si dovrebbero rispettare le regole professionali in materia di riservatezza…". Nella successiva relazione viene data esplicazione a tali indicazioni: "… 4. Formazione di professionisti 67. Come stabilito dalla linea guida 14, la formazione sulle capacità comunicative, sull'uso di un linguaggio a misura di minore e sullo sviluppo di conoscenze di psicologia infantile è necessaria per tutti i professionisti che operano con i minori (quali agenti di polizia, avvocati, giudici, mediatori, operatori sociali e altri esperti). Tuttavia, pochi di essi dispongono di conoscenze sui diritti dei minori e sulle questioni processuali in questo contesto. 68. I diritti dei minori potrebbero e dovrebbero fare parte del curriculum, sia scolastico sia di specifici indirizzi accademici (diritto, psicologia, lavoro sociale, formazione dei funzionari di polizia, ecc.). Dovrebbero cioè essere studiati gli aspetti specifici dei diritti dei minori e della legislazione in materia di minori, come il diritto di famiglia, la giustizia minorile, il diritto d'immigrazione e di asilo, ecc. Gli Stati membri sono invitati a istituire corsi di formazione specifici.
69. La summenzionata conferenza di Toledo (cfr. il paragrafo 6) ha concluso che "tutti i professionisti (in particolare giudici, psicologi e avvocati) che si occupano dei minori nell'ambito della giustizia dovrebbero essere sensibilizzati su questi temi e ricevere informazioni e formazione adeguate sulle tecniche di audizione più idonee".
5. Approccio multidisciplinare 70. Il testo delle linee guida nel loro complesso, e in particolare le linee guida da 16 a 18, incoraggiano gli Stati membri a rafforzare l'approccio interdisciplinare quando si opera con i minori. 71. Nei casi che coinvolgono minori, i giudici e altri professionisti legali dovrebbero avvalersi del supporto e della consulenza di professionisti appartenenti a diverse discipline nell'adottare decisioni che hanno un impatto diretto o indiretto sul benessere presente o futuro del minore, tra cui la valutazione dell'interesse superiore del minore, dei possibili effettivi pregiudizievoli della procedura per il minore, ecc. 72. Un approccio multidisciplinare ai minori in conflitto con la legge risulta particolarmente necessario. La conoscenza esistente e crescente della psicologia, dei bisogni, del comportamento e dello sviluppo dei minori non è sempre condivisa in modo sufficiente con i professionisti operanti nel campo dell'applicazione della legge…".

34 Il Tribunale di Vasto con la sentenza del 9 aprile 2018 proprio sul ruolo dell'avvocato nel procedimento di mediazione ha così motivato: "l'ulteriore conseguenza di tale scelta legislativa consiste nella progressiva emersione di una nuova figura professionale - quella dell'avvocato, esperto in tecniche negoziali, che "assiste" la parte nella procedura di mediazione - che si distingue dalla figura tradizionale dell'avvocato,

Nello svolgimento di tale ruolo l'avvocato è chiamato ad arginare il conflitto anziché alimentarlo, dissuadendo il proprio assistito da una litigiosità esasperata avente ad oggetto inesistenti o futili motivi di tensione frutto piuttosto del desiderio di creare nuove occasioni di scontro come è la cd. microconflittualità; a sollecitare il proprio assistito a che il minore abbia tempi di permanenza adeguati anche con l'altro genitore[35]; a invitare il proprio assistito a rendersi disponibile a seguire con l'altro genitore un percorso di mediazione, di sostegno alla genitorialità etc. proprio al fine di proteggere il figlio dalla lite; ad improntare la negoziazione al canone della buona fede e lealtà processuale e quindi a confrontarsi con correttezza, trasparenza e riservatezza che devono ispirare l'intero percorso di negoziazione.

Tale canone della buona fede e lealtà processuale è quanto mai essenziale nel contenzioso che riguarda i diritti dei minori coinvolti, si pensi le gravi conseguenze che possono discendere ai fini della tutela da apprestare dall'omissione di aspetti salienti ed oggettivi riferiti al proprio comportamento ed alla propria situazione patrimoniale e personale[36].

esperto di tecniche processuali, che "rappresenta" la parte nel processo. Al professionista forense, in altri termini, è richiesta l'acquisizione di nuove competenze di tipo umano e relazionale (ad esempio, la capacità di ascoltare in modo attivo, di sapere rimanere in silenzio, la capacità di comunicare con il cliente e con le controparti e di trarre elementi dalla comunicazione verbale e non verbale, di essere empatici, nonché di comprendere gli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche avanzate), che si aggiungono a quelle di difesa tecnica di tipo tradizionale. Tali competenze professionali, presupponendo l'approfondimento di aspetti che vanno al di là di quelli giuridici ed appartengono alla sfera dei valori, dei sentimenti e delle emozioni che sono alla base di ogni conflitto, richiedono l'abbandono della logica avversariale e di scontro, tipica delle tecniche processuali e del negoziato di "posizioni" (ossia quello tradizionale ove ogni parte cerca di ottenere per sé il maggiore risultato possibile), per passare al negoziato di "interessi", ove lo scopo è di intavolare un negoziato in modo collaborativo, volto a che il professionista comprenda il punto di vista dell'altra parte, per arrivare a una cooperazione con la stessa ed eventualmente al raggiungimento di un accordo condiviso ove questo sia possibile".

35 La normativa sulla negoziazione assistita d.l. n.132 del 2014 conv. l. n.162 del 2014 ne fa espressa previsione all'art. 6.

36 Importanti risvolti vengono tratti dalla condotta tenuta in violazione ai canoni sopra richiamati: argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 cpc, ai fini del regime di affidamento, art. 709 ter cpc e sulla regolamentazione delle spese processuali ai sensi dell'art. 96 cpc.
Il Tribunale di Roma con decreto del 16.03.2018, a definizione di un giudizio di modifica delle condizioni di separazione, ha avuto modo di affermare un vero e proprio dovere per ciascuna delle parti di fornire elementi afferenti alla propria sfera patrimoniale anche se contrari al proprio interesse: "… deve rilevarsi come il legislatore abbia posto a carico dei coniugi un preciso dovere di collaborare nella ricostruzione della rispettiva situazione economico reddituale depositando non solo "la dichiarazione personale dei redditi", ma anche "ogni documentazione relativa ai loro redditi e al loro patrimonio personale e comune"; in questo modo è stato normativamente disciplinato un comportamento di lealtà processuale specifico, che giunge sino al dovere di fornire alla controparte elementi contrari al proprio interesse. L'evidente deroga ai principi che reggono in generale l'attività difensiva, trova fondamento, anche dal punto di vista costituzionale, nei particolari obblighi di reciproca protezione che derivano dal rapporto matrimoniale (art. 29 Cost.) e negli obblighi gravanti sui genitori per il mantenimento della prole (art. 30 Cost). Tali norme contengono dunque una previsione eccezionale rispetto a tutti gli altri procedimenti non relativi a rapporti tra genitori, ma comune invece (essendo possibile l'interpretazione - non analogica, ma - estensiva anche di una norma eccezionale) a tutti i procedimenti nei quali il conflitto tra coniugi richiede una particolare tutela dell'uguaglianza tra coniugi: quindi anche al procedimento di separazione ed a quelli di revisione delle condizioni di separazione e di divorzio. La sanzione processuale di comportamenti che si sottraggono al particolare obbligo di lealtà così individuato non può che essere la valutazione del giudicante (art. 116 c.p.c.) del "contegno" della singola parte nel procedimento di divorzio …".

Nello svolgimento di tale rinnovata funzione il ruolo dell'avvocato si caratterizza e si concretizza anche nella capacità a negoziare che mette in campo al fine di contenere il conflitto e di risolvere.

Nell'ambito dei rapporti familiari diviene importante valorizzare l'ambito di operatività dell'autonomia privata delle parti.

Con il percorso di negoziazione l'avvocato sostiene ed indirizza il proprio assistito nella ricerca di una regolamentazione pattizia, al fine di valorizzare la capacità di autodeterminazione del genitore e la sua conoscenza delle esigenze, dei vissuti, delle inclinazioni dei figli in modo da arrivare ad avere delle regole che aderiscono a pieno o maggiormente alle situazioni di vita di quella specifica vicenda.

Il ruolo dell'avvocato negoziatore dal 2014 ha trovato definitiva consacrazione con Legge 10 novembre 2014 n. 162[37] che all'art. 6 prevede proprio la possibilità per due avvocati di operare in ambito di separazione, di divorzio o di modifica delle relative condizioni, risponde così alla necessità di traslare dal piano giudiziario a quello della cooperazione tra le parti la risoluzione di controversie familiari.

L'avvocato è quindi chiamato a orientare, a sostenere, a completare con le proprie competenze tecniche e professionali la capacità di autodeterminazione dell'assistito e quindi l'esercizio dell'autonomia privata proprio in funzione di riorganizzare la vita e le relazioni nel post separazione.

I cardini della negoziazione si incentrano sull'autoderminazione e sull'autoresponsabilità, ed in specie in presenza dei minori sulla stessa responsabilità genitoriale; l'avvocato è tenuto a sostenere il proprio assistito in questa delicata opera di bilanciamento degli interessi, di riconoscimento dei bisogni e di riorganizzazione delle vite.

Tali due canoni, declinati nell'ambito dei rapporti di famiglia, costituiscono il fondamento dell'unione coniugale, protetta dall'art. 29 cost. come principale formazione sociale nella quale trova sviluppo la personalità umana ed in un contesto relazionale (convivenza di fatto etc.) impongono il rispetto di comportamenti solidali nell'alveo del principio di solidarietà, di cui all'art. 2 cost. che si pone come obbligo e limite dell'agire umano all'interno delle formazioni sociali, richiedendo il perseguimento degli obiettivi individuali senza la lesione degli interessi altrui.

37 Introdotta dal decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni, in legge 10 novembre 2014, n. 162, recante "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile" (art. 6).

L'autonomia privata non solo ha orientato la scelta di unirsi in matrimonio ma deve essere eminentemente presente anche nel momento della risoluzione del legame e della ricerca delle nuove regole di vita, riconoscendo e non rinnegando il modello a suo tempo scelto in un contesto fisiologico delle relazioni umane.

In particolare, questa funzione "comune" a difesa del minore che gli avvocati dei genitori debbono assumere porta proprio a valorizzare il professionista negoziatore che può formarsi anche alla pratica collaborativa, molto diffusa in ambito transfrontaliero, in modo da qualificare maggiormente il proprio ruolo di azione in funzione di risoluzione della lite familiare [38]. Con la pratica collaborativa i due avvocati intervengono e lavorano insieme con le parti, assistendo ognuno uno dei genitori (uno dei coniugi), in modo che ciascuna parte possa sentirsi a pieno garantita nel rapporto di fiducia che sta alla base del propizio incontro avvocato - cliente nella ricerca dell'equilibrio post separazione, mettendo al centro la tutela delle relazioni interpersonali ed il progetto genitoriale che deve rinsaldarsi e non sfaldarsi a seguito della crisi degli adulti.

A tale compito gli avvocati collaborativi sono chiamati ad operare, lavorando in squadra fra loro ed in sinergia con altre figure professionali per integrare le competenze e sostenere l'esercizio dell'autonomia privata che è alla base di ogni negoziazione.

Il tavolo della negoziazione infatti si apre alla presenza e all'apporto delle competenze del coach (psicologo, pedagogista etc), del comunicatore, del consulente finanziario in relazione agli aspetti che gli avvocati insieme alle parti intendono affrontare e risolvere, valorizzando la capacità di autodeterminazione della persona, del genitore e la sua conoscenza delle esigenze, dei vissuti (positivi e negativi), delle inclinazioni dei figli, in modo da arrivare ad avere delle regole che aderiscono a pieno o maggiormente alle nuove situazioni di vita di quella specifica vicenda.

Tale sinergia di azioni che debbono essere basate sulla piena trasparenza e collaborazione è tutta volta al conseguimento dell'accordo tanto che gli avvocati con la convenzione iniziale si impegnano a non assistere le parti nel futuro procedimento contenzioso in caso di esito negativo (del tutto residuale) della negoziazione.

Anche deontologicamente l'avvocato che in assoluto è tenuto a contribuire all'attuazione dell'ordinamento giuridico per i fini della giustizia, diventa nel settore specifico del contenzioso familiare esso stesso uno degli strumenti di tutela degli

38 cfr. IICL - Istituto Italiano di Diritto Collaborativo e Negoziazione Assistita – www.dirittocollaborativo.eu -associato a ENCP European Network for Collaborative Practice. Giaimo, G.: "La gestione della crisi coniugale attraverso il procedimento collaborativo. Uno studio comparatistico", *Europea e Dir. Priv*, 2, 2016, p. 559 ss.; Sala, M.- Menichino, C.: "La pratica collaborativa. Dialogo fra Teoria e prassi", Utet Giuridica, 2017.

interessi prioritari dei figli interessati, loro malgrado, nella crisi coniugale, e quindi la sua funzione assume come ulteriore ed essenziale connotazione l'obbligo di svolgere un "ruolo protettivo" del minore. L'avvocato quale difensore del padre o della madre certamente diviene anche difensore del minore, infatti assiste sempre uno dei genitori in favore e nell'interesse della prole coinvolta. Il figlio infatti, come visto, pur non essendo parte attiva nel processo di separazione è pur sempre uno dei destinatari principali delle regolamentazioni che vengono assunte e che ricadono anche su di lui, sulla sua vita.

I figli debbono essere tenuti in posizione neutra rispetto alle dinamiche avversariali degli adulti e gli avvocati assumendo la difesa dei loro genitori si impegnano a proteggerli e ad operare anche nel loro interesse. Tanto ciò è vero che la residua indisponibilità per le parti è proprio la parte di regolamentazione che riguarda i figli e le condizioni ad essi inerenti.

Tutto questo l'avvocato è tenuto a farlo senza però entrare in contatto con il fanciullo: l'avvocato non può e non deve, a differenza del giudice, ascoltare il minore sulla vicenda separativa, come è stato espressamente sancito dall'art. 56, 2 comma, del codice deontologico – ascolto del minore - che impone all'avvocato di astenersi dall'avere colloqui con il minore di età sulle questioni oggetto delle controversie in materia familiare o minorile[39].

In considerazione del significativo ruolo ricoperto si è configurata una cd. giurisdizione forense proprio per la funzione di contenimento del conflitto che svolge l'avvocato nell'assumere la difesa di un genitore in un procedimento in cui sono coinvolti i figli. Il tribunale di Milano con la pronuncia del 23 marzo 2016 ha infatti affermato che l'avvocato perviene alla conclusione di un contratto "ad effetti protettivi verso terzi" ove terzi sono appunti i figli, loro malgrado coinvolti. L'avvocato è quindi chiamato a svolgere un ruolo di contenimento del conflitto ed il suo operato diviene passibile, oltre che sotto un profilo deontologico, anche in sede di responsabilità civile quale responsabilità professionale[40].

39 L'articolo 56 è stato approvato dal Consiglio Nazionale Forense nella seduta del 31.1.2014 la cui violazione comporta la sanzione disciplinare della sospensione dell'esercizio dell'attività professionale da sei mesi ad un anno.

40 La richiamata pronuncia afferma: "… si è di fatto inaugurata una sorta di "giurisdizione forense" che muove da una idea dell'Avvocatura attrezzata per presidiare anche gli interessi dei fanciulli, in questo tipo di procedimento. Alla luce di tutto quanto sin qui evidenziato, reputa questo Tribunale che quando l'Avvocato stipula il contratto di patrocinio con un genitore, per assisterlo in un procedimento minorile in cui coinvolti i figli, di fatto perviene alla conclusione di un contratto "ad effetti protettivi verso terzi" ove terzi sono i figli, secondo il modello negoziale collaudato in settori affini, come quello sanitario. Ne consegue ancora che l'Avvocato può essere, per l'effetto, destinatario di un rimprovero nelle sedi competenti (in primis quella della responsabilità civile) per condotte attive od omissive che abbiano contribuito a causare un nocumento al minore, per effetto della omessa o mancata protezione dell'interesse superiore del fanciullo. In altri termini, nella doverosa assistenza del padre o della madre, l'Avvocato deve sempre anteporre l'interesse primario del minore e, in virtù di esso, arginare la micro - conflittualità genitoriale, scoraggiare litigi strumentali al mero scontro moglie - marito, proteggere il bambino dalle conseguenze dannose della lite. In particolare, assumendo una posizione comune a difesa del bambino e non assecondando diverbi fondati su situazioni prive di concreta rilevanza ...".

BIBLIOGRAFIA:

Ballarani, G. – Sirena, P.: "Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro superiore interesse del minore": in M. Bianca (a cura di): "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154"*, Giuffrè Editore, 2014, p. 141 ss.

Ballarani, G.: "L'ascolto nella riforma della filiazione": in M. Bianca (a cura di): "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154"*, Giuffrè Editore, 2014, p. 127 ss.

Ballarani, G.: "Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336 bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato", *Dir. fam. pers.*, II, 2014, p. 841 ss.

Ballarani, G.: "La mediazione familiare alla luce dei valori della costituzione italiana e delle norme del diritto europeo", *Giust. Civ,* 2012, p. 495 ss.;

Berinzonce, R. O.: "Tribunali processi di famiglia", *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2003, p. 543 ss.

Bianca, C. M.: "Ex facto oritur ius", *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 787 ss. e poi nella raccolta in più volumi dei suoi scritti intitolata "Realtà sociale ed effettività della norma", I, t. 1, p. 189 ss.

Bianca, C. M.: "Prefazione" in M. Bianca (a cura di): "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154"*, Giuffrè Editore, 2014, p. XII ss.

Carminati, B.: "I gruppi di parola, in La coerenza dei lavori nei gruppi", a cura di Dastoli, C., 2015, Vita e Pensiero.

Cianci, A. G.: "Responsabilità genitoriale": in M. Bianca (a cura di): "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154"*, Giuffrè Editore, 2014, p. 88 ss.

Cingoli, V.- Scabini, E.: "Alla ricerca del familiare. Il modello relazionale -simbolico", 2012, Raffaello Cortina.

Danovi, F.: "Verso il tribunale della famiglia. Il giudice e l'avvocato specialista", *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2017, p. 615

Danovi, F.: "L'ascolto del minore nel processo civile, *Dir. fam. pers.*, II, 2014, p. 1592 ss.

Delli Priscoli, L.: "The best interest of the child nel divorzio, fra affidamento condiviso e collocamento prevalente", *Dir. fam. pers*., II, 2019, p. 262 ss.

Giaimo, G.: "La gestione della crisi coniugale attraverso il procedimento collaborativo. Uno studio comparatistico", *Europea e Dir. Priv*, 2, 2016, p. 559 ss.

Gorassini, A.: "La responsabilità genitoriale come contenuto della potestà" in M. Bianca (a cura di) "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154"*, Giuffrè Editore, 2014, p. 91 ss.

Martinez Calvo, J.: "La cura dei figli minori in seguito alla rottura matrimoniale dei genitori nel diritto spagnolo: la guarda y custodia", *Dir. fam. pers*., II, 2017, p. 1347 ss.

Marzotto, C.: "Gruppi di parola per la cura dei legami familiari", 2015, Franco Angeli.

Morace Pinelli, A.: "Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili del matrimonio, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio", in M. Bianca (a cura di): "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154"*, Giuffrè Editore, 2014, p. 173 ss.

Querzola, L.: "La tutela processuale del minore in prospettiva europea", *Riv. dir. proc. civ*, 2010, p. 449 ss.

Ruo, M. G.: "Il curatore del minore. Compiti – Procedure – Responsabilità", 2014, Maggioli Editore, p. 1 ss.

Ruo, M. G.: "Avvocato, tutore, curatore dei minorenni procedimento di adottabilità", *Dir. Fam. Pers*., II, 2011, p. 938 ss.

Sala, M.- Menichino, C.: "La pratica collaborativa. Dialogo fra Teoria e prassi", Utet Giuridica, 2017.

Spadafora, A.: "La crisi familiare nel limbo della separazione: essere o non essere ?", *Dir. Fam. Pers.,* II, 2021, p. 180 ss.

Spadafora, A.: "Dalla famiglia in crisi alla "crisi" del divorzio ?, *Dir. Fam. Pers.,* II, 2020, p. 516 ss.

Spasari, M. L.: "Competenza del Tribunale ordinario e del Tribunale per i minorenni": in M. Bianca (a cura di): "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*", Giuffrè Editore, 2014, p. 303 ss.

Spaziani, P.: "Il diritto all'assistenza morale" in M. Bianca (a cura di): "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*", Giuffrè Editore, 2014, p. 151 ss.

Velletti, M.: "Art. 38 bis. Disposizione attuazione codice civile: aule per l'ascolto del minore": in M. Bianca (a cura di): "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*", Giuffrè Editore, 2014, p. 137 ss.

Velletti, M.: "Potere del giudice e ascolto del minore (art. 337 – octies)": in M. Bianca (a cura di): "*Filiazione commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*", Giuffrè Editore, 2014, p. 206 ss.

LA FAMIGLIA DI FATTO DAL DIRITTO EUROPEO AL DIRITTO NAZIONALE, TRA DIRITTO VIVENTE E DIRITTO VIGENTE

DE FACTO FAMILY FROM EUROPEAN LAW TO NATIONAL LAW, BETWEEN LIVING LAW AND CURRENT LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1690-1707

Michele
TAMPONI

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Lo studio si sofferma sul regime della famiglia di fatto nell'ordinamento italiano a seguito dell'entrata in vigore della legge 20 maggio 2016 n. 76 ed alla luce dei principi affermati in ambito europeo. È messa in particolare evidenza l'intensità della disciplina delle unioni omosessuali a fronte della sostanziale rinuncia del legislatore ad assicurare reali tutele alle coppie eterosessuali.

PALABRAS CLAVE: Diritto vivente; famiglia di fatto; convivenza more uxorio; coppia eterosessuale.

ABSTRACT: *The study focuses on the regime of the de facto family in the Italian legal system following the entry into force of Law no. 76 of 20 May 2016 and in the light of the principles established in the European context. It is highlighted in particular the intensity of the discipline of homosexual unions in the face of the substantial renunciation of the legislature to ensure real protections to heterosexual couples.*

KEY WORDS: *Living law; de facto family; more uxorio cohabitation; heterosexual couple.*

SUMARIO.- I. IL DIRITTO VIVENTE.- II. LA FAMIGLIA DI FATTO NELLA REALTA' EUROPEA.- III. LA LEGGE ITALIANA 20 MAGGIO 2016 N. 76.- 1. SEGUE: UNA LEGGE TIMIDA E INCOLORE.- IV. CONCLUSIONI.

I. IL DIRITTO VIVENTE.

Sono trascorsi quasi trent'anni da quando comparve su un'importante enciclopedia giuridica italiana la voce "Diritto vivente", affidata alle sapienti riflessioni di Luigi Mengoni[1].

L'insigne civilista spiegava che con questa formula si sintetizza «il complesso problema della partecipazione del giudice alla formazione del diritto … e del controllo delle valutazioni da lui compiute»[2], soggiungendo che essa, penetrata dal 1981 nel linguaggio della Corte costituzionale, aveva assunto l'accezione di "giurisprudenza consolidata", ovverossia di orientamento concorde dell'autorità giudiziaria, specie se espresso ai livelli più elevatiLa locuzione è stata via via recepita anche dalla manualistica: la Scuola pisana insegna che la nozione di diritto vivente assume precisione di contorni nel consolidato contesto di decisioni autorevoli e riceve massima consacrazione nei giudizi di legittimità delle leggi pronunciate dalla Corte costituzionale[3]; Iudica e Zatti spiegano che l'espressione, quantunque retorica, «rende l'idea che il diritto «reale» è quello applicato … non quello immaginato come un grande apparato di testi scritti»[4]; nel manuale di diritto civile di Alberto Trabucchi il diritto vivente è descritto come *lex loquens* che viene consolidandosi nella realtà della tradizione giurisprudenziale[5].

Il tema assume peculiare connotazione dinanzi alle situazioni non espressamente regolate dalla legge: è qui che il ruolo dell'interprete assume un peso ancora più accentuato. Non gli è richiesto, infatti, di modulare l'applicazione della norma dettata per il caso concreto, bensì – prim'ancora – di ricercare quale sia quella destinata a regolarlo vuoi attraverso una sua lettura estensiva, vuoi mediante il procedimento analogico. E se non soccorrono disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe, saranno i principi generali dell'ordinamento a consentire la soluzione della controversia insorta.

1 Mengoni, L.: "*Diritto vivente*", *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, vol. VI, Utet Giuridica, Torino, 1990, p. 445 ss.

2 Id.: *Op. cit.*, p. 448

3 Breccia, U. e altri: "Diritto privato", Parte prima, Utet, Torino, 2003, p. 42.

4 Iudica, G.- Zatti, P.: "Linguaggio e regole del diritto privato", 3° edizione, Cedam, Padova, 2002, p. 27.

5 Trabucchi, A.: "Istituzioni di diritto civile", 41° edizione, Cedam, Padova, 2004, p. 59.

• Michele Tamponi
Professore di diritto privato nell'Università Luiss Guido Carli di Roma. E-mail: mi.tamponi@virgilio.it.

II. LA FAMIGLIA DI FATTO NELA REALTA' EUROPEA.

Esemplare, sotto il prisma in discorso, l'itinerario che ha contrassegnato quel diffuso *modus vivendi* che chiamiamo convivenza *more uxorio*, o famiglia di fatto, o famiglia non fondata sul matrimonio.

Affacciamoci, anzitutto, alla realtà europea, per osservare che secondo l'art. 12 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali siglata a Roma il 4 novembre 1950 l'uomo e la donna hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali. Questa clausola fa dunque riferimento al matrimonio ed all'unione di coppia consacrata dal negozio matrimoniale. Il principio è stato riaffermato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea approvata a Nizza il 7 dicembre 2000, ma con un importante ampliamento: l'art. 9 stabilisce che il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne regolano l'esercizio. L'elemento di grande rilievo e di forte innovazione rispetto al passato è rappresentato dalla dissociazione tra "diritto di sposarsi" e "diritto di costituire una famiglia": viene rimosso, cioè, il monopolio del matrimonio quale strumento di formazione del gruppo familiare. Quest'ultimo può essere fondato sull'atto nuziale, ma ben può costituirsi anche senza il matrimonio.

Un non trascurabile segnale nella medesima direzione si era già registrato nei mesi precedenti: la Raccomandazione 16 marzo 2000 del Parlamento europeo sul rispetto dei diritti umani aveva sollecitato gli Stati membri a garantire alle famiglie monoparentali e alle coppie non sposate, oltre che alle coppie dello stesso sesso, parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regimi patrimoniali e diritti civili.

A questi importanti passaggi ulteriori evoluzioni hanno fatto seguito: in particolare, il Regolamento n. 2201/2003 ha esteso le regole in tema di responsabilità genitoriale anche alle coppie di fatto. La nozione di famiglia ha subito in tal modo una significativa estensione, rafforzata ancora più intensamente in anni più recenti, allorché il Parlamento europeo con Risoluzione del 13 marzo 2012 ha raccomandato agli Stati membri di evitare una definizione restrittiva del concetto di famiglia.

Nella realtà italiana, il modello familiare è rimasto rigorosamente scolpito dalla legge: matrimonio (civile o concordatario che fosse), fedeltà, procreazione, ruoli di genere, educazione della prole, relazioni verticali. Il nucleo affettivo di differente conformazione assumeva un rango assolutamente marginale, pur se alterne sono state le sue vicende nei secoli: ora foriero di sanzioni penali, ora contrassegnato da biasimo sociale quantunque concernente persone libere da vincoli matrimoniali, ora guardato con freddezza ma tollerato, ora relegato nell'indifferenza.

Venendo agli ultimi decenni del secolo passato, e tralasciando ogni richiamo al tempo in cui la vita di coppia non consacrata dal matrimonio era spregiativamente bollata quale concubinato, è persino superfluo osservare che anche sulla scia delle richiamate prese di posizione a livello europeo è stata ascritta meritevolezza di tutela agli affetti. Questi non sono più riguardati come irrilevanti sul piano del diritto, a prescindere dalla loro giuridica formalizzazione, in quanto reputati idonei a fondare gruppi di persone riconoscibili come formazioni sociali ai sensi dell'art. 2 Cost., nelle quali si svolge la personalità individuale e si esercitano i diritti inviolabili che la Repubblica è chiamata a riconoscere e proteggere.

Il mutamento del linguaggio fu il primo segno di un diverso sentire: la transizione dalla riprovazione sociale di cui era intriso il vocabolo "concubinato" alla neutralità del termine "convivenza" è significativa del differente atteggiamento verso il fenomeno. Fu soprattutto l'introduzione della formula "famiglia di fatto" a segnare la svolta e a rivestire una forte valenza ideologica: non si limitava ad evocare il convivere *more uxorio*, ma mirava a descrivere una vera e propria famiglia, destinata ad affiancarsi – più che a contrapporsi – a quella "di diritto". Famiglia in entrambi i casi, con tutti i diritti e i doveri derivantine, specie per ciò che concerne responsabilità genitoriale e gestione della prole. Distinta solo per le modalità di costituzione, svincolate dalla laica sacralizzazione dinanzi all'ufficiale dello stato civile (matrimonio civile) e da quella confessionale dinanzi al ministro del culto cattolico (rito concordatario).

In particolare, è stata avvertita l'esigenza di decifrare la locuzione *more uxorio* alla luce dei principi generali dell'ordinamento (nazionale e) comunitario, attribuendole un'accezione non discriminatoria. Nessuno ha potuto più contestare che anche una comunità di vita sottratta alla formalizzazione del rapporto potesse e dovesse ricevere tutela: non soltanto perché rientrante comunque nel novero delle formazioni sociali ove si svolge la personalità individuale, ma anche perché il collegamento matrimonio-comunità familiare, pur sancito in sede costituzionale, non costituiva l'unico modello possibile.

Il privilegio storicamente accordato allo schema coniugale non preclude – si dovette riconoscere – l'attenzione dell'ordinamento al nucleo edificato sulla mera convivenza: pur nella priorità logica e giuridica, solennemente enunciata, della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, fu giocoforza ammettere l'impossibilità di continuare a prospettarne una nozione univoca ed esclusiva.

Si è autorevolmente parlato, da vari anni, di "arcipelago familiare"[6], e si è rilevato che la Corte costituzionale, richiamando i doveri dei genitori verso il figlio naturale, ha posto in luce la giuridicità della relazione tra figlio naturale e soggetti che lo

6 Busnelli, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 517 ss.

hanno generato, e quindi anche del rapporto tra questi ultimi: una triangolazione non relegabile nel limbo dell'irrilevanza.

Il tema è – o almeno era – certamente condizionato da indubbi pregiudizi di ordine sociale, etico, religioso: a chi ravvisava nella vita di coppia non fondata sul matrimonio la dichiarazione di guerra alla compagine familiare, l'assalto all'arma bianca preordinato alla sua disintegrazione, il crepuscolo del matrimonio, si è contrapposta la più pacata visione dell'unione libera tra uomo e donna contrassegnata da convivenza stabile e monogamica come legame *fuori* dal matrimonio ma non *contro* la famiglia, ed anzi come famiglia *altra* rispetto all'impianto tradizionale.

Certo, si era al cospetto di un'entità giuridica sfuggente, mutevole, insofferente ai recinti del diritto ufficiale. Ma non per questo nemica ad esso.

Non poteva sfuggire, naturalmente, l'intrinseca fragilità di un'unione libera: esposta all'imprevedibile ed anche immotivata interruzione; prigioniera di un'instabilità destinata a riflettersi sugli interessi della prole; priva delle barriere protettive legislativamente approntate per la crisi matrimoniale.

Il rapporto tra conviventi – si diceva – crea un vincolo meramente sociale, significativo quanto si vuole, ma non tale da determinare l'insorgenza di obblighi giuridici. Se l'uno decideva di interrompere la relazione, di non ottemperare più agli impegni di carattere economico esplicitamente o implicitamente assunti, l'altro non aveva prerogative da far valere, né iniziativa giudiziaria da esercitare. E se non poteva fruire di alcun diritto nei riguardi del proprio convivente allorché questi era in vita, problematico diveniva affermare che la sua morte per dolo o colpa di terzi potesse fornire l'occasione per l'insorgenza di diritti risarcitori.

Dapprima timidamente, poi sempre più convintamente, si è però cominciato a osservare che la scelta della vita di coppia, determinando l'insorgenza di obbligazioni naturali, veniva ad assumere una rilevanza non incompatibile con l'ordinamento giuridico vigente.

La questione si poneva in particolare con riferimento alla sua cessazione e alla pretesa dell'*ex* convivente di ripetere le somme erogate all'altra parte nel corso del rapporto, e la giurisprudenza prese ad escludere il diritto alla restituzione, trattandosi di attribuzioni patrimoniali fondate su doveri morali e relazionali originati dalla formazione sociale costituita per l'appunto dalla convivenza.

Alle contribuzioni dell'uno in favore dell'altro è stato così riconosciuto il carattere di adempimenti reputati doverosi nell'ambito di un consolidato rapporto

affettivo implicante di necessità, pur senza la cogenza giuridica propria degli obblighi matrimoniali, adeguate forme di collaborazione e di assistenza morale e materiale[7].

Con il passare degli anni, si è andati via via alla ricerca dello statuto minimo della libera unione: fino a qual punto era prospettabile una giuridicizzazione del gruppo costituito dalla società familiare non sorretta dal vincolo matrimoniale? L'esaltazione dello spirito spontaneistico era compatibile con un'almeno limitata proiezione giuridicamente rilevante dei rapporti interni alla coppia convivente, dei rapporti tra questa e il mondo esterno, delle relazioni tra uno solo dei *paraconiugi* e i terzi?

Si poteva innanzitutto osservare che la famiglia di fatto – intesa come consolidata convivenza contrassegnata da stabilità e ragionevole affidamento di durata, nonché dall'avvertito dovere di mutua assistenza – trovava la sua base, al pari dell'unione matrimoniale, in un consenso liberamente manifestato, sia pure in forma tacita: questo ha sempre costituito il fondamento di entrambe, ma nell'un caso consacrato formalmente e fonte di un'istituzione atta a dispiegare forza di legge tra le parti, nell'altro caratterizzato dalla prevalente volontà di sottrazione all'imperio del diritto.

Si trattava, nella seconda ipotesi, di un consenso *all'instaurazione* del rapporto, non accompagnato però dall'assunzione dell'impegno di stabilità e continuità. Rispetto a tali profili, era un semplice fatto, un mero presupposto privo di qualsivoglia valenza vincolante: un'adesione destinata a rinnovarsi momento per momento. Il suo diverso valore rifletteva un modello di libertà e spontaneità, sottratto ai legami valevoli sul piano del diritto.

Sulla legittimità della scelta, ovviamente, nessuno poteva discutere: tenuto conto della tutela riconosciuta dalla Carta costituzionale alle formazioni sociali quali sedi di esplicazione della personalità dell'individuo, non era dubitabile che rientrasse tra i diritti inviolabili dell'uomo anche quello di costituire, in alternativa alla famiglia fondata sul matrimonio, un gruppo affettivo edificato sul libero consenso, sulla piena autonomia di governo, sull'autoregolamento degli interessi comuni ai due conviventi, votato a esplicarsi e a operare esclusivamente sul terreno del costume sociale.

"Convivenza" assumeva allora la portata di espressione flessibile atta a disegnare un ampio spettro di situazioni segnate dall'incessante evoluzione del costume sociale e riflettenti la pluralità dei modi di vivere "liberi insieme":

7 Già da tempo la migliore dottrina, prendendo atto del mutato costume sociale, sottolineava l'inaccettabilità di una valutazione della convivenza *more uxorio* in termini di irrilevanza o peggio di riprovazione, e richiamava i doveri sociali fondati sulla solidarietà familiare idonei a far sorgere, quantomeno, un'obbligazione naturale. Per tutti Bianca, C.M.: "Diritto civile", *La famiglia – Le successioni*, vol. II, terza ed. riv. e agg., Giuffrè, Milano, 2001, pp. 25-27.

comunioni spirituali e materiali per le quali diveniva istintivo l'accostamento al vincolo coniugale. Ma quanto, quando, e per quali versi siffatto accostamento era veramente proponibile?

Sistemi di pensiero, ideologie, concezioni sociali e religiose si incrociavano e tutt'oggi si incrociano, in un reticolo di grande complessità. Quale che sia l'individuale visione, l'universo simbolico del sistema "famiglia" è comunque percepito come contornato di sacralità, e le nuove culture delle relazioni interpersonali sono a volte capaci di concepire e prospettare modelli autentici di vita affettiva a carattere spiccatamente solidale e altruistico. La fuga dalla famiglia legittima, discriminata in ragione dei pesi che la sua formazione comporta, ben può determinare l'insorgere di unioni affettive in grado di mobilizzare capitale sociale e di fornire risposte efficaci a talune inquietudini della realtà attuale.

I nuovi modelli di rappresentazione dei legami familiari e parentali, espressivi di una realtà sociale multidimensionale, hanno segnato non raramente, pur nelle variabili dell'informalità tipologica, schemi di convivenza stabile (e non meramente sperimentale e prenuziale) capaci di generoso investimento affettivo: la coppia eterosessuale ha acquisito non solo la sua legittimazione sul piano erotico-sentimentale, ma anche la sua identificazione quale famiglia.

Centro di affetti, quindi, a fronte di una famiglia fondata sul matrimonio che è insieme, per volontà del legislatore, centro di interessi. Alla base, uno spiccato spontaneismo, una (legittima) ricerca di spazi, di affrancamento da vincoli, di immunità da sovrastrutture formali. Quelle, appunto, del diritto oltre che delle convenzioni sociali.

III. LA LEGGE ITALIANA 20 MAGGIO 2016 N. 76.

Il binomio famiglia-matrimonio, che per molti anni aveva indotto studiosi e pratici a contrapporre famiglia legittima e famiglia non fondata sul matrimonio, ha dunque mostrato progressivi segni di cedimento: già la Carta di Nizza, come si è ricordato al par. 2, aveva posto in luce l'esigenza di mantenere separati il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia.

Nel quadro descritto, sono progressivamente venuti a maturazione i tempi per una diretta presa di posizione legislativa. Ciò che è avvenuto attraverso la (pur per molti profili deludente) legge 20 maggio 2016 n. 76, sofferto traguardo di una parabola sociale e normativa partita da lontano, costituente il frutto di una consapevole accettazione, a livello sociale e politico, delle convivenze non fondate sul matrimonio.

Ragioni, tutte, che hanno indotto il legislatore a introdurre, all'esito di un laborioso e sofferto dibattito, misure volte a stabilizzare la libera unione e a far assurgere il *quid facti* a *quid iuris*, ancorché la giuridica regolamentazione, quantunque ispirata a rispettabili obiettivi, portasse inevitabilmente con sé il rischio di deprimere proprio quella libertà che è alla base della scelta di mera convivenza tra uomo celibe e donna nubile.

Diveniva sempre più problematico accreditare alla comunità costruita sul matrimonio, come un tempo avveniva, il monopolio dei rapporti familiari. Schema, questo, che rispondeva a una logica paternalistica dell'incontro-scontro tra singoli e Stato, quasi che l'individuo non fosse in grado di discernere nel modo migliore il proprio interesse. Non più contestabile appariva il diritto di ciascuno di individuarlo autonomamente, affrancandosi da ogni generalizzazione affidata al legislatore, purché – ovviamente – nel rigoroso ossequio ai canoni inderogabili dettati a salvaguardia dei principi generali, dell'ordine pubblico e del buon costume.

Sulla stessa scia, del resto, si erano mossi da tempo molti altri Paesi: nel decennio a cavallo tra la fine del secondo e l'inizio del terzo millennio molte legislazioni nazionali hanno disciplinato le convivenze non fondate sul matrimonio: cominciando da Danimarca, Svezia, Paesi Bassi, Belgio e Francia il fenomeno si è esteso in pochi anni alla Germania, alla Finlandia, al Portogallo, al Lussemburgo, al Regno Unito; nella stessa direzione si è mossa anche la Spagna, sia pure con differenti discipline regionali che hanno determinato una regolamentazione "a macchia di leopardo"[8].

Frantumato il plurisecolare sintagma famiglia-matrimonio, il microcosmo tradizionale ha ceduto il passo a un polimorfismo che ben potrebbe lasciare immutata l'essenza dell'istituto familiare. Il proliferare di modelli affettivi e la poliedrica articolazione degli intrecci fondati sul sentimento e sulla scelta di vivere spontaneamente la propria sfera più intima ha portato a non percepire più quale *minus* sociale ciò che si discosta dall'ortodossia del plurisecolare schema del matrimonio. Il che, peraltro, non ha impedito alla Corte di Giustizia di ribadire la specificità del concetto di matrimonio, inteso come unione tra due persone di sesso biologico diverso, e quindi di escludere che per le unioni omosessuali, pur tutelate nell'ottica dell'eliminazione di ogni discriminazione e di ogni disparità di trattamento in danno delle coppie *same-sex*, debba necessariamente discorrersi di

8 Tra i molti scritti in argomento: Venditti, P.: "La pluralità dei modelli familiari nel quadro dei principi espressi in Italia e in Europa: dal matrimonio tradizionale al progressivo riconoscimento della convivenza di fatto", *Cultura e diritti*, 2016, fasc. 3, p. 101 ss.; Barbiera, L.: "Le convivenze. Diritto civile nazionale e orientamenti europei", Cacucci, Bari, 2010; Cosco, G.: "Convivenza fuori dal matrimonio: profili di disciplina nel diritto europeo", *Dir. fam., pers.*, 2006, p. 357 ss.; Bonini Baraldi, M.: "Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno", Ipsoa, Milano, 2005; Alonso Perez, J.I.: "La famiglia di fatto in Spagna: legislazione regionale", *Giur. merito*, 2006, 2052 ss.; Roca Trias, E. (a cura di): "Estudio comparado de la regulación autonómica de les parejas de hecho: soluciones armonizadoras", Madrid, 2005.

matrimonio[9]: scelta, questa, riservata alla sensibilità, alla cultura e alle valutazioni di ciascuna realtà statuale, fermo il principio, sancito all'art. 13 del Trattato istitutivo della Comunità europea a seguito delle modificazioni introdotte attraverso il Trattato di Amsterdam, preclusivo di ogni discriminazione fondata sul sesso, sulla razza, sull'origine etnica, sulla religione, sulle condizioni sociali, sull'età, sulle tendenze sessuali.

Allentata la granitica antica simbiosi tra famiglia e istituto matrimoniale, il legislatore è andato alla ricerca di una nuova investitura dell'unione affettiva superando così il tradizionale generalizzato convincimento che il convivente *more uxorio* non potesse vantare alcun diritto nei confronti dell'altra parte.

Tralasciamo qui qualunque riferimento ai legami *omosex*, tema rispetto al quale ci limitiamo a ricordare che già la risoluzione CE 8 febbraio 1994 n. 28 aveva sancito parità di diritti per le coppie dello stesso sesso, e che fin dal 1 ottobre 1981 il Consiglio d'Europa, con la Raccomandazione n. 924, aveva affermato la necessità di garantirne la dignità, muovendo dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che assicura ad ogni persona il diritto al rispetto della vita privata e familiare, oltre che del suo domicilio e della sua corrispondenza. Concentrando l'attenzione sulle convivenze eterosessuali può osservarsi che la legge italiana del 2016 ha suggellato un disegno dualistico di vincoli di coppia, affiancando al matrimonio – storicamente consegnato al codice civile – la disciplina delle vite in comune tra uomo e donna non fondate sul patto nuziale. Si tratta tuttavia di una regolamentazione che le ha poste (*rectius*: lasciate) in condizione di assai minore significatività rispetto al matrimonio (oltre che rispetto alle unioni civili tra omosessuali, divenute oggetto di una larga e discussa disciplina).

Gli effetti giuridici che ne discendono sono molto più attenuati, e a cinque anni dalla sua introduzione può ben dirsi che la legge non ha posto in luce connotati di dirompente novità rispetto alle soluzioni già accolte da tempo in sede pratica. Lo si spiega osservando che si è al cospetto di una scelta fondata sull'autonomia privata: gli aspiranti alla formalizzazione del legame hanno il matrimonio (o, se omosessuali, l'unione civile); chi non intende vincolarsi opta invece per la mera convivenza, non del tutto orfana di rilevanza giuridica, ma oscillante a mezza via tra autonomia ed eteronomia.

Il legislatore ha scelto cioè di affiancare alla tutela organica riservata al matrimonio una disciplina di minore intensità per i semplici conviventi di fatto: coppie, cui non solo non interessi instaurare un rapporto coniugale o paraconiugale, ma che anzi non lo vogliano ed aspirino invece, con piena consapevolezza, a convivere senza

9 Corte giust. CE, 31 maggio 2001, n. 122, *Riv. Notariato*, 2002, 1263, con nota di Calò, E.: "La Corte di giustizia accerchiata dalle convivenze".

assumere i diritti e i doveri nascenti dalla formalizzazione. Decidano, cioè, di non addivenire al matrimonio. Naturale, allora, che il relativo regime sia estremamente aereo, in quanto riservato a soggetti nettamente e deliberatamente orientati a un rapporto ispirato alla massima libertà.

Proprio la gracilità, problematicità e incompletezza della relativa disciplina suggerisce di orientarsi in questa sede alla sua analisi, allo scopo di verificarne – sia pure solo per cenni – caratteri, peculiarità e grado di assoggettabilità alle regole sancite per le convivenze matrimoniali.

La rottura con un passato in cui l'unico regime di coppia riconosciuto era consacrato dal matrimonio è assai netta: convivenza registrata presso gli uffici anagrafici, non registrata, contrattualizzata (registrata o no che sia). Significativamente, la legge del 2016 è intitolata alla disciplina *delle* convivenze, a sottolinearne la varietà sotto plurimi profili: alla base della pluralità, del passaggio dalla fissità alla mutevolezza, una forte spinta alla liberalizzazione delle relazioni di coppia, un "rompete le righe" che ne investe l'intera vita, dalla modalità di instaurazione ai contenuti del vivere insieme, per finire con i differenti modi di scioglimento.

Il folto campionario di modelli che oggi il sistema normativo pone a disposizione non si caratterizza certamente per analiticità disciplinare, ed offre piuttosto un ventaglio di schemi in bianco, sui quali è chiamata a operare l'autonomia dei privati: le convivenze vedono affidata alla libera iniziativa l'individuazione di diritti e doveri (vuoi reciproci, vuoi unilaterali), con facoltà di affiancare all'intesa non matrimoniale sulle modalità di vita comune – intesa formalizzata o, più frequentemente, tacita e rimessa alla spontaneità del sentimento – un formale contratto diretto a regolamentare i profili patrimoniali.

La cennata evoluzione segna, all'evidenza, un netto abbrivio in senso privatistico e negoziale dei rapporti di coppia.

1. Segue: una legge timida e incolore.

Che cosa è dunque cambiato con il passaggio dall'agnosticismo ordinamentale alla regolamentazione?

Il legislatore discorre di "conviventi di fatto", ponendo così in evidenza che il convivere è un mero fatto, rilevante tuttavia sul piano del diritto poiché ne discendono conseguenze giuridiche, ora oggetto di specifiche regole: quella che il legislatore chiama convivenza *di fatto* è in realtà, a tutti gli effetti, convivenza *di diritto*, in quanto regolamentata, sia pure in forma decisamente *soft*.

Il fenomeno, a ben vedere, si presta con difficoltà a divenire oggetto di una normativa veramente organica e tendenzialmente compiuta: la ricchezza di sfumature, la pluralità delle formule, le peculiarità delle variegate situazioni pongono in luce gli ostacoli a una regolamentazione a tutto campo. Ci si muove su un terreno refrattario all'infeudazione normativa: un terreno che, per sua natura, si potrebbe qualificare "a giuridicità limitata".

Ne scaturisce una versione minore, impoverita, desacralizzata del tradizionale archetipo del matrimonio: l'intrinseca fattualità che la connota la relega in un ambito grigio, dimesso, sguarnito di solidi baluardi protettivi, ontologicamente fragile per la possibile anche immotivata e inopinata cesura.

Il legame trova nella precarietà la caratteristica principale, spoglio com'è di quella rete di salvaguardie – domanda di separazione, tentativo di conciliazione, intervento del giudice o mediazione familiare – che presidia la crisi coniugale. Scissa dall'ingombrante sineddoche del matrimonio, la famiglia si sottrae bensì alle costrizioni del diritto ufficiale, ma al contempo abdica alle tutele da esso apprestate.

Può dirsi perciò che la famiglia di fatto si differenzia rispetto a quella fondata sul matrimonio sotto il profilo della quantità e sistematicità delle disposizioni riservatele. Siamo dinanzi alla giuridicizzazione di una comunità affettiva non solo non sorretta dalla solennità nuziale, ma anche caratterizzata dall'esaltazione di uno spirito spontaneistico che condiziona sensibilmente la proiezione giuridica dei rapporti interni di coppia.

L'elemento comune è il consenso, ma in larga misura privo della forza di legge, giuridicamente non vincolante, destinato a rinnovarsi momento per momento, ontologicamente vacillante in quanto esposto alla revoca in qualunque istante.

Nel suo sorgere la convivenza opera sul piano dell'effettività e della concretezza, e non trascurabili prerogative sia personali che patrimoniali ne discendono automaticamente: non è previsto un procedimento costitutivo, né è richiesta una formalità manifestativa.

Mentre nel matrimonio si pone l'accento sull'atto, anima della convivenza è il fatto: difetta l'assunzione di un formale impegno per la sua insorgenza. È il semplice comportamento concludente a plasmarla. L'atto solenne, costituito dalla stipulazione di un contratto, è contemplato soltanto come eventualità, e comunque come passaggio non già istitutivo, bensì meramente regolatore, sì da poter sopraggiungere anche in corso di rapporto.

Tutto ciò, beninteso, non impedisce di attribuire all'intervenuto recepimento legislativo l'attitudine ad espungere la convivenza dalla categoria dei rapporti di mero

fatto: non si è più al cospetto di una relazione priva di specifica regolamentazione, e disciplinata solo in via indiretta. Essa gode di un apposito regime, quantunque blando e non invasivo, destinato ad operare senza la mediazione di canoni d'interpretazione estensiva o di regole e principi evocabili soltanto per analogia.

Non può però sfuggire che la legge in parola si è in realtà astenuta dall'intervenire sui temi più rilevanti e più delicati: l'ammissibilità dell'azione di arricchimento al momento di cessazione del rapporto; la possibilità di domande risarcitorie conseguenti alla rottura del legame; la sorte delle attribuzioni patrimoniali a senso unico intervenute durante la convivenza. Si trattava di profili presenti, almeno in larga misura, nel testo originario, e che sono stati espunti nel corso dei rimaneggiamenti compromissori pattuiti in sede politica per conseguire l'approvazione del Parlamento.

Erano infatti contemplati nei progetti iniziali i diritti e gli obblighi di natura patrimoniale scaturenti dalla cessazione del rapporto di convivenza per cause diverse dalla morte, i diritti successori del superstite convivente da almeno sei anni, un assegno di mantenimento determinato in base alla durata della convivenza e alla capacità lavorativa di entrambi.

Stralciate queste previsioni, molto è stato lasciato agli sforzi e all'inventiva dell'interprete, cui resta demandato – esattamente come avveniva prima dell'entrata in vigore di questo provvedimento – anche il compito di stabilire se il prisma dell'obbligazione naturale, cioè di un dovere morale o sociale posto a metà strada tra rilevanza e irrilevanza giuridica, sia ancora adeguato all'attuale realtà delle relazioni non fondate sul matrimonio, o se proponga una chiave di lettura divenuta anacronistica.

Anche a una prima lettura della legge in parola balza all'occhio l'assenza di quei diritti-doveri reciproci che a norma dell'art. 143 cod. civ. investono marito e moglie: non è previsto alcun obbligo reciproco di fedeltà, né di assistenza morale e materiale, né di collaborazione nell'interesse della famiglia, né infine di coabitazione.

Il legislatore accenna soltanto, senza nulla prescrivere, a «legami affettivi» di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale. Semplicemente, discorre di «accertamento della stabile convivenza», ricavabile dalla dichiarazione anagrafica, e riconosce al superstite il diritto di «continuare ad abitare» nella «casa di comune residenza» appartenuta al convivente premorto, ovvero di succedere nel contratto di locazione che era stato stipulato da quest'ultimo.

La coabitazione non è contemplata come diritto-dovere reciproco, bensì quale mero dato di fatto cui si ricollegano i ricordati diritti del convivente superstite. Né lo sono la fedeltà e la collaborazione nell'interesse della famiglia.

Intuibili i corollari: illimitata facoltà di recedere, anche senza motivazione, dal rapporto di coppia; totale libertà di abbandono del tetto paraconiugale; nessun vincolo di esclusività sul piano dei rapporti intimi.

Invero non era mancato, prima che la legge entrasse in vigore, il tentativo di invocare per la convivenza *more uxorio* l'estensione delle regole proprie del matrimonio, motivatamente stroncato dalla Corte costituzionale la quale, sulla premessa che ci si trova dinanzi a una scelta di libertà dalle regole costruite dal legislatore per l'unione di marito e moglie, ha concluso per l'impossibilità, pena la violazione della libera determinazione delle parti, di estenderle ad essa.

In coerenza con questa impostazione, con specifico riguardo alla condotta fedifraga di uno dei conviventi la giurisprudenza aveva escluso la ravvisabilità di una responsabilità civile, difettando *in toto*, in seno alla relazione, un riconoscimento giuridico del reciproco impegno di fedeltà. E non vi è dubbio che queste conclusioni debbano essere tenute ferme anche ora che la convivenza è legislativamente regolamentata.

L'equiparazione tra famiglia fondata sul matrimonio e famiglia di fatto resta improponibile anche per i profili patrimoniali: il convivente non può avanzare alcuna pretesa di contitolarità sui beni acquistati dal compagno in costanza di rapporto (salva la stipulazione di un apposito contratto di convivenza che preveda espressamente la comunione degli acquisti), né può vantare diritti di natura successoria, se non negli angusti limiti di un'eventuale disposizione testamentaria in suo favore.

L'ordine della famiglia non è stato dunque in alcun modo alterato dalla legge in parola: destinata, dopo l'ubriacante sequela di dibattiti e di polemiche che ne hanno preceduto, accompagnato e seguito l'emanazione, all'oblio che è riservato a un provvedimento diretto ad enunciare assai più che a regolare, ove solo si consideri che il fenomeno sociale di maggiore rilevanza – le convivenze eterosessuali – non è stato significativamente inciso né sul piano della disciplina né su quello delle tutele. E tutto ciò, quantunque ormai da tempo il legislatore avesse sancito, con ben maggiore coraggio di quello dimostrato nel 2016, che la coppia non coniugata è ammessa ad avvalersi della procreazione assistita (legge 15 febbraio 2004 n. 40), e che il convivente di fatto ha diritto di fruire della tutela assicurata dagli ordini di protezione contro gli abusi familiari (legge 4 aprile 2001 n. 154; artt. 342 *bis* e *ter* cod. civ.)[10].

10 La rilevanza legale della convivenza *more uxorio* non è sfuggita a Cesare Massimo Bianca, che già nella prima edizione del suo "Istituzioni di diritto privato", Giuffrè, Milano, 2014, pp. 719-721 richiamava l'attenzione sugli indici legislativi citati sopra nonché sull'eloquente significato della legge 10 dicembre 2012 n. 219 che proclamando l'unicità dello stato giuridico dei figli ha eliminato le residue discriminazioni tra figli nati nel patrimonio o fuori di esso.

Al di là del clamore che nell'immediatezza ha suscitato, questa legge, lungi dal risultare dirompente, finisce semplicemente per sancire l'equazione *unioni omosessuali* = *matrimonio* (con la quasi unica variante costituita dalla transizione da "vita coniugale" a "vita comune"), rilevante in termini di principio e cara a una limitata schiera di fruitori del nuovo regime, ma incapace di incidere realmente sull'immagine della famiglia, se non per il profilo socialmente più problematico: quello – solo formalmente accantonato in sede legislativa, ma di fatto delegato alla vivace creatività giurisprudenziale – delle adozioni omosessuali e della connessa pratica della maternità surrogata, lacerante sul piano etico e sovrastata da ombre che oscurano la dignità della donna.

IV. CONCLUSIONI.

Nel quadro descritto, la disciplina del gruppo familiare si presenta incanalata su due filoni paralleli: da un lato le aggregazioni nuziali, connotate da ufficializzazioni e certificazioni pubbliche, necessarie sia per costituire il rapporto che per dissolverlo, ed aggrappate a regole e logiche patrimoniali ed ereditarie; dall'altro la provincia dell'informalità, connotata da rigorosa autonomia: nessun tipo di sovrastruttura (neppure la comunicazione anagrafica) è richiesta per dare vita alla convivenza così come per scioglierla. Anche se, abbastanza paradossalmente, per il contratto di convivenza (che è palesemente un *minus* rispetto al fenomeno convivenza in sé) è sancita una solennità particolarmente rigorosa.

La discrezionalità delle parti conquista un larghissimo ruolo. Ciò non sta ad esprimere la fine della famiglia, ma piuttosto la sua resilienza, la capacità di adattarsi ai mutamenti sociali, culturali ed economici della società, la forza di una vitalità emotiva e relazionale che supera gli ostacoli e supplisce alle lacerazioni del tessuto domestico fondato sul matrimonio e su un rigoroso spettro di regole e di condizionamenti. Questi confini mobili, capaci di istituire nuove affettività e di estendere il campo delle esperienze fondate sul sentimento, rivelano un "essere famiglia" non più giocato sul legame coniugale o di consanguineità, bensì sul terreno della scelta e delle affinità elettive. La complessità del mosaico delle umane relazioni è posta in luce in tutta la sua dimensione, nuove sensibilità e nuove responsabilità si protendono sulla privata comunità governata dai moti dell'animo.

Intervenuta la legge n. 76 del 2016, e trascorso ormai un lustro dalla sua entrata n vigore, che cosa è mutato riguardo alle convivenze eterosessuali? La frettolosa analisi fin qui condotta consente di osservare che in realtà ciò che il legislatore ha sancito in tema di convivenze *more uxorio* non aggiunge nulla ai risultati cui l'interpretazione era intervenuta negli anni precedenti sia in termini negativi che in termini positivi. Sul primo profilo, nessun obbligo di fedeltà, di coabitazione, di assistenza morale e materiale; nessun diritto ereditario (salvo

un limitato godimento della casa di comune residenza da parte del convivente superstite); nessuna comunione degli acquisti (se non attraverso eventuali apposite pattuizioni, già da tempo pacificamente ammesse); assai limitate tutele al convivente che collabori con il *partner* imprenditore. Sul secondo profilo: diritto del convivente superstite al risarcimento dei danni per morte del *partner* causata da fatto illecito di terzi (ma si tratta di un diritto riconosciuto in sede pratica ormai da oltre vent'anni); modeste prerogative di natura non patrimoniale (assistenza al convivente ospedalizzato o incarcerato, decisioni in materia funeraria: l'una e le altre già presenti nel diritto vivente).

In altre parole, salvo marginali protezioni aggiuntive il legislatore del 2016 si è limitato a sancire in favore del convivente *more uxorio* quelle stesse tutele che nella pratica gli erano state riconosciute ben prima che la legge in parola venisse emanata. Il diritto positivo, cioè, non ha fatto che conformarsi al diritto vivente. Le tutele sino al 2016 affidate ad esso, da quella data sono divenute *diritto vigente*.

Questa transizione si riduce, a ben vedere, a un dato meramente nominalistico, giacché il legislatore ha scelto di adagiarsi pigramente sulle opzioni e sulle soluzioni verso le quali la pratica giudiziaria si era orientata ormai da vari anni: si è "appropriato" del diritto vivente ricalcandone i contenuti, e pressoché nullo è il "valore aggiunto" della disciplina introdotta rispetto ai risultati cui la pratica era anteriormente pervenuta.

Il che, in sé e per sé, non costituirebbe un fenomeno negativo, se fosse consentito concludere che la scelta legislativa di recepire i risultati raggiunti dal diritto vivente costituisce l'indice della bontà ascrivibile alle soluzioni anteriormente elaborate in sede pratica e della loro piena e compiuta attitudine a disciplinare il fenomeno della famiglia non fondata sul matrimonio. Non può dirsi, tuttavia, che la vicenda descritta possa essere letta in termini di felice ed esauriente condivisione di quei risultati: ben altre erano le aspettative, posto che la normativa sulle convivenze *more uxorio*, auspicata da lungo tempo, era chiamata a dare risposte e soluzioni ad interrogativi e problemi cui la mera pratica non poteva e non può pervenire. Sotto questo profilo, non vi è dubbio che la disciplina consacrata dalla legge n. 76 del 2016 finisca per confluire nel denso archivio delle occasioni mancate[11].

11 Per più ampio sviluppo, ci permettiamo di rinviare a Tamponi, M.: "Del convivere. La società postfamiliare", La Nave di Teseo, Milano, 2019.

BIBLIOGRAFIA.

Alonso Perez, J.I.: "La famiglia di fatto in Spagna: legislazione regionale", *Giur. merito*, 2006, 2052 ss.;

Barbiera, L.: "Le convivenze. Diritto civile nazionale e orientamenti europei", Cacucci, Bari, 2010;

Bianca, C.M.: "Diritto civile", *La famiglia – Le successioni*, vol. II, terza ed. riv. e agg., Giuffrè, Milano, 2001;

Bianca, C.M.: "Istituzioni di diritto privato", Giuffrè, Milano, 2014;

Bonini Baraldi, M.: "Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno", Ipsoa, Milano, 2005.

Breccia, U. e altri: "Diritto privato", Parte prima, Utet, Torino, 2003.

Busnelli, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 517 ss.

Calò, E.: "La Corte di giustizia accerchiata dalle convivenze", con nota a Corte giust. CE, 31 maggio 2001, n. 122, *Riv. Notariato*, 2002, 1263.

Cosco G.: "Convivenza fuori dal matrimonio: profili di disciplina nel diritto europeo", *Dir. fam., pers.*, 2006, p. 357 ss.

Iudica, G.- Zatti P.: "Linguaggio e regole del diritto privato", 3° edizione, Cedam, Padova, 2002.

Mengoni, L.: *Diritto vivente* in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, vol. VI, Utet Giuridica, Torino, 1990, p. 445 ss.

Roca Trias E. (a cura di): "Estudio comparado de la regulación autonómica de les parejas de hecho: soluciones armonizadoras", Madrid, 2005.

Tamponi, M.: "Del convivere. La società postfamiliare", La Nave di Teseo, Milano, Milano, 2019.

Trabucchi, A.: "Istituzioni di diritto civile", 41° edizione, Cedam, Padova, 2004.

Venditti, P.: "La pluralità dei modelli familiari nel quadro dei principi espressi in Italia e in Europa: dal matrimonio tradizionale al progressivo riconoscimento della convivenza di fatto", *Cultura e diritti*, 2016, fasc. 3, p. 101 ss..

LA IMPORTANCIA DE LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA ACTUAL. EN ESPECIAL EN LAS CRISIS DE PAREJA CON PRESENCIA DE MENORES

THE IMPORTANCE OF MEDIATION IN CURRENT FAMILY LAW. WITH A SPECIAL FOCUS ON MARITAL CRISIS INVOLVING MINORS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1708-1741

Beatriz
VERDERA
IZQUIERDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Se pretende poner de manifiesto la importancia de la mediación en el Derecho de familia. El estudio se centra en la mediación en los supuestos de crisis de pareja y resalta la figura del menor quien debe ser protegido y debe participar en el proceso a partir de su capacidad progresiva, ejerciendo sus derechos de acuerdo con su madurez. Siendo, en todo momento, el interés del menor: una consideración primordial.

PALABRAS CLAVE: Mediación; Derecho de familia; interés del menor; proceso judicial; conflicto; acuerdo.

ABSTRACT: *It is intended to highlight the importance of mediation in family law. The study focuses on mediation in cases of partner crises and highlights the figure of the child who must be protected and must participate in the process from his progressive capacity, exercising his rights according to his maturity. Being, at all times, the interest of the child: a primary consideration.*

KEY WORDS: *Mediation; Family Law; the interest of the minor; judicial process; conflict, agreement.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- 1. La mediación.- 2. Supuestos susceptibles de mediación familiar.- II. MARCO LEGAL.- III. LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR.- 1. La autonomía de la voluntad.- 2. Los conflictos en el seno familiar.- 3. Mediación y crisis de pareja.- A) Ventajas e importancia de la medicación.- B) Modelos de familias, de progenitores, de menores y de terceros.- 4. El coordinador parental.- 5. La actuación del juez y del mediador.- IV. EL INTERÉS DEL MENOR Y LA MEDIACIÓN FAMILIAR.- 1. Participación activa de los menores o meros sujetos de protección.- A) Derecho del menor a ser oído y escuchado.- B). Derecho del menor a ser informado.- V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

1. La mediación.

La mediación se trata de un mecanismo de resolución de conflictos al margen de la litigiosidad que supone acudir a un juzgado con unos costes muy importantes de tiempo, sinsabores emocionales y dinerarios[1]. Nos situamos ante un "Alternative Dispute Resolution" (ADR)[2] un medio alternativo de solución de controversias denominadas en la actualidad, de acuerdo con el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (ALMEP), aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de diciembre de 2020: "medios o métodos adecuados de solución de controversias" (MASC)[3]. Con dicho cambio de denominación se quiere poner de manifiesto que no sólo son alternativos al proceso judicial, sino que deben ser utilizados al ser el medio más adecuado -con carácter general- antes de acudir a cualquier procedimiento. El propio ALMEP en el art. 1 los define como: "cualquier tipo de actividad negocial a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral."

Tal como establece la Exposición de Motivos (II) del ALMEP: "Con la introducción de estos mecanismos, ya consolidados en el derecho comparado,

1 En este sentido el Preámbulo de la Ley 9/2020, de 31 de julio de modificación del libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a persona y familia y de la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado establece: "Se pretende fomentar la mediación como método alternativo de resolución de conflictos que tiene ventajas acreditadas, tales como el ahorro de tiempo, el ahorro económico y la minoración de los costes emocionales, y que, además, implica y responsabiliza a las partes en la resolución del conflicto que les afecta y, por tanto, incrementa la eficacia en la ejecución de los acuerdos alcanzados."

2 Alternativo, en el sentido de que no pueden utilizarse dos sistemas al mismo tiempo. Hoy en día dicho acrónimo también se concreta como: "Appropiate dispute Resolution" y ello porque se cuestiona si debe ser alternativo o complementario. En su seno se sitúa la mediación, el arbitraje, el derecho colaborativo, el derecho cooperativo, el coordinador parental…

3 El ALMEP se refiere a: "actividad negocial" (lo cual debería ser modificado porque no se corresponde con la idea de negociación sino a negocio), "intento de negociación", "proceso de negociación", "procedimiento de negociación a través de un MASC"…

• Beatriz Verdera Izquierdo
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de las Islas Baleares. Correro electrónico: beatriz.verdera@uib.es

se cumple la máxima de la Ilustración y del proceso codificador: que antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia. En efecto, se trata de potenciar la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral, partiendo de la base de que estos medios reducen el conflicto social, evitan la sobrecarga de los tribunales y son igualmente adecuados para la solución de la inmensa mayoría de las controversias en materia civil y mercantil."

La mediación es un sistema de negociación asistida por un tercero, es decir, nos centramos en una concreta metodología, basada en la comunicación, en el respeto mutuo y en la escucha. Siendo el objetivo final la adopción de un acuerdo mutuamente aceptado, aunque, si no es factible llegar a un acuerdo, pero se ha mejorado la relación ya se habrá conseguido uno de los objetivos. O, si se ha logrado un acuerdo parcial, tal como establece el ALMEP, art. 1.2.: "En el caso de acuerdos parciales, las partes podrán presentar demanda para ejercitar sus pretensiones respecto a los extremos de la controversia en los que se mantenga la discrepancia." Todo ello también dependerá del modelo de mediación que se utilice, en este sentido el modelo de Harvard está más centrado en la negociación y en el acuerdo; en cambio, el modelo circular-narrativo se basa en la narrativa, junto con el acuerdo y las relaciones y por el contrario, el modelo de mediación transformativo se centra en las personas, en las relaciones, siendo en consecuencia el más conveniente en los conflictos familiares donde es positivo que las relaciones se mantengan en la medida de lo posible.

Por regla general se alcanzan resultados más satisfactorios que en un proceso judicial sin que una de las partes tenga la sensación de ser la perdedora, sino que es colaborativa, los dos ceden y, por consiguiente, los dos ganan al haber adoptado después del diálogo la solución más ventajosa para ambas partes[4]. En el caso particular de la mediación familiar, más favorable para el núcleo familiar, al tener sus decisiones repercusiones en la familia y fundamentalmente, en los menores. Es decir, dejan atrás el conflicto y el "yo" para construir una relación con miras al futuro, de cara al interés familiar.

En estas líneas no sólo me refiero a la mediación extrajudicial, es decir, la realizada con carácter previo (fase prejudicial) como auténtica medida preventiva o posterior a un proceso, sino también a la mediación intrajudicial, la que se realiza una vez iniciado el proceso judicial ya sea a propuesta, o no, del órgano jurisdiccional que está llevando el proceso. Como se ha manifestado, se trata de realizar una relectura del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), como

4 Como manifiesta García García, L.: *Mediación familiar. Prevención y alternativas al litigio en los conflictos familiares. I. Persona y familia*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 55, es una estrategia donde dos antagonistas aceptan perder para llegar a ser, ambos, ganadores.

derecho fundamental, y que el mismo se transforme en "derecho fundamental a justicia"[5] en cualquiera de sus variantes.

El mediador guía a las partes y las ayuda a conseguir acuerdos amistosos poniendo sobre la mesa las discrepancias, los anhelos y los deseos de las partes, fomentando la cultura de la paz, pacificando el conflicto, sustituyendo la confrontación por la colaboración, evitando conflictos innecesarios y resolviendo los existentes. Solucionando el conflicto de acuerdo con la voluntad de las partes, otorgándoles el poder de decisión, siempre conforme a unos parámetros y límites jurídicos, si bien, sin la rigidez que supone un proceso jurisdiccional. Conllevando un aprendizaje personal de las partes y en particular de sus habilidades relacionales y sociales ("skills"), resolviendo los problemas inmediatos y minimizando los problemas futuros. Todo ello, en el ámbito familiar y particularmente en las crisis de pareja, supone fomentar y trabajar a favor de la coparentalidad y la continuidad de la labor parental que se venía realizando y mantener la familia, a pesar de la ruptura de pareja.

La Exposición de Motivos (II) del ALMEP concreta: "Se debe recuperar la capacidad negociadora de las partes, con la introducción de mecanismos que rompan la dinámica de la confrontación y la crispación que invade en nuestros tiempos las relaciones sociales…Con este fin se ha de potenciar la mediación en todas sus formas e introducir otros mecanismos de acreditada experiencia en el derecho comparado."

Así, encontramos distintos MASC, no siendo la mediación una conciliación judicial, como ya establecía el Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales que conocen de procesos de familia del Consejo General del Poder Judicial de mayo 2008: "cada una tiene su ámbito específico y metodologías diferentes. Por tanto, la labor conciliadora del juez prevista en la Ley al inicio de las vistas de medidas provisionales y del pleito principal no tiene nada que ver con la mediación, si bien puede ser un buen momento para realizar una labor informativa sobre las ventajas de la mediación familiar frente al proceso contencioso". Y, el más reciente ALMEP en sus primeros artículos recoge diversos MASCs, alude a: la mediación, la conciliación, oferta vinculante confidencial, a la opinión neutral de un experto independiente o cualquier otro tipo de negociación no tipificada legalmente pero que cumpla unos mínimos y permita dejar constancia de la recepción por la parte requerida de la propuesta de negociación.

5 En este sentido Martin Diz, F.: "El derecho fundamental a justicia: revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva", *Revista de derecho político*, núm. 106, 2019, p. 37 y 38, así manifiesta que esta es una vía hacia la justicia integral: "el derecho a la justicia, como ciudadanos, debe permitirnos elegir libremente cómo, cuándo y dónde resolver de forma legal, segura, ordenada, pacífica y estable nuestros conflictos."

Debemos tender a una convivencia responsable, que sean las partes de acuerdo con su autonomía de la voluntad que vayan moldeando sus conflictos, en tanto se trate de cuestiones de índole dispositivo y siempre poniendo la vista en las relaciones futuras. Estas actuaciones y métodos suponen un periodo de aprendizaje y crecimiento personal positivo[6].

2. Supuestos susceptibles de medición familiar.

En el ámbito de la mediación familiar, no sólo debemos tener presentes los procesos derivados de crisis matrimoniales o de pareja, donde serán susceptibles de mediación cuestiones derivadas, por ejemplo, del derecho de visitas, custodia, pensiones… sino cualquier conflicto familiar que nos puede llevar a materias muy diversas como pueden ser las relacionadas con la responsabilidad parental. Conflictos entre la familia acogedora, la adoptante, la familia biológica o de origen…

A su vez, conflictos no sólo entre padres e hijos o hermanos de edades dispares, sino con miembros de la familia extensa como pueden ser abuelos o tíos. La convivencia genera problemas, por ello, nos podemos situar ante conflictos intergeneracionales: conflictos con hijos adolescentes, con sus propios progenitores o conflictos que surgen de familias reconstituidas: con las segundas parejas de sus progenitores, con sus medio hermanos o hijos de la pareja de su progenitor.

En los conflictos en los que intervienen adolescentes, es sumamente importante tener en cuenta objetivos pedagógicos de cara al futuro de dichos sujetos; más que la resolución del particular conflicto se debe enseñar a canalizar y a controlar sentimientos como puede ser la ira y, en todo caso, mejorar la comunicación. Por tanto, será fundamental tener en cuenta la edad de los sujetos en conflicto ya sea en la infancia, adolescencia, la juventud, la edad madura o la senectud, debido a que las necesidades y preferencias son muy diversas. Sin caer en el edadismo.

Otros conflictos que tienen cabida en la mediación son los que surgen entre hermanos: ya sea por cuestiones sucesorias, por la gestión del patrimonio familiar o por los cuidados de familiares mayores o personas discapacitadas, que nos sitúan ante conflictos derivados de la falta de corresponsabilidad en el cuidado de personas dependientes y a la persistencia de roles de género en el seno familiar… y un sinfín de supuestos como los derivados de la gestión de una empresa familiar.

El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, aprobado por el Consejo de Ministros en julio de 2013 el cual no llegó a aprobarse definitivamente, establecía reformas

6 Como manifiestan Gutiérrez Hernán, E. y Corzón Pereira, F.: "Aspectos psicosociales", en *Mediación familiar*, (dir. E. Souto Galván), Dykinson, Madrid, 2012, p. 272: "El conflicto posibilitará la transformación de la persona a través del conflicto."

puntuales, por ejemplo, respecto del Código Civil en materia de mediación, introducía la conveniencia de incorporar en el Convenio Regulador (art. 90.1 g) la posibilidad de solucionar los conflictos mediante la mediación. Y en la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles incorporaba un art. 2 bis que en su apartado 2 concretaba las materias familiares objeto de mediación: "Los conflictos intrafamiliares susceptibles de someterse a la mediación prevista en esta ley son los surgidos:

a) En las relaciones entre personas unidas por vínculo matrimonial o pareja de hecho durante su convivencia o en los supuestos de ruptura, separación, divorcio o nulidad, antes de iniciar el procedimiento, durante su tramitación, en fase de ejecución de la resolución o en los procedimientos de modificación de las medidas judiciales adoptadas.

b) En los supuestos de sustracción internacional de menores.

c) En el seno de las personas unidas por vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, en los supuestos de herencia u otros de ámbito familiar.

d) Entre los menores y las personas con la capacidad judicialmente completada y los titulares de las instituciones de protección y apoyo que hayan sido designados o sus guardadores de hecho.

e) Entre la familia acogedora, los acogidos y la familia de origen respecto a cualquier conflicto o aspecto del acogimiento o convivencia.

f) Entre la familia adoptante, los adoptados y la familia biológica en la búsqueda de orígenes del adoptado y al objeto de facilitar el eventual encuentro o relaciones posteriores.

g) En relación con la obligación de alimentos entre parientes."

II. MARCO LEGAL.

El marco legal nos sitúa ante la Recomendación R (98), 1, de 21 de enero de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre mediación familiar por la que se instó a los países miembros de la UE a incorporar a sus Ordenamientos la mediación en el ámbito familiar o a fortalecerla. La misma define la mediación como: "un proceso en el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones objeto del conflicto, con vistas a la obtención de acuerdos comunes". Así, surgió con la intención de evitar el colapso de los tribunales de justicia y con el objetivo primordial -en el ámbito de las crisis

familiares- de velar por el interés del menor debido a que la familia persistirá de por vida, en tanto estén implicados hijos, con independencia de que la pareja termine.

En España encontramos una referencia a la mediación en la Ley 15/2005, de 8 de julio por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio donde introdujo la regla 7ª al art. 770 LEC: "Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación"; se añadió el apartado 2 al art. 777: "al escrito que se promueva el procedimiento se acompañará,…, incluyendo, en su caso el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación" y, la Disposición final tercera concretaba que: "El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas." Así la propia Exposición de Motivos de la Ley concretaba: "la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados."

Y todo ello se debe unir con el art. 158.6 CC[7] que establece la posibilidad de que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dicte: "6º En general, las demás disposiciones que considere oportuna, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas." Téngase en cuenta que al albur de dicha normativa las Comunidades Autónomas fueron publicando leyes sobre mediación familiar[8] pero, sin establecer criterios comunes[9].

7 Dicha referencia se introdujo por la Ley 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor en el art. 158.4 CC y en virtud de ella se posibilitó que los jueces remitiesen a las partes a mediación en asuntos en trámite, ya que no lo preveía expresamente la Ley 15/2005.

8 Es el caso de: la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de Galicia; la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar de la Comunidad Valenciana parcialmente derogada por la Ley 24/2018, de 5 de diciembre de mediación de la Comunidad Valenciana; Ley Canaria 15/2003, de 8 de abril de mediación familiar, reformada por la Ley 3/2005, de 23 de junio; Ley 4/2005, de 24 de mayo, de servicio social especializado de mediación familiar de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León; Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 1/2007, de 21 de febrero; Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de mayo; Ley de mediación familiar del País Vasco 1/2008, de 8 de febrero; Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía; Ley 15/2009, de 22 de julio de Cataluña y Ley 9/2020, de 31 de julio de modificación de libro segundo del CCCat y de la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado; Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Islas Baleares; Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón; Ley 1/2011, de 28 de marzo de mediación familiar de Cantabria; Ley 1/2015, de 12 de febrero del servicio regional de mediación social y familiar de Castilla-La Mancha.

9 En este sentido se pronuncia Pérez Giménez, M.T.: "Aspectos contractuales de la mediación familiar", en *Derecho y familia en el Siglo XXI* (dir. R. Herrera Campos y MA. Barrientos Ruiz), Almería, Editorial Universidad de Almería, 2011, p. 303.

A nivel europeo se dictó la Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo que abarca la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Siendo definida la mediación como: "un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de un litigio con la ayuda de un mediador". La incorporación a nuestro Ordenamiento de dicha Directiva se realizó por la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre. Con posterioridad encontramos el Informe de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de 26 de agosto de 2016 sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, por la que se pretende impulsar la mediación debido a que se ha comprobado, tal como establece el Preámbulo: "el conocimiento de la mediación sigue siendo escaso y la información no llega ni a las posibles partes ni a los profesionales del derecho…es necesario intensificar los esfuerzos para fomentar el recurso a la mediación a través de los mecanismos que establece la propia Directiva." Y, en la actualidad, después del Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación, por el cual se pretendían modificar tres leyes: la Ley de mediación, la Ley de asistencia jurídica gratuita y la Ley de enjuiciamiento civil, encontramos el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (ALMEP) aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de diciembre de 2020 que establece la mediación como requisito de procedibilidad.

Se debe resaltar la modificación del Código Civil de Cataluña (en adelante CCCat) por la Ley 9/2020, de 31 de julio por la que se instauró el carácter obligatorio de la sesión previa informativa de mediación en Cataluña, para ello se modifica: el Libro Segundo del CCCat y la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, reforma que entró en vigor el 4 de noviembre de 2020. El legislador en el Preámbulo de dicha ley concreta y recalca la importancia de la mediación en el ámbito familiar siguiendo las directrices europeas y, en este sentido, el informe de la Comisión Europea de 26 de agosto de 2016 el cual establece: "las prácticas que incitan a las partes a hacer uso de la mediación, aparte de algunos casos específicos antes descritos, todavía no son satisfactorias en general." Por ello dicho informe plasma que sería especialmente útil, tal como ahora se recoge en el Preámbulo del CCCat, párrafo tercero: "exigir a las partes que declaren en sus demandas ante los órganos jurisdiccionales que se ha intentado la mediación, lo que recordaría no solo a los jueces que conocen de las demandas, sino también a los abogados que asesoran a las partes, la posibilidad de recurrir a la mediación; sesiones de información obligatoria en el marco de un proceso judicial, y la obligación de los órganos jurisdiccionales de considerar la mediación en todas las etapas del proceso judicial, especialmente en materia de

Derecho de familia." Siendo uno de los principios de la mediación: la voluntariedad, se considera que con tal exigencia no se transgrede la misma, ahora bien, lo que se tiene que asegurar es la voluntariedad posterior a dicha sesión informativa, es decir, que en cualquier momento se pueda desistir de la mediación. Si acudimos al ALMEP comprobamos que modifica el art. 6 de la ley que recoge la voluntariedad para pasar a rubricarlo: "Requisito de procedibilidad y libre disposición", por lo que se tiene que evitar que dichos MASC se conviertan en un mero trámite y pierdan su auténtica esencia.

La Ley 9/2020, de 31 de julio por la que se modifica el CCCat no establece la obligatoriedad de la mediación en todos los casos sino cuando se haya pactado expresamente con anterioridad al ejercicio de acciones judiciales[10]. En cambio, la asistencia a la sesión previa informativa tiene carácter obligatorio[11].

III. LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR.

1. La autonomía de la voluntad.

Debemos partir de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en los casos de nulidad, separación y divorcio, la coloquialmente denominada "ley del divorcio" por la que se otorgaron una serie de mecanismos a las partes como es, el convenio regulador, por el cual pueden pactar las consecuencias de su ruptura al margen de la intervención del juez, quien lo ratificará en tanto no sea "dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges" (art. 90.2 CC). Se ejerce un control judicial de los acuerdos previos que han adoptado las partes, donde el juez realiza un control de contenido.

También se comprueba la importancia de la autonomía de la voluntad si acudimos a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio la cual se basa en la libertad y en la autonomía de la voluntad a los efectos de concretar su futuro conyugal, dejando al margen el sistema causalizado anterior. Con la perspectiva

10 Art. 233-6 CCCat: "1. La sumisión a la mediación es obligatoria antes de la presentación de acciones judiciales si se ha pactado expresamente."

11 Art. 233-6 CCCat: "3. Una vez iniciado el proceso judicial, la autoridad judicial, a iniciativa propia o a petición de una de las partes o de los abogados o de otros profesionales, puede derivar a las partes a una sesión previa sobre mediación, de carácter obligatorio, para que conozcan el valor, las ventajas, los principios y las características de la mediación, con el fin de que puedan alcanzar un acuerdo." Estando regulada dicha sesión previa en el art. 11 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña. A dicha sesión previa de carácter obligatorio también se derivará a las partes en caso de desacuerdos en el ejercicio de la potestad parental, para ello se ha reformado el art. 236-13 CCCat: "3. En los procedimientos que se sustancien por razón de desacuerdos en el ejercicio de la potestad parental, los progenitores pueden someter las discrepancias a mediación. Asimismo, la autoridad judicial, puede derivarles a una sesión previa de carácter obligatorio para que conozcan el valor, las ventajas, los principios y las características de la mediación."

que nos otorga el tiempo transcurrido podemos manifestar que desde el punto de vista psicológico dicho sistema no es adecuado para las partes porque no zanjan la problemática de raíz, es decir, el conflicto se mantiene "sine die" al no poderse expresar sobre el particular. Dicha reforma supuso un paso importante de cara a facilitar y fomentar la mediación, así lo expresa la Exposición de Motivos: "Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación o divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral"[12]. Aunque, se realizó de forma muy sesgada, sin dar excesiva publicidad a dicha posibilidad de resolución de conflictos lo cual supuso que no caló en la sociedad[13]. El Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles: "ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia." Pero, su utilización está lejos de lo deseable por ello la necesidad de fomentar la misma a través de la aprobación del Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación, aprobado por el Consejo de ministros en enero de 2019 y con posterioridad el ALMEP, diciembre 2020.

La mediación se basa en la flexibilidad y en el respeto de la autonomía de la voluntad[14] de las partes. La figura del menor cobra especial relevancia en la mediación familiar referida a crisis de pareja, conduciendo a una mayor privatización del Derecho de familia. Todo ello nos lleva a focalizar el interés en otros temas como el principio de igualdad en las relaciones familiares que nos conduce a evitar desequilibrios de poder, que pueden desencadenar en intromisiones en la dignidad y otros derechos y principios del Ordenamiento.

A pesar de todo ello, la autonomía de la voluntad, en el sentido de autorregulación por las partes de sus intereses, ha desempeñado un papel menos trascendental en el ámbito del Derecho de familia que en otros ámbitos jurídicos, debido al carácter imperativo de muchas de sus normas. Aunque, como hemos visto, desde la Constitución se ha ido acentuando y propiciando la capacidad de autorregulación en dicho ámbito, siendo las partes sujetos activos en la determinación de su relación

12 Y, a su vez, la Disposición Final Tercera establecía: "El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas."

13 En cambio, si acudimos al Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y el divorcio elaborado en 2004 hacía una mayor referencia a la figura, recomendado expresamente la utilización de la misma: "No obstante, los padres, cuando la adopción de determinadas decisiones relativas al ejercicio de sus potestades presente dificultad, habrán de tener en consideración que pueden optar, antes que por el recurso a la autoridad judicial, por solucionar sus diferencias acudiendo a procedimientos extrajudiciales más adecuados para la resolución de estos conflictos, entre los que cabe señalar la mediación."

14 Véase Parra Lucán, M.A: "Límites a la autonomía de la voluntad y derecho de familia", *Mediación y tutela judicial efectiva. La justicia del siglo XXI*, Reus, Madrid, 2019, p, 211.

futura e intereses. Un pacto previo sobre el particular en materias indisponibles facilitará la adopción de acuerdos con trascendencia legal.

2. Los conflictos en el seno familiar.

Por conflicto se entiende "una situación de diferencia, incompatibilidad o lucha expresa al existir diferentes aspiraciones que no pueden ser logradas de forma simultánea, surgiendo la necesidad de llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes."[15] Y, particularmente los conflictos familiares se refieren a "desencuentros y disfunciones en el funcionamiento de las familias"[16]. No sólo se trata de resolver el conflicto sino de llegar a la mejor solución posible a los efectos de la persistencia de las familias. Se debe acudir a la causa o causas del conflicto, que pueden ser infinitas: tanto referidas a recursos, es decir, a cuestiones materiales; a necesidades psicológicas; a distintas percepciones de la realidad; a tener asumidos diferentes valores; a encontrados modos de afrontar la vida y la existencia…

Así, como hemos apuntado anteriormente, en el seno del Derecho de familia podemos someter a mediación muchas de las controversias que se pueden suscitar, tal es el caso de los conflictos entre cónyuges o parejas estable, y todos los conflictos que puede llevar aparejado, por ejemplo, el derecho de visitas, custodias, pensiones…; los problemas derivados de la obligación de alimentos (no siendo posible la renuncia, la transacción ni la compensación con otros gastos, aunque sí la rebaja o la forma o modo en que se pagarán una vez que ha nacido la obligación), conflictos en el ejercicio de la patria potestad (no la titularidad o, la privación para la cual necesitamos la autoridad judicial), las relaciones filio parentales derivadas de la patria potestad, entre familias acogedoras u adoptantes, relaciones con abuelos o personas allegadas, conflictos derivados del cuidado de personas mayores o dependientes, acuerdos para limitar o excluir la pensión compensatoria, la liquidación de los regímenes económicos matrimoniales, en materia de filiación (no la adopción, ni el retrotraerse de un reconocimiento de complacencia)…

Debiendo diferenciar las relaciones horizontales, es decir, de los miembros de la pareja quienes adoptarán sus acuerdos de la forma que reporte mayores beneficios para cada uno de ellos; de las relaciones verticales, aquellas en las que se tendrán en consideración a los menores en todas las actuaciones que les puedan afectar y deberán intervenir de acuerdo con su madurez.

15 Rubio Peral, A.: "El conflicto", en *Mediación familiar: experto en gestión de conflictos*, (dir. T. Cendrero Melguizo), Formación Alcalá, 2020, p. 164.

16 Lauroba Lacasa, E.: "Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y…?", *InDret*, octubre 2018, p. 8.

Ahora bien, no es necesario colocarnos en la ruptura de pareja sino que constante matrimonio o mientras se mantenga la pareja es posible que surjan una serie de desavenencias que es recomendable solucionarlas a través de la mediación. Por ejemplo: la fijación de domicilio, falta de entendimiento en cuestiones económicas relativas a las cargas del matrimonio o determinados acuerdos respecto de los niños sobre el ejercicio de la potestad parental como: el hecho de que tenga, o no, que realizar la primera comunión, que asista a determinadas materias o asignaturas del colegio, es decir, problemas derivados de la educación o formación de los menores. Como manifiesta SINGER[17], nos encontramos en Derecho de familia ante una "litigiosidad impropia", los conflictos no tienen su sustento en aspectos legales sino emocionales o sociales, por tanto, no es apropiado acudir a unos tribunales por una simple desavenencia sin fundamentación legal en relación, por ejemplo: al uso del móvil por un hijo a una determinada edad, pero que si no se acude y resuelve en un determinado momento acaba minando la relación y el conflicto se agudiza, siendo adecuado centrarse en acciones preventivas.

3. Mediación y crisis de pareja.

El cambio social que se ha producido en los últimos años, donde las rupturas matrimoniales o de pareja se han multiplicado hace necesario articular un procedimiento no jurisdiccional voluntario, rápido y eficaz de resolución de conflictos.

A) Ventajas e importancia de la mediación.

Se debe tener en cuenta que la familia es el ámbito donde, ante un conflicto, surgen con más intensidad los sentimientos, afectos y emociones siendo muy conveniente acudir a dicha solución del conflicto, de forma terapéutica, trabajando sobre las causas del conflicto, a los efectos de un posterior entendimiento entre las partes a quienes se les habrá concedido el poder de decisión, dejando al margen el rol de ganador o perdedor. El objetivo será transformar el conflicto, en la medida de lo posible, transformar la relación entre las personas involucradas. El conflicto de pareja, supone un importante coste emocional que se puede intensificar si el mismo se cronifica. A su vez, los problemas de pareja trascienden a todos los ámbitos de los sujetos implicados ya sea relaciones sociales, laborales y con ello su rendimiento, salud física y mental. Por tanto, el mediador se encontrará –por regla general- ante un desajuste emocional que debe intentar equilibrar para poder empezar a trabajar: situaciones de ansiedad, miedo, temor, confusión, desconfianza... Por consiguiente, una vez que los sujetos consigan un crecimiento personal que permitirá relacionarse de la mejor manera con las otras personas

17 Singer, J. B., "Dispute resolution and the postdivorce family: implications of a paradigm shift", *Family Court Review*, vol. 47, núm. 3, p. 363.

implicadas, el centro del modelo habrán sido las personas; podremos acudir a los intereses de las partes, es decir, lo que quieren conseguir, intereses que pueden ser: compartidos, diferentes u opuestos. Aunque, se debe tener en cuenta que la mediación se diferencia de la terapia de pareja o de la labor que realiza un psicólogo. En estos se tratan los sentimientos y el cambio cognitivo o conductual de los sujetos para poder llegar a un mejor entendimiento. En la mediación, se pretende que las partes lleguen a un acuerdo el cual se plasmará en un documento escrito. A no ser que nos basemos en el modelo transformativo de Bush y Folger[18] que tiene como finalidad transformar el conflicto, transformar las relaciones, es decir, el objetivo no es el acuerdo. Dicho modelo de mediación se basa en la interacción de las personas, siendo el objetivo que las partes se sientan orgullosas de sí mismas, de la actuación y manejo del conflicto. No se puede permitir llegar a la destrucción mutua, a la desvalorización y falta de respeto. Se debe conseguir una interacción positiva, constructiva, favorable y provechosa. Es decir, pasar de lo negativo y destructivo a lo positivo y constructivo.

En este sentido el anteriormente citado Informe de la Comisión Europea de 26 de agosto de 2016 pone de relieve la conveniencia de acudir a mediación en éste ámbito: "Si bien la mediación es beneficiosa generalmente en materia civil y mercantil, debe destacarse su especial importancia en el ámbito del Derecho de familia. La medicación puede crear un ambiente constructivo para las negociaciones y garantizar un trato justo entre los padres. Además, es probable que las soluciones amistosas sean duraderas…".

El Consejo General del Poder Judicial[19] en ésta línea manifiesta: "En la jurisdicción de familia la existencia de hijos menores es un factor decisivo para inclinarse por esta vía. Los hijos menores son los grandes beneficiados por el cambio de actitud de los progenitores que pasan de la confrontación a la colaboración, lo cual como es lógico, beneficia no solo la relación personal entre las partes facilitando el aprendizaje a la hora de afrontar futuros y nuevos problemas, sino también a su entorno más allegado, y en especial a esos hijos que son los que más sufren en un proceso de ruptura."

Entre las ventajas que comporta la mediación en el ámbito familiar podemos transcribir las que recoge el Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales que conocen de procesos de familia del Consejo General del Poder Judicial de 2008 establece: "1. Construye relaciones. Favorece la comunicación. 2. Disminuye tensiones. Aumenta el comportamiento pacífico. 3. Se alienta la cooperación. 4. Se limitan las consecuencias negativas

18 Busch, R.A. y Folger, J.P, *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Barcelona, Granica, 1996.

19 Consejo General del Poder Judicial, "La mediación en el sistema de justicia", p. 50 (Consultado junio de 2021).

y posibles secuelas en hijos, favorece su ajuste personal, no se les somete a elección, no se sienten culpables, les proporcionan información coherente, según su edad. 5. Eleva la satisfacción psicológica y personal. Aceptación mejor de su situación futura. 6. Asumen responsabilidades los propios participantes. Retoman su protagonismo. 7. Se ajustan a acuerdos u opciones a sus necesidades reales. 8. Aumenta su información general e información coherente a hijos. 9. Empieza a desaparecer sentimiento ganador/perdedor. 10. Mira al futuro. 11. Favorece la flexibilidad, colaboración ante posibles cambios, incidencias. 12. Disminuye el coste afectivo, económico y temporal. 13. Probabilidad alta de cumplimientos de la resolución judicial."

Como observa Morillas Fernández[20], "las personas que han utilizado la mediación para gestionar su ruptura consideran la mediación como una herramienta de ayuda que mejora la comunicación, favorece el mantenimiento de la relación con los hijos, suaviza las emociones, cambia la percepción del conflicto y disminuye la conflictividad." Se producirá un cambio de la percepción mutua de la pareja, en ocasiones, simplemente derivada de las distintas formas de afrontar la vida. Y cabe añadir que no sólo supone un avance a nivel de pareja sino que como se ha manifestado: "permite una mejora tanto de la convivencia social, como del crecimiento individual."[21]

Los conflictos familiares, como manifiesta Vázquez de Castro[22], "resultan adecuados para la mediación al ser casos complejos en los que las implicaciones emocionales pueden interferir en el objetivo de satisfacer el interés superior del menor y un servicio de mediación racionalizaría el proceso". Es decir, los sentimientos, afectos, emociones…que conlleva el Derecho de familia no pueden ser abordados única y exclusivamente desde el ámbito jurídico, sino que, para solucionar el conflicto de raíz, se debe acudir a otros mecanismos, tal como es la mediación. Lo que conllevará ceder en cierta medida parte de la razón individual para pasar de lo justo a lo equitativo para poder adoptar soluciones globales adecuadas, satisfactorias para todas las partes y de continuidad. Así, se debe tener presente que la familia persiste, en el seno de la misma se produce una transformación, en los casos de separación o divorcio, pero no una ruptura o finalización de la misma ("enduring families"). Y, se han de adoptar acuerdos modulables al no ser la familia algo inmóvil o inerte, sino que se irá transformando de acuerdo con las circunstancias y necesidades de sus componentes. En este

20 Morillas Fernández, M.: "La mediación familiar. Derecho de familia y mediación familiar", en *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, (coord. JL. Monereo Pérez y otros), Tecnos, Madrid, 2015, p. 224.

21 En este sentido se expresa Sánchez Hernández, C.: "El género y su presencia en los procesos de mediación familiar", en *Mujer como motor de innovación y cambio social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 756.

22 Vázquez de Castro, E.: "El derecho/obligación de oír y escuchar a los hijos menores en la mediación familiar", en *La maternidad y la paternidad en el Siglo XXI*, (dir. S. Tamayo Haya), Comares, Granada, 2015, p. 285.

sentido Cobas Cobiella[23], "se desjudicializan los conflictos en la familia pues corresponde a los miembros de la misma, ayudados por el mediador, autoresolver su propia crisis." Como puntualiza Ortuño Muñoz[24], "con la mediación como instrumento específico elevado a rango legal, se contemplan las crisis familiares como un acontecimiento normal, habitual y no traumático del devenir de las relaciones de pareja, y se procura la superación de los problemas que en ellas se generan con el menor coste emocional para todas las partes implicadas, en especial para los hijos menores."

El propio ALMEP en el art. 1.4 hace referencia expresa a las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio al concretar: "No obstante, no podrán ser sometidos a medios adecuados de solución de controversias, ni aun por derivación judicial, los conflictos que afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable, sin perjuicio de que sí será posible su aplicación en relación con los efectos y medidas previstos en los artículos 102 y 103 del Código Civil."

Se debe abogar por una justicia restaurativa, una justicia terapéutica que tenga en cuenta el bienestar emocional de los usuarios[25], una justicia subjetiva. O sea, conseguir la humanización de la justicia, la dignidad en el proceso, es decir, una justicia restaurativa como concepto más global que engloba en su seno la mediación y otros mecanismos. Todo ello se conseguirá con abogados/mediadores colaborativos, que realicen negociaciones sinceras, íntegras, honestas y conscientes con las que se favorecerán acuerdos pacíficos.

Al respecto, se debe tener en cuenta el derecho colaborativo como otra "Alternative Dispute Resolution", la cual surgió en EEUU a finales de los años '80, es decir, el compromiso por parte de los letrados de llegar a un acuerdo y, en caso de no alcanzarlo, no pueden defender a dichos clientes en el foro, en un proceso. Con posterioridad surgió el derecho cooperativo, es decir, el hecho y el compromiso de llegar a un acuerdo, pero, en este caso, los letrados si no lo consiguen les podrán defender jurisdiccionalmente.

23 Cobas Cobiella, M.E.: "Mediación familiar. Algunas reflexiones sobre el tema", *Revista Boliviana de derecho*, 2014, núm. 17, p. 48.

24 Ortuño Muñoz, P.: "La mediación en el ámbito familiar", *Revista Jurídica de Castilla y León*, enero 2013, núm. 29, p.7.

25 Así se recoge en una de las conclusiones del IV Simposio de Mediación organizado por el Grupo Europeo de Magistrados para la mediación (GEMME). Al respecto Fariña Rivera, F. y otros: "La justicia terapéutica en procesos de ruptura de pareja: el papel del psicólogo", en *Aportaciones a la psicología jurídica y forense desde Iberoamérica*, editorial El manual moderno, México, 2014, p. 126, manifiesta que la justicia terapéutica: "tiene por objeto abordar los asuntos legales de una forma más comprensiva, humana y psicológicamente óptima, con consecuencias positivas para la vida emocional y el bienestar psicológico de los usuarios del sistema legal."

En otro orden de consideraciones, también nos debemos plantear porqué debe asumir el estado los gastos que conlleva un proceso de divorcio derivado de la ruptura de una unión libre tras una decisión calibrada por sujetos con capacidad de obrar que celebraron una boda con todos los lujos posibles de acuerdo con la capacidad económica de las familias o incluso endeudándose. Por ello, en Inglaterra y Gales la "Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act" (2012), tal como recoge LAUROBA[26] eliminó la asistencia jurídica gratuita en estos conflictos, salvo para casos de abuso/violencia. Así, el estado lo que hace es poner a disposición de dichas parejas, profesionales no jurídicos que ejercitan labores de mediación. En este sentido, cabe acudir al Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita.

B) Modelos de familias, de progenitores, de menores y de terceros.

El mediador debe tener presente los distintos modelos familiares y las situaciones concretas en las que se puede ver involucrado. Así, se debe partir de la existencia de distintos tipos de familia desde el punto de vista relacional y educativo. Nos podemos encontrar con familias más autoritarias, más permisivas o democráticas en las cuales todos sus componentes tienen derecho a expresarse y se adoptan las decisiones por consenso.

Respecto de la figura del progenitor/ra, tal como establece Cazorla González-Serrano[27], entre los casos especiales enumera: "el progenitor ausente, el progenitor sufridor, el progenitor alcohólico o drogadicto, el progenitor que maltrata emocional o físicamente a los niños, el progenitor que se encuentra en la cárcel, cuando uno de los progenitores ha fallecido, cuando los padres tienen un sistema de valores diferente…". En ocasiones son los propios padres los que colocan a los niños en situaciones verdaderamente problemáticas desde el punto de vista psicológico como es: el niño espía a través del cual la pareja pretende tener información de la expareja; el niño dividido; el niño mensajero; el niño víctima del sacrificio de su madre/padre; el niño manipulado…

El mediador debe focalizar los objetivos, la relación y la autoestima de las partes, debiendo tener en cuenta los estilos de respuesta de los sujetos: agresivos, pasivos, asertivos…y sus actitudes ante el conflicto: competitivo, colaborativo, de evasión, de acomodación, de compromiso y negociación… Ante personalidades agresivas será conveniente acudir a los "caucus" en mediación, es decir, reuniones de forma individual, confidenciales y privadas con una de las partes para evitar que se sienta intimidada, siendo, por consiguiente, una excepción a las sesiones

26 Lauroba Lacasa, E.: "Instrumentos para", cit., p. 11.

27 Cazorla González-Serrano, M.C, *Manual de especialización en mediación civil y mercantil*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 60 ss.

conjuntas. Cabe aclarar que me refiero a actitudes agresivas que no supongan violencia familiar, en dichos casos, como es sabido de acuerdo con el art. 87 ter.5 LOPJ: "está vedada la mediación".

En mediación se deben tener en cuenta los roles que terceros pueden asumir ante un conflicto[28]. En primer lugar, encontramos los terceros que se involucran en el conflicto: el tercero aliado a una de las partes, el tercero protector de una de las partes, el tercero opresor el cual sólo mira por su interés y provoca un mayor conflicto entre las partes, el tercero beneficiado o aprovechado por la situación de la cual intenta sacar rédito. Y, en segundo lugar, los terceros que no se involucran en el conflicto: el tercero indiferente, disuasor, moderador, decisor…

Siendo fundamental que el mediador tenga presente, en todo momento, los roles de género que se derivan, por ejemplo: "en el ejercicio de la autoridad en el seno de la familia, el desarrollo de las funciones de cuidado de los menores y mayores, los temas financieros"[29]. El papel del mediador es un elemento imprescindible y como manifiesta Corvo López[30] "es importante: 1) corregir los errores basados en creencias sobre roles (madre cuidadora y padre pagador y visitante); 2) resaltar el valor de la patria potestad disminuyendo el de la guardia y custodia; 3) fomentar el cuidado conjunto de los hijos como derecho-necesidad de éstos; 4) sacar a la luz los miedos de las partes." Todo ello en aras de una parentalidad positiva, siendo el objetivo la consecución de la corresponsabilidad parental, que implica que ambos progenitores se involucren por igual en el cuidado de los menores. En este sentido encontramos la Recomendación (2006) 19, del Comité de ministros del Consejo de Europa a los estados miembros sobre políticas de apoyo a la parentalidad positiva.

4. El coordinador parental.

Cuando en el seno familiar, y particularmente en las crisis de pareja, el nivel de conflictividad es elevado es adecuado acudir a otras figuras como el coordinador de parentalidad. Dicha figura surgió en los años 90 en Estados Unidos donde se acude a la misma como facilitadores de coparentalidad ("Parenting Coordination"). Su actuación es también voluntaria, aunque siempre intrajudicial y no confidencial

28 Véase Soleto Muñoz, H. y Otero Parga, M.: *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente,* Tecnos, Madrid, 2007, p. 72.

29 Sánchez Hernández, C.: "El género y su presencia", cit., p. 757 y 760, así la autora considera que el mediador "debe ser parcial para lograr la imparcialidad, para conseguir que el principio de autodeterminación se cumpla. Se trata en fin y al cabo de reequilibrar el poder". Gutiérrez Hernán, E. y Corzón Pereira, F.: "Aspectos psicosociales", cit., p. 287, la perspectiva de género: "implica desarrollar un conjunto de estrategias, propuestas e instrumentos presentes de forma transversal en todas las actuaciones realizadas, que permitan acercarse a la realidad, cuestionando las relaciones de poder que se establecen entre los hombres y las mujeres y en las relaciones sociales".

30 Corvo López, F.M.: "Los hijos menores ante la mediación familiar", *Derecho y familia en el Siglo XXI* (dir. R. Herrera Campos y M.A. Barrientos Ruíz), Editorial Universidad de Almería, Almería, 2011, p. 268.

debido a que otorga la información al Tribunal, al tratarse de un colaborador o auxiliar del juzgado (salvo si son las partes que requieren sus servicios y lo contratan). Dicha figura está centrada en las necesidades del menor siendo el objeto su protección, dispone de cierta autoridad, podrá concretar las actuaciones futuras en relación con la corresponsabilidad en un informe que concrete las medidas que se puede reflejar en un plan de parentalidad consensuado (o plan de ejercicio de la potestad parental, como recogía en Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, de julio de 2014). El propio plan de parentalidad puede "prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan", en este sentido, art. 233-9 CCCat.

La intervención del coordinador parental es a largo plazo a los efectos de conseguir sus objetivos realizando una fase no sólo inicial, de implementación, sino también una fase de mantenimiento y seguimiento, puede realizar recomendaciones al juez al actuar de forma más estrecha con él, en cambio, el mediador sólo informa al juez sobre los acuerdos[31]. A su vez, el coordinador puede acudir al entorno del menor y comprobar el parecer de profesores, tutores, allegados, en cambio, el mediador tiene más reducido su ámbito de actuación exclusivamente al núcleo familiar. Estando reconocida su actuación por medio del art. 158.6 CC y el art. 2 LOPJM y, de acuerdo con la normativa autonómica en el CCCat encontramos el art. 236.3.

Una sentencia interesante sobre el particular es la STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2015 por la que el Tribunal establece que el coordinador es: "un auxiliar o colaborador del juez en la implantación efectiva de las nuevas medidas con facultades de gestión del conflicto, de mediación, de reconducción de la familia hacia la normalización de una situación en un clima pacífico que permita que en un tiempo razonable la familia acepte las nuevas pautas y sea capaz de autogestionarlas. En algunos casos el coordinador parental puede tomar decisiones vinculantes para la familia."

Todo ello es sumamente satisfactorio para las partes, para los operadores jurídicos y, en general, para el sistema judicial al reducir la litigiosidad entre los progenitores y con ello la carga emocional. Y, consecuentemente, disminuye considerablemente las intervenciones de los equipos psicosociales de los juzgados.

31 Véase: Terrats Ruiz, G. y Carmona i Algueró, A.: "Características del rol del coordinador de parentalidad y sus diferencias con otras intervenciones", *Revista de Mediación*, 2019, 12, p. 1; Alba Ferré, E.: "El coordinador parental como mediador ante situaciones de alta conflictividad familiar", en *Cuestiones actuales en materia de mediación, Familia y Sucesiones*, Wolters Kluwer, Bosch, Madrid, 2020, p. 255; García-Herrera, A.: "Reestructuración de la familia tras la separación parental: mediación intrajudicial, mediación en el punto de encuentro familiar y coordinación de parentalidad", *InDret*, abril 2016, p. 18, "permite a los padres en conflicto aprendan a separar el rol de pareja del rol parental, se hagan más conscientes del impacto del divorcio en los hijos y de las consecuencias emocionales del re-litigio y adquieran nuevas habilidades de comunicación y gestión de emociones."

5. La actuación del juez y del mediador.

La actuación del juez recomendando una resolución alternativa de conflictos, es decir, un sistema "multi-door" es fundamental, por ejemplo: la invitación a la mediación familiar y, concretamente, a la sesión informativa previa para que tengan conocimiento y constancia de la mediación, amparándose en el art. 158.6 CC. Y, tal como recoge el ALMEP como vía previa y requisito de procedibilidad, paso previo necesario para posteriormente poder entablar la correspondiente acción (art. 1.3.). En ocasiones con una sesión informativa, ya se acercan posturas o incluso se llega a un entendimiento. El éxito de la mediación intrajudicial dependerá de las técnicas de mediación (tipo de preguntas, técnicas de comunicación…), de las dotes y habilidades expositivas y explicativas del equipo de mediadores, que pueden conseguir que se opte por la continuación con el proceso de mediación, al ser quienes explican las bondades de la misma.

O, por el contrario, quizá a una de las partes le "chirría" la voz del otro debido al estado de confrontación en la que se encuentran o, uno de ellos está totalmente "enganchado" emocionalmente al otro, por lo que necesita de un proceso más largo que una simple sesión informativa para acercar posturas. Por consiguiente, nos podemos encontrar ante problemas psicológicos o psiquiátricos de gran calado derivados de la relación familiar que requieran un tiempo y un tratamiento al margen de la mediación. Sólo en el caso de estar sanadas las partes, se podrá afrontar la mediación. A partir de ese momento será fundamental trabajar con las percepciones de las partes, las cuales derivan de sus sentimientos, creencias, valores y modo de afrontar el conflicto; para pasar a comprobar los posicionamientos de las mismas; sus intereses y deseos; las necesidades expresadas por ambas partes y los recursos con que contamos[32].

Se adoptará una solución integral, acudiendo a la raíz del conflicto, gestionando el conflicto, realizando un cambio de paradigma donde lo fundamental sea el respeto, la reparación y, en casos de crisis de pareja con hijos menores los vínculos afectivos hacia ellos sustentados en la corresponsabilidad de las partes. Siendo totalmente diversa la forma de afrontar una crisis matrimonial con hijos mayores donde la percepción de la situación e inseguridades serán diversas al deberse centrar, en estos casos casi de forma exclusiva, en cuestiones patrimoniales. En cualquier caso, las partes deben tomar conciencia de la situación de conflicto, tener una buena disposición al diálogo y asumir voluntariamente la mediación.

Por ello, hemos pasado de un proceso judicial adversarial, donde el juez resuelve el proceso identificando al responsable, constatando hechos probados y aplicando la ley, a un juez que tiene que "supervisar el proceso de reorganización

32 Véase Soleto Muñoz, H. y Otero Parga, M.: *Mediación y solución* de conflictos, cit., p. 62 ss.

de la familia, gestionar los conflictos en curso…tiene cabida la "therapeutic jurisprudence"[33]. Adquiriendo de cada día más importancia la justicia terapéutica.

El mediador debe centrar el proceso en la creación de un entorno familiar sano, dejar el sistema de confrontación, para pasar a una dinámica colaborativa, participativa, basada en la persona (en las emociones y circunstancias personales) y no exclusivamente en la ley. El mediador, como ya hemos manifestado, sólo asistirá o ayudará a las partes en el proceso de toma de decisiones, siendo ellos los que concretan el acuerdo. Se ha comprobado que la ley, el derecho positivo, no es suficiente para solventar todos los conflictos familiares, aunque, tampoco lo podemos soslayar u obviar porque ello supondría actuar al margen de la seguridad jurídica y el sistema establecido.

Cabe recordar que los mediadores, en todo momento, deben tener en cuenta la deontología de su profesión, debiendo otorgar un servicio profesional de calidad; para ello se necesita una buena formación y sustentarse en toda una serie de principios que, a falta de Código deontológico, nos lleva a los principios propios del proceso de mediación ya conocidos[34]. El mediador debe tener presente, en todo momento, que él no dirime, que él no es un juez, ni es abogado de ninguna de las partes, ni de las dos conjuntamente, que lo único que debe conseguir es una mejor composición o autocomposición y un acuerdo que surja de las propias partes (vía autocompositiva) a los efectos de su cumplimiento y de su necesidad de relación en el futuro derivado de la existencia de menores.

Siendo en ocasiones muy necesarios los programas educativos parentales, es decir, programas de apoyo para crear conciencia en los progenitores de la importancia de su actuación, así "se les enseñan a responsabilizarse de sus obligaciones, para alcanzar una labor coparental armónica y equilibrada"[35].

IV. EL INTERÉS DEL MENOR Y LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

Al margen de los principios implícitos en toda mediación como son: el principio de voluntariedad, principio de igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, principio de neutralidad, principio de confidencialidad, principio de buena fe, principio de inmediación, principio de flexibilidad, al centrarnos en el ámbito de la mediación familiar debemos acudir irremediablemente y con carácter prioritario al: interés del menor. En las siguientes páginas me centro en dicho principio, en relación con la mediación derivada de los conflictos de crisis

33 Lauroba Lacasa, E.: "Instrumentos para", cit., p. 9.

34 Véase Gutiérrez Hernán, E. y Corzón Pereira, F.: *Mediación,* cit., p. 294 en especial apartado: "5.1. Aspectos deontológicos de la mediación familiar".

35 Fariña Rivera, F.: "La justicia", cit., p. 114.

de pareja, dejando al margen otras mediaciones familiares, como pueden ser: las derivadas de conflictos intergeneracionales, en los que la figura del menor también debe situarse en el centro del sistema.

Como premisa básica debemos partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, la cual proclama el interés del menor en el art. 3. La Recomendación R (98), 1, de 21 de enero de 1998, sobre mediación familiar del Consejo de Europa, a partir de la cual se fue adaptando y desarrollando la normativa referente a la mediación en nuestro país; al tratar la mediación en las crisis de pareja en el Principio III concreta: "El mediador tendrá como objetivo principal, el bienestar y el interés superior del menor e instigará a los padres a concentrarse en las necesidades del menor y recordará a los padres su responsabilidad primordial el bienestar de sus hijos y la necesidad que tienen de informarles y consultarles."

En nuestro Ordenamiento, el interés del menor no se recoge de forma expresa en la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, si bien, se trata de un derecho que debe impregnar todo el Ordenamiento Jurídico. El legislador hacía referencia a dicho principio en la Ley 15/2005, a través de la cual –como hemos manifestado- se intentó implantar la mediación, en particular la Exposición de Motivos establecía: "Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el dialogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por la vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral."

En cambio, sí encontramos dicha referencia expresa en distintas leyes autonómicas de mediación: la Ley de Castilla y León, en el art. 4.3. y en el art. 7 c) hace referencia a que se debe: "Tener en cuenta los intereses de los menores…", siendo la formulación un tanto difusa, porque no sólo se debe "tener en cuenta" sino que según el art. 2 LOPJM debe ser "una consideración primordial", es decir, su entidad es mayor. Adecuada es la fórmula que utiliza la Ley de Mediación familiar de Cataluña que en el art. 6.2 se refiere a: "Los acuerdos que se adoptan, si hay hijos, han de dar prioridad al interés superior y al bienestar de los hijos y, por consiguiente, establecer las soluciones más apropiadas para todos los aspectos referidos a la vida y al desarrollo de la personalidad de los hijos"; al igual que la Ley valenciana, entre otras[36], art. 21.3: "En todo caso, los acuerdos que se adopten

36 La Ley de mediación familiar de Galicia se refiere al mismo en el art. 6.3. y 8.3; la Ley de mediación familiar Canaria en el art. 4.5; la Ley de mediación familiar de Madrid en el art. 4 f); art. 21 de la Ley de mediación familiar de las Islas Baleares; la Ley de mediación de País Vasco, arts. 5.2 y 6.2; Ley de mediación de Andalucía, arts. 1.2, 3 y 16 d); Ley de mediación de Aragón, art. 5, 15.2 y 17…

deben tener como prioridad el interés superior del menor, de las personas incapacitadas y el bienestar de los hijos."

Por tanto, el interés del menor actúa como objetivo y límite de la actuación del mediador, debiendo estar presente en todo momento. El mediador debe velar para que en cualquier actuación, adopción de medida, acción o decisión se valore, respete y tome en consideración el mismo. Siendo, en consecuencia, dicho principio un límite para todos los acuerdos que se puedan adoptar en mediación familiar[37]. Y todo ello porque, en ocasiones, los progenitores pierden la objetividad de la situación en la que están involucrados.

En mi monografía sobre la configuración del interés del menor[38], realizo un análisis exhaustivo del término y del art. 2 LOPJM, que fue reformado en el año 2015 por las leyes de infancia y adolescencia (Ley 26/2015, de 28 de julio y Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio). El legislador define el interés del menor como una "consideración primordial" del Ordenamiento Jurídico, esto significa que no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. Y, a su vez, que los intereses del niño tienen máxima prioridad. Es sabido, y cabe recordar, que de acuerdo con la Observación General núm. 14 (2013) del Comité de los derechos del niño de Naciones Unidas el interés del menor tiene una triple consideración: como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo y como norma de procedimiento.

El sistema por el cual optó el legislador en las leyes de la infancia y adolescencia de 2015, es otorgar una serie de pautas para concretarlo, dejando al margen de lo posible la arbitrariedad y salvaguardando con ello la seguridad jurídica, determinando una serie de criterios y elementos para su concreción. Aunque, se debe partir de la premisa que el interés del menor es un concepto jurídico indeterminado por ello, debemos acudir a aquellas zonas que fija la doctrina en estos conceptos como es: el núcleo fijo o zona de certeza, la zona de certeza negativa y la zona intermedia o de incertidumbre. A pesar de ello, el legislador con la reforma del art. 2 LOPJM ha otorgado a los operadores jurídicos y a cualquier sujeto que deba tratar con menores, una serie de criterios y elementos a los efectos de poder identificarlo ante una controversia particular, por ello, califico al interés del menor a partir de dichas leyes como "concepto jurídico relativamente indeterminado".

En este sentido el art. 233-6 del CCCat de acuerdo con la reforma efectuada por la Ley 9/2020, de 31 de julio de modificación del Libro Segundo del CCCat

37 Corvo López, FM.: "Los hijos", cit., p. 263.

38 Véase Verdera Izquierdo, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor: de la discrecionalidad a la concreción*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2019.

expresamente en el apartado 8 hace alusión al interés del menor: "Los acuerdos alcanzados en la mediación respecto al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental se consideran adecuados para los intereses del menor. La falta de aprobación por la autoridad judicial debe fundamentarse en criterios de orden público y de interés del menor." Llama la atención que el legislador catalán se refiere a los "intereses del menor" por lo que dicha alocución no parece identificarla con el interés del menor recogido en el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989, en cambio, en el Preámbulo de la referida Ley se refiere al "interés del menor" en distintas ocasiones: "De forma particular, la iniciativa también pretende proteger a los niños afectados por el conflicto, el interés superior que le es propio y su derecho a mantener las relaciones personales con sus progenitores y con otros miembros de la familia. Se convierte, por tanto, en una manifestación del artículo 3 de la Convención sobre los derechos de los niños, adoptada por Naciones Unidas en 1989, el cual obliga a los estados a adoptar todas las medidas legislativas y administrativas que sean adecuadas para asegurar a los niños toda la protección y la atención necesarias para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y los deberes de los padres."

Recordando siempre que los primeros y principales destinatarios del interés del menor son los progenitores quienes en el ejercicio de su potestad parental deben tener en cuenta, en todo momento, el bienestar del menor globalmente entendido; salvaguardado su dignidad y permitiendo su libre desarrollo de la personalidad.

Ahora bien, como manifiesta Corvo López[39], "si el proceso de mediación está presidido por la prevalencia del interés superior de los hijos, no puede ser un proceso caracterizado por el valor de la neutralidad cuando el mediador, apreciando la existencia de un interés superior digno de protección, actúe en el mismo condicionado inevitablemente por su protección y salvaguarda." Por tanto, la neutralidad se debe referir a las relaciones entre el mediador y los dos cónyuges, no entre el mediador y el menor quien debe hacer valer en todo momento la protección del menor y el interés del menor como una "consideración primordial" (art. 2 LOPJM) al margen de la voluntad, deseos e intereses de las partes.

1. Participación activa de los menores o meros sujetos de protección.

La figura del menor ha adquirido un mayor protagonismo en todos los aspectos de su esfera jurídica siempre en atención a su madurez (con anterioridad a las reformas de 2015 se hacía referencia a suficiente juicio). Tal como establece la Exposición de Motivos de la LOPJM al tratarse de "sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social".

39 Corvo López, FM.: "Los hijos", cit., p. 264.

Sujetos activos, no sólo objetos de protección como pretende determinado sector doctrinal que considera que los menores no deben tener conocimiento de lo acontecido en la mediación. Por consiguiente, la clave del actual sistema es promover la autonomía progresiva de los menores de edad.

Siendo "el interés del menor" un concepto limitativo e informador de otras instituciones que nos lleva a precisar el contenido de las mismas, por tanto, en sede de mediación nos servirá para imponer límites a las partes y el mediador sabrá hasta dónde puede actuar, funcionando como un límite para los operadores jurídicos, debiendo dejar al margen su percepción o consideración de autoridad o de superioridad respecto a los menores. La ventaja de la mediación familiar en relación con el interés del menor es que podremos alcanzar dicho objetivo de una forma más plausible: "permite una valoración de las circunstancias y de los intereses en juego alejada de una actitud obstruccionista por parte de los padres o titulares de la guarda que difícilmente puede superarse con medidas rígidas establecidas coactivamente."[40]

Se debe realizar una determinación del concepto "in concreto", de acuerdo con todos los datos aportados al supuesto particular, sobre el cual se debe pronunciar el operador jurídico[41]. Es decir, sobre un niño o adolescente concreto y particular, de acuerdo con sus circunstancias particulares, se debe individualizar al extremo la situación del menor. Como se ha manifestado teniendo en cuenta: "la personalidad del menor, la existencia de tipologías de familia, o de padres conflictivos, también la educación recibida por los niños y adolescentes…la pertenencia o no a un determinado grupo o etnia…"[42].

A) Derecho del menor a ser oído y escuchado.

El art. 9 LOPJM reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, con una redacción más detallada establece: "1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias."

40 En este sentido Belloso Martín, N.: "La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la ¿idoneidad? De la mediación familiar", *Anuario de la facultad de derecho*, Universidad de Alcalá, X, 2017, p. 31.

41 Como manifiesta Belloso Martín, N.: "La concreción", cit., p. 3, manifiesta que: "la capacidad de previsión del legislador nunca podrá abarcar las particularidades de cada caso concreto."

42 Cobas Cobiella, ME.: "Mediación familiar", cit., p. 756.

La inclusión en el art. 9 LOPJM de la referencia expresa a la "mediación", no es algo novedoso sino que se debe tener en cuenta que tal previsión se recogía por las distintas leyes autonómicas sobre el particular[43].

Se debe diferenciar la participación activa de la participación pasiva del menor en la mediación familiar. Es decir, su participación como parte en la mediación o su intervención como simple receptor de los acuerdos adoptados por las personas de su entorno, fundamentalmente por sus progenitores que -en teoría- son las personas que mejor conocen al menor y desean que alcance su libre desarrollo de la personalidad[44] lo que, en ocasiones, es discutible[45].

Siendo de cada día más imperativo respaldar una abogacía de la niñez de acuerdo con el art. 24.2 CE que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva. Se debe tratar de abogados con una sensibilidad particular, especializados en menores lo que garantizará su defensa. En este sentido, se manifiesta que "el niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo y que, además, prevalecerá el interés superior de las personas menores de edad cuando interactúan con el sistema de justicia."[46] En el ámbito penal dichas cuestiones se encuentran más desarrolladas, en este sentido encontramos el art. 22 de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores que establece concretamente en el apartado 1 b) de dicho art. 22: "Desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tendrá derecho a: b) Designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración." Derechos desarrollados por la Directiva Europea 2016/800/UE de 11 de mayo, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en procesos penales, siendo el objetivo establecer unas normas mínimas comunes.

43 Es el caso de la el art. 3, 9 b) y 21.3 de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar de Valencia (parcialmente derogada por la Ley 24/2018, de 5 de diciembre); el art. 6 de la Ley 4/2001, de 31 de mayo reguladora de la mediación familiar de Galicia; el artículo 3 de la Ley 15/2003, de 18 de abril de mediación de las Islas Canarias; el art. 3.3 de la Ley 4/2005, de servicio social especializado de mediación familiar de Castilla La Mancha; art. 8.1 de la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de la mediación familiar de la Comunidad de Madrid; art. 5.2 y 6.2 de la Ley 1/2008 de 8 de febrero, de mediación familiar del País Vasco; art. 1.2, 3 y 16 d) de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar de la Comunidad Autónoma de Andalucía; art. 5, 15.2 y 17 c) de la Ley 9/2011, de 24 de marzo de mediación familiar de Aragón.

44 Véase Verdera Izquierdo, B.: *La actual configuración del interés del menor,* cit., p. 135 ss, donde trato el libre desarrollo de la personalidad desde el punto de vista de la necesidad de promover la autonomía de los menores.

45 Díaz Cappa, J.: "Mediación con menores: límites jurídicos para su aplicación" http://weib.caib.es/IIIjornades_menors/documents/castellano/ponencia_cast_jdiazcappa.pdf, p. 6, (consultado mayo 2021) diferencia entre: "Mediación con menores. Mediación para menores" para referirse al menor como beneficiario de la mediación o al menor como parte del proceso mediador: "ello resulta del concepto amplio de conflicto familiar (objeto de la mediación) que venimos manejando, y que determina, a su vez, necesariamente, la necesidad de evaluar la capacidad general y concreta de un menor para adquirir y desarrollar eficazmente tal posibilidad (a modo de derecho)."

46 Martín Diz, F.: "Una necesidad emergente en justicia: la figura del abogado del niño", *Anuario de justicia de menores*, 2019, núm. 19, p. 52.

Aunque, como es sabido no es extensible al proceso civil (párrafo 17 de la Directiva) y en el proceso penal nos podemos situar ante el menor: infractor o víctima. Por ello, cada proceso debe ser "un traje a medida" para cada menor, de acuerdo con: su madurez, desarrollo evolutivo y circunstancias.

Así, la doctrina se encuentra dividida en torno a la cuestión de si los menores deben participar activamente en la mediación. Un sector considera que no se les debe hacer partícipes: porque el conflicto se debe centrar sólo en la pareja y ser ellos los que adopten el acuerdo, para evitar males mayores a los menores, porque el convenio regulador es un acto contractual al margen del parecer de los menores… Con carácter general, mi opinión es partidaria a la participación de los menores en el proceso de medicación entre otros motivos, porque así se recoge en la normativa internacional y nacional y debido a la flexibilidad del proceso, donde podrán aportar hechos significativos y les ayudará a afrontar la nueva situación. Por consiguiente, siguiendo a EEUU, quienes tienen más experiencia en MASC, salvo circunstancias extraordinarias debidamente acreditadas deben participar los menores, siempre de acuerdo con su capacidad, individualizando y concretando los casos al extremo.

Debiéndose tener en cuenta, que tal derecho de los menores aparece contemplado expresamente en el art. 2 LOPJM, en particular, en el párrafo 5 al tratar el interés del menor como norma de procedimiento. Siendo reflejo del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del niño de 1989. Las partes en el proceso de separación o divorcio son los cónyuges, no teniendo la consideración de parte los menores[47], sino que son simples espectadores los cuales serán oídos y escuchados pero las repercusiones de las decisiones de sus progenitores recaerán directamente sobre ellos, es decir, son los auténticos protagonistas en la sombra y, por consiguiente, deben estar involucrados en función de su madurez. Estando presentes inconsciente o conscientemente en todo el proceso de mediación al deberse adoptar todos los acuerdos teniendo como base su interés. En este sentido se ha manifestado que son los receptores indirectos de la mediación o los verdaderos beneficiarios siendo los destinatarios principales de la misma[48]. Esto

47 Aunque la Ley 15/2009, de 22 de julio de mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña establece en el art. 4: "Personas legitimadas para intervenir en un procedimiento de mediación. 1. Pueden intervenir en un procedimiento de mediación e instarlo las partes que tienen capacidad y un interés legítimo para disponer del objeto de la mediación. 2. Los menores de edad, si tienen suficiente conocimiento, y, en todos los casos, los mayores de doce años pueden intervenir en los procedimientos de mediación que los afecten. Excepcionalmente pueden instar la mediación en los supuestos del artículo 2.1.d, e y f. En los casos en que exista contradicción de intereses, los menores de edad pueden participar asistidos por un defensor o defensora." La Ley 1/2011, de 28 de marzo de Cantabria concreta: "Las personas menores podrán intervenir en la mediación en la medida en que, conforme a la legislación sustantiva, ostenten capacidad para disponer del objeto del conflicto." Y, la Ley 24/2018, de 5 de diciembre de Valencia, art. 22.2: "Las personas menores de edad y las personas con capacidad modificada judicialmente podrán intervenir en los procedimientos de mediación en la medida en que según la normativa vigente tengan capacidad para disponer del objeto del conflicto. En su defecto, podrán intervenir a través de sus legales representantes."

48 Cobas Cobiella, M.E.: "Menores y mediación en el ámbito familiar", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto 2020, núm. 3, p. 758 y 763 quien manifiesta que "no es lo mismo ser oído, a ser un sujeto activo

nos conduce a la posibilidad de afrontar la mediación como un sistema centrado en los propios menores ("Focused-child mediation") o una mediación que incluya a los menores con un papel más activo ("Inclusive-child mediation")[49].

La participación del menor es fundamental no sólo por la necesidad de ser oído, sino porque gracias a su intervención el mediador dispondrá de más información sobre el conflicto proveniente de un sujeto que puede aportar datos y detalles. Incluso el mediador y los progenitores podrán comprobar o constatar sus necesidades: tanto materiales como afectivas y con ello, las carencias. Y, al estar presentes los menores, puede ocasionar que las partes en conflicto se inhiban de realizar determinados reproches. En el proceso de mediación podrán vislumbrarse cuestiones desagradables, reproches mutuos, divergencias e incluso información respecto, por ejemplo, a relaciones de sus progenitores con terceros, no siendo necesario que el menor disponga de dicha información. Todo ello se debe tratar con cautela porque tanto puede operar: a favor como en contra de la mediación, porque para llegar a una solución que otorgue continuidad, que fomente la cultura de la paz, es adecuado desprenderse de determinado lastre emocional. Aunque, las partes en la medicación familiar deben tener muy presente el interés de la familia[50].

Por ello, se viene cuestionando la conveniencia de hacer partícipe a los menores en un proceso de mediación donde en determinados casos se ventilarán intimidades de la pareja que no es oportuno que tengan conocimiento, sino que es preciso un referente fuerte, como son sus progenitores, que sepan educarlos y con ello, que tomen decisiones firmes en torno a su persona. En consecuencia, un menor no tiene porqué asumir determinadas responsabilidades derivadas del malestar de sus progenitores o personas de su entorno en quienes confía, no quiere involucrase y necesita una dirección segura e invariable en su vida a la que aferrarse. Y, se debe evitar implicar a los menores en situaciones que puedan suponer un conflicto de lealtades, siempre salvaguardando la confidencialidad de las entrevistas. Así, por un sector se considera que al igual que constante matrimonio son los progenitores los que toman acuerdos en bien del menor, igualmente debería acontecer en sede de mediación. A su vez, el mediador no puede truncar la autoridad parental y la imagen que el menor dispone de sus progenitores.

dentro de la mediación, son situaciones distintas con consecuencias diferentes".

49 En este sentido Lauroba Lacasa, E.: "Instrumentos para", cit., p. 17 recoge distintas propuestas para integrar a los menores en la mediación: "1. El mediador de los progenitores habla también con los menores y luego se lo comunica a aquellos…2. Un comediador habla con los menores y luego informa al otro mediador y a los progenitores. 3. Un profesional diferente, experimentado en trabajar con menores, habla con ellos y luego informa al mediador y a los progenitores. 4. Los niños participan en un workshop con otros niños y sus opiniones son comunicadas a los padres por el medidor…"

50 En este sentido véase Verdera Izquierdo, B.: "El interés del menor *versus* interés familiar e interés particular de los progenitores", AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, (dir. M.V. Mayor del Hoyo), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2017, p. 519.

En cualquier caso, siempre se deberá analizar por los expertos correspondientes si dicho menor ha sido manipulado o influenciado por una de las partes. Por tanto, no se pueden realizar afirmaciones generalistas sino que se debe analizar cada familia "in concreto" y cada menor particularmente, en función de sus capacidades.

Así, en el ámbito familiar es adecuado acudir a mediación donde el menor podrá intervenir[51] de forma algo más relajada que en un proceso de divorcio y se conseguirá que exprese sus verdaderos deseos y anhelos, pudiéndose considerar él mismo "parte" de dicha mediación[52], aunque es sabido que no es "strictu sensu" parte de dicha mediación sino tan sólo un "tertius dolens", es decir, un sujeto sobre el cual recaerán las consecuencias. Como manifiesta Villagrasa[53] "la mediación cumple con una vía más que idónea para canalizar tal opinión expresada por las personas menores de edad, sobre su vida, y de conformidad con sus derechos, aunque encuentra no pocos escollos, lo que se ha calificado de adultrocentrismo", al no tener sujetos, actitudes ni medios preparados para relacionarse adecuadamente con menores.

Corvo López[54], recoge discusiones doctrinales en torno a la conveniencia de ser escuchados en los procesos de mediación: "En contra de que se involucre a los niños en el proceso se arguye entre otras cosas que: a) ello minaría la autoridad y poder de decisión de los padres y que influiría en la neutralidad e imparcialidad del mediador; b) la presencia de los hijos puede constituir un elemento perturbador por cuantos éstos nada tiene que ver con los problemas de los padres; no han intervenido en su gestación y no tiene recursos para solucionarlos, por lo que no deben conocer las divergencias y detalle íntimos que inevitablemente saldrán a la luz en las sesiones de medicación; c) cuando existen desacuerdos entre los padres respecto a lo que es mejor para los hijos, llamarles a mediación no es la mejor solución pues ellos necesitan que sus padres, como adultos que son, sepan qué es lo mejor para ellos."

51 https://www.afccnet.org/resource-center/resources-for-families/categoryid/1 (consultado abril 2021). Página de la "Association of family and conciliation courts" donde se recogen técnicas y materiales para abordar la comunicación con menores en tales supuestos.

52 Villagrasa Alcaide, C.: "La mediación como medio de resolución de conflictos para los menores de edad", en *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas*, (coord. M.P. Pous de la Flor, R.A. Leonsegui y F. Yáñez), Exlibris ediciones, Uned, Madrid, 2009, p. 19; Hinojal López, S.: "Los menores ante la mediación", *Cuadernos de derecho judicial*, 2005, núm. 5, p. 147; Pérez Vallejo, A.M.: "La mediación familiar como instrumento al servicio del interés superior del menor", *Derecho y familia en el siglo XXI* (coord. R. Herrera Campos y M.A. Barrientos Ruíz), vol. 1, 2011, p. 327; García Presas, I.: "Los menores y la legislación de las comunidades autónomas relativa a la mediación familiar", *Derecho y familia en el siglo XXI*, (coord. R. Herrera Campos y M.A. Barrientos Ruíz), vol. 1, 2011, p. 243.

53 Villagrasa Alcaide, C.: "Los menores en los procesos de mediación", *Mediación y tutela judicial efectiva. La justicia del Siglo XXI*, Reus, Barcelona, 2019, p. 227.

54 Corvo López, FM.: "Los hijos", cit. 273, en este sentido también se expresa Cobas Cobiella, ME.: "Menores y mediación", cit., p. 757 y 764, quien considera "…en ocasiones la no presencia del menor puede facilitar que se logre con más éxito la protección de sus intereses con las medidas o el acuerdo a que se llegue en mediación… si bien un niño de 12 años puede ser oído, escuchado y tenido en cuenta, ello no significará que en cualquier conflicto familiar pueda participar como sujeto activo de la mediación."

B) Derecho del menor a ser informado.

El derecho del menor a ser informado se recoge en la Observación general núm. 14 (2013): "Proporcionar a los niños información adecuada utilizando un lenguaje que puedan entender, así como a sus familiares y cuidadores, para que comprendan el alcance del derecho protegido por el artículo 3, párrafo 1, crear las condiciones necesarias para que los niños expresen su punto de vista y velar por que a sus opiniones se les dé la importancia debida". En el art. 5 LOPJM: "Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar información adecuada a su desarrollo." El art. 9.1.2. LOPJM establece: "informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión". Y, también específicamente en el art. 2.5 a) LOPJM, al tratar el interés del menor como una garantía del proceso. Así, se trata de un "prius", un paso previo o fase de preparación para que pueda conformarse una visión de la realidad sobre la cual debe ser escuchado. En consecuencia, el mediador debe salvaguardar el referido derecho de información de los menores.

Se debe llevar a cabo una labor tranquilizadora de los menores informándoles, de acuerdo con su capacidad, de cómo será la nueva situación y en qué medida les podrá afectar en su vida diaria en distintos aspectos: sus actividades extraescolares, vivienda, traslados, relaciones con otros familiares… Se les debe familiarizar con la nueva situación y ponerles de relieve que no se trata de una situación pasajera. Informales sobre qué es un proceso de mediación e incluso informales sobre sus propios sentimientos y cómo gestionarlos.

Lo adecuado sería informarle en un primer momento (en la fase preliminar de apertura o recepción) sobre la existencia de un proceso de mediación y, al final del mismo informarle de los acuerdos adoptados para que el menor se pueda pronunciar al respecto y, en su caso, las partes puedan modificar los acuerdos adoptándolos a la intervención del menor, pero sin hacerle responsable de dichos acuerdos. Rol que deben adoptar, en todo momento los adultos en los que el menor debe confiar y siendo los progenitores quienes deben actuar a partir de su responsabilidad parental (art. 154 CC). Por tanto, las fases de información e identificación del conflicto donde el mediador debe valorar el grado de malestar o confrontación entre las partes y la fase de negociación quedarían al margen de la intervención directa del menor.

Las partes, es decir los progenitores, conjuntamente con el mediador deben concretar, con carácter previo, en qué momento pueden intervenir y que información particular se les transmitirá. Ahora bien, como se ha manifestado, esta opción supone "una falta de respeto a la autonomía progresiva del niño, toda vez que se decide por él, nunca pudiendo ejercer por sí mismo sus derechos, en este caso, su derecho a ser oído, por no tener siquiera la oportunidad de decidir

autónomamente si ejércelo o no.''[55] Es decir, debemos desterrar la concepción del menor como sujeto necesitado de una protección particular y paternalista, para pasar a la concepción del menor como sujeto de derecho, quien debe participar de acuerdo con su madurez de forma autónoma, a pesar de que ello suponga –en ciertos casos- un gran lastre para los menores quienes, como he manifestado, necesitan referentes firmes.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

En consecuencia, debido al gran componente emocional y ético de los conflictos derivados del Derecho de familia, es fundamental adecuar la problemática para otorgar una solución global a través de la mediación. Todo ello en virtud del concreto y particular menor a quién se le otorgará audiencia lo que conlleva que las partes asuman la responsabilidad de la solución finalmente adoptada.

Conducirá a evitar o aminorar una serie de consecuencias en la sociedad derivadas, en muchos casos, de rupturas mal gestionadas como pueden ser: la necesidad de intervención de servicios sociales o sociosanitarios, niñas con depresión o anorexia consecuencia de falta de gestión del conflicto por sus progenitores que repercute en ellas, incluso conductas delictivas o comportamientos adictivos derivados de menores que crecen en familias totalmente desestructuradas en las cuales los progenitores no han sabido cumplir su función de padres… Y todo ello derivado de la sociedad actual donde uno de los derroteros es el individualismo en contra de principios y valores básicos del Derecho de familia como puede ser la solidaridad familiar.

55 Véase, Alarcón Cañuta, M.: "Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación", *Revista Ars boni et aequi*, vol. II, 2015, núm. 2, p. 34.

BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Cañuta, M.: "Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación", *Revista Ars boni et aequi*, vol. II, 2015, núm. 2, p. 11.

Alba Ferré, E.: "El coordinador parental como mediador ante situaciones de alta conflictividad familiar", en *Cuestiones actuales en materia de mediación, Familia y Sucesiones*, Wolters Kluwer, Bosch, Madrid, 2020, p. 255.

Belloso Martín, N.: "La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la ¿idoneidad? De la mediación familiar", *Anuario de la facultad de derecho*, Universidad de Alcalá, X, 2017, p. 31.

Busch, R.A. y Folger, J.P, *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Barcelona, Granica, 1996.

Cazorla González-Serrano, M.C, *Manual de especialización en mediación civil y mercantil*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2018.

Cobas Cobiella, M.E.: "Mediación familiar. Algunas reflexiones sobre el tema", *Revista Boliviana de derecho*, 2014, núm. 17, p. 48.

Cobas Cobiella, M.E. "Menores y mediación en el ámbito familiar", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto 2020, núm. 3, p. 735.

Corvo López, F.M.: "Los hijos menores ante la mediación familiar", *Derecho y familia en el Siglo XXI*, (directores: R. Herrera Campos y M.A. Barrientos Ruíz), Editorial Universidad de Almería, Almería, 2011, p. 268.

Díaz Cappa, J.: "Mediación con menores: límites jurídicos para su aplicación" http://weib.caib.es/IIIjornades_menors/documents/castellano/ponencia_cast_jdiazcappa.pdf, p. 1, (consultado mayo 2021).

Fariña Rivera, F. y otros: "La justicia terapéutica en procesos de ruptura de pareja: el papel del psicólogo", en *Aportaciones a la psicología jurídica y forense desde Iberoamérica*, editorial El manual moderno, México, 2014, p. 113.

García García, L.: *Mediación familiar. Prevención y alternativas al litigio en los conflictos familiares. I. Persona y familia*, Dykinson, Madrid, 2003.

García-Herrera, A.: "Reestructuración de la familia tras la separación parental: mediación intrajudicial, mediación en el punto de encuentro familiar y coordinación de parentalidad", *InDret*, abril 2016, p. 1.

García Presas, I.: "Los menores y la legislación de las comunidades autónomas relativa a la mediación familiar", *Derecho y familia en el siglo XXI*, (coord. R. Herrera Campos y M.A. Barrientos Ruíz), vol. I, 2011, p. 243.

Gutiérrez Hernán, E. y Corzón Pereira, F.: "Aspectos psicosociales", en *Mediación familiar*, (dir. E. Souto Galván), Dykinson, Madrid, 2012, p. 272.

Hinojal López, S.: "Los menores ante la mediación", *Cuadernos de derecho judicial*, 2005, núm. 5, p. 147.

Lauroba Lacasa, E.: "Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y…?", *InDret*, octubre 2018, p. 4.

Martin Diz, F.: "El derecho fundamental a justicia: revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva", *Revista de derecho político*, núm. 106, 2019, p. 37.

Martin Diz, F.: "Una necesidad emergente en justicia: la figura del abogado del niño", *Anuario de justicia de menores*, 2019, núm. 19, p. 51.

Morillas Fernández, M.: "La mediación familiar. Derecho de familia y mediación familiar", en *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, (coord. JL. Monereo Pérez y otros), Tecnos, Madrid, 2015, p. 224.

Ortuño Muñoz, P.: "La mediación en el ámbito familiar", *Revista Jurídica de Castilla y León*, enero 2013, núm. 29, p. 1.

Parra Lucán, M.A: "Límites a la autonomía de la voluntad y derecho de familia", *Mediación y tutela judicial efectiva. La justicia del siglo XXI*, Reus, Madrid, 2019, p. 211.

Pérez Giménez, M.T.: "Aspectos contractuales de la mediación familiar", en *Derecho y familia en el Siglo XXI*, (R. Herrera Campos y MA. Barrientos Ruiz, eds), Almería, Editorial Universidad de Almería, 2011.

Pérez Vallejo, A.M.: "La mediación familiar como instrumento al servicio del interés superior del menor", *Derecho y familia en el siglo XXI*, (coord. R. Herrera Campos y M.A. Barrientos Ruíz), vol. I, 2011, p. 327.

Rubio Peral, A.: "El conflicto", en *Mediación familiar: experto en gestión de conflictos*, (dirigido por T. Cendrero Melguizo), Formación Alcalá, 2020.

Sánchez Hernández, C.: "El género y su presencia en los procesos de mediación familiar", en *Mujer como motor de innovación y cambio social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 755.

Singer, J. B., "Dispute resolution and the postdivorce family: implications of a paradigm shift", *Family Court Review*, vol. 47, núm. 3, p. 363.

Soleto Muñoz, H. y Otero Parga, M.: *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente,* Tecnos, Madrid, 2007.

Terrats Ruiz, G. y Carmona i Algueró, A.: "Características del rol del coordinador de parentalidad y sus diferencias con otras intervenciones", *Revista de Mediación*, 2019, 12, p. 1.

Vázquez de Castro, E.: "El derecho/obligación de oír y escuchar a los hijos menores en la mediación familiar", en *La maternidad y la paternidad en el Siglo XXI*, (dir. S. Tamayo Haya), Comares, Granada, 2015, p. 285.

Verdera Izquierdo, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor: de la discrecionalidad a la concreción*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2019.

Verdera Izquierdo, B.: "El interés del menor *versus* interés familiar e interés particular de los progenitores", AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, (dir. M.V. Mayor del Hoyo), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2017, p. 519.

Villagrasa Alcaide, C.: "La mediación como medio de resolución de conflictos para los menores de edad", en *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas*, (coord. M.P. Pous de la Flor, R.A. Leonsegui y F. Yáñez), Exlibris ediciones, Uned, Madrid, 2009, p. 19.

Villagrasa Alcaide, C.: "Los menores en los procesos de mediación", *Mediación y tutela judicial efectiva. La justicia del Siglo XXI*, Reus, Barcelona, 2019, p. 227.

FUSIONE DELLE SOCIETÀ TRANSFRONTALIERE PER UN MERCATO SOSTENIBILE EUROPEO

MERGER OF CROSS-BORDER COMPANIES FOR A SUSTAINABLE EUROPEAN MARKET

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1742-1791

Salvatore
ACETO DI
CAPRIGLIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il contributo indaga il fenomeno dell'effettività della libertà di stabilimento societario e delle relative esigenze di riorganizzare degli assetti. Circostanza che ha determinato la necessità di fondare, a livello europeo, uno strumento giuridico ad hoc, in grado di oltrepassare i confini normativi degli Stati membri. La fusione transfrontaliera, consentendo un più ampio esercizio della libertà di stabilimento, si inserisce in perfetta sintonia con l'impegno costante perseguito dall'Unione europea, verso la creazione di un mercato unico che dischiuda nuove opportunità di prosperità, sia in ambito commerciale che lavorativo. Da ultimo, la Direttiva UE n. 2121 del 2019, disciplinando compiutamente le operazioni transfrontaliere, rimarca il solco tracciato dalla promozione della crescita economica, attraverso una maggiore armonizzazione della normativa applicabile alle imprese, che abbiano spunti di carattere intracomunitario. L'indagine comparatistica degli ordinamenti europei permette di cogliere l'evoluzione di tale istituto in un'ottica di concorrenza regolamentare, così come l'esperienza d'oltreoceano ha dimostrato le potenzialità di una normativa uniformata.

PALABRAS CLAVE: Mercato unico europeo; fusione societaria transfrontaliera; Direttiva UE 2019/2121.

ABSTRACT: *This paper investigates the phenomenon of the effectiveness of the freedom of corporate establishment and the related needs to reorganize the structure. A circumstance that has led to the need to found, at European level, an ad hoc legal instrument, capable of going beyond the legal boundaries of the member States. The cross-border merger, allowing a wider exercise of the freedom of establishment, fits perfectly with the constant commitment pursued by the European Union, towards the creation of a single market that opens up new opportunities for prosperity, both in the commercial and in the workplace. Lastly, the EU Directive no. 2121 of 2019, fully regulating cross-border transactions, underlines the path traced by the promotion of economic growth, through greater harmonization of the legislation applicable to companies with an intra-community nature. The comparative survey of European legal systems allows us to grasp the evolution of this institution from a regulatory competition perspective, as well as the overseas experience has shown the potential of a standardized legislation.*

KEY WORDS: *European single market; cross-border companies merger; EU Directive 2019/2121.*

SUMARIO.- I. MERCATO UNICO E LIBERTÀ DI STABILIMENTO: PROFILI SISTEMATICI. LA PLURALITÀ DI FONTI. BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI E PROBLEMI DI COORDINAMENTO METODOLOGICO.- II. L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA NELL'OPERA "ORTOPEDICA" DELLA LAW IN ACTION: GRAZIE ALLE PRONUNCE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE (SENTENZE CENTROS, UBERSEERING, INSPIRE ART E CARTESIO) SI MODULA LA REALIZZAZIONE DELLA LIBERTÀ DI STABILIMENTO. LA DISCIPLINA DI DISCLOSURE A SUPPORTO DEGLI INTERESSI DEGLI STOCKHOLDERS. LE RESTRIZIONI NECESSARIAMENTE IMPOSTE SCATURENTI DALLA PANDEMIA DA COVID-19.- III. LA CONCORRENZA REGOLAMENTARE: IL DIVERSO CONTESTO NORMATIVO TRA EUROPA E STATI UNITI D'AMERICA. LE OPERAZIONI DI RE-INCORPORATION AMERICANE E QUELLE DI INCORPORATION EUROPEE.- IV. FOCUS COMPARATISTICO. SOLUZIONI SUGGERITE DALLE ETEROGENEITÀ PRESENTI NEI VARI ORDITI NAZIONALI.- V. IL PROCEDIMENTO DI FUSIONE TRANSFRONTALIERA; SUPERAMENTO DEL VUOTO DI TUTELA PER I SOCI DI MINORANZA E I RISCHI DI ABUSO.- VI. NOVITÀ LEGISLATIVE: LA DIRETTIVA UE 2019/2121. IL CASO DEL PARALLELO CON LE SCISSIONI NON PROPORZIONALI (ART. 2506BIS, C.C.).

I. MERCATO UNICO E LIBERTÀ DI STABILIMENTO: PROFILI SISTEMATICI. LA PLURALITÀ DI FONTI. BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI E PROBLEMI DI COORDINAMENTO METODOLOGICO.

La possibilità di operare al di là dei confini nazionali è parte del ciclo di vita naturale di una società. Ciò comprende fenomeni modificativi come la realizzazione di fusioni, scissioni e trasformazioni transfrontaliere, che possono rappresentare una possibilità di sopravvivere e crescere attraverso, ad esempio, lo sfruttamento di nuove filiere commerciali operanti in altri Stati membri o l'adeguamento all'evolversi delle condizioni del mercato sfruttando le agevolazioni normative eventualmente elaborate nel modello giuridico di destinazione. Per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere, nel novembre 2019 il Parlamento e il Consiglio hanno adottato la direttiva (UE) 2019/2121[1]. La direttiva mira a rimuovere gli ostacoli ingiustificati alla libertà di stabilimento delle società dell'UE nel mercato unico agevolando le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere delle società dell'UE, e introduce procedure complete per tali operazioni nonché norme supplementari per le fusioni transfrontaliere delle società di capitali stabilite in un qualsiasi Stato membro dell'UE. Inoltre, essa prevede norme analoghe sui diritti di partecipazione dei lavoratori e mira a garantire che questi ultimi siano adeguatamente informati e consultati in merito all'impatto atteso di tali operazioni. I diritti degli azionisti di minoranza e senza diritto di voto godranno finalmente di una maggiore tutela e, allo stesso tempo, i

1 Reperibile in https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it.

• Salvatore Aceto di Capriglia
Professore associato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope", abilitato all'insegnamento in prima fascia per il settore concorsuale 12/E2. E-mail: salvatore.acetodicapriglia@uniparthenope.it

creditori delle società interessate beneficeranno di garanzie più chiare e affidabili. Ma la Direttiva *de qua* non è che il punto di arrivo di un articolato percorso fenomenologico normativo e soprattutto giurisprudenziale (in particolar modo ad opera della Corte di giustizia europea). Il principio guida della "libertà di stabilimento" è stato oggetto di attente riflessioni, alla luce dei rischi connessi ad un suo, non tanto remoto, abuso (ad esempio si consideri la possibilità che una fusione transfrontaliera possa essere realizzata al solo scopo di eludere normative fiscali, danneggiare creditori e soci di minoranza). Compito dell'operatore del diritto e dell'ermenueta, nonché dei legislatori nazionali ed eurounitari è bilanciare gli interessi in gioco: e*x uno latere* il diritto di stabilimento e le *change*s da quest'ultimo offerte (talvolta addirittura di sopravvivenza per una impresa); dall'altra parte la necessità di evitare abusi e violazioni, nonché garantire una serie di tutele per le parti c.d. "deboli" (ad esempio i soci di minoranza). Tale delicata opera di contemperamento è stata oggetto di interventi normativi europei, di decreti di recepimento nazionali e soprattutto di interessanti e costruttive pronunce della Corte di Lussemburgo.

Il D.lgs. 30 maggio 2008, n. 108, in attuazione della Direttiva 2005/56/CE, ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto della c.d. "fusione transfrontaliera" al fine di facilitare ed agevolare operazioni di fusione tra società di Stati membri dell'Unione europea. Tali eventi fenomenologici coinvolgono necessariamente valutazioni di diversi ordinamenti statali, comportando problemi di coordinamento di natura internazional-privatistica, in quanto occorre contemperare i valori giuridici del foro e quelli allogeni. La Direttiva veniva considerata un tassello normativo prioritario sin dal Piano di azione della Commissione societaria del 2003[2] e da quel tempo al centro dell'attenzione della Commissione[3]. Trattasi, tuttavia, di un intervento che solo in parte soddisfa le esigenze di uguaglianza delle fattispecie transfrontaliere rispetto a quelle domestiche, in quanto per "pragmatismo politico" si limita ad un "lavoro di sutura" tra corpi normativi nazionali e ad un minimo aggiornamento delle regole armonizzate esistenti alla luce dell'evoluzione societaria.

Quanto previsto dalla Direttiva è stato in parte anticipato dal coevo intervento della Corte di Giustizia nel caso "Sevic"[4], con il quale sono stati

2 Commissione Europea, *Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'Unione Europea – Un piano per progredire*, COM (2003)284 def. del 21.3.2003.

3 Commissione Europea, *Repert of the Reflection Group On the Future of Eu Company Law,* 5.4.2011, disponibile al link http://ec.europa.eu, *Piano d'azione: diritto europeo delle società e governo societario - una disciplina giuridica moderna a favore di azionisti più impegnati e società sostenibili*, COM(2012) 740 final, 12.12.2012. 13; Bech-Bruun-Lexidale for the *Directorate General for the Internal Market and Services, Study on the Application of the Cross-Border Mergers Directive*, settembre 2013, disponibile al link http://ec.europea.eu; Commissione europea, *Fusioni e scissioni transfrontaliere*, Consultazione della Commissione europea (DG MARKT).

4 C. Giust., sentenza 13.12.2005, in causa C-411/2003, *Sevic System AG.* Per quanto la decisione sia successiva alla data di adozione e pubblicazione della direttiva 2005/56/CE, il caso era pendente fin dal 2003 e la sua conclusione nel senso poi fatto proprio dalla Corte era dato per altamente probabile, se non addirittura

eliminati i divieti imposti da alcuni Stati membri circa la realizzazione delle fusioni transfrontaliere, sull'assunto che tali operazioni costituiscano modalità particolari di esercizio della libertà di stabilimento. L'aprioristico diniego da parte di uno Stato membro all'iscrizione nel Registro delle Imprese di una società nata da una fusione transfrontaliera in conseguenza della natura non domestica della stessa, costituisce una disparità di trattamento che viola una delle libertà fondamentali riconosciute dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea del 2012: la libertà di stabilimento[5]. Per quanto attiene alla materia oggetto dell'indagine, l'autonomia normativa dei singoli Stati membri è fatta salva dall'armonizzazione minima realizzata dalla Direttiva, che per sua natura è inidonea a creare un regime regolamentare semplificato, nonostante sia intervenuta dopo l'entrata in vigore

certo, già nel corso dei lavori preparatori della direttiva; l'Avvocato generale Tizzano aveva reso la sua opinione, conforme a quella poi espressa dalla Corte, in data 7.7.2005. Si noti poi, quanto all'efficacia dei due provvedimenti, che mentre il principio enunciato dalla Corte ha avuto effetto ovviamente immediato, ai sensi dell'art. 19 della direttiva gli Stati membri dovevano conformarsi alla stessa entro il 15.12.2007. È pur vero, tuttavia, che la sentenza *Sevic* non prende esplicitamente in considerazione le c.d. fusioni "in uscita", né i casi nei quali la fusione non comporta un esercizio del diritto di stabilimento secondario. La riluttanza della Corte al riguardo è probabilmente da attribuire alla sentenza del 1988 *Daily Mail,* peraltro successivamente confermata con la sentenza *Cartesio* (v. C. Giust., sentenza 16.12.2008, in causa C-210/06) in cui la Corte afferma che "le società sono creature del diritto nazionale", con ciò implicitamente ribadendo la competenza esclusiva degli Stati membri a decidere della loro estinzione. V. tuttavia Hansen, L.L.: "Merger, Moving and Division Across National Borders - When Case law Breaks through Barriers and overtakes Directives"*, EBLR*, 2007, 181, pp. 189-190, e Siems, M.M.: "Sevic: beyond cross-border mergers", in *EBOR*, 2007, n. 8, 307, p. 308; Kindler, P.: "Le fusioni nel diritto tedesco: la sentenza Sevic della corte di Giustizia e l'attuazione della direttiva 2005/56/CE", *Banca borsa, tit. cred*., 2006, p. 485 ss. La direttiva ha, pertanto, il merito di aver spazzato via ogni incertezza al riguardo, rendendo possibile sia fusioni "in entrata" sia "in uscita". Sul punto e in particolare sulle conclusioni dell'Avvocato generale al riguardo, v. già, diffusamente, Preto, A., Desogus, C.: "La direttiva comunitaria sulle fusioni transfrontaliere di società di capitali"*, Contratto e impresa Europa*, 2006, p. 243 ss. Sulla sentenza *Sevic* si vedano tra gli altri Mucciarelli, F.M.: "Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea: il caso Sevic", *Giur. comm,* 2006, p. 353 ss.; Crespi, S.: "Le fusioni transfrontaliere davanti alla Corte di Giustizia: il caso Sevic"*, Riv. internaz. dir. priv. e processuale,* 2007, p. 345 ss.

5 In tema di Diritto di Stabilimento (artt. 49-55 TFUE) i lavoratori autonomi e i professionisti o le persone giuridiche ai sensi dell'articolo 54 TFUE che operano legalmente in uno Stato membro possono: i) esercitare un'attività economica in un altro Stato membro su base stabile e continuativa (libertà di stabilimento: articolo 49 TFUE); o ii) offrire e fornire i loro servizi in altri Stati membri su base temporanea pur restando nel loro paese d'origine (libera prestazione dei servizi: articolo 56 TFUE). Ciò presuppone non soltanto l'abolizione di ogni discriminazione basata sulla nazionalità ma anche, al fine di poter usufruire concretamente di tale libertà, l'adozione di misure volte a facilitarne l'esercizio, compresa l'armonizzazione delle norme nazionali di accesso o il loro riconoscimento reciproco. Ovviamente i recenti eventi pandemici da Covid-19 hanno imposto gravi limitazioni al fenomeno della libera circolazione, non solo delle persone ma anche dei servizi. Tale tematica è stata trattata nel corso di un webinar [09-11-2020 14:15 *Webinar on the impact of Covid-19 on the Internal Market and consumer protection*] sull'impatto della pandemia di Covid-19 sul mercato interno e la protezione dei consumatori organizzato dal dipartimento tematico Politica economica e scientifica e qualità di vita e tenutosi il 9 novembre 2020. Dalla discussione è emerso che, negli anni a venire, nel settore dei servizi dell'UE si verificheranno probabilmente cambiamenti significativi nella natura della domanda e dell'offerta, derivanti dall'accelerazione del progresso tecnologico e dai cambiamenti nelle abitudini dei consumatori per effetto della pandemia. Inoltre, nel febbraio 2021 è stato pubblicato e presentato alla Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori uno studio commissionato dal dipartimento tematico Politica economica e scientifica e qualità di vita. Tale studio ha rilevato che, seppure la chiusura iniziale delle frontiere imposta dagli Stati membri abbia avuto ripercussioni notevoli sulla fornitura di servizi professionali transfrontalieri, la proliferazione degli strumenti digitali ha consentito il ritorno a un certo grado di normalità. *Cfr.* Marcus, J.S. et al.: *The impact of Covid-19 on the Internal Market*, reperibile su https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/658219/IPOL_STU(2021)658219_EN.pdf. In tema di ostacoli alla formazione di un mercato unico si veda il recente Dahlberg, E. et al.: *Legal obstacles in Member States to Single Market rules,* Lussemburgo, 2020 - studio destinato alla commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori.

del Regolamento sulla Società Europea (SE)[6]. Si limita, dunque, ad una farraginosa "combinazione di norme di diritto internazionale privato di conflitto, da un lato, e materiali, dall'altro lato: le prime dirette nella sostanza solo a disciplinare l'applicazione distributiva o cumulativa delle leggi nazionali applicabili, e le seconde a fissare talune (minime) regole di armonizzazione, ad esempio in tema di progetto comune di efficacia della fusione"[7]. I *Consideranda* che precedono il dettato della Direttiva dichiarano l'intenzione dell'intervento normativo precisando che lo stesso sia volto a "garantire il completamento e il funzionamento del mercato unico, mediante l'adozione di disposizioni comunitarie volte a facilitare la realizzazione di fusioni transfrontaliere" (Considerando 1), e a precisare che "nessuna delle disposizioni e delle formalità della legislazione nazionale […] dovrebbe introdurre restrizioni alla libertà di stabilimento o di circolazione dei capitali, a meno che tali restrizioni non possano essere giustificate in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia e in particolare dalle esigenze di interesse nazionale e non siano necessarie e proporzionate al raggiungimento di tali esigenze imperative" (Considerando 3). Tuttavia, la Direttiva ha lasciato irrisolte numerose e annose questioni[8]: prima fra tutte, omette di fissare una regola di diritto europeo che ponga il divieto ai singoli Stati membri di dettare regole difformi rispetto alle fusioni domestiche, al contrario permette, a determinate condizioni, di prevedere misure volte ad assicurare una protezione adeguata ai soci di minoranza che si oppongono alla fusione transfrontaliera. Si perde così l'opportunità di affermare un principio di piena equivalenza tra fattispecie di riorganizzazione imprenditoriale interna e intracomunitaria[9]. Un'altra rilevante questione che non ha trovato soluzione nella Direttiva è quella concernente i problemi che sorgono dall'eterogeneità delle normative nazionali in merito alla determinazione del rapporto di cambio. L'art. 10 permette, previa approvazione della maggioranza dei soci delle altre società partecipanti, l'applicazione della disciplina di uno Stato membro che preveda una procedura di controllo e modifica del rapporto di cambio in caso di recesso dei soci di minoranza, senza che ciò impedisca il rilascio del c.d. *pre-merger certificate*, creando problemi di certezza del diritto: non definisce chi siano i "soci di minoranza", né nei confronti di quale società possano far valere i propri diritti, né che tipo di tutela è per loro prevista. Alla luce dei vuoti normativi e delle lacune

6 Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio dell' 8 ottobre 2001 relativo allo statuto della Società europea (SE) *GUCE*, L. 294/1 del 10/11/2001.

7 Crespi, S.: *Le fusioni transfrontaliere*, cit., p. 362; e Ugliano, A.: "The New Cross-Border Merger Directive: Harmonisation of European Company Law and Free Movement"*, EBLR*, 2007, p. 585 ss., la quale nutre dubbi simili in relazione all'effetto negativo derivante dal richiamo alle norme nazionali operato dalla direttiva, in particolare per ciò che riguarda le società a responsabilità limitata, tuttora disciplinate da disposizioni nazionali spesso molto divergenti tra loro. Un esempio di questa frammentazione è fornito da Rickford, J.: "The Proposed Tenth Company Law Directive on Cross Border Mergers and its impact in the UK"*, EBLR*, 2005, pp. 1409 ss. il quale sottolinea la differenza tra le norme sulle maggioranze necessarie per l'approvazione della fusione da parte dell'assemblea nelle public limited liability companies, armonizzate dalla Terza Direttiva europea in materia societaria, e nelle *private limited liability companies*.

8 Che saranno compiutamente trattate nel prosieguo.

9 Lamandini, M., Desogus, C.: "Le fusioni transfrontaliere alla luce della direttiva 2005/56/CE"*, Diritto Societario europeo ed internazionale,* UTET Giuridica, I, 2016, p. 511 ss.

della nuova normativa, spetta ai singoli Stati membri prevedere una disciplina in merito, creando così un panorama legislativo europeo frammentato.

Nel nostro ordinamento assistiamo ad una pluralità di fonti che disciplinano la fusione transfrontaliera, ma prima di esaminare la disciplina vigente, occorre chiarire quali operazioni di fusione comprenda.

La fusione transnazionale o transfrontaliera o internazionale è l'operazione societaria straordinaria che coinvolge società costituite ai sensi di leggi nazionali diverse. Il formante dottrinale, però, ha chiarito che la qualificazione di tale istituto ai fini dell'individuazione della legge applicabile vada effettuata *lege fori,* sicché sarebbe erroneo pensare che la fusione sia solo l'operazione descritta dall'articolo 2501 c.c. A conferma di ciò, in passato, prima dell'adozione della Decima Direttiva[10], sono state realizzate fusioni fra società italiane, la cui disciplina prevedeva tale possibilità, e società inglesi, la cui normativa ignorava completamente l'istituto. Per compiere una siffatta operazione si è rivelato necessario e sufficiente ricostruire l'operazione nelle sue caratteristiche essenziali: un'operazione finalizzata all'integrazione giuridica della base sociale dei mezzi patrimoniali di due o più società in un'unica organizzazione corporativa. Tale integrazione si sostanzia nel trasferimento del patrimonio da una società all'altra, con la conseguente estinzione senza liquidazione della prima e l'assegnazione delle quote di partecipazione del capitale ai soci.

Un ulteriore chiarimento concerne il carattere internazionale della fusione, si ritiene transnazionale quando coinvolge società costituite ai sensi della legge di diversi Stati, ma la dottrina[11] si è chiesta se fosse da considerare in tal senso anche una fusione che interessa esclusivamente società di diritto italiano in vista della creazione di una società di diritto straniero. Al quesito la dottrina dà risposta positiva, ritenendo che si realizzerebbe un'operazione di trasformazione societaria e non c'è ragione per cui non sia possibile porla in essere.

Dalla pluralità di fattispecie si giunge alla pluralità di fonti. L'art. 25, comma 3, L. 31 maggio 1995, n. 218 riconosce la possibilità di porre in essere operazioni di fusione in questa direzione, utilizzando un criterio distributivo, secondo il quale il procedimento di fusione relativamente alle attività individuali è soggetto, per ciascuna società, alla legge dello Stato cui la società "appartiene", mentre le

10 Nel 2005, il legislatore comunitario ha emanato la cosiddetta decima direttiva (direttiva 2005/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005) recante la disciplina delle fusioni transfrontaliere tra società di capitali, sostituita, successivamente, dalla direttiva 2017/1132 (che riporta, *inter alia*, integralmente la disciplina esposta nella direttiva del 2005) attraverso la quale si è proceduto ad un'attività di sistematizzazione della normativa comunitaria in materia di diritto societario. Con la direttiva 2017/1132 sono state abrogate le direttive n. 82/891/CEE, n. 89/666/CEE, n. 2005/56/CE, n. 2009/101/CE, n. 2011/35/UE e n. 2012/30/UE.

11 Benedettelli, M.: "La fusione transfrontaliera", *Casi e materiali di diritto comunitario di interesse notarile: le società,* reperibile in https://elibrary.fondazionenotariato.it/.

attività congiunte da svolgersi secondo una necessaria interrelazione tra le società partecipanti all'operazione, sono disciplinate dalle norme di tutti gli ordinamenti coinvolti[12]. In particolare, i primi due comma del citato articolo svolgono la funzione di norme di conflitto nella parte in cui affermano la necessità di consultare la legge di costituzione degli enti, poiché la fusione comporta la modifica dello statuto societario e, pertanto, interessa l'ambito di operatività della legge di costituzione dell'ente. Il terzo comma, invece, è una norma materiale, in quanto riconosce e dà rilevanza giuridica alle fusioni, solo quando queste siano efficaci in base alle leggi di tutti gli orditi normativi coinvolti. Questa è la prima fonte da tenere in considerazione, per tutte le ipotesi, dato che non è detto che le società coinvolte nell'operazione siano di diritto comunitario, possono anche appartenere a Stati terzi oppure a membri della Comunità che non beneficiano della libertà di stabilimento.

A seguire si trovano gli articoli 43 e 48 del Trattato, che si rivolgono a tutte le società costituite ai sensi della legge di uno Stato membro, che abbiano con il territorio della Comunità un contatto: la sede legale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale.

Infine, si ha la Direttiva 2005/56/CE, che crea problemi di coordinamento delle fonti, in quanto prevede un proprio ambito di applicazione non coincidente con l'ambito di applicazione dei beneficiari della libertà di stabilimento[13].

Le sentenze della Corte di Giustizia non distinguono tra società di persone e società di capitali: il diritto di non avere ostacoli all'uso del diritto societario straniero è riconosciuto anche ai privati quando esercitano l'attività di impresa sotto forma di società di persone. La Decima Direttiva, però, si occupa solo di fusioni fra società di capitali, individuate attraverso un rinvio alla prima Direttiva e poi con una clausola di salvaguardia che comprende qualsiasi altra società "dotata di capitale sociale e avente personalità giuridica, che possiede un patrimonio distinto il quale risponde da solo dei debiti della società e che è soggetta, in virtù della sua legislazione nazionale, alle condizioni di garanzia previste dalla direttiva 68/151/CEE per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi". Pertanto, è possibile realizzare una fusione con una *private limited company* inglese, il fatto che non rientri nella normativa, non è di per sé ostativo all'applicazione della Direttiva nel caso in cui venga attestata la sussistenza delle condizioni richieste dalla clausola[14].

12 Busani, A.: "La fusione transfrontaliera e internazionale", in *Le società,* 6/2012.

13 Gli articoli 43 e 48 del Trattato CE fanno riferimento alle società in generale, dunque, anche alle società di persone, mentre la Direttiva disciplina solo le società di capitali.

14 È necessario precisare, proprio con riferimento al caso di società inglesi, che al termine dal "periodo transitorio", scaduto il 31 dicembre 2020, il Regno Unito, a seguito della c.d. *Brexit,* non ha più accesso al regime europeo e gli Stati membri dell'Unione Europea non saranno più tenuti a dare effetto alle fusioni che coinvolgono una società britannica. Il regolamento del 2007 sarà revocato e non saranno possibili fusioni nell'ambito del regime che coinvolge le società britanniche.

L'applicazione della Direttiva è limitata per quanto riguarda le società cooperative, in quanto, essendo impostata in termini di armonizzazione minima, prevede un rinvio al diritto nazionale che regola le fusioni interne. Il principio che si desume dalla Direttiva comporta che ogni Stato membro, con le proprie autorità (per il nostro ordinamento tale funzione è attribuita al Notaio), verifichi e constati la legittimità della fusione in merito ai requisiti e alle formalità interne in base alla legge dello Stato di incorporazione dell'ente. Poi, ciascuno Stato della società risultante dalla fusione, sempre con la propria autorità, verifica che siano rispettati i requisiti della fusione. L'operazione transnazionale si articola in due momenti, il primo riservato alla competenza dell'autorità dello Stato di origine e il secondo riservato all'autorità dello Stato della società risultante dalla fusione, che compie una verifica di legittimità avente valore in tutto il territorio dell'Unione. Nell'interpretazione della Direttiva è necessario prendere in considerazione il principio che si evince dal terzo Considerando ossia un *favor* dell'ordinamento comunitario verso le fusioni, da contemperare, secondo parte della dottrina, con il principio espresso dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, vale a dire che "per l'opposto tutela l'identità che ogni Stato membro dà al suo tipo societario. Se vogliamo, infatti, mettere in concorrenza, come se fossero dei prodotti, i diritti societari dobbiamo lasciare a chi questi prodotti li produce, nei limiti di un'armonizzazione minima, la libertà di definire il modello com'è"[15].

La circostanza che le fusioni transfrontaliere siano possibili solo nei limiti in cui siano possibili quelle domestiche, non fa sì che gli Stati possano vietare fusioni tra società domestiche e straniere. Tale disposizione significa che se nella fusione interna non è possibile che partecipi una società cooperativa a mutualità prevalente, il medesimo limite valga anche per le fusioni transfrontaliere.

Il nostro legislatore non si è limitato a recepire la Direttiva, bensì ha esteso la propria disciplina anche ad ipotesi di fusioni non ricomprese nella normativa comunitaria e a tal riguardo ha statuito che si dà prevalenza alla *lex societatis* della società risultante dalla fusione, ma all'art. 11 del D.lgs. n. 108/2008 afferma che in ogni caso è fatta salva la necessità dell'atto di fusione[16]. Nell'analisi dell'articolo 25, occorre rilevare infine, il terzo comma prevede che quando non si operi sotto la Direttiva ed il decreto stesso, sia compito dell'autorità di controllo italiana verificare che l'operazione societaria sia efficace in base alle leggi di tutti gli Stati e non solo di quello italiano. Tale disposizione non opera poiché si deve riconoscere il valore giuridico della società straniera, in quanto sottoposta agli accertamenti di legittimità della propria autorità competente[17].

15 Benedettelli, M.: *La fusione transfrontaliera*, cit.

16 Pertanto, nel caso in cui non fosse previsto dalla disciplina dello Stato della società risultante dalla fusione l'Italia si riserva la competenza di procedere alla stipula dell'atto di fusione secondo i crismi della legislazione interna.

17 Alle operazioni in esame opera il rinvio a tutta la disciplina codicistica, le norme fiscali, le normative speciali antitrust e contenute in leggi speciali, infine, il diritto straniero.

Le fonti esposte devono essere coordinate in quanto possono verificarsi tre situazioni: 1. fusioni tra società italiane e società di Stati membri che hanno recepito la Direttiva; 2. fusioni tra società italiane e società di Stati membri che non hanno recepito la Direttiva; 3. fusioni con società di Stati terzi o con società di Stati membri che non beneficiano della libertà di stabilimento[18]. Nella prima ipotesi non opererà l'art. 25 del Decreto, bensì gli artt. 2501 c.c. e ss., si dovranno interpretare le norme applicabili sulla base dei principi espressi dal diritto comunitario, dalla Direttiva e dall'art. 43 del Trattato, basandosi sul *favor* verso la fusione. Il secondo caso si è verificato proprio in Italia, in quanto la Direttiva è stata recepita tardivamente, pertanto, è stato affidato agli interpreti risolvere tale questione. È stato osservato che se le norme della Direttiva sono *self-executing* producono un effetto diretto, pertanto, anche secondo qualche sentenza della Corte di Giustizia, in questo caso lo Stato membro non è obbligato a recepire la Direttiva, trattandosi di norme già attuative[19]. Per quanto concerne, invece, l'ultima fattispecie si ha l'estensione volontaria della disciplina italiana, che riconosce tale possibilità a che condizione che si siano espressi in tal senso anche gli Stati membri coinvolti nell'operazione di fusione. Nel caso contrario, si applica il principio fondamentale espresso dall'art. 3 della Costituzione, che censura qualsiasi disparità di trattamento normativo che non abbia un fondamento razionale, con la conseguenza che si applicherebbero, probabilmente, in via analogica le norme del Decreto.

II. L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA NELL'OPERA "ORTOPEDICA" DELLA *LAW IN ACTION*: GRAZIE ALLE PRONUNCE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE (SENTENZE *CENTROS*, *UBERSEERING, INSPIRE ART* E *CARTESIO*) SI MODULA LA REALIZZAZIONE DELLA LIBERTÀ DI STABILIMENTO. LA DISCIPLINA DI *DISCLOSURE* A SUPPORTO DEGLI INTERESSI DEGLI *STOCKHOLDERS*. LE RESTRIZIONI NECESSARIAMENTE IMPOSTE SCATURENTI DALLA PANDEMIA DA COVID-19.

"[…]è necessario, al fine di garantire il completamento ed il funzionamento del mercato unico, adottare disposizioni comunitarie volte a facilitare la realizzazione di fusioni transfrontaliere tra diversi tipi di società di capitali soggette alle legislazioni di Stati membri diversi", in questi termini si esprime il primo considerando della

18 L'Olanda ha previsto ulteriori fattispecie: la c.d. fusione "triangolare in entrata", in cui i soci della società estinta ricevono azioni di una società olandese controllata dalla società olandese risultante dalla fusione; e la fusione "upstream" ossia tra una società controllata e la sua controllante. L'assenza di qualsivoglia riferimento nella Direttiva a ipotesi ulteriori di fusione, osserva la dottrina, fa sorgere un problema di coordinamento circa la possibilità o l'obbligo per gli altri Stati di riconoscere tali fattispecie. *Cfr.* Rapporto Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton, *Implementation of the Cross-Border Merder Directive in The Netherlands,* luglio 2008, 3, disponibile su www.cgsh.com.

19 Dell'annosa questione si è occupato Benedettelli, M.: *cit.,* argomentando in questi termini al fine di far riconoscere ad un *Council inglese* che, nonostante l'assenza dell'approvazione del Decreto, in Italia già vigeva un'autorità competente a rilasciare il certificato preliminare, il notaio. L'Autore sostenne che non fosse necessaria una normativa che attribuisse tale funzione al notaio, perché sarebbe stato discriminatorio individuare un'autorità diversa, dato che il notaio compie il giudizio di legittimità per le fusioni interne.

Direttiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005 relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali[20]. L'*incipit* della Direttiva, alla luce di quanto sopra esposto, permette di scorgere l'importanza della fusione transfrontaliera e la necessità di una disciplina comunitaria della stessa, ma tale rilevanza non è stata riconosciuta da tutti gli Stati membri. In particolare, l'adozione della Direttiva è l'approdo minimale di un lungo percorso istituzionale, avviato[21] a livello comunitario sin dal 1967, al fine di introdurre norme certe che permettessero fusioni intracomunitarie. Si definisce "minimale" l'intervento della Direttiva, in quanto l'obiettivo "di garantire la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse" era già contemplato dall'art. 220 del Trattato CEE e i progetti iniziali si proponevano di raggiungere tale scopo mediante una convenzione o una direttiva che facesse ampio rinvio alla disciplina della fusione domestica. La Commissione Europea presentò una prima proposta di convenzione internazionale delle fusioni transfrontaliere[22] già nel 1972, ma tale proposta rimase in sospeso a causa dell'eterogeneità delle legislazioni nazionali. Infatti, alla base di un così "timido" intervento normativo, vi sono anche ragioni politiche, la Commissione ha avvertito che quanto disposto fosse il massimo conseguibile alla luce del panorama giuridico europeo.

Il processo comunitario d'integrazione e liberalizzazione che si è sviluppato dagli anni 2000 ha investito in maniera preponderante la materia societaria. Pertanto, le società hanno maturato l'esigenza di sviluppare la propria competitività al di fuori dei confini statali allo scopo di conquistare quote del mercato comunitario sempre più rilevanti.

La necessità di operare su scala transfrontaliera ha indotto le società stesse a ricercare nuove modalità di integrazione e cooperazione che fossero compatibili con gli strumenti giuridici messi a disposizione sia in ambito comunitario, sia in ambito nazionale. Fra questi la fusione tra società appartenenti a diversi Stati membri consente di razionalizzare la gestione delle risorse e migliorare così la redditività dell'impresa. Dunque, si può affermare che: dal punto di vista di politica economica le fusioni transfrontaliere rappresentano un ulteriore tassello volto alla piena attuazione di obiettivi istituzionali di primaria importanza, quali la realizzazione del mercato unico europeo, l'effettività della libertà di stabilimento e

20 Direttiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005, pubblicata in G.U.U.E. n. L. 310 del 25 novembre 2005. La Direttiva, ai sensi dell'articolo 19, avrebbe dovuto essere recepita dagli Stati membri entro il 15 dicembre 2007, ma solo la Germania riuscì a rispettare tale termine. Pertanto, il ritardo degli altri Stati membri ha creato ulteriori problematiche di coordinamento tra le varie discipline, di cui si tratterà nel prosieguo.

21 Liakopoulus D., Mancini, G.: "La direttiva n. 2005/56/CE e la nuova disciplina comunitaria delle fusioni transfrontaliere di società di capitali", *Rass. Avv. Stato*, 2008, p. 7 ss.

22 La proposta aveva quale fondamento l'articolo 220 del Trattato CEE (divenuto articolo 293 CE) che prevede che gli Stati membri avviino tra loro «negoziati intesi a garantire […] la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse".

della circolazione dei capitali all'interno dell'Unione Europea[23], mentre, dal punto di vista economico puro, contribuiscono a sviluppare la competitività delle imprese sui mercati e, di conseguenza, a ridurre le inefficienze legate all'allocazione sub-ottimale delle risorse.

Le fusioni transfrontaliere, prima dell'adozione della Direttiva, erano possibili solo nel caso in cui le imprese interessate fossero stabilizzate negli Stati membri la cui legislazione permetteva tali operazioni. La materia era disciplinata dalle normative nazionali, spesso eterogenee, restrittive e discriminatorie. Vi erano Stati membri che vietavano alle società di realizzare le fusioni transfrontaliere e altri che le consentivano ponendo condizioni restrittive.

Una simile situazione normativa si poneva in antitesi rispetto allo sviluppo di un mercato europeo integrato e con l'esercizio del diritto di stabilimento e, soprattutto, rappresentava un ostacolo alla concretizzazione degli obiettivi della c.d. "Strategia di Lisbona"[24]. Attraverso la realizzazione della Strategia ci si propone di rendere l'economia europea "la più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale"[25].

L'assenza di una disciplina comunitaria armonizzata, dunque, poneva un freno allo sviluppo della dinamicità e competitività internazionale delle imprese come auspicato dalle istituzioni comunitarie. L'impossibilità di potersi avvalere liberamente di tale strumento comportava la ricerca di soluzioni alternative, il più delle volte complesse ed antieconomiche, basate su accordi di *joint venture* o altre procedure che implicavano la necessità di provvedere alla liquidazione e successiva ricostituzione delle società coinvolte nell'operazione.

Basti pensare alla fusione *Daimler-Benz* e *Chrysler*, che per essere realizzata ha visto la costituzione di una società tedesca *ad hoc*, la "*Daimler/Chrysler AG*", la quale lanciò un'offerta di scambio sulle azioni *Daimler* e *Chrysler* per fondersi successivamente con la *Daimler-Benz*[26]. Si trattava di strumenti giuridici inadeguati e inefficienti.

Il contesto politico-istituzionale ed economico europeo rendeva assolutamente improcrastinabile un intervento del legislatore comunitario diretto a facilitare la realizzazione delle fusioni transfrontaliere delle società commerciali, come

23 Articoli 2 e 3, paragrafo 1, lett c), CE.

24 Obiettivi elaborati in occasione del Consiglio Europeo tenutosi a Lisbona il 23 e il 24 marzo 2000, nel quale sono stati trattati i più rilevanti temi economici e sociali dell'Unione Europea.

25 Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Lisbona, punto n. 5, reperibili in www.europarl.europa.eu/summits/lis1_it.htm.

26 Esempio riportato da Mucciarelli, F.M.: "Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea: il caso Sevic", *Riv. Soc.*, 2006, p.419.

evidenziato anche dalla Commissione nel Piano d'azione in materia di diritto societario e *governance* nell'Unione Europea[27]. Nel Piano strategico d'azione, la Commissione manifestava l'intenzione di avanzare, in un più vasto programma di interventi di ammodernamento del diritto societario eurounitario, una proposta di direttiva in materia di fusioni transfrontaliere, poiché riconosceva come la crescente integrazione del mercato unico inducesse sempre più spesso le imprese ad operare su scala transfrontaliera all'interno dell'Unione senza poter disporre di strumenti giuridici adeguati. Da tali considerazioni fu evidente l'improrogabilità di un intervento del legislatore comunitario in materia, intervento sollecitato dalle imprese comunitarie ed, in particolare, dall'Unione delle Confederazioni industriali europee (UNICE), che invocavano "l'adozione di uno strumento giuridico comunitario atto a rispondere alle necessità di cooperazione e di raggruppamento tra società di Stati membri diversi, che permett[esse] loro di procedere a fusioni transfrontaliere".

La letteratura giuseconomicistica ritiene che le fusioni siano operazioni straordinarie particolarmente convenienti per l'impresa in termini di aumento dei margini di redditività ed efficiente gestione delle risorse[28]. In particolare, l'orientamento tradizionale più diffuso riconosce il vantaggio delle fusioni nella relazione positiva intercorrente fra dimensioni ed efficienza dell'impresa. La dottrina del *"law and economics"* rappresenta l'impresa come l'insieme dei rapporti che vengono posti in essere quando la direzione di un'*universitas* di risorse viene affidata ad un unico soggetto, l'imprenditore[29]. La gestione di detti rapporti, dunque, diventa progressivamente meno onerosa al crescere delle dimensioni dell'impresa, in quanto il costo di qualsiasi negoziazione è minore se questa avviene all'interno dell'impresa stessa piuttosto che all'esterno, rivolgendosi al mercato[30], ove i costi di transazione risultano particolarmente elevati.

Si consideri, poi, che la crescita dimensionale dell'impresa è legata anche alla diversificazione della produzione, con conseguente ottimizzazione dei canali distributivi e ripartizione del rischio di impresa, assicurando così un adeguato livello di stabilità del rendimento dell'attività commerciale rendendo "appetibile" la propria impresa a nuovi investimenti. Le dimensioni dell'impresa, infine, impattano

27 Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo *"Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'Unione Europea – Un piano per progredire"*, COM(2003) 284 def., del 21 maggio 2003.

28 Per una rassegna delle opinioni della dottrina giuseconomicistica circa l'efficienza delle operazioni di fusione, *cfr.* Benfratello, L.: "Determinanti ed effetti delle fusioni e acquisizioni: un'analisi sulla base delle notifiche alle autorità antitrust", *L'Industria*, XXII (3), 1999, p. 469 ss.

29 Coase, R.H.: "The Nature of the Firm", *Economia,* 4, 1937, p. 386 ss. Id.: *The Firm, the Market and the Law,* Chicago-London, 1988, pp. 40-42.

30 Lo stesso Coase, R.H.: *The Firm*, cit. p.43 osserva che il principio espresso è valido sino al raggiungimento di una dimensione tale per cui il costo di un'ulteriore negoziazione all'interno dell'impresa risulta ancora inferiore al costo della stessa negoziazione sul mercato. Alla luce di ciò appare chiaro che l'impresa tenderà a crescere di dimensione fino ad arrivare al punto di equilibrio ossia quando i costi di negoziazione interni ed esterni risulteranno pari: oltre tale punto sarà più conveniente rivolgersi al mercato.

positivamente anche sul potere contrattuale, sui mercati internazionali, sui costi di finanziamento[31]. La fusione, nella specie, quella transfrontaliera, rappresenta uno degli strumenti più efficienti per permettere una rapida crescita di dimensione all'impresa con costi contenuti, aumentando in tal modo anche la redditività stessa[32].

Contra c'è chi ha sostenuto che la maggior parte delle operazioni di fusione non siano volte a realizzare economie di scala o a creare potere di mercato, bensì siano uno strumento finalizzato a prevenire lo scioglimento anticipato ed il fallimento delle imprese in difficoltà economiche, attraverso la successione nel patrimonio dalle società in crisi alla società in crescita eludendo il procedimento di liquidazione[33]. Tale opinione ritiene che la fusione svolga la funzione di evitare le inefficienze legate ai costi delle procedure concorsuali e della dispersione patrimoniale causata dallo scioglimento anticipato della società, attraverso una riallocazione degli assetti proprietari in favore di imprese in crescita, in grado di ottimizzare lo sfruttamento di tali risorse patrimoniali[34].

Alle motivazioni sopraesposte della dottrina giuseconomicistica relative all'importanza delle fusioni, nel caso di fusione transfrontaliera se ne aggiungono altre dovute dal carattere sovranazionale dell'operazione. Tali considerazioni sono legate sia allo sfruttamento delle differenze esistenti fra le legislazioni nazionali[35], sia alle condizioni sussistenti nel mercato che rendono vantaggiosa la crescita transnazionale dell'impresa. I benefici, di un'operazione di tal guisa, però, sono in parte compensati dai costi che sorgono in virtù dell'operazione stessa: i costi di informazione relativi alla situazione patrimoniale delle imprese straniere; i costi relativi alla difficoltà di rapportarsi con normative diverse dal proprio ordinamento giuridico. Parte di questi costi sono stati arginati con la Decima direttiva societaria, che ha apportato vantaggi in tema di certezza del diritto, in quanto disciplina direttamente la materia con norme materiali uniformi ed individuando la legge applicabile a determinate fasi dell'operazione con norme di conflitto.

31 Vives, X.: *Le fusion transfrontaliere in settori regolamentati*, reperibile in http://www.lavoce.info/news/view.php?id=31&cms.

32 Williamson, O.: "Economies as an antitrust defense: the welfare trade-offs", in *American Economic Review,* 1968, 58, p. 18 ss. Secondo l'Autore le efficienze di costo legate allo sfruttamento delle economie di scale e del potere di mercato sono conseguibili, non solo attraverso la realizzazione di fusioni orizzontali, ma anche nell'ipotesi di fusione verticale e conglomerale.

33 Dewey, D.: "Mergers and Cartels: Some Reservations about Policy", *Market Economic Review,* 1961, 51, p. 261.

34 Sono stati evidenziati i limiti di tale teoria, tra gli altri, da Benfratello, L.: "Determinanti ed effetti delle fusioni e acquisizioni, cit., pp. 469-471, argomentando dall'analisi dei dati empirici relativi alle operazioni di concentrazione notificate alle autorità antitrust italiana e comunitaria. Secondo l'Autore, da tali dati emerge che le imprese acquisite risultano essere effettivamente quelle con i profili reddituali e finanziari peggiori rispetto al campione di controllo. Peraltro, il loro rendimento non sembrerebbe migliorare dopo l'acquisizione, mettendo così in dubbio l'idoneità delle imprese incorporanti di sfruttare in maniera efficiente le risorse dell'impresa acquisita.

35 In merito alla possibilità di avvalersi di normative fiscali più favorevoli si rinvia al secondo capitolo.

Prima dell'adozione della Decima direttiva e della pronuncia della Corte di Giustizia sul caso "*Sevic*", la fusione transfrontaliera era impedita o di difficile realizzazione a causa di due ordini di ostacoli: il primo relativo all'esercizio del diritto di stabilimento legato al mutuo riconoscimento delle società straniere e alle misure restrittive non proporzionate e discriminatorie previste da alcuni ordinamenti nazionali; il secondo di natura internazionalprivatistica, dovuto all'eterogeneità delle discipline nazionali in materia, alle norme di conflitto degli Stati membri che causavano incertezza del diritto applicabile e difficoltà di coordinamento.

La Direttiva è intervenuta per:

1) rendere ammissibile la fusione transfrontaliera in ogni Stato membro alle medesime condizioni e formalità previste dalla legge nazionale per le fusioni interne;

2) elidere qualsivoglia incertezza associata all'applicazione, all'in-terpretazione e al coordinamento delle norme materiali e internazional-privatistiche dei singoli Stati membri, attraverso l'introduzione di una disciplina armonizzata.

Constatato che le fusioni transfrontaliere siano una delle modalità attraverso le quali le società esercitano il diritto di stabilimento[36] e che prima della Decima Direttiva è stata la Corte di giustizia a porre le basi per l'effettività della libertà di stabilimento e per la disciplina attuale occorre esaminare l'evoluzione giurisprudenziale[37].

La libertà di stabilimento si sostanzia nel diritto di trasferirsi in uno Stato membro diverso da quello di origine per svolgervi, in modo stabile, un'attività economica di natura non subordinata, alle stesse condizioni poste dalla legislazione dello Stato di stabilimento nei confronti dei propri cittadini[38]. Trattasi del c.d. "principio del trattamento nazionale" ossia del diritto, per le società che si stabiliscano in un altro Stato membro, di ricevere lo stesso trattamento riservato alle società domestiche. Si pone il divieto, dunque, di porre in essere misure discriminatorie basate esclusivamente sulla nazionalità dei soggetti. Ai sensi degli articoli 43 e 48 CE, titolari di questo diritto sono sia le persone fisiche che abbiano la cittadinanza in uno degli Stati membri, sia le società che a tal fine sono equiparate ai cittadini dell'Unione. L'equiparazione è possibile purché le società abbiano scopo di lucro e siano costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro ed abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione. Il Trattato consente agli Stati membri

36 Rimane isolata l'opinione di Dewes, precedentemente riportata.

37 Si tratteranno solo i casi che ai fini del presente lavoro si sono ritenuti più rilevanti.

38 Righini, A.: "Il trasferimento transnazionale della sede sociale", *Contr. impr.*, 1006, 1, p. 763.

di decretare limitazioni all'esercizio di tale libertà mediante misure legislative regolamentari ed amministrative, purché siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica (Articolo 46 CE). La Corte di giustizia ha chiarito la portata di tale disposizione, riconoscendone la natura derogatoria ad una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato e ritiene che debba essere interpretata restrittivamente. Pertanto, troverà applicazione solo in presenza di una "minaccia effettiva e sufficientemente grave per uno degli interessi fondamentali della collettività"[39]. Quanto alle misure restrittive indistintamente applicabili, invece, sono sottoposte ad un test di compatibilità volto a verificare la sussistenza di quattro condizioni: carattere non discriminatorio; giustificate da motivi imperativi di interesse pubblico; idonee al raggiungimento dello scopo; proporzionate all'obiettivo che devono conseguire[40].

La libertà di stabilimento può essere esercitata in due modalità: primaria, consiste nel trasferimento del centro di attività di un soggetto in uno Stato membro diverso da quello di origine (trasferimento della sede sociale); secondaria, consiste nell'apertura di agenzie, succursali, filiali o qualsivoglia centro secondario di attività, in uno Stato membro diverso da quello di origine. Tale libertà ha avuto piena realizzazione solo a seguito degli interventi giurisprudenziali della Corte di Giustizia, che, come vedremo, ha dichiarato risolto il problema internazionalprivatistico della dicotomia fra teoria dell'incorporazione e teoria della sede effettiva.

La teoria dell'incorporazione, seguita, fra altri, da Regno Unito, Olanda, Danimarca e, con alcuni accorgimenti, anche da Spagna e Italia[41], statuisce che alle società si applichi la legge dello Stato in cui è avvenuta la costituzione. Non si pone, dunque, alcun problema relativo all'esercizio della libertà di stabilimento, in quanto alla società continua ad essere applicata la disciplina dello Stato di origine, anche qualora essa svolga la propria attività in uno Stato diverso. Tale teorica consente alle società di costituirsi in uno Stato membro che offra loro la legislazione più vantaggiosa, indipendentemente dal territorio in cui essere intendano svolgere effettivamente la propria attività, trasferendovi la sede amministrativa. Un siffatto criterio stimola la concorrenza fra gli ordinamenti giuridici a prevedere norme favorevoli alle imprese, ma comporta la necessità di prevedere limitazioni volte ad

39 Corte di Giustizia CEE, 27 ottobre 1977, causa C-30/77, *Bouchereau*, in *Racc.*, 1977, p. 1999 e Corte di Giustizia CE, 26 novembre 2002, causa C-100/01, *Oteiza Olazabal*, in *Racc.*, 2002, p. I-10981.

40 Corte di Giustizia CEE, 31 marzo 1993, causa C-19/1992, *Kraus*, in *Racc.* 1993, I-1663 e Corte di Giustizia CEE, 30 novembre 1995, causa C-55/1994, *Gebhard*, in *Racc.*, 1995, I-4165.

41 Nel nostro ordinamento la "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato" attuata con la legge n. 218/1995, si occupa del tema in esame all'art. 25, adottando il criterio dell'incorporazione, ma impone, comunque, l'applicazione della legge italiana ogni qual volta la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale della società si trovino in Italia. Per un autorevole commento su tale norma, *cfr.*, Benedettelli, M.: "La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato", *Riv. Soc.,* 1997, p. 39 e ss.

arginare il fenomeno delle c.d. *pseudo foreign companies* ovverosia quelle società che non presentano alcun tipo di legame con lo Stato di costituzione[42].

La teoria della sede effettiva o reale è seguita dalla maggior parte degli Stati membri, fra cui Germania, Francia, Belgio e Austria. Essa prevede che le società siano soggette alla legge dello Stato in cui hanno la propria sede amministrativa effettiva ossia il "centro decisionale da cui promana l'attività della persona giuridica"[43]. Il fondamento di tale orientamento è il principio della necessità di un legame reale fra le società e il territorio dello Stato dal cui ordinamento pretendono essere disciplinate[44]. A differenza della teoria dell'incorporazione, questa opera nel senso che lo Stato di trasferimento non riconoscerà la società quale persona giuridica, in quanto costituita secondo il diritto di un altro Stato. Impedisce alle società di stabilirsi in una nazione: la società per raggiungere tale scopo dovrebbe sciogliersi e successivamente costituire una società e*x novo* nello Stato di destinazione; scoraggia, dunque, la concorrenza fra gli ordinamenti. Si preclude così l'esercizio del diritto di stabilimento primario in quegli Stati che adottano il criterio della sede reale.

Quest'ultima teorica ha posto problemi di compatibilità con il Trattato in merito alla libertà di stabilimento delle persone giuridiche[45] ed al principio del trattamento nazionale, sul quale si basa l'intera disciplina del diritto di stabilimento[46]. Nel silenzio del legislatore europeo, si è espressa, a più riprese, la Corte di giustizia dell'Unione Europea, che ha concluso per la necessaria preminenza della libertà di stabilimento su ogni problematica internazionalprivatistica. Una prima significativa pronuncia si è avuta in occasione del caso *Daily Mail*[47]*,* con il quale la Corte ha affrontato il tema

42 Mucciarelli, F.M.: "Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari"*, Giur. Comm.,* 2000, II, p. 563. L'Autore osserva come, ad esempio, i giudici danesi siano particolarmente rigidi nei confronti delle richieste di iscrizione nel registro da parte di società costituite all'estero, ma aventi la sede amministrativa in Danimarca.

43 Così Mucciarelli, F.M.: Libertà di stabilimento, cit., p. 563.

44 Righini, A.: Il trasferimento transnazionale, *cit,* p. 759.

45 L'impossibilità di trasferire la sede amministrativa in un altro Stato membro rappresenta un'aprioristica restrizione ai principi di cui agli articoli 43 e 48 CE, non giustificata da alcun motivo di ordine pubblico. Nessun problema si dovrebbe invece porre per l'esercizio del diritto di stabilimento secondario, in quanto l'apertura di un centro di attività secondario in uno Stato membro diverso da quello di origine presuppone il riconoscimento della società da parte di tale Stato.

46 Il criterio della sede reale viola il principio di non discriminazione in quanto consente di porre la sede amministrativo all'interno dello Stato solamente alle società nazionali e non anche a quelle straniere.

47 Corte di Giustizia CEE, 27 settembre 1988, causa C-81/87, *The Queen c/Daily Mail and General Trust PLC*, in *Racc.*, 1988, p. 5483. Vi sono state pronunce precedenti in merito, come osservato da Lombardo, S.: "Libertà di stabilimento e mobilità delle società in Europa", *La nuova giurisprudenza commentata*., 2005, p. 358, come il caso Commissione c/Francia (Corte di Giustizia CEE, 28 gennaio 1986, causa n. 279/83, in *Raccolta delle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europe*e, 1986, p. 273). Nel caso, si decise su un ricorso presentato dalla Commissione contro la Repubblica francese, perché questa non aveva esteso alle succursali ed alle agenzie costituite in Francia dalle società assicuratrici di altri Stati membri, il credito d'imposta di cui godevano le corrispondenti società francesi. La Corte, con la sentenza 28 gennaio 1986, stabilì che alle società costituite secondo la legge di uno Stato membro, con sede o centro dell'attività principale nella Comunità, deve essere riconosciuto il diritto di svolgere la propria attività in altro Stato membro per mezzo di agenzie, succursali o filiali, godendo degli stessi diritti riconosciuti alle società nazionali.

del riconoscimento delle società straniere nell'ipotesi di trasferimento della sede amministrativa da uno Stato membro ad un altro. Il caso riguardava una società inglese, che si era vista negata dalle autorità fiscali del Regno Unito l'autorizzazione a trasferire la propria sede amministrativa in Olanda. Tale rifiuto era giustificato dal fatto che la società volesse trasferirsi al fine di sottrarsi al regime fiscale più rigoroso del Regno Unito.

Secondo la legge inglese, che segue la teoria dell'incorporazione, una società con sede legale nel Regno Unito può stabilire la sede e l'amministrazione centrale in uno Stato estero conservando la personalità giuridica e la nazionalità britannica. L'ordinamento olandese, che segue la medesima teoria, le avrebbe consentito di porre in essere tale operazione senza la pretesa di "nazionalizzare" la società. A ciò si opponeva il fisco britannico poiché secondo la propria disciplina, la residenza fiscale è individuata dal luogo in cui si trova la sede dell'amministrazione[48], *rectius* avrebbe perso le entrate derivanti dagli introiti della società.

La Corte di giustizia, investita della questione dalla *High Court of Justice* inglese, si è pronunciata circa i due quesiti pregiudiziali avanzati. Il secondo quesito, relativo all'applicabilità alle società commerciali della direttiva 73/148 sulle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri, viene sottovalutato dalla Corte, che si limita a ribadire che tale direttiva sia applicabile solo a favore delle persone fisiche. Per quanto riguarda il primo quesito, invece, la Corte conclude sostenendo che "Allo stato attuale del diritto comunitario le condizioni alle quali una società può trasferire la propria sede da uno Stato membro all'altro sono ancora di competenza del diritto nazionale dello Stato membro secondo la cui legislazione sono state costituite". Tale affermazione ha sancito la prevalenza delle norme di conflitto nazionali sulle norme del Trattato e la possibilità che il trasferimento della società all'interno della Comunità potesse essere ostacolato dai singoli ordinamenti nazionali.

L'impostazione della Corte di giustizia è stata fortemente criticata dalla dottrina[49]. La Corte, infatti, in aperto contrasto con quanto affermato nella precedente sentenza *Reyners*[50], ha negato efficacia diretta agli articoli 43 e 48 CE, subordinandone gli effetti all'adozione di direttive comunitarie o convenzioni internazionali. L'obbligo degli Stati membri di garantire il libero esercizio del diritto di stabilimento, invece, scaturisce direttamente dagli articoli 43 e 48 CE e prescinde, dunque, dall'eventuale emanazione di direttive ai sensi dell'articolo 44

48 Ballarino, T.: "Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea: da Daily Mail a Uberseering: norme imperative, norme di conflitto e liberta comunitarie", *Riv. Soc.*, 2003, p. 670.

49 Fra i molti, si citano Lombardo, S.: "Libertà di stabilimento e mobilità", cit., p. 360 e Conci, P.: "Fusioni e scissioni come forme di esercizio del diritto comunitario di stabilimento" (nota a Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 12 dicembre 2005, causa C-411/03), *Riv. dir. trib.*, 3/III, 2006, p. 86-87.

50 Corte di Giustizia CEE, causa C-2/74, in Racc. 1974, p. 631.

CE. L'adozione di una normativa *ad hoc* avrebbe l'unico scopo di facilitare - e non già di rendere possibile - l'esercizio effettivo della libertà di stabilimento, essendo l'eliminazione degli ostacoli al libero stabilimento oggetto "di un obbligo preciso e incondizionato, che non richiede alcuna ulteriore specificazione normativa"[51].

Concludendo, sebbene da una parte la Corte abbia prima affermato che il diritto di stabilimento sarebbe esercitabile per il tramite di una succursale o di una sede secondaria, dall'altra ha, di fatto, sancito il riconoscimento del diritto di uno Stato membro di limitare il trasferimento all'estero della sede di una società, facendo ricorso a motivazioni di ordine pubblico (nel caso di specie fiscali).

Pochi anni dopo il caso *Daily Mail,* con il caso *Centros*[52]*,* la Corte di giustizia ha compiuto un'inversione di tendenza in materia, nonostante la fattispecie fosse differente. Il caso vedeva una società, costituita da due cittadini danesi nel Regno Unito con un capitale irrisorio, che aveva richiesto la registrazione di una succursale in Danimarca. I cittadini danesi, che in realtà avevano intenzione di svolgere l'attività di impresa esclusivamente in Danimarca attraverso una succursale, avevano costituito la società secondo il diritto del Regno Unito allo scopo di evitare la più rigorosa disciplina danese sul capitale minimo. Le autorità danesi avevano respinto la richiesta di registrazione della succursale, in quanto avevano ritenuto che la costituzione all'estero della società rappresentasse uno strumento fraudolento, volto ad eludere la normativa danese, e quindi un classico caso di *pseudo foreign corporation* (o *mail-box company*)[53]. La società non aveva un capitale che rispondesse ai requisiti minimi imposti dal diritto danese e come tale, per quanto legittimamente costituita secondo il diritto straniero, non avrebbe potuto svolgere tutta la propria attività in Danimarca tramite una succursale. La Corte suprema della Danimarca aveva sollevato questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia in merito alla compatibilità del diniego di registrazione con la libertà di stabilimento.

A differenza del caso *Daily Mail*, che riguardava un problema di stabilimento primario in uscita, il caso *Centros* si riferiva a un'ipotesi di stabilimento secondario in entrata[54]. Dal raffronto delle due pronunce emerge un dato non trascurabile: la netta evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale del principio della libertà

51 Tesauro, G.: *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 522. Come si è già avuto modo di argomentare, anche la direttiva sulle fusioni transfrontaliere ha semplicemente lo scopo di facilitare e non di rendere possibile la realizzazione di tali operazioni, e dunque l'esercizio della libertà di stabilimento, in ambito comunitario.

52 Corte di Giustizia CE, 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros Ltd. c/ Ehvers-og Selskabsstyrelsen,* in *Racc.* 1999, p. I-1459.

53 Vengono dette *mail-box companies* quelle società formalmente costituite secondo il diritto straniero, che di fatto svolgono interamente la loro attività in uno Stato tramite una succursale.

54 In realtà, come è stato giustamente osservato (*cfr.* Mechelli, S.: "Libertà di stabilimento per le Società comunitarie e diritto societario dell'Unione Europea", *Riv. Dir. Comm.* e *del dir. Gen. Obblig.*, 2000, p. 107), la pronuncia contiene notevoli implicazioni anche, e soprattutto, sotto il profilo del riconoscimento della libertà di stabilimento primario delle società.

di stabilimento e del rapporto fra i principi del Trattato e le norme di conflitto nazionali. Sotto questo profilo, il caso *Centros* rappresenta una svolta perché segna l'abbandono dell'orientamento restrittivo che aveva caratterizzato il caso *Daily Mail* e rappresenta il passaggio al diverso indirizzo giurisprudenziale di apertura verso il riconoscimento del più ampio esercizio della libertà di stabilimento, che avrebbe poi contraddistinto tutte le successive pronunce in materia, sino ad arrivare alla recente sentenza *Sevic*.

La Corte di giustizia ha ritenuto che il divieto delle autorità danesi fosse incompatibile con la libertà di stabilimento secondario. Infatti, ai fini dell'esercizio del diritto di stabilimento secondario, è irrilevante che la società sia stata costituita in un uno Stato membro al solo scopo di stabilirsi in un secondo Stato membro per esercitarvi il complesso delle attività economiche: gli articoli 43 e 48 CE consentono la creazione di una succursale in uno Stato membro diverso da quello di origine anche qualora l'intento sia quello di svolgere l'intera attività di impresa esclusivamente presso la sede secondaria. Con particolare riferimento al caso di specie, la Corte ha, inoltre, affermato che la scelta di costituire una società in uno Stato membro con norme societarie meno rigorose, non costituisca esercizio abusivo del diritto di stabilimento e che il diniego di registrazione da parte delle autorità danesi non fosse giustificato da motivi di ordine pubblico ai sensi dell'articolo 46 CE.

In sostanza, la Corte ha riconosciuto il diritto delle società regolarmente costituite secondo l'ordinamento di uno Stato membro di essere riconosciute dagli altri Stati membri nei quali intendono stabilirsi, indipendentemente dal luogo in cui esse esercitano di fatto l'attività economica. In altri termini, la Corte ha legittimato le c.d. *pseudo foreign corporations*, sostenendo che la libertà di stabilimento attribuisca alle società il diritto di scegliere liberamente e senza limitazioni (salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 46 CE) il luogo di incorporazione e, con esso, la *lex societatis* più conveniente[55]. Di conseguenza, pur in assenza di un riferimento espresso in ordine alla compatibilità delle norme di conflitto nazionali con i principi comunitari sul diritto di stabilimento, la Corte sembrerebbe aver implicitamente aderito alla tesi dell'incorporazione e respinto la teoria della sede reale[56]. A questo riguardo, vale la pena di riportare i passaggi fondamentali dell'interessante interpretazione fornita da certa dottrina[57] in merito alla portata della sentenza *Centros* e alla sua implicita affermazione dell'esistenza di un generale obbligo di riconoscimento delle società comunitarie da parte degli Stati membri. È stato correttamente osservato che il riconoscimento, da parte della Corte di giustizia,

55 Sulle potenziali conseguenze della sentenza *Centros* in tema di concorrenza fra ordinamenti, *cfr.*, fra i molti, Mechelli, S.: "Libertà di stabilimento per le Società comunitarie", cit., p. 101 ss.

56 Come accennato, non tutta la dottrina interpreta la sentenza *Centros* in questo senso.

57 Mechelli, S.: "Libertà di stabilimento per le Società comunitarie", cit., p. 100-101

"dell'esistenza, direttamente al livello dell'ordinamento comunitario, di un diritto delle società comunitarie all'esercizio della libertà di stabilimento […] implica, secondo uno schema che è usuale nel funzionamento dell'ordinamento comunitario, la disapplicazione di qualsiasi disposizione contrastante di diritto nazionale"[58]. Da ciò deriva l'impossibilità di applicare le norme nazionali internazional privatistiche sul riconoscimento delle società che, come si è visto, possono porsi in contrasto con il diritto comunitario ostacolando la libertà di stabilimento[59]. Di conseguenza, sarà in base alle stesse norme comunitarie sul diritto di stabilimento che dovrà desumersi, in via suppletiva, un criterio di collegamento volto a determinare la *lex societatis*. Ebbene, poiché ai sensi dell'articolo 48 CE i soggetti che godono della libertà di stabilimento sono "le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro", è proprio in base a tale criterio (coincidente, in sostanza, col criterio del luogo di incorporazione) che dovrà avvenire il riconoscimento delle società stabilite in uno Stato membro diverso da quello di origine. Ne deriva l'esistenza di un obbligo generale di riconoscimento delle società comunitarie da parte degli Stati membri e la negazione di qualsiasi rilevanza della teoria della sede reale a livello comunitario.

La sentenza *Centros* è stata oggetto di molteplici letture sotto diversi punti di vista: in chiave di politica societaria, in chiave tecnico-giuridica ed infine in chiave di concorrenza tra norme imperative nazionali e diritto comunitario. In particolar modo, in relazione al tema della *sede sociale* e della *concorrenza regolamentare* essa è diventata un punto di riferimento imprescindibile, specialmente per coloro che scorgono in *Centros* una legittimazione, nello spazio giuridico comunitario, di un fenomeno di concorrenza tra diritti societari il cui risultato potrebbe essere la ricerca ostinata della legge più facile[60].

La Corte, infatti, pone chiaramente, un principio di importanza fondamentale, quando afferma in modo lapalissiano che gli imprenditori attivi sul mercato comune possono scegliere tra le legislazioni societarie degli Stati membri ai fini della costituzione di una società commerciale, e che tale facoltà di scelta costituisce di per sé una situazione di vantaggio desumibile dalle norme primarie del Trattato sulla libertà di stabilimento; con il corollario di escludere che contro di essa si possa utilizzare l'eccezione della frode alla legge o quella dell'abuso di diritto[61].

58 Mechelli, S.: "Libertà di stabilimento per le Società comunitarie", cit., p. 100.

59 Sotto questo particolare profilo risulta evidente l'inversione di tendenza della sentenza *Centros* rispetto alla sentenza *Daily Mail*, nella quale era stata negata efficacia diretta alle norme del Trattato e data prevalenza alle norme di conflitto nazionali sui principi comunitari relativi al diritto di stabilimento.

60 Ballarino, T.: "Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea: da Daily Mail a Uberseering: norme imperative, norme di conflitto e liberta comunitarie", *Riv. Soc, op. cit.*, p. 680; *cfr.* Colangelo, G.: "Uberseering e lo shopping giuridico dopo Centros", (nota a Corte di giustizia Comunità europea, 5 novembre 2002, n. 208/2000, *Uberseering BV c. Nordic Construction Co. Baumangement GmbH*), *Corriere giur.,* 2003, pp. 309-311.

61 Così Benedettelli, M.: "Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società", *Riv. dir. priv. proc.,* cit., p. 589 e Perrone, A.: "Dalla libertà di stabilimento alla competizione tra ordinamenti?

Le uniche legittime restrizioni che la libertà di stabilimento può subire sono, infatti, quelle elencate dall'art. 46, primo comma, del Trattato – disposizioni giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica – in quanto accompagnate, come abbiamo visto, da tre condizioni:

- che i provvedimenti restrittivi nazionali si applichino in modo non discriminatorio;

- che essi siano giustificati da motivi imperativi di ordine pubblico;

- che essi siano idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, non andando oltre quanto necessario per il suo raggiungimento[62].

Ne discende che tale rinvigorito diritto di stabilimento:

a) configura una situazione di vantaggio direttamente efficace e, quindi, azionabile di fronte ai giudici nazionali, in quanto inerente all'esercizio di una delle libertà fondamentali comunitarie;

b) sussiste anche qualora la società svolga tutte le sue attività in uno Stato membro diverso da quello della *lex societatis* prescelta e non abbia con lo Stato di incorporazione altri contatti, se non la scelta operata al momento della costituzione;

c) fa sì che uno Stato membro possa ostacolare il pieno godimento di tale diritto soltanto in via eccezionale, quando vanti un'esigenza imperativa alla tutela dei propri preminenti interessi pubblicistici[63].

Di conseguenza, rappresenta una nota significativa, questa volta però in chiave di concorrenza tra norme comunitarie e norme nazionali in materia societaria, l'inclusione, in materia di libertà di stabilimento, dei criteri generali suddetti per valutare la compatibilità con le norme del Trattato delle restrizioni ad una libertà fondamentale.

E proprio l'introduzione di tale tipo di esame presuppone il riconoscimento dell'efficacia immediata delle norme sul libero stabilimento e, implicitamente, anche l'abbandono della riserva contenuta nell'art. 293 del Trattato.

Alla luce di ciò osserva l'avvocato generale Dàmaso RuizJarabo Colomer nelle sue conclusioni per il caso *Uberseering* "il diritto europeo continua a non

Riflessioni sul caso Centros", *Riv. Soc.,* 2001, p. 1292.

62 Amatucci, C.: "L'armonizzazione del diritto societario europeo e la concorrenza tra ordinamenti nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia", *Innovazione* e *diritto,* 5, 2005.

63 Benedettelli, M.: "Mercato" comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano", *Rivista delle società*, cit., p. 701.

incidere direttamente sulla capacità degli Stati membri di organizzare liberamente le rispettive norme di conflitto, salvo imporre il rispetto dei suoi principi".

Per quanto riguarda, infine, la lettura in chiave tecnico giuridica, essa vede in *Centros* l'omologazione di una forma di trasferimento *de facto* della sede amministrativa, il superamento di *Daily Mail* e l'espressione di un obbligo per gli Stati membri di riconoscere una società straniera "stabilita" sulla base di tutti e tre i criteri previsti dall'art. 48 del Trattato, vale a dire sede sociale, amministrazione centrale e centro di attività principale[64].

I principi della sentenza *Centros* sono stati sostanzialmente ripresi e, in un certo senso, completati dalla sentenza Überseering[65], la quale, a differenza della prima, ha però affrontato un caso di stabilimento primario[66]. La Corte ha confermato il pieno riconoscimento della libertà di stabilimento delle società e la diretta applicazione degli articoli 43 e 48 CE. Il caso riguardava il trasferimento della sede amministrativa in Germania da parte di una società olandese. Si trattava, quindi, del trasferimento in uno Stato che adottava la teoria della sede reale da parte di una società costituita in uno Stato che applicava la teoria dell'incorporazione. L'applicazione del criterio della sede reale aveva portato le autorità tedesche a negare il riconoscimento della società olandese, in quanto non costituita secondo le norme dell'ordinamento tedesco. In *subiecta materia*, il tribunale di prima istanza tedesco, adito dalla società olandese per un'azione di risarcimento danni proposta nei confronti di una società tedesca, aveva dichiarato la carenza di legittimazione processuale della società attrice, in quanto sprovvista di capacità giuridica. Secondo i giudici tedeschi, infatti, la società olandese, non essendosi iscritta nel registro delle imprese tedesco, non aveva acquisito la capacità giuridica secondo l'ordinamento tedesco, ed avendo trasferito la propria sede amministrativa in Germania, aveva perso la capacità giuridica secondo il diritto olandese. La Suprema Corte tedesca, investita della questione, aveva rinviato la causa in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

La Corte di Giustizia ha affermato che gli articoli 43 e 48 CE attribuivano alla società, in quanto regolarmente costituita in Olanda, il diritto di stabilirsi in Germania e di essere ivi riconosciuta quale società di diritto olandese.

Riprendendo quanto già espresso nella sentenza *Centros* e superando le statuizioni della sentenza *Daily Mail*, la Corte ha così ribadito il principio della efficacia diretta delle norme comunitarie sulla libertà di stabilimento, chiarendo

64 Ballarino, T.: "Sulla mobilità delle società", cit., p. 680

65 Corte di Giustizia CE, 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering c/ Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*.

66 Per questo, a differenza della sentenza *Centros*, la sentenza *Überseering* contiene un riferimento espresso al caso *Daily Mail*, anch'esso riguardante lo stabilimento primario.

che la mancata adozione di una convenzione ai sensi dell'articolo 293 CE non impedisce l'applicazione diretta degli articoli 43 e 48 CE. Il disposto dell'articolo 293 CE ha, infatti, un carattere meramente sussidiario rispetto alla realizzazione del diritto di stabilimento e l'adozione di una convenzione ai sensi di tale norma avrebbe semplicemente la funzione di facilitare, e non di rendere possibile, tale realizzazione.

La Corte ha, altresì, precisato che le ragioni di interesse nazionale, che in talune circostanze possono giustificare l'adozione di misure restrittive della libertà di stabilimento, in ogni caso non possono giustificare la negazione della capacità giuridica e processuale ad una società validamente costituita secondo il diritto di un altro Stato membro, in quanto ciò equivarrebbe a negarle il diritto di stabilimento. Ne deriva un obbligo di mutuo riconoscimento delle società regolarmente costituite all'interno della comunità, posto a carico degli Stati membri, che presuppone la comune applicazione della teoria dell'incorporazione in luogo della teoria della sede reale, quest'ultima incompatibile con i principi del diritto di stabilimento.

La "diversità" di *Uberseering* rispetto a *Daily Mail* e *Centros* consiste soprattutto nel fatto di non porre un problema di concorso tra libertà comunitarie e norme imperative di uno Stato membro, bensì di fare riferimento al riconoscimento transnazionale della personalità giuridica di una società dopo la sua costituzione[67].

La Corte di giustizia era stata adita affinché si pronunciasse in via pregiudiziale su due questioni:

1) se gli artt. 43 e 48 del Trattato dovessero essere interpretati nel senso che si pone in contrasto con la libertà di stabilimento delle società, il fatto che la capacità giuridica e la capacità processuale di una società, validamente costituita secondo il diritto di uno Stato membro, vengano valutate sulla base del diritto dello Stato dove detta società ha trasferito la propria sede amministrativa effettiva, e che il diritto di quest'ultimo Stato, comporta che la società di cui trattasi non può più fare valere in giudizio in tale Stato i propri diritti *ex contractu*.

Ed in caso di soluzione affermativa della prima questione:

67 In dottrina *cfr.* Lombardo, S.: "Libertà di stabilimento e mobilità delle società in Europa"*, La nuova giurisprudenza commentata*., 2005, pp. 376 ss.; Benedettelli, M.: *op. cit*., p. 701 ss.; Colangelo, G.: Uberseering e lo shopping, *cit*., pp. 309-311; Licini, C.: "La sentenza Uberseering: un tentativo di riscrivere il d.i.p. per le società comunitarie?"*, Not.,* 2003; Righini, A.: "Il trasferimento transnazionale della sede sociale"*, Contratto e impresa,* 2006, p. 767-768; Perrone, A.: *op. cit*., p. 1292. Per una visione diacronica della problematica, Verrucoli, P.: *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella* common law *e nella* civil law, Milano, 1964.

2) se la libertà di stabilimento delle società (artt. 43 e 48 CE) implichi che la capacità giuridica e la capacità processuale debbano essere valutate sulla base del diritto domestico dello Stato dove la detta società è stata costituita.

Preliminarmente, la Corte rileva che le norme dello Stato dove la società ha trasferito la sede effettiva non sfuggono, allo stato attuale del diritto comunitario, all'applicazione delle disposizioni comunitarie in materia di libertà di stabilimento. Nello specifico, gli articoli 293 e 44 del Trattato, previsti al fine di facilitare la realizzazione della libertà di stabilimento, rispetto a tale realizzazione hanno solo carattere sussidiario e la mancanza di convenzioni non può limitarla[68]. Infatti, secondo la Corte, a *Uberseering*, come società costituita secondo il diritto dei Paesi Bassi, deriva tutela, in forza di questa sua costituzione originaria, secondo il combinato disposto dagli articoli 43 e 48 del Trattato CE (direttamente applicabili dalla fine del periodo transitorio)[69]. Soprattutto, *Uberseering*, deve essere trattata dall'ordinamento tedesco come società di diritto olandese e deve poter fruire, come tale, della libertà di stabilimento. In questo contesto, dunque, il requisito della ricostituzione in Germania equivarrebbe alla negazione stessa del diritto di stabilimento[70].

La Corte precisa ancora che in talune circostanze, seppure si possano giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento, in ogni caso gli obiettivi perseguiti non possono giustificare la negazione della capacità giuridica, ossia dello *status* di società validamente costituita in un altro Stato membro: ciò equivarrebbe alla negazione stessa della libertà di stabilimento. Quindi, il supremo Consesso magistratuale, ritiene che lo Stato d'arrivo non abbia il potere di negare né la capacità giuridica, né la capacità processuale alle società.

Per quanto concerne, invece, la seconda questione pregiudiziale, la Corte di giustizia afferma che lo Stato membro di stabilimento deve rispettare la capacità processuale che la società possiede in forza del diritto dello Stato membro di costituzione. Ed è proprio sulla base di questa decisione della Corte, che il Supremo Tribunale tedesco ha riconosciuto *Uberseering* secondo lo statuto originario di diritto olandese.

Dunque, i principi che si possono evincere dall'orientamento giurisprudenziale che la Corte ha seguito, prima in *Centros* e poi in *Uberseering*, argomentando sulla base della libertà di stabilimento, sono:

68 Vedasi punti 54 e 59 della sentenza *Uberseering*.

69 Sentenza *Uberseering* punto 60.

70 Sentenza *Uberseering* punto 82.

1) le società validamente costituite secondo il diritto di uno Stato membro debbono essere automaticamente riconosciute da parte di ogni altro Stato membro in cui le stesse intendono trasferire la propria sede effettiva, indipendentemente dal fatto che svolgano o meno un'attività economica nello Stato di costituzione. Pertanto, è legittimo che una società si costituisca in un Paese membro ed eserciti la propria attività in un altro (*Centros*);

2) le società validamente costituite all'estero, devono essere riconosciute dagli altri Paesi, i quali non possono né imporre una riqualificazione delle società straniere tale per cui alle stesse non sia riconosciuta la personalità giuridica e processuale (*Uberseering*), né, come si avrà modo di vedere nel caso *Inspire Art*, possono imporre l'applicazione di una normativa speciale.

In definitiva, ciò che avviene in *Uberseering* è la ripresa sostanziale della "filosofia di *Centros*" garantendo alla società un riconoscimento completo da parte dell'ordinamento tedesco sulla base del suo statuto di diritto olandese. La Corte conferma, dunque, che si applica il principio di collegamento dello Stato membro di costituzione e non dello Stato d'arrivo e ribadisce, inoltre, il concetto secondo il quale sia possibile utilizzare una forma societaria di un Paese membro che segua la teoria dell'incorporazione per svolgere attività di impresa in un diverso Stato.

Quella in esame rappresenta senza dubbio una decisione molto importante che consente di desumere dal combinato disposto degli artt. 43 e 48 del Trattato, una sostanziale limitazione della sfera di operatività della teoria della sede reale.

La Corte ha, non solo confermato l'impostazione liberale della sentenza *Centros*, ma anche recuperato il caso *Daily Mail*, nel senso di un coerente ancoraggio di tale decisione con la nuova impostazione ed interpretazione sistematica delle previsioni rilevanti del Trattato. Si deve constatare necessariamente, quindi, che la teoria della sede reale risulta in antitesi con la sentenza *Uberseering*.

L'orientamento favorevole all'adozione della teoria dell'incorporazione è stato, a breve distanza temporale, ulteriormente consolidato dalla Corte di Giustizia nella pronuncia *Inspire Art*[71], che, in sostanza, ha ampliato la portata applicativa dei principi già enunciati nelle sentenze *Centros* e Überseering.

Si trattava di una questione relativa all'esercizio del diritto di stabilimento secondario in entrata[72], simile a quella già affrontata nella sentenza *Centros*, con l'unica differenza che in questo caso la richiesta di registrazione della succursale

71 Corte di Giustizia CE, 30 settembre 2003, causa C-167/01, *Kamer von Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c/ Inspire Art Ltd, Foro it.*, 2004, c. 24, con nota di Colangelo, G.

72 Valgono anche per la sentenza *Inspire Art* le considerazioni già svolte per *Centros* circa il fatto che, nella sostanza, la decisione della Corte di Giustizia affronta aspetti relativi alla libertà di stabilimento primario.

non era stata negata, bensì sottoposta a determinate condizioni[73]. Non a caso, la Corte di giustizia ha ribadito quanto già affermato nella pronuncia *Centros* e cioè che, ai fini dell'esercizio del diritto di stabilimento secondario, è irrilevante che la società sia stata costituita in un uno Stato membro al solo scopo di stabilirsi in un altro per esercitarvi il complesso delle attività economiche e che la scelta di costituire una società in uno Stato membro con norme societarie meno rigorose non costituisce esercizio abusivo e fraudolento del diritto di stabilimento. Pertanto, nel caso di specie, la circostanza che la società fosse solo formalmente straniera non giustificava l'applicazione, da parte della Camera di commercio olandese, di misure restrittive.

Alla luce della pronuncia della Corte, ancora una volta, risulta, più o meno esplicitamente, affermata l'esistenza di un obbligo di riconoscimento delle società straniere regolarmente costituite secondo il diritto di uno Stato membro, senza che rilevi a tal fine il luogo in cui esse esercitano effettivamente la loro attività. Viene ribadito il principio secondo il quale l'unico criterio di diritto internazionale privato compatibile con la libertà di stabilimento risulta essere quello del luogo di incorporazione.

Con quest'ultima sentenza, la Corte di Giustizia aggiunge un nuovo importante tassello in tema di libertà di stabilimento delle società e concorrenza tra ordinamenti societari che ha visto nei precedenti *Centros* e *Uberseering* i passaggi fondamentali.

Il *case law* vede contrapporsi la società di diritto inglese *Inspire Art Ltd*, con sede a *Folkestone* (*UK*), ma operante esclusivamente tramite succursale nei Paesi Bassi, e la *Kaamer van Koophandel* di Amsterdam, circa la compatibilità degli obblighi imposti in Olanda alle "società formalmente straniere", con il principio della libertà di stabilimento ex art. 43 e 48 del Trattato CE[74].

La *Inspire Art Ltd* era stata costituita in Regno Unito per godere dei vantaggi derivanti, rispetto alla normativa olandese, dall'equivalente inglese relativa alla costituzione e al funzionamento delle società[75].

In Olanda, infatti, vi è una legge sulle "società formalmente straniere" (WFBV)[76], conseguenziale all'adozione della *law of incorporation*, che impone alle società di capitali aventi personalità giuridica costituita conformemente ad un

73 Per questo si può dire che, in un certo senso, *Inspire Art* completa *Centros*.

74 *Cfr.* Righini, A.: *op. cit.*, p. 768 e Pernazza, F.: "Libertà di stabilimento delle società in Europa e tutela dei creditori: il caso Inspire Art.", cit., pp. 373 ss.

75 "Tra questi vantaggi vi è il fatto che il diritto inglese, fino ad un ammontare di euro 18 000, non è prescritta la liberazione integrale delle azioni; il fatto poi che la costituzione è più veloce e non è previsto alcun controllo preliminare alla costituzione. Inoltre vigono disposizioni meno severe per le modifiche statutarie, il trasferimento di quote e la pubblicità" Ballarino, T.: *op. cit.*, p. 688.

76 *Wet op de formeelbuitenlandse vennootschappen*, legge sulle società formalmente straniere del 17 dicembre 1997, *Staatsblad* 1997, p. 697.

diritto diverso da quello olandese di iscriversi nel registro delle imprese come "società formalmente straniere".

Da tale qualificazione derivano, secondo legge, due ordini di conseguenze:

prima facie, le società "formalmente straniere" sono tenute a pubblicizzare tale qualificazione, attraverso l'integrazione con tale locuzione della loro denominazione nel registro delle imprese, nonché una serie di dati attinenti alla loro struttura ed organizzazione;

in secondo luogo, per le società "formalmente straniere" la WFBV impone obblighi specifici concernenti, tra l'altro, i valori minimi del capitale e dei fondi propri, la tenuta e la conservazione della contabilità e la redazione dei bilanci secondo la disciplina olandese, nonché la responsabilità solidale degli amministratori per le obbligazioni sociali fintanto che la società non è iscritta nel registro di commercio olandese o il capitale e i fondi propri sono inferiori ai minimi prescritti, e la responsabilità degli stessi nei confronti dei terzi, in analogia con quanto disposto dal *Burgerlijk Wetboek*, in caso di falso in bilancio[77].

L'accertamento della sussistenza dei presupposti di tale qualificazione giuridica viene effettuato d'ufficio dalla camera di commercio e industria olandese competente che, nel caso in esame, ha ritenuto che essi ricorressero ed ha, pertanto, ordinato alla società di integrare l'iscrizione con la locuzione "società formalmente straniera".

Avverso tale provvedimento, la *Inspire Art ltd*., ha proposto ricorso innanzi al *Kantongerecht* di Amsterdam, che, riconosciuta la ricorrenza dei presupposti di applicazione della disciplina di cui al WFBV, ha sottoposto alla Corte europea di giustizia le due seguenti questioni pregiudiziali[78]:

"1) Se il combinato disposto degli artt. 43 CE e 48 (nuova numerazione) del Trattato che istituisce la Comunità europea, debba essere interpretato nel senso che ai Paesi Bassi è fatto divieto di introdurre, attraverso la *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen* del 17 dicembre 1997, disposizioni speciali, come i menzionati artt. 2 e 5 della citata legge, per l'apertura nei Paesi Bassi di una succursale di una società, costituita nel Regno Unito allo scopo di poter sfruttare determinati vantaggi rispetto alle imprese costituite conformemente al diritto olandese (il quale contiene disposizioni più severe di quelle del diritto del Regno Unito in tema di costituzione e di versamenti); allorché la legge olandese desuma lo scopo di tale società dalla circostanza che essa esercita la sua attività del tutto, o

77 Ai sensi e per gli effetti dell'art. 4 WFBV il capitale minimo deve essere pari a quello previsto per le società olandesi a responsabilità limitata ed il valore dei fondi propri non deve essere inferiore al capitale.

78 Sentenza *Inspire Art*, punti 39 e 52.

quasi del tutto, nei Paesi Bassi, senza peraltro avere alcun effettivo legame con lo Stato cui appartiene il diritto conformemente al quale è stata costituita.

2) Se – nell'ipotesi nella quale dall'interpretazione dei predetti articoli dovesse risultare l'incompatibilità con essi della normativa contenuta nella *Wet op de formeel buitenlandse vennotschappen* – l'art. 46 del Trattato CE[79] debba essere interpretato nel senso che gli artt. 43 CE e 48 lasciano impregiudicata l'applicabilità della normativa olandese contenuta nella *Wet op de formeel buitenlandse vennotschappen*, in quanto le sue disposizioni risultano giustificate dai motivi richiamati dal legislatore olandese[80] ".

Premettendo che i punti salienti della sentenza c.d. *Inspire Art* devono, necessariamente, essere letti alla luce dei principi e dell'orientamento già seguito dalla Corte di giustizia nei suoi precedenti interventi in materia di libertà di stabilimento, in particolare alla luce di *Centros* ed *Uberseering* dai quali trae importanti corollari, essi possono essere così sintetizzati:

1) il diritto di stabilimento garantisce il diritto di scegliere lo Stato membro preferito per la costituzione di una società e operare con una succursale – diritto di stabilimento secondario - in un altro Stato membro[81];

2) una disciplina come il WFBV quale normativa di diritto materiale che integra la disciplina internazionalprivatistica correggendone gli effetti, altera potenzialmente il diritto di stabilimento ed è, quindi, oggetto di esame da parte della Corte in relazione alla sua compatibilità con il Trattato[82].

3) la succursale è sottoposta alle misure pubblicitarie stabilite dalla *undicesima direttiva* che hanno carattere esaustivo. Le eventuali sanzioni previste dall'art. 12 della direttiva devono comunque essere applicate nel rispetto dei principi dell'art. 10 del Trattato CE[83];

79 Ricordiamo che l'art. 46, 1° comma, del Trattato CE dispone che: "Le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica".

80 «È opportuno sottolineare come la normativa olandese (WFBV) sia stata emanata allo scopo di limitare, attraverso l'imposizione di obblighi più penetranti alle società formalmente straniere, il ricorso a forme societarie straniere per l'esercizio di imprese puramente olandesi tutelando coloro che hanno rapporti con la società, al fine di salvaguardarli da eventuali pregiudizi" *cfr.* Licini, C.: *La sentenza Uberseering,* cit., p. 355 ss.

81 Sentenza *Inspire Art*, punti 95, 96 e 97.

82 Sentenza *Inspire Art*, punti 99 e 100.

83 Sentenza *Inspire Art,* punti 61, 62 e 63. "The Eleventh Council Directive 89/666/EEC of 21 December 1989 concerning disclosure requirements in respect of branches opened in a Member State by certain types of company governed by the law of another State (OJ 1989 L 395, p. 36, 'the Eleventh Directive') concerns the branches of partnerships and companies with share capital".

4) l'art. 46 del Trattato CE non trova applicazione[84];

5) la disciplina del capitale sociale minimo non rispetta l'esame delle quattro condizioni ed i creditori possono fare alternativamente affidamento sulla disciplina di *disclosure*[85];

per giustificare le limitazioni alla libertà di stabilimento occorre dimostrare caso per caso l'esistenza di un abuso[86].

Pertanto, "alla luce delle considerazioni che precedono – conclude la Corte – le questioni pregiudiziali devono essere risolte come segue:

L'art. 2 dell'undicesima direttiva osta ad una normativa nazionale, come la WFBV, che preveda, a carico di una succursale di una società costituita in conformità alla legislazione di un altro Stato membro, obblighi di pubblicità non previsti dalla detta direttiva.

Gli artt. 43 CE e 48 CE ostano ad una normativa nazionale, come la WFBV, che subordina l'esercizio della libertà di stabilimento a titolo secondario in tale Stato, da parte di una società costituita secondo la legislazione di un altro Stato membro, a determinate condizioni, relative al capitale minimo e alla responsabilità degli amministratori, stabilite dal diritto nazionale per la costituzione di società. I motivi per cui la società è stata costituita nel primo Stato membro, nonché il dato fenomenologico che essa eserciti la sua attività esclusivamente, o quasi, nello Stato membro di stabilimento, non la privano (salvo che sia dimostrata caso per caso l'esistenza di un abuso), del diritto di avvalersi della libertà di stabilimento garantita dal Trattato CE"[87].

La Corte di giustizia si è pronunciata, con arresto del 16 dicembre 2008, sulla questione interpretativa posta dal rinvio pregiudiziale azionato dal tribunale

84 Sentenza *Inspire Art*, punto 131.

85 Sentenza *Inspire Art*, punti 133, 134 e 135. Si esplicita che la disciplina della *disclosure* (divulgazione) impone agli amministratori delle società, un obbligo di trasparenza fondato su una compiuta informazione degli interessi degli amministratori e della convenienza dell'operazione per la società, sotto il profilo della prevenzione dell'eventuale danno. In Italia la disciplina è stata novellata nel 2003 attraverso la modifica dell'art. 2391 c.c., all'attualità appunto rubricato "Interessi degli amministratori". Laddove, sotto la vigenza del precedente regime, per l'amministratore sarebbe stato sufficiente dichiarare di essere interessato, ma necessario, invece, astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione in relazione alla quale sussistesse la situazione di (potenziale) conflitto (tra le quali appunto una fusione transfrontaliera), attualmente, invece, l'amministratore non è tenuto ad astenersi, ma per lui non è più sufficiente dichiarare di avere un interesse in conflitto, essendo piuttosto onerato di precisare la natura, i termini, l'origine e la portata dell'interesse – di ogni interesse – che abbia in relazione al *quid deliberandum*, al fine di porre l'organo collegiale in condizione di rendere la motivazione prescritta dal co. 2 dello stesso art. 2391 c.c. Per una rassegna comparata delle discipline riguardanti le forme di tutela avverso gli interessi personali degli amministratori, si abbia riguardo a Kraakman, R., Armour, J. et al.: The Anatomy of Corporate Law: a Comparative and Functional Approach, Oxford, 2017, III, p. 153 ss.

86 Sentenza *Inspire Art*, punto 143.

87 Sentenza *Inspire Art,* punto 143

d'appello ungherese in relazione al caso della società di diritto ungherese Cartesio Oktato és Szolgàltato bt ("Cartesio"). La società, sulla base della libertà di stabilimento concessa in ambito eurounitario, rivendicava la possibilità di trasferire, a titolo principale, la sede legale in Italia senza cambiamento di legge applicabile, rimanendo quindi assoggettata all'ordinamento nazionale ungherese. La decisione della Corte di giustizia, con sentenza C-210/06 del 18 dicembre 2008, ha permesso di riaprire la discussione sull'esercizio della libertà di stabilimento, circa la possibilità per uno Stato membro di impedire il trasferimento, in un altro Stato dell'Unione, della sede di una società costituita secondo il proprio diritto nazionale.

Nei fatti, la società in accomandita semplice ungherese aveva chiesto al registro delle imprese competente, di inserire l'indicazione della propria sede operativa in Italia, mantenendo lo *status* giuridico di società ungherese. Il tribunale regionale rifiutava la registrazione, affermando che la legge ungherese non permette alle società sottoposte al diritto nazionale, di trasferire la propria sede operativa in un altro Stato. Contro tale decisione la Cartesio proponeva impugnativa dinanzi alla Corte d'appello, la quale proponeva alla Corte di giustizia quattro questioni pregiudiziali:

1) se nella fattispecie di trasferimento sede descritta sono applicabili le norme del diritto comunitario, o in mancanza di armonizzazione della normativa nazionale, sia applicabile esclusivamente il diritto domestico;

2) se una società ungherese possa chiedere il trasferimento della sede in un altro Stato dell'Unione, invocando il diritto comunitario, ed eventualmente a quali condizioni;

3) se i principi sanciti negli articoli 43 e 48 del Trattato CE debbano interpretarsi nel senso che è incompatibile con il diritto comunitario una normativa o una prassi nazionale che effettui una distinzione di diritti tra le società in funzione dello Stato in cui tali società hanno posto la sede;

4) se gli articoli 43 e 48 del Trattato CE si debbano interpretare nel senso che è incompatibile con il diritto comunitario una normativa o una prassi nazionale che impedisca ad una società ungherese di trasferire la propria sede in un altro Stato dell'Unione europea.

La Corte, con la sentenza emessa sul caso Cartesio, ha voluto consolidare una costante giurisprudenza su un punto: il diritto nazionale applicabile a una società che voglia beneficiare del diritto primario di stabilimento va individuato in base ai criteri di collegamento fissati dagli ordinamenti degli Stati membri.

Se vogliamo inserire una nota critica, la Corte avrebbe potuto colmare la lacuna normativa che essa stessa ha identificato, nel caso Cartesio così come in altri casi, attraverso lo strumento ermeneutico applicato al Trattato o alla normativa derivata citata dalla Commissione[88]. Non lo ha fatto, anche in questo operando su una linea di costante rispetto delle prerogative degli Stati nazionali.

Lungi dall'apparire statica e improduttiva di sviluppi, la Corte lancia dei richiami abbastanza chiari tanto al legislatore nazionale che a quello comunitario, rintracciabili ai punti 114 e 129 della motivazione, nel primo dei quali si legge che "le iniziative legislative e pattizie nel settore (...) non hanno finora riguardato la disparità tra le legislazioni nazionali rilevata in tali sentenze e quindi non l'hanno ancora abolita" e nel secondo che "l'applicazione *mutatis mutandis* della normativa comunitaria alla quale si riferisce la Commissione (...) non può comunque ottenere l'atteso risultato in una situazione come quella di cui trattasi nella causa principale".

Va ricordato come alla Corte si riconosca - in particolare nell'inciso "allo stato attuale del diritto comunitario" - la prerogativa di mutare giurisprudenza.

Non si può ignorare ciò che "in positivo" è stato affermato dalla Consesso giudiziario in merito alla portata del diritto di stabilimento primario. Nella motivazione viene identificata l'ipotesi di trasferimento di una società appartenente a uno Stato membro verso un altro Stato membro con commutazione del diritto applicabile, "ove la società si converta in una forma societaria soggetta al diritto nazionale dello Stato membro in cui si è trasferita", non può segnatamente giustificare che lo Stato membro di costituzione, imponendo lo scioglimento e la liquidazione di tale società, impedisca a quest'ultima di trasformarsi in una società di diritto nazionale dell'altro Stato membro nei limiti in cui il diritto lo consenta. Un siffatto ostacolo all'effettiva trasformazione di una società di questo tipo, senza previo scioglimento e previa liquidazione, in una società costituita a norma della legge nazionale dello Stato membro in cui intende trasferirsi, costituirebbe una restrizione della libertà di stabilimento della società interessata che, a meno che non sia giustificata da ragioni imperative di interesse pubblico, è vietata in forza dell'art. 43 CE.

Gli esponenti della dottrina che hanno inteso fornire una lettura *a contrario* hanno rilevato inoltre che "la Corte accoglie un orientamento in grado di legittimare il trasferimento di sede senza la perdita della nazionalità di origine, anche quando la società non ha alcun legame effettivo con lo Stato di cui la nazionalità si tratta" per cui "se lo Stato membro d'origine ammette un trasferimento del genere, lo Stato membro di destinazione è obbligato, almeno in linea di principio, a riconoscere la

88 Un segnale in tal senso poteva già rinvenirsi nel caso *Uberseering*.

natura straniera di questa società e la relativa sottoposizione alla legge di quello Stato".[89]

La Corte nel *case law* in realtà non afferma espressamente tale obbligo a carico dello Stato di destinazione; l'obbligo si evince nel sillogismo della Corte medesima, con riferimento ai punti 117 e 122 della motivazione e in virtù della giurisprudenza richiamata.

In conclusione la sentenza Cartesio chiarisce che l'esercizio della libertà di stabilimento primario non può essere negato dallo Stato di origine salvo che non si pretendano il mantenimento della nazionalità e, quindi, la sottoposizione a quel diritto nazionale, e, se riconosciuto dallo Stato di origine anche senza perdita della nazionalità, lo Stato di destinazione è obbligato a riconoscere tale status alla società trasferita.

Pertanto una società potrà:

sempre trasferire la propria sede da Stato membro a Stato membro senza mantenimento della nazionalità del proprio Stato di origine, e ciò senza necessità di scioglimento e ricostituzione;

trasferire la propria sede da Stato membro a Stato membro senza necessità di scioglimento e ricostituzione della nazionalità *con* mantenimento della nazionalità del proprio Stato di origine *se* e *solo* se tale diritto le è riconosciuto dallo Stato di origine stesso. E in questo caso lo Stato di destinazione dovrà necessariamente riconoscerla come società sottoposta al diritto dello Stato di origine che ha sede nel proprio territorio.

Tali importanti sviluppi giurisprudenziali (*Centros*, *Uberseering*, *Inspire Art, Cartesio*), dei quali si è trattato, hanno rappresentato delle decisioni importantissime in quanto, in esse, la Corte di Lussemburgo ha riconosciuto ai privati, appunto, in qualità di beneficiari della libertà di stabilimento, *il diritto di scegliere fra le leggi societarie degli Stati membri quella più idonea per la costituzione di un ente collettivo in vista dello svolgimento di attività imprenditoriali sul mercato unico*, ed ha precisato che:

1) questo diritto configura una situazione di vantaggio direttamente efficace e quindi azionabile di fronte ai giudici nazionali, in quanto inerente all'esercizio di una delle libertà fondamentali comunitarie;

89 Leandro, A.: "Società: se c'è un trasferimento della sede il Paese d'origine può revocare la nazionalità" *Guida al diritto,* n. 3/2009, p. 106. La Corte nel caso in commento in realtà non afferma espressamente tale obbligo a carico dello Stato di destinazione ma esso è da considerarsi implicito nel suo ragionamento – con particolare riferimento ai punti 107 e 112 della motivazione – e in virtù della giurisprudenza espressa nel caso *Uberseering*.

2) esso sussiste anche qualora la società svolga tutte le sue attività in uno Stato membro diverso da quello della *lex societatis* prescelta e non abbia con lo Stato d'incorporazione altri contatti, se non appunto la *optio legis* operata al momento della costituzione dell'ente;

3) uno Stato membro può ostacolare il pieno godimento di tale diritto, ma soltanto in via eccezionale, quando possa cioè vantare un'e*sigenza imperativa* alla tutela di propri preminenti interessi pubblicistici e la misura adottata a tal fine sia non discriminatoria, razionale in vista dell'obiettivo perseguito, necessaria e proporzionata.

Si tratta di quella che viene comunemente definita "dottrina *Centros*"[90]; dottrina ripresa e confermata, come abbiamo visto, nella pronunzia sul caso *Uberseering* e nelle recenti conclusioni dell'Avvocato generale Alber nel caso *Inspire Art*, ma già implicita nella meno nota decisione del 1986 (causa *Segers*), nonché, nonostante le apparenze, nella famosa e criticatissima sentenza *Daily Mail*.

"Se il Trattato, quindi, non prevede esplicitamente una concorrenza tra ordinamenti per il diritto societario, l'esercizio del diritto di stabilimento, in esso garantito, possiede la conseguenza pratica di dar luogo ad una possibile "domanda" per tipi societari esteri e quindi, in presenza di offerta da parte degli Stati membri che applicano la teoria dell'incorporazione, ad una corrispondente "offerta" di tali tipi societari"[91].

III. LA CONCORRENZA REGOLAMENTARE: IL DIVERSO CONTESTO NORMATIVO TRA EUROPA E STATI UNITI D'AMERICA. LE OPERAZIONI DI *RE-INCORPORATION* AMERICANE E QUELLE DI *INCORPORATION* EUROPEE.

L'evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale degli articoli 43 e 48 CE e le relative conclusioni rappresentano "il viatico principale alla realizzazione della concorrenza regolamentare, ovvero di un possibile shopping tra ordinamenti giuridici" all'interno dell'Unione europea[92]. Gli Stati membri, alla luce degli orientamenti elaborati dalla Corte di giustizia, sono incentivati a prevedere una normativa societaria in grado di attrarre nuovi investimenti e capitali promuovendo l'immigrazione di imprese straniere[93]. Il modello statunitense al

90 *Cfr.* Benedettelli, M.: *"Mercato" comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano,* cit., p. 701; Alpa, G.: "La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico"*, La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, (a cura di Zoppini), Bari, 2004, pp. 48 - 56.

91 Lombardo, S.: "La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il 'caso Uberseering': tra armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti"*, Banca, borsa tit. cred.,* 2003., p. 456.

92 Colangelo, G.: *op. cit.*, p. 24.

93 Ebert, S.: "La società per azioni europea al "level playing field" dell'Unione Europea", *Contratto e impresa/ Europa*, 2005, 2, p. 677.

quale si fa riferimento è quello del *market for corporate charters,* che ha potuto svilupparsi rapidamente grazie all'applicazione di una norma di conflitto simile alla nostra teoria dell'incorporazione, la c.d. "*internal affairs rule*". Il dettato di questa norma permette alle società americane di scegliere fra il diritto di tutti gli Stati americani[94]. Questo, infatti, risulta essere il presupposto indefettibile affinché si creino le condizioni per il potenziale sviluppo di una concorrenza regolamentare. In Europa tali condizioni si sono sviluppate solo in seguito a *discussants* protrattisi per decenni, con evidenti ritardi, dovuti principalmente all'applicazione, da parte di alcuni Stati membri, della teoria della sede reale e all'ermeneutica restrittiva dei principi relativi alla libertà di stabilimento.

Parte del formante dottrinale ha evidenziato come, anche dopo gli interventi della Corte di giustizia, permanessero significative differenze tra la situazione europea e quella statunitense. Ciò era dovuto dal fatto che la giurisprudenza della Corte si era espressa solamente circa casi di trasferimento della sede reale da parte di società già costituite, la c.d. *incorporation,* mentre non aveva ancora affrontato fattispecie nelle quali società trasferissero la loro sede statutaria in uno Stato diverso da quello di origine, la c.d. *re-incorporation.* Negli Stati Uniti le operazioni *re-incorporation*, vengono realizzate mediante la costituzione di una nuova società, la *shell company,* nello Stato con la disciplina più favorevole, affinché tale società proceda, poi, all'incorporazione di un'altra società già costituita secondo il diritto di uno Stato diverso. È evidente come questo secondo tipo di operazioni straordinarie abbia stimolato gli Stati a prevedere normative più favorevoli alle società, entrando così in concorrenza regolamentare gli uni con gli altri.

Ciò che differenzia le *re-incorporation,* dalla teoria dell'incorporazione, propria dell'ordinamento comunitario, è la staticità del criterio di collegamento, che permette di trasferire solo la sede reale. Il vantaggio di tale teoria per le imprese è rappresentato dalla possibilità di spostare la propria sede reale in un altro Stato membro, rimanendo, però, ancorati alla disciplina dello Stato nel quale l'ente collettivo è stato costituito. Tale vantaggio si manifesta solo nel momento

94 L'"internal affairs rule", che prevede appunto che la *lex societatis* sia quella dello Stato di costituzione della società, è confermata da varie disposizioni del *Restatement of Conflicts* of Laws (1971). Tale regola trova parte del proprio fondamento anche nei principi costituzionali federali, come quello della "*full faith and credit clause*". Sul punto *cfr.* Wouters, J.: "European Company Law: Quo Vadis?"*, Common Market L. Rev.,* 37, 2000, p. 284, il quale nota come, peraltro, l'applicazione di questa regola non impedisca che talvolta gli Stati federati invochino il diritto di applicare la propria legge, qualora una società presenti un legame molto tenue con lo Stato di costituzione. In particolare, sulla base della dottrina delle *pseudo-foreign corporations*, taluni Stati impongono l'applicazione di alcune norme imperative del proprio diritto societario (c.d. "*outreach statutes*") a quelle società straniere che esercitino la propria attività esclusivamente o prevalentemente nel territorio di quegli stessi Stati. Il fenomeno ricorda vagamente quello delle nostre norme di applicazione necessaria. Parte della dottrina americana ha messo in dubbio la legittimità costituzionale degli *outreach statutes*, sottolineando la rilevanza costituzionale dell'*internal affairs rule*. Allo stato, non esiste peraltro alcuna pronuncia di rilievo in materia. È stato notato come, sotto questo particolare profilo, la mobilità delle imprese negli Stati Uniti sia più ridotta rispetto a quella comunitaria, visto che la sentenza *Inspire Art* ha chiaramente dichiarato l'incompatibilità con il Trattato di qualsiasi norma basata sulla dottrina delle pseudo- *foreign corporations* (*cfr.* Kieninger, E.: "The Legal Framework of Regulatory Competition Based on Company Mobility: EU and US Compared"*, German Law Journal*, 6, 2005, p. 755.

preliminare di scelta dello Stato in cui costituire la società, in quanto l'ente di novella costituzione sarà sempre assoggettato alla disciplina dello Stato opzionato, a prescindere dal luogo in cui di fatto svolge la propria attività. Il vantaggio della *re-incorporation,* invece, si realizza successivamente alla costituzione, quando la *shell company,* attua l'incorporazione della società già costituita, così da assoggettarla al diritto che si manifesta più congeniale alle proprie esigenze.

Dall'indagine sincronica dei due contesti giuridici emerge chiaramente come negli Stati Uniti siano più diffuse le operazioni di *re-incorporation*, mentre in Europa lo siano le operazioni di *incorporation,* in quanto in America le imprese sono più propense a sopportare il costo di una tale operazione in un momento successivo alla costituzione, proprio perché la scelta viene effettuata in base alle esigenze della società, che emergono nell'esercizio dell'attività d'impresa.

L'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia nell'interpretare le norme di diritto comunitario e la Decima Direttiva in materia, hanno fatto sì che le società possano liberamente realizzare una fusione transfrontaliera che sia in grado di produrre i medesimi effetti a quelli delle operazioni di *re-incorporation*[95]. Pertanto, la concorrenza regolamentare potrebbe svilupparsi sia in merito alla *lex societatis,* sia in merito ai singoli elementi dell'operazione di fusione che il legislatore comunitario ha riservato alla competenza del legislatore nazionale limitandosi a prevedere norme di conflitto uniformi.

Il diverso sviluppo della concorrenza regolamentare tra Europa e Stati Uniti trova il proprio fondamento non solo nel comportamento restio degli Stati membri di abbandonare la teoria della sede reale, bensì dipende, anche, da altri elementi, quali:

1) la diversa ripartizione di competenze esclusive e concorrenti. Negli Stati Uniti la disciplina societaria è di competenza esclusiva dei singoli Stati, mentre in Europa trattasi di una materia facente parte della competenza concorrente tra Stati e Unione. Il legislatore europeo con l'armonizzazione di alcuni aspetti del diritto societario, paradossalmente, ha stimolato la concorrenza regolamentare tra gli Stati membri, chiamati a rispettare *standard* minimi di disciplina, ma facultati di introdurre ulteriori disposizioni. La competenza esclusiva degli Stati membri permetterebbe un più rapido sviluppo della concorrenza regolamentare a discapito, però, degli *standards* minimi di disciplina e tutela per i soggetti coinvolti;

2) la circostanza che negli Stati Uniti il diritto societario sia di esclusiva competenza degli Stati, laddove altre branche del diritto siano integralmente regolate dalla

95 Ventoruzzo, M.: "Cross-border Mergers, Change of Applicable Corporate Law and Protection of Dissenting Shareholders: Withdrawal Rights under Italian Law", *ECRF*, 2007, n. 1, p. 9.

Federazione; di contro in ambito comunitario sono armonizzati e poi rimessi alla competenza dei legislatori nazionali, ciò comporta che negli Stati Uniti la scelta di stabilirsi in un certo Stato dipende prevalentemente dal diritto societario dello Stato medesimo[96], mentre nell'Unione europea la scelta viene compiuta tenendo conto anche delle normative collegate al diritto societario, quali ad esempio il diritto tributario. Ciò comporta lo sviluppo della concorrenza regolamentare più in altri settori che in quello societario e la differente composizione del lato della domanda nel mercato del diritto societario.

Le imprese vedono coesistere, al proprio interno, diverse categorie di soggetti, ciascuna portatrice di interessi differenti, che non sempre si conciliano con quelli dell'impresa. La dottrina specialistica presume che nessun individuo che abbia il potere di decidere a quale *lex societatis* assoggettare l'ente collettivo, possa mai sacrificare i propri interessi personali per far prevalere quelli societari. Constatata tale circostanza è evidente che gli Stati tenderanno a predisporre normative appetibili proprio per quei soggetti che detengono il potere di scelta. Nel mercato statunitense la domanda è composta da imprese al cui interno vi è una netta distinzione tra proprietà e controllo, affidato al *management*. Il mercato europeo, invece, vede coesistere una minoranza di imprese con le medesime caratteristiche di quelle americane ed una maggioranza di imprese nelle quali il controllo e la proprietà appartengono ai medesimi soggetti. Pertanto, in un mercato come quello statunitense gli amministratori sono interessati alle norme di diritto societario che producano l'effetto di redistribuire a loro vantaggio i benefici destinati ai soci. Mentre, in un mercato come quello europeo, gli azionisti di controllo sono interessati alle norme che permettono loro di ottenere i benefici destinati ai soci di minoranza o ai terzi. A tal proposito appaiono ridotte le possibilità che si possa sviluppare una concorrenza regolamentare, in quanto la base giuridica delle direttive è costituita dall'art. 44 CE, che detta l'obiettivo di coordinare e rendere equivalenti "le garanzie che sono richieste negli Stati membri alle società […] per proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi".

La dottrina statunitense ha affermato che un fattore di rilevante importanza affinché si possa realizzare una concorrenza regolamentare è la reputazione dello Stato. Ciò è corroborato dal fatto che in America, alcuni Stati abbiano introdotto una disciplina societaria sulla falsa riga di quella del *Delaware*, dato l'elevato numero di società presenti sul territorio, ma tale manovra non ha comportato l'affluenza di società sperata[97]. L'esperienza statunitense ci permette di rilevare che gli Stati membri non dovrebbero limitarsi a creare un sistema di norme favorevoli, bensì

96 *Cfr.* Munari, F., Terrile, P.: "The Centros Case and the Rise of an EC Market for Corporate Law", *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 34, Kieninger, E.: *cit.,* p. 761-765.

97 Munari F., Terrile, P.: *cit.,* p. 26

realizzare misure complementari in grado di garantire la massima efficienza di tali norme nel lungo periodo.

Rilevanti sono inoltre i c.d. *switch costs,* ossia i costi relativi agli ostacoli di carattere fiscale, economico, politico e culturale che la società deve affrontare. In particolare, nel contesto europeo vi sono diversi trattamenti tributari che spesso rendono tali operazioni molto costose o proibitive; negli Stati Uniti, invece, è un elemento neutrale essendo disciplinato a livello federale. Anche le differenze linguistiche e culturali comportano costi aggiuntivi, costi che negli Stati Uniti, dove le differenze culturali sono molto più sottili e quelle linguistiche sono inesistenti non devono essere presi in considerazione.

Quelle elencate sono solo alcune delle differenze che hanno comportato un più lento e limitato sviluppo della concorrenza regolamentare nel contesto europeo, infatti, la dottrina ritiene che si potrebbe al massimo raggiungere una concorrenza "difensiva", nel senso che l'obiettivo degli Stati membri sia quello di incentivare le società facenti parte del proprio ordinamento a non trasferirsi in altri Stati membri[98].

IV. *FOCUS* COMPARATISTICO. SOLUZIONI SUGGERITE DALLE ETEROGENEITÀ PRESENTI NEI VARI ORDITI NAZIONALI.

Dopo aver analizzato la nascita e l'evoluzione della disciplina e dell'interpretazione giurisprudenziale, occorre, riprendere le considerazioni iniziali circa le lacune della Direttiva e verificare come gli Stati membri, a tal proposito, siano intervenuti al fine di normare compiutamente il procedimento della fusione transfrontaliera. Anzitutto, il principio enunciato dall'art. 4 della Direttiva permette ai legislatori nazionali di prevedere "disposizioni volte ad assicurare una protezione adeguata dei soci di minoranza che si sono opposti alla fusione transfrontaliera". Tale indicazione consente di ammettere previsioni che attribuiscano ai soci dissenzienti un diritto di recesso, anche quando lo stesso non sia previsto nelle fusioni domestiche. Ciò accade nel nostro ordinamento, in quanto per le società per azioni, ai sensi dell'art. 2437 c.c., il socio dissenziente in relazione ad un fenomeno di fusione potrebbe esercitare tale diritto solo nel caso in cui fosse previsto dallo statuto ovvero se l'operazione straordinaria comportasse le modifiche richieste dalla disposizione normativa.

Altra rilevante lacuna accennata in principio, concerne la problematica relativa alla determinazione del rapporto di cambio e alla possibilità statuita dall'art. 10 della Direttiva per i soci di maggioranza di approvare l'applicazione della legge

98 Enriques, L.: *Company Law Harmonization Reconsidered: What Role for EC?,* novembre 2005, working paper reperibile in http://ssrn.com, p. 5

di uno Stato membro coinvolto nell'operazione, che preveda in tal senso una procedura di controllo o di compensazione nel caso di esercizio, da parte dei soci di minoranza, del diritto di recesso. I tre punti incerti di tale principio riguardano: la qualificazione dei soci di minoranza; presso quale società gli stessi possano far valere i propri diritti; la natura della tutela ad essi riservata. In merito alla prima questione, si ritiene che la Direttiva si riferisca ai soci dissenzienti, mentre quelli assenti, in alcuni Stati membri, quali l'Austria, l'Olanda e la Germania, sono stati esclusi dalla tutela offerta. Il legislatore italiano, invece, si è limitato a riportare la medesima formula del legislatore eurounitario "soci non consenzienti", riproponendo il problema ermeneutico. Per quanto riguarda la seconda questione, si pongono due ipotesi a riguardo, che dipendono dall'esito della procedura di approvazione da parte dei soci di maggioranza: nel caso in cui i soci decidessero di vincolare la società risultante dalla fusione all'esito della procedura di controllo, i soci di minoranza eserciterebbero i loro diritti nei confronti della società risultante dalla fusione. *Ex adverso*, li eserciterebbero nei confronti della società partecipante alla fusione stabilita nello Stato che disciplina tale procedura. Infine, per risolvere la terza questione, è sufficiente leggere il dettato normativo dell'art. 13 della Direttiva, che, sancendo l'irrevocabilità degli effetti della fusione transfrontaliera, indirettamente qualifica la tutela dei soci dissenzienti quale mera tutela obbligatoria. Ciò che ha portato ad un panorama legislativo eterogeneo è la conseguenza di tale tutela ossia la determinazione del valore delle azioni dei soci dissenzienti e della compensazione dovuta nel caso di inadeguatezza del rapporto di cambio. L'Austria e la Germania, ad esempio, hanno previsto una compiuta disciplina in materia, mentre altri stati membri si sono limitati a prevedere la mera possibilità di attivare la suddetta procedura. L'ordinamento giuridico tedesco ha previsto tre mezzi di tutela diversi:

1) ai sensi dell'*UmwG* 122i(1)[99], per le fusioni in uscita, previo consenso della maggioranza dei soci, al pari di quelle interne, i soci dissenzienti possono richiedere l'attivazione di una speciale procedura finalizzata ad ottenere un rapporto di cambio più favorevole;

2) ai sensi dell'*UmwG* 122i(2), previo consenso della maggioranza dei soci, può essere attivata una procedura giudiziale volta a valutare l'adeguatezza del rapporto di cambio;

3) azione di annullabilità della delibera di fusione, con la conseguenza che la stessa venga sospesa sino alla pronuncia giudiziale, nel caso in cui la maggioranza non presti il proprio consenso all'attivazione delle prime due procedure.

99 La legge sulla trasformazione *(UmwG)* del 28 ottobre 1994, entrata in vigore il primo gennaio del 1995.

Il codice civile dell'ordinamento olandese, invece, prevede per il caso in cui gli stessi non raggiungano un accordo con la società incorporanda, la quantificazione di quanto spettantegli redatta da un esperto indipendente, che effettuerà la valutazione in base al valore delle azioni della società coinvolta al momento del deposito del progetto di fusione[100].

Altra annosa questione non esaminata dalla Direttiva concerne la tutela dei creditori: in argomento si è sviluppato un sistema legislativo molto frammentato. Vi sono alcuni Stati membri, tra cui Italia, Belgio, Austria e Germania, che hanno previsto un termine di 60 giorni, entro i quali i creditori possono opporsi all'operazione, mentre, altri Stati membri, quali, *ex plurimis*, Francia, Spagna, Olanda hanno disposto un termine di 30 giorni. Ciò che caratterizza le discipline nazionali riguarda anche il *dies a quo* per la decorrenza di tali termini: in Belgio dalla pubblicazione del certificato preliminare; in Austria, Germania, Francia e in Olanda dalla pubblicazione del progetto di fusione; in Spagna e nel nostro ordinamento dall'iscrizione nel Registro delle Imprese dell'ultima delibera che approva la fusione. Infine, in Austria i creditori godono di un'ulteriore tutela, che consiste nella possibilità di opporsi alla fusione, nel caso in cui la società risultante dall'operazione transfrontaliera fosse austriaca, nel temine di 6 mesi dall'iscrizione dell'atto di fusione nel Registro delle Imprese[101].

La presenza di tali lacune nella Decima Direttiva permette di cogliere la consapevolezza del legislatore eurounitario circa la possibilità che le fusioni transnazionali siano soggette a processi più lunghi e gravosi rispetto a quelli relativi alle fusioni interne. Prevedere un'armonizzazione minimale e lasciare così ampio spazio alle legislazioni nazionali, comporta un aggravio di costi in termini di informazione, di coordinamento delle varie normative e di tempistiche, ma allo stesso tempo permette di mantenere l'equilibrio, spesso precario, circa la ripartizione delle competenze legislative tra Stati Membri ed Unione Europea.

V. IL PROCEDIMENTO DI FUSIONE TRANSFRONTALIERA; SUPERAMENTO DEL VUOTO DI TUTELA PER I SOCI DI MINORANZA E I RISCHI DI ABUSO.

100 Ventoruzzo, M.: *Cross-border Mergers,* cit., pp. 67-69.

101 Interessanti riflessioni in dottrina sull'importanza della comparazione in diritto societario in Somma, A., Zeno-Zencovich, V.: *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, Roma, 2021, spec. p. 75 ss. Altri contributi dottrinari, più risalenti, Ascarelli, T.: "Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato", *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 173; e già Rocco, A.: "La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni", *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 285 ss., spec. p. 304; Irti, N.: *Occasioni novecentesche. Il cammino del diritto*, Napoli 2012; Id.: "In cammino verso la domanda", *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 225 ss.; Gambaro, A.: "I primi anni della Rivista di Diritto Commerciale: comparazione e cosmopolitismo giuridico", *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*, 6 novembre 1998, Milano 2001, p. 52; Id.: "Il diritto comparato nelle aule di giustizia ed immediati dintorni", in AA.VV.: *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, Milano 2004, p. 6; Vigoriti, V.: "L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica", *ivi*, p. 18; Adamo, E.: *Diritto civile e argomentazione comparativa. Profili applicativi*, Napoli 2018, p. 160 ss.; *cfr.* anche Smorto, G.: "L'uso giurisprudenziale della comparazione", *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 223 ss.

La Decima Direttiva e il decreto attuativo, nel disciplinare la fusione transfrontaliera, hanno integrato la normativa nazionale prevedendo norme di diritto materiale uniforme relative al progetto di fusione ed alla sua pubblicazione, alla relazione degli esperti, così da garantire un pieno allineamento delle formalità preliminari alla fusione di tutte le società partecipanti. Il legislatore sovranazionale ha apportato una serie di regole affinché le società approvassero un progetto di fusione comune e fossero consapevoli delle caratteristiche proprie di una fusione di natura transfrontaliera. Tale finalità conoscitiva risulta rafforzata:

- dall'obbligo di pubblicazione in G.U. di informazione circa "le modalità di esercizio dei propri diritti da parte dei creditori e dei soci di minoranza, nonché le modalità con le quali si possono ottenere gratuitamente dalla società medesima tali informazioni" (art. 7, primo comma, lett. c);

- dall'art. 8, primo comma, che richiede di illustrare le conseguenze della fusione transfrontaliera per i soci, i creditori e i lavoratori nella relazione di cui all'art. 2501 *quinquies* c.c. La relazione degli esperti può essere oggetto di rinuncia da parte dei soci *se* e *solo se* tale rinuncia provenga da tutti i soci delle altre società partecipanti alla fusione[102].

Per quanto concerne la determinazione di fusione, come si è già avuto modo di osservare, è adottata secondo quanto previsto dai singoli ordinamenti nazionali coinvolti. Ciò che rileva in questa fase è l'eterogeneità circa la determinazione, ed al controllo del rapporto di cambio (nel nostro ordinamento) il legislatore ha scelto di subordinare la possibilità per i soci di fare ricorso alla procedura di controllo e modifica solo nel caso in cui ci sia l'approvazione dell'assemblea di tutte le società partecipanti alla fusione. Si evince, dunque, che non è una procedura applicabile di *default* a tutte le fusioni transfrontaliere, ma ciò potrebbe far sorgere vuoti di tutela per i soci di minoranza, in quanto non viene disciplinata l'ipotesi nella quale i soci di maggioranza non prestino il loro consenso all'attivazione della procedura.

L'atto di fusione è caratterizzato dal processo aggravato cui è sottoposto: sono previsti adempimenti che generano elevanti costi di transazione e alcune incertezze circa l'applicazione di più regimi nazionali non sufficientemente armonizzati[103].

Nello specifico, gli adempimenti che la disciplina richiede sono:

102 La possibilità di rinunciare alla relazione degli esperti è prevista in molti Stati membri, tra i quali: Austria, Belgio, Germania, Olanda, Francia e Regno Unito.

103 *Cfr.* Papadopoulos, T.: "Legal Perspectives on the Scope if the Tenth Company Law Directive on Cross-Border Mergers", *European Current Law,* 2008, iii, osserva come i costi legati alla procedura delineate dalla direttiva siano difficilmente sostenibili dalle piccole e medie imprese, rischiando un *flop* dello strumento giuridico.

a) l'obbligo del rilascio del certificato preliminare "attestante il regolare adempimento, in conformità della legge, degli atti e delle formalità preliminari alla realizzazione della fusione". Tale certificazione, nel nostro ordinamento, viene rilasciata dal Notaio ai sensi dell'art. 11 della Direttiva, trascorso il termine per l'opposizione dei creditori, oppure prima del decorso del termine, quando vi siano opposizioni dei creditori, ma il giudice rileva che la società abbia provveduto ai sensi dell'art. 2445, quarto comma, c.c. e "l'inesistenza di circostanze ostative all'attuazione della fusione transfrontaliera relative alla società richiedente";

b) la necessità che l'atto di fusione sia redatto nella forma dell'atto pubblico (nel nostro ordinamento a rogito notarile) sia nell'ipotesi in cui la società risultante della fusione sia italiana, sia se la società risultante dall'operazione sia società di un altro Stato comunitario, qualora quel determinato ordinamento non preveda che la fusione transfrontaliera debba essere redatta per atto pubblico;

c) gli obblighi di deposito presso tutti i Registri delle Imprese competenti in relazione alle società partecipanti.

La fusione produce effetti, se la società risultante è italiana, con l'iscrizione dell'atto di fusione nel Registro delle Imprese del luogo ove è ubicata la sede della società. Quando la società risultante dalla fusione è di un altro Stato membro la data di efficacia è determinata dalla legge di quel determinato Paese. Gli effetti di simili operazioni sono quelli propri dell'art. 2504 *bis,* primo comma c.c. Ai sensi, poi, dell'art 17 del decreto non può essere pronunciata invalida una fusione transfrontaliera che abbia acquistato efficacia ai sensi dell'art. 15. Resta salva la possibilità di ottenere un risarcimento danni.

La disciplina europea contempla il caso di fusione transfrontaliera con una società in cui i lavoratori hanno per legge il diritto di partecipare alla gestione: vale a dire di eleggere, raccomandare od opporsi alla nomina di alcuni componenti dell'organo di amministrazione o vigilanza. È proprio questo tema che ha tardato l'adozione della Direttiva, introdotto sulla falsariga del compromesso raggiunto per la Società Europea[104]. In merito la Direttiva ha completato lo statuto della Società Europea, compiendo un'opera di osmosi delle tradizioni dei singoli Stati membri, prevedendo una disciplina minima al fine di garantire la partecipazione dei lavoratori alla gestione, assicurandosi, in tal modo che "la costituzione di una SE non comporti la scomparsa o la riduzione delle procedure di coinvolgimento dei lavoratori esistenti nelle società partecipanti alla costituzione di una SE" (Considerando n. 3)[105]. L'obiettivo principale della Direttiva è quello di evitare

104 Corti, M.: "Il caso della società europea. La via italiana alla partecipazione di fronte alle sfide europee", *Leggi civ. comm.,* 2006, p. 1393-1512.

105 Pannier, M.: "The EU cross Border Merger Directive – A new Dimension for Employee Participation and Company restructuring", *EBLR,* 2005, 1424.

che la concorrenza regolamentare si esplichi in tale ambito, prevedendo una disciplina minima: infatti, impone agli Stati membri di normare tutti gli aspetti relativi al coinvolgimento dei lavoratori, quali ad esempio i diritti di informazione e di consultazione. L'art. 11 della Direttiva prevede una norma per lo sviamento di procedura costituendo una Se, nel senso che gli Stati sono tenuti ad adottare le misure appropriate, conformemente a quanto disposto in ambito sovranazionale. Non è possibile, dunque, arginare tale disciplina costituendo una SE, in base all'art. 16 della Direttiva, nella parte in cui afferma in generale che le società risultati dalla fusione siano assoggettate alla disciplina in materia di partecipazione dei lavoratori, ove siano previste dallo Stato in cui è situata la sede sociale. Tuttavia, il medesimo articolo prevede una deroga al principio appena espresso, statuendo l'applicazione dei diritti di partecipazione previsti dalla Direttiva 2001/86/CE[106]:

- nei casi in cui almeno una società partecipante alla fusione abbia un numero di dipendenti medio nei sei mesi precedenti la pubblicazione del progetto di fusione superiore a 500 unità e sia gestita in regime di partecipazione dei lavoratori ai sensi dell'art. 2 lett. k) della Direttiva;

- nel caso in cui la legislazione nazionale applicabile alla società derivante dalla fusione non preveda un livello di partecipazione identico a quello attuato nelle società che partecipano alla fusione;

- nel caso in cui la legislazione nazionale non contempli per i lavoratori degli stabilimenti situati in altri Stati membri un diritto ad esercitare i diritti di partecipazione identico a quello che spetta ai lavoratori situati nello Stato in cui vi è la sede sociale.

Nel nostro ordinamento il Decreto attuativo della direttiva ha regolamentato la materia in esame mediante la tecnica del rinvio, richiamando la normativa della SE e alcune disposizioni del D.lgs. n. 188/2005. Il nostro legislatore ha previsto che il coinvolgimento dei lavoratori e l'individuazione del contenuto dei loro diritti nella gestione della società vengano pattuiti tra gli organismi di rappresentanza deputati alla stipula dei contratti collettivi nazionali di lavoro applicati nella società stessa. Infine, il combinato disposto del quarto e del quinto comma dell'art. 19, obbliga la società ad assumere una forma giuridica che preveda l'esercizio dei diritti di partecipazione e precisa che tale obbligo permanga per le successive ipotesi di fusioni domestiche per il temine di 3 anni dalla data di efficacia della fusione transfrontaliera.

106 Pannier, M.: *The EU cross Border Merger Directive,* cit., 1437.

VI. NOVITÀ LEGISLATIVE: LA DIRETTIVA UE 2019/2121. IL CASO DEL PARALLELO CON LE SCISSIONI NON PROPORZIONALI (ART. 2506*BIS*, C.C.).

La disciplina sin qui analizzata, è stata oggetto di numerosi studi ed interventi negli anni, facendo sorgere la necessità di procedere ad un'attività tassonomica della normativa. Obiettivo raggiunto con l'adozione della Direttiva 2017/1132, che riporta *inter alia* integralmente la disciplina esposta dalla Decima Direttiva.

L'ultima Direttiva, in ordine di tempo, che si occupa delle fusioni transfrontaliere è la UE/2019/2121 del 27 novembre 2019, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale il 12 dicembre dello stesso anno. Lo scopo che il legislatore si pone di raggiungere con tale novella è quello di favorire la mobilità transfrontaliera delle imprese, fornendo strumenti normativi predefiniti per riorganizzare l'assetto societario e migliorare l'allocazione del capitale e dei fattori produttivi.

Ciò che si ritiene interessante è il netto cambiamento di orientamento del legislatore europeo in merito all'esercizio della libertà di stabilimento. La Direttiva, dapprima, al Considerando n. 2, ribadisce l'opinione consolidata della Corte di giustizia in merito alla mobilità delle imprese secondo la quale, pur in assenza di una normativa applicabile armonizzata e di altre norme di diritto derivato che definiscano regole per le operazioni transfrontaliere, vige il principio di libertà di stabilimento. Poi, ai *Consideranda* n. 35 e 36, prevede che, qualora in sede di controllo della legalità di un'operazione transfrontaliera, l'autorità competente venga a conoscenza del fatto che l'operazione sia stata effettuata per scopi elusivi o fraudolenti, detta autorità non dovrebbe rilasciare il certificato preliminare. Tali previsioni si pongono in netto contrasto rispetto a quanto sostenuto dalla Corte di giustizia nelle sentenze esaminate, pertanto, occorrerà attendere nuove pronunce per evincere come la giurisprudenza accoglierà tali novità.

Con quest'ultima Direttiva, il legislatore europeo ha affrontato, in parte, le lacune della Decima Direttiva, introducendo norme *ad hoc* per la tutela dei creditori, dei soci e dei dipendenti. In particolare, a tutela dei dipendenti è stato previsto l'obbligo per l'organo amministrativo di predisporre una relazione finalizzata ad illustrare le implicazioni della fusione transfrontaliera per l'attività futura e per la salvaguardia dei rapporti di lavoro. Per i soci dissenzienti, si è prevista un'armonizzazione minima nel senso di riconoscere loro il diritto di alienare la propria partecipazione per un congruo corrispettivo in denaro. Tale diritto può essere assimilato, nel nostro ordinamento, per identità di *ratio,* al diritto di vendita di cui all'art. 2506 bis, quarto comma, c.c., in materia di scissioni non proporzionali[107]. Pertanto, ai fini

107 Sul tema si abbia riguardo a Morano, A.: "La scissione non proporzionale", in *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative - Atti dei Convegni tenutisi a Genova il 3 marzo e a Salerno il 21 aprile 2007* a cura della Fondazione italiana del notariato. «La scissione c.d. non

dell'esercizio di alienazione previsto dalla Direttiva, potrebbero essere applicati l'art. 2506 *bis,* quarto comma, c.c. e gli artt. 2437 ss c.c.[108].

Infine, per quanto concerne i creditori si prevede una maggior protezione in quanto gli Stati membri potranno imporre all'organo amministrativo l'obbligo di fornire una dichiarazione che rifletta accuratamente la situazione finanziaria della società, ad una data non anteriore ad un mese rispetto alla pubblicazione della dichiarazione.

Con l'adozione di quest'ultima Direttiva il legislatore europeo ha compiuto un ulteriore passo avanti verso un sistema normativo armonizzato con la creazione di "un'architettura di vertice" dell'ordinamento societario europeo al fine di garantire la piena realizzazione di un mercato unico e della mobilità transfrontaliera[109].

proporzionale' si verifica allorquando le azioni o quote delle beneficiarie sono assegnate ai soci della scissa, senza considerare le originarie percentuali di partecipazione al capitale sociale della società che si scinde: all'esito dell'operazione, quindi, i soci della scissa saranno anche soci (nell'ipotesi di scissione parziale) o soltanto soci (nel caso di scissione totale) di una o più delle società beneficiarie, in ogni caso con percentuali di partecipazione diverse da quella originaria. Naturalmente, poiché la non proporzionalità della scissione non può incidere sulla neutralità economica dello scambio di partecipazioni in capo ai soci della scissa, è chiaro che, in ogni caso, ai soci della scissa dovranno essere attribuite partecipazioni nelle beneficiarie che siano complessivamente di valore economico (tenuto conto anche di eventuali conguagli) equivalente al valore della partecipazione precedentemente detenuta (ex art. 2506-bis, comma 4, seconda parte, c.c.".

108 La dottrina alla luce della sostanziale omogeneità tra il diritto di recesso e il diritto di vendita, ritiene che i due istituti perseguano lo stesso obiettivo. Ne consegue che il corrispettivo offerto ai soci che esercitino il diritto di vendita, nonché i termini per l'esercizio di tale diritto possa essere "determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso". *Cfr.* Scognamiglio, G.: Le scissioni, in *Trattato delle società per azioni* (diretto da) G.E. Colombo – G.B. Portale, vol. 7**2, Torino, 2004, p. 182.

109 Aiello, A., Pistocchi, C., Origoni, G.: *La nuova direttiva UE su trasformazioni, fusioni e scissioni transfrontaliere,* in https://www.dirittobancario.it/approfondimenti/societa.

BIBLIOGRAFIA

Adamo, E.: *Diritto civile e argomentazione comparativa. Profili applicativi*, Napoli 2018.

Alpa, G.: "La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico", in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, (a cura di Zoppini), Bari, 2004.

Amatucci, C.: "L'armonizzazione del diritto societario europeo e la concorrenza tra ordinamenti nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia", in *Innovazione e diritto*, 5, 2005.

Ascarelli, T.: "Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato", in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 173

Ballarino, T.: "Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea: da Daily Mail a Uberseering: norme imperative, norme di conflitto e liberta comunitarie", in *Riv. Soc.,* 2003, p. 670.

Benedettelli, M.: "La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato", in *Riv. Soc.,* 1997, p. 39 e ss.

Benfratello, L.: "Determinanti ed effetti delle fusioni e acquisizioni: un'analisi sulla base delle notifiche alle autorità antitrust", in *L'Industria*, XXII (3), 1999, p. 469 ss.

Busani, A.: "La fusione transfrontaliera e internazionale", in *Le società*, 6/2012.

Coase, R.H.: "The Nature of the Firm", in *Economia*, 4, 1937, p. 386 ss.

Coase, R.H.: *The Firm, the Market and the Law*, Chicago-London, 1988.

Colangelo, G.: "Uberseering e lo shopping giuridico dopo Centros", in *Corriere giur.*, 2003, pp. 309-311.

Conci, P.: "Fusioni e scissioni come forme di esercizio del diritto comunitario di stabilimento", in *Riv. dir. trib.*, 3/III, 2006, p. 86-87.

Corti, M.: "Il caso della società europea. La via italiana alla partecipazione di fronte alle sfide europee", in *Leggi civ. comm.*, 2006, p. 1393-1512.

Crespi, S.: "Le fusioni transfrontaliere davanti alla Corte di Giustizia: il caso Sevic", in *Riv. internaz. dir. priv. e processuale*, 2007, p. 345 ss.

Dahlberg, E. et al.: *Legal obstacles in Member States to Single Market rules*, Lussemburgo, 2020.

Dewey, D.: "Mergers and Cartels: Some Reservations about Policy", in *Market Economic Review*, 1961, 51, p. 261.

Ebert, S.: "La società per azioni europea al "level playing field" dell'Unione Europea", in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, 2, p. 677.

Gambaro, A.: "I primi anni della Rivista di Diritto Commerciale: comparazione e cosmopolitismo giuridico", in *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi, 6 novembre 1998*, Milano 2001.

Irti N.: "In cammino verso la domanda", in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 225 ss.

Irti, N.: *Occasioni novecentesche. Il cammino del diritto*, Napoli 2012

Kindler, P.: "Le fusioni nel diritto tedesco: la sentenza Sevic della corte di Giustizia e l'attuazione della direttiva 2005/56/CE", in *Banca borsa, tit. cred.*, 2006, p. 485 ss.

Kieninger, E.: "The Legal Framework of Regulatory Competition Based on Company Mobility: EU and US Compared", in *German Law Journal*, 6, 2005, p. 755.

Lamandini, M., Desogus, C.: "Le fusioni transfrontaliere alla luce della direttiva 2005/56/CE", in *Diritto Societario europeo ed internazionale*, I, 2016, p. 511 ss.

Leandro, A.: "Società: se c'è un trasferimento della sede il Paese d'origine può revocare la nazionalità", in *Guida al diritto*, n. 3/2009, p. 106.

Liakopoulus D., Mancini, G.: "La direttiva n. 2005/56/CE e la nuova disciplina comunitaria delle fusioni transfrontaliere di società di capitali", in *Rass. Avv. Stato*, 2008, p. 7 ss.

Lombardo, S.: "Libertà di stabilimento e mobilità delle società in Europa", in *La nuova giurisprudenza commentata*, 2005, p. 358.

Mechelli, S.: "Libertà di stabilimento per le Società comunitarie e diritto societario dell'Unione Europea", in *Riv. Dir. Comm. e del dir. Gen. Obblig.*, 2000, p. 107

Mucciarelli, F.M.: "Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari", in *Giur. Comm.*, 2000, II, p. 563.

Mucciarelli, F.M.: "Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea: il caso Sevic", in *Giur. comm*, 2006, p. 353 ss.

Munari, F., Terrile, P.: "The Centros Case and the Rise of an EC Market for Corporate Law", in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 34.

Pannier, M.: "The EU cross Border Merger Directive – A new Dimension for Employee Participation and Company restructuring", in *EBLR*, 2005, p. 1424.

Papadopoulos, T.: "Legal Perspectives on the Scope if the Tenth Company Law Directive on Cross-Border Mergers", in *European Current Law*, 2008, iii.

Perrone, A.: "Dalla libertà di stabilimento alla competizione tra ordinamenti? Riflessioni sul caso Centros", in *Riv. Soc.*, 2001, p. 1292.

Preto, A., Desogus, C.: "La direttiva comunitaria sulle fusioni transfrontaliere di società di capitali", in *Contratto e impresa Europa*, 2006, p. 243 ss.

Rickford, J.: "The Proposed Tenth Company Law Directive on Cross Border Mergers and its impact in the UK", in *EBLR*, 2005, pp. 1409 ss.

Righini, A.: "Il trasferimento transnazionale della sede sociale", in *Contr. impr.*, 2006, 1, p. 763.

Rocco, A.: "La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni", in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 285 ss.

Scognamiglio, G.: "Le scissioni", in *Trattato delle società per azioni*, vol. 7**2, Torino, 2004, p. 182.

Siems, M.M.: "Sevic: beyond cross-border mergers", in *EBOR,* 2007, n. 8, 307, p. 308.

Smorto, G.: "L'uso giurisprudenziale della comparazione", in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 223 ss.

Somma, A., Zeno-zencovich, V.: *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, Roma, 2021.

Tesauro, G.: *Diritto comunitario*, Padova, 2005.

Ugliano, A.: "The New Cross-Border Merger Directive: Harmonisation of European Company Law and Free Movement", in *EBLR*, 2007, p. 585 ss.

VENTORUZZO, M.: "Cross-border Mergers, Change of Applicable Corporate Law and Protection of Dissenting Shareholders: Withdrawal Rights under Italian Law", in *ECRF*, 2007, n. 1, p. 9.

VERRUCOLI, P.: *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Milano, 1964.

WILLIAMSON, O.: "Economies as an antitrust defense: the welfare trade-offs", in *American Economic Review*, 1968, 58, p. 18 ss.

WOUTERS, J.: "European Company Law: Quo Vadis?", in *Common Market L. Rev.*, 37, 2000, p. 284.

KRAAKMAN, R., ARMOUR, J. et al.: *The Anatomy of Corporate Law: a Comparative and Functional Approach*, Oxford, 2017.

NULLITÀ SELETTIVA E ORDINI DI INVESTIMENTO: ESPEDIENTE LINGUISTICO O AMPLIAMENTO DELLO STATUTO DELLE NULLITÀ DI PROTEZIONE?

SELECTIVE NULLITY AND INVESTMENT ORDERS: LINGUISTIC EXPEDIENT OR EXTENSION OF THE STATUTE OF PROTECTION NULLITY?

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1792-1827

Agnese
ALAMANNI

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Nell'ampio panorama dell'evoluzione giurisprudenziale del diritto dei consumatori, che ha visto il riconoscimento di uno statuto normativo delle nullità di protezione nell'ottica di una estensione massima della protezione che opererebbe anche sul piano degli effetti sostanziali e processuali esclusivamente a favore del consumatore, l'articolo si propone di valutare l'ammissibilità di un'azione di nullità 'selettiva', quale azione diretta a far dichiarare la nullità solo di alcuni degli effetti prodotti dal contratto.

PALABRAS CLAVE: Nullità selettiva, diritto dei consumatori, nullità di protezione, abuso del diritto.

ABSTRACT: *In the broad landscape of the jurisprudential evolution of consumer law, which has seen the admission of a regulatory statute of nullity of protection with a view to a maximum extension of protection that would also operate in terms of substantive and procedural effects exclusively in favor of the consumer, the article intend to investigate the admissibility of a 'selective' action of nullity, as an action to declare void only some of the effects produced by a contract.*

KEY WORDS: *Selective nullity, consumer law, nullity of protection, abuse of rights.*

SUMARIO.- I. INQUADRAMENTO DELLA FATTISPECIE. IL CASO DEL CONTRATTO D'INVESTIMENTO FINANZIARIO.- II. STATUTO DELLE NULLITÀ PROTETTIVE E OPERATIVITÀ DELLA NULLITÀ AD ESCLUSIVO VANTAGGIO DEL CONSUMATORE. INTERPRETAZIONE ANALOGICA DELL'ART. 23 T.U.F.- III. ECCEZIONE DI BUONA FEDE QUALE CORRETTIVO DELL'UTILIZZO SELETTIVO DELLA NULLITÀ DI PROTEZIONE- IV. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SULLA CONFIGURABILITÀ DELLA DUBBIA FORMULA "NULLITÀ SELETTIVA".

I. INQUADRAMENTO DELLA FATTISPECIE. IL CASO DEL CONTRATTO D'INVESTIMENTO FINANZIARIO.

La formula nullità selettiva, come noto, è emersa nell'ambito dei contratti di investimento finanziario, con riferimento all'impugnazione promossa nei confronti solo di alcuni degli ordini di investimento effettuati dall'investitore in dipendenza di un contratto quadro, di cui veniva chiesto l'accertamento di nullità per difetto di forma[1], ex art. 23 T.U.F. [2].

1 Sulla forma dei contratti di intermediazione finanziaria e sulla questione relativa alla validità del c.d. contratto monofirma si veda anche per ulteriori riferimenti Dalmartello, A. "La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto 'monofirma'", *Nuov. Giur. Civ. Comm*., 2018, pp. 658 ss.; Roppo, V.: "Sui contratti del mercato finanziari, prima e dopo la MiFID", *Riv. Dir. priv.*, 2008, pp. 499 ss.. Per una riflessione sull'evoluzione del requisito della forma nel diritto dei contratti, e in particolare in relazione ai contratti asimmetrici, nel settore bancario e di investimento si veda anche Favale, R.: " Il processo di deformalizzazione dei contratti di investimento mobiliare Das Richterrecht bleibt unser Schicksal", *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 808; Scognamiglio, C., "Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma", in Nuov. Giur. Civ. Comm., 2018, p. 741; Amagliani, R.: "La forma del contratto quadro di investimento: la parola alle sezioni unite", *Nuov. Giur. Civ. Comm*., 2017, pp. 1363 ss.; Pagliantini, S.: "Neoformalismo contrattuale", *Enc. Dir. annali*, IV, Milano, 2010, pp. 770 ss.; Girolami, M. "Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle sezioni unite", *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, pp. 554 ss.; La Rocca, M.: "La 'forma informativa' ed 'il potere dell'impresa di comandare il mercato': a margine di Cass., ord. 27 aprile 2017 n. 10447 sul c.d. contratto monofirma", *www.ilcaso.it*, 24.7.2017; D'Amico, G.:"La forma del contratto-quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus", *I contratti*, 2018, pp. 138 e ss.; Amagliani, R.: "Nota breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898", *I contratti*, 2018, pp. 149 e ss.; Maffeis, D.: "La forma responsabile verso le sezioni unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca", *I Contratti*, 2017, pp. 398 ss.; Maggiolo, M.: "Servizi ed attività d'investimento", *Tratt. Cicu-Messineo*, XIII, Milano, 2012, pp. 463 ss.; Perrone, A.: "Tra regole di comportamento e regole di validità: servizi di investimento e disciplina della forma", in *I soldi degli altri*, a cura di Perrone A., Milano, 2008, pp. 35 ss.; Tosi E.: "Il contratto asimmetrico bancario e di investimento monofirma: la forma informativa e il problema della sottoscrizione unilaterale alla luce della lettura funzionale delle sezioni unite della cassazione", *Contratto e Impresa*, 2019, p. 197; Rovito, S.: "Art. 23", in *Testo unico della finanza. Commentario*, a cura di Campobasso G.F. Torino, 2002, p. 199; Urbani, "Forme di tutela del cliente", in *L'ordinamento finanziario italiano*, a cura di Capriglione, Padova, 2005, pp. 316 ss.; Morlupo: "La questione della forma dei servizi d'investimento", in *La tutela del consumatore dei servizi finanziari*, a cura di Di Nella, Napoli, 2007, pp. 87 ss.; Galgano, F.: *Trattato di diritto civile*, Padova, 2009, p. 246; Berti de Marinis, G.: "Forma degli ordini e dovere di diligenza e correttezza nel Testo Unico della finanza", *Rass. giur. Umbra*, 2009, pp. 7 ss.; Bertolini, A.: "Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo remediale?", *Resp. civ. prev.*, 2010, pp. 2336 ss.

2 Dello stesso tenore rispetto all'art. 23 d.legis. 24.2.1998, n. 58, t.u.f., si mostra l'art. 127 d.legis. 1°.9.1993, n. 385, t.u.b., nel suo secondo comma. La giurisprudenza non ha mancato infatti di estendere il principio del monofirma anche ai contratti bancari: *cfr.* Cass., 21.6.2018, n. 16362, *banca dati DeJure*, cfr Girolami, M.: "L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?" in *Nuov. Giur. Civ. Comm*, 2020, p. 154.

• Agnese Alamanni
Dottore di ricerca presso Università degli Studi di Firenze. Indirizzo email agnese.alamanni@virgilio.it

Il problema formale era sorto per il fatto che in passato molti dei contratti-quadro di investimento risultavano sottoscritti dal solo cliente, difettando invece la firma dell'intermediario; sul punto, come noto, è poi intervenuta la Cassazione a Sezioni Unite[3] affermando come il requisito della forma scritta del contratto di investimento non esiga, oltre alla sottoscrizione dell'investitore, anche la sottoscrizione ad substantiam dell'intermediario, rispondendo la prescrizione di forma dell'art. 23 t.u.f. ad una peculiare ratio informativa ed essendo volta essenzialmente a rendere edotto il cliente della consistenza dell'accordo[4]. La Suprema Corte ha così decretato l'ammissibilità, limitatamente ai contratti bancari e di investimento, del contratto monofirma, ossia sottoscritto solamente dall'aderente-contraente debole[5].

3 *Cfr.* Cass. Sez. Un. n. 898 del 2018, *Società*, 2018, p. 481 intervenuta a seguito della ordinanza interlocutoria n. 12390 del 17.5.2017 dalla sezione I della Corte, (seguita dalla pronuncia pressoché analoga n. 1653/2018, emessa pochi giorni dopo). La Suprema Corte, affermando che, laddove il contratto quadro sia redatto per iscritto e ne sia consegnato una copia al cliente ed esso rechi la sottoscrizione di quest'ultimo e non anche quella dell'intermediario, va esclusa la nullità del contratto medesimo, ai sensi dell'art. 1350 c.c. e dell'art. 23 d. lgs. n. 58 del 1998 poiché il consenso del cliente può desumersi alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti, ha così segnalato l'emersione e la specialità di una nuova forma di informativa protettiva del contratto asimmetrico, con un criterio di imputazione alternativo alla firma basato sulla predisposizione individuale e sulla consegna. Sulla questione si veda Perlingieri, G.: "Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo", *Rass. dir. civ.,* 2019, pp. 1133 ss., secondo cui, in caso di contratto bancario stipulato su moduli o formulari e recante la sola firma del cliente, per tutelare in modo più efficace gli interessi in gioco, sarebbe opportuno spostare il problema dal piano della validità/invalidità a quello della convalidabilità/sanabilità. Sarebbe, quindi, preferibile discorrere di 'atto nullo sanabile in presenza di comportamenti concludenti delle parti ora idonei ad attestare e soddisfare gli interessi meritevoli lesi dalla mancata sottoscrizione, ora suscettibili di evitare, anche sul piano probatorio, comportamenti abusivi delle parti o di terzi'. Nell'ambito della problematica dei contratti monofirma, la giurisprudenza ha affrontato anche l'ulteriore quesito della possibilità di convalidare le nullità di protezione (*cfr.* ordinanza di rimessione alle Sezioni unite Cass., 27 aprile 2017, n. 10447, in Foro it., 2017, I, c. 2731). La soluzione della convalida è stata, tuttavia, disattesa alle Sezioni unite che hanno optato per la validità ab origine del contratto monofirma (Cass., Sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.).

4 In generale sull'evoluzione del paradigma contrattuale classico a nuovi paradigmi contrattuali *cfr.* Roppo, V.: "Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma", in *Il contratto e le tutele*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, pp. 639 ss.; Perlingieri P., "Nuovi profili del contratto", in *Il nuovo diritto dei contratti*, a cura di Di Marzio, Milano, 2004, pp. 435 ss.; Alpa, G.: *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012; AA.VV.: I contratti del consumatore, a cura di Alpa, Milano, 2014; Breccia, U.:"Tempi e luoghi del diritto dei contratti", *I Contratti*, 2018, pp. 5 ss. Sul neoformalismo contrattuale e la sua funzione *cfr.* Roppo, V.: Il contratto, Milano, 2011, pp. 205 ss.; Pagliantini, S.: "Le sezioni unite - sul c.d. contratto mono-firma - forma o modalità di un'informazione materializzata? - le ss.uu. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 t.u.f.", *I contratti*, 2018, pp. 143 e ss.; Id.:"Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalita` del caso e creativita` giurisprudenziale)", *I Contratti*, 2017, pp. 679 ss; Id.: "Neoformalismo contrattuale", cit., pp. 770 ss. Gentili, A.: "La forma", in *Lezioni sul contratto*, a cura di Orestano, Torino, 2009, pp. 69 ss.;

5 Ciò non di meno residuerebbe comunque uno specifico profilo di invalidità relativo alla consegna del contratto quadro che potrebbe essere valorizzato in relazione ai contratti monofirma e che potrebbe rendere ancora attuale la questione relativa al cosiddetto uso selettivo della nullità. *Cfr.* sul punto Girolami, M.: "L'uso selettivo", cit., p. 156 la quale rileva come la legge parli di consegna di un esemplare del contratto al cliente e non di consegna di un semplice documento informativo. E in via esemplificativa immagina il caso in cui il cliente che sottoscriva una proposta da inviare poi all'investitore. Secondo l'art. 1326 cod. civ. il contratto si conclude quando il proponente ha notizia dell'accettazione della controparte e dunque, salvi i casi in cui il contratto venga stipulato in presenza, la firma del cliente per ricevuta dell'esemplare del contratto non attesta nulla, essendo appunto in calce ad una mera proposta. Secondo l'Autrice la seconda firma apposta dall'investitore con la quale attesta di aver ricevuto copia del contratto, potrebbe non soddisfare la previsione del t.u.f.
Peraltro, le medesime questioni potrebbero porsi per ulteriori profili di nullità, ad esempio ex. Art 30 del T.u.f., cfr per maggiori riferimenti Vitelli, F.: "Investimenti fuori sede e diritto di ripensamento ex art. 30, t.u.f.", *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2019, pp. 525 e ss.

Il cosiddetto contratto quadro è solitamente un contratto di gestione e consulenza o di prestazione di servizi di investimento col quale l'investitore-risparmiatore conferisce incarico all'intermediario bancario o finanziario, di procedere all'acquisto dei prodotti finanziari, cosiddetti ordini di investimento[6]; tale tipologia contrattuale prende il nome di contratto di negoziazione[7].

Oppure, ed è il caso del contratto di gestione di un portafoglio di investimento, può avere ad oggetto l'incarico per l'intermediario di porre in essere, per categorie di strumenti finanziari, operazioni di investimento per conto dell'investitore, senza essere vincolato da sue istruzioni e senza sua preventiva autorizzazione, salvo che il contratto non determini le modalità attraverso le quali l'investitore possa impartire all'intermediario istruzioni vincolanti o non stabilisca che per determinate operazioni, espressamente indicate, occorra la preventiva autorizzazione dell'investitore[8].

In entrambi i casi si ha un contratto a monte che regola l'esecuzione di ordini o operazioni che stanno a valle[9].

6 *Cfr.* Galgano, F.: "I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario", *Contratto e Impresa*, 2005, p.889, il quale evidenzia come i contratti fra investitori e intermediari, aventi ad oggetto la prestazione di servizi di investimento, trovino la propria immediata disciplina nel Testo Unico dell'intermediazione finanziaria (d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) e nei suoi regolamenti di attuazione ed anche, nelle loro linee generali, fra i contratti aventi una speciale disciplina nel codice civile e, in particolare, in quel contratto che gli artt. 1852–1857 c.c. regolano sotto il nome di operazioni bancarie in conto corrente.

7 Questo contratto può avere ad oggetto l'esecuzione, da parte dell'intermediario, di ordini impartiti dall'investitore, prevedendo che non possano essere effettuate operazioni di investimento se non su ordine dell'investitore, ed è disciplinato dall'art. 32 del Testo unico dell'intermediazione finanziaria d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, *Cfr.* Galgano, F.: "I contratti di investimento", cit., p.889.

8 *Cfr.* Galgano, F.: "I contratti di investimento", cit., p.889; Minneci, U.: "Il contratto di gestione di portafogli; tra identità del tipo e accertamento della mala gestio", *Riv. Dir. Civ.*, 2019, pp.1369 e ss.

9 Sulla struttura dei contratti di intermediazione finanziaria si veda Galgano, F.: "Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione", *Contr. e impr.*, 2008, 4 s., e Roppo, V.: "Sui contratti", cit., p. 499. *Cfr.* inoltre Maggiolo, M.:"Servizi ed attività", cit., pp. 485 ss.. La struttura del servizio di investimento articolato nel contratto quadro e nei successivi ordini di investimento è stata definita dalla Cassazione 7 Cass., 23.5.2017, n. 12937, *Banche Dati De Jure,* secondo la linea di una "sequenza che - in ragione di un razionale disegno di ispirazione unitaria e inteso, questo sì, a proteggere la posizione dell'investitore (nello sviluppo del principio costituzionale di tutela del risparmio di cui all'art. 47 Cost.) - viene a svolgersi lungo più fasi in consecuzione tra loro". Si veda in generale sul tema della negoziazione nel settore dell'intermediazione finanziaria anche Gentili, A.: " Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite", *I contratti*, 2008, pp. 393 ss.

Sebbene sia discussa la qualificazione giuridica del contratto quadro, oscillando la dottrina tra mandato[10] e contratto normativo[11], in linea generale vi è una certa unanimità nel ritenere esistente un legame genetico tale per cui la nullità per difetto di forma di detto contratto avrebbe quale conseguenza quella di rendere nulli gli ordini di investimento o di borsa da essi dipendenti[12].

Ove si qualifichi il contratto a monte quale mandato i singoli ordini verrebbero caducati in quanto atti esecutivi di un contratto invalido, mentre nel caso in cui venga qualificato come contratto normativo, l'inefficacia degli ordini deriverebbe dal nesso causale che lega le due fasi negoziali[13].

In questo scenario si pone la questione della nullità selettiva[14] o dell'uso selettivo della azione di nullità, poiché il cliente sfruttando un vizio di forma del

10 Cfr in tal senso Lener, R.: *Forma contrattuale e tutela del contraente « non qualificato » nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 175; Miriello, C.: "Contratti di intermediazione finanziaria: forma, nullità virtuale e dintorni. Alcuni punti fermi", *Contr. impr.*, 2006, pp. 1639 ss.; Galgano, F. e Zorzi, N.: "Tipologia dei contratti fra intermediario e risparmiatore", in *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, TrattatoGalgano a cura di Galgano F. e Visintini G,, XLIII, Padova, 2006, p. 68; Maffeis, D.: "Servizi di investimento: l'onere della prova del conferimento dei singoli ordini di negoziazione", *Contr.*, 2007, p. 238; Ducci, D.:"Negoziazione, gestione di portafoglio e ordini telefonici", *Giur. comm.*, 2009, I, 81 s.; Pace, D.I.: "Gli ordini di borsa tra forma e mera archiviazione", *Banca borsa tit.*, 2010, p. 122; Galgano, F.: "Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione", *Contr. e Impr.*, 2008, 1 e segg.; Id., "Il contratto di intermediazione finanziaria", in *Le nuove regole del mercato finanziario*, Padova, 2009, pp. 235 ss.

11 Per tale ricostruzione invece si veda Castronovo, C.: "Il diritto della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare", *Banca borsa tit. cred,* 1993, p, 309; Carozzi, A.M.:"Regole di condotta degli intermediari e rimedi civilistici", *Dir. Fall.*, 2006, p. 697; Roppo, V.: "La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione", *Danno e Resp.*, 2005, pp. 627 ss.; Luminoso, A.:"Contratti di investimento, mala gestio dell'intermediario e rimedi esperibili dal risparmiatore, nota a Trib. Cagliari, 11 gennaio 2006", *Resp. civ. prev.*, 2007, p.1425; Orestano, A.: *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, 2000, p. 193; D'Alfonso, G.:"Violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari: la tutela del risparmiatore tra rimedi restitutori e risarcitori", *Resp. Civ.*, 2008, pp. 12 ss. Sulla natura contrattuale del c.d. Contratto normativo, *cfr.* Sacco, R.:"Il contratto", in TrattatoSacco a cura di Sacco-De Nova, Torino, 2004, pp.302 ss.; Favale, R.: *Forme "extralegali" e autonomia negoziale*, Napoli, 1994, pp. 249 ss..

12 *Cfr.* Berti de Marinis, G: "Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa", *Ban. Bor. Tit. Cre.*, 2014, p. 612, Id.: "La contrattazione bifasica nei contratti di investimento: fra vincoli imposti a tutela del cliente e rimedi invalidanti", *Resp. civ. prev.*, 2013, pp. 1344 ss.. Sull'effetto "a cascata" della nullità del contratto quadro sui singoli ordini, si veda Roppo, V.: "La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)", *Contr. e impr.*, 2005, p. 628; Maggioli, M.: "Servizi ed attività d'investimento", cit., p. 499. *Cfr.* anche Girolami, M.: "Contratti di investimento", cit., pp. 554 ss.. In giurisprudenza si veda 4 Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, *Contratti*, 2016, p. 1094; Cass., 24 aprile 2018, n. 10116, *Dejure online*; Cass., 16 marzo 2018, n. 6664, *Foro it.*, 2018, 10, p. 3246; Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, *Giust. civ.*, 2008, p. 2775. 6 Cass., 23 maggio 2017, n. 12937, *Corr. giur.*, 2018, 6, p. 773; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 9, p. 1171.

13 *Cfr.* anche per ampi riferimenti giurisprudenziali Berti de Marinis, G: "Uso e abuso", cit., p. 615. Sul punto si veda anche sul punto, Polidori, S.: "Nullità protettive, neoformalismo ed eccessi di protezione: applicazioni in tema di esercizio abusivo dell'azione di nullità per vizio di forma nel campo dell'intermediazione finanziaria", *Ann. Fac. Econ. Benevento*, Napoli, 2012, 53 ss.. A favore, della tesi del collegamento negoziale, si veda anche M. Girolami, "Contratti di investimento", cit., pp. 554 e segg.; S. Pagliantini, "Usi ed abusi", cit., 679 e segg..

14 In dottrina ex multis cfr De Pamphilis, M.: "Azione "selettiva" di nullità e obbligo di lealtà dell'investitore: il criterio ordinante della buona fede nella giurisprudenza delle sezioni unite", *Giur. Comm.*, 2021, pp. 806 e ss.; Valitutti, A.: "I contratti di intermediazione finanziaria privi di forma scritta. profili processuali e sostanziali della c.d. nullità selettiva", *Rivista di diritto processuale*, 2021, p. 202; Febbrajo, T.:"Uso selettivo della nullità di protezione tra buona fede e principi rimediali di effettività, proporzionalità e dissuasività", *Pers. E merc.*, 2021 p. 345; Russo, D.: *Dimensione del vizio, nullità «selettiva» e conformazione dei negozi*, Napoli, 2020, pp. 107 ss.; Mazzini: "Eccezione di buona fede se la domanda colpisce alcuni ordini di acquisto. (Contratto bancario)", *Guida al diritto il sole 24ore settimanale,* 2020, p. 42; Barba, A.: "Nullità di protezione

contratto-quadro chiede che vengano dichiarati nulli non tutti gli ordini da esso dipendenti, ma esclusivamente alcuni, solitamente quelli in perdita[15].

Si è parlato di "uso selettivo" della nullità per il "presunto" potere dispositivo dell'investitore, di dirigere discrezionalmente gli effetti della nullità solo nei confronti di alcuni ordini[16].

Ove si desse corso alla disciplina ordinaria, ovviamente, una volta dichiarata la nullità del contratto quadro, necessariamente questa travolgerebbe tutti gli atti a valle, indipendentemente dal fatto che sia stata richiesta dal ricorrente solo la dichiarazione di nullità di alcuni ordini; con la conseguente insorgenza degli obblighi restitutori in capo alle parti dal momento che le prestazioni eseguite risultano sprovviste di una causa che giustifichi i relativi spostamenti patrimoniali[17].

Una volta accertata la nullità del contratto presupposto (il contratto quadro) verrebbe, difatti, meno la giustificazione causale di tutte le negoziazioni che in esso

e selezione degli effetti restitutori", *Nuov. Giur. Civ. Com.*, 2020, p. 902; Scognamiglio, C.: "La Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede", *Corr. Giur.*, 2020, p. 5; Iuliani, A.: "Le Sezioni Unite e la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione", *Giur. it.*, I, 2020, p. 273; D'Amico, G.: "Considerazioni sulla c.d. nullità selettiva", *I Contratti*, 2020, 633; Pagliantini, S.: "Le stagioni della nullità selettiva (e del 'di protezione')", *I Contratti*, 2020, p. 11; Id. "L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona", *Nuov. Giur. Civ. Com.*, 2020, pp.169 ss.; Rordorf, R.: "Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario", *www.questionegiustizia.it*, 2020; Girolami, M.: "L'uso selettivo", cit., pp. 154 ss.; Maffeis, D.: "Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna", Nuov. Giur. Civ. Comm., 2020, p.160; Monticelli S.: "La nullita` selettiva secondo il canone delle sezioni unite: un responso fuori partitura", *Nuov. Giur. Civ. Com.*, 2020, pp. 163 ss.; Dalmartello, A.: "La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente", *Nuov. Giur. Civ. Com.*, 2020, pp. 32; Costanza, M.: "Nullità selettiva. Metamorfosi della nullità", *Le Società*, 2020, pp. 851 e ss,; Vettori, G.: "Nullità selettive e 'riequilibrio effettivo'. L'evoluzione della buona fede", *Persona e mercato*, 2019, p. 21 ss.; Sartoris, C.: "Contratti di intermediazione finanziaria - nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?", *Giur. It.*, 2019, p. 765; Id.: "La sentenza delle seziono unite sulla. Nullità selettiva: tra protezione e buona fede", *Persona e Mercato*, 2019, 4, p. 69 ss.; Rizzuti, M.: "Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle sezioni unite", *Il Corriere Giuridico*, 2019, pp. 173 ss.; Pisapia, "Intermediazione finanziaria: le Sezioni Unite sull'usi selettivo della nullità di protezione", *www.dirittobancario.it,* 2019; Greco, F.: "La nullità « selettiva » e un necessitato ripensamento del protezionismo consumeristico, in esito alla pronuncia delle sezioni unite", *Resp. Civ. e Prev.*, 2020, pp. 835 e ss.; Bichiri, F.: "La nullità selettiva nei contratti di investimento. La questione alle Sezioni Unite", *Giur. It.*, 2019, pp. 355 e ss;

15 Il vizio di forma per cui si chiede la nullità non riguarda, dunque, il singolo ordine, ma esclusivamente il contratto quadro e la nullità del singolo ordine è, pertanto, una conseguenza invalidatoria.

16 Cfr A. Valitutti, "I contratti di intermediazione", cit., p. 202; Mazzini: "Eccezione di buona", cit., p. 42; Barba, A.: "Nullità di protezione", cit., p. 902; Scognamiglio, C.: "Le Sezioni Unite", cit., p. 5; Iuliani, A.: "Le Sezioni Unite", cit., p. 273; G. D'Amico, "Considerazioni sulla", cit., p. 633; Pagliantini, S.: "Le stagioni" cit., p. 11; Id. "L'irripetibilità virtuale", cit., pp. 169 ss.; Rordorf, R.: "Buona fede", cit.; Girolami, M.: "L'uso selettivo", cit., p.154; Malvagna, U.:"Nullità di protezione e nullità 'selettive'. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite n. 12390/2017", *Banca borsa tit. cred.*, 2017, p. 842 ss. Con specifico riferimento ai servizi di investimento, Semeghini, D.: *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010, passim.

17 *Cfr.* Cass., 8 novembre 2005, n. 21647, in www.dejure.it; Cass., 8 aprile 2009, n. 8564, *Ban. Bor. e tit. di cred.*, 2010, II, p. 672; Cass., 15 aprile 2010, n. 9052, *Giust.civ.*, 2011, p. 1294; Cass., 7 febbraio 2011, n. 2956, *Guida dir.*, 2011, n. 18, 43; Trib. Bari, 17 ottobre 1012, *www.dejure.it*; Trib. Roma, 9 settembre 2013, *Banche Dati De Jure*.

traggono fondamento, essendo queste atti posti in esecuzione del primo e senza il quale non avrebbero potuto validamente essere conclusi[18].

Analizzando la casistica giurisprudenziale si può infatti rilevare come inizialmente a seguito della domanda di nullità "selettiva" azionata dal consumatore/investitore, l'intermediario abbia proposto in via riconvenzionale l'azione di ripetizione dell'indebito per gli ordini non direttamente impugnati dall'Attore, sul presupposto che non avrebbero potuto non essere dichiarati anch'essi nulli, una volta accertata la nullità del contratto quadro.

Sennonché in giurisprudenza è emerso un orientamento, recentemente avallato anche dalle S.U. nel 2019[19], per il quale in ragione della natura di nullità di protezione dell'art. 23 T.U.F. è stata ritenuta preclusa per l'intermediario la proposizione in riconvenzionale dell'azione di ripetizione finalizzata ad ottenere la restituzione dei guadagni conseguiti dagli ordini di investimento andati a buon fine.

La discussa formula della nullità selettiva nasce, dunque, in tale scenario, da un lato per il tipo di utilizzo che l'investitore fa dell'azione di nullità, mirando a ottenere la caducazione solo di alcuni ordini attuativi in perdita, con conservazione di quelli idonei a produrre un guadagno, e dall'altro per il contestuale riconoscimento da parte della Cassazione di una preclusione per l'intermediario di agire in ripetizione.

Sono molte le questioni teoriche che questo tema impone di affrontare, oltre a quanto sopra accennato, in relazione a tale utilizzo della nullità: si è altresì posta la questione della configurabilità di un abuso del diritto per comportamento opportunistico dell'investitore e contrario a buona fede, proprio per la pretesa dell'investitore di servirsi solo limitatamente e appunto selettivamente del rimedio della nullità[20].

18 In tal senso si veda anche Girolami, M.: "L'uso selettivo", cit., p. 156, la quale rileva come il problema atterrebbe non già al funzionamento della nullità di protezione quanto piuttosto alla disciplina generale del contratto, dal momento che acclarata la nullità del contratto quadro, tutti i contratti di investimento dovrebbero essere indistintamente nulli, senza alcuna possibilità di configurare un potere di selezione da parte del cliente.

19 *Cfr.* Cass., sez. un., 4.11.2019, n. 28314, *Nuov. Giur. Civ. Com.*, 2020, pp. 26 ss. che ha risolto il contrasto tra il principio di diritto affermato da Cass., 27.4.2016, n. 8395, *Corr. giur.*, 2016, p. 1110 e quello reso da Cass., 16.3.2018, n. 6664, *Foro.it.*, 2018, p. 3246, precisando il regime della nullità ex art. 23 t.u.f. per difetto di forma del contratto quadro di intermediazione, affermando, per un verso, che si tratta di una nullità di protezione che può operare solo a vantaggio del cliente e, per l'altro, che a quest'ultimo può essere opposta un'eccezione di buona fede nell'ipotesi di impugnazione selettiva degli ordini caducati per effetto dell'invalidità del contratto quadro. Con nota di Dalmartello, A.:"La nullità", cit. 32., il quale mette in evidenza i profili critici sollevati dai passaggi fondamentali della decisione, con riferimento sia al sistema rimediale di matrice europea, sia al ruolo assegnato alla clausola generale di buona fede nel governare la proporzionalità delle tutele civilistiche. Se ne ricava un monito di cautela nel valutare la portata nomofilattica della decisione.

20 *Cfr.* Berti de Marinis, G.: "Nullità relativa, protezione del cliente e interessi meritevoli di tutela", *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2016, p. 283 ss. Sul tema più generale dell'abuso del diritto, si richiamano, tra i numerosi contributi Rescigno, P.: "L'abuso del diritto", *Riv. dir.civ.*, 1965, pp. 205 e ss.; Gambaro, A.: "L'abuso del diritto di azione", *Resp. Civ. e Prev.*, 1983, pp. 821 e ss.; Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, pp. 643 e ss.; Perlingieri, P.- Femia, P.: *Nozioni introduttive e principi fondamentali di diritto civile*, 2, Napoli,

Si pensi ad esempio al caso di un cliente, che avendo effettuato per molti anni e con successo svariati investimenti mobiliari, d'un tratto decida di far valere il difetto di forma del contratto quadro stipulato anni addietro, al solo fine di eliminare singole operazioni svantaggiose, pretendendo di tenere invece intatte quelle remunerative[21].

In tal caso, il rischio di distorcere la ratio di protezione dell'art. 23 T.U.F. è evidente, tanto che da strumento posto a tutela del cliente diventerebbe, come è stato evidenziato in dottrina, "un abusivo grimaldello" – azionabile per giunta a sua esclusiva discrezione – per neutralizzare le operazioni infruttuose[22].

Vedremo come la giurisprudenza abbia prospettato quale correttivo ad un utilizzo siffatto della nullità, la legittimazione ad una eccezione di buona fede da far valere nei confronti dell'investitore e salva eventualmente l'eccezione di compensazione da parte dell'intermediario per il suo credito relativo alle operazioni compiute (e non invalidate) a favore dell'investitore, sotto forma del versamento dei frutti dei capitali impiegati[23].

In ogni caso la questione di un eventuale utilizzo abusivo presuppone risolta in senso positivo la legittimità e ammissibilità della nullità selettiva, che ne risulta ovviamente quale antecedente logico, e in relazione alla quale occorre svolgere più di una riflessione.

2004, pp. 142 ss.; Pennasilico, M.: "Abuso del diritto e regime dei rimedi", *Gazz. Not.*, 2008, pp. 437 ss.; De Cristofaro, G.: "Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali", *Giust. Proc. Civ.*, 2009, pp. 993 ss.; Vettori, G.: "L'abuso del diritto", *Obbl. e Contr.*, 2010, pp. 168 ss.; Alpa, G.: "Appunti sul divieto di abuso del diritto in ambito comunitario e i suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati membri", *Contr. e Impr.*, 2015, pp. 145 ss.

21 La pronuncia della Suprema Corte a S. U. del 2019, cit., si era difatti originata da una domanda di nullità avanzata da un risparmiatore in ordine ai soli contratti d'investimento in obbligazioni Argentina, in relazione alla quale in primo grado era stata parzialmente accolta la domanda, dichiarando la nullità di alcuni degli ordini di acquisto impugnati per vizio di forma del contratto quadro ex art. 23 t.u.f., e condannato l'istituto di credito alla restituzione delle somme investite oltre interessi. Tuttavia, in accoglimento della domanda riconvenzionale spiegata dalla Banca, l'attore veniva condannato alla restituzione delle cedole riscosse in forza di operazioni eseguite dal contratto quadro dichiarato nullo. In sede di Appello veniva riformata in parte la sentenza di prime cure e dichiarata la parziale compensazione tra quanto dovuto dalla Banca all'investitore e quanto quest'ultimo era tenuto a corrispondere all'intermediaria. L'investitore è poi infine ricorso in Cassazione, sostenendo che dalla sua eccezione di nullità rivolta a sole due operazioni, sarebbe precluso alla Banca chiedere di considerare travolte in via riconvenzionale tutte le altre operazioni poste in essere nel corso del rapporto di intermediazione finanziaria dichiarato nullo. In particolare, il ricorrente censura l'assunto della Corte di secondo grado secondo cui la nullità del contratto quadro fatta valere dal cliente debba necessariamente ripercuotersi su tutte le operazioni eseguite in base all'atto negoziale viziato. Difatti, atteso che la nullità ex art. 23 t.u.f. sarebbe rimedio posto a esclusiva protezione del cliente, l'investitore ha preteso di poter selezionare il rilievo di tale nullità limitandolo ai soli negozi attuativi del contratto quadro nullo dai quali si ritenga illegittimamente pregiudicato.

22 Tonini, F.: "L'invalidita` "selettiva" del contratto di investimento rimessa alle Sezioni Unite", *Nuov. Giur. Civ. Comm.*, 2019, p.50.

23 Le Sezioni unite della Cassazione hanno, difatti, proposto una soluzione che è dichiaratamente ispirata alla volontà, da un lato, di scongiurare uno sfruttamento 'opportunistico' della normativa protettiva da parte dell'investitore e, dall'altro, di evitare all'intermediario quello che viene definito 'un ingiusto sacrificio economico', *cfr.* Cass., Sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, cit., p. 25.

II. STATUTO DELLE NULLITÀ PROTETTIVE E OPERATIVITÀ DELLA NULLITÀ AD ESCLUSIVO VANTAGGIO DEL CONSUMATORE. INTERPRETAZIONE ANALOGICA DELL'ART. 23 T.U.F.

Si è posto, dunque, per l'interprete l'interrogativo, in presenza del silenzio sul punto da parte del legislatore, se, in una logica di massima estensione dello statuto di protezione, la disciplina della nullità codicistica possa essere derogata sotto il profilo delle conseguenze sostanziali e processuali[24] e, in secondo luogo, se possa essere riconosciuto al consumatore, addirittura un potere di selezione discrezionale degli effetti della nullità[25].

Preliminarmente può evidenziarsi come la problematicità della vicenda risieda innanzitutto in un contrasto di fondo tra due diverse istanze sistematiche: da un lato la necessità di giustificare la sopravvivenza di alcuni atti esecutivi (gli ordini di investimento andati a buon fine), che non sarebbero colpiti dall'azione di nullità utilizzata in modo selettivo, dipendenti da un titolo (il contratto quadro) ormai inefficace, e dall'altro la necessità di giustificare la preclusione per l'intermediario di agire con l'azione di indebito, questione connessa come vedremo alla possibile interpretazione del dato che la nullità di protezione debba operare esclusivamente a vantaggio dell'investitore/consumatore[26]. Interpretazione che dovrà, però, armonizzarsi necessariamente in maniera coerente col sistema giuridico[27].

È stata affermata in dottrina e ribadita anche dalle S.U. della Cassazione nel 2019, richiamando peraltro sul punto altra Cass. S.U. del 2014, l'esistenza di

24 *Cfr.* Girolami, M.: "L'uso selettivo", cit. 154, la quale rileva come dopo anni di incertezze in materia, nel 2014 le sezioni unite si siano soffermate sulla descrizione del modus operandi della c.d. nullità di protezione (sul punto si veda anche infra), individuando l'art. 36 cod. cons. come regola di riferimento della materia, quale invalidità azionabile dal solo contraente debole, con fattispecie connotata da inefficacia originaria e rilevabile d'ufficio, tenuto conto del comportamento processuale della parte protetta. *Cfr.* per maggiori riferimenti Girolami, M.: "Le nullità dell'art. 127 t.u.b. (con l'obiter delle sezioni unite 2014)", *Ban. Bor. Tit. Cred.*, 2015, pp. 172 e ss.

25 Si veda Barba, A.: "Nullità di protezione", cit., p. 905 il quale evidenzia come l'interpretazione integrativa dell'art. 23, comma 3°, t.u.f., nel segno del vantaggio per il cliente-consumatore e della rilevabilità officiosa, costituisca l'antecedente argomentativo indispensabile dell'intera motivazione della Suprema Corte con riguardo all'ammissibilità della nullità selettiva. E sottolinea, altresì, la presenza di una lacuna impropria dell'art. 23 T.u.f. sotto il profilo della divergenza tra l'auspicata funzione di protezione e il testo della norma che si limita a prevedere solo la legittimazione esclusiva del consumatore. L'Autore mette in luce come una interpretazione di tipo analogico tesa ad integrare l'art. 23, comma 3°, t.u.f. compenserebbe l'insufficienza teleologica della disposizione rispetto all'assiologia ordinante, e nei limiti dell'assiologia ordinante, andando ad adeguare la regola di validità del contratto-quadro alla funzione di protezione del consumatore nel segno della solidarietà economica sociale che deve contribuire alla costruzione del mercato interno. Funzione, conclude l'Autore, che potrebbe giustificare, per la giurisprudenza di legittimità, la deroga alla disciplina di diritto comune della nullità del contratto.

26 Barba, A.: "Nullità di protezione", cit., p. 902, il quale rileva come l'impostazione della questione ermeneutica e dogmatica racchiusa nella formula, suggestiva quanto insidiosa, della 'nullità selettiva' traspaia già dal principio di diritto affermato dai giudici di legittimità e consista nel riconoscere la rilevanza del 'vantaggio' a favore del consumatore, utilizzato come medio argomentativo tra disciplina dell'invalidità e disciplina delle restituzioni contrattuali, per la ricostruzione di un dispositivo rimediale adeguato alla funzione di protezione non solo con riguardo alla nullità, ma anche con riguardo alla ripetizione dell'indebito.

27 *Cfr.* Scalisi, V.: "Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione", *Riv. Dir. Civ.*, 2005, pp. 459 e ss.; Id.: "Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia, *Riv. Dir. Civ.*,.2007, pp. 843 e ss.

uno statuto giuridico delle nullità di protezione[28], in forza del quale andrebbe applicato in via analogica all'art. 23 T.U.F. quanto previsto anche per altre nullità di protezione, quali ad esempio l'art. 117 e l'art. 127 del TUB[29] e ovviamente l'art. 36, comma 3 cod. cons. nei quali, come noto, è previsto oltre alla legittimazione esclusiva, anche che "La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice"[30].

Risulta, dunque, centrale interpretare la portata di quest'ultima disposizione, sulla quale viene radicato il fondamento della estensione del regime di protezione

28 Si veda le sentenze gemelle Cassazione S.U. n. 26642 e n. 26243, del 2014, *Corr. Giur.*, 2015, pp. 70 ss. nelle quali la Suprema Corte ha infatti affermato che "La rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, come una 'species' del più ampio 'genus' rappresentato dalle prime, tutelando le stesse interessi e valori fondamentali - quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.) - che trascendono quelli del singolo", (*cfr.* anche la più recente Cass. 26614 del 2018, nella quale si precisa che il rilievo d'ufficio è, tuttavia, subordinato ad una manifestazione d'interesse del legittimato). In dottrina ex multis *cfr.* Robustella, C.: *Forma di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, Torino, 2020, 146; Carbone, V:"Porte aperte' delle sezioni unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto", *Corr. Giur.*, 2015, p. 88; Girolami, M.: "Le nullità del", cit., p. 1616; Pagni, I.:"Nullità del contratto – Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le sezioni unite", *Corr. Giur.*, 2015, pp. 225 ss.; Scognamiglio, C.: "Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite ed il rilievo officioso delle nullità." *Nuov. Giur. Civ. Comm*., 2015, p. 197; Consolo, C.- Godio, F.: "Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale", *Corr. Giur*., 2015, p. 6; Russo, F.: "La rilevabilità d'ufficio della nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite"Dir. Civ. Cont.., 2015, p.6. Per un'ampia ricognizione in ordine al più generale orientamento giurisprudenziale di rilettura del sistema delle impugnative negoziali, nell'ottica di valorizzare l'effettività della tutela fornita dal rimedio della nullità, soprattutto di protezione, *cfr.* Sartoris, C.: "Nullità selettiva", cit., p., 765. L'Autrice mette in evidenza l'importanza del suddetto approdo giurisprudenziale per aver chiarito la Cassazione come la specialità che caratterizza le nullità di protezione, rispetto alla nullità contrattuale classica, si riproduca non solo sulla disciplina sostanziale, ma anche su quella processuale.

29 Si rinviene nel D.Lgs. n. 385 del 1993, T.U.B.) sia in relazione alla previsione della nullità del contratto per difetto di forma (art. 117, commi 1 e 3, rimasti immutati), sia in relazione all'applicazione delle nullità di protezione disciplinate nell'art. 127, così formulato: "1. Le disposizioni del presente titolo sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente. 2. Le nullità previste dal presente titolo possono essere fatte valere solo dal cliente.". Con la modifica introdotta dal D.Lgs. n. 141 del 2010, art. 4, comma 3, l'attuale formulazione dell'art. 127, comma 4, si è conformata al regime giuridico del Codice del Consumo (D.Lgs. n. 206 del 2005) ed è la seguente: "Le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice".

30 In ordine alla interpretazione da attribuire all'effetto vantaggioso della nullità di protezione si veda Barba, A.: "Nullità di protezione", cit., p. 908, il quale evidenzia come la nullità dell'intero contratto possa conservare una funzione di protezione del consumatore solo se riduce, sino all'esclusione, i costi di rischio e di affidamento connessi all'accertamento dell'invalidità. Con la conseguenza che non si possa prescindere da una deroga alla disciplina generale e in particolare della disciplina dell'indebito oggettivo, per rimuovere i limiti alla libertà di scelta del rimedio generati dalla situazione di asimmetria tra poteri. In particolare, dunque, il vantaggio apprestato al consumatore consisterebbe nel circoscrivere la retroattività inclusiva del rimedio con riguardo al regime delle restituzioni e, quindi, nel garantire le condizioni normative che rendono effettiva la legittimazione attiva del consumatore come esercizio di una libertà formalizzata come diritto sottratto alla disponibilità persino del suo titolare (ex art. 143 cod. cons.). Con la conseguenziale esclusione, dunque, della legittimazione attiva dell'intermediario, in via di azione riconvenzionale ex art. 2033 cod. civ. o di eccezione riconvenzionale di compensazione, a chiedere la restituzione delle attribuzioni patrimoniali relative agli ordini di investimento nulli per nullità del contratto – quadro di intermediazione finanziaria, accertata con efficacia di giudicato, e tuttavia esclusi dal petitum selezionato dal consumatore. Sul punto *cfr.* anche Di Majo, A.: "Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo", *Eur.* e *dir. priv.*, 2001, pp. 531 ss.; Bargelli, E.:: *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, pp.128 ss.. Circa la necessità di una soluzione rispettosa del principio di proporzionalità del rimedio allo scopo si veda anche Scognamiglio,C.: "Contratti monofirma", cit., pp. 741 ss., nel senso di legittimare una interpretazione estensiva del vantaggio del consumatore quale condizione normativa di effettività del potere formalizzato come legittimazione attiva esclusiva.

del consumatore, anche ove la nullità abbia riguardo non ad una sola clausola ma all'intero contratto, come nel caso in oggetto di una nullità per difetto di forma[31].

Ci si domanda, dunque, se l'operatività della nullità ad esclusivo vantaggio del consumatore/investitore possa spingersi fino a bloccare la "bidirezionalità" dei normali effetti processuali e sostanziali dell'azione di nullità, con la conseguenza che solo all'intermediario sarebbe precluso avvalersi della dichiarazione di nullità in relazione alle conseguenze, in particolare restitutorie, in quanto ritenute per lui vantaggiose. E di conseguenza se il contraente privo della legittimazione a far valere la nullità di protezione possa subire soltanto gli effetti della dichiarazione di nullità selettivamente definiti nell'azione proposta dalla parte, esclusiva legittimata.

Pare emergere, dunque, come la reale questione teorica da approfondire risieda [32]nell'interpretare l'effettiva portata dell'operatività 'a vantaggio del consumatore' da cui è strettamente dipendente l'estensione dello statuto della protezione della nullità, al di là di quanto disciplinato dal legislatore.

Su questa questione sono emersi orientamenti contrastanti[33], parte della giurisprudenza ha ritenuto che il regime di protezione del consumatore si esaurisca nella legittimazione esclusiva del cliente (e nella rilevabilità d'ufficio solo nel suo interesse) a far valere la nullità per difetto di forma, e che una volta dichiarata l'invalidità del contratto quadro, gli effetti caducatori e restitutori che ne derivano possano essere fatti valere da entrambe le parti[34].

31 *Cfr.* Sartoris, C.: " Nullità selettiva", cit., p. 770; Russo, D.: "Dimensione del vizio", cit., p. 120; Polidori, S.: "Nullità protettive", cit., p. 53.

32 A favore della tesi secondo cui la nullità di protezione deve avere una operatività c.d. "piena" a favore della parte debole, con possibilità cioè di avvalersi della dichiarata invalidità del contratto quadro non solo sul piano formale della legittimazione esclusiva ad agire, ma anche su quello sostanziale dell'operatività degli effetti da ultimo si veda Febbrajo, T.: "Uso selettivo", cit. p. 358, il quale rileva come l'intermediario non possa trarre vantaggio dall'operatività della nullità, con la conseguenza che, all'esercizio selettivo, da considerarsi in linea teorica legittimo, non possa essere opponibile il regime delle conseguenze restitutorie scaturenti dalla invalidità del contratto quadro. L'Autore rileva come questa soluzione aggiunga un ulteriore elemento nel percorso giurisprudenziale di identificazione di uno statuto normativo comune alle nullità di protezione, affiancandosi all'orientamento che già afferma la necessaria rilevabilità d'ufficio di tale tipologia di rimedio. *Cfr.* in tal senso Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, cit. e Cass., 16 ottobre 2020, n. 2262, cit.

33 Si veda in particolare Cass. n. 8395 del 2016 e Cass. n. 6664 del 2018, *Banca Dati Ced della Cassazione.*

34 E così Cass. nn. 10116 del 24 aprile 2018 e 6664 del 2018, *Banche dati Ced della Cassazione*, secondo le quali "una volta che sia privo di effetti il contratto d'intermediazione finanziaria destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti in quanto esso sia dichiarato nullo, operano le regole comuni dell'indebito (art. 2033 c.c.) non altrimenti derogate. La disciplina del pagamento dell'indebito è invero richiamata dall'art. 1422 c.c.: accertata la mancanza di una causa adquirendi - in caso di nullità (...) l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione dello stesso è quella di ripetizione dell'indebito oggettivo; la pronuncia del giudice è l'evenienza che priva di causa giustificativa le reciproche obbligazioni dei contraenti e dà fondamento alla domanda del solvens di restituzione della prestazione rimasta senza causa". E ancora "In tema di giudizi aventi ad oggetto rapporti di intermediazione finanziaria, ove sia stata dichiarata la nullità del contratto quadro su domanda dell'investitore non è precluso all'intermediario, che pure non abbia proposto la domanda di nullità anche degli ordini positivamente conclusi per il proprio cliente, di sollevare l'eccezione di compensazione con riguardo all'intero credito restitutorio che le deriva, in tesi, dal complesso delle operazioni compiute nell'ambito del contratto quadro dichiarato nullo". In dottrina, su questa posizione, Monticelli, S.: "La nullità selettiva", cit., p. 165; Girolami, M.: "L'uso

Un diverso e opposto orientamento si è fondato, invece, sull'operatività piena, processuale e sostanziale, del regime giuridico delle nullità di protezione esclusivamente a vantaggio del cliente/investitore, anche ove l'invalidità riguardi l'intero contratto[35]. E conseguentemente è stato affermato che l'intermediario non potesse avvalersi della dichiarazione di nullità in relazione alle conseguenze, in particolare restitutorie, che ne possono scaturire a suo vantaggio, dal momento che il regime delle nullità di protezione opererebbe esclusivamente in favore dell'investitore[36].

Ulteriori orientamenti intermedi hanno tentato di stemperare le conseguenze dell'applicazione del regime giuridico della nullità di protezione e in particolare di evitare quello che è stato definito 'uno sfruttamento opportunistico della normativa di tutela dell'investitore' richiamando il principio della buona fede, variamente declinato[37]. In questo senso, si è affermata la possibilità per

selettivo", cit., pp. 154 ss.; Pagliantini, S.:"Usi ed abusi", cit., pp. 679 e ss. Reputa inammissibile la selezione, anche Roppo, V.: La tutela del risparmiatore, p. 628, Maggiolo, M.:"Servizi ed attività", cit., p. 499.

35 Cfr, Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, cit., la quale afferma come l'indebito, così come previsto nell'art. 1422 c.c., possa operare solo ove la legge non limiti con norma inderogabile la facoltà di far valere la nullità ed i suoi effetti in capo ad uno dei contraenti, essendo direttamente inciso dallo 'statuto' speciale della nullità cui si riferisce. Nel caso in oggetto, trattandosi di nullità di protezione, poste a presidio esclusivo del cliente, questi ne può trarre i vantaggi (leciti) che ritiene convenienti. La selezione degli ordini sui quali dirigere la nullità è una conseguenza dell'esercizio di un diritto predisposto esclusivamente in suo favore.
Una diversa interpretazione del sistema delle nullità di protezione condurrebbe all'effetto, certamente non voluto dal legislatore, della sostanziale abrogazione dello speciale regime d'intangibilità ed impermeabilità proprio delle nullità di protezione. In particolare, con riferimento alla tipologia contrattuale oggetto del presente giudizio, l'investitore, ove fosse consentito all'intermediario di agire ex art. 2033 c.c., non potrebbe mai far valere il difetto di forma di alcuni ordini in relazione ad un rapporto di lunga durata che abbia avuto parziale esecuzione, perché le conseguenze economico patrimoniali sarebbero per lui verosimilmente quasi sempre pregiudizievoli, così vanificandosi la previsione legale di un regime di protezione destinato ad operare a suo esclusivo vantaggio.
Rileva Barba, A.: "Nullità di protezione", cit., 903 che la preoccupazione che è emersa nella giurisprudenza di legittimità e che è a fondamento di questo orientamento, (istanza poi fatta propria anche dalle Sezioni Unite § 15.2 della sentenza Cass., sez. un., 4.11.2019, n. 28314, cit.) consista essenzialmente, nel rischio che la nullità indistinta di tutti gli ordini di investimento determini, proprio in ragione dell'applicazione dell'art. 2033 cod. civ., esiti incompatibili con la protezione del consumatore, potendo la disciplina codicistica dell'indebito dissolvere e neutralizzare la funzione di protezione derivante dalla legittimazione esclusiva e dagli altri effetti vantaggiosi per il consumatore. E così parimenti si veda p. 907.

36 Sulla scorta del carattere relativo e protettivo della nullità ex art. 23 t.u.f., la maggioranza della giurisprudenza di merito considera ammissibile la nullità selettiva del contratto quadro, riconoscendo la facoltà in capo al cliente di selezionare accuratamente gli investimenti da dichiarare nulli, mantenendo invece in vita quegli altri che hanno reso delle utilità; ex multis, Trib. Torino, 12.2.2007; Trib. Milano, 11.4.2008; Trib.. Udine, 16.1.2009; Trib. Mantova, 22.1.2009; Trib. Milano 29.4.2015, *Banche Dati De Jure*. Si veda anche Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, cit., secondo cui la nullità prevista dall'art. 23 del d.lgs. n. 58 del 1998 "trattandosi di una nullità di protezione (…) può essere eccepita dall'investitore anche limitatamente ad alcuni degli ordini di acquisto a mezzo dei quali è stato data esecuzione al contratto viziato". Non può invece inserirsi in questo orientamento, Cass., 24 marzo 2016, n. 5919, nonostante sia spesso invocata come espressiva dell'indirizzo favorevole alla nullità selettiva c.d. "incondizionata". La Corte, infatti, non si è pronunciata sul punto, avendo ritenuto inammissibile il motivo riguardante il presunto abuso del diritto da parte dell'investitore per aver impugnato con l'azione l'unico investimento in perdita.

37 Cass., 17 maggio 2017, nn. 12388, 12389 e 12390, *Società*, 2017, 11, p. 1248. La tesi che paventa uno sfruttamento opportunistico della normativa di protezione si rinviene già in alcuni precedenti di merito, tra cui si ricordano Trib. Torino, 7 marzo 2011, Trib. Como, 14 febbraio 2012 e Trib. Verona, 28 giugno 2012, *Banca Dati De Jure*. In dottrina, a favore della tesi dell'abuso del diritto, si vedano le opinioni di Giuliani, S.: "Nullita` del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto", *I Contratti*, 2016, pp. 1095 ss.; Berti De Marinis, G.: "Uso e abuso", cit. pp. 612 e segg., secondo il quale, solo una valutazione assiologica dei fatti giuridicamente rilevanti permette all'interprete di evitare distorsioni normative che non consentono alle disposizioni di produrre gli effetti sperati; per una

l'intermediario di opporre l'exceptio doli generalis in tutte quelle ipotesi in cui il cliente (evidentemente in malafede) proponga una domanda di nullità "selettiva", al fine di ottenere la disapplicazione delle norme positive nei casi in cui la rigorosa applicazione delle stesse risulterebbe, in ragione di una condotta abusiva, sostanzialmente iniqua[38].

A dirimere il contrasto creatosi è intervenuta la Cassazione a Sezioni Unite nel 2019[39], accogliendo una visione molto ampia dello statuto di protezione del consumatore.

Come già anticipato, in primo luogo ha definito l'ambito effettivo della deroga ai principi generali riguardanti il regime d'invalidità dei contratti desumibile dal peculiare regime giuridico delle nullità protettive e affermato che si possa configurare una disciplina generale comune a tutte le nullità di protezione, salvo differenze di dettaglio ove previste da una normativa specifica di settore, richiamando in tal senso altre precedenti Cassazioni a S.U. del 2014[40].

La suprema Corte ha così, conseguentemente, ritenuto che la disciplina dell'art. 23 T.U.F. andasse integrata anche con la previsione che la nullità deve operare solo a vantaggio del consumatore e formulando una interpretazione estremamente estensiva del contenuto di questa disposizione, in forza della quale il regime giuridico delle nullità di protezione opererebbe sul piano della legittimazione processuale e degli effetti sostanziali esclusivamente a favore dell'investitore, in deroga agli artt. 1421 c.c. (legittimazione all'azione di nullità) e 1422 c.c.(in ordine alle azioni di prescrizione e di ripetizione)[41]. Specificando, altresì, come l'azione rivolta a far valere la nullità di alcuni ordini di acquisto richieda l'accertamento dell'invalidità del contratto quadro dei cui effetti però l'intermediario non può avvalersi: in

ricostruzione dell'uso della buona fede da parte della giurisprudenza tedesca al fine di impedire il ricorso abusivo alla nullità del contratto, si legge in Favale, R,: "Nullità del", cit., p.561.

38 In dottrina, invocano l'exceptio doli per paralizzare l'uso selettivo e opportunistico della nullità da parte dell'investitore, tra gli altri, Semeghini, D.:"Forma ad substantiam", cit., p. 23; Berti De Marinis, G.:"Nullità relativa", cit., pp. 283 ss.; Malvagna, U.:"Nullità di protezione", cit., p. 842 ss.

39 La questione relativa alla possibilità di attivare in maniera selettiva la nullità di protezione è stata rimessa una prima volta al vaglio delle Sezioni unite da Cass., 17 maggio 2017, nn. 12388, 12389, 12390, cit., senza, tuttavia, essere trattata in quanto assorbita dal diverso problema della nullità del contratto c.d. 'monofirma', si veda supra sub note 1 e 3. La diversificazione di posizioni in ordine alla questione della nullità selettiva ha determinato una nuova rimessione alle Sezioni unite l'anno successivo, *cfr.* Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927, cit.. Più precisamente, la rimessione ha riguardato la questione relativa all'esatta determinazione degli effetti e delle conseguenze giuridiche dell'azione di nullità proposta dal cliente in relazione a specifici ordini di acquisto di titoli che derivi dall'accertamento del difetto di forma del contratto quadro e l'estensione degli effetti della dichiarazione di nullità anche ad operazioni che non hanno formato oggetto della domanda proposta dal cliente e, eventualmente, i limiti di tale estensione.

40 Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, cit.

41 In ordine alla operatività 'piena' degli effetti della nullità di protezione ex art. 23 T.u.f. Si veda Gentili, A.: "Nullità, annullabilità, inefficacia nella prospettiva del diritto europeo", *I Contratti*, 2003, p. 205; Id.: "L'inefficacia delle clausole abusive, *Riv. Dir. Civ.*, 1997, pp. 403 e ss; D'Amico, G.:"Nullità virtuale - nullità di protezione (variazioni sulla nullità)", in Le forme della nullità a cura di S. Pagliantini S., Torino, 2009, p. 16.

particolare gli sarebbe preclusa la legittimazione ad agire in via riconvenzionale od in via autonoma ex artt. 1422 e 2033 c.c.

Questo il punto di arrivo della giurisprudenza di legittimità, che ha posto l'attenzione su un tema di grande attualità e rilievo, in ordine alla configurabilità di uno statuto normativo comune alle nullità di protezione, in grado di differenziarsi da quello proprio delle nullità in generale e soprattutto in ordine alla effettiva ampiezza della tutela del consumatore, arrivando a ritenere che una volta dichiarata la nullità di protezione questa non sarebbe assoggettata alla disciplina delle conseguenze restitutorie proprie del regime generale della nullità. Ciò suscita varie riflessioni, anche in considerazione dell'ampio dibattito che ne è derivato in dottrina[42].

Innanzitutto pare potersi rilevare come l'automatismo col quale si fa discendere, dal fatto che la nullità sia posta a vantaggio esclusivo del consumatore, la preclusione per l'intermediario di avvalersi degli effetti diretti di tale nullità,

42 In senso critico *Cfr.* Pagliantini, S.:"L'irripetibilità della nullità", cit., p.169; Monticelli, S.: "La nullità selettiva", cit., p. 163; Girolami, M.: "L'uso selettivo", cit., p.157; Dalmartello, A.: "La nullità di", cit., p. 32. Scognamiglio, C.: "Le Sezioni Unite", cit. p. 176, il quale rileva come appaia un percorso argomentativo arduo quello che estenda la regola di legittimazione esclusiva del cliente a far valere la nullità, sancita dall'art. 23, comma 3°, d. legis. n. 58/1998, al piano della disciplina delle azioni di ripetizione conseguenti alla nullità; *cfr.* sul punto anche Malvagna, U.: "Nullita` di protezione", cit., p. 830. Critico in ordine l'impiego del dovere generale di buona fede quale "criterio ordinante" gli effetti della nullità di protezione e la possibilità di considerare scorretto il comportamento dell'investitore che attivi la nullità in maniera selettiva, trattenendo i proventi degli investimenti andati a buon fine *cfr.* Perlingieri, G.: "Rilevabilità d'ufficio", cit., p. 1130, il quale suggerisce di ricondurre alla problematica della convalida/sanabilità dell'atto nullo, l'ipotesi, come quella in esame, in cui un contratto, in linea teorica nullo per mancanza di forma scritta, risulti comunque vantaggioso per il contraente tutelato. In questo caso, infatti, il contraente debole potrebbe avere interesse a convalidare o sanare il negozio, senza alcun detrimento per gli interessi tutelati dalla normativa statuente la nullità, dal momento che il mancato rispetto del vincolo formale non ha determinato, in concreto, quello squilibrio contrattuale che gli obblighi di forma nei contratti asimmetrici mirano ad evitare. In quest'ottica, "sarà il giudice a dover valutare l'opportunità di configurare o meno una convalida o altra forma di sanatoria, anche al fine di evitare un uso abusivo della domanda di nullità da parte del contraente protetto".
A favore dell'ammissibilità della convalida, sul presupposto che il divieto di convalida previsto dall'art. 1423 c.c. varrebbe per i soli contratti affetti da nullità assoluta, e che dunque non si applicherebbe alle ipotesi di nullità relativa, *cfr.* anche Piazza, G.: *Convalida tacita nel diritto privato*, Napoli, 1980; Polidori, S.: "Nullità relativa e potere di convalida", *Rass. Dir. Civ.*, 2003, pp. 931 e ss.; Monticelli, S.: "La recuperabilità del contratto nullo", *Not.*, 2009, pp. 174 ss.; ; Bilò, G.: "Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore", *Riv. Trim.*, 2011, p. 483; Rizzuti, M.: *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015; Id.: "Nullità selettiva", cit., p. 175 i quali in sintesi ritengono di poter desumere una volontà sanante proprio dall'utilizzo selettivo della nullità, andando a scegliere quali atti di investimento caducare, l'investitore manifesterebbe, implicitamente, l'intenzione di continuare ad avvalersi dell'operazione negoziale posta in essere, in relazione ai restanti ordini attuativi, con il conseguente effetto di convalidare la nullità` del contratto- quadro. Contra Passagnoli, G.: "Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione", *Pers. e Merc.*, 2012, pp. 24 e segg., il quale esclude che, sul piano sistematico, la relatività della legittimazione all'azione di nullità possa implicare anche la rinunziabilità alla stessa o la sanabilità del contratto, fatta salva una eccezionale deroga per gli effetti dell'art. 1423 c.c. .
Si veda in generale in tema di convalida Pagliantini, S.: *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, p. 35; Id.: "La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida", *Pers. e mer.*, 2009, p. 28 ss.; Id., "La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia", in *Studi in onore di Giovanni Giacobbe* a cura di Dalla Torre G., Milano, 2010, p. 1255; Polidori, S.: *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, pp.12 ss.; Id.: "Nullità relativa e potere di convalida", in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 931 ss.; Tondo, S.:"Invalidità e inefficacia del negozio giuridico", in *Noviss. Dig.*, VIII, Torino, 1968, p. 1000; D'Amico, G.: "Nullità virtuale-Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)", in *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini S., Torino, 2009, p. 1 ss., 22;

tra i quali la legittimazione ad agire in via riconvenzionale od in via autonoma ex artt. 1422 e 2033 c.c., susciti delle perplessità quantomeno sotto il profilo della disinvoltura argomentativa, che tralascia la riflessione su alcuni snodi che è, invero, difficile non considerare, se non compiendo un salto logico e una notevole forzatura del sistema.

Dalla previsione che la nullità deve essere a vantaggio del consumatore alla riscrittura delle conseguenze effettuali della nullità il passaggio appare, invero, tutt'altro che conseguenziale[43].

Difatti, affermare che l'intermediario non possa agire in riconvenzionale chiedendo l'indebito poiché la nullità può valere solo a vantaggio dell'investitore, comporta una alterazione della modalità di produzione degli effetti tale per cui, nonostante la dichiarazione di nullità del contratto-quadro, non si determinerebbe quale conseguenza naturale e imprescindibile la rimozione ab origine del titolo, che continuerebbe ad essere parzialmente vincolante[44].

Se è vero che gli effetti di un contratto in date circostanze possono risultare esclusi nei confronti di determinati soggetti terzi, nei rapporti interni ciò è quantomeno discutibile: apparendo l'effetto contrattuale non scindibile, non si vede come non possa prodursi nei confronti di entrambe le parti[45].

Secondo questa ricostruzione, da un lato le obbligazioni scaturenti dall'ordine di investimento sarebbero prive di giustificazione causale, ma dall'altro le parti vi rimarrebbero di fatto vincolate. O, vista da una diversa angolazione significherebbe che l'efficacia di alcuni atti esecutivi sopravviverebbe alla dichiarazione di nullità del contratto da cui traevano la loro giustificazione causale[46]. In entrambi i casi la contraddizione è evidente.

---

43 Cfr in tal senso anche Girolami, M.:"L'uso selettivo", cit., 157 la quale rileva come la ratio di protezione dell'investitore non possa spingersi fino ad un utilizzo arbitrario dello strumento invalidante a lui accordato, interferendo con le regole generali che disciplinano le conseguenze della nullità contrattuale, dovendosi piuttosto esaurirsi con la scelta della parte legittimata di agire o di rinunciare all'azione.

44 È stato anche parimenti rilevato che il riferimento alla esclusiva operatività a vantaggio del consumatore segue di norma alla previsione della rilevabilità d'ufficio, per cui potrebbe ragionevolmente interpretarsi nel senso che ove venga rilavata dal Giudice, l'inefficacia del contratto o della clausola non potrebbe in ogni caso operare, ove ciò non soddisfi l'interesse del consumatore cfr Nuzzo, M.: "Accertamento della vessatorietà, sub art. 1469-ter comma 1° e 2°", in *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, pp. 1144 ss.; Orestano, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in *I contratti dei consumatori*, T*ratt. Dei contratti Gabielli* a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, Torino, 2005,p. 401 ss.; Perlingieri, G.:"La convalida", cit., p. 24; Girolami, M.: "La nullità relativa", cit., p. 66.

45 Scalisi, V.: "Inefficacia (dir. Priv.)", in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 353 ss.; Scognamiglio, C.: "Inefficacia dir. Priv.", in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 11, il quale evidenzia come appaia incongruente che un atto possa produrre i suoi effetti per alcuni soggetti e non per altri.

46 Girolami, M.:"Contratti di investimento", cit., pp. 554 e ss.; Pagliantini, S.:"Usi ed abusi", cit., p. 679, secondo il quale, "se la nullità è dell'accordo quadro, non si riesce a comprendere come l'inefficacia originaria di questo non dovrebbe trascinare con sé quella di tutti gli ordini esecutivi successivi. L'argomento secondo cui è proprio della nullità di protezione funzionare da tecnica selettiva per ottimizzare la finalità di deterrenza che le è consustanziale, vistosamente zoppica".

L'esclusivo vantaggio inteso quale oggettiva limitazione "unidirezionale" della propagazione degli effetti negoziali tra le parti, si trasformerebbe dunque in una sorta di inefficacia relativa *inter partes*, sostanziantesi in una forma di inopponibilità nei confronti dell'investitore/consumatore[47].

In ogni caso, la unidirezionalità della legittimazione ad agire sia in via diretta che quale eccezione pare, peraltro, potersi riferire alla sola azione di nullità, e non già anche alle azioni derivanti dalle conseguenze determinate dalla dichiarazione di nullità, quale è l'indebito, avente una sua autonomia logica e funzionale rispetto all'azione di nullità.

Difatti, con la domanda riconvenzionale di indebito o eccezione di ripetizione non si propone una autonoma domanda di nullità, che sarebbe vietata dalla disciplina della nullità di protezione, ma si chiede solo la restituzione, posto che la domanda del consumatore di nullità del contratto quadro ha già determinato la nullità di tutti gli ordini. Non si vede come potrebbe operare una tale incisione senza compromettere l'organicità e la funzionalità unitaria del congegno contrattuale.

Posto che un minimo di autonomia di quell'effetto necessariamente dovrebbe essere rilevato al fine di preservare la parte restante (appunto da salvaguardare) - ove ciò, in astratto, fosse pur plausibile nell'economia del singolo contratto - c'è da domandarsi, appunto, sulla base di quale criterio potrebbe concepirsi quella distinguibilità fra gli effetti del medesimo contratto.

Recuperando al riguardo il riferimento specifico al 'contratto quadro' (stipulato fra investitore e intermediario), nell'ambito e in forza del quale operano gli ordini di acquisto in discussione, potrebbe argomentarsi, a sostegno della praticabilità della nullità selettiva, che essa, in realtà, facendosi valere con riguardo solo ad alcuni di essi, in ragione della loro supposta autonomia funzionale, non determinerebbe un inammissibile frazionamento o smembramento del rimedio: e ciò in quanto il 'raccordo' con il contratto quadro – la cui nullità viene in considerazione – andrebbe ridimensionato nel suo significato di organico collegamento[48]. La replica però a tale prospettazione farebbe ancora leva sul fatto che se la nullità incidesse su operazioni ritenute distinte, con difficoltà si potrebbe parlare di nullità selettiva, invece che di nullità tout-court 'autonoma'.

47 Si determinerebbe una sorta di inopponibilità degli effetti della dichiarazione di nullità nei confronti di una delle parti del contratto ove ciò non sia a vantaggio del consumatore. Sul punto vi è discussione. Contra Chirico, "Art. 1469 quinquies", in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di Cesaro, Padova, 2001, p. 486.

48 Sul rapporto fra il contratto-quadro e i singoli ordini d'investimento, specificativi delle operazioni da compiere, *cfr.* anche Conte, G.: "La formazione del contratto", in *Comm. cod. civ.* Schlesinger-Busnelli, Milano 2018, p. 247 ss.

Ed infatti, come già rilevato, non può tralasciarsi che la nullità del contratto quadro, ove inteso in senso tecnico, non può che proiettarsi sugli atti che ne costituiscono l'attuazione, altrimenti, se tale legame lo si considerasse non influente e non incidente, lo scenario sarebbe appunto quello di singole operazioni aventi una propria referenzialità, anche formale, tale da giustificare una loro qualificazione autonoma ed allora il problema della nullità selettiva, in realtà, svanirebbe. E non si comprenderebbero, fra l'altro, il ruolo e la funzione del contratto quadro e la stessa esigenza di una sua valutazione in termini di validità o meno, con i relativi riflessi.

La tutela del consumatore è sì marcatamente caratterizzata dalla flessibilità, ma non può prescindere da una lettura rigorosa e coerente delle regole. Si pensi che, per questa via, tale estesa concezione di protezione del consumatore si risolverebbe nell'attribuire al consumatore un indeterminato potere dispositivo discrezionale sugli effetti della nullità.

Questa lettura interpretativa introdurrebbe una diversa disciplina dell'azione di nullità rispetto all'assetto normativo del codice civile, finendo con l'attribuire al consumatore, attraverso un potere di disposizione degli effetti dell'azione di nullità del contratto, un ruolo di arbitro delle modalità di attuazione del rimedio senza una chiara prefigurazione di limiti e confini.

La questione dell'uso selettivo della nullità di protezione pone, dunque, questioni dalle importanti ricadute, e la prospettazione di uno statuto delle nullità di protezione dal contenuto così esteso ripropone anche la questione in ordine al ruolo creativo della giurisprudenza, essendosi spinta ad una sorta di rielaborazione della disciplina degli effetti dell'azione di nullità che, per quanto non espressamente regolata dalla legislazione di settore nella prospettiva della protezione del consumatore, o del cliente, dovrebbe invero restare affidata all'impianto generale del codice civile[49].

Per concludere sul punto si può affermare in linea di principio che sia condivisibile, in una ottica evolutiva, l'istanza tesa ad ampliare il regime giuridico

49 *Cfr.* Scognamiglio, C.:"Le Sezioni Unite", cit., p. 179 il quale rileva come siano"condivisibili le perplessità che, da questo punto di vista, la sentenza suscita e che rischiano in effetti di introdurre un assetto difficilmente compatibile con la disciplina degli effetti dell'azione di nullità: tanto che la successiva mossa argomentativa della sentenza, ispirata ad una valorizzazione della clausola generale di buona fede al fine di temperare le conseguenze dell'uso selettivo dell'azione di nullità, finisce per apparire un tentativo davvero troppo sbilanciato sul pragmatismo,". In senso adesivo *cfr.* anche Monticelli, S.:"La nullità selettiva", cit., p.164 il quale sottolinea "l'incondivisibilità della conclusione cui oggi pervengono le sezioni unite, che pur affermando che il giudicato investe la quaestio nullitatis sul contratto quadro, ne circoscrivono, poi, le conseguenze, ma a parere di chi scrive senza un solido fondamento normativo, anzi in distonia con i principi generali del diritto processuale e sostanziale, assumendo che di tale giudicato può avvalersi soltanto l'investitore 'sia sul piano sostanziale (rectius:processuale) della legittimazione esclusiva che su quello sostanziale dell'operatività ad esclusivo vantaggio di esso".

di protezione del consumatore, senza esaurirlo nella sola legittimazione esclusiva dell'investitore/consumatore, ma nei limiti di una tenuta sistematica[50].

Da queste considerazioni si può rilevare, anzi, come la stessa formula 'nullità selettiva' risulti non chiara e che si presti ad equivoci anche terminologici: essa, infatti, farebbe pensare ad un'ipotesi in cui solo uno o parte degli effetti derivanti da un contratto fossero neutralizzabili con l'azione di nullità, con la sopravvivenza degli altri. Mentre in realtà detta selettività, più che un potere del consumatore riconducibile ad una diversa species di nullità, pare essere una sorta di effetto derivato e meramente conseguenziale.

III. LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA: ECCEZIONE DI BUONA FEDE QUALE CORRETTIVO DELL'USO SELETTIVO DELLA NULLITÀ DI PROTEZIONE.

Dall'analisi compiuta si può, dunque, rilevare come in realtà la Cassazione non abbia preso posizione in ordine alla configurabilità di un potere di selezione degli effetti in capo al consumatore, non svolgendo alcuna argomentazione di principio in tal senso. Sembra piuttosto che la cosiddetta nullità selettiva sia il risultato di un intreccio di azioni e preclusioni processuali, a cui la Cassazione ha cercato di dare una soluzione pratica che salvasse in via equitativi gli interessi di entrambe le parti.

Difatti, la Cassazione, da un lato si limita a dare per presupposta la legittimità di una selezione degli ordini sui quali dirigere la nullità, rilevando che l'intermediario non possa agire con una domanda di restituzione per indebito in considerazione della ratio di protezione del consumatore e dall'altro, in chiave di 'riequilibrio effettivo endocontrattuale'[51], riconosce però all'intermediario la possibilità di

50 Crf. Monticelli, S.:"La nullità selettiva", cit., p.164, il quale rileva, con riferimento alla nullità negoziale, che la relativa declaratoria si sostanzia, com'è noto, in una sentenza di accertamento che cancella l'apparenza del diritto causata dal contratto, in quanto nullo e che per tali ragioni la sentenza di nullità ha efficacia ex tunc, dalla stipulazione del contratto. Evidenziando come ciò valga anche per le nullità di protezione.

51 Sulle alle perplessità circa il ricorso effettuato dalle Sezioni Unite dell'uso della clausola generale della buona fede *cfr.* Guizzi, G.:"Le Sezioni Unite e "le nullità selettive" nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica", www.dirittobancario.it, 2019, il quale ha evidenziato come la Cassazione abbia finito per proporre una sorta di compensatio lucri cum damno veicolata attraverso la clausola generale di buona fede, ma in termini che appaiono largamente divaricati rispetto all'ambito in cui il principio richiamato è di norma destinato ad operare. Si veda sul punto Bencini, R.: "Sull'uso selettivo, da parte dell'investitore, della nullità del contratto quadro", *Diritto & Giustizia*, 2018, p. 5; Scognamiglio, C.: "Le Sezioni Unite", cit., cit., p. 176; Pagliantini, S.: "L'irripetibilità virtuale", cit., p. 169; Girolami, M.: "L'uso selettivo", cit., p.158 la quale riconosce il merito dell'efficacia alla riscoperta delle potenzialità dell'eccezione di buona fede operata dalla sentenza, evidenziando come siano oggi molte di più le situazioni che sfuggendo ad una specifica disciplina necessitano di una decisione nella quale il giudice è chiamato a formulare una soluzione equa. Ritenendo la conclusione a cui sono giunte le sezioni unite nella pronuncia n. 28314/2019 in definitiva equa. Si dice che la nullità del contratto-quadro travolge l'intero servizio di investimento, ma poi la ripetizione di quanto versato dalle parti viene regolata nel rispetto della buona fede oggettiva. Va da sè che l'affermazione della legittimità dell'uso selettivo della nullità serva alle sezioni unite per evitare che tale modus procedendi sia visto in sé come contrario a buona fede e per spostare il vaglio di correttezza sul piano successivo. L'Autrice evidenzia come per il futuro la valutazione in ordine alla opportunità di agire verrà effettuata ex ante dal cliente avendo presente il bilanciamento

opporre all'investitore un'eccezione, qualificabile come di buona fede, idonea a paralizzare gli effetti restitutori dell'azione proposta in forma selettiva, ove questa abbia determinato un sacrificio economico sproporzionato, emergendo un comportamento 'opportunistico' dell'investitore[52].

Chiarendo altresì che l'eccezione è opponibile, nei limiti del petitum azionato, come conseguenza dell'azione di nullità, ove gli investimenti, relativi agli ordini non coinvolti dall'azione, abbiano prodotto vantaggi economici per l'investitore: qualora il petitum sia pari od inferiore ai vantaggi conseguiti, l'effetto impeditivo dell'azione restitutoria promossa dall'investitore sarà integrale. L'effetto impeditivo sarà, invece, parziale, ove gli investimenti non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto risultati positivi ma questi siano di entità inferiore al pregiudizio determinato nel petitum.

La Cassazione favorisce al massimo una soluzione 'efficientista', ritenendo di dare rilevanza alla oggettiva determinazione di un ingiustificato e sproporzionato sacrificio di una sola parte contrattuale, reputando che la questione della legittimità dell'uso selettivo delle nullità di protezione nei contratti aventi ad oggetto servizi d'investimento, possa essere risolta ricorrendo, come criterio ordinante, al principio di buona fede[53].

In tale chiave 'rimediale' la Cassazione si concentra, difatti, su aspetti prettamente di convenienza economica e seguendo tale impostazione rileva come debba essere compiuto un esame degli investimenti complessivamente eseguiti, ponendo in comparazione quelli oggetto dell'azione di nullità, derivata dal vizio di

guadagni-perdite. L'Autrice ritiene come l'eccezione di buona fede rappresenti, dunque, uno strumento per arginare situazioni paradossali nelle quali l'aver invocato il difetto di forma del contratto-quadro rischiava di tradursi in un concreto boomerang per l'investitore. Conclude affermando come la soluzione adottata appaia "così intrisa di un pragmatismo salomonico che in un giudice, anche di legittimità, va apprezzato." *Cfr.* anche Dalmartello, A.: "La nullità di", cit., p. il quale afferma come la valorizzazione della clausola generale di buona fede sia tanto condivisibile quanto generica. *Cfr.* anche Summa, M.: "Non è affetto da nullità il contratto quadro di investimento sottoscritto dal solo investitore", *Diritto & Giustizia*, 2018, pp. 9 ss-; Mirone, A.: " Le Sezioni Unite e il contratto c.d. mono-firma", *Ban. Bors. Tit. Cred*., 2018, p, 275; Bologna, S.: "Il requisito della forma scritta del contratto-quadro in tema di intermediazione finanziaria", *GiustiziaCivile.com*, 2019; Chiarella, M.L.: "Le Sezioni Unite e l'essenza della forma nei contratti-quadro d'investimento",*Ban. Bors. Tit. Cred.,* 2018, p. 292; Falconieri, D.: "Contratto-quadro: è valido il contratto bancario e finanziario sottoscritto dal solo cliente", *Ilsocietario.it,* 2018.

52 *Cfr.* Cass. S.U. 2019, cit. secondo la quale "la nullità per difetto di forma scritta, contenuta nell'art. 23, comma 3 del d.lgs. n. 58 del 1998, può essere fatta valere esclusivamente dall'investitore con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio. L'intermediario, tuttavia, ove la domanda [di nullità] sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede, se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini, conseguiti alla conclusione del contratto quadro". E più specificamente, secondo la sentenza, l'intermediario "può opporre all'investitore un'eccezione, qualificabile come di buona fede, idonea a paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini.

53 Principio di buona fede che che opera su un piano diverso da quello dell'estensione degli effetti della nullità dichiarata, non agendo sui fatti costitutivi dell'azione (di nullità) dalla quale scaturiscono gli effetti restitutori, ma sulle modalità di esercizio dei poteri endocontrattuali delle parti.

forma del contratto quadro, con quelli che ne sono esclusi, al fine di verificare se permanga un pregiudizio per l'investitore corrispondente al petitum azionato[54].

Si specifica così il fondamento e la misura dell'eccezione proponibile dall'intermediario, modellata dalla buona fede, a fronte dell'azione di nullità selettiva proposta dall'investitore, al fine di evitare che l'esercizio dell'azione in sede giurisdizionale possa produrre effetti distorsivi ed estranei alla ratio riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di tutela è stato introdotto.

La soluzione proposta da ultimo dalla Cassazione si discosta, dunque, da alcune precedenti formulazioni emerse in pregressi orientamenti in cui l'azione di nullità proposta dall'investitore era stata qualificata in termini di dolo[55] e di abuso del diritto[56].

In particolare era stato affermato che tale proposizione sarebbe espressiva di uno sfruttamento "opportunistico" della normativa di tutela del contraente debole. Il fatto che il cliente sia il contraente a protezione del quale è previsto il rimedio della nullità non giustificherebbe, infatti, un uso distorto dello stesso. Tale sarebbe, invece, da considerare il frazionamento di un rapporto economico unitario che deriva dall'utilizzo selettivo della nullità. Ne consegue, secondo l'impostazione in esame, che la possibilità di selezionare gli effetti della nullità per difetto di forma costituirebbe espressione di un'ipotesi di abuso del diritto

54 Sul punto Cass. S.U. 2019, cit. afferma : "In particolare, rileva come il principio di buona fede abbia un ambito di operatività trasversale non limitata soltanto alla definizione del sistema di protezione del cliente. Quindi ove gli strumenti normativi di riequilibrio possono essere utilizzati, anche in sede giurisdizionale, non soltanto per rimuovere le condizioni di svantaggio di una parte derivanti dalla violazione delle regole imposte al contraente "forte" ma anche per arrecare un ingiustificato pregiudizio all'altra, pur se applicate conformemente al paradigma legale, il principio di buona fede può operare con una sorta di funzione correttiva a vantaggio in questo caso del professionista.". *Cfr.* Barba, A.: "Nullità di protezione", cit., p. 902 il quale evidenzia come la ratio decidendi adottata per la decisione del caso ritiene legittima la selezione, da parte dell'investitore, degli ordini di investimento (in perdita) da dichiarare nulli in ragione dell'accertamento della nullità del contratto-quadro, solo se, e nella misura in cui, la restituzione delle attribuzioni patrimoniali relative agli ordini inclusi nel petitum compensi un effettivo pregiudizio; ossia se il rendimento degli ordini esclusi dal petitum – quelli per i quali non opera la ripetizione – è inferiore alla perdita generata dagli ordini inclusi nel petitum.

55 In precedenti sentenze invece aveva individuato quale possibile antidoto, la prospettazione di una exceptio doli generalis da far valere nei confronti dell'investitore e salva eventualmente l'eccezione di compensazione da parte dell'intermediario per il suo credito relativo alle operazioni compiute (e non invalidate) a favore dell'investitore, sotto forma del versamento dei frutti dei capitali impiegati. In ogni caso, anche seguendo questa strada le ragioni della critica si ricondurrebbero, essenzialmente al disfavore di tale pratica ritenuta abusiva nel senso dell'uso 'egoistico' dei rimedi processuali, intesa qui non solo come lesiva della buona fede, ma tale da configurarsi anche come possibile esercizio doloso. Si veda Cass., 7.3.2007, n. 5273, e Cass., 22.11.2019, n. 30509, *Banche Dati De Jure*. Per un inquadramento generale della exceptio doli generalis si veda infra.

56 *Cfr.* in giurisprudenza Cass. 15885 del 2013 e 10568 del 2018, *Banche Dati De Jure*, secondo le quali al fine di poter svolgere un giudizio comparativo che tenga conto anche della eventuale violazione della buona fede sotto il profilo oggettivo del pregiudizio arrecabile ad una sola delle parti, si è fatto ricorso alla categoria dell'abuso del diritto, in relazione al quale non è sufficiente che una parte del contratto abbia tenuto una condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altra, quando tale condotta persegua un risultato lecito attraverso mezzi legittimi, essendo, invece, configurabile allorché il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti

di azione, a fronte della quale, l'intermediario finanziario potrebbe tutelarsi con una exceptio doli generalis[57]. Per tale via, la controparte disporrebbe di uno strumento idoneo a ottenere "la disapplicazione delle norme positive nei casi in cui la rigorosa applicazione delle stesse risulterebbe, in ragione di una condotta abusiva , sostanzialmente iniqua'[58].

Anzi nella motivazione della sentenza la Suprema Corte chiarisce come debba escludersi una formulazione in via generale dell'*exceptio doli generalis* così da impedire sempre e automaticamente l'uso selettivo delle nullità di protezione. In particolare, secondo la Suprema Corte, l'uso selettivo delle nullità di protezione non è da stigmatizzare ex se, ma va piuttosto valutata nel caso concreto al fine di stabilire l'effettiva contrarietà al principio di buona fede. In caso contrario si determinerebbe un effetto sostanzialmente abrogativo del regime giuridico delle nullità di protezione, dal momento che si stabilirebbe un'equivalenza, senza alcuna verifica di effettività, tra uso selettivo delle nullità e violazione del canone di buona fede[59].

La Cassazione in alcune sentenze successive, confermando l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite, ha precisato che, nel caso in cui l'intermediario opponga l'eccezione di buona fede per evitare un uso oggettivamente distorsivo delle regole di legittimazione in tema di nullità protettive, al solo fine di paralizzare, in tutto o in parte, gli effetti restitutori conseguenti all'esperimento

57 Sul tema *cfr.* Semeghini, D.: "Forma ad substantiam", cit., pp. 50 ss. secondo il quale l'eccezione di dolo sarebbe esperibile avverso l'azione di nullità ex art. 23 t.u.f., sul presupposto che questa, come nullità speciale di protezione, non si caratterizza solamente per una carenza di struttura ma, al contrario, per "una specifica fattispecie oggetto di una apposita disciplina e fortemente caratterizza da una precisa funzione". In particolare, l'Autore rigettando la dimensione ontologica posta dalla "teoria della carenza di fattispecie", come elaborata dalla pandettistica tedesca, verrebbe meno "l'incomunicabilità... tra il piano della validità negoziale e l'ambito di operatività del principio di correttezza", rendendo ammissibile il rimedio dell'exceptio doli generalis, compatibile alla disciplina dell'art. 23 t.u.f. posta a correttivo delle istanze introdotte dalla norma. Il venir meno dell'equazione "nullità uguale inesistenza" consentirebbe perciò all'interprete di considerare la nullità come "una delle possibili qualificazioni giuridiche, una qualificazione negativa che esclude gli effetti giuridici dell'atto, pur postulando sempre la rilevanza". La prospettiva sarebbe, dunque, quella della nullità -fattispecie, ossia negozio nullo inteso come entità giuridica corredata dai relativi effetti. Da queste considerazioni discenderebbe che l'eccezione di dolo inciderebbe sul "piano degli effetti ricollegati alla nullità fattispecie". Infatti, il rimedio andrebbe a paralizzare il diritto (ristretto) all'azione, poiché condizionato dal criterio di correttezza, ma nulla aggiungerebbe circa la validità del negozio, così operando solo sul piano processuale. In quest'ottica, l'investitore potrebbe in ipotesi nuovamente esercitare l'azione di nullità, dal momento che il contratto rimane invalido, non essendovi statuizioni sul punto, salvando gli effetti patrimoniali del contratto relativamente nullo. Contra Pagliantini, S.: "Usi ed abusi" pp. 679 e ss.

58 Per un inquadramento generale della exceptio doli generalis si rinvia a Pellizzi: "Exceptio doli (diritto civile)", in *Noviss. Digesto it.*, VI, Utet, 1960, 1074 p. ss.; Torrente, A.: "Eccezione di dolo", *Enc. del dir.*, XIV, Milano,1965, p. 218; Portale, G.B.: "Impugnative di bilancio ed exceptio doli", *Giur. comm.*, 1982, p. 407 ss.; Nanni, L.: "L'uso giurisprudenziale dell'exceptio doli generalis", *Contr.* e *impr.*, 1986, pp. 197 ss.; Ranieri, B.: "Eccezione di dolo generale", *Digesto, Disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1994, pp. 311 ss.; Garofalo, L.: "Per un'applicazione dell''exceptio doli generalis' romana in tema di contratto autonomo di garanzia", *Riv. dir. civ.*, 1996, I, pp. 629 ss.; Dolmetta, A.A.: "Exceptio doli generalis", *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, pp. 147 ss.; Id.: "Exceptio doli generalis", in *Enc. giur.*, Aggiornamento, Roma, 1997, pp. 1 ss.; Dalla Massara, T.: "L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema", *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 223 ss.; Meruzzi, G.: "Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione", *Contr.* e *impr.*, 2007, pp. 1369 ss.. In giurisprudenza si veda Cass., 7.3.2007, n. 5273, e Cass., 22.11.2019, n. 30509, cit.

59 *Cfr.* Candian, A.:"Nullità di protezione e selezione degli atti impugnati", *Banca e borsa*, 2020, p. 72.

selettivo dell'azione di nullità da parte del cliente investitore, "le cedole medio tempore riscosse dall'investitore non vengono in considerazione né come oggetto dell'indebito, né quali frutti civili ex art. 820 e 2033 c.c., ma rilevano solo come limite quantitativo all'efficace esperimento della domanda di indebito esperita dall'investitore"[60].

Forse, tuttavia, in quel contesto, oltre al principio di buona fede anche il richiamo del principio di ragionevolezza e di proporzionalità sarebbe stato pertinente.

Può, peraltro, obiettarsi che l'autonoma determinazione del contraente–investitore, nel far valere quel rimedio, e quindi nel servirsi o meno della conseguente tutela, appaia difficilmente coniugabile con la disarticolazione/scomposizione degli effetti del congegno legale che la predispone, almeno nei suoi termini strutturali. Diversamente, qualunque rimedio, invocandosi la sua ratio protettiva, potrebbe rivelarsi suscettibile di impieghi differenziati e incontrollabili, senza riguardo alla sua identità, per quanto variabile essa possa concepirsi. È evidente il rischio, per questa via, di una deriva decostruttiva potenzialmente senza limiti[61].

Del resto, il profilo valorizzato dalla stessa giurisprudenza, dell'eventuale abuso discendente dall'esercizio selettivo della nullità, benché significativo da un punto di vista complessivo in ragione della considerazione del bilanciamento degli interessi dei contraenti, presuppone in ogni caso, in astratto, la praticabilità in sé della figura e della sua compatibilità sistematica: ciò di cui, in qualche modo, può però dubitarsi per quanto precedentemente argomentato.

Ma si è ritenuto assorbente sostenere che la scelta di attivare, con quelle modalità, il rimedio della nullità non costituisca un'anomalia, dovendosi considerare ricompresa nelle facoltà esplicative della tutela protettiva dell'investitore (come argomentato dalle Sezioni Unite citate).

I due profili di considerazione, che appaiono proponibili, della congruità complessiva della nullità selettiva si dispongono in sequenza logico-funzionale: quello dell'eventuale 'abusività' presuppone logicamente risolto positivamente 'a monte' l'altro, attinente alla sua ammissibilità e configurabilità giuridica.

60 *Cfr.* Cass., 3 giugno 2020, n. 10505 e Cass., 26 ottobre 2020, n. 23449, *Banca Dati De Jure*. In dottrina sulla questione si veda Robustella, C.: "Le precisazioni della Cassazione sull'eccezione di buona fede sollevata dall'intermediario in caso di esercizio selettivo della nullità", *Judicium, https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2020/07/C.-Robustella.pdf*; Febbrajo, T.: "Uso selettivo", cit., p. 351.

61 Pagliantini, S.:"Nullità formali bancarie e restituzioni (a margine di una recente decisione dell'A.B.F.- Arbitro Bancario Finanziario)", *Nuov. Giur. Civ. Comm*., 2012, pp. 183. Critico D'Amico, G.:"Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno", *Nuove leggi civ. comm*., 2014, p. 769 il quale reputa che una deroga al regime bilaterale delle restituzioni può essere affermata "solo per espressa previsione del legislatore, e solo se si ipotizza un atteggiamento (dello stesso legislatore) di tipo sanzionatorio/punitivo nei confronti del contraente che ha diritto alla restituzione".

È evidente come in giurisprudenza non sia stato affrontato il problema teorico della nullità selettiva, ma piuttosto lo si sia convertito in quello di un assetto equilibrato di interessi. Osservazione questa indicativa, peraltro, dell'attitudine della giurisprudenza a sfumare le impostazioni teoriche al servizio delle contingenze pratiche.

IV. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SULLA CONFIGURABILITÀ DELLA DUBBIA FORMULA "NULLITÀ SELETTIVA".

Sulla base delle considerazioni svolte vediamo se possa avere senso innanzitutto parlare di nullità selettiva nei termini di una sua plausibile configurabilità quale ipotesi di nuova nullità in un più articolato statuto della nullità in generale e soprattutto se sia ravvisabile un effettivo potere di selezione degli effetti della nullità.

Da un punto di vista sistematico e dell'identità del congegno giuridico della nullità, le perplessità in ordine alla 'nullità selettiva' non sono poche. Come già anticipato, non si può non evidenziare come sia unitario il presupposto invalidante del contratto-quadro nonché quello che fonda le restituzioni in forza dell'azione di ripetizione ex art. 2033 c.c.: essendoci un 'unicum contrattuale', non sembra concepibile una scissione di effetti in contraddizione con quel presupposto.

Ove poi il contesto, invece, si prospettasse articolato, tale, in ipotesi, da potersi riconoscere conseguentemente un'autonomia e distinzione di effetti, allora forse non si tratterebbe tecnicamente neppure di nullità selettiva, formula questa che intende significare la possibilità di preservare, nell'esercizio dell'azione di nullità (ad iniziativa della parte debole), uno degli effetti dipendenti dalla medesima fonte[62].

In altri termini, se gli effetti non sono scindibili, non si può configurare un'operatività 'selettiva', ma se lo fossero, in quanto autonomizzabili, per ragioni opposte, non si potrebbe parimenti parlare di nullità *selettiva,* bensì coerentemente di una nullità distinta e separata imputabile a presupposti diversi[63].

Anche da una comparazione con la disciplina della nullità parziale di cui all'art. 1419 c.c. e del prototipo delle nullità di protezione di cui all'art. 36 cod. consumo, non pare possano ricavarsi elementi a sostegno di un riconoscimento della nullità selettiva.

62 Diversamente Maffeis, D.: "Nullità selettive: la "particolare importanza" di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti, *Corr. Giur.* 2019, p. 181

63 In tal senso si veda Girolami, M.: "Contratti di investimento", cit., pp. 554 e ss.; S. Pagliantini, "Usi ed abusi", cit., p. 679, i quali rilevano come ove l'investitore impugni singolarmente un determinato ordine, per essere esso affetto da un vizio specifico, concretizzantesi in un autonomo profilo di invalidità, non si porrebbe alcun problema di uso selettivo della nullità.

Può rilevarsi, innanzitutto, come la nullità parziale sia preventivamente individuata dalla stessa legge, in contesti e ipotesi specifici, non investendo a monte l'intero contratto e la parziarietà si riferisce direttamente ad una parte o clausola del regolamento normativo più che a determinati effetti del contratto[64] individuati discrezionalmente. Anzi si può rilevare che la finalità di tutela implica (in quella parziale) una incidenza preventiva e circoscritta della nullità, con la preservazione della integrità del resto del contratto, come regolamento.

La prevista legittimazione relativa a farla valere, nel segno della sua ratio protettiva, non sembra, d'altro canto, traducibile anche nel potere di frazionare gli effetti della nullità[65], che è congegno di tipo qualitativo e non quantitativo, in ordine alla constatata difformità del contratto rispetto ad una regola di ordinamento.

Ma sul punto le opinioni non sono univoche, indotte anche dalla misura di indeterminatezza del significato stesso e del regime delle nullità di protezione.

Come già anticipato, la selettività sembra legata più ad una vicenda processuale, derivante da una data interpretazione della protezione del consumatore, che ad un effettivo potere di selezione degli effetti. E pare essere un espediente linguistico per descrivere questa presunta tipologia, legata appunto essenzialmente ad un intreccio tra limiti processuali.

La controversa formula della 'nullità selettiva' sembra rivelarsi forse suggestiva ed espressiva, ma di dubbia consistenza nel suo fondamento sistematico e, quanto meno, assai incerta nella sua proiezione applicativa, con il rischio, in ultima analisi, della non riscontrabilità dei confini stessi della figura della nullità, in specie relativa.

Tendenze interpretative diffuse e attuali, volte a privilegiare il 'funzionalismo' in antitesi al mero dogmatismo – da accogliere ragionevolmente con favore – non possono tuttavia implicare, nella prospettiva delle tutele, il disconoscimento della identità delle singole figure 'rimediali' e il superamento della diversità di presupposti e di disciplina di ciascuna di esse: e ciò nel senso che la pur condivisibile ricerca del concreto, funzionale adattamento delle figure invalidatorie alla peculiarità

64 Contra, Sartoris, C.: "Nullità selettiva", *cit.*, p. 773, la quale parte dal rilievo che la nullità di protezione si caratterizza per una fisiologica alterazione dello statuto codicistico della invalidità, manifestantesi, non solo nella legittimazione relativa, ma anche e soprattutto nella estensione del rimedio, operando come una invalidità necessariamente parziale, in deroga alla regola generale dell'art. 1419 c.c. e consentendo per tale via, di eliminare non l'intero contratto, ma solamente la singola clausola abusiva. E in considerazione di ciò, conclude affermando in generale l'ammissibilità di un uso selettivo della nullità, essendo possibile ipotizzare un peculiare modus operandi della nullità di protezione che potrebbe trovare applicazione anche rispetto a singoli atti negoziali, che compongano una operazione contrattuale più ampia, come nel caso in oggetto. Tenendo ferma la possibilità, per l'intermediario, di paralizzare siffatta azione di nullità con l'exceptio doli, nel caso in cui essa non appaia giustificata.

65 Ferro-Luzzi, F.: "In tema di invalidità del contratto per la prestazione di servizi di investimento", *Riv. dir. Comm.,* 2011, p. 477; in tal senso, invece, Sartoris, C.: "Nullità selettiva", cit., p.772 che ravvisa in tale facoltà un'applicazione specifica congruente con lo statuto della nullità di protezione.

delle situazioni e agli interessi sottesi, in conformità dell'orientamento di ridurre e superare astrattezze e genericità, specialmente nel campo della tutela, non può condurre paradossalmente ad una surrettizia uniformazione e omologazione della varietà dei congegni di protezione predisposta e valorizzata dall'ordinamento giuridico, proprio al fine di conformarsi, di volta in volta, con adeguatezza e pertinenza alla molteplicità delle situazioni e delle esigenze di salvaguardia.

Ne deriva che ogni tentativo di rilettura funzionale delle singole figure incontra limiti di praticabilità ed applicabilità, pena l'indistinzione improduttiva della pluralità di modelli che costituisce la ricchezza dell'arsenale dell'interprete e del giudice, nonché l'insidia di un confuso e non controllabile uso di modelli e schemi d'inquadramento: ciò che si paleserebbe quale sintomo di un superficiale pragmatismo.

Con riferimento specifico alla nullità, pur muovendo consapevolmente e argomentando dalla non agevole ravvisabilità di uno statuto unitario disciplinare uniforme, considerate le diverse tipologie di nullità già presenti nel sistema[66], l'interrogativo che si pone è dunque quello di come coniugare ragionevolmente elasticità e adattabilità, correlate alla specificità delle situazioni reclamanti un rimedio pertinente, con la ratio di alcuni tratti identitari e funzionali minimi della nullità (o delle nullità)[67].

La necessaria ricerca della soluzione di volta in volta più idonea a governare, uscendo dalla indeterminatezza, il caso concreto[68], se non può soffrire di angustie e resistenze, nella supposizione di alterare pretesi caratteri 'ontologici', in ogni caso, non può rinunciare al perseguimento di una linea di coerente e adeguata interpretazione, al riparo da sommari e occasionali 'decostruzionismi'.

Dopo tutti i rilievi fin qui proposti, ove si volesse comunque coltivare la previsione (e l'esigenza) di ulteriori evoluzioni interpretative della nullità, si dovrebbe approfondire l'idea stessa, delineata o implicita in qualificate analisi, di un'ampia plasmabilità della figura nella preminente considerazione, di volta in volta, dell'interesse posto a fondamento della ratio protettiva[69]. Ma, come già in precedenza motivato, in una siffatta ardua prospettiva si rischierebbe l'approdo

66 Si veda Franceschelli, V.:"Nullità del contratto", *Comm. Cod. civ. Schlesinger-Busnelli*, Milano 2015, p. 83 ss., per un'utile sintesi.

67 Si veda Girolami, M.: "L'uso selettivo", cit., p. 156 la quale rileva come non pare desumibile dal sistema normativo vigente che la protezione dell'investitore si debba spingere sino ad un utilizzo arbitrario dello strumento invalidante a lui accordato, interferendo con le regole generali che disciplinano le conseguenze della nullità contrattuale.

68 Perlingieri, P.: "Fonti del diritto e ordinamento del caso concreto", *Riv. Dir. Priv.*, 2010, pp. 7 ss.

69 Sulla 'riconfigurazione' e sulla funzione 'conformativa' della nullità di protezione, *cfr.* specialmente Scalisi, V.:*Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano 2011, p. 377 ss.; *cfr.* anche La Spina, A.: *Destrutturazione della nullità e inefficacia inadeguata*, Milano 2012, p. 253 ss.; Russo, D.: "Dimensione del vizio", cit., pp. 143 ss.

ad un esito di disutilità e di irriconoscibilità di qualsivoglia congegno qualificativo rimediale, con grave pregiudizio per ogni tentativo di lettura ordinante.

Un ripensamento a largo spettro dovrebbe eventualmente investire il sistema stesso delle invalidità e della nullità in particolare, quali figure organiche associate al problema della vigenza e funzionalità del contratto in relazione agli interessi da tutelare.

In questa sede possono solo formularsi alcuni interrogativi. Dopo le diffuse applicazioni fatte dal legislatore e le varie rappresentazioni della nullità, come da molte testimonianze e cospicue illustrazioni in dottrina, ci si può domandare, in una sorta di consuntivo, quale sia o possa essere la funzione complessiva e il ruolo, nell'ordinamento e nella visuale del contratto, della 'invalidità' e, segnatamente, della nullità. Ha ancora un 'compito' da svolgere e sulla base di quale ratio e di quali finalità? O è riconducibile ad altri rimedi e dispositivi, finalizzati essenzialmente a recuperare (o rettificare) il contratto nullo, o parte di esso?

Un ripensamento sembra, dunque, imporsi a fronte delle molte sfaccettature e delle varie, mutevoli e ardite utilizzazioni, come appunto la nullità selettiva suggerisce emblematicamente.

BIBLIOGRAFIA.

ALPA, G.: "Appunti sul divieto di abuso del diritto in ambito comunitario e i suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati membri", *Contr. e Impr.,* 2015, pp. 145 ss.;

ALPA, G.: *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012; AA.VV.: I contratti del consumatore, a cura di ALPA, Milano, 2014;

AMAGLIANI, R.: "Nota breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898", *I contratti*, 2018, pp. 149 e ss.; ID.: "La forma del contratto quadro di investimento: la parola alle sezioni unite", *Nuov. Giur. Civ. Comm.*, 2017, pp. 1363 ss.;

BARBA, A.: "Nullità di protezione e selezione degli effetti restitutori", *Nuov. Giur. Civ. Com.*, 2020, p. 902;

BENCINI, R.: "Sull'uso selettivo, da parte dell'investitore, della nullità del contratto quadro", *Diritto & Giustizia*, 2018, p. 5

BERTI DE MARINIS, G: "Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa", *Ban. Bor. Tit. Cre.*, 2014, p. 612; ID.: "La contrattazione bifasica nei contratti di investimento: fra vincoli imposti a tutela del cliente e rimedi invalidanti", *Resp. civ. prev.*, 2013, pp. 1344 ss.; ID.: "Forma degli ordini e dovere di diligenza e correttezza nel Testo Unico della finanza", *Rass. giur. Umbra*, 2009, pp. 7 ss.; ID.: "Nullità relativa, protezione del cliente e interessi meritevoli di tutela", Banca Borsa Tit. Cred., 2016, p. 283 ss.;

BERTOLINI, A.: "Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo remediale?", *Resp. civ. prev.*, 2010, pp. 2336 ss.;

BICHIRI, F.: "La nullità selettiva nei contratti di investimento. La questione alle Sezioni Unite", *Giur. It.*, 2019, pp. 355 e ss;

BILÒ, G.: "Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore", *Riv. Trim.*, 2011, p. 483;

BOLOGNA, S.: "Il requisito della forma scritta del contratto-quadro in tema di intermediazione finanziaria", *GiustiziaCivile.com*, 2019;

BRECCIA, U.:"Tempi e luoghi del diritto dei contratti", *I Contratti*, 2018, pp. 5 ss.

CANDIAN, A.:"Nullità di protezione e selezione degli atti impugnati", *Banca e borsa*, 2020, p. 72;

Carbone, V:"Porte aperte' delle sezioni unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto", *Corr. Giur.*, 2015, p. 88;

Carozzi, A.M.:"Regole di condotta degli intermediari e rimedi civilistici", *Dir. Fall*., 2006, p. 697;

Castronovo, C.:"Il diritto della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare", *Banca borsa tit. cred,* 1993, p, 309;

Chiarella, M.L.: "Le Sezioni Unite e l'essenza della forma nei contratti-quadro d'investimento", *Ban. Bors. Tit. Cred.,* 2018, p. 292;

Consolo, C.- Godio, F.: "Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale", *Corr. Giur.*, 2015, p. 6; Russo, F.: "La rilevabilità d'ufficio della nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite"Dir. Civ. Cont., 2015, p.6;

Conte, G.: "La formazione del contratto", in *Comm. cod. civ.* Schlesinger-Busnelli, Milano 2018, p. 247 ss.;

Costanza, M.: "Nullità selettiva. Metamorfosi della nullità", *Le Società*, 2020, pp. 851 e ss,;

D'Alfonso, G.: "Violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari: la tutela del risparmiatore tra rimedi restitutori e risarcitori", *Resp. Civ.*, 2008, pp. 12 ss.

D'Amico, G.: "Considerazioni sulla c.d. nullità selettiva", *I Contratti*, 2020, 633; Id.:"La forma del contratto-quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus", *I contratti*, 2018, pp. 138 e ss.; Id.:"Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno", *Nuove leggi civ. comm*., 2014, p. 769; Id.:"Nullità virtuale - nullità di protezione (variazioni sulla nullità)", in Le forme della nullità a cura di S. Pagliantini S., Torino, 2009, p. 16;

Dalla Massara, T.: "L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema", *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 223 ss.;

Dalmartello, A. "La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto 'monofirma'", *Nuov. Giur. Civ. Comm*., 2018, pp. 658 ss.;

Dalmartello, A.: "La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente", *Nuov. Giur. Civ. Com*., 2020, pp. 32;

De Cristofaro, G.: "Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali", Giust. Proc. Civ., 2009, pp. 993 ss.;

De Pamphilis, M.: "Azione "selettiva" di nullità e obbligo di lealtà dell'investitore: il criterio ordinante della buona fede nella giurisprudenza delle sezioni unite", *Giur. Comm.*, 2021, pp. 806 e ss.;

Dolmetta, A.A.: "Exceptio doli generalis", *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, pp. 147 ss.; Id.: "Exceptio doli generalis", in *Enc. giur.*, Aggiornamento, Roma, 1997, pp. 1 ss.;

Ducci, D.:"Negoziazione, gestione di portafoglio e ordini telefonici", *Giur. comm.*, 2009, I, 81 s.;

Falconieri, D.: "Contratto-quadro: è valido il contratto bancario e finanziario sottoscritto dal solo cliente", *Ilsocietario.it,* 2018;

Favale, R.: " Il processo di deformalizzazione dei contratti di investimento mobiliare Das Richterrecht bleibt unser Schicksal", *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 808; Id.: *Forme "extralegali" e autonomia negoziale*, Napoli, 1994, pp. 249 ss.;

Febbrajo, T.:"Uso selettivo della nullità di protezione tra buona fede e principi rimediali di effettività, proporzionalità e dissuasività", *Pers. E merc.*, 2021 p. 345;

Ferro-Luzzi, F.: "In tema di invalidità del contratto per la prestazione di servizi di investimento", *Riv. dir. Comm.,* 2011, p. 477;

Franceschelli, V.:"Nullità del contratto", *Comm. Cod. civ. Schlesinger-Busnelli*, Milano 2015;

Galgano, F. e Zorzi, N.: "Tipologia dei contratti fra intermediario e risparmiatore", in *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, TrattatoGalgano a cura di Galgano F. e Visintini G,, XLIII, Padova, 2006, p. 68;

Galgano, F.: *Trattato di diritto civile*, Padova, 2009, p. 246; Id., "Il contratto di intermediazione finanziaria", in *Le nuove regole del mercato finanziario*, Padova, 2009, pp. 235 ss.; Id.: "Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione", *Contr. e Impr.*, 2008, 1 e segg.; Id.: "Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione", *Contr. e impr.*, 2008, 4 s.; Id.: "I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario", *Contratto e Impresa*, 2005, p.889;

Gambaro, A.: "L'abuso del diritto di azione", Resp. Civ. e Prev., 1983, pp. 821 e ss.;

Garofalo, L.: "Per un'applicazione dell"exceptio doli generalis' romana in tema di contratto autonomo di garanzia", *Riv. dir. civ.*, 1996, I, pp. 629 ss.;

Gentili, A.: "La forma", in *Lezioni sul contratto*, a cura di Orestano, Torino, 2009, pp. 69 ss.; Id.: "Nullità, annullabilità, inefficacia nella prospettiva del diritto europeo", *I Contratti*, 2003, p. 205; Id.: "L'inefficacia delle clausole abusive, *Riv. Dir. Civ.*, 1997, pp. 403 e ss;

Girolami, M.: "L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?" in *Nuov. Giur. Civ. Comm*, 2020, p. 154; Id.: "Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle sezioni unite", *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, pp. 554 ss.; Id.: "Le nullità dell'art. 127 t.u.b. (con l'obiter delle sezioni unite 2014) ", *Ban. Bor. Tit. Cred.*, 2015, pp. 172;

Giuliani, S.: "Nullita` del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto", *I Contratti*, 2016, pp. 1095;

Greco, F.: "La nullità « selettiva » e un necessitato ripensamento del protezionismo consumeristico, in esito alla pronuncia delle sezioni unite", *Resp. Civ.* e *Prev.*, 2020, pp. 835;

Guizzi, G.:"Le Sezioni Unite e "le nullità selettive" nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica", www.dirittobancario.it, 2019;

Iuliani, A.: "Le Sezioni Unite e la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione", *Giur. it.*, I, 2020, p. 273;

La Rocca, M.: "La 'forma informativa' ed 'il potere dell'impresa di comandare il mercato': a margine di Cass., ord. 27 aprile 2017 n. 10447 sul c.d. contratto monofirma", *www.ilcaso.it*, 24.7.2017;

La Spina, A.: *Destrutturazione della nullità e inefficacia inadeguata*, Milano 2012, p. 253 ss.;

Lener, R.: *Forma contrattuale e tutela del contraente « non qualificato » nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 175;

Luminoso, A.:"Contratti di investimento, mala gestio dell'intermediario e rimedi esperibili dal risparmiatore, nota a Trib. Cagliari, 11 gennaio 2006", *Resp. civ. prev.*, 2007, p.1425;

Maffeis, D.: "La forma responsabile verso le sezioni unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca", *I Contratti*, 2017, pp. 398 ss.;

Maffeis, D.: "Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna", Nuov. Giur. Civ. Comm., 2020, p.160; Id.

Maffeis, D.: "Servizi di investimento: l'onere della prova del conferimento dei singoli ordini di negoziazione", *Contr.*, 2007, p. 238;

Maggiolo, M.: "Servizi ed attività d'investimento", *Tratt. Cicu-Messineo*, XIII, Milano, 2012, pp. 463 ss.;

Malvagna, U.:"Nullità di protezione e nullità 'selettive'. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite n. 12390/2017", *Banca borsa tit. cred.*, 2017, p. 842 ss.

Mazzini: "Eccezione di buona fede se la domanda colpisce alcuni ordini di acquisto. (Contratto bancario)", *Guida al diritto il sole 24ore settimanale,* 2020, p. 42;

Meruzzi, G.: "Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione", *Contr. e impr.*, 2007, pp. 1369 ss.;

Minneci, U.: "Il contratto di gestione di portafogli; tra identità del tipo e accertamento della mala gestio", *Riv. Dir. Civ.*, 2019, pp.1369 e ss.

Miriello, C.: "Contratti di intermediazione finanziaria: forma, nullità virtuale e dintorni. Alcuni punti fermi", *Contr. impr.*, 2006, pp. 1639 ss.;

Mirone, A.: " Le Sezioni Unite e il contratto c.d. mono-firma", *Ban. Bors. Tit. Cred.*, 2018, p, 275;

Monticelli S.: "La nullita` selettiva secondo il canone delle sezioni unite: un responso fuori partitura", *Nuov. Giur. Civ. Com.*, 2020, pp. 163 ss.;

Monticelli, S.: "La recuperabilità del contratto nullo", *Not.*, 2009, pp. 174 ss.; ;

Morlupo: "La questione della forma dei servizi d'investimento", in *La tutela del consumatore dei servizi finanziari*, a cura di Di Nella, Napoli, 2007, pp. 87 ss.;

Nanni, L.: "L'uso giurisprudenziale dell'exceptio doli generalis", *Contr. e impr.*, 1986, pp. 197 ss.;

Nuzzo, M.: "Accertamento della vessatorietà, sub art. 1469-ter comma 1° e 2°", in *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, pp. 1144 ss.;

Orestano, *L'inefficacia delle clausole vessatorie, in I contratti dei consumatori, Tratt. Dei contratti Gabielli a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, Torino, 2005* p. 381; Id.: *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, 2000, p. 193;

Pace, D.I.: "Gli ordini di borsa tra forma e mera archiviazione", *Banca borsa tit.*, 2010, p. 122;

Pagliantini, S.: "Le stagioni della nullità selettiva (e del 'di protezione')", *I Contratti*, 2020, p. 11; Id. "L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona", *Nuov. Giur. Civ. Com.*, 2020, pp.169 ss.; Id.: "Le sezioni unite - sul c.d. contratto mono-firma - forma o modalità di un'informazione materializzata? - le ss.uu. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 t.u.f.", *I contratti*, 2018, pp. 143; Id.:"Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)", *I Contratti*, 2017, pp. 679 ss; Id.:"Nullità formali bancarie e restituzioni (a margine di una recente decisione dell'A.B.F.- Arbitro Bancario Finanziario)", *Nuov. Giur. Civ. Comm.*, 2012, pp. 183; Id.: "Neoformalismo contrattuale", *Enc. Dir. annali*, IV, Milano, 2010, pp. 770 ss.; Id., "La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia", in *Studi in onore di Giovanni Giacobbe* a cura di Dalla Torre G., Milano, 2010, p. 1255; Id.: "La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida", *Pers. e mer.*, 2009, p. 28 ss.; Id.: *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, p. 35;

Pagni, I.:"Nullità del contratto – Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le sezioni unite", *Corr. Giur.*, 2015, pp. 225 ss.;

Passagnoli, G.: "Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione", *Pers. e Merc.*, 2012, pp. 24 e segg.

Pellizzi: "Exceptio doli (diritto civile)", in *Noviss. Digesto it.*, VI, Utet, 1960, 1074 p. ss.;

Pennasilico, M.: "Abuso del diritto e regime dei rimedi", Gazz. Not., 2008, pp. 437 ss.;

Perlingieri, G.: "Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo", *Rass. dir. civ.,* 2019, pp. 1133

Perlingieri, P.- Femia, P.: Nozioni introduttive e principi fondamentali di diritto civile, 2, Napoli, 2004, pp. 142 ss.;

Perlingieri, P.: "Fonti del diritto e ordinamento del caso concreto", *Riv. Dir. Priv.*, 2010, pp. 7 ss.; Id., "Nuovi profili del contratto", in *Il nuovo diritto dei contratti*, a cura di Di Marzio, Milano, 2004, pp. 435 ss.; Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, pp. 643 e ss.;

Perrone, A.: "Tra regole di comportamento e regole di validità: servizi di investimento e disciplina della forma", in *I soldi degli altri*, a cura di Perrone A., Milano, 2008, pp. 35 ss.;

Piazza, G.: *Convalida tacita nel diritto privato*, Napoli, 1980;

Pisapia, "Intermediazione finanziaria: le Sezioni Unite sull'usi selettivo della nullità di protezione", *www.dirittobancario.it,* 2019;

Polidori, S.: "Nullità protettive, neoformalismo ed eccessi di protezione: applicazioni in tema di esercizio abusivo dell'azione di nullità per vizio di forma nel campo dell'intermediazione finanziaria", *Ann. Fac. Econ. Benevento*, Napoli, 2012, 53 ss.;

Polidori, S.: "Nullità relativa e potere di convalida", *Rass. Dir. Civ.*, 2003, pp. 931 e ss.;

Polidori, S.: *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, pp.12 ss.; Id.: "Nullità relativa e potere di convalida", in *Rass. dir. civ.,* 2003, p. 931 ss.;

Ranieri, B.: "Eccezione di dolo generale", *Digesto, Disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1994, pp. 311 ss.;

Rescigno, P.: "L'abuso del diritto", Riv. dir.civ., 1965, pp. 205 e ss.;

Rizzuti, M.: "Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle sezioni unite", *Il Corriere Giuridico*, 2019, pp. 173 ss.;

Rizzuti, M.: *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015;

Robustella, C.: "Le precisazioni della Cassazione sull'eccezione di buona fede sollevata dall'intermediario in caso di esercizio selettivo della nullità", *Judicium, https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2020/07/C.-Robustella.pdf;*

Robustella, C.: *Forma di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, Torino, 2020, 146;

ROPPO, V.: Il contratto, Milano, 2011, pp. 205 ss.; ID.: "Sui contratti del mercato finanziari, prima e dopo la MiFID", *Riv. Dir. priv.*, 2008, pp. 499 ss.; ID.: "La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)", *Contr. e impr.*, 2005, p. 628; ID.: "La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione", *Danno e Resp.*, 2005, pp. 627 ss.; ID.: "Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma", in *Il contratto e le tutele*, a cura di MAZZAMUTO, Torino, 2002, pp. 639 ss.;

RORDORF, R.: "Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario", *www.questionegiustizia.it*, 2020;

ROVITO, S.: "Art. 23", in *Testo unico della finanza. Commentario*, a cura di CAMPOBASSO G.F. Torino, 2002, p. 199; URBANI, "Forme di tutela del cliente", in *L'ordinamento finanziario italiano*, a cura di CAPRIGLIONE, Padova, 2005, pp. 316 ss.;

RUSSO, D.: *Dimensione del vizio, nullità «selettiva» e conformazione dei negozi*, Napoli, 2020, pp. 107 ss.;

SACCO, R.:"Il contratto", in TrattatoSacco a cura di Sacco-De Nova, Torino, 2004, pp.302 ss.;

SARTORIS, C.: "Contratti di intermediazione finanziaria - nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?", *Giur. It.*, 2019, p. 765; ID.: "La sentenza delle seziono unite sulla. Nullità selettiva: tra protezione e buona fede", *Persona e Mercato*, 2019, 4, p. 69 ss.;

SCALISI, V.: "Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione", *Riv. Dir. Civ.*, 2005, pp. 459 e ss.; ID.: "Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia, *Riv. Dir. Civ.*,.2007, pp. 843 e ss.

SCALISI, V.: *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano 2011, p. 377 ss.; ID.: "Inefficacia (dir. Priv.)", in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 353 ss.;

SCOGNAMIGLIO, C.: "La Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede", *Corr. Giur.*, 2020, p. 5; ID, "Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma", in Nuov. Giur. Civ. Comm., 2018, p. 741; ID.: "Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite ed il rilievo officioso delle nullità." *Nuov. Giur. Civ. Comm.*, 2015, p. 197; ID.: "Inefficacia dir. Priv.", in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 11;

Semeghini, D.: *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010;

Summa, M.: "Non è affetto da nullità il contratto quadro di investimento sottoscritto dal solo investitore", *Diritto & Giustizia*, 2018, pp. 9 ss-;

Tondo, S.:"Invalidità e inefficacia del negozio giuridico", in *Noviss. Dig.*, VIII, Torino, 1968, p. 1000;

Tonini, F.: "L'invalidita` "selettiva" del contratto di investimento rimessa alle Sezioni Unite", *Nuov. Giur. Civ. Comm.*, 2019, p.50;

Torrente, A.: "Eccezione di dolo", *Enc. del dir.*, XIV, Milano,1965, p. 218; Portale, G.B.: "Impugnative di bilancio ed exceptio doli", *Giur. comm.*, 1982, p. 407 ss.;

Tosi E.: "Il contratto asimmetrico bancario e di investimento monofirma: la forma informativa e il problema della sottoscrizione unilaterale alla luce della lettura funzionale delle sezioni unite della cassazione", *Contratto e Impresa*, 2019, p. 197;

Valitutti, A.: "I contratti di intermediazione finanziaria privi di forma scritta. profili processuali e sostanziali della c.d. nullità selettiva", *Rivista di diritto processuale*, 2021, p. 202;

Vettori, G.: "Nullità selettive e 'riequilibrio effettivo'. L'evoluzione della buona fede", *Persona e mercato*, 2019, p. 21 ss.; Id.: "L'abuso del diritto", Obbl. e Contr., 2010, pp. 168 ss.

LE AZIONI A TUTELA DEL DEBITORE SOVRAINDEBITATO E DELLA MASSA DEI CREDITORI DALLA LEGGE SUL SOVRAINDEBITAMENTO AL CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

THE ACTIONS TO PROTECT THE OVERDEBITED DEBTOR AND THE MASS OF CREDITORS FROM THE OVERDEBT LAW TO THE CORPORATE CRISIS AND INSOLVENCY CODE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1828-1853

Francesco
ANGELI

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Dopo aver eseguito una breve panoramica sulle procedure volte alla risoluzione della crisi da sovraindebitamento regolate dalla Legge n. 3/2012 e dopo aver delineato la loro collocazione nel Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza, l'autore circoscrive il campo di indagine allo studio degli effetti generati dalla mancata previsione normativa dell'interruzione dei processi pendenti alla data di apertura della procedura di liquidazione dei beni dando una soluzione operativa finalizzata a colmare la lacuna normativa. L'autore, inoltre, mediante l'applicazione analogica di norme contenute nell'ordinamento, dimostra come il liquidatore possa esperire azioni giudiziarie in favore della massa dei creditori anche in mancanza di una espressa previsione normativa che gli attribuisca la legittimazione attiva all'esperimento dell'azione giudiziaria.

PALABRAS CLAVE: Insolvenza; consumatore; sovraindebitamento; liquidatore; processo pendente; riassunzione del processo; azione revocatoria; azione di responsabilità.

ABSTRACT: *After a short overview of the process (regulated by the law nr. 3/2012) used in order to solve the crisis caused by the over-indebtedness, once it has been placed within the limits of the Code for company crisis and insolvency, the author specifies his study on the effects created by the lack of a regulatory prediction for pending trials when the liquidation procedure begins, giving an operative solution aimed at filling the regulatory gap.*

Furthermore the author shows - implementing the regulations included in the set of rules - how the liquidator can accomplish legal actions in favor of the creditors even if there are no regulatory predictions giving him legitimacy to undertake the legal action.

KEY WORDS: *Insolvency; consumer; over-indebtedness; liquidator; pending trial; summation; revocatory act; responsibility.*

SUMARIO.- I. PREMESSA: LA REGOLAZIONE DEL SOVRAINDEBITAMENTO NEL VIGENTE ORDINAMENTO CONCORSUALE ITALIANO.- II. L'ATTUALE QUADRO NORMATIVO: IL CONSUMATORE SOVRAINDEBITATO E LA DIFFICILE COLLOCAZIONE SISTEMATICA TRA CRISI ED INSOLVENZA IN UN QUADRO NORMATIVO IN COSTANTE EVOLUZIONE.- III. LA REGOLAMENTAZIONE DELLA CRISI DA SOVRANDEBITAMENTO DEL DEBITORE NEL PANORAMA CONCORSUALE ITALIANO.- IV. IL DEBITORE ED I CREDITORI: LUCI ED OMBRE IN RELAZIONE AL BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI GIUDIZIALMENTE GARANTITI TRA PROCESSI PENDENTI ED AZIONI GIUDIZIARIE AL COSPETTO DI UNA NORMA STRUTTURALMENTE INCOMPLETA.- V. IL CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA: UNA NUOVA PROSPETTIVA PER LA DEFINIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO DEL DEBITORE.- VI. LA TUTELA DEGLI INTERESSI DEI CREDITORI TRA LE NUOVE AZIONI CODIFICATE E QUELLE NON ESPRESSAMENTE CODIFICATE.- VII. CONCLUSIONI.

I. PREMESSA: LA REGOLAZIONE DEL SOVRAINDEBITAMENTO NEL VIGENTE ORDINAMENTO CONCORSUALE ITALIANO.

La necessità di prevenire tempestivamente la crisi dell'imprenditore al fine di evitare il suo fallimento, ha indotto, nel corso del tempo, il legislatore italiano ad inserire nell'alveo della Legge Fallimentare regolata dal Regio Decreto n. 267 del 1942, degli strumenti di composizione della crisi. Nell'anno 2006, in seno alla prima riforma del sistema concorsuale, sono stati introdotti nell'ordinamento concorsuale alcuni istituti aventi lo scopo di risolvere la crisi dell'imprenditore mediante il controllo giudiziale ma senza l'avvio della procedura fallimentare. Tuttavia il risultato degli interventi si è ridotto ad un corpo di norme non organico e, a volte, anche di difficile interpretazione per cui spesso, per dirimere i contrasti giurisprudenziali insorti tra le varie corti territoriali, si è reso necessario l'intervento del giudice di legittimità.

Da qui la necessità di rivisitare integralmente la materia, al fine di restituire sistematicità ed organicità alla disciplina concorsuale anche in considerazione del nuovo contesto economico e sociale in cui operano le imprese ma anche alla luce del perdurare della crisi economica generalizzata[1].

Gli interventi legislativi del 2006 hanno avuto ad oggetto le imprese e, quindi, il sistema concorsuale italiano risultava ancora deficitario di una norma in grado di regolamentare l'insolvenza del cittadino, sia esso lavoratore dipendente piuttosto che pensionato, che del piccolo imprenditore che a seguito delle ridotte dimensioni

1 Pacchi, S.: "I procedimenti concorsuali per la crisi da sovraindebitamento", *Il sovraindebitamento del consumatore negli ordinamenti di matrice latina e nel modello statunitense*, Pacini editore, Pisa, 2019, p. 97.

• Francesco Angeli
Dottore commercialista ed Assegnista di ricerca in diritto privato per l'Università degli Studi di Perugia, E.mail: francesco.angeli@libero.it

della propria attività imprenditoriale non era soggetto alle previsioni della legge fallimentare.

Con l'introduzione della Legge n. 3 del 2012 nell'ordinamento italiano, non solo sono state sono state previste varie procedure che permettono all'insolvente di tentare di risolvere la crisi da sovraindebitamento che lo affligge ma è stata anche definitivamente data la definizione di consumatore e di sovraindebitamento. In particolare il legislatore ha introdotto tre procedure, per le quali è legittimato alla loro richiesta solo il debitore, che sono volte alla risoluzione della sua crisi da sovraindebitamento. Anche se la finalità delle tre procedure appare unica, cioè quella di addivenire alla soluzione della crisi da sovraindebitamento, in esse si evidenziano varie differenze ed in particolare una di queste, risiede nel fatto che mentre la procedura di piano del consumatore e la procedura di accordo tra il debitore ed i creditori si fondano su di una matrice negoziale, la procedura di liquidazione dei beni è di natura esclusivamente liquidatoria determinando lo spossessamento, seppur volontario di tutti i beni del debitore in favore della massa dei creditori rappresentata da un liquidatore giudiziale. Con la Legge n. 3 del 2012 è stata introdotta la possibilità dell'esdebitazione dell'insolvente che è un istituto che opera dopo l'adempimento della procedura alla quale l'insolvente ha avuto accesso e previa verifica di determinati requisiti da parte del giudice. Con l'esdebitazione è possibile procedere alla cancellazione dei debiti che l'insolvente che residuano ancora dopo la chiusura di una delle procedure di sovraidebitamento.

Con la Legge Delega n. 155 del 2017, che contiene la delega legislativa con la quale sono state fornite all'organo esecutivo le linee guida per l'attuazione della riforma della crisi di impresa e dell'insolvenza, si è avuta l'opportunità di rivisitare l'intera materia concorsuale e di introdurre nel contesto del nuovo Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza anche le procedure volte alla risoluzione della crisi da sovraidebitamento non solo rimodulandole ed adattandole alle esigenze del periodo storico che stiamo attraversando ma anche introducendo delle previsioni normative volte a favorire l'accesso alle procedure da parte dei soggetti interessati[2].

II. L'ATTUALE QUADRO NORMATIVO: IL CONSUMATORE SOVRAINDEBITATO E LA DIFFICILE COLLOCAZIONE SISTEMATICA TRA CRISI ED INSOLVENZA IN UN QUADRO NORMATIVO IN COSTANTE EVOLUZIONE.

Nell'ordinamento giuridico italiano, la definizione di consumatore trova una sua propria definizione nel Codice del Consumo introdotto con il Decreto legislativo

2 Vella, P.: "L'impatto della Direttiva UE 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale interno", *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 747.

6 settembre 2005, n. 206. L'introduzione del Codice del Consumo segna una pietra miliare nella tutela dei consumatori italiani in quanto, a seguito del dilagante fenomeno della decodificazione, la disciplina dei rapporti di consumo in precedenza era rimessa alla legislazione di settore promulgata in maniera disorganizzata e per lo più come recepimento delle direttive dell'Unione Europea. In questo conteso interviene il Codice del Consumo quale opera di riassetto della normativa vigente che partendo dalla definizione di consumatore e di professionista assume come filo conduttore le fasi del rapporto di consumo, dalla pubblicità alla corretta informazione, dal contratto alla sicurezza dei prodotti, fino all'accesso alla giustizia e alle associazioni rappresentative di consumatori[3].

L'art. 3 del Codice del Consumo definisce inequivocabilmente sia la nozione di consumatore che di professionista ed in particolare definisce consumatore "la persona fisica che agisce per scopi estranei rispetto all'attività imprenditoriale commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta"[4].

La scelta fatta dal legislatore, atta ad individuare il consumatore nella sola persona fisica, è stata criticata da parte della dottrina e da parte della giurisprudenza sul presupposto che la contrattazione diseguale possa coinvolgere anche persone giuridiche che non svolgono attività professionale e non perseguano scopi di lucro come, ad esempio, le associazioni senza scopo di lucro e gli enti no-profit.

Con l'introduzione nell'ordinamento giuridico della Legge n. 3 del 2012, il legislatore, all'art. 6 della medesima Legge, ha dato una ulteriore definizione concorsualistica di consumatore definendolo quale "debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta". Come nel Codice del Consumo, ancora una volta il legislatore ha individuato il consumatore nella sola persona fisica precludendo l'accesso alla procedura denominata "piano del consumatore" a soggetti collettivi. Oggi, a circa 8 anni dall'entrata in vigore della Legge n. 3 del 2012, a seguito di varie pronunce giurisprudenziali, l'accesso alle procedure in essa regolate non è precluso a soggetti diversi dalla persona fisica a condizione che, però, siano associazioni senza scopo di lucro o, comunque, imprenditori non

3 Cass., 1 febbraio 2016, n. 1869, *neldiritto.it*. "consumatore potrebbe in astratto anche essere un imprenditore (che rientri, per ragioni di coerenza rispetto al collegamento tipologico in negativo rispetto ai requisiti del r.d. n. 267 del 1942 e di quelli speciali dedicati all'imprenditore commerciale, all'interno delle soglie dimensionali del sistema concorsuale minore in oggetto e per le regole temporali di accesso ivi previste) ovvero un professionista (non importa se ordinistico o meno), come si ricava dalla previsione di eventualità dell'esercizio di simile attività tratteggiata nel cit. art. 6. Va però stabilito se siffatta circostanza appartenga unicamente ad un profilo di più intensa, ma pregressa, soggettività economica oppure possa essere sospinta sino a ricomprendere altresì il professionista o l'imprenditore, sia pur senza più debiti originati da quell'attività e con debiti invece solo 'comuni' da ristrutturare, secondo la legge speciale, dunque questa volta nella veste esclusiva di consumatore indebitato".

4 Mezzasoma, L.: "La definizione di consumatore", in Recinto, G., Mezzasoma, L., Cherti, S.: *Diritti e tutele dei consumatori*, ESI, Napoli, 2014, p. 16.

soggetti alla procedura concorsuale del fallimento a causa delle ridotte dimensioni della loro impresa.

Le aperture giurisprudenziali volte all'ammissione alle procedure di sovraindebitamento da parte dei soggetti diversi dalle persone fisiche, sono state attuabili mediante l'interpretazione sistematica delle disposizioni contenute nella stessa Legge n. 3 del 2012 che indifferentemente, in varie parti, utilizza il termine "debitore" in luogo del termine "persona fisica".

L'utilizzo indifferente dei due termini ha prestato il fianco all'interprete più lungimirante che ha, finalmente, aperto i benefici spettanti al sovraindebitato sia esso una persona fisica o sia esso organizzato in forma collettiva[5].

La definizione di sovraidebitamento viene resa dall'art. 6 c. 2 lett. a) della Legge n. 3 del 2012 e viene ricondotta ad una situazione di perdurare squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio del debitore prontamente liquidabile per farvi fronte. Lo squilibrio deve essere di una entità tale da determinare o la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero deve causare la definitiva incapacità di adempierle regolarmente[6].

Analizzando la definizione di sovraindebitamento, si nota come il debitore giunga a tale stato secondo una rigida progressione logica.

Innanzitutto il debitore, per essere considerato sovraindebitato, deve essere titolare di un patrimonio e lo stesso deve essere prontamente liquidabile. Da questo primo precetto normativo si deduce che il debitore non titolare di beni e redditi non può accedere ai benefici della Legge n. 3 del 2012.

Superata la prima condizione, occorre soffermarsi sulla immediata possibilità di liquidazione del patrimonio da parte del debitore per soddisfare le proprie obbligazioni. Anche di fronte ad un patrimonio rilevante può sussistere lo stato di sovraindebitamento del debitore non solo quando il patrimonio è inferiore alle obbligazioni scadute ma anche quando la liquidazione del patrimonio, anche laddove fosse equilibrato con l'ammontare delle obbligazioni scadute, richieda delle tempistiche medio lunghe e, comunque, non coerenti con i tempi dell'adempimento delle obbligazioni scadute.

Simile, ma non uguale, allo stato di sovraindebitamento è lo stato di insolvenza che viene definito dall'art. 5 della Legge Fallimentare come lo stato in cui si trova

5 Mezzasoma, L.: "La definizione di professionista", *Diritti e tutele dei consumatori*, cit., p. 28.

6 Ferro, M.: *Sovraindebitamento e usura*, Wolters Kluwer, Milano, 2012, p. 331.

il debitore che a seguito di inadempimenti o altri fatti esteriori non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni[7].

Differente è, invece, lo stato di crisi del debitore che viene definito come una situazione connotata da minore gravità riguardante tutte quelle situazioni degenerative economico-finanziarie dell'impresa potenzialmente idonee a sfociare nell'insolvenza medesima. A questo punto appare più agevole capire che mentre il debitore potrebbe riuscire risolvere lo stato di crisi, magari mediante l'attuazione di interventi strutturali, non può, invece, risolvere la propria situazione di sovraidebitamento stante la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente.

Il debitore sovraindebitato al fine di definire il proprio stato può accedere a tre procedure, tutte regolamentate dalla Legge n. 3 del 2012, che sono il piano del consumatore, l'accordo tra debitore e creditori e la liquidazione dei beni. Mentre alla prima procedura può accedere solo il debitore consumatore, alle altre due procedure può accedere qualsiasi debitore che abbia determinati requisiti soggettivi.

III. LA REGOLAMENTAZIONE DELLA CRISI DA SOVRANDEBITAMENTO DEL DEBITORE NEL PANORAMA CONCORSUALE ITALIANO.

Il piano del consumatore consiste in un piano di ristrutturazione attraverso il quale il consumatore che versa in stato di sovraidebitamento può rinegoziare i propri debiti con i suoi creditori[8].

La procedura si rivolge esclusivamente alle persone fisiche che abbiano contratto debiti per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale e, quindi, vi possono accedere solo i consumatori[9].

Per accedere al piano del consumatore, in ogni caso, non è sufficiente la qualifica di consumatore ma sono necessari ulteriori presupposti[10].

7 Cass., 20 novembre 2018, n. 29913, *ilcaso.it*: "L'accertamento dell'insolvenza non s'identifica in modo necessario e automatico con il mero dato contabile fornito dal raffronto tra l'attivo ed il passivo patrimoniale dell'impresa; è, inoltre, pacifico che in presenza di un eventuale sbilancio negativo è pur possibile che l'imprenditore continui a godere di credito e sia di fatto in condizione di soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni, configurandosi l'eventuale difficoltà in cui egli versa come meramente transitoria".

8 Benincasa, D.: "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – le procedure in caso di sovraindebitamento ai sensi dell'art. 2, 1° comma, lett. c)", *Giurisprudenza Italiana*, UTET Giuridica, Milano, 2019, p. 1943.

9 Perlingeri, P.: *Manuale di diritto civile*, ESI, Napoli, 2018, p. 987.

10 Di Raimo, R..: "Consumatore e mercato nelle discipline della crisi. Notazioni preliminari", in Llmas Pombo, E., Mezzasoma, L., Rizzo, V.: *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare*, ESI, Napoli, 2019, p. 33.

Il consumatore deve trovarsi in stato di sovraindebitamento, non deve essere soggetto a procedure concorsuali, non deve aver compiuto atti in frode ai creditori e deve essere in grado di fornire tutta la documentazione che consenta di ricostruire compiutamente la propria situazione economica e patrimoniale[11].

Il piano di risanamento che propone il consumatore ha contenuto libero e ne discende, quindi, che la soddisfazione dei creditori possa avvenire attraverso qualsiasi modalità compresa la cessione dei crediti futuri.

In ogni caso, nella proposta devono essere indicate eventuali limitazioni all'accesso al mercato del credito al consumo, all'utilizzo degli strumenti di pagamento elettronico e alla sottoscrizione di strumenti creditizi e finanziari[12].

La procedura non pone le fondamenta su di un accordo negoziale tra debitore e creditori in quanto essa viene omologata senza la necessità della manifestazione del consenso dei creditori difatti solo il giudice è deputato a statuire sia sul profilo della legittimità che sul profilo della convenienza del piano di risanamento proposto dal debitore ai propri creditori[13].

La mancanza del carattere della negozialità costituisce un elemento di atipicità della procedura rispetto alle altre procedure concorsuali di matrice concordataria che, invece, prevedono sempre l'assenso dei creditori prima della loro omologazione. L'atipicità della procedura si fonda, quantomeno in apparenza, sul precetto normativo che dispone il pagamento integrale dei creditori ammettendone la sola dilazione temporale[14].

Precetto normativo oramai disatteso in forza di interpretazioni giurisprudenziali che hanno reso ammissibile la proposizione di pagamenti parziali in favore dei creditori seppur nei limiti e nel rispetto della *par condicio creditorum*, statuita dall'articolo 2741 del Codice Civile.

11 Lucci, P.: "Il socio illimitatamente responsabile e la composizione della crisi personale da sovraindebitamento", *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, p. 946.

12 Mezzasoma, L.: "La valutazione del mercato creditizio del consumatore" in Llmas Pombo, E., Mezzasoma, L., Rizzo, V.: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria*, ESI, Napoli, 2019, p. 125.

13 Cass., 10 aprile 2019, n. 10095, *laleggepertutti.it*.

14 Cass., 28 ottobre 2019, n. 27544, *unijuris.it*: "La Legge n.3 del 27 gennaio 2012, nell' introdurre le procedure di composizione della crisi (liquidazione del patrimonio, piano del consumatore, accordo di composizione della crisi), non ha previsto alcun limite massimo alla durata di tali procedure. A causa di questo vuoto legislativo, soprattutto nel caso del piano del consumatore, era stato individuato un limite implicito di 5-7 anni desunto in via interpretativa dalle procedure concorsuali maggiori. Tuttavia, non si può escludere a priori che gli interessi del creditore siano maggiormente tutelati con un piano del consumatore la cui durata vada oltre quella convenzionalmente prevista piuttosto che attraverso la vendita forzata dei beni del patrimonio del debitore. Tipico è il caso in cui il piano prevede il pagamento integrale del debito mentre il patrimonio del debitore, aggredibile mediante esecuzione forzata, non è il grado di soddisfare integralmente le ragioni del creditore poiché il suo valore è pari o inferiore all' ammontare totale di debiti".

L'adempimento del piano di risoluzione della crisi consente al consumatore di accedere all'istituto dell'esdebitazione permettendogli, dopo un rigido vaglio giudiziale, di poter rendere inesigibili la quota dei debiti rimasta impagata[15].

Il debitore può risolvere il proprio stato di sovraindebitamento anche mediante la proposta di un accordo di ristrutturazione dei propri debiti fondato su di un piano che deve prevedere scadenze e modalità di pagamento dei creditori[16].

La procedura si fonda sul raggiungimento di un accordo tra debitore ed i creditori che rappresentano almeno il 60% dei debiti. Raggiunto l'accordo il giudice procede alla sua omologazione rendendolo obbligatorio anche per i creditori dissenzienti[17].

L'adempimento dell'accordo da parte del debitore, nel rispetto delle previsioni di quanto riportato nel decreto di omologazione, rende automaticamente inesigibile la quota di debiti non soddisfatti senza la necessità di accedere all'istituto dell'esdebitazione[18].

La Legge n. 3 del 2012 regolamenta una ulteriore procedura di risoluzione della crisi da sovraindebitamento che presuppone la liquidazione totale del patrimonio del debitore da parte di un liquidatore di nomina giudiziale[19].

La procedura di liquidazione dei beni, stante le sue peculiari caratteristiche, assume i connotati della procedura concorsuale del fallimento tant'è che le lacune normative che essa evidenzia, possono essere colmate mediante l'applicazione analogica delle disposizioni in materia fallimento quando risultano, anche se solo astrattamente, compatibili[20].

Da una attenta disamina delle previsioni normative contenute nella procedura di liquidazione dei beni, all'occhio appare subito evidente come in più parti la normativa risulta non priva di carenze anche di natura sistematica e procedurale. Si pensi, ad esempio, che le domande di partecipazione alla procedura devono essere depositate entro un termine individuato dal liquidatore e non previsto, invece, dalla norma creando il conseguente dubbio sull'ammissibilità delle domande di partecipazione depositate successivamente a tale termine.

15 Pagliantini, S.: "L'insolvenza del consumatore tra debito e responsabilità: Lineamenti sull'esdebitazione" in Llmas Pombo, E., Mezzasoma, L., Rizzo, V.: *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare*, cit., p. 59.

16 Perlingeri, P.: *Manuale di diritto civile*, cit., p. 987.

17 Benincasa, D.: "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – le procedure in caso di sovraindebitamento ai sensi dell'art. 2, 1° comma, lett. c)", *Giurisprudenza Italiana*, cit., p. 1943.

18 Commisso, F.:"Massimario di Merito", *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milano, 2015, p. 616.

19 Perlingeri, P.: *Manuale di diritto civile*, cit., p. 987.

20 Angeli, F.: "La procedura liquidatoria" in Llama Pombo, E., Mezzasoma, L., Rana, U., Rizzo, F.,:*Il sovraindebitamento del consumatore tra diritto interno e ordinamenti stranieri*, ESI, Napoli, 2018, p. 229.

Si pensi anche alla mancanza di una previsione normativa volta a regolamentare la sorte delle azioni giudiziarie proposte dal debitore e pendenti alla data di apertura della procedura di liquidazione dei beni.

In questa sede si circoscriverà il campo di indagine sia alla sorte delle azioni giudiziali proposte dal debitore, ed ancora pendenti alla data di apertura della procedura di liquidazione del patrimonio, sia alle azioni giudiziarie che può proporre il liquidatore dopo l'apertura della procedura di liquidazione del patrimonio.

IV. IL DEBITORE ED I CREDITORI: LUCI ED OMBRE IN RELAZIONE AL BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI GIUDIZIALMENTE GARANTITI TRA PROCESSI PENDENTI ED AZIONI GIUDIZIARIE AL COSPETTO DI UNA NORMA STRUTTURALMENTE INCOMPLETA.

Le disposizioni contenute nella Legge n. 3 del 2012, ed in particolare quelle contenute nella procedura di liquidazione dei beni, nulla dispongono in merito alle sorti dei giudizi pendenti alla data di apertura della procedura quindi, appare necessario, rifarsi all'ordinamento processualistico ed a quello concorsuale vigente in materia[21].

L'art. 299 cpc prevede tra le cause di interruzione del processo civile, la perdita della capacità di stare in giudizio della parte[22], perdita di capacità tipicizzata dalla Legge Fallimentare che all'art. 43 sancisce il principio per il quale la capacità di stare in giudizio, a seguito dell'apertura della procedura fallimentare viene demandata al curatore il quale si sostituisce al debitore fallito[23].

Alla stessa stregua l'art. 43 Legge Fallimentare dispone anche che l'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo[24]. Dalla lettura del dato normativo appare subito evidente che sussistono difficoltà di natura interpretativa e processuale in particolar modo in relazione alla portata effettiva della norma in relazione al decorso dei termini di riassunzione del processo previsti dall'art. 305 cpc.[25].

21 Montanari, M.: "Profili processuali del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", *Nuove Leggi Civili Commentate*, CEDAM, Milano, 2019, p. 890: "pensiamo: a) al dibattito agitatosi intorno al dies a quo dal quale far decorrere il termine per la riassunzione del giudizio ipso iure interrotto per effetto della sopravvenuta dichiarazione di fallimento, dibattito che dovrebbe venire ad esaurimento con la previsione di cui all'art. 143, ult. comma, ult. periodo, CCII, a mente della quale esso termine «decorre da quando l'interruzione viene dichiarata dal giudice»".

22 Fauceglia, G. e Panzani, L.: "La sorte dei rapporti processuali", *Fallimento e altre procedure concorsuali*, UTET, Torino, 2009, p. 466.

23 Cass., 30 gennaio 2019, n. 2658, *laleggepertutti.it*.

24 Staunovo Polacco, E.: "Massimario di merito", *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 378.

25 Cass., 30 novembre 2018, n. 31010, *laleggepertutti.it* : "L'interruzione costituisce un arresto nel corso del processo, conseguente al verificarsi di taluni eventi, tassativamente indicati: morte della parte o del suo rappresentante legale; perdita della capacità di stare in giudizio di una delle parti o del rappresentante

In particolare si critica l'avarizia legislativa della disposizione normativa già in relazione alla difficile individuazione dell'apertura del fallimento in quanto mentre è inequivocabile che l'apertura del fallimento avviene mediante una sentenza, occorre analizzare gli effetti della sentenza in relazione ai soggetti che coinvolge[26]. Il principio generale sancisce che la sentenza acquista efficacia, e quindi spiega i suoi effetti, nei confronti delle parti per le quali viene emessa, dal giorno del suo deposito in cancelleria. L'art. 16 Legge Fallimentare dispone che la sentenza di fallimento deve essere iscritta presso il Registro delle Imprese per produrre le finalità della cosiddetta pubblicità notizia, ed è in questo momento che spiega i suoi effetti nei confronti dei terzi[27].

Si rileva, quindi, una oggettiva impossibilità di deduzione normativa del termine di decorrenza dell'interruzione del processo pendente a seguito della sentenza di fallimento, tant'è che, al fine di evitare un susseguirsi di contestazioni in relazione alla decorrenza, e quindi alla tempestività, della riassunzione del processo pendente, è intervenuto fermamente il giudice di legittimità che con varie pronunce ha sancito che il termine di riassunzione del processo interrotto a causa dell'intervenuto fallimento di una delle parti, decorre dal giorno in cui il giudice investito del giudizio civile ne dichiara l'interruzione tant'è che il giudice di legittimità ha emesso il seguente principio di diritto: "in caso di interruzione automatica del processo determinata dalla dichiarazione di fallimento di una delle parti, il termine per la riassunzione di cui all'art. 305 c.p.c. decorre dalla dichiarazione o notificazione dell'evento interruttivo secondo la previsione dell'art. 300 c.p.c. ovvero, se anteriore, dalla conoscenza legale di detto evento procurata dal curatore del fallimento alle parti interessate"[28].

La giurisprudenza non poteva che giungere a tale conclusione in quanto sarebbe stato inverosimile che l'interruzione di un processo, per intervenuto fallimento di una delle parti, potesse avvenire senza un provvedimento giudiziale emesso dal giudice investito dell'istruzione del processo.

È indubbio che la legittimazione attiva alla riassunzione del processo pendente risieda sia in capo al curatore fallimentare che in capo alle altre parti processuali fermo restando che laddove il processo abbia come *petitum* il riconoscimento di un credito da parte di un terzo nei confronti del fallito, la competenza a giudicare, *ex lege,* si trasferisce in capo al giudice delegato alla procedura fallimentare[29].

legale e la cessazione di tale rappresentanza; morte, radiazione o sospensione del difensore. Al verificarsi di uno di tali eventi, la parte non è più nella possibilità di difendersi adeguatamente, e dunque, l'interruzione del processo è necessaria fino a quando non sia ristabilita la detta effettività".

26 Staunovo Polacco, E.: *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, p. 1240.

27 Ferro, M.: "Commento all'art. 43 L.F.", *La legge fallimentare*, CEDAM, Padova, 2014, p. 614.

28 Cass., 30 gennaio 2019, n. 2658, *giuricivile.it*.

29 Cass., 21 gennaio 2014, n. 1115, *Brocardi.it*: "Sebbene l'accertamento del credito nei confronti del fallimento sia devoluto alla competenza esclusiva del giudice delegato, ai sensi degli artt. 52 e 93 della

È anche indubbio che la conseguenza della riassunzione del processo pendente comporta che la successiva sentenza spieghi i suoi effetti nei confronti del fallimento e, conseguentemente, nei confronti della massa dei creditori[30].

Se è pur vero che in relazione alla procedura di fallimento il tema non riguarda l'interruzione del processo, che è espressamente prevista dalla legge, ma l'esatta individuazione del termine di decorrenza della riassunzione del processo interrotto, è anche vero che nella procedura di liquidazione dei beni regolamentata dalla Legge n. 3 del 2012 non è prevista l'interruzione del processo pendente alla data di apertura della procedura e né, tantomeno, l'apertura della procedura di liquidazione dei beni è prevista tra le cause di interruzione del processo elencate dall'art. 299 cpc.[31].

Stante la mancata previsione dell'interruzione del processo pendente, è d'obbligo chiedersi, in analogia alla previsione normativa della procedura fallimentare, se anche l'apertura della procedura di liquidazione dei beni generi una interruzione del processo e se, nel caso, il liquidatore abbia la legittimazione attiva a chiederne la sua riassunzione.

Anche se da un punto di vista sostanziale ritenere che in via analogica l'apertura della procedura di liquidazione dei beni generi una interruzione del processo pendente, con la conseguente possibilità del liquidatore di riassumerlo, questo non appare possibile.

È necessario, quindi, capire se l'ordinamento offre istituti processuali idonei a fare spiegare l'efficacia della sentenza anche nei confronti della massa dei creditori della procedura di liquidazione.

Lo spunto è offerto dall'art. 105 cpc il quale dispone che ciascuno può intervenire in un processo già incardinato tra altri soggetti quando intende far valere un suo diritto inerente allo stesso processo[32].

legge (fallimentare), l'improponibilità della domanda in sede extrafallimentare e la rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado di tale vizio va coordinata con il sistema delle impugnazioni e la disciplina del giudicato, con la conseguenza che il vizio procedimentale, ove non dedotto come motivo di gravame resta superato dall'intervenuto giudicato, senza che - in ragione del principio di conversione delle nullità in motivi di impugnazione e in armonia con il principio della ragionevole durata del processo - possa ulteriormente dedursi nelle successive fasi del giudizio".

30 Fauceglia, G. e Panzani, L.: "La sorte dei rapporti processuali", *Fallimento e altre procedure concorsuali*, cit., p. 468.

31 Fabiani, M.: "Gli effetti della liquidazione giudiziale sul debitore e sui creditori", *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, p. 1161.

32 Cass., 30 dicembre 2016, n. 27528, *studiocerbone.com*.

Si può quindi ritenere che il liquidatore sia legittimato ad intervenire nel processo pendente stante la connessione che intercorre tra la sua attività di liquidazione dei beni e lo spossessamento di questi in capo al debitore[33].

Ne discende, quindi, che gli effetti della sentenza spiegheranno anche riguardo al liquidatore che ne usufruirà in relazione alla sua attività liquidatoria[34].

Il liquidatore, oltre ad essere investito del procedimento di verifica dei debiti e del procedimento di liquidazione dei beni del debitore, è anche legittimato a proporre delle azioni volte a tutela della massa dei creditori[35].

Le azioni di competenza del liquidatore sono espressamente indicate dalla norma ed in particolare l'art. 14 *decies* Legge n. 3 del 2012, dispone che liquidatore può esercitare ogni azione prevista dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio da liquidare ed inoltre la norma dispone anche che il liquidatore è legittimato ad esercitare le azioni volte al recupero dei crediti.

La norma non elenca analiticamente le azioni per le quali il liquidatore può agire in giudizio ma traccia degli elementi che, se adeguatamente interpretati, le individuano precisamente.

In primo luogo occorre soffermarsi sul fatto che il liquidatore può esperire le azioni volte ad acquisire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio il che significa che se da un lato può esperire le cosiddette azioni petitorie[36], dall'altro lato è pacifico che non può esperire le azioni necessarie per rendere inefficaci o nulli gli atti dispositivi di beni compiuti dal debitore prima dell'apertura della procedura di liquidazione e, pertanto non potrà esperire ne l'azione revocatoria né, tantomeno, l'azione di simulazione[37].

Invero il debitore che ha eseguito atti dispostivi di beni, siano essi riconducibili a vendite che riconducibili ad atti di donazione, che durante l'istruzione della domanda di accesso alla procedura venissero qualificati dal giudice come atti compiuti in frode ai creditori, si vedrà precluso l'accesso alla procedura.

33 Cass., 30 dicembre 2016, n. 27528, *studiocerbone.com*. "Per l'ammissibilità dell'intervento di un terzo in un giudizio pendente tra altre parti è sufficiente che la domanda dell'interveniente presenti una connessione od un collegamento implicante l'opportunità di un "simultaneus processus". In particolare, la facoltà di intervento in giudizio, per far valere nei confronti di tutte le parti o di alcune di esse un proprio diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto in causa, deve essere riconosciuta indipendentemente dall'esistenza o meno nel soggetto che ha instaurato il giudizio della "legitimatio ad causam", attenendo questa alle condizioni dell'azione e non ai presupposti processuali".

34 Montanari, M.: "I rapporti tra fallimento e risoluzione giudiziale pendente nella prospettiva della Suprema Corte", *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 777.

35 Benincasa, D.: "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – le procedure in caso di sovraindebitamento ai sensi dell'art. 2, 1° comma, lett. c)", *Giurisprudenza Italiana*, UTET Giuridica, Milano, 2019, p. 1943.

36 Talamanca, M.: *Elementi di diritto privato romano*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 228.

37 Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 1994, p. 909.

Secondo l'insegnamento che ci giunge dal diritto romano, le azioni petitorie sono tutte quelle azioni, previste dall'ordinamento, che spettano al proprietario per difendere il suo diritto di proprietà contro le turbative messe in atto da terzi e conseguentemente sono considerate azioni reali in quanto concesse a difesa del diritto reale della proprietà.

Le azioni petitorie, attualmente previste dall'ordinamento, sono l'azione di rivendicazione, l'azione negatoria, l'azione di regolamento dei confini e l'azione di apposizione di termini[38].

Anche se tutte le azioni petitorie hanno uno stesso comune denominatore, che è riconducibile all'accertamento della proprietà del bene, è diversa la prova che l'attore deve produrre in giudizio. Difatti se mentre per l'azione negatoria, per l'azione di regolamento dei confini e per l'azione di apposizione dei termini, come prova è *sufficiente produrre gli atti di proprietà* risultanti dai pubblici registri, la prova da fornire per l'azione di rivendicazione è più complessa in quanto l'attore dovrà produrre non solo il titolo relativo alla proprietà del bene ma dovrà produrre anche tutti gli altri titoli di proprietà del bene oggetto dell'azione fino al titolo di acquisto originario. Se l'azione di rivendicazione ha ad oggetto beni immobili o mobili registrati la prova si raggiunge producendo tutti gli atti di proprietà trascritti presso il pubblico registro secondo le disposizioni di cui all'art. 2650 cc.[39].

Se, invece, l'azione ha ad oggetto un bene mobile non registrato, la prova della proprietà del bene si può offrire mediante l'applicazione della regola del possesso vale titolo, prevista dall'art. 1153 cc, secondo la quale il possessore di una cosa mobile ne acquista la proprietà per effetto del possesso immediatamente, cioè nel momento stesso in cui ne riceve in consegna e inizia a possederla, purché egli sia in buona fede e la consegna avvenga in forza di un titolo astrattamente idoneo[40].

Stante il tenore letterale del precetto dell'art. 14 *decies* Legge n. 3 del 2012, il liquidatore non può esperire l'azione revocatoria di un atto dispositivo eseguito dal debitore prima dell'apertura della procedura di liquidazione in quanto il bene, alla data di apertura della procedura, non è più compreso nel patrimonio del debitore[41].

38 Torrente, A. e Schlesinger, P.: *Manuale di diritto privato*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, p. 284.

39 Cass., 10 settembre 2018, n. 21940, *laleggepertutti.it.*: "L'atto di accettazione dell'eredità non è idoneo a provare un titolo di acquisto originario, giacchè la prova della successione del possesso presuppone la prova del possesso del dante causa; allo stesso modo, il contratto di vendita di un bene non prova, di per sè, l'acquisto del possesso da parte dell'acquirente, occorrendo a tal fine la prova del possesso del venditore e dell'immissione nel possesso dell'acquirente".

40 Cass., 27 gennaio 2017, n. 1593, *laleggepertutti.it.*

41 Ferro, M..: "commento all'art. 66 L.F.", *La legge fallimentare*, CEDAM, Padova, 2014, p. 822.

Anche se in seno alla Legge n. 3 del 2012 non esiste una diretta correlazione tra la possibilità per il liquidatore di proporre l'azione revocatoria e gli atti in frode compiuti dal debitore, si rileva che la sussistenza di tali atti compiuti dal debitore è un motivo di preclusione all'accesso alla procedura di liquidazione dei beni.

V. IL CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA: UNA NUOVA PROSPETTIVA PER LA DEFINIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO DEL DEBITORE.

Le procedure regolamentate nel Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza, non sono una mera trasposizione delle attuali disposizioni contenute nella Legge Fallimentare e nella Legge n. 3 del 2012 ma sono procedure che hanno proprie caratteristiche che sono frutto delle esperienze giurisprudenziali maturate nell'ultimo decennio[42].

La collocazione delle procedure di sovraindebitamento all'interno del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza ha consentito di colmare delle lacune che durante la vigenza della Legge n. 3 del 2012 si sono evidenziate rendendo gli istituti da essa regolamentati, in taluni casi, di complessa attuazione.

L'impostazione sistematica del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza è a struttura orizzontale e le procedure di risoluzione del sovraidebitamento sono state collocate seguendo la loro natura negoziale o liquidatoria tant'è che la procedura di piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore e la procedura di concordato minore sono regolamentate dalle disposizioni contenute nel Titolo IV denominato "Strumenti di Regolazione della Crisi" mentre la procedura di liquidazione controllata è regolamentata dalle disposizioni contenute nel Titolo V denominato "Liquidazione Giudiziale".

La procedura denominata piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore regolamentata dal Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza, sostituisce l'attuale procedura denominata piano del consumatore regolamentata dalla Legge n. 3 del 2012[43].

42 Guerrieri, G.: "Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza", *Nuove Leggi Civili Commentate*, CEDAM, Milano, 2019, p. 809. "Il CCI non si limita, peraltro, a dettare disposizioni sostitutive delle norma contenute nella legge fallimentare e nella l. 27 gennaio 2012, n. 3, in tema di sovraindebitamento, ma novella altresì il codice civile, sulla base dei principi e dei criteri direttivi di cui all'art. 14 della legge delega; e proprio talune delle modifiche al codice civile sono oggetto delle disposizioni di cui è prevista l'immediata entrata in vigore, valendo per il resto l'art. 389, comma 1°, CCI, a norma del quale "Il presente decreto entra in vigore decorsi diciotto mesi dalla data della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale", e dunque il 14 agosto 2020".

43 D'Orazio, L.: "Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza", *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, p. 697. "Il codice della crisi ha tentato di razionalizzare la precedente disciplina in materia di sovraindebitamento, ma ha sottratto al consumatore l'accesso al concordato minore, senza ampliare la possibilità di esdebitazione mediante la formazione di un piano che

La proposta ha contenuto libero e potrà prevedere il soddisfacimento, anche parziale, dei creditori in qualsiasi forma e, quindi, anche mediante la cessione dei beni anche se questa modalità di adempimento non viene espressamente prevista. Con l'introduzione della previsione normativa per la quale la proposta può prevedere la falcidia dei debiti derivanti da contratti di finanziamento con cessione di una parte dello stipendio in favore di istituti di credito o di società finanziarie e grazie alla possibilità di rimborsare le rate del mutuo garantito da ipoteca iscritta sull'abitazione principale, secondo le scadenze contrattuali, la procedura di risoluzione della crisi del consumatore ha acquisito una fruibilità maggiore rispetto all'omonima procedura regolamentata dalla Legge n. 3 del 2012.

La procedura di concordato minore, regolamentata dal Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza, è rivolta ai soli debitori che svolgono una attività di impresa che non possono essere assoggettati alla procedura di liquidazione giudiziale per il mancato superamento dei limiti dimensionali previsti dall'art. 2 del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza[44].

Per l'accesso alla procedura di concordato minore è necessario che il debitore svolga l'attività di impresa o professionale ma è anche necessario e che l'attività venga proseguita anche durante la vigenza della procedura.

La proposta di concordato minore ha contenuto libero ed è possibile il soddisfacimento, anche parziale, dei creditori attraverso qualsiasi forma, ciò significa possibile addivenire al soddisfacimento dei creditori anche mediante la vendita dei beni anche se non espressamente previsto dal dato normativo.

La procedura di concordato minore è di natura negoziale tant'è che è previsto il voto dei creditori nella forma del silenzio assenso. Se la prescritta maggioranza necessaria per l'approvazione della proposta non dovesse essere raggiunta a causa del decisivo voto contrario dell'amministrazione finanziaria, il giudice può comunque omologare il concordato ma solo alla condizione che emerga che la soddisfazione dell'amministrazione finanziaria nella procedura di concordato minore sia conveniente rispetto alla procedura di liquidazione controllata.

La procedura di liquidazione controllata trova la sua collocazione nel titolo V capo IX del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza ed in particolare il procedimento è regolamentato dall'art. 268 all'art. 277.

resta unilaterale, ma con un controllo della meritevolezza del consumatore, troppo stringente, in quanto fondato anche sulla assenza di colpa grave".

44 Vattermoli, D.: "Il concordato minore: aspetti sostanziali", *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 443.

La procedura di liquidazione controllata, di fatto, sostituisce la procedura di liquidazione dei beni regolamentata dalla Legge n. 3 del 2012 introducendo, comunque, rilevanti modifiche che vanno a colmare le lacune normative presenti nell'attuale previsione normativa.

L'apertura della liquidazione controllata comporta la sospensione dei contratti pendenti ed il liquidatore è il solo soggetto legittimato al subentro. L'atto di subentro nel contratto pendente, che si configura come esercizio di un diritto potestativo, ha come diretta conseguenza la prosecuzione dell'intero rapporto contrattuale. I contratti sono pendenti quando alla data della sentenza di apertura della liquidazione controllata non sono stati completamente eseguiti nelle prestazioni principali e, nel caso di contratti ad effetti reali, quando il diritto di proprietà non è stato trasferito.

La procedura di liquidazione controllata si snoda in vari sub procedimenti, tutti governati dal liquidatore, che si concretizzano nell'accertamento della consistenza del passivo, nella liquidazione del passivo e nella ripartizione delle somme derivanti dalla liquidazione in favore dei creditori.

La procedura si chiude solo quando la liquidazione dei beni si è conclusa ed il ricavato della liquidazione è stato attribuito ai creditori ammessi al concorso secondo il rispetto del principio dell'ordine legittimo delle prelazioni sancito dall'art. 2741 del Codice Civile.[45]

La chiusura della procedura permette al debitore di accedere all'istituto dell'esdebitazione con il quale può ottenere l'annullamento dei debiti che non sono stati soddisfatti nell'esecuzione della ripartizione finale delle somme.

L'istituto giuridico dell'esdebitazione è un rimedio concesso al debitore in caso di sovraindebitamento ed è stato introdotto all'interno dell'ordinamento giuridico italiano con la del diritto fallimentare avvenuta nell'anno 2006. L'istituto dell'esdebitazione rappresenta uno dei cardini di un significativo mutamento della coscienza sociale, orientata nel senso di una rimodulazione del carattere afflittivo delle procedure concorsuali nei confronti degli imprenditori insolventi.

In deroga alla generale disciplina prevista dall'Art. 2740 c. 1 c.c., il debitore può essere liberato dall'obbligo di adempimento delle prestazioni ancora dovute nei confronti dei propri creditori all'esito della chiusura della procedura concorsuale

45 Rizzo, F.: "Sovraindebitamento e par condicio", Llama Pombo, E., Mezzasoma, L., Rana, U., Rizzo, F., *Il sovraindebitamento del consumatore tra diritto interno e ordinamenti stranieri*, ESI, Napoli, 2018, p. 157.

alla quale è stato sottoposto a condizione che in seno alla procedura sia stato eseguito un pagamento, anche parziale, dei debiti della massa[46].

Il Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza ha apportato radicali modifiche alla disciplina dell'istituto dell'esdebitazione sia in relazione alle condizioni di accesso che in relazione all'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione[47].

In particolare l'art. 278 del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza dispone che l'esdebitazione consiste nella liberazione dai debiti e comporta la inesigibilità dal debitore dei crediti rimasti insoddisfatti nell'ambito di una procedura concorsuale che prevede la liquidazione dei beni e ne discende, quindi che il beneficio si sostanzia in una dichiarazione di inesigibilità resa dal giudice competente alla chiusura della procedura[48].

La ratio della norma trova il suo fondamento nell'esigenza di agevolare il recupero ed il reinserimento all'interno del mercato dell'imprenditore insolvente, inteso come soggetto produttivo di redditi e di ricchezza, la cui ricollocazione all'interno tessuto economico verrebbe irrimediabilmente pregiudicata dalla permanenza del vincolo previsto in via generale dall'art. 2740 c. 1 c.c..

VI. LA TUTELA DEGLI INTERESSI DEI CREDITORI TRA LE NUOVE AZIONI CODIFICATE E QUELLE NON ESPRESSAMENTE CODIFICATE.

L'art. 270 c. 5 del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza sancisce che i processi pendenti alla data della sentenza di apertura della liquidazione controllata sono interrotti[49].

In effetti, anche se la previsione normativa non è stata coniata per la procedura di liquidazione controllata, ad essa è applicabile in conseguenza ad un espresso rinvio

46 Cass., 18 novembre 2011, n. 24214, *laleggepertutti.it*: "L'art. 142, co. 2, l.f. deve essere interpretato nel senso che, per la concessione del beneficio dell'esdebitazione, non è necessario che tutti i creditori concorsuali siano soddisfatti almeno parzialmente, bensì è sufficiente che almeno parte dei creditori sia stata soddisfatta, essendo invero rimesso al prudente apprezzamento del giudice accertare quando la consistenza dei riparti realizzati consenta di affermare che l'entità dei versamenti effettuati, valutati comparativamente rispetto a quanto complessivamente dovuto, costituisca quella parzialità dei pagamenti richiesta per il riconoscimento del beneficio".

47 Pagliantini, S.: "L'insolvenza del consumatore tra debito e responsabilità: lineamenti sull'esdebitazione", in Llama Pombo, E., Mezzasoma, L., Rana, U., Rizzo, F.: *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare*, ESI, Napoli, 2019, p. 59.

48 Femia, P.: "Esdebitazione, responsabilità, estinzione parziale", in Llama Pombo, E., Mezzasoma, L., Rana, U., Rizzo, F.: *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare*, ESI, Napoli, 2019, p. 239.

49 Pecoraro, C.: "interruzione e riassunzione del giudizio in cui è parte il fallito", *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, p. 137. "La norma promuove l'interesse a favorire un'accelerazione nella definizione di rapporti processuali pendenti. Sotto il regime previgente, infatti, poteva aversi che giudizi pendenti alla data dell'apertura della procedura non fossero dichiarati tempestivamente interrotti con l'inconveniente di vulnerare l'autonomia di azione del curatore e generare gravi inefficienze nella gestione delle procedure concorsuali".

alla disposizione resa per la procedura di liquidazione giudiziale. In particolare l'art. 143 c. 3 del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza sancisce che l'apertura della procedura di liquidazione determina l'interruzione del processo e sancisce, inoltre, che il termine per la riassunzione del processo interrotto decorre da quando l'interruzione viene dichiarata dal giudice. Il dettato della novella normativa trova la sua genesi nelle pronunce giurisprudenziali che si sono uniformemente orientate nel corso dell'ultimo decennio come già evidenziato nella presente ricerca.

Purtroppo la norma, anche se di nuovo conio, anche se fissa, inequivocabilmente, il *dies a quo* dell'interruzione del processo comunque non risolve le incertezze che coinvolgono le sorti dei processi pendenti e dell'efficacia delle relative sentenze.

Il perimetro della presente ricerca deve essere circoscritto fino al punto di riuscire a individuare prima, ed a colmare poi, le lacune della norma concorsuale.

È indubbio che l'apertura della procedura di liquidazione è causa di interruzione dei processi pendenti come è indubbio che il termine per la loro riassunzione decorre da quando il giudice investito dell'istruttoria del processo ne dichiara l'interruzione ma nonostante ciò ancora non viene ancora regolamentata la fattispecie, non inusuale, che coinvolge l'(in)efficacia delle sentenze emesse senza l'intervenuta interruzione dei processi pendenti.

Per espressa previsione normativa è il giudice investito del processo pendente, e non il giudice delegato alla procedura di liquidazione, che è legittimato a decretarne la sua interruzione e se il processo viene riassunto la successiva sentenza spiega i suoi effetti tra le parti. Ma se il giudice non viene portato a conoscenza delle parti dell'intervenuta procedura di liquidazione controllata, le sorti della successiva sentenza non possono essere che ricondotte ad una inefficacia, sia formale che sostanziale, di quanto in essa statuito in relazione a tutte le parti del giudizio[50].

Ciò comporta che la parte interessata al giudizio, di fronte ad una sentenza che non è idonea a spiegare i propri effetti, si vedrà costretta a riproporlo, fatta salva la prescrizione del diritto e la decadenza relativa alla possibilità di esperire l'azione, con un aggravio di spese da quantificare anche in termini di durata del processo che dovrà essere nuovamente incardinato[51].

La norma, anche alla luce della riforma, non appare coerente con il sistema sia dal lato processuale che dal lato sostanziale in quanto non mette neanche al riparo da un comportamento, in ipotesi, non leale della parte che non ha interesse a fare decretare l'interruzione del processo dal giudice.

50 Cass., 13 settembre 2019 n. 22925, *laleggepertutti.it*.

51 Celentano, P.: *Fallimento e concordati*, UTET, Torino, 2008, p. 416.

Se si parte dall'assunto che l'apertura della liquidazione è motivo di interruzione del processo pendente e che l'interruzione la dichiara il giudice che istruisce il processo stesso, necessariamente si deve desumere che il processo pendente deve considerarsi interrotto nella fase processuale in cui si trova nel giorno di emissione della sentenza di apertura della liquidazione annullando, di fatto, tutti gli atti processuali successivi e mantenendo, invece, efficaci tutti gli atti processuali svolti anteriormente alla sentenza di apertura della liquidazione sia nel caso in cui il processo pendente venga ritualmente riassunto dalle parti che nel caso in cui il processo non venga ritualmente interrotto. Questo permetterebbe non solo di salvaguardare tutta la fase processuale già istruita, ma nel caso di mancata interruzione del processo permetterebbe alla parte interessata di non ottenere una sentenza inefficace con la conseguenza di proporre una nuova azione giudiziale che potrebbe risultare prescritta o per la quale la possibilità di proposizione dell'azione potrebbe essere oggetto di decadenza.

Il Codice delle Crisi di Impresa e dell'insolvenza, ha ampliato l'alveo delle azioni a disposizione del liquidatore volte a tutelare gli interessi sia del debitore che della massa dei creditori.

Occorre subito precisare che il liquidatore ha a legittimazione attiva ad esperire le azioni volte al recupero dei crediti e le azioni volte a rientrare nel possesso dei beni facenti parti del patrimonio del debitore, che sono individuate nelle azioni possessorie in precedenza analizzate[52].

Occorre, inoltre, precisare anche che l'art. 274 del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza, a differenza dell'attuale quadro normativo dettato dalla Legge n. 3 del 2012, concede al liquidatore la legittimazione attiva all'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria regolamentata dall'art. 2901 del c.c.

L'innesto della previsione normativa si è reso necessario alla luce della insussistenza tra le cause di inammissibilità della procedura, del compimento degli atti in frode ai creditori compiuti dal debitore. Appare logico che l'insussistenza della causa di inammissibilità è coerente con la novella normativa che ha introdotto l'azione revocatoria tra le azioni esperibili dal liquidatore.

In questa sede è necessario anche appurare se il liquidatore, nella procedura di liquidazione controllata, abbia la legittimazione attiva ad esperire ulteriori azioni giudiziarie anche in assenza di una specifica previsione normativa.

52 Montanari, M.: "Profili processuali del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", *Nuove Leggi Civili Commentate*, CEDAM, Milano, 2019, p. 890: "liquidatore «esercita, o se pendente, prosegue, ogni azione prevista dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore e ogni azione diretta al recupero dei crediti», e, al secondo comma, che «esercita oppure, se pendente, prosegue l'azione sociale di responsabilità".

In particolare si ritiene circoscrivere il campo di indagine alla possibilità in capo al liquidatore di esperire l'azione di responsabilità nei confronti dell'organo amministrativo e dell'organo di controllo della società debitrice nei confronti della quale la procedura di liquidazione controllata è stata aperta. Per dimostrare quanto asserito è necessario, seppur limitatamente ai presupposti soggettivi, analizzare ogni singola azione per poi arrivare ad appurare se esse, o di una di esse, siano esperibili anche in seno alla procedura di liquidazione controllata seppur non espressamente previsto dal dettato normativo.

Le azioni di responsabilità che l'ordinamento civilistico concede sono tre e sono dettagliatamente previste dall'art. 2392 c.c., dall'art. 2394 e dall'art. 2395 c.c.[53].

L'art. 2392 c.c. prevede che gli amministratori incorrono in responsabilità verso la società e sono tenuti al risarcimento dei danni dalla stessa subiti quando non adempiono ai doveri ad essi imposti dalla legge o dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze[54]. L'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori deve essere deliberata dall'assemblea dei soci. Da qui ne discende che la legittimazione attiva all'esperimento dell'azione è in capo ai soci della società[55].

L'art. 2394 c.c. prevede che gli amministratori sono responsabili verso i creditori sociali a seguito dell'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale e prevede, inoltre, che l'azione può essere proposta solo quando il patrimonio risulta essere insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti[56].

La legittimazione alla proposizione dell'azione è in capo ai creditori.

L'art. 2395 c.c. completa la disciplina della responsabilità civile degli amministratori prevedendo che il risarcimento del danno spetta anche al singolo socio o al terzo quando vi è la prova che siano stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi dell'amministratore[57].

53 Torrente, A. e Schlesinger, P.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1047.

54 Cass., 26 gennaio 2018, n. 2038, *ildiritto.it*.: "nelle azioni sociali di responsabilità il danno risarcibile non puo' essere automaticamente liquidato, neppure dopo il fallimento della società, nella misura corrispondente alla differenza tra il passivo e l'attivo: chiaro essendo, in verità, che quel criterio può peccare non solo per eccesso, ma anche per difetto, come nelle ipotesi in cui una parte delle perdite di bilancio, per qualunque ragione, sia venuta meno: in definitiva, il solo principio corretto essendo quello secondo cui va imputato, con la migliore approssimazione possibile, all'amministratore inadempiente tutto e solo il danno causalmente ricollegato alla sua condotta, il quale, dunque, ben può non coincidere con l'intera perdita iscritta a bilancio nel momento in cui questo venga esamina".

55 Campobasso, G.F.: *Diritto commerciale*, UTET, Milano, 2019, p. 383.

56 Campobasso, G.F.: *Diritto commerciale*, cit., p. 383.

57 Cass., 16 febbraio 2016, n. 2986, *laleggepertutti.it*.

Delineato il perimetro che circoscrive l'ambito soggettivo dell'azione di responsabilità, è necessario dimostrare, tramite una indagine circostanziata, se all'interno di esso può risiedere anche per il liquidatore la legittimazione attiva alla proposizione dell'azione anche in assenza di una specifica norma.

Per dimostrare l'assunto è necessario partire dalla considerazione che la procedura di liquidazione controllata, è una procedura di stampo concorsuale nella quale la massa dei creditori ha interesse a far liquidare giudizialmente il patrimonio del debitore. Ne discende che l'apertura della procedura, se dal un lato è volta garantire il concorso dei creditori sul patrimonio del debitore, dall'altro lato, a seguito dello spossessamento del debitore, permette anche la liquidazione del patrimonio stesso. Laddove il patrimonio del debitore, comparato all'ammontare dei suoi debiti, risultasse incapiente, l'amministratore della società sarebbe responsabile nei confronti dei creditori sociali ai sensi dell'art. 2394 c.c. per il danno a loro cagionato quantificabile nel differenziale negativo tra patrimonio liquidato e debiti accertati. Alla stessa stregua appare ora evidente, con l'applicazione di un procedimento logico, che i creditori, che al cospetto della procedura giudiziale sono rappresentati dal liquidatore, trasmettono in capo ad esso la legittimazione attiva ad esperire l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori prevista dall'art. 2394 c.c.

Si ritiene quindi, a seguito di una dimostrazione empirica, che il liquidatore possa esperire l'azione risarcitoria nei confronti dell'organo di gestione e dell'organo di controllo della società assoggettata alla procedura di liquidazione controllata anche in mancanza di una espressa previsione normativa.

VII. CONCLUSIONI.

La panoramica delle procedure di risoluzione della crisi da sovraindebitamento offerta in questo studio, sottolinea la mutazione che l'ordinamento concorsuale italiano ha subito negli ultimi 20 anni, una mutazione che si è resa necessaria non solo per adeguare la norma coniata nel lontano 1943 e, quindi, in vigore, da quasi 80 anni, ma anche necessaria ad attualizzare le norme concorsuali all'attuale momento storico.

L'attuazione di un Codice unico nel quale sono state collocate tutte le norme di natura concorsuale, permette di bloccare il processo di decodificazione che nel corso del tempo ha dato luogo alla promulgazione di una legiferazione spesso incompleta e frammentaria.

La regolamentazione di tutte le procedure concorsuali all'interno di un Codice ha permesso al legislatore di operare rinvii alle disposizioni che riguardano

la medesima fattispecie nelle varie procedure addivenendo, quindi, ad una regolamentazione unitaria mediante rinvii, alla procedura di concordato preventivo liquidatorio ed alla procedura di liquidazione controllata.

In particolare, si è giunti alla conclusione che anche se nel dato normativo contenuto nella Legge 3 del 2012 non è prevista l'interruzione del processo a seguito dell'apertura della procedura di liquidazione dei beni, è comunque possibile trasportare gli effetti della successiva sentenza all'interno della procedura. Si è altresì dimostrato che se anche il Codice della Crisi di impresa e dell'Insolvenza fissa i criteri relativi all'interruzione del processo, è possibile cristallizzare gli atti processuali compiuti all'insorgere della procedura di liquidazione anche in assenza di una effettiva previsione normativa.

Si è, infine, giunti alla conclusione che il liquidatore della procura di liquidazione controllata, in mancanza di una disposizione contraria, ha la legittimazione attiva alla proposizione di azioni a tutela della massa dei creditori anche in assenza di una specifica codificazione delle stesse.

Con il presente contributo si è, quindi, empiricamente dimostrato che anche quando la legge non prevede determinate fattispecie giuridiche e laddove la loro mancata previsione sia considerata una lacuna, mediante l'interpretazione sistematica delle norme presenti nell'ordinamento è spesso possibile colmare la lacuna permettendo, ciò, di generare un blocco operativo delle singole disposizioni. Da qui ne discende che compito del ricercatore è, e non solo, anche quello provare un iter logico che porti alla dimostrazione di assunti giuridici in modo tale da consentire all'interprete di applicarli giudizialmente in seno alle proprie decisioni.

Nella presente ricerca si è dimostrato che con l'armonizzazione delle norme contenute nell'ordinamento giuridico si giunge alla diretta conseguenza di rendere stabili, e pienamente applicabili, le singole disposizioni dando loro una forte stabilità nell'ordinamento con il risultato di renderlo sempre autonomamente in grado di autoregolamentarsi anche se in continua evoluzione a causa di fattori, non solo endemici, come sta accadendo in questo periodo storico che stiamo vivendo.

BIBLIOGRAFÍA

Angeli, F.: "La procedura liquidatoria" in Llama Pombo, E., Mezzasoma, L., Rana, U., Rizzo, F.,:*Il sovraindebitamento del consumatore tra diritto interno e ordinamenti stranieri*, ESI, Napoli, 2018.Montanari, M.: "Profili processuali del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", *Nuove Leggi Civili Commentate*, CEDAM, Milano, 2019.

Beninсasa, D.: "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – le procedure in caso di sovraindebitamento ai sensi dell'art. 2, 1° comma, lett. c)", *Giurisprudenza Italiana*, UTET Giuridica, Milano, 2019.

Campobasso, G.F.: *Diritto commerciale*, UTET, Milano, 2019, p. 383.

Celentano, P.: *Fallimento e concordati*, UTET, Torino, 2008.

Commisso, F.:"Massimario di Merito", *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milano, 2015.

D'Orazio, L.: "Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza", *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milano, 2019.

Di Raimo, R..: "Consumatore e mercato nelle discipline della crisi. Notazioni preliminari", in Llmas Pombo, E., Mezzasoma, L., Rizzo, V.: *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare*, ESI, Napoli, 2019.

Fabiani, M.: "Gli effetti della liquidazione giudiziale sul debitore e sui creditori", *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milano, 2019

Fauceglia, G. e Panzani, L.: "La sorte dei rapporti processuali", *Fallimento e altre procedure concorsuali*, UTET, Torino, 2009.

Femia, P.: "Esdebitazione, responsabilità, estinzione parziale", in Llama Pombo, E., Mezzasoma, L., Rana, U., Rizzo, F.: *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare*, ESI, Napoli, 2019.

Ferro, M..: "commento all'art. 66 L.F.", *La legge fallimentare*, CEDAM, Padova, 2014.

Ferro, M.: "Commento all'art. 43 L.F.", *La legge fallimentare*, CEDAM, Padova, 2014.

Ferro, M.: *Sovraindebitamento e usura*, Wolters Kluwer, Milano, 2012.

Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 1994.

Guerrieri, G.: "Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza", *Nuove Leggi Civili Commentate*, CEDAM, Milano, 2019.

Lucci, P.: "Il socio illimitatamente responsabile e la composizione della crisi personale da sovraindebitamento", *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milano, 2019.

Mezzasoma, L.: "La definizione di consumatore", in Recinto, G., Mezzasoma, L., Cherti, S.: *Diritti e tutele dei consumatori*, ESI, Napoli, 2014.

Mezzasoma, L.: "La valutazione del mercato creditizio del consumatore" in Llmas Pombo, E., Mezzasoma, L., Rizzo, V.: *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria*, ESI, Napoli, 2019.

Montanari, M.: "I rapporti tra fallimento e risoluzione giudiziale pendente nella prospettiva della Suprema Corte", *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milano, 2020.

Montanari, M.: "Profili processuali del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", *Nuove Leggi Civili Commentate*, CEDAM, Milano, 2019.

Pacchi, S.: "I procedimenti concorsuali per la crisi da sovraindebitamento", *Il sovraindebitamento del consumatore negli ordinamenti di matrice latina e nel modello statunitense*, Pacini editore, Pisa, 2019.

Pagliantini, S.: "L'insolvenza del consumatore tra debito e responsabilità: Lineamenti sull'esdebitazione" in Llmas Pombo, E., Mezzasoma, L., Rizzo, V.: *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare*, ESI, Napoli, 2019.

Pagliantini, S.: "L'insolvenza del consumatore tra debito e responsabilità: lineamenti sull'esdebitazione", in Llama Pombo, E., Mezzasoma, L., Rana, U., Rizzo, F.: *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare*, ESI, Napoli, 2019.

Pecoraro, C.: "interruzione e riassunzione del giudizio in cui è parte il fallito", *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milano, 2019.

Perlingeri, P.: *Manuale di diritto civile*, ESI, Napoli, 2018.

Rizzo, F.: "Sovraindebitamento e par condicio", Llama Pombo, E., Mezzasoma, L., Rana, U., Rizzo, F., *Il sovraindebitamento del consumatore tra diritto interno e ordinamenti stranieri*, ESI, Napoli, 2018.

Staunovo Polacco, E.: "Massimario di merito", *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milano, 2018.

Staunovo Polacco, E.: *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milano, 2017.

Talamanca, M.: *Elementi di diritto privato romano*, Giuffrè Editore, Milano, 2001.

Torrente, A. e Schlesinger, P.: *Manuale di diritto privato*, Giuffrè Editore, Milano, 2013.

Vattermoli, D.: "Il concordato minore: aspetti sostanziali", *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milano, 2020.

Vella, P.: "L'impatto della Direttiva UE 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale interno", *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Wolters Kluwer, Milano, 2020.

CONVERSIONE D'UFFICIO DEL CONTRATTO NULLO E CONTROLLO DELLE CONSEGUENZE SECONDO PROPORZIONALITÀ E RAGIONEVOLEZZA

"EX OFFICIO" CONVERSION OF THE VOID CONTRACT AND CONTROL OF THE CONSEQUENCES ACCORDING TO PROPORTIONALITY AND REASONABLENESS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1854-1889

Marco
ANGELONE

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Prendendo spunto dalla posizione di Cesare Massimo Bianca, da sempre favorevole alla conversione d'ufficio del contratto nullo, il saggio analizza la rilevanza ermeneutica dell'art. 1424 c.c. e la funzione rimediale del meccanismo conversivo, cogliendone implicazioni e opportunità in funzione applicativa.

PALABRAS CLAVE: Conversione del contratto; rilevabilità ex officio; nullità del contratto; (interpretazione di) buona fede; (giusto) rimedio.

ABSTRACT: *Starting from the opinion of Cesare Massimo Bianca, who has always been in favor of the "ex officio" conversion of the void contract, the essay analyses the hermeneutic relevance of article 1424 of the Italian Civil Code and is remedial function, underlining concrete implications and opportunities.*

KEY WORDS: *Conversion of (void) contract; "ex officio" judicial power; nullity of the contract; (interpretation of) good faith; (fair) remedy.*

SUMARIO.- I. LE RESISTENZE VERSO LA CONVERSIONE D'UFFICIO DEL CONTRATTO NULLO. LA POSIZIONE CONTRARIA PATROCINATA DA CESARE MASSIMO BIANCA.- II. L'ESPERIENZA TEDESCA E LE RAGIONI CHE CONCORRONO A SUPERARE L'IMPERANTE TESI NEGATIVA.- III. LA RILEVANZA INTERPRETATIVA DEL POTERE GIUDIZIALE EX ART. 1424 C.C. IMPERNIATO SULLA BUONA FEDE.- IV. LA FUNZIONE RIMEDIALE DEL TRATTAMENTO CONVERSIVO QUALE STRUMENTO DI CONTROLLO DELLE RICADUTE ESIZIALI DERIVANTI DALLA NULLITÀ DEL(L'INTERO) CONTRATTO: IL CASO DEL MUTUO FONDIARIO ECCEDENTE IL LIMITE DI FINANZIABILITÀ E DEL PATTO COMMISSORIO.- V. CONSIDERAZIONI DI SINTESI.

I. LE RESISTENZE VERSO LA CONVERSIONE D'UFFICIO DEL CONTRATTO NULLO. LA POSIZIONE CONTRARIA PATROCINATA DA CESARE MASSIMO BIANCA.

Nel tomo dedicato al contratto di una delle sue opere più rinomate Cesare Massimo Bianca, nell'illustrare la disciplina *ex* art. 1424 c.c., giunge a sostenere sin dalla prima edizione[1] che della conversione sostanziale «opera di diritto»[2] e che – aspetto ben più rilevante ai fini del ragionamento che si intende svolgere – «dev'essere rilevata d'ufficio quando una delle parti propone l'azione di nullità»[3]. Tale assunto viene altresì ribadito nell'ultima versione data alle stampe del volume in parola con l'aggiunta di una lusinghiera menzione a un contributo dello scrivente[4] e di una schietta avvertenza con la quale si esorta il lettore-studioso a prendere «atto del prevalente contrario orientamento»[5].

1 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 1ª ed., Giuffrè, Milano, 1984, p. 595.

2 Il che fa sì che la sentenza che la dichiara funga da mero accertamento. Così Rabitti, M.: "*Sub* art. 1424", in Navarretta, E. e Orestano, A. (a cura di): *Dei contratti in generale*, I, *Artt. 1321-1349 c.c.*, in *Comm. c.c.* E. Gabrielli, Utet, Torino, 2011, p. 738; Gandolfi, G.: *La conversione dell'atto invalido*, II, *Il problema in proiezione europea*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 264 e 406, nota 45; Id.: "Ancora sulla conversione del contratto invalido (e a proposito di una recente monografia)", *Riv. dir. civ.*, 1996, II, p. 438; di Majo, A.: "La nullità", in Id., Ferri, G.B. e Franzoni, M. (a cura di): *Il contratto in generale*, VII, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Giappichelli, Torino, 2002, p. 115; *contra*, Franzoni, M.: "La 'magia' della conversione", *Obbl. contr.*, 2011, p. 16; Id.: "La conversione dell'atto nullo", in Cuffaro, V. e Di Rosa, G. (a cura di): *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, p. 955.

3 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 634 ss.

4 Angelone, M.: "La conversione d'ufficio del contratto nullo tra (interpretazione di) buona fede e «giusto rimedio»", *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1008 ss.

5 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2019, p. 591 ss. (da qui si trarranno le successive citazioni).

• Marco Angelone
Professore ordinario di Diritto privato nell'Università degli Studi "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara. E-mail: marco.angelone@unich.it.

In effetti, salvo rare e isolate eccezioni[6], occorre sin da subito registrare a livello pretorio il proposito di calare una pietra tombale[7] sulla contrapposta *opinio* minoritaria[8], la quale ha se non altro il pregio di cogliere le potenzialità un istituto poco «fortunato»[9] che è stato relegato ai margini dell'esperienza applicativa[10] come pure – senza che si possa dire con precisione se ciò ne sia la causa o l'effetto – degli studi giuridici[11].

Potenzialità dell'istituto che trapelano anche da una recente decisione con la quale le Sezioni unite hanno respinto la validità di una pattuizione avente a oggetto la costituzione di un «diritto reale di uso esclusivo» su una porzione comune di un edificio condominiale, dacché in contrasto con principio del «*numerus clausus*» e della tipicità dei diritti reali che informa l'impianto codicistico. Di là dalla

6 Cfr. Cass., 19 novembre 2013, n. 25903, *Contratti*, 2014, p. 439 ss., con note di Pagliantini, S.: "La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione", e di D'Amico, G.: "Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario", che confermava il ragionamento della Corte territoriale la quale, rilevata la nullità di un contratto di mutuo fondiario per assenza dei requisiti tipici stabiliti dal t.u.b., ne aveva (sembra di capire *motu proprio*, senza previe richieste di parte) riconosciuto la conversione in un mutuo ipotecario. Tra i precedenti di merito più noti e limpidi si segnala Trib. Casale Monferrato, 30 ottobre 2002, *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 841 ss., con nota critica di Cinque, M.: "Conversione del contratto nullo: rilevabilità *ex officio* e contratto contrario a norme imperative".

7 Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, *Foro it.*, 2015, I, c. 909 ss., con note di Adorno, M.: "In tema di potere giudiziale di rilevare d'ufficio la nullità degli atti negoziali", di Ciommo, F.: "La rilevabilità d'ufficio *ex* art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio", di Pagliantini, S.: "Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: «*quid iuris*»?", di Menchini, S.: "Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi dell'impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto", di Palmieri, A.: "Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)", e di Proto Pisani, A.: "Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite"; *Danno resp.*, 2015, p. 594 ss., con note di Fornasari, R.: "Il rilievo officioso della nullità: un presidio a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento", e di Laghezza, P.: "Declaratoria ufficiosa della nullità del contratto e Sezioni Unite 2.0: il giudicato implicito"; *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1564 ss., con nota di Giussani, A.: "Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite"; *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 315 ss., con nota di Rizzo, N.: "Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio", conclude escludendo categoricamente, benché sulla scorta di argomenti – come si dirà – non affatto dirimenti, «che l'orientamento minoritario […], favorevole alla rilevabilità d'ufficio della conversione, possa trovare ulteriore continuità».

8 È infatti schiacciante il primato della tesi negativa. In aggiunta alle decisioni già citate e a quelle che lo saranno successivamente, cfr. Cass., 6 luglio 2018, n. 17905, *DeJure online*; Cass., 30 aprile 2012, n. 6633, *Obbl. contr.*, 2012, p. 624 s.; Cass., 1 agosto 2001, n. 10498, *Riv. not.*, 2002, p. 184; Cass., Sez. lav., 12 febbraio 1981, n. 875, *Foro it.*, 1982, I, c. 1392 ss., con nota anepigrafa di Silvestri, G.; Cass., 20 dicembre 1973, n. 3443, *Mass. Giust. civ.*, 1973, p. 1789; Cass., 30 maggio 1969, n. 1915, *Rep. Foro it.*, 1969, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 493; Cass., 9 aprile 1948, n. 543, *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, II, p. 50 ss., annotata da Santoro-Passarelli, F.: "Sull'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro". A livello di merito: App. Napoli, 7 dicembre 2017, n. 5073, *DeJure online*; Trib. Sassari, 31 ottobre 2019, n. 1313, *ivi*; Trib. Parma, 12 ottobre 1990, *Resp. civ. prev.*, 1991, p. 473.

9 Come riscontra De Nova, G.: "Conversione del negozio nullo", *Enc. giur.* Treccani, IX, Istituto Treccani, Roma, 1988, p. 2.

10 Sacco, R.: "Il contratto invalido", in Id. e De Nova, G.: *Il contratto*, II, 3ª ed., in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, Utet, 2004, p. 552; Polidori, S.: *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, Esi, 2001, p. 183.

11 La considerazione non intende minimizzare l'importanza, ma piuttosto sottolineare la rarità dei lavori di carattere monografico dedicati alla conversione. Tra questi preme ricordare, in ordine cronologico ascendente: Satta, G.: *La conversione dei negozi giuridici*, Società Editrice Libraria, Milano, 1903; Mosco, L.: *La conversione del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1947; Gandolfi, G.: *La conversione dell'atto invalido*, I, *Il modello germanico*, Giuffrè, Milano, 1984; Id.: *La conversione dell'atto invalido*, II, *Il problema in proiezione europea*, cit., *passim*; Marucci, B.: *Conversione sostanziale e procedimento di qualificazione del contratto*, Esi, Napoli, 2006; Giaimo, G.: *Conversione del contratto nullo. Art. 1424*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, continuato da Busnelli, Giuffrè, Milano, 2012.

condivisibilità della soluzione[12], colpisce rispetto al discorso in atto come la Corte regolatrice, dopo aver risolto la *quaestio iuris* nel senso anzidetto, abbia avvertito l'esigenza di chiosare che l'approdo lascia «aperta la verifica della sussistenza dei presupposti per la conversione del contratto volto alla creazione del diritto reale di uso esclusivo, in applicazione dell'art. 1424 c.c., in contratto avente ad oggetto la concessione di un uso esclusivo e perpetuo (perpetuo *inter partes*, ovviamente) di natura obbligatoria»[13]: indubbiamente si sarebbe potuto andare ben oltre questo *obiter dictum* – che suona come una sorta di "vorrei ma non posso" – se fosse stata ammessa la potestà giudiziale di innescare *ex officio* il procedimento conversivo.

II. L'ESPERIENZA TEDESCA E LE RAGIONI CHE CONCORRONO A SUPERARE L'IMPERANTE TESI NEGATIVA.

Nel professare la pronunciabilità d'ufficio della conversione, Bianca dimostra di (conoscere e) aderire alla tesi da tempo accolta in Germania e impostasi quale precipitato del convincimento che il fenomeno conversivo si perfezioni al mero verificarsi dei presupposti richiesti dalla norma (*ipso iure*), senza che vi concorra alcuna attività creativa (e perciò costitutiva) del giudice[14].

Come infatti riporta uno dei massimi studiosi del tema[15], già in un arresto del 1962 il *Bundesgerichtshof* (Corte federale tedesca) aveva avuto modo di statuire[16], con il *placet* pressoché unanime della letteratura giuridica dell'epoca, che, se al momento della conclusione il negozio invalido «possiede i requisiti di un altro negozio giuridico» come testualmente esige il § 140 BGB[17], il giudicante deve

12 Per talune notazioni critiche, Caterini, E.: "Uso esclusivo, tipicità dei diritti reali e autonomia negoziale", *Rass. dir. civ.*, 2022, in corso di pubblicazione.

13 Cass., Sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, p. 243 ss., con nota di Carpinelli, M.: "La parabola del diritto «reale» di uso esclusivo su beni condominiali"; *Giur. it.*, 2021, p. 549 ss., con nota di Calvo, R.: "Comunione e uso esclusivo tra autonomia e tipicità"; *Foro it.*, 2021, I, c. 953 ss., con nota di Bona, C.: "Otto variazioni sul tema dell'«uso» delle cose comuni nel condominio"; *Guida dir.*, 2021, 2, p. 90, con osservazioni di Franco, R.: "L'uso esclusivo di un bene condominiale non rientra nel novero dei diritti reali"; *www.giustiziacivile.com*, 2021, con nota di Triola, R.: "Gli effetti della nullità della costituzione di un diritto di uso esclusivo su parti comuni dell'edificio condominiale"; *condominioelocazione.it*, 2020, con osservazioni di Celeste, A.: "È nulla la pattuizione che conferisce il diritto «reale di uso esclusivo» su una porzione comune dell'edificio"; *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 1635 ss., con nota di Murgolo, G.: "La convenzione costitutiva di una situazione reale di «uso esclusivo» sul cortile comune è incompatibile con la tipicità ed il *numerus clausus* dei rapporti reali?". Ai citati commenti si affianchino i contributi di del Prato, E.: "Uso esclusivo permanente in favore di un condomino e tipicità dei diritti reali", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, p. 427 ss.; e di D'Alberti, D.: "Il principio di tipicità dei diritti reali e il vaglio di ammissibilità del diritto di uso esclusivo di parti comuni a favore di un condomino", *Jus civile*, 2021, 2, p. 433 ss.

14 Cfr., *retro*, nota 2.

15 Gandolfi, G.: *La conversione dell'atto invalido*, I, *Il modello germanico*, cit., p. 269, e ivi le indicazioni bibliografiche riportate nella nota 35.

16 Si tratta della decisione BGH, 28 novembre 1962 - V ZR 127/61, reperibile in versione integrale in *www.prinz.law*.

17 Ai sensi della citata disposizione, infatti, «Se un negozio giuridico nullo possiede i requisiti di un altro negozio giuridico, vale quest'ultimo se è da ritenere che, conoscendo la nullità, la sua validità sarebbe stata voluta» (*Codice civile tedesco*, trad. a cura di S. Patti, Giuffrè, Milano, 2005, p. 69).

dichiarare d'ufficio la conversione ancorché manchi un'istanza di parte[18]. Linea interpretativa, questa, che, seppur risalente, trova conforto e continuazione in decisioni più recenti anche di altre corti[19].

Volgendo lo sguardo al panorama nazionale, assonanze con l'impostazione appena riferita si rintracciano nell'unica decisione[20] che, a quanto consta, si è *ex professo* occupata della questione e che – muovendo dal nesso di implicazione necessaria sussistente tra negozio nullo e conversione[21] – ha ritenuto coerente sul piano sistematico che, premessa la rilevabilità d'ufficio della nullità *ex* art. 1421 c.c.[22], sempre d'ufficio si possa rilevare la metamorfosi del contratto viziato[23]. Non osta a questa deduzione constatare che sono diversi (per consistenza e caratura) gli interessi tutelati dai due istituti[24] e quindi non coincidenti le rispettive *rationes*: in realtà, tanto la nullità quanto la conversione rappresentano "facce della stessa medaglia" (ossia fattispecie strutturalmente differenti, ma complementari) che ben possono operare in modo congiunto senza impulso/i di parte, dovendosi al contempo smentire che «[l]a rilevazione della eventuale conversione […]

18 «[S]ondern der Richter die Voraussetzungen jener Vorschrift *von Amts wegen* zu beachten hat» (corsivo aggiunto).

19 In tal senso BGH, 12 ottobre 2012 - V ZR 187/11, reperibile in versione integrale in *www.juris.bundesgerichtshof.de*, nella quale si legge che «[d]ie Umdeutung kann der Senat – entgegen den von dem Kläger in der Revisionsverhandlung erhobenen Einwendungen – selbst vornehmen, da es dafür einer Geltendmachung seitens der Parteien nicht bedarf, sondern der Richter die Voraussetzungen der Vorschrift über die Umdeutung *von Amts wegen* zu beachten hat […] und für eine solche Umdeutung keine weiteren Feststellungen erforderlich sind» (corsivo aggiunto). Il medesimo principio di diritto è osservato anche dalle corti territoriali: ad esempio per il *Oberlandesgericht* di Dusseldorf «[e]ine Umdeutung gemäß § 140 BGB ist *von Amts wegen* vorzunehmen» (OLG Düsseldorf, 23 settembre 2014 - I-4 U 41/13, reperibile in *www.openjur.de*; corsivo aggiunto); secondo il *Oberlandesgericht* di Stoccarda «[d]ie Umdeutung ist gegebenenfalls im Prozess durch das Gericht vorzunehmen, *ohne dass sich eine Partei darauf berufen muss*» (OLG Stuttgart, 2 maggio 2002 - 20 U 13/01, reperibile in *www.lrbw.juris.de*; corsivo aggiunto).

20 Ci si riferisce a Trib. Casale Monferrato, 30 ottobre 2002, cit.

21 Nel senso che l'invalidità *sub specie nullitatis* è «condizione necessaria per l'attuarsi della conversione» (Satta, G.: *La conversione dei negozi giuridici*, cit., p. 10) e, del resto, ciò costituisce un elemento qualificante che consente di distinguerla da «figure che sono affini o possono apparir tali o sembrare addirittura identiche ad essa». Così Cariota Ferrara, L.: *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, s.d. (ma 1944-46), p. 365, al quale si rinvia per approfondimenti; cui, *adde*, Fedele, A.: "Della nullità del contratto", in *Comm. c.c.* D'Amelio e Finzi, *Libro delle obbligazioni*, I, Barbera, Firenze, 1948, p. 697.

22 Val l'opera rammentare che il potere-dovere del giudice di scrutinare d'ufficio la nullità (anche «speciale» o «di protezione») sorge sia nell'àmbito dei giudizi instaurati per l'adempimento sia dinanzi a ogni ipotesi di impugnativa negoziale volta alla risoluzione, all'annullamento o alla rescissione del contratto. Così Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit.; conformemente, Cass., 30 agosto 2018, n. 21418, *Foro pad.*, 2019, I, c. 250 ss., con nota di Ferrara, M.: "Costruzione di un'opera in assenza di concessione edilizia: nullità per illiceità dell'oggetto del contratto di appalto e irrilevanza dell'ignoranza delle parti".

23 Tanto Gandolfi, G.: "Ancora sulla conversione del contratto invalido (e a proposito di una recente monografia)", cit., p. 438 (cui si riferisce la citazione che segue), quanto Díez Soto, C.M.: *La conversión del contrato nulo (Su configuración en el Derecho comparado y su amisibilidad en el Derecho español)*, Editorial Académica Española, Saarbrücken, 2011, p. 136, concordano nel reputare l'«operatività *ipso iure* della conversione […] sistematicamente coerente con i principi vigenti in tema di nullità».

24 Come invece ritengono Gentili, A.: "Le invalidità", in Gabrielli, E. (a cura di): *I contratti in generale*, II, in *Tratt. contratti* Rescigno e Gabrielli, 2ª ed., Utet, Torino, 2006, p. 1569; Monticelli, S.: *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Cedam, Padova, 1995, p. 76; Di Marzio, F.: *La nullità del contratto*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2008, p. 1065, secondo cui l'art. 1424 c.c., quale norma «al servizio prioritario di un interesse particolare» delle parti, non è in grado di giustificare l'attivismo del giudice che invece si concilierebbe soltanto con la tutela di interessi metaindividuali; nonché Cinque, M.: "Conversione del contratto nullo: rilevabilità *ex officio* e contratto contrario a norme imperative", cit., p. 847.

esorbiterebbe dai limiti del potere officioso di rilevare la nullità (*i.e.* di rilevare la inattitudine genetica dell'atto alla produzione di effetti), ma si estenderebbe, *praeter legem*, alla rilevazione di una diversa efficacia, sia pur ridotta, di quella convenzione negoziale»[25].

Questo risultato non si traduce neppure in una lesione del contraddittorio dal momento che le vigenti regole processuali impediscono qualsiasi automatismo, facendo sì che le parti siano sempre coinvolte nell'operazione giudiziale tesa al *repêchag*e degli effetti negoziali travolti dalla nullità e pertanto messe in condizione di (contro)dedurre (e provare) la contrarietà della trasformazione ai loro interessi e/o programmi[26].

È infatti suggellato nell'art. 101, comma 2, c.p.c. il principio secondo cui l'esame e*x officio* di una questione (di fatto o mista di fatto e di diritto[27]) sulla quale il giudice intende fondare la decisione impone a quest'ultimo – a pena di nullità della sentenza[28] – di stimolare il contraddittorio, consentendo ai litiganti di articolare in modo consapevole le proprie difese e di esercitare le facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi nonché formulare richieste istruttorie[29]. Del resto, anche in Germania è assodato che la conversione d'ufficio non dà la stura a un verdetto «a sorpresa», inammissibile ai sensi del § 139, comma 2, del codice di procedura civile tedesco, allorché questo sia assunto nella piena garanzia di un confronto dialettico[30].

Il che disalimenta la preoccupazione – spesso propalata e*x adverso* – che l'intraprendenza in chiave conversiva del giudice possa ledere il principio dispositivo

25 Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit.

26 Il che permette di salvaguardare anche il principio dispositivo tanto nella sua dimensione «sostanziale» (che, stante il combinato disposto degli artt. 99 e 112 c.p.c., comporta che «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente», il quale non può pronunciarsi oltre i limiti di questa e d'ufficio su eccezioni sollevabili soltanto dalle parti); quanto nella sua dimensione «processuale» (che, ai sensi dell'art. 115, comma 1, c.p.c., riversa sulle parti l'onere di indicare i mezzi di prova a sostegno dei fatti allegati). Cfr., per tutti, Carratta, A.: "*Sub* art. 112", in Id. e Taruffo, M. (a cura di): *Poteri del giudice*, in *Comm. c.p.c.* Chiarloni, Zanichelli, Bologna, 2011, spec. p. 43 ss.; nonché Cfr., per tutti, Taruffo, M.: "*Sub* art. 115", *ivi*, spec. p. 449 ss.

27 Ma non di puro diritto: Consolo, C.: "Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della terza via: conseguenze", *Corr. giur.*, 2006, p. 509.

28 Definita, in gergo, «a sorpresa» o «della terza via»: Gamba, C.: "Contraddittorio (principio del) (diritto processuale civile)", *Enc. dir.*, *Annali*, IX, Giuffrè, Milano, 2016, p. 146 ss.; Consolo, C. e Godio, F.: "*Sub art. 101*", in Comoglio, L.P., Consolo, C., Sassani, B. e Vaccarella, R. (diretto da): *Commentario del Codice di Procedura Civile*, II, *Artt. 99-162 c.p.c.*, Utet, Torino, 2012, p. 31 ss.; Patti, S.: *Le prove. Parte generale*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Guffrè, Milano, 2010, p. 52 s.; Cartuso, S.: "Art. 101 - Principio del contraddittorio", *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, p. 777 ss.; Gradi, M.: "Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della «terza via»", *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 826 ss.

29 Cfr., *ex multis*, Cass., 30 aprile 2021, n. 11440, *Dejure online*; Cass., 12 giugno 2020, n. 11308, *ivi*; Cass., 9 gennaio 2019, n. 315, *Guida dir.*, 2019, 15, p. 53; Cass., 5 dicembre 2017, n. 29098, *Dejure online*.

30 Cfr. BGH, 12 ottobre 2012 - V ZR 187/11, reperibile in versione integrale in *www.juris.bundesgerichtshof.de*: «[d]as stellt keine nach § 139 Abs. 2 ZPO unzulässige Überraschungsentscheidung dar, weil die Möglichkeit einer Umdeutung der Vorschrift im Hinblick auf ein von dem Beklagten eingewandtes Recht zum Besitz in beiden Tatsacheninstanzen erörtert worden ist».

e addirittura sfociare in una iniziativa penalizzante che rischia di sostituire il suo volere a quello dei paciscenti: in realtà, la decisione di convertire il contratto, se maturata nel contraddittorio e adeguatamente motivata[31], non conculca né «mortifica» l'autonomia negoziale, bensì la promuove[32], assicurando che gli obiettivi affidati al regolamento contrattuale rivelatosi invalido trovino utile sbocco in uno schema alternativo[33], per definizione, lecito e meritevole[34].

Soprattutto non va trascurato un principio di fondo che certi argomenti di stampo processualistico, attestandosi su posizioni di miope retroguardia, rischiano di sovvertire: le tecniche processuali sono al servizio del diritto sostanziale, dovendo essere il processo (e l'interpretazione delle sue norme[35]) strumentale e servente rispetto all'effettiva protezione delle situazioni giuridiche soggettive[36].

Ancora meno persuasive appaiono le obiezioni imperniate sul tenore letterale dell'art. 1424 c.c.[37], a mente del quale il contratto nullo «*può*» (e non «*deve*») produrre gli effetti di un contratto diverso. Senza indugiare sulla fallacia e debolezza di costrutti interpretativi ripiegati sul solo enunciato normativo[38], è sufficiente

31 Si tratta di un passaggio da non sottovalutare perché sovente si dimentica (non lo fa, rimarcandone invece la centralità nell'ambito dell'ermeneutica giuridica, Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015, pp. 41 e 79, nota 197) che la motivazione è il primo baluardo contro l'arbitrio del giudice che è tenuto sempre a indicare quali sono le norme utilizzate e a spiegare in modo convincente e completo come in base a quelle disposizioni sia giunto a certe conclusioni. Cfr., altresì, Perlingieri, P.: "«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 226 s.; Gentili, A.: *Il diritto come discorso*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2013, p. 19.

32 «[L]a conversione come un istituto che opera nel rispetto dei principi che regolano e tutelano l'esplicazione della privata autonomia» (D'Antonio, A.: *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Cedam, Padova, 1974, p. 284); in senso equivalente Barcellona, P.: *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 157; e Giannitti, P.: "Conversioni contrattuali proprie e improprie", *Contr. impr.*, 1990, p. 1120.

33 Ciò anche in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 cost.) che impone di preservare *quam maxime* gli spazi regolativi occupati da fonti di autonomia privata. Sul punto, Angelone, M.: "La conversione d'ufficio del contratto nullo tra (interpretazione di) buona fede e «giusto rimedio»", cit., spec. p. 1033.

34 Non sfugge allora che la conversione (e il controllo che essa implica) favorisce – volendo mutuare le parole e il pensiero di Pennasilico, M.: "Controllo e conservazione degli effetti", *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 120 s.- il «*potenziamento*» dell'autonomia negoziale «*in funzione di garanzia* della sua esistenza e del suo corretto esercizio» (corsivi testuali); si rivela dunque un'«alleata dell'autonomia» (qui l'espressione si deve a Sacco, R.: "L'integrazione", in Id. e De Nova, G.: *Il contratto*, II, cit., p. 428).

35 Di qui l'importanza di «eliminare interpretazioni che appaiono in contrasto con la logica del sistema elaborato con gli strumenti della dogmatica giuridica» (Betti, E.: *Teoria generale della interpretazione*, I, ed. corr. e ampl. a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano, 1990, p. 311).

36 Cfr., sul punto, Carratta, A.: "Il giudice e l'interpretazione della norma processuale", *Riv. trim.*, 2020, p. 101 ss., il quale evoca *ad adiuvandum*: Mandrioli, C. e Carratta, A.: *Diritto processuale civile*, I, Giappichelli, Torino, 2017, p. 4 ss.; Luiso, F.P.: *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 3 ss.; Proto Pisani, A.: *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2014, p. 4.

37 Dato testuale ritenuto, invece, «decisivo» da Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., nonché da una nutrita serie di pronunciamenti: Cass., Sez. lav., 5 dicembre 2019, n. 31836, *DeJure online*; Cass., 31 luglio 2017, n. 19016, *Corr. giur.*, 2018, p. 165 ss., con nota di Piazza, M.: "Ancora sul superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario"; Cass., 31 luglio 2017, n. 19015, *DeJure online*; Cass., 1 agosto 2001, n. 10498, cit.

38 Basti il rinvio alle riflessioni compendiate (e alle fonti richiamate) in Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4ª ed., Esi, Napoli, 2020, spec. p. 314 ss.

richiamare in letteratura le censure di chi – all'esito di una accurata indagine condotta sul lessico giuridico e su altre previsioni linguisticamente simili collocate nel capo dedicato alla nullità e in quello concernente gli effetti del contratto – è giunto alla conclusione che l'espressione modale impiegata dal legislatore del 1942 «equivale in realtà sul piano semantico ad una locuzione imperativa» ed «è meramente prolettica», alludendo «insomma a quella possibilità strutturale che si attua, *ipso iure*, al verificarsi delle condizioni richieste dalla legge»[39]. D'altronde, è stato giustamente osservato[40] come la contraria opzione ricostruttiva, a detta dei suoi fautori più aderente al dato testuale, comporti una analoga forzatura della *littera legis*, posto che identifica nell'istanza di parte l'elemento (indefettibile) per il compimento della conversione, benché di questa non si faccia parimenti cenno alcuno nel dettato legislativo.

III. LA RILEVANZA INTERPRETATIVA DEL POTERE GIUDIZIALE *EX* ART. 1424 C.C. IMPERNIATO SULLA BUONA FEDE.

Nonostante sia ancora piuttosto ingombrante il peso della divergente linea di pensiero[41], l'insegnamento impartito dal Maestro che qui si vuole commemorare ha fatto breccia e ricevuto via via adesioni nella dottrina più avvertita[42] che, nel

39 Gandolfi, G.: *La conversione dell'atto invalido*, II, *Il problema in proiezione europea*, cit., p. 259 ss., ma spec. pp. 260 e 264, da cui si traggono le citazioni. Del medesimo avviso Franzoni, M.: "Art. 1424", in Galgano, F., Peccenini, F., Franzoni, M., Memmo D. e Cavallo Borgia, R. (a cura di): *Della simulazione. Della nullità del contratto. Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1998, p. 249.

40 Giaimo, G.: *Conversione del contratto nullo. Art. 1424*, cit., p. 110 s.

41 Caprioli, R.: "Progetto per la voce «Convalida e conversione (diritto civile)» di una enciclopedia", *Jus civile*, 2013, p. 470; Franzoni, M.: "La 'magia' della conversione", cit., p. 16; Calvo, R. e Ciatti, A.: *Istituzioni di diritto civile*, I, *Diritto patrimoniale comune*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 457; Galgano, F.: *Trattato di diritto civile*, II, 2ª ed., Cedam, Padova, 2010, p. 379; Di Marzio, F.: *La nullità del contratto*, cit., p. 1065; Gentili, A.: "Le invalidità", cit., p. 1570; Mantovani, M.: "Le nullità e il contratto nullo", in Gentili, A. (a cura di): *Rimedi*, IV, 1, in *Tratt. contr.* Roppo, Giuffrè, Milano, 2006, p. 152; di Majo, A.: "La nullità", cit., p. 116; Roppo, V.: *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2001, p. 860; Monticelli, S.: *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, cit., p. 75 s.; Franceschelli, V.: "Conversione del negozio nullo", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Utet, Torino, 1989, p. 377, secondo il quale «la conversione può essere chiesta anche contro la volontà dell'altra parte, anche se occorre che una parte vi sia che la chieda», di talché «non si p[uò] dire […] che il giudice sia tenuto ad esaminare d'ufficio la questione»; Carresi, F.: *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 1987, p. 597.

42 Pur con traiettorie diverse, si esprimono favorevolmente, Giaimo, G.: *Conversione del contratto nullo. Art. 1424*, cit., spec. p. 115 ss.; Alpa, G.: "Il controllo giudiziale del contratto e l'interpretazione", in Aa.Vv. (a cura di): *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 29; Marucci, B.: *Conversione sostanziale e procedimento di qualificazione del contratto*, cit., p. 152 s.; Gandolfi, G.: "Ancora sulla conversione del contratto invalido (e a proposito di una recente monografia)", cit., p. 438; Filanti, G. "Nullità (diritto civile)", *Enc. giur.* Treccani, XXIII, Istituto Treccani, Roma, 1990, p. 7; meno convinto De Nova, G.: "Conversione del negozio nullo", cit., p. 3, il quale, sebbene neghi la possibilità di pervenire d'ufficio alla conversione, non manca di segnalare come questa «soluzione sia tutt'altro che ovvia». Sia altresì consentito il rinvio a Angelone, M.: "La conversione d'ufficio del contratto nullo tra (interpretazione di) buona fede e «giusto rimedio»", cit., spec. p. 1011 ss. Conformemente anche La Fata, F.: "L'art. 1424 c.c. quale canone interpretativo del negozio invalido? Note a margine del nuovo ruolo integrativo-funzionalizzatore del giudice sugli atti di autonomia privata", in Federico, A. e Perlingieri, G. (a cura di): *Il contratto*, Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, Esi, Napoli, p. 115 ss., ma spec. 121 ss.

configurare la conversione quale effetto *ope legis*[43], ha ammesso che questo possa dipendere da un'autonoma determinazione magistratuale svincolata da eventuali richieste di parte.

La svolta verso l'ammissibilità di una pronuncia d'ufficio trova conforto (divenendone un corollario) nell'impostazione[44] che avvalora lo spessore ermeneutico della conversione[45] e il ruolo preminente esercitato dal giudice nel procedimento[46] diretto all'individuazione di un diverso contratto, funzionalmente compatibile con quello inficiato dalla nullità[47] e in grado di garantire il raggiungimento di uno scopo economico-pratico[48] (corrispondente o minore[49]).

43 Mosco, L.: *La conversione del negozio giuridico*, cit., pp. 101 s. e 105 s.

44 Marucci, B.: *Conversione sostanziale e procedimento di qualificazione del contratto*, cit., spec. pp. 124 s. e 142 s.; Gandolfi, G.: "Ancora sulla conversione del contratto invalido (e a proposito di una recente monografia)", cit., p. 438; Id.: *La conversione dell'atto invalido*, I, *Il modello germanico*, cit., pp. 25 ss. e 300; Filanti, G. "Nullità (diritto civile)", cit., p. 7.

45 Anche qui affiora il tributo del legislatore nazionale all'esperienza tedesca e, segnatamente, alla «*Umdeutung*» («Conversione interpretativa») normata nel § 140 BGB (cfr., *retro*, nota 19). A tal proposito, nella dottrina italiana è d'obbligo il riferimento a Gandolfi, G.: *La conversione dell'atto invalido*, I, *Il modello germanico*, cit., spec. p. 40, nota 1, e p. 98; come pure, dapprima, a Satta, G.: *La conversione dei negozi giuridici*, cit., p. 67 ss. Quanto alla dottrina straniera, cfr., senza pretesa di completezza, si veda Wieacker, F.: "Zur Theorie der Konversion nichtiger Rechtsgeschäfte", *Festschrift für Herm Lang*e, 1992, p. 1017 ss.; Bürck, H.: "Umdeutung eines Vertrags bei Ausfall einer Vertragsbedingung", *Jus*, 1971, p. 571 ss.; Id.: "Zur Umdeutung von Rechtsgeschäften nach § 140 BGb", *Schleswig-Holsteinische Anzeigen*, 1973, p. 37 ss.; Manfred, K.: *Grenzen der Umdeutung rechtsgeschaeftlicher Erklaerungen* (§ 140 BGB), ed. sconosciuto, Münster, 1985, *passim*.

46 Giaimo, G.: *Conversione del contratto nullo. Art. 1424*, cit., p. 106.

47 Gianniti, P.: "Conversioni contrattuali proprie e improprie", cit., p. 1115. Anche per Marucci, B.: *Conversione sostanziale e procedimento di qualificazione del contratto*, cit., p. 124 s., «la conversione sostanziale si risolve in un giudizio di compatibilità tra gli interessi perseguiti dalle parti e quelli realizzabili per effetto della conversione medesima». D'altronde – come ricorda in linea generale Bigliazzi Geri, L.: *L'interpretazione del contratto. Art. 1362-1371*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, continuato da Busnelli, rist. integrata e aggiornata a cura di V. Calderai, Giuffrè, Milano, 2013, p. 534 –, «[s]e è vero che il negozio giuridico è il mezzo che la legge concede al privato perché possa predisporre il regolamento dei propri interessi», è altrettanto vero «che vi è una *fungibilità* dei negozi tra loro, ai fini della realizzazione dell'interesse pratico perseguito» (corsivo non testuale).

48 Secondo parte della dottrina [concordano sul punto lo stesso Bianca, C.M.: *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 590, nonché Franzoni, M.: "La 'magia' della conversione", cit., p. 11, e Id.: "La conversione dell'atto nullo", cit., p. 943; *contra*, invece, Rabitti, M.: "*Sub* art. 1424", cit., p. 723 s.] ci si dovrebbe rifare alla causa concreta intesa quale «funzione economico-individuale» del contratto stipulato ovverossia quale «sintesi degli interessi reali che […] è diretto a realizzare al di là del modello – anche tipico – adoperato».

49 Il c.d. «rapporto di continenza» s'intende rispettato se il contratto nullo ricomprende al suo interno quello c.d. «sostitutivo» (detto anche: «succedaneo», «vicario» o «sussidiario»), sì da evitare che attraverso la conversione le parti restino soggiogate da effetti non voluti o comunque eccedenti rispetto a quelli programmati. Cfr. Giaimo, G.: *Conversione del contratto nullo. Art. 1424*, cit., p. 128 s.; Mirabelli, G.: *Dei contratti in generale*, in *Comm. c.c.* Utet, IV, 2, Utet, Torino, 1958, p. 395; giurisprudenza costante: Cass., 5 marzo 2008, n. 6004, *Foro pad.*, 2010, I, c. 25 ss., con nota di Mancuso, L.: "Conversione del negozio nullo ed elemento soggettivo"; Cass., 7 marzo 1967, n. 536, *Riv. dir. agr.*, 1967, II, p. 507. In sostanza, la continenza vincola e indirizza l'attività ermeneutica del giudice [La Fata, F.: "L'art. 1424 c.c. quale canone interpretativo del negozio invalido? Note a margine del nuovo ruolo integrativo-funzionalizzatore del giudice sugli atti di autonomia privata", cit., p. 124]; essa traccia sul piano effettuale, a garanzia dell'autonomia negoziale, i confini che il contratto generato dalla conversione non deve valicare, fungendo da argine a decisioni giudiziali non rispettose dei propositi dei contraenti.

Va infatti tenuto presente che la conversione «sostanziale» non rinviene un univoco ancoraggio nel «principio di conservazione»[50], il quale semmai si combina sinergicamente[51] con l'esigenza di tutelare la buona fede oggettiva[52] ovvero, atteso il rapporto di genere a specie che li lega[53], l'affidamento riposto dai contraenti nella bontà e nell'efficienza della pattuizione[54]. Da questa angolatura, non è pertanto azzardato ipotizzare che l'art. 1424 c.c.- al pari di altre norme "limitrofe", come ad esempio l'art. 1419 c.c.- codifichi un canone interpretativo del negozio (invalido) che, concretando la buona fede e l'affidamento, costituisce una emanazione appendicolare, nell'alveo della disciplina della nullità, del criterio generale impresso nell'art. 1366 c.c.[55].

Di talché, così come il giudice è chiamato – a prescindere da qualsivoglia sollecitazione, rientrando tale prerogativa nei suoi poteri in forza dei principi «di soggezione alla legge» (art. 101, comma 2, cost.), «di legalità della decisione

50 Come opinato soprattutto in passato: Messineo, F.: *Il contratto in genere*, II, in *Tratt. dir. civ. comm*. Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 1972, p. 385; Santoro-Passarelli, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Jovene, Napoli, 1966 (rist. 2002), p. 252; Mirabelli, G.: *op. cit*., p. 394; Cariota Ferrara, L.: *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 376; Franceschelli, V.: "Conversione del negozio nullo", cit., p. 378. In tempi più prossimi, proseguono nel solco della tradizione Guastini, R.: *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. dir. civ. comm*. Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 2011, p. 175; Galgano, F.: *Trattato di diritto civile*, cit., p. 378; e di Majo, A.: "La nullità", cit., pp. 110 ss., 113 e 116. Addirittura, Stella Richter, G.: "Il principio di conservazione del negozio giuridico", *Riv. trim*., 1967, p. 412, aveva escluso la riferibilità (se non in senso lato e limitandola al mero profilo dell'efficacia dell'atto) dell'art. 1424 c.c. al principio di conservazione, osservando (p. 415) che il requisito primario affinché possa invocarsi il canone ermeneutico divisato dall'art. 1367 c.c. è l'esistenza di un atto valido, non sussistendo margine per "conservare" alcunché in presenza di un negozio nullo (fattore quest'ultimo che, viceversa, è alla base della conversione).

51 In questi termini, Di Marzio, F.: *La nullità del contratto*, cit., p. 915; come pure Marucci, B.: *Conversione sostanziale e procedimento di qualificazione del contratto*, cit., p. 35 s.; Costanza, M.: *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 53; Gianniti, P.: "Conversioni contrattuali proprie e improprie", cit., p. 1112 s.; Bigliazzi Geri, L.: *L'interpretazione del contratto. Art. 1362-1371*, cit., p. 530; Betti, E.: "Conversione del negozio giuridico (diritto vigente)", *Noviss. dig. it*., IV, Utet, Torino, 1959, p. 811; nonché Cass., 11 ottobre 1980, n. 5451, *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1893 ss., con nota di Nuzzo, M.: "Note sulla conversione dei negozi giuridici": «[l]a conversione, infatti, rappresenta […] non solo la più importante applicazione del principio della conservazione del contratto, ma anche l'applicazione del principio della buona fede, nel senso che ciascuna parte rimanga vincolata a quegli effetti che si proponeva trarre dal contratto nullo e che avrebbe ugualmente cercato di realizzare con un altro contratto se quello concluso non fosse stato nullo».

52 De Nova, G.: "Conversione del negozio nullo", cit., p. 2; Costanza, M.: *op. cit*., p. 53; Roppo, V.: *Il contratto*, cit., pp. 859 e 860; Polidori, S.: *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., pp. 185 e 189; Caprioli, R.: "Progetto per la voce «Convalida e conversione (diritto civile)» di una enciclopedia", cit., p. 469; Mosco, L.: *La conversione del negozio giuridico*, cit., p. 106 s.

53 In tal senso Bianca, C.M.: *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 423; Viglione, F.: *Metodi e modelli di interpretazione del contratto. Prospettive di un dialogo tra* common law e civil law, Giappichelli, Torino, 2011, p. 113 s.; Rizzo, F.: "Sub art. 1366", in Perlingieri, G. (a cura di): *Codice civile annotato con la dottrina* e *la giurisprudenza*, IV, 1, 3ª ed., Esi, Napoli, 2010, p. 704 s.; Pietrobon, V.: "Affidamento", *Enc. giur.* Treccani, I, Istituto Treccani, Roma, 1988, p. 3. In giurisprudenza, Cass., 4 giugno 2021, n. 15707, *DeJure online*, ribadisce il consolidato principio in base al quale «[l]'obbligo di buona fede oggettiva […] si specifica in particolare nel significato di lealtà e si concreta nel non suscitare falsi affidamenti e nel non contestare ragionevoli affidamenti ingenerati nella controparte».

54 Betti, E.: "Conversione del negozio giuridico (diritto vigente)", cit., p. 812; Monticelli, S.: *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, cit., p. 72 ss.; Ferroni, L.: "Principio di conservazione e salvezza del negozio nullo", in Id. (a cura di): *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 742 s.

55 Angelone, M.: "La conversione d'ufficio del contratto nullo tra (interpretazione di) buona fede e «giusto rimedio»", cit., p. 1025 s.

giudiziaria» e di «*iura novit curia*» (art. 113, comma 1, c.p.c.)[56] – a interpretare/integrare il contratto (anche) *ex fide bona*[57], persino enucleando effetti nuovi e/o ulteriori[58], allo stesso modo, vista la comune matrice, dovrà adoperarsi officiosamente per la conversione del negozio nullo, ove l'iniziativa correttiva-equitativa a questa sottesa[59] contribuisca secondo coerenza, fedeltà e spirito di lealtà «al perfezionamento di quel progetto economico al quale era destinato il contratto invalido»[60].

La riconduzione alla sfera interpretativa dei poteri giudiziali delineati nell'art. 1424 c.c. fa sì che, proprio come non si possa inibire[61] ovvero limitare *a priori*[62] l'attività ermeneutica del giudicante, non sia neppure consentito porre vincoli, neppure di tipo convenzionale[63], volti a rifiutare o impedire la «trasformazione» (sia essa d'ufficio o meno) del contratto invalidato[64]. Lo conferma la ridotta portata

56 L'affermazione trova addentellato nella tesi (autorevolmente propugnata da Schlesinger, P.: "Principio dispositivo e interpretazione del contratto", *Temi*, 1963, pp. 1135 ss., ma spec. 1140 s.) della limitata incidenza del principio dispositivo (cioè della perfetta simmetria tra chiesto e pronunciato) nel campo dell'interpretazione del contratto.

57 «È inconcepibile una ermeneutica contrattuale che prescinda dalla buona fede» (Grondona, M.: *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 246, e ivi ulteriore bibliografia). Intorno al valore cogente della buona fede ed alla doverosità del controllo del contratto alla stregua della correttezza, cfr. altresì Piraino, F.: *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2015, spec. p. 283 ss.; e, in giurisprudenza: Cass., 18 luglio 2013, n. 17565, *Contratti*, 2014, p. 7 ss., con nota di Manfredonia, B.: "Assicurazione del credito e buona fede: a proposito di interpretazione sistematica e assiologica del contratto". Per l'effetto, i patti che stabiliscono generiche limitazioni all'interpretazione, all'integrazione e all'esecuzione del contratto secondo buona fede vanno reputati «fuori dal mondo», non potendo un «principio regolatore della relazione contrattuale, [avente] natura inderogabile […] essere messo fuori gioco dalla volontà delle parti» (Roppo, V.: "Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?", *Pol. dir.*, 2007, p. 451 s.). Significativo in questa direzione l'art. 1:201 dei Principi di diritto europeo dei contratti elaborati dalla «Commissione Lando», a tenore del quale «Le parti devono agire nel rispetto della buona fede e della correttezza» e «non possono escludere o limitare questo obbligo».

58 Sulla funzione integrativa ascritta all'art. 1366 c.c. (sia *ex se* sia in combinato disposto con l'art. 1375 c.c.), cfr., per tutti, Bianca, C.M.: *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., pp. 500 ss. e 506 ss.

59 In base alla quale il giudicante «mim[a] quel che avrebbero fatto le parti se avessero agito correttamente» [Macario, F.: "Adeguamento e rinegoziazione", in Gabrielli, E. (a cura di): *I contratti in generale*, II, cit., p. 1932]; agire correttamente che nel caso di specie si intende senza incorrere nella nullità.

60 Giaimo, G.: *Conversione del contratto nullo. Art. 1424*, cit., p. 121.

61 L'interpretazione si impone quale fase ineludibile, anche se il testo non risulta né ambiguo né oscuro, in quanto essenziale a fini applicativi [Perlingieri, P.: "Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice", Femia, P. (a cura di): *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, p. 41 ss.]. Sulla natura imperativa delle norme di interpretazione del contratto di cui agli artt. 1362 ss. c.c., Onorato, M.: *L'accordo di interpretazione*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 143 e 145 ss. Per di più, molti di coloro che viceversa giudicano derogabili tali regole ermeneutiche, comunque, eccettuano l'art. 1366 c.c.- di cui, come anticipato, l'art. 1424 c.c. è *species* – poiché emanazione di un principio di ordine pubblico (Bianca, C.M.: *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 416).

62 Bigliazzi Geri, L.: *L'interpretazione del contratto. Art. 1362-1371*, cit., p. 37; Mandrioli, C.: *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 20ª ed., Giappichelli, Torino, 2009, p. 104 s.; Montesano, L. e Arieta, G.: *Diritto processuale civile*, I, *Le disposizioni generali*, 3ª ed., Giappichelli, Torino, 1999, p. 189 s.

63 Tuttavia, *contra*, Pagliantini, S.: "La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: «Eppur si muove»?, *Contratti*, 2012, p. 887; Mantovani, M.: "Le nullità e il contratto nullo", cit., p. 151; Calvo, R. e Ciatti, A.: *Istituzioni di diritto civile*, I, cit., p. 457; nonché Mosco, L.: *La conversione del negozio giuridico*, cit., p. 114.

64 Scrive Tommasini, R.: "Nullità (dir. priv.)", *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 895: «la conversione opera anche se per ipotesi l'interesse di uno dei soggetti si sia venuto modificando dopo la stipulazione dell'atto nullo o se una delle parti non voglia la conversione». Al fondo ciò suffraga il carattere non vincolante delle clausole che fanno divieto di interpretare il contratto ovvero che ostacolano l'adozione

impegnativa che a livello interno si riconosce alle c.dd. «clausole di completezza» (o «*merger clauses*») che, rifacendosi all'ideale anglosassone di accordo completo, autosufficiente e autoreferenziale[65], aspirano a "schermare" il sinallagma da ingerenze giudiziali[66], senza tuttavia rivelarsi capaci di arginare *in toto* o elidere qualsivoglia intervento eteronomo e/o correttivo da parte del giudice[67]. Parimenti – vista l'«affinità» e la «contiguità» tra le due previsioni[68] –, non si scorgono ragioni in forza delle quali si dovrebbe pervenire, in relazione all'art. 1424 c.c., a conclusioni difformi da quelle maturate in relazione all'art. 1419, comma 1, c.c. rispetto al quale è opinione comune che la presenza di eventuali «clausole di non estensione» o «di scindibilità» non dispensa l'interprete (*id est*, l'autorità giudiziaria) dallo svolgimento – se del caso *ex officio*[69] – del giudizio di essenzialità richiesto dall'articolo citato per evitare la nullità totale, essendo pur sempre doveroso appurare se la porzione dell'atto di autonomia caducata rivesta o no importanza determinante tenuto conto dell'interesse delle parti[70].

Ne discende che ci si può sottrarre alla conversione (e ai suoi sviluppi) soltanto provando l'inesistenza dei relativi presupposti, «dimostrando, ad esempio, come lo schema negoziale originariamente prescelto fosse essenziale per il conseguimento dell'assetto di interessi desiderato»[71]; all'opposto, «[u]na volta […] verificata la sussistenza dei requisiti di forma e di sostanza come richiesto dall'art. 1424 cod.

di taluni canoni (ancorché a beneficio di altri). Difatti, «[p]atti di questo tipo, e così ogni altro accordo che sia volto a precludere l'applicazione dei criteri legali, devono, per logico corollario, reputarsi invalidi e improduttivi di effetti; acquisita la natura imperativa delle norme sull'interpretazione, ogni accordo che concepisca effetti incompatibili rispetto a tali norme riesce nullo ai sensi dell'art. 1418, primo comma»: Onorato, M.: *L'accordo di interpretazione*, cit., p. 147.

65 Castronovo, F.: *Autonomia contrattuale e disponibilità dell'integrazione. La* merger clause *dal diritto americano a quello italiano*, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*, ma spec. p. 11 ss.; Foglia, M.: *Il contratto autoregolato: le* merger clauses, Giappichelli, Torino, 2015, *passim*, ma spec. p. 87 ss.

66 Confortini, M.: "Clausola di completezza", in Id. (a cura di): *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, I, Utet, Torino, 2017, p. 973 ss.; Pardolesi, R.: "Dalla Pangea al terzo contratto?", in Aa.Vv. (a cura di): *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 2143 ss., ma spec. p. 2164.

67 Che, per vero, neppure la dottrina d'oltreoceano arriva a negare senza eccezioni. Cfr., infatti, ad esempio, Posner, E.A.: "The Parol Evidence Rule, the Plain Meaning Rule, and the Principles of Contractual Interpretation", *Univ. Pen. L. Rev.*, 1998, 146, p. 533 ss., ma spec. p. 556. Per una definizione del perimetro applicativo entro il quale contenere le *merger clauses* per evitare conflitti con l'ordine normativo costituzionale, si veda – da ultimo – Clarizia, O.: "*Lex mercatoria*, *merger clause* e autonomia contrattuale conformata", *Rass. dir. civ.*, 2022, in corso di pubblicazione. Cfr., inoltre, Amadio, G.: "Il terzo contratto. Il problema", in Gitti, G. e Villa, G. (a cura di): *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 9 ss., ma spec. p. 29.

68 Ciò, tuttavia, non ne smentisce la diversità di funzionamento, accuratamente delineata da Criscuoli, G.: *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 280 ss.; come pure da Cariota Ferrara, L.: *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 365. In epoca più prossima, cfr. Franzoni, M.: "La 'magia' della conversione", cit., p. 15; Polidori, S.: "*Sub* artt. 1419 e 1420", in Perlingieri, G. (a cura di): *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, cit., p. 1036.

69 La valutazione del carattere essenziale della parte viziata nell'economia del rapporto «è condotta in via officiosa: infatti, una volta domandata dalle parti (o da una di esse) la nullità totale del contratto, il giudice, anche di sua iniziativa, può limitare l'intervento a una singola clausola, senza caducare per intero il rapporto controverso»: Polidori, S.: *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Esi, Napoli, 2016, p. 72.

70 Si veda, per tutti, Tuccillo, R.: "Clausole volte a escludere l'estensione della nullità parziale", in Confortini, M. (a cura di): *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, cit., p. 1281 ss., ma spec. p. 1289 s.

71 Giaimo, G.: *Conversione del contratto nullo. Art. 1424*, cit., p. 121.

civ., il giudice non potrà che dare atto della conversione, attribuendo l'esatta veste giuridica alla fattispecie ed adeguando lo strumento negoziale allo scopo in concreto perseguito»[72].

Siffatta lettura converge altresì pienamente con la moderna concezione che – senza arrivare agli eccessi delle teorie oggettivistiche che omettono ogni indagine sull'elemento volitivo[73] – ritiene che il trattamento conversivo sia indipendente dalla volontà (presunta o implicita) delle parti, nel senso che gli «effetti del contratto sostitutivo si realizzano non perché voluti in via sussidiaria ed eventuale dai contraenti, ma in quanto siano oggettivamente idonei a realizzare in misura accettabile gli scopi specifici perseguiti e non siano comunque incompatibili con i loro riconoscibili intenti»[74].

IV. LA FUNZIONE RIMEDIALE DEL TRATTAMENTO CONVERSIVO QUALE STRUMENTO DI CONTROLLO DELLE RICADUTE ESIZIALI DERIVANTI DALLA NULLITÀ DEL(L'INTERO) CONTRATTO: IL CASO DEL MUTUO FONDIARIO ECCEDENTE IL LIMITE DI FINANZIABILITÀ E DEL PATTO COMMISSORIO.

La prospettazione offerta da Bianca funge da punto di partenza per ulteriori svolgimenti.

Abbandonate le vecchie resistenze, il potere officioso di «trasmutazione» del contratto potrebbe integrare un utile strumento per "governare", a fronte della crescente espansione della nullità[75], le conseguenze da questa prodotte che spesso

72 Marucci, B.: *Conversione sostanziale e procedimento di qualificazione del contratto*, cit., p. 142.

73 Così facendo, infatti, si disattende la *littera legis*. In questo senso Giaimo, G.: *Conversione del contratto nullo. Art. 1424*, cit., p. 69 ss.; e dapprima Rodotà, S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 56, che esclude «che la conversione possa operare sulla base di un mero confronto oggettivo tra due schemi negoziali». Sui diversi orientamenti scaturiti dopo l'entrata in vigore dell'art. 1424 c.c., cfr. Gandolfi, G.: "La conversione del contratto nullo: novità rilevanti in Italia (e in Europa)", *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 194 s.

74 Zaffaroni, M.: "La conversione dell'atto invalido e il requisito della volontà dei contraenti", *Contratti*, 2002, p. 889; Gianniti, P.: "Conversioni contrattuali proprie e improprie", cit., p. 1117 ss. È quanto sostiene anche Gandolfi, G., *op. ult. cit.*, p. 194, secondo il quale «il negozio sussidiario […] non deve essere stato voluto dalle parti, neppure implicitamente: deve essere individuato dal giudice, desumendolo egli dalla volontà reale delle parti stesse, alla luce degli scopi da esse perseguiti, e per dare a questi effetto». Detto altrimenti, l'art. 1424 c.c. «allude cioè a quel diverso contratto, individuabile dal giudice sulla base degli scopi perseguiti dalle parti ma da queste *non* previsto, che sia conforme agli intenti dei soggetti e consente il conseguimento di obbiettivi sostanzialmente analoghi» [Id.: "Ancora sulla conversione del contratto invalido (e a proposito di una recente monografia)", cit., p. 433 (corsivo testuale)].

75 Di cui si fa frequentemente un uso «sanzionatorio» (che però non sempre le si confà: Irti, N.: "*La* nullità come sanzione civile", *Contr. impr.*, 1987, p. 542). È quanto plasticamente emerge in un recente arresto (App. Roma, 24 maggio 2021, accessibile su *www.ilcaso.it*) che, nel sancire la nullità dell'intero contratto di fideiussione contente clausole violative del divieto di intese anticoncorrenziali di cui all'art. 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287, respingeva l'invocabilità dell'art. 1419 c.c., «in quanto la gravità delle violazioni – le quali incidono pesantemente sulla posizione del garante, aggravandola in modo significativo – alla luce dei superiori valori di solidarietà, muniti di rilevanza costituzionale (art. 2 cost.) che permeano tutto l'impianto dei rapporti tra privati, dalla fase pre-negoziale (art. 1137 c.c.) a quella esecutiva (artt. 1175, 1375 c.c.), richiede che sia *sanzionato* l'intero agire dei responsabili di dette violazioni». Di talché, «[n] ell'ottica di assicurare alla nullità la sua *funzione sanzionatoria* – nascente da comportamenti precontrattuali

– specialmente nei rapporti di durata[76] – non appaiono rispondenti agli interessi implicati[77] e danno luogo a inconvenienti più seri di quelli che intende risolvere[78].

Ipotesi dimostrative possono trarsi in tema di muto fondiario e, spostandosi su un campo decisamente meno arato, di patto commissorio.

Per quanto concerne la prima, la consacrazione – almeno nella giurisprudenza di vertice[79] – della tesi della nullità del finanziamento fondiario concesso oltre

e contrattuali caratterizzati da contrarietà alla buona fede ed ai canoni minimi di solidarietà sociale – è […] necessario ritenere che il contratto dl fideiussione sia affetto dalla più grave forma di patologia, senza consentire che, in nome del principio di conservazione degli atti giuridici, possano essere salvaguardate le restanti pattuizioni o, addirittura, che si dia vita ad un'operazione di sostituzione eteronoma di clausole *ex* art. 1339 c.c.» (corsivi aggiunti).

76 La pandemia da COVID-19 ha reso tangibile l'inadeguatezza dell'impianto rimediale codicistico che privilegia i rimedi «ablativi» rispetto a quelli «manutentivi», sebbene i primi presentino, nei rapporti di durata, delle inefficienze. In argomento, Federico, A.: "Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali", *Actual. jur. iberoam*., 2020, 12 *bis*, p. 241 s.; Perlingieri, G.: "Pandemia da coronavirus, rapporti contrattuali e giusti rimedi", *Foro nap*., 2021, p. 77 ss.; Cipriani, N.: "L'impatto del *lockdown* da COVID-19 sui contratti", *Riv. dir. banc*., 2020, I, p. 651 ss.; Trimarchi, G.A.M.: "Il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata tra inadeguatezza delle categorie tradizionali e ruolo delle «clausole generali»", *Contratti*, 2020, p. 433 ss.

77 Si prenda a paradigma il filone giurisprudenziale (evocato anche nella nota 75) formatosi intorno alla nullità delle fideiussioni bancarie *omnibus* redatte secondo lo schema uniforme predisposto dall'ABI a suo tempo sanzionato dalla Banca d'Italia (cfr. il provv. 2 maggio 2005, n. 55, reperibile sul sito *www.bancaditalia.it*) poiché ritenuto il portato di un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'art. 2 della legge *antitrust* (l. n. 287 del 1990). Qui in molti dubitano della congruità del rimedio invalidatorio: di recente, in dottrina, Renna, M.: "La fideiussione omnibus oltre l'intesa *antitrust*", *Riv. dir. civ*., 2021, spec. p. 597 ss.; Id.: *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, Pacini, Pisa, 2021, p. 313 ss.); sul fronte giudiziario, le Sezioni unite – sollecitate sul punto (Cass., ord., 30 aprile 2021, n. 11486, *Foro it*., 2021, I, c. 2007 ss.) – hanno optato per la parziale nullità (ai sensi degli artt. 2, comma 3, l. n. 287, cit. e dell'art. 1419 c.c.) dei contratti di fideiussione stipulati a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità garante, in relazione alle sole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti (cfr. Cass., Sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, *Foro it*., 2022, I, c. 499 ss.).

78 Com'è ben chiaro a Polidori, S.: *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, cit., p. 56.

79 La svolta viene fatta risalire a Cass., 13 luglio 2017, n. 17352, *Notariato*, 2018, p. 193 ss., con nota di Migliorati, G.: "Mutuo fondiario: la rilevanza costituzionale del limite di finanziabilità"; *Contratti*, 2018, p. 169 ss., con commento di Farina, M.: "Attività creditizia e violazione dell'art. 38, comma 2, T.U.B."; *Giur. comm*., 2018, II, p. 951 ss., con nota di Partisani, R.: "La nullità (virtuale) del mutuo fondiario eccedente il limite di finanziabilità"; *Nuova giur. civ. comm*., 2018, I, p. 21 ss., con nota di Puhali, G.: "La Cassazione ci ripensa: nullo il mutuo fondiario oltre il limite di finanziabilità"; *Fallimento*, 2017, p. 1278 ss., con nota di Tarzia, G.: "La Cassazione modifica il suo orientamento sulla validità dei finanziamenti fondiari eccedenti il c.d. limite di finanziabilità". Il principio è stato costantemente ribadito nelle successive decisioni di legittimità: cfr., per tutte, Cass., ord., 14 giugno 2021, n. 16776, *DeJure online*; Cass., ord., 21 gennaio 2020, n. 1193, *Rass. dir. civ*., 2020, p. 1426 ss., con nota di Pernice, C.: "Le conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario". Tuttavia, trattasi di dibattito mai veramente sopito tant'è che Cass., ord., 9 febbraio 2022, n. 4117, *DeJure online*, ha investito le Sezioni unite della questione delle conseguenze derivanti dal superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario, prospettando – tra le possibili soluzioni percorribili – anche quella che, aggirando la nullità e le storture cui finisce per dare luogo, ritiene ammissibile procedere a (ri)qualificare il fondiario eccedente l'80% come semplice mutuo ipotecario ordinario, a dispetto del *nomen iuris* adoperato dai contraenti.

l'importo massimo erogabile[80] «ha messo al centro della scena»[81] la sua convertibilità in mutuo ipotecario ordinario.

D'altronde, è risaputo che il discorde indirizzo, nel classificare l'art. 38, comma 2, t.u.b. alla stregua di una norma di condotta (prudenziale) riferibile alla banca e fonte semmai di sanzione/responsabilità per gli amministratori dell'ente creditizio[82], era alimentato soprattutto dall'esigenza di scongiurare l'invalidità e di preservare così la fondiarietà del mutuo. In altri termini, anche in questo ambito[83], la scelta di appellarsi alla tradizionale dicotomia tra regole di comportamento e regole di validità[84] offriva un comodo appiglio[85] per eludere la nullità e i suoi impatti distorsivi: difatti, il conseguente il travolgimento dell'intera operazione creditizia, per un verso, chiama il finanziato all'immediata restituzione del prestito ottenuto in forza del contratto nullo; per altro verso, fa sì che la banca perda – non soltanto i privilegi fondiari – ma la stessa l'ipoteca costituita a suo favore, oltre a subire la degradazione del diritto di credito vantato a mera ripetizione dell'indebito

80 Per economia di ragionamento si soprassiede sulle dispute in ordine alle conseguenze della violazione del precetto bancario. Per uno scrutinio delle diverse posizioni, cfr. Garofalo, G.: "Finanziamento fondiario: superamento del limite di finanziabilità e «giusto rimedio»", *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 48 ss. Ad ogni buon conto, l'approccio metodologicamente più corretto è quello di tipo funzionale pronto cioè a dare spazio alla soluzione rimediale che sia in grado di massimizzare la tutela degli interessi dedotti nella fattispecie concreta.

81 Chianale, A.: "La nullità del mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità", *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, p. 595.

82 Cfr., *ex multis*, Cass., 28 novembre 2013, n. 26672, *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, p. 123 ss., con note di Dolmetta, A.A.: "Identità del credito fondiario e «premio dell'irragionevolezza»", di Minneci, U.: "Mutui fondiari e interesse del cliente: *est modus in rebus*", di Malvagna, U.: "Credito fondiario, nullità «a vantaggio del cliente» e legittimazione di altri", e di Onnis Cugia, F.: "La regola dell'art. 117, comma 8°, t.u.b. e il credito fondiario"; *Contratti*, 2014, p. 439 ss., con note di Pagliantini, S.: "La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione", cit., e di D'Amico, G.: "Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario", cit.; *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 381, con nota di Tommasini, D.: "Il superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario"; *Giur. comm.*, 2014, p. 162 ss., con nota di Falcone, G.: "Ancora sul superamento dei «limiti di finanziabilità» nelle operazioni di credito fondiario"; *Fallimento*, 2014, p. 407 ss., con nota di Balestra, L.: "Il superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario tra regole di validità e regole di comportamento: a proposito di un (clamoroso) equivoco da parte della Cassazione".

83 È d'obbligo richiamare, infatti, Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, *Contr. impr.*, 2008, p. 1 ss., con nota di Galgano, F.: "Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione"; *ivi*, p. 936 ss., con nota di Prosperi, F.: "Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass. sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)"; *Contratti*, 2008, p. 393 ss., con note di Gentili, A.: "Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite"; e di Maffeis, D.: "Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere"; *Giust. civ.*, 2008, I, p. 2785 ss., con nota di Febbrajo, T.: "Violazione delle regole di comportamento", che – sulla scorta dello pseudo-principio di non interferenza tra regole di condotta e regole di validità – hanno concluso per l'efficacia del contratto di intermediazione finanziaria stipulato in spregio dei doveri di informazione imposti all'intermediario nei confronti dell'investitore, il quale può essere unicamente risarcito dei danni subiti.

84 In ordine alla quale si veda D'Amico, G.: *«Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Esi, Napoli, 1996, *passim*, ma spec. p. 44 ss.

85 Tuttavia nemmeno troppo saldo (la stessa Cass., 13 luglio 2017, n. 17352, cit., non fa mistero che «tutte le regole giuridiche sono regole di condotta») e oggigiorno ampiamente confutato. Cfr., per tutti, Perlingieri, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Esi, Napoli, 2013, *passim*, cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche; nonché Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, cit., spec. p. 151 ss.

ex art. 2033 c.c. Si profila così un reazione «punitiva»[86] e afflittiva che finisce paradossalmente per provocare a livello sistemico pericoli addirittura peggiori di quelli che l'art. 38, comma 2, t.u.b. intende schivare[87], ove si consideri che il vincolo legale di proporzionalità tra l'ammontare del finanziamento e il valore dei beni ipotecati (il c.d. «*loan-to-value*» o, in acronimo, «LTV») presidia la sana e prudente gestione dell'attività creditizia, evitando che l'eventuale liquidazione in sede esecutiva dei beni gravati dalla garanzia reale frustri oltre una certa misura le *chance* per l'istituto mutuante di veder rientrare il proprio prestito[88].

Ecco perciò che la conversione *ex officio*[89] del mutuo fondiario integralmente nullo in un mutuo ipotecario ordinario di pari importo potrebbe apparire più adeguata non soltanto perché lascerebbe immutata l'iscrizione ipotecaria (depurata soltanto degli speciali benefici connessi al regime fondiario), ma perché permetterebbe di reiterare per mezzo di un diverso contratto l'originario programma negoziale, assicurando continuità al rapporto nel quale i soggetti coinvolti avevano legittimamente confidato e che una "secca" declaratoria di nullità si limiterebbe a azzerare.

Senza tacere che il «*repêchage*» officioso potrebbe inoltre servire a ovviare a comportamenti fraudolenti o opportunistici di un contraente a danno dall'altro. Si immagini che il mutuatario decida di contestare la fondiarietà del prestito al mero scopo di sospenderne il rimborso o, magari nel corso del giudizio di esecuzione, per liberarsi del peso ipotecario[90]; senza contare che analoga strategia potrebbe essere messa in atto dall'eventuale terzo garante per affrancarsi da vincolo. In simili circostanze, la nullità *tout court* potrebbe rappresentare «*un premio al truffaldino*» o «*all'irragionevolezza*»[91] ossia risolversi in un eccessivo vantaggio per il cliente-finanziato a detrimento dell'istituto di credito[92], soprattutto là dove il contegno

86 «[C]he in questi contesti è quanto mai impropri[a]»: Benedetti, A.M. e Pesce, E.: "Mutuo fondiario, superamento del tetto di finanziabilità e nullità strutturale", *Giur. it.*, 2020, p. 1528.

87 Coglie questa contraddizione anche Garofalo, G.: "Finanziamento fondiario: superamento del limite di finanziabilità e «giusto rimedio»", cit., p. 75.

88 Farina, M.: "Attività creditizia e violazione dell'art. 38, comma 2, T.U.B.", cit., p. 173.

89 Allo stato, invece, in linea con il riferito orientamento dominante (cfr., *retro*, § 1), si pretende che la parte (di norma il mutuante) formuli apposita istanza di conversione nella prima difesa utile: Cass., ord., 24 settembre 2018, n. 22466, *DeJure online*; Cass., ord., 28 maggio 2018, n. 13286, *ivi*; Cass., 13 luglio 2017, n. 17352, cit.; App. Torino, 27 agosto 2020, n. 872, *DeJure online*; Trib. Busto Arsizio, 29 gennaio 2021, n. 133, *ivi*.

90 Lo attesta Pagliantini, S.: "La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione", cit., p. 442 s., quando ammette che il cliente può essere portatore di un interesse alla nullità, se non altro perché questa «ha l'effetto di caducare o di far rimuovere quell'ipoteca di primo grado senza dubbio incidente in modo deteriore sulla quotazione commerciale di un immobile che magari un terzo potrebbe, nel frattempo, aver maturato l'intenzione di acquistare».

91 Chianale, A.: "La nullità del mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità", cit., pp. 595 e 596 (corsivo testuale).

92 L'uso opportunistico dell'invalidità (nel settore dei contratti di investimento) è stato ultimamente stigmatizzato dalle Sezioni unite della Cassazione con riguardo alle c.dd. «nullità selettive» che devono trovare contemperamento nella buona fede e nel divieto di abuso del diritto. Cfr. Cass., Sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, p. 26 ss., con nota di Dalmartello, A.: "La nullità di protezione *ex* art. 23 TUF tra uso selettivo e buona fede del cliente"; *ivi*, II, p. 154 ss., con note di Girolami, M.: "L'uso

di quest'ultimo non si dimostri gravemente colpevole (ad esempio per essersi affidato a una valutazione peritale palesemente incongrua) o imprudente (ad esempio perché la proporzione fissata dalla legge bancaria, in principio rispettata, si sia "guastata" a causa di anomale fluttuazioni del mercato immobiliare). Qui «la conversione del fondiario in mutuo ordinario allora è auspicabile e bilancia il conflitto tra le parti senza [peraltro, *n.d.a.*] incidere sugli interessi di terzi soggetti»[93], contrastando un uso strumentale dell'*actio nullitatis* diretta a tutto svantaggio della banca[94].

In definitiva, nei casi adombrati, il giudicante, rilevata la nullità, sarebbe legittimato a sollevare d'ufficio la questione della convertibilità e a determinarsi poi sul punto, senza automatismi, ossia nella pienezza del contraddittorio[95], una volta acquisiti elementi (e difese) utili per verificare l'adeguatezza del rimedio invalidatorio invocato e delle sue concrete ricadute.

La prospettiva accolta che ravvisa nell'art. 1424 c.c. uno dei modi in cui si esplica il potere giudiziale di conservazione-correzione-integrazione dell'atto di autonomia, invita a riprendere e riconsiderare l'opinione propensa a convertire[96]

selettivo della nullità di protezione: un falso problema?", di Maffeis, D.: "Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e la restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna", e di Monticelli, S.: "La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura"; *Contratti*, 2020, p. 11 ss., con nota di Pagliantini, S.: "Le stagioni della nullità selettiva (e del «di protezione»)"; *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, p. 720 ss., con nota di Candian, A.: "Nullità di protezione e selezione degli atti impugnati"; *Società*, 2020, p. 851 ss., con nota di Costanza, M.: "Nullità selettiva. Metamorfosi della nullità"; *Quest. giust.*, 2020, p. 120 ss., con note di Rodorf, R.: "Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario", e di Dolmetta, A.A.: "Nullità a vantaggio e nullità selettiva"; *Corr. giur.*, 2020, p. 5 ss., con nota di Scognamiglio, C.: "Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede"; *Dir merc. ass. fin.*, 2020, p. 395 ss., con nota di Fiordiponti, F.: "L'esercizio selettivo della nullità relativa per difetto di forma, di cui all'art. 23 t.u.f., non si sottrae all'indagine sulla meritevolezza degli interessi tutelati"; *Pers. merc.*, 2019, 4, p. 21 ss., con nota di Vettori, G.: "Nullità selettive e «riequilibrio effettivo». L'evoluzione della buona fede"; *ivi*, p. 69 ss., con nota di Sartoris, C.: "La sentenza delle Sezioni unite sulla nullità selettiva: tra protezione e buona fede"; *www.dirittobancario.it*, con note di Guizzi, G.: "Le Sezioni Unite e le «nullità selettive» nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica", e di Maffeis, D.: "Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo". In merito al *decisum* si considerino, altresì, Russo, D.: *Dimensione del vizio, nullità «selettiva» e conformazione dei negozi*, Esi, Napoli, 2020, spec. p. 107 ss.; Febbrajo, T.: "Uso selettivo della nullità di protezione tra buona fede e principi rimediali di effettività, proporzionalità e dissuasività", *Pers. merc.*, 2021, p. 345 ss. La Suprema Corte è poi tornata sulla questione, ricapitolando il funzionamento della «nullità selettiva», con Cass., ord., 17 maggio 2021, n. 13259, *Foro it.*, 2021, I, c. 2325 ss.

93 Chianale, A.: "La nullità del mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità", cit., p. 596.

94 Uso strumentale che esprimerebbe appieno tutta la sua irragionevolezza e sproporzione ove l'azione di nullità venisse esperita a fronte di scostamenti minimi dalla soglia legale. A tal proposito, cfr. Garofalo, G.: "Finanziamento fondiario: superamento del limite di finanziabilità e «giusto rimedio»", cit., p. 25.

95 Cfr., *retro*, § 2.

96 Questa assume in premessa come non risolutive le obiezioni mosse all'applicabilità dell'art. 1424 c.c. in ipotesi di nullità per illiceità, le quali – come segnalato a suo tempo da Cipriani, N.: *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Esi, Napoli, 2000, p. 172 – rappresentavano il principale freno alla trasmutazione in marciano di una stipulazione commissoria. In effetti, la dottrina si è via via allineata su posizioni più morbide (e condivisibili) che, non soltanto invitano a distinguere la causa dell'illiceità (per approfondimenti: Giaimo, G.: *Conversione del contratto nullo. Art. 1424*, cit., p. 20 ss.; Gandolfi, G.: *La conversione dell'atto invalido*, II, *Il problema in proiezione europea*, cit., p. 240 ss.), ma che soprattutto non sono pregiudizialmente contrarie al recupero *in iure* di un contratto nullo per illiceità dello scopo (così Id.: *op. ult. cit.*, p. 249 s., che fa leva sulla «diversità» che di norma sussiste tra i risultati del negozio invalido, da un lato, e quelli del negozio sostitutivo, dall'altro).

un patto commissorio (nullo) in un patto marciano (valido)[97]; opinione che postula – ai fini della rigenerazione dell'accordo disapprovato dall'ordinamento in uno conforme – l'imposizione al creditore secondo buona fede dell'obbligo (evidentemente non contemplato *ab initio*)[98] di restituire al debitore il valore del bene alienato che ecceda rispetto all'ammontare del debito.

Anche in questo quadro, il giudice – riscontrati in contradditorio i presupposti oggettivi e soggettivi e la fedeltà al risultato economico-pratico voluto[99] – potrebbe al termine del percorso interpretativo, pur nel silenzio dei contraenti, scorgere nella conversione il «giusto rimedio». Infatti, la sanzione della nullità potrebbe essere eccessiva e non superare il *test* di proporzionalità[100] che impone di accertare, nel vivo della fattispecie concreta (*id est*, caso per caso), che l'attuazione degli interessi custoditi dal divieto *ex* art. 2744 c.c. non sacrifichi inutilmente o in misura non strettamente necessaria gli altri interessi (concorrenti) meritevoli, i quali potrebbero viceversa trovare affermazione nel patto marciano frutto dell'intervento riequilibratore propiziato dall'art. 1424 c.c.[101].

In ultima analisi, è fin troppo noto che l'invalidità *sub specie nullitatis* non sempre si presenta quale tecnica più adeguata[102] e ottimale per la tutela dei valori in gioco[103]. Tant'è che da tempo la dottrina più attenta invita a «prendere atto che

97 Così, non senza perplessità, Cipriani, N.: *op. ult. cit.*, p. 171 s.; e, con talune limitazioni, Gitti, G.: "Divieto del patto commissorio, frode alla legge, «*sale and lease back*»", *Riv. trim.*, 1993, p. 489 ss. Possibilista anche Di Rosa, G.: *Autonomia contrattuale e attività di impresa*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 61 ss.; Anelli, F.: *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 425 (e ivi nota 219) e 487; *contra* Pagliantini, S.: "I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE", *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, spec. p. 203 s., secondo il quale l'art. 2744 c.c. scoraggerebbe in radice qualsivoglia soluzione conservativa. In ogni caso, va scartata la conversione del patto commissorio in una qualche garanzia reale tipica, stanti le irriducibili diversità strutturali e funzionali che separano gli istituti *de quibus* (ben le compendia Sassi, A.: *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Esi, Napoli, 1999, p. 421).

98 Il che comunque non stupisce visto che «[i]l fenomeno dell'integrazione contrattuale [risulta] ben collegato al principio di conservazione» (Perlingieri, P.: "Nuovi profili del contratto", in Id.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2003, p. 437).

99 Se il fine ultimo dei contraenti è stato quello di garantire attraverso la convenzione commissoria un rapporto di finanziamento, può dirsi che il medesimo fine, ancorché in misura ridimensionata, venga raggiunto con il correttivo della cautela marciana, rinvenendosi una sostanziale omogeneità tra i due negozi.

100 Cipriani, N.: *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, cit., spec. pp. 187 e 197.

101 Ad ogni modo, la riduzione ad equità potrebbe anche concretizzarsi al di fuori della conversione, com'è per chi dubita della sua configurabilità dinanzi a fattispecie commissorie e crede che il riequilibrio delle prestazioni teso a eliminare la prevaricazione del creditore ai danni del debitore possa compiersi direttamente in forza dell'immanenza nell'ordinamento giuridico del principio di proporzionalità. Così Cipriani, N.: *op. ult. cit.*, p. 194 ss.

102 Perlingieri, P.: "Nuovi profili del contratto", cit., p. 438.

103 Lo hanno assodato anche i giudici europei nel riconoscere che la normativa sovranazionale in tema di clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori (nella specie l'art. 6, par. 1, della direttiva 93/13/CEE) deve essere interpretata nel senso che, qualora il contratto non possa sussistere dopo la soppressione delle clausole dichiarate abusive e qualora la nullità di detto contratto nella sua interezza esponga a «*conseguenze particolarmente dannose*» il consumatore, il giudice nazionale deve adottare – in assenza di disposizioni di diritto interno di natura suppletiva – tutte le misure necessarie per tutelarlo da questi effetti pregiudizievoli che l'invalidità totale di detto contratto potrebbe provocare (senza tuttavia andare oltre quanto strettamente necessario per ripristinare l'equilibrio contrattuale tra le parti): Corte giust., 31 marzo 2022, c. 472/20, Lombard Pénzügyi és Lízing Zrt c. PN, *www.curia.europa.eu*; e Corte giust.,

la dimensione mirata e ortopedica non è più un'esclusiva della nullità di protezione, ma si sta affermando come una linea guida del sistema valevole per tutte le nullità, e forse per tutte le patologie negoziali, quante volte la *ratio* del rimedio sia meglio soddisfatta dall'intervento correttivo, piuttosto che da quello eliminativo»[104]: in fondo, la conversione concilia queste due "tensioni" in quanto favorisce una soluzione che colma il vuoto (sconfigge cioè l'*horror vacui*) lasciato dal contratto nullo, senza disperdere la concorde volontà negoziale, bensì ricalibrandola e riversandola all'interno di una diversa cornice contrattuale.

V. CONSIDERAZIONI DI SINTESI.

Le critiche alla conversione d'ufficio appaiono oramai un retaggio delle stereotipate posizioni di diffidenza verso interventi *lato sensu* manipolativi disposti dall'autorità giudiziaria e incentrate sul tramontato «mito»[105] della intangibilità (o sacertà) delle scelte cristallizzate nel regolamento pattizio[106]. Tuttavia, il pensiero giuridico ha compiuto notevoli passi in avanti, emancipandosi dalla vecchia concezione liberale, fino a prendere definitivamente atto che i contenuti convenzionali non sono più appannaggio esclusivo degli stipulanti, bensì sintesi di auto ed eteroregolazione[107], finanche di matrice giudiziale[108].

25 novembre 2020, c. 269/19, Banca B. SA c. A.A.A., *Foro it.*, 2021, IV, c. 288 ss., con nota di Palmieri, A. e Pagliantini, S.: "Il *post*-vessatorietà come una «*Baustelle im Dunkeln*»?"; *Contratti*, 2021, p. 279 ss., con nota di Caldoro, A.M.S.: "Clausole abusive e rimedi alla caducazione: rimessione delle parti alle trattative, nuova frontiera (o terra incognita)?". Per altro verso, secondo la più recente Corte giust., 2 settembre 2021, c. 932/19, OTP Jelzálogbank c. A.A.A., *www.curia.europa.eu*, la direttiva in parola non consente al giudice nazionale adito di accogliere la domanda del consumatore diretta a invalidare integralmente il contratto, anziché la sola clausola vessatoria, ove la normativa nazionale preveda un meccanismo (ad esempio di sostituzione legale) che consenta effettivamente di ripristinare la situazione di fatto e di diritto in cui il contraente debole si sarebbe trovato in assenza dei contenuti abusivi; pertanto, in simili circostanze, la caducazione del contratto nel suo complesso non può basarsi unicamente sull'eventuale (maggiore) vantaggio che ne deriverebbe per il consumatore interessato.

104 Polidori, S.: "Integrazione del contratto e nullità parziali", in Federico, A. e Perlingieri, G. (a cura di): *Il contratto. Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato*, Esi, Napoli, 2018, p. 70 s.

105 Così Alpa, G.: *Il contratto del terzo millennio: intervento conclusivo*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 1163.

106 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, cit., spec. p. 4 ss.; Id.: "Mercato, solidarietà e diritti umani", in Id.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, cit., p. 257; Id.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", *ivi*, p. 443; Id.: "Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata. Sintesi di un convegno", *ivi*, p. 467; Criscuolo, F.: "Constitutional Axiology and Party Autonomy", *It. L. J.*, 2017, p. 359 s.; Laghi, P.: *L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale*, Cedam, Padova, 2012, p. 103 ss.; Volpe, F.: *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Esi, Napoli, 2004, spec. p. 13 e 25. Sulla crisi del dogma della «*sanctity of contract*» nell'esperienza di *common law*, cfr. Gilmore, G.: *La morte del contratto* (1974), trad. it. a cura di A. Fusaro, Giuffrè, Milano, 1987 (rist. 1999); Atiyah, P.S.: *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 717 ss.

107 Perlingieri, P.: "«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale", cit., p. 206, 210 e 219; Id.: "Diritto dei contratti e dei mercati", in Aa.Vv. (a cura di): Liber amicorum *per Angelo Luminoso. Contratto e mercato*, II, Giuffrè, Milano, 2013, p. 276; Lipari, N.: *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 242; Rodotà, S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 101 s.

108 Cfr., diffusamente, Grondona, M.: *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, cit., p. 288 ss.; Bandinelli, L.: "L'integrazione del contratto", in Alcaro, F., Bandinelli, L. e Palazzo, M.: *Effetti del contratto*, in *Tratt. dir. civ. CNN* diretto da P. Perlingieri, Esi, Napoli, 2011, p. 153 ss.; Nanna, C.M.: *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Cedam, Padova, 2010; Spoto, G.: *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Giappichelli, Torino, 2007, *passim*; Mazzamuto, S.: "Il contratto ed il potere correttivo del giudice",

Questo rinnovato *humus* ideologico e culturale, unito al carattere non eccezionale dell'art. 1424 c.c.[109] e soprattutto alla dimensione interpretativa della conversione, mette in risalto la funzione rimediale[110] dell'istituto (imperniato sulla buona fede) che l'ordinamento ripone nelle mani degli operatori del diritto per assecondare «esigenze di giustizia»[111] e contrastare, nel segno della proporzionalità e della ragionevolezza, «quegli effetti drastici, e in un certo senso innaturali, che siano imposti da un "*summum ius*"»[112].

Su questa orbita, la conversione officiosa diviene una estrinsecazione del generale potere di controllo e di conformazione (c.d. «controllo conformativo») dell'autonomia negoziale[113] che è in grado di provocare un recupero della funzionalità dell'operazione negoziale viziata quando ciò serva a reagire a un esercizio controfunzionale della nullità[114]; ovvero a mitigare le ricadute esiziali o comunque a ovviare le potenziali anomalie derivanti dalla nullità del(l'intero) contratto, agevolando una lettura «adeguata» della conseguente inefficacia[115], allorquando questa appaia «sovrabbondante rispetto all'attuazione degli interessi»[116] in gioco.

in Aa.Vv. (a cura di): *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, III, *Iniziativa economica e impresa*, Esi, Napoli, 2007, p. 79 ss. Sul contributo delle discipline Unidroit e Lando all'evoluzione normativa e al riconoscimento del contratto iniquo, cfr. Barcellona, M.: "La buona fede e il controllo giudiziale del contratto", in Mazzamuto, S. (a cura di): *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 311; e Alpa, G.: "I «*Principles of european contract law*» predisposti dalla Commissione Lando", *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 497.

109 Valgano le parole di Cariota Ferrara, L.: *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 362: «la norma che […] disciplina [la conversione] non è di natura eccezionale, sibbene di diritto comune, essendo applicazione di un principio generale».

110 Per converso, la funzione rimediale della conversione è revocata in dubbio da Giaimo, G.: *Conversione del contratto nullo. Art. 1424*, cit., p. 9 ss.

111 Espressamente richiamate a fondamento della conversione da Betti, E.: "Conversione del negozio giuridico (diritto vigente)", cit., p. 811; Id.: *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, 2ª ed., Utet, Torino, 1955, p. 507.

112 Gandolfi, G.: "La conversione del contratto nullo: novità rilevanti in Italia (e in Europa)", cit., p. 189.

113 Perlingieri, P.: "«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale", cit., spec. p. 216 ss. Poteri di controllo e di conformazione che devono reputarsi immanenti al vigente sistema ordinamentale (Zarro, M.: "L'evoluzione del dibattito sulla *Drittwirkung* tra Italia e Germania", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 997 ss., spec. p. 1020; Pennasilico, M.: "«*Ménage à trois*»: la correzione giudiziale dei contratti", *ivi*, 2016, pp. 214 e 216 ss.) nel quale i valori e i principi che lo ispirano fungono (immancabilmente) da parametro di giustificazione di qualsivoglia precetto legale o convenzionale che sia. Sulla indistinzione – sotto tale profilo – tra legge e contratto, cfr. Femia, P.: "Pluralismo delle fonti e costituzionalizzazione della sfera privata", in Aa.Vv. (a cura di): *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del 1° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Capri 7-9 aprile 2005, Esi, Napoli, 2006, p. 189 ss., spec. p. 195; Perlingieri, P.: "Prefazione", in Id.: *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Esi, Napoli, 2012, p. VIII.

114 Si pensi, su questo primo versante, al «comportamento scorretto di chi decida di far constare la nullità (magari già nota al momento della stipulazione secondo lo schema regolato dall'art. 1338 c.c. o magari artatamente precostituita) quale unico pretesto per disfarsi di un contratto, mostrando disaffezione verso lo scopo avuto inizialmente di mira e soprattutto deludendo "quell'aspettativa che l'iniziativa negoziale ingenera nella controparte [e, appunto, se del caso nei terzi, *n.d.a.*], in quanto posta in essere per conseguire un dato risultato economico-pratico"»: Angelone, M.: "La conversione d'ufficio del contratto nullo tra (interpretazione di) buona fede e «giusto rimedio»", cit., p. 1026 s.

115 La Spina, A.: *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Giuffrè, Milano, 2012, *passim*, ma spec. p. 372.

116 Perlingieri, G.: *La convalida delle nullità di protezione la sanatoria dei negozi giuridici*, Esi, Napoli, 2010, p. 95.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, M.: "In tema di potere giudiziale di rilevare d'ufficio la nullità degli atti negoziali", *Foro it.*, 2015, I, c. 909 ss.

ALPA, G.: "I «*Principles of european contract law*» predisposti dalla Commissione Lando", *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 483 ss.

ALPA, G.: "Il controllo giudiziale del contratto e l'interpretazione", in AA.VV. (a cura di): *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 3 ss.

ALPA, G.: *Il contratto del terzo millennio: intervento conclusivo*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 1158 ss.

AMADIO, G.: "Il terzo contratto. Il problema", in GITTI, G. e VILLA, G. (a cura di): *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese,* Il Mulino, Bologna, 2008, p. 7 ss.

ANELLI, F.: *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, Milano, 1996.

ANGELONE, M.: "La conversione d'ufficio del contratto nullo tra (interpretazione di) buona fede e «giusto rimedio»", *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1008 ss.

ATIYAH, P.S.: *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford University Press, Oxford, 1979.

BALESTRA, L.: "Il superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario tra regole di validità e regole di comportamento: a proposito di un (clamoroso) equivoco da parte della Cassazione", *Fallimento*, 2014, p. 407 ss.

BANDINELLI, L.: "L'integrazione del contratto", in ALCARO, F., BANDINELLI, L. e PALAZZO, M.: *Effetti del contratto*, in *Tratt. dir. civ. CNN* diretto da P. Perlingieri, Esi, Napoli, 2011, p. 153 ss.

BARCELLONA, M.: "La buona fede e il controllo giudiziale del contratto", in MAZZAMUTO, S. (a cura di): *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 305 ss.

BARCELLONA, P.: *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milano, 1969.

BENEDETTI, A.M. e PESCE, E.: "Mutuo fondiario, superamento del tetto di finanziabilità e nullità strutturale", *Giur. it.*, 2020, p. 1528 ss.

Betti, E.: "Conversione del negozio giuridico (diritto vigente)", *Noviss. dig. it.*, IV, Utet, Torino, 1959, p. 811 ss.

Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, 2ª ed., Utet, Torino, 1955.

Betti, E.: *Teoria generale della interpretazione*, I, ed. corr. e ampl. a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano, 1990.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 1ª ed., Giuffrè, Milano, 1984.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2000.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2019.

Bigliazzi Geri, L.: *L'interpretazione del contratto. Art. 1362-1371*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, continuato da Busnelli, rist. integrata e aggiornata a cura di V. Calderai, Giuffrè, Milano, 2013.

Bona, C.: "Otto variazioni sul tema dell'«uso» delle cose comuni nel condominio", *Foro it.*, 2021, I, c. 953 ss.

Bürck, H.: "Umdeutung eines Vertrags bei Ausfall einer Vertragsbedingung", *Jus*, 1971, p. 571 ss.

Bürck, H.: "Zur Umdeutung von Rechtsgeschäften nach § 140 BGb", *Schleswig-Holsteinische Anzeigen*, 1973, p. 37 ss.

Caldoro, A.M.S.: "Clausole abusive e rimedi alla caducazione: rimessione delle parti alle trattative, nuova frontiera (o terra incognita)?", *Contratti*, 2021, p. 279 ss.

Calvo, R. e Ciatti, A.: *Istituzioni di diritto civile*, I, *Diritto patrimoniale comune*, Giuffrè, Milano, 2011.

Calvo, R.: "Comunione e uso esclusivo tra autonomia e tipicità", *Giur. it.*, 2021, p. 549 ss.

Candian, A.: "Nullità di protezione e selezione degli atti impugnati", *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, p. 720 ss.

Caprioli, R.: "Progetto per la voce «Convalida e conversione (diritto civile)» di una enciclopedia", *Jus civile*, 2013, p. 461 ss.

Cariota Ferrara, L.: *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, s.d. (ma 1944-46).

Carpinelli, M.: "La parabola del diritto «reale» di uso esclusivo su beni condominiali", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, p. 243 ss.

Carratta, A.: "Il giudice e l'interpretazione della norma processuale", *Riv. trim.*, 2020, p. 101 ss.

Carratta, A.: "*Sub* art. 112", in Id. e Taruffo, M. (a cura di): *Poteri del giudice*, in *Comm. c.p.c.* Chiarloni, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 1 ss.

Carresi, F.: *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 1987.

Cartuso, S.: "Art. 101 - Principio del contraddittorio", *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, p. 777 ss.

Castronovo, F.: *Autonomia contrattuale e disponibilità dell'integrazione. La* merger clause *dal diritto americano a quello italiano*, Giappichelli, Torino, 2017.

Caterini, E.: "Uso esclusivo, tipicità dei diritti reali e autonomia negoziale", *Rass. dir. civ.*, 2022, in corso di pubblicazione.

Celeste, A.: "È nulla la pattuizione che conferisce il diritto «reale di uso esclusivo» su una porzione comune dell'edificio", *condominioelocazione.it*, 2020.

Chianale, A.: "La nullità del mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità", *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, p. 583 ss.

Cinque, M.: "Conversione del contratto nullo: rilevabilità e*x officio* e contratto contrario a norme imperative", *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 841 ss.

Ciommo, F.: "La rilevabilità d'ufficio e*x* art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio", *Foro it.*, 2015, I, c. 922 ss.

Cipriani, N.: "L'impatto del *lockdown* da COVID-19 sui contratti", *Riv. dir. banc.*, 2020, I, p. 651 ss.

Cipriani, N.: *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Esi, Napoli, 2000.

Clarizia, O.: "*Lex mercatoria*, *merger clause* e autonomia contrattuale conformata", *Rass. dir. civ.*, 2022, in corso di pubblicazione.

Confortini, M.: "Clausola di completezza", in Id. (a cura di): *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, I, Utet, Torino, 2017, p. 975 ss.

Consolo, C. e Godio, F.: "*Sub art. 101*", in Comoglio, L.P., Consolo, C., Sassani, B. e Vaccarella, R. (diretto da): *Commentario del Codice di Procedura Civile*, II, *Artt. 99-162 c.p.c.*, Utet, Torino, 2012, p. 22 ss.

Consolo, C.: "Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della terza via: conseguenze", *Corr. giur.*, 2006, p. 508 s.

Costanza, M.: "Nullità selettiva. Metamorfosi della nullità", *Società*, 2020, p. 851 ss.

Costanza, M.: *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Giuffrè, Milano, 1989.

Criscuoli, G.**:** *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Giuffrè, Milano, 1959.

Criscuolo, F.: "Constitutional Axiology and Party Autonomy", *It. L. J.*, 2017, p. 357 ss.

D'Alberti, D.: "Il principio di tipicità dei diritti reali e il vaglio di ammissibilità del diritto di uso esclusivo di parti comuni a favore di un condomino", *Jus civile*, 2021, 2, p. 433 ss.

D'Amico, G.: "Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario", *Contratti*, 2014, p. 450 ss.

D'Amico, G.: *«Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Esi, Napoli, 1996.

D'Antonio, A.: *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Cedam, Padova, 1974.

Dalmartello, A.: "La nullità di protezione *ex* art. 23 TUF tra uso selettivo e buona fede del cliente", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, p. 26 ss.

De Nova, G.: "Conversione del negozio nullo", *Enc. giur.* Treccani, IX, Istituto Treccani, Roma, 1988, p. 1 ss.

del Prato, E.: "Uso esclusivo permanente in favore di un condomino e tipicità dei diritti reali", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, p. 427 ss.

DI MAJO, A.: "La nullità", in ID., FERRI, G.B. e FRANZONI, M. (a cura di): *Il contratto in generale*, VII, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Giappichelli, Torino, 2002, p. 31 ss.

DI MARZIO, F.: *La nullità del contratto*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2008.

DI ROSA, G.: *Autonomia contrattuale e attività di impresa*, Giappichelli, Torino, 2010.

DÍEZ SOTO, C.M.: *La conversión del contrato nulo (Su configuración en el Derecho comparado y su amisibilidad en el Derecho español)*, Editorial Académica Española, Saarbrücken, 2011.

DOLMETTA, A.A.: "Identità del credito fondiario e «premio dell'irragionevolezza»", *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, p. 123 ss.

DOLMETTA, A.A.: "Nullità a vantaggio e nullità selettiva", *Quest. giust.*, 2020, p. 127 ss.

FALCONE, G.: "Ancora sul superamento dei «limiti di finanziabilità» nelle operazioni di credito fondiario", *Giur. comm.*, 2014, p. 162 ss.

FARINA, M.: "Attività creditizia e violazione dell'art. 38, comma 2, T.U.B.", *Contratti*, 2018, p. 169 ss.

FEBBRAJO, T.: "Uso selettivo della nullità di protezione tra buona fede e principi rimediali di effettività, proporzionalità e dissuasività", *Pers. merc.*, 2021, p. 345 ss.

FEBBRAJO, T.: "Violazione delle regole di comportamento", *Giust. civ.*, 2008, I, p. 2785 ss.

FEDELE, A.: "Della nullità del contratto", in *Comm. c.c.* D'Amelio e Finzi, *Libro delle obbligazioni*, I, Barbera, Firenze, 1948, p. 696 ss.

FEDERICO, A.: "Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali", *Actual. jur. iberoam.*, 2020, 12 *bis*, p. 236 ss.

FEMIA, P.: "Pluralismo delle fonti e costituzionalizzazione della sfera privata", in AA.VV. (a cura di): *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del 1° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Capri 7-9 aprile 2005, Esi, Napoli, 2006, p. 189 ss.

FERRARA, M.: "Costruzione di un'opera in assenza di concessione edilizia: nullità per illiceità dell'oggetto del contratto di appalto e irrilevanza dell'ignoranza delle parti", *Foro pad.*, 2019, I, c. 250 ss.

FERRONI, L.: *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Giuffrè, Milano, 1998.

FILANTI, G. "Nullità (diritto civile)", *Enc. giur.* Treccani, XXIII, Istituto Treccani, Roma, 1990, p. 1 ss.

FIORDIPONTI, F.: "L'esercizio selettivo della nullità relativa per difetto di forma, di cui all'art. 23 t.u.f., non si sottrae all'indagine sulla meritevolezza degli interessi tutelati", *Dir merc. ass. fin.*, 2020, p. 395 ss.

FOGLIA, M.: *Il contratto autoregolato: l*e merger clauses, Giappichelli, Torino, 2015.

FORNASARI, R.: "Il rilievo officioso della nullità: un presidio a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento", *Danno resp.*, 2015, p. 594 ss.

FRANCESCHELLI, V.: "Conversione del negozio nullo", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Utet, Torino, 1989, p. 376 ss.

FRANCO, R.: "L'uso esclusivo di un bene condominiale non rientra nel novero dei diritti reali", *Guida dir.*, 2021, 2, p. 90.

FRANZONI, M.: "Art. 1424", in GALGANO, F., PECCENINI, F., FRANZONI, M., MEMMO D. e CAVALLO BORGIA, R. (a cura di): *Della simulazione. Della nullità del contratto. Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1998, p. 200 ss.

FRANZONI, M.: "La 'magia' della conversione", *Obbl. contr.*, 2011, p. 7 ss.

FRANZONI, M.: "La conversione dell'atto nullo", in CUFFARO, V. e DI ROSA, G. (a cura di): *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, p. 923 ss.

GALGANO, F.: "Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione", *Contr. impr.*, 2008, p. 1 ss.

GALGANO, F.: *Trattato di diritto civile*, II, 2ª ed., Cedam, Padova, 2010.

GAMBA, C.: "Contraddittorio (principio del) (diritto processuale civile)", *Enc. dir., Annali*, IX, Giuffrè, Milano, 2016, p. 138 ss.

GANDOLFI, G.: "Ancora sulla conversione del contratto invalido (e a proposito di una recente monografia)", *Riv. dir. civ.*, 1996, II, p. 429.

GANDOLFI, G.: "La conversione del contratto nullo: novità rilevanti in Italia (e in Europa)", *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 189 s.

Gandolfi, G.: *La conversione dell'atto invalido*, I, *Il modello germanico*, Giuffrè, Milano, 1984.

Gandolfi, G.: *La conversione dell'atto invalido*, II, *Il problema in proiezione europea*, Giuffrè, Milano, 1988.

Garofalo, G.: "Finanziamento fondiario: superamento del limite di finanziabilità e «giusto rimedio»", *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 43 ss.

Gentili, A.: "Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite", *Contratti*, 2008, p. 393 ss.

Gentili, A.: "Le invalidità", in Gabrielli, E. (a cura di): *I contratti in generale*, II, in *Tratt. contratti* Rescigno e Gabrielli, 2ª ed., Utet, Torino, 2006, p. 1407 ss.

Gentili, A.: *Il diritto come discorso*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2013.

Giaimo, G.: *Conversione del contratto nullo. Art. 1424*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, continuato da Busnelli, Giuffrè, Milano, 2012.

Gianniti, P.: "Conversioni contrattuali proprie e improprie", *Contr. impr.*, 1990, p. 1103 ss.

Gilmore, G.: *La morte del contratto* (1974), trad. it. a cura di A. Fusaro, Giuffrè, Milano, 1987 (rist. 1999).

Girolami, M.: "L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?" *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, p. 154 ss.

Gitti, G.: "Divieto del patto commissorio, frode alla legge, «*sale and lease back*»", *Riv. trim.*, 1993, p. 457 ss.

Giussani, A.: "Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite", *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1564 ss.

Gradi, M.: "Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della «terza via»", *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 826 ss.

Grondona, M.: *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Giappichelli, Torino, 2011.

Guastini, R.: *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 2011.

Guizzi, G.: "Le Sezioni Unite e le «nullità selettive» nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica", *www.dirittobancario.it*.

Irti, N.: "La nullità come sanzione civile", *Contr. impr.*, 1987, p. ___ ss.

La Fata, F.: "L'art. 1424 c.c. quale canone interpretativo del negozio invalido? Note a margine del nuovo ruolo integrativo-funzionalizzatore del giudice sugli atti di autonomia privata", in Federico, A. e Perlingieri, G. (a cura di): *Il contratto*, Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, Esi, Napoli, p. 115 ss.

La Spina, A.: *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Giuffrè, Milano, 2012.

Laghezza, P.: "Declaratoria ufficiosa della nullità del contratto e Sezioni Unite 2.0: il giudicato implicito", *Danno resp.*, 2015, p. 599 ss.

Laghi, P.: *L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale*, Cedam, Padova, 2012.

Lipari, N.: *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017.

Luiso, F.P.: *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Giuffrè, Milano, 2017.

Macario, F.: "Adeguamento e rinegoziazione", in Gabrielli, E. (a cura di): *I contratti in generale*, II, in *Tratt. contratti* Rescigno e Gabrielli, 2ª ed., Utet, Torino, 2006, p. 1851 ss.

Maffeis, D.: "Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere", *Contratti*, 2008, p. 403 ss.

Maffeis, D.: "Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e la restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, p. 160 ss.

Maffeis, D.: "Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo", *www.dirittobancario.it*.

Malvagna, U.: "Credito fondiario, nullità «a vantaggio del cliente» e legittimazione di altri", *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, p. 139 ss.

Mancuso, L.: "Conversione del negozio nullo ed elemento soggettivo", *Foro pad.*, 2010, I, c. 25 ss.

Mandrioli, C. e Carratta, A.: *Diritto processuale civile*, I, Giappichelli, Torino, 2017.

Mandrioli, C.: *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 20ª ed., Giappichelli, Torino, 2009.

Manfred, K.: *Grenzen der Umdeutung rechtsgeschaeftlicher Erklaerungen* (§ 140 BGB), ed. sconosciuto, Münster, 1985.

Manfredonia, B.: "Assicurazione del credito e buona fede: a proposito di interpretazione sistematica e assiologica del contratto", *Contratti*, 2014, p. 9 ss.

Mantovani, M.: "Le nullità e il contratto nullo", in Gentili, A. (a cura di): *Rimedi*, IV, I, in *Tratt. contr.* Roppo, Giuffrè, Milano, 2006, p. 130 ss.

Marucci, B.: *Conversione sostanziale e procedimento di qualificazione del contratto*, Esi, Napoli, 2006.

Mazzamuto, S.: "Il contratto ed il potere correttivo del giudice", in Aa.Vv. (a cura di): *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, III, *Iniziativa economica e impresa*, Esi, Napoli, 2007, p. 79 ss.

Menchini, S.: "Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi dell'impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto", *Foro it.*, 2015, I, c. 931 ss.

Messineo, F.: *Il contratto in genere*, II, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 1972.

Migliorati, G.: "Mutuo fondiario: la rilevanza costituzionale del limite di finanziabilità", *Notariato*, 2018, p. 193 ss.

Minneci, U.: "Mutui fondiari e interesse del cliente: e*st modus in rebus*", *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, p. 134 ss.

Mirabelli, G.: *Dei contratti in generale*, in *Comm. c.c.* Utet, IV, 2, Utet, Torino, 1958.

Montesano, L. e Arieta, G.: *Diritto processuale civile*, I, *Le disposizioni generali*, 3ª ed., Giappichelli, Torino, 1999.

Monticelli, S.: "La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, p. 163 ss.

Monticelli, S.: *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Cedam, Padova, 1995.

Mosco, L.: *La conversione del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1947.

Murgolo, G.: "La convenzione costitutiva di una situazione reale di «uso esclusivo» sul cortile comune è incompatibile con la tipicità ed il *numerus clausus* dei rapporti reali?", *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 1635 ss.

Nanna, C.M.: *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Cedam, Padova, 2010.

Nuzzo, M.: "*Note sulla conversione dei negozi giuridici*", *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1893 ss.

Onnis Cugia, F.: "La regola dell'art. 117, comma 8°, t.u.b. e il credito fondiario", *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, p. 145 ss.

Onorato, M.: *L'accordo di interpretazione*, Giuffrè, Milano, 2009.

Pagliantini, S.: "I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE", *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, spec. p. 181 ss.

Pagliantini, S.: "La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione", *Contratti*, 2014, p. 439 ss.

Pagliantini, S.: "La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: «Eppur si muove»?, *Contratti*, 2012, p. 874 ss.

Pagliantini, S.: "Le stagioni della nullità selettiva (e del «di protezione»)", *Contratti*, 2020, p. 11 ss.

Pagliantini, S.: "Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: «*quid iuris*»?", *Foro it.*, 2015, I, c. 928 ss.

Palmieri, A. e Pagliantini, S.: "Il *post*-vessatorietà come una «*Baustelle im Dunkeln*»?", *Foro it.*, 2021, IV, c. 288 ss.

Palmieri, A.: "Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)", *Foro it.*, 2015, I, c. 816 ss.

Pardolesi, R.: "Dalla Pangea al terzo contratto?", in Aa.Vv. (a cura di): *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 2143 ss.

Partisani, R.: "La nullità (virtuale) del mutuo fondiario eccedente il limite di finanziabilità", *Giur. comm.*, 2018, II, p. 951 ss.

Patti, S.: *Le prove. Parte generale*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Guffrè, Milano, 2010.

Pennasilico, M.: "«*Ménage à trois*»: la correzione giudiziale dei contratti", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 179 ss.

Pennasilico, M.: "Controllo e conservazione degli effetti", *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 119 s.

Perlingieri, G.: "Pandemia da coronavirus, rapporti contrattuali e giusti rimedi", *Foro nap.*, 2021, p. 77 ss.

Perlingieri, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Esi, Napoli, 2013.

Perlingieri, G.: *La convalida delle nullità di protezione la sanatoria dei negozi giuridici*, Esi, Napoli, 2010.

Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015.

Perlingieri, P.: "«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss.

Perlingieri, P.: "Diritto dei contratti e dei mercati", in Aa.Vv. (a cura di): Liber amicorum *per Angelo Luminoso. Contratto e mercato*, II, Giuffrè, Milano, 2013, p. 273 ss.

Perlingieri, P.: "Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata. Sintesi di un convegno", in Id.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2003, p. 463 ss.

Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti", in Id.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2003, p. 441 ss.

Perlingieri, P.: "Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice", Femia, P. (a cura di): *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, p. 1 ss.

Perlingieri, P.: "Mercato, solidarietà e diritti umani", in Id.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civil*e, Esi, Napoli, 2003, p. 237 ss.

Perlingieri, P.: "Nuovi profili del contratto", in Id.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civil*e, Esi, Napoli, 2003, p. 415 ss.

Perlingieri, P.: "Prefazione", in Id.: *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Esi, Napoli, 2012, p. IV ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4ª ed., Esi, Napoli, 2020.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, 4ª ed., Esi, Napoli, 2020.

Pernice, C.: "Le conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario", *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 1426 ss.

Piazza, M.: "Ancora sul superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario", *Corr. giur.*, 2018, p. 165 ss.

Pietrobon, V.: "Affidamento", *Enc. giur.* Treccani, I, Istituto Treccani, Roma, 1988, p. 1 ss.

Piraino, F.: *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2015.

Polidori, S.: "Integrazione del contratto e nullità parziali", in Federico, A. e Perlingieri, G. (a cura di): *Il contratto. Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato*, Esi, Napoli, 2018, p. 69 ss.

Polidori, S.: *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, Esi, 2001.

Polidori, S.: *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Esi, Napoli, 2016.

Posner, E.A.: "The Parol Evidence Rule, the Plain Meaning Rule, and the Principles of Contractual Interpretation", *Univ. Pen. L. Rev.*, 1998, 146, p. 533 ss.

Prosperi, F.: "Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass. sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)", *Contr. impr.*, 2008, p. 936 ss.

Proto Pisani, A.: "Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite", *Foro it.*, 2015, I, c. 944 ss.

Proto Pisani, A.: *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2014.

Puhali, G.: "La Cassazione ci ripensa: nullo il mutuo fondiario oltre il limite di finanziabilità", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 21 ss.

Rabitti, M.: "*Sub* art. 1424", in Navarretta, E. e Orestano, A. (a cura di): *Dei contratti in generale*, I, *Artt. 1321-1349 c.c.*, in *Comm. c.c.* E. Gabrielli, Utet, Torino, 2011, p. 718 ss.

Renna, M.: "La fideiussione omnibus oltre l'intesa *antitrust*", *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 572 ss.

Renna, M.: *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, Pacini, Pisa, 2021.

Rizzo, F.: "Sub art. 1366", in Perlingieri, G. (a cura di): *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, 1, 3ª ed., Esi, Napoli, 2010, p. 701 ss.

Rizzo, N.: "Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 315 ss.

Rodorf, R.: "Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario", *Quest. giust.*, 2020, p. 120 ss.

Rodotà, S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969.

Roppo, V.: "Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?", *Pol. dir.*, 2007, p. 451 ss.

Roppo, V.: *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2001.

Russo, D.: *Dimensione del vizio, nullità «selettiva» e conformazione dei negozi*, Esi, Napoli, 2020.

Sacco, R.: "Il contratto invalido", in Id. e De Nova, G.: *Il contratto*, II, 3ª ed., in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, Utet, 2004, p. 551 ss.

Santoro-Passarelli, F.: "Sull'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro", *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, II, p. 50 ss.

Santoro-Passarelli, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Jovene, Napoli, 1966 (rist. 2002).

Sartoris, C.: "La sentenza delle Sezioni unite sulla nullità selettiva: tra protezione e buona fede", *Pers. merc.*, 2019, 4, p. 69 ss.

Sassi, A.: *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Esi, Napoli, 1999.

Satta, G.: *La conversione dei negozi giuridici*, Società Editrice Libraria, Milano, 1903.

Schlesinger, P.: "Principio dispositivo e interpretazione del contratto", *Temi*, 1963, p. 1135 ss.

Scognamiglio, C.: "Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede", *Corr. giur.*, 2020, p. 5 ss.

Spoto, G.: *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Giappichelli, Torino, 2007.

Stella Richter, G.: "Il principio di conservazione del negozio giuridico", *Riv. trim.*, 1967, p. 411 ss.

Taruffo, M.: "*Sub* art. 115", in Caratta, A e Taruffo, M. (a cura di): *Poteri del giudice*, in *Comm. c.p.c.* Chiarloni, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 447 ss.

Tarzia, G.: "La Cassazione modifica il suo orientamento sulla validità dei finanziamenti fondiari eccedenti il c.d. limite di finanziabilità", *Fallimento*, 2017, p. 1278 ss.

Tommasini, D.: "Il superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario", *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 388 ss.

Tommasini, R.: "Nullità (dir. priv.)", *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 866 ss.

Trimarchi, G.A.M.: "Il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata tra inadeguatezza delle categorie tradizionali e ruolo delle «clausole generali»", *Contratti*, 2020, p. 433 ss.

Triola, R.: "Gli effetti della nullità della costituzione di un diritto di uso esclusivo su parti comuni dell'edificio condominiale", *www.giustiziacivile.com*, 2021.

Tuccillo, R.: "Clausole volte a escludere l'estensione della nullità parziale", in Confortini, M. (a cura di): *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, Utet, Torino, 2017, p. 1281 ss.

Vettori, G.: "Nullità selettive e «riequilibrio effettivo». L'evoluzione della buona fede", *Pers. merc.*, 2019, 4, p. 21 ss.

VIGLIONE, F.: *Metodi e modelli di interpretazione del contratto. Prospettive di un dialogo tra* common law *e* civil law, Giappichelli, Torino, 2011.

VOLPE, F.: *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Esi, Napoli, 2004.

WIEACKER, F.: "Zur Theorie der Konversion nichtiger Rechtsgeschäfte", *Festschrift für Herm Lange*, 1992, p. 1017 ss.

ZAFFARONI, M.: "La conversione dell'atto invalido e il requisito della volontà dei contraenti", *Contratti*, 2002, p. 879 ss.

ZARRO, M.: "L'evoluzione del dibattito sulla *Drittwirkung* tra Italia e Germania", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 997 ss.

ETEROINTEGRAZIONE E GESTIONE DELLE SOPRAVVENIENZE «REGOLATORIE» NEI CONTRATTI DEI SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE

HETEROINTEGRATION AND MANAGEMENT OF "REGULATORY" SURVENIENCES IN THE CONTRACTS OF SERVICES OF GENERAL ECONOMIC INTEREST

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1890-1921

Giovanni BERTI
DE MARINIS

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il presente lavoro analizza l'impatto della normativa regolamentare emanata da parte delle Autorità amministrative indipendenti sui rapporti contrattuali che nascono fra professionista e cliente. Viene in particolare analizzata la problematica dell'eterointegrazione dei contratti anche a seguito dell'emanazione di disposizioni regolamentari sopravvenute.

PALABRAS CLAVE: Mercati regolamentati; diritto regolatorio; contratti; eterointegrazione; sopravvenienze regolatorie.

ABSTRACT: *This work analyzes the impact of the regulatory legislation issued by the independent administrative authorities on contractual relationships that arise between professional and client whith particular attention on the problem of heterointegration of contracts.*

KEY WORDS: *Regulated Markets; regulatory law; contracts; heterointegration; regulatory superveniences.*

SUMARIO.- I. I SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE (SIEG) ED IL RUOLO DEI CONTRATTI QUALI STRUMENTI DI CONFORMAZIONE DEL MERCATO.- II. AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI ED IL DIRITTO PRIVATO REGOLATORIO NEI SIEG.- III. EFFICACIA ETEROINTEGRATIVA DEGLI ATTI REGOLATORI DELLE AUTORITÀ DI SETTORE: PROFILI GENERALI.- IV. L'ETEROINTEGRAZIONE NEI CONTRATTI DEI SIEG.- V. LE SOPRAVVENIENZE REGOLATORIE E GLI EFFETTI SUL CONTRATTO.- VI. CONCLUSIONI.

I. I SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE (SIEG) ED IL RUOLO DEI CONTRATTI QUALI STRUMENTI DI CONFORMAZIONE DEL MERCATO.

Non vi è dubbio che il rapporto fra pubblico e privato assuma contorni del tutto peculiari all'interno della regolamentazione del mercato dei Servizi di interesse economico generale (anche SIEG). Si tratta, infatti, di una tipologia di servizi economici che si caratterizzano per le peculiari finalità che tramite gli stessi si perseguono e che risultano connesse alla rilevanza sociale del servizio offerto al cittadino/utente. Il contenitore normativo dei SIEG, pur trovando una sua trasposizione domestica nei c.dd. "Servizi pubblici di rilevanza economica"[1], si rinviene nell'evoluzione della disciplina comunitaria[2] che già nel Trattato di Lisbona[3] aveva dato rilevanza al settore all'interno del le politiche europee esaltando i SIEG quali valori comuni degli Stati membri in quanto strumentali a garantire e stimolare la coesione sociale e territoriale[4]. Emerge quindi l'esigenza di imporre agli Stati

1 La giurisprudenza costituzionale ha considerato fungibile la definizione di SIEG con quella di Servizio pubblico di rilevanza economica. V. sul punto Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, in *Giur. cost*., 2010, p. 4501 ss. Su tale pronuncia v. le considerazioni di Antonelli, V.: "Novità normative e giurisprudenziali in tema di servizi pubblici locali", *Dir. econ*., 2011, pp. 141 s.

2 Preliminarmente, sul punto, Corso, G.: "I servizi pubblici nel diritto comunitario", *Riv. giur. quad. pubbl. serv*., 1999, pp. 9 ss.; Sottili, V.: "Servizio pubblico e diritto comunitario", in AA. VV.: *Servizi essenziali e diritto comunitario* (a cura di L.G. Radicati di Brozolo), Giappichelli, Torino, 2001, pp. 7 ss.; De Lucia, L.: *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 49 ss.; Sorace, D.: "Il servizio di interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici", *Dir. pubbl*., 2004, pp. 1009 ss.; Capantini, M.: "I servizi pubblici tra ordinamento nazionale, comunitario ed internazionale", in AA. VV.: *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici* (a cura di A. Massera), Plus, Pisa, 2004, pp. 15 ss.

3 Tramite tale Trattato era stato inserito l'art. 7D, poi rinumerato nell'art. 16 TCE, ed oggi, a seguito del Trattato di Lisbona, inserito all'art. 14 TFUE nel quale emerge l'attenzione europea verso tale profilo. Cfr., in dottrina, Gozi, S.: "Prime riflessioni sul trattato di Amsterdam: luci ed ombre sul futuro dell'unione", *Riv. it. dir. pubbl. com*., 1997, p. 925; Radicati di Brozolo, L.G.: "La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale", *Dir. un. eur*., 1998, p. 529; Rangone, N.: "I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario", *Gior. dir. amm*., 2005, pp. 433 ss.

4 Riferimenti in tal senso in Frignani, A. e Rossi, G.: "Che cosa resterà dello «spazio audiovisivo europeo»? Considerazioni critiche prima e dopo l'approvazione del protocollo integrativo sul servizio pubblico radiodiotelevisivo (e del nuovo art. 7 D del Trattato)", *Dir. inf*., 1997, pp. 677 ss.; Caranta, R.: "Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni", *Regioni*, 2011, pp. 1178 ss.

• Giovanni Berti de Marinis
Professore Associato di diritto dell'economia, Università degli Studi di Perugia. E-mail: giovanni.bertidemarinis@unipg.it.

membri l'obbligo di garantire l'efficienza degli stessi e, soprattutto, la loro fruibilità da parte di tutti i cittadini[5].

A tale presa di posizione[6], si accompagna l'individuazione di una pur sommaria disciplina di principio contenuta all'attuale art. 106, comma 2 TFUE[7] nel quale, pur assoggettando i SIEG ai principi dettati in tema di concorrenza, si apre alla possibilità di introdurre correttivi alle regole concorrenziali che siano strumentali e necessari a permettere una corretta erogazione del servizio ed una sua ottimale fruizione da parte del cittadino/utente[8]. La deroga ad una piena concorrenza risulta strumentale, in tale ambito, a legittimare l'introduzione di obblighi di servizio antieconomici[9] ed a giustificare le conseguenti remunerazioni spettanti all'erogatore del servizio pubblico[10] che, in un regime di piena e libera concorrenza, erogherebbe il servizio in funzione del criterio della mera economicità dell'attività[11].

5 Maresca, M.: "L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli users' rights", *Dir. un. eur.*, 2005, pp. 441 ss. e, soprattutto, Lucarelli, A.: "La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia", *Giur. cost.*, 2010, p. 4646, secondo il quale «La collocazione dell'art. 14 TFUE nella prima parte del Trattato, relativa ai principi, dimostra l'importanza che i redattori hanno voluto attribuire a tale disposizione. L'articolo enfatizza la specifica missione attribuita ai servizi di interesse economico generale, espressione dei valori comuni e strumenti decisivi per la promozione della coesione sociale e territoriale».

6 Non va trascurato come la garanzia per qualunque soggetto di accedere ai SIEG venga anche sancito dall'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, a seguito del Trattato di Lisbona, entra a far parte del tessuto di principi e valori su cui si fonda l'UE (art. 6 TUE). Cfr., in dottrina, Lucarelli, A.: "Art. 36", in AA. VV.: *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE* (a cura di R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto), Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 251 ss.; Porchia, O.: "Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico", *Dir. un. eur.*, 2002, pp. 633 ss. Sul punto v., pure, le considerazioni di Cintioli, F.: "Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza", *Dir. un. eur.*, 2006, pp. 471 s.

7 L'art. 106, comma 2, TFUE, cosí recita: «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione».

8 V., diffusamente, Caputi, G.: *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2002, *passim*. Cfr., le specifiche riflessioni di Battistini, C.: "Liberalizzazioni e concorrenza nella regolamentazione del trasporto ferroviario europeo", *Dir. un. eur.*, 2010, pp. 609 s. e, ancora, Lucarelli, A.: "*La Corte costituzionale*", cit., p. 4646, ove afferma che «l'art. 106 comma 2 TFUE riconosce all'istituzione pubblica, a certe condizioni, il potere di valutare l'opportunità politico-sociale ed economica, oltre che organizzativo-gestionale, di affidare il servizio al di fuori delle regole del mercato e della concorrenza. Il limite alla regola della concorrenza, di cui all'art. 106, comma 2 TFUE, riferito alla specifica missione alla quale devono tendere i servizi di interesse economico generale, da una lettura armonica con l'art. 14 TFUE e con l'art. 36 della Carta europea dei diritti fondamentali, viene potenziato sotto l'aspetto quantitativo e qualitativo dall'imprescindibile rispetto e perseguimento dei valori sociali dell'Unione europea».

9 Su cui, Filpo, F.: "La nuova disciplina dell'Unione europea in materia di aiuti di stato per la compensazione di oneri di servizio pubblico", *Contr. impr./Eur.*, 2013, pp. 102 ss.

10 Se il mercato concorrenziale, improntato a logiche di massimizzazione dei profitti, non è in grado di assicurare universalmente l'erogazione di un determinato servizio è evidente che lo stesso sia caratterizzato da prestazioni antieconomiche che, cioè, comportano perdite. La previsione di obblighi di servizio e, contestualmente, delle relative compensazioni pecuniarie è proprio il modo per assicurare la generalizzata fruibilità del servizio e, di conseguenza, la realizzazione dell'interesse sociale allo stesso connesso. Su tali profili, De Falco, V.: "Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni", Cedam, Padova, 2003, pp. 180 ss.

11 Cintioli, F.: "La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale", *www.federalismi.it*, 2012, num. 11, pp. 3, ove, riferendosi alla concorrenza, fa notare come tale regola «incontra però un limite ogniqualvolta lo Stato membro abbia affidato ad una impresa, in particolare, una specifica missione di pubblico interesse (giustificata da altrettanti *failures market*) ossia un'attività che, per le sue caratteristiche

Emergono da tale scarna disciplina alcune caratteristiche che, elaborate dall'interprete, possono aiutare a comprendere quando ci si trovi di fronte ad un SIEG[12]. Si tratta, infatti, di una definizione dai contorni incerti che richiede una verifica caso per caso circa la capacità dell'attività di erogazione del servizio – a prescindere dalla sua natura economica o meno - di incidere sulla libera concorrenza[13] all'interno di un mercato attuale o anche solo potenziale[14].

La qualificabilità di un'attività economica quale SIEG, dunque, legittima deroghe alla stretta applicazione delle regole della libera concorrenza[15] e, tutto ciò, pone in evidenza le peculiarità di tali mercati che trovano un loro riscontro positivo nelle altrettanto particolari regole pubblicistiche che lo dominano. Lungi dal voler approfondire tale ultimo argomento, queste premesse risultano però necessaria per indagare correttamente il ruolo che il contratto di utenza assume in tali ambiti di mercato. Lo strumento negoziale, ove presente, non va infatti inteso solo quale mezzo giuridico utile ad assicurare all'utente la possibilità di fruire di un SIEG alle condizioni dallo stesso stabilite ma, ampliando l'orizzonte, rappresenta il mezzo attraverso cui si avvera proprio quell'«interesse economico generale» che caratterizza tale tipologia di servizi. Con ciò si vuole dire che gli erogatori di SIEG si rivolgono ai potenziali clienti tramite contratti standard la cui "qualità" incide inevitabilmente sulla corretta erogazione del servizio e, dunque, sull'efficiente regolazione del mercato.

È proprio in tale ottica che, tornando all'oggetto della presente indagine, si intende approfondire il tema dell'eterointegrazione dei contratti di utenza e delle sopravvenienze regolatorie in settori nei quali, evidentemente, l'ordinamento è profondamente interessato alla tipologia di effetti che quei contratti sono destinati a produrre[16].

---

oggettive, intercetta un interesse diffuso nella collettività alla continuità di tali prestazioni, alla loro effettività, alla loro qualità minima, alla loro sostenibilità sul piano dei corrispettivi. Se questo accade, allora le regole di concorrenza saranno sí applicate ma entro un limite di tollerabilità; tale limite serve a consentire, in linea di diritto o di fatto, che la specifica missione possa essere portata a compimento». Ripercorre l'evoluzione normativa dei SIEG al livello comunitario, Calcagnile, M.: "Monopoli e privative nei servizi di interesse economico generale", *Gior. dir. amm.*, 2017, pp. 634 ss.

12 Lo rileva Sorace, D.: "I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo", *Dir. amm.*, 2010, p. 5.

13 Trib. primo grado, 1 luglio 2010, T-578/08 e T-573/08, *Raccolta*, 2010, II, p. 3397, punto n. 125.

14 Trimarchi Banfi, F.: "I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, pp. 1077 ss; Sabbioni, P.: "La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele piú rigorose della concorrenza", *Giur. cost.*, 2010, p. 4659, il quale afferma: «Non assume dunque rilevanza, ai fini della qualificazione del SIEG, la natura del soggetto che svolge l'attività, né che sia dotato di poteri autoritativi, o non abbia scopo di lucro, o che gli siano attribuiti compiti di interesse generale, poiché ciò che rileva è che l'attività esercitata consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato, attuale o potenziale».

15 Lo testimonia il fatto che, nonostante l'evidente apertura alle regole della concorrenza nell'ambito in questione, sia ancora massiccio il ricorso alla privativa pubblica ammessa nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 43 cost. Su tale profilo, Calcagnile, M.: "Monopoli e privative", cit., pp. 634 ss.

16 Considerazioni in tal senso in Fauceglia, D.: "La conformazione autoritativa dei contratti delle comunicazioni elettroniche", *Contratti*, 2018, pp. 475 ss.

II. AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI ED IL DIRITTO PRIVATO REGOLATORIO NEI SIEG.

Non vi è dubbio che il passaggio progressivo da una erogazione "pubblica" dei SIEG ad una "privata", abbia reso necessaria l'adozione di alcune precauzioni strumentali a creare le condizioni giuridiche affinché, in settori economici tanto particolari, si potessero sviluppare – pur con le loro peculiarità - sani meccanismi concorrenziali. Fra queste rientra, senza ombra di dubbio, sia la separazione fra gestione delle reti – ove presenti e non duplicabili a costi ragionevoli – ed erogazione del servizio[17], che la previsione di procedimenti autorizzativi volti a verificare le caratteristiche delle imprese che intendono erogare il SIEG rafforzati dalla istituzione di Autorità amministrative indipendenti[18] che, con competenze tecniche, assumono il ruolo di nuovi regolatori del singolo mercato di riferimento[19].

La pervasività di tali centri di potere testimonia come a processi di privatizzazione e liberalizzazione[20] non si associ necessariamente il fenomeno della "deregolamentazione"[21] ma che, al contrario, il venir meno di uno "Stato gestore" del servizio genera la necessità di uno forte rafforzamento dello "Stato regolatore" dello stesso[22].

17 V. le considerazioni di Romano, A.: "Profili della concessione di pubblici servizi", *Dir. amm.*, 1994, p. 466, nonché Aicardi, N.: "Energia", in AA. VV.: *Trattato di diritto amministrativo europeo* (diretto da M.P. Chiti e G. Greco), Parte speciale, II, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1027.

18 Sull'importante ruolo assunto da tali Autorità, v., in generale, Clarich, M.: "Profili giuridici della "sicurezza economica" nell'età della crisi", *Giur. comm.*, 2012, pp. 346 ss.; Longobardi, N.: "Le autorità di regolazione dei mercati", *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 41 ss.; Lazzara, P.: *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova, 2001, pp. 75 ss.; Napolitano, G.: "Liberalizzazioni e buona amministrazione", *Gior. di. amm.*, 2015, pp. 293 ss.; Torchia, L.: "La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei", *www.giustizia-amministrativa.it*, 2013; De Leonardis, F.: "Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia", *Dir. econ.*, 2018, pp. 697 ss.

19 Sull'importanza che assumono i poteri regolatori delle Autorità amministrative indipendenti soprattutto in funzione della liberalizzazione dei mercati di riferimento, v. Irti, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, V ed., Laterza, Bari, 2003, p. 112; Cassese, S.: "Regolazione e concorrenza", in AA. VV.: *Regolazione e concorrenza* (a cura di G. Tesauro e M. D'Alberti), Il Mulino, Bologna, 2000, p. 19; Delli Priscoli, L.: "Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni", *Giur. comm.*, 2014, p. 377.

20 Sull'evoluzione dei SIEG, v. Marchianò, G.: "Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei SIEG", *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2013, pp. 1021 ss.

21 Mette in parallelo la politica di privatizzazione con interventi di deregolamentazione, Cassese, S.: "Stato e mercato, dopo privatizzazioni e «deregulation»", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, pp. 378 ss. Con diversa impostazione, Majone, G. e La Spina, A.: "«Deregulation» e privatizzazione: differenze e convergenze", *Stato e mercato*, 1992, p. 172.

22 Cfr., sul punto, Majone, G. e La Spina, A.: "Lo stato regolatore", *Riv. trim. sc. amm.*, 1991, n. 3, pp. 23 ss.; Clarich, M. e Pisaneschi, A.: "Privatizzazioni", *Dig. disc. pubbl.*, Agg. I, Utet, Torino, 2000, p. 435, i quali affermano che «i processi di privatizzazione devono essere accompagnati, specie nei Paesi nei quali lo Stato ha assunto i caratteri di intervento diretto nell'economia ("stato gestore"), da un ripensamento delle politiche regolative all'insegna della liberalizzazione e della istituzione di apparati di regolazione di nuovo tipo». Analoghe considerazioni in Farinella, D.: "Il servizio pubblico fra monopolio e concorrenza", *Amministrare*, 2001, p. 299. Analogamente, Carabba, M.: "Privatizzazione di imprese ed attività economiche", *Dig. disc. pubbl.*, XI, Utet, Torino, 1996, p. 559, che, in maniera estremamente chiara, afferma: «Laddove si riduce la sfera di intervento pubblico diretto nell'economia e/o l'area di esclusiva dei pubblici poteri, tende a porsi l'esigenza di un tessuto di norme e di Autorità indipendenti volte a disciplinare e controllare le attività economiche private in vista del corretto funzionamento del mercato e della tutela della concorrenza. All'espandersi delle privatizzazioni si accompagna l'ampliarsi delle "regolazioni"». V., ancora, le considerazioni di Ricciuto, V.: "Lo stato committente. Lo stato regolatore", in AA. VV.: *Impresa*

L'evoluzione normativa dei SIEG ha, quindi, riconosciuto una forte centralità al ruolo delle Autorità amministrative indipendenti[23] che, però, ha prodotto non poche difficoltà ermeneutiche in relazione alla possibilità di riconoscere alle stesse il potere di incidere attraverso i propri atti regolatori sull'esercizio dell'autonomia privata[24] e, segnatamente, sulla libertà di determinare il contenuto dei contratti che l'erogatore del SIEG conclude con l'utente.

Il policentrismo normativo che caratterizza le fonti di produzione nei moderni sistemi economici[25], quindi, trova proprio nei provvedimenti normativi delle Autorità amministrative indipendenti[26] una delle sue più consistenti espressioni[27]. Fra le variegate e multiformi tipologie di atti che emanano tali Autorità[28] si rinvengono, infatti, provvedimenti regolatori a carattere generale la cui portata normativa non sembra possa essere esclusa sulla scorta della mera natura amministrativa del soggetto che le emana[29]. Tali provvedimenti[30], infatti, possono presentare tanto la

pubblica e intervento dello Stato nell'economia (a cura di R. Di Raimo e V. Ricciuto), Esi, Napoli, 2006, pp. XL s.

23 Napolitano, G. e Zoppini, A.: "La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati", in AA. VV.: *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto* (a cura di G. Gitti), Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 125 ss.

24 Preliminarmente, sul punto, Angelone, M.: *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, Esi, Napoli, 2012, *passim*; Ferrari Zumbini, A.: *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Giappichelli, Torino, 2016, *passim*.

25 V., sul punto, le considerazioni di Modugno, F.: "Fonti del diritto", *Dig. disc. pubbl.*, Agg. IV, Utet, Torino, 2010, pp. 192 ss.

26 Su cui, preliminarmente, Franzoni, S.: "L'attività di regolazione della Autorità indipendenti", *Dir. econ.*, 2008, pp. 372 ss. e di recente, anche per una prospettiva di diritto comparato, Zarro, M.: *Poteri indipendenti e rapporti civili. Italia, Germania e diritto europeo*, Esi, Napoli, 2015, pp. 72 ss.; Solinas, C.: *Il contratto amministrato*, Esi, Napoli, 2018, pp. 78 ss.

27 Geninatti Satè, L.: "I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità", *Dir. pubbl.*, 2005, pp. 924 ss.; Berti, G.: "Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto", in AA. VV.: *L'autonomia privata e le autorità indipendenti* (a cura di G. Gitti), Il Mulino, Bologna, 2006, p. 37; Libertini, M.: "Eteronomia e autonomia nella produzione normativa. Autorità indipendenti, mercati e regole", *Riv. it. scienza giur.*, 2010, p. 63; Guarracino, F.: "L'adozione degli atti di regolazione delle autorità del mercato bancario, finanziario, assicurativo e previdenziale", in Aa. Vv.: *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, I, Cedam, Padova, 2010, p. 237; Luchena, G.: "Autorità indipendenti e Costituzione economica", *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2016, pp. 1 ss. Sull'evoluzione storica subita da tali nuovi centri di regolazione, Genghi, M.: "Profili problematici delle autorità amministrative indipendenti*", Nuova rass.*, 2012, pp. 763 ss.

28 Alpa, G.: "I poteri regolamentari delle autorità indipendenti", in AA. VV.: *Istituzioni, mercato e democrazia* (a cura di S. Amorosino, G. Morbidelli e M. Morisi), Giappichelli, Torino, 2002, pp. 22 ss.; Maugeri, M.R.: "Effetto conformativo delle decisioni delle autorità indipendenti nei rapporti privati", in Aa. Vv.: *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, Esi, Napoli, 2012, pp. 299 ss.; Titomanlio, R.: *Potestà normativa e funzione di regolazione: la potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Bologna, 2012, pp. 27 ss.

29 Cfr., in generale, le riflessioni di Rescigno, G.U.: "Atti normativi ed atti non normativi", *Giur. cost.*, 1988, p. 1518; Crisafulli, V.: *Lezioni di diritto costituzionale italiano*, II, Giuffrè, Milano, 1993, p. 254; Cerulli Irelli, V.: "Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti", in AA. VV.: *Arbitri dei mercati* (a cura di M. D'Alberti e A. Pajno), Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 79 ss. Più in concreto, propendono per assegnare carattere normativo ai regolamenti delle Autorità amministrative, Lipari, N.: *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 162; Spoto, G.: *Le invalidità contrattuali*, Jovene, Napoli, 2012, p. 47.

30 Su cui, preliminarmente, Leonardi, P.: "Atti amministrativi e autonomia negoziale", *Pers. merc.*, 2019, pp. 3 ss.

caratteristica della generalità e dell'astrattezza che caratterizza le norme[31], quanto quella di modificare l'ordinamento apportando nello stesso qualcosa di nuovo[32].

Tali fonti assumono nei fatti una profonda incidenza sulle dinamiche di mercato[33] che, tuttavia, non può portare a nascondere l'importante sfida che le stesse pongono all'interprete che ormai deve fare i conti con un sistema di fonti articolato non soltanto secondo il principio di gerarchia ma che risulta sempre più condizionato dal principio di competenza[34] il quale, però, finisce spesso per entrare in potenziale contrasto con il principio di legalità e con quello di riserva di legge. Se da un lato è vero che tali Autorità vengono investite di poteri regolatori su delega del legislatore ordinario, è altrettanto evidente l'ampissimo margine di discrezionalità[35] che tendenzialmente viene lasciato a tali "nuovi" centri di produzione normativa[36].

Tali brevi considerazioni generali sono riferibili anche, ovviamente, ai mercati dei servizi di interesse economico generale nei quali spetta sovente proprio alle Autorità di settore intervenire "normativamente" al fine di plasmare i processi concorrenziali in maniera funzionale alla realizzazione tramite il mercato proprio di quell'interesse generale che rappresenta la loro anima[37]. Tali atti regolatori, per lo più volti a dettare norme di condotta per gli erogatori dei servizi, non mancano però di manifestare la potenziale capacità di incidere sui contratti di utenza e

31 Sandulli, A.M.: "Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo", in Aa. Vv.: *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, II, Cedam, Padova, 1957, p. 454.

32 Amorosino, S.: "I giudici amministrativi e le attività economiche", *An. giur. econ.*, 2018, p. 453, il quale evidenzia come sovente tali regolamenti siano il frutto dell'esercizio di una discrezionalità piena. Cfr., pure, le considerazioni di Politi, F.: "Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti", *Enc. giur.* Treccani, 2001, p. 4; Id.: "La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio", in AA. VV.: *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale* (a cura di N. Longobardi), 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2009, pp. 299 ss.

33 Jacovitti, E.: "Osservazioni sui regolamenti delle Autorità indipendenti", *Arch. giur.*, 2010, pp. 251 ss. e, spec., p. 254, dove segnala come «emerge una sempre maggiore espansione dei poteri extra-parlamentari e una conseguente attenuazione della legalità, la quale assume contorni sempre piú sfumati, fino ad essere quasi annullata in favore della massima efficienza. Di tale fenomeno, inaccettabile per chi sostiene il suddetto principio nel suo senso sostanziale, non rimane che prendere atto».

34 Cfr., sul punto, le considerazioni di Giannini, M.S.: "Consob", in AA. VV.: *Consob. L'istituzione e la legge penale* (a cura di G.M. Flik), Giuffrè, Milano, 1987, pp. 865 ss.; Modugno, F.: "Fonti del diritto (gerarchia delle)", *Enc. dir.*, Agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 583 s., il quale fa notare come «quanto piú, d'altro canto, si moltiplicano le figure regolamentari, e quanto piú esse si moltiplicano secondo una logica di specializzazione, tanto piú si aprono spazi in cui il rapporto, che dovrebbe essere di subordinazione con la legge e paritetico con atti equivalenti, è alterato dall'operare della competenza».

35 Va segnalato, sotto tale profilo, come una parte della dottrina abbia parlato espressamente di una sorta di «delega in bianco» o di una sorta di applicazione della c.d. teoria dei poteri impliciti che, di fatto, va a determinare una estensione dei poteri regolatori delle Autorità fino a ricomprendervi qualunque profilo che si dimostri funzionale al raggiungimento delle finalità che l'ordinamento gli assegna. In questo senso, Morbidelli, G.: "Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti", *Dir. amm.*, 2007, p. 703; Carrera, C.: "Autonomia contrattuale e potere regolamentare dell'autorità per l'energia elettrica ed il gas", *Urb. app.*, 2013, pp. 1220 ss.; Impinna, M.: "I poteri regolamentari dell'AEEG, l'autonomia contrattuale e i poteri impliciti", *Gior. amm.*, 2014, pp. 169 ss.

36 Politi, F.: "Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti", cit., pp. 1 ss.

37 Si pensi, fra le altre, all'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA), All'autorità per le telecomunicazione (AGCom) ed all'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART).

sui rapporti che tramite gli stessi si generano fra utente ed erogatore del SIEG[38] ponendo, quindi, il problema della natura di tali regole e degli effetti privatistici che le stesse possono generare[39].

III. EFFICACIA ETEROINTEGRATIVA DEGLI ATTI REGOLATORI DELLE AUTORITÀ DI SETTORE: PROFILI GENERALI – IV. L'ETEROINTEGRAZIONE NEI CONTRATTI DEI SIEG.

Il profilo che appare centrale è quello di comprendere se – ed eventualmente in che misura – la vincolatività delle disposizioni di diritto regolatorio possa generare fenomeni di eterointegrazione del contratto di utenza eventualmente associati a una previa declaratoria di nullità della clausola negoziale contrastante[40].

Nonostante nella dottrina pubblicistica si tenda ad assicurare la "prevalenza" dell'atto regolatorio sulle disposizioni contrattuali confliggenti[41], più cauta risulta una parte della dottrina civilistica la quale individua un limite invalicabile nella natura di fonte secondaria da attribuire ai provvedimenti a carattere normativo delle Autorità. Questi, proprio a causa di tale loro natura, non potrebbero derogare il principio di libertà contrattuale sancito da una norma primaria (art. 1322 c.c.) peraltro sorretta da solide basi costituzionali (art. 41 cost.)[42].

Tale posizione, però, sembra vacillare di fronte alla considerazione che la stessa Costituzione nel sancire la libertà di iniziativa economica – dalla quale si desume il rilievo costituzionale della libertà negoziale – apre ad una sua limitazione affermando che la stessa non possa svolgersi «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41, comma 2 Cost.). Allo stesso modo, riserva alla legge il ruolo di stabilire i programmi

38 Del Prato, E.: "Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti", *Riv. dir. priv.*, 2001, pp. 515 ss.; Gitti, G. e Delfini, F.: "Autonomia privata e tipizzazione contrattuale", *Riv. dir. priv.*, 2007, pp. 490 ss.; Solinas, C.: "Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato", *Contr. impr.*, 2010, p. 1369.

39 Analizzano le interrelazioni fra autonomia privata e poteri delle Autorità indipendenti, De Nova, G.: "Provvedimenti delle autorità indipendenti e disciplina dei contratti", *Società*, 2001, p. 520; Orlandi, M.: "Autonomia privata e Autorità indipendenti", *Riv. dir. priv.*, 2003, pp. 271 ss.; Ceridono, G.: "Le autorità amministrative indipendenti fra fonti del diritto e giustizia costituzionale", in AA. VV.: *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto* (a cura di N. Lipari), Esi, Napoli, 2006, pp. 465 ss.; Di Bona, L.: *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, Esi, Napoli, 2008, pp. 44 ss. Recentemente, anche se in chiave più generale, Azara, A.: "Fonti sub-primarie e integrazione del contratto", *Giust. civ.*, 2020, pp. 194 ss.

40 Ampiamente, di recente, Angelone, M.: "Diritto privato «regolatorio», conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities", in AA. VV.: *Il contratto* (a cura di A. Federico e G. Perlingieri), Esi, Napoli, 2019, pp. 89 ss.

41 Napolitano, G.: *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 226; Merusi, F.: "Il diritto amministrativo comune nelle comunicazioni elettroniche", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, pp. 1276 ss.; Id.: "Il potere normativo delle autorità indipendenti", in AA. VV.: *L'autonomia privata e le autorità indipendenti* (a cura di G. Gitti), cit., pp. 43 ss.

42 Orlandi, M.: "Autonomia privata", cit., pp. 280 ss.; Macario, F.: "Autorità indipendenti, regolamentazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali", in AA. VV.: *L'autonomia privata e le autorità indipendenti* (a cura di G. Gitti), cit., p. 209.

e i controlli volti ad indirizzare e coordinare l'iniziativa economica privata a fini sociali (art. 41, comma 3 Cost.)[43].

Il tutto, dando per assodato che l'autonomia negoziale possa essere assoggettata a compressioni, sembra potersi inquadrare nella necessità di comprendere se l'esercizio di un potere regolatorio da parte delle Autorità sia o meno in linea con la riserva di legge che la Costituzione impone testualmente per la determinazione dei programmi e controlli ma che la giurisprudenza costituzionale, di fatto, estende anche ai limiti previsti dal secondo comma dell'art. 41 Cost.[44]. Sotto questo profilo, il fatto che si tratti di una riserva relativa di legge risolve solo in parte il problema che ci si sta ponendo. Se infatti sarebbe qui sufficiente la presenza di una delega contenuta nella legge ordinaria in favore delle Autorità di settore – che nei casi oggetto di analisi è sicuramente presente -, si ripropone, però, la necessità di indagare la compatibilità rispetto ad una riserva di legge relativa della discrezionalità – a volte estremamente ampia ma forse fisiologica in ambiti economici tanto peculiari, complessi ed esposti a rapidi mutamenti della situazione di fatto[45] – che continuano a possedere tali centri amministrativi di produzione del diritto.

Si tratta, come pare evidente, di una problematica risolvibile solo caso per caso ma, nella ricorrenza degli "schemi" normativi utilizzati per assolvere alla riserva, non sembrano riscontrarsi carenze invalicabili al fine di qualificare le disposizioni regolamentari oggetto di attenzione come compatibili con il dettato costituzionale. Le norme primarie, pur lasciando discrezionalità contenutistica al potere regolamentare delle Autorità, ne fissano però le finalità e gli ambiti di intervento funzionalizzando il potere regolatorio al perseguimento dei peculiari obiettivi tipici di tali mercati.

Non bisogna dimenticare che numerose e sostanziali sono le deroghe che vengono previste alle "libertà" economiche nei mercati dei SIEG sia nella Carta costituzionale (art. 43 cost.) che nelle fonti comunitarie[46]. Ciò testimonia la consapevolezza che all'interno di tali mercati si assista alla presenza di un rapporto peculiare fra "autorità" e "libertà" nel quale lo stesso contratto deve essere visto non quale esaltazione del potere di autonormazione dei privati ma, al contrario, quale strumento giuridico che sia in grado di proiettare all'interno del rapporto di utenza gli interessi generali emergenti nei mercati dei SIEG.

43 Sulle difficoltà ermeneutiche poste dalla norma in relazione al potere regolatorio amministrativo, v. Ramajoli, M.: "La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.", *Dir. amm.*, 2008, pp. 121 ss.

44 Corte cost., 12 dicembre 1957, n. 129, *Giur. cost.*, 1957, 1229 ss., 1242; più genericamente 26 gennaio 1957, n. 29, *ivi*, 1957, 404; 13 aprile 1957, n. 50, *ivi*, 1957, 621; 18 gennaio 1958, n. 4, *ivi*, 1958, 17; Corte cost., 14 febbraio 1962, n. 4, in *Giur. cost.*, 1962, con nota di C. Esposito, "I tre commi dell'art. 41 della Costituzione".

45 Evidenzia una certa tendenza a valutare in maniera meno rigida il rapporto fra riserva di legge e Autorità amministrative indipendenti, Merusi, F.: *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 71 ss.

46 V. *supra*.

Lo stesso contratto è, infatti, un atto di normazione[47] che in funzione della "delega" contenuta all'art. 1322 c.c., permette ai privati di individuare una "regola condivisa" che disciplini il rapporto nascente proprio fra quei soggetti che hanno voluto quella regola. Come ogni strumento al quale l'ordinamento riconosce il potere di dettare una regola, anche il contratto va funzionalizzato al raggiungimento degli scopi che l'ordinamento intende perseguire all'interno di ciascun mercato[48].

Tramite il diritto regolatorio, quindi, si procede proprio a limitare la regola contrattuale, quale espressione di un atto di normazione secondaria, alla quale si tende ancora a riconoscere forse una eccessiva forza di resistenza rispetto ad ingerenze esterne che tuttavia, soprattutto in determinati ambiti economici, risultano assolutamente necessarie.

L'efficienza, l'adeguatezza, l'accessibilità anche economica dei SIEG passano non soltanto attraverso una attenta disciplina che sorvegli le condotte delle imprese erogatrici di tali servizi, ma transitano anche attraverso schemi contrattuali che traducano i suddetti obblighi in elementi giuridicamente coercibili da parte dell'utente.

Non sembrano quindi rinvenirsi ostacoli che impediscano di affermare, in astratto, la vincolatività del diritto privato regolatorio all'interno dei contratti per l'erogazione di SIEG che, dunque, dovranno uniformarsi – per spontanea decisione delle parti o per effetto dei rimedi applicabili ai sensi degli artt. 1418 c.c., 1419 c.c. e 1339 c.c.- a quanto dispongono tali atti regolatori ove se ne riscontri l'imperatività[49]. È evidente, infatti, come il giudizio circa la natura imperativa o meno dei regolamenti non possa dipendere dalla loro collocazione gerarchica[50] ma dai valori e principi che l'ordinamento tenta di veicolare tramite l'atto regolatorio emesso dall'Autorità amministrativa indipendente[51].

47 V., sul punto, le riflessioni di Di Raimo, R.: *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Esi, Napoli, 2003, pp. 36 s. e, spec., p. 108.

48 Si soffermano sul contratto quale fonte del diritto del caso concreto, Maisto, F.: *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Esi, Napoli, 2016, pp. 130 ss.; Lipari, N.: *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Esi, Napoli, 2016, p. 7.

49 Riconosce natura imperativa alle disposizioni emanate dalle Autorità amministrative indipendenti, Semeraro, M.: "Appunti sulla nullità delle clausole contrarie ai provvedimenti delle Autorità Indipendenti", in AA. VV.: *Percorsi di diritto civile* (a cura di R. Di Raimo, M. Francesca e A.C. Nazzaro), Esi, Napoli, 2011, pp. 290 ss.

50 Cfr., sul punto, Di Marzio, F.: *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 2008, p. 429; Angelone, M.: *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, cit., p. 181, secondo il quale «va súbito sgombrato il campo da ogni facile inganno precisando che l'imperatività di una norma, quale capacità di strutturare dall'interno l'attività di autoregolamentazione dei privati, non dipende né risente della collocazione gerarchica della fonte che la pone». Sul punto le considerazioni di Semeraro, M.: "*Provvedimenti delle autorità indipendenti e patologie contrattuali (premesse ricostruttive)*", *Conc. merc.*, 2012, pp. 653 ss., ma spec. pp. 671 s.

51 Sia consentito, sul punto, il rinvio alle considerazioni già svolte in Berti de Marinis, G.: *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione*, Esi, Napoli, 2019, pp. 123 ss.

IV. L'ETEROINTEGRAZIONE NEI CONTRATTI DEI SIEG.

Le riflessioni sopra svolte risultano strumentali a verificare la potenziale portata eterointegrativa dei regolamenti della Autorità competenti per i mercati dei SIEG[52].

Il complesso sistema normativo relativo alle disposizioni che permettono l'eterointegrazione del contratto[53], vede quale disposizione centrale – per quello che qui interessa – l'art. 1339 c.c. che sancisce l'inserzione automatica di clausole e prezzi imposti dalla legge con una portata sostitutiva rispetto alle clausole difformi[54]. Sotto tale profilo, la dottrina non ha mancato di segnalare come il termine "legge" contenuto nell'articolo da ultimo menzionato, vada inteso in senso ampio e tale, cioè, da ricomprendere non soltanto la legge intesa in senso formale ma anche tutte quelle disposizioni che dettino regole di natura vincolante[55]. Tale ultima disposizione viene letta in combinato disposto con l'art. 1419, comma 2 c.c.[56] che, nel disciplinare la nullità parziale delle clausole contrattuali, rappresenta lo strumento normativo tramite cui si espunge, ove necessario, la clausola difforme

52 Pur con diversità di impostazioni, tendono a qualificare i regolamenti delle Autorità quali fonti di eterointegrazione del contratto, Alpa, G.: *Le stagioni del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 160; Ricciuto, V.: "Nuove prospettive del diritto privato dell'economia", in AA: VV.: *Diritto dell'economia* (a cura di E. Picozza e V. Ricciuto), Giappichelli, Torino, 2013, p. 256; Mazzamuto, S.: *Il contratto di diritto europeo*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2015, p. 151. Particolarmente controversa è, oggi, la natura giuridica delle linee guida ANAC su cui v. Licciardello, S.: "Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo codice degli appalti", *Federalismi.it*, 2016, pp. 1 ss.; Deodato, C.: "Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?", *Giustamm.it*, 2016, pp. 1 ss.; Santoro, M.P.: "La disciplina dei contratti pubblici tra semplificazione e regolazione", *Giustamm.it*, 2016, pp. 1 ss.; Delle Foglie, M.: "Verso un "nuovo" sistema delle fonti?, Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici", *Giustamm.it*, 2017, pp. 1 ss.; Mantini, P.: "Autorità nazionale anticorruzione e soft law nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici", *Giustamm.it*, 2017, pp. 1 ss.; Federico, A.: "Integrazione del contratto e poteri regolatori delle Autorità Amministrative Indipendenti. Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nella costruzione del regolamento contrattuale", *Rass. dir. civ.*, 2017, pp. 818 ss.; Fazio, M.: "Le linee guida dell'ANAC in materia di contratti pubblici: un breve excursus fra vecchi problemi di inquadramento e l'attuale ritorno al regolamento unico", *Dir. econ.*, 2020, pp. 725 ss.

53 Ampiamente, sul punto, Sacco, R.: "Sostituzione delle clausole contrattuali", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg. VII, Utet, Torino, 2012, p. 996. Il fatto che i contraenti possano vedere estesi i loro reciproci obblighi oltre quelli espressamente pattuiti è dato direttamente ricavabile dall'art. 1374 c.c. Sul punto, Capobianco, E.: *Il contratto. Dal testo alla regola*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 177 s.; Scognamiglio, C.: *L'integrazione*, in *Tratt. contr.* Rescigno e Gabrielli, Utet, Torino, 2006, pp. 1149 ss.; Breccia, U.: "Fonti del diritto contrattuale", *Enc. dir.*, Ann. III, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 414 ss.; Franzoni, M.: *Degli effetti del contratto*, II, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2013, *passim*.

54 Per una prima ricostruzione delle principali problematiche connesse alla disposizione citata, Addis, F.: "Art. 1339", in AA: VV.: *Codice civile commentato* (a cura di G. Bonilini, M. Confortini e C. Granelli), 4□ ed., Utet, Torino, 2012, pp. 2922 ss. Da ultimo, con specifici riferimenti anche al potere integrativo degli atti emanati dalle Autorità indipendenti, Ricciuto, V.: "L'integrazione dei contratti di impresa. Dilatazione o estinzione della fattispecie?", *Riv. dir. impr.*, 2017, pp. 313 ss.

55 Rodotà, S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 37; Perlingieri, G.: *La convalida delle nullità di protezione*, Esi, Napoli, 2010, pp. 97 ss.; Id.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità*, Esi, Napoli, 2013, p. 84; Rizzo, F.: "Art. 1339", in AA. VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. Perlingieri), 3ª ed., Esi, Napoli, 2010, p. 518; Capobianco, E.: "Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi", in AA. VV.: *Annuario del contratto* (a cura di A. D'Angelo e V. Roppo), Giappichelli, Torino, 2015, pp. 64 ss.

56 Senza pretesa di esaustività, Galgano, F.: "Artt. 1418 – 1419", in AA. VV.: *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Zanichelli -Società editrice del foro italiano, Bologna – Roma, 1998, pp. 144 ss.; Franceschelli, V.: *Nullità del contratto*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 153 ss.

per riempire poi il vuoto lasciato dalla declaratoria di invalidità con la clausola imposta dalla legge[57].

Non bisogna stupirsi, quindi, che tali profili siano stati oggetto di forte attenzione proprio in relazione alla portata integrativo/sostitutiva dei provvedimenti regolatori delle Autorità[58] ai quali, proprio per effetto della loro portata cogente, si dovrebbe riconoscere efficacia eteroconformativa sul regolamento negoziale[59].

Un evidente banco di prova per testare la portata pratica delle considerazioni che sopra si sono svolte è rappresentato dalla peculiare situazione nella quale si trova il mercato energetico e della distribuzione dell'acqua, la cui complessità e delicatezza[60] ha imposto una copiosa normativa multilivello[61] volta a creare un mercato che risulti funzionale alla realizzazione degli interessi generali che l'ordinamento, proprio tramite quei processi economici, cerca di attuare.

Non vi è dubbio che l'erogazione di servizi energetici ed idrici possa essere inquadrata nell'ambito di quello che la normativa comunitaria definisce come SIEG[62] e che la sua progressiva liberalizzazione abbia imposto l'istituzione di una

57 Evidenziano lo stretto rapporto fra artt. 1339 c.c. e 1419, comma 2 c.c., Roppo, V.: "Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede", *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 718; Duvia, P.: "La sostituzione automatica di clausole nell'art. 1419, comma 2, cod. civ.", *Riv. dir. priv.*, 2008, pp. 789 ss.; Franceschelli, V.: *Nullità del contratto*, cit., pp. 175 ss.; Prussiani, C.: "Nullità ed eteroregolamentazione del contratto al tempo delle Autorità amministrative indipendenti", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 135 la quale, riflettendo sul fenomeno, fa notare come «il fenomeno sostitutivo risultante dalla combinazione degli artt. 1419, comma 2°, e 1339 cod. civ. si compone di due fasi fra loro legate da un nesso di consequenzialità logica: in primo luogo, la nullità parziale del contratto; quindi l'integrazione automatica di clausole in sostituzione di quelle invalide. In questa sequenza, è allora evidente che la nullità parziale del contratto precede – logicamente – l'introduzione coattiva di clausole, con funzione prodromica ad essa». Con una impostazione in parte diversa, Viti, V.: "Provvedimenti normativi dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas ed integrazione contrattuale", *Giur. it.*, 2014, pp. 1602 s., secondo la quale «pur riconoscendosi che l'effetto sostitutivo presupponga sempre una previa nullità parziale della clausola difforme dalla disposizione imperativa, tale nullità non necessita comunque di espressa previsione da parte di quest'ultima, derivando la stessa dal semplice contrasto fra disposizione convenzionale e legale impositiva».

58 Imbrenda, M.: "Il ruolo delle autorità indipendenti nella integrazione e conformazione del contratto", in AA. VV.: *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo* (a cura di E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma e S. Polidori), Esi, Napoli, 2017, I, pp. 915 ss.

59 Ampi riferimenti sul punto in Semeraro, M.: "«Regolazione» del «mercato»: relazioni semantiche e scelte di sistema (spunti dalla casistica)", *Rass. dir. civ.*, 2012, pp. 814 ss. e, spec., pp. 827 ss. ove si sofferma sulle difficoltà ricostruttive emergenti in seno alla giurisprudenza e sulla conseguente contraddittorietà delle sentenze emesse sul punto; Angelone, M.: "Regolamentazione «indipendente» del mercato e «conformazione in chiave protettiva» del contratto", *Riv. dir. impr.*, 2016, pp. 103 ss.; Solinas, C.: *Il contratto amministrato*, cit., pp. 131 ss. e, spec., pp. 185 ss. Sul punto v., pure, Barba, V.: "La previsione di contenuti minimi del contratto da parte delle autorità amministrative indipendenti", in AA. VV.: *I giudici e l'economia* (a cura di L. Ammannati, P. Corrias, F. Sartori e A. Sciarrone Alibrandi), Giappichelli, Torino, 2018, pp. 233 ss. ed anche in Id.: "Autorità amministrative indipendenti, nullità sopravvenuta e conformazione del contratto", *An. giur. econ.*, 2018, pp. 493 ss.

60 Politi, F.: "Energia nel diritto comunitario", *Dig. disc. pubbl.*, VII, Utet, Torino, 1991, pp. 3 ss.; Razzitti, L.: "Principi ed evoluzione della normativa e delle politica comunitaria in tema di energia elettrica", *Rass. giur. Enel*, 1996, pp. 597 ss.; Napolitano, G.: *L'energia elettrica e il gas*, in *Tratt. dir. amm.* a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1636; Colavecchio, A.: "I mercati interno dell'energia elettrica e del gas naturale: profili comunitari", *Rass. giur. Enel*, 2001, pp. 481 ss.

61 Cfr., sul punto, le considerazioni di Di Bona, L.: *Potere normativi*, cit., pp. 29 ss.; Angelone, M.: *Autorità indipendenti*, cit., pp. 133 ss.

62 Così, Vaccari, S.: "La regolazione tariffaria del servizio idrico integrato tra ideologie e vincoli normativi", *Munus*, 2018, pp. 1247 ss. Sul punto, v. pure le considerazioni di Carrozza, P.: "Vizi privati, pubbliche virtù?",

Autorità di settore con poteri regolatori[63] la quale, peraltro, risulta sotto tale profilo estremamente attiva[64].

La copiosa e variegata normativa secondaria emanata da parte dell'Autorità di regolazione per Energia Reti e Ambiente (in seguito ARERA) fonda la propria legittimità nella "delega" contenuta all'art. 2, comma 12, lett. h della l. 14 novembre 1995, n. 481 che legittima l'Autorità ad emanare «le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente».

Il carattere normativo di tale potere regolamentare non può far trascurare un dubbio interpretativo relativo, in particolare, alla portata soggettiva delle direttive in parola[65]. Il testo della norma spinge, in effetti, verso la necessità di considerare quali destinatari diretti di tali provvedimenti solo gli erogatori del servizio quali soggetti "vigilati". Tale interpretazione, sotto il profilo che qui interessa, troverebbe peraltro un supporto testuale nel comma 37 dell'art. 2 della l. n. 481 del 1995. Tale ultima disposizione, infatti, nel disciplinare i contratti di servizio tra amministrazione concedente ed erogatore, afferma espressamente che «le determinazioni delle Autorità di cui al comma 12, lettera h), costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio».

Tale espressa portata eteroconformativa delle direttive dell'ARERA sui contratti di servizio, però, non esclude di per sé che le stesse, proprio alla luce delle considerazioni sopra svolte, non possano avere anche la medesima portata diretta anche sui rapporti di utenza che legano l'erogatore del servizio al cliente. Milita in tal senso, non solo una interpretazione in chiave moderna delle fonti di eteroconformazione del contratto[66], ma anche la necessità di collocare correttamente il contratto di somministrazione all'interno del mercato di riferimento. Nel contratto di erogazione, infatti, viene a cristallizzarsi proprio la modalità concreta con cui l'erogatore del servizio si impegna ad erogare lo stesso in favore dell'utente e, di fatto, rappresenta l'esternazione tangibile del livello qualitativo del servizio offerto. In questo quadro d'insieme, se all'ARERA spetta

Dir. pubbl. comp. eur., 2012, pp. 664 ss.

63 In via preliminare, sul punto, Sclafani, F. e Zanettini, L.: "L'Autorità per l'energia elettrica e il gas", in AA. VV.: *Le autorità amministrative indipendenti* (a cura di G.P. Cirillo e R. Chieppa), Cedam, Padova 2010, pp. 374 ss. Sul potere sanzionatorio attribuito all'Autorità in parola, Barozzi Reggiani, G.: "Lo strano caso degli impegni Aeegsi. Un paradosso normativo?", *Dir. econ.*, 2016, pp. 169 ss.; Antoniazzi, S.: "Le prospettive (interrotte) di evoluzione dell'Aeegsi nella regolazione dei servizi pubblici", *Munus*, 2017, pp. 75 ss.

64 Smerchinich, F.: "Il mercato dell'energia elettrica: descrizione, funzionamento e dinamiche", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, pp. 1269 ss.

65 Si soffermano su tale problematica, Bellantuono, G.: *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 53 ss.; Semeraro, M.: "«Regolazione» del «mercato»", cit., pp. 808 ss.

66 V. *supra*.

il potere di disciplinare gli aspetti concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte del gestore, nonché di delineare i livelli qualitativi degli stessi, appare evidente come ciò sia possibile solo garantendo alle direttive anche una portata conformativa diretta sui contratti di utenza[67].

È su tali considerazioni che fonda la propria salomonica posizione la giurisprudenza ordinaria che ammette la portata eterointegrativa delle delibere ARERA sui contratti di utenza ma quale riflesso della loro diretta portata conformativa sui contratti di servizio. Secondo tale impostazione, quindi, le modifiche imposte ai contratti di servizio ai sensi dell'art. 2, comma 37 della l. 481 del 1995 tramite la normativa secondaria, proiettano i loro effetti anche sui singoli contratti di somministrazione che, per ovvie ragioni, devono adattare i loro contenuti agli standard qualitativi ed alle modalità di erogazione stabiliti nel contratto di servizio[68].

Tale impostazione, tuttavia, ha portato la stessa giurisprudenza a circoscrivere l'efficacia eteroconformativa delle direttive a seconda del contenuto che le stesse recano. In particolare, appare ormai ricorrente l'orientamento della Cassazione che nega l'operatività del fenomeno sopra descritto nelle ipotesi nelle quali la direttiva ARERA non abbia un contenuto specifico tale da imporre ai soggetti vigilati l'adozione di determinate clausole contrattuali con i rispettivi clienti finali. L'effetto eteroconformativo *ex* art. 1339 c.c., quindi, si configurerebbe solo nel caso in cui la direttiva dell'Autorità non lasci all'erogatore del servizio alcun margine di scelta circa la determinazione del contenuto contrattuale[69].

67 Così, Musto, A.: "La potestà regolamentare dell'AEEG: una fonte di integrazione del contratto?", *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, pp. 662 ss., il quale fa notare come «a sostegno dell'ammissibilità di interventi regolatori sulle condizioni giuridico economiche del rapporto di utenza, soccorre, innanzitutto, il profilo applicativo delle prescrizioni autoritative che per loro natura sono chiamate a tradursi, sotto il profilo dell'esecuzione delle prestazioni del rapporto obbligatorio, in comportamenti attuativi del contratto individuale di utenza. Si tratta, in altri termini, di previsioni che, delineando specifici comportamenti da assumere nella fase esecutiva del rapporto, non possono non incidere, a monte, anche sull'assetto prefigurato dal singolo contratto, costituendone altrettante disposizioni integrative». Sul punto v., pure, Angelone, M.: "Poteri regolatori dell'Aeeg", cit., pp. 920 ss.

68 Cass., 27 luglio 2011, n. 16401, *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 897; Cass., 8 novembre 2012, n. 19333, *Corr. giur.*, 2013, p. 603 con nota di Grondona, M.: "Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancóra) aperto"; Cass., 27 giugno 2012, n. 10730, *www.dejure.it*; Cass., 13 luglio 2012, n. 11992, *www.dejure.it*; Cass., 21 luglio 2014, n. 16559, *www.dejure.it*; Cass., 31 ottobre 2014, n. 23184, *www.dejure.it.*; Cass., 13 febbraio 2015, n. 2969, *www.dejure.it*; Cass., 6 maggio 2015, n. 9133, *www.dejure.it*; Cass., 1 dicembre 2015, n. 24450, *www.dejure.it*; Cass., 10 dicembre 2015, n. 24994, *www.dejure.it*; Cass., 29 dicembre 2015, n. 26019, *www.dejure.it*. Nella giurisprudenza di merito aderiscono a tale impostazione, fra le altre, Trib. Salerno, 8 aprile 2015, *www.dejure.it*; Trib. Milano, 21 gennaio 2020, *www.dejure.it*; Trib. Milano, 19 febbraio 2020, *www.dejure.it*.

69 In questo senso, la giurisprudenza ha ritenuto che non fosse idonea a configurare una eteroconformazione del contratto di utenza l'art. 6, comma 4 della Delibera AEEG (oggi ARERA) n. 200 del 1999 con la quale si imponeva agli erogatori del servizio di individuare almeno una modalità gratuita per il pagamento delle fatture relative alla fornitura di energia. Tale disposizione, prescrivendo un obiettivo da raggiungere e lasciando al soggetto vigilato la possibilità di individuare le modalità di pagamento delle fatture, non è contenutisticamente idonea ad integrare i contratti di utenza. Vengono per tal via respinte le pretese restitutorie di clienti che, privati della possibilità di usufruire di modalità di adempimento gratuite, chiedevano all'erogatore del servizio la restituzione dei costi sostenuti per il pagamento delle fatture. Così Cass., 30 agosto 2011, n. 17786, *www.dejure.it* cui adde Cass., 2 febbraio 2016, n. 1906, *Contratti*, 2016, p. 999

V. LE SOPRAVVENIENZE REGOLATORIE E GLI EFFETTI SUL CONTRATTO.

Ed è anche alla luce di tali considerazioni che va, da ultimo, analizzata l'ulteriore problematica delle sopravvenienze regolatorie, intendendo per tali le modifiche nella regolazione di settore che dovessero interessare contratti in corso con portata modificativa immediata delle condizioni a suo tempo negoziate.

Se si ammette, pur se ancora con qualche remora, che il diritto regolatorio possa conformare i contratti di utenza relativi ai SIEG, infatti, non può non tenersi in considerazione l'imponente proliferazione di disposizioni secondarie che, pur dettando norme valide per l'avvenire, potrebbero condizionare l'assetto dei rapporti negoziali già conclusi. Il problema da porsi è, quindi, se sia ipotizzabile o meno una eteroconformazione sopravvenuta del contratto per effetto di modifiche regolatorie[70].

Il tema va tenuto, in primo luogo, necessariamente distinto dalle problematiche connesse alla potenziale retroattività delle norme non volendosi qui indugiare sulla capacità delle sopravvenienze regolatorie di incidere *ab origine* sulle sorti del contratto o sul suo contenuto. Il principio generale prevede che la legge dispone solo per l'avvenire e, anche se tale regola non assurge nei rapporti privatistici a principio costituzionale[71], si ritiene che solo ricorrendo ragioni specifiche e puntuali possa considerarsi legittima la retroattività di una disposizione che impatti su rapporti civilistici già consolidatisi[72].

Il problema che ci si pone, quindi, riguarda i limiti entro cui, disponendo per l'avvenire, la norma sopravvenuta possa incidere immediatamente sugli effetti che il contratto deve ancora produrre in futuro. Da un lato si sente l'esigenza di preservare l'assetto che le parti volontariamente hanno dato al proprio rapporto contrattuale e, per l'effetto, l'affidamento che le stesse ripongono nella stabilità della regola privata; dall'altro si presenta la necessità di promuovere, soprattutto

ss. con nota di Fauceglia, D.: "L'eterointegrazione del contratto ad opera dei provvedimenti dell'Autorità dell'Energia elettrica e il Gas". Per la giurisprudenza amministrativa v., recentemente, Cons. St., 27 giugno 2019, n. 4422, *Giur. it.*, 2019, p. 2497, con nota di Sica, T.: "Autorità indipendenti e autonomia privata: le soluzioni del Consiglio di Stato".

70 Riflettono sul fenomeno in parola, pur con specifico riferimento alla sopravvenienza di norme primarie, Maisto, F.: "Il «diritto intertemporale»", Esi, Napoli, 2007, pp. 195 ss.; Ciatti, A.: "Contratto e applicazione immediata di norme sopravvenute (sofortwirkung)", in AA. VV.: *Diritto intertemporale e rapporti civilistici*, Esi, Napoli, 2013, pp. 155 ss.

71 Cfr., Corte cost., 8 luglio 1957, n. 118, poi ripreso e consolidato dalla successiva giurisprudenza costituzionale. In questo senso, Corte cost. 28 marzo 2008, n. 74; Corte cost. 30 settembre 2011, n. 257; Corte cost. 17 dicembre 2013 n. 308; Corte cost. 2 febbraio 2014 n. 69; Corte cost. 9 luglio 2015, n. 146

72 La dottrina tende ad ammettere la possibilità che una legge possa dettare una disciplina retroattiva solo se tale peculiare effetto sia giustificabile tramite il filtro della ragionevolezza. V., sul punto, Del Prato, E.: "Ragionevolezza, retroattività, sopravvenienza: la legge attraverso le categorie del contratto", *Giur. it.*, 2014, pp. 25 ss.; Nivarra, L.: "La retroattività della legge civile", *Eur. dir. priv.*, 2017, pp. 1219 ss.; Pugiotto, A.: "Retroattività legislativa e materia civile: Corte costituzionale e Corte EDU parlano la stessa lingua?", *Giur. cost.*, 2018, pp. 174 ss.

all'interno di mercati tanto peculiari quali quelli dei SIEG, assetti negoziali funzionali a realizzare le finalità tipiche del mercato di riferimento[73].

Il proliferare di disposizioni regolatorie ha reso infatti evidente come lo stesso assetto di tali mercati sia rimesso ad una progressiva e continua rimodulazione strumentale ad adattare il contenuto delle regole alle nuove problematiche diacronicamente emergenti nello stesso[74]. Appare verosimile ipotizzare che tali finalità non possano essere adeguatamente e tempestivamente perseguite ove non si ammetta la possibilità di un repentino adattamento della regola privata al nuovo assetto di interessi di cui il diritto regolatorio sopravvenuto si fa promotore. D'altra parte, già si è avuto modo di ribadire come anche la regola privata contribuisca a costruire il mercato valorizzando determinati interessi ed orientandolo alla realizzazione degli stessi[75].

In questo senso, se l'intervento regolatorio delle Autorità è spinto dall'esigenza di contrastare un rilevato assetto anticoncorrenziale del mercato di riferimento, si avverte in maniera ancora più intensa l'esigenza di una immediata applicazione del diritto regolatorio. Il contratto che affonda le proprie radici in un terreno economico anticoncorrenziale descrive un rapporto negoziale che, da un lato, risente inevitabilmente delle "scorie" che prosperano in quel terreno, ma che dall'altro, se non contrastato, determina la sopravvivenza nel tempo di regolamenti contrattuali che risultano espressione proprio di quei fallimenti del mercato. Si vuole dire che quel contratto non è solo un "effetto" del mercato anticoncorrenziale, ma se non adeguatamente e tempestivamente conformato, diventa parte del problema che l'ordinamento deve tentare di risolvere[76].

Descrive bene questa situazione l'inclusione di tali rapporti negoziali nella definizione di "contratto amministrato"[77] quasi che il rapporto contrattuale nasca dalla volontà delle parti per rendersi poi autonomo dalla stessa ed essere, per l'appunto, "amministrato" dalle regole dettate nel mercato di riferimento. Nell'idea di "contratto amministrato" si intravede proprio tale continuo divenire di una regola privata che, una volta nata, fuoriesce dal dominio dei contraenti per essere

73 Maisto, F.: *Il «diritto intertemporale»*, cit., p. 197. Evidenzia l'operatività del meccanismo sostitutivo-integrativo derivante dal combinato disposto dell'art. 1339 c.c. e 1419, comma 2, c.c.- pur se nelle forme di una nullità sopravvenuta -, Marchetti, G.: "La nullità "dinamica" dei contratti di durata", *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 1258 ss.

74 Cfr., Angelone, M.: *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, cit., p. 147.

75 Per il rapporto fra contratto e mercato, v. *supra*.

76 Interessanti le considerazioni di Simeoli, D.: "Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)", *Dig. disc. Priv.*, Utet, Torino, 2014, pp. 133 ss.; Id.: "Il contratto "regolato": spunti per uno studio", in AA. VV.: *Dialoghi sul diritto dell'energia*, Vol. II, *Contratti dell'energia e regolazione* (a cura di M. De Ficatiis e A. Maestroni), Giappichelli, Bologna, 2015, pp. 107 ss. ove evidenzia come i contratti nei mercati regolamentati non abbiano solo la funzione di disciplinare un rapporto fra privati ma, se correttamente conformati, assumono essi stessi un «effetto regolatorio» data la loro capacità di incidere sugli assetti del mercato di riferimento.

77 V., sul punto, Solinas, C.: *Il contratto amministrato*, cit., *passim*; Alpa, G.: "Il contratto del terzo millennio: considerazioni conclusive", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 1162 ss.

orientata autoritativamente al fine di farle perseguire gli interessi generali ai quali tendono tali mercati[78].

Rientra quindi in gioco lo spinoso problema del rapporto fra autorità e libertà all'interno del diritto dei contratti da cui dipende, ancora una volta, la soluzione circa la legittimità o meno di un adeguamento del contratto già stipulato al nuovo quadro regolatorio.

Anche sotto tale profilo appare necessario ribadire l'esigenza di tornare a pesare i valori in gioco al fine di verificare se, nel conflitto fra gli stessi, possa essere data prevalenza alle esigenze generali rispetto a quelle individuali. Tale giudizio, necessariamente, varia al variare del mercato nel quale le sopravvenienze regolatorie si incardinano, della natura dei beni e dei servizi che sono oggetto di negoziazione all'interno dei suddetti mercati e del contenuto della norma secondaria da cui dipende - per ovvie ragioni - l'impatto positivo che le stesse, se applicate immediatamente alla massa dei rapporti negoziali, sono in grado di generare in termini di maggiore efficienza del mercato[79].

Tali considerazioni pongono sotto una diversa luce anche gli eventuali strumenti negoziali utilizzabili al fine di porre al sicuro il contratto da eventuali sopravvenienze regolatorie nel mercato dei SIEG. Su tale profilo la dottrina ha evidenziato la tendenziale opportunità che i privati gestiscano con apposite clausole negoziali gli effetti di eventuali sopravvenienze normative nel tentativo di evitare che le stesse pregiudichino gli interessi delle parti per come gli stessi si stavano realizzando alla luce del regolamento contrattuale. Sarebbe quindi ipotizzabile, in linea generale, l'inclusione nel contratto di clausole che permettano la caducazione del rapporto o la sua riarticolazione al sopraggiungere di novità regolatorie[80].

Se tendenzialmente si concorda con l'opinione di quanti ritengono tali clausole pienamente valide, va però posto in evidenza come le stesse vadano sempre verificate in concreto ed in relazione alle specificità del singolo mercato. Se come detto risulta necessario riconoscere una immediata portata conformativa al diritto

78 Evidenzia come il contratto sia diventato, all'interno dei mercati regolamentati, uno strumento giuridico di realizzazione di interessi generali non necessariamente coincidenti con quelli delle parti coinvolte nel rapporto negoziale, Ricciuto, V.: "Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato", in AA. VA.: *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Esi, Napoli, 2006, pp. 975 ss.

79 Affronta la tematica, pur se in un'ottica generale e non con riferimento al diritto regolatorio, Ciatti, A.: "Contratto e applicazione immediata di norme sopravvenute (sofortwirkung)", cit., pp. 167 s. e pp. 175 s. L'A. da ultimo menzionato cita, a tal proposito, l'esempio dell'art. 163 disp. trans. che permette l'applicazione dell'art. 1384 c.c. anche ai contratti già conclusi alla data di entrata in vigore del codice. Si veda, pure, quanto dispone l'art. 185 disp. trans. in relazione all'immediata applicabilità dell'art. 1815, comma 2, c.c. in tema di pattuizioni usurarie.

80 V., in questo senso, le riflessioni di Angelone, M.: *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., pp. 223 s. il quale propone quali esempi, la previsione di clausole di recesso, clausole di scioglimento automatico del contratto, clausole risolutive espresse, clausole di indicizzazione, clausole di adeguamento automatico o di rinegoziazione.

regolatorio al fine di realizzare una corretta tenuta del mercato dei SIEG, clausole che tendano a conservare lo *status quo ante* determinerebbero una inopportuna impermeabilizzazione del regolamento contrattuale a sopravvenienze regolatorie che, invece, devono poter correggere immediatamente tutti quei rapporti negoziali i cui contenuti risultano negativamente condizionati da un mercato non ancora maturo sotto il profilo concorrenziale. Anche clausole che determinino la possibilità di generare effetti caducatori derivanti dall'emergere di sopravvenienze regolatorie, impedirebbero all'utente di poter usufruire del servizio di interesse generale che, sovente, risulta necessario – se non essenziale - al fine di poter realizzare i propri bisogni più elementari. Difficile risulta in concreto anche ipotizzare l'operatività di clausole di rinegoziazione trattandosi tendenzialmente di contratti standard e, in quanto tali, mai interessati da alcuna forma di negoziazione che permettesse all'utente di condizionare il contenuto del regolamento negoziale.

VI. CONCLUSIONI.

Volendo trarre qualche breve conclusione, va quindi ribadito come il mercato dei SIEG sia un eccellente punto di osservazione al fine di verificare il rapporto fra contratto e mercato e, tramite questo, la relazione che sussiste fra libertà dei privati ed autorità del potere pubblico. Le peculiari esigenze che l'ordinamento tenta di realizzare tramite il mercato dei SIEG, impongono un approccio alla problematica del tutto peculiare che porta a riconoscere carattere vincolante, ricorrendone i presupposti, anche a tutta quella massa di provvedimenti normativi delle Autorità di settore che, incessantemente, innovano le regole che sovrintendono tali relazioni economiche. Si tratta di interventi di natura tecnica che hanno l'ambizione di evitare e, nel caso, di correggere quei fallimenti di mercato che sono molto frequenti in ambiti economici caratterizzati da regimi concorrenziali quantomai giovani e, come tali, ancora non del tutto consolidati.

In tali circostanze, una autonomia negoziale composta da contratti unilateralmente predisposti da parte dell'erogatore del servizio può determinare la creazione di rapporti che non sono in grado di assicurare il diritto degli utenti alla fruizione di SIEG che siano caratterizzati da standard di qualità elevati, accessibilità ed economicità. Ed è proprio per evitare questo che va ribadita la necessità che tali atti di autonomia negoziali si uniformino fin dall'origine al diritto regolatorio o che subiscano delle alterazioni in funzione delle sopravvenienze regolatorie che dovessero interessarli.

Ci si rende conto che, in tal modo, gli spazi riservati all'autonomia contrattuale – intesa nella sua accezione classica - risultino, all'interno dei contratti dei SIEG, estremamente angusti. Il mercato dei SIEG ci offre l'immagine di una autonomia la cui operatività risulta di fatto limitata al mero momento genetico dell'accordo

per essere poi sopraffatta da meccanismi di eteroconformazione che potrebbero portare il contratto a produrre effetti che si collocano ben al di là delle prospettive originariamente immaginate dalle parti. Tale soluzione risulta accettabile solo ove si abbandoni una concezione "sacramentale" dell'autonomia negoziale per qualificare tale potere che l'ordinamento riconosce ai privati quale strumento da funzionalizzare al perseguimento degli scopi che l'ordinamento di volta in volta tenta di perseguire.

Questo passaggio concettuale appare, ormai, ineludibile ed ancor più necessario in settori economici nei quali lasciare totalmente libero l'egoismo degli attori del mercato potrebbe generare un sacrificio spropositato per tutti coloro che, tramite quel mercato, tentano di assicurarsi beni o servizi ormai di primario rilievo assiologico.

BIBLIOGRAFIA

Addis, F.: "Art. 1339", in AA: VV.: *Codice civile commentato* (a cura di G. Bonilini, M. Confortini e C. Granelli), 4ª ed., Utet, Torino, 2012.

Aicardi, N.: "Energia", in AA. VV.: *Trattato di diritto amministrativo europeo* (diretto da M.P. Chiti e G. Greco), Parte speciale, II, Giuffrè, Milano, 2007.

Alpa, G.: "I poteri regolamentari delle autorità indipendenti", in AA. VV.: *Istituzioni, mercato e democrazia* (a cura di S. Amorosino, G. Morbidelli e M. Morisi), Giappichelli, Torino, 2002.

Alpa, G.: "Il contratto del terzo millennio: considerazioni conclusive", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018.

Alpa, G.: *Le stagioni del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2012.

Amorosino, S.: "I giudici amministrativi e le attività economiche", *An. giur. econ.*, 2018.

Angelone, M.: "Diritto privato «regolatorio», conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities", in AA. VV.: *Il contratto* (a cura di A. Federico e G. Perlingieri), Esi, Napoli, 2019.

Angelone, M.: "Regolamentazione «indipendente» del mercato e «conformazione in chiave protettiva» del contratto", *Riv. dir. impr.*, 2016.

Angelone, M.: *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, Esi, Napoli, 2012.

Antonelli, V.: "Novità normative e giurisprudenziali in tema di servizi pubblici locali", *Dir. econ.*, 2011.

Antoniazzi, S.: "Le prospettive (interrotte) di evoluzione dell'Aeegsi nella regolazione dei servizi pubblici", *Munus*, 2017.

Azara, A.: "Fonti sub-primarie e integrazione del contratto", *Giust. civ.*, 2020.

Barba, V.: "Autorità amministrative indipendenti, nullità sopravvenuta e conformazione del contratto", *An. giur. econ.*, 2018.

Barba, V.: "La previsione di contenuti minimi del contratto da parte delle autorità amministrative indipendenti", in AA. VV.: *I giudici e l'economia* (a cura di L.

Ammannati, P. Corrias, F. Sartori e A. Sciarrone Alibrandi), Giappichelli, Torino, 2018.

Barozzi Reggiani, G.: "Lo strano caso degli impegni Aeegsi. Un paradosso normativo?", *Dir. econ.*, 2016.

Battistini, C.: "Liberalizzazioni e concorrenza nella regolamentazione del trasporto ferroviario europeo", *Dir. un. eur.*, 2010.

Bellantuono, G.: *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, Il Mulino, Bologna, 2009.

Berti de Marinis, G.: *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione*, Esi, Napoli, 2019.

Berti, G.: "Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto", in AA. VV.: *L'autonomia privata e le autorità indipendenti* (a cura di G. Gitti), Il Mulino, Bologna, 2006.

Breccia, U.: "Fonti del diritto contrattuale", *Enc. dir.*, Ann. III, Giuffrè, Milano, 2010.

Calcagnile, M.: "Monopoli e privative nei servizi di interesse economico generale", *Gior. dir. amm.*, 2017.

Capantini, M.: "I servizi pubblici tra ordinamento nazionale, comunitario ed internazionale", in AA. VV.: *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici* (a cura di A. Massera), Plus, Pisa, 2004.

Capobianco, E.: "Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi", in AA. VV.: *Annuario del contratto* (a cura di A. D'Angelo e V. Roppo), Giappichelli, Torino, 2015.

Capobianco, E.: *Il contratto. Dal testo alla regola*, Giuffrè, Milano, 2006.

Caputi, G.: *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2002.

Carabba, M.: "Privatizzazione di imprese ed attività economiche", *Dig. disc. pubbl.*, XI, Utet, Torino, 1996.

Caranta, R.: "Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni", *Regioni*, 2011.

Carrera, C.: "Autonomia contrattuale e potere regolamentare dell'autorità per l'energia elettrica ed il gas", *Urb. app.*, 2013.

Carrozza, P.: "Vizi privati, pubbliche virtù?", *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012.

Cassese, S.: "Regolazione e concorrenza", in AA. VV.: *Regolazione* e *concorrenza* (a cura di G. Tesauro e M. D'Alberti), Il Mulino, Bologna, 2000.

Ceridono, G.: "Le autorità amministrative indipendenti fra fonti del diritto e giustizia costituzionale", in AA. VV.: *Giurisprudenza costituzionale* e *fonti del diritto* (a cura di N. Lipari), Esi, Napoli, 2006.

Cerulli Irelli, V.: "Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti", in AA. VV.: *Arbitri dei mercati* (a cura di M. D'Alberti e A. Pajno), Il Mulino, Bologna, 2010.

Ciatti, A.: "Contratto e applicazione immediata di norme sopravvenute (sofortwirkung)", in AA. VV.: *Diritto intertemporale e rapporti civilistici*, Esi, Napoli, 2013.

Cintioli, F.: "La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale", *www.federalismi.it*, 2012, num. 11.

Cintioli, F.: "Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza", *Dir. un. eur.*, 2006.

Clarich, M. e Pisaneschi, A.: "Privatizzazioni", *Dig. disc. pubbl.*, Agg. I, Utet, Torino, 2000.

Clarich, M.: "Profili giuridici della "sicurezza economica" nell'età della crisi", *Giur. comm.*, 2012.

Colavecchio, A.: "I mercati interno dell'energia elettrica e del gas naturale: profili comunitari", *Rass. giur. Enel*, 2001.

Corso, G.: "I servizi pubblici nel diritto comunitario", *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 1999.

Crisafulli, V.: *Lezioni di diritto costituzionale italiano*, II, Giuffrè, Milano, 1993.

De Falco, V.: "Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni", Cedam, Padova, 2003.

De Leonardis, F.: "Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia", *Dir. econ.*, 2018.

De Lucia, L.: *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002.

De Nova, G.: "Provvedimenti delle autorità indipendenti e disciplina dei contratti", *Società*, 2001.

Del Prato, E.: "Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti", *Riv. dir. priv.*, 2001.

Del Prato, E.: "Ragionevolezza, retroattività, sopravvenienza: la legge attraverso le categorie del contratto", *Giur. it.*, 2014.

Delle Foglie, M.: "Verso un "nuovo" sistema delle fonti?, Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici", *Giustamm.it*, 2017.

Delli Priscoli, L.: "Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni", *Giur. comm.*, 2014.

Deodato, C.: "Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?", *Giustamm.it*, 2016.

Di Bona, L.: *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, Esi, Napoli, 2008.

Di Marzio, F.: *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 2008.

Di Raimo, R.: *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Esi, Napoli, 2003.

Duvia, P.: "La sostituzione automatica di clausole nell'art. 1419, comma 2, cod. civ.", *Riv. dir. priv.*, 2008.

Farinella, D.: "Il servizio pubblico fra monopolio e concorrenza", *Amministrare*, 2001.

Fauceglia, D.: "L'eterointegrazione del contratto ad opera dei provvedimenti dell'Autorità dell'Energia elettrica e il Gas", *Contratti*, 2016.

Fauceglia, D.: "La conformazione autoritativa dei contratti delle comunicazioni elettroniche", *Contratti*, 2018.

Fazio, M.: "Le linee guida dell'ANAC in materia di contratti pubblici: un breve excursus fra vecchi problemi di inquadramento e l'attuale ritorno al regolamento unico", *Dir. econ.*, 2020.

Federico, A.: "Integrazione del contratto e poteri regolatori delle Autorità Amministrative Indipendenti. Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nella costruzione del regolamento contrattuale", *Rass. dir. civ.*, 2017.

Ferrari Zumbini, A.: *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Giappichelli, Torino, 2016.

Filpo, F.: "La nuova disciplina dell'Unione europea in materia di aiuti di stato per la compensazione di oneri di servizio pubblico", *Contr. impr./Eur.*, 2013.

Franceschelli, V.: *Nullità del contratto*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2015.

Franzoni, M.: *Degli effetti del contratto*, II, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2013.

Franzoni, S.: "L'attività di regolazione della Autorità indipendenti", *Dir. econ.*, 2008.

Frignani, A. e Rossi, G.: "Che cosa resterà dello «spazio audiovisivo europeo»? Considerazioni critiche prima e dopo l'approvazione del protocollo integrativo sul servizio pubblico radiodiotelevisivo (e del nuovo art. 7 D del Trattato)", *Dir. inf.*, 1997.

Galgano, F.: "Artt. 1418 – 1419", in AA. VV.: *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Zanichelli -Società editrice del foro italiano, Bologna – Roma, 1998.

Genghi, M.: "Profili problematici delle autorità amministrative indipendenti", *Nuova rass.*, 2012.

Geninatti Satè, L.: "I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità", *Dir. pubbl.*, 2005.

Giannini, M.S.: "Consob", in AA. VV.: *Consob. L'istituzione e la legge penale* (a cura di G.M. Flik), Giuffrè, Milano, 1987.

Gitti, G. e Delfini, F.: "Autonomia privata e tipizzazione contrattuale", *Riv. dir. priv.*, 2007.

Gozi, S.: "Prime riflessioni sul trattato di Amsterdam: luci ed ombre sul futuro dell'unione", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997.

Grondona, M.: "Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancóra) aperto", *Corr. giur.*, 2013.

Guarracino, F.: "L'adozione degli atti di regolazione delle autorità del mercato bancario, finanziario, assicurativo e previdenziale", in Aa. Vv.: *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, I, Cedam, Padova, 2010.

Imbrenda, M.: "Il ruolo delle autorità indipendenti nella integrazione e conformazione del contratto", in AA. VV.: *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo* (a cura di E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma e S. Polidori), Esi, Napoli, 2017.

Impinna, M.: "I poteri regolamentari dell'AEEG, l'autonomia contrattuale e i poteri impliciti", *Gior. amm.*, 2014.

Irti, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, V ed., Laterza, Bari, 2003.

Jacovitti, E.: "Osservazioni sui regolamenti delle Autorità indipendenti", *Arch. giur.*, 2010.

Lazzara, P.: *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova, 2001.

Leonardi, P.: "Atti amministrativi e autonomia negoziale", *Pers. merc.*, 2019.

Libertini, M.: "Eteronomia e autonomia nella produzione normativa. Autorità indipendenti, mercati e regole", *Riv. it. scienza giur.*, 2010.

Licciardello, S.: "Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo codice degli appalti", *Federalismi.it*, 2016.

Lipari, N.: *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Esi, Napoli.

Lipari, N.: *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008.

Longobardi, N.: "Le autorità di regolazione dei mercati", *Dir. proc. amm.*, 2012.

Lucarelli, A.: "Art. 36", in AA. VV.: *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE* (a cura di R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto), Il Mulino, Bologna, 2001.

Lucarelli, A.: "La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia", *Giur. cost.*, 2010.

Luchena, G.: "Autorità indipendenti e Costituzione economica", *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2016.

Macario, F.: "Autorità indipendenti, regolamentazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali", in AA. VV.: *L'autonomia privata e le autorità indipendenti* (a cura di G. Gitti), Il Mulino, Bologna, 2006.

Maisto, F.: "Il «diritto intertemporale»", Esi, Napoli, 2007.

Maisto, F.: *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Esi, Napoli, 2016.

Majone, G. e La Spina, A.: "Lo stato regolatore", *Riv. trim. sc. amm.*, 1991, n. 3.

Mantini, P.: "Autorità nazionale anticorruzione e soft law nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici", *Giustamm.it*, 2017.

Marchetti, G.: "La nullità "dinamica" dei contratti di durata", *Riv. dir. civ.*, 2018.

Maresca, M.: "L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli users' rights", *Dir. un. eur.*, 2005.

Maugeri, M.R.: "Effetto conformativo delle decisioni delle autorità indipendenti nei rapporti privati", in Aa. Vv.: *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, Esi, Napoli, 2012.

Mazzamuto, S.: *Il contratto di diritto europeo*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2015.

Merusi, F.: *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2007.

Modugno, F.: "Fonti del diritto (gerarchia delle)", *Enc. dir.*, Agg. I, Giuffrè, Milano, 1997.

Modugno, F.: "Fonti del diritto", *Dig. disc. pubbl.*, Agg. IV, Utet, Torino, 2010.

Morbidelli, G.: "Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti", *Dir. amm.*, 2007.

Musto, A.: "La potestà regolamentare dell'AEEG: una fonte di integrazione del contratto?", *Nuova giur. civ. comm.*, 2010.

Napolitano, G. e Zoppini, A.: "La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati", in AA. VV.: *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto* (a cura di G. Gitti), Il Mulino, Bologna, 2006.

Napolitano, G.: "Il potere normativo delle autorità indipendenti", in AA. VV.: *L'autonomia privata e le autorità indipendenti* (a cura di G. Gitti), Il Mulino, Bologna, 2006.

Napolitano, G.: *L'energia elettrica e il gas*, in *Tratt. dir. amm.* a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2000.

Napolitano, G.: *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 226; Merusi, F.: "Il diritto amministrativo comune nelle comunicazioni elettroniche", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004.

Napolitano, G.: "Liberalizzazioni e buona amministrazione", *Gior. di. amm.*, 2015.

Nivarra, L.: "La retroattività della legge civile", *Eur. dir. priv.*, 2017.

Orlandi, M.: "Autonomia privata e Autorità indipendenti", *Riv. dir. priv.*, 2003.

Perlingieri, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità*, Esi, Napoli, 2013.

Perlingieri, G.: *La convalida delle nullità di protezione*, Esi, Napoli, 2010.

Politi, F.: "Energia nel diritto comunitario", *Dig. disc. pubbl.*, VII, Utet, Torino, 1991.

Politi, F.: "La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio", in AA. VV.: *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale* (a cura di N. Longobardi), 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2009.

Politi, F.: "Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti", *Enc. giur.* Treccani, 2001.

Porchia, O.: "Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico", *Dir. un. eur.*, 2002.

Prussiani, C.: "Nullità ed eteroregolamentazione del contratto al tempo delle Autorità amministrative indipendenti", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015.

Pugiotto, A.: "Retroattività legislativa e materia civile: Corte costituzionale e Corte EDU parlano la stessa lingua?", *Giur. cost.*, 2018.

Radicati di Brozolo, L.G.: "La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale", *Dir. un. eur.*, 1998.

Rangone, N.: "I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario", *Gior. dir. amm.*, 2005.

Razzitti, L.: "Principi ed evoluzione della normativa e delle politica comunitaria in tema di energia elettrica", *Rass. giur. Enel*, 1996.

Rescigno, G.U.: "Atti normativi ed atti non normativi", *Giur. cost.*, 1988.

Ricciuto, V.: "Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato", in AA. VA.: *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Esi, Napoli, 2006.

Ricciuto, V.: "L'integrazione dei contratti di impresa. Dilatazione o estinzione della fattispecie?", *Riv. dir. impr.*, 2017.

Ricciuto, V.: "Lo stato committente. Lo stato regolatore", in AA. VV.: *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia* (a cura di R. Di Raimo e V. Ricciuto), Esi, Napoli, 2006.

Ricciuto, V.: "Nuove prospettive del diritto privato dell'economia", in AA: VV.: *Diritto dell'economia* (a cura di E. Picozza e V. Ricciuto), Giappichelli, Torino, 2013.

Rizzo, F.: "Art. 1339", in AA. VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. Perlingieri), 3ª ed., Esi, Napoli, 2010.

Rodotà, S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004.

Romano, A.: "Profili della concessione di pubblici servizi", *Dir. amm.*, 1994.

Roppo, V.: "Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede", *Riv. dir. civ.*, 1971.

Sabbioni, P.: "La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele piú rigorose della concorrenza", *Giur. cost.*, 2010.

Sacco, R.: "Sostituzione delle clausole contrattuali", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg. VII, Utet, Torino, 2012.

Sandulli, A.M.: "Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo", in Aa. Vv.: *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, II, Cedam, Padova, 1957.

Santoro, M.P.: "La disciplina dei contratti pubblici tra semplificazione e regolazione", *Giustamm.it*, 2016.

Sclafani, F. e Zanettini, L.: "L'Autorità per l'energia elettrica e il gas", in AA. VV.: *Le autorità amministrative indipendenti* (a cura di G.P. Cirillo e R. Chieppa), Cedam, Padova 2010.

Scognamiglio, C.: *L'integrazione*, in *Tratt. contr.* Rescigno e Gabrielli, Utet, Torino, 2006.

Semeraro, M.: "«Regolazione» del «mercato»: relazioni semantiche e scelte di sistema (spunti dalla casistica)", *Rass. dir. civ.*, 2012.

Semeraro, M.: "Appunti sulla nullità delle clausole contrarie ai provvedimenti delle Autorità Indipendenti", in AA. VV.: *Percorsi di diritto civile* (a cura di R. Di Raimo, M. Francesca e A.C. Nazzaro), Esi, Napoli, 2011.

Semeraro, M.: "*Provvedimenti delle autorità indipendenti e patologie contrattuali (premesse ricostruttive)*", *Conc. merc.*, 2012.

Sica, T.: "Autorità indipendenti e autonomia privata: le soluzioni del Consiglio di Stato", *Giur. it.*, 2019.

Simeoli, D.: "Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)", *Dig. disc. Priv.*, Utet, Torino, 2014.

Simeoli, D.: "Il contratto "regolato": spunti per uno studio", in AA. VV.: *Dialoghi sul diritto dell'energia*, Vol. II, *Contratti dell'energia e regolazione* (a cura di M. De Ficatiis e A. Maestroni), Giappichelli, Bologna, 2015.

Smerchinich, F.: "Il mercato dell'energia elettrica: descrizione, funzionamento e dinamiche", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017.

Solinas, C.: "Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato", *Contr. impr.*, 2010.

Solinas, C.: *Il contratto amministrato*, Esi, Napoli, 2018.

Sorace, D.: "I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo", *Dir. amm.*, 2010.

Sorace, D.: "Il servizio di interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici", *Dir. pubbl.*, 2004.

SOTTILI, V.: "Servizio pubblico e diritto comunitario", in AA. VV.: *Servizi essenziali e diritto comunitario* (a cura di L.G. RADICATI DI BROZOLO), Giappichelli, Torino, 2001.

SPOTO, G.: *Le invalidità contrattuali*, Jovene, Napoli, 2012.

TITOMANLIO, R.: *Potestà normativa e funzione di regolazione: la potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Bologna, 2012.

TORCHIA, L.: "La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei", *www.giustizia-amministrativa.it,* 2013.

TRIMARCHI BANFI, F.: "I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008.

VACCARI, S.: "La regolazione tariffaria del servizio idrico integrato tra ideologie e vincoli normativi", *Munus*, 2018.

VITI, V.: "Provvedimenti normativi dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas ed integrazione contrattuale", *Giur. it.*, 2014.

ZARRO, M.: *Poteri indipendenti e rapporti civili. Italia, Germania e diritto europeo*, Esi, Napoli, 2015.

EN TORNO AL RETRASO JURÍDICAMENTE RELEVANTE

HESTUDY ON THE LEGALLY RELEVANT DELAY IN PERFORMANCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1922-1947

Andrea Salud
CASANOVA
ASENCIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: La relación entre la mora del deudor y el retraso no constitutivo de mora ha dado lugar, durante años, a un nutrido debate doctrinal propiciado por una regulación que no es todo lo clara que cabría desear. Entre las distintas cuestiones que esta relación suscita, destaca la que se dirige a conocer si el retraso simple puede tener algún tipo de eficacia indemnizatoria, o si es sólo el retraso moratorio el que es capaz de dar lugar a estos efectos. Aunque el sistema del Código parece ir dirigido a acoger un único tipo de retraso relevante, a través de la figura de la mora del deudor, no existe consenso en la doctrina, y alumbrar una solución clara no es tarea sencilla. A esto se ha de sumar el nivel adicional de complejidad añadido por las Propuestas de modernización del Derecho de obligaciones y contratos publicadas en los últimos años en el ámbito europeo y nacional, por cuanto en muchas de ellas se plantea un modelo de retraso que se aleja del previsto por el Código Civil. El objeto de este trabajo es analizar tanto la regulación española de la cuestión como los diferentes modelos de retraso recogidos en distintos instrumentos de actualización del Derecho de obligaciones y contratos, con el fin de estudiar si existe un verdadero cambio de paradigma en la materia y si, además, en el nuevo modelo de incumplimiento que estos textos presentan resulta verosímil, posible y útil mantener una figura como la mora del deudor, en compañía de otros mecanismos que, sin duda, terminarán por implantarse en nuestro Derecho.

PALABRAS CLAVE: Retraso; mora; incumplimiento; indemnización; retraso indemnizatorio; modernización del Derecho de obligaciones y contratos.

ABSTRACT: *Spanish regulation on delay in performance has long been debated by the doctrine; in particular, in regards to the relationship between the delay that happens after a notice of default issued by the creditor, known as "mora del deudor", and the delay occurred before said notice -or "simple delay"-. One of the most complex questions arising from this construction is whether the simple delay has the potential to cause any kind of compensable damages, or if the notice of default is always needed for claiming this type of damages. Even if the Spanish Civil Code apparently considers only the latter as relevant, providing a definitive answer is not an easy task, and the doctrine is divided. On top of this, the publication of a number of instruments aimed to the modernisation of the Law of obligations and contracts adds one more layer of complexity, since many of these texts present a new model of delay that considerably diverges from the Spanish regulations on the matter. The aim of this paper is to analyse these models, starting by Spanish law, and determinate whether the institution known as "mora del deudor" is still useful and can attain an adequate level of coordination with the main principles and mechanisms typical in the context of these modernised models, which are progressively extending their influence also to Spanish law.*

KEY WORDS: *Delay; notice of default; non-performance; compensation; damages; modernisation of the law of obligations and contracts.*

SUMARIO.- I. PUNTO DE PARTIDA: LA DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE MORA Y RETRASO Y LA CUESTIÓN SOBRE EL MERO RETRASO RELEVANTE.- II. LA REGULACIÓN DEL RETRASO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y SU INTERPRETACIÓN POR LA DOCTRINA.- 1. La tesis que defiende la irrelevancia del retraso no constitutivo de mora.- 2. La defensa del mero retraso como jurídicamente relevante.- 3. ¿Es posible dar con una solución definitiva?- 4. La adecuación de una y otra interpretación a la realidad social y económica actual.- III. NUEVAS TENDENCIAS EN EL DERECHO DE CONTRATOS. NUEVOS MODELOS DE RETRASO.- 1. El modelo general de las Propuestas supranacionales.- 2. Modelos alternativos de retraso en el contexto europeo.- 3. Las Propuestas de modernización españolas.- IV. ¿EXISTE UNA DIFERENCIA SUSTANCIAL ENTRE NUESTRA REGULACIÓN Y LA DE LAS PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN?.- V. CONCLUSIONES.

I. PUNTO DE PARTIDA: LA DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE MORA Y RETRASO Y LA CUESTIÓN SOBRE EL MERO RETRASO RELEVANTE.

Las relaciones entre mora y retraso suponen una cuestión ardua de desentrañar en nuestro ordenamiento y en la que intervienen factores de muy diverso signo, comenzando por una regulación que no es particularmente clara.

Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que, aunque "de acuerdo con su significado usual, mora o demora es –se dice- lo mismo que retraso o retardo" y que estos términos "coinciden en línea de principio", en realidad "no coinciden siempre", en palabras de Díez-Picazo[1]. En efecto, la mora puede identificarse, desde un punto de vista técnico, con la institución de la mora del deudor según se prevé por el artículo 1100 del Código Civil. De otro lado, la mención al retraso podría resultar un tanto amplia, pues no deja la situación técnica de mora de consistir en un retraso; pero, hecha en contraposición con la idea de mora, se entiende entonces referida a lo que también se conoce como retraso simple o mero retraso: esto es, el retraso no constitutivo de mora; aquél en el que incurre el deudor que todavía no ha sido intimado ni, por tanto, y siguiendo el artículo 1100 CC, constituido en mora.

Esto nos permite distinguir dos situaciones distintas, con distintas implicaciones, en la medida en que el mero retraso podría ser una situación jurídicamente irrelevante, a priori, mientras que a la situación de mora técnica se aparejan, según se ha entendido tradicionalmente, dos consecuencias: el traspaso de los riesgos y la indemnización de los daños causados.

1 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II (Las relaciones obligatorias), 6ª edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 656.

• Andrea Salud Casanova Asencio
Investigadora postdoctoral en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Murcia. Correo electrónico: acasanova@um.es.

No obstante, este esquema ha sido cuestionado por la doctrina, que se ha planteado si la mora puede entenderse como una "traducción del retraso a términos jurídicos", siendo el mero retraso "un hecho jurídicamente intrascendente", o si ésta es una "situación de responsabilidad especialmente agravada", que no impediría que el retraso simple desplegara ya ciertos efectos[2].

No hay excesiva controversia en torno a la idea de que el retraso simple puede servir como fundamento para resolver el contrato, incluso con independencia de la mora, siempre que concurran determinadas circunstancias, que la jurisprudencia ha ido perfilando en los últimos años[3]. Por tanto, el debate sobre la relevancia jurídica del mero retraso no pivota tanto en torno a esta particular consecuencia del incumplimiento. La cuestión anida, principalmente, en torno a si el retraso anterior a la constitución en mora tiene la virtualidad de causar daños indemnizables, teniendo en cuenta que el efecto de traspaso de riesgos parece vincularse más claramente sólo al retraso moratorio, y no resulta, por tanto, cuestionado como efecto de la mora.

Pues bien, la posible relevancia indemnizatoria del retraso ha suscitado un encendido debate entre nuestros autores desde que se reparara por vez primera en la existencia de un retraso diferenciado del que supone la propia mora del deudor. En la actualidad, además, las tendencias modernizadoras del Derecho de obligaciones y contratos imperantes en los últimos años en el ámbito europeo (también, hasta cierto punto, en España) pueden aportar nuevos matices al debate, en la medida en que optan por disponer un esquema de retraso que se aleja, en ciertos aspectos, de la regulación que nuestro Código Civil hace de la cuestión.

La indudable necesidad de una revisión de nuestro Derecho de obligaciones y contratos, así como la palpable permeabilidad de ciertos aspectos propios de las nuevas tendencias en la materia hacen que una reflexión actualizada sobre las relaciones entre mora y retraso, con estas tendencias *in mente*, sea de absoluta necesidad.

II. LA REGULACIÓN DEL RETRASO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y SU INTERPRETACIÓN POR LA DOCTRINA.

Las relaciones entre la mora y el retraso simple no se encuentran específicamente reguladas en el Derecho positivo español. Si acudimos al Código Civil, veremos que en el mismo se dedica un precepto específico a la mora del deudor -el artículo 1100 CC-, que dispone la forma en la que un deudor se constituye en mora.

2 *Ibíd*., p. 658.

3 *Vid*. Casanova Asencio, A. S.: *Retraso, mora y Nachfrist en la modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 72-77.

Decir que la mora se aplica a los casos en los que el deudor incurra en un retraso en el cumplimiento de la obligación puede parecer una obviedad. Pero lo cierto es que el hecho de que el artículo no se exprese explícitamente al respecto ha dado pie a manifestaciones doctrinales que plantean dudas en torno a esta idea[4]. De igual modo, el precepto no excluye la posibilidad de que el retraso producido con anterioridad a la constitución en mora tenga algún tipo de consecuencia, al igual que tampoco indica cuáles son los efectos de la mora, debiendo acudir a otros artículos para conocer este último aspecto.

Esta información se obtiene a partir de otros preceptos: los artículos 1096.3, 1182 y 1452 CC para el efecto de traspaso de riesgos, y el artículo 1101 CC, con su mención a la morosidad, para el efecto indemnizatorio -al cual se suma el artículo 1108, para las obligaciones dinerarias-.

Sin embargo, no existe precepto alguno que especifique si estos efectos serían exclusivos de la mora, o si tal vez pudieran derivarse también del retraso simple; como tampoco encontramos en nuestro ordenamiento, como sí sucede en otros -así, el francés[5]- norma alguna que determine la irrelevancia del retraso simple.

De entre los dos efectos típicos y principales de la mora, parece que existe cierto consenso doctrinal en torno a que el traspaso de los riesgos se derivaría únicamente de la mora y no del mero retraso previo a la misma[6], pues los preceptos arriba citados se refieren expresamente a la mora. La indemnización de daños y perjuicios por el retraso, por el contrario, ha propiciado una importante división doctrinal.

Ante este panorama, la doctrina se ha ocupado de analizar los distintos argumentos que podrían fundamentar la relevancia del retraso simple a efectos indemnizatorios. Podemos, al analizar las distintas aportaciones doctrinales vertidas al respecto, distinguir dos corrientes diferenciadas.

1. La tesis que defiende la irrelevancia del retraso no constitutivo de mora.

Para la doctrina española clásica, la mora se conceptualiza como la única manifestación jurídicamente relevante del retraso, hasta el punto de que no se llega a conferir, en un buen número de casos, virtualidad alguna al mero retraso. Esto puede comprobarse al observar cómo es habitual en la doctrina clásica

4 Díez-Picazo Giménez, G.: *La mora y la responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 403, 413, 416, entre otras.

5 *Vid*. art. 1231 *Code Civil* (correspondiente con el art. 1146 de la versión anterior a la reforma). Vid. también Casanova Asencio, A. S.: *Retraso, mora*, cit., pp. 158 y ss.

6 *Vid*, por todos, Gramunt Fombuena, M. D.: *La mora del deudor en el Código Civil*, Editor J. M. Bosch, Barcelona, 1993, p. 9; Díez-Picazo Giménez, G.: *La mora*, cit., pp. 460 y ss., entre otras; o Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos de*, cit., pp. 676-680.

utilizar ambos conceptos, mora y retraso, como equivalentes, entendiendo que la referencia se hace a la situación de mora técnica, que sería, por tanto, el único retraso relevante.

Así se ve en Benito Gutiérrez -con cita de jurisprudencia del momento-[7], Sánchez Román[8], Manresa[9], Demófilo de Buen[10] o Scaevola[11], en una tendencia que se sigue por autores posteriores, como Espín Cánovas[12]. Lo mismo puede apreciarse también, en relación con el Proyecto de 1851, en García Goyena[13].

Esta concepción se corresponde con la idea de que sólo es incumplimiento el culpable, y es la constitución en mora la que determina la culpabilidad del autor, de tal forma que el posible retraso acontecido con anterioridad a la situación de mora no es entendido como relevante ni es tenido como incumplimiento.

Con posterioridad, la idea de que el mero retraso puede tener alguna virtualidad indemnizatoria comienza a aparecer entre la doctrina. Uno de los primeros en hacerlo es Hernández Gil, que presenta la cuestión –en una nota a pie de página- posicionándose en contra de su eficacia, en una obra publicada en el 1962[14].

Debe tenerse en cuenta que, a estas alturas, estas ideas se manejaban ya por la doctrina de otros países, desde donde pudieron importarse. Destaca el caso italiano, donde la discusión (basada, ciertamente, en una configuración distinta de la cuestión en el *Codice Civile*)[15] se planteaba ya con total solidez[16].

7 Gutiérrez Fernández, B.: *Tratado de las Obligaciones*, 2ª edición, Tomo IV, Madrid, 1871, pp. 56-60.

8 Sánchez Román, F.: *Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil e Historia general de la legislación española*, 2ª edición, tomo IV, Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Madrid, 1899, pp. 3003, 301, 322, 333.

9 Manresa y Navarro, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, tomo VIII, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1901, pp. 55, 56.

10 De Buen, D: *Derecho civil español común (obra ajustada al cuestionario para el 2º ejercicio de oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura y al Ministerio Fiscal de 5 de enero de 1922)*, Reus, Madrid, 1922, pp. 352-354.

11 Scaevola, Q. M.: *Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada insittución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos (redactado por el Excmo. Sr. D. Pascual Marín Pérez)*, Tomo XIX (artículo 1.088 a 1.213), 2ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957, p. 576.

12 Espín Cánovas, D.: *Manual de Derecho Civil español*, vol. 3, 6ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado/ Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983, pp. 82, 131, 181, 196, 197 199, 203-205 y 209.

13 García Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo III, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, p. 51, entre otras.

14 Hernández Gil, F.: La intimación del acreedor en la mora ex persona, *Anuario de Derecho Civil*, 1962, vol. 15, n.º 2, p. 332.

15 *Vid*. arts. 1218, 1219, 1225, 1282 *Codice Civile*.

16 En la década de los 70 ya reflejaba Giorgianni como perfectamente asentada la cuestión del mero retraso como relevante a efectos indemnizatorios, posicionándose, además, a favor de esta idea (Giorgianni, M.: *L'inadempimento: corso di Diritto Civile*, 3ª edición, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1975, pp. 138 y ss.; *vid.* también Breccia, U.: *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 588). La cuestión no ha sido en absoluto pacífica en la doctrina italiana (sobre la discusión, Breccia, U.: *Le obbligazioni*, cit., pp. 601 y 602; en contra,

De vuelta a nuestra doctrina, Cano Martínez de Velasco vuelve a plantear la idea a finales de la década de los 70, para sumarse a la lista de los autores que niegan eficacia indemnizatoria al mismo, salvo para algunos supuestos muy concretos[17]. En la década siguiente, y dentro de los autores clásicos, Castán apunta que existen ya esfuerzos doctrinales por fundamentar la relevancia del mero retraso[18].

Con posterioridad, más recientemente, la postura a favor de la mora como única manifestación jurídicamente relevante del retraso se mantiene en la obra de Albaladejo[19], o en la de otros autores contemporáneos, entre los que podemos destacar a Andreu Martínez[20] o a Ordás Alonso[21].

2. La defensa del mero retraso como jurídicamente relevante.

Probablemente, los primeros autores de nuestra doctrina en señalar la existencia de ese retraso no constitutivo de mora fueran Díez-Picazo y Cardenal Fernández. Según algunos estudios, este último es el primer autor en *dar con el simple retraso relevante*[22]. No obstante, en la obra de Cardenal Fernández puede apreciarse ya una cita a Díez-Picazo, quien, fijándose, con toda probabilidad, en la doctrina italiana, en la edición del año 1970 de sus *Fundamentos* ya apunta a la cuestión que nos ocupa[23]. Con todo, Cardenal Fernández hace un estudio pormenorizado como no se había hecho hasta la fecha en nuestra doctrina.

Los argumentos en los que la doctrina defensora de esta idea se ha basado son de distinta índole. Además de otras previsiones específicas, esparcidas a lo largo del Código, en las que se hace referencia al retraso[24], ha sido el artículo 1101 CC el que ha recibido la atención de la doctrina. En particular, en primer lugar, la mención que el mismo hace a la *morosidad*, que se ha entendido que podría no relacionarse

Bianca, C. M.: *Dell'inadempimento delle obbligazioni (Art. 1218-1229)*, 2ª edición, Nicola Zanichelli Editore, Bologna/Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1979, pp. 338 y ss.).
Además de la doctrina italiana, puede verse, en Venezuela, a Melich-Orsini (Melich-Orsini, J.: "La mora del deudor en el derecho venezolano", en AAVV.: *Libro-homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967, pp. 335-396).

17 Cano Martínez de Velasco, J. I.: *La mora*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, pp. 7, 8.

18 Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español común y foral*, Tomo III (Derecho de Obligaciones: La Obligación y el contrato en general), 15ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1988, pp. 210, 213. Castán cita, en concreto, a Cardenal Fernández, en su obra de 1979, a la que nos referiremos de seguido.

19 Albaladejo, M.: *Derecho de obligaciones*, 14ª edición, Edisofer, Madrid, 2011, p. 186.

20 Andreu Martínez, B.: *El acreedor a término*, Comares, Granada, 2003, pp. 158, 159.

21 Ordás Alonso, M.: "La mora del deudor: concepto, presupuestos, efecto, cesación", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2014, núm. 7, p. 1.

22 Baraona González, J.: *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 21.

23 Cardenal Fernández, J.: *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Montecorvo, Madrid, 1979, p. 149.

24 *Vid.* Cardenal Fernández, J.: *El tiempo*, cit., pp. 334 y ss.; Baraona González, J.: *El retraso*, cit., 1998, pp. 122 y ss.

con la situación técnica de mora del deudor[25]; y, en segundo término, y de manera más mayoritaria, la referencia a la *contravención al tenor de la obligación*, como concepto lo suficientemente amplio como para entender incluida aquí la lesión producida por el retraso simple[26].

3. ¿Es posible dar con una solución definitiva?

Ciertamente, llegar al convencimiento de cuál es la solución más ajustada a nuestras normas no es tarea sencilla, y existen puntos, tanto en una como otra postura, que pueden ofrecer dudas.

Con todo, y aunque podría concebirse una mora que sirviera sólo como traspaso de riesgos, no parece que ésa sea la única función que de la misma se extrae en el contexto de nuestro Código Civil, atendiendo a la importancia del efecto indemnizatorio en relación con el propio mecanismo de la mora del deudor.

Esto se comprueba ya desde los orígenes de la mora en el Derecho romano -se fijan, concretamente, en la época republicana[27]-, pues, aunque el papel exacto de la interpelación se ha discutido[28], se entiende que se instauró como regla general período clásico[29]. En cuanto a sus efectos, no hay duda de que también se la asocia al deber de hacerse cargo tanto de los intereses, en el caso de las obligaciones pecuniarias, que se consideraban moratorios[30], como de los daños producidos en el resto de obligaciones[31].

Algo similar puede decirse de las Partidas[32]. Acercándonos a otros precedentes doctrinales directos de nuestro Código, también en la obra de Pothier se aprecia la relación entre la mora y sus dos efectos típicos[33]; al igual que ocurre en las

25 González Carrasco, C.: "La constitución en mora y la resolución por incumplimiento contractual", en AAVV.: *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (coord. por González Pacanowska, I., García Pérez, C. L.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 291, 291.

26 Cardenal Fernández, J.: *El tiempo*, cit., pp. 315, 321-325, 330-332; Baraona González, J.: *El retraso*, cit., pp. 49 y 50; Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del*, cit., pp. 657, 658, 676; Vaquero López, C.: "La mora en los contratos", en AAVV.: *Derecho Contractual Comparado: una perspectiva europea y transnacional* (coord. Por Sánchez Lorenzo, S.), 3ª edición, tomo II, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 819, 820.

27 Zimmermann, R.: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, New York, 1996, pp. 787, 791-793. Esto es, no obstante, discutido (Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del*, cit., 2008, p. 667).

28 Díez-Picazo Giménez, G.: *La mora*, cit., p. 65; Cardenal Fernández, J.: *El tiempo*, cit., 1979, pp. 233-237.

29 Cardenal Fernández, J.: *El tiempo*, cit., pp. 233, 234. Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del*, cit., p. 675; Marrone, M.: *Istituzioni di Diritto Romano*, 3ª edición, Palumbo Editore, Palermo, 2006, p. 248.

30 Marrone, M.: *Istituzioni di*, cit., p. 249.

31 Zimmermann, R.: *The Law*, cit., pp. 790, 791.

32 Scaevola, Q. M.: *Código Civil*, cit., p. 579; Manresa y Navarro, J. M.: *Comentarios al*, cit., p. 125.

33 Pothier, R. J.: *Tratado de las Obligaciones* (trad. española), Parte Primera, Imprenta y Litografía de J. Roger, Barcelona, 1839, pp. 103, 104, 130, 423 y ss.

Concordancias de García Goyena respecto al Proyecto de 1851[34], o, en fin, en la obra de algunos de los primeros comentaristas del Código Civil[35].

Reparando en su formulación actual en nuestro Derecho, y aunque los términos de los artículos 1100 y 1101 CC no son todo lo claros que se desearía, parece que el juego entre ambos preceptos puede justificadamente hacernos pensar que no estaba prevista, al menos, de inicio, la relevancia del mero retraso, toda vez que el artículo 1101 se refiere explícitamente a la morosidad -que cabe identificar con la situación técnica de mora[36]- y no contiene ninguna otra previsión específica relativa al tiempo[37]. Y, aunque la idea de la contravención al tenor de la obligación es ciertamente amplia, si se hubiera querido utilizar para dar cabida al retraso, entonces no habría habido necesidad de nombrar específicamente la morosidad, pues ambos supuestos de retraso se habrían considerado incluidos en dichas contravenciones. A la postre, parece difícil que, al redactarse el Código, se pensara en incluir al mero retraso en las contravenciones; básicamente, porque no se le daba importancia autónoma con respecto a la mora. También por ello, el argumento en torno al silencio del Código en torno a la posible relevancia o no del retraso simple resulta poco relevante.

Otra cortapisa de relevancia para apreciar la eficacia indemnizatoria del mero retraso es la difícil justificación que tendría sujetar a la misma el devengo de intereses *ex* art. 1108 CC (o, en sede de compraventa, el artículo 1501 CC) y no hacer lo propio respecto a la indemnización de los daños sufridos en las obligaciones no pecuniarias[38]. No sólo supondría otorgar eficacia al mero retraso sólo en las obligaciones no pecuniarias, sino que, además, la mora podría resultar más útil para las partes, en orden a la previsibilidad del daño, en el caso de las obligaciones no dinerarias, en las que no existe ningún tipo de liquidación *ex ante* o reparación abstracta, *forfeitaria*, del daño (como sí ocurre en las pecuniarias[39]).

34 García Goyena, F.: *Concordancias, motivos*, cit., p. 52

35 Manresa y Navarro, J. M.: *Comentarios al*, cit., p. 578.

36 Lo hace, también, la mayoría de los autores favorables a la relevancia del mero retraso (por todos, Cardenal Fernández, J.: *El tiempo*, cit., pp. 312-320; Díez-Picazo Giménez, G.: *La mora*, cit., pp. 465, 466; Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del*, cit., pp. 657, 568).

37 Como apoyo a estas ideas, *vid.* Delgado Echeverría, J.: "La mora del deudor", en AAVV.: *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Obligaciones, vol. I, Parte General. Delito y Cuasidelito* (Lacruz Berdejo, J. L, Sancho Rebullida, F. A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F.), 2ª edición, Librería Bosch, Madrid, 1985, p. 233.

38 En este sentido, en la doctrina italiana, Benatti, F.: *La costituzione del debitore in mora*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1968, pp. 36 y ss. *Vid.* también Bianca, C. M.: *Dell'inadempimento*, cit., pp. 338 y ss. La cuestión es discutida en Italia, existiendo una corriente que entiende que tanto daños como intereses se desprenden del mero retraso, representada tradicionalmente por Giorgianni (Giorgianni, M.: *L'inadempimento*, cit., pp. 141 y ss.). En todo caso, todos ellos abogan por aplicar un mismo régimen a intereses e indemnización.
En nuestra doctrina, en contra del tratamiento conjunto de ambos efectos, Cardenal Fernández, J.: *El tiempo*, cit., pp. 185-187; Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del*, cit., 2008, pp. 676 y 677; Díez-Picazo Giménez, G.: *La mora*, cit., p. 47 (que, no obstante, entiende que el incumplimiento se verifica con la intimación, por lo que, a efectos prácticos, no se produciría la diferencia pretendida).

39 De Cupis, A.: *El daño* (Traducción de la 2ª edición italiana de 1970 y estudio preliminar por Martínez Sarrión, A.), Bosch, Barcelona, 1975, pp. 460 y ss.; Fenoy Picón, N.: "La modernización del régimen del

Incluso aunque el Código permitiera la indemnización del mayor daño, entendido éste como aquél que desborda las previsiones del artículo 1108 CC -posibilidad discutida por la doctrina[40], y no muy clara atendiendo a la literalidad del precepto-, esta opción también requeriría de una previa constitución en mora[41].

Por último, ni de la posible relevancia del mero retraso a efectos del incumplimiento distintos del indemnizatorio (por ejemplo, la resolución o la acción de cumplimiento), ni tampoco en el contexto de ciertos supuestos particulares, que podrían perfectamente funcionar a modo de *lex specialis* -si es que no son supuestos de mora automática[42]-, puede extraerse una pérdida de vigencia de la mora.

En suma, parece que poco sentido tendría considerar que el derecho a la indemnización viene no de la mora, sino del retraso, si tenemos una institución que específicamente va dirigida a canalizar el retraso jurídicamente relevante. Todo ello, en coherencia con la existencia del artículo 1100 CC, con la llamada separada a la "morosidad" del artículo 1101 CC, con la interpretación del retraso en la época, y con el hecho de que, finalmente, otra cosa en contrario no dice el Código (al menos, de manera clara y explícita y con efectos generales), y sin excluir la posible relevancia del retraso simple en orden a otros efectos.

incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios del incumplimiento", *Anuario de Derecho Civil*, 2011, vol. 64, núm. 4, p. 1626; Palazón Garrido, M. L.: "La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento", en AAVV.: *Derecho Contractual Comparado: una perspectiva europea y transnacional* (coord. por Sánchez Lorenzo, S.), 3ª edición, tomo II, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 991, 992.

40 A favor, por todos, Cano Martínez de Velasco, J. I.: *La mora*, cit., p. 112; Cardenal Fernández, J.: *El tiempo*, cit., pp. 382 y ss.; Bonet Correa, J.: "La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias", *Anuario de Derecho Civil*, 1979, vol. 32, núm. 2-3, pp. 379-384 y 393; Díez-Picazo Giménez, G.: *La mora*, cit., pp. 48, 584 y ss.; Baraona González, J.: *El retraso*, cit., pp. 300 y ss.; Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos de*, cit., p. 636-637, 677; Jiménez Muñoz, F. J.: "La resarcibilidad del "mayor daño" sufrido por el acreedor pecuniario a causa de la mora del deudor", *Anuario de Derecho Civil*, 2010, vol. 63, núm. 2, pp. 790-797. En contra, además de los autores clásicos, entre los que destaca el claro comentario de García Goyena en torno al Proyecto de 1851 (García Goyena, F.: *Concordancias, motivos*, cit., p. 544), Vattier Fuenzalida, C.: "Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1980, núm. 536, pp. 66, 67; Ruiz-Rico Ruiz, J. M.: "Cien años (y algo más) de jurisprudencia en intereses moratorios", en AAVV.: *Centenario del Código Civil* (Asociación de Profesores de Derecho Civil), vol. 2, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1914-1916; Santos Briz, J.; "Comentario a los arts. 1.108 y 1.109 CC", en AAVV.: *Comentario del Código Civil* (coord. por Sierra Gil de la Cuesta, I.), Bosch, Barcelona, 2000, pp. 152 y 156; Ordás Alonso, M.: *El interés de demora*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 145-148.

41 Ruiz-Rico Ruiz, J. M.: "Cien años", cit., pp. 1897-1899; Fernández Costales, J.: "Producción de intereses moratorios a cargo del comprador", en AAVV.: *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz* (dir. por Carrasco Perera, A.), vol. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 1603, 1604; Ordás Alonso, M.: "La mora", cit., pp. 28 y ss.;. A favor de la idea del 1108 CC como supuesto de mora automática, Baraona González, J.: El retraso, cit., pp. 296, 297. No nos parece que esta idea sea defendible a la vista del precepto (en este sentido, Ordás Alonso, *ibíd.*).

42 Lo admite Cardenal Fernández al plantear este argumento (Cardenal Fernández, J.: El tiempo, cit., pp. 334 y ss.).

4. La adecuación de una y otra interpretación a la realidad social y económica actual.

Tras todo lo dicho, se ha de admitir que la regulación del Código resulta tan poco clara, que llegar a formular una conclusión definitiva puede ser una tarea ardua; algo en lo que también coincide la doctrina favorable a la relevancia del retraso simple[43].

Sin embargo, también cabe ponderar que esta posición doctrinal tiende a partir del convencimiento de que la mora es una institución que favorece a los deudores y que, en general, "denota una economía poco escrupulosa, donde la puntualidad o el tiempo o ritmo de satisfacción de los derechos no juega un papel relevante o no suscita un interés vitalmente apreciable'"[44]. Frente a este modelo, la evolución económica acontecida desde la promulgación del Código[45] justificaría interpretar la cuestión del modo expuesto; o, incluso, buscar argumentos legales capaces de sustentar dicha interpretación[46].

Pues bien, aunque podríamos encontrarnos aquí ante una interpretación guiada por el criterio sociológico, no puede olvidarse la importancia de procurar el verdadero sentido de las normas como criterio hermenéutico principal. Y, si la interpretación que hemos defendido es la correcta, entonces un alejamiento tal aconsejaría, probablemente, una reforma, que resultaría útil tanto para adaptar las normas a la realidad social y económica, como, también, para clarificar la cuestión.

En segundo término, además, no sólo podría discutirse si la mora del deudor es una institución que redunda exclusivamente en beneficio del deudor[47], sino que tampoco cabe perder de vista que el recurso a la mora del deudor puede resultar útil en un buen número de supuestos; en particular, en la contratación entre particulares, en la que, no lo olvidemos, ni puede exigirse la misma puntualidad, ni tampoco puede entenderse que un retraso sea automáticamente dañoso[48]. Esta

43 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos de*, cit., pp. 657, 658.

44 *Ibíd*., pp. 658, 659. En el mismo sentido, Díez-Picazo Giménez, G.: *La mora*, cit., pp. 464, 465.

45 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos de*, cit., pp. 658, 659.

46 Se apunta a esta idea en Andreu Martínez, B.: *El acreedor*, cit., pp. 118, 159). Se ve muy claramente en Cardenal Fernández, cuando indica que es "conveniente" que el mero retraso sea entendido como relevante (Cardenal Fernández, J.: *El tiempo*, cit., p. 315), y entonces busca los argumentos legales que podrían apoyar esta posición. También sopesa estas ideas Díez-Picazo (Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos de*, cit., pp. 658, 659).

47 *Vid*. Rainville, P.: "Lenteur et demeure: le défaut de ponctualité en droit civil québécois et français", *Revue Juridique Thémis*, 2012, núm. 46-3, pp. 144, 145. Indica Díez-Picazo que, desde otro punto de vista, el planteamiento de la mora como único retraso relevante sirve para guarnecer el interés de acreedores de dinero tales como bancos, prestamistas y otros que se valen del juego del interés moratorio y del mecanismo de la exoneración de la prueba del daño; además del de aquellos acreedores de cosas concretas y determinadas, toda vez que en ambos casos el interés del acreedor va dirigido primordialmente al bien que es objeto de la obligación, y sólo posteriormente o en menor grado hacia el factor tiempo (Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos de*, cit., pp. 658, 659).

48 Con mayor detalle, *vid*. Casanova Asencio, A. S.: *Retraso, mora*, cit., pp. 343-348.

idea serviría para matizar y contrastar los argumentos que nos hablan sobre la conveniencia del reconocimiento del mero retraso relevante.

En todo caso, una revisión legislativa de la cuestión resultaría ciertamente procedente; idea que se refuerza a propósito de la irrupción de nuevas tendencias en la regulación del Derecho de obligaciones y contratos.

III. NUEVAS TENDENCIAS EN EL DERECHO DE CONTRATOS. NUEVOS MODELOS DE RETRASO.

1. El modelo general de las Propuestas supranacionales.

Hasta el momento nos hemos centrado, fundamentalmente, en el desarrollo que la cuestión del mero retraso ha tenido en nuestro propio ordenamiento jurídico. Pero, en los últimos años, el debate también se ha nutrido de las nuevas tendencias existentes en el Derecho de obligaciones y contratos.

En concreto, nos referimos a las soluciones aportadas por instrumentos como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías (o CISG, pos sus siglas en inglés), los Principios Unidroit, los Principles of European Contract Law (PECL, en adelante), el Anteproyecto de la Academia de Iusprivatistas de Pavía, o el Draft Common Frame of Reference (o DCFR), por quedarnos ahora únicamente con la mención a los textos supranacionales.

Todos ellos se inscriben en lo que podríamos denominar como movimiento de modernización y unificación del Derecho de obligaciones y contratos y, aunque la mayoría de ellos tienen, a día de hoy, carácter propositivo (no es, en cambio, el caso de la CISG, que sí es Derecho vigente), su influencia es palpable tanto en el ámbito académico, como también en el jurisprudencial[49], o, incluso, en el legislativo

49 Son varias las sentencias del Tribunal Supremo que mencionan los textos mencionados o recurren a los principios contenidos en ellos. Entre otras, pueden verse las SSTS 22 diciembre 2006 (RJ 2007, 307), 27 junio 2011 (RJ 2011, 5839), 21 octubre 2011 (RJ 2012, 1122), 24 abril 2012 (RJ 2012, 5134), 18 julio 2013 (RJ 2013, 5200), 25 mayo 2016 (RJ 2016, 4301), 25 abril 2018 (RJ 2018, 1687), 4 junio 2020 (RJ 2020, 1580). *Vid.* Perales Viscasillas, M. P.: "La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios UNIDROIT y los Principios del Derecho Contractual Europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas", *La Ley*, 2007, núm. 1916, p. 7; Vendrell Cervantes, C.: "The Application of the Principles or European Contract Law by the Spanish Courts", *Zeitschrift fur Europaisches Privatrecht*, 2008, núm. 3, pp. 534 y ss.; Clemente Meoro, M. E.: "La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación Española", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2011, año 65, núm. 2131, p. 5; Gómez Calle, E.: "Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador de Marco Común de Referencia", *Anuario de Derecho Civil*, 2012, vol. 1, núm. 1, p. 31; Vaquer Aloy, A.: "El Soft Law europeo en la jurisprudencia española: doce casos", *Ars Iuris Salmanticensis*, 2013, vol. 1, pp. 93-115; en sentido crítico, Palazón Garrido, M. L.: "La resolución", cit., pp. 887, 888. *Vid.* también la presentación de Morales Moreno a la versión española del DCFR (Morales Moreno, A. M.: "Presentación del profesor Antonio Manuel Morales Moreno", en AAVV.: *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)* (coord. por Jerez Delgado, C.), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pp. 23- 25).

(véase, si no, la regulación de la compraventa de consumo en el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña[50], además de otras iniciativas o reformas desarrolladas en países vecinos[51]).

En materia de retraso e incumplimiento, estos textos se distinguen por presentar un concepto de incumplimiento neutro, unitario y objetivo, y en torno al cual se estructuran sus consecuencias en forma de remedios frente al incumplimiento[52]. En este esquema, el retraso se presenta como un incumplimiento más, que, en principio, es suficiente, por sí solo, para dar acceso al acreedor a cualquiera de los remedios frente al incumplimiento. Así se aprecia en textos como los PECL (artículo 1:301 (4)), el DCFR (artículo III.1:102 (3)), los Principios Unidroit (artículo 7.1.1) o el CESL (artículo 87.1), muy claros al mencionar expresamente al retraso en sus definiciones de incumplimiento.

Esta visión del retraso, en líneas generales, se corresponde con el planteamiento de los autores defensores de la relevancia del mero retraso, en la medida en que supone otorgar eficacia –también indemnizatoria- al retraso simple, sin necesidad de interpelación o constitución en mora.

Si tratáramos de trasladar esa concepción del retraso a nuestro sistema, parece que su virtualidad indemnizatoria debería ser reconocida a través de las contravenciones al tenor de la obligación, en atención a una consideración del incumplimiento como un concepto más amplio, en el que cualquier contravención es en sí misma un incumplimiento[53]. La mora, entonces, se identificaría plenamente con la morosidad del artículo 1101 CC.

Pero lo cierto es que el modelo planteado por las nuevas tendencias va más allá de los moldes de nuestro sistema actual. Y es que, aunque nada impediría, en principio, el mantenimiento de una eficacia (más limitada) para la mora (por ejemplo, en materia de intereses), estos textos optan por eliminar la mora del deudor, propiamente, como categoría jurídica. Como ha dicho la doctrina, ésta queda desplazada como institución jurídica específica para pasar a delimitarse

50 *Vid*. arts. 621-13 (3) y 621-41 (3) CCCat, claramente inspirados en el *Common European Sales Law*.

51 Así, la reforma del *Code Civil* francés de 2016, a la que después nos referiremos; o, mucho antes, la del BGB en 2002, también influyente, a su vez, sobre el mismo proceso modernizador.

52 Morales Moreno, A. M.: *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 17-54.

53 Se ha de apuntar que admitir la eficacia del mero retraso a estos efectos supondría también discutir la cuestión de los requisitos de ese retraso de la misma manera en que hasta ahora se ha hecho con la mora. En ese sentido, nos parece que muchos de los relacionados con la mora se mantendrían con respecto al mero retraso (sería el caso, por ejemplo, de la exigibilidad de la deuda o su liquidez –en las pecuniarias-), y ello porque nos parece que son, realmente, requisitos del propio incumplimiento: si una deuda no es exigible o no es líquida no parece que el deudor pueda tener todavía la posibilidad de cumplir, no pudiendo tampoco, entonces, incumplir (en este sentido, Díez-Picazo Giménez, 1996, p. 45). *Vid*., en general, Casanova Asencio, A. S.: *Retraso, mora*, cit., pp. 132-135.

esos remedios frente al incumplimiento[54], o, dicho de otro modo, para pasar a adoptarse un nuevo sistema de incumplimiento y remedios en el que la mora no juega ya ningún papel.

La *mora debitoris* no llega a nombrarse en ninguno de los textos reseñados[55], y tampoco se regula específicamente, en correspondencia con la influencia que el Derecho anglosajón tiene sobre los textos de modernización[56]. Resulta clarificador, por destacar sólo un ejemplo, el Comentario al artículo III.-3:701 DCFR, en el que expresamente se declara que no es precisa comunicación del acreedor alguna a los efectos del resarcimiento de los daños por el incumplimiento consistente en retraso[57].

Igualmente, los dos efectos típicamente asociados a la mora se disocian de ella[58], al tiempo que otros efectos secundarios de la misma, como es el de hacer cargar al deudor con el riesgo de una posible excesiva onerosidad de la prestación sobrevenida[59], podrían ahora imputarse al propio retraso.

Ante esta situación, la tradicional mora queda vacía de contenido y pierde su utilidad. Éste sería el esquema general de retraso en el ámbito de la modernización del Derecho de obligaciones y contratos; el que podría entenderse como "esquema modernizador puro".

2. Modelos alternativos de retraso en el contexto europeo.

Aunque la generalidad de los textos modernizadores sigue, en general, el mismo sistema de incumplimiento neutro y remedios, algunos instrumentos escogen regular el retraso de un modo que varía con respecto a lo recién explicado. En concreto, en algunos de ellos existen mecanismos que pueden identificarse con la mora interpelatoria.

Comenzando con los textos normativos, es inexcusable mencionar en primer lugar la reforma del *Code Civil* francés de 2016, dedicada a modernizar la parte dedicada a la regulación de las obligaciones y los contratos, y que importa muchos de los conceptos y soluciones propios de las nuevas tendencias europeas en la materia.

54 Vaquero López, C.: "La mora", cit., p. 821.

55 Excepción hecha de la PMCC, que trataremos de seguido.

56 *Vid.* Casanova Asencio, A. S.: *Retraso, mora*, cit., pp. 122-128 y 141-145.

57 Von Bar, C., Clive, E. (ed.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, Munich, 2009, pp. 935, 937, 938. Por lo demás, no hay ningún supuesto en el propio texto en el que este requerimiento sea preciso a efectos del resarcimiento de los daños. Por ello, puede descartarse, en línea de principio, que nos encontremos ante una previsión de mora automática.

58 En relación con el traspaso de riesgos, *vid.* Casanova Asencio, A. S.: *Retraso, mora*, cit., pp. 119-120.

59 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos de*, cit., pp. 679, 680.

No obstante, el legislador francés opta por mantener ciertas instituciones de gran tradición jurídica en el país. Es el caso de la mora del deudor, a la que mantiene en su función habitual, como requisito *sine qua non* para la indemnización de los daños por retraso[60]. Pero, además, la coloca como requisito de acceso a muchos de los remedios frente al incumplimiento, otorgándole, así, una nueva función, semejante –aunque no igual- a la que en los textos de modernización asume el mecanismo de plazo adicional o *Nachfrist*[61].

El mantenimiento de la mora rema claramente a contracorriente de las principales tendencias modernizadoras, si bien puede explicarse por la particular idiosincrasia del legislador francés y supone, en todo caso, un importante acicate para la postura que defiende su mantenimiento.

Manteniéndonos en el terreno del Derecho vigente, también cabe destacar la normativa comunitaria antimorosidad[62], cristalizada en nuestro país en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Aunque no se trata de un texto modernizador al uso, su influencia en ciertos textos de esta naturaleza es clara, y, a la postre, supone una regulación del retraso en el marco de las operaciones comerciales que, sin perjuicio de las dificultades de caracterización de su sistema, dispone lo que puede calificarse como una particular mora automática[63].

Pasando ahora a las Propuestas, y todavía en el ámbito supranacional, destaca la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, conocida también como *Common European Sales Law* (en adelante, CESL). Aunque fue abandonada sin llegar a ser adoptada como Reglamento y su influencia, por tanto, es mucho menor de lo que pudo haber sido, esta Propuesta ha sido modelo de textos normativos posteriores, como ocurre con la reglamentación catalana del incumplimiento en la compraventa de consumo, ya mencionada.

Pues bien, el CESL presenta un régimen de retraso particular; un verdadero mosaico de soluciones que distingue entre un régimen general de mora sin interpelación o mora automática; un régimen de mora interpelatoria con caracteres propios para los contratos de consumo; y, por último, un régimen

60 *Vid.* arts. 1344, 1344-1, 1344-2, 1231, 1231-1, 1231-5, 1351 *Code Civil*, y Casanova Asencio, A. S.: *Retraso, mora,* cit., pp. 160-164.

61 *Vid.* arts. 1217 a 1231-7 *Code Civil*. *Vid. ibid*., pp. 164-185 y 277 y ss.

62 Esto es, las Directivas 2000/35/CE y 2011/7/EU.

63 Casanova Asencio, A. S.: *Retraso, mora,* cit., pp. 236-244.

para las obligaciones entre empresarios, claramente inspirado en la normativa antimorosidad comunitaria[64].

Todavía otras Propuestas, quizá menos relevantes a día de hoy, como el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos de la Academia de Pavía, preveía también un –por lo demás, prolijo- sistema de retraso con previsión específica de mora interpelatoria[65].

Así las cosas, y aunque no encarnan lo que podría entenderse como la corriente principal, existen también ejemplos en los que, aun implementándose todas o algunas de las tendencias modernizadoras del Derecho de contratos, se mantienen esquemas de retraso más próximos al que dispone nuestro Código Civil.

3. Las Propuestas de modernización españolas.

El impulso modernizador ha transmitido su influencia, también, a nuestro ordenamiento. Resultan de inexcusable mención, en el ámbito de las Propuestas, la Propuesta de Modernización del Código Civil –o PMCC- de 2009, elaboradas por la Comisión General de Codificación (junto con una Propuesta de Compraventa del año 2005), así como la más reciente Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil –PCC, en adelante-, publicada íntegramente en 2018[66], además de los distintos Proyectos publicados en idéntico sentido en torno al Código de Comercio.

Comenzando por la PMCC, puede decirse que sigue fielmente los dictados instaurados por la corriente modernizadora principal, en la medida en que implementa un concepto de incumplimiento en el que se incluye el retraso, sin previsión específica para la mora[67].

Éste es uno de los puntos en los que difiere en gran medida con la PCC, que, si bien puede ser considerada, como dice su propia Exposición de Motivos, como una "reelaboración" de aquélla, apuesta por incluir la figura de la mora del deudor (además, junto con la mora del acreedor), incidiendo en esta precisa cuestión en la misma Exposición de Motivos, en la que también cita como fuente de inspiración, entre otros textos, la reforma francesa de 2016.

64 *Ibíd*., pp. 248-259.

65 Ibíd., pp. 206-216.

66 El Libro V, dedicado al Derecho de obligaciones y contratos, se publicó en 2016.

67 Sí llega a nombrarla en algunas partes de su articulado, pero del estudio de la Propuesta al completo se deduce que estas menciones no pueden ser intencionadas. En este sentido, *vid*. Fenoy Picón, N.: "La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales. El incumplimiento", *Anuario de Derecho Civil*, 2010, vol. 63, núm. 1, pp. 72-73; y, de la misma autora, "La modernización… Parte Segunda", cit., p. 1626.

Este texto destaca, por tanto, por mantenerse apegado a la tradición jurídica española en este punto, incluso a pesar de seguir, por lo demás, el resto de soluciones modernizadoras (así, el concepto de incumplimiento, la batería de remedios, o los mecanismos introducidos a propósito de la resolución). La Propuesta no lo especifica, y, en este sentido, quizá se echa en falta una mayor coordinación, pero cabe entender que, si se incluye la mora, con toda probabilidad se hace para sujetar a ésta el derecho a la indemnización por retraso[68].

Por último, las Propuestas para la reforma de la legislación mercantil (ha habido varias en los últimos años) presentan un sistema complejo en materia de retraso, que no sigue, en general, la corriente modernizadora principal, por cuanto se sigue manteniendo el recurso a la mora interpelatoria (incluso en un ámbito, el de las relaciones entre profesionales, en el que quizá cabría esperar previsiones más adaptadas al mayor dinamismo de las mismas), amén de realizar la obligada referencia a la normativa antimorosidad, para las relaciones que quedan bajo su ámbito de aplicación[69].

IV. ¿EXISTE UNA DIFERENCIA SUSTANCIAL ENTRE NUESTRA REGULACIÓN Y LA DE LAS PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN?

Para responder a esta pregunta, necesariamente hay que reparar en los dos modos en los que la cuestión se regula en las aludidas Propuestas: de un lado, tenemos las que dan relevancia total al retraso y no incluyen la figura de la mora del deudor; de otro, las que incluyen a esta última.

Como es evidente, esta segunda clase de Propuestas se asemeja mucho más, en este punto, al esquema del Código Civil, sin perjuicio de las distintas interpretaciones del mismo y, también, del hecho de en ellas se proponen sistemas más o menos complejos de retraso, y diferentes entre sí.

De otro lado, el "modelo modernizador puro" (el del primer grupo mencionado) se corresponde en mayor medida con la doctrina favorable a la relevancia del retraso simple, pero, a su vez, se distingue con claridad de los planteamientos esbozados por la misma en la medida en que parte, en todo caso, de un sistema de incumplimiento que organizativamente no tiene parangón con el actualmente vigente en nuestro ordenamiento. En todo caso, aquí es donde encontramos una gran diferencia con respecto al sistema de nuestro Código.

Con todo, al estudiar la corriente modernizadora principal podríamos preguntarnos si verdaderamente estamos ante una eliminación de la mora, como

68 Con mayor profundidad, *vid.* Casanova Asencio, A. S.: *Retraso, mora,* cit., pp. 192 y ss.

69 *Ibíd*., pp. 260-268.

se ha expuesto, o, más bien, ante una generalización de la mora automática o sin interpelación. Siguiendo la segunda idea, más que la mora, se habría eliminado la interpelación; podría entenderse, incluso, que la mora se ha equiparado al retraso[70], de forma que existiría un sólo retraso, en el que convergerían la mora y el retraso simple, pudiendo ambos términos, incluso, ser utilizados indistintamente[71].

Ciertamente, puede parecer complicado señalar el criterio útil para discriminar entre una mora automática en todo caso y un simple retraso relevante a todos los efectos. Pero, si se tiene presente cuál es la función de la mora y su regulación en la actualidad, es muy difícil no detectar que el cambio sufrido es, tal vez, demasiado grande como para seguir hablando de una mora del deudor en el contexto de estos textos. En este sentido, el mismo resultado se obtiene manteniendo una mora despojada de todas sus características propias, que eliminándola y hablando directamente de retraso[72].

Y es que en las nuevas tendencias encontramos una mora automática, que no precisa de interpelación, ni de culpabilidad en el retraso; que tampoco se vincula a ningún tipo de consideración sobre la tolerancia del retraso por parte del acreedor; que, además, tampoco tiene ya aparejado el efecto de traspaso de riesgos; y que, aún más, podría incluso entenderse que tiene como propios otros muchos efectos distintos a los típicos y tradicionales de la mora, siendo ya sólo una modalidad más de incumplimiento.

La cuestión va, por tanto, mucho más allá del hecho de que se prescinda de la interpelación, que podría, teóricamente, desgajarse de la mora; aunque se encuentre tan unida a ésta y a su función que resulte un tanto inverosímil hablar de mora si ésta no va ligada a aquélla en ningún caso. Sin embargo, ya no ocurre sólo esto, sino que, además, concurre toda una suerte de circunstancias que resultan en una clara *desnaturalización* de la figura.

70 En este sentido, Perales Viscasillas, M. P.: "La Ley 3/2004 y la Directiva 2000/35: pasado, presente y futuro e impacto en el Derecho mercantil", *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 2007, núm. 5, pp. 8-13; Vaquero López, C.: "La mora", cit., pp. 849, 850.

71 Esto podría explicar que algunos autores sigan hablando de "mora" al analizar algunos de los textos aludidos (por todos, Pantaleón Prieto, F.: "Artículo 74", en AAVV.: *La Compraventa Internacional de Mercaderías: Comentario de la Convención de Viena* (Díez-Picazo y Ponce de León, L.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 1998, pp. 597 y ss.; Vaquer Aloy, A.: "Incumplimiento del contrato y remedios", en AAVV.: *Derecho Privado Europeo* (coord. por Cámara Lapuente, S.), Colex, Madrid, 2003, p. 545; Vaquero López, C.: "La mora", cit., pp. 819 y ss.), aunque, ciertamente, es muy probable que más bien se deba a la fuerza de la costumbre, al menos, en muchos de los supuestos en los que ocurre.

72 Como apoyo de nuestra postura podemos citar a Roca Trías, cuando dice que "Tanto los PECL como el texto del DCFR, eliminan la mora en el sentido en el que se ha venido entendiendo en el derecho español de acuerdo con el art. 1100 CC y que tantos problemas teóricos y prácticos ha venido produciendo"; lo que a renglón seguido relaciona con el hecho de que no se precise una intimación (Roca Trías, E.: "El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2011, año 65, n.º 2132, p. 17).

Atendidas estas consideraciones, nos parece que si todavía es posible mantener en el sistema una mora entendida en el sentido tradicional –o, incluso, si hay algunos sistemas que la mantienen-, bien podemos concluir que la mora, al menos del modo en que se entiende en la actualidad, ha dejado de existir en las nuevas Propuestas (que, recordemos, ni la nombran ni la regulan), y que los términos "mora" y "retraso" deben seguir manteniéndose en el uso que se les ha dado mayoritariamente en nuestro ordenamiento y que los distingue.

Todavía cabe hacer una última precisión. Y es que algunos autores han entendido que la mora del deudor podría estar *encarnada* en estos textos en una suerte de versión modernizada de la misma. Concretamente, a través de la figura del *Nachfrist*; un mecanismo de plazo adicional que permite otorgar una última oportunidad de cumplimiento al deudor, expirada la cual el contrato puede resolverse con independencia de la gravedad del incumplimiento inicial.

No obstante, aunque esta figura y la mora tengan, efectivamente, ciertos puntos en común, también se distinguen en un buen número de aspectos. Entre otras cuestiones que no pueden desgranarse aquí, los efectos típicos de la mora, bien delimitados en nuestro Derecho, distan en gran medida de los del *Nachfrist*, dirigido, más bien, a asegurar la efectividad de la resolución, dejando fuera de cuestión la esencialidad del incumplimiento a través de un último plazo. En todo caso, es prueba suficiente de ello, a nuestro parecer, que uno y otro mecanismo se recogen simultáneamente en varios de los instrumentos citados (así, la PCC, el CESL o la reforma francesa, entre otros), por lo que no pueden ser la misma cosa[73].

Parece claro, en suma, que el sistema apreciable en la generalidad de los textos de modernización se aleja del previsto por nuestro Código Civil.

V. CONCLUSIONES.

Tras todo lo dicho, resulta evidente que late un importante empeño por modernizar también lo tocante al retraso en el cumplimiento. La mora del deudor resulta cuestionada en su utilidad tanto por una parte importante de nuestra doctrina, como por las nuevas tendencias europeas en materia contractual.

No obstante, hemos explicado también que ésta se sigue recogiendo en ciertos textos cuya relevancia no es, ciertamente, menor -hablamos de instrumentos del calado del *Code Civil* francés tras la reforma, o, en materia de Propuestas, de la publicada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que es la más

73 En torno a la relación y distinciones entre ambos mecanismos, *vid*. Casanova Asencio, A. S.: *Retraso, mora*, cit., pp. 288-302.

reciente en el ámbito civil, sin olvidar las Propuestas mercantiles-, aunque en ellos, desafortunadamente, no siempre se articulen soluciones concretas para la correcta implementación de la mora en el sistema.

No cabe duda, en todo caso, que, para que la mora pudiera seguir formando parte de un sistema modernizado, son bastantes las cuestiones que habrían de revisarse: así, tanto su tradicional vinculación a la idea de culpabilidad, totalmente ajena al nuevo sistema de incumplimiento que se propugna, como su coordinación con los remedios frente al incumplimiento, o, de manera muy singular, sus concretas relaciones con el mecanismo *Nachfrist*[74]. Existe, en fin, poca duda en cuanto a que todos estos aspectos -nuevo concepto de incumplimiento, desligado de la idea de culpabilidad; remedios frente al incumplimiento; o mecanismo de plazo adicional para la resolución o, también, para otros remedios, como la falta de conformidad[75]- sin duda terminarán por imponerse en nuestro Derecho de obligaciones y contratos.

En todo caso, sólo merecería la pena mantener la mora y procurar su coordinación con las nuevas tendencias en la medida en que ésta siguiera resultando útil. Y, en este sentido, podría serlo, en particular y como hemos avanzado, para las relaciones entre particulares, que no deberían sujetarse a los criterios de la contratación profesionalizada, en la que -aquí sí- resultaría razonable seguir fielmente los criterios del modelo modernizador puro (que no se recogen, con todo, en las Propuestas mercantiles).

Además, sería relevante determinar la importancia práctica de la interpelación; pensando, sobre todo, en la cuestión de las obligaciones recíprocas, tan habituales en el tráfico, y cuyo régimen todavía no encuentra la interpretación unánime de la doctrina[76].

En todo caso, nada impide que, en el marco de las relaciones entre particulares, pueda pactarse una mora automática, si quiere otorgarse mayor relevancia al factor "tiempo".

74 Sobre todas estas cuestiones, en profundidad, *vid. ibid.* pp. 351-367.

75 Así se hace en las Propuestas civiles españolas (*vid.* arts. 1200 PMCC y 518-14 PCC). También podría interpretarse de este modo el más amplio art. 417-2.2 del Anteproyecto de Código Mercantil.

76 Pueden distinguirse, siguiendo a Andreu Martínez (Andreu Martínez, B.: *El acreedor*, cit., pp. 162, 163), hasta tres corrientes distintas: la que entiende que la intimación no es precisa en las recíprocas (por todos, Cristóbal Montes, en varias obras –entre otras, en Cristóbal Montes, A.: *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 33-36-); la tesis intermedia, propugnada, sobre todo, por Díez-Picazo (Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos de*, cit., pp. 680 y ss.); y la favorable a la necesidad de intimación en estos supuestos, representada por Albaladejo, en varias de sus obras (por todas, Albaladejo, M.: "La mora en las obligaciones recíprocas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1968, núm. 4). En todo caso, y sean más amplios o menos los supuestos de mora automática acogidos por el artículo 1100 CC, no puede decirse que la mora por interpelación deje de ser la regla general (en este sentido, Andreu Martínez, B.: *El acreedor*, cit., p. 148). Nuestra opinión sobre esta cuestión puede verse en Casanova Asencio, A. S.: Retraso, mora, cit., pp. 349, 350.

Sea como fuere, es evidente que nuestro Derecho de obligaciones y contratos precisa de una reforma modernizadora que lo ponga al día con las principales tendencias contractuales, y que, además, clarifique lo que en más de un sentido resulta oscuro de nuestra legislación. Con todo, esta necesaria actualización no debería conllevar la eliminación de instituciones que sean útiles para las relaciones entre particulares; y, en particular, hemos de ser cautos de no *mercantilizar* aquellas relaciones que no tengan un carácter comercial. Tomando la frase de un autor francés a propósito de los proyectos de reforma previos a la reforma del *Code Civil* de 2016, no se debe favorecer el "cambio por el cambio"[77], si éste no redunda en una mejora.

En materia de retraso, así, pueden mantenerse instituciones como la mora del deudor; al tiempo que es también aconsejable nutrir nuestra legislación con mecanismos como el del *Nachfrist* para la resolución y otros remedios que requieren de una mayor seguridad jurídica para las partes, y en los que pretende obtenerse, también, una menor intervención judicial; adoptar un concepto de incumplimiento neutro, objetivo y amplio y un esquema de remedios como el que se observa en los textos de modernización; o aclarar, sin ningún ápice de duda, que el retraso es, también, un incumplimiento.

Aunque no sea tarea sencilla, debe tratarse de acompasar los distintos intereses en juego y prever aquellos mecanismos que resulten de la mayor utilidad práctica en cada caso, incluso en una materia tan difícil de concretar, en ocasiones, como lo es la del retraso en el cumplimiento.

77 Genicon, T.: "Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier", *Revue des Contrats*, 2010, núm. 1, p. 51.

BILIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.: "La mora en las obligaciones recíprocas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1968, núm. 4.

Id.: *Derecho de obligaciones*, 14ª edición, Edisofer, Madrid, 2011.

ANDREU MARTÍNEZ, B.: *El acreedor a término*, Comares, Granada, 2003.

BARAONA GONZÁLEZ, J.: *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Dykinson, Madrid, 1998.

BENATTI, F.: *La costituzione del debitore in mora*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1968.

BIANCA, C. M.: *Dell'inadempimento delle obbligazioni (Art. 1218-1229)*, 2ª edición, Nicola Zanichelli Editore, Bologna/Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1979.

BONET CORREA, J.: "La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias", *Anuario de Derecho Civil*, 1979, vol. 32, núm. 2-3.

BRECCIA, U.: *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1991.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: *La mora*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.

CARDENAL FERNÁNDEZ, J.: *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Montecorvo, Madrid, 1979.

CASANOVA ASENCIO, A. S.: *Retraso, mora y* Nachfrist *en la modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español común y foral*, Tomo III (Derecho de Obligaciones: La Obligación y el contrato en general), 15ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1988.

CLEMENTE MEORO, M. E.: "La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación Española", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2011, año 65, núm. 2131.

CRISTÓBAL MONTES, A.: *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Civitas, Madrid, 1984.

De Buen, D: *Derecho civil español común (obra ajustada al cuestionario para el 2º ejercicio de oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura y al Ministerio Fiscal de 5 de enero de 1922)*, Reus, Madrid, 1922.

De Cupis, A.: *El daño* (Traducción de la 2ª edición italiana de 1970 y estudio preliminar por Martínez Sarrión, A.), Bosch, Barcelona, 1975.

Delgado Echeverría, J.: "La mora del deudor", en AAVV.: *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Obligaciones, vol. I, Parte General. Delito y Cuasidelito* (Lacruz Berdejo, J. L, Sancho Rebullida, F. A. Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F.), 2ª edición, Librería Bosch, Madrid, 1985.

Díez-Picazo Giménez, G.: *La mora y la responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1996.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II (Las relaciones obligatorias), 6ª edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

Espín Cánovas, D.: *Manual de Derecho Civil español*, vol. 3, 6ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983.

Fenoy Picón, N.: "La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios del incumplimiento", *Anuario de Derecho Civil*, 2011, vol. 64, núm. 4.

Id.: "La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales. El incumplimiento", *Anuario de Derecho Civil*, 2010, vol. 63, núm. 1.

Fernández Costales, J.: "Producción de intereses moratorios a cargo del comprador", en AAVV.: *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz* (dir. por Carrasco Perera, A.), vol. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

García Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo III, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.

Genicon, T.: "Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier", *Revue des Contrats*, 2010, núm. 1.

Giorgianni, M.: *L'inadempimento: corso di Diritto Civil*e, 3ª edición, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1975.

Gómez Calle, E.: "Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador de Marco Común de Referencia", *Anuario de Derecho Civil*, 2012, vol. 1, núm. 1.

González Carrasco, C.: "La constitución en mora y la resolución por incumplimiento contractual", en AAVV.: *Estudios sobre incumplimiento y resolución* (coord. por González Pacanowska, I., García Pérez, C. L.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Gramunt Fombuena, M. D.: *La mora del deudor en el Código Civil*, Editor J. M. Bosch, Barcelona, 1993.

Gutiérrez Fernández, B.: *Tratado de las Obligaciones*, 2ª edición, Tomo IV, Madrid, 1871.

Hernández Gil, F.: La intimación del acreedor en la mora ex persona, *Anuario de Derecho Civil*, 1962, vol. 15, n.º 2, p. 332.

Jiménez Muñoz, F. J.: "La resarcibilidad del "mayor daño" sufrido por el acreedor pecuniario a causa de la mora del deudor", *Anuario de Derecho Civil*, 2010, vol. 63, núm. 2.

Manresa y Navarro, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, tomo VIII, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1901, pp. 55, 56.

Marrone, M.: *Istituzioni di Diritto Romano*, 3ª edición, Palumbo Editore, Palermo, 2006.

Melich-Orsini, J.: "La mora del deudor en el derecho venezolano", en AAVV.: *Libro-homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967.

Morales Moreno, A. M.: *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

Id.: Morales Moreno, A. M.: "Presentación del profesor Antonio Manuel Morales Moreno", en AAVV.: *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)* (coord. por Jerez Delgado, C.), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

Ordás Alonso, M.: *El interés de demora*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

Id.: Ordás Alonso, M.: "La mora del deudor: concepto, presupuestos, efecto, cesación", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 7, 2014, núm. 7.

Palazón Garrido, M. L.: "La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento", en AAVV.: *Derecho Contractual Comparado: una perspectiva europea y transnacional* (coord. por Sánchez Lorenzo, S.), 3ª edición, tomo II, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2016.

Pantaleón Prieto, F.: "Artículo 74", en AAVV.: *La Compraventa Internacional de Mercaderías: Comentario de la Convención de Viena* (Díez-Picazo y Ponce de León, L.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 1998.

Perales Viscasillas, M. P.: "La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios UNIDROIT y los Principios del Derecho Contractual Europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas", *La Ley*, 2007, núm. 1916.

Id.: "La Ley 3/2004 y la Directiva 2000/35: pasado, presente y futuro e impacto en el Derecho mercantil", *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 2007, núm. 5.

Pothier, R. J.: *Tratado de las Obligaciones* (trad. española), Parte Primera, Imprenta y Litografía de J. Roger, Barcelona, 1839.

Rainville, P.: "Lenteur et demeure: le défaut de ponctualité en droit civil québécois et français", *Revue Juridique Thémis*, 2012, núm. 46-3.

Roca Trías, E.: "El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2011, año 65, n.º 2132.

Ruiz-Rico Ruiz, J. M.: "Cien años (y algo más) de jurisprudencia en intereses moratorios", en AAVV.: *Centenario del Código Civil* (Asociación de Profesores de Derecho Civil), vol. 2, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

Sánchez Román, F.: *Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil e Historia general de la legislación española*, 2ª edición, tomo IV, Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Madrid, 1899.

Santos Briz, J.; "Comentario a los arts. 1.108 y 1.109 CC", en AAVV.: *Comentario del Código Civil* (coord. por Sierra Gil de la Cuesta, I.), Bosch, Barcelona, 2000.

Scaevola, Q. M.: *Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos (redactado por el Excmo. Sr. D. Pascual Marín Pérez)*, Tomo XIX (artículo 1.088 a 1.213), 2ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957.

Vaquer Aloy, A.: "Incumplimiento del contrato y remedios", en AAVV.: *Derecho Privado Europeo* (coord. por Cámara Lapuente, S.), Colex, Madrid, 2003.

Id.: "El Soft Law europeo en la jurisprudencia española: doce casos", *Ars Iuris Salmanticensis*, 2013, vol. 1.

Vaquero López, C.: "La mora en los contratos", en AAVV.: *Derecho Contractual Comparado: una perspectiva europea y transnacional* (coord. Por Sánchez Lorenzo, S.), 3ª edición, tomo II, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2016.

Vattier Fuenzalida, C.: "Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1980, núm. 536.

Vendrell Cervantes, C.: "The Application of the Principles or European Contract Law by the Spanish Courts", *Zeitschrift fur Europaisches Privatrecht*, 2008, núm. 3.

Von Bar, C., Clive, E. (ed.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, Munich, 2009.

Zimmermann, R.: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, New York, 1996.

EMERGENZA SANITARIA E DIRITTO DEI CONTRATTI: GLI ORIZZONTI DELLA CAUSA CONCRETA E DELLA PRESUPPOSIZIONE

HEALTH EMERGENCY AND CONTRACT LAW: THE HORIZONS OF THE CONCRETE CAUSE AND OF THE PRESUPPOSITION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1948-1979

Giovanni
D'AMICO

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il presente scritto si propone di analizzare come, nel dibattito dottrinale che si è avviato fin dai primi interventi posti in essere dal legislatore per cercare di fronteggiare l'"emergenza Coronavirus" si siano profilati due diversi atteggiamenti. Il primo, muovendo da una valutazione di insufficienza ed inadeguatezza dell'attuale normativa codicistica regolante il fenomeno delle "sopravvenienze contrattuali" – ha espresso il rammarico per avere il legislatore perso l'occasione di rivedere sul punto gli istituti del codice civile. A questo primo atteggiamento si è accompagnata l'indicazione di colmare la "lacuna" legislativa dai giudici attraverso il ricorso a principi del sistema e alle clausole generali, rispetto alle quali quei principi fungono da direttive di concretizzazione. A questo primo orientamento se ne è contrapposto un secondo, che, pur riconoscendo che l'attuale regolamentazione legislativa delle "sopravvenienze contrattuali" ha bisogno di essere rivista in alcuni punti, sottolinea come il momento dell'emergenza non fosse quello più adatto per operare scelte su temi che sono ben lontani dall'aver trovato una sintesi condivisa, sì da fare ritenere atteggiamento più saggio quello di rinviare queste scelte all'esito di una discussione più meditata e meno condizionata da fattori "emotivi".

PALABRAS CLAVE: Emergenza; sopravvenienze contrattuali; clausole generali; principi generali; buona fede.

ABSTRACT: *This paper aims to analyze how, in the doctrinal debate that has begun since the first interventions put in place by the legislator to try to deal with the "Coronavirus emergency", two different attitudes have emerged. The first, obviously starting from an assessment of the insufficiency and inadequacy of the current code of law governing the phenomenon of "contractual contingencies" - expressed regret that the legislator missed the opportunity to review the institutions of the civil code on this point. This first attitude was accompanied by the indication to fill the legislative "gap" by the judges through the use of system principles and general clauses, with respect to which those principles act as directives of concretization. This first orientation was contrasted by a second one which, while acknowledging that the current legislative regulation of "contractual contingencies" needs to be revised in some points, underlines how the moment of emergency was not the most suitable one for making choices on issues that are far from having found a shared synthesis, so as to make it a wiser attitude to postpone these choices to the outcome of a more meditated discussion and less conditioned by "emotional" factors.*

KEY WORDS: *Emergency; contractual contingencies; principles act; directives.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. CENNI ALLA REGOLAMENTAZIONE DELLE SOPRAVVENIENZE NELLA DISCIPLINA GENERALE DEL CODICE CIVILE, IN PARTICOLARE CON RIFERIMENTO ALL'IMPOSSIBILITA' (SOPRAVVENUTA) DELLA PRESTAZIONE.- III. IL RICHIAMO A QUESTA DISCIPLINA NELLA LEGISLAZIONE EMERGENZIALE E LE NOVITA' (LIMITATE) INTRODOTTE DA TALE LEGISLAZIONE.- IV. ULTERIORI DISPOSIZIONI DELLA LEGISLAZIONE EMERGENZIALE CHE RICHIAMANO LA NORMATIVA (GENERALE O SPECIALE) SULL'IMPOSSIBILITA' SOPRAVVENUTA DELLA PRESTAZIONE OVVERO ALTRE NORMATIVE SETTORIALI IDONEE A RISOLVERE I PROBLEMI POSTI DALL'INCIDENZA DELL'EMERGENZA SANITARIA SULLO SVOLGIMENTO DEI RAPPORTI CONTRATTUALI.- V. EMERGENZA SANITARIA E RIMEDI CONTRATTUALI: GLI ORIZZONTI DELLA CAUSA CONCRETA E DELLA PRESUPPOSIZIONE.- 1. Rilievi critici sul ricorso alla nozione di "causa concreta".- 2 .(Segue): e sull'utilizzazione del concetto di presupposizione.- VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. INTRODUZIONE.

Nel dibattito dottrinale che si è avviato già all'indomani dei primi interventi posti in essere dal legislatore per cercare di fronteggiare l'"emergenza Coronavirus" – in primo luogo con l'adozione di misure (di varia natura) volte al contenimento della diffusione del contagio, e poi con diverse previsioni aventi lo scopo di limitare le conseguenze economiche e sociali strettamente collegate all'emergenza determinata dalla pandemia – si sono profilati, abbastanza nitidamente, due diversi atteggiamenti.

Il primo atteggiamento – muovendo evidentemente da una (implicita) valutazione di insufficienza/inadeguatezza dell'attuale normativa (codicistica) regolante il fenomeno delle "sopravvenienze contrattuali" – ha espresso il rammarico per avere il legislatore perso l'occasione di rivedere sul punto gli istituti del codice civile, accusati soprattutto di non contemplare, a fianco dei rimedi di tipo "caducatorio", anche rimedi che offrano la possibilità (in particolare alla parte che subisce gli effetti della sopravvenienza, ma che è comunque interessata a mantenere in vita il rapporto contrattuale) di chiedere e di ottenere una "revisione" (e un adeguamento) del regolamento contrattuale[1]. A questo primo atteggiamento si è – quasi sempre – accompagnata l'indicazione volta ad auspicare che la (perdurante) "lacuna" legislativa sia colmata dai giudici attraverso il ricorso a principi del sistema (solidarietà sociale, proporzionalità, ragionevolezza, etc.) e alle clausole generali (in particolare, la clausola di buona fede), rispetto alle quali quei

1 La critica che riferiamo nel testo è rivolta (peraltro, da tempo) a una norma come l'art. 1467 c.c., che consente alla parte che subisce l'eccessiva onerosità della prestazione (per eventi sopravvenuti ed imprevedibili) di chiedere soltanto la risoluzione del contratto, rimanendo poi affidata esclusivamente a controparte la facoltà di offrire una modifica del rapporto idonea a ricondurlo ad equità.

• Giovanni D'Amico
Professore Ordinario di istituzioni di diritto privato, Università Mediterranea di Reggio Calabria. E-mail: gdamico@unirc.it

principi fungono (o si suppone possano fungere) da direttive di concretizzazione (ad es. con riferimento a rimedi come obblighi di rinegoziazione, presupposizione, causa concreta, etc.).

A questo primo orientamento se ne è contrapposto un secondo, che – pur riconoscendo che l'attuale regolamentazione legislativa delle "sopravvenienze contrattuali" ha bisogno di essere rivista in alcuni punti (individuati, anche in questo caso, con la carenza o insufficienza di rimedi "conservativi" del rapporto contrattuale, "adeguato" alle intervenute sopravvenienze) – sottolinea come il momento dell'emergenza non fosse quello più adatto per operare scelte su temi che (sebbene discussi da anni) sono ben lontani dall'aver trovato una sintesi condivisa, sì da fare ritenere atteggiamento più saggio quello di rinviare queste scelte all'esito di una discussione più meditata e meno condizionata da fattori "emotivi" (la sede potrebbe essere – ovviamente – quella della discussione sul progetto di riforma di alcune parti del diritto contrattuale codicistico, pendente in Parlamento già da prima dello scoppio della pandemia). Si accompagna a questo secondo orientamento una valutazione meno negativa circa la complessiva capacità della normativa codicistica di regolare adeguatamente il fenomeno sotteso alla disciplina delle sopravvenienze contrattuali, fenomeno che si riassume in definitiva nella questione di chi debba sopportare il rischio di tali sopravvenienze (c.d. "rischio contrattuale" *in senso stretto*). E, strettamente collegata a tale valutazione è anche la cautela verso soluzioni che facciano ricorso a rimedi di marca "pretoria", anziché a soluzioni di tipo legislativo, idonee come tali a garantire una maggiore "prevedibilità" (e, per ciò stesso, a ridurre il rischio di contenziosi diffusi), e al contempo ad assicurare risposte omogenee per situazioni identiche (esigenza particolarmente importante, in considerazione del carattere "sistemico" – e, dunque, di massa – delle conseguenze che la pandemia ha provocato sui rapporti contrattuali).

Dico subito che questo secondo atteggiamento mi sembra senz'altro da preferire, e che in questa prospettiva la risposta complessivamente data dal nostro legislatore – con riferimento al tema delle ripercussioni sui rapporti contrattuali dell'emergenza sanitaria e dei provvedimenti che si sono dovuti adottare per fronteggiarla – mi sembra vada considerata, in definitiva, adeguata (salvi i problemi che può aver posto la formulazione poco accurata di qualche norma – fenomeno certo non inedito, ma qui in qualche modo "giustificato" dall'urgenza e dall'esigenza di dare risposte immediate –, o la mancanza di coordinamento tra alcune disposizioni, con la conseguenza che si sono magari regolate in maniera diversa situazioni che forse avrebbero meritato una soluzione identica).

Questo giudizio, peraltro, sconta – anche da parte di chi scrive – quella valutazione positiva della regolamentazione codicistica delle sopravvenienze

contrattuali (salve le "carenze" già segnalate[2]), di cui si è già accennato, pur dovendosi adesso aggiungere che siffatta valutazione presuppone che di tali norme si fornisca un'interpretazione corretta, dovendosi constatare che spesso (come avremo modo di evidenziare) sono proprio interpretazioni anguste od erronee delle norme in questione a far credere che esistano "lacune" legislative, e a coonestare – sulla base di questa infondata supposizione – la "necessità" di rimedi *extra ordinem* , o "atipici" che dir si voglia. Vedremo, in particolare, come lo stesso giudizio (alquanto diffuso) circa la carenza di strumenti di "adeguamento" del rapporto contrattuale, senza metterne in discussione la permanenza in vita, vada probabilmente ridimensionato, e comunque sottratto a visioni unilaterali (che considerino esclusivamente il punto di vista del debitore, senza un "bilanciamento" con la posizione – che talora può essere altrettanto meritevole di considerazione e di tutela – del creditore)[3].

II. CENNI ALLA REGOLAMENTAZIONE DELLE SOPRAVVENIENZE NELLA DISCIPLINA GENERALE DEL CODICE CIVILE, IN PARTICOLARE CON RIFERIMENTO ALL'IMPOSSIBILITA' (SOPRAVVENUTA) DELLA PRESTAZIONE.

Il legislatore dell'emergenza, nei vari interventi dedicati alla materia contrattuale, ha spesso fatto richiamo alle norme che, nel codice civile, disciplinano

2 Peraltro – con riferimento alla necessità di potenziare lo strumentario che consenta, in ipotesi di sopravvenienze contrattuali, non soltanto di caducare il contratto, ma anche (se del caso) di mantenerlo in vita, modificandone il contenuto (attraverso una "rinegoziazione" tra le parti) – è opportuno evidenziare che la critica che si rivolge all'attuale testo dell'art. 1467 c.c. (v. la nota precedente) nella parte in cui non attribuisce anche al contraente colpito dalla sopravvenuta eccessiva onerosità l'iniziativa di chiedere la "revisione" del rapporto, non deve – a nostro avviso – indurre a pensare che questo possa tradursi in un *obbligo* dell'altra parte di mantenere in vita il rapporto (a condizioni diverse da quelle originarie). Quest'altra parte, infatti, potrebbe valutare che nuove ipotetiche condizioni contrattuali non corrispondano più all'interesse che la aveva spinta a concludere il contratto: ad es., in una locazione commerciale in relazione al quale il locatario chieda di ridurre a 4.000 euro il canone mensile originariamente fissato in 6.000 euro, il locatore potrebbe riconsiderare la stessa scelta di mantenere sul mercato il bene in questione, ritenendo più conveniente riacquisirne la disponibilità (sia per uso personale, sia per tentare di riallocarlo a controparti che abbiamo maggiori disponibilità economiche). Come che sia, non si vede la ragione per la quale una (eventuale) soluzione "giudiziale" possa/debba sostituirsi al diretto interessato rispetto a decisioni che riguardano una tipica valutazione di convenienza rimessa alla sua autonomia.
Va da sé che – per restare all'esempio che stiamo facendo – può ben darsi che sia lo stesso locatore a valutare come opportuno/conveniente (anche per il suo interesse) accedere ad una "revisione" degli originari patti contrattuali (e ad accordarsi in tal senso con la controparte); ma, ove ciò non sia (o quando, comunque, un accordo non venga raggiunto), non si vede come possa essere prospettata una violazione della buona fede per il fatto solo che il contraente (il locatore, nel nostro esempio) non abbia ritenuto di addivenire ad un accordo di revisione. E, viste le cose sotto questo profilo, la stessa disposizione dell'art. 1467 c.c. acquista una sua "logica" : se l'accordo con il debitore viene raggiunto (e lo sarà, verisimilmente, prima che il debitore agisca in giudizio per chiedere la risoluzione del contratto), *nulla quaestio*; nessun problema neanche nel caso in cui il debitore agisca per la risoluzione del contratto, magari confidando di costringere così controparte a fare una proposta di revisione delle condizioni contrattuali (migliore di quella eventualmente già prospettata in sede stragiudiziale); ma se neanche questo avviene, la risoluzione del contratto sarà – a quel punto – l'unico esito possibile, perché significa che le parti (tutt' e due, e non solo una) non hanno valutato come "conveniente" il (nuovo) punto di equilibrio che ciascuna di esse ha proposto.

3 V. la nota precedente.

le sopravvenienze contrattuali, e, in particolare, alle norme sull' "impossibilità sopravvenuta della prestazione".

Il richiamo a queste disposizioni è avvenuto sotto un duplice profilo, e con una duplice finalità : da un lato, ovviamente, esso è valso a richiamare la regolamentazione (ossia la disciplina) che esse ricollegano alla fattispecie della "impossibilità sopravvenuta della prestazione"; dall'altro, è valso a qualificare alcuni "fatti" (in particolare l'osservanza delle "norme di contenimento" emanate dallo stesso legislatore) come ipotesi da ricondurre (se non in virtù di una presunzione "assoluta", quanto meno di una presunzione *iuris tantum*) alla fattispecie in questione.

Ciò è accaduto ad es. nella disposizione (che è tra quelle che hanno richiamato maggiormente l'attenzione degli interpreti) dell'art. 3, comma 6 bis del D.L. n. 6/2020 (inserito dall'art. 91 D.L. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. "Cura Italia"), in forza del quale "Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, *ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c.*, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

La norma – ove interpretata alla lettera – sembrerebbe del tutto superflua, se non addirittura erronea. E' chiaro, infatti, che l'osservanza delle "misure di contenimento" (disposte dal legislatore) integra il classico *factum principis* (e, dunque, una causa estranea *non imputabile*) che esclude la responsabilità del debitore : conclusione cui si sarebbe pervenuti anche in mancanza della disposizione in esame[4], la quale anzi potrebbe apparire addirittura fuorviante, laddove, accennando ad una "*valutazione*" da parte del giudice, sembrerebbe aprire la strada anche un possibile esito diverso del giudizio. A quest'ultimo riguardo, deve tuttavia osservarsi

4 Ciò ha indotto qualche autore (cfr. De Cristofaro, G. : "Rispetto delle misure di contenimento anti-Covid 19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento", *Nuove leggi civ.*, 2020, 571 ss., 580-581) – proprio evitare una simile conclusione – a prospettare la tesi *secondo* la quale la disposizione in esame riguarderebbe l'ipotesi in cui l'applicazione delle misure di contenimento *non* abbia comportato l'impossibilità (in senso stretto) di esecuzione della prestazione dovuta, bensì "abbia creato per il debitore ostacoli e impedimenti (astrattamente superabili con uno sforzo non esorbitante i limiti della diligenza cui il debitore è tenuto ex art. 1176 c.c., ma) a tal punto rilevanti e significativi da rendere irragionevole ed iniquo esigere dal debitore lo sforzo ed il dispendio di energie e risorse necessario per superare siffatti ostacoli e far incorrere il debitore che non ponga in essere uno sforzo siffatto nelle conseguenze giuridiche tipicamente connesse alla responsabilità per inadempimento di una obbligazione".
Si tratta, tuttavia, di tesi che contrasta con il tenore letterale della disposizione (che, richiamando una valutazione "ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1218 c.c.", chiaramente allude ad un giudizio di non responsabilità per sopravvenuta impossibilità dell'adempimento), ed anche con l'opinione decisamente prevalente in dottrina, che vede nell'art. 3 comma 6-*bis* un riconoscimento *ex lege* dell'impossibilità temporanea non imputabile al debitore ex art. 1256, comma 2, c.c. (v. in questo senso, ad esempio, Benedetti, A: "Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto 'cura Italia' ", *Contratti*, 2020, 213 ss.; e Dolmetta, A.A.: "Rispetto delle misure di contenimento della pandemia e disciplina dell'obbligazione", *www.ilcaso.it*, 11 aprile 2020, pagg. 3-4).
Da registrare è anche l'opinione (per la quale v. Scognamiglio, C.: "Il governo delle sopravvenienze e la pandemia COVID-19", *Corriere giuridico*, 2020, 581 ss., 583 ss.) che ravvisa nella disposizione dell'art. 3, comma 6-*bis* una concretizzazione (legale) della buona fede contrattuale (e, per suo tramite, del principio di solidarietà sociale), che giustificherebbe l'adattamento del rapporto alla mutata situazione di contesto.

che la formula legislativa può acquistare un senso se la si legge come un modo (per la verità un po' contorto) di porre una "presunzione legale relativa" : in altre parole, posto che spetterebbe al creditore provare non tanto il *factum principis* (che, nella specie, consisterebbe nell'emanazione delle "misure di contenimento della pandemia", che costituiscono un fatto notorio), quanto il *nesso di causalità* tra tale "fatto sopravvenuto" e l'esecuzione della specifica prestazione dedotta nel concreto rapporto obbligatorio, la disposizione sembra per l'appunto porre una presunzione circa la sussistenza di tale nesso, esonerando il debitore dalla prova dello stesso, e spostando sul creditore l'onere di provare (eventualmente) il contrario[5].

Il richiamo alla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (considerata sempre come causa di estinzione dell'obbligazione, ma – questa volta – non tanto per la sua incidenza sulla responsabilità debitoria e come causa di esclusione della stessa, bensì nei suoi riflessi – nei contratti a prestazioni corrispettive – sulla permanenza in vita del contratto) è presente in numerose altre disposizioni della legislazione "emergenziale".

Prima di passare ad esaminare qualcuna di queste previsioni normative, conviene richiamare – sia pure molto rapidamente – la disciplina generale contenuta al riguardo nel codice civile. Il che evidenzierà subito l'idoneità di questa disciplina (nelle sue varie articolazioni) a regolare varie ipotesi che si sono prospettate anche nel corso dell'emergenza Coronavirus.

a) L'impossibilità della prestazione[6] può anzitutto presentarsi come *totale* e *definitiva*, e in tale caso – sempreché si tratti di una impossibilità incolpevole – la conseguenza non potrà che essere l'estinzione dell'obbligazione (art. 1256, comma 1, c.c.) e, nei contratti a prestazioni corrispettive, il venir meno della pretesa del debitore liberato dalla propria obbligazione di ottenere la controprestazione[7].

5 Attribuisce questa portata alla disposizione in esame Piraino, F.: "La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti", *Contratti,* 2020, 485 ss., spec. 489-490. Bisognerebbe, comunque, precisare che l'inversione dell'onere della prova dovrebbe riguardare non tanto il fatto impeditivo in sé considerato (costituito dalle "misure di contenimento", che di per sé costituiscono un fatto notorio), quanto l'esistenza di un nesso di causalità tra tale fatto e la possibilità di porre in essere la specifica attività che il debitore avrebbe dovuto svolgere per adempiere alla propria obbligazione. Questa interpretazione confermerebbe, comunque, che una delle finalità della disposizione è quella di "bloccare" (per quanto possibile) l'insorgere di contenziosi giudiziali, "scoraggiando" i creditori che intendessero contestare l'inadempimento dei rispettivi debitori.

6 E' appena il caso di precisare che la "prestazione" a cui si fa riferimento è la prestazione c.d. "caratteristica" (es.: prestazione di trasporto, fornitura di beni o di servizi, etc.), non quella generica (quale è il pagamento del corrispettivo in denaro).

7 Si pensi – per fare un esempio che si è presentato più volte in questi ultimi mesi – al caso in cui una compagnia aerea che avrebbe dovuto trasportare un passeggero da Roma a Londra in un giorno determinato non possa eseguire il volo perché la Gran Bretagna ha temporaneamente "chiuso le frontiere" a stranieri provenienti da determinati paesi o località (tra cui l'Italia).

b) Il più delle volte, tuttavia, l'impossibilità è solo *temporanea* (e può riguardare sia l'intera prestazione che una parte soltanto di essa). L'impossibilità temporanea rileva, di per sé, solo come causa di esclusione della responsabilità del debitore per il ritardo nell'adempimento, anche se può anch'essa determinare l'estinzione dell'obbligazione – e, conseguentemente, la risoluzione del contratto[8] – se perdura "fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla" (art.1256, comma 2, secondo periodo)[9].

c) C'è un altro caso in cui l'impossibilità temporanea si tramuta in impossibilità *definitiva*, ma senza – questa volta – comportare (come tale) la caducazione del contratto. Ciò avviene nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nei quali il "tratto di prestazione" rimasto ineseguito (perché temporaneamente impossibile), sovente non è più "recuperabile"[10], sicché per queste prestazioni l'impossibilità è da considerarsi definitiva, ma determina una situazione assimilabile a quella dell' impossibilità *parziale*.

Quando l'impossibilità (definitiva) riguardi solo *una parte della prestazione*, il debitore (non risponde dell'inadempimento della prestazione divenuta impossibile, ma) continua ad essere tenuto ad effettuare la parte di prestazione rimasta possibile e si libera eseguendo questa prestazione parziale (art. 1258 c.c.); inoltre – se la prestazione è prevista nell'ambito di un contratto sinallagmatico – l'altra parte ha *diritto ad una riduzione della prestazione da essa dovuta* (o, in alternativa, a recedere dal contratto, qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale) (art. 1464 c.c.)

Come risulta da questa rapidissima illustrazione, è alquanto approssimativo qualificare i rimedi (contrattuali) collegati all'impossibilità sopravvenuta della prestazione come rimedi di tipo (invariabilmente) *caducatorio*. Se ciò è vero quando l'impossibilità sopravvenuta sia *totale* e *definitiva*, non è (necessariamente) vero per l'impossibilità *parziale* e, a maggior ragione, per un'impossibilità che sia solo temporanea. Inoltre – come si è sopra ricordato – l'impossibilità "parziale" non soltanto è, di regola, compatibile con il mantenimento in vita del contratto,

8 Come ritengono dottrina e giurisprudenza sulla base di un "principio" (generale) che si assume ricavabile dall'art. 1464 c.c. (che lo enuncia espressamente con riferimento all'impossibilità parziale: v. *infra* nel testo).

9 Quest'ultima disposizione è abbastanza interessante, perché mostra che l'impossibilità della prestazione (o meglio: l'estinzione dell'obbligazione che ad essa consegue) può ricollegarsi anche al venir meno dell'utilità che il creditore si riprometteva di trarre dal comportamento del debitore.
E' bene osservare sin da ora che la vicenda descritta viene sovente confusa (o concettualizzata) come "irrealizzabilità della causa concreta". In realtà, essa è una vicenda (estintiva) *dell'obbligazione*, che si ripercuote naturalmente (e non potrebbe essere diversamente) sul sinallagma contrattuale, ma che non fa venir meno la causa *del contratto*.

10 Si pensi ad un contratto di abbonamento semestrale ad un servizio di trasporto pubblico (con diritto dell'abbonato ad effettuare due corse giornaliere), che sia stato sospeso in conseguenza di misure di contenimento della pandemia.

ma dà *diritto* al creditore, che abbia ricevuto solo in parte la prestazione che gli era dovuta, di ottenere una corrispondente *riduzione* della (contro-)prestazione su di lui gravante, ossia (in sostanza) di ottenere un *adeguamento* del contratto, con riferimento al periodo temporale durante il quale perdura l'impossibilità e all'entità della riduzione a sua volta subita dalla prestazione caratteristica.

Sotto questo profilo, applicare (ove ne ricorrano i presupposti) la disciplina sopra sinteticamente richiamata consentirebbe di venire incontro ad alcune delle esigenze che più frequentemente sono state evidenziate nel dibattito di questi mesi (prima fra tutte l'esigenza di "riequilibrare" – sia pure per il periodo di durata dell'emergenza – i rapporti contrattuali, consentendo al contempo di mantenere in vita i rapporti contrattuali) senza ricorrere a meccanismi di ancora controversa configurazione (come l'obbligo di rinegoziazione[11]) e senza invocare non meno problematiche applicazioni giudiziali di principi (solidarietà, ragionevolezza, proporzionalità, etc.), sui quali è tanto facile la condivisione valoriale, quanto difficile riuscire a trovare criteri che consentano una concretizzazione che sfugga all'accusa di risolversi in una valutazione puramente "soggettiva".

III. IL RICHIAMO A QUESTA DISCIPLINA NELLA LEGISLAZIONE EMERGENZIALE E LE NOVITA'(LIMITATE)INTRODOTTE DA TALE LEGISLAZIONE.

Collocare gli interventi del legislatore dell'emergenza sullo sfondo della disciplina generale richiamata nel paragrafo precedente consente di percepire con maggiore nettezza il senso e la portata delle varie disposizioni introdotte in

11 Un particolare obbligo di rinegoziazione è stato espressamente previsto dal comma 2 dell'art. 216 del D.L. n. 34/2020 (Decreto "Rilancio"), il quale ha così disposto : « In ragione della sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, le parti dei rapporti di concessione, comunque denominati, di impianti sportivi pubblici possono concordare tra loro, ove il concessionario ne faccia richiesta, la revisione dei rapporti in scadenza entro il 31 luglio 2023, mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio economico-finanziarie originariamente pattuite, anche attraverso la proroga della durata del rapporto, in modo da favorire il graduale recupero dei proventi non incassati e l'ammortamento degli investimenti effettuati o programmati. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto di concessione. In caso di mancato accordo, le parti possono recedere dal contratto. In tale caso, il concessionario ha di ritto al rimborso del valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, dei costi effettivamente sostenuti dal concessionario, nonché delle penali e degli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza dello scioglimento del contratto».
Al riguardo, si noti : *i)* che l'obbligo di rinegoziazione riguarda un rapporto di concessione di impianti sportivi di proprietà pubblica; *ii)* che la sua previsione è motivata con l'esigenza in particolare di consentire "l'ammortamento degli investimenti effettuati o programmati" (tant'è che si prevede che la revisione possa anche essere attuata attraverso una proroga della durata del rapporto); *iii)* che sono in qualche modo predeterminati i criteri (o alcuni dei criteri) che devono sovrintendere alla revisione del rapporto (la quale, in particolare, "deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto di concessione"); *iv)* che è prevista una dettagliata regolamentazione delle conseguenze del mancato accordo.

quest'ultimo anno con riferimento ai vari rapporti contrattuali relativamente ai quali il legislatore ha ritenuto di dover intervenire.

Si consideri, ad esempio, la disposizione dell'art. 216, comma 3, del D.L. n. 34/2020, che – con riferimento ai contratti di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi *di proprietà di soggetti privati* – ha stabilito che " La sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione", disponendo che "In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito"[12].

La norma è sicuramente innovativa se la considera in rapporto alla disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (non solo perché qualifica *ex lege* come "eccessiva" la maggiore onerosità del rapporto derivante, per il locatario, dalla sospensione delle attività sportive per i cinque mesi da marzo a luglio 2020, ma soprattutto perché attribuisce al locatario il *diritto* di pretendere da controparte una riduzione di almeno il 50% dei canoni dovuti per il periodo suddetto), superando completamente la norma codicistica che attribuisce invece alla parte che non è colpita dalla eccessiva onerosità la possibilità (per evitare la risoluzione chiesta da controparte) di formulare una proposta di riconduzione ad equità del contratto.

Se invece si considera la disposizione in esame in rapporto alla disciplina generale della impossibilità sopravvenuta, gli elementi di novità appaiono molto meno marcati. Premesso che la sospensione delle attività sportive disposta dai vari decreti governativi che si sono succeduti ha concretato sicuramente un'impossibilità (se pure parziale[13]) per i locatari di strutture sportive di godere dei beni locati, deve dirsi che il diritto di questi contraenti di ottenere una riduzione del canone era già scritto nell'art. 1464 c.c., e avrebbe dovuto essere riconosciuto anche se non fosse stata dettata la disposizione "emergenziale",- sicché il *novum* da essa introdotto è soltanto la fissazione di una misura minima di tale riduzione (o – se si

12 Una previsione normativa ancora più radicale (riferita - questa volta - a un *canone di concessione*) è quella contenuta nell'art. 69, co. 2, del d.l. n. 18 del 2020, in base al quale «A seguito della sospensione dell'attività delle sale bingo ... non è dovuto il canone [concessorio] di cui all'articolo 1, comma 636, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 e ss.mm. e ii. a decorrere dal mese di marzo e per tutto il periodo di sospensione dell'attività».

13 I locatari hanno, infatti, conservato la disponibilità degli immobili locati, e hanno continuato ad utilizzarli, se non altro per il ricovero dei beni aziendali.

vuole – la presunzione assoluta che l'impossibilità di svolgere l'attività abbia ridotto il godimento del bene locato per un ammontare) di almeno il 50% [14]. Previsione che – al pari di tante altre che più avanti richiameremo – ha l'evidente scopo (fra l'altro) di prevenire un contenzioso, che, nel disaccordo delle parti (in questo caso: sulla misura della riduzione del canone), avrebbe potuto eventualmente sorgere, investendo i Tribunali di un rilevante numero di ricorsi, e magari aprendo la strada a soluzioni alquanto diversificate (nonostante l'oggettiva comparabilità dei vari casi).

La sottolineatura della circostanza secondo cui, già in base alle norme generali (e, per così dire, "ordinarie") in materia di impossibilità sopravvenuta della prestazione, sarebbe stato ben possibile risolvere il problema (sicché – come detto – la funzione principale delle norme "emergenziali" sin qui considerate può apparire soprattutto quella di favorire composizioni stragiudiziali dei residui aspetti controversi che si sarebbero potuti prospettare) consente di vedere sotto altra luce anche la vicenda – che ha, forse più di tutte, richiamato l'attenzione sia della dottrina che della giurisprudenza – della sospensione/riduzione dei canoni dei contratti di locazione commerciale strumentali all'esercizio di attività economiche oggetto di provvedimenti governativi (o anche di ordinanze locali) che ne abbiano (direttamente o indirettamente) limitato o addirittura escluso completamente lo svolgimento.

La questione si è posta ripetutamente all'attenzione dei giudici, per lo più in sede di richiesta di provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c. volti a disporre la "sospensione" del pagamento dei canoni (di cui il conduttore chiedeva la riduzione, almeno parziale) ovvero a "bloccare" l'escussione da parte dei locatori delle garanzie (fideiussioni e altro) che assistevano il loro credito. E, significativamente, essa è stata per lo più risolta – senza particolari complicazioni[15] – riconoscendo ai

14 Ne consegue che non ha senso l'alternativa che qualche autore prospetta tra il considerare la disposizione dell'art. 216, comma 3, come eccezionale per intero (e dunque confermativa – *a contrario* – della esclusione di pretese di riduzione o di revisione del corrispettivo al di fuori della specifica previsione di legge) ovvero solo limitatamente alla parte che predetermina legalmente la misura minima della riduzione del corrispettivo cui ha diritto il locatario (v. Navarretta, E., *op.cit.,* 91). È evidente – a nostro avviso – che solo il secondo corno dell'alternativa prospettata ha senso.

15 Complicazioni destinate, invece, inevitabilmente a sorgere laddove qualche giudice ha ritenuto di dover pervenire al risultato della riduzione (temporanea) del canone, ipotizzando l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione del contratto, derivante dalla buona fede, e il cui (preteso) inadempimento da parte del creditore legittimerebbe il giudice a disporre appunto la riduzione richiesta dal debitore (cfr. Trib. Roma, sez. VI, 27 agosto 2020, G.I. Grauso, pubblicata in *Contratti*, 2021, unitamente ad altre tre pronunce che richiamiamo nelle note seguenti, e con *Commento* di Gelli, R.: "Emergenza sanitaria e rinegoziazione dei contratti di locazione commnerciale e di affitto di azienda").
La cosa veramente singolare è che – nella parte finale del provvedimento – il giudice capitolino riconosce che «….Alle medesime conclusioni si perviene qualificando la suddetta fattispecie come peculiare ipotesi di impossibilità della prestazione della locatrice resistente di natura parziale e temporanea …, attesa la sostanziale impossibilità di utilizzazione dei locali locati per l'attività di ristorazione, idonea ad incidere sui presupposti alla base del contratto, e che dà luogo all'applicazione del combinato disposto degli articoli 1256 c.c. (norma generale in materia di obbligazioni) e 1464 c.c. (norma speciale in materia di contratti a prestazioni corrispettive) ».

locatari il diritto alla riduzione del canone *sulla base di una impossibilità temporanea parziale della prestazione*[16].

Chiaramente "spuntate" sono due possibili obiezioni alla riconduzione della sopravvenienza in esame alla figura della "impossibilità sopravvenuta". La prima obiezione è quella di chi dovesse ritenere che non sussiste alcuna impossibilità (non solo – come è pacifico – della prestazione del conduttore, trattandosi di un'obbligazione pecuniaria; ma anche) della prestazione dovuta dal locatore,

Risulta del tutto incomprensibile, allora, la ragione per la quale la decisione, anziché essere presentata (ed argomentata) come applicazione di un rimedio legale, venga fatta apparire come frutto di un rimedio "pretorio", ciò che – a tacer d'altro – ne accentua l'incertezza e la contestabilità. Si aggiunga che applicazioni così discutibili (perché sostanzialmente superflue) della dottrina dell'obbligo di rinegoziazione (ma nella pronuncia in esame non si omette di richiamare anche la teoria della presupposizione), finiscono per indebolire la stessa "figura" a cui fanno riferimento, che invece – per accreditarsi (anche giurisprudenzialmente) – ha bisogno di essere fondata su basi rigorose, che individuino con precisione i casi e i presupposti in presenza dei quali può farsi ricorso a questa costruzione, e inoltre (e si tratta, forse, dell'aspetto più problematico) enuncino i rimedi che possano essere utilizzati in caso di "violazione" dell'asserito obbligo di rinegoziazione.

Critiche alla pronuncia in questione sono state formulate anche da Carapezza Figlia, G.: "Rimedi contrattuali e disfunzioni delle locazioni commerciali. Problemi e limiti dell'attivismo giudiziale nell'emergenza Covid-19", *Contratti,* n. 6_2020, 712 ss., spec. 714, dove i principali punti deboli della argomentazione dell'ordinanza *de qua*, pur definita come "suggestiva", sono così individuati: « … *a)* il difetto di variazioni della misura dello scambio che alterino l'originario equilibrio contrattuale, considerate correntemente presupposti della rinegoziazione obbligatoria; *b)* l'errata riconduzione alla figura della presupposizione dell'idoneità del bene all'uso convenuto, che costituisce invece oggetto di un'obbligazione del locatore (art. 1575, n. 2, c.c.); *c)* l'illegittima disapplicazione dei rimedi codicistici all'impossibilità sopravvenuta parziale di carattere temporaneo (artt. 1258 e 1464 c.c.), nonostante la riconosciuta adeguatezza funzionale».

In particolare, per quanto riguarda il profilo sub *b)* – che è quello che qui maggiormente interessa – Carapezza Figlia contesta al ragionamento del Tribunale di Roma di non aver considerato che « i provvedimenti di contenimento del contagio, che hanno disposto la sospensione di attività produttive o la loro organizzazione «in modalità a distanza o lavoro agile» – lungi dall'incidere su una situazione di fatto esterna al contratto, destinata a verificarsi o a venir meno in modo indipendente dall'attività delle parti – conformano l'idoneità del bene all'uso pattuito, che costituisce oggetto di una specifica obbligazione del locatore (art. 1575, n. 2, c.c.). L'incidenza dello stato di emergenza – conclude pertanto l'A.- può essere riportata dal piano (esterno al contratto) dei presupposti di efficacia o, secondo altro indirizzo, dei motivi, a quello interno dell'attuazione delle obbligazioni collegate dal sinallagma, sotto forma di riduzione dell'uso convenuto in contratto o desumibile dalle circostanze» (v. *op.cit.,* 716-717).

Si vedano anche le considerazioni critiche che Briguglio, A. ("Novità sostanziali del diritto emergenziale anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziale a spese dell'autonomia dei privati", *Editoriale* del 7.10.2020, *Giustiziacivile.com*) ha rivolto ad una recente *Relazione tematica* dell'Ufficio del Massimario della Cassazione (dal titolo "*Novità normative sostanziali del diritto 'emergenziale' anti-Covid 19 in àmbito contrattuale* e *concorsuale*", Roma, 8 luglio 2020, a firma del consigliere Salvatore Leuzzi) che dà avallo all'utilizzazione dello strumento dell'"obbligo di rinegoziazione" del contratto *ex fide bona*, addirittura ritenendolo presidiato (in presenza di determinati presupposti) dalla tutela costitutiva ex art. 2932 c.c.

16 Esemplare per la chiarezza e il rigore dell'argomentazione è la pronuncia resa da Trib. Roma, sez. VI, ord. 29 maggio 2020, G.I. Miccio (cui si allinea integralmente Trib. Roma, sez. V, ord. 25 luglio 2020 – G.I. Corbo; entrambe le pronunce si leggono in *Contratti,* 2021, con nota di Gelli, cit.), che – in relazione ad un contratto di affitto di ramo d'azienda (in particolare, si trattava di un negozio di vendita di articoli di pelletteria, borse, valigeria, portafogli, etc.) – ha affermato che "i provvedimenti limitativi della libertà di iniziativa economica emanati per effetto della diffusione del *virus* "Covid-19" determinano un'ipotesi di impossibilità parziale e temporanea della prestazione dell'affittante, cui consegue, quale riflesso sull'obbligo di corrispondere il canone, una riduzione destinata a cessare, nel momento in cui tale prestazione potrà tornare ad essere compiutamente eseguita" (nel caso di specie – pur respingendo il ricorso cautelare ex art. 700 c.p.c., per mancanza del requisito del *periculum in mora* –(nel caso di specie, il Tribunale ha ipotizzato, in considerazione della sospensione dall'11.3.2020 al 18.5.2020 dell'attività di commercio al dettaglio di beni diversi da generi alimentari, il diritto dell'affittuario a una riduzione del canone ex art. 1464 c.c. nella misura del 70%, corrispondenti in concreto a ca. 10.000 euro di minori somme che l'affittuario avrebbe dovuto corrispondere all'affittante).

restrittivamente identificata con la mera "messa a disposizione" del bene locato[17]. A questa obiezione è possibile replicare che l'art. 1575, n. 2. c.c. ricomprende nell'orbita dell'impegno obbligatorio del locatore il mantenimento della cosa in istato da servire all'uso convenuto: espressione, quest'ultima, che non va intesa genericamente, ma con riguardo allo specifico uso concordato tra le parti, e menzionato nell'enunciativa dell'oggetto del contratto.

Ma più in generale – e veniamo così alla seconda (e più insidiosa) obiezione che potrebbe essere prospettata – v'è da dire che, al di là di previsioni specifiche (come quella del ricordato art. 1575, n. 2, c.c.), il concetto di "prestazione" deve essere ricostruito in termini che ricomprendano, accanto al comportamento dovuto dal debitore, anche l'utilità (o, se si vuole, il "risultato") atteso dal creditore, sicché "impossibile" dovrà dirsi divenuta la prestazione non solo quando sia sopravvenuto un impedimento che non consenta al debitore di adempiere, ma anche quando risulti "oggettivamente" impossibile al creditore di fruire dell'utilità che il comportamento del debitore è destinato a procurargli)[18]. Torneremo più avanti su questo punto, che è di estrema importanza: qui, ci limitiamo semplicemente ad osservare che ciò che conta è che l'impedimento alla fruizione della prestazione non sia meramente "soggettivo" (non attenga, cioè, alla mera sfera personale o al rischio connesso all'attività svolta dal creditore), ma abbia carattere "oggettivo", ossia consista in un impedimento che incide direttamente sulla prestazione, in sé e per sé considerata.

IV. ULTERIORI DISPOSIZIONI DELLA LEGISLAZIONE EMERGENZIALE CHE RICHIAMANO LA NORMATIVA (GENERALE O SPECIALE) SULL'IMPOSSIBILITA' SOPRAVVENUTA DELLA PRESTAZIONE OVVERO ALTRE NORMATIVE SETTORIALI IDONEE A RISOLVERE I PROBLEMI POSTI DALL'INCIDENZA DELL'EMERGENZA SANITARIA SULLO SVOLGIMENTO DEI RAPPORTI CONTRATTUALI.

Salvo che per alcune norme di ambito applicativo molto esteso (anzi, coestensivo alla totalità dei rapporti contrattuali) – come il sopra ricordato art. 3, comma 6 *bis* del D.L. n. 6/2020 –, il legislatore dell'emergenza è intervenuto per lo più dettando disposizioni relative a specifici rapporti contrattuali, e richiamando per tali rapporti, oltre che la disciplina generale sopra vista, anche la disciplina *specifica* delle sopravvenienze contrattuali propria *in via ordinaria* di tali rapporti. Naturalmente, anche in questo caso, sono state introdotte alcune integrazioni e/o modifiche (invero, alquanto limitate), quando esse sono parse indispensabili

17 Vedi, per un'argomentazione di questo tipo, Trib. Roma, Sez. VI, 9 settembre 2020, ord.- G.I. M. Corrias, in *Contratti,* 2021, cit.

18 Per alcune indicazioni dottrinali, v. *infra*, nota 22.

(o comunque opportune) alla luce della particolare situazione determinata dall'epidemia da Covid-19.

Esamineremo, qui di seguito, alcune delle disposizioni che rientrano in questo ambito.

a) Una prima fattispecie che merita di essere menzionata è quella dei contratti di trasporto (aereo, ferroviario o marittimo), rispetto ai quali l'art. 28 D.L. 2 marzo 2020, n. 9 (che – come vedremo – si occupa anche dei contratti di "pacchetto turistico")[19] ha disposto che ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione, *ai sensi e per gli effetti dell'art. 1463 c.c.*", quando il soggetto trasportato (creditore della prestazione) sia stato posto in quarantena (nel periodo in cui dovrebbe effettuarsi il viaggio) in attuazione dei provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, oppure sia destinatario di un provvedimento di divieto di allontanamento da aree interessate dal contagio (1° comma)[20]. La disposizione in esame, che si preoccupa di regolare in particolare l'obbligo restitutorio (in caso di anticipato pagamento, totale o parziale, del corrispettivo), ha stabilito un onere di comunicazione (entro 30 giorni) al vettore del ricorrere di una delle situazioni predette, disponendo che il vettore debba - nei successivi 15 giorni - procedere al rimborso dei titoli di viaggio (anche quando questi siano stati acquistati tramite un'agenzia di viaggi) oppure può emettere un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione.

Varie sono le novità contenute in questa disposizione, non tanto rispetto alla disciplina codicistica, quanto rispetto alla normativa "settoriale", che ben conosce il problema, e lo regola a propria volta in maniera diversa rispetto alla disciplina generale. Ad es., in materia di trasporto marittimo, l'art. 400 c.nav., con riferimento all'ipotesi in cui il passeggero si trovi impossibilitato a viaggiare per una causa a lui non imputabile, dispone la risoluzione del contratto, ma impone al creditore l'obbligo di pagare un quarto del corrispettivo, al netto del vitto, se compreso nel prezzo. Una disciplina ancora diversa è poi prevista, in materia di trasporto aereo, dall'art. 945 c. nav., il quale dispone bensì l'obbligo del vettore aereo di restituire al viaggiatore "impossibilitato" l'*intero corrispettivo*, ma lo fa con norma derogabile, e – di fatto – sistematicamente derogata dalle c.g.c. (che, per lo più, prevedono regole di rimborso differenziate a seconda della tipologia tariffaria applicata).

19 L'art. 28 è stato poi abrogato dalla L. 24.4.2020 n. 27, e sostituito con l'art. 88-*bis* del D.L. n. 18/2020 (che ha aggiunto ai contratti di viaggio e di pacchetti turistici anche i contratti di soggiorno).
Una disciplina analoga è stata poi dettata dall'art. 88 del medesimo d.L. n. 18/2020, con riferimento al rimborso dei corrispettivi pagati per l'acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura, quando la fruizione del servizio acquistato sia stata resa impossibile dalle misure restrittive emanate per fronteggiare l'epidemia da Covid-19.

20 E' appena il caso di evidenziare che quella considerata dalla norma è un'ipotesi di impossibilità *totale* e *definitiva*, che determina la risoluzione del contratto.

Ora, rispetto a questo quadro normativo preesistente, è evidente che l'art. 28 ha adottato (generalizzandola) la soluzione prevista in materia di trasporto aereo, imponendola peraltro con una norma che dovrebbe considerarsi prevalente rispetto anche ad eventuali clausole contrattuali di deroga (ossia a clausole contrattuali che addossino al viaggiatore il rischio di una impossibilità, anche dovuta a forza maggiore, di fruire della prestazione di trasporto).

Peraltro, per venire incontro anche ai vettori (già duramente colpiti dalle limitazioni introdotte dalla normativa d'emergenza), e per evitare che gli stessi potessero subire anche il contraccolpo negativo dell'obbligo di restituire immediatamente le somme già "anticipate" dal viaggiatore, si è introdotto il meccanismo del *voucher,* come modalità alternativa di esecuzione dell'obbligo di rimborso del corrispettivo dei titoli di viaggio[21].

Senza soffermarci ulteriormente su queste fattispecie, ci limitiamo qui soltanto segnalare come il legislatore abbia, nel regolarla, accolto – con tutta evidenza – l'interpretazione maggioritaria (e che anche a noi sembra la più corretta, come già sopra abbiamo avuto modo di evidenziare) che ricomprende nel concetto di "*impossibilità della prestazione*" (ai sensi e per gli effetti degli artt. 1463 e ss. cod.civ.), accanto all'impedimento che rende impossibile il comportamento del debitore, anche l'impedimento che colpisca la possibilità per il creditore di ricevere la prestazione[22].

21 Si è molto discusso, ad es., sulla natura del *voucher.* Ci sembra, fondamentalmente, corretta l'impostazione di Piraino (*op.cit.*, 510 ss., ed *ivi* ulteriori riferimenti), il quale – premesso che il rilascio del *voucher* è solo una modalità di effettuazione di una restituzione conseguente ad una risoluzione, e che non ci si trova pertanto di fronte ad "una ridefinizione *ex lege* del contenuto del contratto" (come invece sostiene qualche autore), e nemmeno ad una novazione oggettiva del rapporto originario – afferma che "il buono costituisce una modalità cartolare di restituzione del corrispettivo che attribuisce al contraente un valore monetario nei confronti della controparte a impiego discrezionale", e trae da questa definizione la conseguenza che, allo scadere del periodo previsto, il contraente (che non è più vincolato al contratto, che deve considerarsi risolto) potrà a propria scelta chiedere il rimborso monetario o utilizzare il "buono" per usufruire di una prestazione di corrispondente valore.
In giurisprudenza, sulla "legittimità" del rimborso del corrispettivo tramite il meccanismo del *voucher* si veda l'articolata pronuncia di Trib. Verona, 19 gennaio 2021.

22 Com'è noto, alcuni autori ritengono che le vicende che riguardano la sfera personale del creditore, impedendogli di prestare la cooperazione dovuta o, comunque, di ricevere la prestazione messa a disposizione dal debitore, non possono essere fatte ricadere su quest'ultimo, perché è giusto che costituiscano un rischio ricadente sul creditore (anche nel caso in cui nessun addebito a titolo di colpa possa essergli mosso).
Ma l'opinione maggioritaria è nel senso di equiparare l'impossibilità (non imputabile) del creditore di ricevere la prestazione all'impossibilità che colpisce l'attività dovuta da parte del debitore.
In tale ultimo senso, v. Cottino, C.: "*L'impossibilità sopravvenuta della prestazione* e *la responsabilità del debitore. Problemi generali*", Milano, Giuffré, 1955, 8 ss. Bianca, C.M., "*Diritto civile, V. La responsabilità*", Milano, Giuffré, 1994, 383 ss.; per l'opposta (e minoritaria) tesi cfr., invece, Trimarchi, P.: "*Il contratto: inadempimento e rimedi*", Milano, Giuffré, 2010, 24 ss.
Una breve discussione sul punto si legge in Piraino, *op.cit.,* 498, il quale evidenzia opportunamente come la soluzione (giustamente) prevalente non sia altro che il riflesso di una corretta ricostruzione del concetto di "prestazione", che comprende sia il profilo del comportamento dovuto dal debitore sia quello del "risultato" atteso dal creditore.

b) Un'ulteriore tipologia di rapporti contrattuali presa in considerazione dal legislatore dell'emergenza è costituita dai contratti di "pacchetto turistico", anch'essi disciplinati dall'art. 28, del quale abbiamo poc'anzi esaminato alcune previsioni.

Il comma 5 di tale norma ha disposto che i soggetti che si trovino in una delle situazioni "impossibilitanti" di cui al comma 1, possono *recedere* dai contratti di "pacchetto turistico", che avrebbero dovuto ricevere esecuzione nei periodi di quarantena, isolamento domiciliare, etc., e hanno diritto al rimborso integrale dei corrispettivi anticipati[23].

Qui la terminologia (in particolare l'uso del verbo "recedere" e del termine "recesso") si adegua a quella della normativa "ordinaria" che regola questo tipo di rapporti contrattuali, normativa oggi contenuta – sotto il titolo di "*Contratti del turismo organizzato*" – nel "Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo" (in breve; "Codice del turismo"), approvato con l'art. 1 del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, e contenuto nell'Allegato 1 a detto d.lgs.[24].

Tralasciando altre facoltà attribuite al viaggiatore (come quella di cedere a terzi il contratto di pacchetto turistico, prevista nell'art. 38 del Codice), giova richiamare subito l'art. 41, che al comma 4, prevede il diritto del viaggiatore di sciogliersi dal contratto senza corrispondere alcuna spesa di recesso (c.d. recesso gratuito), nel caso in cui siano sopravvenute «*circostanze inevitabili e straordinarie verificatesi nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze e che hanno un'incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto dei passeggeri verso la destinazione* »[25].

Rispetto alla previsione dell'art. 41, or ora citata, quella del 5° comma dell'art. 28 D.L. n. 9/2020 esibisce alcune differenze, in particolare sotto due profili : da un lato, infatti, la disposizione in esame amplia (rispetto alla regola "ordinaria") la tutela del viaggiatore ammettendo il recesso "gratuito" anche in relazione a circostanze

23 Anche in questo caso è concesso all'organizzatore (*tour operator*) l'alternativa tra il procedere al rimborso nei 15 giorni successivi alla comunicazione di recesso ovvero effettuare il rimborso mediante l'emissione di un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione.

24 Il d.lgs. n. 79/2011 (e, in particolare, le specifiche norme che citeremo in appresso) sono state modificate dal d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62, con il quale è stata data attuazione alla Direttiva 2015/2302 UE.

25 Il *Considerando* 31 della Direttiva 2015/2302 UE (cui il nostro legislatore ha dato attuazione con il cit. d.lgs. n. 62/2018) esemplifica le circostanze inevitabili e straordinarie (di cui all'art. 12 dir.), richiamando le ipotesi di "conflitti armati, altri gravi problemi di sicurezza quali terrorismo, rischi significativi per la salute umana *quali il focolaio di una grave malattia* … o calamità naturali come inondazioni, terremoti o condizioni meteorologiche *che impediscano di viaggiare in modo sicuro* » (corsivo aggiunto).
Sul recesso "gratuito" previsto dall'attuale art. 41 comma 4 del d.lgs. n. 79/2011 (in attuazione dell'art. 12, par. 2, dir. 2015/2302 UE), e sulla sua configurabilità come rimedio a una situazione di "impossibilità oggettiva" di attuazione del rapporto, cfr. per tutti Pagliantini, S. : "Tra diritto delle Corti e teoria dei contro limiti : il recesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico ai sensi dell'art. 12 dir. 2015/2302 UE", Aa.Vv. *Le parole del diritto. Studi in onore di Carlo Castronovo*, Milano, § 4 (e, già prima, Id., "Modifiche anteriori e recesso da un contratto di pacchetto turistico secondo il canone della direttiva 2015/2302 UE: per un repertorio (frastagliato) di problemi teorici e pratici a prima lettura", *Contratto ed Impresa- Europa*, 2017, pp., § 7).

che riguardano la persona del creditore (come la messa in quarantena o in stato di permanenza domiciliare fiduciaria) e non (solo) a situazioni "oggettive" verificatesi "nel luogo di destinazione del viaggiatore"; dall'altro essa tutela altresì la posizione del *tour operator*, consentendogli – oltre che di procedere al rimborso nei termini previsti dai commi 4 e 6 dell'articolo 41 del citato d.lgs. n. 79/2011 – anche di offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore, oppure ancora di emettere un *voucher*, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante[26].

Per concludere va detto che la tutela del viaggiatore è completata dalla possibilità (che deve ritenersi sempre sussistente) di esercitare – quando non ricorrano i presupposti per poter recedere dal contratto senza spese (o quando comunque – magari per ragioni di *privacy* – il viaggiatore non intenda ricorrere a tale istituto) – il recesso c.d. "oneroso" previsto dal 1° comma dell'art. 41 del Cod. del Turismo, ai sensi del quale il viaggiatore, senza alcun onere di motivazione, può recedere dal contratto di pacchetto turistico in ogni momento prima dell' inizio del pacchetto turistico, *rimborsando all'organizzatore le spese da questi sostenute*, purché adeguate e giustificabili[27]. E si noti come, in presenza di quest'ulteriore rimedio "tipico" (e della sua evidente "complementarietà" con il recesso gratuito di cui al 4° comma del medesimo art. 41), non ci dovrebbe essere spazio per allargamenti dell'area del "recesso gratuito", giustificati magari dall'invocazione della c.d. "irrealizzabilità della causa concreta" [28]. Ove ciò accadesse, ci si troverebbe di fronte ad un sovvertimento delle regole legali di ripartizione del rischio contrattuale, regole alle quali il legislatore (anche dell'emergenza pandemica) ha mostrato di prestare particolare attenzione attraverso la disciplina sopra sinteticamente illustrata.

26 Disciplina analoga, anche se non identica, è prevista nel comma 9 dell'art. 88-*bis* del D.L. n. 18/2020 (che ha sostituito l'originario art. 28 del D.L. n. 9/2020), con riferimento ai viaggi e alle altre iniziative d'istruzione *oggetto di sospensione* ai sensi degli artt. 1 e 2 del D.L. 23.2.2020, n. 6. La norma prevede *tout court* l'applicazione di quanto previsto (in ordine al diritto di recesso del viaggiatore prima dell'inizio del pacchetto di viaggio) dall'art. 41, comma 4, d.lgs. 23 maggio 2011 n. 79 (Codice del Turismo) e dall'art. 1463 c.c., aggiungendo soltanto la previsione della possibilità di effettuare il rimborso delle somme anticipate mediante l'emissione di un *voucher*.

27 Si tratta di una sorta di *ius poenitendi* che sembra disciplinato più che sul modello dello *ius poenitendi* noto alla legislazione consumeristica, su quello dello *ius poenitendi* che è previsto in alcuni rapporti contrattuali (es.: appalto, contratto di prestazione d'opera intellettuale, etc.) relativamente ai quali si vuole lasciare al creditore la possibilità *re melius perpensa* (e, comunque, senza un particolare onere di motivazione) di "rinunciare" alla prestazione prevista nel contratto (per motivi che possono attenere alla persona della controparte [si pensi alla revoca di un incarico professionale per ragioni di "fiducia" nei confronti del professionista], oppure anche per ragioni che attengono alla sfera del creditore [ad es., una sopravvenuta impellente esigenza di liquidità, che suggerisce di abbandonare un costoso progetto di ristrutturazione della propria abitazione]), tenendo peraltro indenne la controparte delle spese sostenute, e corrispondendo il compenso per la parte di prestazione sino a quel momento eseguita (si tenga presente che, nel caso della vendita di pacchetto turistico, può darsi che – al momento dell'esercizio del recesso da parte del viaggiatore – l'organizzatore abbia già eseguito *in larga parte* la propria prestazione, che precede naturalmente la fase di *esecuzione del pacchetto turistico*).

28 E cfr. Pagliantini, S.: "Tra diritto delle Corti e teoria dei contro-limiti", *lc.ult.cit.*, il quale proprio nella "codificazione", nel citato art. 41 Cod. tur., delle ipotesi (ben distinte) del recesso "oneroso" (comma 1) e del recesso "gratuito" (comma 4), ha acutamente intravvisto il ripudio «…a chiare lettere [di] quell'indirizzo giurisprudenziale imputante, mercé l'*escamotage* di una causa concreta irrealizzabile, il rischio del fortuito *interamente* al professionista».

V. EMERGENZA SANITARIA E RIMEDI CONTRATTUALI: GLI ORIZZONTI DELLA CAUSA CONCRETA E DELLA PRESUPPOSIZIONE.

Le considerazioni sin qui svolte dovrebbero aver già fatto trasparire la posizione (negativa) dell'autore di queste pagine in ordine alla necessità, o anche solo all'opportunità, di implementare il sistema dei rimedi attraverso i quali affrontare l'incidenza che la sopravvenienza "pandemica" ha avuto (su scala vastissima) sui rapporti contrattuali.

Si è visto, nelle pagine che precedono, come sia probabilmente infondato (se non *in toto,* certamente in larga misura) il giudizio che postula l'esistenza di una significativa inadeguatezza del nostro sistema rimediale (in materia di disciplina delle sopravvenienze), in particolare per l'asserita mancanza di rimedi di tipo conservativo (che mantengano in vita il contratto al contempo "adeguandolo" alle mutate condizioni sopravvenute).

Ma – anche ammesso, per un attimo, di voler accreditare una simile opinione – non ci sembra che rimedi "pretori", quali quelli che vanno sotto il nome di "presupposizione" e di "causa concreta", possano offrire un completamento – e, tanto meno, una "correzione" delle (pretese) inadeguatezze del sistema legale – che possa esibire tratti di razionalità e di equilibrata composizione degli interessi.

Senza riprendere il tema (cui si è accennato nel paragrafo introduttivo) della (in) opportunità di "gestire" una crisi "sistemica", come quella generata dalla pandemia da Covid-19, con strumenti di ancora incerta e controversa configurazione[29] – la cui applicazione, da un lato, è affidata ad una (problematica) concretizzazione giudiziale di principi e clausole generali non poco indeterminati, e dall'altro sconta i tempi (notoriamente non brevi) della giurisdizione[30] –, osserviamo intanto come non possa non apparire singolare che, nonostante si individui nell'assenza di strumenti "conservativi" del contratto il limite principale dell'attuale normativa sulle sopravvenienze contrattuali, si faccia poi appello a rimedi (per così dire "atipici" o preterlegali) che hanno a loro volta una funzione (per lo più) "caducatoria" del contratto[31].

29 E' significativo ad es. che, nell'ordinamento tedesco, si sia pervenuti alla "codificazione" della "presupposizione" solo recentemente, nonostante la figura in questione vanti un dibattito dottrinale e una elaborazione giurisprudenziale più che secolari. Sul punto v. anche *infra.*

30 Problema quest'ultimo che non è affatto eliminato dalla possibilità di ricorrere alla tutela cautelare (in particolare all'art. 700 c.p.c.), attesa la problematicità di ammettere (al di là del *fumus boni iuris*) la sussistenza del requisito del *periculum in mora,* venendo in gioco generalmente la richiesta di sospensione di obbligazioni di natura pecuniaria.

31 Ciò vale certamente per la "causa concreta", ma può dirsi anche per la presupposizione.
E, invero, che il rimedio collegato al "venir meno" della presupposizione (*Wegfall der Geshäftsgrundlage*) sia un rimedio di tipo caducatorio (in senso lato) appartiene alla storia dell'istituto, anche se si deve subito aggiungere che la recente riforma tedesca dello *Schuldrecht* ha codificato l'istituto nel § 313 *BGB* , il quale non parla però di *Wegfall* bensì di semplice *Störung* (=alterazione, disturbo, turbamento) della *Geshäftsgrundlage*, ipotizzando quale rimedio principale il c.d. "adeguamento" (*Anpassung*) del contratto,

Ma, a parte questa osservazione, ce n'è un'altra che ci sembra opportuno enunciare sinteticamente *in limine*. Causa concreta e presupposizione – come vedremo subito – sono invero costruzioni nate per coprire (pretesi) "vuoti di tutela" della disciplina legale delle sopravvenienze. Sennonché gli asseriti "vuoti di tutela" o non sono realmente sussistenti (dipendendo piuttosto da interpretazioni non adeguate delle norme che disciplinano rimedi "tipici"), oppure non meritano di essere colmati con i rimedi preterlegali in questione (palesandosi, invece, come corretta la scelta del legislatore di non attribuire rilievo a determinati interessi o a determinate situazioni).

1. Rilievi critici sul ricorso alla nozione di "causa concreta".

La nozione di "causa concreta" è una nozione per molti versi ambigua.

Mentre, infatti, il sostantivo "causa" induce a pensare che si tratti del "requisito" di cui all'art. 1325 c.c. (requisito che però – come noto – riguarda l'atto, e la c.d. fase genetica del contratto, come è dimostrato dal rimedio della nullità - e cioè della inefficacia originaria - che viene ricollegato alla mancanza della causa dall'art. 1418 c.c.), il rimedio che viene predicato per le fattispecie variamente catalogate come "venir meno" o "inutilizzabilità" o "irrealizzabilità" della causa concreta" è quello della risoluzione del contratto, cioè un rimedio che attiene al rapporto (e più precisamente ad una alterazione sopravvenuta del sinallagma funzionale)[32]. Del resto, è del tutto ovvio che, nei contratti a prestazioni corrispettive, *sempre* (e non solo nelle ipotesi in cui la giurisprudenza ha fatto ricorso alla nozione di "causa concreta"), l'estinzione (per impossibilità sopravvenuta non imputabile) di una delle obbligazioni contrapposte, fa venir meno il "sinallagma funzionale" (ossia la ragione che lega le due prestazioni corrispettive). E, sotto questo profilo, l'espressione "irrealizzabilità della causa concreta" appare solo un modo diverso per indicare un fenomeno notissimo e antico (e, oltre tutto, non legato a fattispecie circoscritte).

mentre solo "se un adattamento del contratto non è possibile o è irragionevole per una parte" è previsto lo scioglimento del rapporto attraverso un potere di recesso attribuito alla parte svantaggiata.

32 E che di questo si tratti (ossia di un modo di evocare le tradizionali ipotesi di "sopravvenienze", incidenti sul rapporto, prima fra tutte l'impossibilità della prestazione, e la conseguente estinzione dell'obbligazione di una delle parti) – nonostante il ricorso al termine "causa" – lo si evince chiaramente dalla lettura delle sentenze.

Si veda, ad es. Cassazione civile sez. III - 22/08/2007, n. 17844 (repertoriata sotto la voce "Risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta"), dalla quale è tratta la seguente massima : « In caso di impossibilità, determinata da evento sismico, di godere degli immobili locati e di utilizzarli per l'uso (nella specie, scuola pubblica) cui gli stessi erano adibiti, tanto da essere oggetto di ordinanze sindacali di sgombero e di inagibilità, qualora non sia stata emanata in relazione al predetto evento una specifica disciplina legislativa volta a regolare le vicende dei contratti di locazione aventi ad oggetto gli immobili rimasti danneggiati, *occorre far riferimento alla disciplina generale in tema di estinzione del rapporto contrattuale per sopravvenuta impossibilità della prestazione non imputabile alle parti ex art. 1463 c.c., quale rimedio all'alterazione del c.d. sinallagma funzionale che rende irrealizzabile la causa concreta, comportante l'automatica risoluzione "ex lege" del contratto*, con conseguente liberazione del debitore dall'obbligazione divenuta impossibile che nello stesso trovava fonte » (corsivo nostro).

Ci si potrebbe fermare semplicemente a questa denuncia circa il carattere equivoco della formula (e l'inopportunità del suo uso in alternativa ad espressioni ben più precise e collaudate), se non fosse che le discussioni circa la genesi del nostro concetto confermano che, parlando di "causa concreta", sovente si ritenga veramente che il riferimento sia alla "causa", come requisito del contratto ex art. 1325 c.c.

Ciò avviene quando si individua questa genesi nel passaggio dalla concezione della causa come "funzione economico-sociale" alla concezione della causa come "funzione economico-individuale"[33]. Sul punto bisogna, tuttavia, intendersi. Il passaggio in questione ha un significato sicuro, se esso viene rinvenuto sul terreno del rapporto tra autonomia privata e ordinamento giuridico: vuole significare un atteggiamento più "liberale" dell'ordinamento nel valutare la rilevanza (e nel riconoscere l'efficacia) degli atti di autonomia privata (senza condizionare questo giudizio ad una valenza "sociale" dell'interesse perseguito dai contraenti).

Più dubbio è, invece, che la formula della funzione "economico-individuale" (e quella – ad essa, impropriamente, collegata – della "causa concreta") abbia, invece, apportato una significativa novità sul terreno della modalità di effettuazione del giudizio causale. E, invero, che tale giudizio debba avvenire *in concreto*, ossia con riferimento al singolo specifico atto di autonomia privata, non è cosa che potesse (in passato) o possa essere messa seriamente in dubbio[34]. È evidente (ma lo era anche prima che si cominciasse a parlare di causa concreta), insomma, che solo guardando alla *specifica compravendita, tra due specifiche parti contrattuali (quel venditore* e *quell'acquirente), con riferimento a quello specifico "oggetto",* che si potrà accertare se il contratto di cui trattasi abbia o non abbia una causa, abbia o non abbia (eventualmente) una causa *illecita*, e così via.

Non ci sembra neanche vero che la formula della (causa come) "funzione economico-individuale" abbia avuto il merito di far uscire il giudizio causale dall'angustia di una considerazione limitata al solo piano del rapporto tra atto di autonomia privata e ordinamento giuridico, restituendogli anche una funzione

33 V., ad es., Scognamiglio, C.: "La causa concreta: una proposta dottrinale di successo", *Riv. dir. civ.*, 2020, I, 588 ss., sebbene l'A. avverta che il concetto di "causa concreta" non si identifica (né si sovrappone) con quello di "causa come funzione economico-individuale del contratto".
Sul passaggio dalla nozione di causa come "funzione economico-sociale" a quella di causa come "funzione economico-individuale" del contratto (passaggio che matura, in gran parte, a seguito della nota monografia di Ferri, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico,* Milano, Giuffré, 1966, *passim*) cfr., in generale, Scognamiglio, C. : *Problemi della causa e del tipo*, in Roppo V. (dir.), *Trattato del contratto*, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano 2006, p. 88 ss.; Alpa, G.: *La causa e il tipo*, in E. Gabrielli (cur.), *I contratti in generale*, I, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, 2a ed., Torino, 2006, p. 550 ss.; e, a livello monografico, Girolami, M.: *L'artificio della* causa contractus, Padova 2012, p. 62 ss.

34 È evidente, del resto, che solo guardando alla specifica compravendita, tra due specifiche parti contrattuali (quel venditore e quell'acquirente), con riferimento a quello specifico "oggetto", che si potrà accertare se il contratto di cui trattasi abbia o non abbia una causa, e se questa causa sia o non sia (eventualmente) una causa illecita, e così via (su quest'ultimo punto v. anche *infra,* testo e nt.35)

pratica sul terreno della tutela *tra i contraenti* [35]. In verità, quest'ultimo ruolo il concetto (tradizionale) di "causa" lo ha sempre svolto sotto almeno due profili : *i)* in primo luogo consentendo – mediante l'individuazione dell'*interesse fondamentale* perseguito (dai contraenti) attraverso il proprio atto di autonomia – di operare la *qualificazione* del contratto, riconducendolo a questo o a quel *tipo legale*, ovvero decretandone la *atipicità* (con tutte le conseguenze che – nell'uno come nell'altro caso – discendono, in particolare sul terreno della disciplina applicabile all'atto e al rapporto)[36]; *ii)* in secondo luogo, consentendo di distinguere ciò che appartiene all'*interesse effettivamente regolato dal contratto* da ciò che costituisce mero *motivo individuale* dell'uno o dell'altro contraente (distinzione fondamentale per evitare che la frustrazione dei motivi soggettivi possa essere invocata per ottenere la caducazione o la modificazione del contratto)[37].

Forse è proprio su quest'ultimo terreno che può trovare spiegazione – sotto un profilo in parte diverso da quelli sin qui richiamati – il "successo" della formula della "causa concreta". Con essa, infatti, non sembra farsi altro che dare un nome (comune) a una serie di situazioni nelle quali, per diverse ragioni, si vuole attribuire rilevanza ad elementi (e interessi) che normalmente non sembrerebbero doverla avere (primi fra tutti – ma non solo – i motivi *soggettivi* dei contraenti[38], ma poi

35 Così, invece, Navarretta, E.: "Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti", *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 981 ss., dove si legge che « la causa, nel dover giustificare la dialettica fra negozio e ordinamento, in quanto medio fra volontà e norma o in quanto strumento di controllo dell'autonomia negoziale, riferito all'esigenza di socialità che presiede alla funzione ordinatrice del diritto, cessa quasi integralmente di svolgere un ruolo pratico e di tutela delle parti».
Aderisce a questo giudizio Scognamiglio, C.: *op.cit.,* 591 e nt. 9.

36 Appartiene – a nostro avviso – a questo *tipo di problemi* anche l'utilizzazione (da parte della dottrina tradizionale) della "causa" come strumento per valutare se il concreto contratto posto in essere (richiamando - magari - uno specifico tipo contrattuale, ad es. la compravendita) non sia stato utilizzato per consentire alle parti di conseguire finalità *estranee* alla logica del tipo prescelto. Rientrano in questa prospettiva la tematica del *negozio in frode alla legge* (che, non a caso, l'art. 1344 c.c. riconduce all'alveo della causa), come pure - più in generale - quella del c.d. *negozio indiretto*.
Ritematizzare queste problematiche in termini di "causa concreta" è legittimo, purché si usi l'avvertenza di non ritenere che i fenomeni a cui si fa riferimento siano nuovi. Sotto questo profilo saremmo abbastanza cauti nel considerare come espressiva di un concetto inedito (espresso appunto dal sintagma "causa concreta") la massima che si legge in Cass. 8 maggio 2006, n. 10490 (in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718, con nota di Rolfi, "La causa come «funzione economico-sociale»: tramonto di un *idolum tribus? "*), secondo cui la causa concreta sarebbe « lo scopo pratico del negozio ... sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione*, al di là del modello astratto utilizzato* », dove la parte finale (che abbiamo messo in corsivo) sembrerebbe per l'appunto alludere alla tipica problematica del "negozio indiretto" (ma cfr. Roppo, *op.cit.,* 963 ss., che vede nella sentenza in questione la pronuncia cui si deve "la creazione del marchio" della causa concreta; in realtà, peraltro – al di là della formula definitoria –, nella specie si trattava, probabilmente, di una banale ipotesi di *mancanza di causa*).

37 Il che conferma che non è vero che lo strumento della "causa", anche nella teorica tradizionale, non serva (anche) a definire alcuni aspetti della *tutela dei contraenti*. Del resto, questo emerge anche dai rapporti che esistono, indubbiamente, tra il profilo della causa e quello dell'interpretazione (di un "rapporto circolare" parla, giustamente, Bianca, C.M.: "Causa concreta del contratto e diritto effettivo", *Riv.dir.civ.,* 2014, I, 251 ss., spec. 267 ss.

38 A volte, peraltro, la "causa concreta" viene invocata anche con riferimento ad ipotesi in cui si vuol dare rilevanza a "motivi", in casi in cui questa rilevanza è però già riconosciuta dall'ordinamento. Si pensi, oltre che al caso – già ricordato *supra* (penultima nota) – del "negozio in frode alla legge" (per il quale è risalente la teorizzazione in termini di eccezionale rilevanza del motivo comune), all'ipotesi della nullità ex art. 1345 c.c. per illiceità del motivo illecito comune ai due contraenti (e, per l'affermazione secondo cui «Nel campo

anche sopravvenienze che incidono sulla *convenienza* economica del contratto stipulato, ma che non attribuiscono al contraente - di regola - né una tutela in termini invalidatori né in termini risolutori)[39].

Ma è proprio con riferimento a questi (ulteriori) usi che il concetto di "causa concreta" rischia di palesarsi non solo come un concetto superfluo (perché indicativo di fenomeni e di funzioni che sono già denotati da altre, ben più risalenti e appropriate, nozioni, come quella del venir meno del sinallagma funzionale), ma altresì come un concetto pericoloso (o, comunque, da maneggiare con estrema attenzione).

dell'illiceità, … non c'è particolare bisogno della creatività degli interpreti per scoprire la causa concreta», perché «questa è già scritta nelle norme. Parlo ovviamente degli artt. 1344 e 1345 c.c.», v. Roppo, *op.cit.,* 974, il quale conclude icasticamente nel senso che «Viene il sospetto che la "scoperta" della causa concreta nel campo dell'illiceità contrattuale non si distacchi più che tanto dalla scoperta dell'acqua calda»); e per un'ipotesi giurisprudenziale, che avrebbe potuto tranquillamente essere risolta facendo applicazione dell'art. 1345 c.c., v. la pronuncia di Cass. 7 ottobre 2008, n. 24769, in *Giur. it.*, 2009, p. 1655, con nota di Galati, *Brevi osservazioni in tema di c.d. «causa concreta» del contratto*, citata dallo stesso Roppo).

39 Antesignano di un nuovo approccio, volto a dare rilievo ad "interessi" che – secondo l'impostazione corrente – venivano considerati "estranei" al profilo causale (e, comunque, inidonei ad aprire le porte a rimedi a favore del contraente portatore di tali interessi) è il volume di Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale,* Milano, Giuffré, 1969, che costituisce anche una originale reimpostazione del tema del "rischio contrattuale".
Si pensi, ad es., al caso (che Roppo, *op.cit.,* 960-961, annovera tra quelli in cui per primo emerge – se pur non ancora a livello lessicale - il profilo della "causa concreta) di quel tifoso del Torino calcio, che aveva stipulato un abbonamento per assistere alle partite di calcio della squadra nel campionato successivo, e che aveva agito per chiedere la "caducazione" del contratto, dopo la (inaspettata) "cessione" a inizio campionato del centravanti Lentini, la cui presenza nelle file del Torino costituiva (a detta del ricorrente) il *motivo* per cui egli aveva sottoscritto l'abbinamento. La Cassazione (v. Cass. 26 gennaio 1995, n. 975, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2502) – com'è noto – ha dato ragione all'abbonato, ritenendo che nella specie dovesse darsi rilevanza "causale" (con riferimento al concreto contratto) all'interesse dedotto.
Discorso analogo (anche se solo in parte) si può fare per un'altra pronuncia (anch'essa ricordata da Roppo, *op.cit.,* 961), nella quale – in un'ipotesi di c.d. mutuo di scopo (si trattava di un finanziamento concesso in vista dell'acquisto di un'autovettura) la Corte di cassazione ha ritenuto che il "collegamento" tra il finanziamento e la compravendita (che, nella specie, era stata oggetto di risoluzione consensuale) assumeva rilevanza causale, sicché la destinazione delle somme mutuate allo scopo previsto travalicava la semplice sfera dei "motivi", e giustificava il venire meno anche del contratto di finanziamento (così Cass. 23 aprile 2001, n. 5966, *Contratti*, 2001, p. 1126, con nota di Perrotti, "Compravendita e mutuo di scopo: un'ipotesi di collegamento negoziale").
In fondo, poi, pongono (almeno in parte) un problema simile (ossia un problema di rilevanza del "motivo") anche quelle pronunce (in tema di contratti di viaggio "tutto compreso") che hanno dato rilievo alla circostanza che (al di là delle specifiche prestazioni espressamente menzionate nel "pacchetto turistico") la situazione di contesto avesse reso non fruibili da parte del turista una serie di attività (di svago o culturali) solitamente svolte in occasione di una vacanza, *se pur non specificamente dedotte in contratto* (cfr. il *leading case* di Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, già cit.). Circostanza quest'ultima – osserviamo – che, teoricamente, dovrebbe portare semmai ad escludere che gli interessi non specificamente dedotti *in quello specifico contratto* possano essere ricompresi nell'orbita della "causa concreta" (altro sarebbe se, in un pacchetto turistico acquistato da un turista amante della pesca subacquea, fossero state previste una serie di "escursioni" in località particolarmente adatte a praticare questo tipo di sport, ma divenute inaccessibili a questo scopo per l'inquinamento del mare prodotto da un incidente occorso ad una grossa nave petroliera). Comunque, va segnalato che – nella sentenza da ultimo citata – si percorre la strada di una (non facile distinzione) tra "motivi rilevanti" (riassunti nella formula dello "scopo vacanziero" – di relax e divertimento – connesso *di per sé* al "contratto turistico") e "motivi irrilevanti" (quali « *il desiderio di allontanarsi per un po' dal coniuge o dalla cerchia degli amici o dall'ambiente di lavoro* ») : il che, paradossalmente, porta a ricondurre ad un profilo di "tipicità" (*recte* : di conformità al "tipo") anche la c.d. "causa concreta", che invece sembrerebbe volersi distaccare da una impostazione siffatta. Parimenti, è confermato che anche lo strumento della "causa concreta" non può prescindere dalla fondamentale distinzione causa/motivi, e che il problema è semplicemente quello di una (diversa) selezione degli interessi da ricondurre alla "causa" (tipica) dell'atto, differenziandoli da quelli che rimangono relegati nell'area dei (semplici) "motivi" individuali.

Ma su quest'ultimo aspetto ci soffermeremo nel paragrafo seguente, parlando della presupposizione, nozione alla quale non di rado quella della "causa concreta" viene accostata, sotto il profilo della rilevanza che – attraverso sia l'uno che l'altro di tali concetti – si intende dare ad interessi (incisi da sopravvenienze di vario genere, ma) che non sembrerebbero poter trovare tutela in rimedi "tipici" accordati al contraente.

2. (Segue): … E sull'utilizzazione del concetto di "presupposizione".

L'aspetto evidenziato alla fine del paragrafo precedente segnala un punto di contatto assai significativo tra "causa concreta" e "presupposizione" [40], istituti che del resto – secondo un'opinione diffusa (tanto in dottrina che in giurisprudenza), che ci sentiremmo, tendenzialmente, di condividere – sono destinati (almeno parzialmente) a sovrapporsi[41] sotto il profilo del tipo di problema che le due nozioni finiscono per affrontare (e che si riassume nella domanda su come sia possibile dar rilievo alla frustrazione di interessi di un contraente, che sembrerebbero non averlo, non essendo stati esplicitamente dedotti né sul piano delle obbligazioni assunte né su quello della previsione di una condizione risolutiva dell'efficacia dell'atto).

I punti di contatto tra la teorica della "causa concreta" e quella della presupposizione[42] sono confermati dalla considerazione degli elementi che si ritiene debbano sussistere per applicare l'istituto della "presupposizione" : il "presupposto" deve essere comune ad entrambi i contraenti, i quali devono aver

40 La letteratura sulla presupposizione è vastissima, anche limitandosi soltanto alla dottrina italiana. Tra le trattazioni più recenti del tema (alle quali si rimanda anche per indicazioni bibliografiche più risalenti, ma non meno importanti) sono dovute a: Scognamiglio, C.: *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti,* Padova, Cedam, 1992, 189 ss.; Camardi, C. : *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, Giuffrè, 1997, 331 ss., Belfiore, A. : *La presupposizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, t. 4, Torino, Giappichelli, 2003, 39 ss.; Al Mureden, E.: *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, Cedam, 2004; Mantello, M. : *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, Jovene, 2003; Macario, F.: *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, t. V, *Rimedi-2* a cura di V. Roppo, Milano, Giuffrè, 2006, 495 ss., 517 ss.

41 Mostra, ad esempio, di ritenere fondata questa (almeno parziale) sovrapposizione tra i due "strumenti" (causa in concreto e presupposizione) Navarretta, *op.cit.,* 88.
Nel senso di una (netta) distinzione tra le due figure si veda, invece, Cass. 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova g. civ. comm.*, 2007, I, p. 1177 (su cui v. le condivisibili notazioni critiche di Roppo, *op.cit.,* 966-967, e nt. 18, dove si cita in senso opposto Cass. 24 marzo 2006, n. 6631, in *Contratti*, 2006, p. 1085).
In generale, sui rapporti tra presupposizione e causa concreta, si veda Ferri, G.B., "Motivi, presupposizione e l'dea di meritevolezza", *Europa e diritto privato,* 2009, 331 ss. 360 ss.

42 Punti di contatto che sono testimoniati dall'opinione (non poco singolare) che vorrebbe addirittura ricondurre alla problematica della "causa concreta" persino i c.dd. *coronation cases*, che da sempre hanno costituito l'esempio più ricorrente e noto, utilizzato per illustrare la figura della presupposizione (si veda, ad es., Cass. n. 12235/2007, nel quadro peraltro – come è stato segnalato nella nota precedente – di una posizione volta a distinguere nettamente gli ambiti in cui opererebbero i due "istituti" della causa concreta e della presupposizione).
Più in generale, non è affatto lontano dal vero supporre che la "causa concreta" abbia – negli ultimi tempi – finito per coprire (o per occupare) una considerevole parte delle fattispecie che prima venivano inquadrate (o avrebbero potuto esserlo) nel concetto di *Geshäftsgrundlage*, e correlativamente che la *irrealizzabilità* della causa concreta non sia concettualmente e praticamente molto diversa (né per presupposti, né per conseguenze) dal *Wegfall* della "base negoziale".

dato per certo il suo verificarsi, e il suo venir meno deve sopraggiungere per l'operare di fattori "oggettivi" che *privano di senso* l'operazione negoziale conclusa[43].

Ciò posto, deve dirsi che anche con riferimento alla figura della presupposizione (come per la "causa concreta") si può sollevare il dubbio se i problemi che essa ha la funzione di risolvere non siano (già) – almeno nella maggior parte dei casi – risolvibili attraverso gli strumenti tradizionali della interpretazione/integrazione della legge o del singolo patto[44], individuando rimedi anch'essi riconducibili a istituti noti[45].

Ad es.- come è stato ricordato di recente – il classico caso del balcone locato per assistere al passaggio del corteo reale, potrebbe essere risolto tenendo presente che tra le obbligazioni del locatore vi è quella di garantire il godimento del bene, non (tanto) genericamente, bensì con riferimento allo *specifico uso determinato in contratto* o che può altrimenti desumersi dalle circostanze (ad esempio, ma non solo, dal corrispettivo pattuito) [46], sicché l'annullamento del corteo può ben costituire causa di risoluzione del contratto *per impossibilità della prestazione* [47].

43 Peraltro – come è stato notato - proprio questi caratteri escludono sia che il (verificarsi del) "presupposto" venga dedotto in condizione (mancando – almeno nella rappresentazione delle parti – il requisito della "incertezza" dell'evento), sia che esso possa in qualche modo considerarsi oggetto di obbligazione (essendo il verificarsi o meno del presupposto del tutto indipendente dalla volontà e dall'attività del contraente), correlativamente restando escluso uno scioglimento del contratto sia per il verificarsi di una condizione risolutiva sia per il realizzarsi di un inadempimento contrattuale. Cfr. Salanitro, U.: *Rischio contrattuale*, cit. p.18 dell'estratto.

44 È questa la prospettiva in cui si colloca l'indagine di Belfiore, A.: *La presupposizione*, cit., *passim* (alla quale mostra di aderire - di recente - Salanitro, *Rischio contrattuale,* cit., pp. 18 ss. dell'estratto), che rappresenta probabilmente, nella nostra dottrina, la posizione che più radicalmente ha contestato la costruzione dell'istituto della presupposizione.

45 In qualche caso, ad es., si è fatto ricorso alla disciplina del (la risoluzione per) inadempimento, come accade per il caso del fondo agricolo venduto come edificabile (sul presupposto della sicura approvazione di una variante al piano regolatore), che nell'analisi di un autore (Cataudella, A.: *Sul contenuto del contratto,* Milano, Giuffré, 1966, 293, cit. da Salanitro, U.: *op.cit.,* p. 19 e nt. 166) viene risolto facendo riferimento alla disciplina dell'inadempimento per mancanza di qualità promesse.
Nella impostazione di Salanitro, U. (v. *op.cit.,* p. 20 dell'estratto) si propone di trattare la medesima fattispecie facendo ricorso alla "qualificazione" del contratto come "vendita di cosa futura", per cui ove venga meno l'interesse risultante dal contratto (ossia l'acquisizione nella sfera dell'acquirente della futura edificabilità del fondo) il contratto sarebbe nullo ex art. 1472 c.c. (*rectius*, si risolverebbe). Naturalmente, tale "qualificazione" potrà essere operata solo in presenza di indici adeguati emergenti dal testo contrattuale (come ad es., la maggiorazione del prezzo rispetto al valore di mercato dei fondi agricoli circostanti, lo spostamento nel tempo del pagamento in un momento successivo alla conclusione del contratto coincidente con il tempo necessario per l'approvazione della variante, etc.).

46 Cfr. Belfiore, A.: *La presupposizione*, cit., 100 ss., la cui posizione viene ripresa da Salanitro, *Rischio contrattuale,* cit., pp. 19-20 dell'estratto, il quale (richiamando anche altri precedenti scritti: Salanitro, U.: "La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus", *Giustiziacivile.com,* 21 aprile 2020; Id., "Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea", *Nuova giur. civ.*, 2020, suppl. al n. 3, 110 ss.; Id., *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, Giuffrè, 2003) osserva come questa soluzione « non appare in contrasto con la correlazione tra vantaggi e rischi nell'assetto contrattuale della locazione », alla stregua della quale deve ritenersi che si ripercuotono sulla sfera del conduttore le sopravvenienze che incidono sull'attività esercitata nel bene, mentre la sfera del locatore è destinata ad assorbire le variazioni che attengono alla utilizzabilità del bene locato (ipotesi che - se non intendiamo male – dovrebbe ritenersi sussistente anche quando "il bene locato non possa essere destinato alluso pattuito perché è oggettivamente impossibile raggiungere il bene o perché autorità ne ha vietato quello specifico utilizzo").

47 Altre ipotesi (anch'esse, sovente, ricondotte all'istituto della presupposizione) sono invece risolvibili – sempre secondo la dottrina in esame – attraverso lo strumento dell'*integrazione del contratto* (art. 1374 c.c.):

Si conferma, insomma, anche con riferimento alla presupposizione, l'idea che l'istituto – che indubbiamente esibisce le vesti di un "rimedio" atipico, di chiara matrice "pretoria"[48] – risponde ad esigenze che, nella gran maggioranza dei casi, possono trovare adeguata risposta attraverso strumenti più consueti (o "tipici", che dir si voglia); ma si conferma altresì – aggiungiamo – che, quando si vada al di là di quanto consentito da tali strumenti, la figura apre le porte ad esiti che non di rado appaiono discutibili[49].

Quest'ultimo giudizio è riferibile anche ad alcune opinioni che hanno richiamato l'istituto della presupposizione con riferimento a fattispecie presentatesi in occasione della situazione determinata dall'emergenza Covid-19.

Si è scritto, ad esempio, che «… L'impossibilità di produrre con un macchinario industriale o l'impossibilità di gestire l'attività commerciale per chi prende in locazione un fondo per tale uso sono … fatti presupposti dal contratto che oggettivamente si inferiscono *ex fide bona* quali presupposti che colorano di un senso concreto il complessivo affare. Viene cioè in considerazione l'istituto della presupposizione, là dove le prestazioni si dimostrino non utilizzabili dal creditore coerentemente con il presupposto di fatto che dà il senso oggettivo al contratto concluso»[50] .

si pensi al caso del contratto di compravendita stipulato sul presupposto della concessione all'acquirente di un finanziamento o al caso del contratto con il quale il compenso del professionista, obbligato a redigere il progetto, sia subordinato all'inserimento dell'opera progettata in un programma di finanziamento. Per l'esemplificazione attraverso le fattispecie richiamate v. Salanitro, *Rischio contrattuale*, cit., 20-21 (sempre sulla scia dell'impostazione di Belfiore).

48 Di "categoria preterlegale" parla, ad es., Nicolussi, A.: "Presupposizione e risoluzione", *Europa e diritto privato,* 2001, 841.

49 Esiti a cui sembrano aprire le porte formulazioni amplissime, come quella che si legge in Bianca, C.M.: *Diritto civile*, III, *Il contratto*[3], Milano, Giuffrè, 2019, 422 ss., in part. 425, dove la presupposizione viene indicata come un «*principio generale* di rilevanza giuridica di *ogni elemento, fatto o circostanza* che ha per le parti un'importanza determinante ai fini della conclusione, della permanenza o dell'esecuzione del contratto».
Se esistesse veramente un "principio generale" siffatto, esso sarebbe idoneo ad incidere profondamente sulla disciplina legale del contratto, scavalcando i requisiti e i limiti che il legislatore enuncia nel delineare i vari rimedi giuridici (ad es. in materia di annullamento o di risoluzione del contratto), e contraddicendo altresì una serie di "principi" (questi, sì, di carattere generale) come il principio della irrilevanza dei *motivi soggettivi*. E, ancora una volta, tutto ciò avverrebbe all'insegna di una utilizzazione (che rischia di essere) poco controllata del principio di buona fede, che diventa il criterio per disegnare un'allocazione del rischio contrattuale diversa da quella ricavabile dai rimedi "tipici" previsti dalla legge (e della presupposizione come tecnica di « allocazione dei rischi guidata dalla buona fede contrattuale » parla, adesso, Benedetti, A.: voce *Presupposizione*, in *Enc.dir.-I Tematici*, I, *Contratto* (a cura di G. D'Amico), Milano, Giuffré, 2021, p. 3 dell'estratto; si veda altresì Macario, F.: "Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare", *Riv. dir. civ.*, 2002, 63 ss., in particolare 65, dove si legge che «il concetto di presupposizione può sembrare ancora il riferente nobile, per così dire, di ogni discorso in materia di rischio contrattuale»).

50 Così Navarretta, E.: "CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema", *Supplemento Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 3_2020, 87 ss., 88.
Anche Zaccaria, A.: "L'insostenibile "pesantezza" del canone. Onirismi giuridici da Covid-19", *Studium iuris,* n. 10, 2020, 1153 ss., 1157 – sia pure seguendo un diverso percorso argomentativo – richiama l'istituto della presupposizione, ritenendo che il mutamento delle circostanze fondanti il contratto, avrebbe dovuto indurre il legislatore dell'emergenza a prevedere un obbligo di rinegoziare.

La dottrina in esame distingue – correttamente – la *sopravvenuta "impossibilità" del creditore di svolgere la propria attività* produttiva o commerciale dall'*impossibilità di ricevere la prestazione* (*recte*: di godere dell'utilità derivante dalla prestazione del debitore), ritenendo (implicitamente) che solo per quest'ultima possa valere l'equiparazione alla impossibilità del debitore di tenere il comportamento dovuto[51]. Ma proprio questa distinzione dovrebbe indurre a chiedersi quale sia la ragione per la quale si possa gravare il debitore di un "rischio" che concerne la sfera "personale" del creditore (*la sua attività*), almeno fin tanto che la circostanza che concreta questo rischio non si riverberi in un qualche modo sulla *possibilità oggettiva* di fruire (in tutto o in parte) dell'utilità della prestazione del debitore.

In concreto, allora – se si guarda alla fattispecie cui si riferisce la dottrina in esame (e, cioè, quella della locazione commerciale) – mentre è ben possibile (e plausibile) dire che l'impossibilità del creditore di svolgere la propria attività (ad es. per la chiusura serale dei ristoranti, disposta dal Governo) legittima un rimedio (*sub specie,* in particolare, di riduzione del corrispettivo ex art. 1464 c.c.) *quando (e in quanto)* si traduca in una "impossibilità oggettiva (della fruizione) *della prestazione*"[52] (e, in questo caso, *non* c'è bisogno di ricorrere alla "presupposizione", essendo il rimedio già presente nella disciplina legislativa), si dovrebbe invece essere molto cauti nell'estendere (come sembra voler fare l'opinione qui criticata, richiamando per l'appunto l'istituto della presupposizione) la tutela anche ai casi in cui l'*"impossibilità" del creditore di svolgere la propria attività* non coinvolge direttamente la possibilità di fruire dell'utilità della prestazione (del locatore), e costituisce pertanto un rischio che si esaurisce nella sfera giuridica del creditore medesimo, e che su lui solo è giusto che gravi[53].

In definitiva, il concetto di "presupposizione" (o, per lo meno, un concetto così ampio, quale quello che sembrerebbe sotteso all'opinione dottrinale che abbiamo richiamato) rischia, di essere per un verso inutile, e per altro verso fuorviante : inutile, nei casi in cui il rimedio può già trovarsi nelle regole che disciplinano la "impossibilità sopravvenuta della prestazione"; fuorviante, laddove esso potrebbe indurre ad attribuire al contraente un rimedio per un rischio che merita di ricadere esclusivamente su di lui[54].

51 Su detta equiparazione ci siamo soffermati *supra,* testo e nt. 20.

52 Impossibilità – come abbiamo visto (*retro,* § 3) – *parziale*, perché il locatario continua comunque ad usare l'immobile nel quale sono collocati i beni aziendali, ed è "impossibilitato" a godere del bene *solo per ciò che attiene allo svolgimento della (normale) attività d'impresa*.

53 Si pensi, ad esempio, ad un prolungato inadempimento da parte di un fornitore, che costringa l'imprenditore a rallentare la produzione o addirittura ad interromperla temporaneamente.

54 Si osservi, inoltre, come la dottrina in esame affermi che ad entrambe le situazioni considerate (e, dunque, anche a quella di una "impossibilità di svolgere la propria attività" che non derivi da un impedimento che impedisca direttamente di fruire della prestazione fornita da controparte) si applicherebbe (sempre) il medesimo trattamento, ossia quello previsto dal legislatore per la temporanea impossibilità della prestazione (*op.cit.,* pag. 88, col. sin., in fondo).
Non viene spiegato, tuttavia, se ciò avvenga in via di *interpretazione estensiva* della fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (dilatata sino a comprendere anche sopravvenienze che non coinvolgono la

VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Risulta, a questo punto, sufficientemente motivata la conclusione sopra anticipata, secondo la quale "causa concreta" e "presupposizione" non sembrano costituire (per tutte le ragioni evidenziate) strumenti/rimedi che possano vedersi riconoscere un ruolo significativo (né in generale, né) per quanto concerne la "gestione" degli effetti che la pandemia da Covid-19 (e le misure ad essa collegate) ha avuto, e continua ad avere, sui rapporti contrattuali.

Nella stragrande maggioranza dei casi questi effetti potranno (e dovranno) essere "trattati" (almeno sin quando si rimane sul terreno della *relazione tra i contraenti*) con gli strumenti che già offre il diritto positivo per regolare le "sopravvenienze" (e si tratta di un insieme di strumenti tutt'altro che limitati, specie se si ha cura di fornire interpretazioni ragionevolmente ampie di alcune norme generali)[55].

Si può aggiungere – ed è l'ultima considerazione, che si ritiene di dover svolgere – che la soluzione dei problemi che non possano essere soddisfacentemente risolti attraverso lo strumento privatistico, non può che rinvenirsi in strumenti di natura pubblicistica, che, peraltro, risultano ampiamente utilizzati nella legislazione "emergenziale" di quest'ultimo anno.

Basti pensare – e lo si è già accennato – al c.d. "blocco dei licenziamenti", che è stato disposto allargando considerevolmente le maglie della Cassa integrazione (senza di che, il blocco sarebbe stato irragionevolmente penalizzante per la controparte contrattuale, già per suo conto pesantemente colpita - in molti casi - dai provvedimenti limitativi dello svolgimento di determinate attività economiche imposti dall'esigenza di arginare l'epidemia).

prestazione in sé, e la possibilità della sua fruizione, ma rimangono confinate alla mera sfera "personale"), e non si vede in tal caso l'utilità di ricorrere al concetto di "presupposizione" (evocando un rimedio "atipico"); oppure se la conclusione sia raggiunta in via di applicazione *analogica* (il che, però, imporrebbe l'onere di spiegare quali sarebbero gli elementi che conducono a considerare "simili" le due situazioni considerate)

55 Parzialmente diverso è il giudizio espresso da Navarretta, *op.cit.,* 93, la quale – pur mettendo in guardia da usi impropri e/o poco controllati dei principi e delle clausole generali ("il cui abuso produrrebbe su larga scala effetti distruttivi sull'apparato delle regole contrattuali") – ritiene che « clausole generali e principi sono proprio gli strumenti elettivi per governare dimensioni fattuali particolari, che sfuggono alle maglie delle fattispecie (quali quelle emergenziali) e, dunque, non ci si può permettere di non avvalersene, perché si resterebbe disarmati dinanzi all'emergenza ...».
Riteniamo invece che la disciplina codicistica delle "sopravvenienze" abbia complessivamente dimostrato di offrire all'interprete (che - da questo punto di vista - non sarebbe rimasto affatto "disarmato") strumenti generali sufficienti ad affrontare (anche) l'emergenza del Coronavirus, salva ovviamente l'esigenza di intervenire per introdurre – ove necessario – delle disposizioni "interpretative" (in senso lato) e "integrative", necessarie per evitare dubbi interpretativi (che sarebbero potuti altrimenti sorgere) e per scongiurare il pericolo di un contenzioso giudiziario che avrebbe potuto altrimenti assumere dimensioni considerevoli.

Un altro esempio è fornito dalla vicenda delle locazioni commerciali (poc'anzi evocata), riguardo alla quale il legislatore è intervenuto prevedendo (fra l'altro) misure di natura fiscale (il riferimento è al credito d'imposta[56] nella misura del 60% dell'ammontare mensile del canone di locazione o di leasing, che è stato riconosciuto a favore di esercenti attività d'impresa, arti o professioni con ricavi o compensi non superiori a 5 mill. di euro, che abbiano subito una diminuzione del fatturato o dei corrispettivi di almeno il 50%)[57].

Si tratta di una risposta ulteriore – questa volta, sì, del tutto estranea agli strumenti "ordinari" con i quali il sistema (privatistico) reagisce alle sopravvenienze contrattuali –, e che è destinata ad affrontare la dimensione "macroeconomica" (più che quella microeconomica) che un fenomeno come quello della pandemia da Covid-19 necessariamente coinvolge.

56 Art. 28 del D.-L. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto "Rilancio"). L'agevolazione è commisurata all'importo versato nel periodo d'imposta 2020 con riferimento ai mesi di marzo, aprile, maggio e giugno. Ai sensi dell'art. 122 del medesimo Decreto, i soggetti beneficiari possono, in luogo dell'utilizzo diretto, optare per la cessione del credito d'imposta ad altri soggetti, incluso il locatore (a fronte di uno sconto di pari ammontare sul canone da versare), agli istituti di credito o ad altri intermediari finanziari.
L'art. 8 del D.-L. 137/2020 (c.d. "Decreto Ristori") ha esteso il beneficio anche ai canoni relativi ai mesi di ottobre, novembre e dicembre. E ulteriori previsioni sono contenute nell'art. 4 del D.-L. 149/2020, noto come "Decreto Ristori-bis". Come è noto, poi, sono seguiti il "Decreto Ristori-ter" (n. 154/2020) e il "Decreto Ristori-quater" (n. 157/2020). Tutti i testi dei quattro decreti Ristori sono stati poi abrogati dall'art. 1 della legge di conversione (L. 18 dicembre 2020, n. 176), che ha riguardato un testo "unificato" (facendo salvi ovviamente gli effetti prodotti medio tempore da ciascun Decreto legge), nel quale la materia del "credito di imposta" di cui si parla è regolata negli artt. 8 e 8-*bis*.

57 Assai controversa è l'interpretazione delle conseguenze dell'introduzione di questa misura di tipo "pubblicistico".
L'opinione prevalente sembrerebbe orientata nel senso che la fruizione del credito d'imposta non è preclusiva della possibilità del locatario di chiedere la riduzione del canone (per impossibilità parziale ex art. 1464 c.c.), ovviamente nei limiti del canone residuo effettivamente pagato o comunque dovuto, a seguito della riduzione (cfr. Piraino, *op.cit.,* 495 e nt. 56, e Navarretta, *op.cit.,* 89)

BIBLIOGRAFIA

Al Mureden,E.: *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, Cedam, 2004

Alpa, G.: *La causa e il tipo*, in Gabrielli E. (a cura di), *I contratti in generale*, I, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, 2a ed., Torino, 2006, p. 550 ss.

Aa.Vv. *Le parole del diritto. Studi in onore di Carlo Castronovo*, Milano, § 4

Aa.Vv. "Modifiche anteriori e recesso da un contratto di pacchetto turistico secondo il canone della direttiva 2015/2302 UE: per un repertorio (frastagliato) di problemi teorici e pratici a prima lettura", *Contratto ed Impresa- Europa*, 2017, pp., § 7

Belfiore, A.: *La presupposizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, t. 4, Torino, Giappichelli, 2003, 39 ss.

Benedetti, A: "Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto 'cura Italia'", *Contratti*, 2020, 213 ss.

Benedetti, A.: voce *Presupposizione*, in *Enc.dir.-I Tematici*, I, *Contratto* (a cura di G. D'Amico), Milano, Giuffré, 2021, p. 3

Bessone,M.: *Adempimento e rischio contrattuale,* Milano, Giuffré, 1969

Bianca, C.M., *"Diritto civile, V. La responsabilità"*, Milano, Giuffré, 1994, 383 ss.

Bianca, C.M.: "Causa concreta del contratto e diritto effettivo", *Riv.dir.civ.,* 2014, I, 251 ss., spec. 267 ss.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, III, *Il contratto*[3], Milano, Giuffrè, 2019, 422 ss., in part. 425

Briguglio, A. "Novità sostanziali del diritto emergenziale anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziale a spese dell'autonomia dei privati", *Editoriale* del 7.10.2020, *Giustiziacivile.com*

Camardi, C.: *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, Giuffrè, 1997, 331 ss.

Carapezza Figlia, G.: "Rimedi contrattuali e disfunzioni delle locazioni commerciali. Problemi e limiti dell'attivismo giudiziale nell'emergenza Covid-19", *Contratti,* n. 6_2020, 712 ss.

Cataudella, A.: *Sul contenuto del contratto,* Milano, Giuffré, 1966, 293

Cottino, C.: "*L'impossibilità sopravvenuta della prestazione* e *la responsabilità del debitore. Problemi generali*", Milano, Giuffré, 1955, 8

De Cristofaro, G.: "Rispetto delle misure di contenimento anti-Covid 19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento", *Nuove leggi civ.,* 2020, 571 ss.

Dolmetta, A.A.: "Rispetto delle misure di contenimento della pandemia e disciplina dell'obbligazione", *www.ilcaso.it*, 11 aprile 2020, pagg. 3-4.

Ferri, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico,* Milano, Giuffré, 1966

Ferri, G.B.: "Motivi, presupposizione e l'dea di meritevolezza"*, Europa e diritto privato,* 2009, 331 ss. 360 ss.

Galati ,A.: *Brevi osservazioni in tema di c.d. «causa concreta» del contratto*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1655

Gelli, R.: "Emergenza sanitaria e rinegoziazione dei contratti di locazione commerciale e di affitto di azienda", I Contratti, 1/2021, Ipsoa, Milano

Girolami, M.: *L'artificio della* causa contractus, Padova 2012, p. 62 ss.

Leuzzi. S.: *Relazione tematica* dell'Ufficio del Massimario della Cassazione, "*Novità normative sostanziali del diritto 'emergenziale' anti-Covid 19 in àmbito contrattuale e concorsuale*", Roma, 8 luglio 2020

Macario, F.: *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, t. V, *Rimedi-2* a cura di V. Roppo, Milano, Giuffrè, 2006, 495 ss., 517 ss.

Macario, F.: "Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare", *Riv. dir. civ.*, 2002, 63 ss.

Mantello, M.: *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, Jovene, 2003

Navarretta, E.: "Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti", *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 981 ss.

Navarretta, E.: "CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema", *Supplemento Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 3_2020, 87 ss., 88.

Nicolussi, A.: "Presupposizione e risoluzione", *Europa e diritto privato,* 2001, 841

Pagliantini, S.: "Tra diritto delle Corti e teoria dei contro limiti: il recesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico ai sensi dell'art. 12 dir. 2015/2302 UE",

Pagliantini, S.: "Tra diritto delle Corti e teoria dei contro-limiti", *Ic.ult.cit.*

Piraino, F.: "La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti", *Contratti,* 2020, 485 ss.

Rolfi, F.:"La causa come «funzione economico-sociale»: tramonto di un *idolum tribus? "*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718

Scognamiglio, C.: "Il governo delle sopravvenienze e la pandemia COVID-19", *Corriere giuridico*, 2020, 581 ss., 583 ss.

Scognamiglio, C.: "La causa concreta: una proposta dottrinale di successo", *Riv. dir. civ.*, 2020, I, 588 ss.

Scognamiglio, C.: *Problemi della causa* e *del tipo*, in Roppo V. (dir.), *Trattato del contratto*, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano 2006, p. 88 ss.

Scognamiglio, C.: *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti,* Padova, Cedam, 1992, 189 ss.

Salanitro, U.: "La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus", *Giustiziacivile.com,* 21 aprile 2020

Salanitro, U.: "Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea", *Nuova giur. civ.*, 2020, suppl. al n. 3, 110 ss.

Salanitro, U.: *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, Giuffrè, 2003)

Trimarchi, P.: "*Il contratto: inadempimento e rimedi"*, Milano, Giuffré, 2010, 24 ss.

Zaccaria, A.: "L'insostenibile "pesantezza" del canone. Onirismi giuridici da Covid-19", *Studium iuris,* n. 10, 2020, 1153 ss., 1157

LA DOCTRINA DE LOS ACTOS SEPARABLES DESDE LA ÓPTICA IUSPRIVATISTA

THE DOCTRINE OF SEPARABLE ACTS FROM THE IUSPRIVATISTA POINT OF VIEW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1980-2013

Borja DEL CAMPO ÁLVAREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: La doctrina de los actos separables constituye una importante teoría, de origen francés, vinculada tanto al Derecho administrativo como al Derecho civil por su conexión con el contrato. El legislador y los tribunales españoles han importado, de forma desigual y con ciertos matices, esta doctrina sin que haya norma jurídica clara o específica que le aporte cobertura en nuestro ordenamiento.

A lo largo de la presente investigación se realiza un análisis detallado de la doctrina de los actos separables desde la perspectiva de Derecho privado. Consecuentemente, se ahonda en su génesis, se abordan los diferentes problemas que se plantean como construcción teórica y las consecuencias prácticas derivadas de la idea de separabilidad. Esta doctrina es objeto de estudio a través de una visión crítica, fundamentada en diferentes estudios académicos generales y monográficos de la cuestión y apoyada, a su vez, en reflexiones derivadas de la jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: Derecho privado; Derecho civil; contratos; actos separables.

ABSTRACT: *Doctrine of separable acts is an important theory, of French origin, linked to administrative law and civil law by its connection to the contract. Spanish legislator and courts have imported, unequally and with certain nuances, this doctrine without a clear or specific legal provision that provides coverage in our system.*

Throughout this investigation a detailed analysis of the doctrine of separable acts from the perspective of Private Law is carried out. Consequently, it is deepened in its genesis, addressing the different problems that arise as theoretical construction and the practical consequences derived from the separability's idea. This doctrine is the object of study through a critical vision, based on different general and monographic academic studies of the issue and supported, in turn, in reflections derived from jurisprudence.

KEY WORDS: *Private Law; Civil Law; contracts; separable acts.*

SUMARIO.- I. LA GÉNESIS FRANCESA DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS SEPARABLES.- 1. Origen. La idea de separabilidad como fundamento de la teoría.- 2. Alcance, contenido y críticas a la doctrina en el contexto jurídico francés.- II. LA TEORÍA Y SU CONEXIÓN CON EL DERECHO PRIVADO.- 1. La proyección de las categorías civilistas en el contrato privado de la Administración.- 2. La separabilidad: concepto y consecuencias.- 3. Aspectos procesales de la doctrina de los actos separables 4. La doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: del caso Hotel Andalucía Palace al caso Zúrich España sobre seguro y responsabilidad patrimonial.

I. LA GÉNESIS FRANCESA DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS SEPARABLES.

1. Origen. La idea de separabilidad como fundamento de la teoría.

El germen de la teoría o doctrina de los actos separables nos traslada a la Francia del siglo XIX, lugar y época marcados por profundas e importantes transformaciones políticas, sociales y económicas, en las que el Derecho también tuvo un papel protagonista[1]. El contexto jurídico-público del momento giraba en torno al concepto del *tout* indivisible o *tout indissoluble*[2].

Según esta concepción, el contrato público y los actos administrativos formaban un todo unitario e indivisible que, a efectos prácticos, suponía que la anulación del acto provocaba también la del propio contrato[3]. Ello implicaba que, tras la perfección del contrato, contrato y actos administrativos conexos se unían teniendo, en consecuencia, vida jurídica común. Esta idea fue asumida por la jurisprudencia francesa en diversos pronunciamientos[4].

Así, el juez contencioso-administrativo tenía una potestad amplia en el ejercicio de sus funciones: podía declarar la anulación de los actos administrativos concurrentes a la formación de la relación contractual y, por extensión, a la del contrato.

1 *Cfr.* Cocce, B.: *Historia de Europa en el siglo XIX,* Atalaya, Madrid, 2000, p. 123 y ss.; Gilbert y Sánchez de la Vega, R.: *El Derecho español en el siglo XIX*, La historia de la filosofía jurídica española, Fundación Alfredo Brañas, 1998, pp. 199-218; Palacio Atard, V.: "El siglo XIX", *RCDI*, Año núm. 68, núm. 613, 1992, pp. 2535-2546.

2 *Cfr.* Macera Tiragallo, B.F.: *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el Derecho público español*, Cedecs, Barcelona, 2001, p. 62.

3 *Cfr.* De Solas Rafecas, J.M.: *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 234.

4 Sentencias del Conseil d'Etat de 18 de junio de 1860 'Duc de Clermont-Tonnerre', 30 de abril de 1863 'Ville de Bologne' y otras.

• Borja del Campo Álvarez
Profesor Sustituto de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo. Correo electrónico: campoborja@uniovi.es

Sin embargo, esta construcción comienza a decaer a finales de siglo por un profundo cambio de la jurisprudencia del Conseil d'Etat[5]. La nueva corriente restringía el concepto de legitimado en el proceso, de tal forma y manera que dicha condición solo podía recaer sobre las partes del contrato.

Ello suponía que aquellos interesados –pero no vinculados directamente por la relación contractual– quedaban sin la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional para impugnar los actos administrativos anejos al contrato. En consecuencia, la idea *del tout indivisible o tout indissoluble* perdía su virtualidad y, por ende, su preponderancia hasta la fecha.

La supremacía de la concepción del todo indivisible o todo unitario llegaría a su fin en los inicios del siglo XX, cuando este esquema pasa definitivamente a un segundo plano. Así, los jueces franceses comenzaron a distinguir la figura del contrato del resto de actos administrativos parejos a éste[6]. En el terreno práctico, esta nueva corriente implicó la posibilidad de impugnar de forma independiente los actos administrativos (actos soportes[7]), lo cual, legitimó a terceros interesados pero ajenos al vínculo contractual para la defensa de sus intereses.

En este contexto jurídico surge la conocida como teoría de los actos separables. Su objetivo primordial era el de proteger procesalmente los intereses de terceros en la impugnación de actos, fundamentalmente, previos a la celebración de un contrato[8]. Posteriormente, la jurisprudencia francesa fue ampliando esta idea

5 Sentencia del Conseil d'Etat de 26 de enero de 1877 'Compans', 14 de noviembre de 1879 'Dumont', 17 de febrero de 1881 'Cerioa', 26 de diciembre de 1885 'Fins', 8 de junio de 1888 'Rafaelli', 6 de julio de 1894 'Prodhomme', 8 de mayo de 1897 'Cimetieri', 26 de abril de 1901 'Audoly' y otras.

6 Sentencia del Conseil d'État de 26 de noviembre de 1954 'Syndicat de la Raffinerie française de Soyfre'.

7 A este respecto, Macera Tiragallo aclara que "(...) hablamos de actos soportes y no de actos preparatorios, por la simple razón de que, según la jurisprudencia del Conseil d'État, una de las características esenciales es precisamente su carácter decisorio y no meramente preparatorio. De hecho, los actos que los jueces califican explícitamente de preparatorios del contrato no son impugnables mediante recurso por exceso de poder. [Vid. en relación con este aspecto, las sentencias del Conseil d'État de 28 de mayo de 1943 'Societé européenne d'energie électrique',20 de enero de 1950 'Commune de Tignes' y 15 de abril de 1996 'Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux'. Vid. También la Sentencia del Tribunal Administratif de Nice de 6 de julio de 1984 'Commissaire de la République des Alpes-Maritimes]. El Derecho español utiliza expresión actos preparatorios (...). Dicha terminología claramente dominada por la influencia de la teoría francesa de los actos separables no se adapta a la realidad de nuestro ordenamiento. En España, los actos preparatorios del contrato no son otra cosa que los actos de trámite que preceden al de adjudicación definitiva". Macera Tiragallo, B.F. *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el Derecho público español*, Cedecs, Barcelona, 2001, pp. 64-65.

8 Hay diferentes pronunciamientos del Conseil d'État. En relación con la decisión de contratar destacan las sentencias de 30 de marzo de 1973 'Ministre de l´Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logemente et du Toruisme c/. Schwetzoff et autres' y de 13 de enero de 1988 'Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements'. Por su parte, sobre la decisión de no contratar destacan las sentencias del Conseil d'État de 17 de octubre de 1980 'Gaillard' y de 10 de marzo de 1995 'Ville de Digne'. Finalmente, sobre el acto de adjudicación destacan los pronunciamientos de 13 de julio de 1956 'Bernadat' y 23 de julio de 1976 'Commune de Braysur-Somme'.

hasta la propia firma del contrato[9] y al acto de aprobación[10], incluso hasta la fase de ejecución[11]. Por último, los jueces galos incorporaron también a este elenco las disposiciones reglamentarias[12].

2. Alcance, contenido y críticas a la doctrina en el contexto jurídico francés.

La teoría de los actos separables contó en sus inicios con un gran éxito y una buena acogida por los autores más destacados del Derecho público francés[13] y por la jurisprudencia del Conseil d'État[14] Sin embargo, la doctrina ha ido perdiendo adeptos conforme han avanzado los años[15].

Como se señalaba en líneas anteriores, la teoría de los actos separables permite a sujetos ajenos a la relación contractual impugnar los denominados 'actos soporte', es decir, los actos administrativos anejos al contrato.

Ello implica una ampliación sui generis de la legitimación procesal en la jurisdicción contencioso-administrativa. Aunque un tercero interesado no se encuentre vinculado por un contrato, puede acudir a la vía jurisdiccional para tutelar sus derechos e intereses si entiende que un acto administrativo los ha conculcado.

9 En este sentido destacan las sentencias de 7 de febrero de 1936 'Département de la Creuse', de 5 de febrero de 1971 'Ganache' y de 8 de noviembre de 1974 'Époux Figueras' del Conseil d'Etat francés.

10 Sobre esta cuestión cabe mencionar las sentencias del Conseil d'État de 25 de abril de 1941 'Commune de Boisgauillaume', de 31 de octubre de 1969 'Syndicat de defénse des canaux dela Durance', de 2 de diciembre de 1983 'Confédération des syndicats médicaux français et Conseil departamental de l'ordre des médecins', de 17 de diciembre de 1986 'Syndicat de l'armagnac et des vins du Gers' y de 30 de octubre de 1996 'Mme Wajs et M. Monnier'.

11 Este nuevo planteamiento jurisprudencial puede observarse en las sentencias del Conseil d'État de 19 de febrero de 1952 'Société Air-Tahiti', de 29 de junio de 1966 'Sociéte pour le traitement industriel du bois', de 2 de febrero de 1987 'Société France 5' y de 15 de febrero de 1993 'Commune de Nay-Bourdettes c/. Syndicat mixte d'alimentation en eau potable de la región Nord-Est de Pau'.

12 Sentencia del Conseil d'État de 10 de julio de 1996 'M.Cayzeele'. Hasta ese momento, el Conseil d'État había calificado las cláusulas reglamentarias como contractuales y como no separables.

13 *Cfr.* Lamarque, J.: *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administrativs*, Ed. LGDJ, Paris, 1960, p. 177; Poyaud, D.: *La nullité des contrats administratifs,* Ed. LGDJ, Paris, 1991, pp. 296-297.

14 *Cfr.* Sentencias de 7 de febrero de 1936 'Département de la Creuse', de 25 de abril de 1941 'Commune de Boisgauillaume', de 19 de febrero de 1952 'Société Air-Tahiti', de 13 de julio de 1956 'Bernadat', de 29 de junio de 1966 'Sociéte pour le traitement industriel du bois', de 31 de octubre de 1969 'Syndicat de defénse des canaux de la Durance, de 5 de febrero de 1971 'Ganache', de 30 de marzo de 1973 'Ministre de l´Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logemente et du Toruisme c/. Schwetzoff et autres', de 8 de noviembre de 1974 'Époux Figueras' del Conseil d'Etat francés, 23 de julio de 1976 'Commune de Braysur-Somme', de 17 de octubre de 1980 'Gaillard', de 2 de diciembre de 1983 'Confédération des syndicats médicauxfrançais et Conseil departamental de l'ordre des médecins', de 17 de diciembre de 1986 'Syndicat de l'armagnac et des vins du Gers', de 2 de febrero de 1987 'Société France 5', de 13 de enero de 1988 'Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements', de 15 de febrero de 1993 'Commune de Nay-Bourdettes c/. Syndicat mixte d'alimentation en eaupotable de la región Nord-Est de Pau', de 10 de marzo de 1995 'Ville de Digne', de 30 de octubre de 1996 'Mme Wajs et M. Monnier', entre otras.

15 Sobre esta cuestión, Macera Tiragallo afirma que "(...) cualquier intento de valoración globalde dicha teoría debe centrarse en el hecho de que a pesar de los esfuerzos acometidos – especialmente en los últimos años– por la doctrina y la jurisprudencia, la situación procesal de los interesados ajenos al contrato público sigue sin responder al ideal de la tutela judicial efectiva". *Cfr.* Macera Tiragallo, B.F.: *La teoría francesa,* cit., p. 69.

Bien es cierto que dichos terceros interesados pero ajenos a la relación contractual no van a poder impugnar el contenido del contrato, tal y como la jurisprudencia del Conseil d'Etat ha manifestado en numerosas ocasiones[16].

Así, "[los particulares ajenos al vínculo contractual'] se enfrentan todavía a un obstáculo que pone en entredicho la protección íntegra de sus intereses (...): la doble personalidad (o la esquizofrenia benigna) del juez contencioso-administrativo francés. (...) Solamente cuando examina los recursos de plena jurisdicción interpuestos por las partes, el juez contencioso-administrativo está legitimado para enjuiciar la validez de las cláusulas del contrato. (...) Cuando conoce de las pretensiones formuladas por los terceros, no puede inmiscuirse en las relaciones contractuales"[17].

En consecuencia, la primera de las críticas gira sobre este punto: las facultades del juez contencioso-administrativo y, por ende, sobre la verdadera legitimación procesal de los ajenos al contrato para su impugnación[18].

La teoría de los actos separables aporta, por tanto, una solución que puede ser calificada como incompleta. Así, permite que los sujetos ajenos a un contrato impugnen los actos administrativos que le dan cobertura. Sin embargo, estos terceros interesados siguen sin estar legitimados para la impugnación del propio contenido del contrato.

Por consiguiente, comparto la idea de que la doctrina supone un avance relativo y prácticamente bastante limitado respecto de la teoría del todo indivisible, reinante hasta ese momento en el Derecho público francés.

La segunda de las principales críticas a la teoría de los actos separables se cierne sobre la consecuencia de la idea de separabilidad, es decir, la falta de efectos de la anulación del acto separable sobre la validez del contrato.

No solo los terceros ajenos se encuentran en una difícil situación por el hecho de no poder impugnar el contenido del contrato, sino que la hipotética anulación del acto separable no tiene incidencia en la validez del contrato[19]. A priori, no

16 *Cfr.* Sentencias de 19 de mayo de 1899 'Levieux', de 6 de abril de 1906 'Balliman', de 12 de diciembre de 1930 'Compagnie des tramways du Loir-et-Cher', de 19 de octubre de 1934 'Association des usagers de l'énergie électrique de Santi-Omer', de 14 de diciembre de 1955 'Coulon', de 20 de nero de 1978 'Syndicat national de l'enseignement technique agricole public', de 16 de abril de 1986 'Compagnie luxembourgeoise de télédifussion et autre', de 14 de marzo de 1997 'Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne', entre otras.

17 *Cfr.* Macera Tiragallo, B.F.: *La teoría francesa,* cit., p. 70.

18 *Cfr.* Terneyre, P.: *Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs*, EDCE, núm. 39, 1988, pp. 70-71.

19 *Cfr.* Clavero Arévalo, M.F.: "El estado actual de la doctrina de los actos separables", *REVL*, núm. 164, octubre-diciembre 1969, pp. 547-548.

tiene por qué existir una relación directa entre la validez del contrato público y la nulidad de los propios actos administrativos soporte[20].

"En efecto, si el acto es separable del contrato, deberá serlo a todos los efectos. No tiene sentido disociar un acto de un contrato cuando se trata de facilitar su anulación, para volver luego al principio de su incorporación cuando se trata de contagiar los efectos de esta anulación al propio contrato[21]".

Efectivamente, pese a que sea una consecuencia negativa derivada de la idea de separabilidad, que la validez del contrato no dependa de los 'actos soporte' es una cuestión de lógica jurídica. No resultaría razonable hablar entonces de acto separable en cuanto a sus posibilidades de impugnación y no hacerlo en cuanto a su validez. De entender así esta cuestión, se estaría volviendo a la teoría del todo indivisible a la cual ya me referí con anterioridad.

De esta manera, queda bien claro el alcance del concepto de 'acto separable'. Se trata de un acto administrativo que da cobertura a un contrato y es separable en un doble sentido. Por un lado, en cuanto su impugnación al margen de si se forma parte de la relación contractual. De otro, en cuanto a la independencia de su validez y su inexistente incidencia en la propia validez del contrato en el que interviene una Administración Pública.

Ahondando en esta última idea cabe señalar si se desean extender los efectos propios de la anulación sobre el contrato, se requiere que alguno de los sujetos intervinientes acuda a la vía jurisdiccional, bien ante el juez contencioso-administrativo –si es un contrato administrativo–, bien ante el juez civil –si es un contrato civil–.

De ello se deriva otra problemática evidente: la posible divergencia de criterio entre el juez conocedor de la impugnación del acto (del recurso por exceso de poder) y el juez conocedor de la impugnación del contrato. Es más que probable que el juez del contrato no se aquiete a la determinación hecha por el juez del exceso de poder[22]. Todo ello provoca, en último término, que los interesados queden en una mayor situación de desprotección.

La doctrina francesa ha sido bastante crítica con la postura del juez del contrato cuando se ha apartado de las conclusiones del juez del exceso de poder[23]. En mi

20 *Cfr.* Sentencia del Conseil d'État de 18 de octubre de 1993 'Commune de Villeneuve-sur-Lot'. En la Sentencia del Conseil d'État de 4 de agosto de 1905 'Martin' se afirma que "la anulación del acto separable no tiene ninguna consecuencia sobre la suerte del contrato; éste seguirá vinculando a las partes mientras el juez del contrato no declare su nulidad".

21 *Cfr.* Macera Tiragallo, B.F.: *La teoría francesa,* cit., pp. 75-76.

22 *Cfr.* Sentencia de Conseil d'État de 7 de octubre de 1994 'M. et Mme López'.

23 *Cfr.* Terneyre, P.: *Les paradoxes du contentieux,* cit., p. 76; Poyaud, D.: *La nullité*, cit., pp. 324-325.

opinión, la regla general que debe operar en estos supuestos es que el juez del contrato debe hacer suyo, en la medida de lo posible, el razonamiento del juez del exceso. Por tanto, lo lógico es extender la anulación también a la relación contractual.

Si bien, siempre hay excepciones para toda regla general: por ejemplo, que la anulación no esté correctamente fundada o que haya un motivo de entidad para no extender la anulación –protección del interés general, derechos de terceros o principios básicos del Derecho público, entre otros–. Así, debería ser el juez del contrato quien debe ponderar si proyecta la anulación, pero siempre bajo la premisa de que ésta debería de extenderse al contrato.

Resulta evidente que el juez, conforme a su discrecionalidad, está perfectamente legitimado y facultado para realizar la operación lógico-jurídica por la cual se determina si la anulación alcanza también a la relación contractual. La mayor dificultad que se plantea a este respecto es saber en qué circunstancias o bajo qué criterios el juez toma esta decisión, cuyas circunstancias no tienen, como se ha explicado, una incidencia menor.

Ante esta imperiosa necesidad, la doctrina ha elaborado un elenco de pautas por las que se modula, hasta cierto punto, la actuación del juez en relación con la valoración de la potencial anulación del acto separable y su extensión al contrato. Estos criterios generales pretenden orientar al juez en su actuación y, de alguna forma, evitar situaciones contradictorias.

Dichos criterios suelen dividirse en dos grandes bloques, cuya distinción se realiza en función de su nivel de importancia. El primero de ellos es el conocido como criterio principal o prioritario, que gira en torno a la causa de la anulación del acto separable; el segundo es el denominado criterio supletorio, configurado sobre la relación entre el contrato y el acto separable.

Por consiguiente, si la invalidez del acto separable viene motivada porque una de las disposiciones contractuales es contraria a la ley, la anulación debe extenderse también al propio contrato (criterio principal o prioritario). En cambio, si la invalidez del acto separable está fundada en un vicio propio (criterio supletorio) la extensión dependerá de la relación directa entre el acto y el contrato[24].

En mi opinión, esta teoría presenta razonamientos interesantes. No tendría sentido que la invalidez de un acto por una cláusula contractual ilegal no implicara la anulación del contrato. Resultaría paradójico, por no emplear otro término, que un supuesto de invalidez de origen contractual no supusiera la anulación del propio contrato.

24 *Cfr.* Macera Tiragallo, B.F.: *La teoría francesa,* cit., p. 82.

Asimismo, que la relación directa (o no) entre el acto inválido y el contrato determine la anulación de este último parece también bastante coherente. Sin embargo, en este punto se plantea varios interrogantes. Por un lado, hay que determinar cuándo existe relación directa entre un acto y un contrato y, de otro, quién determina que existe esa relación directa entre ambos.

Comparto, a su vez, la crítica e inquietudes de algún autor[25] sobre la idea que subyace de fondo: la posible extensión de la invalidez del acto al contrato choca con la idea de separabilidad. Cabe recordar que la idea de separabilidad daba la posibilidad de impugnar el acto, aunque no se formase parte del vínculo contractual.

En consecuencia, puede parecer contradictorio que un acto se califique como separable para posibilitar su impugnación pero que, al mismo tiempo, los efectos de su invalidez se extiendan al contrato.

A modo de conclusión sobre este apartado, es evidente que la teoría adolece, en último término, de un problema de seguridad jurídica. Todo ello se suma a una teorización incompleta y a una aplicabilidad limitada que puede verse comprometida por ciertos aspectos difusos derivados de un razonamiento, quizás poco claro, sobre el verdadero alcance de la idea de separabilidad y sus efectos.

En cualquier caso, es de justicia señalar que la doctrina de los actos separables supuso un auténtico avance en el Derecho público francés. Especialmente significativa fue, como anteriormente se reseñó, la ampliación de la legitimación procesal para la impugnación de actos administrativos y su conexión con contratos públicos.

II. LA TEORÍA Y SU CONEXIÓN CON EL DERECHO PRIVADO.

1. La proyección de las categorías civilistas en el contrato privado de la Administración.

El estudio de este tema, de naturaleza puramente privatista, parece alejado de la cuestión de fondo. Sin embargo, no se trata de una disquisición menor: el interrogante es si las categorías de validez y eficacia –con todas sus variantes

25 Macera Tiragallo afirma que "(...) se plantean aquí unas cuestiones que no tienen que ver tanto con el planteamiento propuesto como, en realidad, con su trasfondo, es decir, con la dinámica de la separabilidad. Si se admite que la invalidez de ciertos actos separables pueda contagiarse al propio contrato, ¿en qué se queda la idea de la separabilidad? ¿No es paradójicoque un acto que se segrega del contrato con el fin de facilitar su impugnación se reincorpore luego a dicho contrato para transmitirle los efectos de su anulación? ¿Cuál es el alcance real dela teoría de los actos separables? *Cfr.* Macera Tiragallo, B.F.: *La teoría francesa,* cit., pp. 82- 83.

y peculiaridades– son también predicables del propio contrato privado de la Administración.

A mi modo de ver, resulta evidente que las categorías de validez y eficacia son perfectamente aplicables a un contrato privado de la Administración. Conforme a la doctrina de los actos separables, sus efectos y extinción, se rigen por el Derecho privado. Su enjuiciamiento es una competencia propia, por tanto, la jurisdicción civil. En consecuencia, no parece poder albergarse ninguna duda al respecto.

En cambio, más dudas se plantean sobre la fase de preparación y adjudicación del contrato, en la que puede encontrarse el acto separable. Su regulación es la recogida en la legislación de contratos y sus normas de desarrollo; por consiguiente, su impugnación se resuelve por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pese a que esta fase se encuentre sometida a las normas de Derecho público, creo razonable que pueda hablarse en los mismos términos y con el mismo esquema que en lo referente al contrato privado de la Administración.

Los conceptos de invalidez e ineficacia, con un marcado origen civilista, han sido importados con naturalidad al Derecho público. No parece, por tanto, existir razón de peso para establecer algún tipo de categoría diferente ni para aplicar a los actos administrativos ni, por supuesto, a los contratos privados. Sin embargo, tal y como abordaré próximamente, algún autor ha introducido algún matiz susceptible, por lo menos, de discusión.

Cuestión bien distinta es la de determinar si la nulidad del acto se puede extender también a la relación contractual. Como se señalaba en líneas anteriores, la nulidad de un acto administrativo precedente no tiene por qué implicar la invalidez del contrato o, por lo menos, hacerlo de forma automática.

Es cierto que a nulidad del acto puede extenderse al contrato, aunque esta circunstancia solo debería producirse, en mi opinión, si la invalidez del acto tiene una incidencia tal en la relación contractual que impide su supervivencia, bien por vulnerar algún derecho bien por esquivar alguna norma del ordenamiento.

El principio de conservación del negocio jurídico[26] invita a pensar que la invalidez del contrato debe ser considerada de forma independiente a la del acto

26 *Cfr.* De los Mozos, J.L.: *El negocio jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1969, pp. 586 y ss.; Díez-Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho Civil*, vol II, Civitas, Madrid, 1993, pp. 856 y ss.; Guillén Catalán, R.: "La articulación del principio de conservación de actos y negocios jurídicos en la contrataciónelectrónica", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 42, 2016, pp. 83-104; Marín Padilla, M.L.: *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos: "utile per inutile non vititatur"*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 44 y ss.

administrativo soporto. También es cierto que la puede constituir un importante indicio y debe ser, si quiera, tenido en cuenta.

Así, si la nulidad del acto se proyecta sobre una disposición contractual concreta debería extenderse a todo el contrato; en cambio, si solo se circunscribe al propio acto habrá que ponderar si inciden en la relación contractual y en qué forma. Me remito, en este punto, a todo lo explicado anteriormente sobre los criterios prioritario y supletorio y sus razonamientos anejos.

Señala Clavero Arévalo que "la consecución práctica de la pretensión de invalidez de un acto separable tiene cuatro planos sucesivos que uno a uno han de cumplirse inexorablemente y son por su orden los siguientes: invalidez del acto separable, consiguiente invalidez del contrato celebrado en base a dicho acto, liquidación del contrato o consecuencias de las anteriores nulidades en función del grado de ejecución de las prestaciones contractuales y finalmente ejecución de la liquidación del contrato, esto es, restitución de las cosas o de su valor o de las prestaciones realizadas. Estas fases, aunque distintas, no son entre sí independientes, sino que cada una es consecuencia de la anterior y causa de la siguiente"[27].

Al margen de la trascendencia que en la órbita del Derecho público tiene esta afirmación, me gustaría poner el énfasis en la introducción del concepto de liquidación de contrato. Es una categoría o un efecto bastante confuso y que dista de la adecuada importación del resto de categorías de Derecho privado mencionadas, las cuales han salvaguardado su esencia y han dado una respuesta satisfactoria a los problemas planteados hasta la fecha.

Discrepo del razonamiento de este autor sobre esta cuestión. La denominada liquidación del contrato no deja de ser un efecto normal, propio e inherente o una ejecución de la nulidad contractual; es decir, si un contrato privado de la Administración se declara nulo éste no entra en una fase diferente ni su nulidad tiene un efecto distinto. La nulidad de un contrato implica que todo se retrotrae a la situación previa a la celebración.

A modo de conclusión, cabe señalar que estas construcciones resultan sumamente alambicadas y, hasta cierto punto, poco efectivas. Si el Derecho privado aporta una solución satisfactoria y perfectamente aplicable a situaciones híbridas con el Derecho público no parece haber necesidad de crear nuevos conceptos que pueden dar lugar a equívocos o situaciones ausentes de claridad.

27 *Cfr.* Clavero Arévalo, M.F.: "El estudio actual de la doctrina de los actos separables", *REVL*, núm. 164, octubre-noviembre-diciembre, 1969, p. 550.

2. La separabilidad: concepto y consecuencias.

La Administración pública constituye una estructura conformada por una serie de órganos encaminados a satisfacer el interés general con personalidad jurídica propia y única. Esa capacidad de mantener relaciones jurídicas con otros sujetos del ordenamiento, como los particulares, surge la conocida como idea de separabilidad.

En esas relaciones de la Administración con el resto de los operadores jurídicos el Derecho debe intervenir de forma inexorable. El problema que se plantea en este punto es que la regulación no siempre procede de la misma fuente.

En la gran mayoría de las ocasiones, estarán regidas por normas de Derecho público – Derecho administrativo–, motivado principalmente porque la Administración como organización está siempre sometida a esta rama. Sin embargo, no resulta nada extraño que en algunos casos lo esté a normas de Derecho privado.

En consecuencia, se produce una doble divergencia: entre la titularidad de la relación y su propio contenido, finalidad o funcionalidad; y entre los actos administrativos y el contrato. Carretero Pérez, uno de los pocos autores que ha realizado un análisis sobre esta doctrina y, en concreto, sobre esta cuestión realiza la siguiente distinción[28].

En un primer bloque, nos encontraríamos ante la relación jurídica en la que todos los elementos se encuentran reguladas por el Derecho público. En estos supuestos no se plantea, generalmente, problema alguno, ya que todo lo que pueda derivarse de esa relación queda bajo el paraguas del Derecho administrativo.

En la práctica, esta circunstancia se traduce en que la Administración cuenta, para este tipo de situaciones jurídicas, con una especial situación de superioridad y protección. Son las prerrogativas que el Derecho administrativo le reconoce como algo inherente a su propia condición de Administración. Como ejemplo de este supuesto suele citarse las actuaciones propias de la función administrativa.

En una segunda agrupación, pueden incardinarse aquellos actos en los que la Administración se encuentra sujeta a las normas de Derecho administrativo –relativas a un determinado procedimiento, por ejemplo–, mientras que el resto de elementos se encuentran sometidas a las normas de Derecho privado.

Así, la relación jurídica podría dividirse en dos partes claramente diferenciadas. Por un lado, estaría todo lo relativo a la competencia, el órgano y el procedimiento,

28 *Cfr.* Carretero Pérez, A.: "Teoría de los actos separables", RAP, núm. 61, 1970, pp. 97 y ss.

regulado por el Derecho administrativo. De otro, la emisión de la voluntad estaría vinculada por normas de Derecho privado.

A diferencia de lo que sucedía con el anterior conjunto de supuestos, esta descomposición plantea más dificultades y una serie de consecuencias de cierta entidad sobre las cuáles es necesario realizar alguna consideración. En definitiva, son los resultados propios de la separabilidad.

Una de las principales consecuencias de esta idea de separabilidad es que la validez de las actuaciones sometidas a normas de Derecho privado depende de la validez de las situaciones regidas por las normas de Derecho administrativo.

A priori, la propia validez del acto de Derecho privado va a depender de las normas específicas del negocio o instituto jurídico en cuestión. Sin embargo, una vez valorada su validez conforme a este criterio, su viabilidad debe ponerse en conexión con los precedentes de naturaleza administrativa.

Así, si la parte administrativa adolece de algún vicio e incurre en causa de nulidad, la parte de Derecho privado también podría ser considerada nula. A modo de ejemplo, si en un contrato privado el acuerdo de contrato [parte o fase administrativa, regulada por el Derecho administrativo] presenta algún tipo de nulidad, esta se puede afectar o extenderse a toda la relación contractual.

Otra de las implicaciones de la idea de separabilidad está relacionada con la cuestión de las prerrogativas, abordada sucintamente con anterioridad. En aquellos supuestos en los que existe una clara distinción entre parte regida por Derecho público y parte regulada por Derecho privado resulta evidente que el papel de la Administración no puede ser el mismo.

Consecuentemente, cuando la Administración pública se encuentra sometida a normas de Derecho privado –normalmente, civil o mercantil– no puede hacer uso de sus prerrogativas, reservadas única y exclusivamente para aquellas situaciones regidas por el Derecho administrativo.

A mi juicio, esta circunstancia responde a dos argumentos bastante razonables. No se aplica el Derecho administrativo en su plenitud ni a la totalidad de la situación jurídica. Por tanto, resulta muy lógico que las prerrogativas y especiales facultades que estas normas transmiten a la Administración solo sean aplicables de forma completa y sin la necesidad de convivir con otras.

Asimismo, si la Administración pudiese hacer uso de sus potestades y situación privilegiada se incurriría en una auténtica quiebra de la igualdad de las partes, tan importante en los negocios jurídicos privados. Resulta obvio que la Administración

tiene, aun no existiendo tales prerrogativas y por razón de su naturaleza, una posición más cómoda incluida la materia contractual.

No parece muy razonable que, en situaciones en las que intervienen normas y sujetos de Derecho privado, la Administración cuente con una especial protección. En último término, ello provocaría que los particulares se encontrasen en una situación de cierta indefensión y evidente desigualdad de cara a satisfacer sus legítimos intereses.

El último de los efectos más destacables de la separabilidad hace referencia a la legitimidad que ostentan terceros interesados para impugnar los actos administrativos previos y conexos a la perfección de un contrato privado.

Como puede observarse, esta consecuencia constituye el principal fundamento donde pivota toda la doctrina de los actos separables. Esta idea, tratada con mayor detenimiento y grado de detalle en el apartado referido a la génesis e importación del Derecho público francés, conjuga pues la existencia de un contrato privado, la intervención del Derecho administrativo y la idea de separabilidad.

Por tanto, se trata de determinar la relación entre la idea de separabilidad y la verdadera esencia doctrina de los actos separables. Esta construcción supone la reserva para la jurisdicción contencioso-administrativa del control de legalidad de los actos administrativos previos y conexos a la perfección de un contrato privado celebrado por la Administración pública.

Bien es cierto también que dichos actos condicionan la validez del propio contrato. En cualquier caso, pueden ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa de forma autónoma e independiente. Como se recalcaba en líneas anteriores, la principal novedad gira en torno a la posibilidad que tienen terceros interesados y ajenos a vínculo contractual puedan acudir a la vía judicial si entienden que sus derechos se han visto vulnerados.

Todo ello supone que el administrado se encuentra en la obligación de impugnar ante esta jurisdicción tales actos bajo la condición de no entorpecer procesalmente las reclamaciones por incumplimiento contractual ante la jurisdicción civil. La idea de que el establecimiento de obstáculos en la vía judicial es contrario a lo dispuesto en el artículo 24 CE, ha sido recogida en la jurisprudencia constitucional a través de numerosos pronunciamientos[29]

29 *Cfr.* SSTC 182/2003, de 20 de octubre; 156/2005, de 9 de junio y 111/2006 de 5 de abril.

Pese a su buena acogida y consolidación el Derecho administrativo español[30], la teoría no ha estado exenta de críticas, como se expondrá en líneas posteriores[31]. García-Trevijano Fos es considerado como uno de los primeros y máximos exponentes en la defensa de la doctrina en el sistema jurídico español[32].

Este autor reconoce las ventajas de la doctrina de los actos separables y es un firme partidario de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico español. Aparte de tener una buena consideración de la teoría desde una perspectiva más académica, valora positivamente los efectos de la doctrina en la práctica jurídica.

Entiende que la importación y adaptación de la teoría de los actos separables del Derecho público francés supone la posibilidad de impugnar los actos administrativos, aunque el sujeto no sea parte de la relación contractual. Defiende, a su vez, que su aplicación debía proyectarse tantos en los contratos de naturaleza administrativa como en los contratos privados de la Administración56.

Por tanto, esta es una de las principales novedades de la doctrina tanto en su versión francesa como en la adaptación nacional. Comparto la idea de que la doctrina carecería de sentido alguno, viabilidad y razón de ser si no desplegase este efecto en su versión práctica. Es, por tanto, el eje fundamental de la teoría.

Además, considera que la anulación del acto soporte, separable o preparatorio tiene que extenderse a la propia relación contractual. Este razonamiento, el cual comparto como ya expuse cuando se analizó el tema de la separabilidad, supone que el contrato se extinga siempre que el acto adolezca de algún vicio que implique su nulidad.

En palabras del propio autor "la admisión de la teoría de los actos separables conduce (...) a que, anulado un acto preparatorio del contrato, automáticamente queda sin efecto este contrato sin necesidad después de acudir a una declaración judicial distinta"[33].

30 *Cfr.* Boquera Oliver, J.M.: *La selección de contratistas. Procedimiento de selección y contrato,* IEP, Madrid, 1963, p. 196; Santamaría Pastor, J.A. y Parejo Alfonso, L.: *Derecho administrativo (la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, p. 823.

31 *Cfr.* Macera Tiragallo, B.F.: *La teoría francesa,* cit., p. 166 y ss.; Martínez López-Muñiz, J.L.: *Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y sus consecuencias*, Derecho Administrativo (obra colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff), Abedelo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 965.

32 *Cfr.* García-Trevijano Fos, J.A.: "Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local", *REV*L, núm. 87 mayo-junio, 1956, p. 301 y ss; "Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del Hotel Andalucía-Palace de Sevilla", *RAP*, núm. 28, 1959; "Reciente evolución de la jurisprudencia administrativa: los actos separables admitidos por el Tribunal Supremo", *RAP*, núm. 36, 1996.

33 *Cfr.* García-Trevijano Fos, J.A.: "Principios", cit., pp. 308-309.

Con todos los argumentos expuestos de la visión de García-Trevijano Fos, puede concluirse que su defensa de la integración de la teoría de los actos separables en el ordenamiento jurídico español pasa por "(...) un reforzamiento de la relevancia del acto separable dentro de la operación contractual"[34].

La teoría de los actos separables ha tenido una incorporación bastante pacífica al Derecho público español. Tanto un amplio sector de la doctrina[35] como la jurisprudencia[36] han defendido, con intensidades dispares, su admisión e integración en nuestro sistema jurídico.

Sin embargo, autores como Macera Tiragallo se han mostrado bastante críticos con la importación de la doctrina francesa, llegando a afirmar que "(...) en materia de contratación pública, la teoría de los actos separables es inadecuada e innecesaria[37]".

Continúa señalando que "si el contrato público queda perfeccionado por su adjudicación, como momento preciso en que se manifiesta la voluntad unilateral de la Administración, no cabe separarlo del acto que, poniendo fin al correspondiente procedimiento administrativo, formaliza esta adjudicación, ni de los actos soportes que preparan dicha resolución (...). A lo sumo puede se puede encontrar una división secuencial entre el acto definitivo de la adjudicación (esto es, insistimos, el que perfecciona el contrato) y los actos soportes o instrumentales que, de conformidad con las exigencias procedimentales establecidas por el ordenamiento, preparan su adopción (v.gr. la aprobación del expediente de contratación, el acto de admisión previa a una subasta, etc.). Pero esta disociación no coincide en absoluto con la autonomía sustancia de la que nos habla teoría francesa de los actos separables[38].

Concluye Macera Tiragallo considerando que "en el ordenamiento español, por tanto, la impugnación del contrato público no viene reservada a un determinado tipo de acción judicial cuyo ejercicio estaría monopolizada por una categoría restringida de administrados (como titulares de una situación jurídico-

34 *Cfr.* García-Trevijano Fos, J.A.: "Principios", cit., p. 309.

35 *Cfr.* García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo,* vol. I, Civitas, Madrid, pp. 57-58; Guaita Martorell, A.: "Los contratos de la Administración Pública en la legislación española", *RICA*, núm. 1/1980, p. 65 y ss.; Huergo Lora, A.: "Jurisprudencia sobre contratos", *RGDA*, núm. 2, Iustel, 2003; Santamaría Pastor, J.A. y Parejo Alfonso, L.: *Derecho administrativo(la jurisprudencia del Tribunal Supremo*), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, p. 823 y ss.

36 *Cfr.* SSTS de 17 de octubre de 1961, 27 de diciembre de 1963, 16 de marzo de 1964, 30 de septiembre de 1964 [todas ellas sobre la admisión e integración de la teoría en nuestro ordenamiento], 9 de noviembre de 1964 [sobre la no calificación de separable de los actos posteriores a la perfección del contrato; téngase en cuenta también las SSTS de 6 de febrero de1980 y de 14 de julio de 1982] y 5 de octubre de 1981 [sobre la naturaleza jurisprudencial de la autoría de la doctrina; téngase en cuenta también las SSTS de 5 de julio de 1983 y 27 de julio de 1977].

37 *Cfr.* Macera Tiragallo, B.F.: *La teoría francesa,* cit., p. 167.

38 *Cfr.* Macera Tiragallo, B.F.: *La teoría francesa,* cit., pp. 179-180.

subjetiva concreta), sino que está abierta a todos los interesados a través del recurso contencioso-administrativo típico. De ahí que no hay ninguna necesidad de acudir a la ficción que consiste en separar del contrato ciertos actos o actuaciones que, en realidad, (...) son consustanciales a dicho contrato''[39].

Por otro lado, Martínez López-Muñiz es otro de los máximos exponentes de la corriente crítica –pero minoritaria– de la teoría de los actos separables. Para este autor, ''resulta completamente innecesaria e inadecuada la trasposición de la doctrina francesa (...). La asunción de esa teoría se ha generalizado también –aunque con un alcance no menos nominalista– en la jurisprudencia y en las explicaciones españolas sobre la materia y ello provoca a veces distorsiones en la interpretación y aplicación de nuestro ordenamiento''[40].

Continúa afirmando que, ''[en la adjudicación de un contrato] no pueden existir dos actos jurídicos diferenciables en su unidad: uno que tendría por objeto la selección del contratista y que comportaría una especie de auto-autorización administrativa para celebrar determinado contrato con determinado contratista, y otro que tendría por objeto la declaración del consentimiento de la Administración en ese mismo contrato''[41].

Sobre la clásica disquisición y encaje entre el Derecho público y el Derecho privado, señala que ''el que algunas causas de invalidez del acto administrativo constitutivo del contrato procedan de las regulaciones del Derecho civil o privado en general no constituye (...) ninguna especialidad rigurosa de esta especie de la actividad administrativa que es la contratación, aunque es también comprensible que en este ámbito de los contratos –de los actos administrativos constitutivos de contratos públicos– haya más regulaciones jurídico-privadas relevantes para la invalidez, ya que, según el propio sistema de fuente aplicable (...) es claro que el Derecho privado ha de tener una amplia aplicación''[42].

A ojos de Martínez López-Muñiz, en una afirmación que resume su opinión sobre la teoría, ''ningún sentido tenía y ningún sentido tiene aplicar aquí una doctrina que ha respondido en Francia a unas peculiaridades de un sistema procesal contencioso- administrativo que bien merece en este punto la calificación de arcaico''[43].

Respecto a este resumen de críticas me atrevo a señalar que, pese a su buena argumentación y consistente razonamiento, parecen menos sólidas que

39 *Cfr.* Macera Tiragallo, B.F.: *La teoría francesa,* cit., p. 186.

40 *Cfr.* Martínez López-Muñiz, J.L.: *Naturaleza,* cit., p. 964.

41 *Cfr.* Martínez López-Muñiz, J.L.: *Naturaleza,* cit., p. 955.

42 *Cfr.* Martínez López-Muñiz, J.L.: *Naturaleza,* cit., 963-964.

43 *Cfr.* Martínez López-Muñiz, J.L.: *Naturaleza,* cit., p. 965.

las teorizaciones a favor de la integración de la teoría en nuestro ordenamiento. Además, pese a aspectos más difusos o susceptibles de mejora, la doctrina de los actos separables supone un verdadero cambio de paradigma en el Derecho público español que implica una mayor protección de los intereses, derechos y expectativas de los administrados.

3. Aspectos procesales de la doctrina de los actos separables.

Una vez aclarados los aspectos más materiales y los puntos más teóricos de la doctrina de los actos separables, procede realizar un somero análisis sobre aquellas cuestiones de marcado perfil procesal y, en último término, necesarias para conocer la verdadera dimensión práctica de la propia teoría.

Cabe señalar, antes que nada, que la primera dificultad que nos vamos a encontrar es determinar si la relación jurídica enjuiciada va estar regulada por normas de Derecho público o de Derecho privado –sobre este punto se realizaron suficientes consideraciones en el apartado correspondiente–.

En el primero de los casos –quizás el más común o habitual–, cualquier reclamación en la vía judicial deberá ser presentada, conocida y tramitada por la jurisdicción contencioso-administrativa. La Administración puede utilizar, lícita y legítimamente, las prerrogativas legalmente previstas.

En el otro caso resulta evidente, como ya se puso de manifiesto, que la Administración pública no podrá hace valer sus prerrogativas. En el poco probable supuesto de que así fuera, no podría aplicarlas, en las mismas condiciones que el Derecho pública le posibilita, en cuanto a intensidad y alcance se refiere.

Sin embargo, el problema de fondo no radica sobre el ejercicio o no de las prerrogativas por parte de la Administración cuya importancia, en relación con la doctrina de los actos separables es relativa. La cuestión de mayor interés se cierne sobre la competencia de la jurisdicción.

En una situación jurídica sometida a las normas de Derecho privado, puede darse el caso de que las actuaciones previas estén sometidas al Derecho público, es decir, al Derecho administrativo.

Se plantea, en consecuencia, un problema de competencia jurisdiccional. Así, uno de los principales problemas procesales que se plantea con la doctrina de actos separables es la competencia en relación con aquellas relaciones jurídicas de Derecho privado con intervención de la Administración pública.

"(...) lo que se pregunta es si la separación de Derecho material de los actos se corresponde a una separación procesal; si los actos administrativos que se refieren al Derecho privado escapan de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y entran en la de la jurisdicción ordinaria, o por el contrario se pueden considerar separables de las situaciones a las que se refieren y pueden o deben ser conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa; es decir, si los actos separables han de ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa o pueden serlo sin necesidad de discutir el fondo de la relación de Derecho privado sobre la que inciden'"[44].

A mi modo de ver, la vigente redacción del artículo 2 de la ley 29/1998 de la jurisdicción contencioso-administrativa intenta, con éxito relativo, solventar esta cuestión cuando determina que "el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con (...) los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas".

Es respetable considerar, a priori, que el contenido de este precepto resuelve los interrogantes anteriormente planteados. Sin embargo, el citado artículo peca quizás de cierta ambigüedad y olvida aspectos de innegable trascendencia para el tema objeto del presente estudio. Por ejemplo, no aborda lo referente a la formación de la voluntad de Administración –regulada por el Derecho administrativo– cuando la relación jurídica está sometida a las normas de Derecho privado.

También podría mantenerse que, siguiendo una discutible interpretación de esta regla, todo lo relacionado con contratos administrativos y sometidos a la legislación del sistema de contratación de las Administración –tanto en el fondo como en todo el conglomerado de actuaciones previas– fuese competencia del orden contencioso- administrativo. No parece, no obstante, la solución más satisfactoria.

La cuestión no es, ni mucho menos, baladí. Resulta evidente que no es lo mismo enfrentarse a un procedimiento en el orden jurisdiccional civil que hacerlo en el contencioso-administrativo. No solo ya por la posible y dispar viabilidad de las pretensiones, sino también por las propias particularidades procesales.

En consecuencia, el problema está en determinar si la jurisdicción civil competente para el fondo lo es también para los actos separables o si, por el contrario, los actos separables deben ser conocidos por el orden contencioso-administrativo.

44 *Cfr.* Carretero Pérez, A.: "Teoría", cit., p. 101 y ss.

Ante la ausencia de una solución sólida, la doctrina ha tratado de ofrecer diferentes teorías a este respecto. En las próximas líneas se trata, por tanto, de analizarlas desde una perspectiva crítica, valorando su alcance y contenido.

La primera de estos razonamientos gravita sobre la idea de la separabilidad procesal. "Para llegar a la formación de la voluntad de la Administración (...) hay que seguir un procedimiento que está sometido al Derecho público sustancialmente por lo que no existe en bloque una relación de Derecho privado de las entidades públicas, sino momentos separables, que deben fiscalizarse ante las jurisdicciones respectivas: la competencia de la jurisdicción ordinaria, para conocer del fondo del asunto no es obstáculo a la de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los actos separables'"[45].

Esta solución presupone que los actos administrativos no forman parte de la relación jurídica de Derecho privado de la Administración. Ello implica una mayor protección de terceros interesados pero ajenos al vínculo. De esta manera, el orden contencioso- administrativo conocería de los actos separables y el civil del resto de la relación jurídica sustantiva. Por tanto, parece erigirse como la vía más adecuada a efectos procesales para aplicar la doctrina de actos separables.

Además, este razonamiento permitiría acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para impugnar los denominados actos separables sin que se precise cuestionar el resto de la relación jurídica en el orden civil –bajo la idea de que la validez de los actos separables influye en la propia validez del contrato–.

Es, por tanto, la verdadera y propia esencia de la doctrina de los actos separables llevada a la práctica. En consecuencia, me remito –para evitar redundancias– a todo lo tratado en el apartado sobre la idea de separabilidad.

Por otra parte, podemos encontrarnos con la solución de los bloques de competencia. El principal fundamento de esta teoría radica en que a la jurisdicción ordinaria conoce no solo del fondo, sino también de las cuestiones formales administrativas previas o con incidencia en la parte sustantiva.

A efectos procesales, esta teoría niega la existencia de los actos separables y configura una competencia de la jurisdicción ordinaria amplia, en la que tendrían cabida estos actos independientemente al margen de que se encontrasen sometidos a normas de Derecho administrativo. Como afirma Carretero Pérez sobre esta teoría, "la separabilidad sustantiva no tendría una correspondencia con la separabilidad procesal (...). Lo que importa es hallar su justificación con arreglo a técnica procesal, fundamentación que puede provenir de varios conceptos, sobre

45 *Cfr.* Carretero Pérez, A.: "Teoría", cit., p. 107.

todo de las cuestiones prejudiciales administrativas dentro de un proceso civil, de la teoría de la inaplicación de los actos administrativos y del principio de economía procesal en última instancia'"[46].

Respecto a la primera de las justificaciones, la referida las cuestiones prejudiciales, cabe señalar que su fin es el de resolver un problema jurídico por un órgano jurisdiccional diferente al que conoce del fondo del asunto con carácter previo a su sentencia[47].

La jurisprudencia declaró, en su momento, que de los aspectos administrativos puede conocer la jurisdicción civil si la incidencia en la parte sustantiva es nula. Esta doctrina entendía que los actos administrativos previos se integran en el problema jurídico civil y, por tanto, que pueden ser conocidos por a la jurisdicción ordinario si los efectos no se extienden más allá del propio proceso. Si así fuera, debía remitirse a la jurisdicción contencioso-administrativa[48].

La segunda de las justificaciones de la solución de los bloques de competencia pasa por la inaplicación del acto administrativo[49]. Se traduce en que si un acto, antecedente administrativo, produce efectos y un conflicto jurídico civil, la jurisdicción competente es la civil.

Así, en el caso de que ese acto administrativo previo adolezca de nulidad de pleno derecho el juez no podrá aplicarlo, en virtud de lo dispuesto en el art. 4 CC. Por el contrario, si el acto es anulable no puede ser aplicado por el juez en todos los casos: la declaración de invalidez no sería competencia de la jurisdicción civil. Se trata, en términos comparativos, de una de las justificaciones más endeble de la solución de los bloques de competencia.

Finalmente, algunos autores defienden la aplicación del principio de economía procesal como forma de apuntalar toda la teoría de los bloques de competencia[50]. Sin embargo, nunca ha quedado especialmente clara su naturaleza y su alcance, especialmente, en la órbita del Derecho administrativo. Cabe recordar que este principio pretende evitar duplicidades y repeticiones innecesarias o injustas para las partes en el seno de cualquier procedimiento, con el fin del último de no caer en una excesiva lentitud procesal.

46 *Cfr.* Carretero Pérez, A.: "Teoría", cit., p. 102.

47 *Cfr.* Morcillo Moreno, J.: *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho Administrativo*, Wolters Kluwer, Madrid, 2007, p. 73 y ss.; Senés Motilla, C.: *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 23 y ss.

48 *Cfr.* SSTS 25 de febrero de 1902; 21 de noviembre de 1905

49 *Cfr.* Carretero Pérez, A.: "Teoría", cit., pp. 105-106.

50 *Cfr.* Carretero Pérez, A.: "El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo", *RAP*, núm. 65, 1971, pp. 99-142; Nogueira López, A.: *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid, 2010, pp. 299-325.

Existe una consolidada corriente jurisprudencial que defiende el principio de economía procesal[51]. Sin embargo, "lo que nos interesa es que si resulta que en todo caso las cuestiones administrativas antecedentes o separables de una relación privada de la Administración han de remitirse necesariamente a la jurisdicción contencioso- administrativa, se vendría a infringir la economía procesal y solo serviría para amparar posibles fraudes procesales, pues ante una irregularidad del acto administrativo separable, la Administración (...) podría invocar la necesidad de invocar la necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para que decidiese sobre ese extremo, provocando la inutilidad del proceso civil"[52].

4. La doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: del caso Hotel Andalucía Palace al caso Zúrich España sobre seguro y responsabilidad patrimonial.

El Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de enjuiciar y analizar, en diversos pronunciamientos, la admisibilidad, el encaje y el alcance de doctrina de los actos separables en nuestro ordenamiento.

El 19 de diciembre de 1958 la Sala 4ª del Tribunal Supremo dictó una sentencia muy importante para la jurisprudencia contencioso-administrativa, para el Derecho público español (y sus relaciones con el Derecho privado) y para todo nuestro sistema jurídico en general. Es la conocida como primera sentencia del caso Hotel Andalucía Palace de Sevilla.

Cabe, antes de abordar el razonamiento eminentemente jurídico desarrollado en la sentencia, hacer un resumen de la cuestión fáctica a efectos de obtener una visión más completa y profunda del asunto.

El Ayuntamiento de Sevilla era propietario del Hotel Andalucía-Palace de Sevilla. El 22 de marzo de 1949 cedió su gestión, a través de un contrato de arrendamiento con una duración de cinco años, a Madrid Palace-Hotel S.A. En el mes de abril de 1954, el pleno del Ayuntamiento de la capital hispalense dio por finalizado el contrato y puso en marcha el procedimiento para una nueva adjudicación de la explotación del hotel.

Tras requerir notarialmente a Madrid-Palace Hotel S.A. para la entrega de los edificios como consecuencia del vencimiento del contrato, el pleno del Ayuntamiento acordó, en el mes de junio, abrir un periodo de licitación para dar curso a la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento. Posteriormente, se acuerdo ejercitar la acción desahucio para recuperar la posesión debido a la actitud pasiva de la sociedad arrendataria.

51 *Cfr.* SSTS 19 de noviembre de 1954, 26 de marzo de 1968 y 27 de febrero de 1967.

52 *Cfr.* Carretero Pérez, A.: "El principio de economía", cit., p. 107.

En febrero de 1955, Madrid-Palace Hotel S.A. propuso, a través de un escrito dirigido al Ayuntamiento de Sevilla, renovar las instalaciones del hotel a cambio de una novación del contrato existente. Ante esta nueva circunstancia, el pleno del Ayuntamiento decidió, en el mes de agosto, revocar la decisión plenaria del año anterior por la que se acordaba ejercitar la acción de desahucio.

Hoteles Unidos S.A. y Compañía Transatlántica de Hoteles S.A. interpusieron recursos de reposición contra el acuerdo adoptado por el Ayuntamiento. En dichos recursos se solicitaba que la corporación local ejercitase la acción de desahucio contra Madrid- Palace S.A. y que se iniciase un nuevo procedimiento de licitación de contrato de arrendamiento. Ambas reclamaciones fueron desestimadas.

Ambas sociedades interpusieron sus respectivos recursos contencioso-administrativos, que fueron acumulados, ante el Tribunal Provincial de Sevilla por los que se solicitaba que se revocase el acuerdo municipal o que, de forma subsidiaria, fuese declarado nulo. Ante este escenario, el fiscal y el Ayuntamiento de Sevilla opusieron la excepción de incompetencia jurisdicción por tratarse de un contrato privado de la Administración.

El Tribunal Provincial de Sevilla en su sentencia del 23 de diciembre de 1957 "estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción [por] no haber lugar a los requisitos de plena jurisdicción interpuestos contra los acuerdos de 3 de agosto de 1955, así como los de anulación subsidiariamente formulados". En consecuencia y ante la frustración de sus pretensiones, Hoteles Unidos S.A. y Compañía Transatlántica de Hoteles S.A. presentaron un recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, la cual, confirma íntegramente la sentencia apelada.

El fundamento nuclear de su reflexión gira, como se muestra en el considerando segundo, en torno a la idea de que el Hotel Andalucía-Palace "no es un bien patrimonial del Ayuntamiento de Sevilla que no está destinado a ningún servicio público, y que constituye un ingreso de naturaleza privada de la Corporación Municipal y, el contrato celebrado por el Ayuntamiento sobre arrendamiento del citado Hotel, es de naturaleza puramente civil, regulado por el Código Civil y la Ley de Arrendamientos Urbanos, y en cuantas actuaciones interviene la Corporación Municipal lo hace con el carácter de persona jurídica particular, sujeto de derechos y obligaciones, alejado por completo de la naturaleza administrativa".

Continúa el tribunal con su razonamiento afirmando, en el considerando tercero, que procedía "aplicar al caso (...) lo dispuesto en el número cuarto del artículo 4º de la Ley de esta jurisdicción en su Texto refundido de 8 de febrero de 1952, según el cual no corresponderán al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, las cuestiones de índole civil pertenecientes a la jurisdicción ordinaria, y a mayor claridad, para evitar dudas o vacilaciones, añade

que se considerarán de índole civil y de la competencia de la jurisdicción ordinaria, las cuestiones en que el derecho vulnerado sea de carácter civil y también aquellas que emanen de actos en que la Administración haya obrado como persona jurídica, o sea como sujeto de derechos y obligaciones".

En el penúltimo considerando se afirma que "este Tribunal ha sostenido con reiteración que, aun siendo incompetente para conocer de un asunto, si se aprecian vicios sustanciales en el procedimiento, de tal importancia y naturaleza que producen la nulidad de lo actuado, debe aún de oficio declarar dicha nulidad; en el presente caso no concurre ninguna causa que lo pueda producir, y las pequeñas faltas que la parte recurrente atribuye a la tramitación del expediente, como son la inobservancia de ciertos plazos y la defectuosa foliación, no pueden ser estimadas como infracciones que constituyan vicio de nulidad".

Sobre las consideraciones del Tribunal Supremo resulta preceptivo hacer algún comentario. En primer lugar, muestra el carácter transversal de la cuestión objeto del presente estudio, a caballo entre el Derecho público y el Derecho privado. Se pone de manifiesto, en consecuencia, como el tema referido a los contratos privados de la Administración entraña una gran complejidad.

En segundo lugar, es merecido destacar la importancia que tiene una adecuada calificación de los actos jurídicos de la Administración Pública. En apartados previos de este trabajo se abordaba tal problemática: esta sentencia es un claro ejemplo de su existencia y de que no se trata de algo residual, por lo que me reitero en todo lo expuesto con anterioridad a este respecto.

A la luz de este caso concreto se puede observar como no constituye tan solo una mera construcción dogmática, sino que tiene una gran trascendencia práctica. Por un lado, para saber a qué normas la cuestión susceptible de controversia se encuentra sometida. De otro, para saber qué jurisdicción es la competente para el enjuiciamiento del caso. No tiene, ni mucho menos, una importancia menor dado las palpables diferencias que existen entre el Derecho civil y el Derecho administrativo. Resulta evidente, pues, que ni sustantiva ni procesalmente nos encontraríamos en la misma situación.

Por último, el caso del Hotel Andalucía-Palace de Sevilla es una buena muestra de la importancia que tienen las teorías y la dogmática en el campo del Derecho y, como se verá a continuación, de la doctrina de los actos separables. Sin un adecuado y sólido esquema teórico resulta imposible dar una respuesta satisfactoria a cualquier problema que se nos pueda plantear en la práctica jurídica.

Este pronunciamiento del Tribunal Supremo no ha estado, sin embargo, exento de críticas. García-Trevijano Fos es el autor considerado como el máximo

exponente de una corriente doctrinal crítica con las conclusiones a las que llega este tribunal en la sentencia analizada.

Sobre la calificación como civil del contrato, afirma, con un criterio que comparto, que "un obstáculo se opone a esta clara catalogación civil del contrato, y es que el edificio en el que se explota la industria (el que equivocadamente se denomina hotel), tiene una calificación reglamentaria de bien demanial. Este obstáculo, sin embargo, no resiste la más leve crítica, y por ello se ajusta en su calificación la sentencia comentada, ya que no está afecto a ningún servicio público, ni sirve directamente a un uso público. La explotación de un hotel –como la de los espectáculos públicos– no constituye un servicio público en el sentido técnico del vocablo, por faltarle las notas necesarias para ello [monopolio de derecho y utilidad pública].

(...) Ante esta catalogación señala que "el Tribunal Supremo llega una conclusión tradicional y clásicamente equivocada: si el contrato es civil, la jurisdicción ordinaria debe entender en cuantas controversias surjan entre las partes para su interpretación y cumplimiento y en cuantas actuaciones existan en torno al contrato. Y aquí radica precisamente el freno de la sentencia, que desaprovecha una ocasión extraordinariamente útil para romper con el peso muerto de una vieja idea"[53].

Este autor no comparte el criterio del tribunal y defiende que se aplique la doctrina de los actos separables, importada del Derecho francés. "Estamos en disposición de abordar directamente el problema de este estudio, que no es otro sino el de la aplicación de la técnica de la desintegración a la actuación administrativa. Nos hemos mostrado partidarios de la admisión en nuestro derecho de los actos que hemos denominado separables (...). La conclusión que se deduce de las anteriores consideraciones es que el Tribunal Supremo debió desestimar la excepción de incompetencia de jurisdicción – con tanta desgracia manejada–, declarando que, si bien el contrato celebrado entre el Ayuntamiento de Sevilla y Madrid Palace-Hotel en 1949 no es de naturaleza administrativa, el acto impugnado tiene individualidad jurídica propia, examinando en cuanto al fondo el contenido del mismo para negar tanto la posibilidad de la transacción inicial como la prórroga unilateral, existiendo terceros posiblemente perjudicados; declarando asimismo que las formas de contratación pertenecen al derecho de organización supraindividual y son de obligatoria observancia por la Administración pública (...)"[54].

53 *Cfr.* García-Trevijano Fos, J.A.: "Contratos y actos ante el Tribunal Supremo la explotacióndel Hotel Andalucía Palace" de Sevilla, *RAP*, núm. 28, 1959, p. 153.

54 *Cfr.* García-Trevijano Fos, J.A.: "Contratos y actos", cit., p. 153.

Así, siguiendo las tesis de este autor –las cuales fueron matizadas pasado un breve lapso[55]–, las sociedades litigantes, en aplicación de la doctrina de los actos separables, hubieran estado legitimadas para impugnar los actos administrativos que daban soporte jurídico al contrato con el hotel. En consecuencia, la impugnación en vía contencioso-administrativo no hubiese estado vedada por la excepción de incompetencia jurisdiccional alegada por los tribunales andaluces. Cuestión distinta es que, atendiendo al fondo, tuviese algún tipo de viabilidad.

Escasos años después, el Tribunal Supremo dictó una nueva sentencia sobre el asunto "Hotel Andalucía-Palace de Sevilla". En este pronunciamiento, al contrario que había sucedido con el del año 1958, la jurisprudencia asume por primera vez la doctrina de los actos separables en nuestro ordenamiento. Alguno autor defiende, sin embargo, que esta teoría ya se había venido aplicado en otras ocasiones[56].

En este caso, la sentencia de 17 de octubre de 1961, resolvió el recurso de apelación presentado con el auto del Tribunal Provincial Sevilla. Este recurso tenía por objeto impugnar la inadmisión por incompetencia de jurisdicción del recurso contencioso interpuesto por "Hoteles Unidos, S.A." contra dos actos administrativos (contra el de prórroga del contrato y contra la resolución denegatoria por silencio administrativo).

El Tribunal Supremo calificó como admisible el recurso de apelación y adoptó la decisión de revocar el auto impugnado. Así, el citado tribunal señaló que "cuando se trate de un contrato civil hay que distinguir el acto o sucesión de actos integrados en el proceso formativo de la voluntad del ente público, que se rige imperativamente por los preceptos administrativos (...), del complejo de estipulaciones concretas y prestaciones efectivas incluidas en el pacto concertado con el particular, sometido al ordenamiento jurídico privado; de donde resulta que los acuerdos municipales preparatorios y formalizadores de la celebración de un contrato civil no pierden su neto carácter administrativo y pueden por ello ser revisados por esta jurisdicción especial sin perjuicio de que cuanto afecte al contenido material, eficacia vinculante, interpretación y efecto, corresponda al conocimiento de la ordinaria" (considerando segundo).

Continúa el Tribunal Supremo afirmando que "el recurso (...) planteado no es rechazable por incompetencia *rationae materiae* ya que no se proyectas sobre el contenido esencial sino sobre la forma del contrato, combatiendo, de modo

55 Sobre esta sentencia, afirmó que "debía estimarse como resultas de un periodo (...) superadoy que no podía, tajantemente, cortar con él en un caso en el que el problema se planteaba con cierta oscuridad. *Cfr.* García-Trevijano Fos, J.A.: "Reciente evolución de la jurisprudencia administrativa: los actos separables admitidos por el Tribunal Supremo", *RAP*, núm. 36, septiembre-diciembre 1961, pp. 227-228.

56 *Cfr.* Boquera Oliver, J.M.: *La selección de contratistas. Procedimiento de selección y contrato,* Ed. IEP, Madrid, 1963, pp. 196 y ss.

preciso y categórico, una acto típicamente administrativo con individualidad jurídica propia y separable por ello del complejo negocial a cuya realización tiende al insertarse en el expediente instruido para legalizar la manifestación de voluntad del Ayuntamiento contratante" (considerando tercero).

A partir de este momento y siguiendo los razonamientos expuestos de la sentencia de 17 de octubre de 1961, la jurisprudencia comenzó a acoger la doctrina de los actos separables como solución a toda la problemática relacionada con los contratos privados de la Administración pública[57]

Esta teoría ha tenido tal calado y buena acogida por nuestros tribunales que, hoy en día, existen muy recientes pronunciamientos que apuestan por la doctrina de los actos separables como la respuesta más adecuada. Sirva como ejemplo la sentencia de 27 de junio de 2017 del Tribunal.

Esta resolución judicial sirve además como buena muestra del carácter transversal y multidisciplinar de la cuestión objeto del presente estudio. La mayoría de las sentencias referidas hasta el momento proceden de la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que la que se analizar a continuación y otras que se citan corresponden a la vía civil. Circunstancia que, sin duda alguna, invita a pensar que se trata de una cuestión para cuyo estudio se necesita compaginar nociones tanto del Derecho público como del Derecho privado, dada la naturaleza y características del tema.

Del resumen de antecedentes cabe destacar alguno de ellos. El 1 de marzo de 2006 el Ayuntamiento de Alhaurín el Grande suscribió con Zurich España un contrato de seguro de responsabilidad civil/patrimonial en la actividad de administración local. En septiembre de 2005, el Ayuntamiento adjudicó las obras de construcción de un edificio destinado a Biblioteca Municipal.

Durante su ejecución, el día 7 de junio de 2006, se produjeron daños en distintas viviendas colindantes. 28 vecinos afectados instaron el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial contra el consistorio. El 7 de marzo de 2008 la Junta de Gobierno local inició el expediente para determinar la responsabilidad por los daños ocasionados en las viviendas, siendo parte la aseguradora Zurich, que presentó escrito de alegaciones.

El 3 de noviembre de 2008 se dictó propuesta de resolución, en la que se estimaban 26 reclamaciones de los 28 aceptados. Todo ello fue ratificado por el Consejo Consultivo de Andalucía. El 31 de julio de 1998 se aprobó la propuesta de abono de las indemnizaciones a los afectados.

57 SSTS de 27 de diciembre de 1963, de 16 de marzo de 1964, de 9 de noviembre de 1964, entre otras.

Al no cumplir la aseguradora con la prestación convenida en el contrato de seguro, el Ayuntamiento acordó el ejercicio de acciones judiciales frente a Zurich, que se formalizaron en la demanda presentada el 12 de julio de 2011, cuyo conocimiento correspondió al juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Coín.

La titular del juzgado dictó sentencia absolviendo en la instancia a la aseguradora demandada al apreciar la falta de jurisdicción para conocer de la pretensión ejercitada, siendo competente la jurisdicción contencioso-administrativa. El ayuntamiento demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que conoció la Audiencia Provincial de Málaga y que dictó sentencia el 30 de diciembre de 2014 por la que el recurso fue desestimado.

Según el criterio de la instancia y de la Audiencia, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, cubierta por un contrato de seguro, y no ante un supuesto derivado del cumplimiento, ejecución o consecuencias de la contratación en que interviene la misma con otros contratantes. El Ayuntamiento interpuso entonces un recurso extraordinario por infracción procesal.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo defiende un criterio distinto al mantenido por el Juzgado y la Audiencia. Así, entre otras, considera que "(...) en aplicación de la doctrina de los actos separables, se ha de distinguir entre la fase de preparación y adjudicación del contrato, cuya impugnación se habría de decidir ante la Jurisdicción Contencioso- administrativa, de aquellos conflictos que surjan entre la Administración y la aseguradora en cuanto a los efectos y extinción del contrato, que sería competencia de la Jurisdicción civil"[58].

En consecuencia, el fallo estima el recurso interpuesto contra la sentencia de 30 de diciembre de 2014, dictada en recurso de apelación por la Audiencia Provincial de Málaga. Este pronunciamiento constituye el caso más reciente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el que se aplica la teoría de los actos separables, buena muestra de que la doctrina goza aún de buena salud como construcción dogmático- jurisprudencial y de una gran virtualidad práctica.

58 Para apoyar su razonamiento, el TS hace referencia a algún pronunciamiento de términossimilares. Vid. SSTS de 24 de enero de 2007 y 25 de junio de 2007.

BIBLIOGRAFÍA

Boquera Oliver, J.M.: *La selección de contratistas. Procedimiento de selección y contrato,* IEP, Madrid, 1963.

Carretero Pérez, A.: "El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo", *RAP*, núm. 65, 1971, pp. 99-142; "Teoría de los actos separables", *RAP*, núm. 61, 1970, p. 84-117.

Clavero Arévalo, M.F.: "El estado actual de la doctrina de los actos separables", *REVL*, núm. 164, octubre-diciembre 1969, pp. 545-568.

Cocce, B.: *Historia de Europa en el siglo XIX*, Atalaya, Madrid, 2000.

De los Mozos, J.: *El negocio jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1969.

De Solas Rafecas, J.M.: *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990.

García-Trevijano Fos, J.A.: "Contratos y actos ante el Tribunal Supremo la explotación del Hotel Andalucía Palace" de Sevilla, *RAP*, núm. 28, 1959, p. 147-168; "Reciente evolución de la jurisprudencia administrativa: los actos separables admitidos por el Tribunal Supremo", *RAP*, núm. 36, septiembre-diciembre 1961, pp. 227-228; "Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local", *REV*L, núm. 87 mayo-junio, 1956, p. 301 y ss.

Guillén Catalán, R.: "La articulación del principio de conservación de actos y negocios jurídicos en la contratación electrónica", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 42, 2016, pp. 83-104.

Huergo Lora, A.: "Jurisprudencia sobre contratos", RGDA, núm. 2, Iustel, 2003.

Lamarque, J.: *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administrativs*, Ed. LGDJ, Paris, 1960.

Macera Tiragallo, B.F.: *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el Derecho público español*, Cedecs, Barcelona, 2001.

Marín Padilla, M.L.: *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos: "utile per inutile non vititatur"*, Bosch, Barcelona, 1990.

Martínez López-Muñiz, J.L.: *Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y sus consecuencias*, en vol. col., Derecho

Administrativo (obra colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff), Abedelo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

Morcillo Moreno, J.: *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el* ámbito *del Derecho Administrativo*, Wolters Kluwer, Madrid, 2007.

Nogueira López, A.: "El principio de economía procesal", en *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 299-325.

Palacio Atard, V.: "El siglo XIX", *RCDI*, Año núm 68, núm. 613, 1992, pp. 2535-2546.

Poyaud, D.: *La nullité des contrats administratif*s, Ed. LGDJ, Paris, 1991.

Santamaría Pastor, J.A. y Parejo Alfonso, L.: *Derecho administrativo (la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989.

Senés Motilla, C.: *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español,* McGraw-Hill, Madrid, 1996.

Terneyre, P.: *Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratif*s, EDCE, núm. 39, 1988.

JURISPRUDENCIA CITADA

Conseil d'Etat

Sentencia de 18 de junio de 1860 'Duc de Clermont-Tonnerre'.

Sentencia de 30 de abril de 1863 'Ville de Bologne'.

Sentencia de 26 de enero de 1877 'Compans'.

Sentencia de 14 de noviembre de 1879 'Dumont'.

Sentencia de 17 de febrero de 1881 'Cerioa'.

Sentencia de 26 de diciembre de 1885 'Fins'.

Sentencia de 8 de junio de 1888 'Rafaelli'.

Sentencia de 6 de julio de 1894 'Prodhomme'.

Sentencia de 8 de mayo de 1897 'Cimetieri'.

Sentencia de 19 de mayo de 1899 'Levieux'.

Sentencia de 26 de abril de 1901 'Audoly'.

Sentencia de 4 de agosto de 1905 'Martin'.

Sentencia de 6 de abril de 1906 'Balliman'.

Sentencia de 12 de diciembre de 1930 'Compagnie des tramways du Loir-et-Cher'.

Sentencia de 19 de octubre de 1934 'Association des usagers de l'énergie électrique de Santi-Omer'.

Sentencia de 7 de febrero de 1936 'Département de la Creuse'.

Sentencia de 25 de abril de 1941 'Commune de Boisgauillaume',

Sentencia de 28 de mayo de 1943 'Societé européenne d'energie électrique'.

Sentencia de 20 de enero de 1950 'Commune de Tignes'.

Sentencia de 19 de febrero de 1952 'Société Air-Tahiti',

Sentencia de 26 de noviembre de 1954 'Syndicat de la Raffinerie française de Soyfre'.

Sentencia de 14 de diciembre de 1955 'Coulon'.

Sentencia de 13 de julio de 1956 'Bernadat'.

Sentencia de 29 de junio de 1966 'Sociéte pour le traitement industriel du bois'.

Sentencia de 31 de octubre de 1969 'Syndicat de defénse des canaux de la Durance'.

Sentencia de 5 de febrero de 1971 'Ganache'.

Sentencia de 30 de marzo de 1973 'Ministre de l´Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logemente et du Toruisme c/. Schwetzoff et autres'.

Sentencia de 8 de noviembre de 1974 'Époux Figueras' del Conseil d'Etat francés'.

Sentencia de 23 de julio de 1976 'Commune de Braysur-Somme'.

Sentencia de 20 de enero de 1978 'Syndicat national de l'enseignement technique agricole public',

Sentencia de 17 de octubre de 1980 'Gaillard'.

Sentencia de 2 de diciembre de 1983 'Confédération des syndicats médicaux français et Conseil departamental de l'ordre des médecins'.

Sentencia de 16 de abril de 1986 'Compagnie luxembourgeoise de télédifussion et autre'.

Sentencia de 17 de diciembre de 1986 'Syndicat de l'armagnac et des vins du Gers'. Sentencia de 2 de febrero de 1987 'Société France 5'.

Sentencia de 13 de enero de 1988 'Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements'.

Sentencia de 15 de febrero de 1993 'Commune de Nay-Bourdettes c/. Syndicat mixte d'alimentation en eau potable de la región Nord-Est de Pau'.

Sentencia de 18 de octubre de 1993 'Commune de Villeneuve-sur-Lot'. Sentencia de 7 de octubre de 1994 'M. et Mme López'.

Sentencia de 10 de marzo de 1995 'Ville de Digne'.

Sentencia de 15 de abril de 1996 'Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux'. Sentencia de 10 de julio de 1996 'M. Cayzeele'.

Sentencia de 30 de octubre de 1996 'Mme Wajs et M. Monnier'.

Sentencia de 14 de marzo de 1997 'Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne'.

Tribunal Administratif de Nice

Sentencia de 6 de julio de 1984 'Commissaire de la République des Alpes-Maritimes.

Tribunal Constitucional

Sentencia 108/1986 de 26 de julio. Sentencia 182/2003, de 20 de octubre.

Tribunal Supremo

Sentencia de 25 de febrero de 1902.

Sentencia de 21 de noviembre de 1905.

Sentencia de 19 de noviembre de 1954.

Sentencia de 19 de diciembre de 1958.

Sentencia de 17 de octubre de 1961.

Sentencia de 27 de diciembre de 1963.

Sentencia de 16 de marzo de 1964.

Sentencia de 30 de septiembre de 1964.

Sentencia de 9 de noviembre de 1964.

Sentencia de 27 de febrero de 1967.

Sentencia de 26 de marzo de 1968.

Sentencia de 27 de julio de 1977.

Sentencia de 6 de febrero de 1980.

Sentencia de 5 de octubre de 1981.

Sentencia de 18 de diciembre de 1981.

Sentencia de 14 de julio de 1982.

Sentencia de 5 de julio de 1983.

Sentencia de 9 de junio de 2005.

Sentencia de 5 de abril de 2006.

Sentencia de 24 de enero de 2007.

Sentencia de 25 de junio de 2007.

Sentencia de 27 de junio de 2017.

LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE VENTA AL PESO DE PRODUCTOS AGRÍCOLAS EN LA COMUNITAT VALENCIANA*

CONTRACTUAL RISKS IN THE SALE AND PURCHASE OF AGRICULTURAL PRODUCTS IN THE AUTONOMOUS COMMUNITY OF VALENCIA

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2014-2045

* El presente trabajo está en parte integrado por algunas de las aportaciones del autor al libro *Contratos Agrarios Valencianos* (dirs. Estruch Estruch, J. y Verdera Server, R.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

Jesús ESTRUCH
ESTRUCH

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: La Ley valenciana 3/2013, de 26 de julio, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias, modificada por la Ley 2/2019, de 6 de febrero, reguló dos modalidades de compraventa de productos agrícolas: la venta a ojo y la venta al peso. La venta a ojo se configura como una compraventa de esperanza ("emptio spei") y la venta al peso como una compra de cosa esperada ("emptio rei speratae"). Entre otras cuestiones, el legislador valenciano regula el sistema de los riesgos contractuales en ambas modalidades de venta. El presente artículo se ocupa del estudio del régimen jurídico de los riesgos en la compraventa al peso, tal como ha sido diseñado por el legislador valenciano. El trabajo realiza una valoración crítica de la regulación, analizando los supuestos en los que tendrá aplicación la normativa referente a los riesgos contractuales en las ventas al peso y sus consecuencias prácticas.

PALABRAS CLAVE: Compraventa de productos agrícolas; compraventa el peso; riesgos del contrato; retraso del comprador en la recolección de los productos.

ABSTRACT: *Regional Valencian Law 3/2013, July 26, of Contracts and other Agricultural Legal Relationships, which is modified by Law 2/2019, February 6, regulated two modalities of sale and purchase of agricultural products: sale by eye and sale by weight. The sale by eye is designed as a purchase of hope ("emptio spei"), while the sale by weight is designed as a purchase in hope the of an uncertain future profit ("emptio rei speratae"). Among other matters, the valencian legislator regulates the contractual risks system of both sale and purchase modalities. The present article analyses the legal regime of contractual risks in the sale by weight, as designed by the valencian legislator. The following paper critically assesses such regulation, analyzing the cases in which contractual risks of sale and purchase by weight provisions is applicable as well as its practical implications.*

KEY WORDS: *Sale and purchase of agricultural products; sale and purchase by weight; contract risks; Buyer's delay in the collection of agricultural products.*

SUMARIO.- I. LEY VALENCIANA 3/2013, DE 26 DE JULIO, DE LOS CONTRATOS Y OTRAS RELACIONES JURÍDICAS AGRARIAS.- II. LAS DISTINTAS MODALIDADES DE COMPRAVENTA DE PRODUCTOS AGRÍCOLAS: LA VENTA A OJO Y LA VENTA AL PESO.- III. REGULACIÓN NORMATIVA DEL RÉGIMEN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA AL PESO: CONSIDERACIONES CRÍTICAS.- IV. APLICACIONES CONCRETAS DE LA REGLA DE RIESGOS EN LA VENTA AL PESO.- V. LA MORA DEL COMPRADOR EN SU OBLIGACIÓN DE RECOLECTAR.- VI. EL TIEMPO ADECUADO PARA LA RECOLECCIÓN DE LA FRUTA O LOS PRODUCTOS AGRÍCOLAS. VII. RIESGOS PROPIOS DE LA PRODUCCIÓN AGRÍCOLA Y RIESGOS DEL MERCADO.- VIII. IMPERATIVIDAD DEL RÉGIMEN DE LOS RIESGOS CUANDO EL VENDEDOR SEA UNA PERSONA FÍSICA.

I. LEY VALENCIANA 3/2013, DE 26 DE JULIO, DE LOS CONTRATOS Y OTRAS RELACIONES JURÍDICAS AGRARIAS.

En los últimos años, diversas Leyes de la Comunitat Valenciana han incidido en el ámbito agrario. De hecho, y como es sobradamente conocido, la primera Ley que la Generalitat dictó al amparo de la competencia legislativa en materia de Derecho Civil valenciano fue la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de Arrendamientos Históricos Valencianos, declarada constitucional por la STC núm. 121/1992.

Posteriormente, y con anterioridad a la reforma estatutaria llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, se dictó la Ley 8/2002, de 5 de diciembre, de Ordenación y Modernización de Estructuras Agrarias de la Comunidad Valenciana, con fundamento en la competencia autonómica valenciana en materia económica, y agricultura y ganadería (art. 34 de la redacción vigente en aquella fecha del Estatuto de Autonomía). Esta Ley fue derogada por la Ley 5/2019, de 28 de febrero, de Estructuras Agrarias de la Comunitat Valenciana, que regula actualmente la concentración parcelaria (artículos 16 y ss.) y determinadas actuaciones de modernización de las explotaciones agrarias (concentración y agrupación de explotaciones) que afectan o pueden afectar al derecho de propiedad.

Pero, sin duda, dentro del ámbito agrario, la norma valenciana que está llamada a producir mayores efectos prácticos en el ámbito de los contratos es la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias (en adelante LCRJA), recientemente modificada por la Ley 2/2019, de 6 de febrero, de la Generalitat, para la reforma de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias, para exigencia de la

• **Jesús Estruch Estruch**
Catedrático de Derecho Civil, Universitat de Valencia. Correo electrónico: jesus.estruch@uv.es

forma escrita y para la creación del registro de operadores, contratos y relaciones jurídicas agrarias de la Generalitat[1].

En la LCRJA, además de ofrecer una nueva ordenación de los contratos de arrendamientos rústicos históricos, derogando la Ley 6/1986, se regulan diversas modalidades de compraventa de productos agrarios que se vienen produciendo en la realidad del tráfico jurídico. Así, en concreto, se regulan la denominada venta a ojo y la venta al peso

Ciertamente, la Ley 3/2013, no pretende establecer una regulación completa de los contratos agrarios y, por lo tanto, es conscientemente incompleta, por lo que en lo no previsto expresamente en la misma habrá que acudir al régimen general de fuentes del ordenamiento jurídico[2].

En cuanto al ámbito territorial de aplicación de la Ley, la Disposición adicional primera de la misma establece que "[L]a presente ley se aplicará de conformidad con las normas de derecho interregional relativas a las obligaciones contractuales".

En consecuencia, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 10.5.1 CC, teniendo en cuenta la presunción establecida en la propia Disposición adicional primera, al señalar que "[E]llo, no obstante, se presumirá, salvo pacto en contrario, que los contratos de compraventa de cosechas producidas en la Comunitat Valenciana y celebrados en su territorio, se corresponden con alguno de los tipos contractuales regulados en esta ley"[3].

1 En cuanto a la competencia legislativa de la Comunitat Valenciana en materia agraria, véanse Blasco Gascó, F. P.: "El art. 149.1.8 CE y su relación con la legislación agraria valenciana", en AA.VV.: *Contratos Agrarios Valencianos. Comentarios a la Ley Valenciana de Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias* (dir. por J. Estruch Estruch, J. y R. Verdera Server), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 51 a 65; Ramón Fernández, F.: "Costumbres agrarias y desarrollo normativo", en AA.VV.: *Contratos Agrarios Valencianos. Comentarios a la Ley Valenciana de Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias* (dir. por J. Estruch Estruch, J. y R. Verdera Server), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 67 a 69.

2 En este sentido, la Disposición adicional tercera de la Ley dispone: "En defecto de lo previsto en esta ley, regirá la costumbre valenciana, los principios generales del derecho valenciano en materia de contratación agraria y arrendamientos históricos y la doctrina jurisprudencial civil del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana. En su defecto, y en las remisiones expresas que la presente ley contiene, regirá la legislación del Estado sobre arrendamientos rústicos y el Código Civil, en todo lo que resulte compatible con la naturaleza propia de los contratos regulados en ésta". Más información en Clemente Meoro, M.: "Comentario a la disposición adicional tercera", en AA.VV.: *Contratos Agrarios Valencianos. Comentarios a la Ley Valenciana de Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias* (dir. por J. Estruch Estruch, J. y R. Verdera Server), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 810 a 819.

3 Respecto del ámbito territorial de aplicación de la norma, véase Ortega Giménez, A.: "Comentario a la disposición adicional primera", en AA.VV.: *Contratos Agrarios Valencianos. Comentarios a la Ley Valenciana de Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias* (dir. por J. Estruch Estruch, J. y R. Verdera Server), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 790 a 795.

II. LAS DISTINTAS MODALIDADES DE COMPRAVENTA DE PRODUCTOS AGRÍCOLAS: LA VENTA A OJO Y LA VENTA AL PESO.

Como hemos indicado anteriormente, una de las novedades más importantes de la Ley consiste en la regulación de dos modalidades de compraventa de productos agrarios que se venían celebrando en el tráfico jurídico, pese a carecer de regulación específica. Así, el título primero de la Ley, que se integra por tres capítulos, se ocupa de la regulación de las modalidades especiales de compraventa: la venta a ojo (capítulo primero), y la venta al peso (capítulo segundo), concluyendo con un tercer capítulo dedicado a la figura del corredor.

La diferencia entre la venta a ojo y la venta al peso es cabalmente la que existe entre las dos históricas modalidades de venta de cosa futura: "emptio spei" y "emptio rei speratae".

Así, la venta a ojo se regula como una auténtica venta de esperanza ("emptio spei"), en la que el comprador deberá pagar el precio con independencia de que la cosecha llegue a producirse, y de la cantidad y calidad de la misma[4].

En este sentido, el artículo primero de la Ley señala que la venta a ojo tiene por objeto la totalidad estimada de la cosecha pendiente y no recogida, o simplemente, en flor, existente en uno o varios campos al tiempo de ser convenida, por precio alzado y pagado al contado, o en el plazo estipulado.

Como se observa, se trata de una venta en la que el comprador adquiere el riesgo de la producción futura de la parcela y de la calidad de dicha producción. El comprador queda obligado desde el momento de la perfección del contrato al pago del precio, siendo de su riesgo que la estimación de cosecha que pueda hacer la persona experta (el alfarrassador) no sea acertada, o que circunstancias sobrevenidas afecten a la producción tanto en su cuantía como en su calidad.

Por el contrario, la venta al peso se regula como una compraventa de cosa esperada ("emptio rei speratae"), en la que el precio de los productos se fija por unidad de peso o de cantidad, por lo que el riesgo de la producción de la cosecha y de la calidad de la misma lo asume el vendedor, quedando obligado al comprador únicamente a pagar por los productos realmente obtenidos que cumplan las características previamente convenidas en el contrato (calibre, calidad comercial para la exportación, etc.)[5].

4 Más detenidamente puede verse Arnau Moya, F.: "Comentario a los arts. 1 a 12", en AA.VV.: *Contratos Agrarios Valencianos. Comentarios a la Ley Valenciana de Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias* (dir. por J. Estruch Estruch, J. y R. Verdera Server), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 153 a 156.

5 En este sentido, el art. 13 LCRJA dispone: "La venta al peso o per arrovat tiene por objeto la totalidad o parte de los frutos que finalmente haya al tiempo de la recolección de uno o varios campos, convenida mientras la cosecha se encuentra pendiente, a un precio fijado por unidad de peso o de cantidad". Con

En esta modalidad de compraventa, el comprador únicamente pagará la cosecha que efectivamente se haya producido, al precio unitario (por peso o cantidad) que se hubiera indicado inicialmente en el contrato.

Por lo tanto, se trata de la modalidad de venta "emptio rei speratae", de tal modo que si, finalmente, la cosa no llega a producirse, el comprador no satisfará cantidad alguna al vendedor, y si la cosa se produce, únicamente satisfará la cantidad correspondiente a la producción que efectivamente se haya generado.

Evidentemente, la regulación de las dos modalidades de venta futura de los productos agrícolas va a influir en el sistema de riesgos del contrato de compraventa. Así, el legislador valenciano contempla los riesgos de ambas modalidades de venta en dos preceptos diferentes.

En primer lugar, y respecto del contrato de venta a ojo, como hemos indicado, el riesgo de la producción y calidad de los frutos lo asume el comprador desde la perfección del contrato, al tratarse de una "emptio spei"[6].

Por el contrario, como veremos a continuación, la regulación de los riesgos en el contrato de compraventa al peso es más confusa, refiriéndose incorrectamente el legislador a riesgos económicos y de comercialización (que no son auténticos riesgos contractuales) y, por el contrario, no diferenciando en la regulación del régimen de los riesgos contractuales los supuestos en los que el comprador ya ha adquirido la posesión de los productos (incluso su propiedad) y aquellos otros en los que los productos agrícolas continúan estando a cargo del vendedor y siendo de su propiedad.

mayor detenimiento, véase Verdera Server, R.: "Comentario a los arts. 13 a 20", en AA.VV.: *Contratos Agrarios Valencianos. Comentarios a la Ley Valenciana de Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias* (dir. por J. Estruch Estruch, J. y R. Verdera Server), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 234 a 238.

6 El art. 10 LCRJA dice: "1. El daño o provecho de la cosa vendida corre por cuenta de quien compra desde la perfección del contrato, a salvo las obligaciones que se contienen en los artículos siguientes.
2. Las oscilaciones del precio de los productos no darán lugar a rescisión del contrato a instancias de ninguna de las partes.
Ello no obstante, cuando el incremento desproporcionado o imprevisto de los factores de producción haga ruinosa la continuación del cultivo para la parte vendedora, podrá ésta rescindir el contrato con simultánea devolución del precio, más sus intereses legales. Si quien compra no aceptare la resolución, será consignado el precio e intereses y tendrá aquél o aquélla derecho a continuar el cultivo con sus propios medios, quedando a salvo el derecho de ambas partes a instar, en el plazo de un mes, el procedimiento correspondiente para declarar bien o mal hecha la resolución y determinar sus consecuencias". Más información en Arnau Moya, F.: "Comentario a los arts. 1 a 12", cit., pp. 207 a 209.

III. REGULACIÓN NORMATIVA DEL RÉGIMEN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA AL PESO: CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

El art. 24 LCRJA regula el régimen de los riesgos en la compraventa al peso y, lógicamente, lo hace de modo diverso al art. 10 LCRJA, que se refiere al régimen de los riesgos en la compraventa a ojo[7].

Así, el precepto dispone:

"1. Los riesgos de la cosa vendida corresponden a quien vende hasta que aquélla sea contada, pesada o medida, salvo mora de la parte compradora en su obligación de recolectar.

La parte compradora incurre en mora y asume los riesgos de la cosa vendida a partir de la fecha indicada para la recolección, en los términos que resultan del artículo 23.2 de esta ley.

2. Los riesgos que soporta la parte vendedora son los propios de la cosa, por caso fortuito o fuerza mayor, adversidades climáticas y plagas, pero no los que corresponden con las fluctuaciones del precio, o los que afectan a los trabajos de recogida, transporte y comercialización.

3. Si quien vende es persona física, es nulo el pacto que modifique en su perjuicio el régimen de los riesgos".

Hay que recordar que, cuando se habla de riesgos en la compraventa, se está haciendo referencia a los problemas que se pueden producir cuando, después de perfeccionado el contrato y antes de la entrega, la cosa vendida se pierde de modo fortuito, de tal modo que el vendedor ya no la puede entregar.

En esta hipótesis, el régimen de los riesgos aplicable determinará si el comprador, pese a la pérdida de la cosa, continuará obligado a pagar el precio, aunque nada reciba a cambio, o, por el contrario, será el vendedor el que sufrirá tanto la pérdida de la cosa vendida como de la contraprestación que debía abonar el comprador.

7 En este sentido, en el apartado II del Preámbulo de la Ley, se indica: "La ley regula el distinto régimen de riesgos propios de una y otra modalidad contractual. En el caso de la venta a ojo, el daño o provecho de la cosa vendida corre, con carácter general, por cuenta de quien compra desde la perfección del contrato, mientras que en el supuesto de la venta al peso los riesgos de la cosa vendida corresponden a quien vende hasta que aquélla sea contada, pesada o medida, salvo mora de la parte compradora en su obligación de recolectar".

Para que nos encontremos ante un supuesto de riesgos del contrato, la pérdida de la cosa vendida ha de ser fortuita, sin que pueda imputarse a ninguna de las partes y, además, ni comprador ni vendedor pueden estar en mora[8].

Si la pérdida de la cosa vendida no es fortuita, sino que ha sido debida a la culpa de una de las partes contractuales, o alguna de ellas se encuentra en mora en el momento de la pérdida, la cuestión jurídica se deberá decidir a través del régimen general de las obligaciones y los remedios frente al incumplimiento del contrato, y no aplicando el régimen de los riesgos ante la pérdida de la cosa vendida.

El art. 24.1 LCRJA, como hemos visto, establece que los riesgos de la cosa vendida, que son los productos o frutos que haya al tiempo de la recolección de uno o varios campos, serán del vendedor hasta que los frutos o productos sean contados, pesados o medidos, salvo que el comprador estuviera en mora respecto de su obligación de recolectar.

Por lo tanto, aunque los frutos ya se hubieran recolectado, en tanto no se hayan medido, contado o pesado, el riesgo de pérdida fortuita lo sufrirá el vendedor.

Obsérvese que la regulación de los riesgos contenida en el art. 24 LCRJA es única, por lo que se aplicará tanto si lo que se ha vendido es la totalidad de los frutos que finalmente haya al tiempo de la recolección en uno o varios campos, o solo una parte de los mismos [por ejemplo, si es que únicamente se vendieron los frutos que produjera determinada superficie o número de árboles (arts. 13 y 17 LCRJA)][9].

Y, a diferencia de lo dispuesto en el art. 19 LCRJA[10], tampoco distingue entre los supuestos en los que la obligación de recolectar la asume el comprador, o, por el contrario, debe ser el vendedor quien recolecte los frutos y posteriormente, en su caso, los traslade al lugar convenido para ser contados, medidos o pesados (art. 20.1 LCRJA)[11].

8 Véase Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. IV, reimpresión 2011, Civitas, Madrid, 2010, pp. 111 y 112.

9 El art. 17 LCRJA, bajo la rúbrica, "Contrato sobre parte de los frutos", dispone: "Si el contrato no abarcare la totalidad de los frutos de un campo, deberá circunscribirse a la totalidad de los habidos (conforme a la modalidad pactada) en determinada superficie o número de árboles, o de la variedad o patrón objeto del contrato".

10 El art. 19 LCRJA dispone: "1. La cosecha se entiende entregada por la parte vendedora en el propio campo, en el momento de cortar o separar el fruto, si la obligación de cosechar es de quien compra y a su costa; ello, con independencia de que el pesaje o cómputo pueda hacerse en otro sitio o después.
2. Si la obligación de cosechar es de quien vende y a su costa, la cosecha se entiende entregada donde se realice el pesaje o cómputo, salvo que otra cosa se pacte o resulte de la costumbre del lugar". Pueden verse las diferencias normativas entre ambos supuestos (obligación de cosechar del vendedor o del comprador) y su justificación en Verdera Server, R.: "Comentario a los arts. 13 a 20", cit., pp. 358 a 374.

11 El art. 20.1 LCRJA dice: "1. El pesaje o cómputo del fruto, y la selección en el caso de no haberse pactado la venta al contado, se realizará en el tiempo y lugar pactado. A falta de pacto, se estará a la costumbre del lugar o a los usos propios del producto, y en su defecto se llevará a término en el propio campo y en el mismo día de ser cortado o separado. Si se pactare en otro lugar o tiempo, serán de cuenta de la

Sin embargo, a nuestro juicio, la determinación de quién asumió la obligación de recolectar sí debería haber tenido relevancia en el régimen jurídico de los riesgos sobre los frutos vendidos, al igual que tiene relevancia en el art. 19 LCRJA para determinar el momento en el que se debe entender producida la entrega de los frutos.

En definitiva, el art. 24.1 LCRJA establece la regla básica del régimen de los riesgos en el contrato de compraventa al peso, indicando que, en cualquier caso, corresponden al vendedor hasta que la cosa vendida "sea contada, pesada o medida, salvo mora de la parte compradora en su obligación de recolectar".

Como se observa, el precepto sigue la regla establecida en el párrafo tercero del art. 1452 CC para las cosas genéricas (fungibles) que se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, que indica que "no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora".

Por su parte, en el régimen establecido en los dos primeros párrafos del art. 1452 CC, cuando se trata de la venta de una cosa determinada[12], o de una cosa fungible hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida (todo el vino de un concreto almacén), de conformidad con la interpretación mayoritaria en nuestra doctrina, el riesgo de pérdida fortuita o deterioro de la cosa se atribuye al comprador desde el momento de la perfección del contrato hasta la entrega de la cosa ("periculum est emptoris")[13].

parte compradora los deterioros o pérdidas que se produzcan por la demora o transporte, salvo que la obligación sea de la parte vendedora conforme al apartado segundo del artículo anterior".

12 El párrafo primero del art. 1452 CC se remite a los arts. 1096 y 1182 CC.

13 Respecto del riesgo en el contrato de compraventa civil, la doctrina claramente mayoritaria defiende que el riesgo lo soporta el comprador ("periculum est emptoris"). Véanse Clemente Meoro, M. y Nieto Montero, J. J.: "El contrato de compraventa", en AA.VV.: *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, (dir. por M. Yzquierdo Tolsada), t. I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 67 a 72; Moralejo Imbernón, N.: "Contratos con finalidad traslativa de dominio", en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. por R.Bercovitz Rodríguez-Cano), t. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1811; Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 973 a 976; Rodríguez Llamas, S.: "Comentario a los arts. 1445 a 1458", en AA.VV.: *Código Civil Comentado, vol. 4, Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción (Arts. 1445 al final)* (dir. por A.B. Cañizares Laso, F.J. Orduña Moreno, P. De Pablo Contreras y R. Valpuesta Fernández), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 51 a 55. Con numerosos argumentos históricos puede verse Alonso Pérez, M.: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972, pp. 151 a 311. Con claridad, la STS de 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 2673), dice: "Como reconoce unánime la doctrina y la jurisprudencia, el art. 1452 del Código Civil regula el problema del riesgo en la compraventa, y acoge, como regla general, el principio romano «res perit emptore»; en consecuencia la pérdida o destrucción o deterioro de la cosa vendida por obra de un tercero o del caso fortuito o fuerza mayor es imputable al comprador desde el momento de la perfección del contrato, siendo aplicable el precepto, dice la sentencia de esta Sala de 16 de noviembre de 1979 (RJ 1979, 3850), «para el supuesto que estando perfeccionado el contrato de compraventa, la cosa vendida no haya sido entregada y se pierda, destruya o deteriore»". Con algún matiz, López Y López, Á. M.: "Comentario a los arts. 1445 a 1459 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo y Ponce De León, R. Bercovitz y P. Salvador Coderch), t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 899 y 900, entiende que el riesgo lo debe sufrir el "contratante en cuyo provecho o comodidad se ha diferido la entrega de la cosa" tras la perfección del contrato.
Por el contrario, Díez-Picazo Y Ponce De León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2011, pp. 694 a 696, entiende que, tratándose de obligaciones sinalagmáticas, sería

En consecuencia, en la compraventa al peso, salvo que el comprador esté en situación de mora, según el art. 24 LCRJA, todas las pérdidas fortuitas de los frutos o productos que se verifiquen antes del momento en que fueran pesados, contados o medidos, serán soportadas por el vendedor, de tal manera que no percibirá ningún precio sobre los mismos, y ello aun cuando los frutos o productos ya se hubieran recolectado y los tuviera en su poder el comprador (cfr. art. 19.1 LCRJA).

Lo cierto es que, a nuestro entender, el legislador hubiera debido anticipar el traspaso de los riesgos a partir del momento de la separación de los frutos y puesta a disposición de los mismos al comprador o al porteador.

Debe tenerse presente que en la compraventa al peso lo ordinario es que el encargado de las labores de recolección sea el comprador, que recogerá las frutas o productos y los trasladará al lugar donde se almacenarán a la espera de su manipulación para la posterior comercialización.

En este sentido, en el contrato de compraventa al peso, a nuestro entender, no es preciso para especificar las cosas vendidas pesarlas, contarlas o medirlas, sino que la especificación se realiza con la propia recolección de los frutos, que ordinariamente será llevada a cabo por el comprador, ya que en ese momento se ponen a disposición del propio comprador (o del primer porteador) los frutos que este mismo ha separado del árbol y recogido.

Por lo tanto, en estos casos, podría defenderse que la especificación se produce con la recolección de los frutos o productos realizada por el comprador, pues es en ese momento cuando se hace cargo de la cosa vendida, ya que las frutas han quedado a su disposición o a la del primer porteador, regla de riesgos que acogen tanto el art. 333 CCo como los arts. 66 a 69 CV.

Cuando se vende la totalidad o parte de la fruta producida en uno o varios campos (arts. 13 y 17 LCRJA), parece que, desde que se recolecta por el comprador, la cosa vendida ya se encuentra a su disposición y, por tanto, la cosa vendida que, por otra parte, es perfectamente identificable a través de los sistemas de trazabilidad aplicables a los productos agrícolas, ya se ha especificado y no hace falta pesarla, contarla o medirla para especificarla, que es la hipótesis en la que se fundamenta la solución ofrecida por el art. 1452.III CC, y al que sigue el art. 24

de aplicación el art. 1124 CC y, en consecuencia, "la parte que sufre, por ser acreedora, la imposibilidad sobrevenida de la prestación adversa, aunque sea fortuita, tiene abierta la vía de la resolución del contrato y puede, de este modo, desligarse de la obligación que tuviera a su cargo", y, en Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. IV, reimpresión 2011, Civitas, Madrid, 2010, p. 116, concluye que "el riesgo de pérdida fortuita de la cosa debida es del vendedor, por ser quien detenta el poder de control sobre la cosa", a menos que hubiera dilatado la entrega en interés del comprador.
Respecto del riesgo en la compraventa mercantil y la difícil coordinación de los arts. 331 y 333 CCo, véanse las diferentes posturas doctrinales en Alonso Pérez, M.: *El riesgo,* cit., p. 414 a 451.

LCRJA al establecer que solo en el momento del pesaje de la fruta el riesgo se transmitirá al comprador[14].

De hecho, según lo dispuesto en el art. 24 LCRJA, aun cuando la fruta fuera cosechada por el comprador y estuviera desde el mismo momento de la recolección a su disposición, el riesgo de pérdida fortuita de la fruta continuaría siendo del vendedor hasta que la misma fuera pesada, operación de pesaje que, como sabemos, puede realizarse en el propio campo y en el día de la recolección o en otro lugar y en un momento posterior (cfr. art. 20.1 LCRJA).

Como se observa, el precepto separa innecesariamente el control o custodia sobre la cosa vendida de la atribución de los riegos que pueda padecer la misma, pues, en esta hipótesis, será el comprador el que custodie y se encargue del cuidado de la fruta desde que es cortada o separada hasta que sea pesada, contada o medida, pero, a pesar de ello, será el vendedor el que continuará corriendo con los riesgos de pérdida o deterioro de la misma.

Por el contrario, entendemos que podría haberse establecido que, cuando se vende la totalidad o parte de los frutos que haya al tiempo de la recolección en uno o varios campos, la cosa vendida (los frutos o productos) queda individualizada desde el momento de su recolección y no es necesario pesarla para individualizarla (como, por ejemplo, ocurre con las cosas vendidas a granel), sino que, en este caso, lo que se individualiza con el pesaje es el precio (al aplicar al peso obtenido el precio unitario pactado en el contrato), pero no la cosa vendida, que ya se especificó al recolectarla y cuya cantidad ya pudo quedar reflejada en el vale de recolección indicando, por ejemplo, el número de cajones recogidos o las arrobas aproximadas[15], o, en cualquier caso, la cantidad podría determinarse posteriormente, pues la pérdida fortuita de los frutos o productos no significa necesariamente la desaparición física de los mismos, por lo que podrían pesarse incluso después de haberse perdido debido a un caso fortuito (por ejemplo, después de recolectada y antes de su pesaje, la fruta deja de tener las condiciones mínimas imprescindibles para su comercialización debido a un caso fortuito, pero continúa siendo posible su pesaje).

De hecho, cuando el riesgo de la pérdida fortuita de la cosa vendida viene atribuido al comprador por encontrarse en situación de mora respecto de su

14 Respecto de la compra a ojo, el art. 4 LCRJA dispone que "los frutos se entienden separados desde la perfección de aquél (refiriéndose al contrato) y la cosecha puesta a disposición de quien compra en ese mismo momento". Sobre la cuestión puede verse Arnau Moya, F.: "Comentario a los arts. 1 a 12", cit., pp. 164 a 167.

15 Recuérdese que el art. 16.3 LCRJA, al referirse a los vales de recolección, indica: "Los vales de recolección serán emitidos por quien ostente la jefatura de cuadrilla o actúe por delegación de la parte compradora, e indicarán también la cantidad o el peso del fruto ya recogido y la aceptación o no por la parte vendedora (…)". Sobre el contenido y la función del vale de recolección puede verse Verdera Server, R.: "Comentario a los arts. 13 a 20", cit., pp. 327 a 330.

obligación de recolectar, y, por lo tanto, a pesar de la pérdida fortuita de la fruta o producto continúa obligado a pagar el precio total, para determinar éste también habrá que fijar la cantidad o peso de la fruta o producto vendido con posterioridad a su pérdida fortuita (a través de la cantidad calculada o pactada que conste en el contrato, a través de algún dictamen pericial, etc.). Al igual que ocurrirá cuando, siendo la obligación de recolectar del comprador, éste no recoja la fruta y la misma se quede en el árbol.

Y es que, cuando se vende la totalidad o parte de la fruta que finalmente haya al tiempo de su recolección en uno o varios campos, y la fruta ya se ha recogido, la función del pesaje no es tanto individualizar la fruta (que ya ha sido separada y según los sistemas de trazabilidad es perfectamente identificable), sino la de individualizar o fijar el precio[16].

IV. APLICACIONES CONCRETAS DE LA REGLA DE RIESGOS EN LA VENTA AL PESO.

En cualquier caso, todas las consideraciones anteriores lo son de *lege ferenda*, pues la norma es clara y, por lo tanto, habrá que estar a la misma para resolver los problemas que puedan surgir derivados de la pérdida fortuita de la fruta o productos vendidos[17].

En consecuencia, todos los riesgos de pérdida fortuita de la fruta o productos vendidos serán del vendedor hasta que se pesen, cuenten o midan.

Así resultará que cuando, como es lo ordinario, sea el comprador el que recolecte la fruta o los productos, hasta que los mismos no se pesen, cuenten o midan el riesgo de pérdida fortuita continuará siendo del vendedor, aunque ya se haya producido la recolección y la fruta o productos estén perfectamente individualizados, separados en cajones y puestos a disposición del porteador o transportista.

Además, según lo dispuesto en el art. 19.1 LCRJA, cuando el que asume las funciones de recolección es el comprador, la cosecha se entiende entregada

16 En este sentido, López Y López, Á. M.: "Comentario a los arts. 1445 a 1459 CC", cit., p. 898, dice: "en la venta de cosas en bloque con un precio por unidad de medida, la individualización es del precio, no de las cosas: en consecuencia, parece que lo que produce la transmisión de los riesgos no es el pesaje, cuenta o medición de cosas, en sí perfectamente individualizadas desde el inicio, sino la notificación del precio a pagar". En el mismo sentido pueden verse Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 292.

17 Como señala Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, cit., pp. 974 y 975, el cometido del legislador es fijar con claridad la regla que determine a partir de qué momento el riesgo ha pasado al acreedor, y en este caso, el legislador valenciano lo hace con precisión, aunque pueda discutirse si es más o menos justo el momento elegido para transferir el riesgo al comprador. En cualquier caso, como indica el autor, no existe jurisprudencia relevante sobre la aplicación de las reglas de los riesgos en los contratos, de lo que puede deducirse que no son muy numerosos los problemas prácticos que se producen sobre esta cuestión.

en el propio campo y en el momento de cortar o separar el fruto, y ello con independencia de que el pesaje o cómputo pueda hacerse en otro sitio o más tarde.

Por lo tanto, desde el momento del corte o separación del fruto se entienden entregadas las frutas o productos y, por ello, se supone que el propietario de las mismas pasa a ser el comprador (arts. 609 y 1462 CC).

Sin embargo, incluso en este caso en el que el comprador ya es propietario de la fruta y, además, ostenta el control posesorio sobre la misma, el riesgo de pérdida fortuita de la fruta o productos, es decir, el riesgo de pérdida de la contraprestación, esto es, del precio que debería pagar el comprador al vendedor por esta fruta ("periculum obligationis", no "periculum rei") lo sufrirá el vendedor, pues la regla del art. 24 LCRJA es clara: hasta que no se pese la fruta, el riesgo de pérdida fortuita lo sufre el vendedor, salvo mora de la parte compradora de su obligación de recolectar.

A pesar del rigor de la regla que atribuye los riesgos al vendedor, que solo se liberará del riesgo de pérdida fortuita al pesar, contar o medir la fruta o productos vendidos, en la práctica serán anecdóticos los supuestos en los que se perderá por caso fortuito la fruta o los productos desde el momento de la recolección (corte o separación del fruto, como indica el art. 19.1 LCRJA) hasta el momento del pesaje o cómputo.

En este sentido, el art. 20.1 LCRJA establece que el pesaje o cómputo del fruto y la selección, en su caso, se realizarán en el lugar y tiempo pactados. A falta de pacto, se estará a la costumbre del lugar o a los usos propios del producto y, en su defecto, se llevarán a término en el propio campo y en el mismo día de ser cortado o separado el fruto.

Y continúa el precepto indicando: "Si se pactare en otro lugar o tiempo, serán de cuenta de la parte compradora los deterioros o pérdidas que se produzcan por la demora o transporte, salvo que la obligación (de recolectar) sea de la parte vendedora conforme al apartado segundo del artículo anterior".

Por lo tanto, normalmente no estarán demasiado separadas en el tiempo las labores de recolección (cortar y separar los productos del árbol o cosecharlos) y las de contar, pesar o medir los productos, momento en el que se trasladarán al comprador los riesgos de pérdida fortuita.

Y, por otra parte, si las labores de recolección están a cargo del comprador, las pérdidas o deterioros que se produzcan por la demora o transporte hasta el lugar o momento del pesaje serán de su cuenta.

De la interpretación conjunta de los arts. 20.1 y 24.1 LCRJA, debe entenderse que las pérdidas o deterioros a los que se refiere el art. 20.1 LCRJA, y de los que responde la parte compradora, son únicamente aquellos que le sean imputables por alguna actuación incorrecta relacionada con la demora o transporte de los productos desde el lugar de la recolección hasta aquel en que deba producirse su pesaje o cómputo.

Por el contrario, el vendedor continuará sufriendo los riesgos de la pérdida que se produjera por caso fortuito entre el momento de la recolección y el pesaje o cómputo de los frutos, según lo dispuesto en el art. 24.1 LCRJA, que es la regla especial para los riesgos y, además, coincide con lo que establece el legislador en el Preámbulo de la Ley, de tal modo que no tendrá derecho a reclamar el precio de los productos o frutos que se perdieran por caso fortuito entre el momento de la recolección y el pesaje de los mismos, aunque el pesaje o cómputo de los frutos se realizara en otro momento o lugar diversos del propio campo y del día en que fueron cortados o separados.

No obstante, téngase presente que no se considerarán casos fortuitos todos aquellos acontecimientos que fueran razonablemente previsibles para el comprador, evitables en sí mismos o en sus consecuencias y que se encuentren o produzcan dentro de la órbita de control del comprador, que desde la recolección ostentará el control posesorio sobre la cosa vendida (arts. 1105 CC y 79.1 CV).

Por lo tanto, a nuestro entender, no integraría a estos efectos un supuesto de caso fortuito la pérdida de la fruta antes de que fuera pesada, contada o medida debido a un accidente de tráfico sufrido por el transporte que, a cargo del comprador, la llevara desde el campo al pesaje, puesto que debe entenderse que ese desgraciado acontecimiento se ha producido dentro de la órbita de control del comprador, encargado de las labores de recolección y transporte hasta el lugar del pesaje.

Por otra parte, en analogía con lo dispuesto en el art. 1183 CC, desde que la fruta o los productos están en poder del comprador una vez producida la entrega (art. 19.1 LCRJA), se presume que todas las pérdidas que se produzcan de los mismos serán debidas a su actuación culposa.

Igualmente se deberá aplicar el art. 24.1 LCRJA para la determinación del régimen de los riesgos cuando sea el vendedor el encargado de recolectar.

Además, en este supuesto en el que las labores de recolección deben realizarse por el vendedor, el art. 19.2 LCRJA dispone que la cosecha se entiende entregada en el lugar donde se realice el pesaje o cómputo, salvo que otra cosa se pacte o resulte de la costumbre del lugar.

Por lo tanto, la propiedad de la fruta o productos vendidos se transmitirán al comprador en el lugar donde se realice el pesaje o cómputo, y, aunque no se refiere el precepto al momento temporal de la entrega, se supone que se realizará una vez concluidas estas operaciones.

También en este caso, los riesgos ("periculum obligationis") serán del vendedor hasta que la fruta o los productos sean contados, pesados o medidos.

Por lo tanto, hasta que la fruta o los productos no se cuenten, pesan o midan, el riesgo de la contraprestación es del vendedor, de tal manera que si se pierden con anterioridad por caso fortuito no podrá reclamar el precio al comprador.

V. LA MORA DEL COMPRADOR EN SU OBLIGACIÓN DE RECOLECTAR.

Como hemos indicado anteriormente, para que pueda aplicarse el régimen de los riesgos de la cosa vendida es preciso que la pérdida hubiera sido fortuita y, además, que ninguno de los contratantes (ni el comprador ni el vendedor) se encuentren en situación de mora.

Por las características propias de esta compraventa, el legislador contempla específicamente la situación de mora del comprador, acreedor de la obligación de entrega de la cosa vendida ("mora accipiendi"), que tenía a su cargo las labores de recolección o cosecha[18].

Evidentemente, si el riesgo de pérdida de la cosa vendida únicamente se transmite al comprador cuando la cosa se pese, mida o cuente (art. 24.1 LCRJA), cuanto más se retrase la recolección y pesaje de los frutos o productos más tiempo tendrá el vendedor a su cargo el riesgo de pérdida fortuita de la cosa.

Por lo tanto, se dispone expresamente que cuando el comprador se encuentre en situación de mora respecto de su obligación de recolectar, el riesgo de pérdida fortuita de las frutas o productos vendidos será de él, de tal manera que, aunque se perdieran íntegramente o se destruyeran debido a un caso fortuito o fuerza mayor, el comprador quedará igualmente obligado al pago del precio de la cosecha, aunque la misma ya no pueda ser recolectada o entregada al comprador.

En estos supuestos de pérdida de la cosecha, para la fijación del precio total de la compraventa habrá que estimar de algún modo el peso o cantidad de fruta o productos perdidos, puesto que el precio en la compraventa al peso se establece

18 Los arts. 1096 y 1182 CC, por el contrario, se refieren a la situación más común en el tráfico jurídico de mora del deudor, esto es, del obligado a la entrega de una cosa determinada.

mediante la aplicación del precio unitario pactado por unidad de peso o cantidad a los productos obtenidos.

Así, podrá tenerse en cuenta la cantidad calculada o pactada que conste en el contrato según el art. 8.1 LCRJA, o se tendrá que determinar la cantidad perdida a través de algún dictamen pericial, o se estará al aforo o cantidad de fruto estimada en el contrato según el art. 18.2 LCRJA[19].

Por otra parte, téngase presente que la pérdida fortuita de los frutos o productos no significa necesariamente su completa desaparición física, por lo que, incluso después de acaecido el hecho fortuito que produce la pérdida de la cosa vendida, en algunas ocasiones será posible todavía su pesaje o cómputo.

La regla de traspaso de los riesgos al comprador que se encuentre en mora respecto de su obligación de recolectar (art. 24.1 LCRJA) es lógica y no tendría justificación que el comprador que se retrasa en el cumplimiento de su obligación de recogida de los productos quede liberado de su obligación de pago del precio cuando la pérdida fortuita se produce, precisamente, encontrándose en situación de mora respecto de su obligación de recolectar ("mora accipiendi").

Por lo tanto, aunque no reciba la fruta o producto porque se ha perdido fortuitamente, continuará obligado a pagar el precio que le hubiera correspondido abonar en caso de no producirse esa pérdida fortuita.

Evidentemente, si la pérdida de la cosecha no se produce por caso fortuito sino por causa imputable al vendedor, no estaremos ante un problema de riesgos, sino de incumplimiento del contrato, por lo que el comprador nada tendrá que pagar si no recibe los productos y, además, podrá reclamar los daños y perjuicios que procedan.

VI. EL TIEMPO ADECUADO PARA LA RECOLECCIÓN DE LA FRUTA O LOS PRODUCTOS AGRÍCOLAS.

En cuanto a la determinación del momento exacto en el que se iniciará la situación de mora respecto de la obligación de recolección asumida por el

19 Recuérdese que el art. 18 LCRJA dispone: "1. La expresión del aforo o cantidad de fruto estimada en los vales de compra tiene valor meramente indicativo y no limitará la obligación de quien compra de recoger y pagar el exceso producido, ni determinará incumplimiento de la parte vendedora por no haberse producido los estimados.
2. No obstante lo anterior, el aforo estimado en el contrato se presume iuris tantum como real en caso de incumplimiento total o parcial del contrato, para fijar las indemnizaciones.
3. Si el contrato lo fuere sobre una concreta y determinada cantidad de fruto, se estimará sujeto al Código Civil, sin que le sea de aplicación lo previsto en esta ley". Sobre el régimen y efectos jurídicos de la fijación del aforo en la venta al peso, véase Verdera Server, R.: "Comentario a los arts. 13 a 20", cit., pp. 342 a 351.

comprador, el art. 24.1 LCRJA se refiere a la "fecha indicada para la recolección, en los términos que resultan del artículo 23.2 de esta ley".

Por su parte, el art. 23.2 LCRJA dispone: "2. Tiempo de la recolección o cosecha. La parte compradora deberá cosechar en las fechas pactadas o antes del límite convenido. A falta de determinación expresa, deberá recoger el fruto dentro de las habituales según el tipo y variedad de producto, punto de coloración y maduración pactados, y la zona concreta de ubicación del campo; o dentro de los siete días siguientes a recibir comunicación escrita de la parte vendedora, si el fruto estuviere apto para ello según lo convenido".

El art. 23 LCRJA regula algunos de los mayores problemas que en el campo valenciano ha producido la recolección de las cosechas en los contratos de compraventa al peso[20]. Y, en concreto, el apartado segundo del art. 23 LCRJA regula el tiempo en el que debe producirse la recolección o cosecha de los frutos, que es una de las cuestiones que más conflictividad judicial ha generado[21].

Como se ha indicado anteriormente, en la modalidad de la venta al peso el comprador deberá pagar la cantidad total o el peso de los productos o frutos que se recolecten, habiéndose fijado en el momento de la perfección del contrato el precio por unidad de peso o cantidad.

Pues bien, es posible que desde la perfección del contrato de compraventa hasta el momento de la recogida de los frutos puedan transcurrir varios meses, en los cuales el precio de mercado de los productos vendidos puede haber caído.

En estas circunstancias, al comprador le interesará retrasar al máximo la recogida de los productos, con la esperanza de que se recupere el mercado o, incluso, si puede, negarse temporal o definitivamente a recogerlos y comprar la fruta que necesite a un precio inferior, aunque, evidentemente, estaría incumplimiento el

20 Las pretensiones que en el ámbito de la venta al peso se suelen plantear ante los Tribunales versan sobre la falta de recolección de todo o parte de la cosecha, sobre los retrasos en la fecha de recolección y el perjuicio que ello ocasiona a la fruta o productos que debían haberse cosechado, y sobre los criterios de selección de los frutos.

21 Sobre la cuestión puede verse Arnau Moya, F.: "La compraventa al peso en la Ley 3/2013, de la Generalitat Valenciana, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias", *Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano,* núm. 16, 2014, [http://derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/16-segundo-semestre-2014/item/210-la-compraventa-al-peso-en-la-ley-3-2013-de-la-generalitat-valenciana-de-los-contratos-y-otras-relaciones-jur%C3%ADdicas-agrarias: consultado el 8 de septiembre de 2021], pp. 10 a 12. En igual sentido, Barceló Doménech, J.: "El Derecho civil valenciano desde la perspectiva patrimonial y agraria", en AA.VV.: *El Derecho civil foral valenciano: por qué y para qué,* (coord. por B. Longás Pastor, y V. Domínguez Calatayud), Generalitat Valenciana-Registradores de la Comunitat Valenciana-Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 71, entiende que, en la venta al peso, que es la modalidad de compraventa más utilizada en la práctica, la gran parte de los conflictos judiciales se plantean en relación con la recolección de los frutos o productos.

contrato de compraventa en caso de que no estuviera justificada la negativa a la recolección de los productos o la suspensión de la misma[22].

Por otra parte, es evidente que la fruta y los productos agrícolas deben ser recolectados en un determinado período de tiempo, y no hacerlo cuando corresponde puede redundar en merma de la cantidad o calidad de la fruta o productos que finalmente se lleguen a cosechar.

Además, cuanto más tiempo permanezcan en los árboles o sin recolectar los productos, mayor será el riesgo para el vendedor de que alguna inclemencia climatológica o de otro tipo pueda arruinar o dañar la cosecha (art. 24.1 LCRJA).

Por estas razones, el art. 8.1 LCRJA, al que se remite el art. 16.1 LCRJA, exige que quede reflejada en el contrato "la fecha límite de recolección o cosecha del producto" y "si la recolección va a realizarse por el comprador"[23]; el art. 23.4 LCRJA obliga al comprador a proceder a la recolección "en una o varias veces, en los plazos pactados o dentro del límite de recolección"; y el art. 23.1 LCRJA establece que la obligación del vendedor de cultivar se mantiene únicamente hasta la fecha límite de recolección o recogida del producto.

Por lo tanto, una vez transcurrida la fecha límite de recolección o cosecha de los productos, si era el comprador el que tenía la obligación de recolectar y no hubiera procedido a la recogida de los productos por causa a él imputable, habrá incumplido sus obligaciones contractuales, encontrándose en situación de mora, asumiendo a partir de ese momento, entre otras cuestiones, los riesgos derivados de la pérdida fortuita de la cosecha.

22 Ésta es la circunstancia que se intuye que ocurrió en el caso resuelto por la SAP Castellón 5 julio 2018 [ROJ: SAP CS 498/2018]. Al tratar de explicar el motivo por el cual el comprador incumplió el contrato, el Tribunal indica que "es plenamente plausible que ello pudiere deberse a una pérdida de interés en la fruta por parte del comprador […] por poder contar a un precio notablemente inferior con otras partidas de la misma variedad para su recogida inmediata o próxima en méritos a la acumulación de ofertas de venta por el riesgo de presencia del 'pixat' por el grado de humedad provocado por las intensas lluvias referidas, tal como vino a ponerse de relieve desde distintos ámbitos, y case con ello que no se procediera a la recolección de manera progresiva en diferentes fases u oleadas intermitentes (los 'pasones' de que se ha hablado durante el juicio)".
Parecida situación se produjo en el caso resuelto por la SAP Castellón 2 octubre 2009 [ROJ: SAP CS 761/2009], en la que, como indica la sentencia, "debido a la sobreproducción existente en el mercado no interesó a la compradora recoger dos de los huertos, y no así el tercero cuya recolección comenzó de forma inmediata el mismo día de la firma del contrato, y que cuando fueron a recoger la fruta restante la misma ya no se encontraba en buenas condiciones para su comercialización".
Por su parte, la SAP Valencia (S. 7ª) 7 diciembre 2018 (Tol 7082175) afirma: "en autos no se ha practicado prueba alguna que acredite la existencia de factores climatológicos que hubiesen impedido la recolección con anterioridad, como lluvias constantes, o que hubiesen deteriorado el fruto, como heladas, plagas, fuertes vientos, etc., por lo tanto, estimamos que el retraso en la recolección fue debido, exclusivamente, a razones comerciales de la demandada".
Véase también la SAP Valencia 31 marzo 2017 [ROJ: SAP V 3915/2017].

23 Por su parte, el art. 9.1.e) de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de Medidas para Mejorar el Funcionamiento de la Cadena Alimentaria, dispone: "1. Los contratos alimentarios regulados en este Capítulo, contendrán como mínimo los siguientes extremos: e) Condiciones de entrega y puesta a disposición de los productos".

Además, el comprador que retrase indebidamente las labores de recolección deberá ser responsable de los daños o menoscabos que sufra la fruta o los productos debido, precisamente, a la tardanza en su recolección (art. 24.1 LCRJA)[24].

Por el contrario, si las labores de recolección las hubiera asumido el vendedor, normalmente este problema no se producirá, porque al vendedor sí que le interesará recoger la fruta o productos vendidos en el momento adecuado, ya que el cobro del precio total de la compraventa dependerá de la entrega de los mismos al comprador y de su pesaje o cómputo[25].

El art. 23.2 LCRJA se refiere al caso habitual en el campo valenciano, al menos respecto de los cítricos, de que sea el comprador quien asuma y pague las labores

24 Como decíamos, son diversas las resoluciones judiciales que se han ocupado de pretensiones planteadas por los agricultores vendedores debido a la falta de recogida de los productos en las fechas convenidas, o en el tiempo que corresponda teniendo en cuenta lo que es habitual dentro del tipo o variedad de las frutas o productos de que se trate, el grado de maduración que hubieran alcanzado, la zona concreta de ubicación del campo, etc.
En este sentido, la SAP Castellón 22 mayo 2019 [ROJ: SAP CS 590/2019], dispone: "El hecho fundamental de que las naranjas hubieran dejado de ser aptas por no haberlas recogido la compradora cuando era adecuada su maduración, dadas sus características, es achacable a la compradora. Y no puede prosperar el alegato de que debió avisarle la demandante vendedora del estado de la fruta; en primer lugar, porque es de suponer que la demandada era conocedora de las características de la fruta y del lugar, como profesional que aborda una operación de importancia, dada la cantidad de naranjas y el precio objeto del contrato y, por otra parte, porque una vez que, aun con cierto retraso, comenzó la recolección los últimos días de octubre de 2016 (24 y 26, lunes y miércoles), desde luego no parecía previsible que no continuara con la misma en días sucesivos".
Con igual claridad se pronuncia la SAP Valencia 16 mayo 2008 [ROJ: SAP V 1893/2008], que resuelve un problema idéntico. La sentencia dice: "La cuestión controvertida que debe resolverse en esta instancia es si la demandada, en su condición de compradora, se constituyó en mora en la recogida pues iniciada la recolección en fecha 17 de enero debió terminarla al estar maduro el fruto o si, por el contrario, podía extenderse la recolección a lo largo del mes de enero por lo que el deterioro de los frutos por las heladas debe soportarlos el vendedor. Evidentemente, la estimación de uno u otro determina que la pérdida deba soportarse por el comprador o por el vendedor". También puede verse la SAP Valencia 7 diciembre 2018 [ROJ: SAP V 5814/2018], que señala: "consta acreditado que la parte demandada no acudió al huerto para iniciar la recolección sino el día 15 de febrero en una finca y el 16 de febrero en otra, el último día pactado y el siguiente fuera del plazo expresamente pactado para la recolección, cuando ya había incumplido el contrato, lo que excluye que pueda imputarse a la parte actora los perjuicios derivados de la caída de la naranja, así como la sobremaduración. En todo caso, correspondería a la demandada acreditar que la naranja no estaba en buen estado o que cayó al suelo dentro del plazo pactado para su recolección, lo que no ha realizado".
Parecida cuestión se suscita en la SAP Alicante 10 julio 2019 [ROJ: SAP A 2361/2019], que se refiere a una compraventa de caquis y resuelve un supuesto en el que la compradora finalizó las labores de recolección el día 20 de enero de 2017, cuando se había fijado como fecha límite de recolección el día 15 de diciembre de 2016, produciendo este retraso en la recolección la pérdida de la fruta
Por su parte, la SAP Valencia 7 diciembre 2018 [ROJ: SAP V 5814/2018] dice: "en la compra de la naranja a peso se fija una fecha inicial y una fecha final para su recolección, puesto que la maduración puede variar atendiendo a la zona y por circunstancias climatológicas, por ello es lógico deducir, que salvo que se acredite lo contrario, si no se recoge la naranja dentro del periodo pactado la misma ya no reunirá las condiciones óptimas para su comercialización y, de la prueba practicada se desprende que eso es lo que ha ocurrido en el presente caso, en el que la demandada no procedió a recogerla dentro de las fechas pactadas, excepción de la finca Vía, sino que acudió el último de los días pactados y con posterioridad al plazo fijado, incurriendo en mora, por ello, las incidencias generadas han de ser atribuidas al incumplimiento de la demandada".
Finalmente, en la SAP Valencia 26 febrero 2018 [ROJ: SAP V 284/2018] se consideran hechos probados que la compradora no recogió la naranja "dentro del periodo óptimo de recolección (…) sino que dejó por recoger una cantidad considerable de fruta, que se perdió, al menos parcialmente a causa del «pixat»".

25 Recuérdese que el art. 19.2 LCRJA dispone*: "Si la obligación de cosechar es de quien vende y a su costa, la cosecha se entiende entregada donde se realice el pesaje o cómputo, salvo que otra cosa se pacte o resulte de la costumbre del lugar".*

de recolección o recogida de los productos[26].Y el precepto dispone que "[L]a parte compradora deberá cosechar en las fechas pactadas o antes del límite convenido".

Por lo tanto, si las labores de recolección han sido asumidas por la parte compradora, ésta quedará obligada a llevarlas a cabo en las fechas pactadas y, en cualquier caso, antes de la fecha límite convenida (arts. 23.2 y 23.4 LCRJA), y de no hacerlo así deberá pechar con las consecuencias negativas que se deriven del retraso en la recolección (pérdida de cantidad o calidad de fruta, afectación por riesgos climatológicos o de otro tipo, etc.).

Normalmente, dado que la maduración de toda la fruta no se produce al mismo tiempo y, por otra parte, en muchas ocasiones a la parte compradora le interesará hacerlo así por motivos comerciales, la recolección o recogida de los frutos o productos no se produce en una sola fase o momento, sino en varios períodos diversos, que pueden desarrollarse incluso durante varias semanas[27].

Así, sucesivamente, se irán produciendo diversas recogidas de productos por las cuadrillas de recolectores, seleccionando en cada una de ellas los frutos que ya se encuentren listos para su recolección, teniendo en cuenta sus condiciones de madurez, calibre, coloración, etc.[28].

26 También el 23.4 LCRJA parte de la hipótesis de que el obligado a recoger los productos sea el comprador, al señalar que "[Q]uien compra debe proceder a la recolección, en una o varias veces, en los plazos pactados o dentro del plazo límite de recolección (…)". Sin embargo, debe tenerse presente que las partes pueden establecer que sea el vendedor el que recoja los frutos y que esta posibilidad está expresamente reconocida en el art. 19.2 LCRJA, que regula la entrega de los productos, y también en el art. 23.3 LCRJA, que se refiere al modo de recolectar o cosechar y no se aplica exclusivamente a la parte compradora, sino a "[L]a parte responsable de la recolección (…)".

27 De hecho, el art. 23.4 LCRJA se refiere a la recolección "en una o varias veces", siempre, claro está, dentro de los plazos pactados o del plazo límite de recolección.
Como indica Arnau Moya, F.: "La fecha de recolección en la Ley valenciana de contratos agrarios: incumplimiento y consecuencias", *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 35, 2020, [https://www.revistajuridicavalenciana.org/wp-content/uploads/0035_0006_02_INCUMPLIMIENTO-FECHA-RECOLECCION-EN-CONTRATOS-AGRARIOS.pdf : consultado el 8 de septiembre de 2021], p. 23, "el legislador valenciano ha tenido en cuenta que los frutos de un mismo árbol no siempre maduran ni adquieren el punto de coloración óptimo al mismo tiempo, tal como sucede con los limones o, entre otras, con la variedad de mandarina "clemenules" y la "orogrande", de ahí que algunos campos de cítricos hayan de recolectarse en varias veces. En ocasiones, el motivo por el que se recolecta en varias veces obedece a que se ha tenido que suspender la recolección de un campo por fuerza mayor como sucede con la paralización de la cosecha por adversidades climatológicas.
En el argot agrícola valenciano, en vez de recolección en «varias veces», se habla «repasar» una o varias veces una finca, de modo que en cada repaso únicamente se recogen aquellos frutos que por su color y maduración estén aptos para ser comercializados. De ahí que, entre las menciones relativas a la fecha de recolección, casi que tiene más importancia la fecha en la que aquella tiene que estar finalizada, el término final, que la de la fecha de inicio".

28 Señala Arnau Moya, F.: "La fecha", cit., p. 32 que "[L]o normal es recolectar en un par de repasos como sucede con la SAP Valencia (11ª) 17 julio 2019 (Tol 7541704). No obstante, en alguna ocasión en una misma finca han llegado a producirse hasta tres repasos. Este es el caso de la SAP Valencia (Secc. 6ª) 5 febrero 2013 (Tol 3941661): «Debemos tener en cuenta que del contrato celebrado entre las partes el año 2009, se observan los albaranes de entrega, apreciándose que la recolección para esa campaña se verificó en tres etapas, 11-12-2009, 12-12-2009 y la fecha de terminación el 30-12-2009». Algo fuera de lo normal son cuatro repasos como sucede con la SAP Valencia (S.7ª) 28 marzo 2013 (Tol 3863754) donde se dice que «Don Elías, testigo, jefe de cuadrilla de la demandada, manifestó que hicieron unos cuatro repasos a la finca»".

Por eso es fundamental, más que determinar en el contrato una fecha concreta de recolección, fijar de manera clara la fecha límite en la que deberá haber sido recogido el producto.

Ahora bien, si, a pesar de la obligación contenida en el art. 8.1 LCRJA, al que se remite el art. 16.1 LCRJA, de consignar en el contrato la fecha límite de recolección o cosecha del producto, no se hubiera establecido la misma[29], el art. 23.2 LCRJA dispone que el fruto se deberá recoger dentro de las fechas que sean habituales según el tipo y variedad de producto, punto de coloración y maduración pactados, y la zona concreta de ubicación del campo, o dentro de los siete días siguientes al que el comprador reciba comunicación escrita de la parte vendedora, siempre que el fruto estuviere apto para su recogida según lo que hubieran convenido las partes.

Como se ve, aun cuando no se hubiera fijado en el contrato la fecha límite para la recolección, el legislador regula dos criterios para que, de algún modo, pueda establecerse la fecha máxima en la que el comprador deberá recoger la cosecha.

Así, y como criterio preferente, según nuestra opinión, se dispone que la recolección deberá tener lugar dentro de los siete días siguientes al que el comprador reciba comunicación escrita de la parte vendedora, siempre, claro está, que el fruto estuviera apto para su recolección de conformidad con lo pactado.

Por lo tanto, si el fruto está apto para su recolección, la comunicación recibida por el comprador en la que el vendedor le indique la necesidad de proceder a la recolección o cosecha del producto, determinará la obligación del primero de recoger el producto en el plazo máximo de siete días desde la recepción de la misma.

Aun cuando el precepto se refiere a "comunicación escrita de la parte vendedora", entendemos que no está imponiendo la forma escrita como requisito de carácter sustancial para practicar esta comunicación y para que la misma pueda producir sus efectos.

29 Recuérdese que el art. 63.1.b) LCRJA considera infracción leve en materia de contratación agraria "[N] o incluir los extremos que como mínimo deben contener los contratos agrarios", por lo que deberá considerarse infracción leve no consignar en el contrato "la fecha límite de recolección o cosecha del producto", y "si la recolección va a realizarse por el comprador". Sobre las infracciones y sanciones reguladas en la LCRJA, véase Ochoa Monzó, J.: "Comentario a los arts. 60 a 66", en AA.VV.: *Contratos Agrarios Valencianos. Comentarios a la Ley Valenciana de Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias* (dir. por J. Estruch Estruch, J. y R. Verdera Server), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 747 a 789.

Por lo tanto, también valdrá cualquier otra forma de comunicación, aunque el vendedor deberá poder acreditar que la misma se efectuó efectivamente y llegó a poder del comprador[30].

Por otra parte, los siete días dentro de los cuales debe proceder la parte compradora a recolectar o cosechar los productos se cuentan a partir del siguiente al que recibió la comunicación emitida por el vendedor (art. 23.2 LCRJA y art. 5.1 CC), y, tratándose de un plazo civil, de su cómputo no deben excluirse los días inhábiles (art. 5.2 CC).

En consecuencia, dada la gran importancia que tiene la fijación del día inicial de ese término de siete días ("dies a quo"), interesará al vendedor realizar la comunicación al comprador de tal modo que quede constancia de la fecha en que fue recibida (burofax, requerimiento notarial, etc.).

A diferencia de lo dispuesto en los arts. 1262 CC y 54 CCo, que acogen simultáneamente la teoría del conocimiento junto con la teoría de la recepción matizada para entender producida la aceptación de un contrato celebrado a distancia, el art. 23.2 LCRJA, para tener por realizada válidamente la comunicación y, en consecuencia, para que ésta produzca todos sus efectos, no exige que el comprador la llegue efectivamente a conocer o que no la pueda ignorar sin faltar a la buena fe por haber llegado la comunicación a su círculo de control, sino que, siguiendo únicamente la teoría de la recepción, entiende suficiente con que el vendedor pueda acreditar que el comprador ha recibido la comunicación.

En el supuesto de que no se hubiera fijado en el contrato la fecha límite de recolección o cosecha del producto, y el vendedor tampoco hubiera remitido al comprador comunicación indicándole que el fruto ya se encuentra apto para la recolección según lo convenido y que, por lo tanto, debe proceder a su recogida dentro de los siete días siguientes, entendemos que, en cualquier caso, y sin necesidad de que el vendedor comunique, recuerde o advierta de esta obligación al comprador, el fruto deberá ser recogido por el comprador dentro del período que sea habitual según el tipo y variedad de producto, punto de coloración y maduración pactados, y la zona concreta de ubicación del campo[31].

30 Arnau Moya, F.: *La compraventa de cítricos en la Comunitat Valenciana. Al amparo de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 271, parece exigir necesariamente la comunicación escrita y, además, que sea fehaciente.

31 Como indica Arnau Moya, F.: "La fecha", cit., p. 26, "[R]especto a la fecha habitual de recolección es de gran ayuda el calendario de recogida de cosechas de naranja establecido por el Instituto Valenciano de Investigaciones Agrarias (en adelante IVIA) para determinar la fecha de recolección de una concreta variedad de naranja. Son frecuentes las sentencias en las que una de las partes se ha apoyado en los datos que proporciona el IVIA. No obstante, el informe del IVIA por sí solo no es vinculante como se ha establecido en alguna sentencia, puesto que también hay que tener en cuenta el resto de factores del art. 23.2 como son las condiciones de maduración pactadas y especialmente la ubicación de la finca, puesto que dependiendo de ésta la cosecha puede madurar antes o después de la fecha señalada en el calendario de recogida".

Si el comprador, estando obligado a ello y por causa que le fuera imputable, no recogiera la fruta dentro del plazo límite de recolección pactado, o dentro de los siete días siguientes a aquel en que recibiera la comunicación del vendedor o, en cualquier otro supuesto, dentro del período temporal que sea habitual según el tipo y variedad de producto, punto de coloración y maduración pactados, y la zona concreta de ubicación del campo, estará en una situación de mora ("mora accipiendi"), por lo que pasarán al comprador los riesgos de pérdida fortuita de la cosecha que hasta ese momento recaían en la posición del vendedor y, además, será responsable de todos los daños que su incumplimiento (retraso en las labores de recolección) le pueda ocasionar a la cosecha[32].

En este sentido, como hemos visto, el art. 24.1 LCRJA dispone que "[L]a parte compradora incurre en mora y asume los riesgos de la cosa vendida a partir de la fecha indicada para la recolección, en los términos que resultan del artículo 23.2 de esta ley".

La norma debe aplicarse únicamente a aquellos supuestos en los que la obligación de recolectar fuera del comprador y, por causa que le fuera imputable, no hubiera recolectado dentro del plazo máximo fijado en el contrato para la recolección, o dentro de los siete días desde que recibió la comunicación de la parte vendedora o, finalmente, dentro del período habitual según el tipo o variedad del producto (art, 23.2 LCRJA).

Evidentemente, si la obligación de recolectar fuera del vendedor (cfr. art. 19.2 LCRJA), el comprador no se encontrará en mora, aunque el vendedor retrase el momento de la recolección.

Igualmente, aun estando el comprador obligado a recolectar, si no lo hiciera dentro del plazo límite de recolección debido a causas de fuerza mayor tampoco sufrirá las consecuencias negativas que supone la situación de mora.

Igualmente señala el autor que, en alguna sentencia, se han tomado en consideración las fechas generales que para la recolección de los cítricos constan en el calendario del IVIA. En este sentido, puede verse la SAP Valencia (Secc. 6º) 12 febrero 2018 (Tol 6562101), que afirma: "Según el Instituto Valenciano de Investigaciones Agrarias, para esa variedad [clemenules] es del 1 de octubre al 15 de enero. Aportó la demandante los albaranes de transporte y peso de lo recolectado que llevan fechas entre el 4 y el 26 de diciembre de 2.014. El día 14 de enero de 2.015, la demandante dirigió un burofax a la demandada exigiéndole el cumplimiento del contrato antes del 15 de enero como fecha límite por ser esta la de recogida en estado óptimo".

32 En este sentido, la SAP Valencia (Secc. 6ª) 5 febrero 2013 (Tol 3941661) dispone: "tras una valoración conjunta de la prueba practicada, que el periodo óptimo de recolección es hasta 31 de diciembre, para la variedad, campaña en cuestión y región en donde se ubican las fincas de la actora. Teniendo en cuenta que en la fecha fijada para la recolección no había sido recolectada la fruta, plazo que se considera más que prudencial para llevarla a afecto, y que la demandada tampoco ha acreditado, según lo expuesto, que a dicha fecha la fruta fuera inservible para su comercialización, (ya que es quien alega dicha causa de extinción de su obligación de pago), podemos concluir que el demandado se constituyó en mora. Debe tenerse en cuenta que a la fecha referida toda la fruta podía haber estado recolectada, fecha en la que la fruta hubiera estado en perfecto estado para su comercialización, por lo que ese retraso en la recogida del fruto atribuido a la entidad compradora conlleva que el riesgo no deba ser asumido por el vendedor propietario sino por la compradora, la cual debe satisfacer el importe de la fruta pendiente de recoger".

VII. RIESGOS PROPIOS DE LA PRODUCCIÓN AGRÍCOLA Y RIESGOS DEL MERCADO.

Habiendo establecido el art. 24.1 LCRJA con precisión el momento en que los riesgos (de pérdida de la cosa vendida debido a un caso fortuito) se trasladan del vendedor al comprador, no acaba de entenderse bien la enumeración de algunos riesgos específicos que realiza el art. 24.2 LCRJA que, además, mezcla como si fueran iguales riesgos propios del art. 1452 CC, esto es, casos fortuitos que afectan directamente a las cosas objeto de la compraventa (los frutos o productos vendidos) y que pueden producir la pérdida o deterioro de las mismas ("adversidades climáticas y plagas"), con riesgos meramente económicos o de valor de mercado de los productos adquiridos ("fluctuaciones del precio") o derivados del incremento de los costes necesarios para la comercialización ("los que afectan a los trabajos de recogida, transporte y comercialización").

Parece que lo que pretende el art. 24.2 LCRJA es reconocer que los riesgos propios de la producción agrícola son del vendedor, pero dejando claro y remarcando que los riesgos económicos que se pueden producir durante la vigencia del contrato son siempre del comprador, pues, precisamente, su negocio consiste en la reventa de los productos adquiridos al agricultor, con o sin manipulación.

Como se ha hecho notar acertadamente, "probablemente lo que se quiera es decir que, a pesar de que la parte vendedora asume los riesgos hasta que la cosa vendida sea contada, pesada o medida, nunca merecerán esa calificación las fluctuaciones del precio o los riesgos relacionados con la recolección, transporte o comercialización"[33].

Lo que, por otra parte, no era necesario recordar, pues es evidente que el riesgo de disminución del valor de la cosa vendida, una vez perfeccionado el contrato y fijado el precio, no es un riesgo de los contemplados en los arts. 1096, 1182 y 1452 CC, y, en cualquier caso, debe recaer siempre en el comprador[34].

En cualquier caso, habiendo asignado el legislador a cada contratante determinados riesgos, parece razonable que cada parte contractual concierte los contratos de seguro que le puedan poner a cubierto de los mismos.

33 Verdera Server, R.: "La ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias". Material del Curso Derecho Civil Valenciano organizado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2019.

34 Como indica Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, cit., p. 967, nota 11, "[L]a disminución en el precio de la cosa vendida no es un riesgo que haya que atribuir conforme al art. 1452 CC, y lo sufre la parte contractual en la que la contingencia se da, para bien o para mal (STS 9 junio 1949 [RJ 1949, 730]). Lo mismo ocurre con el aumento sobrevenido del valor de la mercancía (STS 29 abril 1947 [RJ 1947, 607])".

Así, el precepto dispone que "[L]os riesgos que soporta la parte vendedora son los propios de la cosa, por caso fortuito o fuerza mayor, adversidades climáticas y plagas, pero no los que corresponden con las fluctuaciones del precio, o los que afectan a los trabajos de recogida, transporte y comercialización".

Por lo tanto, del precepto se desprende que, en esta modalidad de venta, el vendedor soportará los riesgos propios de la actividad agrícola, tales como adversidades climáticas y plagas, que podrán producir la disminución de la cantidad o calidad de la cosecha esperada, incluso, su total desaparición.

En estos casos, por la propia consideración de la compraventa al peso como compraventa de cosa esperada ("emptio rei speratae") y no como compraventa de esperanza ("emptio spei")[35], el vendedor sufrirá los riesgos propios del cultivo y producción, de tal manera que únicamente percibirá el precio por la cosecha que realmente se recolectó en las condiciones que se hubieran pactado en el contrato (condiciones de calibre, calidad comercial, etc.).

Así, si la cosecha es peor que la esperada, obtendrá menor precio del que inicialmente tenía previsto, pues producirá menos peso o cantidad de producto o de peor calidad.

De igual modo, si la cosecha no llegara a producirse, el vendedor nada percibirá porque nada podrá entregar al comprador.

Sin embargo, los riesgos económicos que son propios de la recolección o comercialización de los frutos o productos no deben imputarse al vendedor sino al comprador.

Por lo tanto, si de conformidad con la LCRJA estos riesgos económicos se imputan legalmente al comprador, aun cuando se alteren extraordinariamente las circunstancias entre el momento de la perfección del contrato y el de la consumación del mismo, generándose con ello un desequilibrio o desproporción entre las prestaciones establecidas por las partes, el comprador no podrá pretender

35 Como señala la SAP Cádiz 29 junio 2017 [ROJ: SAP CA 2071/2017], en la "emptio rei speratae", "el comprador se obliga a pagar el precio solo si efectivamente llega a tener realidad física la cosa. En tal caso, la compraventa reviste los caracteres de conmutativa y condicional, en cuanto las partes subordinan la eficacia del contrato a la existencia de la cosa (compraventa de cosa esperada o 'emptio rei speratae'). En este caso, si la cosa no llega a tener existencia, no hay obligación por parte del vendedor de entregar cosa alguna, ni, en consecuencia, el comprador ha de pagar el precio. Por ejemplo, se contrata la venta de la cosecha que una finca producirá en el año próximo, de tal manera que el comprador sólo pagará la cosecha producida y el precio convenido. Presupone ineludiblemente en el vendedor la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que esta haya alcanzado su existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia real y física tenga lugar (STS 30-10-1989). […] La 'emptio rei speratae' es conmutativa, porque la relación de equivalencia entre las prestaciones a cargo de las dos partes quedó de antemano fijada por ellas y el comprador pagará, lo que entendió valía la cosa, sólo si ésta le es entregada y el vendedor se desprenderá de ella por el valor que para él tiene dadas las circunstancias".

la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus", pues el riesgo de alteración económica se encuentra expresamente atribuido por la Ley al comprador y, por lo tanto, sólo él lo debe soportar. Y el art. 24.2 LCRJA expresamente indica que al vendedor no le corresponden las fluctuaciones de precios, o los riesgos que pueden afectar a los trabajos de recogida, transporte y comercialización, por lo que es evidente que legalmente se le imputan al comprador.

Como se observa, el precepto parte de la hipótesis normal en la que el comprador es quien se encarga de la recolección y transporte de los frutos y productos.

Y, coherente con esta consideración, entiende que los riesgos económicos que se puedan producir en estas actividades (incremento del precio de los carburantes, dificultades de encontrar mano de obra, aumento de los jornales, etc.), son riesgos propios del comprador.

Ahora bien, en el extraño supuesto de que fuera el vendedor quien hubiera asumido en el contrato la obligación de recoger y transportar las frutas o productos, los riesgos económicos derivados de estas actividades, lógicamente, serán de su cuenta (cfr. arts. 19.2 y 23.3 LCRJA).

Igualmente lógica es la atribución al comprador de los riesgos económicos derivados de la comercialización de los productos.

El legislador insiste en diversos lugares, especialmente en la disp. ad. 2ª, en que no debe ser el vendedor el que sufra los riesgos económicos que se deriven de la comercialización de los productos (saturación de mercados, prohibición de venta a determinados países, caída de precios, etc.)[36].

Por lo tanto, al vendedor no le debe afectar el precio al que su comprador podrá colocar la fruta en el mercado, siendo únicamente de este último las ganancias que pueda obtener o, en su caso, las pérdidas que puedan producirse, pues precisamente ese es su negocio. En cualquiera de los dos casos, el vendedor deberá percibir por la cosecha el precio fijado por unidad de peso o cantidad, sin que, como indica el art. 21.3 LCRJA, pueda liquidarse el contrato a precio más bajo del pactado, ni siquiera alegando mala calidad de la fruta o producto.

36 Sobre la cuestión, véase Arnau Moya, F.: "Comentario a la disposición adicional segunda", en AA.VV.: *Contratos Agrarios Valencianos. Comentarios a la Ley Valenciana de Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias* (dir. por J. Estruch Estruch, J. y R. Verdera Server), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 796 a 809.

VIII. IMPERATIVIDAD DEL RÉGIMEN DE LOS RIESGOS CUANDO EL VENDEDOR SEA UNA PERSONA FÍSICA.

Como una muestra del carácter tuitivo respecto de los intereses del agricultor persona física[37], el art. 24.3 LCRJA establece que, si el vendedor es una persona física, será nulo el pacto que modifique en su perjuicio el régimen de los riesgos.

También en otros preceptos, el legislador tiene en cuenta la condición de persona física del vendedor para establecer en su favor un régimen jurídico especialmente protector (cfr. arts. 22.2 LCRJA y la disp. adic. 2ª LCRJA), al considerarlo la parte sociológicamente más débil (apartado II Preámbulo Ley 3/2013).

De hecho, en toda la Ley se encuentra latente la preocupación del legislador (por otra parte, manifestada de modo expreso tanto en el Preámbulo de la Ley 3/2013, como en el de la Ley 2/2019, de 6 de febrero, de reforma de la anterior), de que al agricultor se le imputen los riesgos económicos propios de la comercialización de las frutas y productos que vende, bien mediante la fijación del precio de venta a resultas del precio obtenido por el comprador en la comercialización de los productos vendidos (práctica prohibida expresamente en la disp. adic. 2ª LCRJA[38]), bien mediante la atribución al agricultor, de algún modo, de estos riesgos económicos que debe asumir siempre el comprador comerciante[39].

Es en el ámbito de esta preocupación legislativa en el que debe enmarcarse el precepto que comentamos, que, realmente, cobra todo su sentido respecto de los riesgos económicos o de comercialización, puesto que los riesgos de pérdida de la cosa vendida por caso fortuito se atribuyen legalmente al vendedor hasta el mismo momento en que la fruta o productos sean pesados, contados o medidos, y ello aun cuando la fruta ya haya sido recolectada y la tuviera en su posesión el comprador, e incluso, como hemos visto, aunque el comprador ya

37 Téngase presente que, entre las finalidades de la Ley 3/2013, el apartado II de su Preámbulo se refiere a "la necesidad de proteger a la parte contractualmente más débil (el agricultor o la agricultora persona física) frente a determinados abusos reiteradamente denunciados por las asociaciones agrarias", refiriéndose más adelante a "la necesaria protección de la parte sociológicamente más débil", que es el productor o productora.

38 La disp. adic. 2ª LCRJA señala: "Nulidad de los pactos con cláusulas de indeterminación del precio.
Se reputarán nulos, por contrarios a esta ley, los pactos por los que el agricultor o la agricultora persona física ceda las facultades de disposición sobre la cosecha a cambio de una retribución inicialmente indeterminada, ya se exprese con la cláusula «a comercializar» o cualquier otra; y en general, todas las formas y cláusulas contractuales que hagan soportar al agricultor o a la agricultora, persona física, los riesgos de la comercialización de la cosecha en la que no interviene.
Se tendrá por precio cierto del contrato el que se recoja en el Observatorio de Precios de los Productos Agroalimentarios de la Comunitat Valenciana para la variedad objeto de contrato en la semana en que se produce la recolección o la media de éstas si fueran varias".

39 El Preámbulo de la Ley 2/2019, de reforma de la Ley 3/2013, dice: "Como la parte productora es la más débil del trato de compraventa, la parte compradora presiona con los precios, que pueden llegar a estar por debajo del coste de producción. En muchos casos los costes de distribución y comercialización del producto pasan a la parte agraria, es decir, a la persona que produce el producto. Todo ello se conoce como «venta a resultas», práctica prohibida actualmente por la legislación autonómica y estatal".

sea su propietario (cfr. art. 19.1 LCRJA), por lo que difícilmente se podrá pactar un régimen de riesgos de pérdida fortuita de la cosa vendida más riguroso para el vendedor.

Sin embargo, como hemos indicado anteriormente, el art. 24.2 LCRJA mezcla riesgos propios del art. 1452 CC con otros que no lo son, por lo que seguramente serán estos últimos los que habrá tenido en cuenta el legislador cuando considera nulo el pacto que, en perjuicio del vendedor persona física, modifique la atribución establecida legalmente.

En consecuencia, tratándose el vendedor de persona física, la regulación del régimen de riesgos y la concreta atribución de los contemplados en el art. 24.2 LCRJA tienen carácter imperativo o de "ius cogens" en beneficio del agricultor, de tal manera que será nulo cualquier pacto que, en perjuicio del vendedor, altere este régimen legal.

Por ello, todo acuerdo que, de algún modo, haga recaer en el vendedor persona física las fluctuaciones de precio de los productos en los mercados, o los mayores costes o dificultades de los trabajos de recogida, transporte o comercialización, deberá considerarse nulo de pleno derecho.

Por el contrario, cuando el vendedor no sea una persona física, el legislador entiende que no necesita igual protección, pues su situación socio económica no es tan comprometida como la que corresponde al "agricultor y a la agricultora personas físicas que venden los productos de la tierra y de su trabajo" (apartado II Preámbulo Ley 3/2013).

En consecuencia, los pactos en virtud de los cuales se atribuyan al vendedor los riesgos de fluctuaciones de los precios en el mercado, o los que afecten a los trabajos de recogida, transporte y comercialización, o cualquier otro tipo de riesgos de contenido económico, únicamente serán válidos cuando la parte vendedora sea una persona jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Pérez, M.: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972.

Arnau Moya, F.: "La compraventa al peso en la Ley 3/2013, de la Generalitat Valenciana, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias", *Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano,* núm. 16, 2014, pp. 1 a 19 [http://derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/16-segundo-semestre-2014/item/210-la-compraventa-al-peso-en-la-ley-3-2013-de-la-generalitat-valenciana-de-los-contratos-y-otras-relaciones-jur%C3%ADdicas-agrarias: consultado el 8 de septiembre de 2021].

Arnau Moya, F.: *La compraventa de cítricos en la Comunitat Valenciana. Al amparo de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Arnau Moya, F.: "La fecha de recolección en la Ley valenciana de contratos agrarios: incumplimiento y consecuencias", *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 35, 2020, pp. 14 a 44 [https://www.revistajuridicavalenciana.org/wp-content/uploads/0035_0006_02_INCUMPLIMIENTO-FECHA-RECOLECCION-EN-CONTRATOS-AGRARIOS.pdf : consultado el 8 de septiembre de 2021].

Arnau Moya, F.: "Comentario a los arts. 1 a 12", en AA.VV.: *Contratos Agrarios Valencianos. Comentarios a la Ley Valenciana de Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias* (dir. por J. Estruch Estruch, J. y R. Verdera Server), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 146 a 216.

Arnau Moya, F.: "Comentario a la disposición adicional segunda", en AA.VV.: *Contratos Agrarios Valencianos. Comentarios a la Ley Valenciana de Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias* (dir. por J. Estruch Estruch, J. y R. Verdera Server), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 796 a 809.

Barceló Doménech, J.: "El Derecho civil valenciano desde la perspectiva patrimonial y agraria", en AA.VV.: *El Derecho civil foral valenciano: por qué y para qué,* (coord. por B. Longás Pastor, y V. Domínguez Calatayud), Generalitat Valenciana-Registradores de la Comunitat Valenciana-Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 65 a 79.

Blasco Gascó, F. P.: "El art. 149.1.8 CE y su relación con la legislación agraria valenciana", en AA.VV.: *Contratos Agrarios Valencianos. Comentarios a la Ley Valenciana de Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias* (dir. por J. Estruch Estruch, J. y R. Verdera Server), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 51 a 65.

Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

Clemente Meoro, M.: "Comentario a la disposición adicional tercera", en AA.VV.: *Contratos Agrarios Valencianos. Comentarios a la Ley Valenciana de Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias* (dir. por J. Estruch Estruch, J. y R. Verdera Server), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 810 a 819.

Clemente Meoro, M. y Nieto Montero, J. J.: "El contrato de compraventa", en AA.VV.: *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, (dir. por M. Yzquierdo Tolsada), t. I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 31 a 212.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. IV, reimpresión 2011, Civitas, Madrid, 2010.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2011.

Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.

López y López, Á. M.: "Comentario a los arts. 1445 a 1459 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo y Ponce de León, R. Bercovitz y P. Salvador Coderch), t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 887 a 907.

Moralejo Imbernón, N.: "Contratos con finalidad traslativa de dominio", en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. por R.Bercovitz Rodríguez-Cano), t. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1763 a 1849.

Ochoa Monzó, J.: "Comentario a los arts. 60 a 66", en AA.VV.: *Contratos Agrarios Valencianos. Comentarios a la Ley Valenciana de Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias* (dir. por J. Estruch Estruch, J. y R. Verdera Server), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 747 a 789.

Ortega Giménez, A.: "Comentario a la disposición adicional primera", en AA.VV.: *Contratos Agrarios Valencianos. Comentarios a la Ley Valenciana de Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias* (dir. por J. Estruch Estruch, J. y R. Verdera Server), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 790 a 795.

Ramón Fernández, F.: "Costumbres agrarias y desarrollo normativo", en AA.VV.: *Contratos Agrarios Valencianos. Comentarios a la Ley Valenciana de Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias* (dir. por J. Estruch Estruch, J. y R. Verdera Server), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 67 a 86.

Rodríguez Llamas, S.: "Comentario a los arts. 1445 a 1458", en AA.VV.: *Código Civil Comentado, vol. 4, Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción (Arts. 1445 al final)* (dir. por A.B. Cañizares Laso, F.J. Orduña Moreno, P. De Pablo Contreras y R. Valpuesta Fernández), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 27 a 69.

Verdera Server, R.: "La ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias". Material del Curso Derecho Civil Valenciano organizado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2019.

Verdera Server, R.: "Comentario a los arts. 13 a 20", en AA.VV.: *Contratos Agrarios Valencianos. Comentarios a la Ley Valenciana de Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias* (dir. por J. Estruch Estruch, J. y R. Verdera Server), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 217 a 423.

ACTO JURÍDICO, OPERACIONES COMPLEJAS Y JURISPRUDENCIA SOBRE LA ACCIÓN REVOCATORIA EN EL SISTEMA ITALIANO

LEGAL ACT, COMPLEX TRANSACTIONS AND CASE LAW ON THE ACTION TO VOID FRAUDULENT CONVEYANCE IN THE ITALIAN SYSTEM

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2046-2075

Lourdes
FERNÁNDEZ
DEL MORAL
DOMÍNGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: El trabajo analiza los presupuestos esenciales para el ejercicio de la acción revocatoria en el ordenamiento jurídico italiano. Se hace especial referencia a la peculiaridad que la configuración de dichos presupuestos asume en los casos en los que la lesión al interés del acreedor se lleva a cabo a través de una operación compleja, formada por una serie de actos conexos.

PALABRAS CLAVE: Acción revocatoria; lesión del interés del acreedor; operación negocial; contratos conexos.

ABSTRACT: *This work examines the fundamental requirements which must be satisfied in order to exercise a claw-back action in the Italian legal system. The analysis takes into special account the configuration of these requirements in circumstances where prejudice to the interests of the creditor stems from complex operations, consisting of a series of interconnected acts.*

KEY WORDS: *Claw-back action; prejudice to the interests of the creditor; complex operations; interconnected acts.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. FONDAMENTO DE LA ACCIÓN REVOCATORIA.- III. EFECTOS DE LA ACCIÓN REVOCATORIA.- IV. PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN REVOCATORIA.- V. OPERACIONES COMPLEJAS Y ACCIÓN REVOCATORIA.

I. INTRODUCCIÓN.

El principio de responsabilidad patrimonial universal que caracteriza el cumplimiento y el régimen de responsabilidad del deudor, en virtud del cual éste último responderá de sus deudas con todos "sus bienes presentes y futuros" (art. 2740 c.c.), ha llevado a considerar el patrimonio del deudor la garantía genérica de la satisfacción del crédito.

Ello dota de particular relevancia para este último la integridad y la conservación de dicho patrimonio. Con la finalidad de tutelar este interés, el ordenamiento jurídico pone a disposición del acreedor una serie de medidas dirigidas a evitar que el deudor pueda menoscabar la integridad de su patrimonio y, en consecuencia, perjudicar la garantía que éste implica. Entre estas medidas, se encuentra la acción revocatoria o pauliana.

La construcción hermenéutica de este instrumento de tutela en favor del acreedor se ha caracterizado por una continua y paulatina evolución doctrinal y jurisprudencial, impulsada en gran parte por la sucesiva aparición en la práctica de nuevas figuras negociales que han ido reclamando por parte de los estudiosos y de la jurisprudencia una constante labor de redefinición del ámbito negocial objeto de esta acción.

En el ordenamiento jurídico italiano, la acción revocatoria calificada como "ordinaria", para distinguirla de la acción revocatoria reconocida en el ámbito de los procedimientos concursales y de quiebra, es objeto de una expresa regulación (artts. 2901 y ss. c.c.), como, por otra parte, sucede también en el ordenamiento jurídico español, si bien la evolución interpretativa de esta figura en ambos sistemas no siempre ha seguido la misma trayectoria.

II. FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN REVOCATORIA.

El fundamento de esta acción ha sido objeto de un intenso debate en la doctrina. Entre las numerosas explicaciones que sobre el tema se han propuesto, han encontrado gran difusión las teorías que observan en esta medida de

• Lourdes Fernández del Moral Domínguez
Prof. Catedrático de Derecho Privado Universidad "Parthenope" de Nápoles. Email: lourdesfernandezdelmoral@hotmail.com

protección del acreedor una limitación implícita al poder de disposición del deudor en relación al propio patrimonio[1].

Sin embargo, estas posiciones no han tardado en encontrar fuertes críticas basadas, esencialmente, en la falta de una disposición normativa que claramente imponga este límite. Además, la necesidad de que concurran una pluralidad de elementos, objetivos y subjetivos, para poder ejercitar con éxito la acción revocatoria, impediría reconocer confines predeterminados a este presunto límite al poder de disposición del deudor, cuya violación, por otra parte, no podría sino provocar la ineficacia del acto desde su origen, independientemente del ejercicio de la acción revocatoria.

Se ha querido justificar esta acción con la teoría del abuso del derecho por parte del deudor, pero la tesis que reconoce en la acción revocatoria la sanción a un comportamiento ilícito es la que ha encontrado más eco en la dotrina. Los autores que sostienen esta teoría consideran, con connotaciones diferentes[2], que el comportamiento del deudor sea contrario al principio de buena fe objetiva (cfr. Artt. 1175, 1375 c.c.), y en todo caso, represente un incumplimiento de la obligación, que el ordenamiento pone a cargo de todo deudor, de mantener el proprio patrimonio en condiciones de garantía constante de sus obligaciones (cfr. Artt. 1176, 2740 c.c.)[3].

La ausencia de una norma que expresamente imponga esta obligación y la dificultad de reconocer un comportamiento ilícito del deudor en todos los casos posibles de ejercicio de la acción revocatoria[4], ha llevado a algunos autores y, a nuestro parecer, correctamente, a considerar que el legislador, con la acción

1 V. De Martini, A.: "Azione Revocatoria (diritto privato)", *Nss.D.I.*, Torino, 1958, p. 155; Nicolò, R.: "Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale", *Commentario al codice civile,* Scialoja-Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1960, pp. 194 ss.

2 Algunos autores han hecho hincapié en la calificación de ilícito contractual o extracontractual en base al momento in cui el deudor ha realizado el acto de disposición, si antes o después de que haya surgido el derecho del acreedor (en este sentido, Betti, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2ª parte, Iv, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 195 ss.; Maffei Alberti, A.: *Il danno nella revocatoria*, Cedam, Padova, 1970, pp. 112 ss.).

3 Natoli, U., *Azione revocatoria ordinaria*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 890; Bigliazzi Geri, L.: "Revocatoria (azione)", *Enciclopedia Giuridica*, XXXVII, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1991, pp. 2 s.; Bigliazzi Geri, L.: "Dell'azione revocatoria", *Commentario del codice civile*, *Libro VI*, t. Quarto, 2ª ed., Utet, Torino, 1980, 97 ss.; Bregoli, A.: *Effetti e natura della revocatoria*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 69 ss.; Cossu, C.: "Revocatoria ordinaria (azione), *Digesto ciile*., Utet, Torino, 1998, vo. XVII, pp. 454 ss; Eula, E.: "Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale", *Commentario Codice civile*, "artt. 2901-2904", dir. M. D'amelio y E. Finzi, G. Barbèra Editore, Firenze, 1943, pp. 843 ss.; Rocco Di Torrepadula, N.: *Partecipazione in società* e *revocatoria*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 170.
Para un análisis detallado de las distintas teorías presentadas por la doctrina antes y después del código civil de 1942, v. especialmente, La Rocca, S.: "Dell'azione revocatoria", en *Codice civile annotato con la dottrina* e *la giurisprudenza*, coord. G. Perlingieri, *Libro Sesto,* "Della Tutela dei diritti. Artt. 2643-2969", ESI, Napoli, 2010, pp. 706 ss.

4 In questo senso, v. Roselli, F.: "La garanzia patrimoniale dell'obbligazione", en AA. VV.: *Attuazione* e *tutela dei diritti*, II, *L'attuazione dei diritti*, en *Diritto Civile*, dir. N. Lipari y P. Rescigno, coord. A. Zoppini, Giuffrè, Milano, 2009, p. 342; Monteleone, G.: "Dell'azione revocatoria", *Commentario codice civile*., dir. E. Gabrielli, coord. G. Bonilini y A. Chizzini, *artt. 2784-2906*, Utet, Torino, 2015, pp. 770 ss.

revocatoria, ha pretendido poner a disposición del acreedor un poder autónomo, derivado precisamente de la norma que lo establece, para tutelar el interés de éste a la conservación de la garantía que para él supone el patrimonio del deudor frente a determinados actos realizados por este último, dirigidos a depauperarlo y que le permite poner en acto un remedio a la lesión de dicho interés[5]. En presencia de determinados actos y a determinadas condiciones, ante el conflicto que se plantea entre los intereses del deudor, los intereses de los terceros que han adquirido un derecho de ese deudor y los del acreedor, el legislador considera que los intereses de este último deben prevalecer en cuanto la efectiva operatividad del principio de responsabilidad universal representa un pilar fundamental para el desarrollo equilibrado, ordenado y, por tanto, seguro de las relaciones obligatorias.

III. EFECTOS DE LA ACCIÓN REVOCATORIA.

El ejercicio de la acción revocatoria se dirije a obtener una sentencia con la que el juez declara que el acto revocado no produce efectos respecto al acreedor que la ha ejercitado. La revocación, por lo tanto, no priva de validez al acto negocial[6].

El acto queda sometido a un régimen de ineficacia que algunos autores han calificado de doblemente relativa. El acto no produce sus efectos sólo respecto del acreedor que ha ejercitado la acción y sólo en la medida necesaria para evitarle el perjuicio[7].

Ello quiere decir que el titular del bien, en base al acto negocial sucesivamente revocado, lo seguirá siendo pero tendrá que soportar el ejercicio de acciones ejecutivas por parte del acreedor del sujeto con el que ha concluido el acto revocado[8]. El bien, objeto del acto de disposición, no vuelve a formar parte del patrimonio del deudor, ni podrá ser objeto de ejecución por parte de los otros acreedores del deudor que no han ejercitado acción revocatoria. Podrá ser objeto

5 Bianca, C.M.: *Diritto civile", 5. "La responsabilità*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2021, p. 436; Satta, S., "Diritto Fallimentare", Cedam, Padova, 1996, p. 207.

6 Cass., 16 octubre 2019, n. 26261; Cass., SS.UU., 24 junio 2020, n. 12476; Cass., ord., 19 junio 2017, n. 15096; Cass., 15 noviembre 2016, 2016, n. 17; Cass., 10 noviembre 2016, n. 22915, *ivi*, 2016, n. 13; Cass., 20 agosto 2015, n. 17021, *ivi*, 2015, n. 42; Cass., 13 agosto 2015, n. 16793, *ivi*, n. 31; Cass., 25 mayo 2001, n. 7127, *ivi*, 2001, n. 21; Cass., 15 febrero 2011, n. 3676, *ivi*, 2011, n. 21; Cass., 25 gennaio 2000, n. 791, *ivi*, 2000, n. 21; Cass., 19 diciembre 1996, n. 11349, *ivi*, 1996, n. 23.

7 Bigliazzi Geri, L.: "Revocatoria", cit., p. 2; D'ercole, S.: "L'azione revocatoria", *Trattato di diritto privato*, dir. P. Rescigno, 20, *Tutela dei diritti*, t. segundo, Utet, Torino, pp. 159 ss.; D'agnolo, A.: "L'azione revocatoria ordinaria nella recente evoluzione giurisprudenziale", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, II, p. 330; Distaso, N.: "I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale", *Giurisprudenza sistematica di diritto civile* e *commerciale*, dir. W. Bigiavi, Utet, Torino, 1973, pp. 145 ss; Lucchini Guastalla, E.: "Azione revocatoria ordinaria", *Rivista di diritto civile*, 1998, II, p. 423; Natoli, U., op. cit., p. 888. V. en jurisprudencia, Cass., SS.UU., 24 junio 2020.

8 V. entre otros, Bigliazzi Geri, L.: "Revocatoria", cit., pp. 10 ss.; D'agnolo, A.: op. cit., pp. 330 ss.; La Rocca, S.: op. cit., pp. 724 ss.; Natoli, U.: op. cit., p. 888.

de medidas ejecutivas activadas por los acreedores del tercero, pero sólo después de que se hayan llevado a cabo las ejercitadas por el acreedor del deudor.

Por otra parte, la sentencia con la que se declara revocado un acto negocial no produce efectos ejecutivos. El acreedor tendrá necesariamente que ejercitar la acción revocatoria y, sólo después de haber obtenido la sentencia judicial de revocación, podrá ejercitar la acción ejecutiva respecto de dichos bienes que no se encuentran ya en el patrimonio del deudor, sino de un tercero[9].

Esta composición de poderes y efectos sustanciales y procesales ha llevado a algunos autores y, en ocasiones, también a la jurisprudencia a reconocer a la acción revocatoria la naturaleza de derecho potestivo de ejecución necesariamente procesal[10].

IV. PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN REVOCATORIA.

Como la jurisprudencia ha subrayado en numerosas ocasiones, el ejercicio de la acción revocatoria en el ordenamiento italiano requiere la presencia de una serie de presupuestos indispensables[11].

El primer requisito consiste en la existencia de un crédito. Este crédito no tiene que ser exigible y líquido necesariamente, en cuanto el citado art. 2901 c.c. ya indica que puede también tratarse de un crédito sometido a una condición o a un término[12]. El crédito, además, puede estar dotado de una causa de prelación o de una garantía[13].

9 V. entre numeras obras, Nicolò, R.: op. cit., p. 260; D'ercole, S.: op. cit., p. 162; La Rocca, S.: op. cit., pp. 724 ss.; Roselli, F.: "I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale", *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale,* fundada por W. Bigiavi, Utet, Torino, 1990, pp. 144 ss. En jurisprudencia, Cass., 19 noviembre 2015, n. 23666; Cass., 7 mayo 2014; Cass., 14 junio 2007, n. 13972, *ivi*, 2007, n. 12; Cass., 10 marzo 2006, n. 5246, *ivi*, 2006, n. 8; Cass., 30 junio 2004, n. 14625, *ivi*, 2004, n. 23; Cass., 19 noviembre 2015, n. 23666.

10 Cass., SS.UU., 13 junio 2019, n. 5443; Cass., 15 febrero 2007, n. 3379; Cass., 5 septiembre 1996, n. 8086. In dottrina, v. en especial, Bianca, C.M. op. cit., pp. 436 s.; Corbo, N.: *La tutela dei diritti*, ed. V, Giappichelli, Milano, 2020, p. 114; Ragusa Maggiore, G.: "L'azione revocatoria appartiene ai diritti potestativi. Breve discorso sul metodo", *Vita. notarile.,* 1996, pp. 1158 ss.

11 Cass., 23 febrero 2004, n. 3546, *ivi*, 2004, n. 6.

12 Cass., 27 diciembre 2016, n. 27016, *ivi*, 2017, n. 10; Cass., 7 mayo 2014, *ivi*, 2014, n. 9; Cass., 5 marzo 2009, n. 5359, *ivi*, 2009, n. 12; Cass., 2 abril 2004, n. 6511, *ivi*, 2004, n. 8; Cass., 24 julio 2003, n. 11471, *ivi*, 2003, n. 5; Cass., 27 junio 2002, n. 9349, *ivi*, 2002, n. 7; Cass., 4 junio 2001, n. 7484, *ivi*, 2001, n. 11; Cass., 17 octubre 2001, n. 12678, *ivi*, 2001, n. 10; Cass., 17 octubre 2001, n. 12678, *ivi*, 2001, n. 10; Cass., 24 febrero 2000, n. 2104, *ivi*, 2001, n. 9; Cass., 18 febrero 1998, n. 1712.

13 De Martini, A.: op. cit., p. 158; La Rocca, S.: op. cit., p. 709. Algunos autores han manifestado algunas dudas sobre si los acreedores que cuenta con una garantía de tipo real o con un privilegio pueden ejercitar en cualquier caso la acción revocatoria o sólo cuando el acto de disposición tiene por objeto un bien diferente del que constituye objeto de su garantía y ésta no es suficiente para asegurar al acreedor la posibilidad de una ejecución forzosa con la completa satisfación de su derecho (Nicolò, R.: op. cit., p. 217; Bigliazzi Geri, L.: "Revocatoria", cit., pp. 5 s.; D'agnolo, A.: op.cit., p. 345; D'ercole, S.: op. cit., p. 147. En jurisprudencia, v. Cass., 14 octubre 2005, n. 19963.

Por otra parte, el ánalisis del fundamento de la acción revocatoria que ahonda sus raíces en la necesidad de tutelar de modo efectivo al acreedor frente al comportamiento del deudor, que a través de determinados actos está intentando vaciar o, por lo menos, reducir su patrimonio para limitar o, incluso, hacer imposible al acreedor la satisfacción de su crédito, ha llevado a una interpretación amplia de la noción de crédito[14], en cuanto presupuesto de la acción revocatoria.

En este sentido, para evitar que con fáciles subterfugios el deudor pueda sustraerse a una acción de este tipo, la jurisprudencia y la doctrina se muestran de acuerdo en considerar incluidos también los créditos objeto de litigio, sobre los cuales se encuentra instaurado un procedimiento judicial dirigido a dirimir las posiciones contrapuestas sobre su existencia o su entidad[15]. La jurisprudencia, en esta línea, considera que puede tratarse también de una deuda eventual[16]. Lo que es fundamental es que pueda considerarse probable y no pretextuosa, aunque todavía no se haya determinado con acto judicial[17].

Otro presupuesto esencial consiste en el cumplimiento por parte del deudor de un acto de disposición con el que provoca un perjuicio a los intereses del acreedor, en cuanto lesiona la garantía genérica que para su derecho de crédito comporta el patrimonio del deudor.

Dejando para más adelante el examen de los actos de disposición del patrimonio objeto de la revocación, cobra gran importancia definir el alcance de la noción de "perjuicio a los intereses del acreedor". En relación a este punto, en el ordenamiento jurídico italiano ha prevalecido también una interpretación alargada que, lejos de identificar esta situación con una forma de insolvencia del deudor, considera perjuicio no sólo la disminución del patrimonio, sino también la modificación de la consistencia del patrimonio que puede afectar al mismo, ya sea desde el punto de vista cuantitativo (en cuanto saca de su patrimonio algunos bienes), que cualitativo (por ej., la transmisión de un bien inmueble a cambio de un precio pagado en dinero o la permuta de un bien inmueble por otro mueble), en la medida en que esta modificación haga más incierta, o por lo menos, más difícil o complicada la posibilidad de obtener una ejecución forzosa de la obligación del deudor[18]. Por lo tanto, para que se pueda ejercitar la acción revocatoria no

14 Cass., 15 noviembre 2016, n. 23208, *ivi*, 2016, n. 17; Cass., 19 noviembre 2015, n. 23666, *ivi,* n. 19; Cass., 18 marzo 2003, n. 3981, *ivi,* 2003, n. 11.

15 Cass., ord., 18 abril 2019, n. 10824, *ivi*, 2019, n. 17; Cass., 7 marzo 2017, n. 5618; Cass., 22 marzo 2016, n. 5619; Cass., 9 febrero 2012, n. 1893, *ivi*, 2012, n. 8; Cass., 17 mayo 2010, n. 12045; Cass., 27 enero 2009, n. 1968; Cass., SS. UU., ord., 18 mayo 2004, n. 9440; Cass., 14 noviembre 2001, n. 14166; Cass., 18 febrero 1998, n. 1712, *ivi*, 1998, n. 14.

16 Cass., ord., 18 abril 2019, n. 10824, *ivi*, 2019, n. 17. Cass., 7 mayo 2014, *ivi*, 2014, n. 9; Cass., 14 mayo 2013, n. 11573; Cass., 19 febrero 2013, n. 4044.

17 Cass., 15 mayo 2018, n. 11755; Cass., 18 julio 2008, n. 20002, *ivi,* 2008, n. 11.

18 La jurisprudencia ha afirmado que este elemento del "eventus damni" puede reconocerse, incluso, cuando el juez aprecia un riesgo fundado de que el acreedor pueda sufrir un perjuicio, en virtud de un pronóstico

es indispensable que con sus actos el deudor haya provocado una situación de insolvencia, es suficiente que haya provocado al acreedor el peligro de sufrir un perjuicio[19].

Recae sobre el acreedor que ejercita la acción la carga de la prueba del perjuicio[20]. El deudor puede evitar la revocación probando, a su vez, que el patrimonio restante, una vez realizado el acto jurídico que se pretende revocar, es suficiente, por volúmen y consistencia, para satisfacer su deuda[21].

El momento en el que se tiene que verificar este perjuicio, el denominado, "eventus damni", es cuando el acto jurídico, objeto de revocatoria, se realiza, que es el momento en el que hay que comprobar si el patrimonio que le queda al deudor es suficiente para asegurar el cumplimiento de su obligación[22], y tiene que subsistir cuando se ejercita la acción[23].

Se exige por lo tanto que pueda observarse un nexo di causalidad entre la realización del acto y el "eventus damni" que sufre el patrimonio del deudor[24]. La jurisprudencia ha afirmado, en este sentido, que son irrelevantes los sucesivos actos o acontecimientos de tipo patrimonial relativos al deudor que no tengan una conexión directa con el acto de disposición objeto de revocatoria[25].

Esta interpretación del alcance de la lesión o perjuicio a daño del acreedor ha justificado la aplicación de la revocación en casos en los que, por ejemplo,

---

en relación a una posible situación futura, Cass., 30 abril 2019, *ivi*, 2019, n. 43 (en este caso, el perjuicio habría podido verificarse efectivamente si el deudor que había sido demandado en un juicio de resolución de un contrato, hubiera perdido el juicio).

19 Bigliazzi Geri, L.: "Revocatoria", cit., p. 5; D'agnolo, op.cit., pp. 346 s.; D'ercole, S.: op. cit., p. 149; La Rocca, S.: op. cit., pp. 711 ss.; Natoli, U.: op. cit., p. 893; Nicolò, R., op. cit., p. 217; Roselli, F.: "I mezzi", cit., pp. 195 ss. En jurisprudencia, v., entre otras muchas, Cass., ord., 18 junio 2019, n. 16221, *ivi*, 2019, n. 37; Cass., ord., 19 julio 2018, n. 19207, *ivi*, 2018, n. 28; Cass., ord., 25 mayo 2017, n. 13172, *ivi*, 2017, n. 15; Cass., 12 diciembre 2014, n. 26151, *ivi*, 2014, n. 14; Cass., 29 marzo 2007, n. 7767, *ivi*, 2007, n. 16; Cass., 14 octubre 2005, n. 19963, *ivi*, 2006, n. 19; Cass., 2 abril 2004, n. 6511, *ivi*, 2004, n. 8; Cass., 17 octubre 2001, n. 12678, *ivi*, 2001, nn.10 y 15.
Algunas sentencias expresamente hablan sólo de actos que ponen en peligro la posibilidad futura de que tenga éxito una medida ejecutiva, v., entre otras, Cass., 10 junio 2016, n. 11892; Cass., 15 julio 2009; Cass., 17 julio 2007, n. 15880; Cass., 7 julio 2007, n. 15310, *ivi*, 2007, n. 18; Cass., 9 marzo 2006, n. 5105, *ivi,* 2006, n. 21.
Algunos autores, en cambio, sostienen una interpretación más restrictiva y consideran que es imprescindible que el patrimonio del deudor haya sufrido una pérdida de valor. En este sentido, v. Lucchini Guastalla, E.: op. cit., pp. 125 ss.; Maffei Alberti, A.: op. cit., pp. 21 ss.; Rocco Di Torrepadula, N.: op. cit., pp. 79 ss.

20 Cass., 18 marzo 2005, n. 5972, *ivi*, 2005, n. 7.

21 Cass., 3 febrero 2015, n. 1902, *ivi*, 2015, n. 40; Cass., 14 octubre 2005, n. 19963, *ivi*, 2005, n. 8; Cass., 18 marzo 2005, n. 5972; Cass., 24 julio 2003, n. 11471.

22 Cass., 14 novembre 2011, n. 23743.

23 Cass., ord., 30 junio 2020, n. 12975.

24 En este sentido, Bianca, C. M., "Diritto Civile", 5, cit., p. 442; Bigliazzi Geri, L.: "Revocatoria", *cit.,* p. 5; Costanza, M.: "Atto di disposizione, eventus damni, nesso di causalità", *Giurisprudenza commerciale*, 1983, I, pp. 1180 ss.; D'agnolo, A.: op. cit., p. 347 ss.; La Rocca, S., op. cit., p. 713; Nicolò, R.: op. cit., p. 218; Roselli, F., "I mezzi", cit., p. 196.

25 Cass., ord., 6 febrero 2019, n. 3538; Cass., 11 agosto 2016, n. 17029, *ivi*, 2016, n. 30; Cass., 14 noviembre 2011, n. 23743.

se ha llevado a cabo la venta de bienes inmuebles a cambio de un precio o de bienes deteriorables, en cuanto estos tipos de bienes pueden sustraerse con mayor facilidad a la ejecución forzada[26] o los actos con los que se cambian los bienes existentes por otros fácilmente ocultables o por prestaciones de "facere" infungible[27]. También se ha considerado perjudicial la aportación de bienes en una sociedad anónima, incluso si dicha aportación había sido ya prevista en el acto de constitución de la sociedad, pues con dicho acto el bien aportado queda sustituido en el patrimonio del deudor por una participación al capital "de riesgo"[28].

La jurisprudencia reconoce también la presencia del "eventus damni" cuando uno de los deudores de una obligación solidaria realiza un acto de disposición que modifica cuantitava o cualitativamente "in peius" su patrimonio, aunque el acreedor pueda contar con la posibilidad de dirigirse contra otros codeudores cuyos patrimonios no se hayan visto alterados y sean suficientes para asegurar, en todo caso, la satisfacción de su deuda[29].

Coherente con las observaciones indicadas se muestra el citado art. 2901 c.c. cuando expresamente excluye del ámbito de la acción revocatoria el pago de deudas vencidas, en cuanto, como ha subrayado doctrina y jurisprudencia, esta pasividad ya incidía sobre el patrimonio y no puede considerarse injustificada la prestación realizada en cumplimiento de una obligación preexistente y, además, vencida[30]. De esta norma, doctrina y jurisprudencia, deducen una regla general che excluye del régimen de la acción revocatoria cualquier acto realizado en cumplimiento de un deber u obligación ya existente[31].

Otro presupuesto o condición esencial para el ejercicio de esta acción consiste en lo que se conoce como "consilium fraudis" del deudor, es decir, el conocimiento del perjuicio que el acto produce a los intereses del acreedor. No es necesaria una intención particular, el dolo, la voluntad específica de producir un daño al acreedor.

26 Cass., 12 diciembre 2014, n. 26151; Cass., 26 febrero 2002, n. 2729, *ivi*, 2002, n. 18; Cass., 1 junio 2000, n. 7262, *ivi*, 2000, n. 17; Cass., 6 mayo 1998, n. 4578, *ivi*, 1998, n. 15.

27 Cass., 15 febrero 2007, n. 3470, *ivi*, 2007, n. 15.

28 Cass., 24 julio 2003, n. 11471, cit.; Cass., 1 junio 2000, n. 7262, cit.; Cass., 22 octubre 2013, n. 23891, *ivi*, 2013, nn. 17-18.

29 Cass., 31 marzo 2017, n. 8315, *ivi*, 2017, n. 16; A. Torino, 12 noviembre 2004.

30 Cass., 7 junio 2013, n. 14420.

31 Cass., 9 abril 2016, n. 7747, cit.; Cass., 22 noviembre 2012, n. 20677, *ivi*, 2012, n. 13.
De acuerdo con esta regla general, la jurisprudencia considera, en cambio, posible objeto de revocatoria la concesión de una garantía por una deuda vencida. Semejante acto no constituye un acto debido u obligatorio y, por tanto, no beneficia de la exención (Cass., 22 enero 2020, n. 1414; Cass., 16 marzo 2010, n. 6321; Cass., 13 mayo 2009, n. 11051; Cass., 25 noviembre 2002, n. 16570; Cass., 5 mayo 1996, n. 7119, *ivi,* 1996, n. 6.
Tampoco quedan incluidos en la exención los actos dirigidos a la extinción de una obligación, incluso, vencida, que comportano una "modalidad anómala de extinción de la deuda", es decir actos diferentes a los previstos originariamente para satisfacer la deuda, en cuanto no se tratarían de actos debidos u obligatorios, sino de actos que el deudor ha decidido realizar, sin estar obligado (Cass., 22 febrero 2021, n. 4694; Cass., 19 febrero 2020, n. 4244; Cass., 7 junio 2013, n. 14420; Cass., 17 mayo 2010, n. 12045; Cass., 18 noviembre 1961).

La jurisprudencia considera que es suficiente que el deudor sea consciente, tenga conocimiento de que, con la realización del acto negocial, su patrimonio será insuficiente para saldar su deuda o se hará más difícil e incierta la ejecución forzosa de la misma[32].

Si el acto realizado por el deudor es a título gratuito, basta que este conocimiento pueda probarse en el deudor[33].

Si se trata, en cambio, de un acto oneroso, el acreedor tendrá que probar también la "participatio fraudis" del tercero, es decir, que el tercero también era consciente de que el acto realizado provocaba un perjuicio al acreedor de la otra parte negocial[34]. No obstante, es suficiente un conocimiento genérico del perjuicio que el acto puede crear al acreedor, no es preciso que esté al corriente de los pormenores de dicho perjuicio[35].

Es posible también ejercitar la acción revocatoria en relación a actos realizados antes de que haya surgido el crédito, pero en este caso, es necesario que el deudor y el tercero se hayan comportado con dolo, es decir, con la intención de programar la realización del acto negocial para perjudicar la satisfacción del futuro derecho[36].

La carga de la prueba de esta componente subjetiva, sea en la versión de conocimiento, sea en la de intención premeditada del perjuicio por parte del deudor y del tercero, recae sobre el acreedor que ejercita la acción revocatoria, el cual puede servirse para ello también de presunciones[37].

32 Cass., ord., 18 junio 2019, n. 16221; Cass., ord., 27 septiembre 2018, n. 23326, *ivi*, 2018, n. 30; Cass., 19 enero 2016, n. 762, *ivi*, 2016, n. 26; Cass., 30 diciembre 2014, n. 27546, *ivi*, 2014, n. 13.
Además la jurisprudencia ha precisado que no se requiere un conocimiento específico, es suficiente un conocimiento genérico del perjuicio que el acto puede provocar al acreedor. V. Cass., 15 febrero 2011, n. 3676; Cass., 15 febrero 2007, n. 3470, *ivi*, 2007, n. 26; Cass., 18 enero 2007, n. 1068, *ivi*, n. 25; Cass., 27 enero 2006, *Obbl.* e *contr.*, 2007, p. 27.

33 Cass., 17 mayo 2010; Cass., 3 marzo 2009, n. 5072, *ivi*, 2009, n. 25; Cass., 19 diciembre 2008, n. 29869, *ivi*, 2008, n. 18; Cass., 7 octubre 2008, n. 24757; Cass., 22 agosto 2007, n. 17867; Cass., 12 abril 2000, n. 4642, *ivi*, 2000, n. 20.

34 Cass., 27 septiembre 2018, *ivi*, 2018, n. 30; Cass., 30 diciembre 2014, n. 27546, *ivi*, 2014, n. 13; Cass., 9 febrero 2012, n. 1896, *ivi*, 2012, n. 17; Cass., 15 febrero 2011, n. 3676, *ivi*, 2011, n. 21; Cass., 23 mayo 2008, n. 13404, *ivi*, 2008, n. 22.
Cuando el acto objeto de la acción revocatoria se trate de una aportación de bienes en una sociedad, el elemento subjetivo del "consilium fraudis" tendrá que probarse en relación a los socios, si se encuentra en la fase de constitución y todavía no ha adquirido una sujetividad jurídica, ni ha sido nombrado un representante legal. En cambio, si ya ha sido nombrado un órgano de gestión o administración, es suficiente que se pueda probar el elemento subjetivo en relación a los componentes de dicho órgano, Cass., sez. I, 22 octubre 2013, n. 23891, *ivi*, 2013, n. 18.

35 Cass. civ., ord., 3 diciembre 2014, n. 25614; Cass., 29 mayo 2013, n. 428; Cass., 15 febrero 2011, n. 3676, *ivi*, 2011, n. 16; Cass., 10 octubre 2008, n. 25016, *ivi*, 2008, n. 23; Cass., 23 marzo 2004, n. 5741.

36 Cass., 18 septiembre 2015, n. 18315; Cass., 20 febrero 2015, n. 3461, *ivi,* 2015, n. 34; Cass., 9 mayo 2008, n. 11577, *ivi*, 2008, n. 24; Cass., 18 septiembre 2015, n. 18315, *ivi*, 2015, n. 38; Cass., 20 febrero 2015, n. 3461, *ivi*, n. 34; Cass., 30 junio 2015, n. 13343, *ivi*, n. 32.

37 Cass., ord., 18 junio 2019, n. 16221, *ivi*, 2019, n. 39; Cass., ord., 18 enero 2019, n. 1286, *ivi*, n. 47; Cass., 30 diciembre 2014; Cass., 12 diciembre 2014, n. 26168; Cass., 17 agosto 2011, n. 17327, *ivi*, 2011, n. 15; Cass., 5

Cobra especial relevancia subrayar que el art. 2901 c.c., en el párrafo 4, atribuye a este elemento subjetivo del "consilium fraudis" el papel clave en la determinación de la extensión de los posibles efectos de la acción revocatoria. Además del tercero que ha concluido el acto negocial con el deudor, podrá verse alcanzado por la revocatoria también otra categoría de tercero: áquel que, a su vez, ha concluído un acto jurídico con el sujeto que había celebrado un acto negocial con el deudor (el adquirente del adquirente, es decir, el subadquirente), pero para ello es necesario probar que este tercero ulterior también conocía, era consciente del perjuicio producido al acreedor de un sujeto con el que él, incluso, podría no haber tenido ningún tipo de relación jurídica.

La posible extensión del ámbito de aplicación de la revocatoria queda interrumpida por la adquisición de un derecho a título oneroso de buena fe, teniendo en cuenta los efectos de la inscripción de la demanda de revocación, que excluye la buena fe en relación a los actos posteriores.

En caso de que la acción revocatoria se vea frustrada por el comportamiento consciente de dichos terceros, el acreedor, si se observan los presupuestos de la responsabilidad extracontractual, podrá ejercitar la acción para obtener el resarcimiento de daños y perjuicios[38].

Otro presupuesto necesario para ejercitar la acción revocatoria es que el deudor haya realizado un acto "de disposición del patrimonio". La doctrina y la jurisprudencia considera incluidos en esta noción los actos negociales de contenido patrimonial que incidan en el patrimonio del deudor.

Puede tratarse, por lo tanto, de un acto con el que un bien sale del patrimonio del deudor sin el correspondiente ingreso en el mismo de otro bien de valor equivalente, o con el ingreso de un bien caracterizado por una mayor capacidad de dispersión u ocultamiento. Se consideran incluidos también los actos que tengan como efecto la pérdida de un derecho o de cualquier otra situación jurídica activa, o actos con los que se crean límites, vínculos o cargas sobre bienes del patrimonio del deudor que reducen su valor o que dificultan cualquier medida ejecutiva[39]. Puede tratarse también de actos con los que el deudor se asume una obligación, aumenta la parte pasiva del patrimonio.

La doctrina y la jurisprudencia consideran que los actos previstos por el art. 2901 c.c. requieren un comportamiento activo del deudor. Para que el acreedor

marzo 2009, n. 5359; Cass., 10 octubre 2008, n. 25016.

38 Se tratará de un caso de responsabilidad extracontractual por lesión de un derecho de crédito. V. Cass., 6 agosto 2010, n. 18369, *ivi*, 2010, n. 31; Cass., 12 abril 2000, n. 4642, *ivi*, 2000, n. 20.

39 V. Cass, 17 septiembre 1996, n. 8306; Cass., 2 abril 1996, n. 3066.
Cass., ord., 16 noviembre 20202, n. 25854, considera revocable el contrato de arrendamiento que supera los nueve años, en cuanto limita, aunque sea indirectamente, la posibilidad de ejercitar medidas ejecutivas.

pueda defender sus intereses ante el perjuicio que le pueda provenir por la inercia del deudor, el legislador ya pone a su disposición la acción subrogatoria.

La inercia del deudor no puede equipararse, en cambio, con la renuncia o con la abdicación. En estos casos, la posible pérdida de un derecho deriva de una manifestación de voluntad, que puede incluso haberse realizado de forma tácita o implícita, pero siempre se trata de una voluntad negocial[40].

El pago de las deudas, independientemente de la posibilidad de calificarlo como acto negocial, queda excluido por expresa disposición normativa, como habiamo visto, si se trata de estinguir una deuda ya vencida. Si, en cambio, se trata de extinguir deudas que todavía no se han hecho exigibles, el pago podrá ser objeto de revocatoria, en cuanto el acreedor saldado ha obtenido una ventaja, un beneficio al que no tenía derecho y el acreedor que ejercita la revocatoria ha sufrido un perjuicio en cuanto, el deudor, pagando con antelación una deuda, ha realizado un acto que no era todavía obligatorio y con ello ha sustraído del patrimonio un bien, un valor económico, con el que el acreedor habría podido satisfacerse antes, o, por lo menos, al mismo tiempo, y en parte, que el acreedor que, en cambio, ha visto pagada completamente su deuda.

En relación a los actos de disposición, cobra una importante relevancia la determinación del carácter gratuito u oneroso del acto, pues, como hemos visto, modifica el régimen aplicable al elemento del "consilium fraudis" por parte del tercero que ha entablado una relación jurídica con el deudor.

Se considera que el acto será a título oneroso si a la prestación principal del deudor corresponde un sacrificio o una desventaja económica a cargo del tercero.

El art. 2901, párrafo 2, c.c., considera expresamente actos a título oneroso los actos de constitución de garantía cuando se realizan a la vez que se lleva a cabo el acto constitutivo del crédito garantizado[41].

Se consideran, en cambio, actos a título gratuito, por ejemplo, las concesiones de una garantía cuando no se realizan contextualmente a la constitución del crédito, las donaciones, la renuncias sin contraprestación, los comodatos, el cumplimiento de obligaciones naturales, la constitución de un fondo patrimonial o de un trust.

40 V. Cass., 19 febrero 2013, n. 4005; Cass., 11 mayo 2007, n. 10879.

41 La jurisprudencia ha aclarado que la contemporaneidad entre la constitución del crédito y de la garantía no tiene que interpretarse necesariamente en términos estrictamente cronológicos. Es suficiente que exista entre estos actos una conexión, una interdependencia para que pueda considerarse el acto de constitución de la garantía, un acto a título gratuito. En los demás casos, se considerará oneroso, v., Cass., sez. I, 2 abril 2021, n. 9193; Cass., 9 noviembre 2018, n. 28802; Cass., 19 junio 2014, n. 13973; Cass., 8 mayo 2014, n. 9987, *ivi*, n. 17; Cass., 4 septiembre 2009, n. 19234; Cass., 14 octubre 2005, n. 19963; Cass., 22 junio 2004, n. 11612.

Es posible, además, observar una serie de actos en relación a los cuales no es fácil establecer de forma general una calificación determinada, a título oneroso o gratuito. Algunos autores han considerado oportuno, en relación a los mismos, crear una tercera categoría de actos "neutros" que, en abstracto, no pueden clasificarse previamente ni en una categoría ni en la otra. Será necesario analizar el caso concreto en particular para comprobar la presencia o no del sacrificio a cargo del tercero. En esta categoría se encuentra, por ejemplo, la transacción[42].

Se ha discutido en doctrina, también, sobre el carácter del acto de división de la cosa común. La doctrina mayoritaria lo considera un acto a título oneroso, en cuanto comporta para cada uno de los comuneros el sacrificio que representa la pérdida de la situación precedente referida al bien en su totalidad, frente a la ventaja obtenida con el acto de división de la adquisición de un bien diferente en régimen de propriedad exclusiva. Esta calificación conlleva, por tanto, que la revocación del acto de división requiera la prueba del conocimiento por parte de todos los comuneros del perjuicio que la división y relativa asignación produce al acreedor que ejercita la acción revocatoria[43].

Son revocables también los actos dispositivos que se realicen en ejecución de los acuerdos establecidos entre los cónyuges en el ámbito de una separación o de un divorcio[44]. En relación a los mismo, la jurisprudencia ha hecho hincapié en la necesidad de verificar en el caso concreto las particolares circunstancias, pues puede tratarse de un acto a título gratuito o a título oneroso en base al acuerdo global del que forman parte[45].

V. OPERACIONES COMPLEJAS Y ACCIÓN REVOCATORIA.

Mayores dificultades interpretativas se presentan cuando el comportamiento llevado a cabo por el deudor para obtener el resultado de menoscabar el proprio

42 Bigliazzi Geri, L.: "Revocatoria", cit., pp. 8 s.; La Rocca, S., op. cit., p. 722; Roselli, F., "I mezzi", cit., p. 345.

43 Bianca, C.M.: op. cit., 5, p. 447; Bigliazzi Geri, L.: "I mezzi", cit., p. 153; D'ercole, S., op. cit., p. 182; Nicolò, R., *op. cit*., p. 931. En contra de esta posición, se manifiesta, Tribunal Mantova, 11 julio 2017, pues considera que el acto de división tiene un contenido neutro, no puede considerarse ni acto gratuito, ni oneroso. Todo ello le lleva a considerar que se aplicará el párrafo primero del art. 2901, que se refiere, en general, a todos los actos que no pueden calificarse como onerosos, por lo que, en este caso, resulta indiferente la "scientia damni" de las otras partes negociales.

44 Cass., ord., 26 enero, 2016, n. 1404; Cass., 22 enero 2015, n. 1144; Cass., 13 mayo 2008, n. 11914; Cass., 26 julio 2005, n. 15603; En este ámbito, particularmente interesante se presenta la sentencia Cass., 11 septiembre 2015, n. 17971, que reconoce al conviviente "more uxorio" el derecho a ejercitar la acción revocatoria para que venga declarado ineficaz respecto de él, el acto de enajenación a título oneroso de la casa familiar, de propriedad exclusiva del otro conviviente, si prueba que el tercero que adquiere conocía la finalidad a la que estaba dedicado el inmueble y por lo tanto el perjuicio que el acto provocaba al conviviente no proprietario.

45 Cass., ord., 25 octubre 2019, n. 27409; Cass., 15 abril 2019, n. 10443; Cass., 23 marzo 2004, n. 5741. En este sentido, la jurisprudencia ha dado razón a la ricorrente que ha impugnado la sentencia de la Corte de Appello porque había considerado oneroso la transmisión de un bien inmueble realizada por el marido a favor de la esposa en el marco de la separación consensual sin verificar si dicha transmisión constituise un acto solutorio de la obligación de mantenimiento, Cass., ord., 4 julio 2019, n. 17908, *ivi*, 2019, n. 32.

patrimonio, defraudando así el interés del acreedor, no se concretiza en un solo acto sino en una serie más o menos compleja de actos.

La norma del art. 2901 c.c. no contempla expresamente la cuestión por lo que esa requiere una labor de reconstrucción por parte del intérprete que pocas veces se ha ocupado del tema, a pesar de la frecuencia con la que en la práctica los deudores recurren a este tipo de figuras complejas.

El cuadro general de las posibles operaciones predispuestas por el deudor con esta finalidad puede ser, y de hecho es, muy variado, por lo que tiene sentido intentar formular sólo principios generales aplicables a cualquier operación o categoría de hipótesis.

En estos casos, la circunstancia de que todos los actos, además de presentar una propria caracterización individual, constituyan partes de una operación dirigida a la realización de un resultado, crea una conexión entre ellos que reviste a los presupuestos o elementos, que acabamos de examinar como indispensables, de una configuración particular.

La jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de incluir en el ámbito objetivo de la revocatoria una pluralidad de actos conexos que forman parte de un programa o diseño unitario del deudor.

El elemento que actúa como nexo que enlaza los distintos actos, haciendo de ellos una operación unitaria, es precisamente la intención del deudor de realizarlos para lograr, a través de todos ellos, el resultado de perjuicar el interés del acreedor.

El "consilium fraudis" constituye, pues, el elemento que pone en relación, que crea la conexión entre todos los actos[46].

En la mayoría de los supuestos, es posible observar además una característica peculiar en este elemento subjetivo que sirve de nexo de relación entre las distintas figuras negociales. Todos los actos están destinados no solo a alcanzar el objetivo de sustraer del patrimonio del deudor bienes que formaban parte de él, sino además a implementar una construcción jurídica que impida que el acreedor pueda ejercitar con éxito la acción revocatoria.

Se impone la consideración unitaria de este supuesto de hecho. Se trata de una operación compuesta por diversos actos negociales, cuya conexión caracteriza el elemento subjetivo, que se manifiesta en la voluntad del deudor, y eventualmente de los terceros, de obtener además de los efectos propios de cada uno de los

46 Armone, G. M.: "Collegamento negociale e revocatoria: qualche osservazione (Nota a Cass, sez. I, 6 ottobre 1994, n. 8188), *Giurisprudenza italiana,* 1995, I, 1, pp. 767 ss.

actos aislados, un coordinamiento entre éstos para la realización de una finalidad ulterior y el elemento objetivo, que se manifiesta en el nexo teleológico entre dichos actos, dirigidos a regular los intereses de las partes implicadas en el ámbito de una finalidad práctica consistente en un resultado económico unitario[47].

Se hace esencial, pues, reconocer relevancia a la conexión entre los distintos actos jurídicos, como ha hecho la jurisprudencia, para que la presencia del elemento del "consilium fraudis" funcional a la operación en su globalidad asuma una consideración propria y autónoma. En esta misma línea, los presupuestos indispensables, que acabamos de analizar, para poder ejercitar la acción revocatoria cobran una configuración específica en relación a la operación, considerada en su integridad. Es respecto de la operación que tiene que comprobarse la presencia de dichos presupuesto, sin que a estos fines sea necesario que coincidan las partes negociales de los distintos actos conexos. Y, en esta medida, pierde relevancia evaluar la presencia de los mismos en relación a cada uno de los actos aislados. La operación completa "contamina" a los actos individuales con la presencia de dichos presupuestos. Todo ello tiene importantes consecuencias operativas.

Cuando el acreedor pueda demostrar, mediante pruebas directas o indiciarias, que el deudor ha realizado una pluralidad de actos siguiendo una estrategia o un programa dirigido a obtener un resultado perjudicial para él, será posible ejercitar la acción revocatoria respecto de la operación en su integridad[48].

En primer lugar, pues, el "consilium fraudis" tiene que comprobarse respecto de toda la operación. A falta de ello, no puede hablarse ni siquiera de operación y cada acto será sometido al régimen del art. 2901 c.c. ya visto.

Por lo que se refiere, en cambio, a la posible participación del tercero o de los terceros que han realizado los actos jurídicos con el deudor, la aplicación del art. 2901 c.c. a estos casos no puede prescindir de los criterios ya indicados sobre el carácter oneroso o gratuito del acto y sobre la buena o mala fe del tercero.

Ya se ha podido observar como la clave para determinar la extensión de la revocatoria en relación a una serie de actos en los que, en algunos, ha podido, incluso, no participar el deudor, se encuentra en la presencia, en relación también a estos terceros, del elemento subjetivo del "consilium fraudis". Por tanto, la barrera o el límite, que interrumpe el propagarse de la posibilidad de que diversos actos conexos entre sí se vean afectados por la revocatoria, queda fijado por

47 Sobre la relevancia unitaria de la operación, v. Nuzzo, M.: "Contratti collegati e operazioni complesse", *Studi i onore di G. Benedetti*, II, Esi, Napoli, 2008, pp. 1227 ss.

48 Cass., 25 julio 2013, n. 18034; Cass., 23 mayo 2008, n. 13404, *ivi*, 2008, n. 20; Cass., 21 febrero 1996, n. 1341, *ivi*, 1996, n. 18; Cass., 6 octubre 1994, n. 8188; Cass., 29 octubre 1977, n. 4677. En este sentido, v. también, A. Napoli, 29 enero 2010, *Gazzetta forense*, 2010, fasc. 3, p. 67.

la ley en la adquisición del bien por terceros de buena fe a través de un título oneroso, (teniendo en cuenta, en relación a los actos indicados en el art. 2643 c.c., los efectos de la inscripción de la demanda de revocación que naturalmente se llevará a cabo en relación al sujeto que aparece como titular en el registro de la propriedad).

Todo ello nos lleva a pensar que el acreedor que procede con una acción revocatoria para poder ejercitar sucesivamente acciones ejecutivas sobre bienes que ya han salido del patrimonio del sujeto con el que el deudor había concluido un acto o se encuentran, en alguna manera, mermados en su consistencia jurídica y patrimonial (por ejemplo, porque ha sido transmitido el usufructo, o porque se ha constituido sobre ese bien una hipoteca), tendrá necesariamente que probar la presencia del "consilium fraudis" en cada uno de los terceros que hayan participado a un acto de esta cadena. La falta de una prueba de este tipo interrumpiría la cadena misma, lo cual no quiere decir que el acreedor quede privado de cualquier otro tipo de acción para poder ver resarcido el daño que las operaciones precedentes le han podido provocar, pero se tratará de otro tipo de acción y no de la acción revocatoria[49].

Lo afirmado hasta ahora requiere, sin embargo, una precisión cuando se trata de una operación compleja. Nada impide que la participación, en un momento determinado de la serie de actos, de un sujeto en buena fe, que ignora que está siendo utilizado para llevar a cabo una operación con la que se pretende defraudar a un acreedor, pueda obviarse si este sujeto no sufre ningún perjuicio derivado del ejercicio de la acción revocatoria. Podría pensarse, por ejemplo, en una operación en la que en un acto intermedio a título oneroso interviene un sujeto que no conoce la intención del deudor, ni las consecuencias que el acto que realiza puede provocar al acreedor de este sujeto (al que puede, incluso, no conocer), pero colabora sin saberlo al perfeccionamiento de la operación, instrumentalizado por el deudor o por terceros que cooperan con éste. Si la revocación de un acto sucesivo en el ámbito de la operación en su globalidad no incide sobre la situación jurídico-patrimonial de este sujeto que ha intervenido de buena fe, no tendría sentido impedir que el proyecto global de la operación pueda ser tenido en cuenta por el juez a la hora de valorar la presencia de los presupuestos de la acción revocatoria en relación a actos y sujetos que han participado a dicha operación sucesivamente respecto al tercero de buena fe.

49 Si la finalidad perseguida con la acción revocatoria no se puede obtener por el comportamiento ilícito del tercer adquirente del bien, el acreedor podrá dirigirse directamente contra este tercero para obtener un resarcimiento del daño, *ex* art. 2043 c.c., sin tener que ejercitar antes la acción revocatoria necesariamente, Cass., 13 enero 1996, n. 251, *Foro it.*, 1996, I, c. 1279 con nota de Lucchini Guastalla, E. También Cass., 6 agosto 2010, n. 18369.

La buena fe del tercero que ha concluido un acto a título oneroso tiene que impedir la extensión de los efectos de la revocatoria respecto de él. Por lo tanto, el acreedor no podrá solicitar medidas ejecutivas en relación a bienes que forman parte de su patrimonio. Todo puede cambiar, sin embargo, si los bienes o parte de esos bienes salidos del patrimonio del deudor, han pasado al patrimonio de otro sujeto que no puede calificarse de buena fe. Se trataría de un supuesto en el cual no cabría una acción revocatoria si fuese analizado de forma individual, como un acto aislado o como un segmento de una cadena de actos autónomos. Sin embargo, la conexión que la operación imprime sobre la serie de actos que la forman, exige, a nuestro modo de ver, una consideración particular de la presencia del "consilium fraudis", siempre que quede tutelada la situación adquirida a título oneroso por los terceros de buena fe.

Se hace necesario superar no solo la perspectiva atomicista che observa cada acto de forma aislada, sino también la perspectiva, siempre fragmentaria, che observa la operación como una cadena de actos ligados por una simple relación unívoca, para aprodar a una perspectiva más amplia che reconoce una conexión entre todos los actos en cuanto componentes de un unico mecanismo productor de efectos jurídicos.

Por otra parte, la constatación de la presencia de una serie de actos con los cuales se realiza el objetivo de defraudar el interés del acreedor por el menoscabo cierto del patrimonio del deudor no puede no tenerse en cuenta también a la hora de ponderar el valor de las pruebas indiciarias de la presencia del "consilium fraudis", en relación a todos los sujetos implicados.

En esta línea, la jurisprudencia mantiene una posición constante en el sentido de interpretar que, ante una pluralidad de actos de enajenación de diferentes bienes, realizada por el deudor en un breve arco temporal, el "consilium fraudis", tanto del deudor como del tercero, se presume, se considera "in re ipsa"[50].

Además, en estos casos algunas circunstancias relativas al conjunto de los actos pueden revelarse muy significativas para considerar probada la estrategia unitaria. Entre éstas, particularmente elocuente puede ser el breve período de tiempo en el que se llevan a cabo los distintos actos, los lazos de parentesco que unen a las personas implicadas, la relación de interdependencia que vincula a los diferentes actos, etc...

Será también en relación a toda la operación que podrá examinarse la presencia de los demás presupuestos necesarios para el ejercicio de la acción revocatoria,

50 Cass., 10 abril 1997, n. 3113, in *ivi*, 1997, n. 24; Cass., 8 julio 1998, n. 6676, *ivi*, 1998, n. 19; Cass, 6 abril 2005, n. 7104, *ivi*, 2005, n. 9; Cass., 27 marzo 2007, n. 7507, *ivi*, 2007, n. 27; Trib. Ferrara, 3 octubre 2019, n. 602; Trib. Pescara, 30 agosto 2017, n. 1046.

en especial, el "eventus damni" y el nexo de causalidad entre la operación y el perjuicio sufrido por el acreedor.

En este sentido, una vez constatada la presencia del elemento que enlaza y pone en conexión todos los actos, el "consilium fraudis", el nexo di causalidad y el resultado perjudicial que la operación en su conjunto provoca al acreedor "contaminan" a los diversos actos que componen la operación de esta connotación perjudicial, en cuanto instrumentos o momentos de un diseño más amplio finalizado a un resultado lesivo para el acreedor, independientemente de la constatación concreta y particular en relación a cada uno de ellos de forma aislada.

Este planteamiento está a la base de la jurisprudencia que, de forma constante, ha afirmado que: "a los efectos de la acción revocatoria, se considera lesivo del crédito anterior también el acto oneroso conexo a uno o a más actos sucesivos, de forma que todos resultan conducir, en base al breve período en que se han realizado o a otras circunstancias, al mismo resultado perjudicial. En este caso el acreedor que ejercita la acción revocatoria no está obligado a impugnar el último o los últimos actos con los cuales se perfecciona la destrucción total de la garantía de su crédito, sino que puede hacer objeto de su impugnación el acto que resulte más significativo desde un punto de vista económico o que mejor haga emerger los elementos del fraude"[51]. Añade, además, la jurisprudencia que: "en presencia de una sucesión de actos dispositivos del deudor en un breve arco de tiempo [....] puede solicitar la ineficacia de uno de tales actos, si bien, en el momento en el que se ha llevado a cabo dicho acto, éste no haya determinado por sí mismo, sino junto con la realización de los actos sucesivos de la serie fraudulenta, el perjuicio de su interés"[52].

Adquiere, pues, una configuración particular sea el "eventus damni" que el nexo de causalidad entre los actos jurídicos realizados y el perjuicio del acreedor.

Precisamente la posibilidad reconocida por la jurisprudencia de ejercitar la acción en relación a uno solo de los actos de la operación o a varios de ellos, sin necesidad de implicar a todos, hace oportuno afrontar las distintas articulaciones posibles de este tipo de operaciones y su relevancia en relación a la revocatoria.

Uno de los más sencillos esquemas posibles consiste en una pluralidad de actos de enajenación, a través de los cuales, el deudor pretende sustraer de

51 Cass., 23 mayo 2008, n. 13404, *ivi*, 2008, n. 20. En este mismo sentido, Cass., 28 septiembre 2015, n. 19129, *ivi*, 2015, n. 16; Cass., 22 marzo 2013, n. 7250; Cass., 9 abril 1965, n 624. Siguiendo esta línea interpretativa, Cass., 15 abril 2019, n. 10498, ha considerado que la acción revocatoria que tiene por objeto el acto constitutivo de un trust puede dar lugar a la declaración de ineficacia del acto de aportación en cuanto éste depende del acto constitutivo y en este último encuentra la causa justificativa (en esta misma línea, Cass. Sez. III, 27 junio 2018, n. 16897. Una posición contraria, en cambio, ha mantenido A. Trento, 6 noviembre 2018, *Trusts*, 2019, p. 549; T. Milano, 2 julio 2018.

52 Cass., 29 noviembre 1977.

su patrimonio los bienes que lo componen. Algunos, incluso, pueden haberse realizado antes de la constitución del crédito. En estos casos, como hemos visto, la jurisprudencia, a través de una serie de presunciones, entre las que sobresale el breve arco temporal en el que estos actos se llevan a cabo, considera probado el "consilium fraudis" "in re ipsa" y reconoce al acreedor la facultad de ejercitar la acción revocatoria también sólo en relación a los actos que considere más convenientes para la satisfacción de su interés.

La cuestión se presenta más articulada y compleja cuando tales operaciones están estructuradas en una serie de actos de distinta naturaleza y con efectos diferentes.

Es posible que algunos de estos actos, considerados de forma individual, no produzcan inmediatamente efectos reales sino obligatorios y que prevean una contraprestación, sin que pueda por tanto atribuirse directamente un efecto perjudicial para el acreedor. Puede tratarse, incluso, de actos que, examinados de forma aislada, podrían no presentar de forma inmediata los presupuestos indispensables, previstos por el art. 2901 c.c., para justificar el ejercicio de una acción revocatoria por parte del acreedor, pero precisamente por formar parte de una operación más amplia pueden verse afectados por dicha acción.

La jurisprudencia, en esta línea, en numerosas ocasiones ha sostenido una interpretación amplia del ámbito de actuación de la acción revocatoria. En un caso, por ejemplo, en el que el deudor, en el mismo día, había procedido a la disolución de la comunión de gananciales y a la transmisión al cónyuge de la cuota del 50% del inmueble, que constituía su único bien. La Suprema Corte, ante el recurso presentado por el deudor en el que éste sostenía la imposibilidad de declarar revocado el acto de disolución de la comunión de gananciales por no tratarse de un acto dispositivo, sin entrar a calificar el acto de división, lo considera, en todo caso, objeto de la acción revocatoria en cuanto acto conexo, prodrómico e indispensable, respecto al acto de transmisión, formando con éste una operación predispuesta para la realización de un resultado lesivo de los intereses del acreedor[53].

Objeto, pues, de la revocatoria es la operación que extiende el "consilium damni", el "eventus damni" y el nexo de causalidad a todos los actos a través de los cuales, ésta se lleva a cabo.

El intento de afirmar criterios generales, que eviten además el riesgo de expansiones excesivas de la acción revocatoria que podrían incidir negativamente sobre la seguridad de las relaciones jurídicas con las consecuencias que ello

53 Cass., 28 septiembre 2015, n. 19129, cit.

povocaría en términos de ineficacia del sistema, lleva al intérprete a analizar algunos casos en los que la jurisprudencia ha afrontado la cuestión del alcance de la revocatoria en relación a supuestos de hecho que constituyen operaciones con actos conexos.

En este sentido, se observa una jurisprudencia constante en el reconocer que quedan excluidos de la revocatoria los actos de disposición que se hayan realizado para obtener la liquidez necesaria para poder satisfacer una deuda vencida. Esta jurisprudencia parte de la norma del art. 2901 c.c. que, como hemos ya tenido ocasión de observar, exime del régimen de la acción revocatoria el cumplimiento de la deuda vencida. Se considera que, así como queda excluido el pago con dinero que ya se encontraba en el patrimonio del deudor, lo deben ser también los actos que el deudor realice con la finalidad de convertir bienes de su propriedad en el dinero necesario para pagar la deuda ya vencida. Por otra parte, este razonamiento se sitúa en línea con todo lo indicado anteriormente, pues la finalidad misma de cumplir una obligación vencida y exigible se considera una justificación válida que excluye la presencia del "consilium fraudis"[54].

Incluso si el deudor conociese las consecuencias perjudiciales del acto de pagar la obligación vencida, el hecho de tratarse de actos preparatorios del cumplimiento de un deber cubre de eximente dichos actos. La jurisprudencia incluye en esta misma exclusión a los actos que se realizan con esta finalidad. En estos casos, recae sobre el deudor la carga de la prueba del propósito por el que ha llevado a cabo el acto de disposición[55].

Todo este razonamiento está en pie, pero a ciertas condiciones. En efecto, la jurisprudencia misma, en numerosos casos, exige para que pueda reconocerse esta eximente que la realización del o de los actos de disposición sea el único modo que tenía el dudor para poder obtener el dinero suficiente para pagar la deuda vencida[56]. A esta condición consideramos que sea preciso, por coherencia con el régimen y con la "ratio" de la acción revocatoria, añadir, por lo menos, otra. Será necesario que el acto de disposición haya previsto una contraprestación proporcionada, desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, del bien que sale del patrimonio del deudor. Si así no fuese, el acreedor podría ejercitar la acción revocatoria por la diferencia, en cuanto el tercero habría recibido más de lo que era necesario al deudor para pagar su deuda. Ha salido del patrimonio del deudor más de lo que era objeto de su obligación.

54 Cass., 22 junio 2009; Cass., 13 mayo 2009, n. 11051; Cass., 21 julio 2006, n. 16752; Cass., 20 luglio 2004, n. 13435, *ivi*, 2004, n. 14; Cass., 6 agosto 2002, n. 11764, *ivi*, 2002, n. 13. En doctrina, v. specialmente, Bertino, L.: "La revocatoria dei contratti strumentali all'adempimento di un debito scaduto", *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010, II, pp. 140 ss.

55 Cass., 8 septiembre 2016, n. 17766, *ivi*, 2016, n. 36.

56 Cass., 19 abril 2016, n. 7747, *ivi*, 2016, n. 35; Cass., 7 junio 2013, n. 14420, *ivi*, 2013, n. 31; Cass., 13 mayo 2009, n. 11051, *ivi*, 2009, n. 29.

En caso de que, una vez saldado la deuda vencida, al deudor le reste todavía una suma de dinero, podrán ser objeto de revocatoria los actos con los que se disponga de la misma[57].

Siguiendo los pasos de la jurisprudencia ya indicada, no quedarán exentos de la revocación los actos dispositivos realizados para pagar una deuda vencida si dan lugar a una forma de pago diversa de la que se había establecido originariamente.

Otro tipo de operación que ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia y por la doctrina es la que se realiza a través de la estipulación de un precontrato o contrato preliminar seguido de un contrato definitivo. En relación a este tipo de contratación, es posible distinguir diversas teorías. Algunos autores y una parte de la jurisprudencia han considerado que no fuese posible ejercitar la acción revocatoria en relación al precontrato, en cuanto este negocio jurídico no produce efectos reales, por lo que el efectivo perjuicio que el acreedor podría lamentar no derivaría directamente del precontrato[58]. Si acaso, según esta teoría, se podría revocar el contrato definitivo[59]. Otros autores y algunas sentencias, en cambio, han considerado el contrato definitivo como un acto obligado para el deudor y, aplicando la exención relativa a los actos obligatorios, no podría ser objeto de la acción revocatoria. Para esta última teoría, no puede admitirse una acción revocatoria sin impugnar el precontrato, que sería el acto fuente de la operación que producirá el perjuicio al acreedor[60].

Últimamente se ha consolidado una línea jurisprudencial que hace hincapié en la necesidad de comprobar la presencia del requisito del "eventus damni" en el momento en el que se estipula el contrato definitivo y del "consilium fraudis" en el momento en el que se ha estipulado el precontrato, en relación al sujeto que con esta operación pretende disponer de un bien y al sujeto que quiere adquirir el bien[61].

57 Cass., 22 junio 2009, n. 14557, *ivi*, 2009, n. 30; Cass., 20 luglio 2004, n. 13435, cit.

58 Cass., 18 agosto 2011, n. 17365, *ivi*, 2011, n. 18; Cass., 16 abril 2008, n. 9970.; Cass., 15 octubre 2004, n. 20310.

59 En favor de la tesis que admite la posibilidad de ejercitar la acción revocatoria en relación sólo al contrato definitivo, independientemente de la impugnación del contrato preliminar, v., Cass., 16 marzo 2021, n. 7281; Cass., 18 febrero 2020, n. 4010; Cass., 27 junio 2018, n. 16896; Cass., 12 junio 2018, n. 15215; Cass., 20 agosto 2009, n. 18528, *ivi*, 2009, n. 19; Cass., n. 20310, *ivi*, 2004, n. 13.

60 Cass., 16 abril 2008, n. 9970; Cass., 4 julio 2006, n. 15265, con nota di D'AURIA; A. Torino, 12 noviembre 2004, *Foro padano*, 2006, I, p. 90; T. Cagliari, 31 agosto 2017; T. Nola, 21 marzo 2011.
Estas distintas teorías responden, en realidad, a concepciones diferentes de la secuencia precontrato-contrato defintivo. Para la teoría expuesta en primer lugar, el contrato definitivo viene concebido como un acto meramente ejecutivo, cuyos elementos esenciales se encuentran intrinsecamente ligados con el precontrato. Sin embargo, para la teoría expuesta en segundo lugar, el contrato defintivo, constituye un contrato, en todo caso, completo, autónomo e punto de referencia de sus elementos esenciales (v. entre todos).

61 Cass., 20 septiembre 2018, n. 1438; Cass., ord., 12 junio 2018, n. 15215; Cass., 18 agosto 2011, n. 17365, *ivi*, 2011, n. 18; Cass., 16 abril 2008, n. 9970.

Si la operación se ha concluido, la cuestión puede encontrar en esta línea interpretativa la propria solución, resta el interrogante acerca de la posibilidad de ejercitar la acción revocatoria respecto del precontrato, incluso antes de que se haya concluido el contrato definitivo. Podría pensarse que la jurisprudencia vinculando el "eventus damni" al contrato definitivo, se alinea irremediablemente con la teoría que, junto con el preliminar o aisladamente, considera que objeto de la revocatoria puede ser sólo el contrato definitivo. En realidad, esta jurisprudencia trata la presencia de estos dos elementos en relación a la realización de la operación en su conjunto.

Todo ello no impide a nuestro modo de ver, que, en algunos casos, pueda observarse, en relación a la conclusión del precontrato, sea el "consilium fraudis" que el "eventus damni". Si, como sostiene la doctrina y la jurisprudencia, el acto jurídico, objeto de la revocatoria, puede tratarse de la asunción de una obligación, será necesario examinar el caso concreto para verificar si ya de la estipulación del precontrato puede resultar un perjuicio para el interés del acreedor. Será preciso analizar el contenido del contrato que se ha obligado a estipular, el balance entre las obligaciones y los derechos que de este precontrato se derivan para el patrimonio del deudor, desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo. Ya el estar obligado a realizar un programa contractual, que pueda menoscabar el proprio patrimonio, representa una situación subjetiva pasiva que incide en el proprio patrimonio, si bien no se traduzca en la sustracción inmediata de un bien[62].

De nuevo se atribuye al elemento del "consilium fraudis" la clave del alcance de la revocación[63].

A la luz de estos criterios es posible afrontar algunas hipótesis propuestas en la práctica, la cual se enriquece constantemente de nuevos esquemas de operaciones predispuestas para defraudar un acreedor.

Una categoría particular de este tipo de operaciones con las cuales el deudor pretende menoscabar la consistencia del proprio patrimonio se observa en los casos en los que se da vida a una serie de actos que desembocan en la constitución de una figura jurídica con la que se lleva a cabo la segregación de patrimonios, es decir, se crea un patrimonio autónomo respecto al del deudor y en el que terminan

62 La jurisprudencia, en cambio, mantiene una posición uniforme en relación a la imposibilidad de ejercitar la acción revocatoria en el caso en el que haya sido emanada una sentencia constitutiva *ex* art. 2932 que produce los efectos del contrato preliminar que una parte no ha querido estipular, v. Cass., 28 noviembre 2011, n. 19804; Cass., 11 octubre 2006, n. 21813; Cass., 16 enero 1992, n. 497. En doctrina numerosos autores se han manifestado en sentido contrario, en cuanto la sentencia está fundada en un acto negocial y en éste encuentra su fuente mediata, v., por todos, Bianca, C. M., op. cit., p. 451.

63 Cass., 16 abril 2008, n. 9970; Cass., 18 agosto 2011, n. 17365; Cass., 12 junio 2018, n. 15215, *ivi*, 2018, nn. 16-17.
En doctrina, v., Cavazzana D., Cevasco, P.: "Preliminare, revocatoria e consensualismo traslativo", *Notariato*, 2010, pp. 144 ss.; Mastropietro, B.: "Contratto preliminare e azione revocatoria ordinaria", *Rassegna di diritto civile*, 2011, pp. 801 ss.

por confluir algunos o todos los bienes que antes constituían el patrimonio de éste último. En algunos casos, como son los que llevan a la constitución de un fondo patrimonial, en cuanto patrimonio autónomo destinado a sostener los gastos y las necesidades de la familia o a la constitución de un trust, la posible extensión de la acción revocatoria parece menos problemática. En este ámbito, la jurisprudencia se muestra constante en considerar la constitución del fondo patrimonial o del trust un acto a título gratuito y, por lo tanto, revocable siempre que se pueda probar que quien ha aportado el bien al fondo tenía conocimiento de que, de este modo, sustraía dicho bien a la garantía del acreedor y por tanto le provocaba un perjuicio[64].

Mayores problemas reconstructivos plantea este tema cuando se enlaza con cuestiones relativas a la constitución de personas jurídicas. En especial el tema se ha presentado con enorme relevancia en relación al ejercicio de la acción revocatoria respecto de un acto de escisión de una sociedad. Con la escisión, los bienes de una sociedad se dividen entre los patrimonios de otras sociedades. Esta dispersión se produce a través de una serie de actos que la ley dota de una particular regulación en la que juega un papel determinante la protección del interés a dar estabilidad a la nueva configuración subjetiva resultante de la operación, a tutela de los socios, de los acreedores de las nuevas sociedades, en general, de los sujetos con las que éstas últimas instauran relaciones jurídicas, y de la certeza del tráfico jurídico y del mercado[65]. En particular, después de algunas sentencias que negaban la posibilidad

64 Cass., 30 junio 2015, n. 13343; Cass., ord., 18 julio 2014; Cass., 29 abril 2009, n. 10052; Cass., 7 octubre 2008; Cass., 8 agosto 2007, n. 17418; Cass., 7 julio 2007, n. 15310, *ivi*, 2007, n. 18; Cass., 17 enero 2007, n. 966, *Giust. Civ.*, 2007, I, p. 596; Cass., 13 julio 2006, n. 15917; Cass., 31 maggio 2005, n. 11582, *ivi,* 2005, n. 6.; Cass., 7 marzo 2005, n. 4933, *ivi*, n. 4; Cass., 23 septiembre 2004, n. 19131, *ivi*, 2004, n. 11; Cass., 2 septiembre 1996, n. 8013; Cass., 18 marzo 1994, n. 2604; T. Padova, 19 junio 2017.
Sulla revocabilità del acto de transmisión de bienes a un trust, T. Cassino, 8 enero 2009; T. Monza, 12 enero 2015; T. Monza, 20 enero 2015; T. Massa, 24 septiembre 2014; A. Venezia, 8 enero 2015; A. Venezia, 9 enero 2015; T. Piacenza, 6 julio 2015; T. Modena, 16 junio 2015; T. Siena, 22 mayo 2015; T. Pavia, 4 junio 2015; T. Sassari, 20 febrero 2015; T. Udine, 2 enero 2015; T. Novara, 1 marzo 2016; T. Bergamo, 4 noviembre 2015; T. Milano, 19 octubre 2015; A. Brescia, 28 febrero 2017; T. Bologna, 18 enero 2018; Cass., 3 agosto 2017, n. 19376; Cass., 4 abril 2019, n. 9320.
En relación a otras hipótesis de constitución de un patrimonio separado, v. Cass., 13 febrero 2020, n. 3697; Cass., 15 noviembre 2019, n. 29727.
En doctrina sulla revocatoria de los actos de destinación patrimonial, v., entre otros, Bonini, R. S.: "Dall'azione revocatoria all'espropriazione anticipata: la tutela dei creditori rispetto agli atti di disposizione", *Giurisprudenza itaiana*, 2016, p. 231.
En relación con la aplicación de la revocatoria en el ámbito del procedimiento de adquisición de un bien a través de la secuencia constituida por el precontrato y el contrato definitivo, la jurisprudencia ha afirmado asimismo que cuando el sujeto que se ha obligado a vender, antes de estipular el contrato definitivo, venda el bien a otro sujeto distinto a aquel con el que había concluido el precontrato, éste último podrá ejercitar la acción revocatoria, pero ésta no producirá el efecto de hacerle adquirir la propriedad del bien, sino que servirá solo a garantizar el resarcimiento del daño sufrido como consecuencia del incumplimiento del precontrato (Cass., 10 octubre 2008, n. 25016).

65 Por lo que se refiere a la hipótesis diferente de extinción de la sociedad deudora, el acreedor puede continuar o puede ejercitar la acción revocatoria. En este caso, los legitimados pasivos de esta acción serán los distintos socios, que suceden a la sociedad en las relaciones activas y pasivas que todavía no se hayan extinguido y que tendrán que responder por las obligaciones de aquella, en base al régimen jurídico relativo a las deudas de la sociedad al que estaban sometidos durante la vida de ésta última (Cass., 19 octubre 2016).

de considerar el acto de escisión objeto de revocatoria, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha terminado por admitir constantemente dicha revocación.

Las sentencias que se habían pronunciado a favor de la exclusión habían basado sus argumentaciones, fundamentalmente, en la predisposición por parte de la normativa reguladora de la escisión de sociedades de una serie de instrumentos, diferentes a la revocatoria, pero todos ellos previstos para tutelar los intereses de los acreedores de la sociedad existente antes de la escisión. Según esta posición, dichos instrumentos ya ofrecen tutela a los acreedores en este caso en particular y, por tanto, absorben la función que la revocatoria estaría llamada a desarrollar, adaptándose, además, mejor a las exigencias particulares de este proceso caracterizado por la necesidad de garantizar estabilidad a la operación extraordinaria realizada[66]. La cuestión ha sido objeto, en doctrina y jurisprudencia, de un intenso debate, sólo, en parte, atenuado por la línea constantemente seguida en el último período por la jurisprudencia a favor de la admisión de la revocatoria en estos casos[67].

La práctica, además, nos revela una gama de casos todavía más compleja cuando la escisión de la sociedad forma parte de una operación más espinosa dirigida a perjudicar a un acreedor que no lo es de la sociedad, sino de uno de los socios. En este caso, a la escisión de la sociedad se llega después de que el deudor se haya desecho de un paquete accionario de su propriedad, transmitiéndolo a otro sujeto que participa conscientemente al desarrollo de la operación (por ejemplo, a un pariente que, a cambio de una contraprestación desproporcionada, adquiere la condición de socio). Este cómplice y el otro u otros socios, de acuerdo entre ellos, aprueban la escisión de la sociedad, que, además, para asegurarse mejor el

66 La posición de la doctrina y la jurisprudencia que sostiene que no queda espacio para el ejercicio de la acción revocatoria en relación a la escisión de una sociedad considera que la tutela de los intereses de los acreedores de la sociedad escindida quedan protegidos por el derecho que la ley les reconoce a oponerse a la operación de escisión y por la responsabilidad solidaria atribuida a las sociedad resultantes de la escisión frente a los acreedores de la escindida, por lo que la función de la revocatoria, en este particular caso, queda absorbida por estas otras medidas. Además se invoca la consideración unitaria de los aspectos organizativos y patrimoniales que caracteriza la regulación de la escisión de sociedades. La separación de patrimonios que se lleva a cabo con la escisión no es el resultado de una operación referida directamente a los distintos elementos que componen el patrimonio de la sociedad escindida, sino que es consecuencia de una operación con la que se interviene y se modifica la configuración organizativa de la actividad empresarial. Admitir la posibilidad de modificar "ex post" las consecuencias patrimoniales de este acto implicaría admitir la posibilidad de eliminar o reducir el alcance de la nueva configuración organizativa que en ese entramado patrimonial se basa. Lo cual quedaría precluido por el art. 2504 *quater*, c.c., al que reenvía el art. 2506 *ter* en materia de escisión.

67 La jurisprudencia considera que la acción revocatoria es admisible, incluso, a pesar de que se haya podido ejercitar la oposición preventiva de los acreedores sociales, *ex* art. 2503 c.c., en cuanto la primera tiende a obtener la ineficacia relativa del acto de escisión para hacerlo inoponible al acreedor perjudicado, en cambio, con la segunda se contesta la validez del acto, Cass., 29 enero 2021, n. 2153; Cass., 4 diciembre 2019, n. 31654. Sobre el debate planteado en doctrina, v., entre otros muchos, Angelici, C.: "La revocatoria della scissione nella giurisprudenza", *Rivista del diritto commerciale,* 2014, II, pp. 120 ss.; Fimmanò, F.: "Scissione societaria ed irrevocabilità della circolazione del patrimonio", *Società,* 4/2019, pp. 471 ss.; Pototschnig, P.: "Corte di Giustizia e cassazione convergono sulla revocabilità della scissione", *Società*, 4/2020, pp. 471 ss.; Rivieccio, L.: "Tutela dei creditori sociali tra azione revocatoria e scissione societaria (Nota a T. Napoli, 18 febbrario 2013), *Giurisprudenza commerciale,* 2014, II, pp. 1925 ss.

éxito de la operación defraudatoria, podría ser asimétrica (de acuerdo con el art. 2506, párrafo 2, c.c.), dando lugar a la constitución de dos nuevas sociedades, con dos patrimonios diferentes, también éstos asimétricos. El pariente del deudor, en nuestro ejemplo, podría resultar socio sólo de una de estas sociedades, titular de una parte sólo de los bienes que pertenecían a la sociedad existente antes de la escisión. De esta forma, se habría perdido toda relación con los bienes que forman el patrimonio de la otra sociedad constituida con la escisión y de la que el pariente del deudor ya no es socio.

Por efecto de la escisión asimétrica, la participación objeto del acto dispositivo del deudor no existe, pues, en lo que podríamos calificar su "consistencia sustancial" originaria. Esta se ha "convertido" en una participación como socio de una sociedad titular de una parte sólo de los bienes originarios, que, llegados a este punto, podría, incluso, tratarse de bienes fácilmente ocultables. Por otro lado, esta participación podría comportar un régimen jurídico diferente respecto a la participación transmitida por el deudor, en cuanto la sociedad originaria podría tener una naturaleza diferente a las que se han constituido con la escisión. Por ejemplo, la sociedad originaria podría tratarse de una sociedad a responsabilidad limitada y, la nueva sociedad, al tener un único socio, el pariente del deudor, quedará sometida a un régimen diferente en el que dicho socio queda expuesto a la responsabilidad ilimitada por las obligaciones sociales, con el consiguiente riesgo para su patrimonio.

Aplicando los principios o criterios que hemos construido en relación a la revocatoria respecto de operaciones complejas, consideramos que para restaurar la garantía del acreedor, perjudicada por la serie de actos que hemos hipotizado, la acción revocatoria afectará, en primer lugar, al acto con el que el deudor ha transmitido el paquete accionario al pariente. Además, si se logra demostrar el "consilium fraudis" del socio, de acuerdo con el cual se ha aprobado la escisión, se podrá hacer objeto de la revocatoria también este acto. Todo ello, sin embargo, puede no ser suficiente para llegar a restaurar la garantía del acreedor. La participación societaria que constituía el bien del deudor no existe ya, en sustancia "se ha convertido" en una participación en dos nuevas sociedades. Dicha participación, de hecho, no puede quedar determinada por las decisiones tomadas por los sujetos que han participado al "consilium fraudis", por lo que la configuración asimétrica de la escisión no puede tampoco producir efectos respecto del acreedor. Todo ello llevaría a considerar que, en estos casos, la participación del deudor no puede sino concretarse en una participación proporcional a la cuota originariamente detenida en la sociedad escindida, en las dos sociedades nacidas a raíz de la escisión.

En conclusión, el análisis de los presupuestos necesarios para el ejercicio de la acción revocatoria ante una operación compuesta por diversos actos conexos no puede no tener en cuenta la diversa configuración que estos presupuestos adquieren en relación a la operación en su conjunto, atenuándose la relevancia de la búsqueda pormenorizada de los mismos en relación a los distintos actos aislados. La operación en su conjunto "colora de fraude" todos y cada uno de los actos que la forman.

No puede, de todas formas, olvidarse que el aparente alcance "iconoclasta" de esta conclusión es muy relativo, pues, la revocatoria no incidirá sobre la validez de los actos realizados, éstos no producirán efectos únicamente en relación al acreedor que ha ejercitado la acción y sólo en la medida necesaria para hacer posible un remedio ejecutivo por un valor equivalente al perjuicio sufrido. En relación a los demás efectos y a los demás sujetos, dichos actos continuarán siendo válidos y eficaces, de acuerdo con las normas propias de los mismos.

BIBLIOGRAFIA

Angelici, C.: "La revocatoria della scissione nella giurisprudenza", *Rivista del diritto commerciale,* 2014, II, pp. 120 ss.

Armone, G. M.: "Collegamento negociale e revocatoria: qualche osservazione (Nota a Cass. Sez. I, 6 ottobre 1994, n. 8188), *Giurisprudenza italiana,* 1995, I, 1, pp. 767 ss.

Bello, A.: "Revocatoria dell'atto di scissione: una questione aperta", *Giurisprudenza commerciale*, 2019, pp. 393 ss.

Betti, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2ª parte, IV, Giuffrè, Milano, 1955.

Bianca, C.M.: *Diritto civile 5. La responsabilità*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2021.

Bigliazzi Geri, L.: "Revocatoria (azione)", *Enciclopedia diuridica*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1991.BIGLIAZZI GERI, L.: "Dell'azione revocatoria", *Commentario del codice civile , Libro VI,* t. quarto, 2ª ed., Utet, Torino, 1980.

Bregoli, A.: *Effetti e natura della revocatoria*, Giuffrè, Milano, 2001.

Bregoli, A.: "Artt. 2901-2904", *Commentario del codice civile,* dir. P. CENDON, Utet, Torino, 1991, pp. 531 ss.

Corbo, N.: *La tutela dei diritti*, ed. V, Giappichelli, Milano, 2020.

Cossu, C.: "Revocatoria ordinaria (azione), *Digesto civile*, Utet, Torino, 1998, vo. XVII, pp. 454 ss.

D'agnolo, A.: "L'azione revocatoria ordinaria nella recente evoluzione giurisprudenziale", *La nuova giurisprudenza civile* commentata, 2001, II, p. 330 ss.

D'ercole, S.: "L'azione revocatoria", *Trattato di diritto privato*, dir. P. Rescigno, 20, *Tutela dei diritti*, tomo secondo, Utet, Torino.

Dalfino, G.: "Art. 2901", *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di P. Perlingieri, L. VI, Utet, Torino, 1980, pp. 478 ss.

De Martini, A.: "Azione Revocatoria (diritto privato)", *Nuovissimo digesto italiano*, Torino, 1958, p. 155.

Dimartino, G.: "Revocatoria (azione)", *Enciclopedia giuridica*, XXXVII, aggiornamento, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 2001.

Distaso, N.: "I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale", *Giurisprudenza sistematica d diritto civile e commerciale*, dir. W. Bigiavi, Utet, Torino, 1973.

Eula, E.: "Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale", *Commentario Codice civile*, "artt. 2901-2904", dir. M. D'amelio y E. Finzi, G. Barbèra Editore, Firenze, 1943.

Fimmanò, F.: "Scissione societaria ed irrevocabilità della circolazione del patrimonio", *Società* 4/2019, pp 471 ss.

La Rocca, S.: "Dell'azione revocatoria", en *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, coord.. G. Perlingieri, *Libro Sesto,* "Della Tutela dei diritti. Artt. 2643-2969", ESI, Napoli, 2010, pp. 706 ss.

Lucchini Guastalla, E.: "Azione revocatoria ordinaria", *Rivista di diirtto civile*, 1998, II, p. 423.

Maffei Alberti, A.: *Il danno nella revocatoria*, Cedam, Padova, 1970, pp. 112 ss.

Monteleone, G.: "Dell'azione revocatoria", *Commentario del codice civile*, dir. E. Gabrielli, coord. G. Bonilini y A. Chizzini, *artt. 2784-2906*, Utet, Torino, 2015, pp. 770 ss.

Natoli, U., *Azione revocatoria ordinaria*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959.

Natoli, U., Bigliazzi Geri, L.: *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale: le azioni surrogatoria e revocatoria*, Giuffrè, Milano, 1974.

Nicolò, R.: "Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale", in *Commentario del codice civile,* Scialoja-Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1960, pp. 194 ss.

Nuzzo, M.: "Contratti collegati e operazioni complesse", *Studi in onore di G. Benedetti,* II, ESI, Napoli, 2008, pp. 1227 ss.

Pototschnig, P.: "Corte di Giustizia e cassazione convergono sulla revocabilità della scissione", *Società*/4/2020, pp. 471 ss.

Ragusa Maggiore, G.: "L'azione revocatoria appartiene ai diritti potestativi. Breve discorso sul metodo", *Vita. notarile,* 1996, pp. 1158 ss.

Rivieccio, L.: "Tutela dei creditori sociali tra azione revocatoria e scissione societaria", *Giurisprudenza commerciale,* 2014, II, pp. 1925ss.

Rocco Di Torrepadula, N.: *Partecipazione in società e revocatoria*, Giuffrè, Milano, 2001.

Roselli, F.: "La garanzia patrimoniale dell'obbligazione", en AA. VV.: *Attuazione e tutela dei diritti*, II, *L'attuazione dei diritti*, en *Diritto Civile*, dir. N. Lipari y P. Rescigno, coord. A. Zoppini, Giuffrè, Milano, 2009.

Roselli, F.: "I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale", *Giurisprudenza sistematica d diritto civile e commerciale,* fundada por W. Bigiavi, Utet, Torino, 1990.

Trisorio Liuzzi, G.: "Artt. 2902-2903", *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di P. Perlingieri, L. VI, Utet, Torino, 1980, pp. 485 ss.

Vitalone, V.: *Azione revocatoria ordinaria*, AA.VV., in *Le azioni revocatorie: la disciplina, il processo*, a cura di V. Vitalone, U. Patroni Griffi, R. Riedi, Utet, Torino, 2014, pp. 3 ss.

IN TEMA DI AZIONE REDIBITORIA E QUASI REDIBITORIA

IN THEME OF REDHIBITORY AND ALMOST-REDHIBITORY ACTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2076-2091

Luigi
GAROFALO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Rievocato lo statuto normativo, di conio romano, dell'azione redibitoria, nel saggio si dà conto dell'attuale regime giuridico italiano del mezzo, i cui caposaldi sono fissati nel codice civile del 1942. Rispetto a un punto del medesimo, viene valorizzato un insegnamento di Cesare Massimo Bianca, meritevole di essere seguito anche nei contenziosi in cui il compratore agisce fruttuosamente contro il venditore con l'azione quasi redibitoria che gli concede il codice del consumo del 2005, per questa parte in attesa della riforma imposta dalla direttiva 2019/771/UE.

PALABRAS CLAVE: Azione redibitoria; Diritto romano; Diritto italiano vigente; Codice civile del 1942; Azione quasi redibitoria; Codice del consumo del 2005; Direttiva 2019/771/UE.

ABSTRACT: *After recalling the fundamental principles of the redhibitory action, which were laid down by the Romans, the essay addresses the current Italian legal regulation of this remedy, whose cornerstones are enshrined in the Civil Code of 1942. With reference to a specific issue, the essay enhances a solution by Cesare Massimo Bianca, which deserves to be followed even in disputes in which the buyer brings against the seller the quasi-redhibitory action that is granted to him by the Consumer Code of 2005 (in this respect awaiting the reform required by Directive 2019/771/EU).*

KEY WORDS: *Redhibitory action; Roman law; Current Italian law; 1942 Italian Civil Code; Quasi-redhibitory action; 2005 Consumer Code; Directive 2019/771/EU.*

SUMARIO.- I. LA QUESTIONE OGGETTO DI ANALISI.- II. SULL'AZIONE REDIBITORIA NEL DIRITTO ROMANO. III. SULL'AZIONE REDIBITORIA NEL DIIRTTO ITALIANO VIGENTE.- IV. L'INSEGNAMENTO DI CESARE MASSIMO BIANCA.- V. SULL'AZIONE QUASI REDIBITORIA DEL CODICE DEL CONSUMO.- VI. ESTENSIONE DELL'INSEGNAMENTO DI BIANCA.- VII. LA DIRETTIVA 2019/771 UE.

I. LA QUESTIONE OGGETTO DI ANALISI.

Riprendo un argomento del quale mi sono occupato in più saggi: quello della tutela redibitoria assicurata al compratore di un bene viziato in seno al diritto romano, sopravvissuta con qualche distorsione nella lunga stagione del *ius commune* e poi variamente penetrata nelle codificazioni nazionali, tra le quali quelle italiane del 1865 e del 1942.

Non è peraltro mia intenzione tornare e tanto meno insistere sulle proposte ricostruttive che ho già avanzato, nate tutte, ove si abbia riguardo al nostro ordinamento ancora vigente, dal confronto con la migliore dottrina, capeggiata – è il caso di sottolinearlo – da Cesare Massimo Bianca, autore di due notissimi volumi sulla vendita e la permuta, pubblicati in seconda edizione nel 1993 per i tipi dell'Utet (a venire qui in rilievo sono le pp. 884 e seguenti dell'opera). Voglio piuttosto segnalare la soluzione che lo studioso, nel cui dolce e indelebile ricordo scrivo queste pagine, offre al problema che si apre quando il compratore di un bene viziato agisca con ragione contro il venditore per la risoluzione del contratto e la condanna di costui alla restituzione del prezzo, senza che il convenuto, qualunque sia la posizione da lui assunta rispetto alla prima domanda, chieda la condanna dell'attore alla restituzione del bene non perito in conseguenza dei vizi.

A ben vedere, si tratta di un problema non sempre adeguatamente avvertito in letteratura, che nemmeno si poneva nel sistema romano, in conseguenza della struttura propria della formula dell'azione redibitoria. Se all'acuto occhio indagatore di Bianca ne dobbiamo dunque la nitida individuazione, alla sua sensibilità giuridica, che ricorda quella dei *prudentes* classici, dobbiamo un modo di superarlo che recupera nella sostanza il regime dell'antico mezzo processuale, che proprio quei giuristi avevano concorso a elaborare. Da questo regime conviene allora partire.

II. SULL'AZIONE REDIBITORIA NEL DIRITTO ROMANO.

In forza della disposizione iniziale dell'editto degli edili curuli *de mancipiis vendundis*, per buona parte testualmente riportato – nella redazione definitiva

• Luigi Garofalo
Ordinario di Diritto romano e di Fondamenti del diritto europeo, Università di Padova. E-mail: luigi.garofalo@unipd.it

forse ascrivibile a Giuliano – da Ulpiano in D. 21.1.1.1, il venditore aveva l'obbligo di dichiarare al compratore ogni difetto fisico (non apparente) da cui lo schiavo negoziato fosse affetto (*morbus vitiumve*, secondo la terminologia ivi impiegata), nonché taluni particolari vizi morali e giuridici di questo, quali l'essere il servo *fugitivus* oppure *erro* (vale a dire incline alla fuga o al vagabondaggio e che avesse manifestato attraverso determinati comportamenti la sua tendenza) e, rispettivamente, *noxa non solutus* (cioè autore di un delitto che esponesse l'acquirente, in quanto nuovo *dominus*, a responsabilità nossale). Ancora il venditore, giusta un'altra e probabilmente più recente prescrizione del medesimo editto, anch'essa leggibile nell'indicato passo di Ulpiano, doveva rendere edotto il compratore di tre ulteriori vizi del *mancipium*, uno dei quali *animi*, consistente nel tentato suicidio, i rimanenti due giuridici, rappresentati dalla commissione di una *fraus capitalis* e dall'invio nell'arena a combattere contro le fiere. A ciò è da aggiungere che, conformemente alle statuizioni contenute nell'editto degli edili curuli *de iumentis vendundis*, tramandato da Ulpiano in D. 21.1.38 pr., pure il venditore di *iumenta*, e anzi, per l'*elogium* di cui il giurista parla al paragrafo 5 dello stesso frammento, di *pecora* in genere, era tenuto a esplicitare al compratore ciascun *morbus vitiumque* (occulto) dell'animale oggetto del contratto.

Senza indugiare sul complesso dibattito giurisprudenziale fiorito intorno alle locuzioni edittali *morbus vitiumve* e *morbus vitiumque*, v'è da notare, a proposito della prima, relativa alle vendite di schiavi, rispetto alla quale ben maggiore risulta l'apporto della riflessione romana, che essa, costantemente interpretata nel senso che esaurisse, senza però oltrepassarlo, il campo del *vitium corporis*, aveva dato luogo a ripetuti tentativi di demarcazione delle nozioni di *morbus* e *vitium* (si veda, ad esempio, Ulpiano in D. 21.1.1.7), collegabili tra loro non più che per l'omogenea tendenza a qualificare il primo come sottospecie del secondo. Con riguardo ad ambedue le espressioni edittali, merita invece sottolineare come in ambito scientifico si fosse precisato che il difetto fisico per il quale sussisteva l'obbligo di dichiarazione in capo al venditore era soltanto quello presente anteriormente al contratto, non evidente (D. 21.1.1.6), permanente (D. 21.1.16) e tale da eliminare o ridurre sensibilmente l'utilità del bene (D. 21.1.1.8).

Se il venditore ometteva di palesare il vizio dello schiavo o dell'animale, il compratore, entro il termine di sei mesi utili decorrenti dal giorno della conclusione del negozio (secondo la specificazione di Ulpiano leggibile in D. 21.1.19.6, attinente alla vendita del *mancipium*), poteva convenirlo in giudizio, davanti al tribunale degli edili curuli, con l'azione redibitoria, come si ricava da un'ulteriore previsione dell'uno e dell'altro editto, riferita da Ulpiano nei già citati D. 21.1.1.1 e 21.1.38 pr.

Né al venditore, esperito contro di lui questo mezzo processuale, sarebbe tornato utile addurre la propria buona fede, giacché la sua responsabilità per omessa

denuncia del vizio, stando almeno all'orientamento che sembra prevalso in sede giurisprudenziale (e di cui è indice D. 21.1.1.2), veniva concepita oggettivamente, così da prescindere dalla conoscenza o ignoranza del vizio stesso. Secondo un altro insegnamento, in relazione al quale la moderna dottrina sovente valorizza una testimonianza di Cicerone, in *off.* 3.17.71, a fondamento di quella responsabilità vi sarebbe invece stata una presunzione assoluta di colpa sancita dagli edili.

Aiuta a capire come funzionasse l'*actio redhibitoria* chiarire preliminarmente che la sua denominazione evocava non già il fine ultimo che il compratore si proponeva, cioè recuperare il prezzo pagato (ovvero la liberazione dall'obbligo di corrisponderlo), bensì la condizione che egli doveva adempiere per raggiungere quel fine, ravvisabile nella restituzione dello schiavo vizioso. Ed è sicuramente singolare che siffatta denominazione si riallacci ad un verbo, *redhibere*, che etimologicamente, e forse anche nel linguaggio comune, significava riavere, mentre nel lessico tecnico era impiegato nell'accezione di rendere (illuminante in argomento è il passo di Ulpiano in D. 21.1.21 pr.), a seguito di uno slittamento semantico presumibilmente dipeso dal fatto che il *redhibere* in campo giuridico si risolveva sì nel riottenimento del *mancipium* da parte del venditore, ma comunque come conseguenza della riconsegna del compratore.

Come oggi riconosce la dominante dottrina, l'azione in parola aveva *formula in factum* ed era arbitraria, anzi doppiamente arbitraria, come attestano D. 21.1.43.9, 21.1.23 pr., 21.1.25.8, 21.1.29.3, 21.1.31.9 e 21.1.31.13. In linea di principio, volgendo l'attenzione direttamente alla seconda fase del processo, il giudice, una volta accertato che effettivamente lo schiavo presentava un vizio non dichiarato a tempo debito dal venditore convenuto, invitava il compratore attore a compiere a favore della controparte certe prestazioni, delle quali la più importante era la redibizione, ovviamente intesa quale restituzione, dello schiavo, con i relativi accessori (quali, per esempio, il bambino rispetto alla schiava madre e il peculio rispetto allo schiavo peculiato), mentre le altre consistevano nella consegna di quanto acquistato per il tramite o a causa dello schiavo o degli accessori e nel risarcimento per i deterioramenti provocati allo schiavo dal compratore stesso o da un suo sottoposto, membro della *familia* o *procurator* (notevole sul punto è ancora un brano dell'editto edilizio, trasmesso da Ulpiano in D. 21.1.1.1). L'esecuzione di tali prestazioni rappresentava per il compratore attore un onere, costituendo invero il presupposto necessario perché il giudice stabilisse le prestazioni cui era tenuto il venditore nei confronti dell'avversario e, mancandone il tempestivo adempimento, lo condannasse. Tra queste la più rilevante consisteva nella restituzione del prezzo con gli accessori del medesimo (D. 21.1.29.2), ovvero nella liberazione del compratore dall'obbligo di versarlo (D. 21.1.25.9 e 21.1.29.1), laddove le ulteriori erano quelle di corrispondere gli interessi sul prezzo (D. 21.1.29.2), di rimborsare determinate spese, come, per esempio, i costi sostenuti per le cure dello schiavo

(D. 21.1.27 e 21.1.30.1), e di rifondere i danni sofferti dal compratore a causa del medesimo (D. 21.1.23.8, 21.1.31 pr. e 21.1.58 pr.). Come dianzi accennato, se il venditore convenuto non compiva tali prestazioni, il giudice emetteva contro di lui la condanna, il cui ammontare era determinato in base al criterio del *quanti ea res erit* secondo le affidabili indicazioni fornite da tutti i testi in materia, tranne che dall'oscuro passo di Gaio conservato in D. 21.1.45, per la cui lettera essa, nel caso considerato, sarebbe stata nel doppio del prezzo e dei relativi accessori. La sequenza descritta appare tanto concisamente quanto icasticamente tratteggiata da Ulpiano in D. 21.1.29 pr. (in cui riecheggia anche ciò che il giurista scrive in D. 21.1.25.10). Poteva tuttavia accadere che essa venisse alterata. Così, per esempio, al giudice, per quanto si trae da Gaio in D. 21.1.26, era consentito invertire l'ordine delle prestazioni da eseguirsi dai due litiganti quando il venditore versasse in cattive condizioni economiche: egli lo avrebbe perciò sollecitato ad assolvere per primo i suoi obblighi, ma subordinatamente all'assunzione da parte del compratore, mediante *cautio*, dell'impegno di effettuare le proprie prestazioni, e dunque anche la riconsegna dello schiavo, non appena soddisfatto. Con il che, pur sussistendo l'eventualità della condanna del venditore non preceduta dalla restituzione del *mancipium*, restava comunque sostanzialmente salvo il principio in base al quale il compratore che agiva in redibitoria doveva adempiere per primo, perché in questa seconda ipotesi ciò faceva con un equipollente, dando cioè un'idonea garanzia.

Fatti che si verificassero dopo la vendita e la consegna dello schiavo vizioso, tra i quali la manomissione, la fuga e la morte dello stesso, avrebbero all'evidenza precluso al compratore la restituzione del bene acquistato: donde il problema, discusso dai giuristi, del loro riflesso sul giudizio redibitorio non ancora instaurato. E se per la manomissione la soluzione consisteva nel denegare l'azione (D. 21.1.47 pr.), probabilmente perché questa non avrebbe potuto condurre a nessun risultato pratico, stante l'inattuabile redibizione del *mancipium* da parte del compratore per una causa a lui imputabile, viceversa per la fuga e la morte sembra che fosse andata maturando l'idea di accordare sempre l'azione, ma di ritenere il compratore sollevato dall'onere di riconsegnare lo schiavo soltanto quando l'uno o l'altro evento non si fosse realizzato per sua colpa (D. 21.1.31.6, 21.1.31.11-12, 21.1.47.1 e 21.1.48 pr.) e purché, trattandosi di *servus fugitivus*, il venditore sapesse del vizio al momento della vendita e il compratore *apud iudicem* prestasse la *cautio de servo persequendo et restituendo* (D. 45.1.5 pr. e I. 3.18 pr.), con cui assicurava di proseguire nelle ricerche dello schiavo e di restituirlo in caso di cattura (D. 21.1.21.3, C. 4.58.1 e 4.58.5). E questo postula che, in assenza di tali presupposti, il processo, a fronte dell'inevitabile inadempimento del compratore quanto all'onere del quale era gravato, non sarebbe potuto culminare nella condanna del venditore.

Naturalmente, nulla ostava a che il venditore, pur non convenuto con l'azione in commento, accettasse di riprendersi lo schiavo che il compratore asseriva vizioso.

Avvenuta che fosse questa redibizione consensuale, anche posteriormente allo spirare del termine per l'esercizio dell'*actio redhibitoria*, senza che il venditore restituisse il prezzo, il compratore poteva ricorrere a un'*actio in factum ad pretium reciperandum*, di cui era menzione nell'editto edilizio (D. 21.1.31.17-19).

Il quadro tracciato permette dunque di concludere nel senso che l'*actio redhibitoria* era congegnata in modo tale da comportare la rimessione dei contendenti nella situazione economica in cui si sarebbero trovati se mai avessero concluso ed eseguito il contratto di vendita avente a oggetto lo schiavo o l'animale vizioso (D. 21.1.23.1). In ciò, e soltanto in ciò, essa rivela una certa prossimità (che non significa però sovrapposizione, neanche parziale, per quanto si arguisce da un frammento di Ulpiano conservato in D. 47.2.17.2) al rimedio della *restitutio in integrum*, come le fonti non mancano di porre in luce (D. 21.1.23.7 e 21.1.60).

III. SULL'AZIONE REDIBITORIA NEL DIRITTO ITALIANO VIGENTE.

Oggi, nel nostro ordinamento, l'azione redibitoria è disciplinata dagli artt. 1490 e seguenti del codice civile. Al compratore di un bene viziato l'art. 1492, comma 1, consente di «domandare a sua scelta la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo, salvo che, per determinati vizi, gli usi escludano la risoluzione». Questi rimedi sono sottoposti a brevi termini di decadenza e prescrizione, fissati dall'art. 1495: «il compratore decade dal diritto alla garanzia, se non denunzia i vizi al venditore entro otto giorni dalla scoperta, salvo il diverso termine stabilito dalle parti o dalla legge» (comma 1); tuttavia «la denunzia non è necessaria se il venditore ha riconosciuto l'esistenza del vizio o l'ha occultato» (comma 2); comunque «l'azione si prescrive … in un anno dalla consegna», rimanendo però impregiudicato il diritto del compratore, convenuto per l'esecuzione del contratto, di far valere in ogni momento la garanzia, «purché il vizio della cosa sia stato denunziato entro otto giorni dalla scoperta e prima del decorso dell'anno dalla consegna» (comma 3).

Plurimi sono i presupposti richiesti ai fini della titolarità in capo al compratore dell'azione redibitoria. Anzitutto la cosa acquistata deve risultare affetta da vizi, preesistenti alla conclusione del contratto, «che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore» (art. 1490, comma 1). Tali, secondo un consolidato insegnamento, sono le imperfezioni materiali del bene che attengano al processo di fabbricazione, produzione, formazione o conservazione dello stesso e influiscano sulla sua utilizzabilità o sul suo valore, nel senso che devono renderlo inidoneo alla funzione che gli è oggettivamente propria nell'ambito socio-economico in cui i contraenti hanno agito o a quella particolare da loro prefigurata in sede negoziale, senza che sia necessaria una totale inutilizzabilità o una diminuzione del valore, oppure devono comportare

un'apprezzabile – e cioè non trascurabile e comunque superiore al limite di normale tolleranza – decurtazione di questo, anche se non venga compromesso l'uso cui il bene è destinato. Occorre, in secondo luogo, che i vizi, al momento della conclusione del negozio, non fossero noti al compratore, né da lui facilmente riconoscibili, ossia suscettibili di essere avvertiti con uno sforzo di diligenza minimo (tenuto conto – pensano molti – delle capacità personali dell'acquirente), a meno che, ricorrendo tale ultima ipotesi, il venditore avesse emesso una dichiarazione di esenzione della cosa da difetti, impegnativa anche per chi ignorasse, senza sua colpa, l'esistenza dei difetti stessi (art. 1491). Ancora si esige che il compratore non sia legato al venditore da un accordo che escluda o limiti la responsabilità di costui per i vizi della cosa, fermo restando che l'eventuale patto sarebbe nullo ove il venditore lo avesse stipulato tacendo in mala fede i vizi (art. 1490, comma 2). Imprescindibile, sempre per il sorgere in testa al compratore del diritto alla risoluzione del contratto, è infine che egli, tolto il caso in cui il bene sia perito a causa dei vizi, ne abbia la disponibilità (tendenzialmente nello stato originario), così da essere in grado di provvedere alla sua restituzione una volta pronunciata la risoluzione, in adempimento dell'obbligazione che da questa discende *ex* art. 1493, comma 2. Ciò si ricava dall'art. 1492, comma 3, la cui portata è peraltro variamente ricostruita in dottrina e giurisprudenza, così formulato: «se la cosa consegnata è perita in conseguenza dei vizi, il compratore ha diritto alla risoluzione del contratto; se invece è perita per caso fortuito o per colpa del compratore, o se questi l'ha alienata o trasformata, egli non può domandare che la riduzione del prezzo». Sostengono peraltro i più, ma con argomenti che non paiono convincenti, che il compratore conservi il diritto alla risoluzione del contratto qualora la cosa venga a perire per caso fortuito dopo la proposizione della domanda giudiziale.

Il fruttuoso esercizio della redibitoria, non subordinato all'ulteriore presupposto della colpa del venditore (intesa come conoscenza o ignoranza determinata da negligenza dei vizi al momento del contratto), porta alla risoluzione del contratto, dalla quale derivano a carico delle parti – ma senza vincolo di interdipendenza – le obbligazioni di restituzione e rimborso di cui parla l'art. 1493, là dove statuisce appunto che, intervenuta la risoluzione, «il venditore deve restituire il prezzo e rimborsare al compratore le spese e i pagamenti legittimamente fatti per la vendita» (comma 1), mentre «il compratore deve restituire la cosa, se questa non è perita in conseguenza dei vizi» (comma 2).

IV. L'INSEGNAMENTO DI CESARE MASSIMO BIANCA.

Come risulta di palmare evidenza, la tutela redibitoria, unitaria nel diritto romano, attualmente non lo è più. L'odierno compratore di un bene viziato non riesce infatti a svincolarsi dal contratto, tornando nella situazione precedente alla sua conclusione e attuazione, se non esercitando due diritti soggettivi: quello

potestativo volto alla risoluzione del contratto stesso e quello di credito volto alla restituzione del prezzo e al rimborso delle spese e dei pagamenti di cui all'art. 1493, comma 1, cod. civ., sottostante alla sua domanda di condanna.

E come il secondo trae titolo dalla pronuncia di risoluzione, così quello del venditore volto alla restituzione del bene – non perito in conseguenza dei vizi – trova in essa la propria giustificazione. Conseguentemente, e ben lo evidenzia Bianca, nell'inerzia del convenuto, che si astenga dal formulare «una conforme domanda», il giudice «non potrebbe prendere l'iniziativa di condannare l'attore».

L'ordinamento non presta soccorso a chi ometta di avvalersi di un proprio diritto, potremmo allora dire: e chiudere così il discorso. Ma è qui che interviene da par suo Bianca, per ricordarci che il nostro compratore attore in redibitoria – cui il giudice romano, aggiungo, avrebbe dato ragione solo se prima avesse restituito il bene, salvo il suo perimento *sine culpa emptoris* – non può pretendere la risoluzione del contratto e la condanna del venditore alla restituzione del prezzo e al rimborso di cui sappiamo trattenendo il bene, unicamente perché il convenuto abbia omesso di formulare la domanda di condanna alla sua restituzione: diversamente sarebbe frustrata l'esigenza che la risoluzione non si converta in uno strumento capace di arricchire il compratore. L'insegnamento del Maestro, che a suo tempo non avevo adeguatamente valorizzato, è allora quello, rivolto al giudice, di condizionare l'effetto tanto costitutivo, perché risolutivo, quanto condannatorio della sentenza all'effettiva restituzione del bene. Con il che questa torna a essere il contenuto di un onere.

D'altro canto, osserva opportunamente Bianca, «l'intendimento della restituzione della cosa come onere non è contraddetto dall'indicazione normativa secondo la quale in caso di risoluzione del contratto il compratore 'deve' restituire la cosa (art. 1493[2] cod. civ.). Il dovere di restituzione del bene non esclude infatti che la stessa restituzione si qualifichi come un onere della parte sotto il profilo della sua necessarietà per realizzare un effetto favorevole».

V. SULL'AZIONE QUASI REDIBITORIA DEL CODICE DEL CONSUMO.

Mi pare di poter chiamare così, azione quasi redibitoria, quella che il codice civile prevedeva all'interno degli artt. 1519-*bis*-1519-*nonies*, introdotti dall'art. 1 del decreto legislativo 2 febbraio 2002, n. 24, di attuazione della direttiva 1999/44/CE, il contenuto dei quali è confluito, con qualche modifica, nel codice del consumo (varato con il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206).

La disciplina che si legge agli artt. 128-135 di quest'ultimo, applicabile alle vendite di beni di consumo (secondo le definizioni che si trovano all'art. 128),

è incentrata per un verso sull'ampia categoria del difetto di conformità e per l'altro sulla concessione al compratore di quattro rimedi per far valere tale difetto, disposti gerarchicamente per coppie: i primi due volti a ottenere la riparazione o la sostituzione del bene; gli altri due diretti a conseguire un'adeguata riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Essi, tutti esperibili a prescindere dalla circostanza che il difetto di conformità sia da ascrivere al caso fortuito ovvero a un comportamento doloso o colposo del venditore, del produttore, o di un terzo e a prescindere dal fatto che si sia o meno realizzato un danno economico nella sfera patrimoniale del consumatore, comprendono dunque, ancorché in posizione subordinata, la risoluzione del contratto, cuore dell'azione redibitoria.

I presupposti al cui ricorrere è condizionato il diritto alla risoluzione, ulteriori rispetto all'esistenza del difetto di conformità, ravvisabile qualora il bene non presenti le caratteristiche di cui all'art. 129, sono enumerati al comma 7 dell'art. 130: qui si prevede che il compratore possa chiedere la risoluzione, in alternativa alla congrua riduzione del prezzo, se la riparazione e la sostituzione del bene acquistato siano impossibili o eccessivamente onerose oppure se il venditore non vi abbia dato corso in un termine acconcio o, infine, se la sostituzione o la riparazione precedentemente effettuata abbia arrecato inconvenienti notevoli al consumatore. Il comma 10 del medesimo articolo specifica, inoltre, che al compratore non spetta la risoluzione quando il difetto di conformità sia di lieve entità. A rilevare, peraltro, è solo il difetto che si manifesti nei due anni dalla consegna del bene.

A pena di decadenza, il compratore deve denunciarlo al venditore entro due mesi dalla scoperta, risultando però sollevato da quest'onere qualora il venditore abbia riconosciuto l'esistenza del difetto stesso o lo abbia occultato. L'azione si prescrive nel termine di ventisei mesi decorrenti dalla consegna del bene; ma il consumatore convenuto dal venditore per l'esecuzione del contratto può far valere il difetto di conformità anche oltre il termine di prescrizione, purché esso risulti denunciato tempestivamente e comunque prima del compiersi del tempo della prescrizione.

Quanto alle conseguenze della risoluzione, il comma 8 dell'art. 130 stabilisce che in sede di determinazione della somma che il venditore deve restituire si tenga conto dell'uso del bene. Postulato della previsione in parola è che la risoluzione abbia effetto retroattivo, così che ciascuna parte sia obbligata a restituire all'altra la prestazione ricevuta (essendo ovviamente liberata da quella, non ancora compiuta, che avesse l'obbligo di eseguire in conseguenza del titolo venuto meno). E se il consumatore sarà vincolato a riconsegnare il bene, il venditore avrà per converso l'obbligo di rendere il prezzo (con i relativi interessi, calcolati dal momento del pagamento), decurtato però, per evitare l'arricchimento del primo, di una somma correlata all'uso che costui abbia fatto del bene. Il corrispettivo versato sarà allora

da ridurre in ragione delle utilità che il consumatore abbia ritratto utilizzando la cosa e dei deterioramenti subiti da questa in conseguenza dell'uso.

Sembra così riconosciuta – pur veicolata da una normativa ispirata al principio che vieta l'arricchimento senza giusta causa – una forma di interdipendenza tra le prestazioni che al consumatore e al venditore si impongono in esito allo scioglimento *ex tunc* del rapporto negoziale: di quell'interdipendenza che un filone dottrinale ha a lungo inseguito, senza tuttavia riuscire a trovare idonei appigli testuali per declamarla con sicurezza, con riferimento alle obbligazioni originantisi nei casi di caducazione (con effetto retroattivo) del contratto, che le norme in materia di pagamento dell'indebito (artt. 2033 e seguenti cod. civ.), a cui si ritiene comunemente di dover dare ingresso nelle accennate ipotesi di dissoluzione del titolo, non consentono di collegare in alcun modo tra loro, in quanto tali norme ignorano completamente ogni idea di sinallagma.

Grazie alla previsione del menzionato comma 8 dell'art. 130 cod. cons., inoltre, sembra potersi superare il problema che sorge quando il consumatore, prima o dopo l'esercizio del rimedio della risoluzione, abbia perso la disponibilità del bene acquistato: per esempio a causa del suo perimento oppure della sua alienazione o trasformazione, per citare le tre ipotesi contemplate all'art. 1492, comma 3, cod. civ.

Problema che, diversamente, dovrebbe fronteggiarsi attingendo alla disciplina in tema di indebito, la quale però, in quanto tratta – e lo si è osservato poc'anzi – come reciprocamente indipendenti le obbligazioni restitutorie discendenti dalla risoluzione, porterebbe a risultati inappaganti, ben percepibili non appena si pensi che il consumatore, laddove, ad esempio, si verificasse il perimento del bene per caso fortuito o anche per fatto proprio prima dell'esercizio del rimedio della risoluzione, si vedrebbe restituire il prezzo (con gli accessori), pur diminuito in ragione dell'uso della cosa da lui fatto *ex* art. 130, comma 8, cod. cons., ma, in base all'art. 2037, comma 3, cod. civ., non risponderebbe del detto perimento «se non nei limiti del suo arricchimento».

Né, d'altro canto, potrebbe ritenersi che il problema in esame sia, almeno in parte, superabile estendendo semplicemente alla vendita di beni di consumo la regola che si legge nel richiamato art. 1492, comma 3, cod. civ., secondo la quale il compratore non ha diritto alla risoluzione se il bene sia perito non in dipendenza dei vizi, a nulla rilevando che lo sia per caso fortuito o per sua colpa, ovvero se egli abbia alienato o trasformato il bene stesso. E ciò per due ragioni. La prima è insita nel carattere eccezionale della regola, pur dovendosi dare atto che le conseguenze che da esso derivano potrebbero forse neutralizzarsi, anche se con qualche difficoltà, invocando la circostanza che la vendita di beni di consumo costituisce un sottotipo della vendita di cose mobili, a sua volta sottotipo della vendita, per

cui le norme valevoli per questa, laddove non derogate dalla disciplina propria del sottotipo più ampio, si applicherebbero al medesimo, con ripetizione dello schema nei rapporti fra tale sottotipo e quello successivo più ristretto (non sembra però spianare la via a un simile argomentare – ed ecco perché ho anticipato che qualche difficoltà esso incontra – la constatazione che la regola in discorso è dettata con riguardo a una fattispecie, quella del bene viziato, che è sì propria del tipo e del sottotipo, ma non dell'ulteriore sottotipo, che ne conosce una più ampia, quella del bene non conforme al contratto, che la contiene). La seconda, e a mio parere invalicabile, ragione risiede invece nel fatto che verrebbe a essere vulnerato il livello di tutela minimo e inderogabile che la direttiva 1999/44/CE, con le sue disposizioni – come si desume dall'art. 8, paragrafo 2 –, ha voluto assicurare al consumatore ove si subordinasse il rimedio della risoluzione di cui costui può giovarsi a un presupposto – costituito dalla possibilità della restituzione del bene che non sia perito a causa del difetto di conformità – diverso e ulteriore rispetto a quelli fissati nelle previsioni del legislatore europeo.

Torniamo dunque, dopo queste precisazioni, al comma 8 dell'art. 130 cod. cons. Se, come già osservato, esso, prescrivendo che si tenga conto dell'uso del bene fatto dal consumatore nel determinare la somma che il venditore deve restituirgli, impone che si tenga conto anche dei deterioramenti derivati alla cosa da tale uso, pare a me che a maggior ragione sia da tener conto dell'avvenuto perimento del bene, per cui dal prezzo pagato al venditore sarà da detrarre – in aggiunta all'importo corrispondente alle utilità conseguite dal consumatore tramite la sua utilizzazione – il valore della cosa al momento del perimento stesso (e in ciò è implicito che la perdita cui è esposto il consumatore in conseguenza del perimento del bene è contenuta nel limite del prezzo, che egli, non riuscendo a restituire quanto ricevuto in esecuzione della vendita, potrebbe infatti non riottenere o dover comunque versare, se non ancora pagato, ancorché il valore del bene al momento del perimento sia superiore al medesimo). Naturalmente, come non si dovrà tener conto dei deterioramenti conseguenti al difetto di conformità, così non si potrà attribuire rilievo al perimento dipendente da un siffatto difetto, in omaggio al principio per cui il venditore non può ricavare un vantaggio dal proprio inadempimento.

E poiché nell'uso del bene di cui parla il comma in commento può ricomprendersi pure il disporre di esso mediante alienazione o trasformazione, sembra coerente affermare che il consumatore che proceda all'una o all'altra, così da non essere in grado di riconsegnarlo al venditore una volta risolto il contratto, sia tenuto per il valore del bene stesso al momento dell'atto, giuridico o materiale, di disposizione (ovviamente entro il tetto rappresentato dal prezzo, fermo restando che, se l'alienazione a titolo oneroso sia eseguita allo scopo di limitare il danno connesso all'inadempimento – come nel caso in cui il consumatore rivendesse un bene

deperibile per evitare l'aggravarsi del difetto –, il tetto dovrebbe essere costituto dal prezzo pattuito, o addirittura concretamente conseguito, quando inferiore a quello relativo al primo acquisto).

Va da sé che, ove si aderisse a questa proposta ricostruttiva e nel contempo si accettasse il suggerimento dottrinale, proveniente anche da Bianca, di posticipare – nelle vendite di beni mobili concluse tra consumatori e professionisti – al momento della consegna il limite cronologico a decorrere dal quale è a carico del compratore il rischio del perimento della *res* per caso fortuito (con evidente deroga alla regola formulata nell'art. 1465 cod. civ.), si avrebbe una tendenziale specularità della disciplina operante prima e dopo la risoluzione del contratto: per il prima, invero, varrebbe il principio per cui dei difetti di conformità e del perimento sino alla consegna risponde sempre il venditore (onde costui, ad esempio, non potrebbe trattenere il prezzo, ovvero ottenerlo, quando la cosa perisse dopo la conclusione del contratto, ma anteriormente alla consegna); per il dopo, l'omologo principio per cui dei deterioramenti e del perimento sino al momento della riconsegna risponde il compratore (venendo essi a 'pesare' sull'obbligazione di restituzione del prezzo gravante sul venditore), salvo – come detto – che gli uni o l'altro dipendano dal difetto.

VI. ESTENSIONE DELL'INSEGNAMENTO DI BIANCA.

Disponiamo, sugli artt. 128-135 del codice del consumo, di un commentario curato da Cesare Massimo Bianca, edito dalla Cedam nel 2006. E poiché la parte relativa alla quasi redibitoria è stata scritta proprio dal Maestro (la si legge alle pp. 178 e seguenti, inframmezzata dal commento al comma 7 dell'art. 130 cod. cons. di Maria Costanza), merita senz'altro soffermarvisi: almeno per rammentare che a suo avviso il rimedio della risoluzione del contratto previsto all'interno della disciplina della vendita dei beni di consumo è concesso al compratore anche nel caso di perimento o deterioramento della cosa conseguente al difetto di conformità, mentre gli è precluso quando l'uno o l'altro dipendano da ragioni riconducibili a sé medesimo o comunque non imputabili ad alcuna delle parti. Con il che, per Bianca, la possibilità della restituzione del bene sostanzialmente nelle condizioni in cui il compratore lo aveva ricevuto viene a configurarsi, al di fuori del caso considerato, quale presupposto per aversi la risoluzione, richiesto peraltro dall'ordinamento – precisa lo stesso Bianca – non in virtù di un'applicazione estensiva dell'art. 1492, comma 3, cod. civ., ma in base al principio per cui «il rimedio della risoluzione non può divenire strumento per trarre vantaggio dall'altrui inadempimento e, in particolare, per addossare alla parte inadempiente il rischio di un danno non connesso all'inadempimento stesso».

Risoltasi la vendita del bene di consumo per via giudiziale, essendo comunque ammessa anche quella stragiudiziale, resta il problema del venditore che non chieda al giudice la condanna dell'attore alla restituzione del bene ancora possibile: problema che, pur nel silenzio di Bianca, riterrei che si possa superare seguendone la dottrina della sentenza condizionata nel suo duplice effetto risolutivo e condannatorio.

VII. LA DIRETTIVA 2019/771/UE.

La disciplina dell'azione quasi redibitoria versata nel codice del consumo del 2005 è peraltro destinata a cambiare, in quanto la direttiva 1999/44/CE, che ne è alla base, cesserà di essere vigente dall'1 gennaio 2022, come statuito dall'art. 23 della direttiva 2019/771/UE. Entro l'1 luglio 2021, secondo quanto stabilito dal successivo art. 24, gli Stati membri debbono adottare le disposizioni necessarie per conformarsi alle nuove regole sul difetto di conformità dei beni di consumo venduti contenute nella stessa direttiva, che investono anche il rimedio della risoluzione del contratto attivabile dal compratore (rilevante sul punto è l'art. 13), collegando al fruttuoso esercizio dello stesso l'obbligo di restituzione del bene da parte del consumatore e quello di rimborso del prezzo da parte del venditore, lasciando ai legislatori nazionali libertà di stabilire «le modalità di restituzione e rimborso» (così l'art. 16). Previsione, questa, in linea con il più eloquente sessantesimo Considerando, in cui leggiamo: «la presente direttiva non dovrebbe pregiudicare la facoltà degli Stati membri di disciplinare le conseguenze della risoluzione diverse da quelle previste nella presente direttiva, come le conseguenze della diminuzione del valore dei beni o della loro distruzione o perdita. Agli Stati membri dovrebbe altresì essere consentito disciplinare le modalità di rimborso del prezzo al consumatore, ad esempio quelle relative ai mezzi utilizzati per tale rimborso o ai possibili costi e oneri occasionati dal rimborso. Gli Stati membri dovrebbero, ad esempio, avere la facoltà di prevedere termini specifici per il rimborso del prezzo o per la restituzione dei beni».

L'intero campo delle «conseguenze della risoluzione» diverse dal duplice obbligo, da ritenersi valevole solo in via di principio, di restituzione e rimborso di cui all'art. 16 sembra dunque deferito al singolo legislatore statale: il quale, almeno se si ha riferimento a quello italiano, ben potrà fare suo, adattandolo al nuovo contesto normativo – in cui il diritto alla risoluzione si eserciterà mediante una dichiarazione stragiudiziale al venditore, in aderenza all'art. 16 della direttiva – l'insegnamento di Bianca che ho rievocato. E così modulare alla stregua di un onere quello che lo stesso art. 16 pare configurare quale obbligo di restituzione del compratore che previene quello di rimborso a carico del venditore, là dove così dispone: «se il consumatore risolve il contratto … a) il consumatore restituisce il bene al venditore, a spese di quest'ultimo, e b) il venditore rimborsa

al consumatore il prezzo pagato per il bene al ricevimento del bene o delle prove fornite dal consumatore in ordine al fatto di aver restituito il bene».

BIBLIOGRAFIA

GAROFALO, L.: *Studi sull'azione redibitoria*, Cedam, Padova, 2000.

GAROFALO, L.: "Le azioni edilizie e la direttiva 1999/44/CE", in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 479 ss.

GAROFALO, L.: "Le azioni edilizie tra ordinamento romano e codificazioni latinoamericane", *Roma e America. Diritto romano comune*, 2002, p. 5 ss.

GAROFALO, L.: "Note introduttive al commento dell'art. 1519-*quater*, commi 7-10", in L. GAROFALO (coordinato da), *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo. Artt. 1519-bis - 1519-nonies cod. civ. e art. 2 d.lgs. 2 febbraio 2002 n. 24*, Cedam, Padova, 2003, p. 354 ss.; ID., *Art. 1519-quater cod. civ.: commento ai commi 7, 8 e 10* e *Art. 1519-quater cod. civ.: commento al comma 9* (entrambi insieme ad A. RODEGHIERO), ivi, p. 386 ss. e p. 456 ss.

GAROFALO, L.: *L'attuazione della direttiva 1999/44/CE in Italia*, in M. SCHERMAIER (a cura di), *Verbraucherkauf in Europa. Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG*, Sellier, München, 2003, p. 237 ss.

GAROFALO, L.: "Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante", *Europa e diritto privato*, 2004, p. 907 ss.

BIANCA, C.M.: *La vendita e la permuta*[2], in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da F. Vassalli, VII, 1-2, Utet, Torino, 1993.

BIANCA, C.M.: *Commento all'art. 130, commi 1-6 e 8-10, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206,* in C.M. BIANCA (a cura di), *La vendita dei beni di consumo*, Cedam, Padova, 2006, p. 178 ss. e p. 228 ss.

RATIO, PORTATA ED EFFETTI DEL DIVIETO DEL PATTO COMMISSORIO (A PARTIRE DALLE OPERE DI CESARE MASSIMO BIANCA)

RATIO, SCOPE AND EFFECTS OF THE PROHIBITION OF COMMISSIONER AGREEMENT (STARTING FROM THE WORKS OF CESARE MASSIMO BIANCA)

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2092-2125

Andrea Maria
GAROFALO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il contributo è dedicato al divieto di patto commissorio e, in particolare, all'apporto che Cesare Massimo Bianca ha dato al suo studio. Individuatane la ratio nell'interesse generale alla repressione di queste pattuizioni, in senso concorde con le tesi di Bianca, si passa poi a descrivere la portata e gli effetti del divieto, sempre nel dialogo con gli studi dell'autore.

PALABRAS CLAVE: Patto commissorio; Cesare Massimo Bianca.

ABSTRACT: *The paper is dedicated to the prohibition of patto commissorio and, in particular, to Cesare Massimo Bianca's contribution to its study. Having identified the rationale in the general interest in the repression of such agreements, in accordance with Bianca's thesis, the essay then describes the scope and effects of the prohibition, always in dialogue with the author's studies.*

KEY WORDS: *Patto commissorio; Cesare Massimo Bianca.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. LA RATIO DEL PATTO COMMISSORIO SECONDO LA DOTTRINA TRADIZIONALE E LE CRITICHE DI BIANCA.- III. LO SNATURAMENTO DELLA FUNZIONE NEL PATTO COMMISSORIO.- IV. LA DANNOSITÀ SOCIALE DEL PATTO COMMISSORIO.- V. LA VIOLAZIONE DIRETTA DEL DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO.- VI. LA VIOLAZIONE INDIRETTA DEL DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO.- VII. IL PATTO MARCIANO E IL RIADEGUAMENTO DELLA STRUTTURA ALLA FUNZIONE.

I. INTRODUZIONE.

Le opere di Cesare Massimo Bianca sono divenute classici del diritto privato italiano, tanto che non vi è giurista o cultore del diritto degli ultimi decenni che non ne sia venuto in qualche modo in contatto. Con il suo Trattato, dallo stile semplice, incisivo e asciutto, Bianca ha formato generazioni intere di studiosi, esercitando un'influenza senza pari sull'evoluzione dell'ordinamento italiano.

A fronte di ciò, affermare che non vi è tema alcuno che non sia stato indagato da Cesare Massimo Bianco con profondità e acutezza non risulta certo una frase di circostanza. Cionondimeno, vi sono alcuni argomenti che ancora più di altri possono venire associati al nome dell'autore, giacché in relazione a questi egli ha elaborato teorie che, poi, sono divenute diritto vivente: basti pensare alla causa concreta o alla buona fede precontrattuale e contrattuale.

Tra questi argomenti ve n'è uno che, in vario modo, ha attraversato buona parte del percorso intellettuale dell'autore: il divieto del patto commissorio. Ad esso Bianca aveva dedicato una monografia nel 1957, a soli venticinque anni[1]: una monografia che, in vario modo, anticipava le sue tesi sulla causa concreta[2]. E proprio nelle sue pagine dedicate alla causa del contratto si sente l'eco di quello scritto giovanile, ancor oggi pregno di attualità e, non a caso, ampiamente ripreso nelle pagine del settimo tomo del Trattato dedicate proprio al divieto del patto commissorio[3].

Credo che il miglior modo per ricordare e omaggiare colui che è stato maestro per tutti i civilisti italiani sia continuare a percorrere quelle vie che egli ci ha aperto, riflettendo sui suoi spunti al fine di cogliere quella ricchezza che ha contraddistinto

1 Bianca, C.M.: *Il divieto del patto commissorio*, Milano, Giuffrè, 1957.

2 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, III[1], *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 419 ss.; Id.: *Diritto civile*, III[2], *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 447 ss.; Id.: *Diritto civile*, III[3], *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 409 ss.

3 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano Giuffrè, , 2012, p. 275 ss. V. peraltro pure Id.: "Patto commissorio", *Novissimo Digesto italiano*, XII, Torino, Utet, 1965, p. 711 ss.; Id.: "Il divieto del patto commissorio: un passo indietro", cit., *Rivista di diritto civile*, 1987, II, p. 117 ss.

• Andrea Maria Garofalo
Ricercatore di Diritto Privato, Università Ca' Foscari Venezia, E-mail: andreamaria.garofalo@unive.it

tutti gli scritti dell'autore. Proverò a farlo prendendo in considerazione le opere che Bianca ha dedicato al divieto del patto commissorio, nella convinzione che questi studi, dipanatisi nell'arco della sua intera vita, ne rappresentino in modo eccellente l'opera, intersecandosi con molti dei temi centrali nella sua riflessione e, al tempo stesso, palesando la fortissima influenza che tutto il pensiero dell'autore ha avuto sulla dottrina e sulla giurisprudenza italiane.

II. LA RATIO DEL PATTO COMMISSORIO SECONDO LA DOTTRINA TRADIZIONALE E LE CRITICHE DI BIANCA.

Il patto commissorio è quell'accordo «che, per il caso di inadempimento dell'obbligazione, conferisce al creditore il diritto di fare definitivamente proprio un bene del debitore, o anche di un terzo, a soddisfacimento del credito senza che il bene sia conteggiato secondo il suo attuale valore»[4].

Il nostro codice, come ricorda Bianca, sancisce in realtà il divieto di patto commissorio accessorio, ossia quel patto con cui, più specificamente, «si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore (art. 2744)». Inoltre, una «analoga disposizione è dettata in tema di anticresi (art. 1964)»[5].

Tuttavia, dottrina e giurisprudenza ritengono – per ragioni condivisibili, come vedremo – di far cadere sotto la scure del divieto anche il patto commissorio autonomo, ossia non avente a oggetto un bene già ipotecato o dato in pegno o in anticresi, in qualsiasi modo avvenga (o sia programmato che avvenga) il passaggio di proprietà[6].

Ancor oggi assai discusso è il fondamento del divieto del patto commissorio, benché la sua individuazione non costituisca un mero esercizio dottrinale, risultando al contrario necessaria per comprendere la portata e gli effetti del divieto in esame. La dottrina suole riportare le varie tesi a tre gruppi: e così fa anche il nostro autore, che ricorda pure le critiche elevate contro tutte queste tesi.

4 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 275 s. La bibliografia è sterminata: oltre agli autori citati nelle note che seguono, v. quelli menzionati da Gallo, P.: "Il divieto del patto commissorio, tra passato e avvenire", in Macario, F., Addante, A., Costantino, D. (a cura di): *Scritti in memoria di Michele Costantino*, I, ESI, Napoli, 2019, p. 535, nt. 1, nonché quelli richiamati da Iacuaniello Brughi, M.: "Patto commissorio", in *Enciclopedia giuridica*, XXII, Treccani, Roma, 1990, p. 14 ss.

5 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 275.

6 Cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 275 s.; Id.: *Il divieto*, cit., p. 72 s. La contraria opinione era già stata abbandonata da giurisprudenza e dottrina maggioritarie al tempo della monografia di Bianca del 1957: v., al riguardo, pure Id.: "Patto commissorio", cit., p. 714 s.

Secondo un primo orientamento[7], che vede tuttora una schiera abbastanza nutrita di sostenitori[8], il patto commissorio realizza un vantaggio ingiusto del creditore e, dunque, va represso per tale ragione. Infatti, il debitore perderà definitivamente la proprietà di un bene a fronte dell'inadempimento di un'obbligazione il cui ammontare potrebbe risultare – e di norma risulta – inferiore, e spesso anche molto inferiore, rispetto al valore del bene.

Tuttavia, come nota Bianca, «la legge colpisce di nullità il patto commissorio pur quando in concreto esso non apporti al creditore alcun indebito arricchimento per essere il valore del bene corrispondente all'importo del credito soddisfatto», sicché appaiono «insoddisfacenti le spiegazioni che fanno leva sul carattere usurario e ingiusto del vantaggio che il creditore verrebbe a realizzare a danno del debitore»[9].

In realtà, alla critica esposta potrebbe replicarsi che essa dà già per assodato che il divieto di patto commissorio si applichi anche nelle ipotesi considerate (quelle in cui in concreto manca il pregiudizio del debitore). In effetti, dal tenore delle due disposizioni di legge può fondatamente trarsi una simile conclusione: per cui potremmo sostenersi che, quanto meno de iure condito, la ratio individuata non possa sostenere l'ampio divieto di patto commissorio.

Nondimeno, anche se si volesse dare per buona l'obiezione, si potrebbe comunque reperire un'altra e diversa ragione di critica rispetto alla tesi che fonda il divieto del patto commissorio sull'abuso di una parte nei confronti dell'altra: nel nostro ordinamento, come in quasi tutti i sistemi giuridici, lo squilibrio economico non è generalmente fonte di nullità di un accordo (in Italia, ad esempio, tale squilibrio può tutt'al più giustificarne la rescissione o, nei soli limiti in cui sussistono gli estremi di una vera e propria usura, produrne la nullità)[10].

Ne consegue che basare il divieto di patto commissorio sull'abuso di una parte nei confronti dell'altra, inteso come pregiudizio economico cui risulta esposta la seconda verso la prima, risulta poco condivisibile. Difatti, verrebbe da chiedersi come mai l'ordinamento non appresti identiche garanzie anche per la datio in

7 V., *ex multis*, D'Amelio, M: "Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali", in *Codice civile. Libro della Tutela dei Diritti*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, G. Barbera, 1943, p. 453; Rubino, D.: *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 1027.

8 Pur con numerosi aggiornamenti, volti soprattutto a superare la critica di quanti ricorda che il patto commissorio è sempre nullo, anche quando non ricorre in concreta alcuna iniquità. Di «presunta coartazione» parla Russo, D.: *Oltre il patto marciano*, Napoli, ESI, 2017, p. 135; secondo De Menech, C.: "Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio", *I contratti*, 2015, p. 827 s., «secondo la ricostruzione tradizionale … dal frequente assoggettamento del debitore nei confronti del creditore, il legislatore fa derivare una presunzione *iuris et de iure* di iniquità del trasferimento della cosa data in garanzia e, da questa, fa automaticamente scaturire la nullità della convenzione traslativa».

9 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 281.

10 Lo ricorda lo stesso Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 281; e v. già Id.: *Il divieto*, cit., p. 208 ss.

solutum o la novazione, le cui funzioni, pur diverse da quelle del patto commissorio, non sono poi così distanti.

Un secondo gruppo di opinioni fonda il divieto di patto commissorio su una presunta inderogabilità degli strumenti giuridici predisposti dall'ordinamento affinché il creditore ottenga la sua soddisfazione: in altri termini, su una asserita impossibilità di aggirare, mediante forme di autotutela, la procedura esecutiva, che come tale richiede l'intervento dell'autorità giudiziaria.

Nemmeno questa tesi, che comunemente si fa risalire a Betti[11], appare oggi convincente. Il nostro autore, a tal riguardo, ricorda che il patto commissorio può anche essere autonomo (nel qual caso esso giocoforza non aggirerebbe le procedure esecutive previste per le garanzie reali tipiche) e, inoltre, che il divieto di autotutela privata su cui l'opinione menzionata fa leva è, semplicemente, «indimostrato»[12].

In effetti, già da tempo si rileva che l'autotutela è ammessa, seppur entro ristretti limiti, dal nostro ordinamento. Anzi, in qualche forma essa è anche favorita dallo Stato, nella misura in cui rimanda semplicemente l'intervento giudiziario e, pur senza consentire ai consociati di venire ad arma, permette una tutela rapida e proporzionata[13]. Addirittura, negli ultimi tempi si è parlato di una diffusione di forme di "esecuzione privatizzata"[14], che si porrebbero in perfetta consonanza con il principio di sussidiarietà che domina l'ordinamento attuale.

Infine, l'ultimo insieme di tesi valorizza l'esigenza di tutela degli altri creditori del debitore e, quindi, il principio di par condicio creditorum, affermando che il patto commissorio lederebbe le ragioni degli altri creditori e, quindi, richiede di essere vietato proprio per evitarne il pregiudizio.

L'opinione, sostenuta già da Carnelutti[15] ma riapparsa anche in tempi recenti[16], non appare convincente.

11 Betti, E.: "Sugli oneri ed i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione dell'obbligazione", *Rivista del diritto commerciale*, 1931, II, p. 699.

12 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 282; Id.: *Il divieto*, cit., p. 202.

13 Sul punto vale la pena di confrontare le due voci di Betti, E.: "Autotutela (dir. priv.)", in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 529 ss., e di Bianca, C.M.: "Autotutela", in *Enciclopedia del diritto*, *Aggiornamento*, IV, Giuffrè, Milano, 2000, p. 130 ss.

14 Cfr. Amadio, G.: "Contratto, crisi economica e nuove garanzie", in Id.: *Lezioni di diritto civile*[3], Giappichelli, Torino, 2018, p. 447 ss.; de Belvis, E.: *L'esecuzione privatizzata*, Napoli, ESI, 2018. Il riferimento va qui soprattutto ai "nuovi marciani", su cui v. *infra*, in particolare nt. 68.

15 Carnelutti, F.: "Note sul patto commissorio", *Rivista del diritto commerciale*, 1916, II, p. 888 ss.; Id.: "Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto", *Rivista di diritto processuale*, 1946, II, p. 156 ss.

16 Cfr. Barbiera, L.: *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*[2], in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 315 ss., e già Andrioli, V.: "Divieto del patto commissorio", in Nicolò, R., Andrioli, V., Gorla, G., *Libro sesto. Tutela dei diritti. Art. 2740-2899*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1945, p. 49 ss. Quantunque quasi tutta la giurisprudenza attuale ritenga che l'art. 2744 c.c. miri «a difendere il debitore da illecite coercizioni del creditore» (aderendo così alla prima generica *ratio*),

Anzitutto, come rileva Bianca, «nel nostro ordinamento la tutela contro gli atti di disposizione del debitore pregiudizievoli per i creditori è rimessa al rimedio dell'azione revocatoria, che non sanziona la nullità degli atti ma la loro inefficacia nei confronti dei creditori che lo esperiscono»[17].

A ciò si può aggiungere che, per quanto possa essere vero che l'alienazione in garanzia dia vita a una diversa e nuova causa di prelazione, ciò implica l'adozione di forme di pubblicità sufficienti (in particolare, per i beni immobili, l'opponibilità dell'alienazione in garanzia impone l'adempimento degli oneri legati alla trascrizione).

Di conseguenza, gli altri creditori non posso dirsi più lesi di quanto non avvenga nei casi di datio in solutum o novazione: sicché non può essere la loro tutela il fondamento del divieto di patto commissorio.

In conclusione, tutte le opinioni passate in rassegna risultano insoddisfacenti e non colgono nel segno. Vediamo, allora, qual è il fondamento del divieto del patto commissorio per Bianca e quali passi in avanti porti con sé la sua tesi.

III. LO SNATURAMENTO DELLA FUNZIONE NEL PATTO COMMISSORIO.

Secondo Bianca «il patto commissorio realizza a danno del debitore una distorsione di fondo della funzione di garanzia, … ma è la sua idoneità a diffondersi che lo converte in danno sociale». Già in questa breve formula, con la sintesi tipica del maestro catanese, è compendiato tutto il pensiero dell'autore circa la ratio del patto commissorio (che nelle righe precedenti e successive Bianca espone in modo più ampio e analitico).

Ricorrono, in quest'affermazione, due elementi, su cui dovremo concentrare la nostra attenzione (rispettivamente in questo e nel prossimo paragrafo): lo snaturamento della funzione di garanzia che si realizza nel patto commissorio; la dannosità sociale dello stesso patto commissorio. Il trait d'union di questi due elementi è il danno sofferto dal debitore: o, meglio, il danno che questi rischia di soffrire. Esso è, come vedremo, implicato dallo snaturamento della funzione e presupposto dalla dannosità sociale del patto commissorio.

Per comprendere in che senso vi sia, nel patto commissorio, una distorsione della funzione di garanzia[18] dobbiamo anzitutto ricordare che il patto commissorio è un

alcune sentenze associano a tale scopo quello di assicurare la *par condicio creditorum* (v. Cass., 3 febbraio 2012, n. 1675, *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 339; v. pure Macario, F.: "Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia", in *Tratt. Lipari-Rescigno*, IV.II, Giuffrè, Milano, 2009, p. 206).

17 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 283. E v. già Id.: *Il divieto*, cit., p. 214 ss.

18 Sulla presenza di una tale funzione v. già Bianca, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 113 ss. Al tempo, però, Bianca non parlava di snaturamento della causa (solo più di recente ha ritenuto che tale distorsione possa in parte giustificare il divieto di patto commissorio, pur dovendo essere completata – come vedremo – da una

accordo accessorio a una garanzia tipica o autonomo che realizza o programma un trasferimento di proprietà. Come si addivenga appare poco rilevante: è essenziale, semmai, che tale trasferimento sia previsto – o, meglio, che la definitività di tale trasferimento sia prevista – per il caso in cui un certo debito resti inadempiuto (a prescindere dall'ammontare del debito e, in particolare, dall'eventuale maggior valore del bene rispetto all'ammontare del debito).

Orbene, un trasferimento di proprietà (o un trasferimento finalmente definitivo della proprietà) che mira a estinguere un debito (anche se di ammontare minore) corrisponde a una struttura che definiremmo, a prima vista, solutoria. Del resto, considerata in sé e per sé, tale struttura è in tutto e per tutto corrispondente a quella della datio in solutum: un negozio solutorio, sicuramente valido, che ha la sola particolarità di venire concluso in un momento di regola successivo all'inadempimento[19].

La particolarità del patto commissorio è che esso, a differenza della datio in solutum, si pone a monte di un inadempimento effettivo[20]: tant'è vero che esso non viene concluso per adempiere un'obbligazione, ma semmai per uno scopo di garanzia[21]. E in questo si può rilevare la distorsione della funzione: il patto commissorio di per sé persegue una funzione di garanzia, che però è realizzata per il tramite di una struttura solutoria, ossia di una struttura che, di per sé, è volta a perseguire una corrispondente funzione solutoria[22]. L'inquinamento dello scopo di garanzia con uno scopo solutorio snatura il primo, giacché, a rigore, la funzione di garanzia implica che il creditore possa rafforzare la sua sicurezza di veder adempiuto un credito, ma non si arricchisca o comunque si avvantaggi in altro modo dalla garanzia costituita, mentre allo scopo solutorio risulta del tutto indifferente che il bene trasferito sia o meno di valore pari all'ammontare del debito.

giustificazione di stampo eteronomo). In ogni caso, nell'individuazione di una funzione di garanzia in ogni patto commissorio si poteva già rilevare un modo molto moderno di intendere la causa del contratto.

19 Qualsiasi sia la tesi che si voglia seguire in tema di *datio in solutum*, di certo dovrà ammettersi che la sua funzione è prettamente, e unicamente, solutoria: così avviene anche se la prestazione in luogo dell'adempimento è decisa, e fornita, prima dell'inadempimento, giacché comunque l'efficacia dell'accordo si accompagna all'estinzione del debito (che non è, viceversa, rinviata a un momento successivo). V. anche, sul punto, le osservazioni di Luminoso, A.: "Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva", *Rivista diritto civile*, 2017, p. 18.

20 Bianca, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 108.

21 V. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 277 s.: «il patto commissorio è un'alienazione in funzione di garanzia, in quanto conferisce al creditore un bene destinato a soddisfare il suo credito nel caso in cui il debitore non paghi alla scadenza. Il patto commissorio crea un vincolo di garanzia che rafforza giuridicamente il diritto di credito». E ancora: «la causa di garanzia distingue il patto commissorio vietato rispetto ai negozi aventi funzione solutoria o liquidativa, come la dazione in pagamento, la cessione dei beni ai creditori, il mandato ad alienare, ecc.» (Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 278).

22 In altri termini, «nel patto commissorio l'effetto solutorio è un modo di realizzazione della garanzia, che consiste nel diritto del creditore di far proprio il bene del debitore o di un terzo a soddisfacimento del proprio credito» (così Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 278).

Ammesso, quindi, che la funzione solutoria in qualche modo snaturi quella di garanzia, v'è da chiedersi perché questa distorsione venga repressa dall'ordinamento. Il che ci porta a parlare più in generale dei problemi relativi allo snaturamento della causa.

Il nostro sistema giuridico, in effetti, conosce diverse ipotesi di distorsione della causa, cui reagisce con la nullità. Basti pensare alla condizione meramente potestativa (la cui apposizione implica nullità dell'accordo ai sensi dell'art. 1355 c.c.); alla limitazione di responsabilità per dolo e colpa grave (nulla ex art. 1229 c.c., tanto più se decisa contestualmente alla conclusione del contratto da cui sorge il credito); alla penale (riducibile d'ufficio in virtù dell'art. 1384 c.c. se la prestazione individuata è manifestamente eccessiva rispetto all'interesse del creditore alla prestazione originaria).

In linea generale, la ragione che giustifica la previsione della nullità (integrale o solo parziale), in questi casi, sta nell'impossibilità per l'ordinamento di intendere il senso dell'atto e, quindi, di regolarlo: una impossibilità che, peraltro, non solo osta a una disciplina corretta del negozio, ma per di più ridonda in una insensatezza e, di qui, in un potenziale abuso.

In altri termini, la distorsione della causa impone di ritenere contraddittoria o comunque inadeguata la disciplina prevista dalle parti per il loro rapporto: il che rende giocoforza incontrollato e incontrollabile lo svolgimento della relazione contrattuale. Tutto ciò non può che tradursi in un abuso di un contraente a scapito dell'altro: abuso rispetto a cui l'ordinamento resterebbe passivo e che, tuttavia, si connoterebbe come particolarmente odioso, giacché il rapporto contrattuale sarebbe in realtà volto a soddisfare interessi diversi rispetto a quelli che le clausole incongrue permettono di realizzare.

Anche nel caso del patto commissorio, in effetti, si presenta qualcosa di simile. La causa di garanzia viene snaturata da quella solutoria (cui si ricollega la previsione dell'acquisto definitivo della proprietà del bene). E una tale distorsione si collega, a sua volta, a un abuso, per lo meno tutte le volte in cui il creditore si appropria con definitività di un bene del debitore di valore ben superiore all'ammontare del debito.

In questa prospettiva, dunque, è lo snaturamento da reprimere, e non già l'abuso; l'abuso, invece, costituisce un corollario della distorsione, che è di per sé da inibire. In tale ottica, dunque, si può comprendere perché sia erroneo collegare il divieto del patto commissorio alla sproporzione dei valori in gioco (irrilevante come ogni ipotesi di squilibrio contrattuale non particolarmente connotato), ma al contempo possa ritenersi che un certo e specifico abuso contribuisca a colorare la *ratio* di un simile divieto. Il fatto è che il divieto non si regge semplicemente sullo

squilibrio economico, che come tale non è importante per l'ordinamento; l'abuso, al contrario, è un corollario dello snaturamento causale[23], che ne è implicato (e che al tempo stesso giustifica l'atteggiamento del sistema giuridico verso il fenomeno della distorsione causale[24]).

Possono così leggersi le parole di Bianca, là dove egli sottolinea che «chi è costretto a dare un bene in garanzia per ottenere un credito è facilmente indotto ad accettare l'imposizione di un patto che comporta la perdita del bene stesso solo come una mera eventualità subordinata al mancato adempimento dell'obbligazione garantita»[25]. È la distorsione causale che, facendo apparire voluta una certa causa (la garanzia), induce ad accettare l'esito potenzialmente solutorio, il qualche a sua volta appare tanto più ingiusto, giacché non è davvero accettato (ma anzi è respinto, nel momento in cui si intende semplicemente concedere un certo bene in garanzia[26]).

Non vanno, però, nemmeno sottaciuti i dubbi che l'impostazione esaminata reca in sé e che sono di almeno due distinti ordini.

Anzitutto, si potrebbe ritenere che, anche considerando il nocciolo forte del divieto del patto commissorio (relativo a quei patti inerenti a beni il cui valore è al momento dell'accordo e resta sino all'appropriazione superiore all'ammontare del debito), lo snaturamento non vi sia o, per meglio dire, vi sia, ma non ridondi in una vera e propria incompatibilità tra interessi di garanzia e struttura solutoria. In altre parole, si potrebbe addurre che le due funzioni sottese al patto commissorio possano convivere o, per lo meno, non siano così incompatibili: e, in effetti, ci si potrebbe domandare se, magari adottando una prospettiva maggiormente formalistica, risulti ammissibile una loro coabitazione (con la conseguenza che la repressione del patto commissorio dovrebbe trovare altrove la sua ratio).

In secondo luogo, andrebbe tenuto in debita considerazione che il patto commissorio può presentarsi in una molteplicità di forme: che dire del patto relativo a un bene dal valore inferiore al debito al momento della conclusione del

23 Se così non fosse, sarebbe davvero arduo comprendere come mai è sicuramente valida una vendita posta in essere per ottenere liquidità magari anche a un prezzo sfavorevole, mentre non è valida una vendita con patto di riscatto se sottende una finalità di garanzia (su cui v. *infra*, § VI). E lo stesso vale, ovviamente, per il confronto tra una *datio in solutum* iniqua, ma valida, e un patto commissorio autonomo.

24 La distorsione causale rende subdola e occulta la presenza di uno scopo solutorio, il che fa apparire tanto ingiusta l'eventuale attivazione del corrispondente meccanismo, perché in realtà non voluta dal debitore (che, nell'approvare la convenzione commissoria, non può che escludere la finalità solutoria, incompatibile con una reale funzione di garanzia). A sua volta, su un piano generale la repressione dello snaturamento causale deriva anche dagli esiti perniciosi che esso di regola sottende.

25 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 283.

26 In modo non troppo dissimile, e cioè cambiando solo la prospettiva, vi è chi pone l'accento sulla speranza, per il debitore, di recuperare il bene dato in garanzia: speranza alimentata dallo stesso patto commissorio e che induce il debitore a fare oggetto di un patto commissorio un bene di valore anche molto superiore al credito. V. a tal riguardo Luminoso, A.: "Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio", *Rivista di diritto civile*, 1990, p. 230.

patto e anche al tempo della sua appropriazione? E come inquadrare quei – diversi – patti commissori aventi ad oggetto beni che al momento del perfezionamento dell'accordo valgono più (o meno) del debito, ma al tempo dell'appropriazione hanno un valore inferiore (o superiore)? Torniamo, qui, al problema del danno (e dell'abuso), che nel patto commissorio non è inevitabile, ma è solo potenziale, traducendo in un rischio di danno. Ciò che indebolisce ulteriormente la *ratio* di un generale divieto del patto commissorio basata solo sullo snaturamento causale.

I dubbi in parola sono, a ben vedere, quelli che conducevano Bianca a manifestare il suo dissenso rispetto a quelle tesi dottrinali volte a ridurre nella (sola) distorsione della causa la *ratio* del divieto di patto commissorio: a suo dire, infatti, questa distorsione è sì rilevante, così come lo è il conseguente «indebito approfittamento a carico del debitore»; tuttavia, è solo l'«idoneità a diffondersi» che «converte in danno sociale» il pregiudizio arrecabile dal patto commissorio e che, quindi, ne giustifica la repressione[27].

Passiamo, allora, a verificare in che modo la «dannosità sociale» del patto commissorio «ne giustifica la sanzione di nullità»[28]: nel farlo, ci accorgeremo di quanto la tesi, già sostenuta nel 1957 da Bianca, sia ancora perfettamente attuale.

IV. LA DANNOSITÀ SOCIALE DEL PATTO COMMISSORIO.

I due dubbi menzionati rispondono, come subito vedremo, a due perplessità diverse, che debbono venire superate in modo differente.

Quanto al primo ordine di criticità, deve considerarsi che la prospettiva dello snaturamento causale – così come l'enfasi che può riporsi in essa – è variabile a seconda di alcune scelte apicali dell'ordinamento, che hanno subito un profondo mutamento negli ultimi decenni (anche grazie alle prese di posizione del nostro autore).

E, infatti, un ordinamento più formalista tende a dare poco spazio alla distorsione della causa, ponendo la sua attenzione soprattutto sui dati strutturali e tendendo a evitare discorsi svolti nella prospettiva funzionale. Al contrario, un sistema più sostanzialistico valorizza a pieno l'approccio causale, finendo per ampliare le ipotesi in cui può presentarsi uno snaturamento della funzione a fronte di una struttura decisa dalle parti ma inappropriata per realizzare gli interessi perseguiti.

L'ordinamento italiano ha visto, negli ultimi ottant'anni, uno spostamento da posizioni più formalistiche a un marcato sostanzialismo. Ciò è avvenuto in virtù

27 Cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 283 s., da cui anche le citazioni.

28 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 284.

di scelte politiche diverse (riassumibili in una spinta solidaristica che ha condotto verso una spiccata "materializzazione" dell'autonomia), cui si è accompagnata dal punto di vista tecnico una revisione delle categorie tradite (ad esempio, con l'attribuzione di un peso sempre maggiore alla causa e agli interessi perseguiti dalle parti).

Questo spostamento del baricentro ha condotto a rileggere la *ratio* di numerose disposizioni, tra cui quelle che s'erano prima citate quali esempi di una repressione ordinamentale dello snaturamento della causa, e ad ammettere un sindacato finanche giudiziale – quindi caso per caso – sulla inadeguatezza della struttura rispetto alla funzione (o comunque, e più in generale, sul contrasto tra i diversi interessi che vanno a comporre la causa del singolo e concreto contratto).

Così, e per fare un esempio, l'art. 1229 c.c. non è stato più inteso tanto nel senso di una sanzione della condotta abusiva del debitore nei confronti del creditore, motivata sulla necessità (di stampo eteronomo) di salvaguardare il creditore. Al fondamento eteronomo della disposizione si è sostituita, dunque, una ragione tutta interna all'autonomia (o, meglio, a un'autonomia fortemente "materializzata"), rispetto alla quale l'abuso del debitore non è più la ratio dello specifico intervento legislativo, ma semmai è un corollario inevitabile di un uso distorto dell'autonomia, che ne giustifica la repressione ordinamentale[29].

E una simile tutela dell'autonomia da un uso distorto è anche alla base delle moderne ipotesi di immeritevolezza (ipotesi che la giurisprudenza ha rinvenuto con ampiezza e che sempre riproducono la logica della reazione contro uno snaturamento della causa). Di conseguenza, la stessa immeritevolezza ha abbandonato quella tensione eteronoma, che vi rinveniva lo strumento per contrastare atti di autonomia potenzialmente perniciosi per la socialità, per riassestarsi proprio nell'ambito della tutela dell'autonomia finanche… da se stessa[30].

Come si vede, dunque, la tendenza antiformalistica si collega a un modo d'intendere l'autonomia solidaristico e, per così dire, sociale: dove la "socialità" non è intesa come protezione eteronoma di soggetti deboli o di interessi in senso lato pubblici, ma piuttosto come normalizzazione dell'autonomia, onde permetterne un sindacato rispetto a ipotesi devianti.

29 V. in particolare il passaggio dalla tesi che rinveniva nell'art. 1229 c.c. un rimedio di fronte a un abuso del debitore (Polacco, V.: *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, p. 385 ss.) a quella che ravvisava una contraddizione logica tra l'idea di obbligazione e l'esonero da responsabilità (v. ad esempio Torrente, A.: "Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità", *Giustizia civile*, 1951, p. 251 ss.).

30 V., volendo, Garofalo, A.M.: "Fisiologia e patologia della causa contrattuale. Profili generali e applicazioni specifiche, Perlingieri G., Ruggeri, L., *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, ESI, Napoli, 2019, p. 711 ss.

Un simile processo ha investito anche il patto commissorio, la cui *ratio* ha visto, almeno in parte, avvicendarsi[31] alla protezione eteronoma di un soggetto la tutela dell'autonomia privata rispetto a un suo snaturamento[32]. Certo, come si è detto nel patto commissorio questa logica – di repressione dello snaturamento causale – riguarda soprattutto le ipotesi centrali (quelle in cui il bene dato in garanzia ha e mantiene valore ben superiore al debito) e si presenta con minor forza rispetto ad altri casi di distorsione causale (giacché lo scopo di garanzia appare, di primo acchito, meno incompatibile con lo scopo solutorio di quanto non avvenga, *mutatis mutandis*, nelle ipotesi degli artt. 1229, 1355 e 1384 c.c.). Nondimeno, anche il patto commissorio si presta, entro questi limiti, a vedere la sua ratio colorata nel modo che si è visto, proprio grazie a questo slittamento di scelte politiche e tecniche dell'ordinamento e della rilevata forte "materializzazione" dell'autonomia[33].

Di tutto ciò Bianca non parla espressamente: tuttavia, possiamo ritenere che tali esiti siano in una certa misura impliciti nelle sue pagine.

Del resto, la prospettiva solidaristica e sostanzialistica attuale è stata sempre propugnata da Bianca nei suoi scritti, tanto che egli può essere annoverato tra i principali fautori del successo della buona fede e della causa concreta del contratto

31 È stato proprio Bianca a notare questa tendenza, rintracciandola in alcune opere apparse dagli anni Ottanta (cfr., seppur in senso diverso e vario, Carnevali, U.: "Patto commissorio", *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, p. 501; Anelli, F.: *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 79; Scozzafava, T.O.: "Note in tema di garanzia", *Contratto e impresa*, 2008, p. 855) e poi esplicitandola nella formula della "distorsione causale". Del resto, mentre l'autore non faceva cenno allo snaturamento della causa nella monografia del 1957 (ove nondimeno l'accento posto sulla funzione di garanzia corrispondeva a una prospettiva funzionalista, al tempo assai moderna), egli ne tratta ampiamente nel volume del suo Trattato del 2012 (pur ritenendo tale distorsione – lo vedremo a breve – insufficiente a fondare il divieto del patto commissorio in tutta la sua latitudine). Peraltro, parallelamente al percorso descritto da Bianca è emerso, di recente, un orientamento volto addirittura a sostituire alla funzione unicamente di garanzia rinvenuta nel patto commissorio una funzione esclusivamente solutoria: infatti, se la prima opinione era condivisa da Pugliatti e dallo stesso Bianca (Pugliatti, S.: "Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia", in Id.: *Diritto civile. Metodo - teoria - pratica*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 338 ss. e 363 ss., e oggi Sassi, A.: *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, ESI, Napoli, 1999, p. 193 ss.), in un tempo a noi più vicino vari autori hanno rintracciato nel patto commissorio solo una funzione unicamente solutoria, spesso ritenendo che il negozio di garanzia sia autonomo rispetto a quello commissorio (anche al fine di conservarne gli effetti, pur in caso di nullità del segmento solutorio; cfr. Anelli, F.: *L'alienazione*, cit., p. 303 ss., ma soprattutto Cipriani, N.: *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, ESI, Napoli, 2000, p. 126). Nel testo, invece, si aderirà all'idea che vede entrambe le funzioni cumulate in un solo negozio, che effettivamente appare voluto dalle parti, e da loro approvato, come unitario.

32 Un simile processo, peraltro, ha condotto anche a un'estensione del divieto, dapprima – come ricorda Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 290, nt. 46 – inteso come eccezionale e non applicabile analogicamente (v. spec. Pugliese, G: "Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia", *Rivista di diritto civile*, 1955, p. 1064 ss.), e poi come rivolto a tutte le operazioni idonee a dar luogo alla ben nota distorsione causale. Del resto, il passaggio da una prospettiva eteronoma ad una di tutela dell'autonomia ha coinciso con un potenziamento della causa e una valorizzazione degli interessi concretamente perseguiti dalle parti (mentre nel passato si attribuiva precipua importanza ai dati meramente strutturali, in chiave maggiormente formalistica).

33 L'incompatibilità va comunque individuata mediante un giudizio social-tipico delle diverse funzioni e della possibilità che esse convivano (pur con la vaghezza che tale giudizio inevitabilmente ha: vaghezza che si riduce non appena esso si proietti sull'ordinamento giuridico, ove l'operato dei vari formanti, e quindi le scelte politiche e tecniche che essi in forme diverse assumono, limita i margini di incertezza e ambiguità).

(a partire già dal tomo che egli dedicava al divieto di patto commissorio[34]). Inoltre, la stessa idea di Bianca per cui lo snaturamento causale deve coniugarsi a quella della dannosità sociale potrebbe essere collegata alla necessaria "materializzazione" dell'autonomia e, quindi, all'esigenza di leggere il divieto come reazione a un uso distorto di un'autonomia riletta in modo "materializzato" (si tornerebbe, cioè, all'idea di una "socialità" tutta interna all'autonomia).

In effetti, motivazioni analoghe a quelle testé riportate – la causa come ragione concreta, la materializzazione dell'autonomia, l'interesse generale che vi è al fondo – sono state addotte proprio per giustificare le tesi moderne relative allo snaturamento causale creato dal patto commissorio[35]: e, in questi termini, può ritenersi che esse siano implicite nei paragrafi che Bianca dedica alla *ratio* del divieto in esame. Non può però sottacersi che l'autore richiama la distorsione causale tipicamente veicolata dal patto commissorio anche e soprattutto per rilevarne l'insufficienza a rendere ragione dell'ampio divieto legislativo: tanto che, a suo dire, essa deve venire accompagnata da una differente giustificazione[36].

Ci avviciniamo, così, al senso con cui davvero Bianca intende l'espressione «dannosità sociale»[37]: senso che dovremo indagare affrontando al contempo il secondo dubbio prima esposto.

Come si rilevava, l'idea dello snaturamento e della sua repressione può giustificare il divieto di patti commissori aventi ad oggetto beni di valore più alto (o addirittura manifestamente più alto) dell'ammontare del debito al momento in cui viene concluso il contratto, così come al tempo di escussione di questa particolare forma di garanzia (a prescindere, per giunta, dalle ragioni per cui è

34 L'idea per cui la causa di garanzia va individuata sulla base degli interessi concretamente perseguiti dalle parti (e, quindi, va rinvenuta anche nelle alienazioni risolutivamente condizionate all'inadempimento e nei patti commissori obbligatori, così come nella vendita con patto di riscatto allorché piegata a tale funzione e, dunque, necessariamente da riqualificare: Bianca, C.M.: *Il divieto*, cit., pp. 139, 155 ss., 183 s., 321 ss. e 327 ss.) anticipava infatti la tesi della causa concreta come ragione concreta del contratto, su cui v. soprattutto Id.: *Diritto civile*, III², cit., 2000, p. 447 s.

35 V. Anelli, F.: *L'alienazione*, cit., p. 88 ss. Proprio richiamando le tesi di Bianca, e traducendo «la formula dell'interesse generale … nell'individuazione di un interesse generale … a che una serie di valutazioni sulla meritevolezza di tutela degli opposti e confliggenti interessi … non venga ad essere stravolta dall'inserimento nel rapporto di profili di disciplina dettati con riferimento ad interessi e situazioni affatto diversi», si esprime Minniti, G.F.: "Patto marciano e *irragionevolezza* del disporre in funzione di garanzia", *Rivista del diritto commerciale*, 1997, p. 57 s. (il quale, però, giunge su tale base addirittura a negare la validità del patto marciano).

36 Ed è ancor più meritorio che l'autore non abbia mai ceduto alle suggestioni della teoria della causa concreta (che in larga parte si deve proprio a lui), e non abbia così rinvenuto solo nella distorsione causale la *ratio* del patto commissorio, pur in un torno di anni in cui la causa ha "colonizzato" interi settori del diritto civile (compreso, per l'appunto, quello del patto commissorio). Con grande equilibrio Bianca ha valorizzato la causa nei limiti in cui ciò risultava opportuno e necessario, continuando però a dirsi convinto che il divieto del patto commissorio dovesse trovare anche altrove la sua giustificazione, nei termini di cui diremo a breve.

37 A tal riguardo va ricordato che, pure nel parlare di immeritevolezza, nelle sue ultime opere Bianca ha fatto riferimento alla «dannosità sociale»: tuttavia, nel farlo egli si è espressamente riferito a una valutazione eteronoma dell'accordo, più vicina alla proposta bettiana che all'attuale utilizzo giurisprudenziale della categoria. V. da ultimo Bianca, C.M.: *Diritto civile*, III³, cit., p. 412 ss.

stato concluso il singolo accordo[38]). La ratio così individuata, tuttavia, sbiadisce ogni qual volta si considerino patti commissori relativi a beni di valore inferiore (o addirittura manifestamente inferiore) al credito sia al tempo del perfezionamento sia nel momento dell'appropriazione, così come patti commissori inerenti a beni di valore originariamente inferiore o viceversa superiore, ma poi divenuti – in modo imprevedibile – di valore superiore o viceversa inferiore all'ammontare nel credito.

Nei primi casi, in effetti, l'incompatibilità tra garanzia ed estinzione del debito appare ancor meno presente[39], tanto che potrebbe supporsi che i contratti sfuggano al divieto di patto commissorio (sorgerebbero, semmai, diversi quesiti, ossia se le parti davvero intendano che il creditore debba soddisfarsi sul bene e se esse vogliano che, appropriandosi definitivamente del bene, egli perda ogni diritto sul residuo rispetto al valore del bene stesso[40]). Nelle altre ipotesi verrebbe fatto

38 L'idea che fa perno sullo snaturamento causale vede nell'abuso un corollario dello stesso (che può contribuire alla necessità di punire lo snaturamento, ma che non deve essere oggetto di concreta attenzione dell'interprete). Al contrario, la logica eteronoma di repressione diretta dell'abuso non può non prendere in una qualche considerazione la situazione in cui è perfezionato il patto commissorio, quanto meno per chiedersi se esso riguarda solo il patto commissorio contestuale al sorgere del credito o anche quello successivo. In questa prospettiva il divieto in esame viene per solito collegato alla necessità, per il debitore, di convincere il creditore a perfezionare il contratto (normalmente di mutuo) e, nel caso di patto commissorio *ex intervallo* (concluso dopo il sorgere del rapporto obbligatorio), di ottenere una dilazione. Così avviene, in particolare, nella Relazione al codice (n. 1127) e così fa anche, in qualche modo, Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., pp. 283 e 286 (distanziandosi un poco dalla tesi dello snaturamento: v. infatti già Id.: *Il divieto*, cit., p. 207, ove nessuno spazio era dato all'opinione della distorsione causale). Nondimeno, chi oggi segue la tesi, meno recente e più formalistica, del fondamento eteronomo del divieto in esame normalmente non richiede all'interprete di verificare caso per caso la ragione per cui il debitore è addivenuto al patto commissorio, ritenendo che comunque la preclusione legislativa abbia portata onnicomprensiva.

39 Del resto oggi l'art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B., nel regolare un'ipotesi legale di patto marciano, prevede: «[f]ermo quanto previsto dall'articolo 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo». Ora, anche a voler ritenere che la norma si riferisca solo a patti marciani la cui operatività è facoltativa (nel senso che è il creditore a decidere se attivarli o se procedere a una normale espropriazione forzata), si deve dedurre che l'eventualità di una soddisfazione del creditore minore rispetto all'entità del credito, in forza di un accordo concluso ancor prima dell'inadempimento, non appare al legislatore da reprimere per forza di cose: e deve ritenersi che ciò valga non solo nell'ambito specifico cui si interessa la disposizione (credito immobiliare a consumatori), ma anche in altre ipotesi (semmai le peculiarità del rapporto di consumo potrebbero rinvenirsi nella regola, che più di taluno legge nella disposizione in esame, per cui il trasferimento definitivo del bene o dei suoi proventi avrebbero necessariamente effetto estintivo dell'obbligo). Va anche osservato che, nel far salvo l'art. 2744 c.c., la disposizione pare implicare che il divieto di patto commissorio riguardi anche beni di valore inferiore al debito garantito. In generale, sull'effetto in senso lato "esdebitativo" dei nuovi meccanismi marciani previsti nella legislazione degli ultimi anni (effetto "esdebitativo" che dovrebbe però ricostruirsi dal punto di vista della funzione di garanzia, e quindi se del caso come limitazione convenzionale della responsabilità patrimoniale, e non nella prospettiva di una funzione solutoria – intesa come soddisfazione del credito al di fuori di strumenti di adempimento in senso stretto o di garanzia – assente negli strumenti marciani o comunque compatibile con lo scopo di garanzia), v. D'Amico, G.: "La resistibile ascesa del patto marciano", in Aa.Vv., *I nuovi marciani*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 15 ss.; Piraino, F., "L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano", *ivi*, p. 196 ss.; Marchetti, G.: *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Padova, Cedam, 2017, p. 340 ss.; Ead., "Trasferimento di immobili *ex* art. 48-*bis* T.U.B.: un marciano abdicativo della garanzia generica?", *giustiziacivile.com*, 17 novembre 2017.

40 Se così fosse, e se il trasferimento definitivo della proprietà non fosse rimesso a una scelta del creditore (ma avvenisse automaticamente e senza possibilità di essere rifiutato), potrebbe riemergere la denunciata incompatibilità: e, ciò, in particolare se il bene avesse originariamente o acquisisse prima dell'inadempimento un valore nettamente inferiore al debito, giacché in tal caso il contratto di garanzia finirebbe assurdamente

di chiedersi se la volontà delle parti, desumibile dalla ricostruzione dell'assetto di interessi, non sia nel senso di far rivalutare il bene e far sussistere la garanzia solo fino a – e per tutta la – corrispondenza con l'ammontare del credito (il che riporterebbe la garanzia alla sua reale funzione).

A fronte di ciò, si potrebbe attribuire al divieto del patto commissorio una portata più ristretta: esso riguarderebbe solo un caso specifico (per quanto di sicuro il più frequente). Ma si potrebbe anche ritenere che il divieto attenga a qualsiasi patto commissorio, per ragioni che andrebbero però indagate. Ed è qui che il nostro discorso si congiunge con la «dannosità sociale».

Orbene, il legislatore, nel porre il divieto, non ha distinto tra ipotesi varie (semmai ha preso in considerazione solo il patto commissorio accessorio che viola direttamente il divieto, per ragioni più che altro legate alla storia). La scelta legislativa potrebbe essere intesa come indice della volontà di demandare all'interprete le necessarie distinzioni o, al contrario, come decisione formalistica volta a vietare tout court ogni patto commissorio.

L'idea di Bianca, che fa leva sulla «dannosità sociale», è nel secondo senso: il legislatore ha evidentemente voluto che un certo patto, «suscettibile di diffondersi», incontrasse un generico giudizio di disvalore, a prescindere dalla proporzione concreta tra valori[41]. Infatti, «il danno sociale derivante dal diffondersi di una siffatta forma di garanzia iugulatoria richiede una sanzione che la colpisca in radice anziché rimettere la tutela dei debitori ad azioni dirette di volta in volta ad accertare l'abusività del patto».

L'argomentazione, che già compariva nella prima opera dedicata da Bianca al patto commissorio[42], è tuttora attuale: se il legislatore avesse voluto distinguere le varie ipotesi di patto commissorio, avrebbe dovuto farlo espressamente, dovendosi altrimenti ritenere che tutte queste ipotesi confliggano con il divieto e che il loro trattamento unitario affondi nell'esigenza eteronoma di contrastare

per annullare in larga parte la stessa responsabilità del debitore (oltre i confini, pur discussi, della limitazione convenzionale della responsabilità patrimoniale: cfr. Sicchiero, G.: "I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)", *Contratto e impresa*, 2012, p. 91 ss.). La sanzione adeguata per questi casi risiederebbe nella nullità della clausola che impone di avvalersi del patto commissorio o nella permanenza del debito per il residuo: sicché, comunque, la nullità *tout court* del patto commissorio appare ispirata a una *ratio* che eccede la giustificazione della repressione di queste ipotesi.

41 In tal senso è anche il diritto vivente: v. Cass., 21 aprile 1976, n. 1403, in *Foro italiano - Repertorio*, 1976, voce *Patto commissorio*, n. 1; di recente Cass., 12 gennaio 2009, n. 437, *Contratti*, 2009, p. 804, da cui Di Rosa, G.: "Garanzie del credito e divieto del patto commissorio", in Id.: *Problemi di diritto privato*[2], Giappichelli, Torino, 2013, p. 52, trae argomento per ritenere che la giurisprudenza implicitamente accetti la *ratio* del divieto di patto commissorio individuata da Bianca (giurisprudenza che ancor oggi ripete costantemente la seguente massima: il patto commissorio persegue il «risultato concreto, vietato dall'ordinamento, della illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore»).

42 Bianca, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 216 ss. La *ratio* così individuata trova il consenso di molti autori: v., tra molti, Roppo, V., "La responsabilità patrimoniale del debitore", in *Tratt. Rescigno*, XIX.1[2], UTET, Torino, 1997, p. 561.

la diffusione del patto commissorio (e, verrebbe da aggiungere, nella necessità di proteggere il debitore, evitandogli l'onere di dover contestare in concreto la validità e l'operatività del singolo patto commissorio).

Se ciò è vero, dovrà anche ammettersi che, quantunque la *ratio* collegata allo snaturamento della causa sia quella da cui trae spunto divieto del patto commissorio, è poi il legislatore che formalizza questo divieto, rendendolo ius positum e al tempo stesso estendendolo anche ad ipotesi vicine ma che altrimenti non ne sarebbero toccate (giacché la distorsione causale non ridonda in quei casi in una vera e propria incompatibilità tra le funzioni perseguite). E se la positivizzazione avviene per ragioni di certezza, la formalizzazione in senso estensivo non può che basarsi su una ragione in senso lato eteronoma, diretta a evitare che il patto si diffonda e che sia poi il debitore, volta per volta, a dover promuovere un sindacato sulla sua validità (dando la prova che il valore del bene sia più alto – o manifestamente più alto – dell'ammontare del debito).

La conclusione cui siamo appena giunti ci consente, peraltro, di spiegare perché il patto commissorio non sia stato sempre e dovunque ritenuto nullo e, soprattutto, perché le rationes poste a fondamento del divieto nonché la sua stessa portata abbiano subito una certa fluttuazione nel corso dei secoli[43]. A monte, infatti, si sono alternati i principi apicali degli ordinamenti, sicché il divieto è stato di volta in volta riletto e colorato in modo differente, a partire dalla costituzione di Costantino che, come ricorda Bianca, puniva il patto commissorio perché particolarmente duro per il debitore[44].

Allo stesso modo, ciò permette di chiarire perché il problema della *ratio* e della portata del divieto di patto commissorio sia ancora così dibattuto. V'è, infatti, da tenere in considerazione che, anche a fronte di uno stesso ordinamento (e quindi di un identico orizzonte culturale in cui si sviluppa il sistema giuridico), interpreti

43 V., per una sintesi, Bianca, C.M.: "Patto commissorio", cit., p. 712 ss. Inoltre, in chiave comparatistica, v. la ricerca di Bussani, M.: *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2000; infine, v. pure lo studio (con interessanti notazioni di analisi economica) di Candian, A.: "Appunti dubbiosi sulla *ratio* del divieto di patto commissorio", *Foro italiano*, 1999, I, c. 175 ss.

44 Basti pensare che fino agli anni Ottanta, e quindi nell'ambito di un sistema più formalistico di quello attuale, in cui la causa veniva intesa in modo più rigido di oggi e si era meno avvezzi a considerare gli interessi concreti delle parti, la giurisprudenza faceva ancora fatica a ritenere che il patto commissorio ad effetto traslativo immediato fosse vietato (v. infatti Bianca, C.M.: "Il divieto del patto commissorio: un passo indietro", cit., p. 118; il *revirement* – non senza alcuni passi indietro – si è dovuto a Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, *Foro italiano*, 1984, I, c. 211, poi confermata soprattutto da Cass. civ., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611, *Foro italiano*, 1989, I, c. 1428). Da un lato, l'analisi veniva condotta per lo più su un piano strutturale, sicché non si valorizzava l'analogia tra gli interessi perseguiti dalle parti; da un altro lato, la *ratio* del divieto del patto commissorio era per lo più legata alla repressione eteronoma di una certa struttura, cui veniva rigidamente collegata la portata del divieto. Già negli anni Cinquanta, però, Bianca aveva notato che anche nel caso del patto commissorio ad effetto traslativo immediato ricorreva una funzione di garanzia (giacché il trasferimento di proprietà diveniva definitivo solo al momento dell'inadempimento), sicché non vi era ragione per escludere l'applicazione del divieto (che l'autore già al tempo ipotizzava comunque esteso a tutte le alienazioni in garanzia prive di una clausola o comunque di un meccanismo marciano, seppur ritenendolo giustificato unicamente da una ragione eteronoma).

diversi possono intendere in modo diverso – per scelte personali o per sensibilità differenti – la forza con cui si compongono certi principi, così come il valore di certe argomentazioni (spesso in modo impercettibile o, comunque, difficilmente comunicabile). Se si tiene conto di questo, e se al tempo stesso si ricorda quanto abbiano oscillato le rationes del divieto di patto commissorio e come finanche oggi esso si presti a essere giustificato da una pluralità di argomenti tra loro intrecciati, non sorprenderà affatto che il dibattito a tal riguardo sia tutt'altro che sopito.

V. LA VIOLAZIONE DIRETTA DEL DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO.

Le considerazioni finora svolte hanno un rilievo anche per lo studio più specifico del patto commissorio, relativo all'ambito di applicazione del divieto e ai suoi effetti.

Come si è visto, il divieto del patto commissorio riguarda una disfunzione causale di un accordo: accordo che, come ben noto, può accedere a un altro contratto (di costituzione di una garanzia: ad esempio, pegno o ipoteca) o presentarsi autonomamente, dando vita a un patto commissorio accessorio o autonomo.

Il fatto che il divieto in esame riguardi la causa, ossia il complessivo assetto di interessi (recante al suo interno una irresolubile incongruità), rende ragione della portata del divieto stesso, rispetto al quale risulta indifferente la struttura cui si collega l'incongrua funzione solutoria.

Così, osservava Bianca già nel 1957, cadono sotto la scure del divieto tanto le alienazioni sospensivamente condizionate all'inadempimento, quanto quelle risolutivamente condizionate all'adempimento[45]; tanto le promesse di trasferire beni sospensivamente condizionate[46], tanto le altre e più complesse strutture che raggiungono tale finalità[47]. E la giurisprudenza, nei lustri successivi, ha aderito pienamente alle tesi dell'autore, che oggi sono pacifiche tra gli studiosi e i giudici.

In ognuno di questi casi, in effetti, sussiste all'interno del complessivo assetto di interessi (inteso come "senso" del contratto), e accanto alla funzione di garanzia,

45 Cfr. già Bianca, C.M.: *Il divieto*, cit., pp. 139 e 155 ss. V. anche *supra*, nt. 44.

46 Sul patto commissorio obbligatorio v. già Bianca, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 183 s. Secondo l'autore il divieto si spiega in ragione del fatto che l'obbligazione crea comunque un assoggettamento di un certo bene a un vincolo di garanzia, sicché è inevitabile ritenere che le parti perseguano interessi analoghi a quelli vietati dall'ordinamento.

47 Oggi Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 284 s. (per il patto commissorio ad effetto traslativo differito e per quello ad effetto traslativo immediato ma non definitivo); p. 287 (per il patto commissorio obbligatorio). Il patto commissorio ad effetto traslativo differito abbraccia anche i casi di opzioni ad alienare sottoposte a condizione sospensiva.

una funzione solutoria che si ricollega immediatamente alle strutture indicate (e che non può essere scissa dalle stesse).

Tali considerazioni, peraltro, ci permettono anche di capire meglio in cosa consista l'incongruità che è al fondo del divieto del patto commissorio. E, ancora una volta, nel farlo risulta imprescindibile ritornare alle tesi di Bianca, che tanto successo hanno avuto nella nostra dottrina e nella nostra giurisprudenza[48]: in particolare, a quelle sulla causa del contratto come ragione concreta dell'accordo, che già venivano anticipate nella monografia del 1957 e che poi hanno trovato compiuta espressione nel tomo del Trattato dedicato al contratto[49].

Ora, se intendiamo la causa come il complessivo assetto di interessi e, quindi, come l'esito della complessiva ricostruzione dell'accordo, dobbiamo ammettere che tale ricostruzione avviene ricomponendo, per il loro valore pragmatico, i vari elementi di fatto che si presentano e che si associano, nel loro senso social-tipico, a determinati interessi. Tali elementi di fatto possono ben essere materiali, ossia evinti dalla situazione di fatto, ma per lo più sono dichiarati, ossia individuati e approvati tramite la dichiarazione negoziale. Essi, peraltro, sono chiamati a comporsi e quindi anche a conformarsi a vicenda, nei limiti in cui lo consenta il margine di flessibilità di ciascun elemento di fatto (in particolare, il margine di libertà interpretativa nel caso di quelli corrispondenti a una dichiarazione).

Nel caso del patto commissorio vi è indefettibilmente una dichiarazione che non tollera di venire conformata in sede interpretativa e che, veicolando un interesse solutorio, va a comporre quella parte del patto avente una corrispondente funzione (direttamente retta dalla struttura, che associa a un effetto liberatorio una certa prestazione di dare). Al tempo stesso, tale funzione solutoria non riesce a far venire meno la finalità di garanzia, veicolata in parte dalla dichiarazione e in parte da elementi esterni (con la conseguenza che, a seconda dei casi, non sempre tale finalità si riflette immediatamente e interamente in un frammento di struttura).

Non sarà inutile, a questo punto, chiedersi a cosa si associ la funzione di garanzia, anche nella sua rigidità e indeformabilità nell'ambito del processo di ricostruzione condotto dall'interprete (e inevitabilmente connesso a quello di interpretazione).

Nei casi più semplici di patto commissorio – quelli di patto accessorio – la finalità di garanzia si abbina, tra l'altro, alla costituzione di una garanzia: sicuramente là

48 V. per tutti Bianca, C.M.: "Causa concreta del contratto e diritto effettivo", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 251 ss., nonché gli scritti di Martino, M.: "La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo *idolum fori*", *Corriere giuridico*, 2013, p. 1441 ss., di Delfini, F.: "Causa ed autonomia privata nella giurisprudenza di legittimità e di merito: dai contratti di viaggio ai derivati sul rischio di credito", *Le nuove leggi civili commentate*, 2013, p. 1363 ss., e di Achille, D.: "La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 37 ss.

49 V. *supra*, nt. 34.

dove tale costituzione è contestuale, ma anche se è precedente. Qualora, invece, il patto sia autonomo, la funzione di garanzia dev'essere necessariamente approvata dalle parti, che esplicitamente o implicitamente la tengono in considerazione (il che può avvenire anche e semplicemente perché, alla luce delle circostanze, tale funzione è immanente alla struttura del patto commissorio e non è esclusa da alcuna peculiarità concreta della situazione di fatto).

Non si può ritenere, come taluno ha sostenuto (incontrando le critiche del nostro autore[50]), che il patto commissorio autonomo persegua una funzione soltanto solutoria: semplicemente la funzione di garanzia è meno appariscente, ma essa è comunque presente. Del resto, se così non fosse non potrebbe parlarsi nemmeno di patto commissorio (come tale vietato).

Il che ci conduce a un ultimo interrogativo: verrebbe infatti da chiedersi se particolari funzioni e strutture non possano conformarsi a vicenda, con la conseguenza che l'una assorbe l'altra e fa venire meno quella distorsione causale in cui tipicamente consiste il patto commissorio.

Quest'evenienza non si dà, ad oggi[51], nel caso di accordi di garanzia ad effetto traslativo immediato o differito o anche solo ad effetto obbligatorio: infatti, la funzione di garanzia è di regola ritenuta immanente al fatto che non vi è ancora stato inadempimento al momento della conclusione dell'accordo e che le parti non intendono incidere sulla struttura dell'obbligazione; quanto al segmento solutorio, è proprio la sua struttura a imporre di rinvenirvi la realizzazione di interessi corrispondenti.

Nondimeno, non si può escludere che un ordinamento ispirato a principi più formalistici giunga a esiti diversi. Ad esempio, il fatto che su una causa di garanzia si innesti una struttura solutoria potrebbe semplicemente far venire meno la funzione di garanzia (o comunque la possibilità di valorizzare tale funzione): sicché il trasferimento definitivo di proprietà manterrebbe solo il suo scopo solutorio o, addirittura, veicolerebbe una diversa funzione (se del caso legata a una certa vicenda modificativa del rapporto obbligatorio).

VI. LA VIOLAZIONE INDIRETTA DEL DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO.

Il patto commissorio, come si vede, non può essere ritenuto un patto tipico: piuttosto, si tratta di una distorsione causale tipica e riconducibile a un modello ricorrente.

50 V. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 279. La diversa tesi – come già anticipato – è stata argomentata soprattutto al fine di conservare il segmento di garanzia, a fronte della nullità di quello solutorio (cfr. nt. 31): sicché essa, più che negare la funzione di garanzia, appare volta a distinguere le pattuizioni commissorie in due negozi, uno di garanzia e il vero e proprio patto commissorio (solutorio).

51 Anche grazie alla diffusione delle tesi di Bianca e alla loro prospettiva sostanzialistica.

Ciò aiuta a comprendere la ragione per cui la portata del divieto non riguarda singole strutture, ma semmai una uno specifico snaturamento causale, in qualsiasi modo esso sia realizzato.

Cionondimeno, si possono distinguere casi in cui la violazione avviene in modo diretto (come nelle ipotesi già considerate) da casi in cui essa, invece, è indiretta. La linea di discrimine dovrebbe consistere nel fatto che, nelle prime ipotesi, la struttura non ha altra funzione immediatamente percepibile che quella vietata dall'ordinamento (ossia, una funzione di garanzia cui si abbina un incongruo scopo solutorio); nelle seconde, invece, vi è un accordo o una serie di accordi ciascuno dotato di una sua propria funzione.

Anche qui non sarà inutile soffermarsi su tale fenomeno, riconducibile alla frode alla legge (che, nel nostro ordinamento e a differenza da quanto avviene ad esempio in Germania, non è guardata dal punto di vista della norma violata, semplicemente applicata analogicamente, ma piuttosto dal punto di vista del negozio piegato o dei negozi piegati a raggiungere finalità diverse da quelle sue o loro proprie, ossia dal punto di vista del negozio indiretto)[52].

Ben noti, anche alla giurisprudenza contemporanea, sono i casi della vendita con patto di riscatto e del sale and lease back, su cui si sofferma diffusamente anche Bianca[53].

Nella prima ipotesi si assiste a un soggetto che vende un suo bene riservandosi il diritto di riscattarlo; il prezzo della vendita viene piegato a una finalità corrispondente a quella di un mutuo e la dazione del prezzo nel caso di riscatto alla restituzione del mutuo, con conseguente ritrasferimento immobiliare (talvolta, inoltre, si assiste a una simulazione relativa inerente al prezzo della vendita e alla sua quietanza, ove figura una cifra più alta rispetto a quella effettivamente versata, così da rendere oneroso quello che sostanzialmente è un prestito; in altri casi è lo stesso acquirente che concede in locazione il bene al venditore, il quale pagando il canone di fatto remunera il godimento del capitale che ha ottenuto)[54]. Nel sale and lease back, invece, un soggetto vende un suo bene e contestualmente lo

52 Sulla frode alla legge v. Pugliatti, S.: "Precisazioni", cit., p. 363 ss.; Carraro, L., *Il negozio in frode alla legge*, Cedam, Padova, 1943; Morello, U.: "Frode alla legge", *Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile*, VIII, UTET, Torino, 1992, p. 501 ss. Come a breve vedremo, Bianca rinveniva però nelle ipotesi di vendita con patto di riscatto una violazione diretta del divieto di patto commissorio.

53 V. pure, nell'ambito di una bibliografia assai vasta, Cubeddu, M.G.: "Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle Sezioni Unite", *Rivista di diritto civile*, 1990, II, p. 615 ss.; Di Rosa, G.: "L'operazione di *sale and lease back* tra normotipo astratto e fattispecie concreta", *Rivista di diritto civile*, 2015, p. 1140 ss.

54 Cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 290 ss. Nulla vieta, peraltro, che le parti simulino dietro le spoglie di una compravendita con patto di riscatto un mutuo con patto commissorio; semmai, deve escludersi che per forza di cose la repressione della vendita con patto di riscatto volta a una finalità di finanziamento e garanzia (quest'ultima unita inevitabilmente a una funzione solutoria) passi per l'accertamento di una simulazione: v. infatti Bianca, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 268.

ottiene in leasing dalla controparte, di regola con la possibilità di farlo suo dopo la scadenza di un certo periodo di tempo e a patto di pagare una certa somma di denaro[55].

Si tratta, di per sé, di due operazioni negoziali che non sono sempre e comunque illecite: non lo è la vendita con patto di riscatto quando un soggetto vuole semplicemente disfarsi di un bene, pur mantenendo il potere di rifarlo suo (come chi vende un appartamento perché è stato trasferito per motivi di lavoro in un'altra città, ma spera di tornare a vivere nel suo luogo di nascita); non lo è il sale and lease back perfino quando è concluso da un soggetto che mira a ottenere della liquidità alienando alcuni beni facenti parte dell'azienda (ad esempio perché ritiene migliore una diversa organizzazione produttiva).

Questi contratti – osserva Bianca e, con lui, tutta la giurisprudenza attuale[56] – diventano però illeciti quando viene perseguita, tramite essi, una finalità di finanziamento cui si associa una finalità di garanzia (che a sua volta, in virtù della specifica e insopprimibile struttura, si abbina inevitabilmente a una incongrua funzione solutoria). Il che ci porta a parlare di questa finalità di garanzia sotto almeno due punti di vista: quando può ritenersi che sussista questo scopo e in che termini esso vada dogmaticamente descritto.

Anzitutto, v'è da chiedersi quanto emerge una simile funzione di garanzia.

La questione attiene qui alla causa complessivamente perseguita e, quindi, alla composizione dell'assetto di interessi: non si tratta, come da tempo ha osservato Bianca[57], di un problema di simulazione e di individuazione del negozio dissimulato, ma piuttosto di ricostruzione dell'accordo (del suo senso, del suo valore). Il che richiede giocoforza di valorizzare gli elementi di fatto veicolati dalla dichiarazione e quelli esterni a essa: più specificamente, nei casi in esame sono soprattutto gli elementi esterni a dare ragione dell'una o dell'altra qualificazione (la giurisprudenza parla, a tal riguardo, di "indici" che fanno propendere in un senso o nell'altro[58]).

55 Cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 293 ss.

56 Anche qui Bianca ha anticipato le tesi attuali della giurisprudenza, ritenendo fin dal 1957 che la vendita con patto di riscatto possa infrangere il divieto del patto commissorio e, poi, ribadendo questa tesi con riferimento al *sale and lease back*: Bianca, C.M.: "Il divieto del patto commissorio: un passo indietro", cit., p. 121. In giurisprudenza v. anzitutto le sentenze, cui si deve il noto revirement sulla potenziale illiceità della vendita con patto di riscatto per violazione del divieto del patto commissorio, menzionate alla nt. 44, nonché da ultimo, tra moltissimi precedenti, Cass., 11 luglio 2019, n. 18680, in *dejure.it*, per la vendita con patto di riscatto, e Cass., 22 febbraio 2021, n. 4664, anch'essa in *dejure.it*, per il *sale and lease back*.

57 V. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 290 ss. V. già nt. 54.

58 Cfr., ex multis, Cass., 6 luglio 2017, n. 16646, *Corriere giuridico*, 2017, p. 1502. Rileva Bianca, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 269, che la ricerca di tali indici affonda nella storia del diritto (già nel Cinquecento se n'erano enumerati ventisei, quantunque li si utilizzasse nella prospettiva della ricerca di una volontà simulatoria). Può aggiungersi che il peso specifico di ciascun indice non deriva solo da un apprezzamento tecnico della prassi socio-economica (a sua volta conformata dallo specifico orizzonte culturale in cui una certa società vive), ma anche da una scelta politica introiettata nell'ordinamento (e, nei margini in cui essa risulta vaga e incerta, autonomamente presa dall'interprete).

Così, il fatto che il prezzo pagato sia basso spinge verso una finalità di garanzia, così come il fatto che il prezzo per riscattare il bene sia in realtà più alto di quello pagato, che sia dovuta una forma di remunerazione per continuare a godere del bene o che l'impresa che aliena beni dell'azienda sia in condizioni di difficoltà economica. Al contrario, depongono in senso contrario – ed escludono quindi la funzione di garanzia – la consegna del bene all'acquirente nella vendita con patto di riscatto e la generale riorganizzazione aziendale programmata dal venditore nel sale and lease back[59]. E non stupirà, a questo punto, che il nostro autore aggiunga che «in presenza di tali elementi si presume … che le parti abbiano voluto un'alienazione in funzione di garanzia»[60]: là dove la "presunzione di volontà" va certamente intesa in senso soggettivo-oggettivo.

Infatti, questi elementi di fatto, pur nella loro materialità, sono sicuramente voluti dalle parti (verrebbe da dire: approvati), sicché essi appaiono avere un valore oggettivo, ma al tempo stesso essere abbracciati dalla volontà (tanto più che le parti possono conoscerne o comunque immaginarne il rilievo, per quanto con la vaghezza che contraddistingue i più complessi processi di qualificazione giuridica). Peraltro, una simile considerazione, se da un lato consente di ritenere che la valorizzazione di questi dati non contrasti con la natura di atto di autonomia del contratto, dall'altro lato impone di considerare quali indici di ricostruzione solo e soltanto quelli noti o comunque riconoscibili ad ambedue le parti[61].

Da un altro punto di vista, di stampo prettamente dogmatico, ci si potrebbe chiedere "quale" causa sia connotata dalla coesistenza di funzioni incompatibili (di garanzia e solutoria).

Di primo acchito verrebbe da dire che si tratta della causa del contratto voluto dalle parti. Questa, in effetti, è la risposta che parrebbe suggerita dall'idea per cui la causa è l'insieme degli interessi concretamente perseguiti e coincide con la funzione, intesa come scopo perseguito dalle parti. Approfondendo l'interrogativo ci accorgiamo però che la soluzione deve essere più variegata di quanto appaia a prima vista (e che anche lo stesso Bianca risponde al quesito in modo differenziato).

59 Ancora: se un soggetto vendesse un suo bene onde liquidare una parte di un patrimonio troppo vasto e dispendioso da conservare, senza continuare a detenerlo, e al contempo si riservasse il diritto di riscattarlo contando di migliorare la sua situazione economica, e ciò fosse noto ad entrambe le parti, si sarebbe di fronte a una vendita sicuramente lecita. In altri termini, il fatto che il contratto sia volto a far ottenere liquidità non è un indice di una funzione di garanzia, la quale ricorre, invece, se l'alienazione è per così dire subita, come accade se l'interesse dell'alienante, lungi dall'essere quello di alienare il bene per ottenere del denaro (con la speranza di acquistare di nuovo il bene in caso di un futuro più fortunato), è piuttosto quello di ottenere in prestito del denaro (dovendo però fornire una garanzia). V. sul punto Luminoso, A.: *La vendita con riscatto. Artt. 1500-1509*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 7 ss., 13 e 17 ss., e già Lojacono, V.: *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 107 s.; *contra* Gigliotti, F.: *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, ESI, 1997, p. 179 s.

60 Cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 293.

61 Osservazioni non così dissimili sono sottese già a Bianca, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 260 e 264 s.

In effetti, se i contratti conclusi per realizzare lo scopo complessivamente vietato sono più d'uno, è difficile parlare di causa del contratto, giacché ciascun negozio, nell'ottica in cui ci si è posti, ha una sua causa[62]. Dovrebbe, allora, ammettersi che accanto alla causa di ciascun contratto vi sia anche una causa del complesso di contratti (così come avviene, secondo Bianca, nel caso di collegamento contrattuale[63]).

Se così è, si deve però anche ritenere che la causa complessiva (con la sua distorsione dello scopo di garanzia per il tramite della struttura solutoria) sia in qualche modo approvata e, quindi, dogmaticamente veicolata da un elemento esterno al contratto o ai contratti, ma al tempo stesso aggregante. Si potrebbe allora sostenere che la causa di cui si discute altro non sia che quella di un apposito accordo concluso tra le parti e volto a colorare la causa della complessiva operazione: un accordo, già noto alla dottrina, definitivo "configurativo della causa", che abbraccia e colora i risultati (nei termini di prestazioni realizzate ed eventualmente anche di obbligazioni sorte) cui danno vita i vari negozi conclusi dalle parti[64].

Una simile idea, peraltro, potrebbe applicarsi anche ai casi in cui il contratto concluso per aggirare il divieto di patto commissorio è solo uno. In effetti, ritenendo che in tal caso la causa che presenta la distorsione sia quella del contratto[65], si finisce inevitabilmente per dover riqualificare il contratto in parola: coerentemente con le premesse, è quanto propone Bianca con riferimento alla vendita con patto di riscatto, rispetto alla quale emergerebbe la necessità di riqualificare in virtù dell'incompatibilità tra finalità di finanziamento e di garanzia[66].

Se, invece, si volesse mantenere ferma una qualificazione conforme all'apparente volontà pattizia (e agli interessi in prima battuta approvati)[67], si

62 Non a caso, per le ipotesi in cui il divieto del patto commissorio è violato da un insieme di contratti piegati alla finalità vietata, Id.: *Diritto civile*, III², cit., p. 453 e 625, utilizza la categoria della frode alla legge.

63 V. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, III³, cit., p. 484, secondo il quale nel caso di collegamento contrattuale accanto alle cause dei singoli contratti sussiste una causa complessiva dell'operazione. Il passaggio, però, non figura più nella terza edizione dell'opera; e, soprattutto, lo stesso autore (in Id.: *Diritto civile*, III³, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, p. 441 s.) ritiene che nel caso di negozi indiretti l'utilizzo indiretto dei negozi incida sulla loro causa: sicché la diversa e ulteriore funzione parrebbe per Bianca entrare all'interno dei negozi-mezzi (modificandone, per l'appunto dall'interno, la disciplina).

64 Né si dica che la costruzione così proposta ha il sapere della *fictio*, giacché è evidente che l'ordinamento ha le sue strutture formali e dogmatiche, la cui attivazione è comunque sostenuta da una sufficiente volontà (intesa come volontà normale e normalmente presente).

65 Così Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 291 s.; già Id.: *Il divieto*, cit., p. 299 e 321 ss. (ove peraltro traspare un modo assai moderno di intendere la causa, come complesso degli interessi perseguiti dalle parti, che anticipa l'idea di causa concreta).

66 Così Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 292; Id.: *Il divieto*, cit., p. 310; Id.: *Diritto civile*, III², cit., p. 486; Id.: *Diritto civile*, III³, cit., p. 442. L'autore di conseguenza ritiene che in tali casi il divieto di patto commissorio sia violato direttamente.

67 Questo esito si impone a maggior forza se si segue quella tesi, che rappresenta una rimeditazione della teoria della causa concreta di Bianca (la quale pone l'accento sull'equivalenza tra causa e ragione pratica del contratto, anche a prescindere dalla struttura scelta dalle parti per realizzare la funzione), secondo

dovrebbe ammettere che accanto alla causa della vendita con patto di riscatto – che resterebbe tale – sussista un'altra causa, di finanziamento e di garanzia (quest'ultima, snaturata nel modo che s'è visto da una ulteriore funzione solutoria). E tale altra causa sarebbe propria, di nuovo, di un apposito negozio configurativo voluto dalle parti ed esterno rispetto al contratto di vendita con patto di riscatto.

L'opinione esposta regge tra l'altro alcuni corollari in punto di ricostruzione dogmatica. La disciplina dei negozi-mezzo risulterebbe autonoma o comunque tendenzialmente autonoma rispetto a questa finalità che rimane esterna e che è raggiunta solo per approssimazione dalle parti. A sua volta, la colorazione esterna consentirebbe di giustificare le obbligazioni e le prestazioni che sorgono e che vengono poste in essere tramite i negozi-mezzo, così come di ritenere questi ultimi complessivamente avvinti da un nesso di collegamento al negozio configurativo, con la conseguenza che la nullità dello stesso implicherebbe anche nullità di tutti i negozi-mezzo.

VII. IL PATTO MARCIANO E IL RIADEGUAMENTO DELLA STRUTTURA ALLA FUNZIONE.

Individuata la ratio e l'ampia portata del patto commissorio – risultati ormai acquisiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza contemporanee, anche e soprattutto grazie agli studi di Bianca –, passiamo infine a individuare gli effetti del divieto. Per farlo, però, dobbiamo allargare di un poco la nostra visuale, considerando anche il patto marciano[68].

cui la causa è un elemento complesso, che rappresenta l'intero senso del contratto; in altri termini, essa è costituita sì all'insieme degli interessi, ma questi vengono fatti corrispondere anche ai dati strutturali, a loro volta ricavati dalla dichiarazione mediante interpretazione (e quindi da quegli "elementi di fatto" non già esterni alla dichiarazione, ma veicolati da essa). V., in particolare, A. Checchini, "Regolamento contrattuale e interessi delle parti (Intorno alla nozione di causa), *Rivista di diritto civile*., 1991, I, 229 ss., spec. p. 241 ss., nonché Amadio, G.: *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Cedam, Padova, 1996, p. 194 ss.: e si consenta anche il rinvio a Garofalo, A.M.: "Fisiologia", cit., p. 681 ss.

68 Di recente sono entrate in vigore alcune disposizioni che istituzionalizzano e regolano specifiche ipotesi di patti marciani (anticipate dalle acute riflessioni di Bussani, M., "Patto commissorio, proprietà e mercato (Appunti per una ricerca), *Rivista critica del diritto privato*, 1997, p. 129 s.). Il riferimento va, in particolare, «all'art. 1, d.l. 59/2016, che ha introdotto il pegno non possessorio e forme di escussione della garanzia in autotutela che prevedono la cautela marciana; all'art. 48-*bis* T.U.B., che prevede un contratto di finanziamento con debito garantito attraverso una alienazione sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore; all'art. 120-quinquiesdecies, comma 3, T.U.B. che disciplina il mutuo immobiliare del consumatore ove le parti possono pattuire che il bene ipotecato, previa stima, passi in proprietà dell'intermediario in caso di inadempimento del debitore; all'art. 11-quaterdecies, d.l. 203/2005 mod. dalla l. 144/2015 che disciplina il prestito vitalizio ipotecario e introduce un nuovo modello di garanzia patrimoniale bilanciato con la cautela marciana» (sono parole di Scapinello, C.: "Ammissibilità dei patti sulla garanzia patrimoniale con marciano atipico", *Giurisprudenza italiana*, 2021, p. 48, ove anche bibliografia aggiornata e completa; in letteratura v., per tutti, i contributi raccolti in Aa.Vv., *I nuovi marciani*, cit.). Non è possibile qui soffermarsi su tali previsioni, se non per rilevare che l'interrogativo più interessante tra quelli sollevati riguarda il loro ambito di applicazione: ossia, se esse siano almeno in parte volte a disciplinare i patti marciani anche al di fuori del perimetro (soggettivo e oggettivo) espressamente individuato dal legislatore; quali siano quelle circostanze al cui presentarsi i patti marciani vengono così regolati dalla legge; se la nuova disciplina di legge sia suppletiva o presenti anche taluni tratti di inderogabilità (sicché, al ricorrere di certi interessi, talune regole si atteggerebbero come imperative, eventualmente sostituendo una diversa disciplina pattizia; su questi problemi v., con riferimento all'art. 48-*bis* T.U.B., Pagliantini

Il patto, ricorda Bianca, «conferisce al creditore il diritto di soddisfarsi su un determinato bene del debitore o di un terzo secondo giusta stima successiva alla scadenza del debito», facendolo dunque proprio in base a tale stima (e dovendo eventualmente restituire l'eccedenza di valore al debitore). Esso «prende il nome dal giureconsulto Elio Marciano (III sec. d.C.), che in un passo, peraltro probabilmente interpolato, ebbe a segnalare come lecita la convenzione che per il caso di inadempimento del debitore attribuisca al creditore il diritto di appropriarsi del pegno, o del bene ipotecato, secondo giusta stima da effettuarsi al tempo dell'appropriazione»[69].

Se ne deduce che, esattamente come il patto commissorio, anche il patto marciano non è un accordo tipico, ma è semmai un accorgimento tipico posto in essere dalle parti per evitare una distorsione causale tipica (il patto commissorio). Sicché le parti sono anche libere di forgiare il patto marciano nel modo che esse prediligono, purché raggiungano il risultato in modo sufficientemente adeguato. Così non avverrebbe, ad esempio, se le parti deferissero a un terzo non indipendente la valutazione del bene. Ma così accade se le parti, al di fuori di ogni formalismo, decidono che sarà un terzo a indicare il valore del bene[70].

La ragione della validità del patto marciano è immediatamente comprensibile: esso elimina lo snaturamento della funzione, facendo sì che a uno scopo di garanzia si associ una struttura anch'essa di garanzia. In altri termini, quella conformazione delle regole, non ottenibile in via di reinterpretazione delle clausole, viene raggiunta dalle parti stesse tramite l'inserzione di una clausola ulteriore, che adegua il regolamento e lo riporta alla funzione di garanzia perseguita.

Venendo a mancare quella distorsione causale, cade pure quella ragione eteronoma che si associa e che consiglia il legislatore, nel caso di patto commissorio, di estendere il divieto a qualsiasi accordo che ne replica il meccanismo (anche se in concreto non dovesse ricorrere un pregiudizio per il debitore).

S., "Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento", in Aa.Vv., *I nuovi marciani*, cit., p. 81 ss.). Come osservava Bianca, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 176, il nostro ordinamento conosce già da tempo ipotesi in senso lato marciane: una può rinvenirsi nell'art. 1851 c.c., in tema di pegno irregolare.

69 Cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 287 s. In giurisprudenza v. soprattutto Cass. civ., 28 gennaio 2015, n. 1625, *Foro italiano*, 2016, I, c. 685; in dottrina, per tutti, Ebner, M., "Patto marciano", *Enciclopedia giuridica*, XXV, Roma, Treccani, 2007, p. 1 ss. Per un'ipotesi specifica, ma assai interessante, v. Buset, G.: "Ancora su procura a vendere e divieto del patto commissorio", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, I, p. 741 ss.

70 È sufficiente, secondo Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 289, che il terzo sia scelto di comune accordo o che sia fissato anteriormente dalle parti il criterio della sua scelta. Al contrario, è nullo il patto «quanto la previsione della stima è tale da non assicurare un accertamento obiettivo del valore del bene». Sul punto v. pure Bianca, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 221 ss. Di recente v. in giurisprudenza Cass. civ., 17 gennaio 2020, n. 844, *Giurisprudenza italiana*, 2021, p. 48.

Osserva Bianca che il patto marciano (ossia «un'alienazione in garanzia caratterizzata dalla clausola della giusta stima, che preserva il debitore da un'indebita locupletazione a suo danno») non è valido perché in concreto non svantaggioso, ma piuttosto perché, «mentre nel patto commissorio la vantaggiosità del negozio per l'equivalenza tra valore del bene e valore del credito garantito è del tutto casuale, nel patto marciano essa è assunta a contenuto stesso del contratto costituendo oggetto di un diritto del debitore»[71].

Nel caso del patto marciano, come detto, non ricorre quell'esigenza eteronoma che conduce altrove il legislatore ad ampliare il divieto di patto commissorio ad ogni accordo che risponde a quello schema: non ricorrerebbe infatti alcun rischio di «dannosità sociale», nemmeno se il marciano si estendesse nella prassi della contrattazione[72]. Del resto, mentre nel caso del commissorio il debitore è in una posizione di svantaggio finanche là dove si scopra che in concreto il patto non gli arreca alcun pregiudizio (è lui infatti a doversi attivare per provare l'eventuale detrimento, sobbarcandosi spese e oneri), nel caso del marciano il debitore è tutelato dal fatto che già in prima battuta la stima del bene non proviene dal creditore, ma da un terzo imparziale.

Tali conclusioni, inoltre, permettono di comprendere perché il marciano è tale, ed è valido, anche se impone al creditore di restituire una somma pari all'eccedenza del valore rispetto al debitore, ma non al debitore di pagare la differenza tra il debito e il valore del bene. In questo caso, infatti, la funzione di garanzia è mantenuta; quanto allo scopo solutorio, a seconda della prospettiva che si voglia scegliere potrà ritenersi che esso venga meno o che si innesti in modo non incompatibile con la funzione di garanzia (con la conseguenza che le due funzioni potranno qui convivere)[73]. In ogni caso, dal punto di vista interpretativo-ricostruttivo è preferibile ritenere che le parti debbano volere espressamente o comunque non inequivocamente questa disciplina[74].

71 Cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 288; conformemente Id.: *Il divieto*, cit., p. 220.

72 Anzi, come si è visto oggi la legislazione della crisi, nel consentire e prevedere espressamente tale strumento, pare volerlo favorire (nella convinzione che migliorare il sistema delle garanzie possa anche potenziare il mercato del credito).

73 La scelta finisce per essere quella tra due prospettive diverse: se si valorizza strutturalmente l'esito finale del patto marciano, che può consentire di appropriarsi di un bene, si dirà che sussiste anche uno scopo solutorio; se invece si guarda funzionalmente alla vicenda, che permette semplicemente al creditore di ottenere il valore a cui aveva diritto, si dirà che esiste unicamente una funzione di garanzia (assistita semmai da un meccanismo di esecuzione privatizzato). L'effetto "esdebitativo" eventualmente voluto dalle parti sarà connesso, nella prima ottica, allo scopo solutorio; nella seconda, a una limitazione della responsabilità patrimoniale; e a seconda dell'ottica prescelta (l'una in termini di estinzione del credito, l'altra di inesigibilità) vi saranno anche ricadute pratiche differenti, ad esempio in punto di ripetibilità del pagamento spontaneo (v., sul punto Follieri, L.: "Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, p. 1866).

74 In tal senso oggi l'art. 120-quinquiesdecies T.U.B., da cui si può desumere che, nel suo ambito di applicazione, in caso di dubbio si deve ritenere che persista il debito nella misura in cui esso eccede il valore del bene fatto proprio o venduto dal creditore (cui era stato riservato).

Così descritto per linee generali il patto marciano, possiamo tornare al nostro interrogativo di partenza, relativo agli effetti del divieto del patto commissorio. Infatti, il quesito di maggior interesse posto dal patto marciano riguarda la possibilità di vederlo applicato non solo allorché siano le parti a volerlo e approvarlo, ma anche – ben più in generale – in presenza di ogni patto commissorio. L'interrogativo concerne, cioè, proprio gli effetti del divieto di patto commissorio, che potrebbero essere identificati nella nullità radicale del patto (con eventuale permanenza in vita dell'ipoteca o del pegno[75]) oppure, al contrario, nella nullità parziale dell'accordo, con sostituzione di una clausola o comunque di un meccanismo marciano al patto commissorio e permanenza in vita dell'alienazione in garanzia (o del diverso strumento voluto dalle parti)[76].

La domanda, assai delicata, rimanda ad altre questioni ben note a dottrina e giurisprudenza, che da tempo si interrogano, da un lato, circa l'esistenza di regole suppletive che appaiono inderogabili all'interno di un tipo, ferma restando la libertà delle parti di concludere un accordo afferente a un tipo diverso e, da un altro lato, a proposito della linea di discrimine tra casi in cui un'insensatezza generale degli interessi conduce alla nullità del contratto e casi in cui, invece, essa impone di sostituire alla clausola inadeguata una previsione invece conforme e appropriata rispetto all'assetto di interessi perseguito.

Tali quesiti, oggi peraltro divenuti ancor più impellenti in ragione della frequenza con cui la giurisprudenza rinviene ipotesi di immeritevolezza (che si rifà proprio a tale logica), non possono essere risolti per mezzo dell'applicazione della disciplina in tema di nullità parziale.

Mentre questa, infatti, presuppone un contratto compiuto e completo, e quindi una causa effettivamente individuata, rispetto a cui chiedersi se una clausola è essenziale o meno, nei casi di cui ora discutiamo il problema è affatto diverso: ci si chiede, in effetti, se la contraddizione interna all'assetto di interessi lo mini completamente (con conseguente nullità integrale) o solo in parte (con la possibilità di far riemergere la disciplina suppletiva).

Il legislatore del codice non prende in considerazione questi casi con una norma generale, pur interessandosene con alcune regole specifiche. Nell'ipotesi in cui sorga un credito da contratto e, in pari tempo, le parti si accordino per derogare alla responsabilità anche in caso di dolo o colpa grave, è la limitazione di responsabilità a essere nulla, con applicazione della disciplina ordinaria (salvo che, addirittura, non si riqualifichi l'accordo come non giuridicamente vincolante); nell'ipotesi di

75 E pure del mutuo o comunque del finanziamento concluso: la nullità del patto commissorio, riposando anche su ragioni di tutela del debitore, non può che essere necessariamente parziale (nel senso che non incide sulla validità del contratto di finanziamento). V. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 297.

76 Nel primo senso Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 296 s.

contratto con apposta una condizione meramente potestativa è, invece, del tutto nullo il contratto (salva anche qui la possibilità di una riqualificazione, ad esempio nei termini di un patto d'opzione).

Se si volesse desumere un criterio, esso potrebbe basarsi sul fatto che la clausola inadeguata sia percepibile come recessiva rispetto al complessivo assetto di interessi (toccandone solo un profilo particolare) oppure sia tale da contraddirlo interamente (eliminandone un elemento centrale).

Così, mentre la clausola di limitazione della responsabilità riguarda, per l'appunto, solo la responsabilità (che, per quanto essenziale, non è l'unico elemento su cui viene anche di primo acchito valutata la vincolatività giuridica), la condizione meramente potestativa nega la funzione stessa della sanzione ordinamentale (contraddicendo in modo totale la vincolatività giuridica).

Applicando questo criterio al patto commissorio, dovremmo concludere che la sua sanzione non può che essere la nullità integrale, giacché lo snaturamento interno alla causa è totale e non lascia integro alcunché. Il patto marciano, in questa prospettiva, è in effetti qualcosa che va anche in via di prima approssimazione ad aggiungersi e a correggere: sicché non può costituire una disciplina suppletiva che riemerge in caso di nullità di una supposta clausola commissoria.

Una simile conclusione – che è poi quella a cui giunge Bianca[77], e che è anche quella che con più facilità si desume dalla lettura degli artt. 2744 e 1964 c.c.[78] – vale sicuramente per il nucleo centrale del patto commissorio, rispetto a cui ricorre con un maggior grado di certezza la ratio dello snaturamento della causa. Nondimeno, le stesse ragioni che hanno indotto il legislatore a estendere il divieto di patto commissorio impongono di ritenere che tale divieto si applichi in modo uniforme pure alle altre ipotesi limitrofe, anche onde evitare un contenzioso che finirebbe giocoforza per ridondare a sfavore del debitore.

Non si può negare, comunque, che un'evoluzione della prassi socio-economica e dell'ordinamento volta ad allargare la tendenza manutentiva degli accordi imponga di rivedere questa soluzione, che però allo stato non pare giustificata

77 V. nuovamente Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, cit., p. 296 s.; più di recente Pagliantini S.: "I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della Dir. 2014/17/UE", *Le nuove leggi civili commentate*, 2015, p. 202 s. Tesi opposta in Cipriani, N.: *Patto commissorio*, cit., p. 184 ss.; Id.: "Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119", *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 1007 s.

78 Ciò che costituisce un evidente argomento positivo a favore della tesi che si sostiene nel testo. Peraltro, la lettera dell'art. 2744 c.c. dimostra anche la preferenza del legislatore per un'interpretazione del patto con cui «si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore» come accordo unitario, e non già come patto costituito di due segmenti (l'alienazione in garanzia e quello che sarebbe il vero e proprio patto commissorio), di cui uno potrebbe ben sopravvivere senza l'altro.

in nessuna delle due prospettive (né nella prima, né tanto meno nella seconda)[79]. Anzi, la logica eteronoma che completa la ratio del divieto di patto commissorio, su cui già abbiamo indugiato, ci porta a ritenere che esso valga in modo tranchant.

Già oggi, comunque, s'impone un esito diverso tutte le volte in cui, lungi dall'approvare un patto commissorio, le parti si accordano per un semplice trasferimento con finalità di garanzia[80], così lasciando aperta alla determinazione legale la definizione delle modalità con cui dovrà essere regolata tale funzione. Questa è, in effetti, la regola nel caso di cessione in garanzia dei crediti (ossia beni che vengono trasferiti, più che per il loro valore intrinseco, per quello che consentono di ottenere[81]); al contrario, nelle ipotesi tradizionalmente fatte afferire al patto commissorio (anche autonomo), l'intento precipitato nell'accordo manca di quest'apertura e anzi risulta direttamente e immediatamente volto a un trasferimento permanente e integrale della proprietà di un certo bene[82]. Come, ancora una volta, ci ha insegnato Cesare Massimo Bianca.

79 Non può sottacersi che secondo taluno l'art. 48-bis e l'art. 120-quinquiesdecies T.U.B. regolerebbero veri e propri patti commissori, tramutati in marciani ex lege (v. ad esempio Russo, D.: *Oltre il patto*, cit., pp. 64 e 74). Una simile opinione, tuttavia, non convince del tutto: l'art. 120-quinquiesdecies, del resto, fa salvo l'art. 2744 c.c. e impone, quanto meno, di ritenere che le parti abbiano condiviso la necessità di una stima per verificare se il valore del bene è minore o uguale a quello del credito; l'art. 48-bis, dal canto suo, non risulta necessariamente applicabile a un qualsiasi patto commissorio concluso entro il perimetro soggettivo disegnato dalla norma: anzi, la stringente procedimentalizzazione ivi prevista, e che espressamente dev'essere richiamata pure dalla dichiarazione di avvalersi del patto di cui al comma 5, fa ritenere che la disposizione si applichi a patti marciani conclusi entro tale perimetro soggettivo o a patti commissori, sempre ivi rientranti, a patto che gli stessi per lo meno implicitamente facciano riferimento al meccanismo dell'art. 48-bis (ad esempio menzionando precisamente, come del resto prescritto dal comma 1, un inadempimento della gravità descritta dal comma 5 quale condizione per l'attivazione della garanzia). Solo in quest'ultima ipotesi la mancata menzione degli effetti marciani potrebbe intendersi quale semplice omissione, inidonea esclude il prevalere della funzione di garanzia su quella solutoria e anzi tale da aprire la strada a una correzione (integrativa) del patto.

80 La possibilità giuridica del contratto con cui si aliena la proprietà di un bene per finalità di garanzia (e quindi anche l'ammissibilità di un simile trasferimento di proprietà, pur limitato quanto meno sul piano obbligatorio) oggi non appare più revocabile in dubbio, rispondendo per l'appunto a una causa di garanzia. V. già Bianca, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 117; oggi Dolmetta, A.A., Portale, G.B.: "Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano", *Banca, borsa e titoli di credito*, 1999, I, p. 100 ss.; Stefini, U.: *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, Cedam, 2007; Valentino, D.: "Il trasferimento dei beni in garanzia", in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, 7.II, Torino, UTET, 2007, p. 701 ss.

81 In questo senso di recente Cass., 28 maggio 2020, n. 10092, *dirittobancario.it*. V. pure Cipriani, N.: "La cessione di crediti a scopo di garanzia tra patto commissorio e patto marciano", *Rivista di diritto dell'impresa*, 2010, p. 123 ss.

82 V. pure, seppur in senso parzialmente diverso, Dolmetta, A.A.: "La ricerca del «marciano utile»", *Rivista di diritto civile*, 2017, p. 815 s.

BIBLIOGRAFIA

Aa.Vv., *I nuovi marciani*, Giappichelli, Torino, 2017.

Amadio, G.: "Contratto, crisi economica e nuove garanzie", in Amadio, G.: *Lezioni di diritto civile*[3], Giappichelli, Torino, 2018, p. 447 ss.

Andrioli, V.: "Divieto del patto commissorio", in Nicolò, R., Andrioli, V., Gorla, G., *Libro sesto. Tutela dei diritti. Art. 2740-2899*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1945, p. 49 ss.

Anelli, F.: *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, Milano, 1996.

Barbiera, L.: *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*[2], in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Giuffrè, Milano, 2010 .

Betti, E.: "Sugli oneri ed i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione dell'obbligazione", *Rivista del diritto commerciale*, 1931, II, p. 689 ss.

Bianca, C.M.: *Il divieto del patto commissorio*, Milano, Giuffrè, 1957.

Bianca, C.M.: "Patto commissorio", *Novissimo Digesto italiano*, XII, Torino, Utet, 1965.

Bianca, C.M.: "Il divieto del patto commissorio: un passo indietro", cit., *Rivista di diritto civile*, 1987, II, p. 117 ss.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, III[1], *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1984.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, III[2], *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, III[3], *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2019.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VII, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, Giuffrè, 2012.

Buset, G.: "Ancora su procura a vendere e divieto del patto commissorio", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, I, p. 741 ss.

Bussani, M., "Patto commissorio, proprietà e mercato (Appunti per una ricerca), *Rivista critica del diritto privato*, 1997, p. 113 ss.

Bussani, M.: *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2000.

Candian, A.: "Appunti dubbiosi sulla *ratio* del divieto di patto commissorio", *Foro italiano*, 1999, I, c. 175 ss.

Carnelutti, F.: "Note sul patto commissorio", *Rivista del diritto commerciale*, 1916, II, p. 887 ss.

Carnelutti, F.: Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto", *Rivista di diritto processuale*, 1946, II, p. 156 ss.

Carnevali, U.: "Patto commissorio", *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, p. 499 ss.

Cipriani, N.: *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, ESI, Napoli, 2000

Cipriani, N.: "La cessione di crediti a scopo di garanzia tra patto commissorio e patto marciano", *Rivista di diritto dell'impresa*, 2010, p. 129 ss.

Cipriani, N.: "Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119", *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, p. 995 ss.

Cubeddu, M.G.: "Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle Sezioni Unite", *Rivista di diritto civile*, 1990, II, p. 615 ss.

D'Amelio, M: "Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali", in *Codice civile. Libro della Tutela dei Diritti*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, G. Barbera, 1943, p. 450 ss.

de Belvis, E.: *L'esecuzione privatizzata*, ESI, Napoli, 2018.

De Menech, C.: "Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio", *I contratti*, 2015, p. 823 ss.

Di Rosa, G.: "Garanzie del credito e divieto del patto commissorio", in Di Rosa, G.: *Problemi di diritto privato*[2], Giappichelli, Torino, 2013, p. 45 ss.

Di Rosa, G.: "L'operazione di *sale and lease back* tra normotipo astratto e fattispecie concreta", *Rivista di diritto civile*, 2015, p. 1136 ss.

Dolmetta, A.A., Portale, G.B.: "Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano", *Banca, borsa e titoli di credito*, 1999, I, p. 76 ss.

Dolmetta, A.A.: "La ricerca del «marciano utile»", *Rivista di diritto civile*, 2017, p. 811 ss.

Ebner, M., "Patto marciano", *Enciclopedia giuridica*, XXV, Treccani, Roma, 2007, p. 1 ss.

Follieri, L.: "Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, p. 1857 ss.

Gallo, P.: "Il divieto del patto commissorio, tra passato e avvenire", in Macario, F., Addante, A., Costantino, D. (a cura di): *Scritti in memoria di Michele Costantino*, I, ESI, Napoli, 2019, p. 535 ss.

Gigliotti, F.: *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, ESI, Napoli, 1997.

Iacuaniello Brughi, M.: "Patto commissorio", in *Enciclopedia giuridica*, XXII, Treccani, Roma, 1990, p. 1 ss.

Lojacono, V.: *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1957.

Luminoso, A.: "Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio", *Rivista di diritto civile*, 1990, p. 219 ss.

Luminoso, A.: *La vendita con riscatto. Artt. 1500-1509*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 1987.

Macario, F.: "Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia", in *Tratt. Lipari-Rescigno*, IV.II, Milano, Giuffrè, 2009, p. 203 ss.

Marchetti G., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Cedam, Padova, 2017.

Minniti, G.F.: "Patto marciano e *irragionevolezza* del disporre in funzione di garanzia", *Rivista del diritto commerciale*, 1997, p. 29 ss.

Pagliantini S.: "I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della Dir. 2014/17/UE", *Le nuove leggi civili commentate*, 2015, p. 181 ss.

Pugliatti, S.: "Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia", in Pugliatti, S.: *Diritto civile. Metodo - teoria - pratica*, Milano, Giuffrè, 1951, p. 335 ss.

Pugliese, G: "Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia", *Rivista di diritto civile*, 1955.

ROPPO, V., "La responsabilità patrimoniale del debitore", in *Tratt. Rescigno*, XIX.I[2], Torino, UTET, 1997, p. 483 ss.

RUSSO, D.: *Oltre il patto marciano*, ESI, Napoli, 2017.

SASSI, A.: *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, ESI, Napoli, 1999.

SCOZZAFAVA, T.O.: "Note in tema di garanzia", *Contratto e impresa*, 2008, p. 855 ss.

STEFINI, U.: *La cessione del credito con causa di garanzia*, Cedam, Padova, 2007.

VALENTINO, D.: "Il trasferimento dei beni in garanzia", in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, 7.II, UTET, Torino, 2007, p. 701 ss.

GRAVITÀ DELL'INADEMPIMENTO E LEASING TRA DISCIPLINA LEGALE, DIRITTO VIVENTE E PRASSI

SEVERITY OF NON-FULFILLMENT AND LEASING BETWEEN LEGAL DISCIPLINE, LIVING LAW AND PRACTICE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2126-2153

Mariassunta
IMBRENDA

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Gli interventi in materia di leasing finanziario contenuti nella l. annuale per il mercato e la concorrenza, n. 124 del 201 e nella c.d. l. stabilità per il 2016, n. 208 del 2015, più che segnare la tipizzazione della disciplina del leasing finanziario e del sotto-tipo del leasing abitativo, appaiono volti a superare le criticità connesse all'inadempimento dell'utilizzatore, fonte di un enorme contenzioso che a sua volta genera diseconomie. I contorni quantitativi e temporali del "grave inadempimento" delineati da legislatore del 2017 fungono da contraltare rispetto alla dinamica della unilaterale predisposizione della clausola risolutiva espressa ad opera del lessor. Sulla base di una considerazione organica della risoluzione per inadempimento, scevra da pretese contrapposizioni tra risoluzione giudiziale e risoluzione di diritto, tali contorni non possono tuttavia considerarsi sufficienti per attivare il rimedio risolutorio che, alla luce dell'art. 1455 c.c., richiede anche di valutare, l'interesse dell'altra parte.

La questione attiene non semplicemente al modo in cui è formulata la clausola risolutiva espressa, quanto al momento dinamico che investe la scelta di avvalersene. In questa prospettiva, incentrata sulla complementarietà tra la valutazione ex ante operata con la clausola risolutiva espressa (e cristallizzata al momento della conclusione del contratto) e quella ex post, che l'art. 1455 contestualizza al momento in cui si verifica il fatto perturbatore, lo scritto si sofferma su alcune specifiche ipotesi applicative.

PALABRAS CLAVE: Leasing; risoluzione per inadempimento; clausola risolutiva espressa e meritevolezza della scelta di avvalersene.

ABSTRACT: *The interventions on financial leasing contained in the l. annual for the market and competition, n. 124 of 2017 and in the so-called L. stability for 2016, no. 208 of 2015, rather than marking the typification of the financial leasing discipline and the sub-type of housing leasing, appear to be aimed at overcoming the critical issues related to the user's default, the source of a huge dispute which in turn generates diseconomies. The quantitative and temporal contours of the "serious breach" outlined by the 2017 legislator act as a counterbalance to the dynamics of the unilateral preparation of the express termination clause. Based on an organic consideration of the resolution for non-fulfillment, free from alleged conflicts between judicial resolution and legal resolution, these outlines cannot, however, be considered sufficient to activate the resolutive remedy which, in the light of art. 1455 of the Civil Code, also requires to evaluate the "interest of the other [party]".*

The question relates not simply to the way in which the express termination clause is formulated, but to the dynamic moment that affects the choice to make use of it. In this perspective, focused on the complementarity between the ex ante evaluation made with the express termination clause (and crystallized at the time of the conclusion of the contract) and the ex post one, which art. 1455 contextualizes the moment in which the disturbing event occurs, the writing focuses on some specific applicative hypotheses.

KEY WORDS: *Leasing; termination for default; termination clause and merit of its exercise.*

SUMARIO.- I. LA EVOLUZIONE DEL LEASING FINANZIARIO NELLA DIALETTICA TRA PRASSI CONTRATTUALE, GIURISPRUDENZA, LEGGE.- II. LA "TIPIZZAZIONE" PRO-CONCORRENZIALE DEL LEASING FINANZIARIO NELLA L. N. 124 DEL 2017.- III. SEGUE. CERTEZZA E TRASPARENZA IN FUNZIONE DEL RIEQUILIBRIO DELL'ASSETTO DI INTERESSI CON RIFERIMENTO AL PROFILO DELLA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO. GRAVITÀ DELL'INADEMPIMENTO E MERITEVOLEZZA DELLA CLAUSOLA RISOLUTIVA ESPRESSA.- IV. SEGUE. GRAVITÀ EX LEGE, CONDIZIONE NECESSARIA MA NON SUFFICIENTE PER ATTIVARE IL RIMEDIO RISOLUTORIO. NECESSITÀ DI UNA VALUTAZIONE ALLA LUCE DELL'ART. 1455 C.C.- V. LA CLAUSOLA RISOLUTIVA ESPRESSA TRA DIMENSIONE STATICA E DIMENSIONE DINAMICA: SORTE DEI CONTRATTI E SOLUZIONI NEGOZIALI DELLA CRISI D'IMPRESA; SOSPENSIONE DEI CANONI NEL LEASING IMMOBILIARE ABITATIVO; EMERGENZA EPIDEMIOLOGICA DA COVID-19 E RIMEDI MANUTENTIVI DEL CONTRATTO.- VI. REGOLA UNIFORME SULL'INADEMPIMENTO E CONNESSA SUPERFLUITÀ DELLA DISTINZIONE TRA LEASING DI GODIMENTO E LEASING TRASLATIVO.- VII. PENALE DI RISOLUZIONE E FORMALIZZAZIONE DELLA REGOLA MARCIANA. RATIO DELLA PREVISIONE E SUA APPLICABILITÀ ANCHE ALLA IPOTESI DI ESTINZIONE ANTICIPATA. LA DISCIPLINA NEL LEASING IMMOBILIARE ABITATIVO NELLA L. N. 208 DEL 2015: RILIEVI CRITICI. LE INCRINATURE DELLE PROCEDURE DI VENDITA O DI RICOLLOCAZIONE.

I. LA EVOLUZIONE DEL LEASING FINANZIARIO NELLA DIALETTICA TRA PRASSI CONTRATTUALE, GIURISPRUDENZA, LEGGE.

Gli interventi in materia di *leasing* finanziario contenuti nella l. annuale per il mercato e la concorrenza, n. 124 del 2017 e nella c.d. l. stabilità per il 2016, n. 208 del 2015, segnano uno snodo importante della storia del *leasing* all'interno del nostro ordinamento. L'adozione di questo "modello contrattuale"[1], già fortemente radicato nel contesto economico anglo-americano, si registra a far data dai primi anni '60 del XX secolo[2], ad opera di società di emanazione bancaria e, via via in seguito, di una serie di piccole e medie società create da gruppi finanziari e industriali anche locali che, almeno in origine, affiancano produttori e commercianti di beni (in particolare, di autoveicoli). La prassi negoziale ha progressivamente messo a punto una pluralità di schemi[3], ciascuno dei quali declina specificatamente - per settori economici (*leasing* privato, pubblico, internazionale), natura del bene finanziato (*leasing* mobiliare e immobiliare, agricolo e al consumo), momento del

1 Bianca, C.M.: *Diritto civile*. 3. *Il contratto*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2019, p. 433.

2 Come del resto, per gli altri paesi dell'area giuridico-economica del Mercato Comune Europeo (ma anche del Giappone e, successivamente, dell'America Latina e dell'Asia.

3 Alla diversificazione delle operazioni in concreto praticate corrisponde la segmentazione del mercato del *leasing* e la "specializzazione" delle singole società per settori economici di intervento (*leasing* agricolo, pubblico, medico ecc.), beni locati (*leasing* di computer, aerei, autoveicoli, immobili ecc.), zone geografiche (*leasing* regionale, per il Mezzogiorno), dimensione di operazioni (*big ticket leasing* e *mini leasing*), condizioni applicate (società che praticano il solo *leasing* agevolato) e tipo di provvista (società che si finanziano mediante gli intermediari finanziari o presso i risparmiatori.

• Mariassunta Imbrenda
Ordinario di Diritto privato, Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza) dell'Università di Salerno. E-mail: mimbrenda@unisa.it

finanziamento (finanziamento simultaneo e smobilizzo fondi: *sale and lease back*), principali modalità dell'operazione (opzione di acquisto e/o facoltà di proroga della durata del contratto per l'utilizzatore; riscatto del bene; *leasing* agevolato, convenzionato, *addossé*, diretto e internazionale, nonché "di ritorno" o *lease-back*) – una unitaria ed omogenea funzione di finanziamento, alternativa rispetto ai canali ordinari e sugellata dal crisma della normativa in materia bancaria e finanziaria[4]. Funzione che peraltro le Sezioni Unite riconoscono espressamente come base comune a tutte le "numerosissime figure contrattuali, ognuna avente la sua peculiarità" e "tendente a consentire al c.d. *utilizzatore* il godimento di un bene (transitorio o finalizzato al definitivo acquisto del bene stesso) grazie all'apporto economico di un soggetto abilitato al credito (il cd. *concedente*)"[5].

Rimane nondimeno indubitabile che la "forza" propulsiva della prassi – tale da far assurgere questa figura contrattuale ad esempio paradigmatico di tipizzazione sociale[6] – si è esplicata in un costante rapporto dialettico tanto con il formante giurisprudenziale e dottrinale quanto con il formante legislativo[7]. La

4 Si v., in particolare, gli artt. 1 e 106, d.lgs. n. 385 del 1993, e 2, d.m. 6 luglio 1994, lett. *a*), che riserva a banche e intermediari finanziari l'esercizio di attività di finanziamento sotto qualsiasi forma, tra le quali sono ricomprese quelle connesse con operazioni di locazione finanziaria.

5 Così, testualmente, Cass., sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19785, *Nuova giur. civ.*, 2016, num. 2, p. 235. V., anche, Cass., 29 marzo 2019, n. 8980, *Giur. it.*, 2019, p. 2361, che riconosce alla disciplina dell'art. 72 *quater* legge fall., "una particolare rilevanza sul piano sistematico, in quanto […] riconduce ad unità tale contratto, […] valorizzandone la causa di finanziamento, peraltro già desumibile dalla previsione degli artt. 1 e 106 del TUB, i quali riservano alle banche ed agli altri intermediari finanziari la posizione di concedente nelle operazioni di locazione finanziaria". Nella giurisprudenza di merito, per Trib. Milano, 11 maggio 2018, ilcaso.it, chiamato a pronunciarsi sulla obbligatorietà del tentativo di mediazione alle controversie aventi ad oggetto contratti di *leasing*, questi ultimi "sono riconducibili alla nozione di «contratti finanziari» di cui all'art. 5, comma 1*bis*, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 […] In tal senso depongono, tanto la prevalente funzione di finanziamento del contratto, riconosciuta anche prima della tipizzazione dello stesso ad opera della L. 4 agosto 2017 n. 124, quanto la natura professionale della parte concedente (banche o intermediari finanziari). Tale interpretazione, inoltre, appare conforme anche alla volontà del legislatore (come evidenziata nella Relazione al D.Lgs. n. 28/2010), ove si precisa che, con l'espressione «contratti assicurativi, bancari e finanziari», lo stesso legislatore ha inteso riferirsi a controversie riguardanti «tipologie contrattuali che conoscono una diffusione di massa» «alla base di una parte non irrilevante del contenzioso», quali sono certamente quelle relative ai contratti di leasing". In contrasto con questo orientamento si colloca l'indirizzo (tra le più recenti pronunce, v. Trib. Milano, 20 dicembre 2020; Trib. Bologna, 17 dicembre 2018, n. 21058, entrambe in banca dati dejure.it ma v. anche ABF Milano n. 6978/2016 e ABF Napoli n. 6646/2017) che nega l'estensione del TAEG/ISC al *leasing*, giacchè, alla luce dei criteri fissati dal CICR, cui le Istruzioni della Banca d'Italia rinviano, va "*escluso che il leasing sia riconducibile alla fattispecie di mutui, delle anticipazioni bancarie e delle aperture di conto corrente ed alla categoria residuale degli altri finanziamenti*".

6 V. per tutti, De Nova, G.: *Il contratto di leasing*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 1995, p. 9; De Nova, G.: "Leasing", in *Dig. disc. priv.*, X, Utet, Torino, 1993, p. 462, nel riconoscere che l'autonomia tipologica rispetto agli schemi della sistematica civilistica è ben espressa dal termine "leasing", in luogo della traduzione in "locazione finanziaria": esso "mette subito in evidenza che si tratta di un contratto atipico, di derivazione anglosassone, e non di un sottotipo della locazione"; v. anche Lipari, N.: "Dieci anni di giurisprudenza della Cassazione sul leasing", *Riv. it. leasing*, 1993, p. 545. Fra quanti hanno escluso che la legislazione di settore possa aver importato una tipizzazione legislativa del *leasing,* attesa la mancanza di una disciplina organica sul piano civilistico, v. anche Bussani, M.: "Leasing", in Bussani, M.: *I singoli contratti, 4, Contratti moderni.* Factoring, franchising, leasing, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), Utet, Torino, 2004, p. 272; ma in senso diverso, Clarizia, R.: "La tipizzazione legislativa del contratto di leasing finanziario", *Riv. it. leasing*, 1993, p. 257, secondo il quale gli interventi legislativi susseguitisi nel corso degli anni, nonostante il carattere frammentario e talora occasionale, hanno concorso a tipizzare tale figura.

7 Osserva acutamente Zanelli, P.: "Detipizzazione legale e (ri)costruzione contrattuale", *Contr. impr.*, num. 1, 2019, p. 19 ss., che le modificazioni dell'economia conducono "dal fatto al *jus*", da intendersi non soltanto come "*jus positum* tipico codicistico", ma anche "*jus per consolidato orientamento* prima giurisprudenziale poi

legislazione economica di rilancio industriale soprattutto del Mezzogiorno è stata determinante nel favorire l'espansione del *leasing* in Italia[8]. La prima disposizione definitoria – emanata per l'appunto all'interno di un provvedimento legislativo sull'intervento nel Mezzogiorno[9] - ricalca funzione e struttura come plasmate nella realtà dei traffici e già intercettate in sede giurisprudenziale a far data dal primo intervento in materia[10], ma al tempo stesso diventa la pietra miliare, quanto ai tratti fisionomici dell'operazione, per ogni successivo richiamo al *leasing*. Nel solco di questa disposizione – a tenore della quale per operazioni di locazione finanziaria si intendono le operazioni di beni mobili o immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore, su scelta e indicazione del conduttore che ne assume tutti i rischi, e con la facoltà per quest'ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo stabilito - si collocano, ad esempio, gli usi della C.C.I.A.A. di Milano, vero e proprio punto di riferimento dell'impianto regolativo del *leasing*, come pure la prassi amministrativa che ha esplicitamente accolto come definizione specifica del *leasing* finanziario quella che si evince dall'art. 17 citato (v., risoluzione Agenzia delle Entrate, n. 175/E del 12 agosto 2003), e le stesse normative che si limitano a menzionare il *leasing* dando implicitamente per presupposte funzione e struttura, come ad esempio quella in materia di appalti pubblici, nel cui ambito viene contemplato il *leasing in construendo*, inizialmente divisato come strumento singolare (per la realizzazione delle c.dd. opere fredde, come gli istituti penitenziari, nella finanziaria 2001), poi generalizzato con la legge finanziaria 2007[11] e attualmente richiamato all'art. 187, d. lgs. n. 50 del 2016, c.d. Codice Appalti, il cui comma 1, dispone che "Per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità i committenti tenuti

anche dottrinale. E poi anche […] *jus per uso sociale*, […] quello delle prassi, le buone prassi sviluppatesi nel modo di fare diritto" (p. 22). Per Cass., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 2061, ilcaso.it, p. 25, la "tipizzazione legale del contratto di *leasing*" di cui ai commi 136-140 della l. n. 124 del 2017, è stata operata "mutuandone morfologie e funzione da un radicato substrato economico-sociale, così da plasmare in disciplina positiva l'esperienza lungamente maturata nel contesto regolatorio dell'autonomia privata, alimentato, costantemente, anche dall'attività ermeneutica della giurisprudenza".

8 In questo contesto il *leasing* ha operato alla stregua di un "volano giuridico" di incentivazione e sviluppo delle imprese operanti investimenti, garantendo al tempo stesso allo Stato erogatore di benefici la effettiva destinazione allo scopo delle risorse attribuite.

9 Il riferimento è al noto art. 17, l. n. 183 del 1976, confluito prima nell'art. 83 del T.U. delle leggi sull'Intervento nel Mezzogiorno (d.P.R. n. 218 del 1978) e quindi nell'art. 9, l. n. 64 del 1986, recante la disciplina organica dell'Intervento straordinario nel Mezzogiorno.

10 È sufficiente richiamare Trib. Vigevano, 14 dicembre 1972, *Banca borsa, tit. cred.*, 1973, p. II, p. 287 ss., con nota di Tabet, A.: "La locazione di beni strumentali (leasing)", che nella fattispecie oggetto del giudizio – vale a dire il contratto con il quale si opera la "concessione dell'uso di un bene mobile strumentale all'esercizio di un'impresa dietro corrispettivo di un canone periodico, caratterizzato da clausole particolari estranee alla tipologia della locazione" - riscontra gli elementi propri del "contratto atipico, bilaterale, consensuale, a titolo oneroso, conosciuto nella prassi commerciale con il nome di «*leasing*» operativo o finanziario" (p. 293).

11 Su tale evoluzione v. Assilea: *Vademecum del leasing pubblico*, ottobre 2011, 14 s., in www.abieventi.it. Occorre segnalare che prima ancora di quella nazionale, nella normativa regionale il *leasing* già figurava fra i moduli negoziali di acquisizione delle strutture pubbliche: a titolo esemplificativo possono menzionarsi la l. Reg. Lombardia n. 27 del 1975, relativa al finanziamento degli investimenti per l'attuazione del piano ospedaliero, che all'art. 5 prevedeva la possibilità del ricorso a forme di "locazione o di *leasing*"; nonché la l. Reg. Liguria, n. 39 del 1982, in ordine all'acquisto, anche a mezzo *leasing*, di porzioni di immobili da destinare a sede degli uffici regionali.

all'applicazione del presente codice possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria, che costituisce appalto pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo".

Determinante è stata altresì la legislazione fiscale: si pensi a quanto abbia a suo tempo inciso sulla modellazione, ad opera della prassi, dei tratti fisionomici della operazione il requisito della durata minima contrattuale richiesto dal T.U.I.R. (art. 102, d.lgs. n. 917 del 1986) ai fini della deducibilità dei canoni di *leasing*[12].

II. LA "TIPIZZAZIONE" PRO-CONCORRENZIALE DEL LEASING FINANZIARIO NELLA L. N. 124 DEL 2017.

Lungo questo percorso dialettico vanno inquadrati i recenti interventi i quali, più che comportare una tipizzazione legale del *leasing*, si innestano su di un sostrato morfologico positivizzato dai molteplici enunciati normativi che richiamano lo schema contrattuale in questione. Sullo sfondo di tali interventi si scorge un "nuovo *modus operandi*" del legislatore[13], disancorato dal tipo di matrice codicistica, e più in generale un "nuovo *jus conditum*"[14]: entrambi appaiono dettati dalla esigenza di meglio definire taluni aspetti del "modello" venutosi a delineare nella prassi per apportarne dei "correttivi", in ragione del fatto che le asimmetrie di partenza tra i contraenti finiscono per dar luogo ad un assetto di interessi squilibrato che si

12 Con il d.l. n. 16 del 2012 (c.d. semplificazioni tributarie), convertito con modificazioni dalla l. n. 44 del 2012, riformulando gli artt. 54, comma 2, e 102, comma 7, del T.U.I.R., ferma restando la deducibilità dei canoni di *leasing* in un periodo invariato rispetto al passato, la deduzione dei canoni da parte delle imprese utilizzatrici che redigono il bilancio secondo i principi contabili nazionali (metodo patrimoniale), per le quali la deduzione dei canoni di *leasing* era condizionata dalla durata minima contrattuale del contratto stesso, è stata resa autonoma rispetto alla durata del contratto, sì da consentire la stipula di contratti più brevi, senza vincoli fiscali.

13 Questo nuovo *modus operandi* del legislatore, che vede la caduta del "tipo" e l'avvento del "modello" è ben descritto da Zanelli, F.: "Detipizzazione legale", cit., p. 19 s., il quale evidenzia il profondo cambiamento del nostro ordinamento giuridico, che investe tanto le tecniche legislative quanto il sistema delle fonti del diritto. La velocità delle trasformazioni e delle transazioni economiche – osserva l'a. (p. 24) - non lascia tempo al divenire "tipo". Dunque, restano semplici "modelli" (al riguardo v. ancora Bianca, C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 433), consistenti in criteri guida piuttosto che in vincoli, che passano attraverso nuovi canali, come, nel caso del *leasing* immobiliare abitativo, il diritto tributario fiscale; o che fanno ingresso nell'ordinamento anche attraverso "il solo nominare" (il riferimento è al *trust*, oggetto di *obiter dictum* della sent. della S.C. n. 9637 del 2018). Si v. inoltre le considerazioni di Bartolini, F.: *Strutture contrattuali complesse. Problemi della trilateralità nei contratti di finanziamento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, p. 102 s., sulla valenza puramente "informativa" (in sé inidonea "a fondare un tipo contrattuale, o, almeno, non nel senso proprio che al concetto di "tipo" legale si è soliti assegnare") della definizione di cui all'art. 1, comma 136, l. n. 124 del 2017. Da una diversa prospettiva, Viti, V.: *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, Roma Tre-Press, Roma, 2018, p. 19, discorre di "tipizzazione legislativa", ma riconosce che l'intervento legislativo si è sostanzialmente conformato al già consolidato processo di tipizzazione socio-giurisprudenziale.

14 Zanelli, F.: "Detipizzazione legale", cit., p. 26, il quale osserva: "Nuove leggi, nuovi metodi ed anche il solo nominare, significa già far entrare nell'ordinamento un nuovo modello, magari sotto forma di modello e basta, con criteri guida piuttosto che con vincoli, fino al tema recente della causa in concreto (p. 22), che da sempre richiede l'intervento del giurista perché non si inserisca qualche elemento di illiceità o contrarietà all'ordine pubblico fra le pieghe dei modelli stessi, degli standards e dei contratti che entrano nel nostro sistema (anche attraverso appunto i legal standards)".

riverbera negativamente sul corretto funzionamento del mercato[15]. In particolare, la l. n. 124 del 2017, in armonia con "lo scopo di promuovere lo sviluppo della concorrenza e garantire la tutela dei consumatori in applicazione dei princìpi dell'Unione europea in materia di libera circolazione e apertura dei mercati" (art. 1, comma 1), si occupa di disciplinare il delicato profilo dell'inadempimento dell'utilizzatore per mancato pagamento dei canoni e le relative conseguenze.

A dispetto della proclamata "tipizzazione della disciplina del *leasing* finanziario"[16] - la quale di per sé richiederebbe una regolazione organica e sistematica della fattispecie, nei suoi aspetti anche fisiologici e non soltanto patologici - la *ratio* di tale intervento è volta a superare le criticità connesse all'inadempimento dell'utilizzatore, fonte di un enorme contenzioso che a sua volta genera diseconomie nel mercato del *leasing* finanziario. Al fine di garantire una "maggiore certezza e trasparenza nelle transazioni"[17], il legislatore ha attinto ai principi cardine - equo bilanciamento degli interessi, *favor contractus* e *favor* per l'utilizzatore – della Convenzione Unidroit sul *leasing* internazionale recepita in Italia con l. n. 259 del 14 luglio 1993, alla quale una parte, sia pur minoritaria, della dottrina e della giurisprudenza già aveva tributato specifica valenza ermeneutica[18].

La prospettiva di intervenire sul terreno microeconomico della singola operazione contrattuale per conseguire l'obiettivo di rango macroeconomico dell'efficiente e corretto funzionamento del mercato passa anche per il potenziamento delle piccole e medie imprese. Sebbene la legge, a differenza

15 Il mercato è uno dei contesti in cui si manifestano i c.d. "poteri autoritari di fatto" fondati – secondo la magistrale disamina di Bianca, C.M.: *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, p. 55 (ora in Bianca, C.M.: *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, *Teoria generale e fonti – persone e famiglia – garanzie e diritti reali*, t. I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 47 ss.) - non "su particolari prerogative giuridiche ma solo su posizioni di forza economico-sociale". Tali poteri, avvalendosi "proprio delle composizioni giuridiche di libertà e di autonomia ugualmente spettanti ai privati" (p. 55), "possono esprimere l'esistenza di un centro di forza socio-economico che impone le sue decisioni". Una delle principali estrinsecazioni è la predisposizione unilaterale delle clausole, indice – come ci ricorda ancora Bianca, C.M.: *Le autorità private*, cit., p. 55 - dell'assoggettamento, e della conseguente diseguaglianza di fatto, di una generalità di contraenti all'autorità contrattuale altrui. La grande impresa – osserva l'a., Bianca, C.M.: *Le autorità private*, cit., p. 62, *sub* nt. 11 - rappresenta come tale un centro di forza che tende a limitare i diritti di libertà di quanti ne vengono in contatto: sebbene l'erogazione di beni e servizi si attui attraverso lo schema del contratto, l'imprenditore giunge in realtà a dettare unilateralmente e uniformemente, imponendo proprie condizioni, il contenuto del rapporto, "arrogandosi in definitiva un potere regolamentare che solo apparentemente è subordinato al consenso dei destinatari" (Bianca, C.M.: *Le autorità private*, cit., p. 63). Di fronte alla massificazione dei rapporti e alle concentrazioni del potere economico – denuncia ancora l'a. (Bianca, C.M.: *Le autorità private*, cit., p. 89) – la libertà negoziale dell'individuo, espressa dal convincimento che i singoli siano i migliori giudici dei loro interessi, si rivela del tutto illusoria.

16 Nelle *slides* del MEF esplicative delle novità introdotte dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza 2017 (consultabili su fiscoetasse.com – rassegna stampa del 8-8-2017), la didascalia sul *leasing* discorre testualmente di "tipizzazione del leasing finanziario compreso il grave inadempimento". Ma anche in giurisprudenza ricorre la affermazione che si tratti di una tipizzazione (v. Cass., 29 marzo 2019, n. 8980, cit.; Cass., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 2061, cit.).

17 Così ancora, la didascalia citata alla nt precedente. V., anche, in termini analoghi, il comunicato stampa di Assilea del 5-5-2017, relativo alla approvazione nel Ddl concorrenza della nuova normativa che regola il contratto di *leasing*; consultabile su www.assilea.it.

18 Al riguardo, sia consentito rinviare a Imbrenda, M.: "Leasing", in Imbrenda M. e Carimini F.: *Leasing* e *Lease-back*, in *Tratt. Diritto civile del CNN* (diretto da P. Perlingieri), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, pp. 28 e 127 s.

che per il concedente, nulla dica sull'utilizzatore, il quale potrebbe anche essere un consumatore, appare interessante la nota di Assilea in cui si evidenzia l'utilità della l. n. 124, nel rendere il *leasing* uno strumento ancora più competitivo per privati e piccole e medie imprese[19]. La novella, sotto tale profilo, sembra anch'essa innestarsi, sia pure in via complementare, sul binario del *favor* già espresso dal legislatore verso questa tipologia di organismi produttivi con la l. n. 180 del 2011 (c.d. Statuto delle imprese) ove, coerentemente agli obiettivi indicati dal c.d. *Small Business Act* per l'Europa del 2008, si fa espresso riferimento al sostegno alla "promozione delle micro, piccole e medie imprese e delle reti di imprese nei mercati nazionali e internazionali" (lett. *d*).

III. SEGUE. CERTEZZA E TRASPARENZA IN FUNZIONE DEL RIEQUILIBRIO DELL'ASSETTO DI INTERESSI CON RIFERIMENTO AL PROFILO DELLA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO. GRAVITÀ DELL'INADEMPIMENTO E MERITEVOLEZZA DELLA CLAUSOLA RISOLUTIVA ESPRESSA.

L'art. 1, comma 137, delinea puntualmente i contorni quantitativi e temporali del "grave inadempimento", graduato secondo che il *leasing* riguardi gli immobili o altre tipologie di beni[20].

"Certezza e trasparenza delle transazioni", in un'ottica pro-concorrenziale, convergono verso una tendenziale parità delle armi tra i contraenti[21] che si appunta, in questo caso, nel contrastare la diffusa e costante predisposizione, ad opera dei *lessors*, della clausola che riserva loro la facoltà di sciogliere il contratto anche nella ipotesi di mancato pagamento di un solo canone[22].

Sulla validità di questo tipo di clausola si è sviluppato nel tempo un nutrito dibattito, che è stato fortemente condizionato dalla qualificazione del *leasing* in termini di vendita rateale con riserva di proprietà. Relativamente a quest'ultima figura, l'art. 1525 cod. civ. stabilisce infatti il divieto di pattuizioni che facciano

19 Obiettivo, questo, posto efficacemente in risalto da Assilea – v., fra l'altro, i comunicati stampa del 5-5-2017, citato; e del 2-8-2017, relativo alla approvazione definitiva nel Ddl concorrenza della nuova disciplina del contratto di *leasing*, anch'esso consultabile su www.assilea.it.

20 Rispettivamente, mancato pagamento di sei canoni mensili o di due canoni trimestrali anche non consecutivi o un importo equivalente; e quattro canoni mensili anche non consecutivi o un importo equivalente.

21 Presupposto, a sua volta, per orientare l'agire nel mercato verso i risultati allocativi ritenuti socialmente preferibili perché coerenti con il principio concorrenziale. Sul punto e per ulteriori riferimenti bibliografici, sia consentito rinviare a Imbrenda, M.: "Asimmetria di posizioni contrattuali, contratto predisposto e ruolo delle Authorities", *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca* (a cura di P. Sirena e A. Zoppini), Roma Tre-Press, Roma, 2018, p. 479 ss., e in comparazioneedirittocivile.it.

22 Si tratta peraltro di una prassi avallata da una nutrita giurisprudenza, come dimostra, da ultimo, la pronuncia del Tribunale di Vicenza del 28 marzo 2017 (dejure.it), pressoché coeva alla novella, che ha ritenuto non vessatoria la clausola del contratto di *leasing* in forza della quale il concedente è legittimato a sciogliere il vincolo contrattuale in caso di «mancato pagamento, alla scadenza, anche di un solo canone, quota, o altro importo o corrispettivo dovuto». Nella giurisprudenza più risalente, v., ad es., Trib. Bologna, 23 giugno 1986, *Dir. fall.*, 1987, II, p. 231, che tuttavia riteneva applicabile la riducibilità *ex* art. 1384 c.c.

dipendere la risoluzione del contratto dal mancato pagamento di una sola rata che non superi l'ottava parte di prezzo. Le posizioni interpretative che ne hanno negato l'applicazione, muovendo dal presupposto speculare della non assimilabilità del *leasing* alla vendita con riserva di proprietà, hanno fatto leva sia sulla specificità della *ratio* del divieto, ovvero tutelare un contraente debole, generalmente un consumatore a basso reddito, nell'acquisto di beni di consumo[23], là dove una tale esigenza non troverebbe riscontro nel caso del *leasing*, trattandosi di un contratto mediante il quale un professionista acquisisce beni strumentali alla propria attività; sia sul carattere eccezionale della citata disposizione rispetto alla regola generale dell'art. 1456 cod. civ. che sembra rimettere alla assoluta autonomia delle parti, attraverso il ricorso alla clausola risolutiva espressa, la determinazione circa l'importanza dell'inadempimento.

Le possibili situazioni di disparità che possono intervenire nell'ambito delle contrattazioni tra professionisti, destinate, in special modo, a manifestarsi nel corso della evoluzione del rapporto[24] e da cui, come già detto, il legislatore del 2017 sembra prendere le mosse - salvo ignorarla riguardo alla procedura conclusiva (v. *infra*, § 7) - rendono tuttavia fuorviante qualsiasi preconcetta schematizzazione. In tal senso merita di essere segnalata una risalente pronuncia di merito in cui già si discorreva dell'art. 1525 cod. civ. come espressione di un principio di protezione di carattere generale[25] in funzione del quale – si legge in una successiva pronuncia - il legislatore "ha predeterminato un criterio di valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, che va sottratto, entro tali limiti, alla autonomia delle parti"[26].

Ma occorre più in generale osservare che la considerazione della clausola risolutiva espressa quale intangibile manifestazione della autonomia privata e come tale sottratta al controllo giudiziale sulla gravità *ex* art. 1455 cod. civ., fatta propria da una diffusa dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità[27], contraddice il

23 La Relazione al c.c. (§ 673) esplicita che gli artt. 1525 e 1526 c.c. danno al compratore una idonea tutela, a fronte di una prassi contrattuale che spesso finiva per assumere carattere usurario ai danni dello stesso e al contempo soddisfano il bisogno di una concorrente tutela del venditore.

24 Le lucide osservazioni di Macario, F.: "Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto", *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese* (a cura di G. Gitti e G. Villa), Il Mulino, Bologna, 2008, p. 209 ss., spec. p. 218, sullo squilibrio sopravvenuto aprono ad una riflessione più ampia sulla esecuzione del contratto e sulla gestione del rapporto nella esecuzione stessa, come luogo in cui si manifestano le conseguenze negative della dipendenza economica. Tale condizione in sede di conclusione del contratto comporta la rinuncia della parte a trattare sulle tecniche di gestione del rischio: lo squilibrio sopravvenuto – ma tali considerazioni valgono per qualsivoglia sopravvenienza patologica del rapporto, come l'inadempimento - finisce per accentuare la posizione di debolezza in cui la parte già versa *ab origine*.

25 App. Firenze, 22 aprile 1968, *Giur. tosc.*, 1968, p. 579.

26 Così, Trib. Firenze, 19 ottobre 1983, *Foro it.*, 1984, I, c. 281: La corte di merito aveva così giudicato illegittimo il comportamento della società di leasing che, risolto un contratto di leasing avente ad oggetto una "Ferrari" per l'inadempimento di un importo di gran lunga inferiore ad 1/8 dell'intero costo dell'operazione, dopo aver ritirato il veicolo, lo aveva anche alienato a terzi.

27 Di là da sporadiche pur se significative pronunce, la giurisprudenza in materia di clausola risolutiva espressa rimane sostanzialmente ferma nell'escludere l'indagine sulla gravità dell'inadempimento: per Cass., 17 marzo 2000, n. 3102, *Foro it.*, 2001, I, c. 259, "la presenza di una clausola risolutiva espressa

rifondato concetto di autonomia, la quale "non è un dogma, un preconcetto o un valore in sé"[28], ma un potere "bilaterale" funzionale alla realizzazione degli interessi di entrambe le parti, sottoposto a controlli e a limitazioni[29], così da garantire un giusto ed equilibrato assetto reciproco. Il potere di risoluzione, anche in ragione del fatto che costituisce una deroga al principio di conservazione[30], non può essere sottratto al controllo di meritevolezza, operato sulla base della entità ed importanza dell'inadempimento, e quindi di "giustezza" *rectius* proporzionalità e adeguatezza del rimedio demolitorio rispetto all'interesse da tutelare[31].

Non può inoltre sfuggire che la prospettiva sistematica ed unitaria dell'ordinamento sospinge verso una considerazione organica della risoluzione per inadempimento, scevra da pretese contrapposizioni tra risoluzione giudiziale e risoluzione di diritto[32], come pure tra disciplina codicistica e legislazione speciale.

All'interno di questa cornice, l'art. 1455 assume una portata generale di "fondamentale criterio di controllo volto ad evitare abusi e distorsioni delle

in seno alla convenzione negoziale rende irrilevante ogni indagine intesa a stabilire se l'inadempimento sia sufficientemente grave da giustificare l'effetto risolutivo". Cfr., inoltre, Cass., 21 marzo 1970, n. 756, *Rep. Foro it.*, 1972, voce *Contratto in generale*, c. 696, n. 376; Cass., 27 giugno 1987, n. 5710, *ivi*, 1987, voce *Contratto, atto e negozio giuridico,* c. 682, n. 442.

28 Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti" (2001), in Perlingieri, P.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, p. 443.

29 Al riguardo si rinvia ancora al pensiero di P. Perlingieri, che trova da ultimo densa rappresentazione in Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4ª ed., t. IV, *Attività e responsabilità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 4 s.

30 La spinta conservativa si coglie in special modo sul terreno degli strumenti di autotutela (fra i quali, rientrano gli artt. 1186, 1460, 1461 ecc., cod. civ.), i quali operano non tanto sotto forma di potere di sciogliere il rapporto quanto di ristabilirne direttamente l'equilibrio venutosi ad incrinare per il comportamento lesivo della controparte (per queste considerazioni, nel quadro ricostruttivo del meccanismo dell'autotutela come sistema di controlli, si rinvia a Imbrenda, M.: *Controllo e rendiconto nelle situazioni patrimoniali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, p. 296; in questa linea e per ulteriori svolgimenti v. Pennasilico, M.: "Controllo e conservazione degli effetti", *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 119 ss.). Una tale dinamica si riscontra, in particolare, nell'art. 1467 cod. civ. che, in ordine al verificarsi di sopravvenienze, al potere del contraente svantaggiato di chiedere la risoluzione del rapporto (comma 1), oppone il diritto della controparte avvantaggiata di evitarla mediante l'offerta di riconduzione del contratto "equità" (comma 2). In questa prospettiva sistematica va dunque collocato l'art. 1525 c.c., al pari dell'art. 1456 c.c. In senso critico verso la "conservazione del contratto" come "principio", Roppo, V.: "Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto", in AA.VV.: *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 15 s.

31 Per un approccio funzionale al tema dei rimedi, v. Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 144 ss., il quale avverte: "Non è l'interesse a strutturarsi attorno al rimedio, ma il rimedio a trovare modulazione in funzione degli interessi da tutelare".

32 La estensione alle altre fattispecie di risoluzione di diritto (termine essenziale e diffida ad adempiere) dei presupposti di cui all'art. 1455 c.c., sconfessa la contrapposizione in parola e soprattutto non giustifica, sul piano logico-giuridico, l'asserito diverso trattamento per la clausola oggetto dell'art. 1456 c.c. In argomento, sia consentito rinviare a Imbrenda, M.: Leasing, cit., p. 121 ss., spec. p. 125. Più in generale, con riferimento al terreno delle invalidità, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 147 s., denuncia "l'inadeguatezza della diarchia nullità-annullabilità", come pure della alternativa "contraente debole-contraente forte", "professionista-consumatore", "regole di validità-regole di correttezza" (su cui v. pure *infra*, sub nt. 46), proponendo una "rifondazione del sistema delle patologie negoziali" incentrata sull'"interesse sostanziale che domina la fattispecie concreta, con particolare riguardo alla parte che si propone di conseguire l'accesso al bene o al servizio ecc.".

finalità proprie dello strumento risolutorio"[33]. In linea con questa impostazione è la decisione del Tribunale di Trento del 29 gennaio 2016 che, a proposito della clausola risolutiva espressa inserita nei contratti di *leasing*, puntualizza testualmente: "ciò non impedisce un sindacato del giudice sulla gravità dell'inadempimento"[34].

IV. SEGUE. GRAVITÀ EX LEGE, CONDIZIONE NECESSARIA MA NON SUFFICIENTE PER ATTIVARE IL RIMEDIO RISOLUTORIO. NECESSITÀ DI UNA VALUTAZIONE ALLA LUCE DELL'ART. 1455 C.C.

Tali considerazioni non possono non riguardare – come si dirà meglio appresso - le disposizioni (come l'art. 1525 relativo alla vendita rateale), peraltro sempre più ricorrenti nella legislazione speciale (es., artt. 40, comma 2, e 48 *bis*, t.u.b. rispettivamente in materia di mutuo fondiario e di finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di immobile[35]; art. 23, comma 2, d.l. n. 133 del 2014 sul *rent to buy*; e naturalmente il comma 137 cit., in materia di *leasing* finanziario), in cui l'entità dell'inadempimento viene quantificata nel minimo dal legislatore. Si profila dunque per le parti la indisponibilità di una soglia – fissata dal legislatore o da individuarsi di volta in volta in sede giudiziale - al di sotto della quale l'inadempimento del debitore non ha alcuna incidenza nella economia del contratto tale da comportarne la risoluzione[36].

La pronuncia della S.C. a sezioni unite n. 2061 del 2021, riconosce carattere di norme imperative ai commi 137 e 138, "non avendo altrimenti ragion d'essere la tipizzazione *ex lege* della gravità dell'inadempimento" (v. *infra*, § 6) e risolve la questione di diritto intertemporale nel senso della "inefficacia e*x nunc* della clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) apposta al contratto di *leasing* in corso

33 Quale norma di portata generale che individua nella "scarsa importanza" dell'inadempimento una causa di irrisolubilità del contratto: per questa revisione critica dell'approccio metodologico tradizionale in tema di clausola risolutiva espressa, v. Turco, C.: *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 176 ss. Cfr., inoltre, Alessi, R.: "Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto", *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 5 ss.; Belfiore, A.: "Risoluzione", in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 1309. Nell'ambito del diffuso atteggiamento della dottrina di reputare la clausola risolutiva espressa come una intangibile manifestazione dell'autonomia privata, v., per tutti, Sacco, R. e De Nova, G.: *Il contratto*, IV ed., Utet, Torino, 2016, p. 1627 s.: pur segnalandosi le diffidenze di quanti temono che "la diversa forza economica dei due contraenti possa favorire l'abuso del più forte", se ne esclude tuttavia la fondatezza, ravvisandosi nella clausola in oggetto "una sanzione convenzionale che razionalizza la protezione assegnata alle parti dall'art. 1453 cod. civ.". V., inoltre, Costanza, M.: "Clausola risolutiva espressa", in *Enc. giur.*, VI, Treccani, Roma, 1988, p. 1, la quale richiama la consueta equazione fra la gravità dell'inadempimento e l'inosservanza delle modalità predeterminate dai contraenti. Sul giudizio di non scarsa importanza dell'inadempimento v., da ultimo, Putorti, V.: "La risoluzione anticipata del contratto", *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 121 ss., e spec., p. 162 ss.

34 In dottrina, tra le voci dissonanti rispetto al diffuso orientamento formatosi sull'art. 1456 c.c., v., da ultimo, Boiti, C.: *Leasing e tutela dell'utilizzatore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 68 s.

35 Ove si dispone che la banca può invocare come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento (tale è quello effettuato tra il trentesimo e il centottantesimo giorno dalla scadenza della rata) quando lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive. V. anche l'48 *bis*, comma 5, quanto al finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato.

36 Così Boiti, C.: *Leasing e tutela dell'utilizzatore*, cit., p. 82, con riferimento alla soglia fissata al comma 137 della l. n. 124 del 2017.

che non abbia ancora maturato i presupposti della risoluzione ai sensi del citato comma 137 [alla luce del principio del c.d. «fatto compiuto», nel caso di specie tale è l'inadempimento, ovvero il fatto che genera la responsabilità del debitore e legittima la risoluzione del contratto, quand'anche non sia ancora intervenuto il fallimento dell'utilizzatore], ove calibrata in termini diversi e meno favorevoli per l'utilizzatore di quanto previsto dalla legge"[37].

La inderogabilità *in peius* della norma neutralizza dunque il rischio di far dipendere la tenuta del rapporto contrattuale da una valutazione sostanzialmente arbitraria del predisponente, che semmai può non trovare più conveniente rimanere vincolato al contratto, se non proprio dettata da finalità meramente emulative (art. 833 c.c.)[38]. Sarebbe tuttavia riduttivo, sulla base della prospettata alternativa tra giudizialità e stragiudizialità della risoluzione, escludere aprioristicamente per tali fattispecie quel margine di elasticità che la lettura alla luce dell'art. 1455 c.c. invece consente[39]: tale disposizione, nel richiamare, nell'inciso finale, "l'interesse dell'altra [parte]" come parametro al quale rapportare l'"importanza dell'inadempimento", "pone una regola di proporzionalità"[40]. Non appaiono infatti comprimibili al riscontro meramente quantitativo circa i canoni non pagati, come vorrebbe la lettera del comma 137, ipotesi come il pagamento parziale o tardivo accompagnato dalla tolleranza del concedente-finanziatore[41]. Se in epoca antecedente alla novella del 2017, la giurisprudenza si è espressa nel senso che la tolleranza di pagamenti parziali o tardivi non vale come rinuncia tacita alla clausola risolutiva espressa[42]; oggi, in una prospettiva di maggior tutela dell'utilizzatore, sarebbe semplicistico

37 È quanto si legge a p. 28 della motivazione.

38 Al divieto di esercizio abusivo della situazione attiva posto dall'art. 833 c.c., nell'ottica di un diritto comune delle situazioni patrimoniali, deve riconoscersi forza espansiva verso qualsiasi comportamento dettato da finalità meramente emulative. Sul divieto degli atti emulativi come "principio rilevante per tutte le situazioni patrimoniali", e sulla connessione di tale precetto alla più vasta problematica del fondamento delle situazioni giuridiche soggettive, Perlingieri, P.: "Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia", in Perlingieri, P.: *Scuole, tendenze e metodi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1989, p. 106, rilevando altresì che tra i compiti fondamentali del giurista vi è quello di esercitare il controllo di meritevolezza delle funzioni dei singoli istituti, "sí che queste possano risultare rispondenti ai valori dell'ordinamento giuridico". Avverte il rischio di un "abuso funzionale" della libertà contrattuale Turco, C.: *L'imputabilità e l'importanza*, cit., p. 214, che conclude nel senso di mediare l'esigenza di salvaguardare tale libertà con quella di evitare le paventate degenerazioni, facendo ricorso a strumenti alternativi di controllo "di guisa che la vicenda contrattuale risulti […] rispondente alla configurazione desumibile dal combinato disposto degli artt. 1321-1322 e 41 Cost.", soccorrendo in tal senso la stessa buona fede oggettiva che "rappresenta il riflesso e lo strumento di attuazione all'interno della disciplina codicistica" dei principi costituzionali di eguaglianza e solidarietà.

39 Diversamente, aderendo all'orientamento consolidato secondo cui la tipizzazione della misura della gravità della condotta idonea a determinare la risoluzione del contratto (di *leasing*) sottrae "al giudice quella valutazione che l'art. 1455 c.c., quale norma generale, declina in termini elastici", Cass., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 2061, cit., p. 27. Condividono tale soluzione La Battaglia L. e Pardolesi R., *Nota a Cass. sez. un. 28 gennaio 2021, n. 2061*, www.foroplus.it, p. 6.

40 Sottolinea efficacemente Trib. Nola, 21 maggio 2019, n. 1166, dejure.it.

41 Per queste considerazioni, Boiti, C.: *Leasing e tutela dell'utilizzatore*, cit., p. 84 s.

42 Cass., 9 febbraio 1998, n. 1316, *Giur. it.*, 1999, p. 273, con nota di Ermini M.; diversamente, nel senso che l'acquiescenza comporta la perdita dei rimedi contro l'inadempimento in quanto il loro esercizio contrasterebbe con l'affidamento ingenerato nel debitore, Bianca, C.M.: *Diritto civile.4. L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 373; v. anche Sacco, R. e De Nova, G.: *Il contratto*, cit., p. 1628 s., nel senso che questo stato di buona fede e di impunità cessa là dove il creditore dichiari di voler porre fine alla tolleranza.

applicare meccanicamente la norma di cui al comma 137, senza tener conto delle peculiarità del singolo caso: la tolleranza disvela infatti la scarsa importanza che l'inadempimento dell'utilizzatore ha acquisito per il concedente, il quale potrebbe peraltro aver ingenerato nel primo un affidamento circa l'intenzione di mantenere fermo il vincolo contrattuale nonostante il mancato pagamento dei canoni previsti dalla norma[43].

V. LA CLAUSOLA RISOLUTIVA ESPRESSA TRA DIMENSIONE STATICA E DIMENSIONE DINAMICA: SORTE DEI CONTRATTI E SOLUZIONI NEGOZIALI DELLA CRISI D'IMPRESA; SOSPENSIONE DEI CANONI NEL LEASING IMMOBILIARE ABITATIVO; EMERGENZA EPIDEMIOLOGICA DA COVID-19 E RIMEDI MANUTENTIVI DEL CONTRATTO.

La questione attiene peraltro non semplicemente al modo in cui è formulata la clausola risolutiva espressa, quanto al momento dinamico che investe la scelta di avvalersene; scelta che deve comunque risultare conforme, sulla scorta del canone di buona fede (art. 1375 cod. civ.)[44], ai princípi di proporzionalità e adeguatezza (cfr., combinato disposto degli art. 1456 e 1455 cod. civ. in rapporto agli artt. 2 e 3 e 41, comma 2, cost.). Non può infatti trascurarsi di considerare che la condotta dovuta dalle parti viene integrata, in fase esecutiva, da doveri di correttezza, cooperazione, avviso, informazione ecc., di cui occorre tener conto ai fini della operatività dell'effetto demolitorio connesso alla clausola risolutiva espressa.

Il superamento, su di un piano più generale, tra "atto" e "rapporto", che trova un importante riscontro nella messa in discussione della distinzione tra regole di validità e regole di correttezza[45], oltre che nel riconoscimento della causa in

43 V., ancora Boiti, C.: *Leasing e tutela dell'utilizzatore*, cit., p. 92.

44 Il richiamo alla buona fede involge anche il piano dell'ermeneutica, attesa la funzione del criterio di interpretazione secondo buona fede (art. 1366 cod. civ.) di "salvaguardare il regolamento, valorizzando i profili di conformità all'ordinamento": così, Di Amato, A.: *L'interpretazione dei contratti d'impresa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, p. 181. Il correttivo ermeneutico della buona fede, ispirato ai principi fondamentali dell'ordinamento (sul punto, v. ancora Di Amato, A.: *L'interpretazione dei contratti*, cit., p. 175), opera avendo riguardo alla fase dinamica del rapporto. Sviluppi ulteriori di questa impostazione in Pennasilico, M.: *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, in *Diritto dei consumi* (a cura di P. Perlingieri e E. Caterini), I, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, p. 178 s., il quale sottolinea: "mediante la clausola di buona fede […] diviene possibile recuperare, dinanzi alla oggettivazione dello scambio e alla spersonalizzazione dell'accordo, una prospettiva di tutela della persona". "Ecco, allora, che" - prosegue l'a. (p. 180) – "proprio quando l'originalità dell'individuo appare soppiantata dalla oggettivazione dello scambio, il recupero di tale originalità deve essere realizzato mediante strumenti in grado di reintegrare, anche nella disciplina dello scambio, la centralità che la persona ha nell'ordinamento. Pertanto, l'interpretazione negoziale, quale procedimento diretto ad individuare i contenuti dello scambio, costituisce lo strumento privilegiato per riportare, soprattutto attraverso l'applicazione sia del principio di conservazione in funzione di tutela del consumatore sia del canone di buona fede, l'accento sul valore della persona". V., inoltre, Pennasilico, M.: "L'interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia", *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 725 ss. In giurisprudenza, Cass., 27 dicembre 2004, n. 24003, *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Contratto in genere,* n. 571.

45 In critica al principio di non interferenza implicitamente riproposto da Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Danno e resp.*, 5, 2008, p. 525 e ss., v. Perlingieri, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013. Principio,

concreto come criterio dinamico di adeguamento del rapporto negoziale[46], si ripropone, nella materia in esame, attraverso la complementarietà tra la valutazione e*x ant*e operata con la clausola risolutiva espressa (e cristallizzata al momento della conclusione del contratto) e quella e*x post*, che l'art. 1455 contestualizza al momento in cui si verifica il fatto perturbatore. Il collante tra questi due momenti è costituito dalla buona fede (art. 1375 c.c.). La parte fedele può così "rimeditare" la sua convenienza in ordine alla distruzione del vincolo contrattuale (il che si può fare solo valutando l'impatto dell'inadempimento sull'utilità attesa dal contratto medesimo) o dover ricevere, secondo buona fede, una prestazione non pienamente conforme a quella pattuita, nel caso in cui, alla luce della situazione in concreto delineatasi, non risulti compromessa l'utilità sostanziale perseguita con il contratto[47].

Occorre peraltro interrogarsi, sulla base del Codice della crisi e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14 del 2019 e succ. mod., in vigore dal 1 settembre 2021), se l'inadempimento determinato da uno stato di crisi possa di per sé legittimare il ricorso alla clausola risolutiva espressa: l'art. 97 prevede l'automatica prosecuzione dei contratti pendenti al momento del concordato preventivo e rimette al debitore la scelta se richiedere l'autorizzazione allo scioglimento del vincolo. Sì che il *favor* per la continuazione dell'attività di impresa e la salvaguardia dei valori aziendali mal si concilierebbe con l'operatività della clausola risolutiva espressa là dove il rapporto di *leasing* in essere risulti funzionale alla realizzazione di tali obiettivi. Per converso, l'appurata inutilità del rapporto in questione ai fini del programma di risanamento aziendale condurrebbe alla richiesta di scioglimento da parte dello stesso debitore, ponendo in ombra un possibile scioglimento da parte del creditore in forza della clausola risolutiva espressa. Tale *ratio*, per i finanziamenti "in qualunque forma effettuati", autorizzati prima dell'omologazione della soluzione concordataria (art.

questo, che peraltro sembra destinato a dissolversi là dove si segua un approccio funzionale al tema dei rimedi: al riguardo, v. ancora le dense pagine di Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 151 ss.

46 V. Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, *Nuova giur. civ. comm*., 2008, p. 531 e Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, *Corr. giur*., 2008, 7, p. 921. Sul concetto di causa in concreto, v. il commento alla sentenza n. 10490 del 2006, di Rossi F.: "La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della Suprema Corte", *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 564 ss.

47 Sul punto, v. ancora Boiti, C.: *Leasing e tutela dell'utilizzatore*, cit., p. 88 s.: "in definitiva, la risoluzione del contratto di *leasing* finanziario non può basarsi solo ed esclusivamente sulla condotta inadempiente in sé considerata e, quindi, prescindere dalla prospettiva finale dell'accordo, vale a dire dal risultato finale che la parte fedele poteva attendersi dalla regolare esecuzione del contratto. Dovrà essere apprezzato anche il fatto che ciascun contraente, essendo chiamato a salvaguardare l'utilità promessa all'altra, potrebbe essere tenuto ad eseguire prestazioni non previste dal contratto o a modificare il proprio comportamento in sede di esecuzione, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio ed arrechi un vantaggio all'altra parte, così come i doveri di avviso e di informazione che ciascuno deve osservare nell'interesse proprio e altrui nonché la tolleranza a ricevere una prestazione non pienamente conforme a quella pattuita, nel caso in cui non risulti compromessa l'utilità sostanziale perseguita con il contratto. Ciò in quanto affinchè l'inadempimento sia idoneo a fondare una vittoriosa domanda di risoluzione esso deve presentare, nell'ambito del concreto rapporto, un peso tale da turbare in modo significativo l'equilibrio delle attribuzioni previsto dal contratto, nonché deve essere volto a menomare l'interesse della parte insoddisfatta alla realizzazione dell'operazione anche con eventuali modalità ritardate, o in parte diverse o comunque inesatte" (Boiti, C.: *Leasing e tutela dell'utilizzatore*, cit., p. 84).

99), così come, quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, quelli in esecuzione di soluzioni negoziali omologate (art. 101), induce ad assumere come non apposta la clausola risolutiva espressa atteso che, a fronte del vantaggio per il concedente della prededucibilità dei canoni (art. 101), la sorte dei contratti in questione, i quali assumono la connotazione di veri e propri finanziamenti di scopo[48], è rimessa all'attuazione, anche liquidatoria, del piano concordatario.

Ma la questione investe anche il possibile inadempimento dell'utilizzatore per il sopraggiungere di un fattore di crisi. La frammentaria disciplina concernente il *leasing* immobiliare abitativo prevede (commi 79 e 80) una sorta di *mitigation,* simile a quella applicata ai mutui, volta a non penalizzare eccessivamente l'utilizzatore che si trovi in situazione di obiettiva difficoltà ad adempiere: ovvero la possibilità della sospensione del pagamento dei canoni periodici al verificarsi di cause di "forza maggiore", espressamente individuate nella norma, connesse alla perdita del posto di lavoro. Ciò per non più di una volta e per un periodo massimo complessivo non superiore a dodici mesi nel corso dell'esecuzione del contratto di *leasing*. In tal caso, la durata del contratto è prorogata di un periodo eguale al tempo della sospensione.

Analogamente, la normativa emergenziale relativa all'epidemia Covid-19, in particolare l'art. 56, comma 2, lett. c, d.l. n. 18 del 2020, c.d. decreto Cura Italia, riconosce alle PMI la possibilità di sospendere i canoni in scadenza prima del 30 settembre 2020. La previsione si accompagna all'accesso al Fondo di solidarietà, in modo da rendere dilazionabile il rimborso degli stessi. L'esclusione dell'utilizzatore-consumatore dal novero dei beneficiari di tali "misure di sostegno", investe l'interprete del compito di elaborare, nel caso concreto, una soluzione ispirata a giustizia sostanziale. Uno spunto interessante è offerto dalla nota ordinanza del Tribunale di Roma[49] che ha disposto in via cautelare la riduzione del canone di locazione, ritenendo contrario a buona fede e solidarietà il rifiuto del locatore di rinegoziare. La decisione si attesta sulla linea della proposta di riforma della disciplina delle sopravvenienze (ddl. Senato, n. 1151 del 2019-XVIII Legisl.), che contempla il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi, di pretendere la rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in

48 In argomento, v. Agostino, R.M.: *La destinazione patrimoniale nelle dinamiche d'impresa societaria*, in corso di stampa.

49 Trib. Roma, 27 agosto 2020, n. 29683 (dejure.it), che, su ricorso di una società avente ad oggetto l'esercizio di una attività di ristorazione, ha disposto, sia pure in via cautelare, la riduzione del canone di locazione, oltre alla sospensione della garanzia fideiussoria. "I*n ragione della mancata ottemperanza della parte resistente ai doveri di contrattazione derivanti dai principi di buona fede e solidarietà – si legge nell'ordinanza – sembra necessario fare ricorso alla buona fede integrativa per riportare in equilibrio il contratto nei limiti dell'alea negoziale normale".* Va evidenziato che l'ordinanza non si limita a menzionare la sola chiusura forzata delle attività commerciali, ma riserva anche alla crisi economica cagionata dalla pandemia Covid autonoma rilevanza in termini di "*sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale*".

modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti.

Milita in tal senso anche la relazione tematica curata dalla Cassazione sul diritto emergenziale in ambito contrattuale[50], che guarda alla rinegoziazione come il meccanismo idoneo a contemperare le istanze creditorie e debitorie: dinanzi al "contagio diffuso" generato dal "venir meno dei flussi di cassa", la "terapia" – si legge testualmente in un passo della Relazione – "non è la cesura del vincolo negoziale, ma la sospensione, postergazione, riduzione delle obbligazioni che vi sono annesse". Tali approdi ben si armonizzano sia con i (già richiamati) cardini della Convenzione Unidroit sul *leasing* internazionale, che all'art. 13, comma 2, subordina la risoluzione del contratto da parte del concedente alla sostanziale inadempienza da parte dell'utilizzatore; sia con il *favor contractus* che connota i Principi Unidroit (cfr., l'art. 6.2.3, che, ai commi 2, 3 e 4, semplifica la dinamica prevista al citato art. 1467, riconoscendo alla parte svantaggiata il diritto di chiedere la "negoziazione del contratto" e di rivolgersi al giudice in caso di mancato accordo) e i PECL (art. 6:111, punti 2 e 3b)[51].

Considerazioni in parte diverse vanno invece fatte per le ipotesi del c.d. inadempimento "gestionale" (violazione degli obblighi di conservazione, manutenzione, utilizzo o consegna del bene oggetto del contratto di *leasing*) e di quello pur sempre finanziario ma concernente oneri di pre-locazione o altri oneri o rimborsi dovuti a titolo diverso rispetto ai canoni, entrambe estranee all'ambito di applicazione del comma 137, e rispetto alle quali deve procedersi ad una valutazione caso per caso, sulla base della regola generale *ex* art. 1455 c.c., ovvero delle specifiche previsioni contrattuali che possano integrare clausole risolutive espresse, purchè consone al criterio generale della non scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse della controparte ai sensi dell'art. 1455 c.c.

Naturalmente, l'eventuale previsione di una clausola risolutiva espressa non preclude l'invocabilità della risoluzione giudiziale quando non si è raggiunta la soglia minima indicata: anche in tal caso il contratto può essere risolto subordinatamente all'accertamento della gravità secondo le regole comuni *ex* art. 1455 c.c.

50 Relazione tematica n. 56 dell'8 luglio 2020, curata dall'Ufficio del Massimario della Cassazione, su "Novità normative e sostanziali del diritto «emergenziale» anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale": la linea ivi tracciata indica testualmente nella rinegoziazione il meccanismo atto ad intraprendere "il contemperamento tra istanze creditorie e debitorie relative alle prestazioni temporaneamente impossibili o eccessivamente onerose". Impellenza, questa, - prosegue la relazione - che non si pone soltanto con riferimento a prestazioni concretamente interdette dalle misure di contenimento, ma anche con riguardo a quelle che si inseriscono nell'ambito di scambi contrassegnati da stagnazioni e rallentamenti gestionali o da aumenti smisurati dei costi di produzione o approvvigionamento di materie e servizi.

51 In argomento, v. Ferrari, F.: "Principi generali inseriti nelle convenzioni internazionali di diritto uniforme: l'esempio della vendita, del factoring, e del leasing internazionali", *Riv. trim.*, 1997, p. 451 ss.; sulla risoluzione subordinata all'inadempimento "essenziale" nei Principi Unidroit, v. Bonell, M.J.: *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 81 ss., 95 ss.

VI. REGOLA UNIFORME SULL'INADEMPIMENTO E CONNESSA SUPERFLUITÀ DELLA DISTINZIONE TRA LEASING DI GODIMENTO E LEASING TRASLATIVO.

La regola uniforme sull'inadempimento si accompagna al superamento (anzi rende superflua) della distinzione tra "*leasing* di godimento" e "*leasing* traslativo" tracciata dalla giurisprudenza sul finire degli anni '80[52] e divenuta – secondo le parole delle Sezioni Unite – "diritto vivente […] costante e coeso per circa un trentennio"[53]. Viene pertanto formulata (comma 136), sempre in funzione della "maggiore certezza e trasparenza delle transazioni" una definizione unitaria di locazione finanziaria[54]. Il modello preso in considerazione dal legislatore è quello di un contratto di durata, il cui corrispettivo è calcolato secondo criteri finanziari, tenendo conto non soltanto del costo del bene ma anche del prezzo pattuito per l'opzione d'acquisto finale e della durata del contratto stesso. La logica finanziaria connota altresì l'imputazione all'utilizzatore del rischio circa la sussistenza di vizi o mancanza di qualità del bene e addirittura del perimento del bene nel corso

52 L'orientamento espresso nelle sentenze da n. 5569 a n. 5574 del 13 dicembre 1989, *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 744 ss., con nota critica di Clarizia, R.: "*«Nuova» figura di* leasing e vecchi problemi: l'applicabilità dell'art. 1526", viene confermato, fra l'altro, da Cass., sez. un., 7 gennaio 1993, n. 65, *Foro it.*, 1994, I, c. 177: il *discrimen* fra i due modelli – strutturalmente identici ma diversi nella funzione espletata – si incentra sul valore residuo del bene, rapportato al prezzo pattuito per l'opzione. Là dove detto valore sia irrisorio, è presumibile una volontà delle parti orientata a dare prevalenza allo scopo di godimento rispetto all'eventuale effetto traslativo della proprietà del bene: nella economia del rapporto il patto di opzione è pertanto destinato ad assumere portata marginale e sussidiaria. Questo primo *leasing* (c.d. "tradizionale", o di tipo A), caratterizzato dal godimento per mezzo del quale ha luogo il finanziamento, costituisce un contratto di durata cui è applicabile la disciplina generale sul contratto e, in particolare, l'art. 1458 cod. civ.: si discorre al riguardo di *leasing* "di godimento". Nel *leasing* B – statuiscono le Sez. Un. – il bene è per sua natura durevole e, come tale, idoneo, allo scadere del contratto, a mantenere pressoché integra la propria valenza tecnico-economica, cui si contrappone un modesto prezzo di opzione. Ciò induce ad ipotizzare una volontà delle parti diretta, già in sede di conclusione del contratto, a realizzare il trasferimento della proprietà del bene. Gli elementi soggettivi ed oggettivi dello schema negoziale sono "tali da eliminare la libertà di scelta finale per l'imprenditore circa l'acquisto del bene al prezzo di opzione, nel senso di rendere tale soluzione come l'unica economicamente ragionevole per l'utilizzatore sin dalla conclusione del contratto" (così, Cass., 19 luglio 1997, n. 6663, *Giust. civ.*, 1998, p. 3237). Ne consegue, in questo caso, l'applicazione della disciplina del contratto di locazione. Per una ricostruzione unitaria del *leasing*, incentrata sulla funzione di finanziamento, che dunque confuta la bipartizione propugnata dalla giurisprudenza di legittimità, sia consentito rinviare a Imbrenda, M.: Leasing, cit., spec. p. 143 ss.

53 Cass., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 2061, cit., p. 12. Il formante giurisprudenziale – si legge in un passo successivo della motivazione – ha fornito alla risalente prassi commerciale "stabilità di assetto e certezza applicativa (fattori che quella stessa prassi richiede per un suo ordinato sviluppo), rimasto tale sino all'entrata in vigore della novella legislativa del 2017" (p. 32).

54 In termini di "*contratto con il quale la banca o l'intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene* su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, *che ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo fa mettere a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tiene conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto". Sulla valenza descrittiva di tale definizione, v. supra.*

della durata della locazione[55], come pure la fase postcontrattuale[56] *ex* comma 139. Di là dalla fissazione di criteri (celerità, trasparenza, pubblicità) e presidi di tutela dell'utilizzatore volti alla individuazione di un valore di mercato delle diverse categorie di beni oggetto di *leasing*, resta fermo nella misura residua, il diritto di credito del concedente nei confronti dell'utilizzatore quando il valore realizzato con la vendita o altra collocazione del bene è inferiore all'ammontare dell'importo dovuto dall'utilizzatore. In questo modo, si prevede che il concedente recuperi almeno il capitale impiegato per l'acquisto del bene ed ogni spesa inerente al suo recupero, fermo restando l'eventuale risarcimento del lucro cessante in base ai principi generali dell'ordinamento.

La scelta operata dal legislatore del 2017 rinsalda la soluzione a suo tempo codificata con la novella alla l. fallimentare vale a dire di configurare il *leasing* come "rapporto pendente", ai sensi dell'art. 72 l. fall. (l'art. 72 *quater*, introdotto dall'art. 59, d. lg. n. 5 del 2006, dispone infatti che "al contratto di locazione finanziaria si applica, in caso di fallimento dell'utilizzatore l'art. 72"), prescindendo dunque dalla bipartizione di matrice giurisprudenziale e valorizzando, implicitamente, l'univocità della causa di finanziamento *tout court*. L'aggancio con l'art. 72 *quater* – del quale si riconosce la "particolare rilevanza sul piano sistematico"[57] e che peraltro trova sostanziale conferma nel citato Codice della crisi e dell'insolvenza con riferimento alla liquidazione giudiziale - ricorre del resto limpidamente nell'orientamento giurisprudenziale[58] formatosi sulla scia della l. n. 124 del 2017; orientamento che,

55 La disposizione ricalca la prassi contrattuale che già aveva messo a punto clausole di "esonero" del concedente da ogni responsabilità, o meglio che vedevano gravare sull'utilizzatore che aveva effettuato la scelta i rischi circa la mancata consegna del bene, i suoi eventuali vizi, la mancanza di qualità promesse, la non appartenenza al fornitore ecc. Tali clausole si riconosceva fondassero la loro ragion d'essere nella natura finanziaria della operazione, e fossero strettamente connaturate alle condizioni e modalità di esercizio che presiedono l'attività del concedente: v. sul punto, dando altresì conto delle distorsioni insite nella rigida applicazione di un tale meccanismo, Imbrenda, M.: Leasing, cit., p. 105 ss., ove si richiama il formulario predisposto da *Banca Italease*, per l'espresso richiamo alla natura di intermediario finanziario della stessa società di *leasing* nell'ambito della clausola rubricata "Esonero da responsabilità della concedente – legittimazione ad agire dell'utilizzatore". L'eventuale inadempimento del fornitore legittima pertanto l'utilizzatore a far valere le proprie ragioni nei soli confronti di quest'ultimo, senza poter sospendere o interrompere la corresponsione dei canoni verso il concedente finanziaria della operazione, e siano strettamente connaturate alle condizioni e modalità di esercizio che presiedono l'attività del concedente Cass., 21 settembre 2004, n. 19657, *Banca borsa tit. cred.*, 2005, II, p. 611 ss., con nota di Prosperetti, L.: "Note in tema di tutela dell'utilizzatore rispetto ai vizi originari del bene nel leasing finanziario". La S.C. riconosce, in questa occasione, la legittimazione dell'utilizzatore ad esercitare in nome proprio le azioni scaturenti dal contratto di fornitura, avuto riguardo all'art. 1705, comma 2, c.c., che attribuisce al mandante (cui è da assimilare la figura dell'utilizzatore) la legittimazione ad agire direttamente contro il terzo. Tale soluzione trova, secondo la S.C., il conforto della disciplina sopranazionale sul *leasing* internazionale, ove si stabilisce il diritto dell'utilizzatore di agire in proprio verso il fornitore.

56 Il tema degli effetti conseguenti alla cessazione del contratto è affrontato *funditus* da Bertolini, A.: *Il postcontratto*, Il Mulino, Bologna, 2018, spec. p. 312 ss., relativamente a quelli successivi alla risoluzione.

57 Cass., 29 marzo 2019, n. 8980, cit., p. 2361; in senso conforme, Cass., 20 agosto 2019, n. 18545; Cass., 30 settembre 2019, n. 24438; Cass., 28 ottobre 2019, n. 27545, tutte in dejure.it. Nel senso che tale disposizione avesse incidenza all'interno della sola materia fallimentare e dei rapporti giuridici pendenti si erano invece pronunciate Cass. 29 aprile 2015, n. 8687 e Cass., 9 febbraio 2016, n. 2538, entrambe in www.unijuris.it; da ultimo, Cass., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 2061, cit.

58 Trib. Milano, 24 gennaio 2018, n. 7179; Trib. Bologna, 24 febbraio 2018, n. 598; Trib. Perugia, 8 ottobre 2019, n. 1536 (dejure.it), nel senso che "*Con la legge n. 124 del 4 agosto 2017 («Legge annuale per il mercato e la concorrenza») è stato sancito il superamento della duplicità tipologica del leasing traslativo e di godimento. La*

pur muovendosi nell'ottica della avvenuta tipizzazione della locazione finanziaria per sottolineare che si tratta di fattispecie autonoma distinta dalla vendita con riserva di proprietà, rimarca il superamento della tradizionale dicotomia tra *leasing* di godimento e traslativo, in talune pronunce stigmatizzata come apodittica[59], sino a reputare applicabile la disciplina in questione anche ai rapporti contrattuali pendenti al momento della sua entrata in vigore[60]. Tale prospettiva muove dalla considerazione che gli artt. 72 *quater*, l. fall, e 1, commi 136-140, l. n. 124 del 2017, sono espressivi di un principio generale di cui l'interprete non può non tener conto, posto che l'attività ermeneutica si dispiega – secondo le parole della S.C. - non "ora per allora, ma all'attualità"[61]: ne consegue che "diversamente da quanto previsto dall'art. 1526 cod. civ., il concedente può pretendere dall'utilizzatore non già un equo compenso, ma di trattenere i canoni pagati, richiedere il pagamento di quelli scaduti e non pagati, ed esigere quelli ancora da scadere, più il prezzo di opzione"[62]. La questione è stata oggetto, da ultimo, del più volte richiamato pronunciamento delle Sezioni Unite, che fa chiarezza sotto il profilo del diritto intertemporale sul *discrimen* tra il "prima" e il "dopo" ai fini dell'applicazione della novella ai rapporti contrattuali in corso di svolgimento al momento della sua entrata in vigore[63]: alla luce del principio del c.d. "fatto compiuto", "l'applicazione della nuova legge è consentita, nei confronti del contratto di *leasing* finanziario concluso antecedentemente alla sua entrata in vigore […], allorché, ancora in corso di rapporto, non si siano ancora verificati i presupposti (legali o convenzionali) della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore"[64]. Se, per un verso, le Sezioni Unite confutano l'orientamento innanzi richiamato, escludendo che ai contratti

nuova normativa ha quindi tipizzato la locazione finanziaria quale fattispecie autonoma, distinta dalla vendita con riserva di proprietà".

59 In un passaggio della motivazione di Trib. Bologna, 24 febbraio 2018, n. 598, cit., si discorre di "un indirizzo interpretativo apodittico ma non fondat[o] su alcuna norma di legge".

60 Cass., 14 febbraio 2019, n. 8980, cit.; Cass., 12 settembre 2019, n. 22731, dejure.it.

61 In tal senso, Cass., 14 febbraio 2019, n. 8980, cit., seguita da Cass., 20 agosto 2020, n. 18545, cit.; Cass., 30 settembre 2019, n. 24438, cit.; Cass., 28 ottobre 2019, n. 27545, cit., sul presupposto che, sino al definitivo accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato, non si siano esauriti i relativi effetti.

62 V., in questi termini Cass., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 2061, cit. nel riportare le motivazioni della società ricorrente. Ma sulla portata generale dell'art. 1526, comma 2, il quale, prima ancora di collegarsi ad una presupposta funzione traslativa della operazione negoziale, sembra rispondere alla esigenza di riconduzione ad equità del contratto e al divieto di indebito arricchimento, sia consentito rinviare a Imbrenda, M.: Leasing, cit., p. 131 s.

63 In un passaggio successivo della motivazione di Cass., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 2061, cit., p. 27, si legge: "La nuova regolamentazione (e, segnatamente, quella dettata dai commi 137 e 138) incide, sul piano funzionale, sullo svolgimento del rapporto negoziale, ma non anche, sul piano genetico, sulla fattispecie che lo origina (ossia investe il contratto non come «fatto storico», quanto come regolamento programmatico di interessi), disciplinandone il profilo patologico dell'inadempimento dell'obbligazione".

64 Cass., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 2061, cit., p. 27. Nel caso di specie, il "fatto compiuto" è l'inadempimento, ovvero il fatto che genera la responsabilità del debitore e legittima la risoluzione del contratto, "sicchè" - recita il principio di diritto enunciato da Cass., sez. un., n. 2061 del 2021 – "per i contratti risolti in precedenza e rispetto ai quali sia intervenuto il fallimento dell'utilizzatore soltanto successivamente alla risoluzione contrattuale, rimane valida la distinzione tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo, dovendo per quest'ultimo social-tipo negoziale applicarsi, in via analogica, la disciplina di cui all'art. 1526 c.c., e non quella dettata dall'art. 72 *quater* l.f., rispetto alla quale non possono ravvisarsi, nella specie, le condizioni per il ricorso all'analogia *legis*, né essendo altrimenti consentito giungere in via interpretativa ad una applicazione della legge n. 124 del 2017" (p. 37).

non soggetti *ratione temporis* alla l. n. 124 del 2017 possa applicarsi in via analogica, "per effetto di una interpretazione storico-evolutiva", l'equivalente disciplina già contenuta all'art. 72 *quater* l.f.[65]; per altro verso, si attestano nel solco di precedenti interventi, assegnando – come già detto - ai commi 137 e 138 carattere di norme imperative, "non avendo altrimenti ragion d'essere la tipizzazione *ex lege* della gravità dell'inadempimento (ancorata al mancato pagamento di un certo numero di canoni mensili o trimestrali) a fronte di possibili deroghe pattizie (del resto, quasi sempre presenti nella prassi commerciale), che attribuiscono al concedente il potere risolutivo per il mancato pagamento di un solo canone o, comunque, di inadempimenti di carattere finanziario ben meno gravi di quello contemplato dalla norma anzidetta"[66]. Ne consegue "l'inefficacia *ex nunc* della clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) apposta al contratto di *leasing* in corso che non abbia ancora maturato i presupposti della risoluzione ai sensi del citato comma 137, ove calibrata in termini diversi e meno favorevoli per l'utilizzatore di quanto previsto dalla legge"[67].

VII. PENALE DI RISOLUZIONE E FORMALIZZAZIONE DELLA REGOLA MARCIANA. RATIO DELLA PREVISIONE E SUA APPLICABILITÀ ANCHE ALLA IPOTESI DI ESTINZIONE ANTICIPATA. LA DISCIPLINA NEL LEASING IMMOBILIARE ABITATIVO NELLA L. N. 208 DEL 2015: RILIEVI CRITICI. LE INCRINATURE DELLE PROCEDURE DI VENDITA O DI RICOLLOCAZIONE.

Il legislatore focalizza l'attenzione anche sugli effetti della risoluzione. Il comma 138 formalizza il criterio di determinazione della penale[68], sì da neutralizzare l'eventualità – a suo tempo paventata - di qualsivoglia indebita locupletazione della società di *leasing* che, cumulando le rate già riscosse ed il recupero di un bene

65 Cass., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 2061, cit., p. 13, che all'art. 72 *quater*, l.f. riconosce portata eminentemente settoriale, volta a regolare gli effetti dello scioglimento del contratto a seguito del fallimento dell'utilizzatore, là dove invece la l. n. 124 del 2017, superando la logica della regolamentazione specifica e settoriale, fornisce – secondo le sez. un. – una tipizzazione legale del contratto di *leasing* (p. 24).

66 Così, testualmente, Cass., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 2061, cit., p. 28.

67 V., ancora, Cass., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 2061, cit., p. 28 s.: nell'escludere che la l. n. 124 possa trovare applicazione per il passato, la S.C. chiarisce che i presupposti della risoluzione per inadempimento sussistono quando sia stata proposta domanda giudiziale di risoluzione ex art. 1453 c.c. o nel caso il concedente abbia dichiarato di avvalersi della clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c. In tali ipotesi gli effetti risolutori non potranno essere quelli disciplinati dal comma 138, cui si correla poi il procedimento di vendita o riallocazione del bene regolato dal successivo comma 139. In definitiva, "per i contratti di *leasing* traslativo, che non siano soggetti *ratione temporis*, alla regolamentazione della legge anzidetta, resta, dunque, valida la soluzione adottata dal diritto vivente di individuare, per analogia *legis*, nella disposizione dell'art. 1526 c.c. la disciplina della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, essendo comunque sorretta da una *ratio* giustificativa rispondente all'esigenza di dare equilibrato assetto alle posizioni delle parti di un contratto atipico, forgiato da una risalente prassi commerciale" (p. 31 s.).

68 Statuendo che il concedente ha diritto alla restituzione del bene a fronte della corresponsione all'utilizzatore di quanto ricavato dalla vendita o da altra collocazione del bene, effettuata ai valori di mercato, dedotte la somma pari all'ammontare dei canoni scaduti e non pagati fino alla data della risoluzione, dei canoni a scadere, solo in linea capitale e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto, nonché le spese anticipate per il recupero del bene, la stima e la sua conservazione per il tempo necessario alla vendita.

ancora appetibile sul mercato, "finisca col *conseguire*, tramite la risoluzione, un incasso finale maggiore di quello che avrebbe dovuto riscuotere con la regolare esecuzione del contratto!"[69]. In realtà, nel corso degli anni, le società di *leasing* hanno in massima parte adottato clausole risolutive espresse uniformi che, in armonia con la raccomandazione contenuta nel Codice di comportamento Assilea del 1996, prevedevano, in funzione equitativa, la deduzione del cespite restituito dal debito complessivo dell'utilizzatore, costituito dai canoni scaduti – percepiti e no – e a scadere (c.d. clausola marciana). Tuttavia la *bad practice* del concedente di attualizzare le rate a scadere ha finito per gravare l'utilizzatore di una sorta di commissione implicita sull'inadempimento. L'entità dell'importo dovuto, superiore alla quota capitale al punto da rappresentare, bel al di là dell'equo compenso previsto dall'art. 1526 c.c., la miglior fonte di lucro per il finanziatore, spesso è tale da rendere fortemente squilibrata la prestazione con conseguenti contestazioni per usura e/o per eccessiva onerosità.

Una tal *practice* - che cioè al concedente fossero dovuti gli "arretrati", le rate a scadere attualizzate ed il valore di riscatto – è stata persino recepita nell'intervento normativo in materia di *leasing* immobiliare abitativo, contenuto alla citata l. n. 208 del 2015. Il comma 78, anch'esso dettato dalla esigenza di rimediare al rilevante e crescente numero di controversie in gran parte originate dall'insolvenza degli utilizzatori, prevede espressamente che "il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a corrispondere all'utilizzatore quanto ricavato dalla vendita o da altra collocazione del bene avvenute a valori di mercato, dedotta la somma dei canoni scaduti e non pagati fino alla data della risoluzione, dei canoni a scadere attualizzati e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale d'acquisto". È di tutta evidenza la distonia – rilevata anche dalla giurisprudenza di merito - tra questo enunciato normativo, il cui campo di applicazione meriterebbe invece di essere presidiato dalla tutela costituzionale del risparmio (art. 47 cost.) e della proprietà dell'abitazione (art. 42 cost.), e la soluzione meno onerosa per l'utilizzatore-non consumatore, sia essa basata sull'art. 1526, comma 2, c.c.[70] ovvero sul comma

69 Come autorevolmente segnalava Schlesinger, P.: "Leasing: la risoluzione non investe i canoni già pagati", *Corr. giur.*, 1986, p. 858; in senso adesivo, v. Valentino, D.: *Leasing e risoluzione per inadempimento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1990, p. 55: le clausole contrattuali del *leasing* riguardo la risoluzione – osserva l'a. – possono essere travolte soltanto non ricorrendo al principio generale dell'art. 1468 cod. civ. V., inoltre, Clarizia, R.: "La locazione finanziaria e l'art. 1526 c.c.", *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 252. L'esigenza che la risoluzione non si converta in uno strumento per trarre vantaggio dall'altrui inadempimento e, in particolare, per addossare alla parte inadempiente il rischio di un danno non connesso all'inadempimento stesso, viene segnalata su di un piano generale da Bianca, C.M.: "La vendita e la permuta", in *Tratt. dir. civ. it.* (diretto da F. Vassalli), VII, t. 1, Giappichelli, Torino, 1972, p. 863.

70 *Trib. Brescia, 15 ottobre 2018, n. 2733, www.expartecreditoris.it, a proposito di un leasing immobiliare abitativo ha affermato che "una interpretazione anche costituzionalmente orientata della disciplina di cui all'art. 1526, comma 2, c.c., in concorso con il richiamo alla l. 208 del 2015 comma 78, non può consentire al soggetto meno bisognevole di tutela (l'imprenditore) di godere di una disciplina più favorevole rispetto a quella esplicitamente prevista per il soggetto più debole (le giovani coppie); il dettato normativo come contenuto nella l. 208 deve quindi applicarsi a tutti i contratti di leasing.*

139[71], in combinato disposto con il successivo comma 140, che, rinviando alla l. n. 208 del 2015, rimarca il diverso trattamento *ex* comma 78, per i *leasing* immobiliari abitativi. Ferma restando la possibilità, cui si è già fatto cenno (v. supra, § 5), della sospensione del pagamento dei canoni periodici al verificarsi di cause di forza maggiore, un ulteriore profilo problematico è rappresentato dalla mancata previsione di una soglia minima di inadempimento che legittimi la risoluzione[72]. La prassi notarile ha prospettato l'invalidità della clausola per contrasto con l'art. 33, comma 1, cod. consumo, configurando un eccessivo squilibrio ai danni dell'utilizzatore-consumatore[73], nell'atto, peraltro, di finanziare la scelta economica più significativa della propria vita, quale può essere l'acquisto di un immobile da adibire semmai ad abitazione principale. La stessa clausola potrebbe inoltre risultare "abusiva" anche sotto il profilo della chiarezza e comprensibilità, stante l'obbligo per gli istituti finanziari (tra i quali potrebbero essere annoverate le società di *leasing*) di "fornire ai mutuatari informazioni sufficienti per consentire a questi ultimi di adottare le proprie decisioni con prudenza e in piena cognizione di causa"[74].

Il rischio di un ingiustificato arricchimento da parte del concedente-predisponente sussiste anche nella diversa ipotesi di estinzione anticipata, raramente oggetto di specifica clausola contrattuale, rispetto alla quale il finanziatore ricorre (si può dire "unilateralmente") al medesimo criterio di calcolo, con conseguenze non tanto diverse in termini di onerosità per il cliente. Nel silenzio del legislatore (che avrebbe ad esempio potuto prevedere una commissione nella misura massima applicabile), appare plausibile estendere a tale ipotesi il citato comma 138.

Risponde ad una "elementare esigenza" che la risoluzione non divenga strumento di un nuovo squilibrio, avvantaggiando la parte dell'altrui inadempimento e addossando alla parte inadempiente il rischio di un danno non connesso all'inadempimento[75] e la Convenzione Unidroit sul *leasing* internazionale

71 È opportuno segnalare che in applicazione dell'art. 1526, comma 2, cod. civ., le componenti per la determinazione dell'"equo compenso", quali il deprezzamento del bene (corrispondente alla differenza tra il costo di acquisto e il valore attuale) e la remunerazione del capitale investito (interessi maturati e importo rivalutato delle rate pagate), conducono ad un risultato sostanzialmente coincidente con il saldo tra valore effettivo del bene e somma residua da pagare per ultimare il contratto: V., in particolare, Denozza, F.: "Il mercato dei limoni", *Riv. it. leasing*, 1987, p. 682 ss.; nella dottrina aziendalistica, Tagliavini, G.: "Considerazioni aziendalistiche sul leasing: il fallimento del locatario e la razionalità economica della disciplina", *Riv. it. leasing*, 1994, p. 419. Sulla coincidenza tra le due diverse impostazioni di computo, si ha conferma anche in Cass., 7 gennaio 1993, n. 65, cit. Sul punto, Imbrenda, M.: Leasing, cit., p. 134 s.

72 *Trib. Brescia 15 ottobre 2018, n. 2733, cit., ammette la validità di questa clausola, in quanto "mitigata" dai successivi commi 79 e 80, ove – come già evidenziato sopra – si prevede (analogamente alla disciplina dei mutui) la possibilità della sospensione del pagamento dei canoni periodici al verificarsi di cause di "forza maggiore", espressamente individuate nella norma (connesse alla perdita del posto di lavoro), al fine di non penalizzare eccessivamente l'utilizzatore che si trovi in situazione di obiettiva difficoltà.*

73 V. *CNN, Studio n. 38-2016/C.*

74 È quanto statuito da CGUE, 20 settembre 2018, C-51/17, con riferimento alle clausole sul rischio di cambio nei contratti di mutuo, ma estensibile anche ad altre ipotesi di opacità o indeterminatezza del costo del finanziamento latamente inteso.

75 In questi termini, Bianca, C.M.: "La vendita e la permuta", cit., p. 863.

formalizza il principio secondo cui la banca o l'intermediario finanziario non si deve trovare in una situazione più vantaggiosa di quella in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato regolarmente adempiuto dall'utilizzatore, fatta eccezione per il mancato guadagno conseguente alla risoluzione. A tal fine non può non tenersi conto anche della fase postcontrattuale. Il legislatore del 2017 rimette alle parti la determinazione delle modalità operative della procedura di vendita o di ricollocazione (comma 139[76]), non senza alimentare tuttavia il dubbio che venga così a riespandersi la dinamica della unilaterale predisposizione alla quale gli enunciati di cui ai commi 137 e 138 fanno da contraltare.

76 I diversi passaggi in cui si scandisce la fase conseguente alla risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore, oggetto del comma 139, prevedono l'obbligo per quest'ultimo di restituire immediatamente il bene per consentire al concedente di attivarsi al fine di procedere con la "vendita o (…) altra collocazione del bene, effettuata a valori di mercato". In tal modo lo stesso utilizzatore potrà esercitare il credito sull'eventuale ricavato dalla vendita senza peraltro ostracizzare il diritto del concedente a vedersi restituire il bene (invocando il meccanismo *ex* art. 2756 c.c.) per poi incassare le somme dovute. Se da un lato si elide il ricorso dell'utilizzatore alla ritenzione del bene in funzione di autotutela, dall'altro la indicazione dei criteri volti alla individuazione del valore di mercato dei beni concessi in *leasing*, porrebbe l'utilizzatore al riparo dal rischio di una svendita dello stesso. Tale procedura è stata peraltro integralmente recepita dal più volte richiamato Codice della crisi d'impresa (art. 97, comma 12). In realtà, rimettere alle parti il compito di regolare, possibilmente *ex ante* ed in sede contrattuale, le modalità concrete di vendita o ricollocazione del bene sul mercato (si pensi, ad esempio, alle vendite all'incanto, alle aste notarili telematiche, alle aste *on line* o pubbliche, alle cessioni ai fondi), per quanto nel rispetto dei predetti criteri e presidi di tutela prescritti dal legislatore (celerità, trasparenza, pubblicità) (al riguardo v. Civale, F.: *Leasing finanziario: risoluzione per inadempimento e procedure di vendita del bene*, www.dirittobancario.it, 2017, p. 11), non può realisticamente non scontare le disfunzioni connesse alla strutturale asimmetria delle parti.

BIBLIOGRAFIA

Agostino, R.M.: *La destinazione patrimoniale nelle dinamiche d'impresa societaria*, in corso di stampa.

Alessi, R.: "Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto", *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 5

Bartolini, F.: *Strutture contrattuali complesse. Problemi della trilateralità nei contratti di finanziamento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019

Belfiore, A.: "Risoluzione", in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989

Bertolini, A.: *Il postcontratto*, Il Mulino, Bologna, 2018

Bianca, C.M.: "La vendita e la permuta", in *Tratt. dir. civ. it.* (diretto da F. Vassalli), VII, t. 1, Giappichelli, Torino, 1972, p. 863

Bianca, C.M.: *Diritto civile*. 3. *Il contratto*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2019

Bianca, C.M.: *Diritto civile.4. L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1994

Bianca, C.M.: *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977

Bianca, C.M.: *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, *Teoria generale e fonti – persone e famiglia – garanzie e diritti reali*, t. I, Giuffrè, Milano, 2002

Boiti, C.: *Leasing e tutela dell'utilizzatore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020

Bonell, M.J.: *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti*, Giuffrè, Milano, 1995

Bussani, M.: "Leasing", in Bussani, M.: *I singoli contratti, 4, Contratti moderni.* Factoring, franchising, leasing, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), Utet, Torino, 2004, p. 272

Civale, F.: *Leasing finanziario: risoluzione per inadempimento e procedure di vendita del bene*, www.dirittobancario.it, 2017

Clarizia, R.: "La locazione finanziaria e l'art. 1526 c.c.", *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 252

Clarizia, R.: "La tipizzazione legislativa del contratto di leasing finanziario", *Riv. it. leasing*, 1993, p. 257

Costanza, M.: "Clausola risolutiva espressa", in *Enc. giur.*, VI, Treccani, Roma, 1988

De Nova, G.: "Leasing", in *Dig. disc. priv.*, X, Utet, Torino, 1993

De Nova, G.: *Il contratto di leasing*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 1995

Denozza, F.: "Il mercato dei limoni", *Riv. it. leasing*, 1987, p. 682

Di Amato, A.: *L'interpretazione dei contratti d'impresa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999

Ferrari, F.: "Principi generali inseriti nelle convenzioni internazionali di diritto uniforme: l'esempio della vendita, del factoring, e del leasing internazionali", *Riv. trim.*, 1997, p. 451

Imbrenda, M.: "Asimmetria di posizioni contrattuali, contratto predisposto e ruolo delle Authorities", *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca* (a cura di P. Sirena e A. Zoppini), Roma Tre-Press, Roma, 2018, p. 479

Imbrenda, M.: "Leasing", in Imbrenda M. e Carimini F.: *Leasing e Lease-back*, in *Tratt. Diritto civile del CNN* (diretto da P. Perlingieri), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, pp. 28

Imbrenda, M.: *Controllo e rendiconto nelle situazioni patrimoniali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001

La Battaglia L. e Pardolesi R., *Nota a Cass. sez. un. 28 gennaio 2021, n. 2061*, www.foroplus.it

Lipari, N.: "Dieci anni di giurisprudenza della Cassazione sul leasing", *Riv. it. leasing*, 1993, p. 545

Macario, F.: "Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto", *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese* (a cura di G. Gitti e G. Villa), Il Mulino, Bologna, 2008, p. 209

Pennasilico, M.: "Controllo e conservazione degli effetti", *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 119

Pennasilico, M.: "L'interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia", *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 725

Pennasilico, M.: *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, in *Diritto dei consumi* (a cura di P. Perlingieri e E. Caterini), I, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, p. 178

Perlingieri, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013

Perlingieri, P.: "Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti" (2001), in Perlingieri, P.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, p. 443.

Perlingieri, P.: "Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia", in Perlingieri, P.: *Scuole, tendenze e metodi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1989, p. 106

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4ª ed., t. IV, *Attività e responsabilità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020

Putortì, V.: "La risoluzione anticipata del contratto", *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 121

Roppo, V.: "Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto", in AA.VV.: *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 15

Rossi F.: "La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della Suprema Corte", *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 564

Sacco, R. e De Nova, G.: *Il contratto*, IV ed., Utet, Torino, 2016

Schlesinger, P.: "Leasing: la risoluzione non investe i canoni già pagati", *Corr. giur.*, 1986, p. 858

Tagliavini, G.: "Considerazioni aziendalistiche sul leasing: il fallimento del locatario e la razionalità economica della disciplina", *Riv. it. leasing*, 1994, p. 419

Turco, C.: *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Giappichelli, Torino, 1997

Valentino, D.: *Leasing e risoluzione per inadempimento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1990

Viti, V.: *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, Roma Tre-Press, Roma, 2018

ZANELLI, P.: "Detipizzazione legale e (ri)costruzione contrattuale", *Contr. impr.*, num. 1, 2019, p. 19

GIURISPRUDENZA

Cass., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 2061, ilcaso.it

Cass., 30 settembre 2019, n. 24438, dejure.it

Cass., 12 settembre 2019, n. 22731, dejure.it

Cass., 20 agosto 2019, n. 18545, dejure.it

Cass., 29 marzo 2019, n. 8980, *Giur. it.*, 2019, p. 2361

Cass., 9 febbraio 2016, n. 2538, www.unijuris.it

Cass., sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19785, *Nuova giur. civ.*, 2016, num. 2, p. 235

Cass., 29 aprile 2015, n. 8687, www.unijuris.it

Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, *Corr. giur.*, 2008, 7, p. 921

Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Danno e resp.*, 5, 2008, p. 525

Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 531

Cass., 27 dicembre 2004, n. 24003, *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Contratto in genere*, n. 571

Cass., 21 settembre 2004, n. 19657, *Banca borsa tit. cred.*, 2005, II, p. 611

Cass., 17 marzo 2000, n. 3102, *Foro it.*, 2001, I, c. 259

Cass., 9 febbraio 1998, n. 1316, *Giur. it.*, 1999, p. 27

Cass., 19 luglio 1997, n. 6663, *Giust. civ.*, 1998, p. 3237

Cass., sez. un., 7 gennaio 1993, n. 65, *Foro it.*, 1994, I, c. 177

Cass. da n. 5569 a n. 5574 del 13 dicembre 1989, *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 744

Cass., 27 giugno 1987, n. 5710, *ivi*, 1987, voce *Contratto, atto e negozio giuridico,* c. 682, n. 442

Cass., 21 marzo 1970, n. 756, *Rep. Foro it.*, 1972, voce *Contratto in generale*, c. 696, n. 376

App. Firenze, 22 aprile 1968, *Giur. tosc.*, 1968, p. 579

Trib. Milano, 20 dicembre 2020, dejure.it

Trib. Roma, 27 agosto 2020, n. 29683, dejure.it

Trib. Perugia, 8 ottobre 2019, n. 1536, dejure.it

Trib. Perugia, 8 ottobre 2019, n. 1536, dejure.it

Trib. Nola, 21 maggio 2019, n. 1166, dejure.it

Trib. Bologna, 17 dicembre 2018, n. 21058, banca dati dejure.it

Trib. Brescia, 15 ottobre 2018, n. 2733, www.expartecreditoris.it

Trib. Milano, 11 maggio 2018, ilcaso.it

Trib. Milano, 24 gennaio 2018, n. 7179

Trib. Bologna, 24 febbraio 2018, n. 598

Trib. Vicenza del 28 marzo 2017, dejure.it

Trib. Bologna, 23 giugno 1986, *Dir. fall.*, 1987, II, p. 231

Trib. Firenze, 19 ottobre 1983, *Foro it.*, 1984, I, c. 281

Trib. Vigevano, 14 dicembre 1972, *Banca borsa, tit. cred.*, 1973, p. II, p. 287

EL CONTRATO DE CUIDADO Y MANUTENCIÓN

THE CARE AND MAINTENANCE CONTRACT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2154-2167

Emanuele
LUCCHINI
GUASTALLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: El trabajo se refiere a los contratos de cuidado y/o sustento. Estos contratos se pueden reconducir hacia una función asistencial privada; el contenido de estos vitalicios atípicos es variable, no obstante que tienen un denominador común, es decir que una parte toma la obligación de brindar asistencia moral o material por toda la vida del cedente a cambio de la transferencia de bienes muebles, inmuebles o de una suma de dinero. Una reglamentación normativa de estos contratos podría ser útil para promover su aplicación fuera del ámbito familiar.

PALABRAS CLAVE: Contratos de cuidado y sustento; renta vitalicia; vitalicio alimenticio; vitalicio asistencial; contrato de manutención; legislación italiana.

ABSTRACT: *The work is about contracts with which a subject takes on the obligation to provide moral or material assistance for the entire life of another person, who transfers to the obliged entity movable property, real estate or a sum of money. These atypical contracts have a private care function and a variable content, in spite of their common denominator. A legislative regulation of this kind of contracts could be helpful to spread their use outside the familiar relationships.*

KEY WORDS: *Atypical care contracts; life assistance; welfare annuity; Italian legislation.*

SUMARIO.- I. EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA. – II. EL CONTRATO DE CUIDADO Y/O SUSTENTO.- 1. Historia y perfiles comparativos.- 2. El vitalicio atípico.- 3. La Jurisprudencia.- 4. Perspectivas de iure condendo.

I. EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA.

En el código civil italiano se encuentra regulado el contrato de renta vitalicia por los artículos 1872 y siguientes.

Como es bien sabido, se trata de aquel contrato por el cual frente a la cesión de un bien mueble o inmueble o de un capital por parte de uno de los contrayentes, la otra parte toma la obligación de pagar una renta por toda la vida en favor del cedente o de un tercero[1].

Se trata de un contrato aleatorio dado que ambos asumen un riesgo económico[2].

Sin embargo, la entidad de la prestación del cedente es cierta mientras que la entidad de la prestación del cesionario es incierta, pues depende de la duración de la vida del primero.

La naturaleza aleatoria de dicho contrato queda confirmada por la regla en base a la cual el deudor de la renta no puede evitar el pago de la misma ofreciendo la restitución del capital o del bien que haya obtenido anteriormente; queda obligado al pago de la renta por todo el tiempo por el cual ha sido constituida aún cuando devenga muy gravosa su prestación.

1 Andreoli, M.: *La rendita vitalizia*, Utet, Torino, 1949; Dattilo, G.: "Rendita (dir. priv.)", *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 853 ss.; Lener, A.: "Vitalizio", *Novissimo Digesto italiano*, XX, Utet, Torino, 1975, p. 1022 ss.; Macioce, F.: "Rendita", *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVI, Edizioni Enciclopediche italiane, Roma, 1991, p. 1 ss.; Marini, A.: *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, Utet, Torino, 1985; Riccio, D.: "Le rendite vitalizie", en G. Di Giandomenico – D. Riccio (editado por): *I contratti aleatori*, Giappichelli, Torino, 2005; Torrente, A.: *Della rendita vitalizia*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1969, *sub* artt. 1861-1932; Valsecchi, E.: *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, Giuffrè, Milano, 1961.

2 Balestra, L.: *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Cedam, Padova, 2000, p. 163 ss.; Botta, C.: "Alea e causa del contratto di mantenimento", *Notariato*, 1999, p. 217 ss.; Feola, D.: "Nullità della rendita vitalizia per difetto di alea", *Contratti*, 1995, p. 388 ss.; Ferrari, V.: "La ragionevole incertezza che regge il contratto aleatorio", *Foro italiano*, 2011, p. 2646 ss.; Lanteri, L.: "Ancora in tema di nullità della rendita vitalizia in assenza di alea", *Notariato*, 1995, p. 453 ss.; Pandolfi, A.: "Contratto di mantenimento e nullità per mancanza di alea", *Contratti*, 1999, p. 221 ss.; Sarni, C.: "Contratto di rendita vitalizia e nullità per mancanza di alea", *Corriere giuridico*, 1996, p. 1265 ss.; Senigaglia, R.: "Il vizio di alea nel contratto costitutivo di rendita vitalizia", *Giurisprudenza italiana*, 1999, p. 10 ss.

• Emanuele Lucchini Guastalla
Profesor Titular de la Catedra de Derecho privado, Università Bocconi. Correo electrónico: emanuele.lucchini@unibocconi.it

II. EL CONTRATO DE CUIDADO Y/O SUSTENTO.

1. Historia y perfiles comparativos.

El sistema italiano no disciplina todos los contratos destinados a garantizar a un sujeto (generalmente mayor) la ayuda material y/o el apoyo económico que necesite según las circunstancias del caso concreto.

Hoy en día es muy común que las personas mayores no reciban ninguna ayuda por parte del Estado ni de otros entes.

Es así que estas personas - qué necesitan ayuda material y moral con frecuencia cada vez mayor - logren este fin a través de la cesión de un capital o de un bien.

Nos encontramos frente al contrato de cuidado y/o sustento, también denominado vitalicio atípico[3].

Estos contratos se pueden reconducir hacia una función asistencial privada y su difusión y aceptación han quedado confirmadas por una cantidad importante de fallos en esta materia.

El éxito de estos contratos se deba al hecho de que las expectativas de vida de las personas son mayores que hace un tiempo atrás y se suman a la falta casi total de servicios sociales.

Éstas circunstancias han creado un crecimiento exponencial de esta tipología de contratos, que son generalmente estipulados en un ámbito familiar (especialmente entre progenitores e hijos o entre abuelos y nietos)[4], pero también entre sujetos no ligados por vínculos de sangre, sino solo de convivencia.

Esta práctica de cesión de bienes en cambio de apoyo económico y moral es muy antigua, aún que en estos últimos años se haya reavivado por una difusión que no tenía antes.

Los estudiosos de la historia del derecho aseguran que este tipo de contratos ya existía en la Edad Media, cuando se perfeccionaban entre personas físicas y la Iglesia local[5].

3 Calò, E.: "Contratto di mantenimento e proprietà temporanea", Foro italiano, 1989, c. 1165 ss.; Long, J.: "La contrattualizzazione dell'assistenza vitalizia agli anziani: dalla rendita vitalizia al contratto di mantenimento", Nuova giurisprudenza civile commentata, 2010, p. 601 ss.

4 Ceccherini, G. - Gremigni Franchini, L.: *Famiglia in crisi e autonomia privata*, Cedam, Padova, 2013, p. 62; Fusaro, A.: "Autonomia privata e mantenimento: i contratti di vitalizio atipico", *Famiglia e diritto*, 2008, p. 305 ss.

5 Cfr.: Génestal, R.: *Rôle des monastères comme établissements de crédit étudié en Normandie du XI à la fin du XIII siècle*, A. Rousseau, Paris, 1901; Grossi, P.: *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medioevale*, Cedam, Padova, 1968; Soffietti, I.: "La rendita vitalizia nel pensiero dei civilisti fino alla metà del XIII secolo", *Rivista*

Y también en la segunda mitad del siglo XVIII se registran fallos de tribunales italianos que han resuelto casos de vitalicios alimentarios, reconociendo su validez y la similitud de estos acuerdos con el contrato típico de renta vitalicia.

La razón fundamental por la cual el código civil italiano no ha regulado expresamente el contrato de cuidado y mantenimiento es debido al hecho de que este contrato no estaba disciplinado tampoco en el código civil francés, el cual, como es bien sabido, representa el modelo principal de muchos códigos europeos.

Tampoco encontramos este tipo de contrato en el BGB, el código civil alemán[6].

De todos modos, podemos afirmar que el vitalicio atípico forma parte del sistema jurídico italiano, desde el momento que hace tiempo se han consolidado en este ámbito los principios elaborados por la jurisprudencia y la doctrina.

Hoy día podemos decir que se trata de un contrato "socialmente típico" por el cual esperamos que sea regulado expresamente por nuestro legislador[7].

También en Francia este modelo contractual es muy difundido con el nombre de "*bail à nourriture*"[8]; ya lo encontramos definido en un fallo de la Cour de Cassation de 1855, como el contrato a través del cual un sujeto toma la obligación de hacerse cargo de las necesidades de otro sujeto (es decir necesidades alimenticias, de alojamiento y de asistencia) por toda la vida de este último, percibiendo, como contraprestación, una suma de dinero periódica (por ejemplo cada año) u, otras veces, la transferencia de un capital mobiliario o inmobiliario en una sola vez[9].

En Suiza se ha regulado expresadamente este contrato en el código Federal de las obligaciones, el cual contiene el "*contrat d'entretien viager*", definido

di storia del diritto italiano, 1969, p. 75 ss.; Società internazionale di studi francescani, *L'economia dei conventi dei Frati Minori e Predicatori fino alla metà del Trecento. Atti del 31° Convegno internazionale*, Spoleto, 2004; Beriou, N. - Chiffoleau, J.: *Economie et religion: l'expérience des ordres mendiants,* Presses Universitaires de Lyon, Lyon, 2009.

6 El Código civil alemán no contiene regulación alguna de esto contrato. Por el contrario, sí dedica diversos parágrafos a la obligación de pagar una renta vitalicia, del 759 al 761 BGB, a la que considera una obligación con sustantividad propia, consistente en llevar a cabo a favor de una persona prestaciones periódicas de dinero u otras cosas fungibles durante su vida.

7 Para la distinción entre contratos típicos y atípicos, véase: Bianca, C.M.: *Il contratto*, III, Giuffrè, Milano, 1987, p. 445 ss. y p. 449 ss.; Mirabelli, G.: *Dei contratti in generale*, Utet, Torino, 1984, p. 30 ss.

8 Ripert, G. - Boulanger, J.: *Traité de droit civil : D'après le traité de Planiol*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1951, p. 613 ss.; Perruchot-Triboulet, V.: "Le bail à nourriture: entre libertés et contraintes du droit commun des contrats. Note à CA Nîmes 31 mars 2007", *LPA*, n° 150, 2007, p. 26.

9 Sobre el reconocimiento de la aportación de dote como una modalidad de bail à nourriture y el problema de la restitución de la misma, véase: Cass. civ., 07.11.1855, *Recueil Sirey*, 1856, p. 74. La mayoría de los Repertorios de jurisprudencia (Rolland de Villargues, M., *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, I, v° Enregistrement, Paris, 1840, p. 445; Dalloz, M.D. - Dalloz, M.A.: *Jurisprudente générale, Répertoire de législation, doctrine et de jurisprudence*, XXX, Paris, 1853, p. 541 ss.) tratan el bail à nourriture por cuestiones fiscales y no con ansias de definirlo o de establecer sus rasgos principales.

como contrato por el cual una parte toma la obligación de transferir a la otra su patrimonio o algunos bienes determinados y la otra asume la obligación de mantener y asistir de por vida a la otra a través de la inserción del acreedor "*dans le ménage du debiteur*"[10].

Todo esto con la aclaración de que la obligación en cabeza del cesionario de proveer el sustento y alojamiento conveniente incluye también la de asegurarle asistencia médica al cedente en caso de enfermedad.

2. El vitalicio atípico.

Si bien en el pasado la jurisprudencia italiana tenía la tendencia a reconducir este contrato en el modelo típico de la renta vitalicia[11], hoy día la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en calificarlo como vitalicio impropio[12], diferenciándolo del vitalicio propio, es decir de la renta vitalicia típica regulada en el código civil italiano[13].

Por el momento el contrato de asistencia y manutención es un contrato atípico (solo socialmente típico).

El contenido de estos vitalicios atípicos es variable, no obstante que tienen un denominador común, es decir que una parte toma la obligación de brindar asistencia moral o material por toda la vida del cedente a cambio de la transferencia de bienes muebles, inmuebles o de una suma de dinero.

Si bien los fallos más recientes no se ocupan específicamente de la clasificación de las distintas figuras elaboradas por la praxis, la doctrina más moderna ha intentado identificar las distintas tipologías de este contrato atípico.

Hoy día podemos individuar tres tipos principales, es decir:

10 El legislador establece una serie de requisitos formales que imperativamente deben respetar las partes para evitar su nulidad (arts. 521.2 y 522) así como ciertas garantías a favor del acreedor de los alimentos (arts. 523 y 529) y un conjunto de medidas dirigidas a proteger a las terceras personas que pueden verse afectadas por la celebración del contrato. Además, con carácter supletorio a la voluntad consensuada de las partes, señala el contenido y extensión de la prestación principal del acuerdo, esto es, de la obligación de alimentos (art. 524) y en último lugar recoge las diversas causas por las que el contrato puede extinguirse. Cfr. Guhl, T.: *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2000, p. 646.

11 Cass. civ., 18.03.1958, n. 905, *Giustizia civile*, 1958, p. 606; Cass. civ., 28.01.1966, n. 330, *Foro italiano*, 1966, I, c. 1787; Cass. civ., Sez. Un., 11.07.1994, n. 6532, *Foro italiano*, 1995, I, c. 183.

12 Scalera, A.: "Vitalizio improprio", *Studium iuris*, 2004, p. 1149 ss.; Girolami, M.: "Vitalizio improprio", *ivi*, 2000, p. 1135 ss.

13 Valsecchi, E.: *La rendita*, cit., p. 192; Luminoso, A.: "Vitalizio alimentare e clausole risolutive per inadempimento", *Rivista di diritto civile*, 1966, II, p. 486 ss.; Bonilini, G.: "Atipicità contrattuale e vitalizio alimentare", *Contratti*, 1999, p. 131 ss.; Gavazzi, L.: "I vitalizi impropri", *Famiglia, persone e successioni*, 2006, p. 57 ss.; en jurisprudencia: Cass. civ., 28.07.1975, n. 2924, *Foro italiano*, 1976, I, c. 2879; Cass. civ., Sez. Un., 18.08.1990, n. 8432, *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, p. 30 ss.; Cass. civ., 11.12.1995, n. 12650, *Notariato*, 1996, p. 121 ss.; Cass. civ., 12.02.1998, n. 1502, *Contratti*, 1998, p. 380; Cass. civ., 08.09.1998, n. 8854, *Contratti*, 1999, p. 131 ss.

- el vitalicio alimenticio, en el cual el cesionario toma la obligación de brindar asistencia exclusivamente material (alojamiento, comida, transporte, asistencia médica)[14];

- el vitalicio asistencial, en el cual - junto a la asistencia material - encontramos también una asistencia moral (tiempo para transcurrir con el cedente, diálogo, asistencia religiosa etc.)[15];

- el contrato de manutención, en el cual la prestación del cesionario no queda circunscripta al mínimo indispensable, sino que su finalidad es garantizar al cedente el mantenimiento de un determinado nivel de vida, eventualmente inclusivo de prestaciones que tengan carácter no estrictamente necesario[16].

3. La Jurisprudencia.

Los tribunales se han ocupado de muchos aspectos de este contrato, pero en particular varios fallos se han concentrado sobre la admisibilidad de una demanda de resolución del contrato, que en Italia es normalmente excluida en el contrato típico de renta vitalicia.

En efecto, el contrato de renta vitalicia no se puede resolver dado que - según lo prevé el código civil italiano - en el caso de incumplimiento del pago de las rentas pactadas, el cesionario puede pedir el secuestro de los bienes de su deudor y solicitar que sean vendidos para que, con la suma obtenida, se pueda asegurar el pago de la renta para el resto de su vida.

14 Bonilini, G.: "Atipicità contrattuale", cit., p. 132 ss.; Fusaro, A.: "Autonomia privata", cit., p. 305 ss.; Maffeis, D.: "Alea razionale e scenari probabilistici nel vitalizio alimentare", *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 2357 ss.; Natali, A.I.: "Nuovi tasselli per la disciplina del vitalizio alimentare", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, I, p. 179 ss.; Senigaglia, R.: "Il vitalizio alimentare e il divieto di risoluzione ex art. 1878 c.c.", *Giurisprudenza italiana*, 1999, p. 725 ss.; Torrente, A.: "Vitalizio alimentare e risoluzione per inadempimento", *Giustizia civile*, 1958, I, p. 606 ss.; Trojani, P.L.: "Contratto di mantenimento e vitalizio alimentare", *Vita notarile*, 1992, p. 1436 ss.

15 Bonilini, G.: "Ancora in tema di vitalizio assistenziale", *Contratti*, 2000, p. 870 ss.; Ceccarelli, R.: "Il contratto vitalizio assistenziale: un caso di atipicità", *Giustizia civile*, 1997, p. 2233 ss.; Cevolani N., "La questione dell'alea nel vitalizio assistenziale", *Famiglia e Diritto*, 2018, p. 437 ss.; Laus, F.: "Il contratto di vitalizio assistenziale nella recente giurisprudenza della Corte di cassazione, *Giurisprudenza italiana*, 2006, p. 506 ss.; Malvano, M.: "Vitalizio assistenziale e nullità per mancanza di alea", *Notariato*, 2010, p. 274 ss.; en jurisprudencia, cfr.: Cass. civ., 25.03.2013, n. 7479, *Pluris*; Cass. civ., 11.03.2016, n. 4825, *ibidem*; Cass. civ., 22.04.2016, n. 8209, *ibidem*; Cass. civ., 29.07.2016, n. 15904, *ibidem*; Cass. civ., 28.09.2016, n. 19214, *ibidem*; App. Napoli, 01.06.2017, *DeJure*.

16 Baio, A.: "Una tipologia del contratto di mantenimento ovvero l'accordo di dare casa in cambio di assistenza", *Contratti*, 2019, p. 547 ss.; Calò, E.: "Contratto di mantenimento", cit.; D'Aliberti, S.: "Contratto di mantenimento e rendita vitalizia", *Giurisprudenza italiana,* 1993, p. 1784 ss.; De Pamphilis, M.: "Il contratto atipico di mantenimento: tra aleatorietà e proporzionalità delle prestazioni", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, I, p. 859 ss.; Greco R., "Funzione di adeguamento e contratto di mantenimento", *Notariato*, 2009, p. 196 ss.; Pandolfi, A.: "Contratto di mantenimento", cit.; Pane M. - Foderà A., "Strategie contrattuali a tutela dei patrimoni personali: il contratto di mantenimento", *Fisco*, 2017, p. 4240 ss.; Peirano, P.: "Clausole in tema di contratto di mantenimento", *Notariato*, 1995, p. 611 ss.; Trojani, P.L.: "Contratto di mantenimento", cit.

Los tribunales que han afrontado el tema de la admisibilidad de una demanda de resolución del contrato de asistencia y manutención, han considerado no aplicable a la renta vitalicia atípica (por lo menos desde la mitad de los años 70), la regla del vitalicio típico, sobre la base de que esta solución está reservada únicamente al contrato típico de renta vitalicia.

También la doctrina más calificada ha afirmado que para los vitalicios atípicos se debe excluir la aplicación de las regla mencionadas[17].

Hoy día la jurisprudencia parece aceptar que el vitalicio impropio (o atípico) puede ser resuelto por incumplimiento del cesionario aplicando la disciplina general del contracto[18].

También los tribunales han destacado algunos elementos que distinguen el vitalicio atípico de la renta vitalicia típica: elementos que colocan al contrato vitalicio atípico en una posición de total autonomía con respecto al esquema típico considerado por el código civil[19].

A este propósito podemos mencionar, en particular:

- el carácter continuado de la prestación del cedente en el vitalicio impropio, que es distinto del carácter periódico de la prestación de renta en el vitalicio atípico;

- el objeto de las prestaciones, que es exclusivamente de asegurar una renta en el vitalicio propio, mientras que (y sobre todo) es una prestación prevalentemente de hacer en el vitalicio atípico;

- la total infungibilidad de la prestación del cesionario en el vitalicio atípico - que es un contracto *intuitus personae* - mientras que la prestación de renta del vitalicio típico es obviamente fungible, dado que resulta ser simplemente el pago de una suma de dinero.

17 Luminoso, A.: "Vitalizio alimentare", cit., p. 486 ss.; Perlingieri, G.: "La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. vitalizi impropri. Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti", *Rassegna di diritto civile*, p. 529 ss.; Torrente, A.: "Vitalizio alimentare", cit. p. 604 ss.; Cinque, A.: "Il contratto di mantenimento fra aleatorietà e risolubilità", *Contratti*, 2019, p. 305 ss.; Perfetti, U.: "Contratto innominato di mantenimento e divieto di risoluzione ex art. 1878 c.c.", *Diritto e giurisprudenza*, 1978, p. 514 ss.; Perseo, M.: "Risoluzione del contratto di mantenimento", *Notariato*, 1998, p. 235 ss.; Terranova, C.: "Vitalizio alimentare in cambio di un immobile e rinunzia all'azione di risoluzione (spunti sulla sostanza e sulla forma della rinuncia all'azione)", *Foro italiano*, 1976, I, c. 2879 ss.

18 Cass. civ., 25.05.2017, n. 13232, *Massimario Foro italiano*, 2017, p.462; Cass. civ., 05.05.2010, n. 10859, *Giustizia civile*, 2010, p. 2167; Cass. civ., 01.04.2004, n. 6395, *ibidem*, 2005, p. 448.

19 Cass. civ., 28.07.1975, n. 2924, *Foro italiano*, 1976, I, p. 2879; Cass. civ., Sez. Un., 18 agosto 1990, n. 8432, cit.; Cass. civ., 11.12.1995, n. 12650, *Notariato*, 1996, p. 121; Cass. civ., 09.10.1996, n. 8825, *Giustizia civile*, 1996, p. 3143; Cass. civ., 13.06.1997, n. 5342, *Notariato*, 1998, p. 235; Cass. civ., 19.02.1996, n. 1280, *Giurisprudenza italiana*, 1996, I, p. 1048.

Otros fallos se refieren al tema de la validez del contrato y, en particular, a su invalidez por falta de álea[20].

Se trata de casos en los cuales los cedentes o sus herederos han solicitado en juicio la nulidad del contrato por haber sido celebrado cuando el cedente tenía una edad avanzada o estaba en condiciones de salud comprometidas.

Queda claro que si -por ejemplo- el beneficiario tiene 100 años o tiene una enfermedad muy grave y transfiere un inmueble de mucho valor a cambio de un cuidado moral y material, la prestación del cesionario va a ser probablemente irrisoria con respecto al valor del bien transferido a su favor.

Se trataría, en tal caso, de un contrato de donación que se colocaría fuera del esquema de la renta vitalicia (que, típica o atípica, se asienta sobre un riesgo económico en cabeza de ambas partes).

La jurisprudencia en estos casos ha declarado la nulidad del contracto, subrayando que también el vitalicio atípico es un contrato destacado por un riesgo.

Y, además, que en el vitalicio atípico el riesgo es mayor que en la renta típica, dado que la prestación del cesionario no depende únicamente de la duración de la vida del beneficiario, sino también de sus condiciones psicofísicas (podemos pensar a un empeoramiento de las mismas que comportaría un mayor deber de asistencia).

4. Perspectivas de iure condendo.

Llegamos, entonces, a las conclusiones de esta rápida exposición de los dos contratos y de las diferencias entre ellos.

Para mí existen muchos elementos a favor de la necesidad de una tipificación del vitalicio atípico por nuestro legislador.

Aun sin tomar en cuenta las diferencias marcadas entre las distintas tipologías de este contrato, sus líneas fundamentales son tales que delinean una fisonomía totalmente autónoma con respecto a la de la renta vitalicia típica.

Además, la materia es muy delicada, dado que involucra aspectos familiares y sucesorios, lo que torna necesaria implementar reglas ciertas con la finalidad de

20 Cass. civ., 17.10.2019, n. 26495, *Foro italiano*, 2020, I, p. 1702; Cass. civ., 27.10.2017, n. 25624, *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 2357; Cass. civ., 28.09.2016, n. 19214, *Massimario Foro italiano*, 2016, 659; Cass. civ., 15.06.2009, n. 13869, *Notariato*, 2010, p. 271; Cass. civ., 28.04.2008, n. 10798, *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 2701; Cass. civ., 19.10.1998, n. 10332, *Guida al diritto*, 1998, 44, p. 78; Trib. Roma, 30.03.2018, *Contratti*, 2019, p. 305.

evitar el riesgo de ilegítimas preferencias en el ámbito de la familia o fraudes en perjuicio de los herederos forzosos.

Por otra parte, sin una regulación del contrato vitalicio atípico, la aplicación de las reglas generales sobre la resolución del contrato por incumplimiento no parece una solución ideal.

Sin embargo, si por un lado resulta correcto admitir la resolución de este contrato, por otro lado, no parece oportuno tomar en cuenta a este fin el genérico parámetro de la no escasa relevancia del incumplimiento que está contemplado por el artículo 1455 del código civil italiano.

Tomando en cuenta su naturaleza de contrato de duración y basado sobre un *intuitus personae*, el vitalicio atípico merecería ser regulado bajo el perfil del incumplimiento por una regla especial.

Es decir, una norma que valorice el carácter fiduciario de la relación y que tome en cuenta los incumplimientos durante la relación contractual, así como lo prevé el artículo 1564 del código civil italiano en el contrato de suministro, según el cual, en caso de incumplimiento de una de las partes, la otra puede demandar la resolución de contrato sólo si el incumplimiento es muy relevante, de modo tal que socave la confianza del acreedor en los cumplimientos futuros.

Además, creo que una tipificación de este contrato podría ser útil para promover su aplicación fuera del ámbito familiar.

De hecho, el vitalicio atípico parece útil para regular las relaciones no solo entre personas físicas, sino también entre personas físicas y entes de asistencia (laicos o religiosos).

Se trata, por el momento, de exponer algunas ideas, pero creo que dan la pauta de las extraordinarias potencialidades del vitalicio atípico, razón por la cual sería deseable una reglamentación normativa en el derecho positivo a fin de brindar a los que lo necesitan todas sus ventajas.

BIBLIOGRAFÍA

ANDREOLI, M.: *La rendita vitalizia*, Utet, Torino, 1949

BAIO, A.: "Una tipologia del contratto di mantenimento ovvero l'accordo di dare casa in cambio di assistenza", *Contratti*, 2019, p. 547 ss.

BALESTRA, L.: *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Cedam, Padova, 2000.

BERIOU, N. - CHIFFOLEAU, J.: *Economie et religion: l'expérience des ordres mendiants,* Presses Universitaires de Lyon, Lyon, 2009.

BIANCA, C.M.: *Il contratto*, III, Giuffrè, Milano, 1987.

BONILINI, G.: "Ancora in tema di vitalizio assistenziale", *Contratti*, 2000, p. 870 ss.

BONILINI, G.: "Atipicità contrattuale e vitalizio alimentare", *Contratti*, 1999, p. 131 ss.

BOTTA, C.: "Alea e causa del contratto di mantenimento", *Notariato*, 1999, p. 217 ss.

CALÒ, E.: "Contratto di mantenimento e proprietà temporanea", *Foro italiano*, 1989, p. 1165 ss.

CECCARELLI, R.: "Il contratto vitalizio assistenziale: un caso di atipicità", *Giustizia civile*, 1997, p. 2233 ss.

CECCHERINI, G. - GREMIGNI FRANCHINI, L.: *Famiglia in crisi e autonomia privata*, Cedam, Padova, 2013,p.62.

CEVOLANI N., "La questione dell'alea nel vitalizio assistenziale", *Famiglia e Diritto*, 2018, p. 437 ss.

CINQUE, A.: "Il contratto di mantenimento fra aleatorietà e risolubilità", *Contratti*, 2019, p. 305 ss.

D'ALIBERTI, S.: "Contratto di mantenimento e rendita vitalizia", *Giurisprudenza italiana,* 1993, p. 1784 ss.

DALLOZ, M.D. - DALLOZ, M.A.: *Jurisprudente générale, Répertoire de législation, doctrine et de jurisprudence*, XXX, Paris, 1853,p.541ss.

DATTILO, G.: "Rendita (dir. priv.)", *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 853 ss.

De Pamphilis, M.: "Il contratto atipico di mantenimento: tra aleatorietà e proporzionalità delle prestazioni", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, I, p. 859 ss.

Feola, D.: "Nullità della rendita vitalizia per difetto di alea", *Contratti*, 1995, p. 388 ss.

Ferrari, V.: "La ragionevole incertezza che regge il contratto aleatorio", *Foro italiano*, 2011, p. 2646 ss.

Fusaro, A.: "Autonomia privata e mantenimento: i contratti di vitalizio atipico", *Famiglia e diritto*, 2008, p. 305 ss.

Gavazzi, L.: "I vitalizi impropri", *Famiglia, persone e successioni*, 2006, p. 57 ss.

Génestal, R.: *Rôle des monastères comme établissements de crédit étudié en Normandie du XI à la fin du XIII siècle*, A. Rousseau, Paris, 1901

Girolami, M.: "Vitalizio improprio", *Studium iuris*, 2000, p. 1135 ss.

Greco R., "Funzione di adeguamento e contratto di mantenimento", *Notariato*, 2009, p. 196 ss.

Grossi, P.: *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medioevale*, Cedam, Padova, 1968

Guhl, T.: *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2000.

Lanteri, L.: "Ancora in tema di nullità della rendita vitalizia in assenza di alea", *Notariato*, 1995, p. 453 ss.

Laus, F.: "Il contratto di vitalizio assistenziale nella recente giurisprudenza della Corte di cassazione, *Giurisprudenza italiana*, 2006, p. 506 ss.

Lener, A.: "Vitalizio", *Novissimo Digesto italiano*, XX, Utet, Torino, 1975, p. 1022 ss.

Long, J.: "La contrattualizzazione dell'assistenza vitalizia agli anziani: dalla rendita vitalizia al contratto di mantenimento", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, p. 601 ss.

Luminoso, A.: "Vitalizio alimentare e clausole risolutive per inadempimento", *Rivista di diritto civile*, 1966, II, p. 486 ss.

Macioce, F.: "Rendita", *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVI, Edizioni Enciclopediche italiane, Roma, 1991, p. 1 ss.

Maffeis, D.: "Alea razionale e scenari probabilistici nel vitalizio alimentare", *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 2357 ss.

Malvano, M.: "Vitalizio assistenziale e nullità per mancanza di alea", *Notariato*, 2010, p. 274 ss.

Marini, A.: *La rendita perpetua* e *la rendita vitalizia*, Utet, Torino, 1985

Mirabelli, G.: *Dei contratti in generale*, Utet, Torino, 1984,p.30ss.

Natali, A.I.: "Nuovi tasselli per la disciplina del vitalizio alimentare", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, I, p. 179 ss.

Pandolfi, A.: "Contratto di mantenimento e nullità per mancanza di alea", *Contratti*, 1999, p. 221 ss.

Pane M. - Foderà A., "Strategie contrattuali a tutela dei patrimoni personali: il contratto di mantenimento", *Fisco*, 2017, p. 4240 ss.

Peirano, P.: "Clausole in tema di contratto di mantenimento", *Notariato*, 1995, p. 611 ss.

Perfetti, U.: "Contratto innominato di mantenimento e divieto di risoluzione ex art. 1878 c.c.", *Diritto e giurisprudenza*, 1978, p. 514 ss.

Perlingieri, G.: "La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. vitalizi impropri. Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti", *Rassegna di diritto civile*, p. 529 ss.

Perruchot-Triboulet, V.: "Le bail à nourriture: entre libertés et contraintes du droit commun des contrats. Note à CA Nîmes 31 mars 2007", *LPA*, nº 150, 2007, p. 26.

Perseo, M.: "Risoluzione del contratto di mantenimento", *Notariato*, 1998, p. 235 ss.

Riccio, D.: "Le rendite vitalizie", en G. Di Giandomenico – D. Riccio (editado por): *I contratti aleatori*, Giappichelli, Torino, 2005.

Ripert, G. - Boulanger, J.: *Traité de droit civil : D'après le traité de Planiol*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1951,p.613.

ROLLAND DE VILLARGUES, M., *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, I, v° Enregistrement, Paris, 1840,p.445.

SARNI, C.: "Contratto di rendita vitalizia e nullità per mancanza di alea", *Corriere giuridico*, 1996, p. 1265 ss.

SCALERA, A.: "Vitalizio improprio", *Studium iuris*, 2004, p. 1149 ss.

SENIGAGLIA, R.: "Il vizio di alea nel contratto costitutivo di rendita vitalizia", *Giurisprudenza italiana*, 1999, p. 10 ss.

SENIGAGLIA, R.: "Il vitalizio alimentare e il divieto di risoluzione ex art. 1878 c.c.", *Giurisprudenza italiana*, 1999, p. 725 ss.

SOCIETÀ INTERNAZIONALE DI STUDI FRANCESCANI, *L'economia dei conventi dei Frati Minori e Predicatori fino alla metà del Trecento. Atti del 31° Convegno internazionale*, Spoleto, 2004.

SOFFIETTI, I.: "La rendita vitalizia nel pensiero dei civilisti fino alla metà del XIII secolo", *Rivista di storia del diritto italiano*, 1969, p. 75 ss.

TERRANOVA, C.: "Vitalizio alimentare in cambio di un immobile e rinunzia all'azione di risoluzione (spunti sulla sostanza e sulla forma della rinuncia all'azione)", *Foro italiano*, 1976, I, p. 2879 ss.

TORRENTE, A.: "Vitalizio alimentare e risoluzione per inadempimento", *Giustizia civile*, 1958, I, p. 606 ss.

TORRENTE, A.: *Della rendita vitalizia*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1969, *sub* artt. 1861-1932.

TROJANI, P.L.: "Contratto di mantenimento e vitalizio alimentare", *Vita notarile*, 1992, p. 1436 ss.

VALSECCHI, E.: *La rendita perpetua* e *la rendita vitalizia*, Giuffrè, Milano, 1961.

EL CONTRATO DE CUSTODIA Y ADMINISTRACIÓN DE VALORES

SECURITY DEPOSITORY IN CUSTODY AND IN ADMINISTRATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2168-2193

Rachele
MARSEGALIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Haciendo una distinción entre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones informativas a las que la legislación del sector obliga al gestor de cartera y la responsabilidad prevista por el código civil, que obliga al simple depositario de títulos en custodia y administración, el Autor individua tanto los márgenes dentro de los cuales se puede identificar el contrato de deposito de títulos en administración, cuanto la efectiva portada de las "obligaciones renovadas" del depositario.

Basándose en una connotación dualista del depósito de títulos, como contrato bancario y como servicio de inversión accesorio, el trabajo analiza las distintas hipótesis en las que la omisión de información al cliente configure o no la imputación de la responsabilidad del depositario.

PALABRAS CLAVE: Obligaciones informativas; deposito de títulos en custodia y administración.

ABSTRACT: *Separating the responsibilities for non-complying with information obligations to which the applicable regulation the portfolio's manager has to comply with, from the one which the Civil Code compels the simple custody and administration of securities client, the Author identifies the outlines of the agreement for administration of securities and which is the actual range of the "renewed obligations" of the client.*

Once recognized the dual connotation of the Securities deposit account as bank agreement and accessory investment service, the writing herein analyzes the different theories for which the non-feasance of information to a client could lead to the involvement of the escrow agent in the responsibility.

KEY WORDS: *Information obligations; deposit of titles in custody and administration.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. EL DEPÓSITO BANCARIO: UNA DIFÍCIL COLOCACIÓN.- II. EL CONTRATO DE CUSTODIA Y ADMINISTRACIÓN DE VALORES: LUCES Y SOMBRAS EN LA DISCIPLINA DEL CÓDIGO.- III. LA NATURALEZA JURÍDICA Y LA FUNCIÓN DEL CONTRATO. LA REVIVISCENCIA DE LA PRESTACIÓN DE CUSTODIA.- IV. EL OBJETO DEL CONTRATO Y SU CAPACIDAD PARA INCIDIR SOBRE LA NATURALEZA DEL MISMO: EL CONTRATO DE CUSTODIA Y ADMINISTRACIÓN DE VALORES, DE UN CONTRATO REAL A UN CONTRATO CONSENSUAL.- V. LAS OBLIGACIONES DEL BANCO. LA CUSTODIA.- 1. Las obligaciones de la banca. los actos de gestión entre autonomía de la banca y la autorización del cliente.- VI. LOS DERECHOS DE COMISIÓN.- VII. LAS OBLIGACIONES DE SECTOR DEL DEPOSITARIO-GESTOR. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN. EL DEPÓSITO BANCARIO: UNA DIFÍCIL COLOCACIÓN.

El contrato de custodia y administración de valores representa una de las formas más importantes de administración de los instrumentos financieros[1].

Si tenemos en cuenta cuanto establecido en el Código, dicho contrato se caracteriza por ser el supuesto en el cual, el banco está obligado a custodiar y administrar los valores, los títulos de masa o títulos en serie, nominativos, al portador o al orden recibidos en depósito de sus clientes, adoptando la diligencia del profesional cualificado.

1 El nacimiento del contrato en cuestión está fechado por Molle G.: "I contratti bancari", *Tratt. Dir. Civ. Comm.* (dirigido por Cicu y Messineo), XXXV-t 1, Giappichelli, Milano, 1981, p. 753, en la segunda mitad del 1800, cuando «la banca con la puesta en marcha de costosos establecimientos y con la organización de sus servicios, se gana la confianza del público, aceptando depósitos tanto cerrados como abiertos y éstos no limitados a cosas muebles de valor, sino ampliados a títulos de crédito dirigidos al ahorro. Con el tiempo, de hecho, es en los títulos de crédito que se concentran tales depósitos y en función a la variedad y multiplicidad de los mismos, emitidos con un crecimiento vertiginoso tanto por el estado como por entidades públicas y privadas, la banca se encuentra a ofrecer a los clientes prestaciones accesorias a la simple custodia, las cuales, con el aumento de su importancia, otorgan a la relación una fisonomía propia». Anteriormente, además, bajo la égida del codice di commercio derogado, el depósito bancario carecía de su propia disciplina, «al mismo se le aplicaban las reglas del codice civile que no preveían el depósito en administración, de modo que le venían aplicados los acuerdos particulares entre bancos y depositantes o las reglamentaciones específicas predispuestas por los propios bancos»: textualmente A. Venezia, 25 de mayo de 1954, *Giur. It.*, 1955, 1, 2, p. 655, anotado por Morera R.: *El depósito de valores bajo custodia y depósito en administración*.
Nuestro codice civile es, por lo tanto, la cuna de la primera regla que el legislador dedica a la regulación el contrato de depósito de valores bajo custodia y depósito en administración y la elección de tipificación, dada su "habitualidad" al día siguiente de la entrada en vigor del código del 42, permite concluir que el caso «merecía ser reconocido por el legislador» (así Molle G: *Il deposito titoli in amministrazione secondo il nuovo codice civile*, *Banca borsa*,1942, I, p. 3).
Para las evoluciones sucesivas de los esquemas de negociación concebidos para la administración de los instrumentos financieros, ver, *ex multis*, Giuliani F.M.: *Intestazione fiduciaria e servizi di investimento*, *Giur. Comm.*, 1997, I, p. 31.

• Rachele Marsegalia
Professore Associato, Università telematica San Raffaele Roma. E-mail: rachele.marseglia@uniroma5.it

Los valores objeto del contrato no tienen que ser necesariamente propiedad del cliente, siendo suficiente que este último tenga la disponibilidad de los mismos, tanto es así que la copropiedad del depósito no es prueba suficiente de la copropiedad de los títulos por parte de los cotitulares del mismo, siendo ésta desumible de ulteriores elementos.[2]

Teniendo en cuenta la colocación del contrato en cuestión en el codigo de 1942, *prima facie*, el contrato de custodia y administración de valores forma parte del *genus* más amplio del depósito bancario, que, analizado en una perspectiva más amplia, aunque carente de una definición legislativa propia, se reconduce al esquema típico del depósito ordinario[3], diferenciándose en depósito "abierto[4]" o "cerrado[5]", dependiendo de si el objeto depositado en el banco está identificado y descrito o al contrario, contenido en un paquete cerrado y sellado.

En la disposición del depósito bancario, el codice civile sitúa el contrato de custodia y administración de valores junto al contrato de depósito de dinero, reglamentándolos respectivamente en el art. 1838 y en los artículos 1834-1836 c.c, aunque, en realidad, se trata de dos tipos de depósito completamente distintos: mientras que el depósito de dinero pertenece a la categoría de depósitos irregulares[6], el contrato de custodia y administración de valores se describe tradicionalmente como un depósito regular, en el cual el tenedor de los bienes

2 Recoge esta precisación Cass. 22 septiembre 2000, n. 12552, *La Tribuna, Archivio Civile*, 2001, 6, p. 788.

3 La similitud es muy adecuada, en la práctica, para la mayoría de los contratos bancarios, dada la correspondencia de numerosos contratos bancarios típicos al paradigma del contrato ordinario. Basta pensar, por ejemplo, a la comparación entre los anticipos bancarios y los préstamos pignoraticios.

4 Con el depósito bancario abierto se incluyen en la disponibilidad material del banco valores bien identificados, revistiendo a éste de una obligación de custodia (es decir, depósito abierto de custodia simple) o de una obligación de gestión (es decir, depósito abierto de custodia en admistración).

5 Con esta última operación accesoria, la banca asume la obligación di custodiar los paquetes sellados o los contenedores cerrados durante toda la relación, y devolverlos, con la garantía de integridad e identidad, al final del plazo acordado. A pesar de que, en la actualidad, la disciplina típica – a diferencia del anterior art. 1847 del codice civile del 1865 che obligaba al custodio a no abrir el paquete sellado – no imponga expresamente la obligación del secreto para el custodio, el hecho de que el contenido tenga que permanecer desconocido es una de las *condiciones sine quae non* de este tipo de depósito – al igual que sucede con las cajas de seguridad – y deriva de la voluntad del inversor, implicitamente desumible de las modalidades mismas de entrega (en este sentido: Mastropaolo F.: voz *Custodia*, *Enc. Giur.,* Giuffrè, Roma, 1992, p. 11. Tanto es así que «lo que el depositante tiene intención de dejar en custodia en el banco no es el paquete sino el paquete sino el contenido de éste, es decir, un bien del cual el depositario ignora las características exactas y su efectivo valor, dado que el depositante no está obligado a suministrar al banco una exacta descripción del paquete y de los valores sellados y la declaración hecha por él al momento de la firma del contrato»: Molle G.: "I contratti bancari", *cit*., p. 782. Uniformemente sempre Molle G., Colagrosso E.: *Diritto Bancario*, 2 ed., Stamperia nazionale, Roma, 1960, p. 323. A la vez, surge de la observación de Di Benedetto G.: "Deposito e custodia di titoli", *Contratti bancari*, (a cura di Gabrielli E.), Giappichelli, Torino, 2002, p. 248, el hecho que «la obligación de conservar la clausura y no ver el contenido del depósito se distingue de la obligación de secreto del contenido legitimamente visto, obligación que pertenece a cada contrato de depósito y que forma parte de los deberes de corrección de la banca che lo definen».

6 El mismo art. 1834 c.c. prevé, de hecho, la adquisición de la propiedad de la suma de dinero depositada por parte del depositario, refiriéndose así al esquema del art. 1782 c.c.. Sobre esta distinción véase en doctrina: Galasso A.: *Contratti di credito e titoli bancari*, Padova, 1971, p. 101; Porzio C.: "I contratti bancari in generale, il conto corrente bancario, il deposito, la concessione di credito", Tratt. Rescigno, XII, Torino, 1985, p. 907; Id.: "La disciplina generale dei contratti bancari", *I contratti delle banche* (a cura de Angelici, Belli, Porzio, Rispoli Farina), Torino, 2006, p. 102. *Contra*, sostienen, en cambio, que el depósito bancario integra los extremos de un modelo contractual en sí: Molle G.: *Deposito bancario*, en *Noviss. Dig. It*., Cedam,

depositados no adquiere la propiedad de los mismos y no está obligado a la, simple, restitución del *tantundem eiusdem generis*.

La colocación sistemática que llevó el legislador del código a unir las dos formas diferentes de depósito, colocándolos en la misma sección, está basada en razones de unidad y afinidad que, quizás ya desde entonces, no tenía un particular significado, y que, sobre todo actualmente, está llamada a confrontarse con las diferencias radicales que separan los dos supuestos, tanto por función como por disciplina, y, obviamente, por objeto.

En primer lugar, una de las diferencias más evidentes entre la colocación legislativa y los elementos esenciales que caracterizan nuestro caso en particular, surge del análisis de la evolución que ha afectado al objeto del contrato. Si bien, desde una perspectiva de análisis significativamente válida algunos autores han justificado la elección legislativa criticada en la actual desmaterialización del objeto del contrato, encontrando en la disciplina de las obligaciones escritas y electrónicas el puente útil para salvar las distancias entre dos tipos contractuales y en la renovada importancia adquirida por las nuevas formas de custodia de títulos una válida herramienta de unión[7], es innegable que la realidad actual de los "nuevos instrumentos financieros" se mueve en clara antítesis con respecto a la lógica de la colocación unitaria del legislador de 1942, acentuando las diferencias entre los dos contratos de depósito en cuestión y haciendo hincapié en la diversidad del objeto. Por otro lado, intentar reconstruir lo contrario, chocaría con el importante obstáculo de la distinción tradicional entre actividades "intrínsecamente" bancarias y actividades "ocasionalmente" bancarias. Tradición que, más allá de cuestiones puramente teóricas, se reafirma principalmente en el Testo Unico de las disposiciones en materia de intermediación financiera, donde, haciendo una clara distinción entre actividades reservadas a los bancos y actividades que les son unicamente permitidas[8], el legislador especial no enumera el contrato de custodia y administración de valores entre las actividades objeto de la reserva bancaria, sino que lo incluye en cambio, en la categoría de servicios accesorios de inversión y por lo tanto, en las actividades permitidas a sujetos distintos a los mismos.[9] «De ahí

V, Torino, 1981, 521; e Maimeri F., Pierri R.: *Dei contratti bancari. Art. 1834*, *Comentario del còdigo civil* (dirigido por E. Gabrielli) artt. 1803 – 1860, (a cura de Valentino D.), Giappichelli, Torino, 2011, p. 340.

7 Véase entre todas la posición de Di Benedetto G.: "Deposito e custodia di titoli", cit., p. 125.

8 Véase art. 10, del D. lgs. del 24 febrero 1998, n. 58, segundo y tercer párrafo respectivamente.

9 En concreto, por lo tanto, en opinión de Maimeri F., Pierri R.: *Dei contratti bancari*, cit., p. 429, mientras que el depósito de dinero «proporciona capital a los bancos y cumple la función propia de éstos (la recaudación del ahorro), situándose como función principal, el contrato de depósito de valores bajo custodia y depósito en administración (en cualquier forma) forma parte de las operaciones accesorias, es decir, aquellas cuya activación no integra la actividad bancaria reservada. Tampoco parece posible revertir esta configuración derrocando el término malentendido "reserva indirecta" para la recogida de valores (estando, junto a los depósitos a custodia y a custodia en administración, las diversas formas de gestión de ahorros) y por tanto, recuperando una especie de "bancariedad" reservada a la operación. Se sabe que a partir de los años 80, a la recaudación propiamente dicha de los bancos (que estaba disminuyendo), éstos - de forma completamente autónoma y sin encontrar ninguna confirmación en la disciplina de vigilancia – unieron aquélla en títulos,

la imposibilidad de abandonar las categorías tradicionales, con la única advertencia que, en la actualidad, las fronteras entre la recaudación - concesión del crédito son mucho más difuminadas que en el pasado y que en la problemática general de los diversos negocios ha de tenerse en cuenta la importancia que hoy asume el uso masivo de los sistemas informáticos»[10].

En referencia al elemento subjetivo, por otra parte, aunque en abstracto la lógica unitaria que acerca las dos *species* de depósito bancario bajo la óptica de la tipicidad pareciese capaz de encontrar justificación sólo en la componente subjetiva, en razón de la presencia de la empresa bancaria entre los dos extremos negociales - o, como ya previsto, incluso de sujetos distintos - que desempeña el papel de depositaria[11], de hecho, no sería viable en razón del hecho que el depósito pecuniario constituye una operación típica bancaria pasiva, mientras que, por el contrario, el contrato de custodia y administración de valores funciona, en cambio, como una operación bancaria activa. Mientras que la primera operación termina con el resultado de un coste para el banco que lleva a cabo, esencialmente, la tradicional función de recaudación del ahorro, la segunda transacción, con frecuencia auxiliar o colateral, es llamada a la realización de la función de intermediación, revistiendo al banco de un abanico de obligaciones de custodia y gestión, que ciertamente, no se traducen en costes para el mismo. En la práctica contractual, por ejemplo, alejándose de la mera acepción de depósito que, *sic et simpliciter*, cumpliría una función evocadora del concepto real de custodia, el

que tenían ritmos de crecimiento mucho mayores de la otra; todo esto constituyó la llamada "recaudación total", cuyos valores así obtenidos atenuaron la tendencia a reducir las tasas de aumento de la financiación bancaria». Con el fin de rechazar el uso indebido del término que acabamos de mencionar, el autor cita a continuación Borroni M., Oriani M.: *Le operazioni bancarie*, Il Mulino, Bolonia, 2002, p. 216, que especifica como «de hecho, sólo si se individua una forma de recaudación cada vez que la banca, al momento del acto de recogida de las sumas, reconoce al depositante un derecho a su devolución, no hay duda de que incluso con referencia a las operaciones en cuestión, corresponde al cliente el derecho a la devolución de las sumas depositadas o de los valores depositados. Si, en cambio, más adecuadamente, la recaudación se entiende como momento instrumental del ciclo productivo del banco, especialmente cuando la provisión genera flujos de efectivo disponibles para financiar las actividades del banco, no es correcto definir las actividades de recaudación indirectas una forma verdadera de recaudación. De hecho, estas transacciones se asemejan más a servicios que forman parte de la intermediación financiera que a formas reales de provista. Por otro lado, el art. 1 del Testo Unico, distingue claramente la "recaudación de depósitos y otros fondos con obligación de restitución", de las operaciones por cuenta de clientes en valores mobiliarios, de la "gestión de la consulencia en la gestión del patrimonio" y de la "custodia y administración de valores mobiliarios"».

10 En estos términos Di Benedetto G.: "Deposito e custodia di titoli", cit., p. 125.

11 Concretamente, el factor subjetivo -más que el objetivo- es el elemento esencial que determina: tanto la afinidad de los dos tipos de depósito bancario tipificados en el codice civile, como la especialidad con respecto al *genus* ordinario del depósito bancario. Sobre este aspecto, ver: Zanchi G.: *Commento all'art. 1210 c.c.*, *Comentario del Codice Civile* (dirigido por Gabrielli E.), cuidado por Cuffaro V., I, Utet, Milano, 2012, p. 864, según el cual «si el objeto del depósito es dinero o títulos de créditos, en base a todo lo dicho sobre el perfil subjetivo, el depósito sólo puede tener lugar a favor de una entidad de crédito o Caja de depósitos y préstamos S.p.A., o de banqueros en sentido amplio»; y Tondo M.: "Dei contratti bancari", *Comm. teórico práctico* (dirigido por De Martino V.), Pem, Roma, 1970, p. 142, donde el Autor, ponderando el peso asumido por el elemento subjetivo, sostiene que «de la calidad profesional del banco y del hecho de ser el servicio manifestación de la actividad, organizada en empresa, deriva que los depósitos en custodia tienen el carácter de contratos de masa y se rigen por condiciones generales del contrato destinadas a darles uniformidad y certeza, y que, por lo tanto, también se constituyen como contratos por adhesión». Sobre la relevancia del carácter bancario de los contratos de masa véase también Giorgianni F., Late C.M.: *Diritto bancario,* Giuffrè, Milano, 2006, p. 363.

el contrato de custodia y administración de valores presupone y contiene en sí mismo la apertura de una cuenta de apoyo en la institución bancaria, dentro de la cual se mueven las sumas invertidas, con el fin de permitir su gestión[12].

II. EL CONTRATO DE CUSTODIA Y ADMINISTRACIÓN DE VALORES: LUCES Y SOMBRAS EN LA DISCIPLINA DEL CÓDIGO.

Más allá de la errónea ubicación normativa, la disciplina del contrato de custodia y administración de valores se presta a ulteriores críticas.

En primer lugar, el análisis muestra que el art. 1838 c.c. parece una norma *agé* o incluso anacrónica con respecto a la realidad del fenómeno que concierne a dicho contrato. Ya desde sus orígenes y posterior difusión en la práctica bancaria, el contrato de custodia y administración de valores se manifiesta como una realidad contractual que, como su objeto, está llamado a un cambio continuo e inducido. Este particular tipo de contrato hereda la incapacidad de permanecer cristalizado dentro de un marco regulatorio señado por el envejecimiento ya en salida, en razón de los frenéticos procesos de transformación que giran y que, de hecho, inciden sobre el objeto y que, hoy más que ayer, determinan la difícil, si no imposible, compatibilidad del marco regulatorio con la naturaleza real de una relación como la establecida entre un banco y el cliente depositante.

De hecho, para dinámicas como ésta, la de los contratos bancarios se configura como la historia de un mundo involucrado en un vórtice evolutivo a un ritmo creciente, que termina cada vez por ampliar sus fronteras. Y este fenómeno del "envejecimiento prematuro" es una enfermedad que aqueja a la mayoría de las normas concebidas para la regulación de los contratos bancarios, cuya capacidad de cambio y obsolescencia han sido puestas de manifiesto en las últimas tres décadas. «Desde hace muchos años [...]", de hecho, "las operaciones bancarias han aumentado la tendencia a separarse, allí donde existía un vínculo normativo, del marco legislativo, sobre la base de una abundante -aunque no siempre completa- disciplina convencional para su función en concreto. A partir de este fenómeno, probablemente, como opininan muchos, aunque no buscado deliberadamente por el legislador, derivó una modificación de la estructura de las relaciones concretas, una modificación a menudo facilitada también por la vagüedad tipológica y normativa del supuesto legal. Este mismo fenómeno ha provocado importantes dificultades en la calificación de ciertas relaciones negociales y, en no pocas ocasiones, cuando la necesidad de reconstrucción no se ha captado o ha sido mal

12 En general, el mecanismo en cuestión tiene un conexión automática con la suscripción de la inversión por parte del cliente, aunque, sin embargo, en la casuística contractual, no falten hipótesis en las que tenga lugar de oficio y al mismo tiempo que la apertura de la cuenta corriente.

satisfecha, la aplicación de reglas inadecuadas para un supuesto no (en su totalidad) reconducible al tipo legislativo»[13].

En segundo lugar, desde el punto de vista de un estudio sobre el contenido de la disciplina, surge, en cambio, el límite de la norma en cuestión, con respecto a la definición de la disciplina del contrato de custodia y administración de valores. El art. 1.838 cc, de hecho, se limita a articular, en detalle, los procedimientos mediante los cuales nace el contrato en cuestión, enumerando los actos de gestión a los que está obligado el banco y agrupándolos en una lista que, por admisión del legislador - como puede apreciarse a partir de la locución por la cual el banco tiene «en general que tomar las medidas necesarias para la protección de los derechos inherentes a los valores» - es meramente ejemplificativa, teniendo en cuenta la variedad de la gama de valores que pueden ser objeto de depósito.

Por último, a los citados problemas se añade aquél sobre la definición de la naturaleza jurídica de los diversos contratos bancarios, lo que a su vez ha llevado a la aparición de dificultades de interpretación que se han incluído en la definición de la operación negocial que nos ocupa. Es cierto que en este ámbito, las dificultades de encuadramiento se derivan principalmente de la convivencia entre las obligaciones de custodia y de gestión bajo el techo de los servicios bancarios y de la relación de igualdad o de prevalencia que se da entre ellas, así como de la necesidad de individuar la disciplina aplicable en razón de la función social subyacente al contrato.

Los límites del marco regulatorio dentro del cual el legislador del 1942 sitúa el contrato de custodia y administración de valores, entre otras cosas, han surgido sobre todo cuando, en la práctica contractual, se ha producido el alejamiento del caso en cuestión de la simple acepción de depósito que, *sic et simpliciter*, cumplía una función evocadora del concepto real de custodia. Tanto es así que, partiendo del hecho de que, a menudo en la práctica, la firma del contrato de custodia y administración de valores venía acompañada y vinculada a la estipulación previa de un contrato llamado marco, definido en el TUF como «contrato relativo a la prestación de servicios de inversión» por parte del intermediario en nombre y en el interés del cliente, el legislador especial ha catalogado el contrato de custodia y administración de valores como uno de los servicios accesorios de inversión enumerados en el art. 1, coma 6, del TUF, como modificado por el art. 1 del d.lgs. n. 164 del 17.9.2007[14]. En este sentido, se ha precisado, sin embargo, que la accesoriedad debe entenderse no simplemente referida a la relación auxiliar que

13 Maccarone S.: *Le operazioni della banca tra norme e prassi*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 9.

14 Como para los servicios de inversión, también en este caso, la lista es de carácter imperativa, excepto la posibilidad para el ministro de Economía y Finanzas (art.18, párr. 5, de TUF) de individuar, al fin de adaptarse a la evolución de los mercados financieros, nuevos servicios auxiliares.

la une a otra operación principal, sino en relación al tipo profesional de actividad bancaria, por lo tanto, a la misma organización del banco[15].

De ahí que, aunque concebido como uno de los casos primordiales de administración de los instrumentos financieros tipificados por el legislador del codice civile, hoy, el contrato de custodia y administración de valores forma parte de los servicios bancarios de inversión, es decir, de las actividades, ni de financiación ni de uso de capital, que, sin embargo, satisfacen las necesidades de un cliente cada vez más necesitado y exigente[16]. Y, precisamente, esta "nueva" colocación/catalogación determina la necesidad de verificar que el operado de sujetos depositarios de valores en administración deba adecuarse sólo a las disposiciones del codice civile o además, a las normas del T.U.F.[17] y de los reglamentos de actuación[18].

III. LA NATURALEZA JURÍDICA Y LA FUNCIÓN DEL CONTRATO. LA REVIVISCENCIA DE LA PRESTACIÓN DE CUSTODIA.

El contrato que nos acupa es un contrato de duración y sinalagmático, oneroso, en el que a la obligación de custodia, de gestión y de restitución de los valores recibidos por el banco, corresponde la obligación del cliente depositante de pagar el canon acordado a la entidad de crédito. En la dinámica contractual, en concreto, el cliente confía a la sociedad la custodia de los títulos obgeto de administración, definiendo la ruta de inversión elegida y determinando los límites de la misma, ya sea cualitativamente, es decir, indicando los títulos e instrumentos financieros que pueden ser susceptibles de compra o de venta, ya sea cuantitativamente, esto es, definiendo los umbrales máximos de compras o ventas[19]. El cliente, por tanto,

15 Para la distinción entre operaciones principales y accesorias, véase, además de Tondo M.: "Dei contratti bancari", cit., p. 142, tambièn Molle G.: "I contratti Bancari", cit., p. 32, que cataloga las operaciones bancarias auxiliares como aquellas transacciones en el que el banco ni da crédito, ni recibe crédito, sino que brinda servicios. La certeza de que el depósito de valores bajo custodia y depósito en administración pudiese tener una función "secundaria" respecto a la actividad principal del banco es sostenida, incluso antes de la entrada en vigor de nuestro codice civile actual, por Greco P.: *Corso di diritto bancario*, II ed., Cedam, Padova, 1936, p. 35, que ya entonces registraba la presencia de: «transacciones bancarias que están estrechamente vinculadas a las operaciones de crédito, a pesar de no ser tales, y constituyen una fase preparatoria, un presupuesto o una consecuencia, a menudo aún actos de ejecución».

16 En este sentido véase Capobianco R.: "Commento alle norme bancarie uniformi. I depoisiti di titoli", *Banca Borsa e tit*., 1956, I, p. 252. Sobre el argumento véase, además, Pontiroli L.: *Operazioni bancarie*, *Digesto comm*., X, Utet, Torino, 1994, p. 340, quien, al investigar la relación de accesoriedad con la actividad principal, ha premiado su importancia desde un punto de vista económico-social, negando que este depósito pudiera ascender al rango de negociación, permaneciendo más bien relegado al rol de operación accesoria (aunque) típica.

17 Así como actualizado por las recientísimas modificaciones llevadas a cabo por la L. n. 208 del 28 diciembre 2015.

18 Que hoy se sustancian, dadas las frecuentes actualizaciones, en las normas del Reglamento que contiene las normas de actuación, adoptado por la Consob con deliberación n. 16190 del 29 octubre 2007 y sucesivamente modificado con deliberación n. 16736 del 18 diciembre 2008, n. 17581 del 3 diciembre 2010, n. 18210 del 9 mayo 2012 y n. 19094 dell'8 enero 2015.

19 Para la posibilidad de que las partes tomen la decisión de ampliar o limitar las obligaciones y los correlativos poderes del banco, normalmente establecidos *ex contractu*, v. *amplius* ya Fiorentino A.: *Le operazioni*

conserva las riendas de la gestión. Esto mismo comporta la marcada distinción entre el contrato de custodia y administración de valores con otras formas de transacción bancarias diseñadas para administrar los títulos del cliente. Aunque las características que se desprenden de la mayoría de los esquemas negociales presentes en la casuística contractual presenten similitudes con el supuesto en cuestión y el servicio de gestión individual del patrimonio mobiliario, generalmente denominado como servicio de gestión de carteras de inversión, el *discrimen* radica en los "frenos" cualitativos y cuantitativos, en manos del cliente: en el contrato de depósito, de hecho, el alcance del mandato se circunscribe a las transacciones individuales, de venta o compra, autorizadas cada vez por el cliente, mientras que en la gestión de la cartera la amplitud del mandato es uno de los elementos que caracterizan el servicio y es instrumental a la ejecución de formas de inversión ponderadas con respecto a los riesgos asumidos.

De ahí que, ascendiendo al rango de aquellas, raras, operaciones negociales en las que el banco está gravado por la carga de administrar las cosas depositadas bajo custodia por los clientes, recibiendo a cambio una compensación, el contrato de custodia y administración de valores ve cohabitar en su trama causal tanto la función social del depósito como la del mandato[20].

El análisis de la convivencia/concurrencia de ambas funciones mencionadas anteriormente es el prólogo de una serie de cuestiones interpretativas que, aunque conservan un sabor antiguo - por estar concebidas en una fase histórica en muchos aspectos impreparadas a los desarrollos más recientes que han afectado al contrato en cuestión - siguen siendo hoy actuales[21].

En el *excursus* interpretativo, aunque inicialmente fue pacífico que el tipo de contrato en esame tuviese la naturaleza jurídica del contrato real y produjese el doble efecto de obligar al banco a la custodia y a la gestión del objeto del depósito, no han encontrado un amplio seguimiento las posiciones que han reclamado su carácter unitario y autónomo en razón de la expresa previsión en el codigo[22] y que han permitido la aplicación de las disciplinas propias de los dos tipos de

bancarie, II ed., Jovene, Napoli, 1952, p. 265.

20 De hecho, de la taxonomía de los contratos registrados en la práctica, está claro las intenciones que empujan a los clientes a firmar el contrato: la garantía de protección de los títulos contra pérdida, robo, daño o destrucción, es decir, la garantía de una custodia segura para cada tipo de título, el alivio de todas las tareas relacionadas con las transacciones de títulos y, por lo tanto, el abono inmediato de los ingresos acumulados en la cuenta corriente de las rentas maduradas o el automático cómputo de intereses transparente, dividendos y reembolsos, la provisión tempestiva de toda la información de la empresa, la rigurosa monitorización de las órdenes y encargos para la recepción de títulos a raíz de un aumento en el capital, ejercicio de opción o de derechos de conversión, así como la elaboración de split de acciones, dividendos o distribución de acciones gratuitas.

21 En el presente caso, la referencia mencionada se refiere a las opiniones expresadas sobre la importancia de la función de custodia en la estructura teleológica del contrato.

22 Campobasso G.: *Diritto commerciale*, III, Utet, Torino, 2008, 139.

obligaciones antes mencionadas sólo en vía analógica[23]. Por el contrario, ha tenido mayor difusión la definición del contrato de custodia y administración de valores como «negocio compuesto, a contenido binario, donde, además del depósito, opera, con plena auto-eficacia, la relación de mandato (sin representación)»[24]. La coexistencia al mismo tiempo de la función social del contrato de depósito ordinario y del contrato de mandato, de hecho, ha llevado sobre todo al desconocimiento de la connotación unitaria de este tipo de contrato, diseccionándolo en función de las dos diferentes funciones realizadas por el banco y, por lo tanto, a clasificarlo como un contrato mixto.

Según una primera corriente, la obligación de gestión tendría un carácter secundario y accesorio respecto a la obligación principal de custodia[25]. Según otras corrientes, sin embargo, la obligación de gestión tendría el mayor peso causal, permitiendo reconocer en el negocio jurídico una relación de mandato preponderante en comparación con la relación de depósito, relegada en cambio al rango de herramienta de preparación, dada la voluntad prioritaria de las partes destinada a la administración - y no a la conservación estática - de los valores[26].

El reciente escenario que se abrió con posterioridad a la desmaterialización de los valores, sin embargo, ha permitido el fértil arraigo de la teoría de la prevalencia de la prestación del mandato dentro de este marco de bifuncionalidad del contrato. Tanto es así que, en la ponderación del valor de las dos prestaciones en relación con la voluntad efectiva de las partes -de la misma manera que sucedió con la connotación de la realidad, que se discutirá más adelante- la frecuente inexistencia de un objeto material, ha llevado a pensar a la despotenciación de la función de custodia que antes competía a la par con la obligación de la administración en el orden del depósito de valores.

Hoy, sin embargo, aceptar esta tesis significaría admitir que el cambio del objeto haya comportado la transformación de la causa del contrato mismo. Pensando detenidamente, parece difícil aceptar que la desmaterialización de valores haya sido capaz de reducir la importancia del papel causal que desempeña la custodia,

23 Considerando, además que en la práctica operativa, la disciplina legal está integrada por la disciplina convencional establecida por la ABI e adoptada por casi todos los bancos italianos.

24 Véase sobre el argumento, Molle F., Colagrosso E.: *Diritto Bancario*, cit., p. 310.

25 En cuanto a la relación de *genius* a *species* que mantiene la obligación de custodia a la obligación de la administración v. Scordino F.: *I contratti bancari*, Jovene, Napoli, 1965 p. 40: «el deber de administrar, [...] en la medida en que está diseñado para preservar un potencial económico ya adquirido y no para adquirir uno nuevo, forma parte del concepto de custodia más genérico, en el caso en cuestión no se limita a lo material de las cosas depositadas, sino que también refleja un concepto técnicamente diferente y particular, conectado a la función que los valores desempeñan con respecto al patrimonio del propietario. [...] la conexión entre las dos funciones, la genérica de la custodia, en la cual se especializa la otra de la administración es inevitable; Es más, debemos hablar de una función única, en el sentido de que la administración no es más que la función técnica de la otra, de custodia».

26 Sobre el argumento véase *amplius* Molle G.: "I contratti Bancari", cit., p. 772; Id., *Il deposito in amministrazione*, cit., p. 202; Sotgia Se.: *Appunti per un corso di diritto bancario*, Cedam, Padova, 1944, p. 52.

ya que el contrato, todavía hoy, se presenta en grado de cumplir con la vocación original de cumplimiento conjunto de ambas funciones, dejando indemne el equilibrio de ambos negocios, de depósito ordinario[27] y mandato, unidos por el doble objetivo perseguido por las partes.

Esto, por supuesto, no porque la custodia se refiera aun a un objeto material, al contrario, ya que: a pesar de que el objeto que se conserva sea un bien "virtual y fluido" apto para viajar/fluctuar en las más variadas "cajas", la custodia de los nuevos valores privados del soporte cartáceo, se enriquece de prestacione distintas respecto al pasado, atribuyéndole una nueva vida bajo el perfil causal y renovando su significado e importancia. Evidentemente, hoy, la prestación típica de depósito no consiste simplemente en la mera custodia física del título material tal y como fue concebido en 1942, sino en un abacanico adicional de actividades esenciales, tales como: el control de la integridad de los títulos carentes de soporte cartáceo, hecho posible sólo mediante la vigilancia de los sistemas informáticos, el impedimento de eventuales ataques externos a los sistemas de seguridad del banco, sólo realizable a través de la adopción de escudos informáticos siempre actuales, o la garantía de la correspondencia entre la cuenta del cliente depositante, del banco depositario y del emisor, hecha posible sólo a través de la realización de un control contable constante y puntual[28].

Esta "reactivación" de la función de custodia así reelaborada está, por otra parte, en línea con lo que ya habían concebido el legislador y los intérpretes en otros ámbitos. Consideremos, por ejemplo, la función que la misma ley sobre el tratamiento de datos personales atribuye a la custodia de datos personales, sensibles o muy sensibles, tratados de forma informática: también en este caso estamos en presencia de datos/contenidos impalpables y virtuales, pero el legislador precisamente regula el alcance y el contenido de las obligaciones de custodia a las que se debe atener el "depositario"[29]. La similitud podría ser correcta si se lleva a cabo con todos los tipos de *res* inmateriales que hoy constituyen el objeto de

27 En esta hipótesis, de hecho, la banca no adquiere la propiedad de los títulos, sino que puede sólo administrarlos, dado que está prohibido el comodato de títulos de crédito que consiente la transferencia de la propiedad a la banca.

28 Precisa, de hecho, Di Benedetto G.: "Deposito e custodia di titoli", cit., p. 143, que: «en el caso de custodia en administración, la relavancia del dato económico y de su tratamiento, la alta exposición al riesgo delitos informáticos que tal relevancia económica genera, y el encargo a la banca de prestaciones de contenido informático […] llevan a concluir que las medidas exigidas sean aquéllas "más avanzadas", según cuanto en definitiva previsto por la […] jurisprudencia en materia de robo». En relación a esto último, el autor cita, entre otras, Cass. 10 enero 1998, n. 158, *Giur. It*., 1998, p. 489.

29 El d.lgs. n.° 196/2003 establece que las obligaciones de control y custodia de los datos tratados corresponden a la adopción de un conjunto de medidas de seguridad técnicas, informáticas, organizativas, logísticas y de procedimiento de seguridad - adoptadas también en relación con los conocimientos adquiridos en pasado en el progreso técnico, en la naturaleza de los datos y en las características de tratamiento específicas - que configuran el nivel de protección requerido en relación con los riesgos de violaciones de seguridad (como destrucción accidental, pérdida, modificación, acceso no autorizado o procesamiento no autorizado o no acorde con los propósitos de la recopilación, divulgación no autorizada o acceso a datos personales transmitidos, almacenados o procesados en el contexto del suministro de un servicio de comunicación accesible al público), y que se fundamentan en las medidas mínimas previstas en el art. 31.

un contrato (basta pensar a la custodia y a la integridad de las obras de ingenio virtuales o multimedia puestas a la venta en una plataforma *on line*)[30].

Desde esta perspectiva de análisis, esencialmente, la custodia asume diferentes connotaciones de la custodia material – a la que hubiéramos estado acostumbrados a pensar hasta hace algunas décadas - cada vez que nos encontramos con un objeto "desmaterializado", "virtual", "digital", "electrónico", "multimedia", pero sin que este cambio/renovación pueda llevar a la despotenciación de su función. Y, con esta nueva imagen, en el contrato en cuestión, la custodia (re)encuentra la habitual importancia que se adapta bien a su rol causal.

Por otro lado, la lectura actualizada de los componentes de la obligación de custodia devolvería fuerza a la interpretación previa de quien, no queriendo someter la custodia a tal devaluación, teniendo en cuenta su enunciación en el art. 1838 c.c., ha resaltado que: «si el legislador hubiera sostenido prevalente la prestación de gestión, la mención expresa de la custodia no hubiera tenido utilidad, siendo ya suficiente el art. 1177 c.c. para dar vida a la citada obligación. Al mismo tiempo, el elenco, aunque significativo, de los principales actos de administración del banco demuestra que el legislador no considera la actividad del mismo puramente accesoria a la custodia; es revelador además el recurso al art.1710 c.c. que, con respecto al mandato, sanciona con la nulidad el pacto de exención de la observancia de la diligencia ordinaria»[31].

Por lo tanto, debe evitarse el riesgo de aplicar estas dinámicas interpretativas al contrato de custodia y administración de valores entendiéndolo como un contrato típico, estipulado singularmente.

IV. EL OBJETO DEL CONTRATO Y SU CAPACIDAD PARA INCIDIR SOBRE LA NATURALEZA DEL MISMO: EL CONTRATO DE CUSTODIA Y ADMINISTRACIÓN DE VALORES, DE UN CONTRATO REAL A UN CONTRATO CONSENSUAL

La gama di títulos que pueden ser objeto del depósito y de administración hasta ahora analizados consiste sustancialmente en: títulos del Estado, acciones

30 Por ejemplo, en la práctica contractual consuetudinaria es obligación de la sociedad de gestión de la plataforma garantizar que estas nuevas obras de ingenio estén cubiertas por un escudo suficiente a evitar los ataques informáticos que puedan atentar contra su integridad, sea bajo el perfil de robo que bajo el perfil de la piratería, que bajo el perfil de la modificación. A este propósito vale la pena subrayar que, como afirmado puntualmente por Travostino M.: "Le misure tecnologiche di protezione e la gestione dei diritti nell'ambiente digitale", *Giur. it*., 2011, p. 10: «el advenimiento de las tecnologías digitales ha ampliado, por un lado, las formas de explotación de las obras, por otro, ha aumentado el riesgo de violación de derechos: las medidas para combatir las fronteras pueden frenar la entrada de soportes materiales [...], pero no el flujo de información transmitido por las redes de telecomunicaciones».

31 En este sentido: Mastropaolo F.: *Deposito di titoli a custodia e in amministrazione*, *Digesto comm*., IV, Utet, Torino, 1989, p. 270.

societarias, obligaciones, cuotas de fondos comunes de inversión, títulos representativos de mercancías y otros títulos normalmente negociados que permitan adquirir los instrumentos mencionados anteriormente.

Los valores objeto del contrato pueden ser tanto valores en soporte cartáceo como desmaterializados[32] y hoy más que nunca, como prueba de su amplia difusión en el mercado, la mayoría de los contratos a los que se hace referencia en el art. 1838 c.c. se estructura sobre la base de la custodia y administración de valores desmaterializados. Títulos "nuevos", no sólo por los contenidos, sino también por el "tipo" y por las formas de uso y circulación, ya que están constantemente sujetos a procesos de evolución tecnológica y de transformación. Títulos que la doctrina desearía "sujetarlos" a los esquemas normativos existentes, dado el difícil encuadramiento en el ordenamiento, y evitar de este modo, el riesgo de convertirse en una especie de "colador" como resultado del impacto con las nuevas tecnologías informáticas y telemáticas. Títulos fáciles de transferir, tanto que a menudo escapan al control de la ley. Valores que, aunque no hayan podido alterar la estructura causal que mantiene el esqueleto del contrato en cuestión, teniendo en cuenta la renovada importancia adquirida por la prestación de custodia interpretada como un sinónimo de obligación de protección, han podido influir, alterándola, sobre una de las características esenciales de la naturaleza jurídica de este contrato.

Partiendo del dato normativo, la realidad con la que el legislador ha distinguido el caso objeto de estudio, contemplando el perfeccionamiento en la entrega al banco de los títulos y valores, no es, ciertamente, una característica capaz de soportar el ritmo acelerado que marca la circulación de valores desmaterializados: es innegable, por lo tanto, que al afectar al objeto del contrato, transformándolo de físico a virtual, la desmaterialización ha hecho imposible la conseña. En consecuencia, la inmaterialidad del "nuevo" objeto del contrato y, por lo tanto, de la entrega, ha terminado hoy impidiendo la posibilidad de una dación material y efectiva del depositante al depositario. Bajo esta específica perspectiva, situar en la (falsa) *traditio* de una *res* incorporal el momento útil para concretar el perfeccionamiento del contrato de custodia y administración de valores se presentaría como una *fictio iuris* diseñada para intentar sostener la realidad. En verdad y con toda franqueza, el problema de aceptar tal "maquinación" ni siquiera sería tan difícil de sostener si de la efectiva realización de la entrega no dependiese el nacimiento de obligaciones conexas de carácter causal, como es el caso de la custodia y la restitución de los valores[33]. A este punto, sacrificando la realidad característica del contrato con el fin de determinar el momento en el que surgen

32 En argumento véase Martorano F.: "Titoli di credito. Titoli non dematerializzati", *Trattato di diritto civile e commerciale* (dirigido por Cicu a., Messineo F.), XXXVIII, Giuffrè, Milano, 2002, p. 42.

33 En este sentido véase *amplius* Ferrara F.: *La teoria dei contratti*, Jovene, Napoli, 1940, 336 e Natoli U.: *I contratti reali*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 23.

las obligaciones antes mencionadas para la banca depositaria, se puede negar la coincidencia entre el momento del nacimiento del contrato y de las obligaciones derivadas del mismo. Sin embargo, más concretamente, dada la inexistencia de frenos lógicos para subvertir la naturaleza real del contrato[34], podría reconocerse con mayor facilidad que, en este contexto, la entrega material no juegue un papel predominante, actuando en cambio como un elemento neutral e «incoloro»[35]. El valor "reducido" de la entrega de bienes inmateriales, sin embargo, debe evaluarse caso por caso, en relación con la función que desempeña en el contexto de la operación contractual en su totalidad. Y la realidad del singular contrato podría ser, no ya indubiamente afirmada, sino evaluada en el caso concreto[36]. Y, por lo tanto, el contrato podría cambiar -dada la inexistencia de preclusiones de orden lógico apenas tratadas - su naturaleza de contrato real en la de contrato consensuado, en el que en concreto el contrato precede a la entrega de cosas perfeccionándose sólo con la firma del formulario negocial.

Esta solución interpretativa permitiría además, contener bajo límites bien definidos las últimas dinámicas contractuales presentes en la práctica bancaria: en la mayoría de los casos, de hecho, el banco y el cliente optan por celebrar el contrato de custodia y administración de valores, incluso si los títulos aún no están a disposición de cliente, de hecho, éste manifiesta la sola voluntad de adquirirlos en el futuro. En estos casos, el contrato se perfecciona sólo con el consentimiento de las partes, ya que es imposible entregar bienes intangibles que, además, permanecen vinculados a la eventualidad de una futura adquisición[37].

V. LAS OBLIGACIONES DEL BANCO. LA CUSTODIA.

Al enumerar los actos a los cuales está obligado el mero depositario, el art. 1838 c.c. establece que el banco que se haga cargo del depósito de títulos bajo custodia y administración los custodie, exija los intereses o dividendos, verificando los sorteos para la atribución de premios o para el reembolso del capital, curando los cobros en nombre del depositante y, en general, proveyendo a la defensa de los derechos inherentes a los títulos, con el fin de acreditar al depositante las sumas recaudadas. La lista de las obligaciones no es taxativa.

34 Mastropaolo F.: *Deposito*, *Enc. Giur.*, XII, Treccani, Roma, 1992, p. 3, por ejemplo, nel sondeo de las razones de evetuales impedimentos al reconocimiento de la naturaleza consensual del contrato, sostiene como similes impedimentos sean totalmente inexistentes en otros ordenamientos europeos.

35 La expresión es de Benedetti G.: *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 69.

36 Gabrielli E.: *Il pegno anomalo*, Cedam, Padova, 1990, p. 88; y Id., Maimeri F.: *I contratti bancari*, Utet, Torino, 2002, p. 133.

37 El fenómeno es deducido por Di Benedetto G.: "Deposito e custodia di titoli", cit., p. 132, el cual – dejando ilesa la naturaleza real del contrato de depósito de simple custodia, en cuanto no regido por la función de gestión que determina la necesidad de perfeccionamiento del contrato independientemente de la entrega – admite el perfeccionamiento consensual de la mayor parte de los contratos de depósito de títulos en administración.

Tanto es así que el legislador se refiere a los principales actos de gestión y precisa que el banco debería «en general proveer a la protección de los derechos inherentes a los títulos». La locución utilizada revela la necesidad de indicar un perímetro de márgenes flexibles, sobre todo capaz de incluir todas las actividades, incluso de orden material, a las que el banco debe preveer en razón de los diferentes y variados títulos que puedan ser objeto de depósito y administración al mismo tiempo[38].

La custodia, de hecho, debido al "remaquillage" a la que ha sido sometida, asume hoy «la impalpable ("virtual") función de verificar que no haya intervenciones externas que puedan ingresar en los sistemas de seguridad del banco y modificar dichos registros: ciertamente una obligación de custodia, pero muy diferente de aquella a la que el legislador del código»[39] pensó y que «en los depósitos de títulos en administración [...] se completa con un conjunto de prestaciones las cuales, aunque es cierto que atribuyen al banco el derecho a un compenso [...] implican para el mismo deberes de diligencia, que no pueden eludirse con pactos de exención»[40], sancionados por el legislador con la nulidad.

Enriqueciéndose con nuevos contenidos, por lo tanto, la custodia de estos objetos "desmaterializados", "virtual", "digital", "electrónico", "multimedia", (re) conquista la habitual importancia de su papel causal, reforzando la interpretación de quien, no queriendo someter la custodia a tal devaluación, dada su enunciación en el art. 1838 cc, evidenciaba ya que «si el legislador hubiera sostenido prevalente la prestación de gestión, la mención expresa de la custodia no hubiera tenido utilidad, siendo ya suficiente el art. 1177 c.c. para dar vida a la citada obligación. Al mismo tiempo, el elenco, aunque significativo, de los principales actos de administración del banco demuestra que el legislador no considera la actividad del mismo puramente accesoria a la custodia; es revelador además el recurso al art.1710 c.c. que, con respecto al mandato, sanciona con la nulidad el pacto de exención de la observancia de la diligencia ordinaria»[41]. Por lo tanto, debe evitarse el riesgo de aplicar estas dinámicas interpretativas al contrato de custodia y administración de valores entendiéndolo como un contrato típico, estipulado singularmente.

38 Sobre la lista incompleta en cuestión véase entre otros, Molle G.: "I contratti Bancari", cit. p. 775; Tondo M.: "Dei contratti bancari", cit., p. 156.

39 En este sentido Maimeri F., Pierri R.: *Dei contratti bancari*, cit., p. p. 445.

40 Así, textualmente, la Relación del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile del 4 aprile 1942, n. 729.

41 En este sentido: Mastropaolo F.: *Deposito di titoli a custodia e in amministrazione*, *Digesto comm*., cit., p. 270.

1. Las obligaciones de la banca. Los actos de gestión entre autonomía de la banca y la autorización del cliente.

En segundo lugar, el art. 1838 c.c. continúa enumerando los actos de gestión, cuyo cumplimiento, de acuerdo con las reglas generales que rigen nuestro ordenamiento, prevede una banca orientada a la mejor atención de los intereses del sujeto según la ordinaria diligencia profesional[42].

Entre los actos de gestión debidos por el banco se distinguen tradicionalmente aquellos que se pueden llevar a cabo por éste autónomamente y aquéllos que necesitan, en cambio, la intervención del depositante.

Entre los actos que provienen de la actividad autónoma del banco se encuentran todos los actos de gestión por razón de necesidad - hasta tal punto que en los formularios contractuales de depósitos en administración se prevé expresamente que el banco libere las cédulas anticipadamente con respecto al ejercicio de los relativos derechos - es decir, la recaudación de intereses y dividendos, la verificación de los sorteos para la asignación de primas o reembolsos de capital, su cobro, el retiro de certificados provisionales y cualquier nuevo título entregado tras un aumento de capital, el sellado, el tipo de cambio, así como la agrupación o la división de los valores si así lo han deliberado las sociedades que los emiten.

Entre las prestaciones a las que está obligado el banco se encuentra también la devolución de los valores al depositante o a sus herederos que se suceden en la titularidad de los mismos tras la defunción, o incluso a aquellos que se presenten legitimados para recibirlos sobre la base de circunstancias que parezcan unívocas de acuerdo con la buena fe (art. 1189 c.c)[43].

Por el contrario, no forma parte de los actos autónomos de obligatorio cumplimiento para el banco la iniciativa procesal dirigida a promover, por ejemplo, medidas cautelares o acciones urgentes instrumentales a garantizar la custodia y la administración de los títulos depositados, dado que las actividades enumeradas en el segundo párrafo de la citada norma se encuadran como actividades de administración meramente "técnicas", esto es, carentes de discrecionalidad gestional[44].

42 Tanto es verdad que el mismo art. 1838 c.c. prevé, en el último párrafo la nulidad de un eventual pacto directo a excluir o limitar la responsabilidad del banco.

43 En merito, y proprio en relación al papel de acreedor respecto a la posición de heredero testamentario, la jurisprudencia de legitimidad ha admitido la aplicación del art. 1189 c. c. – que reconoce efecto liberatorio al pagamento efectuado en buena fe a quien aparece legitimado a recibirlo – también al pagamento de las sumas depositadas en cuenta corriente efectuado por el banco tras la cancelación de la cuenta por la muerte del correntista. Cass., 4 diciembre 1992, n. 12921, *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24.*

44 En concreto, ya sólo por el riesgo conexo a una eventual iniciativa procesal, este tipo de intervento queda excluído del programa de acción del banco, que, al contrario, cumplen suficientemente la obligaciones a las que está obligado, limitándose a informar al cliente con el fin de incitarlo a actuar en el interés

Asímismo, el ejercicio de votación en asamblea no rientra entre los actos autónomos a los que está obligado el banco. La mayoría de los formularios contractuales estandarizados en la práctica bancaria aclara, de hecho, que la representación de los intereses de los clientes en las asambleas generales está subordinada a la expresa voluntad del depositante[45].

A continuación, son actos para los que es necesaria la previa orden del cliente: el ejercicio del derecho de opción, la conversión, el pago de las décimas, y el sub-depósito de títulos e instrumentos financieros en organismos de depósito centralizados y otros depositarios autorizados. Por lo tanto, para los citados actos, el legislador prevé que el banco solicite en tiempo útil al depositante las instrucciones para ejecutarlos, una vez recibidos los fondos necesarios para ello. A falta de instrucciones, los derechos de opción deben ser vendidos en nombre del depositante por un corredor de bolsa. A pesar de esto, sin embargo, para todos aquellos actos en los que el banco tiene que actuar como representante de los valores depositados, cuando éstos sean nominativos (como, por ejemplo, para el cobro de dividendos en acciones, para el pago de capitales, para el pago del derecho de acción) o al orden (como, por ejemplo, para el cobro de una letra de cambio), la interpretación mayoritaria encuentra en la asunción del mandato de gestión la raiz del mandato sin representación (1705 c.c.) y la justificación del poder de intervención del banco incluso en ausencia de un poder especial[46].

La jurisprudencia ha catalogado las obligaciones de gestión como obligaciones de medios, imputando, por tanto, al banco la responsabilidad por la inobservancia de la pericia y de la diligencia técnica exigidas al *bonus argentarius* y no por el resultado de la gestión que, aunque positivo, no se considere suficiente por el cliente-mandante[47].

---

de la defensa de sus posiciones. La exclusión, sin embargo, tendría una excepción en el caso en que razonalmente prevedible la imposibilidad de un intervento tempestivo del cliente: de la razonable inercia del cliente derivaría la necesidad del intervento de la empresa de crédito «para evitar un seguro perjuicio (por ejemplo, promovendo una oposición a un derecho de amortización) cuando el plazo está a punto de vencer)». En estos términos, Abbadessa P.: "Gli obblighi di amministrazione nel deposito di titoli", *Le operazioni bancarie* (a cura di Portale G.B.), II, Giuffrè, Milano, 1978, p. 467.

45 Por lo tanto, la autorización del depositante-socio no reviste al banco de una obligación posterior de administración, sino que le confiere sólo el encargo preciso de actuar en asamblea en su interés y dentro de los márgenes de sus instrucciones. Asì Scordino F.: *I contratti bancari*, cit., p. 46.

46 Una vez más, véase Molle G.: "I contratti bancari", cit., p. 779, el cual sostiene que la banca legitime su poder hacia terceros a través de la posesión de títulos que para ser gestionados necesitan del cumplimiento de actos que impliquen la representación de su titular. En el mismo sentido también Tondo M.: "Dei contratti bancari", cit., p. 156, che, sin embargo, reconduce el ejercicio del poder de representación, no al poder de gestión, si no a la estipulación del contrato de depósito que en sí contiene el poder mismo para el banco, así como se desprende del texto de las condiciones generales del contrato al que el cliente adhiere. El mismo autor, precisa, además, la forma escrita del contrato in esame excepto la exigencia de la forma escrita prepuesta por el art. 1392 c.c. para los casos en los que la actividad de gestión lleve a la conclusión de actos jurídicos para los cuales sea necesaria la escritura. En contra v., en cambio, Fiorentino A.: *Le operazioni bancarie*, cit., p. 265.

47 Tribunal Roma 9 diciembre 1991, *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*.

Así, por ejemplo, ha sido calificado de negligente, por tanto, a causa de responsabilidad por incumplimiento, el comportamiento del banco depositario que ingrese en la cuenta corriente del cliente las sumas derivadas del cobro de dividendos de valores en custodia y administrados por el mismo con más de sesenta días de retraso respecto a la fecha de pago de la cédula[48].

Por otro lado se ha rilevado que, frente a la declaración de nulidad de la orden de compra, el intermediario tiene derecho a la restitución de los títulos negociados y de las cédulas de intereses devengados, ya que si bien estas últimas se pagan por el emisor de la obligación y no desde el banco, es el mismo banco que, a causa del contrato de depósito de valores bajo custodia y depósito en administración, se encarga de su cobranza[49].

VI. LOS DERECHOS DE COMISIÓN.

El banco tiene derecho a una compensación en la medida establecida por la convención o, en su defecto, por los usos, así como al reembolso de los gastos necesarios sostenidos por el mismo. El crédito del banco por las comisiones maduradas tiene naturaleza de privilegio especial sobre los títulos depositados (art. 2761 c.c.). Por lo tanto, en caso de que el cliente no satisfaga el crédito por la contraprestación debida, el banco tiene el derecho de retener los valores y después venderlos, de acuerdo con las reglas que regulan la venta de la prenda.

Normalmente, por contrato, el banco tiene derecho a deducir los importes que se le adeudan a tíulo de compenso y reembolso de los gastos de las sumas acreditadas al cliente en su cuenta bancaria, en ejecución del contrato (1852 c.c.).

Sin embargo, cabe señalar que la razón por la que el banco llega a la conclusión de un contrato de custodia y administración de valores va más allá de la recaudación de comisiones que, en realidad, alcanzan cifras reducidas. Para los bancos, de hecho, la operación nunca se limita a la custodia y administración simples: muy a menudo ésta se convierte en el embrión de nuevas relaciones adicionales y que, realmente, permiten al banco considerables ingresos. De hecho, el depósito de valores bajo custodia y depósito en administración: «representa para el banco una operación de contenido económico limitado, dada la pequeña cantidad de la suma cobrada, pero [...] le ofrece la ventaja de ser el punto de conexión para otras transacciones legales (compra y venta de títulos, riporto, adelantos, descuento de recibos, venta de divisas, depósitos en cuenta corriente, etc)»[50].

48 Tribunale Milano 23 febrero 1989, *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24.*

49 T. Marsala, 21 marzo 2008, *www.Ilcaso.it*, 2008.

50 Molle G., Colagrosso E.: *Diritto Bancario*, cit., p. 321.

VII. LAS OBLIGACIONES DE SECTOR DEL DEPOSITARIO-GESTOR. CONSIDERACIONES FINALES

Naturalmente, el discurso tomaría un tono completamente diferente si no hablásemos "simplemente" de un "mero" depósito de valores bajo custodia y depósito en administración, sino que hablásemos, en cambio, de la gestión de una cartera o consulencia. En este sentido, en principio, además de los servicios típicos "renovados" mencionados anteriormente, estaríamos ante una "amplificación" del alcance de los deberes de las empresas de depósito, tal como lo requieren la normativa de sector. Y, específicamente, en un marco de análisis invertido, basado en el criterio de prevalencia, la prestación de custodia dejaría un espacio mayor y predominante a la función administrativa - gestional de los títulos desmaterializados sujetos a depósito. Así, en consecuencia, al cambio de la perspectiva de investigación[51] seguiría el impulso hacia una (más lógica) aplicación de las normas sobre el mandato[52].

En realidad, en el mercado de contratos dirigidos a la realización de transacciones complejas así estructuradas, este tipo de supuesto contractual - registrado sobre todo después de la entrada en vigor de la l. 19 de junio de 1986, n. 289, que ha dado lugar a Monte Titoli S.p.A.[53] – se sustancia en la dinámica a través de la cual la entrega al intermediario habilitado se materializa con el registro contable de los instrumentos a nombre del cliente, así como la retirada, la transferencia o la sujeción de los títulos desmaterializados.

Casi a partir de la fecha de entrada en vigor del nuevo Reglamento de Emisores[54], especialmente la jurisprudencia que se ha pronunciado en el segundo semestre de 2000 ha ampliado necesariamente el círculo de obligaciones de información del depositario-gestor[55].

En este sentido, de hecho, al definir los criterios de comportamiento para las empresas de inversión y para los bancos las normas de la T.U.F. (art. 21), prevén, entre otras cosas, que estos sujetos, en la prestación, sea de servicios de inversión sea de servicios accesorios, actúen con diligencia, corrección y transparencia en interés de los clientes y con el fin de la integridad de los mercados, adquieran la

51 Véase Masi P., Tidu A.: *Servizi bancari*, *Enc. giuridica*, XXVIII, Treccani, Roma, 1992, pp. 4 e 5.

52 V. *amplius* Ambrosio M.: "La dematerializzazione dei titoli di Stato ultimo atto", *Riv. Dir comm*., 2000, p. 80; Masi P., Tidu A., Lener R. e Carmignani S.: "La gestione accentrata di strumenti finanziari", en AA. VV.: *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, Utet, Torino, 1999, p. 492; Carriero A.M.: "La legge sulla dematerializzazione degli strumenti finanziari: tecniche giuridiche ed obiettivi", *Foro it*., 1998, V, c. 309.

53 Véase Lener R.: *Monte Titoli*, *Dig. Disc. Priv*., Sez. comm, X, Torino, 1994, p. 88.

54 Se refiere al reglamento del 2007, aunque haya sido el del 1998 a diseñar el boceto normativo de referencia sobre el cual se ha estructurado la mayor parte de la jurisprudencia ya citada.

55 Pertenecen a este hilo interpretativo: T. Roma, 25 mayo 2005, *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*; T. Cosenza 1° marzo 2006; A. Brescia 20 junio 2007; e T. Pisa-Pontedera, 13 octubre 2008 (todas las sentencias están recogidas en *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*).

información necesaria para los mismos y operen en modo que estos últimos estén siempre adecuadamente informados, a fin de minimizar el riesgo de conflictos de interés y, en la eventualidad de una situación de conflicto, logren garantizar, e todo caso, a los clientes la transparencia y el trato *equo* para los mismos, utilicen comunicaciones publicitarias y promocionales correctas, claras y no engañosas, y dispongan de recursos y procedimientos, incluído de control interno, adecuados para garantizar el desarrollo eficiente de los servicios y actividades[56]; mientras que el Reglamento de Intermediarios n. 16190/2007 – según cuanto establecido por el Reglamento anterior n. 11522/1998 (art. 28) - contiene ulteriores especificaciones de estos deberes de conducta, imponiendo la obligación de corrección, claridad y falta de equivocidad de "todas las informaciones, incluídas las comunicaciones publicitarias y promocionales, dirigida por los intermediarios a clientes o clientes potenciales. "(art. 27), para que puedan comprender razonablemente la naturaleza del servicio de inversión y el tipo específico de instrumentos financieros en cuestión y los riesgos asociados a ellos y, en consecuencia, puedan tomar decisiones conscientemente en materia de inversión (art. 27, párrafo 2).

Cuando se habla del depositario que también asume el papel de gestor, por lo tanto, el derecho del cliente «de obtener de la banca una copia de la documentación referente a la relación contractual», viene confirmado por la obligación de la banca de proporcionar información[57], cuya inobservancia no podría ser justificada ni siquiera por deliberaciones incidentales sobre los títulos que excluyan la facultad de elección o la posibilidad de ejercitar opciones de los depositarios[58].

Los derechohabientes, tienen siempre y en todo caso la facultad de decidir si desean o no disponer de los valores bajo custodia y depósito en administración y para que éstos puedan ejercer este derecho es necesario que el administrador

56 La norma impone al banco, por tanto, obligación de información de triple valencia: bajo el perfil activo (ilustrar los riesgos de la operación), bajo el perfil pasivo (recoger del cliente las informaciones útiles para evaluar la adecuación de la operación solicitada) y, en las condiciones y en una perspectiva más amplia dirigida a los contratos bancarios, también bajo el perfil omisivo (que le impone la abstención a la operación, por ser inadecuada para aquel cliente). Evidentemente «esta regla – sometiendo la prestación de servicios de inversión a una disciplina distinta y más intensa respecto a la derivante de la aplicación de las reglas de corrección previstas en el c.c., impone al operador el deber sea de hacerse parte activa en la petición al inversor de noticias sobre su experiencia y de su situación financiera, los objetivos de inversión y la propensión al riesgo, sea de informar adecuadamente el cliente al fin de poner al ahorrador en la condición de efectuar conscientes y razonadas elecciones de inversión o desinversión". Así Cass. 25 junio 2008, n. 17340, *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24.*

57 Diversamente, el banco, de hecho, podría ser condenado a entregar la documentación solicitada. Véase, sobre el argumento T. Nocera Inferiore, 31 julio 2006, *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24.*

58 Véase ya: Roppo V.: *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio Bond e Tango Bond)) a seguito della significativa diminuzione del valore dei titoli dovuto alle vicende che hanno travolto rispettivamente il gruppo Cirio e lo Stato argentino*, *Danno e Resp.*, 2005, 6, p. 604; Gentili A.: *Disinformazione e validità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, *Giust. Civ.*, 2008, 1, p. 2785; Fiorio P.: *Doveri di comportamento degli intermediari finanziari*, suitability rule, *conflitto di interessi e nullità virtuale del contratto di investimento in bond argentini*, *Giur. It.*, 2004, p. 2125; Cottino G.: *La responsabilità degli intermediari finanziari. Ancora qualche divagazione sul tema*, *Giur. It.*, 2006, p. 1630.

depositario les informe puntual y tempestivamente según la buena fe de todas las circunstancias útiles para la decidir sobre la opción de la que tenga conocimiento.[59]

Tanto es así que se considera negligente no sólo el comportamiento del banco depositario, que no respeta la obligación de informar al cliente en el momento de la inversión, de la eventual desinversión o del cambio de posiciones tomadas[60], sino también el comportamiento del banco, tras el lanzamiento de una oferta pública de cambio de los títulos accionarios depositados en administración, no informe al cliente de este hecho, (no ostandovi los reglamentos sectoriales que figura en el texto de intermediación financiera consolidada, porque la información a transmitir no puede ser considerada como una invitación para unirse a la oferta pública).[61] El entendimiento está, sin duda, en línea con la connotación del contrato de custodia y administración de valores como contrato/servicio de duración y por ello, como un contrato al cual se podría unir sólo una obligación continua de información, en este caso de un proprio monitoraje, que necesariamente persiste durante toda la relación y que ciertamente no se presta a reducirse a la sola etapa inicial de la inversión o al momento de adquisición de los valores.

59 Se piense, por ejemplo, al inicio de la operación de restructuración, con anexa oferta de cambio, por parte del emisor, que precluda al cliente la posibilidad de vender en aquel momento los propios valores a terceros legitimados a adherir a la oferta de cambio y por ello interesados a la adquisición.

60 Asì, Tribunal Forlí 18 noviembre 2008, *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*, en la cual la obligación informativa es catalogada como obligación de contenido dinámico. V. también App. Milano 16 febbraio 2009, *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*.

61 En este sentido T. Padova, 25 noviembre 2008, *Foro It.*, 2009, 7-8, c. 2258.

BIBLIOGRAFIA

Abbadessa P.: *Gli obblighi di amministrazione nel deposito di titoli*, *Le operazioni bancarie* (a cura di Portale G.B.), II, Giuffrè, Milano, 1978, p. 467.

Ambrosio M.: *La dematerializzazione dei titoli di Stato ultimo atto*, *Riv. Dir comm.*, 2000, p. 80.

Borroni M., Oriani M.: *Le operazioni bancarie*, Il Mulino, Bolonia, 2002.

Campobasso G.: *Diritto commerciale*, III, Utet, Torino, 2008.

Capobianco R.: *Commento alle norme bancarie uniformi. I depositi di titoli*, *Banca Borsa e tit.*, 1956, I, p. 252.

Carriero A.M.: *La legge sulla dematerializzazione degli strumenti finanziari: tecniche giuridiche ed obiettivi*, *Foro it.*, 1998, V, c. 309.

Cottino G.: *La responsabilità degli intermediari finanziari. Ancora qualche divagazione sul tema*, *Giur. It.*, 2006, p. 1630.

de Benedetti G.: *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1969.

Di Benedetto G.: *Deposito e custodia di titoli*, *Contratti bancari*, (a cura di Gabrielli E.), Giappichelli, Torino, 2002, p. 248.

Ferrara F.: *La teoria dei contratti*, Jovene, Napoli, 1940.

Fiorentino A.: *Le operazioni bancarie*, II ed., Jovene, Napoli, 1952.

Fiorio P.: *Doveri di comportamento degli intermediari finanziari,* suitability rule, *conflitto di interessi e nullità virtuale del contratto di investimento in bond argentini*, *Giur. It.*, 2004, p. 2125.

Gabrielli E.: *Il pegno anomalo*, Cedam, Padova, 1990.

Gabrielli E., Maimeri F.: *I contratti bancari*, Utet, Torino, 2002.

Galasso A.: *Contratti di credito e titoli bancari*, Padova, 197.

Gentili A.: *Disinformazione e validità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, *Giust. Civ.*, 2008, I, p. 2785.

Giorgianni F., Late C.M.: *Diritto bancario,* Giuffrè, Milano, 2006.

Giuliani F.M.: *Intestazione fiduciaria e servizi di investimento*, *Giur. Comm.*, 1997, I, p. 31.

Greco P.: *Corso di diritto bancario*, II ed., Cedam, Padova, 1936.

Lener R.: *Monte Titoli*, *Dig. Disc. Priv.*, Sez. comm, X, Torino, 1994, p. 88.

Maccarone S.: *Le operazioni della banca tra norme e prassi*, Giuffrè, Milano, 1988.

Maimeri F., Pierri R.: *Dei contratti bancari. Art. 1834*, *Comentario del còdigo civil* (dirigido por E. Gabrielli) artt. 1803 – 1860, (a cura de Valentino D.), Giappichelli, Torino, 2011, p. 340.

Martorano F.: *Titoli di credito. Titoli non dematerializzati*, *Trattato di diritto civile e commerciale* (dirigido por Cicu a., Messineo F.), XXXVIII, Giuffrè, Milano, 2002, p. 42.

Masi P., Tidu A.: *Servizi bancari*, *Enc. giuridica*, XXVIII, Treccani, Roma, 1992, p. 4.

Masi P., Tidu A., Lener R. e Carmignani S.: "La gestione accentrata di strumenti finanziari", en AA. VV.: *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, Utet, Torino, 1999, p. 492.

Mastropaolo F.: *Deposito di titoli a custodia e in amministrazione*, *Digesto comm.*, IV, Utet, Torino, 1989, p. 270.

Mastropaolo F.: voz *Custodia*, *Enc. Giur.,* Giuffrè, Roma, 1992, p. 11.

Mastropaolo F.: *Deposito*, *Enc. Giur.*, XII, Treccani, Roma, 1992

Molle G: *Il deposito titoli in amministrazione secondo il nuovo codice civile*, *Banca borsa*,1942, I, p. 3.

Molle G., Colagrosso E.: *Diritto Bancario*, 2 ed., Stamperia nazionale, Roma, 1960

Molle G.: *Deposito bancario*, en *Noviss. Dig. It.*, Cedam, V, Torino, 1981, 521

Molle G.: "I contratti bancari", *Tratt. Dir. Civ. Comm.* (dirigido por Cicu y Messineo), XXXV-t 1, Giappichelli, Milano, 1981.

Morera R.: *El depósito de valores bajo custodia y depósito en administración*, *Giur. It.*, 1955, 1, 2, p. 655.

Natoli U.: *I contratti reali*, Giuffrè, Milano, 1975

Pontiroli L.: *Operazioni bancarie*, *Digesto comm*., X, Utet, Torino, 1994, p. 340.

Porzio C.: "I contratti bancari in generale, il conto corrente bancario, il deposito, la concessione di credito", Tratt. Rescigno, XII, Torino, 1985, p. 907;

Porzio C.: "La disciplina generale dei contratti bancari", *I contratti delle banche* (a cura de Angelici, Belli, Porzio, Rispoli Farina), Torino, 2006, p. 102.

Roppo V.: *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio Bond e Tango Bond)) a seguito della significativa diminuzione del valore dei titoli dovuto alle vicende che hanno travolto rispettivamente il gruppo Cirio e lo Stato argentino*, *Danno e Resp*., 2005, 6, p. 604.

Scordino F.: *I contratti bancari*, Jovene, Napoli, 1965.

Sotgia Se.: *Appunti per un corso di diritto bancario*, Cedam, Padova, 1944.

Tondo M.: "Dei contratti bancari", *Comm. teórico práctico* (dirigido por De Martino V.), Pem, Roma, 1970.

Travostino M.: *Le misure tecnologiche di protezione e la gestione dei diritti nell'ambiente digitale*, *Giur. it*., 2011, p. 10.

Zanchi G.: *Commento all'art. 1210 c.c.*, *Comentario del Codice Civile* (dirigido por Gabrielli E.), cuidado por Cuffaro V., I, Utet, Milano, 2012, p. 864,

L'ATTUALE PORTATA DELL'ART. 2740 C.C. NELL'INTERPRETAZIONE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E DI LEGITTIMITÀ*

THE CURRENT SCOPE OF ART. 2740 OF THE ITALIAN CIVIL CODE IN THE INTERPRETATION OF RECENT CONSTITUTIONAL AND LEGITIMACY JURISPRUDENCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2194-2213

* Il presento saggio rappresenta la sintesi corredata da note bibliografiche della relazione che l'Autore ha tenuto nel Convegno *"Art. 3 del Codice della crisi e dell'insolvenza tra risanamento, industria 4.0 e aiuti di Stato"*, San Salvo Marina, Vasto, 29 ottobre 2021.

Lorenzo
MEZZASOMA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de diciembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il lavoro analizza le principali problematiche connesse alla responsabilità patrimoniale del debitore nella moderna evoluzione del mercato. Si evidenzia, in particolare, la progressiva erosione del suddetto principio al fine di permettere al debitore di rientrare nel mercato offrendogli una seconda opportunità.

PALABRAS CLAVE: Obbligazioni; Responsabilità del debitore; Meritevolezza; Valutazione del merito creditizio.

ABSTRACT: *The work analyzes the main issues related to the debtor's financial liability in the modern evolution of the market. In particular, the progressive erosion of the aforementioned principle is highlighted in order to allow the debtor to re-enter the market by offering him a second opportunity.*

KEY WORDS: *Bonds; Liability of the debtor; Meritableness; Creditworthiness assessment.*

SUMARIO.- I. MERCATO E PROTEZIONE DEL DEBITORE.- II. LA MERITEVOLEZZA DEL DEBITORE.- III. IL MERITO CREDITIZIO ED IL RUOLO DEL FINANZIATORE NELLA OCULATA CONCESSIONE DEL CREDITO.- IV. LA NUOVA LETTURA DELL'ART. 2740 C.C.- V. CONCLUSIONI.

I. MERCATO E PROTEZIONE DEL DEBITORE.

L'evoluzione delle moderne economie, unita agli effetti devastanti della situazione di crisi che è stata causata dal diffondersi della pandemia, ha acuito in maniera estremamente evidente il disagio che molti debitori incontrano nell'onorare le proprie obbligazioni. Si tratta, infatti, di una situazione che ha posto all'attenzione degli interpreti e dello stesso legislatore la posizione di particolare debolezza nella quale si vengono a trovare debitori – siano essi consumatori o professionisti – che, pur avendo assunto debiti per far fronte a esigenze meritevoli di essere realizzate, si trovano in sopravvenute difficoltà tali da non essere in grado di rientrare dalle proprie esposizioni. Il punto di partenza, ancora una volta, è quindi l'attuale portata dell'art. 2740 c.c.[1] concernente la responsabilità universale del debitore. E la domanda che ci poniamo è se la responsabilità universale del debitore, nell'evoluzione socio/economica sopra descritta, sia stata ormai "cancellata"[2], come sostengono alcuni, o se permanga, come ritengono altri interpreti, pur se in un'ottica diversa[3]. Questa è la posizione assunta da

1 Roppo, V.: *La responsabilità patrimoniale del debitore*, 2ª ed., in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, Utet, Torino, 1997, p. 504; Camardi, C.: "Il sovraindebitamento dopo il codice della crisi. Il diritto privato che cambia e la dogmatica civilistica", *Riv. dir. priv.*, 2020, pp. 487 ss.; Vallone, G.: "Novità in tema di responsabilità e garanzia patrimoniale", *Rass. esecuz. forz.*, 2020, fasc. 1, pp. 75 ss.

2 Parla di una erosione dei principi sanciti dall'art. 2740 c.c., Petrone, M.: "sub Art. 2740", in *Codice civile commentato* (a cura di G. Bonilini, M. Confortini e C. Granelli), 4ª ed., Utet, Torino, 2012, p. 7182.

3 Cfr., Mezzasoma, L.: "La responsabilità patrimoniale del consumatore tra decreti ristori e interventi giurisprudenziali", in *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del COVID-19* (a cura di V. Rizzo, L. Mezzasoma, E. Llamas e G. Berti de Marinis), Esi, Napoli, 2021, pp. 477 ss.; Llamas Pombo, E.: "La riforma delle procedure concorsuali in Spagna", in *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare* (a cura di E. Llamas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana e V. Rizzo), Esi, Napoli, 2019, pp. 129 ss. Non può tacersi la tendenza comune ai recenti interventi sul punto sembra essere proprio quella di garantire al debitore la possibilità di frazionare il proprio patrimonio isolando alcuni beni e rapporti in modo da sottrarli alle possibili pretese creditorie di terzi, intaccando, quindi, il tradizionale principio di unicità del patrimonio del debitore. Si pensi agli artt. 167 ss. c.c. che, per come modificati dalla l. 19 maggio 1975, n. 151, disciplinano il fondo patrimoniale (su cui v. Aureli, M.: "Fondo patrimoniale: debiti sorti nell'esercizio dell'impresa e bisogni della famiglia", *Giur. it.*, 2015, pp. 578 ss.; Barchesi, L.: "Profili attuali del fondo patrimoniale tra impiego "funzionale" e uso "strumentale"", *Rass. dir. civ.*, 2016, pp. 46 ss.; Randazzo, A.: "Il fondo patrimoniale: gli incerti confini del vincolo di inespropriabilità", *Fam. dir.*, 2016, pp. 291 ss.) ed all'art. 2645 *ter* c.c. che, introdotto dall'art. 39 *novies* del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273 come convertito con l. 23 febbraio 2006, n. 51, disciplina la trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche (Federico, A.: "Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari", *Rass. dir. civ.*, 2007, pp. 614 ss.; Occelli, F.: "Atti di destinazione ex art. 2645 ter: natura giuridica, effetti ed ipotesi applicative", *Giur. it.*, 2014, pp. 2497 ss.; Di Lando, A.C.: "Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. Alcune questioni nell'interpretazione di dottrina

• Lorenzo Mezzasoma
Professore Ordinario di diritto privato, Università degli Studi di Perugia. E-mail: lorenzo.mezzasoma@unipg.it

parte della giurisprudenza ed è quella che, a mio avviso, risulta preferibile. Può infatti evidenziarsi che l'art. 2740 c.c. è oggi una norma che viene correttamente interpretata in maniera costituzionalmente orientata così come deve essere[4].

In questa ottica costituzionale dell'art. 2740 c.c. il concetto di meritevolezza va collegato in maniera strettissima alla ragionevolezza[5]. Quindi possiamo da subito partire da questo punto: non è stato "cancellato" l'art. 2740 c.c.; la responsabilità del debitore permane ma permane in una interpretazione costituzionalmente orientata.

II. LA MERITEVOLEZZA DEL DEBITORE.

Nell'affrontare la tematica, appare opportuno prendere spunto da una recente sentenza della Corte costituzionale[6] che, seppur su altra questione, si è occupata di un tema specifico ovvero quello della sospensione delle esecuzioni immobiliari inerenti l'abitazione principale del debitore. La giurisprudenza costituzionale, dopo che questa sospensione era stata adottata dalla normativa emergenziale - su cui *nulla quaestio* -, nonostante si parlasse di un debitore esecutato da un lato e di un diritto all'abitazione quale diritto primario del debitore tutelato dall'art. 2 Cost., ha dichiarato – sorprendendo alcuni commentatori – l'incostituzionalità della norma. L'ha dichiarata illegittima perché deve sussistere un ragionevole bilanciamento tra i valori costituzionali considerando la proporzionalità dei mezzi scelti in relazione alle esigenze obiettive da soddisfare e alle finalità da perseguire e - aggiunge la Corte - anche nell'ipotesi in cui sia in discussione il diritto all'abitazione del debitore, la sospensione delle procedure esecutive può tuttavia essere contemplata dal legislatore solo a fronte di circostanze eccezionali e per un periodo di tempo limitato[7]. E non già con una serie di proroghe che violerebbero il limite della tollerabilità. Appare quindi consolidarsi l'idea della necessità di un costante bilanciamento fra esigenze contrapposte che, nei limiti in cui tale bilanciamento

e giurisprudenza", *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 727 ss.; Galluzzo, F.: "Gli atti di disposizione e di amministrazione di beni destinati", *Contr. impr.*, 2016, pp. 205 ss.).

4 Barbiera, L.: *Responsabilità patrimoniale*, 2ª ed., in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2010, p. 6, ove fa notare che «le norme contenute negli artt. 2740 e 2741 attengono all'ordine pubblico ed hanno copertura costituzionale. Esse, poiché incidono sulla tutela della persona, sia dal lato del creditore che da quello del debitore, sono coperte dal principio costituzionale supremo di cui all'art. 2 Cost. e impongono la verifica della legittimità delle disposizioni di legge che possono riflettersi sulla concreta conformazione della responsabilità patrimoniale, verifica che trova come norma cardine di riferimento l'art. 3 Cost. e, per quanto attiene alla tutela del risparmiatore, anche l'art. 47 Cost.». Cfr., diffusamente, Mezzasoma, L.: *Il percorso della meritevolezza nel sovraindebitamento del consumatore*, Esi, Napoli, 2021, *passim*.

5 Sull'attuale portata della ragionevolezza, v. Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015, *passim*; Id.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", *Actualidad juridica iberoamericana*, 2019, I, pp. 10 ss.

6 Corte cost., 22 giugno 2021, n. 128, in *www.dejure.it*.

7 Su tutti, sulla tecnica del ragionevole bilanciamento, v. Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 4ª ed., II, Esi, Napoli, 2020, pp. 224 ss.

appare ponderato ed equilibrato, può portare a sacrificare gli interessi di una parte in favore dell'altra ma entro i limiti della ragionevolezza[8].

Ecco allora che il debitore, che - vedremo - è giusto che abbia una seconda *chance*[9] e se consumatore debba avere un percorso agevolato per ottenerla, non può tuttavia pretendere la cancellazione indiscriminata di tutte le proprie posizioni debitorie anche nel caso in cui nella vicenda vengano in gioco diritti costituzionalmente garantiti. Il bilanciamento dei diritti - ancora una volta - viene evocato alla Corte costituzionale quale strumento per dare soluzione al caso concreto. Sul punto, sia consentito anche citare un'altra recentissima sentenza della Corte costituzionale[10] che si è pronunciata sulla connessa tematica del c.d. blocco degli sfratti che, imposto durante la fase emergenziale, viene ritenuto dalla Corte illegittimo se prorogato oltre il 31 dicembre 2021 proprio nell'ottica di bilanciare le esigenze e le difficoltà degli inquilini con le legittime ragioni dei proprietari degli immobili.

Fatte queste premesse emerge che il debitore, consumatore o meno, permane obbligato nei confronti dei creditori. Il quesito che ci si deve porre è allora quello di stabilire come, ed in quali casi, la sua obbligazione appaia mitigata. La riposta a questo interrogativo la si trova sicuramente nell'esatta interpretazione del concetto di meritevolezza nelle procedure di sovraindebitamento[11] ove la l. n. 176 del 18 dicembre 2020, di conversione del decreto n. 137, ridisegna la meritevolezza in un'ottica costituzionalmente orientata.

Quando si parla di meritevolezza nella nuova accezione normativa, come viene sottolineato più volte dalla giurisprudenza, la stessa assume rilevanza sotto due

8 Corte cost., 11 novembre 2021, n. 213, in *www.dejure.it*.

9 In generale si veda Pagliantini, S.: "Debito e responsabilità nella cornice del XXI secolo: note minime", *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 1069 ss.; Benincasa, D.: "Nuove questioni in tema di esdebitazione e di "second chance"", *Giur. it.*, 2018, pp. 493 ss.; D'Amico, G.: "Responsabilità patrimoniali e procedure concorsuali nella "società del debito": oltre la tutela (esclusiva) del creditore", *Quest. giust.*, 2019, pp. 171 ss.

10 Corte cost., 11 novembre 2021, n. 213, in *www.dejure.it*.

11 Si vedano preliminarmente su tale istituto Costa, C.: "Profili problematici della composizione della crisi da sovraindebitamento", *Dir. fall.*, 2014, I, pp. 663 ss.; Rispoli Farina, M.: "La nuova disciplina del sovraindebitamento del consumatore", *ibidem*, pp. 643 ss.; Bocchini, R.: "Sovraindebitamento del consumatore. Profili civilistici della disciplina del sovraindebitamento del consumatore", *Giur. it.*, 2016, pp. 2129 ss.; D'Orazio, L.: "Il nuovo appeal delle procedure di sovraindebitamento nella riforma in itinere", *Fallimento*, 2016, pp. 1122 ss.; Lucci, P.: "Piano del consumatore e sovraindebitamento: alcuni profili problematici", *ibidem*, pp. 1281 ss.; Soldati, N.: "Il sovraindebitamento alla prova della riforma del diritto fallimentare", *Contratti*, 2016, pp. 628 ss.; Bertacchini, E.: "I procedimenti di composizione delle crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio", *Studi senesi*, 2016, pp. 587 ss.; Alecci, S.: "Il sovraindebitamento del consumatore in prospettiva rimediale: note a margine di Cass. Civ., 1° febbraio 2016, n. 1869", *Eur. dir. priv.*, 2017, pp. 369 ss.; Blasco, B.: "Sulle procedure di soluzione delle crisi da sovraindebitamento", *Vita not.*, 2017, pp. 565 ss.; Lolli, A. e Paolucci, M.G.: "Procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento", *Nuovo dir. soc.*, 2020, pp. 923 ss.; Brogi, R.: "Il sovraindebitamento delle famiglie nel codice della crisi", *Fam. dir.*, 2020, fasc. 2, pp. 185 ss.; Doria, G.: "Prime osservazioni in tema di sovraindebitamento dell'impresa nel codice della crisi e dell'insolvenza", *Riv. dir. impr.*, 2020, pp. 811 ss.; Pirani, P.: "Il presupposto soggettivo delle procedure da sovraindebitamento tra la L. n. 3/2012 e il Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza", *Dir. fall. soc. comm.*, 2021, pp. 317 ss.

profili che rappresentano due linee parallele che, pur non incontrandosi, devono comunicare tra loro: meritevolezza del debitore e meritevolezza del creditore. La problematica è quella di comprendere quali siano i principi da seguire al fine di verificare quando la procedura di sovraindebitamento possa avere un esito positivo[12]. Sono proprio questi i profili su cui l'OCC deve soffermarsi all'interno della propria relazione: sulla meritevolezza del debitore e sulla meritevolezza del creditore[13].

Ma cosa significa meritevolezza? Preliminarmente va detto che la meritevolezza è stata la chiave con cui si è ridisegnato il diritto dei contratti in un'ottica di tutela della parte debole e in una ottica di tutela del consumatore. Nel codice civile si faceva testuale riferimento alla meritevolezza solo nei contratti atipici e, sulla scorta di ciò, si è originariamente ritenuto che solo a tali contratti si applicasse il controllo in parola. Nel moderno sistema ordinamentale, però, si è superato questo limite interpretativo. La meritevolezza come liceità, come tradizionalmente veniva intesa, oggi risponde ad una corretta interpretazione[14], essa cioè va intesa come conformità ai vari principi costituzionali nel loro reciproco bilanciamento[15].

12 Limitone, G.: "Il concetto di colpa nella legge 3/2012 sul sovraindebitamento del consumatore", *Nuovo dir. soc.*, 2016, pp. 51 ss.; Montinaro, R.: "Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore", *Banca borsa tit. cred.*, 2015, pp. 781 ss.; Mezzasoma, L.: "La colpa del consumatore nelle procedure di sovraindebitamento", *Rass. dir. civ.*, 2017, pp. 1378 ss.; D'Orazio, L.: "Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza", *Fallimento*, 2019, pp. 697 ss.; Soldati, N.: "La sorte dei contratti di finanziamento al consumo nelle procedure di sovraindebitamento e la valutazione di meritevolezza nell'accesso al credito", *Riv. dir. banc.*, 2021, fasc. 1, pt. 1, pp. 99 ss.

13 Nuova formulazione art. 9, lett. e della l. n. 155 del 2017 impone di «prevedere che nella relazione dell'organismo di cui all'articolo 9, comma 3-*bis*, della legge 27 gennaio 2012, n. 3, sia indicato se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del richiedente, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita».

14 V., sul punto, le riflessioni di Ferri, G.B.: "Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse", *Riv. dir. comm.*, 1979, I, pp. 8 ss.; Roppo, V.: "Contratto", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Utet, Torino, 1989, p. 118 ss.; Guarnieri, A.: "Meritevolezza dell'interesse", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XI, Utet, Torino, 1994, p. 324 ss.; Id., "Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto", *Riv. dir. civ.*, 1994, I, pp. 799 ss.; Gabrielli, G.: "Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità dei negozi immobiliari", *ivi*, 2007, I, pp. 321 ss. In giurisprudenza, propendono per tale soluzione, Cass., 13 maggio 1980, n. 3142, *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Contratto in generale*, c. 602, n. 56; Cass., 6 febbraio 2004, n. 2288, *Contratti*, 2004, p. 801; Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, *Fam. dir.*, 2008, p. 616; Trib. Trieste, 19 settembre 2007, *Notariato*, 2008, p. 251; Cass., 18 febbraio 2010, n. 3947, *Giur. it.*, 2010, p. 2038, con nota di Rocchio, F.: "Le garanzie autonome, e in particolare le polizze fideiussorie, viste dalle Sezioni unite".

15 Perlingieri, P.: *Profili istituzionali del diritto civile*, Esi, Napoli, 1975, p. 70; Id.: "Relazione di sintesi", in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata* (a cura di L. Ferroni), Esi, Napoli, 2002, 169; Id.: "Diritto dei contratti e dei mercati", *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 897; Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, cit., p. 224 ss. Si veda anche Lonardo, L.: *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Esi, Napoli, 1978, pp. 28 ss.
Distinguono il giudizio di liceità da quello di meritevolezza, pur non assumendo nei confronti di quest'ultimo le medesime posizioni, Majello, U.: "I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici", *Riv. dir. civ.*, 1987, I, pp. 493 ss.; Bianca, C.M.: "Contratto europeo e principio causalista", in *I mobili confini dell'autonomia privata*, *Atti del Convegno di Studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 401 ss.; Sicchiero, G.: "La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico", *Contr. impr.*, 2004, p. 545; Perlingieri, P. e Femia, P.: *Nozioni introduttive e principi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2ª ed., 2004, pp. 99 s.; Perlingieri, P.: "I giuristi e la Costituzione italiana ancora da attuare", *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2011, pp. 93 ss.; Id.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, IV, cit., pp. 99 ss. In giurisprudenza, App. Milano, 29 dicembre 1970, *Riv. dir. comm.*, 1971, I, p. 81; Cass., 23 febbraio 2004, n. 3545, *Rass. dir. econ. sport*, 2006, p. 203, con nota di Indraccolo, E.: *La cessione del calciatore tra legge dello*

Così in sede contrattuale la meritevolezza non riguarderà, come indica la lettera della norma, solo i contratti atipici[16].

D'altronde la meritevolezza è stata usata dalla giurisprudenza come chiave per dichiarare la nullità di tanti contratti. Così è accaduto, ad esempio, nei casi eclatanti e numerosi relativi ai contratti *For You*[17]; a numerosi contratti *swap*[18] e alle operazioni di *trust*[19].

La meritevolezza è divenuta anche uno strumento da utilizzare al fine di tutelare il soggetto debole. E ora lo diventa anche per proteggere il debitore incolpevole.

III. IL MERITO CREDITIZIO ED IL RUOLO DEL FINANZIATORE NELLA OCULATA CONCESSIONE DEL CREDITO.

Per comprendere pienamente l'attuale portata della l. n. 3 del 2012, per come riscritta a seguito della riforma del 2020, dobbiamo rifarci all'art. 124 *bis* t.u.b.[20] ove si parla di valutazione del merito creditizio che, nell'accezione della norma, non

Stato e *disposizioni federali*; Trib. Torino, 27 gennaio 2005, *Giur. it.*, 2006, p. 1184; Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Vita not.*, 2009, p. 1441.

16 Su tutti, Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., pp. 99 ss.

17 *Ex multis*, Cass., 7 febbraio 2019, n. 3679, *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 806 ss.; App. L'Aquila, 8 aprile 2020, *www.ilcaso.it*; App. Genova, 21 ottobre 2020, *www.dejure.it*.

18 Su tutti, la recente Cass., 6 settembre 2021, n. 24014, *www.dejure.it*.

19 Cass., 10 febbraio 2020, n. 3128, *www.dejure.it*; C. App. Milano, 20 aprile 2020, *ivi*; Cass., 20 luglio 2020, n. 15385, *ivi*.

20 Sulla disciplina dell'obbligo di verifica del merito creditizio di cui all'art. 124 *bis* t.u.b. si veda Caterini, E.: "Controllo del credito, tutela del risparmio e adeguatezza del finanziamento «finalizzato»", in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito* (a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella e L. Mezzasoma), Esi, Napoli, 2010, pp. 37 ss.; Larocca, S.: "L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore", *ivi*, pp. 231 ss.; Minervini, E.: "Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE", *ivi*, spec. pp. 65 s.; Grisi, G.: "L'inadempimento di necessità", in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo di crisi economica. Italia e Spagna a confronto* (a cura di Id.), Esi, Napoli, 2014, p. 287; Modica, L.: *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Esi, Napoli, 2012, pp. 227 ss.; Natoli, R.: *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 141 ss.; Forchellini, F.: "Sovraindebitamento e statuto dell'obbligazione pecuniaria", *Eur. dir. priv.*, 2015, pp. 111 ss.; Quarta, F.: "Credito irresponsabile e sovraindebitamento. Note su prassi bancarie «riottose al diritto», tecniche di ammortamento e costi inespressi", in *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo* (a cura di E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma e S. Polidori), II, Esi, Napoli, 2017, pp. 1817 ss.; Salerno, F.: "La violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio: effetti (anche) civilistici", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 1423 ss.

dava luogo a sanzione nel caso di omessa valutazione[21] e, tutt'al più, dava luogo a responsabilità precontrattuale[22] o extracontrattuale[23].

Il creditore che non era meritevole, che non aveva valutato correttamente il merito creditizio del debitore non incorreva, quindi, in sanzione. Così, alcuni giudici di merito evidenziavano che la mancata valutazione da parte dell'istituto di credito del merito creditizio non assumesse alcun rilievo al fine di verificare la sussistenza di una colpa in capo al creditore[24].

Le cose sono, ad oggi, profondamente cambiate poiché se è vero che l'art. 124 *bis* t.u.b. non contempli espressamente alcuna sanzione, è però altrettanto vero che nella versione vigente della l. n. 3 del 2012[25], si valorizza l'omessa valutazione del merito creditizio anche sotto il profilo sanzionatorio perché si impedisce al creditore che non abbia fatto la suddetta valutazione - o al creditore che abbia fatto

21 Preliminarmente, sul punto, cfr. Cantino, V.: "La valutazione del merito creditizio dell'impresa: i rating esterni ed i rating interni", *Impresa*, 2003, pp. 9 ss.; Rumi, T.: "Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore", *Contratti*, 2014, p. 837; Pisoni, P., Busso, D. e Rizzato, F.: "Nuovo OIC 16 e merito creditizio: casi di interruzione del processo di ammortamento", *Fisco*, 2014, p. 825 ss.; Azadi, G.: "Valutazione del merito creditizio - valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori", *Giur. it*., 2015, pp. 285 ss.; Salvatore, M.: "sub Art. 124 bis t.u.b.", in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di E. Capobianco, L. Mezzasoma e G. Perlingieri), 2ª ed., Esi, Napoli, 2018, pp. 1128 ss.; Mezzasoma, L.: *Il percorso della meritevolezza nel sovraindebitamento del consumatore*, cit., pp. 191 ss.

22 Sulla valutazione del merito creditizio secondo il principio di buona fede si veda Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it*., 1989, I, c. 2950, per la quale la verifica del merito creditizio, che deve essere effettuata secondo il principio di buona fede, richiede a ciascuna delle parti da salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio. Si rende opportuno però precisare che, secondo un orientamento dell'ABF, l'obbligo di valutazione del merito creditizio e di comportarsi secondo buona fede, «non possono estendersi sino al punto di imporre al finanziatore di valutare, nell'interesse, del richiedente, la convenienza economica dell'operazione di finanziamento ed eventualmente di ammonire il finanziato della insostenibilità degli impegni di costui, per propria richiesta e volontà, intenderebbe assumere o abbia assunto»: in questo senso ABF, Collegio di Milano, decisione n. 6429 del 31 agosto 2015, cit. Diversamente per ABF Collegio di Napoli, decisione n. 1067 del 16 gennaio 2018, *www.arbitrobancariofinanziario.it*, il finanziatore potrebbe essere chiamato a rispondere per l'erogazione del credito irresponsabile in ipotesi di violazione del dovere di buona fede nella fase di formazione del contratto di finanziamento.

23 Vedi Falcone, G.: "Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore", *Giur. comm*., 2015, I, pp. 132 ss. per il quale «resta in ogni caso praticabile il ricorso alla tutela aquiliana *ex* art. 2043 c.c. ogniqualvolta il comportamento del professionista abbia ingenerato un danno, da considerarsi ingiusto».

24 Trib. Cagliari, 11 maggio 2016, *www.unjuris.it*, secondo cui «la mancata valutazione da parte dell'istituto di credito del merito creditizio non assurge a motivo di discolpa del debitore. Infatti il modello di debitore meritevole sopra accennato è quello di un soggetto mediamente in grado di capire il senso delle proprie scelte e di valutare in piena autonomia la conseguenza di un impegno economico senza il bisogno che altri soggetti ed in particolare il creditore, lo indirizzino e ne tutelino i diritti e gli interessi impedendogli di assumere un debito poiché eccessivo rispetto al proprio patrimonio».

25 Su cui si veda Ricciuto, V.: "Il sovraindebitamento nella legge delega sulle crisi di impresa", in *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare* (a cura di E. Llamas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana e V. Rizzo V.), cit., pp. 189 ss.; Benincasa, D.: "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Le procedure in caso di sovraindebitamento ai sensi dell'art. 2, 1° comma, lett. c)", *Giur. it*., 2019, II, pp. 38 ss.; Crivelli, A.: "Il piano e la proposta nelle procedure di componimento della crisi da sovraindebitamento nella l. n. 3/2012 e nel CCII", *Fallimento*, 2019, pp. 713 ss.; D'Amico, G.: "Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza", *Contratti*, 2019, pp. 318 ss.; D'Orazio, L.: "Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza", cit., pp. 697 ss.; Michelotti, F.: "La costruzione di un accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento", *ibidem*, pp. 811 ss.; Modica, L.: "Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris", *Contratti*, 2019, pp. 471 ss.; Pellecchia, E.: "Indebitamento e sovraindebitamento: tra codice civile e codice della crisi e dell'insolvenza", *Nuova giur. civ. comm*., 2019, pp. 822 ss.

una valutazione non corretta - di proporre opposizione all'omologa. Comincia ad emergere la rilevanza sanzionatoria dell'omessa valutazione del merito creditizio da parte del creditore la quale entra, con forza, nella giurisprudenza.

Quello descritto è un punto estremamente importante che risulta valorizzato da una decisione della Cassazione[26], che se ha suscitato tanta attenzione a livello generale, occupandosi infatti di legittimazione attiva della curatela per il risarcimento del danno nel caso di erosione del patrimonio per esercizio abusivo del credito, ci dice che il comportamento dell'istituto di credito nella valutazione del merito creditizio deve essere fatta attentamente e, in tutti i casi in cui viene provata la negligenza del finanziatore, scatta la responsabilità dell'istituto di credito. Vi deve essere una ragionevole aspettativa che l'operazione di risanamento vada in porto. Insomma, un generale richiamo alla ragionevolezza[27]; alla ragionevole aspettativa che la società finanziata possa uscire dalla situazione di crisi. La diligenza[28] del professionista, la diligenza dell'istituto di credito, diventa il punto centrale per capire se ci sia stata concessione abusiva o meno del credito. Un comportamento non conforme, che non tiene in considerazione la fattibilità del piano aziendale, determina responsabilità da illecito del finanziatore perché in queste situazioni, come ci dice la Cassazione, l'istituto di credito sta svolgendo una funzione di ordine pubblico. La banca che concede il credito, deve operare con la diligenza professionale dell'art. 1176, comma 2, c.c. e dell'art. 2083 c.c. Diversamente incorre *in culpa in omittendo* e, quindi, in responsabilità[29].

Ritengo opportuno segnalare un passaggio fondamentale della decisione nel quale si ribadisce che «Dato che l'attività di concessione del credito da parte degli istituti bancari non costituisce mero "affare privato" tra le stesse parti del contratto di finanziamento, l'ordinamento ha predisposto una serie di principi, controlli e regole, nell'intento di gestire i rischi specifici del settore, attese le possibili conseguenze negative dell'inadempimento non solo nella sfera della banca contraente, ma ben oltre di questa; potendo, peraltro, queste coinvolgere *in*

26 Si tratta di Cass., 30 giugno 2021, n. 18610, *www.dejure.it*.

27 Su tutti, con riguardo alla ragionevolezza, v. Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., *passim*; Id.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", cit., p. 10 ss.

28 Un cenno, stante la sua importanza, merita anche il profilo relativo alla diligenza del professionista. Si veda, per una rassegna giurisprudenziale sul punto, Amendoligine, V.: "La responsabilità civile del professionista", *Giur. it*., 2021, pp. 216 ss., nonché Guarini, M.: "La responsabilità della banca per abusiva concessione del credito alle imprese: obblighi valutativi e danni risarcibili", *Riv. trim*., 2021, II, pp. 110 ss.

29 Similmente nell'àmbito dell'intermediazione finanziaria App. Milano, 5 febbraio 2019, in *www.ilcaso.it*, ha ritenuto che l'inadempimento dell'intermediario per non avere acquisito il profilo finanziario del cliente conformemente alla MIFID è da qualificarsi come inadempimento di non scarsa importanza *ex* art. 1455 c.c., rispetto agli interessi del creditore alle prestazioni dovute dall'intermediario finanziario, affermando inoltre che nelle azioni di danno promosse dagli investitori si deve presumere la sussistenza del nesso di causalità tra informazione inesatta od omessa e danno del quale si chiede il risarcimento, salvo che l'informazione inesatta non sia marginale e di scarsa importanza.

primis il soggetto finanziato, nonché, in una visuale macroeconomica, un numero indefinito di soggetti che siano entrati in affari col finanziato stesso».

Si percepisce, quindi, come la Cassazione vada oltre l'art. 124 *bis* t.u.b. e, rifacendosi ai principi generali, ci dice che la meritevolezza - anche ove non venga individuata una specifica sanzione - comporta responsabilità significative, importanti, legate alla diligenza professionale dell'istituto di credito perché, in funzione dei principi costituzionali, meritevolezza e ragionevolezza si devono fondere per dar luogo alle conseguenze viste[30].

Bisogna allora chiedersi quale rilevanza abbia oggi l'omessa valutazione del merito creditizio e, visto dall'altro angolo visuale, il fatto che il consumatore sia stato o meno meritevole[31].

Appare opportuno il richiamo ad una decisione del Tribunale di Napoli Nord[32] che risulta essere particolarmente all'avanguardia nella tutela del consumatore debitore e che evidenzia la nuova erosione del principio di meritevolezza. Sotto questo profilo, va detto che all'interno della decisione non vi è un affievolimento della rilevanza del principio di meritevolezza ma, piuttosto, emerge una sua nuova interpretazione.

IV. LA NUOVA LETTURA DELL'ART. 2740 C.C.

Cambia quindi la prospettiva - e giustamente - perché nella prima applicazione della legge n. 3 del 2012 è emerso che, salvo casi sporadici legati a particolari interpretazioni seguite da alcuni Tribunali, rari erano i casi in cui i piani del

30 Alle osservazioni che precedono, va a sommarsi la problematica di cui alla sentenza della Cassazione 14 giugno 2021, n. 16776, *www.dirittobancario.it*. Il caso è completamente diverso. Qui siamo di fronte a mutuo fondiario in relazione al quale, come noto, c'è un limite di finaziabilità *ex lege* legato all'80% del valore dei beni. L'istituto di credito aveva posto in essere un comportamento di non corretta valutazione del merito creditizio e aveva concesso somme ben al di là dell'80%. La Cassazione ci dice che nei casi di specie entra in gioco la tutela di un interesse pubblico e che la conseguenza di quel superamento dell'80% è pesantissima: è nullo il contratto stipulato e la sua nullità incide anche sulla capacità dell'ipoteca di produrre effetti. Un'altra sanzione fortissima legata ad un comportamento di negligenza professionale. Si può allora osservare che l'assenza di espresse sanzioni venga completamente colmata dalla giurisprudenza perché i principi generali e i principi costituzionali, vista la rilevanza dell'ordine pubblico, ci permettono di far scattare forme di risarcimento o di far cadere la garanzia ipotecaria sul bene.

31 Sulla colpevolezza del consumatore sia consentito il rinvio a Mezzasoma, L.: "La colpa del consumatore nelle procedure di sovraindebitamento", *Rass. dir. civ.*, 2017, pp. 1378 ss. Sulla colpa del consumatore nelle situazioni di sovraindebitamento si vedano anche Limitone, G.: "Il concetto di colpa nella legge 3/2012 sul sovraindebitamento del consumatore", cit., pp. 51 ss.; Id.: "Postilla sulla colpa nella legge n. 3/2012 sul sovraindebitamento del consumatore e la proposta della Commissione RORDORF", *www.ilcaso.it*; D'Orazio, L.: "Il presupposto soggettivo per l'accesso al sovraindebitamento tra certezze (poche) e dubbi (molti)", *Studi senesi*, 2016, fasc. 1-2, pp. 533 ss.; Rondinone, N.: "Il presupposto soggettivo delle procedure di cui al capo II della legge n. 3/2012 quale espressione della nuova concorsualità "debtor oriented"", *Orizzonti del dir. comm.*, 2017, fasc. 3, pp. 33 ss. Si vedano anche le osservazioni, in attesa della riforma, di Di Raimo, R.: "Debito, sovraindebitamento ed esdebitazione del consumatore: note minime sul nuovo diritto del capitalismo postmoderno", *Riv. dir. banc.*, 2018, pp. 1 ss.

32 Si tratta di Trib. Napoli Nord, 9 giugno 2021, *www.ilcaso.it*.

consumatore venissero omologati. Solo se la situazione debitoria derivava da circostanze particolarmente gravi[33] legate all'esercizio dei diritti costituzionalmente garantiti quali perdita del lavoro, situazioni di salute, spese mediche, mutamento della situazione familiare quale l'intervenuta separazione o divorzio, ricorrevano le circostanze nelle quali poteva escludersi la colpa del consumatore[34].

Oggi non è più così. Ma se da un lato non è più così, dall'altro non è vero che risulti del tutto irrilevante qualsiasi comportamento del consumatore. La corretta interpretazione della norma ci spinge invece ad affermare che il suo comportamento vada sempre valutato. Ciò che muta è che non qualsiasi negligenza sarà idonea a bloccare tale procedura.

Ciò che oggi rileva è, infatti, il grado della colpa valutato alla luce dei principi generali. La colpa può infatti avere varie graduazioni ed alcune gradazioni diventano irrilevanti altre no. D'altronde l'art. 9, comma 3 *bis*, come modificato dalla l. n. 176, quando parla di redazione della relazione[35] ci dice che deve contenere le cause dell'indebitamento e la valutazione della diligenza impiegata dal debitore/consumatore[36].

E la posizione del consumatore non deve essere valutata esclusivamente alla luce di dati contabili ma, al contrario, andando ad indagare le modalità, i tempi e le cause che hanno spinto il soggetto ad indebitarsi[37].

Tutto ciò significa che nella nuova lettura dell'art. 2740 c.c. il comportamento del consumatore continua ad avere rilevanza, ma una rilevanza limitata secondo la gradazione della colpa. Non a caso si è sostenuto che in questa normativa non si è perseguito un obiettivo sociale volto a calmierare la povertà e ad attenuare le tensioni sociali, eliminando ogni collegamento con la meritevolezza che, invece, mantiene la sua rilevanza[38]. Questa, credo, sia la corretta interpretazione da dare.

33 In questo senso, anche la dottrina ha evidenziato che l'assunzione di debiti per soddisfare bisogni costituzionalmente garantiti può essere considerata 'incolpevole', così Montinaro, R.: "Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore", cit., pp. 781 ss.; Mezzasoma, L.: "La tutela del sovraindebitato quale contraente debole", in *Scritti in onore di Vito Rizzo* (a cura di E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma e S. Polidori), II, cit., pp. 1253 ss.

34 Così, Trib. Verona, 8 maggio 2015, *DeJure on line*; Trib. Verona, 20 luglio 2016, *www.ilcaso.it*; Trib. Catania, 17 giugno 2014, *www.ilcaso.it*; Trib. Busto Arsizio, 15 settembre 2014.

35 In questo senso, v. Trib. Avellino, 3 marzo 2021, *www.ilcaso.it*.

36 Al riguardo una pronuncia recente della Cassazione del 29 luglio 2021, n. 21128 insiste molto sulla necessaria indipendenza dell'OCC ed afferma con forza che lo stesso non è un rappresentante del debitore nella procedura. È onere del debitore incardinare correttamente la procedura e depositare tempestivamente gli atti necessari che permettano all'OCC, con indipendenza di giudizio, di verificare quale è stata la diligenza del debitore nel contrarre il debito.

37 V., sul punto, Trib. Parma, 26 agosto 2021, *www.ilcaso.it*.

38 Sul punto, v. Ghedini, A. e Russotto, M.L.: *L'esdebitazione* ex *art. 14* terdecies *l.3/2012*, *www.ilcaso.it*, 2020, pp. 1 ss.

V. CONCLUSIONI.

Ma dobbiamo soffermarci anche su un'altra questione. Abbiamo detto che la meritevolezza deve essere valutata con riferimento ad una nuova accezione del debitore ma, contestualmente, dobbiamo anche soffermarci sulla valutazione del comportamento del creditore che dovrebbe conformarsi all'art. 124 t.u.b.

E allora, abbiamo tre opzioni, limitarsi alla lettera della norma applicando la sola sanzione processuale che preclude la possibilità di opporsi alla omologa; oppure attribuire anche rilevanza a questo comportamento nella valutazione della diligenza del consumatore; o ipotizzare una presunzione relativa di assenza di colpa del consumatore in caso di omessa valutazione da parte del creditore.

Non ritengo si possa accogliere una interpretazione secondo cui ove non ci sia stata la valutazione del merito creditizio, sicuramente il consumatore risulti diligente o, meglio, non in colpa grave o dolo. Tale orientamento sarebbe in contrasto anche con l'opinione di quella giurisprudenza secondo la quale va sempre effettuata la valutazione della meritevolezza alla luce del criterio della ragionevolezza. Non possiamo, come pure hanno fatto alcuni, fare scaturire automaticamente la non colpevolezza dall'assenza della valutazione circa il merito creditizio[39]. Non vi è alcun automatismo ma una necessaria considerazione anche del creditore. È questo uno degli elementi che necessariamente va tenuto in considerazione. Merita un riferimento altra recente decisione in cui si afferma che il riferimento al parametro della colpa grave non comporta alcuna inversione degli oneri processuali che rimangono a carico del soggetto che ha chiesto di accedere alla procedura[40]. Un ulteriore argomento può trarsi dal principio secondo cui in tema di obbligazioni la limitazione di responsabilità del debitore alla sola colpa grave non esonera quest'ultimo dall'onere di superare la presunzione[41].

Ecco la corretta interpretazione. L'omessa valutazione del merito creditizio del debitore va presa in considerazione, va messa sulla bilancia e va valutata adeguatamente in una ottica di ragionevolezza. Solo così noi arriveremo ad una corretta valutazione del comportamento del consumatore[42].

Quindi, in conclusione, l'originaria impostazione di cui alla l. n. 3 del 2012 oggi è stata profondamente rivista. Quella originaria rigidità legata alla valutazione del grado di diligenza - o, meglio, di negligenza del consumatore[43]

39 Cfr., ancora, Trib. Napoli Nord, 9 giugno 2021, cit.

40 Cfr., Trib. Avellino, 3 marzo 2021, *www.ilcaso.it*.

41 Sul punto v., pure Trib. Rimini, 27 maggio 2021, *www.ilcaso.it*.

42 Trib. Benevento, 26 gennaio 2021, *www.ilcaso.it*.

43 *Ex plurimis*, Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14 febbraio 2017, *www.ilcaso.it*, la quale, nel dichiarare l'inammissibilità di una proposta di soluzione concordata formulata da una anziana che, potendo contare esclusivamente sulla pensione di reversibilità del marito aveva contratto debiti per oltre 80.000 €,

– viene oggi fortemente attenuata. Originariamente la giurisprudenza sembra insistere molto sulla necessità di richiamare il consumatore ad una più forte responsabilizzazione verso l'assunzione di debiti ribadendo che «la decisione se assumere o no un'obbligazione costituisce un'attività di valutazione e giudizio da parte del debitore, giudizio da condurre con cautela e prudenza, confrontando il sacrificio economico che il debitore assume contraendo la nuova obbligazione, con la propria situazione reddituale e patrimoniale presente e con le aspettative ragionevolmente e prudentemente presumibili nel futuro. In sostanza l'autonomia negoziale del soggetto deve essere esercitata in modo prudente e accorto, ossia in maniera che non sia giuridicamente rimproverabile e cioè esente da colpa»[44].

Oggi la valutazione del comportamento del consumatore deve seguire una accezione di meritevolezza che tenga in considerazione tutte le peculiarità del caso concreto, in una stretta connessione con il principio di ragionevolezza. Proprio il rispetto dei principi costituzionali ci impone, oggi, tale interpretazione[45].

La riforma del sovraindebitamento introdotta nel 2020 avrà, quindi, sicuramente un impatto positivo sui debitori permettendo una più agevole applicazione delle disposizioni in tema di sovraindebitamento e, finalmente, darà una seconda *chance* al debitore che, alla luce della condotta tenuta, risulti meritevole di protezione[46].

afferma che «Nel valutare la sussistenza dei presupposti di ammissibilità del piano del consumatore il Giudice deve svolgere un severo sindacato di meritevolezza sotto il profilo delle cause dell'indebitamento e della diligenza del consumatore nell'assumere volontariamente le obbligazioni, nonché delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere alle obbligazioni assunte. Al fine di escludere la colposità nell'indebitamento è necessario verificare che il debitore abbia contratto obbligazioni astrattamente compatibili con le capacità reddituali e, quindi, nella prospettiva di poterle adempiere». Trib. Udine, 4 gennaio 2017, *www.ilcaso.it*, il quale, nel non omologare la proposta del consumatore riscontrando una imprudente assunzione progressiva di debiti senza avere le capacità economiche di sostenerli, afferma che « Il debitore può accedere al "piano del consumatore" ogni volta che la consistenza del suo patrimonio e dei suoi redditi gli avrebbe ragionevolmente consentito via via l'assunzione di debiti; il sovraindebitamento finale, che ciononostante si verifichi, deve essere conseguenza di eventi non prevedibili ex ante».

44 Trib. Treviso, 25 gennaio 2017, *www.ilfallimentarista.it*, nel caso di specie, in sede di reclamo, il Tribunale rigetta l'approvazione del piano riscontrando profili di immeritevolezza nell'assunzione del debito da parte di una coerede disoccupata che, in sede di scioglimento della comunione ereditaria composta da beni immobili, aveva optato per l'assegnazione degli stessi obbligandosi contestualmente al pagamento dei conguagli agli altri coeredi. L'assenza di disponibilità economiche e la prevedibile impossibilità di procurarsene sono alla base della pronuncia richiamata.

45 V., sul punto, Mezzasoma, L.: *Il percorso della meritevolezza nel sovraindebitamento del consumatore*, cit. *passim*. In giurisprudenza, in tema di rilevanza della ragionevolezza, v. pure Cost., 22 giugno 2021, n. 128, cit.

46 Si veda, sul punto, Trib. Trani, 28 settembre 2021, il *www.dirittodellacris.it,* secondo cui in tema di sovraindebitamento, sebbene nell'ambito della liquidazione del patrimonio non sia riprodotta la norma di cui all'art. 12 *ter* l. n. 3/2012, che preclude l'accesso alla procedura al debitore che «ha colposamente determinato il sovraindebitamento», il requisito della c.d. meritevolezza va valutato d'ufficio e ne va esclusa la sussistenza qualora l'indebitamento sia la conseguenza di evasione fiscale e illecita percezione di aiuti di stato.

BIBLIOGRAFIA

ALECCI, S.: "Il sovraindebitamento del consumatore in prospettiva rimediale: note a margine di Cass. Civ., 1° febbraio 2016, n. 1869", *Eur. dir. priv.*, 2017, pp. 369 ss.

AMENDOLIGINE, V.: "La responsabilità civile del professionista", *Giur. it.*, 2021, pp. 216 ss.

AURELI, M.: "Fondo patrimoniale: debiti sorti nell'esercizio dell'impresa e bisogni della famiglia", *Giur. it.*, 2015, pp. 578 ss.

AZADI, G.: "Valutazione del merito creditizio - valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori", *Giur. it.*, 2015, pp. 285 ss.

BARBIERA, L.: *Responsabilità patrimoniale*, 2ª ed., in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2010, p. 6.

BARCHESI, L.: "Profili attuali del fondo patrimoniale tra impiego "funzionale" e uso "strumentale"", *Rass. dir. civ.*, 2016, pp. 46 ss.

BENINCASA, D.: "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Le procedure in caso di sovraindebitamento ai sensi dell'art. 2, 1° comma, lett. c)", *Giur. it.*, 2019, II, pp. 38 ss.

BENINCASA, D.: "Nuove questioni in tema di esdebitazione e di "second chance"", *Giur. it.*, 2018, pp. 493 ss.

BERTACCHINI, E.: "I procedimenti di composizione delle crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio", *Studi senesi*, 2016, pp. 587 ss.

BIANCA, C.M.: "Contratto europeo e principio causalista", in *I mobili confini dell'autonomia privata, Atti del Convegno di Studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 401 ss.

BLASCO, B.: "Sulle procedure di soluzione delle crisi da sovraindebitamento", *Vita not.*, 2017, pp. 565 ss.

BOCCHINI, R.: "Sovraindebitamento del consumatore. Profili civilistici della disciplina del sovraindebitamento del consumatore", *Giur. it.*, 2016, pp. 2129 ss.

BROGI, R.: "Il sovraindebitamento delle famiglie nel codice della crisi", *Fam. dir.*, 2020, fasc. 2, pp. 185 ss.

Camardi, C.: "Il sovraindebitamento dopo il codice della crisi. Il diritto privato che cambia e la dogmatica civilistica", *Riv. dir. priv.*, 2020, pp. 487 ss.

Cantino, V.: "La valutazione del merito creditizio dell'impresa: i rating esterni ed i rating interni", *Impresa*, 2003, pp. 9 ss.

Caterini, E.: "Controllo del credito, tutela del risparmio e adeguatezza del finanziamento «finalizzato»", in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito* (a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella e L. Mezzasoma), Esi, Napoli, 2010.

Costa, C.: "Profili problematici della composizione della crisi da sovraindebitamento", *Dir. fall.*, 2014, I, pp. 663 ss.

Crivelli, A.: "Il piano e la proposta nelle procedure di componimento della crisi da sovraindebitamento nella l. n. 3/2012 e nel CCII", *Fallimento*, 2019, pp. 713 ss.

D'Amico, G.: "Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza", *Contratti*, 2019, pp. 318 ss.

D'Amico, G.: "Responsabilità patrimoniali e procedure concorsuali nella "società del debito": oltre la tutela (esclusiva) del creditore", *Quest. giust.*, 2019, pp. 171 ss.

D'Orazio, L.: "Il nuovo appeal delle procedure di sovraindebitamento nella riforma in itinere", *Fallimento*, 2016, pp. 1122 ss.

D'Orazio, L.: "Il presupposto soggettivo per l'accesso al sovraindebitamento tra certezze (poche) e dubbi (molti)", *Studi senesi*, 2016, fasc. 1-2, pp. 533 ss.

D'Orazio, L.: "Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza", *Fallimento*, 2019, pp. 697 ss.

Di Lando, A.C.: "Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. Alcune questioni nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza", *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 727 ss.

Di Raimo, R.: "Debito, sovraindebitamento ed esdebitazione del consumatore: note minime sul nuovo diritto del capitalismo postmoderno", *Riv. dir. banc.*, 2018, pp. 1 ss.

Doria, G.: "Prime osservazioni in tema di sovraindebitamento dell'impresa nel codice della crisi e dell'insolvenza", *Riv. dir. impr.*, 2020, pp. 811 ss.

Falcone, G.: "Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore", *Giur. comm.*, 2015, I, pp. 132 ss.

Federico, A.: "Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari", *Rass. dir. civ.*, 2007, pp. 614 ss.

Ferri, G.B.: "Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse", *Riv. dir. comm.*, 1979, I, pp. 8 ss.

Forchellini, F.: "Sovraindebitamento e statuto dell'obbligazione pecuniaria", *Eur. dir. priv.*, 2015.

Gabrielli, G.: "Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità dei negozi immobiliari", *Riv. dir. civ.*, 2007, I, pp. 321 ss.

Galluzzo, F.: "Gli atti di disposizione e di amministrazione di beni destinati", *Contr. impr.*, 2016, pp. 205 ss.

Ghedini, A. e Russotto, M.L.: *L'esdebitazione* ex *art. 14* terdecies *l.3/2012*, *www.ilcaso.it*, 2020, pp. 1 ss.

Grisi, G.: "L'inadempimento di necessità", in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo di crisi economica. Italia e Spagna a confronto* (a cura di Id.), Esi, Napoli, 2014.

Guarini, M.: "La responsabilità della banca per abusiva concessione del credito alle imprese: obblighi valutativi e danni risarcibili", *Riv. trim.*, 2021, II, pp. 110 ss.

Guarnieri, A.: "Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto", *Riv. dir. civ.*, 1994, I, pp. 799 ss.

Guarnieri, A.: "Meritevolezza dell'interesse", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XI, Utet, Torino, 1994, p. 324 ss.

Larocca, S.: "L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore", in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito* (a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella e L. Mezzasoma), Esi, Napoli, 2010.

Limitone, G.: "Postilla sulla colpa nella legge n. 3/2012 sul sovraindebitamento del consumatore e la proposta della Commissione RORDORF", *www.ilcaso.it*

Limitone, G.: "Il concetto di colpa nella legge 3/2012 sul sovraindebitamento del consumatore", *Nuovo dir. soc.*, 2016, pp. 51 ss.

Llamas Pombo, E.: "La riforma delle procedure concorsuali in Spagna", in *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare* (a cura di E. Llamas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana e V. Rizzo), Esi, Napoli, 2019, pp. 129 ss.

Lolli, A. e Paolucci, M.G.: "Procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento", *Nuovo dir. soc.*, 2020, pp. 923 ss.

Lonardo, L.: *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Esi, Napoli, 1978.

Lucci, P.: "Piano del consumatore e sovraindebitamento: alcuni profili problematici", *Fallimento*, 2016, pp. 1281 ss.

Majello, U.: "I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici", *Riv. dir. civ.*, 1987, I, pp. 493 ss.

Mezzasoma, L.: "La colpa del consumatore nelle procedure di sovraindebitamento", *Rass. dir. civ.*, 2017, pp. 1378 ss.

Mezzasoma, L.: "La responsabilità patrimoniale del consumatore tra decreti ristori e interventi giurisprudenziali", in *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del COVID-19* (a cura di V. Rizzo, L. Mezzasoma, E. Llamas e G. Berti de Marinis), Esi, Napoli, 2021, pp. 477 ss.

Mezzasoma, L.: "La tutela del sovraindebitato quale contraente debole", in *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo* (a cura di E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma e S. Polidori), II, Esi, Napoli, 2017, pp. 1253 ss.

Mezzasoma, L.: *Il percorso della meritevolezza nel sovraindebitamento del consumatore*, Esi, Napoli, 2021.

Michelotti, F.: "La costruzione di un accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento", *Contratti*, 2019, pp. 811 ss.

Minervini, E.: "Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE", in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito* (a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella e L. Mezzasoma), Esi, Napoli, 2010.

Modica, L.: "Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris", *Contratti*, 2019, pp. 471 ss.

Modica, L.: *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Esi, Napoli, 2012.

Montinaro, R.: "Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore", *Banca borsa tit. cred.*, 2015, pp. 781 ss.

Natoli, R.: *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2012.

Occelli, F.: "Atti di destinazione ex art. 2645 ter: natura giuridica, effetti ed ipotesi applicative", *Giur. it.*, 2014, pp. 2497 ss.

Pagliantini, S.: "Debito e responsabilità nella cornice del XXI secolo: note minime", *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 1069 ss.

Pellecchia, E.: "Indebitamento e sovraindebitamento: tra codice civile e codice della crisi e dell'insolvenza", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 822 ss.

Perlingieri, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", *Actualidad juridica iberoamericana*, 2019, I, pp. 10 ss.

Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015

Perlingieri, P. e Femia, P.: *Nozioni introduttive e principi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2ª ed., 2004, pp. 99 s.

Perlingieri, P.: "Diritto dei contratti e dei mercati", *Rass. dir. civ.*, 2011.

Perlingieri, P.: "I giuristi e la Costituzione italiana ancora da attuare", *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2011, pp. 93 ss.

Perlingieri, P.: "Relazione di sintesi", in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata* (a cura di L. Ferroni), Esi, Napoli, 2002.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 4ª ed., II, Esi, Napoli, 2020.

Perlingieri, P.: *Profili istituzionali del diritto civile*, Esi, Napoli, 1975, p. 70

Petrone, M.: "sub Art. 2740", in *Codice civile commentato* (a cura di G. Bonilini, M. Confortini e C. Granelli), 4ª ed., Utet, Torino, 2012, p. 7182.

Pirani, P.: "Il presupposto soggettivo delle procedure da sovraindebitamento tra la L. n. 3/2012 e il Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza", *Dir. fall. soc. comm.*, 2021, pp. 317 ss.

Pisoni, P., Busso, D. e Rizzato, F.: "Nuovo OIC 16 e merito creditizio: casi di interruzione del processo di ammortamento", *Fisco*, 2014, p. 825 ss.

Quarta, F.: "Credito irresponsabile e sovraindebitamento. Note su prassi bancarie «riottose al diritto», tecniche di ammortamento e costi inespressi", in *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo* (a cura

di E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma e S. Polidori), II, Esi, Napoli, 2017.

Randazzo, A.: "Il fondo patrimoniale: gli incerti confini del vincolo di inespropriabilità", *Fam. dir.*, 2016, pp. 291 ss.

Ricciuto, V.: "Il sovraindebitamento nella legge delega sulle crisi di impresa", in *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare* (a cura di E. Llamas Pombo, L. Mezzasoma, U. Rana e V. Rizzo), Esi, Napoli, 2019, pp. 189 ss.

Rispoli Farina, M.: "La nuova disciplina del sovraindebitamento del consumatore", *ibidem*, pp. 643 ss.

Rondinone, N.: "Il presupposto soggettivo delle procedure di cui al capo II della legge n. 3/2012 quale espressione della nuova concorsualità "debtor oriented"", *Orizzonti del dir. comm.*, 2017, fasc. 3, pp. 33 ss.

Roppo, V.: "Contratto", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Utet, Torino, 1989, p. 118 ss.

Roppo, V.: *La responsabilità patrimoniale del debitore*, 2ª ed., in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, Utet, Torino, 1997, p. 504

Rumi, T.: "Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore", *Contratti*, 2014, p. 837.

Salerno, F.: "La violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio: effetti (anche) civilistici", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 1423 ss.

Salvatore, M.: "sub Art. 124 bis t.u.b.", in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di E. Capobianco, L. Mezzasoma e G. Perlingieri), 2ª ed., Esi, Napoli, 2018, pp. 1128 ss.

Sicchiero, G.: "La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico", *Contr. impr.*, 2004, p. 545

Soldati, N.: "Il sovraindebitamento alla prova della riforma del diritto fallimentare", *Contratti*, 2016, pp. 628 ss.

Soldati, N.: "La sorte dei contratti di finanziamento al consumo nelle procedure di sovraindebitamento e la valutazione di meritevolezza nell'accesso al credito", *Riv. dir. banc.*, 2021, fasc. 1, pt. 1, pp. 99 ss.

Vallone, G.: "Novità in tema di responsabilità e garanzia patrimoniale", *Rass. esecuz. forz.*, 2020, fasc. 1, pp. 75 ss.

ANCORA SUL DIVIETO DEL PATTO COMMISSORIO, TRA QUESTIONI DI PRINCIPIO ED ESIGENZE DELLA PRATICA

AGAIN ON THE BAN ON THE COMMISSORIUM PACT, BETWEEN QUESTIONS OF PRINCIPLE AND REQUIREMENTS OF PRACTICE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2214-2235

Andrea NERVI

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il saggio è dedicato al divieto del patto commissorio e ne ripercorre l'evoluzione applicativa, sottolineando l'importanza dei contributi dottrinali, a partire proprio dalla monografia del prof. Cesare Massimo Bianca.

PALABRAS CLAVE: Obbligazione; debitore; garanzia; autonomia negoziale; causa.

ABSTRACT: *The essay concerns the agreement of forfeiture and traces the evolution in the application of the relevant rules. Particular attention is dedicated to the contributions of the scholars, especially those written by prof. Cesare Massimo Bianca.*

KEY WORDS: *Obligation; debtor; security; negotiating autonomy; cause.*

SUMARIO.- I. UNA BREVE RICOGNIZIONE DELLA MATERIA.- II. ALCUNE POSSIBILI CHIAVI DI LETTURA DEL FENOMENO.- III. IL PATTO COMMISSORIO COME ATTO DI AUTONOMIA NEGOZIALE.- IV. LA PROSPETTIVA DELLA CAUSA (CONCRETA).- V. ALCUNE CHIOSE FINALI.

I. UNA BREVE RICOGNIZIONE DELLA MATERIA.

Il legislatore del 1942, fedele all'impostazione napoleonica, ha mantenuto il tradizionale divieto del patto commissorio, ampliandone peraltro la portata rispetto alla previgente sistemazione normativa. La proibizione è testualmente formulata con riguardo all'ipotesi in cui il patto acceda ad una garanzia reale tipica quale il pegno e l'ipoteca.

Come noto, la successiva evoluzione giurisprudenziale ha però esteso in misura considerevole l'ambito applicativo della norma, svincolandola dalla costituzione di una garanzia reale[1]. In effetti, l'ampia casistica disponibile prende in esame essenzialmente ipotesi di patti commissori c.d. autonomi, ossia accordi negoziali mediante i quali i privati disciplinano il trasferimento di diritti di proprietà (o altre situazioni giuridiche soggettive di natura reale) a fronte dell'esigenza di garantire l'adempimento di obbligazioni, essenzialmente di natura pecuniaria[2].

Nel contesto ora delineato – ed anche questa è storia assai nota – si è assistito ad una sorta di *escalation*, che ha progressivamente condotto a "fulminare" con la sanzione della nullità tutte le ipotesi in cui il trasferimento del diritto reale sia funzionalmente collegato all'adempimento di un'obbligazione pecuniaria, e ciò prescindendo dalla rispettiva scansione temporale, ovvero all'anteriorità o posteriorità del trasferimento rispetto al verificarsi dell'inattuazione dell'obbligazione principale.

All'esito di questo percorso, molti autori concordano nell'osservare che il divieto del patto commissorio assume, nel sistema giuridico italiano, una portata molto ampia, decisamente più estesa rispetto a quanto è dato riscontrare in

1 Il punto è stato chiaramente intuito da Bianca, C.M.: *Il divieto del patto commissorio*, Esi, Napoli, 2013, p.3 [ristampa anastatica del volume del 1957]. Il Maestro avverte la mancanza di un approfondimento circa il rapporto tra il patto commissorio ed i contratti nominati di garanzia. In arg. già Pugliatti, S.: "Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950 ed ora Id.: *Scritti giuridici*, III, Giuffrè, Milano, 2010 (da cui si cita), p.484.

2 Lo ricorda chiaramente Luminoso, A.: "Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva", *Riv. dir. civ.*, 2017, p.12: "l'area concettuale entro la quale viene tradizionalmente collocato il patto commissorio è quella delle alienazioni con funzione di garanzia".

• Andrea Nervi
Ordinario di diritto privato nell'Università di Sassari. E-mail: anervi@uniss.it

ordinamenti paragonabili al nostro[3]. Basti qui accennare all'inversione di tendenza che si è recentemente verificata nell'esperienza francese, che – sotto questo profilo – continua a fungere da importante punto di riferimento per la cultura giuridica italiana[4].

A fronte del quadro qui tratteggiato, non stupiscono le difficoltà in cui si dibattono gli interpreti allorché si trovino ad esaminare schemi contrattuali sorti in ordinamenti giuridici che poco o nulla sanno del divieto del patto commissorio e che, per altro verso, del diritto di proprietà conoscono una configurazione maggiormente articolata, nonché idonea anche a soddisfare le esigenze di garanzia del credito[5]. Come è evidente, il riferimento corre soprattutto al noto contratto di sale and lease back, il quale sembrerebbe aver trovato una sistemazione stabile in sede giurisprudenziale, mentre continua a suscitare reazioni contrastanti da parte della dottrina.

Senza entrare – almeno per il momento – nel merito delle questioni sostanziali ivi sottese, è importante una sottolineatura di natura metodologica, in quanto la vicenda in discorso suggerisce di abbandonare un'impostazione solipsistica (i.e., rivolta al solo ordinamento italiano e, verrebbe da aggiungere, al solo livello primario rappresentato dal codice civile), per estendere lo sguardo verso una realtà normativa che si presenta come composita e multiforme.

In questa prospettiva, anche volendo limitare l'analisi alla sola esperienza italiana, la recente dottrina ha opportunamente messo in evidenza come, a livello di legislazione speciale, siano sorte diverse ipotesi di deroga al divieto del patto commissorio, oppure di sua "conversione" nello schema del patto marciano, il quale gode invece di una patente di legittimità, ora espressamente riconosciuta anche dalla Corte regolatrice.

II. ALCUNE POSSIBILI CHIAVI DI LETTURA DELL'ISTITUTO.

Nella presente sede non è possibile ripercorrere l'ampio dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, intorno al fondamento del divieto del patto commissorio. Ai

3 Si tratta di un tema ampiamente sottolineato dalla dottrina. Cfr. Valentino, D.: "Il trasferimento dei beni in garanzia", Ead.: (a cura di), *I contratti di vendita*, 2, in *Trattato dei contratti* dir. da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Milano, 2007, p.715; Bussani, M.: *Il problema del patto commissorio*, Giappichelli, Torino, 2000, p.211; Cipriani, N.: *Patto commissorio e patto marciano – Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Esi, Napoli, 2000, p. 259.

4 Per il dialogo su questi argomenti cfr. soprattutto Bussani, M.: *Il problema,* cit.,p.106 ss. Più di recente Gallo, P.: "Art. 2744 – Divieto del patto commissorio",in G.Bonilini, - A.Chizzini (a cura di), "Della tutela dei diritti Artt. 2643-2783 ter", in *Commentario del Codice Civile* dir. da E. Gabrielli, Utet, Milano, 2016, p.961; Botta, C.: "Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciana", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p.914.

5 In arg. *ex multis*, Anelli, F.: *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, Milano, 1996, p.6.

fini del presente contributo è sufficiente rilevare che due sembrano essere le tesi maggiormente accreditate[6].

La prima guarda alle esigenze di protezione del debitore, considerato come parte debole dell'operazione negoziale in discorso e, pertanto, esposto all'approfittamento del creditore, che – secondo questa linea di pensiero – potrebbe arricchirsi in maniera ingiustificata, impadronendosi di un bene di importo superiore al valore del suo credito.

La principale criticità di questa tesi risiede nel disallineamento tra l'interesse tutelato (quello del debitore, ossia una delle parti del negozio) e la sanzione prevista (la nullità "vecchio stampo", assoluta e radicale, della pattuizione)[7]. In effetti, quest'ultima appare sovrabbondante e/o ultronea rispetto alla protezione di un contraente, dato che – nella sistematica del codice civile – queste istanze vengono salvaguardate mediante altri strumenti, generalmente meno invasivi e talora ancorati a soglie di rilevanza quantitativa[8]. Aggiungasi che, come messo in luce da alcune voci dottrinali[9], la sanzione della nullità codicistica si presta ad essere strumentalizzata da un debitore disinvolto che, ad esempio, intenda liberarsi da un vincolo non più gradito, dopo aver chiesto ed ottenuto – per effetto della costituzione della garanzia reale atipica – l'erogazione di un finanziamento.

Dal punto di vista teorico vi è poi un altro punto debole, che solo occasionalmente è emerso nel dibattito dottrinale[10], e che – invece – si rivela di particolare importanza, in quanto investe proprio la coerenza sistematica del diritto delle obbligazioni. Se si considera la pattuizione commissoria come una sorta di modalità succedanea, negozialmente concordata, con cui il debitore soddisfa l'interesse del creditore, quale dedotto nel rapporto obbligatorio, diviene inevitabile il confronto con l'istituto finitimo della dazione in pagamento[11].

Orbene, la disciplina della *datio in solutum* (art. 1197 c.c.) ammette l'ipotesi in cui, a valle del sorgere dell'obbligazione, creditore e debitore si accordino per

6 Per una sintetica, ma completa, ricognizione, si veda Carnevali, U: "Patto commissorio", *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, p.499 ss.

7 Così Anelli, F.: *L'alienazione in,* cit., p. 58 ss.; Bussani, M.: *Il problema* ,cit.,p. 218; Cipriani, N.: *Patto commissorio*, cit.,p. 208.

8 Cfr. Botta, C.: "Gli incerti ", cit., p.915; Carbone, E.: "*Debitoris suffocatio* e patto commissorio", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p.1094; De Menech, C.: "Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio", *Contratti*, 2015, p. 828.

9 Così Bussani, M.: *Il problema,* cit., p. 218.

10 Vi si sofferma, di recente, Pagliantini, S.: "Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento",in G.D'Amico, S.Pagliantini, F.Piraino, T.Rumi (a cura di), *I nuovi marciani*, Giappichelli, Torino, 2017, p.54s.

11 Cfr. anche Pagliantini, S.: "I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE", *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p.183; D'Amico, G.: "Alienazioni a scopo di garanzia", in M.A.Maugeri, G.Gitti, M.Notari (a cura di), I *contratti per l'impresa*,I,Il Mulino, Bologna, 2013, p.586.

una diversa prestazione, e contempla espressamente l'eventualità in cui il valore di quest'ultima risulti superiore a quello oggetto della prestazione originaria[12]. Ciò significa che l'ordinamento non garantisce l'equivalenza patrimoniale tra la prestazione originaria e quella successivamente convenuta, cui il debitore si impegni per soddisfare l'interesse del creditore e liberarsi così dal vincolo assunto nei confronti di quest'ultimo[13].

Se ora questa ipotesi viene accostata a quella sottesa al patto commissorio, non sfugge l'esistenza quantomeno di una similitudine di natura funzionale[14]: in entrambi i casi, in effetti, accanto all'obbligazione principale (o originaria), tra debitore e creditore intercorrono degli accordi volti a soddisfare le pretese di quest'ultimo per il tramite di una diversa prestazione. Sennonché, nel caso del patto commissorio l'accordo viene dichiarato nullo sulla base di un argomento (la c.d. *debitoris suffocatio*), che – per converso – non sembra assumere alcuna rilevanza nella dazione in pagamento, dato che la norma testualmente contempla l'ipotesi di una prestazione di valore "maggiore".

Né pare significativa la diversa scansione temporale, consistente nella circostanza che, nel patto commissorio, l'accordo sarebbe anteriore al sorgere dell'obbligazione principale, mentre nella *datio in solutum* sarebbe posteriore[15]. Al riguardo, si può osservare che le esigenze di protezione del debitore non sembrano divergere in maniera apprezzabile nei due ordini di casi e, anzi, esse potrebbero forse considerarsi prevalenti nella fattispecie contemplata all'art. 1197

12 In arg., di recente, Stefini, U.: "La cessione del credito", in *Trattato di diritto civile* e *commerciale Cicu-Messineo*, XI, Giuffrè, Milano, 2020, p.385 s.

13 In arg. Luminoso, A.: "Patto marciano e sottotipi", *Riv. dir. civ.*, 2017, p.1408, secondo cui il legislatore dovrebbe introdurre un limite alla validità dell'accordo di *datio in solutum*, quantomeno nei casi in cui la sproporzione tra prestazione originaria e prestazione succedanea sia tale da generare iniquità.

14 Per un caso giurisprudenziale in cui viene in rilievo la distinzione tra patto commissorio e datio in solutum, si veda Cass., 18 settembre 2020, n. 19508, ove si legge il seguente principio di diritto: "il patto commissorio, vietato dall'art. 2744 c.c., è configurabile solo quando il debitore sia costretto al trasferimento di un bene, a tacitazione dell'obbligazione, non anche, pertanto, ove tale trasferimento sia frutto di una scelta, come nel caso in cui venga liberamente concordato quale datio in solutum (art. 1197 c.c..), ovvero esprima esercizio di una facoltà che si sia riservata all'atto della costituzione dell'obbligazione medesima (art. 1286 c.c.)".

15 Diversa valutazione in Luminoso, A.: "Patto marciano", cit., p. 1405, secondo il quale il tratto caratterizzante del patto commissorio è proprio la natura programmatica del vincolo assunto dal debitore, mentre la datio in solutum consiste in una perdita immediata e definitiva del bene, quale surrogato della prestazione dovuta. Secondo Anelli, F.: *L'alienazione in*, cit., p. 89 s., l'ordinamento consente alle parti di definire convenzionalmente modalità di estinzione delle obbligazioni in forme alternative, ma non permette ai privati di programmare preventivamente l'auto soddisfacimento del creditore attraverso l'appropriazione di una cosa determinata appartenente al debitore. In arg. anche Valentino, D.: "Il trasferimento",cit., p. 703, la quale ravvisa la funzione di garanzia nella sola ipotesi in cui la pattuizione relativa al trasferimento del bene sia anteriore al sorgere della posizione debitoria; qualora invece la successione temporale sia invertita (i.e., pattuizione sul trasferimento successiva al sorgere della posizione debitoria), il trasferimento assume causa solutoria. Discussione anche in Scotti A.: "Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?", *Corr. giur.*, 2016, p.1481.
Il problema della successione temporale tra inadempimento e pattuizione sulla prestazione alternativa si ripresenta anche nella recente legislazione speciale sul patto marciano; in arg. D'Amico, G.: "La resistibile ascesa del patto marciano", in G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T.Rumi (a cura di): *I nuovi* , cit., p.24.
Cfr. anche Brianda, G.: "Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione", *Contr. impr.*, 2016, p.815; Natale, M.: "*Lease back* e strutture utili di patto marciano", *Riv. dir. civ.*, 2015, p.1612.

c.c., nella quale il rapporto obbligatorio è già in essere e, dunque, il debitore già si trova in situazione di soggezione.

L'altra tesi meritevole di essere qui ricordata si sofferma invece sul principio della *par condicio creditorum*, e ravvisa nel divieto *ex* art. 2744 c.c. un presidio in tal senso. In questa sede non è possibile nemmeno accennare alla vasta discussione in ordine alla perdurante cogenza del principio in discorso, a fronte dell'erosione apportatavi dalla legislazione speciale ed anche dalla prassi applicativa. Limitandosi dunque a quanto strettamente necessario, e riprendendo uno spunto dottrinale[16], la lesione al predetto principio risiederebbe nel fatto che il patto commissorio avvantaggia in via esclusiva un determinato creditore, sottraendo il bene che ne forma oggetto alla garanzia patrimoniale generica del restante ceto creditorio. Per altro verso, il creditore alienatario del bene, oltre a contare sulla garanzia reale "atipica" costituita in suo favore, conserverebbe intatte tutte le proprie prerogative nel concorso con gli altri creditori[17] e, pertanto, finirebbe per beneficiare di una indebita posizione di vantaggio.

Anche questa impostazione si espone a qualche osservazione critica. In termini generali, si potrebbe anzitutto richiamare la tendenziale autodeterminazione di cui il debitore dispone nella gestione del proprio patrimonio, che ricomprende anche la costituzione di garanzie reali; a ciò può aggiungersi l'esistenza – anche in questo caso – di mezzi di reazione diversi dalla nullità, tra i quali spicca l'azione revocatoria. Più nello specifico, poi, la partecipazione del creditore al residuo concorso con gli altri creditori non sembra meritevole di particolari censure, se è vero che la medesima prerogativa spetta anche al creditore ipotecario o pignoratizio il quale, in ipotesi, sia rimasto parzialmente insoddisfatto all'esito della procedura esecutiva intrapresa.

Da queste rapide considerazioni emerge una prima indicazione sistematica: sembra difficile rinvenire il fondamento del divieto del patto commissorio nell'ambito del diritto delle obbligazioni, ossia di quella porzione dell'ordinamento privatistico che si preoccupa di tutelare e garantire il soddisfacimento delle pretese creditorie legittimamente sorte in capo ad un soggetto nei confronti

16 Così Bianca, C.M.: *Il divieto,* cit., p. 54.Nello stesso senso anche Barbiera, L.: *Responsabilità patrimoniale – Disposizioni generali Artt. 2740-2744*[2], *Il Codice Civile Commentario* fondato da Schlesinger, P. dir. da F.D. Busnelli, Milano, 2010, p.305, che estende la riprovazione normativa anche al patto marciano; quest'ultima considerazione è condivisa da Carbone, E.: "Debitoris suffocatio", cit., p.1092; nonché da Minniti, G.F.: "Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia", *Riv. dir. comm*., 1997, I, p.29.

17 Coerentemente Barbiera, L.: *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 319, ritiene che la pattuizione vietata dall'art. 2744 c.c. potrebbe sottrarsi alla sanzione della nullità, qualora il creditore rinunci contestualmente alla garanzia generica sui restanti beni del debitore. Il problema della tutela del restante ceto creditorio riemerge anche nelle recenti soluzioni introdotte dal legislatore speciale. Discorrendo della disposizione introdotta dall'art. 48-bis d. lgs. 385/1993, Pagliantini, S.: "Sull'art.",cit.,p. 73, segnala l'esigenza di considerare l'impatto della norma sul restante ceto creditorio. Cenni anche in Chianale, A.: "Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore?", *Contr. impr.*, 2019, p.1311, il quale avverte la mancanza di approfondimenti da parte della dottrina.

di un altro soggetto. In questo scenario risulta arduo sostenere l'esistenza di un principio di favor debitoris, posto che l'attenzione dell'ordinamento sembra rivolta prevalentemente proprio a salvaguardare le prerogative del creditore, facendo in modo che questi possa ottenere la realizzazione dell'interesse sotteso al rapporto obbligatorio.

Se ne deduce che l'analisi del divieto del patto commissorio deve probabilmente essere impostata muovendo dalla prospettiva negoziale, ossia guardando alla pattuizione come atto di esercizio dell'autonomia che l'ordinamento attribuisce e riconosce ai privati[18]. In altri termini, il problema del patto commissorio non risiede nel fatto che esso assicura al creditore il soddisfacimento dell'interesse dedotto nel rapporto obbligatorio, perché questo è un risultato che il legislatore intende comunque salvaguardare, anche a costo di "impoverire" il debitore, come dimostra la disciplina della dazione in pagamento. Il nodo di fondo dell'istituto sanzionato dall'art. 2744 c.c. consiste piuttosto nel corrispondere ad un "cattivo" esercizio di quell'autonomia negoziale che, in linea di principio, il legislatore riconosce ai privati per consentire loro il soddisfacimento dei rispettivi interessi[19].

III. IL PATTO COMMISSORIO COME ATTO DI AUTONOMIA NEGOZIALE.

Il problema del patto commissorio, dunque, attiene alla sua dimensione negoziale, ossia scaturisce dalla circostanza che esso consiste in una pattuizione contrattuale mediante la quale le parti (che sono tra loro legate da un "altro" rapporto obbligatorio) adottano un regolamento di interessi che l'ordinamento riprova e sanziona in termini di nullità. Occorre dunque chiedersi che cosa ci sia di sbagliato o di erroneo in questa pattuizione[20].

Prima di affrontare funditus la questione, è utile soffermarsi preliminarmente su alcune questioni che possono aiutare a chiarire l'indagine.

In primo luogo, deve essere ricordato la giurisprudenza si è ormai assestata nel ritenere che l'art. 2744 c.c. costituisca una norma materiale, la quale pone un divieto di risultato[21]. La proibizione ivi prevista, e la correlativa sanzione della nullità, sono

18 Così chiaramente Bianca, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 68, il quale osserva che il divieto ex art. 2744 si giustifica come limite di liceità che incontrano le garanzie tipiche. In arg., più di recente, anche De Menech, C.: "Il patto", cit., p. 823.

19 Spunti in Anelli, F.: *L'alienazione in*, cit., p. 97, secondo il quale nel sistema vigente il divieto del patto commissorio ha perso la ratio di tutela del debitore, per collocarsi in un insieme di norme che limitano il campo di esplicazione dell'autonomia negoziale in ordine alla disciplina anticipata della patologia del rapporto obbligatorio.

20 Analoga impostazione anche in Cipriani, N.: *Patto commissorio*, cit., p. 141.

21 Senza pretese di completezza cfr. Cass., 27 ottobre 2020, n. 23553; Cass., 11 settembre 2017, n. 21042; Cass., 21 gennaio 2016, n. 1075; Cass., 17 aprile 2014, n. 8957; Cass., 12 gennaio 2009, n. 437.In dottrina cfr. Anelli, F.: *L'alienazione in,* cit., p.28. Più di recente Luminoso, A.: "Patto commissorio", cit., p.14; Astone, M.: "Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e

dunque applicabili ogniqualvolta i privati abbiano perseguito quel dato obiettivo, indipendentemente dalle modalità operative e/o procedurali concretamente utilizzate[22]. Alla base di questa lettura estensiva della norma si colloca – non senza qualche contraddizione[23] – l'istituto della frode alla legge (art. 1344 c.c.)[24], che non casualmente viene ripetutamente invocato per invalidare i molteplici assetti negoziali che giungono all'attenzione dei Giudici, anche quelli che, almeno a prima vista, presentano una configurazione assai distante dalla formulazione testuale della norma[25]; emblematico in tal senso è il caso della procura a vendere l'immobile, che il debitore rilascia al creditore[26].

Quest'ultima osservazione apre il campo ad un'ulteriore questione, che attiene alla perimetrazione dell'intervento demolitorio sotteso all'impiego della nullità[27]. Se il patto commissorio accede alla costituzione di una garanzia reale tipica (pegno o ipoteca), si ritiene che la nullità colpisca nello specifico solo la pattuizione commissoria in senso stretto, ossia l'accordo per effetto del quale viene disciplinato il trasferimento – dal debitore al creditore – della proprietà della cosa ipotecata o data in pegno; non viene invece intaccata la validità della costituzione della garanzia reale[28].

Per converso, questa limitazione dell'intervento demolitorio non opera nel caso di patto commissorio autonomo (quale, ad esempio, la vendita sospensivamente o risolutivamente condizionata all'inadempimento), perché in questo caso la caducazione dell'accordo traslativo travolge inevitabilmente l'intera operazione negoziale congegnata dalle parti[29]. Analoga ampiezza dell'intervento demolitorio

patto marciano", *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 741; Carbone, E.: "Debitoris suffocatio", cit., p.1091.Contrario, o quantomeno assai dubbioso, Pagliantini, S.: "I misteri", cit., p.195.

22 Si vedano, ad esempio, i casi decisi da Cass., 11 luglio 2019, n. 18680; Cass., 3 giugno 2019, n. 15112; Cass., 9 ottobre 2017, n. 23617.

23 In arg. Carbone, E.: "Debitoris suffocatio", cit., p.1093, il quale giustamente osserva che la norma proibitiva, se riveste portata generale, non necessita dell'argomento imperniato sulla frode alla legge per estendere la sua portata applicativa.

24 Sul punto, ampiamente, Di Marzio, F.: "Frode alla legge nei contratti", *Giust. civ.*, 1998, p.584.

25 Cfr., ad esempio, Cass., 9 maggio 2013, n. 10986; Cass., 20 febbraio 2013, n. 4262; Cass., 5 marzo 2010, n. 5426.

26 Cfr. Cass., 26 giugno 2018, n. 22903; Cass., 10 marzo 2011, n. 5740. Si veda anche il caso deciso da App. Bologna, 7 dicembre 2015, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p.737, con nota di Buset, G.: "Ancora su procura a vendere e divieto del patto commissorio".

27 Discussione sul punto in Sassi, A.: *Garanzie del credito e tipologie commissorie*, Esi, Napoli, 1999, p.192; cfr. anche Dolmetta, A.A.: "*Lease-back* e patto commissorio: un rapporto complesso", *Giur. comm.*, 2002, p. 314.

28 In arg. Anelli, F.: *L'alienazione in*, cit., p.463.

29 Critico Anelli, F.: *L'alienazione in*, cit., p.487; si veda anche l'ampia analisi di Gigliotti, F.: *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Esi, Napoli, 1997, *passim*.Si inserisce in questa traiettoria argomentativa la tesi dottrinale che suggerisce di utilizzare la nullità parziale, allo scopo di colpire solo quella parte dell'attribuzione traslativa che eccede le esigenze di soddisfacimento del creditore. In arg. Luminoso, A.: "Lease back, mercato e divieto del patto commissorio", *Giur. comm.*, 2000, p. 503; nonché Pagliantini, S.: "I misteri", cit., p.203.

è dato riscontrare anche con riguardo alle altre strutture negoziali che tentano di aggirare il divieto materiale posto dall'art. 2744 c.c.

La lettura estensiva del divieto codicistico non è del tutto condivisa da una parte della dottrina[30], la quale sottolinea il carattere proibitivo della norma di legge e, dunque, la contrapposta esigenza di una sua lettura restrittiva, alla luce del riconoscimento sistematico dell'autonomia negoziale come valore fondamentale dell'ordinamento. Anche a prescindere da quanto precede, è però interessante osservare che il Giudice di legittimità, allorché è stato chiamato a prendere posizione sulla qualificazione del divieto del patto commissorio come principio di ordine pubblico (internazionale), ha fornito una risposta negativa e, comunque, assai stringata sul piano argomentativo[31].

Provocatoriamente, si potrebbe osservare che l'impostazione adottata dalla Corte regolatrice conferma e rafforza, sul punto specifico, l'isolamento del sistema giuridico italiano rispetto al contesto internazionale. In effetti, non è facilissimo conciliare, da un lato, la severità dell'atteggiamento adottato verso le pattuizioni soggette all'applicazione del diritto italiano e, dall'altro lato, la permissività verso le analoghe pattuizioni regolate da altri ordinamenti ed occasionalmente rilevanti anche per il Giudice italiano. In un contesto economico, e di riflesso giuridico, sempre più interconnesso a livello internazionale, la frattura rischia di generare conseguenze non trascurabili né a livello teorico né dal punto di vista pratico.

In secondo luogo, la rigidità dell'atteggiamento repressivo verso il patto commissorio è temperata dal riconoscimento della legittimità – in via generale – del patto marciano. Questo diverso trattamento viene argomentato con l'assunto secondo cui il patto marciano si regge su un congegno tecnico (i.e., la valutazione imparziale del bene), che elimina il rischio di impoverimento a danno del debitore[32]. Gli interpreti sottolineano che la valutazione deve essere effettuata (non ex ante, bensì) nel momento in cui si verifica l'inadempimento del debitore[33], perché solo in quel momento sorge l'esigenza di sanzionare la condotta di quest'ultimo.

Il patto marciano, che già poteva contare su un implicito riconoscimento positivo nella trama del codice civile (artt. 1851 e 2803)[34], ha recentemente

30 Cfr. soprattutto Carbone, E.: "Debitoris suffocatio", cit., p.1092; nonché Scozzafava, O.T.: "Note in tema di alienazione a scopo di garanzia", *Contr. impr.*, 2006, p.22.In senso contrario, però, Pugliatti, S.: "Precisazioni in", cit., p.482, secondo il quale il divieto del patto commissorio è una regola in sé, e non un'eccezione ad altra regola, che sarebbe difficilmente identificabile.

31 Cass., sez. un., 5 luglio 2011, n. 14650, *Giur. comm.*, 2012, II,p. 672, con nota critica di Martino, M.: "Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale". In arg. anche Luminoso, A.: "Patto commissorio", cit., p.27.

32 Cfr. Bianca, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 218.

33 Così Bianca, C.M.: *Il divieto*, cit.,p. 189.

34 In arg. già Bianca, C.M.: *Il divieto*, cit., p.26; Anelli, F.: *L'alienazione in*, cit., p.189 s.; Piraino F.: Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori, *Giur. it.*, 2017, p.1751; Martino, M.:

formato oggetto di alcuni interventi mirati da parte del legislatore speciale[35]; in tal modo, l'utilizzo di questa figura negoziale è stato riconosciuto[36] e disciplinato con riguardo ad alcune specifiche operazioni negoziali, che evidentemente sono state ritenute meritevoli di particolare attenzione in rapporto alle esigenze della pratica[37]. La dottrina più attenta ravvisa, in questo modus operandi adottato dal legislatore, il rischio di frantumare l'unità sistematica della figura del creditore[38], favorendo l'emergere di status differenziati, a seconda delle istanze di cui le singole categorie di creditori sono portatori. Lo spunto merita di essere ripreso nel paragrafo conclusivo del lavoro.

Indubbiamente, l'evoluzione normativa ora tratteggiata presuppone un tendenziale favor legislativo verso il patto marciano e, più in generale, verso l'impiego di schemi negoziali volti a costituire posizioni di garanzia mediante il trasferimento della proprietà, o di altri diritti reali, su beni immobili. Questa constatazione entra in rotta di collisione con una assai autorevole affermazione dottrinale, secondo cui il nostro ordinamento non tollera vendite o trasferimenti di proprietà sorretti da una causa di garanzia, in quanto quest'ultima non sarebbe idonea a giustificare l'attribuzione – da un soggetto ad un altro – della titolarità di un bene o di una situazione soggettiva che si appunti su quest'ultimo[39].

Siamo così giunti al vero punctum pruriens del discorso. La circostanza che i due soggetti (alienante ed alienatario) siano al contempo anche debitore e creditore l'uno dell'altro genera una sovrapposizione tra i due ambiti (diritto delle obbligazioni e diritto dei contratti), che conduce ad un impiego talora promiscuo delle argomentazioni, con esiti non sempre chiari né dal punto di vista teorico, né a fini pratici. In particolare, la valutazione in termini di tendenziale debolezza del contraente-debitore ha indotto a ritenere che il trasferimento con causa di garanzia sia inevitabilmente affetto da profili sproporzionati o iniqui ai danni di tale contraente. Da ciò sono scaturite due conseguenze, da un lato, l'estromissione di tale modalità di attribuzione patrimoniale dall'area del giuridicamente lecito,

"Cessione dei crediti in garanzia e funzione solutoria nel finanziamento bancario alle imprese: una perdita di coerenza tipologica", *Giur. comm*., 2018, p.730.

35 Ha aperto la via la disciplina dei contratti di garanzia finanziaria (d. lgs. 170/2004, che ha recepito la direttiva UE 6 giugno 2002, n. 47).
Sono poi seguiti, tra l'altro, l'art. 48-bis d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato); nonché l'art. 120 quinquiesdecies (inadempimento del consumatore in materia di credito immobiliare) dello stesso testo unico.

36 Sulla valenza sistematica di questo riconoscimento cfr. Luminoso, A.: "Patto marciano", cit.,p. 1414.

37 In arg. Barillà, G.B.: "Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia", *Giur. comm*., 2017, p. 597.

38 Cfr. soprattutto Chianale, A.: "Le nuove", cit., p. 1305.

39 Così Pugliatti, S.: "Precisazioni in", cit., p.497, peraltro in termini assai perentori. Nello stesso senso anche Bianca, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 298 e 324. Più di recente anche Grisi, G.: *Il deposito in funzione di garanzia*, Giuffrè, Milano, 1999, p.71. Ricostruisce il dibattito Valentino, D.: "Il trasferimento", cit., p. 718.In giurisprudenza si veda, di recente, Cass., 19 novembre 2015, n. 23670.In senso invece favorevole all'ammissibilità dei trasferimenti in funzione di garanzia cfr. Gallo, P.: "Art. 2744", cit., p.975. Una equilibrata analisi si legge in Stefini, U.: *La cessione*, cit., p. 351 ss.

anche quando venga impiegato uno schema contrattuale tipizzato come la vendita con patto di riscatto[40]; dall'altro lato, il tentativo di riqualificare tali trasferimenti riconoscendovi una funzione solutoria[41], non senza significative incertezze dottrinali[42].

Giova rilevare che, secondo l'impostazione tradizionale e maggiormente diffusa[43], il patto marciano (*rectius*, il congegno tecnico ivi previsto) deve formare oggetto di un'apposita pattuizione negoziale, che funga da correttivo della convenzione commissoria[44]. L'accordo riprovato (i.e., il trasferimento di proprietà in funzione di garanzia) viene recuperato all'area del giuridicamente valido ed efficace, se – e nella misura in cui – le parti abbiano adottato quelle accortezze idonee ad assicurare l'oggettiva valutazione dell'attribuzione patrimoniale, evitando l'arricchimento e l'impoverimento a favore dell'una ed a danno dell'altra[45]. La correzione così introdotta supplisce al fatto che, altrimenti, l'accordo traslativo sarebbe carente sotto il profilo causale e, dunque, destinato a rifluire verso l'area dell'invalidità.

Per la verità, di tale correzione integrativa non vi sarebbe strettamente bisogno se si seguisse una recente, ed autorevole, tesi dottrinale, che considera la causa di garanzia come perfettamente idonea a giustificare il trasferimento di diritti reali immobiliari (oltre che di crediti)[46]. Secondo questa impostazione, quindi, la causa di garanzia è idonea a sostenere l'attribuzione patrimoniale del debitore in favore del creditore nella misura strettamente necessaria a soddisfare la pretesa creditoria di quest'ultimo; l'eventuale eccedenza (dell'attribuzione patrimoniale) rimane di per

40 Ex multis cfr. Cass., 3 giugno 2019, n. 15112; Cass., 5 luglio 2017, n. 16646.

41 Se ne trova traccia nella ricostruzione di Barbiera, L.: *Responsabilità patrimoniale*, cit., p.290 ss., ove si legge un'ampia analisi della dialettica tra causa di garanzia e causa solutoria, sottesa alla ricostruzione della ratio della proibizione normativa. In arg. anche Sassi, A.: *Garanzie del* , cit.,p. 205; La Porta, U.: *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 146.

42 Si veda, ad esempio, Cipriani N.: "Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata", *Giur. it.*, 2017, p. 1730, secondo il quale il patto marciano si caratterizza per la funzione (non di garanzia, bensì) solutoria. *Contra* Luminoso, A.: "Patto marciano", cit., p.1406, che esclude la sussistenza di una causa solutoria nella convenzione marciana, in quanto il creditore è tenuto a restituire al debitore l'eccedenza di valore del bene.

43 Cfr., ad esempio, Sassi, A.: *Garanzie del*, cit., p. 278; Astone, M.: "Inadempimento del", cit.,p. 743; De Menech, C.: "Il patto", cit.,p. 835.

44 Insiste sull'esigenza di un apposito accordo Luminoso, A.: "Patto marciano", cit., p.141.

45 Accortezze di analogo tenore contraddistinguono la linea di demarcazione tra il patto commissorio e la vendita con patto di riscatto. In arg. *ex multis*, Barbiera, L.: *Responsabilità patrimoniale*, cit., p.311. Lavorando sull'interpretazione degli artt. 1550 e 1501 c.c., l'autore sottolinea come la vendita con patto di riscatto si ponga come deroga al divieto del patto commissorio; l'argomento risiede nel carattere non finanziario dell'operazione, dato che il prezzo del riscatto non può essere superiore a quello del prezzo della vendita, nonché nel contenimento dell'ammissibilità del riscatto entro i termini temporali espressamente previsti dal legislatore.

46 Il riferimento corre alla nota monografia di Anelli, F.: *L'alienazione in*, cit., p.300, nonché p.444 ss.In senso adesivo Stefini, U.: *La cessione*, cit., p.383 ss.

sé priva di causa e deve pertanto formare oggetto di una prestazione restitutoria in senso inverso (dal creditore in favore del debitore)[47].

Ne deriva che è alla causa dell'operazione negoziale che occorre ora rivolgere l'attenzione[48].

IV.LA PROSPETTIVA DELLA CAUSA (CONCRETA).

Un interessante banco di prova per saggiare la tenuta del divieto del patto commissorio nel nostro ordinamento è rappresentato dalla vicenda del contratto di sale and lease back. Sintetizzando i termini della questione, si tratta di uno schema negoziale concepito nei sistemi giuridici di matrice anglosassone, caratterizzati sia dall'assenza della proibizione normativa contenuta nel nostro art. 2744 c.c., nonché da una diversa sistemazione del diritto di proprietà, agevolmente scomponibile ed utilizzabile anche per finalità di mera garanzia del credito.

Il contratto di sale and lease back giunge nell'ordinamento italiano attraverso il fenomeno della c.d. globalizzazione[49], rectius grazie al fatto che gli operatori bancari e finanziari anglosassoni ne promuovono la diffusione nei vari mercati (i.e. Stati nazionali) in cui essi offrono i propri servizi e prodotti finanziari. Il successivo insorgere di conflitti e di patologie rende inevitabile l'intervento del giudice nazionale e, dunque, il confronto tra, da un lato, lo schema negoziale in discorso e, dall'altro, le regole ed i principi che il giudice è necessariamente tenuto ad applicare.

Ricostruendo diacronicamente l'evoluzione della vicenda, si nota – da parte degli interpreti – una iniziale reazione radicalmente negativa, volta a ricondurre il contratto di sale and lease back alla previsione ex art. 2744 c.c., sanzionandolo con la nullità ivi prevista. Anche volendo prescindere dalla naturale diffidenza che tradizionalmente caratterizza l'atteggiamento dei giuristi rispetto ai contratti atipici (soprattutto se contraddistinti da una denominazione anglofona …..), l'atteggiamento iniziale si fonda sull'argomentazione dogmatica, secondo cui l'ordinamento italiano non ammette che l'autonomia negoziale venga esercitata nel senso di porre in essere atti traslativi di diritti reali con finalità di garanzia di una (preesistente o contestuale) posizione debitoria dell'alienante.

Ad un certo momento, però, la giurisprudenza di legittimità muta atteggiamento, adottando un approccio meno dogmatico e maggiormente attento alla concreta

47 Così Anelli, F.: *L'alienazione in*, cit., p.452; più di recente Dolmetta, A.A.: "La ricerca del «marciano utile»", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 816.

48 Nella scia dell'indicazione di Pugliatti, S.: "Precisazioni in", cit., p. 489.

49 Così anche Luminoso, A.: "Lease back", cit., p. 489.

configurazione dell'operazione negoziale e degli interessi ad essa sottostanti[50]. Ancorché il punto non sia sempre esplicitato nel periodare dei giudici, il perno della svolta verte sul concetto di causa, intesa nella sua accezione non astratta (e quindi tendenzialmente sovrapponibile con quella di tipo negoziale), ma concreta[51], vale a dire volta a ricostruire – dall'interno, verrebbe da dire – le finalità e gli obiettivi che i privati perseguono attraverso l'impiego di quel dato contratto.

Questo nuovo approccio metodologico induce i giudici ad una valutazione meno ideologica e maggiormente pragmatica dell'assetto di interessi delineato e disciplinato dalle parti; in particolare, la prospettiva adottata guarda alla meritevolezza di tali interessi e delle finalità perseguite dai contraenti[52]. In questo scenario, la circostanza che il trasferimento – dall'utilizzatore al concedente – della proprietà del bene immobile sia finalizzato a soddisfare un'esigenza di liquidità del primo non suscita reazioni di per sé ostili; emerge anzi la consapevolezza circa la normalità di questo bisogno nello svolgimento fisiologico di un'attività imprenditoriale.

Per altro verso, fin da subito la Corte regolatrice ha accompagnato questa apertura con un chiaro avvertimento circa l'importanza di evitare approfittamenti e/o arricchimenti a carico della parte presuntivamente debole (I.e., l'utilizzatore alienante). L'operazione negoziale deve quindi essere fin dall'inizio impostata in termini intrinsecamente bilanciati, nel senso di prevedere uno scambio effettivamente paritario tra il valore del bene e l'ammontare della liquidità erogata[53]. Questa impostazione, che guarda all'assetto iniziale (e, dunque, fisiologico) del contratto, si completa circa vent'anni più tardi con un arresto nel quale la stessa Corte regolatrice, esaminando ora il profilo patologico dell'operazione, puntualizza che anche in occasione dell'estinzione del rapporto devono sussistere le opportune misure di salvaguardia (i.e. clausola marciana) per evitare sperequazioni a danno di una delle parti ed a vantaggio dell'altra[54].

50 Il punto di svolta può identificarsi con Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805.

51 Cfr., di recente, Cass., 22 febbraio 2021, n. 4664. Rileva opportunamente Natale, M.: "Lease back", cit., p.1601, che la vicenda giurisprudenziale del sale and lease back rappresenta proprio una delle prime applicazioni del concetto giurisprudenziale di causa concreta.

52 In arg. Di Rosa, G.: "L'operazione di *sale and lease back* tra normotipo astratto e fattispecie concreta", *Riv. dir.civ.*, 2015, p. 1152,a conclusione della ricostruzione della vicenda giurisprudenziale.

53 Il punto emerge già in Cass. 10805/1995, citata alla precedente nota 50. Più di recente Cass., 27 ottobre 2020, n. 23553; Cass., 28 maggio 2018, n. 13305.In dottrina è stato osservato che "[l]a sproporzione è un indizio della funzione di garanzia, poiché si garantisce con beni supercapienti, mentre si vende a giusto prezzo. La sproporzione è un indizio della funzione commissoria, poiché vincola male i suoi beni chi si trova *obpressus debito*"; così Carbone, E.: "Debitoris suffocatio", cit., p.1105. Nello stesso senso anche De Menech, C.: "Il patto", cit., p. 834.

54 Cfr. Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625. Più di recente Cass., 12 luglio 2019, n. 18791, *Il Fall.*, 2020, con nota di Costanza, M.: "Divieto del patto commissorio e operazioni di leasing e lease back". Cfr. anche Cass., 6 luglio 2017, n. 16646.

Vista nell'insieme, la vicenda giurisprudenziale del sale and lease back rappresenta una sorta di antagonista rispetto alla regola posta dall'art. 2744 c.c.[55] Pur scontando una possibile dose di acquiescenza alle istanze sottese alla c.d. globalizzazione ed al conseguente rischio di isolamento del sistema (giuridico ed economico) italiano, il riconoscimento giurisprudenziale – progressivo ed ormai ampio – del contratto in discorso come schema negoziale lecito e meritevole di tutela si risolve in una limitazione non trascurabile della portata della regola che vieta il patto commissorio[56].

In particolare, dal punto di vista sistematico, nell'argomentazione giurisprudenziale vi sono due punti meritevoli di attenzione. Il primo concerne la "scomposizione" del diritto di proprietà in due versanti[57]: da un lato, il valore d'uso del bene, che permane in capo all'imprenditore-utilizzatore; dall'altro lato, il valore di scambio (o di garanzia) che viene invece attribuito – almeno transitoriamente – al finanziatore, a fronte dell'erogazione della liquidità e dell'assunzione dell'impegno di pagamento dei canoni. Il secondo aspetto attiene invece alla "negoziabilità" della predetta scomposizione delle attribuzioni proprietarie, posto che – almeno in linea di principio – i giudici ammettono che, nell'esercizio della loro autonomia, i privati possano disporre del diritto dominicale come base su cui innestare un'operazione di finanziamento[58]. In questa prospettiva diventa evidentemente decisivo il canone della meritevolezza degli interessi perseguiti, che finisce per recuperare all'area del giuridicamente lecito anche la funzione di garanzia dei trasferimenti di diritti reali.

Le due acquisizioni ora riassunte si basano su una concezione, come già rilevato, pragmatica e non ideologica dell'autonomia negoziale e, più esattamente, sulla puntuale ricognizione degli interessi concretamente in gioco, in rapporto alle norme ed ai principi dell'ordinamento[59]. In maniera più o meno implicita, ciò che emerge è la consapevolezza dell'importanza che, nell'attuale contesto socioeconomico, ha assunto l'accesso al credito e, dunque, l'esigenza di favorire un esercizio dell'autonomia negoziale finalizzato ad assecondare tali istanze[60].

55 Analoga valutazione si trova in Carbone, E.: "Debitoris suffocatio", cit., p.1101.

56 In termini più ampi cfr. Chianale, A.: "Le nuove ", cit., p. 1319; facendo leva sull'art. 1374 c.c., l'autore ritiene che la causa di garanzia debba integrare gli effetti della pattuizione commissoria, obbligando il creditore ad effettuare la stima del bene commesso.

57 Sulle resistenze dogmatiche all'impiego dell'istituto dominicale in funzione di garanzia cfr. Anelli, F.: *L'alienazione in*, cit., p.227. Discussione anche in Valentino, D.: "Il trasferimento", cit., p.719.

58 In termini contrari alla validità del contratto di sale and lease back si esprime Barbiera, L.: *Responsabilità patrimoniale*, cit., p.321, coerentemente alla tesi secondo cui tale schema negoziale sottrare la proprietà del bene alla garanzia generica del ceto creditorio. Perplessità si trovano anche in Dolmetta, A.A.: "Lease-back", cit.,p. 312. Secondo Luminoso, A.: "Lease back", cit., p.505, si tratta di un'operazione al limite della liceità negoziale e, dunque, a rischio.Diversa valutazione in Ciccarello, S.: "La vendita", cit., p.734, che invita ad una valutazione mirata alla singola fattispecie concreta.

59 Per questa indicazione di metodo cfr. Valentino, D.: "Il trasferimento", cit., p.725.

60 Con questa chiave di lettura si chiude l'ampia ricerca di Anelli, F.: *L'alienazione in*, cit.,p. 489. Nella giurisprudenza recente questo approccio si ritrova, ad esempio, in Cass., 22 febbraio 2021, n. 4664.

Uno sguardo d'insieme sul materiale giurisprudenziale suscita l'impressione secondo cui, anche grazie al lavoro di erosione condotto dalla vicenda del sale and lease back, sia ormai acquisito il convincimento secondo cui l'alienazione in funzione di garanzia (accompagnata dal correttivo "marciano") appartenga alla fisiologia dei rapporti con il ceto bancario[61]; non a caso, del resto, il contesto socio-economico italiano continua a riservare particolare importanza alle garanzie reali nell'ambito dei rapporti di finanziamento[62]. Le recenti innovazioni legislative sono probabilmente destinate a chiudere il cerchio nel senso di fornire agli operatori del settore gli strumenti pratici per gestire questi interventi in relativa sicurezza e, dunque, senza particolari remore[63].

Per converso, laddove l'operazione negoziale intercorra tra soggetti diversi da quelli ufficialmente deputati all'erogazione del credito, sembrano riemergere le ataviche diffidenze che tradizionalmente accompagnano lo scrutinio degli schemi volti a costituire posizioni di garanzia reale. Più esattamente, nei casi in cui l'alienatario-creditore non è un soggetto che professionalmente svolga un'attività creditizia, il percorso negoziale delineato dei privati tende ad essere ricondotto con maggiore facilità all'ambito applicativo dell'art. 2744 c.c., nella sua interpretazione estensiva richiamata in precedenza. In questi casi, in effetti, risulta maggiormente difficile ravvisare, alla base dell'attribuzione patrimoniale, una "sana" funzione di garanzia, mentre appare più probabile cogliere il rischio di approfittamenti da parte di un contraente ai danni dell'altro.

V. ALCUNE CHIOSE FINALI.

Esaminata in retrospettiva, la vicenda del patto commissorio e del suo divieto fornisce alcune interessanti indicazioni, soprattutto sul piano del metodo.

In primo luogo, essa ha formato oggetto di un dialogo assai proficuo tra dottrina e giurisprudenza; in particolare, non vi è dubbio che la svolta giurisprudenziale culminata nelle note sentenze della Cassazione degli anni Ottanta del secolo scorso[64] sia stata preparata e favorita dagli studi del Maestro che qui ricordiamo ed onoriamo[65]. Anche i successivi approfondimenti sulla figura del sale and lease

61 In arg. Chianale, A.: "Le nuove", cit., p.1323.

62 In proposito si veda Brodi, E.: "Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca", *Questioni di Economia e Finanza*, 2016, p.5 e 17, dai cui dati emerge che le garanzie reali rappresentano l'83% del totale delle garanzie rilasciate in favore degli operatori bancari, e che l'ipoteca immobiliare "pesa" nella misura del 74% sul totale dei prestiti concessi dalle banche a favore di imprese e consumatori.

63 In arg. Astone, M.: "Inadempimento del ", cit., p.739; Cipriani N.: "Il patto", cit., p.1730.

64 Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, e Cass., sez. un., 21 aprile 1989, n. 1907. La svolta era stata comunque preparata da Cass. 3 giugno 1983, n. 3800.

65 Cfr. Bianca, C.M.: *Il divieto*, cit., p.156, ove esamina il patto con effetto traslativo immediato. Nello stesso senso Anelli, F.: *L'alienazione in*, cit.,p.45 s. Commentando la sentenza delle sezioni Unite, l'autore vi coglie

back sono tributari delle riflessioni dottrinali in tema di causa del contratto, che accomunano anche altri illustri Studiosi[66].

In secondo luogo, è interessante osservare come, a fronte di un dato legislativo formale rimasto invariato per circa otto decenni, la prassi applicativa del divieto del patto commissorio abbia seguito un percorso assai articolato. A ben vedere, questa traiettoria riflette l'evoluzione stessa del sistema socioeconomico, che era inizialmente basato prevalentemente sulla proprietà fondiaria, ma che poi progressivamente si dota di un assetto diverso, nel quale le dinamiche creditizie hanno assunto un'importanza sempre maggiore, soprattutto a decorrere dall'ultimo scorcio del secolo ventesimo.

In questo itinerario, le istanze della pratica degli affari sono state inizialmente affidate alla sensibilità dei giuristi, teorici e pratici; incidentalmente, ciò rappresenta una conferma sia dell'impossibilità di ridurre l'esperienza giuridica al solo dato legislativo sia della contrapposta esigenza di valorizzare l'incessante attività dell'interprete. Ad un certo momento, tuttavia, le insopprimibili esigenze di certezza che caratterizzano gli operatori professionali (e, segnatamente, il ceto degli intermediari bancari e finanziari) hanno indotto il legislatore ad alcuni interventi mirati, che – in buona sostanza – hanno allentato e ristretto la portata del divieto ex art. 2744 c.c. con riguardo ad alcune specifiche e tipizzate operazioni negoziali.

Senza entrare nel merito delle singole misure normative, occorre evidenziare che tali interventi si sono volutamente collocati a livello di legislazione speciale ed hanno pertanto lasciato inalterato il dato formale raffigurato nel codice civile e la proibizione ivi declamata. Forte sarebbe, a questo punto, la tentazione di indugiare sul tema della decodificazione, caro ad altri illustri Maestri[67].

In realtà, a ben vedere, ciò che questa evoluzione legislativa sottende è la frantumazione dell'unitarietà del concetto di soggetto di diritto, su cui si regge l'idea stessa di codice, a fronte dell'emergere di status normativi differenziati, che a loro volta dipendono dalle specifiche esigenze di cui quel dato soggetto è portatore[68].

Restando al tema specifico di questo saggio, la dottrina recente si interroga – in maniera talora anche provocatoria – circa la possibilità di ricavare dalla legislazione

un approccio basato sulla ricognizione della causa di garanzia quale momento rilevante di qualificazione del negozio, ritenendolo incompatibile con i tratti costruttivi della vendita.

66 *Ex multis*, Ferri, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, *passim*; di recente Roppo, V.: "Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito", *Riv. dir. civ.*, 2013, p.957ss.

67 Irti, N.: *L'età della decodificazione*[4], Giuffrè, Milano, 1999.

68 Discussione in D'Amico, G.: "La resistibile", cit.,p. 9.

speciale un'indicazione sistematica che "sdogani" in via definitiva la legittimità del patto marciano e che possa essere inserita nella trama del codice civile[69]. I recenti arresti giurisprudenziali in materia inducono a ritenere che la questione potrebbe anche trovare uno sbocco in senso positivo[70].

La suggestione ora riferita è sintomatica del contesto in cui opera il giurista contemporaneo, costretto a muoversi tra due fuochi: da un lato, l'insopprimibile retaggio culturale della codificazione, con la sottesa idea di razionalità ordinante; dall'altro lato, il dato rappresentato da un'evoluzione normativa (spesso non più nazionale), che sovente procede ormai avendo come riferimento determinate categorie soggettive e gli interessi di cui costoro sono portatori.

La sintesi dell'insieme rimane un arduo problema …..

69 L'interrogativo è posto, con grande lucidità, da Pagliantini, S.: "Sull'art.", cit., p.51.Cfr. anche Chianale, A.: "Le nuove ",cit.,p. 1319; Scotti A.: "Il trasferimento ",cit., p.1486.

70 Si veda ad esempio Cass., 17 gennaio 2020, n. 844 (rel. Cricenti), ove si legge quanto segue: "In realtà la liceità del patto commissorio cui accede un patto marciano sta nell'analogia con il pegno irregolare (art. 1851 c.c.) il quale consente al creditore che abbia ricevuto in pegno cose fungibili di appropriarsene all'inadempimento del debitore restituendo però a quest'ultimo l'eccedenza di valore (tra le cose date in pegno e l'ammontare del debito). Il patto marciano, che come è noto non è figura tipica, persegue esattamente lo stesso scopo rispetto a beni non dati in pegno ma alienati in garanzia; ossia consente al creditore di appropriarsene restituendo al debitore la differenza di valore. Né può obiettarsi che l'art. 1851 c.c. è norma eccezionale, come tale insuscettibile di applicazione analogica in quanto non è affatto eccezione rispetto al principio generale dell'art. 2744 c.c., ma rispettoso della medesima ratio, anzi conseguenza di quel principio in quanto mira anche esso ad evitare approfittamenti del creditore ai danni del debitore."

BIBLIOGRAFIA

Anelli, F.: *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, Milano, 1996.

Astone, M.: "Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano", *Eur. dir. priv.*, 2017, p.733.

Barbiera, L.: *Responsabilità patrimoniale – Disposizioni generali Artt. 2740-2744*[2], *Il Codice Civile Commentario* fondato da P. Schlesinger, dir. da F.D. Busnelli, Milano, 2010.

Barillà, G.B.: "Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia", *Giur. comm.*, 2017, p.583.

Bianca, C.M.: *Il divieto del patto commissorio*, Esi, Napoli, 2013, [ristampa anastatica del volume del 1957].

Botta, C.: "Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciana", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p.911.

Brianda, G.: "Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione", *Contr. impr.*, 2016, p. 797.

Brodi, E.: "Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca", *Questioni di Economia e Finanza*, 2016.

Bussani, M.: *Il problema del patto commissorio*, Giappichelli, Torino, 2000.

Carbone, E.: "Debitoris suffocatio e patto commissorio", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p.1087.

Chianale, A.: "Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore?", *Contr. impr.*, 2019, p.1302.

Ciccarello, S.: "La vendita con patto di riscatto",in D. Valentino (a cura di), *I contratti di vendita*, 2, in *Trattato dei contratti*, dir. da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Milano, 2007.

Cipriani N.: "Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata", *Giur. it.*, 2017, p.1727.

Cipriani, N.: *Patto commissorio e patto marciano – Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Esi, Napoli, 2000.

D'Amico, G.: "La resistibile ascesa del patto marciano", in G. D'Amico, S.Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi (a cura di), *I nuovi marciani*, Giappichelli, Torino, 2017.

D'Amico, G.: "Alienazioni a scopo di garanzia", in M. Maugeri - G. Gitti - M. Notari (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, Il Mulino, Bologna, 2013.

De Menech, C.: "Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio", *Contratti*, 2015, p.823.

Di Marzio, F.: "Frode alla legge nei contratti", *Giust. civ.*, 1998, p.573.

Di Rosa, G.: "L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta", *Riv. dir. civ.*, 2015, p.1136.

Dolmetta, A.A.: "La ricerca del «marciano utile»", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 811.

Dolmetta, A.A.: "Lease-back e patto commissorio: un rapporto complesso", *Giur. comm.*, 2002, p. 307.

Ferri, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966.

Gallo, P.: "Art. 2744 – Divieto del patto commissorio", in G.Bonilini, A.Chizzini (a cura di), *Della tutela dei diritti Artt. 2643-2783 ter, Commentario del Codice Civile* dir. da E. Gabrielli, Utet, Milano, 2016.

Gigliotti, F.: *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Esi, Napoli, 1997.

Grisi, G.: *Il deposito in funzione di garanzia*, Giuffrè, Milano, 1999.

Irti, N.: *L'età della decodificazione*[4], Giuffrè, Milano, 1999.

La Porta, U.: *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2000, p.146.

Luminoso, A.: "Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva", *Riv. dir. civ.*, 2017, p.10.

Luminoso, A.: "Patto marciano e sottotipi", *Riv. dir. civ.*, 2017, p.1398.

Luminoso, A.: "Lease back, mercato e divieto del patto commissorio", *Giur. comm.*, 2000, p.489.

Martino, M.: "Cessione dei crediti in garanzia e funzione solutoria nel finanziamento bancario alle imprese: una perdita di coerenza tipologica", *Giur. comm.*, 2018, p.719.

Minniti, G.F.: "Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia", *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 29.

Natale, M.: "*Lease back* e strutture utili di patto marciano", *Riv. dir. civ.*, 2015, p.1595.

Pagliantini, S.: "Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento", in G. D'Amico , S. Pagliantini, F. Piraino ,T. Rumi (a cura di), *I nuovi marciani*, Giappichelli, Torino, 2017.

Pagliantini, S.: "I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE", *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 181.

Piraino F.: "Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori", *Giur. it.*, 2017, p.1746.

Pugliatti, S.: "Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950 ed ora Id., *Scritti giuridici*, III, Giuffrè, Milano, 2010.

Roppo, V.: "Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957.

Sassi, A.: *Garanzie del credito e tipologie commissorie*, Esi, Napoli, 1999.

Scotti A.: "Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?", *Corr. giur.*, 2016, p.1477.

Scozzafava, O.T.: "Note in tema di alienazione a scopo di garanzia", *Contr. impr.*, 2006, p.16.

Stefini, U.: "La cessione del credito", in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, XI, Giuffrè, Milano, 2020.

Valentino, D.: "Il trasferimento dei beni in garanzia", Ead. (a cura di), *I contratti di vendita*, 2, in *Trattato dei contratti* dir. da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Milano, 2007.

REFLEXIONES EN TORNO A LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO Y AL REPARTO COMPETENCIAL ENTRE ESTADO, COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y MUNICIPIOS

REFLECTIONS ON HOUSING FOR TOURIST USE AND THE DISTRIBUTION OF COMPETENCE BETWEEN THE STATE, AUTONOMOUS COMMUNITIES AND MUNICIPALITIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2236-2263

Manuel ORTIZ FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: El reparto competencial en el ámbito de las viviendas de uso turístico en España presenta diferentes controversias. En suma, nos encontramos ante tres entes (Estado, comunidades autónomas y municipios) que pueden aprobar normas que, directa o indirectamente, repercuten sobre este tipo de arrendamiento. Además, a todo ello hay que anudar la distinta técnica legislativa empleada por las comunidades que, lejos de mantener unos criterios más o menos comunes, es de lo más dispar y variopinta. Este escenario genera una suerte de inseguridad jurídica que, entendemos, ha de ser resuelta atendiendo a los preceptos constitucionales y a la legislación de desarrollo.

PALABRAS CLAVE: Arrendamiento; autonomía; competencia; turístico; vivienda.

ABSTRACT: *The distribution of competence in the field of housing for tourist use in Spain presents different controversies. In short, we are dealing with three entities (State, autonomous communities and municipalities) that can approve rules that, directly or indirectly, affect this type of lease. In addition, we must tie the different legislative techniques used by the communities, which are disparate and varied, far from maintaining more or less common criteria. This scenario generates a kind of legal uncertainty that, we believe, must be resolved in accordance with constitutional precepts and development legislation.*

KEY WORDS: *Leasing; autonomy; competition; tourism; housing.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. ANÁLISIS DE ALGUNAS DE LAS CUESTIONES MÁS CONTROVERTIDAS DE LAS LEGISLACIONES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y MUNICIPALES.- 1. El criterio de la habitualidad.- 2. Cuestiones relativas al régimen contractual recogidas en normas autonómicas.- 3. Las licencias o informes de compatibilidad municipales y los registros.- 4. Breve referencia a la posible vulneración del derecho de propiedad en las legislaciones autonómicas.- III. ALGUNOS DE LOS BENEFICIOS E INCONVENIENTES DERIVADOS DE LA MULTIPLICIDAD DE REGULACIONES: PRINCIPALES CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

La economía colaborativa y, en su seno, el turismo colaborativo[1], se han convertido en una realidad y, en la actualidad, podemos decir sin temor a errar que se trata de un nuevo modelo de consumo totalmente instaurado de forma perenne[2]. La interacción de internet y de las nuevas tecnologías con el mundo del consumo ha dado lugar a un nuevo fenómeno que permite que los diferentes usuarios intercambien bienes y servicios a través de canales distintos a los tradicionales. En este sentido, este tipo de consumo colaborativo supone un sistema abierto donde los sujetos pueden ofertar bienes que satisfagan las posibles necesidades de otros. Sin embargo, los contornos que delimitan este tipo de consumo de otros no siempre son claros y precisos. Por este motivo, gran parte de la doctrina[3] está tratando de establecer los elementos que deben conjugarse para que podamos aludir, con rigor, a la economía colaborativa. Así, por ejemplo, podemos preguntarnos si este tipo de consumo ha de quedar referido únicamente a los intercambios de bienes sin ánimo lucrativo o si, por el contrario, también deben quedan incluidos aquellos otros en los que sí existe un movimiento patrimonial.

1 En este sentido, la evolución del consumo colaborativo ha influido de una forma especialmente relevante en el sector turístico. Así, López Sánchez, C.: "Las plataformas digitales vinculadas a la economía colaborativa: de la simple intermediación a la prestación del servicio subyacente", *RDP*, 2019, núm. 6, p. 84, lo califica como un verdadero tsunami devastador para la industria turística tradicional.

2 En este sentido, *vid.* Aguiló Pérez, E. y Antón Clavé, S.: "El turismo como sector impredecible: el reto de asegurar la competitividad y la sostenibilidad", en AA.VV.: *20 retos para el turismo en España* (coord. E. Aguiló Pérez y S. Antón Clavé), Pirámide, Madrid, 2015, p. 369. Igualmente, Horrach Armo, J. G.: "La influencia de la economía colaborativa en el comercio electrónico. Especial referencia al turismo P2P", en AA.VV.: *Hacia una Justicia 2.0. Actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática* (dir. I. Bueno de Mata y coord. F. González Pulido), Ratio Legis, Salamanca, 2016, p. 331 pone de relieve que la economía colaborativa no solamente se encuentra en constante crecimiento, sino que el mismo aumentará de forma exponencial. Además, este hecho es compartido por otros países de nuestro entorno.

3 En este sentido, Montero Pascual, J. J.: "La regulación de la economía colaborativa", en AA.VV.: *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 24-36 establece una suerte de elementos identificativos de la "economía colaborativa".

• Manuel Ortiz Fernández
Profesor ayudante del Área de Derecho Civil, Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: m.ortizf@umh.es

Asimismo, no queda claro si debe restringirse su aplicación a los negocios celebrados por particulares o quedan amparadas las actividades mercantiles/profesionales. En este marco, las viviendas de uso turístico ocupan un papel muy relevante y han supuesto una auténtica revolución[4] en el mundo del arrendamiento de bienes inmuebles. Tanto es así, que el sector hotelero se ha sumado a este fenómeno y ha comenzado a invertir en este tipo de alojamiento. A pesar de que en algunas ocasiones se ha reservado su actividad al campo del lujo, lo cierto es que de un tiempo a esta parte han ampliado su oferta y se han dispuesto a ofrecer estos servicios a sus clientes.

No obstante, la técnica legislativa empleada por las autoridades sectoriales, lejos de mantener unos criterios –más o menos– comunes, es de lo más dispar y variopinta[5]. Así, cambia desde el recurso normativo a través del cual se lleva a cabo la tarea –leyes, decretos, órdenes, etc.– hasta la terminología utilizada. De hecho, ni el propio concepto de vivienda de uso turístico es similar en cada región, lo que dificulta la tarea del jurista y hace casi imposible establecer unos principios compartidos. Igualmente, los requisitos exigidos en cada caso tampoco coinciden, desembocando en una situación de inseguridad y desigualdad territorial. Este entramado normativo repercute, a su vez, en la propia economía del país. Es innegable que muchos potenciales inversores ven frenadas sus expectativas al encontrar una situación que obliga a estar continuamente actualizado y a cumplir

4 Como se destaca en una noticia del Diario Información de fecha 12 de diciembre de 2019, "La oferta de viviendas turísticas cuadriplica ya a la de los hoteles". Asimismo, indica que "El alquiler ofrece más de 200.000 plazas en la Costa Blanca y en 2019 creció un 12%". Para más información, *vid.* https://afondo.diarioinformacion.com/alicante/oferta-viviendas-turisticas-cuadruplica-hoteles.html (fecha de última consulta 16.08.2021).

5 Para consultar las distintas normativas autonómicas, un cuadro comparativo de las mismas, así como la jurisprudencia y la bibliografía más relevante sobre la materia, *vid.* http://turismocolaborativo.edu.umh.es/ (fecha de última consulta 16.08.2021). Sobre el particular, *vid.* Ortiz Fernández, M.: "Los títulos competenciales en materia de arrendamientos de viviendas de uso turístico en España: dispersión normativa e inseguridad jurídica", en AA.VV.: *Turismo, vivienda y economía colaborativa* (dir. P. A. Munar Bernat, M. A. Martos Calabrús, R. López San Luis y V. Bastante Granell), Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 68-72.

En todo caso, entendemos que en este ámbito se debe llevar a cabo una división radical. Nos referimos a la diferenciación entre aquellos arrendamientos celebrados entre particulares y aquellos otros en los que una de las partes ejerce una actividad profesional. Más allá de la posible aplicación de la normativa de consumidores y usuarios a esta última relación, desde nuestra perspectiva los criterios que han de manejarse en cada caso no son similares y conviene matizar las particularidades existentes. Asimismo, la intervención de los poderes públicos no debería ser equivalente en uno y otro supuesto. Además, los títulos competenciales del Estado y de las comunidades autónomas podrían canalizarse a través de preceptos constitucionales diversos. En tales situaciones, la problemática competencial puede incluirse en el artículo 149.1 regla 6ª referida a la "Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas". En este sentido, haciéndose eco de estas premisas, algunas normativas sectoriales han establecido requisitos y especialidades para estos colectivos distintos de los que se aplican a las viviendas de uso turístico *strictu sensu*.

Sobre esta cuestión *vid.* Ribera Blanes, B.: "Condiciones y términos de uso de Airbnb a examen: ¿cumplen estas condiciones las normas comunitarias en materia de protección de los consumidores?", en AA.VV.: *Turismo, vivienda y economía colaborativa* (dir. P. A. Munar Bernat, M. A. Martos Calabrús, R. López San Luis y V. Bastante Granell), Aranzadi, Navarra, 2020, p. 491; Aznar Traval, A.: *Economía Colaborativa, Alojamiento y Transporte,* Aranzadi, Navarra, 2017. A este respecto, en el ámbito del Derecho italiano se ha propuesto la distinción entre el *professionista* y el *imprenditore.* Para más información, *vid.* Santagata, R.: *Diritto del turismo*, UTET Giuridica, 2ª Ed., Milano, 2018, pp. 89-90.

condiciones distintas en función del lugar en el que se encuentre el inmueble. Todo ello, provoca que nos preguntemos acerca de los títulos competenciales en este ámbito, así como de los beneficios e inconvenientes de esta multiplicidad de regulaciones, tratando de encontrar la solución más acertada.

A todo ello hay que añadir que en determinados casos las comunidades han delegado ciertas competencias en los municipios de su territorio[6]. En este sentido, los municipios han aprobado distintas disposiciones que complican, más si cabe, el conocimiento del Derecho aplicable. Así, frente a los esfuerzos europeos de armonizar y unificar las legislaciones de los estados miembros, en España se ha optado por la dispersión normativa[7].

Asimismo, esta multiplicidad de criterios coadyuva a que los propios contornos de este arrendamiento no sean claros y precisos. En este sentido, una interpretación extensiva de las viviendas turísticas podría desembocar en una situación en la que todos los contratos celebrados con fines arrendaticios sean catalogados como turísticos. De alguna forma, la excesiva amplitud de su concepto conlleva que otras figuras como el arrendamiento de temporada vean cómo, en la práctica, su aplicación es casi inexistente. Al margen de esta disquisición, podemos definir este tipo de arrendamiento como la cesión de todo (o parte) de una vivienda, siempre que la misma sea destinada a fines turísticos –vacacionales o de ocio–. Además, normalmente se realiza a través de una plataforma digital que sirve, en muchos casos, de intermediario entre las partes contratantes[8] a través las nuevas

6 En este sentido, Guillén Navarro, N. A.: "Capítulo Introductorio. La vivienda con un uso turístico: entre el turismo «colaborativo» y la competencia desleal. Pequeños propietarios, grandes plataformas en internet y la respuesta normativa ante el caos regulatorio" en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla y coord. M. García Mayo), Reus, Madrid, 2018, p. 47 destaca que "Aunque el marco normativo del alojamiento turístico en viviendas se asocia a la esfera autonómica como consecuencia de la vinculación a la regulación turística, diversos hechos han originado el que la esfera local haya ido asumiendo cierto poder decisivo a la hora de su aparición en el ámbito urbano. En este sentido, hay dos aspectos que conviene tomar en consideración como son la rápida expansión de usos terciarios en entornos residenciales y, por otra parte, los movimientos de turismofobia surgidos en ciudades como Barcelona o Palma de Mallorca".

7 Asimismo, esta dispersión normativa la encontramos en otras figuras afines como el condohotel. Para más información sobre el mismo, *vid.* López Sánchez, C.: *El condohotel. Régimen jurídico privado*, Reus, Madrid, 2019, pp. 51-77. Además, hay que tener en cuenta que las medidas que se pueden adoptar tanto en la legislación estatal como en la de las comunidades autónomas o de los municipios pueden afectar al derecho de propiedad (art. 33 CE). De este modo, surgen diversas problemáticas a las que tenemos que ofrecer una solución adecuada. Por ello, debemos determinar la protección e implicación constitucional del derecho de propiedad y su contenido esencial. Asimismo, podría plantearse si la materia referida a la protección de los consumidores y usuarios representa una competencia exclusiva estatal o, por el contrario, las regiones pueden entrar a regular estas cuestiones. Por sus implicaciones prácticas, conviene destacar que, recientemente, la STS 23 julio 2020 (JUR 228285) ha anulado el apartado 11 del artículo primero del Real Decreto 1070/2017, de 29 de diciembre, por el que se introduce en el Reglamento General de las actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, un nuevo artículo 54 ter, que regula la "Obligación de informar sobre la cesión de uso de viviendas con fines turísticos", por no notificar su tramitación a la Comisión Europea.

8 Como se destaca en el "VI barómetro del alquiler vacacional en España 2019. Comparación de resultados de las muestras nacionales de usuarios de viviendas turísticas y hoteles", proyecto realizado por el Instituto Multidisciplinar de la Empresa (Universidad de Salamanca) para la empresa HomeAway Spain, S.L., "La consulta a través de *Webs de empresas especializadas* en la oferta de alojamientos turísticos (VT y/o hoteles) es la fuente claramente más utilizada, principalmente por parte de los usuarios de solo hoteles con un 64,0

tecnologías[9]. Como rápidamente se entenderá, la asunción de la competencia sobre estas materias tiene un evidente trasfondo económico.

Sin embargo, debemos hacer un esfuerzo por tratar de aislar la cuestión de otros ámbitos y llevar a cabo un análisis estrictamente jurídico. Obviamente, en este estudio no puede olvidarse la propia realidad, ya que lo jurídico no puede –ni debe– escribirse al margen de la sociedad y del funcionamiento de la misma. Otra conclusión olvidaría el fin último del ordenamiento: regular una comunidad política. Asimismo, en determinadas parcelas, quizás haya llegado el momento de admitir que no debe existir regulación, sino que ha de dejarse al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes. Además, conviene tener en cuenta que, como en otros ámbitos, muchos de los problemas se deben a la pésima técnica legislativa empleada y se podrían haber evitado con una mayor claridad y precisión[10].

Sea como fuere, corresponde que señalemos que el sector turístico, en general, se ha visto afectado muy negativamente por la aparición y la rápida expansión del COVID-19. Estos efectos han conllevado que se reduzca drásticamente el recurso a este tipo de actividades, en muchos casos por las propias prohibiciones y limitaciones de desplazamiento impuestas por los gobiernos. Por ello, tanto a nivel nacional como autonómico se han aprobado diversas medidas para tratar de paliar las consecuencias del citado virus[11].

% de utilización" (p. 33) y "El 76,5 % de los usuarios de VT acuden a fuentes electrónicas para informarse (*Webs especializadas en VT, Web de organismos oficiales* y *Webs de agencias de viaje online*)" (p. 34). Este estudio puede consultarse aquí:
https://resources.homeaway.es/info/files/live/sites/es/files/shared/HomeAwayLab/pdf/VI_BAROMETRO_ALQUILER_VACACIONAL_ESPANA2019--ts-2019-07-08T08%3A55%3A15_159-05%3A00.pdf (fecha de última consulta 16.08.2021).
Para más información sobre las plataformas digitales, *vid.* Rodríguez Marín, S., Muñoz García, A. *et al.*: *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018; Jarne Muñoz, P.: *Economía colaborativa y plataformas digitales*, Madrid, Reus, 2019; Ortí Vallejo, A., Rubio Gimeno, G. *et al.*: *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas generales y sectoriales*, Navarra, Aranzadi, 2019.

9 Por todos, *vid.* Guevara Plaza, A.: "El turismo ante el avance de las tecnologías de la información y la comunicación", en AA.VV.: *20 retos para el turismo en España* (coord. E. Aguiló Pérez y S. Antón Clavé), Pirámide, Madrid, 2015, pp. 75-91; Sánchez Tornel, V. M. y Perona Guillamón, M.: "La tecnología como instrumento de la economía colaborativa: sus implicaciones jurídicas", en AA.VV.: *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dir. R. Alfonso Sánchez y J. Valero Torrijos), Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 95-117.

10 Destaca García-Escudero Márquez, P.: *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de las leyes?,* Civitas, Navarra, 2010, p. 88 que podemos entender "que vulnerará la seguridad jurídica la redacción o lenguaje de las leyes que afecte a su claridad hasta el extremo de producir una incertidumbre jurídica, por no poder interpretarse de modo natural y no forzado, o por no contar con la indispensable claridad, un contenido preciso y unos efectos y destinatarios perfectamente determinados, no obstante la inevitable exégesis que de la norma pueda hacerse".

11 La evolución sufrida en este campo, así como la ingente cantidad de normas aprobadas pueden consultarse en el Blog del Proyecto: http://turismocolaborativo.edu.umh.es/actualidad/ (fecha de última consulta 16.08.2021).

II. ANÁLISIS DE ALGUNAS DE LAS CUESTIONES MÁS CONTROVERTIDAS DE LAS LEGISLACIONES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y MUNICIPALES.

En primer lugar, conviene determinar si las comunidades han asumido, efectivamente, las competencias relativas al turismo en sus respectivos estatutos de autonomía, ya que, de otro modo, no podrían ejecutar dicha materia. En este sentido, hay que señalar que las diecisiete comunidades autónomas tienen incorporada la promoción y ordenación del turismo en sus estatutos[12], con un mayor o menor desarrollo y concreción. De hecho, incluso las dos ciudades autónomas de Ceuta y Melilla las contemplan en sus normas constitutivas[13]. Asimismo, conviene tener presente que no todas las comunidades pueden regular, en principio, cuestiones civiles –como, por ejemplo, las relativas al ámbito contractual o al derecho de propiedad– ni, por tanto, modificar y desarrollar –con ciertas matizaciones– sus respectivos ordenamientos jurídicos. A pesar de que los contornos de estas facultades no son todo lo claros y precisos que sería deseable, lo cierto es que un estudio completo requeriría analizar, caso por caso, si todas las figuras incorporadas en las normativas autonómicas están justificadas o no. Como rápidamente podrá entenderse no vamos a poder llevar a cabo esta tarea. Por lo tanto, téngase en cuenta que las conclusiones que adoptemos podrían verse modificadas, en algún caso, por estos extremos.

Además, debemos añadir una cuestión. La declaración de inconstitucionalidad de una norma –ya sea del Estado, ya de las comunidades autónomas– debe constituir la *ultima ratio*. La seguridad jurídica exige que la ciudadanía conozca, en todo momento, la regulación vigente y este hecho no se lograría si se recurriese, en exceso, a este recurso. Por lo tanto, hay que tener en cuenta esta premisa a la hora de analizar las distintas legislaciones autonómicas[14]. Sin embargo, es criticable el recurso a normas tales como Decretos-legislativos o meros Decretos para regular esta materia en tanto en cuanto pueden suponer, en cierta medida, una restricción al derecho de propiedad. Asimismo, en este ámbito hay que tener

12 En este sentido, *vid.* el artículo 71 del Estatuto de Andalucía, el artículo 71.51ª del Estatuto de Aragón, el artículo 10.1.22 del Estatuto asturiano, el artículo 129 del Estatuto canario, el artículo 24.20 del Estatuto de Cantabria, el artículo 31.1.18ª del Estatuto de Castilla-La Mancha, el artículo 70.1.26º del Estatuto de Castilla y León, el artículo 171 del Estatuto catalán, el artículo 41.1.12ª del Estatuto de la Comunitat Valenciana, el artículo 9.1.19 del Estatuto de Extremadura, el artículo 27.21 del Estatuto gallego, el artículo 30.11 del Estatuto de las Islas Baleares, el artículo 8.1.9 del Estatuto riojano, el artículo 26.2.21 del Estatuto madrileño, el artículo 10.1.16 del Estatuto de Murcia, el artículo 44.13 del Estatuto navarro y el artículo 10.36 del Estatuto del País Vasco.

13 Así lo reconocen los artículos 21.1.16 de ambos estatutos de autonomía.

14 Para encontrar la normativa autonómica, hemos elaborado, en el marco del proyecto "Problemática jurídica actual ante los nuevos modelos de prestación de servicios turísticos en la economía colaborativa y la sociedad digital" (Ref. DER2017-86897-P), financiado por FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades–Agencia Estatal de Investigación/Proyecto, Proyecto de I+D correspondiente al Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016. Puede visualizarse en: http://turismocolaborativo.edu.umh.es/autonomica/

presente que la técnica legislativa sectorial es muy variada. Por un lado, porque algunas comunidades han optado por incluir en las leyes de turismo[15] las viviendas de uso turístico y otras, por el contrario, han aprobado normativas especiales[16] –llegando, en algún caso, a provocar una duplicidad de regulaciones–. Sin entrar en disquisiciones acerca de lo acertado o no de esta cuestión, lo cierto es que dificulta hasta límites insospechados la labor del jurista que quiere aproximarse a este tema. Por otro lado, la terminología empleada es, igualmente, en todo punto diversa. Este hecho nos obliga a hacer un gran esfuerzo por comprender cuándo se refiere a las viviendas de uso turístico.

Por lo tanto, hay que tratar de salvar de salvar estos inconvenientes teniendo en cuenta que, además, como señalamos, esta labor se complica, más si cabe, por las dificultades existentes para distinguir entre los ámbitos de Derecho público –administrativo– y de Derecho privado –civil–. Es indudable que sus contornos son difusos y se encuentran ligados en distintos aspectos siendo las diferencias, en muchos supuestos, de matiz. Asimismo, creemos que las especialidades y particularidades de los distintos territorios que componen el país justifican la existencia de leyes sectoriales, con independencia que, en algún caso, el legislador pueda intervenir estableciendo unas bases que aseguren la igualdad efectiva –en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 149.1 regla 1ª– o una determinada política económica –en aplicación del artículo 149.1 regla 13ª–.

Por último, en determinados supuestos las comunidades han delegado ciertas competencias en los municipios de su territorio. Por lo tanto, a la luz de las anteriores premisas, debemos tratar de determinar si el ejercicio de las mismas es correcto y si, en su caso, vulnera algún precepto constitucional. Pasamos, ahora sí,

15 Es el caso de la Comunitat Valenciana, que dispone de la Ley 15/2018, de 7 de junio, de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana y del reciente Decreto 10/2021, de 22 de enero, del Consell, de aprobación del Reglamento regulador del alojamiento turístico en la Comunitat Valenciana que desarrolla la anterior ley. Para otros alojamientos turísticos se aprobaron distintos decretos específicos que, sin embargo, han sido derogados por el citado Decreto 10/2021, de 22 de enero. Entre otros, *vid.* el Decreto 91/2009, de 3 de julio, del Consell, por el que aprueba el reglamento regulado de los bloques y conjuntos de viviendas turísticas de la Comunitat Valenciana y el Decreto 92/2009, de 3 de julio, del Consell, por el que aprueba el reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, villas, chalés, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana; el Decreto 184/2014, de 31 de octubre, del Consell, regulador del alojamiento turístico rural en el interior de la Comunitat Valenciana o el Decreto 6/2015, de 23 de enero, del Consell, regulador de los campings y las áreas de pernocta en tránsito para autocaravanas de la Comunitat Valenciana.

16 A modo de ejemplo, *vid.* la Comunidad Autónoma de Andalucía donde se encuentran la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía (recientemente modificada por el Decreto-ley 2/2020, de 9 de marzo, de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía) y el Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos o la Comunidad Autónoma de Asturias donde se aprobaron la Ley 7/2001, de 22 de junio, de Turismo y el Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico.

al análisis de algunas de las cuestiones más controvertidas que contemplan en las legislaciones sectoriales[17].

1. El criterio de la habitualidad.

En primer lugar, conviene reparar en la referencia a la habitualidad que algunas normas autonómicas realizan. En este sentido, el artículo 65.1 de la Ley 15/2018, de 7 de junio, de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana dispone que se considerará que existe habitualidad "cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias respecto del inmueble: a) Sea cedido para su uso turístico por empresas gestoras de viviendas turísticas. b) Sea puesto a disposición de los usuarios turísticos por sus propietarios o titulares, con independencia de cuál sea el periodo de tiempo contratado y siempre que se presten servicios propios de la industria hostelera. c) Cuando se utilicen canales de comercialización turística. Se considera que existe comercialización turística cuando se lleve a cabo a través de operadores turísticos o cualquier otro canal de venta turística, incluido Internet u otros sistemas de nuevas tecnologías".

Por su parte, el artículo 2 d) del Decreto 36/2018, de 29 de mayo, por el que se establece la ordenación de los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico en Castilla-La Mancha destaca que la habitualidad es la "Práctica común, frecuente y generalizada de facilitar alojamiento. Se entenderá que existe habitualidad cuando se facilite alojamiento en dos o más ocasiones por anualidad, publicitándose en cualquier tipo de canal de comercialización propio o de tercero".

Como se observa, los criterios empleados en uno u otro caso varían. Ni siquiera el referido a los canales de comercialización turística coincide *strictu sensu.* De este modo, cada autonomía, en el marco del ejercicio de sus competencias, establece las características que deben reunir este tipo de viviendas y ordena la propia actividad. La consecuencia directa es que, en función de cómo se delimite este concepto, quedará bajo la aplicación de esta normativa sectorial u otra y, en su caso, si no existiera esta última, se someterá a la legislación civil común.

Tras ello, podemos preguntarnos si esta cuestión infringe algún precepto constitucional. Atendiendo al artículo 148.1 reglas 3ª y 18ª CE, parece que la comunidad tiene competencia para poder establecer esta premisa, ya que, en suma, está ejercitando sus facultades de ordenación. Tampoco se desprende que sea achacable una conculcación de las bases contractuales (art. 149.1 regla 8ª CE). Por lo tanto, solamente cabría esgrimir razones de desigualdad (art. 149.1 regla

17 En este sentido, resultan muy interesantes las reflexiones de Contreras Delgado De Cos, J. M., Silos Ribas, M. y Sobrino Ruiz, M.: "La economía colaborativa en los sectores regulados (V). Alojamientos turísticos", en AA.VV.: *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dir. R. Alfonso Sánchez y J. Valero Torrijos), Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 342-345.

1ª CE) o de política económica –y unidad de mercado[18]– (art. 141.1 regla 13ª y la legislación al efecto) que, en todo caso, tendría que fundamentarse en un incumplimiento de la normativa básica estatal. Desde nuestra perspectiva, no parece, en principio, que estemos ante ninguna de estas premisas. Máxime si atendemos a la doctrina antes citada tanto de nuestro Tribunal Constitucional como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. Cuestiones relativas al régimen contractual recogidas en normas autonómicas.

En este momento, nos vamos a centrar en algunos aspectos que se contemplan en las legislaciones sectoriales que pueden afectar a la competencia del artículo 149.1 regla 8ª CE relativa a las bases contractuales. Hay que tener en cuenta que estamos ante una problemática compleja en la que no pueden establecerse soluciones únicas e inequívocas. Además, la propia terminología empleada por ciertas normativas autonómicas no es la idónea y favorece, en cierta medida, el debate jurídico. En este sentido, a modo de ejemplo, el Capítulo II del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos de Andalucía se denomina "Régimen del contrato". Como puede observarse, lejos de aclarar el régimen contractual, estas disquisiciones no hacen más que oscurecer el debate.

Pues bien, entendemos que las citadas bases contractuales se identifican con los elementos esenciales del contrato, esto es, consentimiento, objeto y causa –y, en determinados casos, la forma–. Por lo tanto, desde este prisma debemos estudiar las previsiones autonómicas determinando, en cada caso, si infringe la competencia estatal.

En primer lugar, encontramos el consentimiento. En esencia, el mismo aparece como el acuerdo de las partes, esto es, "el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que ha de constituir el contrato" (art. 1262 CC). Una de las cuestiones más controvertidas que suele incluirse en este ámbito es la referida a la capacidad de los contratantes. Por tanto, parece evidente que no podría una norma autonómica incidir en estas disquisiciones, imponiendo, por ejemplo, unos requisitos mínimos de capacidad. Otra cuestión será que, como más tarde veremos, a efectos mercantiles o administrativos, el profesional deba inscribirse en algún registro público. No obstante, existen algunos extremos que no están

18 En este sentido, la reciente STS 24 septiembre 2019 (EDJ 693855) destaca que el Decreto de la Junta de Castilla y León 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en dicha comunidad no era contrario a la Constitución, la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley de garantía de la unidad de mercado. En concreto, señala que la exigencia de habitualidad "no resulta irrazonable, en cuanto que determina que los arrendamientos ocasionales no quedan sometidos a la citada reglamentación, al no considerarse, propiamente, como actividad turística".

exentos de debate. Así, el ya citado Decreto 28/2016 andaluz, al regular el régimen de precios y reservas[19], impone reglas aplicables ante la ausencia de pacto expreso entre las partes. Como destaca Mesa Marrero[20] "Es obvio que el legislador de esta Comunidad Autónoma no está habilitado para disciplinar con carácter supletorio de la voluntad de las partes el contenido contractual del arrendamiento de las viviendas de uso turístico ni cualquier otro aspecto sustantivo, al tratarse de una Comunidad Autónoma que carece de competencias en materia de legislación civil y que traspasa su ámbito competencial en materia de turismo, que sólo le habilita para disciplinar los aspectos administrativos del contrato de alojamiento".

De esta forma, a nuestro parecer, esta norma sectorial estaría contemplando cuestiones que afectan a las bases contractuales y, por tanto, vulnerando la competencia del Estado del artículo 149.1 regla 8ª CE.

Por otro lado, el objeto del contrato aparece como las prestaciones acordadas entre las partes. En suma, se trata de los derechos y obligaciones que surgen del negocio jurídico. En este sentido, algunas leyes contemplan unos requisitos o estándares de calidad mínimos para las viviendas que se quieran destinar a uso turístico. Así, el Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de turismo de Cataluña destaca en su artículo 221-2 (apartados primero y segundo) que "Las viviendas no pueden estar ocupadas con más plazas de las indicadas en la cédula de habitabilidad y, en cualquier caso, su capacidad máxima no puede exceder de 15 plazas" y que "deben estar suficientemente amuebladas y dotadas de los aparatos y utensilios necesarios para ser ocupados inmediatamente, con la finalidad de prestar un servicio de alojamiento correcto en relación con la totalidad de plazas de que dispongan, todo en perfecto estado de higiene". De forma similar, encontramos el artículo 7 del Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León.

En un principio, lo cierto es que parece que estas previsiones podrían incidir en el objeto del contrato. No obstante, desde nuestra perspectiva, no parece que estas las mismas supongan una violación constitucional. En realidad, se encuentran más conectadas con el ámbito administrativo que con el puramente civil. A la misma conclusión llegamos si atendemos a otro tipo de referencias como la contemplada en el artículo 5 de la misma norma que indica que "La capacidad

19 Además, estas previsiones podrían afectar al régimen de protección de consumidores y usuarios en tanto en cuanto se prevén deberes especiales de información. Así, destaca el artículo 8.2 del antes referido Decreto 28/2016 de Andalucía que "Las condiciones de precio, reserva, anticipos y, en su caso, cancelación se regirán según lo expresamente pactado entre ambas partes, que en todo caso, deberán ser detalladas y publicitadas con carácter previo a la contratación. En el momento de efectuar la reserva se facilitará a las personas usuarias un justificante de haber realizado la misma, en el cual, se informará del precio total de la reserva, de los anticipos efectuados y penalizaciones aplicables en su caso".

20 En este sentido, *vid.* Mesa Marrero, C.: "Las viviendas de uso turístico y la cuestión competencial en materia civil", *InDret*, 2019, núm. 3, pp. 34-35.

en plazas de la unidad de alojamiento vendrá determinada por el número de camas existentes en los dormitorios, incluidas las posibles literas, y por el de camas convertibles o muebles-cama instaladas en el salón-comedor, incluidas las camas supletorias" y que "Las camas dobles se computarán como dos plazas y las cunas no computarán como plazas". Sin embargo, las posibles implicaciones que se anuden al incumplimiento de estos requisitos afectarán a su consideración jurídica. En todo caso, si se pretende que esta ausencia derive en la nulidad o anulabilidad –o cualquier otra situación de ineficacia– de los contratos celebrados, tal extremo tendría unos efectos jurídicos que podrían atentar con el artículo 149.1 regla 8ª por afectar a las bases contractuales. Igualmente, hay que tener en cuenta que un exceso de impedimentos puede desembocar en una afectación del mercado interior y de la economía nacional[21].

Asimismo, como pone de relieve la autora arriba citada "llama la atención que algunas disposiciones autonómicas regulen derechos y obligaciones de las partes en el marco de la relación contractual que vincula a los titulares y los clientes de las viviendas de uso turístico[22]". Además, estas normas incluyen incluso las consecuencias del incumplimiento de estas previsiones que, en muchos casos, se concretan en la facultad de resolver el contrato por la otra parte. A modo de ejemplo, el artículo 27.2 del Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León prevé que "El incumplimiento de estas prohibiciones facultará a la empresa para requerir el abandono de la vivienda de uso turístico". En este punto, conviene preguntarse si estas previsiones vulneran la competencia estatal. Hay que tener en cuenta que estamos ante una cuestión controvertida y de difícil respuesta, ya que "la noción constitucional "bases de las obligaciones contractuales" es un concepto ambiguo y su significado resulta difícil de precisar; con todo, existen razones para afirmar que esas "bases" se identifican con los criterios o directrices generales de regulación para todos los contratos, y

21 En este sentido, como se desprende del citado "VI barómetro del alquiler vacacional en España 2019. Comparación de resultados de las muestras nacionales de usuarios de viviendas turísticas y hoteles" los arrendamientos turísticos han producido en el año 2018 un impacto económico de 4.397,6 millones de euros. Así, se destaca en el mismo que "De los 4.397,6 millones de euros de estimación de gasto de este informe de 2019 (por simplificación se puede atribuir al año 2018), 3.260,7 millones lo son en gastos de estancia (el 74,1 %), de los cuales el 56,8 % corresponde a Compras y consumiciones de todo tipo de productos y servicios y, de ellos, como ya se señalaba en el epígrafe 11, el 59,2 % se hacen en la cercanía de la VT; por tanto, la estimación del gasto en cercanía por parte de usuarios de VT residentes en España es de 1.098 millones de euros" (p. 55).
No obstante, destaca Pulido Fernández, J. I.: "Cadena de valor del turismo y desarrollo económico a escala local y regional", en AA.VV.: *20 retos para el turismo en España* (coord. E. Aguiló Pérez y S. Antón Clavé), Pirámide, Madrid, 2015, p. 351 que a pesar de que "la literatura científica reconoce el papel del turismo como motor de la economía en los territorios en los que se implanta", lo cierto es que "no lo es en cualquier circunstancia y tampoco siempre con la misma intensidad".
Para observar la situación turística específica de cada comunidad autónoma, *vid.* Sánchez Rivero, M. *et al.*: "Tercera parte. Coyuntura de las comunidades autónomas", en AA.VV.: *La actividad turística española en 2015. Edición 2016,* Editorial Síntesis, Madrid, 2016, pp. 161-343.

22 Mesa Marrero, C.: "Las viviendas", cit., p. 35.

afectan también a las reglas esenciales propias de cada contrato en particular[23]". No obstante lo anterior, a pesar de las dificultades señaladas, consideramos que estamos ante un contenido que excede del marco competencial autonómico, ya que son cuestiones esenciales del negocio y afecta al objeto del mismo.

Por otro lado, las disposiciones que facultan para resolver el contrato frente a cualquier incumplimiento de los reseñados en la norma, merecen igual consideración, ya que "puede llegar a contradecir un criterio general en esta materia como es la exigencia de que el incumplimiento ha de ser esencial o sustancial, siendo esa exigencia de naturaleza básica en materia de remedios del incumplimiento de las obligaciones contractuales sinalagmáticas[24]".

En otro orden de cosas, la causa es uno de los elementos más complejos del contrato. Sin entrar en discusiones más profundas acerca de las propias vertientes de la causa y su configuración, la misma representa la finalidad del negocio jurídico celebrado –ya sea su función económica, ya el propósito que las partes pretenden obtener–. En este sentido, podría plantearse si la referencia a los fines turísticos, vacacionales o de ocio que se prevén en gran cantidad de normas autonómicas afectan al régimen competencial. No obstante, entendemos que no es así por cuanto estos extremos categorizan los contratos y simplemente se recogen para determinar y definir el ámbito de aplicación de la norma. No puede perderse de vista que si el negocio se celebra por otros motivos distintos a los referidos nos moveremos en un arrendamiento de vivienda diferente, al que se aplican los mandatos de la normativa estatal.

Por otro lado, la forma del contrato supone la exigencia de una determinada formalidad para la validez del mismo. Sin embargo, como es sabido, en nuestro Derecho rige la libertad de forma, por lo que, con carácter general, tal imperativo no se aplica. No obstante, existen regulaciones sectoriales que recogen una serie de requisitos formales. A modo de ejemplo, el artículo 7 del Decreto 28/2016 andaluz contempla estas disquisiciones, sin concretar las consecuencias que se derivan de su inobservancia. Por lo tanto, entendemos que siempre que no se impongan efectos civiles a este incumplimiento y se circunscriban a la esfera administrativa no existe inconveniente.

Para finalizar con nuestro estudio, vamos a referirnos a otras cuestiones que se prevén en normas autonómicas. A modo de ejemplo, algunas legislaciones sectoriales incluyen un plazo mínimo o máximo en el ámbito de los contratos de alojamiento sobre este tipo de viviendas. En este sentido, el artículo 4 d) del Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de

23 *Ibid*., p. 36.

24 Ibídem.

Castilla y León destaca que el servicio de alojamiento en la modalidad ha de ser con carácter temporal y, en concreto, por un plazo máximo de dos meses seguidos a un mismo turista. Asimismo, la referencia al alojamiento temporal se completa en el artículo 9 del Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia[25] que prevé que "El periodo de alojamiento continuado no podrá exceder de tres meses".

Como se observa, limita la duración del contrato –a dos o tres meses, respectivamente–. Para determinar la adecuación o no de esta cláusula debemos analizar si invade las competencias estatales establecidas en el artículo 149.1 regla 8ª CE, esto es, si conculca el régimen general de las bases contractuales. Con todo, entendemos que este plazo representa un inciso accesorio o accidental y no atenta, por lo tanto, al título competencial antes referido. Máxime, porque si se pacta un periodo inferior o superior al establecido la consecuencia que se anuda es la ausencia de categorización del contrato como alojamiento turístico[26], esto es, estaríamos ante un arrendamiento ordinario –al que se aplicaría la normativa estatal–. Igualmente, como en el supuesto anterior, pueden invocarse los artículos 149.1 regla 1ª y 141.1 regla 13ª CE. Sin embargo, tampoco parece que sean aplicables en este campo.

3. Las licencias o informes de compatibilidad municipales y los registros.

En otro orden de cosas, debemos reflexionar acerca de si es correcta la exigencia de ciertas licencias o informes de compatibilidad[27] –que pueden tener

25 En este ámbito, hay que tener en cuenta, además, la Instrucción interpretativa 1/2017, de 9 de mayo, para la aplicación del Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia. Así, destaca el apartado tercero de la norma que "El artículo 9.1, segundo inciso, del decreto dispone, en relación con los apartamentos y con las viviendas turísticas, que "el período de alojamiento continuado no podrá exceder de tres meses, circunstancia que se reflejará en el documento de admisión".
Dicho inciso establece el período de alojamiento máximo para estos establecimientos turísticos y concreta reglamentariamente la propia definición legal de establecimientos de alojamiento turístico como aquellos en los que se proporciona alojamiento de forma temporal a las personas (artículo 53 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, del turismo de Galicia), de manera que los supuestos de alojamiento por períodos continuados superiores a los tres meses no entrarán dentro del concepto de viviendas turísticas o apartamentos turísticos, por lo que no les será de aplicación el decreto, y quedarán sometidos a la normativa de arrendamientos o a aquella otra que les resulte de aplicación".

26 No puede perderse de vista que nos referimos al arrendamiento bienes inmuebles para uso turístico y no a los contratos de aprovechamiento por turno de bienes para tales fines. En este último caso, tendríamos que acudir a la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, que traspuso al ordenamiento español la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio. Para mayor información sobre este contrato, *vid.* Arias Díaz, M. D.: "Lección 8. El régimen jurídico del aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico", en AA.VV.: *Lecciones de Derecho turístico,* Tecnos, Madrid, 2018, pp. 143-148.

27 No obstante, debe tenerse presente que nos vamos a referir a licencias o informes distintos de los que se exigen, con carácter general, para cualquier tipo de vivienda como la –licencia de ocupación o cédula de habitabilidad–.

naturaleza diversa y quedar referidos a criterios, igualmente, diferentes–. En este sentido, el artículo 65 de la Ley 15/2018, de 7 de junio, de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana exige, para que sean consideradas como viviendas de uso turístico, que cuenten con un "informe municipal de compatibilidad urbanística". Este mandato ha provocado situaciones conflictivas entre aquellos que venían destinando sus viviendas para estos menesteres y ha provocado que se cuestione si los municipios tienen competencia en este ámbito. Pues bien, en principio, no existe inconveniente que se exijan estas licencias en tanto en cuanto se contempla la posibilidad de delegación de competencias a los municipios. Además, no parece que pueda oponerse ningún precepto constitucional de los citados. Sin embargo, no queda claro qué consecuencia deriva de la falta de esta autorización municipal. Como destacamos en el epígrafe anterior, si esta ausencia conlleva la nulidad, la anulabilidad, así como cualquier otra situación de ineficacia de los contratos celebrados, tal licencia tendría unos efectos jurídicos que podrían atentar con el artículo 149.1 regla 8ª por afectar a las bases contractuales. De este modo, sus implicaciones han de ser limitadas, en su caso, al ámbito sancionador administrativo[28] –o, en su caso, mercantil– y no debe tener repercusión en las relaciones jurídico-civiles.

Por otro lado, también se prevé en ciertas legislaciones sectoriales la necesidad de inscripción de las viviendas que se destinen a estos fines. Así, el artículo 68 del anterior Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico de Cataluña refería la necesaria comunicación previa de inicio de actividad ante el ayuntamiento correspondiente –que debe cumplir con el contenido que allí se determina–, así como la inscripción de estas viviendas en el Registro de Turismo de Cataluña. Esta previsión podría suponer una violación competencial estatal –artículo 149.1 regla 8ª– porque atribuye al mismo la materia referida a registros públicos. En este punto, hemos de llevar a cabo una distinción entre los registros jurídicos y administrativos[29]. Los criterios que suelen manejarse para llevar a cabo esta diferenciación se centran, por un lado, en la posibilidad generar presunciones y, por otro, en función de la tutela que se ofrece. De este modo, los primeros crean presunciones –ya *iure et de iure*, ya *iuris tantum*– y los segundos no tienen esta facultad. Asimismo, atendiendo a la protección de los registros, debemos señalar que los jurídicos se encuentran bajo la tutela de los tribunales jurisdiccionales y los administrativos de la Administración. Entre los registros jurídicos se incardinan el Registro Civil, el Registro Mercantil o

28 No obstante, lo cierto es que, si se contempla un sistema de infracciones y sanciones administrativas muy severo, las consecuencias pueden ser incluso más graves y perjudiciales que, por ejemplo, la declaración de nulidad de los contratos. Por lo tanto, *de facto,* se estarían restringiendo las facultades de los propietarios y estos efectos tendrían repercusión, si se quiere de forma indirecta, en el ámbito jurídico-privado.

29 Para mayor información sobre los registros administrativos, *vid.* Delgado Piqueras, F.: "Los registros administrativos, informáticos y telemáticos en España", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2005, núm. 26, pp. 11-52.

el Registro de la Propiedad y, por su parte, un ejemplo de registro administrativo lo encontramos en el Registro de Aguas.

De estas dos notas características, podemos extraer una tercera. En este sentido, parece que, de alguna forma, los primeros producen efectos jurídicos tanto frente a las administraciones públicas como frente terceros, esto es, tienen eficacia tanto en las relaciones Administración-administrados como en las que se llevan a cabo entre particulares. No hay más que analizar los principios registrales para observar cómo influyen en los vínculos estrictamente horizontales –regidos por la autonomía de la voluntad–. Sin embargo, los efectos de los registros administrativos son considerablemente más reducidos, limitándose a regir en el ámbito del Derecho público –administrativo[30]–.

Pues bien, desde nuestra perspectiva, la referencia a los registros e instrumentos públicos debe entenderse referida a los registros jurídicos y no a los administrativos. No tendría excesivo sentido interpretar de forma amplia esta materia ya que se estaría dejando a las administraciones públicas sin una herramienta que, en definitiva, puede resultar esencial en el ejercicio de su actividad. Piénsese, a modo de ejemplo, en un registro público que fomenta la transparencia en una administración concreta. Si no se permitiese que los distintos entes públicos los creen, modifiquen o supriman no se permitiría que desarrollaran de forma adecuada sus funciones.

30 En este sentido, la STSJ de Cataluña 13 noviembre 2019 (EDJ 750413) falló a favor de la Generalitat de Cataluña, señalando la plataforma 'homesharing' Airbnb debe cumplir la normativa sectorial catalana. Para el Tribunal, debería de dejar de anunciar en su portal las viviendas que no consten de número de inscripción en el registro administrativo autonómico, ya que este último acredita su legalidad como vivienda turística. En los mismos términos, la Generalitat interpuso una sanción económica a Airbnb por no solicitar ni mostrar el número de registro de los pisos que comercializa. Esta multa fue recurrida ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Valencia, que desestimó el recurso interpuesto por la mercantil citada. Igualmente, la STSJ de la Comunitat Valenciana 15 mayo 2019 (EDJ 658115) desestimó el recurso de apelación. De hecho, el propio Tribunal Supremo confirmó esta sanción al inadmitir a trámite el recurso interpuesto por Airbnb. Parece, por tanto, que los efectos de estos registros se están circunscribiendo al ámbito administrativo-sancionador. Estos pronunciamientos se suman a la línea marcada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Valencia que, el 23 de noviembre de 2017, falló a favor de la Generalitat y desestimó el recurso presentado por Homeaway, así como en los casos de Rentalia y Wimdu. En esta línea, el Govern multó con 300.000€ a Airbnb por llevar a cabo arrendamientos turísticos ilegales. Como en los otros casos, en la citada plataforma se publicitaban viviendas que carecían de licencia para el arrendamiento vacacional. Sin embargo, la STSJ de Baleares 29 abril 2020 (JUR 163677) ha declarado nula esta sanción al entender que las obligaciones derivadas de la legislación solamente son exigibles a las empresas turísticas. No cabe, para el tribunal, que se impongan a Airbnb una suerte de deberes de revisión exhaustiva y detallada de toda la publicidad que los anfitriones publican en la web. Sea como fuere, el ejecutivo ya ha anunciado que recurrirá esta sentencia ante el Tribunal Supremo, por lo que tendremos que esperar a que este último se pronuncie para analizar la solución definitiva.
Sin embargo, los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo parecen marcar una línea similar a la mantenida por la STSJ de Baleares mencionada. En este sentido, hemos de destacar la STS nº 4484/2020 30 diciembre 2020 (JUR 2021\26166) que estimó el recurso de casación interpuesto por Homeaway Spain, S.L.U. contra la sentencia de 5 de octubre de 2018 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, procediendo a anular tanto esta última como las resoluciones del Director General de Turismo de 13 de enero de 2015 y del Secretario de Empresa y Competitividad de la Generalidad de Cataluña de 28 de mayo de 2015. Así, ha anulado la Orden de la Generalitat en la que se obligaba a HoweAway a bloquear, suprimir o suspender de su web en 15 días todo el contenido relativo a empresas y establecimientos de alojamiento turístico localizados en Catalunya no registrados.

Precisamente por este motivo, el legislador catalán ha tenido a bien llevar a cabo dos importantes modificaciones sobre el particular en el precitado Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de turismo de Cataluña. Por un lado, al suprimir la obligación de comunicación previa, pues el artículo 131-3 apartado primero ha atribuido este deber a los entes locales. Por otro lado, al aclarar –como ya lo hiciera el artículo 77 de la Ley 15/2018 de la Comunitat Valenciana, si bien el Registro de Turismo de la Comunitat Valenciana solamente se contempla para los profesionales o los establecimientos turísticos– la naturaleza y las funciones del Registro. En este sentido, en ambos casos se afirma que estamos ante un registro administrativo. Asimismo, destaca el artículo 131-1 apartado segundo que Decreto 75/2020 que "La finalidad del Registro de turismo de Cataluña es el mantenimiento de un censo público de los alojamientos turísticos legales existentes en Cataluña y la recogida de datos de las empresas y actividades reglamentadas, así como de otras actividades de interés turístico, para su posterior uso estadístico".

Quizás, para evitar futuros recursos de inconstitucionalidad, los poderes autonómicos han optado por atribuir una eficacia administrativa. No obstante, como en el supuesto anterior, deberán analizarse las verdaderas implicaciones de cada registro con independencia de la declaración de la ley sectorial para determinar si estamos o no ante una conculcación de competencias.

Por último, cabe plantearse si un exceso de requisitos –ya sea a modo de licencias, ya como registros obligatorios– para destinar las viviendas a usos turísticos afecta, de alguna forma, a la política económica del país y a la unidad de mercado. Consideramos que lo más adecuado es diferenciar entre particulares y profesionales. Desde el punto de vista de los primeros, no es justo que se exijan los mismos condicionantes que a los segundos[31]. A este respecto, entendemos que el legislador nacional debería haber establecido unas bases en el Real Decreto-ley 7/2019 que se ajusten a la realidad de estos sujetos. Por otro lado, hay que analizar el mundo empresarial de estas viviendas. En este sentido, estos requisitos pueden tener efectos negativos en la política económica del país –piénsese, por ejemplo, en posibles inversores– e, incluso, puede desembocar en una desigualdad en función del territorio.

31 En esta línea se expresaba el artículo 8.1 del derogado Decreto 92/2009, de 3 de julio, del Consell, por el que aprueba el reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, villas, chalés, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana que exigía, con carácter general, la comunicación de dedicación al uso turístico y su inscripción en el registro autonómico. No obstante, en el apartado segundo del mismo artículo excluía de esta obligación a "quienes con título bastante cedan directamente una sola vivienda turística". Como se observa, el Decreto hacía una diferenciación en función del número de viviendas que se cedan para estos fines. Con independencia del mayor o menor acierto del criterio que emplea, lo cierto es que lo más adecuado es distinguir entre las diferentes situaciones y escenarios posibles, ofreciendo una solución jurídica adaptada a cada caso.

La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha interpretado si determinadas restricciones previstas en las normativas autonómicas resultaban, tras la aplicación del principio de proporcionalidad y necesidad, adecuadas o no y, en todo caso, estaban justificadas en el interés general. Todo ello conlleva el análisis de la legislación existente sobre la materia –fundamentalmente, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado–. Sin embargo, no puede establecerse conclusiones apriorísticas en este ámbito, sino que debe examinarse *ad casum.* Igualmente, entendemos que esta vía debería completarse, por parte de los tribunales, con el estudio del derecho de propiedad ya que ciertas medidas podrían suponer una conculcación del mismo. Máxime porque muchos de los demandantes alegaron estas cuestiones y el Tribunal Supremo, alejándose del *petitum* y de la *causa pretendi*, resolvió atendiendo a otras circunstancias. Sin duda, esta cuestión merecería un análisis más exhaustivo que, por razones de espacio y concreción, no vamos a poder desarrollar.

4. Breve referencia a la posible vulneración del derecho de propiedad en las legislaciones autonómicas.

Para finalizar, vamos a llevar a cabo un breve análisis de las implicaciones derecho de propiedad en algunas cuestiones recogidas en las normas sectoriales. Si interpretamos dicho contenido esencial de forma absoluta, no se admitiría ningún límite o limitación. No puede perderse de vista que este derecho se encuentra muy ligado a la propia función social que desempeña y que esta es definida por los legisladores atendiendo a criterios muy diversos. Estamos ante un uso de la vivienda que sobrepasa la configuración civil y constitucional que se contempló originariamente y que requiere de una adecuada respuesta por las especiales implicaciones que tiene. Además, entiéndanse realizadas aquí, *mutatis mutandis*, las puntualizaciones que hicimos anteriormente acerca de la inadecuada técnica legislativa consistente en regular estas cuestiones a través de otras normas distintas a la "ley formal".

En este sentido, existe gran debate acerca de la constitución de este tipo de arrendamientos turísticos en las comunidades de propietarios y muchos vecindarios se han pronunciado en contra[32]. Entre otros, pueden producirse inconvenientes por el mal uso de los elementos comunes por el arrendatario que generan

32 Así, López Sánchez, C.: "Las viviendas de uso turístico en la Comunitat Valenciana. Una evidencia más del desorden legislativo", en AA.VV.: *Turismo, vivienda y economía colaborativa* (dir. P. A. Munar Bernat, M. A. Martos Calabrús, R. López San Luis y V. Bastante Granell), Aranzadi, Navarra, 2020, p. 73 señala que "El alquiler de viviendas de uso turístico está revolucionando el sector del alojamiento, con las consecuencias o externalidades que ello trae consigo, muchas de ellas de carácter negativo, siendo destacables las relacionadas con la convivencia entre vecinos".

problemática y no están exentos de discusión. Es por ello que muchos juristas han centrado su atención en estas disquisiciones para tratar de determinar si es posible prohibir las viviendas de uso turístico o supone una injerencia injustificada en el derecho de propiedad. No obstante, al aproximarnos a esta materia debemos evitar cometer un error que suele darse con cierta asiduidad. Como hemos destacado, es posible que estas viviendas generen ciertos conflictos y disputas[33], pero de ello no puede deducirse que se produzcan siempre y en cualquier caso. Una interpretación que considere que los arrendamientos turísticos suponen un elemento negativo *per se* es, a todas luces, infundada e irreal. Además, no puede perderse de vista que, en estos supuestos, nos encontramos ante una posible colisión de dos o más derechos de propiedad, todos dignos de protección. De un lado, el del propietario que quiere destinar su vivienda a estos fines y, de otro, el del resto de vecinos que ven perturbado su disfrute por este tipo de arrendamientos.

Una vez hecha esta aclaración, conviene que nos preguntemos sobre si los estatutos de una comunidad de propietarios pueden limitar el destino turístico de una vivienda[34]. Parece que, tras su aprobación por la citada comunidad, con su inclusión en este instrumento regulador y la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad se dispone de base suficiente para prohibir la constitución de nuevos inmuebles de uso turístico[35] (como se prevé para otros fines como, por ejemplo, los laborales).

Las comunidades autónomas, haciéndose eco de este hecho, han contemplado en sus regulaciones estas cuestiones. A modo de ejemplo, el artículo 68.6 del anterior Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico[36] señalaba que "El destino

33 En este sentido, Guillén Navarro, N. A.: "Capítulo 6. Viviendas de uso turístico y turismofobia", en AA.VV.: *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho español* (dir. A. M. De La Encarnación y A. Boix Palop), Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 178-179 pone de relieve los problemas que pueden generar estas viviendas, repercutiendo en el deterioro de la calidad de vida de los residentes.

34 Para un estudio completo y exhaustivo de la materia, *vid.* Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de derecho", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla y coord. M. García Mayo), Reus, Madrid, 2018, pp. 239-366.

35 En este sentido, *vid.* Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "Capítulo 4. Aspectos civiles", en AA.VV.: *Alquiler Turístico: Soluciones Jurídicas,* Francis Lefebvre, Madrid, 2018, p. 44.
No obstante, pueden plantearse diversas problemáticas derivadas del acuerdo de la junta de propietarios que limita el derecho de propiedad en este sentido. A modo de ejemplo, tales decisiones podrían impugnarse *ex* artículo 18 de la Ley 49/1960 por suponer un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo o por haberse adoptado con abuso de derecho. Imagínese que se pretende limitar únicamente el derecho de uno de los propietarios, permitiendo que el resto pueda constituir este tipo de arrendamientos.

36 A este respecto, el actual artículo 221-1 apartado quinto del Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de turismo de Cataluña ha modificado esta redacción y ha suprimido la cuestión relativa a las comunidades de propietarios. Así, prevé que "El destino de una vivienda de uso turístico debe ser compatible con la regulación de los usos del sector donde se encuentre situado y con la normativa civil que le sea de aplicación".

de una vivienda de uso turístico no es posible si está prohibido por la ordenación de usos del sector donde se encuentre o está prohibida por los estatutos de la comunidad debidamente inscritos en el Registro de la propiedad en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal". En principio, parece que suponía una verdadera intromisión en el derecho de propiedad que podría afectar a su contenido esencial. En este sentido, a la crítica referida a la técnica legislativa –se regula en un Decreto– se suma la discutible limitación en el citado derecho.

Sin embargo, "Aunque a priori parece que las normas citadas introducen una limitación a las facultades de uso y disposición del propietario, en realidad sólo se remiten a las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal y que podrían afectar, entre otros aspectos, al uso o destino, tanto del edificio como de los pisos o locales, y que conforman «un estatuto privativo», tal y como dispone el art. 5.3 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (BOE nº 176, de 23.7.1960) (en adelante, LPH). Así, en caso de que los estatutos de la comunidad incluyan una cláusula que prohíbe el uso turístico de las viviendas, está claro que los propietarios no podrán desarrollar tal actividad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 7.2 LPH. En cambio, a falta de una regla estatutaria en ese sentido, no habría ningún argumento para impedir, al menos en principio, el ejercicio de la actividad turística en las viviendas sometidas al régimen de propiedad horizontal[37]".

No obstante, como destaca la autora citada, alguna comunidad se ha excedido en este ámbito. Es el caso de la Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de Islas Baleares. En este sentido, destaca el artículo 50.7 párrafo segundo que "Si el título constitutivo o los estatutos no impiden la comercialización turística de las viviendas en los términos expuestos en el párrafo anterior, o estos no existen, es necesario, para llevar a cabo la comercialización turística, y solo a estos efectos, un acuerdo de la junta de propietarios en el cual la mayoría de personas propietarias, que al mismo tiempo constituyen la mayoría de cuotas de propiedad, acepten expresamente la posibilidad de comercialización turística de las viviendas, acuerdo que la mayoría misma puede modificar. En este supuesto, resulta de aplicación el régimen determinado en el artículo 17.7 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal. Este acuerdo se tiene que inscribir en el Registro de la Propiedad, con el fin de informar a terceras posibles personas adquirentes de viviendas".

En este punto, conviene diferenciar entre dos grandes cuestiones. Por un lado, se ha de tener en cuenta que el citado Real Decreto-ley 7/2019 modificó la mayoría exigible para la adopción de acuerdos en el ámbito de los arrendamientos turísticos. Así, el artículo 17.12 de la Ley 49/1960 –tras su última revisión– destaca

37 Mesa Marrero, C.: "Las viviendas", cit., p. 26.

que "El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos". Por lo tanto, la norma sectorial se ha quedado desfasada en este punto. No hay que perder de vista que la ley estatal es imperativa en este ámbito y consideramos que tiene preferencia sobre las disposiciones autonómicas en tanto en cuanto estos extremos pueden afectar al contenido esencial del derecho de propiedad. De alguna forma, el legislador estatal ha querido garantizar el derecho exigiendo una mayoría reforzada para imponer estas limitaciones.

Además, resulta discutible que la prohibición de estos arrendamientos suponga una mera limitación o condicionante en el ejercicio de la actividad. Desde nuestra perspectiva, el precepto estatal está pensando en aquellas situaciones en las que la junta de propietarios pretenda excluir, por ejemplo, la utilización de ciertas instalaciones –como el ascensor– o servicios de la comunidad[38]. Igualmente, como destaca el citado artículo en su inciso *in fine,* tal mayoría es necesaria para imponer cuotas especiales o incrementos en la participación en los gastos comunes –con la limitación, en este último caso, del 20%–. De este modo, como arriba destacamos, se precisa que la privación de la posibilidad de arrendar la vivienda con fines turísticos conste en los estatutos y se inscriba en el Registro de la Propiedad[39].

Asimismo, surge la duda de si puede aplicarse retroactivamente, esto es, si es posible restringir el derecho de propiedad de aquellas viviendas que ya se están empleando para estos menesteres. Para las limitaciones previstas en el artículo 17.12 de la Ley 49/1960 parece evidente que no es posible si tenemos en cuenta el tenor literal del propio precepto. Por su parte, el artículo 17.6 de la misma norma no se pronuncia al respecto. No obstante, entendemos que tampoco puede

38 En iguales términos, *ibid*., p. 30.

39 En este sentido, hay que tener en cuenta que para estos acuerdos el artículo 17.6 de la Ley 49/1960 exige la unanimidad. Así, destaca el citado precepto que "Los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación". En contra se manifestó la citada Resolución de 19 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la que se señaló que para prohibir este tipo de arrendamientos se requiere del voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.

aplicarse con tal carácter, máxime porque supone una mayor conculcación del derecho de propiedad.

En otro orden de cosas, podría plantearse si la comunidad autónoma dispone de competencia suficiente para desarrollar estas cuestiones. En este sentido, sería necesario analizar si existe base suficiente en este Derecho sectorial y si, en su caso, si encontramos conexión con otras instituciones allí recogidas. Con todo, entendemos que estas medidas afectan al derecho de propiedad, esto es, a su contenido esencial. Por lo tanto, desde nuestra perspectiva, esta medida excede las competencias autonómicas y supone una injerencia inconstitucional.

Por último, parte de la doctrina se ha manifestado contraria a la prohibición, por parte de ciertas medidas autonómicas, de la cesión por estancias de la vivienda[40]. Igualmente, el Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 19 de julio de 2018[41] se pronuncia en estos términos al señalar que "este requisito constituye una barrera de entrada al mercado y limita el número de plazas de alojamiento ofrecidas en el mercado" y que "Esta posibilidad forma parte del propio marco de la libertad personal y libertad de empresa e implica una asignación más eficiente, desde un punto de vista tanto estático como dinámico, de los recursos infrautilizados (en este caso, las estancias no habitadas/utilizadas de la vivienda)". A modo de ejemplo, destaca el artículo 3 del Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón que "Las viviendas de uso turístico deberán ser cedidas al completo y no se permitirá la cesión por estancias". Otras, sin embargo, solo lo permiten si el propietario de la vivienda habita en la misma. Se plantea en este ámbito la discusión acerca de si estamos ante verdadera limitación del citado derecho de propiedad o ante una mera exclusión del ámbito de aplicación –que derivaría en la aplicación de la ley estatal a estos negocios–. Estamos ante una cuestión muy controvertida y de difícil solución. Desde nuestra perspectiva, entendemos que, como señalamos anteriormente, no tiene excesivo sentido que al arrendamiento de la totalidad de la vivienda se apliquen las normas sectoriales y al de estancias la Ley 24/1994 cuando en ambos casos los fines para los que se destina el inmueble son idénticos.

40 Mesa Marrero, C.: "Las viviendas", cit., pp. 32-34.

41 Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 19 de julio de 2018 (E/CNMC/003/18). Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/2133063_2.pdf (fecha de última consulta 16.08.2021).

III. ALGUNOS DE LOS BENEFICIOS E INCONVENIENTES DERIVADOS DE LA MULTIPLICIDAD DE REGULACIONES: PRINCIPALES CONCLUSIONES.

Como se ha destacado anteriormente, estamos acudiendo a un aumento exponencial de la economía colaborativa y, dentro de la misma, al alojamiento turístico[42]. En este momento, conviene que nos preguntemos acerca de los beneficios e inconvenientes de la existencia de una pluralidad de legislaciones sectoriales de viviendas de uso turístico, en suma, de una situación de dispersión normativa. En primer lugar, es innegable que, en ciertos territorios, por sus especiales características y peculiaridades, se precisa de una regulación concreta y diferente (autonómica y/o municipal). En este sentido, este hecho repercute en la clase de turismo que se lleva a cabo en la comunidad: como se comprenderá, no es similar si estamos ante un lugar de costa o de interior. Asimismo, la oferta cultural o de ocio que se ofrezca también influirá notablemente tanto en la cantidad como en el tipo de visitas turísticas que se realicen. Además, la unificación estatal encuentra un problema añadido, pues en esta materia ya se han aprobado normas en todas las regiones, por lo que retirar una competencia que se ha asumido y ejecutado dificulta la posible intervención de los poderes centrales.

No obstante, lo cierto es que pueden establecerse ciertos inconvenientes derivados de la multiplicidad de regímenes jurídicos dentro del país. Quizás uno de los más evidentes (y predicable de otros muchos ámbitos) sea la desigualdad territorial que se genera, ya que en función del lugar donde se halle el inmueble se aplicará una regulación u otra y, con ello, unos requisitos y unas exigencias distintas. Por otro lado, como se destacó anteriormente, puede verse resentida la economía nacional al perderse una importante fuente de ingresos derivada de la reducción de la inversión en este ámbito. Los excesivos trámites, autorizaciones y licencias que se contemplan en algunas de las normas autonómicas inciden, sin duda, en este sentido. Sin embargo, tampoco puede perderse de vista que la economía no puede redactar el Derecho. Obviamente, este extremo debe tenerse en cuenta porque representa un aspecto muy relevante de la sociedad, pero ello no puede confundirse e interpretarse de tal modo que pase a representar la razón última de la política legislativa.

En otro orden de cosas, la ingente cantidad de regímenes puede contribuir a que se produzca un desconocimiento del ordenamiento y, por tanto, inseguridad jurídica. Si el estudio en este campo es para un jurista una labor titánica, imagínese

42 Este hecho no solamente se ha ocurrido en España, sino que se ha producido paralelamente en otros países. A modo de ejemplo, para observar este fenómeno en Alemania, EEUU o en Francia, *vid.,* respectivamente, Meller-Hannich, C.: *Wandel der Verbraucherrollen. Das Recht der Verbraucher und Prosumer in der Sharing Economy,* Duncker & Humblot, Berlín, 2019; Miller, S. R.: "First principles for regulating in the sharing economy", *Harvard Journal on Legislation,* 2016, vol. 53; Molz, J. G.: "Social networking technologies and the moral economy of alternative toruism: the caso of couchsurfing.org", *Annals of tourism research*, 43, pp. 210-230; AA.VV.: *Code du Tourisme. Annoté & commenté,* Dalloz, 14ª ed., Paris, 2020.

para un lego en Derecho, para la ciudadanía de a pie. Igualmente, la diferente técnica legislativa empleada por las autoridades sectoriales favorece este aspecto, ya que ni la propia terminología es coincidente en cada caso. Asimismo, del análisis de las regulaciones autonómicas se desprenden, al menos, varias cuestiones. Por un lado, que en muchas comunidades no se hace distinción entre particulares y profesionales, esto es, si la actividad de arrendar viviendas de uso turístico aparece como una actividad económica. En este sentido, firmemente creemos que los requisitos en una u otra situación no pueden ser idénticos. Rápidamente se entenderá que no puede compararse el propietario que arrienda una vivienda con la mercantil que lleva a cabo diversos negocios jurídicos en este campo. El principio de igualdad está compuesto por dos vertientes e implica tanto el trato igualitario en escenarios equivalentes como de forma dispar en situaciones que no son similares. De hecho, la propia normativa aplicable a las relaciones que surgen también puede verse afectada, ya que podría adquirir vigencia el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Además, el régimen de precios no se encuentra, en ningún punto, limitado por las legislaciones autonómicas. En algunos supuestos esta ausencia de regulación ha derivado en relaciones abusivas donde la parte arrendadora ha establecido unas condiciones leoninas y de todo punto injustas. Por ello, se hace necesario que se marquen ciertas directrices en este ámbito, marcando ciertas pautas para evitar estas situaciones. En este punto, la normativa de protección de consumidores y usuarios (estatal o autonómica) debe resultar aplicable y, por tanto, las medidas tuitivas de la parte más débil. A todo ello hay que anudar una circunstancia. Históricamente estos servicios se han prestado por otros sectores –el hotelero en los arrendamientos de vivienda o del taxi para los desplazamientos[43]– y puede producirse un tratamiento desigual con los nuevos prestadores. Las condiciones que se exigen a estos colectivos para desarrollar la profesión distan, en muchos casos, de los que se solicitan para el turismo colaborativo. De nuevo, conviene traer a colación la diferenciación entre profesionales y particulares. Quizás si estamos ante este último estas distinciones están justificadas, pero las razones pueden disiparse si se trata de los primeros. No puede obviarse que el servicio que se oferta es, cada vez, más similar a los tradicionales –piénsese que al alojamiento se suelen anudar otras prestaciones como la limpieza o la alimentación–. De este modo, la aproximación entre ambos campos debe ir acompañada de una semejanza en el Derecho aplicable.

43 En este sentido, otro ámbito que se ha visto especialmente afectado por este tipo de consumo ha sido el sector del transporte. Para más información sobre este particular, *vid.* Boix Palop, A., De La Encarnación, A. M., Doménech Pascual, G. *et al.*: *La regulación del transporte colaborativo*, Aranzadi, Navarra, 2017.

No obstante, resulta muy complicado aventurar una solución adecuada y justa en este terreno. En este sentido, inciden transversalmente principios que, en ocasiones, son contradictorios y no permiten ofrecer una respuesta inequívocamente acertada. Como hemos tenido ocasión de comprobar, encontramos tres entes –Estado, comunidades autónomas y municipios– distintos que aprueban disposiciones igualmente diferentes. Todo ello, provoca que nos movamos en un campo con gran dispersión normativa y que precisa de cierta coordinación. Desde nuestra perspectiva, el poder legislativo nacional, en ejecución de su competencia sobre política económica, debería marcar unas bases que asegurasen la igualdad y a partir de las cuales las comunidades, en atención a sus peculiaridades, pudieran determinar las especificaciones oportunas. Por su parte, las entidades locales tendrían que desarrollar y completar ambas regulaciones, ya que, por su especial situación, pueden descender a detalles y concreciones que desde otros ámbitos no es posible.

BIBLIOGRFÍA

AA.VV.: *Code du Tourisme. Annoté & commenté,* Dalloz, 14ª ed., Paris, 2020.

Aguiló Pérez, E. y Antón Clavé, S.: "El turismo como sector impredecible: el reto de asegurar la competitividad y la sostenibilidad", en AA.VV.: *20 retos para el turismo en España* (coord. E. Aguiló Pérez y S. Antón Clavé), Pirámide, Madrid, 2015, pp. 369-384.

Arias Díaz, M. D.: "Lección 8. El régimen jurídico del aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico", en AA.VV.: *Lecciones de Derecho turístico,* Tecnos, Madrid, 2018, pp. 143-148.

Aznar Traval, A.: *Economía Colaborativa, Alojamiento y Transporte,* Aranzadi, Navarra, 2017.

Boix Palop, A., De La Encarnación, A. M., Doménech Pascual, G. *et al.*: *La regulación del transporte colaborativo*, Aranzadi, Navarra, 2017.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "Capítulo 4. Aspectos civiles", en AA.VV.: *Alquiler Turístico: Soluciones Jurídicas,* Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 41-61.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de derecho", en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla y coord. M. García Mayo), Reus, Madrid, 2018, pp. 239-366.

Contreras Delgado De Cos, J. M., Silos Ribas, M. y Sobrino Ruiz, M.: "La economía colaborativa en los sectores regulados (V). Alojamientos turísticos", en AA.VV.: *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dir. R. Alfonso Sánchez y J. Valero Torrijos), Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 342-360.

Delgado Piqueras, F.: "Los registros administrativos, informáticos y telemáticos en España", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2005, núm. 26, pp. 11-52.

García-Escudero Márquez, P.: *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de las leyes?,* Civitas, Navarra, 2010.

Guevara Plaza, A.: "El turismo ante el avance de las tecnologías de la información y la comunicación", en AA.VV.: *20 retos para el turismo en España* (coord. E. Aguiló Pérez y S. Antón Clavé), Pirámide, Madrid, 2015, pp. 75-91.

Guillén Navarro, N. A.: "Capítulo Introductorio. La vivienda con un uso turístico: entre el turismo «colaborativo» y la competencia desleal. Pequeños

propietarios, grandes plataformas en internet y la respuesta normativa ante el caos regulatorio" en AA.VV.: *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla y coord. M. García Mayo), Reus, Madrid, 2018, pp. 19-54.

Guillén Navarro, N. A.: "Capítulo 6. Viviendas de uso turístico y turismofobia", en AA.VV.: *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho español* (dir. A. M. De La Encarnación y A. Boix Palop), Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 171-186.

Horrach Armo, J. G.: "La influencia de la economía colaborativa en el comercio electrónico. Especial referencia al turismo P2P", en AA.VV.: *Hacia una Justicia 2.0. Actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática* (dir. I. Bueno de Mata y coord. F. González Pulido), Ratio Legis, Salamanca, 2016, pp. 325-340.

Jarne Muñoz, P.: *Economía colaborativa y plataformas digitale*s, Madrid, Reus, 2019.

López Sánchez, C.: *El condohotel. Régimen jurídico privado*, Reus, Madrid, 2019.

López Sánchez, C.: "Las plataformas digitales vinculadas a la economía colaborativa: de la simple intermediación a la prestación del servicio subyacente", *RDP*, 2019, núm. 6, pp. 79-116.

López Sánchez, C.: "Las viviendas de uso turístico en la Comunitat Valenciana. Una evidencia más del desorden legislativo", en AA.VV.: *Turismo, vivienda y economía colaborativa* (dir. por A. Munar Bernat, M. A. Martos Calabrús, R. López San Luis y V. Bastante Granell), Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 73-88.

Meller-Hannich, C.: *Wandel der Verbraucherrollen. Das Recht der Verbraucher und Prosumer in der Sharing Economy,* Duncker & Humblot, Berlín, 2019.

Mesa Marrero, C.: "Las viviendas de uso turístico y la cuestión competencial en materia civil", *InDret*, 2019, núm. 3, pp. 1-43.

Miller, S. R.: "First principles for regulating in the sharing economy", *Harvard Journal on Legislation,* 2016, vol. 53.

Molz, J. G.: "Social networking technoligies and the moral economy of alternative toruism: the caso of couchsurfing.org", *Annals of tourism research*, 43, pp. 210-230.

Montero Pascual, J. J.: "La regulación de la economía colaborativa", en AA.VV.: *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 23-65.

Ortí Vallejo, A., Rubio Gimeno, G. *et al.*: *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas generales y sectoriales*, Navarra, Aranzadi, 2019.

Ortiz Fernández, M.: "Los títulos competenciales en materia de arrendamientos de viviendas de uso turístico en España: dispersión normativa e inseguridad jurídica", en AA.VV.: *Turismo, vivienda y economía colaborativa* (dir. P. A. Munar Bernat, M. A. Martos Calabrús, R. López San Luis y V. Bastante Granell), Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 61-78.

Pulido Fernández, J. I.: "Cadena de valor del turismo y desarrollo económico a escala local y regional", en AA.VV.: *20 retos para el turismo en España* (coord. E. Aguiló Pérez y S. Antón Clavé), Pirámide, Madrid, 2015, pp. 351-368.

Ribera Blanes, B.: "Condiciones y términos de uso de Airbnb a examen: ¿cumplen estas condiciones las normas comunitarias en materia de protección de los consumidores?", en AA.VV.: *Turismo, vivienda y economía colaborativa* (dir. P. A. Munar Bernat, M. A. Martos Calabrús, R. López San Luis y V. Bastante Granell), Aranzadi, Navarra, 2020, p. 480-495.

Rodríguez Marín, S., Muñoz García, A. *et al.*: *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018.

Sánchez Rivero, M. *et al.*: "Tercera parte. Coyuntura de las comunidades autónomas", en AA.VV.: *La actividad turística española en 2015. Edición 2016,* Editorial Síntesis, Madrid, 2016, pp. 161-343.

Sánchez Tornel, V. M. y Perona Guillamón, M.: "La tecnología como instrumento de la economía colaborativa: sus implicaciones jurídicas", en AA.VV.: *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (dir. R. Alfonso Sánchez y J. Valero Torrijos), Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 95-117.

Santagata, R.: *Diritto del turismo*, UTET Giuridica, 2ª Ed., Milano, 2018.

LA PRETENDIDA "REALIDAD" DEL COMODATO

THE SO-CALLED "REALITY" OF THE COMODATO

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2264-2295

Isabel J.
RABANETE
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: La transcendencia de incluir el comodato entre los contratos reales o los consensuales es ineludible, pues de ello dependerá la determinación del momento en el cual el contrato se perfecciona y la fijación, por tanto, del momento a partir del cual puede exigirse el cumplimiento de las obligaciones de las partes.

PALABRAS CLAVE: Comodato; causa del contrato; gratuidad; onerosidad; realidad.

ABSTRACT: *The importance of including the comodato among the actual or consensual contracts is inescapable, since it will depend on the determination of the moment in which the contract is perfected and the determination, therefore, of the moment from which the performance of the obligations of the parties can be demanded.*

KEY WORDS: *Commodatum, cause of the contract; gratuity; onerousness; commodatum reality.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS REALES: ANTECEDENTES HISTÓRICOS.- III. LA TESIS TRADICIONAL: INTENTOS DE JUSTIFICACIÓN DE LA "CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS REALES".- 1. El principio nisi re tradita ulla obligatio de re reddenda contrahi non potest como justificación de la categoría.- 2. El precontrato de contrato real.- 3. El acuerdo consensual de contrato real configurado como contrato consensual atípico.- 4. La gratuidad como fundamento de la "categoría de los contratos reales".- IV. LA FUNCIÓN DE LA ENTREGA EN LOS LLAMADOS "CONTRATOS REALES".- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Puede parecer obvio que el primer problema que se plantee en una indagación como esta sea precisar y delinear la naturaleza jurídica del contrato de comodato. En concreto, considero de interés esclarecer cuáles deban ser las observaciones a tener en cuenta para configurar el comodato como un contrato real o consensual, ello por la importancia que reviste en cuanto a los efectos que puede producir. La transcendencia de incluir el comodato entre los contratos reales o los consensuales es ineludible, pues de ello dependerá la determinación del momento en el cual el contrato se perfecciona y la fijación, por tanto, del momento a partir del cual puede exigirse el cumplimiento de las obligaciones de las partes.

Admitir la configuración consensual del comodato, supone incluirlo en la categoría de los contratos que se perfeccionan por el libre consentimiento de las partes, de forma que es este el momento a partir del cual el contrato desplegará todos sus efectos obligatorios y reales[1], pudiendo exigirse el cumplimiento de las prestaciones de las partes.

Sin embargo, no es esta la opinión más generalizada, sino al contrario. La mayoría de la doctrina[2] defiende la necesidad de la entrega de la cosa objeto del

1 Es decir, traslativos del derecho de que se trate.

2 Son muchos los autores que integran la llamada "doctrina tradicional", en tanto que admiten la realidad de los contratos de comodato, mutuo, depósito y prenda. Entre ellos podemos destacar a Pothier, R. J.: "Traté du prêt a usage", en *Oeuvres.* T. XIII, Bruselas, 1831, p. 4. Domat, M.: *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, T. I, París, 1777, pp. 107-108. troplong: "Du prêt a usage ou commodat", en *Commentaire Du prèt, du depot, du séquestre et des contrats aléatoires*, Bruselas, 1845, p. 79. Laurent, F.: *Principes de Droit civil français,* T. XXVI, París, 1893, p. 460. Aubry et Rau: *Cours de droit civil français*, T. VI, 5ª edición, París, 1920, p. 96. Huc, T.: "Du prèt a usage ou commodat", en *Commentaire Théorique et practique du Code civl,* T. XI, París, 1898, p. 204. Planiol, M - Ripert, G.: *Traité élémentaire de Droit civil.* T. XII, París, 1926, p. 697. Locrè: Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des codes français, Bruselas, 1936, p. 270. Fuzier-Herman: "Du Prêt", en *Code civil annoté,* T. VI, París, 1949, p. 454.
También la doctrina italiana, en su mayoría, pero con excepciones, opinan que el comodato es un contrato real, entre otros, podemos citar a Borsari, L.: *Del comodato*, en *Commentario del codice civile italiano*, s/f, pp. 95 ss. De Tilla, M.: "Il Diritto Immobiliare", en *Trattato sistematico di giurisprudenza ragionata*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 675. Miccio, R.: *Dei singoli contratti e delle altre fondi delle obbligazioni,* Torino, 1959, pp. 65

• Isabel J. Rabanete Martínez
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Mercantil en la Universitat de València. Correo electrónico: isabel.rabanete@uv.es

contrato para la perfección del mismo, de modo que solamente en el momento de la entrega se entenderían nacidas las obligaciones de las partes, incluyendo el comodato en la categoría de los llamados "contratos reales". Esta afirmación concuerda con una ininterrumpida tradición histórica que ha negado siempre la eficacia jurídica vinculante del mero consenso entre las partes, aferrándose a lo que se ha dado en llamar "la categoría jurídica de los contratos reales", en muchas ocasiones resucitando los antiguos parámetros que marcó el Derecho romano en atención a este tipo contractual.

Es cierto que en el Derecho romano el comodato, junto al mutuo, depósito y prenda, se incluía en la llamada "categoría de los contratos reales". Sin embargo, esta clasificación ha perdido en el derecho moderno gran parte de su valor[3] si tenemos en cuenta que nuestro Código Civil proclama, en sus arts. 1254[4] y 1258, la consensualidad de los contratos como norma general que rige nuestro ordenamiento, de forma que el consentimiento actuaría como factor desencadenante de la eficacia del contrato.

ss. De Ruggiero, R.: *Instituciones de derecho civil,* traducción de la 4ª edición italiana por Serrano Suñer y Santacruz Teijeiro, T. II, Vol. 1º, Madrid, 1977, p. 440. Luminoso, A.: "I contratti tipici e atipici", en *Tratatto de diritto privato* (coord. Giovanni Iudica y Paolo Zatti), 1995, p. 644. Giampiccolo, G.: "Comodato e mutuo"*,* en *Trattato di diritto civile,* Milano, 1972, p. 4. TETI, R.: "Voz Comodato"*, Digesto delle discipline privatistiche*, Vol. III, Torino, 1988. Carresi, F.: *"Il Comodato come rapporto di cortesia", Rivista Trimestrale di Diritto* e *Procedura Civile,* Milano, 1949; ID. "Il Comodato", en *Trattato di Diritto Civile Italiano,* diretto da Vassalli, Vol. VIII, 2, Torino, 1957, p. 14 ss. Natoli, U.: *I Contratti reali,* Giuffrè, Milano, 1975, pp. 17 ss.
En nuestra doctrina son muchos los autores que entienden que subsiste la categoría de los contratos reales. En este sentido, entre otros, Romero Girón, V. y García Moreno, A.: "Textos y comentarios al Código Civil"*,* en *Colección de las instituciones jurídicas y políticas de los pueblos modernos.* T XIII. Madrid, 1889, pp. 45 ss. Valverde y Valverde, C.: *Tratado de Derecho Civil Español,* T. III., Valladolid, 1920, p. 451, Sánchez román.: *Estudios de Derecho Civil.* T. IV, Madrid 1899, p. 836 ss., Clemente De Diego, C.: *Instituciones de Derecho Civil Español,* T. II, Madrid, 1930, pp. 262 ss. Gutiérrez, B.: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español.* T. V. Madrid 1.878. Manresa Y Navarro, J. Mª.: *Comentarios al Código Civil Español,* T. XI, Madrid, 1972. Ossorio Morales, J.: "Notas para una teoría general del contrato", *Revista de Derecho Privado,* T. XLIX, enero - diciembre 1965, Madrid; y también en *Lecciones de Derecho civil*, Granada, 1956, p. 215 ss., entiende que "los contratos reales que eran en el Derecho romano, el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda, siguen siéndolo hoy". En la misma línea de pensamiento podemos citar, entre otros, a Martínez Ruiz, A.: *"El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo",* T. X, Madrid, 1908, p. 249. Moro Ledesma, S.: "El precontrato"*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Madrid, 1934.

3 Diez-Picazo Ponce De León, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial,* Vol. I, Madrid, 1996, p. 139.

4 Establece el art. 1254 CC que: "el contrato existe desde que una o varias personas consienten en *obligars*e, respecto de otro y otras, *a dar alguna cosa* o prestar algún servicio". Este precepto debe ponerse en relación con el art. 1258 del mismo cuerpo legal, que establece que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley", en cuanto ambos se ocupan de la perfección de los contratos.
Corroborando lo anterior, la STS 9 febrero 1977 (JC 1977, 41) dijo que "los arts. 1254 y 1258 vienen a consagrar el principio, ya establecido de forma firme en el Ordenamiento de Alcalá, de que de cualquier forma que una persona quiera quedar obligada, queda obligada. Los mencionados preceptos - añade la sentencia - establecen el momento de perfección de los contratos".
Por lo tanto, debemos entender, con Roca Guillamón, J.: *Comentarios al código civil y compilaciones forales*., dirigidos por Albaladejo, T XVII, Vol. 1-A, Edersa, Madrid, 1993, (comentario al artículo 1258 del CC), p. 440, que "estos preceptos se aplican a todo tipo de contratos, sean típicos o atípicos, pues, aunque la naturaleza del contrato pueda coincidir o no con un tipo determinado contractual, no por ello dejarían de producirse las consecuencias del art. 1.258".

Así, si tenemos en cuenta que afirmar la realidad del comodato implica: por una parte, negar la existencia del contrato hasta la entrega de la cosa, así como negar la posibilidad de cualquier actuación coercitiva contra el comodante para que efectúe el préstamo; y, por otra parte, obviar la regla general de consensualidad que rige nuestro sistema contractual; resulta complicado, por tanto, defender la realidad de determinados contratos.

Al objeto de este estudio, considero de interés realizar una breve referencia acerca de cuáles son y han sido las teorías seguidas por nuestra doctrina para defender esta categoría contractual. Para ello es imprescindible estudiar el proceso histórico del instituto, esto es, como nació y como fue en el derecho romano. Así, como también, será preciso detallar cuáles han sido las causas que me han llevado a declarar la insuficiencia de las tesis que defienden la supervivencia de la categoría de los contratos reales.

II. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS REALES: ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

La categoría de los contratos reales es consecuencia de un proceso que culminó en el derecho justinianeo. El origen más remoto del comodato no se encuentra en la esfera de lo jurídico, sino más bien en la esfera de lo social, donde imperaban las leyes de la moral, basadas en un sentimiento de amistad y confianza[5].

En la primera época romana, el comodato es entendido como una relación de favor y cortesía en la polis, y como un negocio de la práxis social, cuya función económico-social era la de consentir el préstamo de uso gratuito normalmente entre personas vinculadas por relaciones de amistad. Así, la terminología del comodato debe su origen a una esfera de relaciones que se desenvolvían en el terreno meramente social y familiar, bajo un clima de absoluta libertad, sin intervención alguna del derecho[6].

5 Ferrini, C.: "Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano", *Archivio giuridico,* Pisa, 1894, pp. 480 ss.

6 En este sentido, Santarelli, U.: *Commodo utentis datum,* Milano, 1972, pp. 5-7, al tratar los orígenes del comodato afirma que "el ordenamiento romano, en un principio, se desvinculó de este tipo contractual, por ser este un negocio que se perfilaba en el ámbito social, sin transcendencia alguna jurídica, pues era gobernado por las reglas de la amistad y la cortesía".
El commodatum, a pesar de no ser un negocio regulado todavía por el derecho, estaba perfectamente perfilado y asumido en la sociedad romana. De hecho, los romanos utilizaban términos distintos según se tratara del préstamo de bienes muebles o de bienes inmuebles.
Pastori, F.: *Il commodato nel diritto romano,* Milano, 1954, pp. 9 ss., estudia las diferencias que se establecían entre el término utendum dare, que era aquel que utilizaban para designar al préstamo de muebles y que se empleaba cuando querían dar relevancia al elemento del uso, y el término commodare, que era el utilizado para nombrar aquéllos en los que la causa primordial por la que conferían el préstamo era la amistad y la benevolencia, y querían, por este motivo, resaltar el elemento de gratuidad que imperaba en el negocio. Normalmente, el término commodare era utilizado para referirse al préstamo de bienes muebles, pues era éste el más usual en la época romana.

Las fuentes literarias republicanas hablan del comodato sin particular referencia a su encuadre jurídico, y tampoco las fuentes jurídicas preclásicas parecen dar una solución jurídica a este instituto[7]. Será en la época clásica cuando aparecerá el comodato, junto al mutuo y la prenda, entre las causas de crédito no contractuales. No se trataba, por tanto, de contratos, sino de causas de una acción crediticia[8], de "actos" donde el Pretor debía juzgar si el demandado debía tal cantidad o tal cosa al demandante.

Por consiguiente, el contrato real es un novum genus, totalmente extraño a la jurisprudencia romana clásica[9], que tan solo distinguió entre creditum, siguiendo la rúbrica del pretor. Será más tarde cuando Gayo, aprovechando la tripartición de las causas del creditum, estableció una distinción entre obligaciones, según hubieran sido contraidas re, verbis, litteris o consensu; forjó un tipo de obligación sobre la base del mutuo, las obligatio re contracta, considerando que tal obligación se contraía con la entrega de la cosa[10]. De esta suerte, y aunque Gayo no había nombrado al comodato entre las obligaciones que se contraían con la datio[11], en la época postclásica y bizantina se incluyó al comodato entre los llamados "contratos reales" [12].

La teoría de la realidad de estos contratos no murió con el derecho romano, sino que fueron los glosadores y postglosadores los que se encargaron de reproducir la división gayana de los contratos, según que estos se concluyeran re, verbis, litteris o consensu[13].

7 Segrè, G.: *Di buona fede di commodato e di pegno,* Napoli, 1906, pp. 6-7.

8 En el derecho romano clásico había dos tipos de actos que engendraban obligatio: los que daban lugar a una acción crediticia que eran actos: y aquellos otros negocios que engendraban acciones bilaterales o acciones *in* factum, que eran propiamente *contractus.* Entre las acciones crediticias, se distinguieron tres causas; pecunia data; pecunia stipulata; y pecunia expensa lata. Así, la tripartición clásica de las causas del creditum eran datio, stipulatio y espensilatio.
El comodato y la prenda, en esta época "no tuvieron más que una acción pretoria, similar a la condictio, por lo que en ningún momento se consideraron contractus" El comodato se encontraba entre las causas del creditum que eran considerados "actos", pero no eran en sentido estricto "contratos". El acreedor pignoraticio y el comodatario eran, por lo tanto, deudores crediticios (D'ors, A.: *Epigrafía jurídica romana,* Madrid, 1953, pp. 437-438. Id.: "Apostillas sobre la formación histórica de los tipos contractuales romanos", *Revista de Derecho Notarial,* núms. XXV-XXVI, Madrid, 1959).

9 Jordano Barea, J.B.: "La categoría de los contratos reales", Barcelona, 1958, p. 21.

10 Afirma, Ballarín Hernández, R.: *El cobro de lo indebido. Perfiles institucionales y eficacia traslativa,* Madrid, 1985, pp. 135-136 que como consecuencia de la construcción gayana aparecieron los contratos reales, que precisaban de la presencia de la entrega, no como efecto obligatorio del contrato, sino al contrario, como fundamento del mismo. "No se trataba - añade el autor - de una entrega *solvendi causa*, sino de una entrega *contrahendi vel obligandi causa".* Así, "la contractualización de esta especie se mantiene a base de interpretar la entrega como expresión del consentimiento. Es en el consentimiento, en su eficacia tasada y en su inspiración intencional, donde había que investigar el alcance transmisivo de tal conducta de entrega".

11 Scherillo, G.: "Voz Comodato" (diritto romano), *Enciclopedia del diritto,* Milano, 1960.

12 D, 44, 7, 1.

13 Besta, E.: *Le obbligazioni nella Storia del Diritto italiano*, Padua, 1936, p. 79, explica cómo los glosadores insistieron en la vieja distinción romana de los contratos. Pero, admite que algunos juristas de esta época dudaron de la existencia de la categoría de los contratos reales, aunque no fue más allá que una simple duda, admitiéndose una vez más la necesidad de entrega en los contratos de comodato, mutuo, depósito y prenda.

Los juristas del derecho intermedio, debido a la enorme influencia del Corpus iuris civilis, considerado como el texto legal por excelencia, ni siquiera pusieron en duda la categoría de los contratos reales. Al contrario, siguieron manifestando que la entrega de la cosa era elemento integrador del consentimiento y esencial para la formación de los contratos conocidos con el nombre de reales[14]. Todos ellos sostenían que el mero consentimiento no bastaba para dar vida al contrato.

Con la Escuela del derecho natural se planteará por primera vez el problema de la formación de los contratos reales. Los juristas de esta Escuela reconocieron el principio general de que bastaba el simple consentimiento de las partes para dar vida al contrato. Apoyándose en este principio comenzaron a plantearse la posibilidad de que también los contratos llamados reales pudieran perfeccionarse por el solo consentimiento. No obstante, y pese al principio consensualista admitido por esta Escuela, sus juristas entendieron que la relación jurídica que nace del acuerdo de las partes (formado por el simple consentimiento) no es un comodato, sino un simple pactum de commodando[15]. La diferencia estriba en que por el comodato el comodatario queda obligado a restituir la cosa, mientras que por el pactum de commodando el promitente está obligado a prestar a otro el uso de la cosa[16].

La problemática planteada ya en la Escuela del derecho natural sobre la admisión de la categoría de los contratos reales y la imposición del principio consensualista como regla general que debía regir toda relación jurídica, se puso de relieve en el derecho histórico español[17]. Así, la Ley única del Título XVI del Ordenamiento de Alcalá, declaraba que "paresciendo que se quiso un ome obligar à otro por promision, ò per algund contracto ò en alguna otra manera, sea tenudo de aquellos à quienes se obligò, è non pueda ser puesta excebcion que non fue fecha estipulacion, que quiere decir: prometimiento con ciertas solepnidades del

14 Pastori, F.: cit., pp. 23 ss.

15 Bartolus A Saxoferrato: *Iuris gentium. De pactis,* pr., afirma que el *pactum de commodando* no puede entenderse como *contractus nominatus*. El mero consenso no equivale al comodato en su figura típica... es la entrega de la cosa comodada la que hace nacer el comodato. cit. por Santarelli, U.: *Commodo utentis datum,* cit., p. 92.

16 Heineccio: *Operum ad universam iurisprudentiam*, T.VIII, Nápoles, 1775, Cap. XIII, nº 342. cit. por Jordano Barea, J. B.: cit., p. 29.

17 Los llamados "contratos reales" no tuvieron especial regulación en las legislaciones anteriores a la Partidas. Así, en el Fuero Juzgo el contrato de comodato aparece confundido con el mutuo y el depósito, regulándose en el Tít. V, lib. V. Con más exactitud lo regula el Fuero Real en su Tít. XVI, lib. III, y en algunos fueros municipales se desdibuja esta figura, aunque la nota general de estos es que omitan su regulación, no precisamente porque el comodato fuese desconocido, sino que debió quedar su regulación a las normas consuetudinarias, pues como bien dice Gutiérrez Fernández, B: cit., p. 203, "no es verosímil que las familias se privasen de este recurso, porque ninguna se basta a sí misma y el hombre más abundoso ha de necesitar alguna vez tomar prestadas las cosas de su vecino". Vid. en este sentido y con referencia al comodato el apartado "la gratuidad como elemento esencial del contrato de comodato. Antecedentes históricos".
Encontramos la primera nota del principio general de consensualidad en la Partida V, Tít. XI, Ley 1ª, que declara "promision es otorgamiento que fazen los omes unos con otros: por palabras: e con intención de obligarse, auiniendose sobre alguna cosa cierta, que deuen dar, o fazer unos a otros. E tiene gran pro, a las gentes quando es fecha derechamente e con razon. Ca asseguran los omes los unos a los otros, lo que prometen e son tenudos de lo guardar...".

derecho; ò que fue fecha la obligacion del contracto entre absentes; ò que fue fecha à Escribano publico, ò à otra persona privada en nombre de otro entre absentes; ò que se obligò uno de dar, ò de façer alguna cosa à otro; mas que sea valedera la obligacion ò el contracto que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar à otro, è façer contracto con el"[18]. De este modo se rompía con la cuatripartición romana de los contratos reales, y se establecía la consensualidad como principio general de perfección de los contratos.

Sin embargo, la categoría de los contratos reales no fue olvidada por los juristas europeos, sino que se consagró en la codificación civil europea a través de la influencia que las doctrinas de Domat y Pothier ejercerán en el Code Napoleón, prototipo de la mayor parte de los Códigos europeos y americanos. Así, y fieles a la tradición romanista, estos autores defenderán la realidad de los contratos de mutuo, comodato, depósito y prenda, sentando su tesis sobre la base de que nadie puede quedar obligado a restituir lo que todavía no ha recibido. Así, Pothier [19], en su estudio sobre el préstamo de uso, afirma que no se puede concebir un contrato de préstamo de uso si la cosa no ha sido entregada a quien se le concede el uso; la obligación de devolver la cosa, que es esencial en este contrato, no podría nacer antes de que la cosa haya sido recibida.

La mayoría de los autores franceses de la época decidieron seguir fielmente las consideraciones recogidas por Pothier y Domat, lo que produjo una conciencia, casi unánime, de la subsistencia de la categoría de los contratos reales. Ambos autores no intentan siquiera combatir la categoría romano-justinianea de los contratos reales, sino que incluso tratan de justificar racionalmente por qué se requiere la entrega de la cosa para la perfección de estos contratos[20].

De esta suerte, esta ininterrumpida tradición romana, salvada por las doctrinas de estos ilustres juristas, llega al Code francés de 1804. Así, y a pesar de las aisladas voces que pretendieron defender la consensualidad de los contratos de comodato, mutuo, prenda y depósito[21], la categoría de los contratos reales se impuso en la

18 Así mismo, idéntico principio se recogió en la Novissima Recopilación en la Ley I, Tít. I, lib. X.

19 Pothier, R. J.: cit., p. 4. En este mismo sentido, y con anterioridad, Domat, M.: cit., p. 107, había definido el comodato como "una convención por la cual uno da a otro una cosa a fin de que se sirva de ella para determinado uso", añadiendo que "el comodato es de las convenciones en que uno se obliga a devolver una cosa; por ello mismo no se contrae obligación hasta que haya habido entrega". Así pues, la mayoría de la doctrina francesa, siguiendo la teoría impuesta por Pothier y Domat, opinan que el comodato debe incluirse en la categoría de los contratos reales, reafirmando que el préstamo de uso o comodato solamente existe desde que se entrega la cosa prestada, y entendiendo que antes de esta entrega solamente podrá estimarse la existencia de una promesa de comodato, válida como contrato consensual.
Siguen esta línea de pensamiento, entre otros, Planiol, M - Ripert, G.: *Traité élémentaire*, cit., p. 697, Laurent, F.: cit., p. 345.

20 Jordano Barea, J. B.: cit., p. 30 ss.

21 Toullier: *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. IX, Bruselas, 1833, nº 17, fue el primero que intentó justificar la abolición de la categoría de los contratos reales. En el mismo sentido, Duvergier: "Le prêt a usage", en *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. XXI, París, 1843, nº 25, opina que la categoría de los contratos reales hoy día no tiene utilidad en la práctica. Conviene decir que nuestra legislación sobre los

legislación francesa, estableciendo el art. 1875 del Code que "el préstamo de uso es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra una cosa para que se sirva de ella".

En España, sin embargo, el intento de algunos juristas franceses por abolir la categoría romana de los contratos reales fue tomada en consideración. De modo que, en el Proyecto de 1851 se proclamó la consensualidad de todos los contratos, haciendo desaparecer la pretendida naturaleza real de algunas instituciones. Así, el art. 1630[22] del Proyecto (inmediato antecedente del actual art. 1740 CC) establecía que el "préstamo es un contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra alguna cosa, de las no fungibles, para que use de ella gratuitamente y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o darle dinero u otra cosa de las fungibles con la condición de volver otro tanto, de la misma especie y calidad, y entonces conserva simplemente el nombre de préstamo"[23].

Entre las observaciones formuladas en la elaboración del Proyecto, García Goyena reafirmó el carácter consensual de estos contratos, y al razonar el art. 978 del Proyecto (fiel reflejo del actual art. 1258 CC), dijo que "por Derecho romano y patrio había otras divisiones, por ejemplo contratos reales y consensuales: éstos eran perfectos, y obligaban por el simple consentimiento de las partes, como la venta desde que se conviene en la cosa y en su precio: aquéllos no, hasta la entrega de la misma cosa; de esta especie eran el préstamo, comodato, depósito, prenda y todos los innominados. Ahora todos los contratos son consensuales, en cuanto todos ellos obligan por el solo consentimiento, lo que no sucedía entre los romanos respecto de los reales, pues sin la entrega de la cosa quedaban en la esfera de los simples pactos o promesas. Pueden, no obstante llamarse reales, en cuanto la obligación principal que nace de ellos, supone necesariamente la entrega de la cosa".[24]

contratos está dominada por el gran principio de que el vínculo de derecho se forma por el sólo consenso, y no es posible para nosotros, admitir los contratos reales en el sentido del derecho romano... En primer lugar, - añade el autor - porque nuestro Código civil no reproduce esta calificación que usan todos los autores antiguos, y especialmente Pothier.... el silencio, en semejante caso, no puede ser considerado como una simple omisión; sino que eso tiene manifiestamente un carácter de desaprobación, y condena enérgicamente esta calificación.

22 Lasso Gaite: *Crónica de la codificación española,* Codificación civil, T. II, Madrid, 1970.

23 La línea seguida por el Proyecto Isabelino de 1851 no era ni nueva ni reciente, sino que seguía las pautas impuestas por el Ordenamiento de Alcalá, cuya Ley única del Título XVI, a la cual ya hemos hecho referencia anteriormente, establecía la consensualidad como principio general de perfección de los contratos.

24 García Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español.* T. III, Madrid, 1852, p..6. Este pensamiento también había sido expresado por el mismo autor en *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva del Código civil, criminal y administrativo con arreglo en todo a la legislación hoy vigente,* T. III, Madrid, 1842, cuando afirmó que "el contrato es una convención por la que uno o muchos se obligan para con uno o muchos a dar o no dar, a hacer o no hacer ..."

No fue este un pensamiento aislado, sino que fue defendido por otros autores[25] de la época que atribuyeron al consentimiento la función de ser elemento indicador del momento de producción de la vinculación contractual (perfección), y ser suficiente para la producción de los efectos queridos por las partes en toda clase de contratos. Así, Bonel y Sánchez, al comentar el art. 1258 CC, afirman que "elemento primordial, esencialísimo del contrato, el consentimiento, basta éste para su perfección. No imperando ya el ritualismo romano y las sutilezas de aquel derecho, puede afirmarse que todo contrato es consensual"[26].

No obstante, el Proyecto de 1851 fue desechado y el Código civil español de 1889 encuadrando la regulación del comodato dentro del Libro IV del mismo, y sometido a las Disposiciones Generales del Título II, según el cual los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento definió el préstamo en su art. 1740 estableciendo que es el contrato en virtud del cual una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva. De este modo, se reemplazó la expresión "una de las partes se obliga a entregar a otra" por la de "una de las partes entrega a la otra". Este cambio condujo a la doctrina[27] a defender la categoría de los contratos reales, estimando que esta no había desaparecido y que seguía vigente en nuestro derecho.

25 Las opiniones de García Goyena fueron defendidas por ilustres juristas que proclamaron la consensualidad de los contratos de comodato, mutuo, prenda y depósito. Entre ellos, se encuentra Falcon, M.: Código Civil Español. T. IV. Madrid, 1889, p. 347, que ratifica la consensualidad de todos los contratos afirmando la imposibilidad jurídica de mantener en la actualidad la categoría romana de los contratos reales. Así, escribe el autor, "una convención en que no media la tradición de las cosas, pero en la que sin embargo estuvieran conformes una parte en ceder ciertas cosas y otra en tomarlas para servirse de ellas, y restituir las mismas u otras equivalentes transcurrido cierto tiempo ¿sería un préstamo perfecto? No lo habría sido en el antiguo imperio romano, donde la validez del pacto dependía de la forma de su constitución; pero lo es en el derecho moderno, que ni es simbólico ni hace depender de formas rituales la validez de los actos civiles. Hoy todos los contratos son consensuales; los llamados contratos reales no se distinguen de los demás sino en que llevan la condición de entregarse las cosas que son materia de prestación en ellos. Si esa entrega no es simultánea a la convención, no por eso la convención deja de existir, cosa que no sucedía en Roma... No se concibe el préstamo, decía el Sr. Gutiérrez, sino en tanto que se haya entregado la cosa; pero menos se concibe, decimos nosotros, si no le precede o acompaña la voluntad de prestar. Cuando esa voluntad o ese consentimiento constan, el préstamo es posible, porque la entrega puede ser decretada y ejecutada por la Autoridad pública. Más si sólo existe tradición de las cosas sin que conste el pacto de prestarlas, el préstamo ni existe ni se puede concebir. Esto demuestra que el contrato de préstamo, como el de venta, como todos los contratos, se formaliza por el consentimiento y se acaba de perfeccionar por la entrega de las cosas, que es su consecuencia natural".

26 Bonel Y Sánchez: Código Civil Español comentado y concordado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. T. IV, L. IV, Barcelona, 1891, p. 224.

27 Parte de la doctrina entendió que la expresión "una parte *entrega* a otra" significaba que el legislador había optado por la solución romana de los contratos reales y que por ello se había desechado la teoría innovadora de García Goyena de que todos los contratos son consensuales. Así, De Casso Y Romero, I.: *Derecho Civil Español,* T. I, Madrid, 1926, p. 285, dijo que "los romanos consideraron el mutuo como contrato real, esto es, se perfeccionaba por la entrega de la cosa, y así lo juzga también nuestro Código civil al decir que una de las partes *entrega*, no se obliga a entregar".
En este mismo sentido, MANRESA Y NAVARRO, J. Mª.: cit., p. 798. Sánchez Román: cit., p. 837- 838. Marín Pérez, P.: "De los contratos de préstamo, comodato y depósito", en *Comentarios al Código Civil Español de Quintus Mucius Scaevola*, T. XXVII, Madrid, 1952, pp. 110-111. Clemente De Diego, C.: cit., p. 262.

III. LA TESIS TRADICIONAL: INTENTOS DE JUSTIFICACIÓN DE LA "CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS REALES".

1. El principio *nisi re tradita ulla obligatio de re reddenda contrahi non potest* como justificación de la categoría.

Así, la doctrina, con apoyo en la interpretación de la expresión "una de las partes entrega a la otra..." del art. 1740 CC como pretendido fundamento de la naturaleza real del contrato de préstamo, ha intentado justificar cuales deban ser los parámetros a seguir para considerar la categoría de los contratos reales subsistente.

La primera razón a la que aluden los que justifican la conservación de la categoría de los contratos reales en el derecho actual, la que podríamos llamar "doctrina tradicional", e influenciados por la doctrina implantada por Pothier y Domat, consiste en afirmar que la obligación principal surgida de estos contratos es la que tiende a la restitución de la cosa, y puesto que no puede existir una obligación de restituir una cosa que no ha sido recibida[28], es necesario que la entrega de la cosa deba formar parte del período formativo del contrato. En este sentido, el carácter real del contrato de comodato significa que su regulación jurídica tiene lugar a partir de un determinado momento, esto es, el de la entrega de la cosa objeto de contrato.

Pero este intento de justificar la realidad del contrato de comodato es, a mi juicio, insuficiente. Si entendemos que la obligación principal de este contrato es la devolución de la cosa, evidentemente no se podrá cumplir dicha obligación sin que previamente se haya entregado[29], y con este planteamiento los contratos de préstamo seguirían siendo reales. Pero, no solo serían reales los contratos de mutuo, comodato, depósito y prenda, sino todos aquellos contratos que impliquen la restitución de la cosa[30]. Es decir, si admitiésemos esta teoría, todos

28 Este principio lo recogió Pothier de las palabras que Donelo, (*Opera omnia,* T. III, Lucae, 1767, Lib. XII, caps XII y XII, cit por Jordano Barea, J. B.: cit., p. 93) había ya pronunciado: "Neque enim reddi potest, nisi quae prius accepta fuit... sic fit, ut traditione rei et conventione de re reddenda intervenientibus, cum alioqui nisi re tradita non posset ulla obligatio de re reddenda contrahi. In his sine dubio re contrahatur obligatio ad eam ipsam praestationem, quam vis nominum his contractibus inditorum indicat".

29 González Palomino, J.: "La adjudicación para pago de deudas", *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* T. I, Madrid 1945, pp. 277 ss., defiende la naturaleza consensual del contrato de mutuo. A su juicio, en el derecho civil moderno, donde todos los contratos se perfeccionan *mero consensu*, y desde entonces obligan con todas sus consecuencias, no es exacto atribuir al mutuo carácter real y unilateral. "Evidentemente que la obligación de devolver una cosa no puede surgir sin previa entrega. Antes de la entrega no existe la obligación del mutuatario. ¿Pero y la del mutuante? Cuando Caio se obliga respecto a Ticio, a prestarle 100 por un año, sin interés, ¿no hay un contrato? Yo creo que sí, y que de él surge directamente la obligación de Caio respecto de Ticio. La obligación de Ticio de devolver es la que no tiene nacimiento hasta que por Caio se haya cumplido la suya previa. La primera obligación nace del consentimiento. La segunda sola es la que nace "re".

30 Al respecto, Natoli, U.: cit., pp. 21-22, opina que no es fundamento suficiente para mantener la categoría de los contratos reales, el principio de restitución del comodatario como única obligación que surge del contrato, pues hay muchos contratos que son restitutorios y, que, sin embargo, son consensuales. Así,

los contratos restitutorios serían por su naturaleza reales, puesto que la obligación de restituir, característica de los mismos presupone también la entrega. Así, sobre dicha base, el contrato de arrendamiento de cosas sería también un contrato real, en cuanto que el art. 1561 CC impone la obligación al arrendatario de devolver la finca objeto de contrato. Sin embargo, no hay duda de que el arrendamiento es un contrato eminentemente consensual que se perfecciona antes de la entrega[31].

La imposibilidad lógico-jurídica de fundamentar la primera razón a la que alude la doctrina tradicional para justificar la realidad de estos contratos, que se pone de manifiesto al contraponer el contrato de arrendamiento a los llamados "contratos reales"[32], ha llevado a algunos autores, empeñados en mantener la realidad de estos contratos a proclamar, incluso, el carácter real del contrato de arrendamiento, defendiendo su tesis sobre la base de que el arrendamiento no puede ser opuesto al adquirente si el arrendatario no ha recibido la cosa, de forma que la entrega debe ser requisito esencial de la validez del contrato[33], teoría que, según Forchielli, debe ser totalmente descartada, en tanto que el art. 1570 del Codice - dice el autor - "menziona l'obligo primario del locatore quello di consegnare al conduttore la cosa locata, per essere, direi, matematicamente

afirma, "l'esempio della locazione, che è senza dubbio un contratto consensuale e che implica l'obbligazione di restituire la cosa locata, ne sarebbe la migliore dimostrazione e varrebbe, se non ad altro, a mettere in evidenza la necessità di una spiegazione più convincente".

31 Esto, resulta claro en nuestro derecho desde el momento que nuestro Código Civil, en su art. 1543, define el contrato de arrendamiento de cosas como aquél por el cual una de las *partes se obliga a dar a* la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto.

32 Carresi, F.: "Il Comodato", en *Trattato di Diritto Civile,* cit., p. 7, a pesar de admitir la realidad del contrato de comodato, afirma que el argumento que se basa en la restitución como elemento configurador de la realidad del comodato, es un argumento frágil y contiene simplemente una petición de principio. "È fragile - dice el autor - perchè non si può partire, nell'impostazione del fenomeno, dalla restituzione della cosa senza correre il rischio di redurre la funzione economico sociale di questo contratto ad un'obbligazione la quale graverebbe propio sul soggetto a cui favor, almeno normalmente, el comodato si stipula. Contiene d'altra parte una petizione di principio perchè, se è incontestabile che non può sorgere un'obbligazione di restituzione a carico del comodatario prima che la cosa gli sia stata consegnata".
Tampoco Fragali, M.: "Comodato", en *Commentario del Codice Civile, delle Obbligazioni,* dirigido por Scialoja e Branca, Libro IV, Bologna-Roma, 1966, pp. 173-174, admite la teoría de la restitución como razón esencial para afirmar la realidad del contrato de comodato, porque - escribe el autor - "un'obbligazione di restituzione si ha pure in alcuni contratti tipicamente consensuali (locazione, costituzione di dote, anticresi, trasporto ferroviario, ecc.), nei quali la consegna è semplicemente un presupposto di fatto dell'obbligazione predetta e la restituzione si attua *solvendi causa* anzichè *contrahendi causa*,... perchè quella di restituire non è nel comodato, nè la sola obbligazione, nè la principale rispetto allo scopo negoziale che è rappresentato dal godimento". Contra la tesis que entiende la obligación de restituir como la esencia del contrato real, véase también Osti, G. "Voz contratto", *Novissimo Digesto* Italiano, Torino, 1962, p. 464.

33 Satta, S.: "Doppia locazione novennale e trascrizione", *Giurisprudenza Italiana,* T. I, Vol. 1, 1950. El afán por mantener la categoría de los contratos reales, no solo se ha manifestado en la doctrina italiana proclamando la naturaleza real del contrato de arrendamiento, sino que también nuestra doctrina ha pretendido en alguna ocasión, atribuir carácter real a contratos cuya naturaleza es, sin duda, eminentemente consensual. En este sentido, Bercovitz Y Rodriguez-Cano, R. y Valladares Rascon, E.: *Comentarios al código civil y compilaciones forales.*, dirigidos por Albaladejo, T XVI, v 1°, Edersa, Madrid, 1991, (*comentario al artículo 1175 del Cc*), p. 175, entienden que en la cesión de bienes a los acreedores es necesaria la entrega de los mismos para la perfección de la cesión, manteniendo, por tanto, su naturaleza real. Afirma el autor, "por lo que se refiere a la entrega de los bienes, creo yo que es necesaria para la perfección de la cesión, no sólo por razones terminológicas, sino también por razones funcionales. En efecto - añade - sólo cuando el deudor haya entregado la posesión de los bienes y otorgado los poderes irrevocables para su liquidación se podrá entender que los acreedores quedan vinculados a la cesión, con lo que ella implica...".

sicuri che per il nostro ordinamento la consegna è nella locazione esclusivamente solvendi causa e quindi non giova a conferire alla figura alcun attributo di realtà'' [34].

De lo dicho se desprende que no se puede defender la realidad de ciertos contratos apoyándose en la base de la restitución como obligación principal del contrato, pues no es tal restitución obligación principal[35], sino que la obligación de restituir no es más que la mera consecuencia de la temporalidad de las relaciones contractuales[36]. Es decir, el comodato no es un contrato del cual nazca una sola y única obligación, la de restituir del comodatario, sino que nacen obligaciones para ambas partes, obligaciones que surgen contemporáneamente en el momento de perfeccionarse el contrato, esto es, desde el momento en que se produce el acuerdo de voluntades de las partes. Así, nacen del contrato dos obligaciones simultáneas en el tiempo[37], siendo la obligación de restituir del comodatario una obligación condicionada al cumplimiento de la obligación de entregar del comodante[38].

En este sentido, Jordano Barea afirma que "el acto de la entrega, en todo contrato, no es un elemento perfeccionador del mismo, sino un acto de cumplimiento de lo prometido. Cierto que sin entrega, el comodatario, mutuario, depositario o acreedor pignoraticio no podrían ser obligados a restituir; pero esta subordinación de la obligación de restituir al hecho de la entrega se debe entender en un sentido puramente material, no jurídico, siendo tal subordinación característica no exclusiva de los tradicionales contratos reales, sino común a todos los contratos que, por su misma función económica, implican una obligación de restituir (los llamados contratos restitutorios, entre los cuales se encuentran también el arrendamiento, el transporte, la anticresis y, eventualmente, el mandato, que son eminentemente consensuales)''[39].

34 Forchielli, P.: cit., pp. 16 ss.

35 Tenía razón García Goyena, F.: cit., p. 6, cuando decía que "la obligación principal que nace de ellos (refiriéndose a los contratos reales) supone necesariamente la entrega de la cosa".
Sánchez Velasco, H.: "Contrato de promesa y promesa de contrato", *Anales de la Academia Matritense el Notariado,* T. VI, Madrid, 1952, p. 533, entiende que "una cosa es que la obligación de devolver la cosa prestada...no surja hasta que ésta haya sido entregada y otra cosa es que la obligación de entregarla antes de devolverla no haya nacido; los contratos son todos consensuales y dentro de esta categoría hay unos en que las obligaciones nacen para ambas partes en el momento de la perfección, y otros en que nacen sucesivas una de otra, y mientras no se cumpla la primera no nace la segunda, con el cumplimiento de la primera nace la segunda; esto es lo que pasa en los llamados contratos reales, y en algún caso con los consensuales, por ejemplo, el arrendamiento de cosas".

36 Böhmer: "Realverträge mi heutigen Recht", *Arch. F. bürg. Recht,* XXXVIII, 1913, pp. 321 ss., citado por Jordano Barea, J.B.: cit., p. 95.

37 Roca Sastre, R. Mª.: *Estudios de Derecho privado*, Vol. I, Madrid, 1948, pp. 339 ss.

38 González Palomino, J.: cit., pp. 277-278, al defender la naturaleza consensual del mutuo escribe "creo que si prescindimos de los antecedentes romanos...y de las blasfemias de las Academias, podemos concebir el mutuo como un contrato consensual y bilateral que da nacimiento a dos obligaciones, una pura, a cargo del mutuante; la de dar; otra condicionada a ella; la de devolver".

39 Jordano Barea, J.B.: cit., p. 117.

2. El precontrato de contrato real.

La doctrina tradicional es consciente de que, en la mayoría de los casos, a la entrega de la cosa le precede un acuerdo puramente consensual entre las partes, de forma que siempre atribuye algún relieve jurídico a dicho acuerdo. Por lo tanto, para algunos autores, la entrega no es un requisito de existencia, a falta del cual no surge contrato alguno, sino un requisito de cualidad que caracteriza la presencia de un particular contrato, a falta del cual nace un negocio diverso; según algunos[40], un contrato preliminar; según otros[41], un contrato consensual atípico correspondiente al contrato real de que se trate.

No son pocos los autores que, siguiendo la teoría defendida por POTHIER[42], entienden que el acuerdo de voluntades previo a la entrega supone un "precontrato" de contrato real, considerado este como un contrato que asegura la celebración de otro posterior, de forma que su función solamente se cumple obligando a las partes a la celebración de un contrato futuro[43].

Así entendido, el precontrato es, según la doctrina dominante, un contrato perfecto, obligatorio, y jurídicamente vinculante[44], cuya principal característica es la de ser un contrato preparatorio por el que una de las partes, o las dos, se comprometen a celebrar otro contrato en las condiciones que dejan establecidas[45].

40 Entre otros: MANRESA Y NAVARRO, J. Mª.: cit., p. 796 ss. OSSORIO MORALES, J.: *Lecciones de Derecho civil*, Granada, 1956, pp. 215 ss. MORO LEDESMA, S.: cit., pp. 491 ss. POTHIER, R..: cit., p. 4. DOMAT, M.: cit., p. 108. TROPLONG: cit., p. 79. LAURENT, F.: cit., p. 460. DE RUGGIERO, R.: *Instituciones,* cit., p. 440. ROMÁN GARCÍA, A.: *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencias*, Madrid, 1983, pp. 234-243. ENNERCCERUS, L.: "Derecho de obligaciones", en *Tratado de Derecho Civil*, Traducción española, T. II, Vol. 2, Barcelona 1966, p. 401.

41 Vid. MANZINI, C.: "Sui contratti reali a titolo gratuito", en *Contratto e impresa*, Padova, 1989, pp. 972 ss. COVIELLO, L: "Del contratto estimatorio", *Rivista italiana per le scienze giuridiche"*, 1893, pp. 379 ss. D'AMICO, G.: "La categoria dei cc.dd. contratti reali atipici"*, Rassegna di diritto civile,* Napoli, 1984, pp. 360 ss.

42 POTHIER, R. J.: cit., p. 4, admite la existencia de un precontrato o promesa de contrato, como figura jurídica distinta del contrato de préstamo, cuando las partes han convenido, pero todavía no ha mediado la entrega. Así, dice el autor que "la convention par laquelle je serais convenu avec vous de vous prêter, dans un tel temps, une certain chose, est valable par le seul consentement des parties, cette convention n'est pas le contrat de *prêt*; c'est seulement une promesse de prêter, qui diffère du contrat du prêt, comme une promesse de vendre diffère du contrat de vente. Le contrat de prêt ne se formera que lorsqu'en exécution de cette promesse, je vous aurai délivré la chose".

43 MORO LEDESMA, S.: "El precontrato"*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Madrid, 1934, p. 492, tras admitir que en nuestro sistema rige el principio de consensualidad, concluye afirmando la existencia y utilidad práctica del precontrato en la vida jurídica. Escribe el autor: "el moderno Derecho se presenta dominado por el principio de que todos los contratos se perfeccionan por el consentimiento, y es la Ley la que puede imponer como conditio iuris para la perfección, un acto que racionalmente está en la fase ejecutiva y se realiza en cumplimiento de una obligación preconstituida. Por todo ello entendemos que en tanto subsista, sancionada por las legislaciones, la categoría de los contratos reales, aquel convenio por virtud del cual las partes se obligan a entregarse una cosa determinada y concluir un contrato real, constituirá un verdadero precontrato".

44 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral,* T. IV, Derecho de obligaciones. Madrid, 1985, pp. 339 ss.

45 ROCA SASTRE, R. Mª.: *Estudios,* cit., Vol. I, pp. 339 ss., define el precontrato como "un contrato preparatorio, consensual, bilateral y atípico o general, en virtud del cual las partes sientan las líneas básicas de un contrato específico y contraen la obligación de devolverlas o desarrollarlas en lo futuro, a fin de que aquel último quede en definitiva completo y concluso".

También la jurisprudencia se ha pronunciado en varias ocasiones acerca de la naturaleza del precontrato diciendo que se trata de "un verdadero contrato, un contrato consensual no regulado, esto es, atípico, cuyo objeto es un facere, y precisamente la formación de un contrato obligatorio, un contrahere futuro, teniendo como característica, que la conclusión del contrato definitivo extingue a un tiempo la obligación que nace del contrato preliminar y crea una nueva... El fin del contrato preliminar es una mayor seguridad del contrato futuro, en cuanto las partes, aplazando para un tiempo más remoto y quizá más oportuno, gradu tardiori et praemeditato, la conclusión del contrato definitivo, disminuyen la posibilidad de fraudes y engaños"[46].

Sin embargo, la teoría del precontrato de contrato real, como figura jurídica que descarta la admisión de la inexistencia de esta categoría, es inadmisible[47]. Si se entiende que el contrato real es aquel que se perfecciona con la entrega de la cosa, siendo esta presupuesto imprescindible para la validez del contrato, la

46 STS 2 marzo 1965, (RJA 1965, 1.238).
En este mismo sentido, la sentencia del TS 4 mayo 1943 (JC 1943, 3), establece que "no se perfecciona el contrato de préstamo por ser de naturaleza real, sin la entrega por el mutuante al prestatario de la cosa...; pero en los casos en que falte la entrega...cabrá apreciar...el contrato perfecto de promesa de préstamo". Los hechos que dieron lugar a la sentencia fueron los siguientes: en escritura pública la actora y la demandada concertaron un préstamo en virtud del cual la prestamista se obligaba a entregar en préstamo a la prestataria una cierta cantidad de dinero para la construcción de un bloque de viviendas. La eficacia del préstamo concedido quedó pendiente bajo condición suspensiva de que fuera inscrita en el Registro de la Propiedad la hipoteca que se había constituido en escritura pública por el mutuario, previa cancelación de otras hipotecas existentes en favor de sujetos distintos de la demandante. Se estipuló que, una vez cumplidas las condiciones expuestas, la demandante entregaría el capital en tantos plazos como plantas tuviesen los edificios a construir, de modo que cada vez que se construyera una planta se entregaría un tanto por ciento del capital de préstamo que devengaría un interés de 5% anual, coincidiendo el último plazo con la finalización de la obra. Las obras a realizar con tal préstamo debían finalizarse en un plazo de dos años como máximo, en cuyo transcurso quedaría desembolsado todo el préstamo. A partir de la última entrega a la demandada, ésta se obligaba a reintegrar el préstamo a la demandante en el plazo de veinte años, a razón de una cierta cantidad anual, en la cual se comprendían los intereses anuales pactados. Pasados dos años, se amplió la operación de préstamo consignado en la anterior escritura por otra nueva, otorgando otra suma más de dinero a la demandada y estableciéndose en esta escritura nuevas y diferentes estipulaciones. Tres años después, la demandante estableció demanda sobre revisión de pagos contra la prestataria, alegando que los reintegros que se habían realizado durante el período rojo, habían sido pagados con dinero marxista y que éste no correspondía en valor al dinero actualmente en vigor. Por lo tanto, la demandada había reintegrado menos de la cantidad que debía haber pagado durante este periodo, ya que entendía la demandante que la deuda debía reintegrarse en las mismas condiciones y con las mismas características con las que en su origen se estipuló el contrato de préstamo.
En los mismos términos se pronuncia la STS 13 diciembre 1989 (RJA 1989, 8824). Véase también la STS 16 octubre 1965 (RJA. 1965, 4468), que establece "que a lo que las partes se comprometen es a celebrar un futuro contrato sobre las líneas del primero que por ello mismo fue calificado de auténtica Ley de bases del siguiente, pero cuya fuerza vinculante debe quedar atemperada a la que se deriva de su propia esencia, consistente en obligarse a obligarse". Así, en la STS 11 noviembre 1943 (JC 1943, 48) se señaló la diferencia entre contrato preliminar y el que se celebre en cumplimiento del mismo, permitiéndose desde la STS 1 julio 1950 (RJA 1950, 1187) el cumplimiento forzoso, con la sustitución de la voluntad del obligado por la del Juez, circunscribiendo el derecho e indemnización para el supuesto de que el contrato no se pueda cumplir. Importantes son también las SSTS 2 febrero 1959 (RJA 1959, 2894) y 26 marzo 1965 (RJA 1965, 1481).

47 El empeño por parte de la doctrina de mantener la categoría de los contratos reales, ha llevado a intentar explicar el precontrato de contrato real, incluso admitiendo que la naturaleza real de estos contratos hace cada vez más difícil la defensa y fundamentación de un precontrato de préstamo. Así, Román García, A.: cit., pp. 234-235, aunque termina admitiendo el precontrato de préstamo, afirma que, "al entenderse que el perfeccionamiento del contrato se producirá cuando se entregue efectivamente la cosa, haciéndose una abstracción completamente del convenio antecedente que pueda servirle de base, hará que resulte muy difícil plantear el tema del precontrato de préstamo".

posible estipulación de paralelos contratos consensuales preliminares significaría la violación de las normas que establecen dicho requisito esencial, aparte de consagrar la necesidad de realizar un circunloquio para soslayar la categoría de los contratos reales y dar respaldo a la inevitable obligatoriedad y perfección del contrato solo consensu.

JORDANO BAREA resalta la grave contradicción en la que incurre la doctrina tradicional "cuando, por un lado, considera a la entrega como requisito esencial de todos los contratos reales y, por otro lado, admite la validez de los correspondientes contratos consensuales preliminares. Llevada a sus últimas y lógicas consecuencias la doctrina tradicional - añade el autor - se debería estimar nulo el contrato preliminar por falta de entrega o, al menos, por tratarse de un negocio in fraudem legis, que implicaría la violación indirecta de las normas que, según los partidarios de la realidad, requieren imperativamente la entrega para la perfección del contrato definitivo" [48].

Tampoco para ROCA SASTRE cabe un precontrato de comodato o mutuo, sino un verdadero contrato consensual de mutuo o comodato. "Contrato consensual de préstamo - dice el autor - y precontrato de contrato real de préstamo son la misma e idéntica figura. Por ello, al confundirse o identificarse este último con aquél obliga a considerarlo como un imposible jurídico"[49].

Efectivamente, si partimos del concepto de contrato real, los que consideran que la res o entrega es requisito esencial de la validez del contrato, tienen que negar la existencia del "precontrato" de contrato real, pues admitir tal existencia significaría un absurdo jurídico[50]. Por consiguiente, corresponde a un uso más correcto del lenguaje jurídico dar el calificativo de contrato consensual al que da nacimiento a la obligación de entregar una cantidad o un objeto a cambio de que la otra se obligue a devolverla, después de recibirla en el tiempo convenido[51]. De

48 JORDANO BAREA, J.B.: cit., p. 111.
También para SÁNCHEZ VELASCO, H.: cit., pp. 532 ss., la teoría clásica incurre en contradicción, pues ésta "descarta la posibilidad del precontrato de contrato real por la razón de que, entendiéndose por precontrato aquel contrato cuya prestación es un contrahere futuro, no puede haber precontrato de contrato real, porque la entrega de la cosa no es un contrahere, sino un dare, que es ya el cumplimiento de la prestación convenida en lo que pudiera llamarse el precontrato de contrato real, y si, por el contrario, se amplía el concepto de precontrato a aquellas figuras preliminares que de una manera general tienen por objeto un facere, dentro del cual habría que incluir un dare, cabría entonces admitir conceptualmente el precontrato de contrato real". En sentido análogo, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *El Contrato de Comodato*, Pamplona, 1998, p. 57.

49 ROCA SASTRE, R. Mª.: *Estudios,* cit., pp. 340 ss.

50 Al respecto, BARBIERI, E. Mª.: "Appunti sul comodato", *Le Corti di Brescia e Venezia,* Milano, 1957, p.15, niega la existencia de un contrato preliminar de comodato. Afirma que "il contratto preliminare di comodato, dunque, non solo è incompatibile con l'intima natura del comodato, che essendo rapporto di cortesia non può ammettere un obligo di consegna, non solo normalmente non è voluto como impegno giuridico non potrebbe nascere con la veste giuridica di preliminare di comodato, perchè essendo la consegna forma necessaria del contratto definitivo, essa viene richiesta anche per il corrispondente preliminare, donde la giuridica e logica impossibilità di un valido *pactum de commodando*".

51 PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, T II-2º, Barcelona 1.982, p. 39.

hecho, autores tan distinguidos como Wahl[52] y Venzi[53], creen que, reconociéndose en el Derecho moderno la obligatoriedad de dar en préstamo no tiene razón de ser el carácter real de este contrato, y sería más conforme a los principios generales considerarlo, al igual que otros Códigos europeos[54], como contrato consensual.

En este sentido, Alguer, al estudiar la problemática planteada por la supervivencia de los contratos reales, manifiesta que "el reducto de la doctrina del precontrato de contrato real está, sin duda.... en la supuesta diferencia de cualidad entre el contrato consensual y el contrato real. Más toda esta elaboración, indiscutiblemente presidida por un ingenio sutil, tiene una fundamentación más aparente que real.... El supuesto precontrato de contrato real es indiscutiblemente un contrato consensual"[55].

De forma que, admitir la impotencia del solo acuerdo, sin entrega simultánea, para ser constitutivo de contrato, es rechazar que pueda haber contratos consensuales de préstamo. Quién considerando que el contrato de préstamo exige necesariamente la entrega de la cosa estime que, sin embargo, es admisible el precontrato consensual de préstamo, verdaderamente no habrá hecho otra cosa que dar un rodeo para aceptar la obligatoriedad de un acuerdo sin entrega[56].

Así, la contradicción en la que incurre la doctrina cuando admite el acuerdo consensual de contrato real como precontrato, otorgándole plena validez y eficacia, no es más que el efecto de querer dar soluciones a los problemas del tráfico jurídico, en el que la mayoría de las veces el acuerdo y la entrega de la cosa no son operaciones simultáneas, sino que normalmente las partes acuerdan un dar o un hacer y dejan para un momento posterior la ejecución del contrato.

De modo que, todo intento de buscar una explicación de la institución, tomando como referencia el actuar actual de los sujetos de derecho y tratando de adaptar tal comportamiento a una figura obsoleta, conduce a encorsetar la

52 Baudry-Lacantinerie, G. Et Wahl, A.: "De la societé, du prêt, du depot", en *Traité Théorique et practique de Droit civil*, París, 1907, pp. 366 ss.

53 Venzi, notas a Pacifici-Manzoni, E.: *Istituzioni di diritto civile italiano,* T. V, Firenze, 1921, pp. 393 ss.

54 De hecho, el Código Civil suizo de obligaciones, revisado en 1911, considera al mutuo y al comodato como contratos consensuales y bilaterales; el art 305 establece que "el préstamo para el uso es un contrato en virtud del cual el prestamista *se obliga* a ceder gratuitamente el uso de una cosa que el prestatario se compromete a devolver después de haberse servido de ella" y el art. 312 define el préstamo de consumo como "el contrato por el cual el prestamista *se obliga* a transferir la propiedad de una cantidad de dinero o de otras cosas fungibles al prestatario, con la carga, por parte de éste último, de devolver otro tanto de la misma especie y calidad".
Asimismo, el BGB establece en su parágrafo 598 que "por el contrato de comodato el comodante de una cosa se obliga a permitir gratuitamente al comodatario el uso de la cosa": evidentemente, se configura el comodato como un contrato consensual, como se deduce de la expresión *se obliga*.

55 Alguer, J.: "Para la crítica del concepto de precontrato", *Revista de Derecho Privado*, 1936, p. 5.

56 Albaladejo, M.: *Derecho civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. II, Barcelona, 1987, p. 480.

evolución de una categoría jurídica, imposibilitando al sujeto de derecho para utilizarla en unos fines para los que no estaba prevista, lo que les obliga a crear figuras fuera de la tipicidad normativa[57].

Además de todo lo expuesto, debemos tener en cuenta que la promesa de préstamo no se encuentra regulada en nuestro Código Civil[58]. En él solo se contemplan dos tipos de promesa: la de vender o comprar (art 1451) y la promesa de prenda o hipoteca (art. 1862), lo que hace más difícil la admisión de esta figura cuando se trata de promesas de préstamo.

Por consiguiente, debemos concluir diciendo que, en realidad, cuando la doctrina se refiere al precontrato, no es más que un simple contrato consensual de préstamo[59], por lo que no cabría admitir el precontrato de contrato real sino simplemente rechazar la categoría de los contratos reales.

3. El acuerdo consensual de contrato real configurado como contrato consensual atípico.

Algunos autores, intentando una vez más demostrar que la categoría de los contratos reales subsiste, dan un paso más, postulando la validez de contratos consensuales atípicos, paralelos a las figuras tradicionales de los contratos reales. Defensor de esta teoría fue Coviello, que opinaba que la voluntad de las partes puede considerar como consensuales los contratos configurados por la ley como reales[60].

57 Prats Albentosa, L.: *Del mutuo a interés y el pago de los intereses no pactados*, Tesis de licenciatura (obra inédita), Valencia, 1986, p. 58.

58 Si se admite, sin embargo, la promesa de mutuo en el Código Civil italiano de 1942, cuyo art. 1822 establece la posibilidad al que ha prometido dar en mutuo de negarse al cumplimiento de la obligación si las condiciones patrimoniales de la otra parte son tales que ponen de manifiesto la dificultad de restitución.

59 De hecho, la STS 2 marzo 1965, anteriormente citada, formuló de un modo claro y determinante la naturaleza del precontrato al decir que se trataba de un contrato *consensual.*
En la misma línea de pensamiento se declara Fabre, R.: "Le prèt à usage en matière commerciale", en *Revue trimestrielle de droit commercial,* París, 1977, pp. 196 ss., que entiende que la eficacia de la promesa de préstamo es la misma que la de un contrato consensual, en tanto que se puede obligar al prestamista a cumplir la obligación de entregar, así como a indemnizar los daños causados.

60 Coviello, L.: cit., pp. 379 ss. Decía el autor que, puesto que no hay ninguna necesidad lógica de que el comodato, el mutuo o el depósito sean contratos reales, ni existe ninguna razón de orden público que así lo imponga, nada impide que las partes tengan como consensuales a estos contratos, imponiendo al depositario la obligación de recibir la cosa en custodia, y dando al mutuario y al comodatario el derecho de reclamar la cosa del otro contratante, como sucede en el arrendamiento.
En el mismo sentido, Manzini, C.: "Sui contratti reali a titolo gratuito", en *Contratto e impresa*, Padova, 1989, pp. 972 ss., entiende que no solo podemos hablar de un contrato real de comodato, sino también de un contrato consensual de comodato, incluyéndose éste en la categoría de los contratos atípicos. Afirma la autora que dependerá de cada caso concreto, si las partes deciden acordar un contrato consensual de préstamo, este será válido, en cuanto la norma general que rige el sistema contractual es la consensualidad de los contratos. De forma que el contrato consensual de comodato sería un contrato atípico, subsistiendo, sin embargo, la categoría de los contratos reales. Véase también de la misma autora, "Il contratto gratuito atipico", *en Contratto e impresa*., Padova, 1986, pp. 909 ss.
En la misma línea de pensamiento se encuentra Corrado: *I contratti di borsa*, cit. por Jordano Barea. Entiende, este autor, que "no tiene justificación basarse en pretendidas limitaciones de la autonomía contractual para deducir la prohibición de crear contratos consensuales atípicos, paralelos a los contratos reales típicos". Véase también Forchielli, P.: cit., pp. 110 ss.

Es esta una forma de dar una interpretación sincrética del contrato. Es una teoría artificiosa basada en la idea de que al amparo del art. 1255 CC todo es posible Es, a mi juicio, una teoría contradictoria, pues me pregunto: si se admite la posibilidad de crear contratos consensuales de comodato ¿por qué mantener la categoría de los contratos reales? Desde el momento en que estos autores admiten la validez de los contratos consensuales de préstamo, no hacen más que negar la subsistencia de la categoría de los contratos reales.

4. La gratuidad como fundamento de la "categoría de los contratos reales".

Otros autores, empeñados en conservar la categoría de los contratos reales y conscientes del escaso fundamento de la primera justificación racional de esta categoría, defienden la realidad de los contratos de comodato, mutuo, depósito y prenda gratuitos, negando, sin embargo, la realidad de los contratos onerosos[61].

La doctrina defensora de esta teoría[62] afirma la realidad de los contratos gratuitos considerando la entrega como expresión de la voluntad de obligarse jurídicamente[63]. En este sentido Brunori afirma que en los contratos gratuitos

En nuestra doctrina no han faltado autores que siguen la misma postura, admitiendo que el comodato y mutuo pueden ser contratos reales o consensuales. Así, Blasco Gascó, F.: "El préstamo mutuo o simple", en *Derecho de Obligaciones y contratos* (coord. Valpuesta Fernández), Valencia, 1995, pp. 748 ss., afirma que "En la antigua Roma (refiriéndose al mutuo) era uno de los contratos que se configuraba con carácter real, es decir que sólo se perfeccionaba mediante la entrega del dinero u otra cosa fungible: la entrega, pues, conformaba el acto constitutivo del contrato. A esta idea parece responder también el art. 1.740 al decir que el contrato de préstamo una de las partes *entrega* a la otra. Así, mientras no haya entrega ni el prestamista está obligado a entregar ni el prestatario está obligado a restituir. Sin embargo, - añade el autor - la definición normativa no recoge sino la hipótesis normal: nada se opone a que las partes se obliguen, una a entregar una determinada cantidad de dinero y, la otra, a devolver otro tanto, en el tiempo y en la forma estipulados, previa recepción de dicha cantidad. En este caso, el contrato de préstamo mutuo es consensual: queda perfecto por el consentimiento de las partes, sin que sea necesaria la entrega de la cosa fungible. Ningún precepto prohíbe o limita el carácter consensual del mutuo".
Véase también AAVV.: *Cuadernos de teoría y práctica de derecho civil, Derecho civil II* (coord. Gete-Alonso, M.C.), Madrid, 1991, pp. 296 ss.

61 Scozzafava, T.: "Il Comodato", en *Trattato di Diritto Privato,* dirigido por Pietro Rescigno, Vol. XII, T. 4, Torino, 1985, p. 615, tras afirmar que la realidad de los contratos a título gratuito es admisible por tratarse de negocios de cortesía, y que por lo tanto es necesaria la entrega de la cosa para su perfección, admite que, en los negocios a título oneroso, hoy, "il riquisito della consegna della cosa probabilemente ha perso ogni giustificazione".
Así, Galgano, F.: *El negocio jurídico,* traducido por Prats Albentosa, L. y Blasco Gascó, F., Valencia, 1992, pp. 177 ss., declara que "La realidad se manifiesta como un essentiale negotii sólo en los contratos reales gratuitos; mientras que es un naturale negotii en los contratos reales onerosos. Las normas que hacen reales a estos últimos contratos son sólo normas supletorias, que operan en defecto de una voluntad distinta de las partes; conociéndose en la práctica la versión consensual del depósito oneroso, como el contrato de doble y el estimatorio".

62 Mantienen esta teoría, entre otros, Scozzafava, T.: cit., p. 615 ss., Forchielli, P.: cit., pp. 93 ss. y 140 ss., Brunori, E.: "Del Comodato", en *Commentario del Codice Civile, delle Obbligazioni,* diretto da D'Amelio e Finzi, Vol. II, 2, Firenze, 1949, pp. 8 ss., Carresi, F.: "Il Comodato", en *Trattato di Diritto Civile,* cit., pp. 12 ss. Giampiccolo, G.: cit., p. 4. Galgano, F.: *El negocio,* cit., pp. 177 ss. Sacco, R.: "La consegna e gli altri atti di esecuzione", en *Trattato di diritto privato,* T. X, Vol. II, Torino, 1985, pp. 343 ss. De Castro y Bravo, F.: "La promesa de contrato", *Anuario de Derecho Civil,* 1950, pp. 1.174 ss. Diez-Picazo Ponce De León, L.: *Fundamentos,* cit., Vol. I., pp. 338-339.

63 En los contratos gratuitos, según los autores que defienden esta teoría, la simple promesa, normalmente, no va acompañada de la voluntad de vincularse jurídicamente; esta voluntad se manifestará tan solo en el momento en que quien concede el favor da el primer paso para realizarlo. Sin embargo, cuando el contrato es oneroso nadie puede dudar de su naturaleza jurídica vinculante, aun antes de la entrega.

"una voluntad definitiva de obligarse no se puede aceptar si no es concretada con hechos"[64] de forma que la entrega de la cosa sería imprescindible para la verificación de la voluntad declarada. Es decir, a la declaración de voluntad debe acompañarle un comportamiento que la confirme. Indican los que defienden esta teoría que, siendo el comodato una relación de cortesía[65] y, por lo tanto, esencialmente gratuito, no puede perfeccionarse en virtud de la sola promesa, sino que es necesaria la entrega de la cosa, "ya que la ejecución de este acto es el único índice objetivo del que se deduce el intento del promitente de contraer un vínculo jurídico"[66]. Es por ello que, la mayoría de los autores que defienden la categoría de los contratos reales con base en la gratuidad de estos, niegan la posible existencia de un contrato preliminar de comodato, en cuanto que opinan que las prestaciones de cortesía no generan ninguna obligación jurídica, de forma que el mero acuerdo por el cual uno se obliga a prestar a otro solo adquirirá relevancia jurídica con la entrega de la cosa[67].

Así, Carresi niega la existencia del contrato preliminar en los contratos gratuitos, por entender que éstos son negocios de cortesía. "Las prestaciones de cortesía - escribe el autor - deban o no realizarse a través de la concesión del uso de una cosa, no generan ninguna obligación jurídica, sino tan solo un deber de carácter social, de suerte que hay que excluir que su cumplimiento pueda, de cualquier

Forchielli, P.: cit., pp. 93 ss., afirma que la entrega en el contrato real no es más que la forma esencial de expresar la voluntad vinculatoria. Quien promete dar gratuitamente a préstamo o recibir gratuitamente una cosa en depósito no entiende normalmente que asume un vínculo jurídico; el carácter vinculante de su promesa surge, por regla general, solo del hecho de la entrega; antes podrá tal vez, sentirse obligado moralmente, pero no jurídicamente. Por lo tanto, esta justificación del carácter real no es válida más que para los contratos reales gratuitos; para los no gratuitos, afirma el autor, falta toda justificación actual.

64 Brunori, E.: cit., p. 10.

65 Carresi, F.: "Il Comodato", en *Trattato di Diritto Civile,* cit., p. 14. Escribe este autor; "il comodato, dominato come è dalle leggi del costume e dai doveri dell'amicizia, apartiene alla classe dei rapporti di cortesia". En contra de esta opinión se manifiesta Tamburrino, G.: "Voz Comodato*", Enciclopedia del diritto,* Milano, 1960, p. 994, al decir que "non protrebbe seguirsi il recente indirizzo dottrinale che tenta di spiegare il carattere reale del comodato assimilandolo e facendolo rientrare tra i cosiddetti rapporti di cortesia".

66 Scozzafava, T.: cit., p. 615.

67 No son pocos los autores que, partiendo de la idea de que el comodato es un negocio de cortesía, niegan la admisibilidad del contrato preliminar de comodato, afirmando que el solo acuerdo de las partes no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico. Así, D'amico, G.: "La categoría", cit., pp. 360 ss., mantiene que para que la concesión del uso gratuito de un bien aparezca como un fenómeno jurídico es necesario que al acuerdo le acompañe la entrega de la cosa. Un simple acuerdo de las partes sobre el dar o el recibir en comodato (no acompañado de la entrega) no sería merecedor de tutela según nuestro ordenamiento jurídico (otra cosa es que eso pueda tener relevancia en el plano social), y, por lo tanto, tampoco idóneo para constituir un vínculo jurídico.
En este sentido Tamburrino, G.: cit., p. 994, entiende que solo cuando medie la entrega de la cosa podremos decir que estamos ante un contrato de comodato. Y lo justifica del siguiente modo; "l'accordo di dare e ricevere in comodato darebbe vita ad un rapporto di cortesia che rimarrebbe fuori del campo giuridico, mentre il negozio e la conseguente obbligazione sorgerebbe solo attraverso la consegna. Si pone qui il dibattuto problema dei raporti tra comodato como fattispecie legale tipica de i rapporti di cortesia: problema que riteniamo non potersi risolvere se non con il ribadire la completa differenziazione tra le due figure, l'una delle quali (la seconda) rimane fuori del campo del diritto e non produce obbligazione alcuna. Certamente il comodante può indursi a dare la sua cosa in comodato per ragioni di cortesia e simili, ma tali ragioni rimangono nell'ambito delle mere rappresentazioni psichiche che hanno indotto la parte al contratto, dei motivi in tutto irilevanti... soltanto con la consegna potreremmo parlare di comodato".
En el mismo sentido, afirmando que el comodato es un contrato de cortesía, Barbieri, E. Mª.: "Appunti sul comodato", cit., pp. 14-15, niega la posibilidad jurídica de admitir un contrato preliminar de comodato.

modo, considerarse un acto debido desde el punto de vista del derecho. Esto - añade - no impide que ellas, en sí y por sí irrelevantes, adquieran relevancia jurídica con el espontáneo cumplimiento por parte del promitente, que funciona como causa justificativa del enriquecimiento, si se trata de otra prestación de cortesía. En el comodato, el acuerdo de las partes tiene como función la de preconstituir un justo título para la detentación de la cosa por parte del comodatario"[68].

También De Castro parece mantener esta misma teoría cuando dice que "sin entrar en la ya vieja discusión de si los contratos reales constituyen o no una categoría propia, para que los considerados como tales en nuestro derecho, tienen una especial condición que les hace inaptos para ser objeto de precontrato, el que la especialidad de su causa (gratuidad tipificada) les da un matiz especialísimo que va unido precisamente al hecho de la entrega y que es el que determina sus efectos peculiares; mientras que el convenio consensual de prestar...., que es lo que en realidad sería el precontrato en tales casos, necesitaría su propia causa que matizaría toda la relación excluyendo las especialidades de los contratos típicos regulados por el Código"[69].

Asimismo, Díez Picazo en atención al precontrato de contrato real, afirma que "para calificar la eficacia de los contratos consensuales de préstamo, comodato o depósito es preciso ante todo atender a las causas a las que obedezcan. Si tienen causa gratuita no son susceptibles de engendrar ninguna obligación, por la misma razón por la que no engendran las promesas de donación. Si, por el contrario, tiene causa onerosa, cosa que puede ocurrir en el préstamo y en el depósito - nunca en el comodato que es esencial y absolutamente gratuito -, el convenio consensual es un negocio válido y eficaz, del que derivan específicas obligaciones para las partes"[70].

Pero, tampoco esta teoría, como justificación de la naturaleza real del comodato, puede ser mantenida. Si tenemos en cuenta que hay promesas gratuitas, como la de fianza, que no suscitan ninguna duda acerca de su carácter vinculante, aun provistas de forma especial, ¿por qué debemos entender que la promesa de prestar gratuitamente carece de carácter vinculante? Si nuestro sistema establece que el solo consentimiento perfecciona el contrato, dando por hecho que el solo

68 Carresi, F.: "Il Comodato", cit., pp. 15 ss.

69 De Castro Y Bravo, F.: cit., pp. 1.174 ss.

70 Diez-Picazo Ponce De León, L.: *Fundamentos.* cit., Vol. I p. 339.
Parece seguir también esta teoría Albaladejo, M.: *Derecho civil,* cit., Vol. II, pp. 479 ss. Argumenta que "no es irrazonable que la ley, para estimar que verdaderamente se trata de un acuerdo querido como obligatorio jurídicamente, exija que, como signo de que ha sido efectivamente querido así, concurran determinados requisitos que permitan asegurarlo. Uno de estos requisitos sería la entrega de la cosa. Con lo que siendo tal entrega precisa, se estaría ante el contrato real de préstamo. Pero, aun sin entrega, la voluntad de obligarse jurídicamente, también se revela, según el sentir de la ley, si el acuerdo se otorga por escrito o si es oneroso".

acuerdo conlleva una voluntad de obligarse jurídicamente, ¿por qué no puede aplicarse este principio a los contratos gratuitos?

Para averiguar si la intención de las partes fue la de contraer un vínculo jurídico o permanecer en el campo de la mera cortesía, concertando un vínculo tan solo en el plano social, habría que estudiar caso por caso y, mediante criterios tanto objetivos como subjetivos, investigar cuales fueron las causas que motivaron al promitente a dar su consentimiento; ponderar todas las circunstancias que rodean el caso para determinar si se había querido o no asumir tal vínculo jurídico. Sin embargo, esta solución no parece la más acertada si tenemos en cuenta el tráfico jurídico, en el que cada vez son más abundantes los acuerdos de dar en préstamo de uso.

IV. LA FUNCIÓN DE LA ENTREGA EN LOS LLAMADOS "CONTRATOS REALES".

Muchos han sido los intentos doctrinales para justificar la categoría de los contratos reales. Pero lo cierto es que el verdadero y principal problema a plantear es delimitar cuál sea la función que cumple la entrega en estos contratos. Si bien la entrega puede desempeñar un papel importante en un determinado negocio, esto no significa que por ello tal negocio deba ser calificado de contrato real. La entrega puede desempeñar papeles distintos: puede tener lugar solvendi causa o contrahendi causa. Cuando la entrega tiene como fundamento cumplir el contrato, es decir que el contrato era perfecto con el solo acuerdo de voluntades, pero la entrega va a hacer posible el cumplimiento de la obligación por una de las partes, estaremos ante el primer caso, en los llamados "contratos consensuales". Por consiguiente, en ellos, la entrega constituye un elemento que, aun gozando de relieve a ciertos efectos, no contribuye a la formación misma del contrato, sino a la ejecución del mismo.

La doctrina tradicional entiende que la entrega debe ser simultánea al consentimiento para que se perfeccionen los contratos reales, pero esta afirmación es, a mi juicio, insuficiente para mantener la categoría de los contratos reales. Me pregunto ¿por qué debe haber una unidad cronológica entre el acuerdo de voluntades y la entrega de la cosa para que los contratos de comodato, mutuo, depósito y prenda sean perfectos?

Si bien es cierto que en la mayoría de los casos el molde típico de los contratos de comodato, mutuo, prenda y depósito, presupone la unidad cronológica de la conclusión del contrato y de la entrega de la cosa, esto no quiere decir que en ocasiones las partes no puedan convenir un préstamo para proceder en un momento posterior a su ejecución. No podemos afirmar que la simultaneidad

de la entrega con el acuerdo sea imprescindible o esencial, sino que se trata de un dato meramente accidental, pudiendo convenirse un contrato perfecto mediante el solo consentimiento para en un momento posterior proceder a la entrega de la cosa, de forma que se extinga la obligación (por la entrega) que el contrato produjo cuando se perfeccionó. Admitir la naturaleza real del contrato de comodato en nuestro derecho nos llevaría a la posible y forzada distinción entre contrato consensual de comodato y contrato real de comodato, según que el acto de la entrega fuese o no formalizado simultáneamente al consenso de las partes, lo que supondría la desnaturalización de este tipo contractual.

La entrega, por tanto, ya no es requisito de perfección del contrato, sino que debe ser considerada como requisito de ejecución del mismo. Es decir, entre dos actos jurídicos es necesario que exista un nexo de causalidad jurídico; uno de ellos se realiza como consecuencia del otro y tiene por ello su base y su fundamento en él, su misma razón de existir[71].

Todo contrato necesita de una causa, la causa es el negocio que le precede perfeccionado por el mero consentimiento de las partes. Así la obligación del comodante de entregar tiene su causa en el negocio jurídico contractual que le sirvió de base[72]. Además, todo negocio donde se produzca un desplazamiento patrimonial necesita de una causa, llamada por ello "causa de atribución patrimonial". La causa de la atribución es "aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al atributario para recibir el desplazamiento patrimonial"[73]. Por consiguiente, en el comodato, la obligación de entregar del comodante operará como causa de la atribución patrimonial, que el comodante debe otorgar al comodatario.

De modo que, la tesis que imperaba en el derecho romano donde la entrega de la cosa era un elemento de perfección del contrato sin la cual no se formaba, hoy día, al amparo de la autonomía de la voluntad y sometidos a un sistema consensualista, es difícilmente admisible[74]. Basta leer algunos preceptos del Código Civil para entender superada la categoría de los contratos reales; el art. 1254, que habla de consentir para obligarse; el art. 1258 que considera obligadas a las partes

71 Diez-Picazo Ponce De León, L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil,* Madrid, 1963, p. 24 ss.

72 Quizá debería traerse aquí a colación la distinción entre causa del negocio y causa de la obligación. La causa del negocio, entendida como la razón por la cual se realiza el negocio, se diferencia de la causa de la obligación, entendida esta como justificación del deber de una prestación.

73 Diez-Picazo Ponce De León, L.: "El concepto de causa, cit., p. 28.

74 En este mismo sentido Lacruz Berdejo, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, T II, Vol. III, Barcelona, 1986, p. 257, opina que "hoy, al amparo de la autonomía de la voluntad, es indudable la validez y eficacia de un contrato por el que el prestamista se obligue a entregar la cosa o cantidad en tal o cual fecha, y la otra parte a restituir en su día las cantidades que recibirá en el futuro... Cualquier préstamo - añade el autor - convenido sin entrega, pues, es ya, en el momento del acuerdo de voluntades, un contrato perfecto al que le faltan los actos precisos para su consumación".

al cumplimiento desde la perfección del contrato, cual es el mero consentimiento; el art. 1261 que establece los requisitos que deben concurrir para que haya contrato, entre los que no se encuentra la *datio*.

Por lo tanto, mantener la categoría de los contratos reales, supondría la deformación de un sistema contractual como el nuestro[75], donde "todos los contratos son consensuales, porque todos se perfeccionan por el consentimiento, y perfeccionado el contrato, produce el *vinculum iuris* que obliga a su consumación"[76].

V. CONCLUSIONES.

Por consiguiente, todos los argumentos expuestos abocan a la misma conclusión:

La subsistencia de la categoría de los contratos reales es mera consecuencia del peso de la tradición histórica, por lo que, faltando toda justificación actual, no parece oportuno seguir conservando la tradicional estructura real de los contratos de comodato, mutuo, depósito y prenda.

No se puede, con afán de mantener la categoría de los contratos reales, partir de la premisa de que la obligación principal surgida de estos contratos es la que tiende a la restitución de la cosa y por lo tanto como no puede existir una obligación de restituir una cosa que no ha sido recibida, es necesario que la entrega de la cosa deba formar parte del período formativo del contrato. Y ello porque, en el contrato de comodato no nace una sola y única obligación, la de restituir del comodatario, sino que nacen obligaciones a cargo de ambos contratantes, entre las que se incluye la obligación de entregar del comodante. Además, esta teoría nos llevaría a predicar el carácter real de todos los contratos restitutorios, lo que supondría la novación de tipos contractuales predeterminados.

Los intentos por parte de la doctrina de concebir el contrato consensual de comodato como un precontrato de contrato real o como un contrato consensual atípico, no son más que meras tentativas de salvar la histórica categoría de los contratos reales, llegando a conclusiones contradictorias que a lo único que conducen es a aceptar la obligatoriedad de un acuerdo sin entrega.

75 Así, Teti, R.: "Voz Comodato", *Digesto delle discipline privatistiche*, Vol. III, Torino, 1988, p. 38, entiende que la existencia de contratos reales que se perfeccionan por la tradición de la cosa representa una anomalía en un sistema, como es el nuestro, que ha adoptado la regla según la cual el consentimiento es suficiente para constituir una relación. Afirma que: "...si deve riconoscere che l'esistenza dei contratti reali è un inutile ed illogico tributo p.ato alla tradizione e, conseguentemente si deve admettere che le parti possono creare, oltre ed accanto ad ogni figura di contratto reale una corrispondente figura di contratto consensuale".

76 Bonel Y Sánchez: cit., p. 753.

No encontramos apoyo jurídico en el que fundamentar la categoría de los contratos reales. En ninguno de los artículos que regulan el contrato de comodato se establece que es necesaria la entrega para la perfección del mismo, así como tampoco se dice que el contrato no existirá si falta dicha entrega. Además, no se debe olvidar que nos encontramos en un campo - el contractual - dominado por los principios de consensualidad, autonomía de la voluntad y libertad de formas, y que el contrato de préstamo se encuentra regulado en el Libro IV del Código Civil, basado en dichos principios. Si el legislador hubiera querido conceder al préstamo naturaleza real no lo habría subordinado al cumplimiento de estos principios y, por lo tanto, no lo habría encuadrado en el Libro IV de nuestro Código.

De ello se desprende que no existe norma jurídica alguna que impida la configuración del comodato como contrato consensual, sino al contrario, a falta de norma expresa que lo establezca lo más lógico será entender que se trata de un contrato incluido en la norma general de los contratos consensuales.

La configuración del comodato como contrato consensual es, en la actualidad, una exigencia del sistema económico-social[77]. Si bien es cierto que el comodante confiere el uso de una cosa objeto de su propiedad gratuitamente y que este hecho puede producir una disminución en su patrimonio, no menos cierto es que cuando el prestamista se obliga a dar en comodato asume de antemano los riesgos que le pueda ocasionar la no devolución de la cosa. Si no se entiende perfeccionado el contrato hasta la entrega de la cosa este hecho conduciría a la posible imposición por el comodante de condiciones injustas para el comodatario, e incluso a la posibilidad de que en el momento en el cual el comodante se decidiese a cumplir y hacer entrega de la cosa objeto de contrato esta ya no fuese necesaria habiendo producido ya perjuicios insalvables para el comodatario. Se debe proteger, no solo el interés del comodante (a la devolución de la cosa comodada), sino también el del comodatario a recibir la cosa, para que, efectivamente, se pueda garantizar y asegurar un tráfico jurídico fluido. Además, hay que tener presente que el comodante no transmite la propiedad de la cosa, sino tan solo el uso, con lo que ciertas cautelas presentes en otros contratos (como son la donación, el mutuo) podrán desaparecer con mayor facilidad.

Además, sería contrario a aquello que se entiende como efecto propio de un contrato por un ciudadano medio, que, tras un acuerdo de voluntades libremente manifestado, el comodante pueda entregar o no la cosa, y que el comodatario, en quien se ha generado algo más que una expectativa, no pueda recabar la protección jurídica que confiere nuestro Código Civil a los sujetos de derecho, de exigir el cumplimiento de las obligaciones o prestaciones que se le han prometido.

77 Blasco Gascó, F.: cit., p. 749.

La conclusión obtenida a través del análisis que precede es, pues, que no existe norma alguna que niegue validez al contrato consensual de comodato, mutuo, depósito y prenda. Debemos, por tanto, proceder a la depuración del falso dogma de la "realidad", dando a las figuras de que se trata una estructura esencialmente consensual.

BIBLIOGRAFÍA.

AAVV.: *Cuadernos de teoría y práctica de derecho civil*, *Derecho civil II* (coord. Gete-Alonso, M.C.), Madrid, 1991.

Albaladejo, M.: *Derecho civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. II, Barcelona, 1987.

Alguer, J.: "Para la crítica del concepto de precontrato"*, Revista de Derecho Privado*, 1936.

Aubry et Rau: *Cours de droit civil français*, T. VI, 5ª edición, París, 1920.

Barbieri, E. Mª.: "Appunti sul comodato"*, Le Corti di Brescia* e *Venezia,* Milano, 1957.

Ballarín Hernández, R.: *El cobro de lo indebido. Perfiles institucionales y eficacia traslativa,* Madrid, 1985.

Baudry-Lacantinerie, G. Et Wahl, A.: "De la societé, du prêt, du depot", *Traité Théorique et practique de Droit civil*, París, 1907.

Bercovitz y Rodriguez-cano, R. y Valladares rascon, E.: *Comentarios al código civil y compilaciones forales*., dirigidos por Albaladejo, T XVI, v 1º, Edersa, Madrid, 1991.

Besta, E.: *Le obbligazioni nella Storia del Diritto italiano*, Padua, 1936.

Blasco Gascó, F.: "El préstamo mutuo o simple", en *Derecho de Obligaciones y contratos* (coord. Valpuesta Fernández), Valencia, 1995.

Bonel Y Sánchez: Código Civil Español comentado y concordado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. T. IV, L. IV, Barcelona, 1891.

Borsari, L.: *Del comodato*, en *Commentario del codice civile italiano*, s/f.

Brunori, E.: "Del Comodato", en *Commentario del Codice Civile, delle Obbligazioni,* diretto da D'Amelio e Finzi, Vol. II, 2, Firenze, 1949.

Carresi, F.: *"Il Comodato come rapporto di cortesia", Rivista Trimestrale di Diritto* e *Procedura Civile,* Milano, 1949.

Carresi, F.: "Il Comodato", en *Trattato di Diritto Civile Italiano,* diretto da Vassalli, Vol. VIII, 2, Torino, 1957.

Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral.* T. IV, Derecho de obligaciones. Madrid, 1985.

Clemente De Diego, C.: *Instituciones de Derecho Civil Español,* T. II, Madrid, 1930.

Coviello, L: "Del contratto estimatorio", *Rivista italiana per le scienze giuridiche",* 1893.

D'amico, G.: "La categoria dei cc.dd. contratti reali atipici"*, Rassegna di diritto civile,* Napoli, 1984.

D'ors, A.: "Apostillas sobre la formación histórica de los tipos contractuales romanos"*, Revista de Derecho Notarial,* núms. XXV-XXVI, Madrid, 1959.

D'ors, A.: *Epigrafía jurídica romana,* Madrid, 1953.

De Casso Y Romero, I.: *Derecho Civil Español,* T. I, Madrid, 1926.

De Castro Y Bravo, F.: "La promesa de contrato", *Anuario de Derecho Civil,* 1950.

De Ruggiero, R.: *Instituciones de derecho civil,* traducción de la 4ª edición italiana por Serrano Suñer y Santacruz Teijeiro, T. II, Vol. 1º, Madrid, 1977.

De Tilla, M.: "Il Diritto Immobiliare", en *Trattato sistematico di giurisprudenza ragionata*, Giuffrè, Milano, 1995.

Diez-Picazo Ponce De León, L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil,* Madrid, 1963.

Domat, M.: *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, T. I, París, 1777.

Duvergier: "Le prêt a usage"*, Le droit civil français suivant l'ordre du Cod*e, T. XXI, París, 1843.

Ennerccerus, L.: "Derecho de obligaciones", en *Tratado de Derecho Civil*, Traducción española, T. II, Vol. 2, Barcelona 1966.

Fabre, R.: "Le prèt à usage en matière commerciale"*, Revue trimestrielle de droit commercial,* París, 1977.

Falcon, M.: Código Civil Español. T. IV. Madrid, 1889.

Ferrini, C.: "Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano"*, Archivio giuridico,* Pisa, 1894.

FRAGALI, M.: "Comodato", en *Commentario del Codice Civile, delle Obbligazioni,* dirigido por SCIALOJA e BRANCA, Libro IV, Bologna-Roma, 1966.

FUZIER-HERMAN: "Du Prêt", en *Code civil annoté,* T. VI, París, 1949.

GALGANO, F.: *El negocio jurídico,* traducido por PRATS ALBENTOSA, L. y BLASCO GASCÓ, F., Valencia, 1992.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español.* T. III, Madrid, 1852.

GARCÍA GOYENA, F.: *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva del Código civil, criminal y administrativo con arreglo en todo a la legislación hoy vigente,* T. III, Madrid, 1842.

GIAMPICCOLO, G.: "Comodato e mutuo", en *Trattato di diritto civile,* Milano, 1972.

GONZÁLEZ PALOMINO, J.: "La adjudicación para pago de deudas", *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* T. I, Madrid 1945.

GUTIÉRREZ, B.: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español.* T.V. Madrid 1878.

HUC, T.: "Du prèt a usage ou commodat", en *Commentaire Théorique et practique du Code civl,* T. XI, París, 1898.

JORDANO BAREA, J.B.: "La categoría de los contratos reales", Barcelona, 1958.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil,* T II, Vol. III, Barcelona, 1986.

LASSO GAITE: *Crónica de la codificación española,* Codificación civil, T. II, Madrid, 1970.

LAURENT, F.: *Principes de Droit civil français,* T. XXVI, París, 1893.

LOCRÈ: Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des codes français, Bruselas, 1936.

LUMINOSO, A.: "I contratti tipici e atipici", en *Tratatto de diritto privato* (coord. GIOVANNI IUDICA y PAOLO ZATTI), 1995.

MANRESA Y NAVARRO, J. Mª.: *Comentarios al Código Civil Español,* T. XI, Madrid, 1972.

MANZINI, C.: "Il contratto gratuito atipico", *en Contratto e impresa*., Padova, 1986.

MANZINI, C.: "Sui contratti reali a titolo gratuito", en *Contratto e impresa*, Padova, 1989.

MARÍN PÉREZ, P.: "De los contratos de préstamo, comodato y depósito", en *Comentarios al Código Civil Español de Quintus Mucius Scaevola*, T. XXVII, Madrid, 1952.

MARTÍNEZ RUIZ, A.: *"El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo",* T. X, Madrid, 1908.

MICCIO, R.: *Dei singoli contratti e delle altre fondi delle obbligazioni,* Torino, 1959.

MORO LEDESMA, S.: "El precontrato", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Madrid 1934.

NATOLI, U.: *I Contratti reali,* Giuffrè, Milano, 1975.

OSSORIO MORALES, J.: "Notas para una teoría general del contrato", *Revista de Derecho Privado,* T. XLIX, enero - diciembre 1965, Madrid.

OSSORIO MORALES, J.: "Notas para una teoría general del contrato", en *Lecciones de Derecho civil*, Granada, 1956.

OSTI, G. "Voz contratto", *Novissimo Digesto* Italiano, Torino, 1962.

PASTORI, F.: *Il commodato nel diritto romano,* Milano, 1954.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *El Contrato de Comodato*, Pamplona, 1998.

PLANIOL, M - RIPERT, G.: *Traité élémentaire de Droit civil.* T. XII, París, 1926.

POTHIER, R. J.: "Traté du prêt a usage", en *Oeuvres.* T. XIII, Bruselas, 1831.

PRATS ALBENTOSA, L.: *Del mutuo a interés y el pago de los intereses no pactados*, Tesis de licenciatura (obra inédita), Valencia, 1986.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, T II-2º, Barcelona 1.982.

ROCA GUILLAMÓN, J.: *Comentarios al código civil y compilaciones forale*s., dirigidos por ALBALADEJO, T. XVII, Vol. 1-A, Edersa, Madrid, 1993.

ROCA SASTRE, R. Mª.: *Estudios de Derecho privado*, Vol. I, Madrid, 1948.

Román García, A.: *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencias*, Madrid, 1983.

Romero Girón, V. Y García Moreno, A.: "Textos y comentarios al Código Civil", en *Colección de las instituciones jurídicas y políticas de los pueblos modernos.* T. XIII. Madrid, 1889.

Sacco, R.: "La consegna e gli altri atti di esecuzione", en *Trattato di diritto privato,* T. X, Vol. II, Torino, 1985.

Sánchez román.: *Estudios de Derecho Civil.* T. IV, Madrid 1899.

Sánchez Velasco, H.: "Contrato de promesa y promesa de contrato", *Anales de la Academia Matritense el Notariado,* T. VI, Madrid, 1952.

Santarelli, U.: *Commodo utentis datum,* Milano, 1972.

Satta, S.: "Doppia locazione novennale e trascrizione", *Giurisprudenza Italiana,* T. I, Vol. 1, 1950.

Scozzafava, T.: "Il Comodato", en *Trattato di Diritto Privato,* dirigido por Pietro Rescigno, Vol. XII, T. 4, Torino, 1985.

Scherillo, G.: "Voz Comodato" (diritto romano), *Enciclopedia del diritto,* Milano, 1960.

Segrè, G.: *Di buona fede di commodato e di pegno,* Napoli, 1906.

Tamburrino, G.: "Voz Comodato", *Enciclopedia del diritto,* Milano, 1960.

TETI, R.: "Voz Comodato", *Digesto delle discipline privatistiche*, Vol. III, Torino, 1988.

Teti, R.: "Voz Comodato", *Digesto delle discipline privatistiche*, Vol. III, Torino, 1988.

Toullier: *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. IX, Bruselas, 1833.

troplong: "Du prêt a usage ou commodat", en *Commentaire Du prèt, du depot, du séquestre et des contrats aléatoires*, Bruselas, 1845.

Valverde y Valverde, C.: *Tratado de Derecho Civil Español,* T. III, Valladolid, 1920.

RINEGOZIAZIONE DEI CONTRATTI D'IMPRESA E PRINCIPIO DI BUONA FEDE (CONSIDERAZIONI SUL POST-PANDEMIA)

RENEGOTIATION OF BUSINESS CONTRACTS AND THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH (POST-PANDEMIC CONSIDERATIONS)

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2296-2317

Maddalena
RABITT

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il contributo muove dalla domanda se possa riconoscersi nel nostro ordinamento un obbligo di rinegoziare i contratti di impresa, specie dopo la Pandemia. La risposta dipende dalla rilevanza attribuita al principio di buona fede. Se si afferma l'esistenza dell'obbligo di rinegoziare i contratti di impresa fondato sulla buona fede, il problema si sposta da un alto sul contenuto dell'obbligo e dall'altro sulle regole di enforcement. In questa prospettiva si valuta l'opportunità di individuare soluzioni alternative all'intervento del giudice che siano più idonee a garantire il bilanciamento tra i diversi interessi in gioco.

PALABRAS CLAVE: Rinegoziazione; contratti di impresa; buona fede; ruolo del giudice; negoziazione assistita.

ABSTRACT: *The essay moves from the question if is it possible to individuate in our legal system an obligation to renegotiate business contracts, especially after the Pandemic. The answer depends on the relevance attributed to the principle of good faith. From this question, the problem shifts from one hand to the content and latitude of this duty based on good faith and, on the other hand, to the enforcement rules in contracts. In this perspective it is argued the desire to have solutions more apt to balance the different interests at stake, which are alternative to a direct involvement of the Court.*

KEY WORDS: *Re-negotiation; business contracts; good faith; mediation.*

SUMARIO.- I. IL PROBLEMA: RINEGOZIARE I CONTRATTI DI IMPRESA POST-PANDEMIA.- II. DELIMITAZIONE DEL PROBLEMA.- III. GLI ARGOMENTI A FAVORE DELL'ESISTENZA DELL'OBBLIGO DI RINEGOZIARE: IL RUOLO DELLA BUONA FEDE.- IV. GLI ARGOMENTI CONTRARI.- V. OBBLIGO A TRATTARE O A MODIFICARE L'ACCORDO?.- VI. DALLA REGOLA AI RIMEDI.- VII. VOLONTÀ DELLE PARTI E VALUTAZIONE DEL GIUDICE.- VIII. UNA SOLUZIONE ALTERNATIVA: LA RI-NEGOZIAZIONE ASSISTITA.- IX. CONCLUSIONI.

I. IL PROBLEMA. RINEGOZIARE I CONTRATTI DI IMPRESA POST-PANDEMIA.

Il pensiero di Cesare Massimo Bianca sulla nozione di buona fede[1] è sempre illuminante ed è un faro che mostra all'interprete il percorso da seguire anche per affrontare temi di grande attualità.

È infatti solo aderendo all'idea, più volte espressa dal Maestro, che il giurista deve guardare al diritto come strumento primario di realizzazione di una superiore esigenza di giustizia sociale[2], che si può cercare di rispondere correttamente alla domanda se possa configurarsi nel nostro ordinamento un obbligo alla rinegoziazione dei contratti di impresa per gestire le sopravvenienze contrattuali sorte in conseguenza della Pandemia.

Chi ne afferma l'esistenza ritiene che il fondamento normativo possa, infatti, essere desunto dal principio di buona fede contrattuale e dal principio di solidarietà; chi nega, invece, parte dal dato testuale, o meglio dall'assenza di una norma che imponga la rinegoziazione e richiama il principio di vincolatività del contratto. Già dall'impostazione del problema appare evidente che la soluzione nell'uno o nell'altro senso non può prescindere dal significato che si attribuisce alla clausola generale della buona fede contrattuale e in questo senso occorre tenere a mente le limpide pagine del Maestro.

L'interesse teorico e pratico per la questione non è escluso dal rilievo che quando si parla di contratti tra imprese la scelta di non rinegoziare l'accordo a fronte di circostanze straordinarie e imprevedibili costituisce un'ipotesi meno frequente che in altri casi, perché maggiore è l'interesse alla conservazione della relazione negoziale nel lungo periodo e posto che l'alternativa possibile, e cioè la

1 Bianca, C.M.: "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale", *Riv. Dir. Civ.*, 1983, num. 1, p. 205 ss. e in *Realtà sociale ed effettività della norma*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 407 ss. Sulla buona fede si veda inoltre Bianca, C.M.: *Diritto civile. Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 501 ss.

2 Bianca, C.M.: op. ult. cit., p. 422.

• Maddalena Rabitt
Professore Ordinario di Diritto dell'economia, Università degli Studi Roma Tre, maddalena.rabitti@uniromatre.it

risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, ex art. 1467 c.c.[3], potrebbe non essere conveniente per nessuno.

Da un diverso angolo visuale, ci si può infatti chiedere se sia corretto lasciare alla volontà delle parti la scelta se mantenere in vita il contratto o sciogliere il vincolo contrattuale, senza considerare i costi che l'adesione al principio che pacta sunt servanda possono avere su un'economia di mercato segnata da una circostanza esogena e diversa da tutte quelle che, in precedenza, possono avere alterato le dinamiche contrattuali delle relazioni tra imprese. E ancora, ci si può chiedere fino a che punto il contraente che è meno colpito dall'effetto della crisi pandemica possa rifiutare la cooperazione in nome del principio che il contratto ha forza di legge tra le parti.

A questi diversi interrogativi, durante l'anno appena trascorso, hanno cercato di rispondere in diverse occasioni sia il legislatore (con la decretazione emergenziale, ma anche con disegni di legge che oggi giacciono ancora in parlamento), sia la dottrina sia la giurisprudenza, con esiti molto diversi e soluzioni variegate, che portano a dire che ancora la questione non è stata risolta.

E tutto ciò considerando anche che il dibattito non è nato con il Covid, ma è da tempo tanto avvertito che nel progetto di riforma del c.c. del 2019, che non è andato in porto, si ipotizzava già di "prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti"[4].

Peraltro, la numerosità di contributi scientifici che sono stati scritti, lo sforzo profuso sempre dalla dottrina anche nel proporre possibili future modifiche al codice civile che introducano una norma ad hoc – penso anche alle proposte

3 Per un'introduzione al tema nella prospettiva che qui interessa ma precedente la Pandemia si veda Gambino, F.: "Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice", *Jus civile*, 2019, p. 397 ss.; *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004 e *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. Giur.*, *Agg.*, XV, Roma, 2007. Per una compiuta analisi del fenomeno v. per tutti Macario, F.: *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; Id. "Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi", *Giust. Civ.*, 2014, p. 825 ss. Il rimedio di cui all'art. 1467 c.c. presenta diverse criticità, rinvenibili, in particolare, nel fatto di attribuire rilievo alle sole sopravvenienze «straordinarie e imprevedibili» prevedendo, quale rimedio primario, quello caducatorio. Di fatto, dunque, al soggetto svantaggiato dallo squilibrio non resta che la risoluzione del contratto, a nulla rilevando il suo eventuale interesse al mantenimento dello stesso. Trovano giustificazione in tale «vulnus» di tutela le c.d. clausole convenzionali di rinegoziazione che mirano a superare i limiti imposti dall'art. 1467 cod. civ. Sul punto v. Pignalosa, M.P.: "Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, parte seconda, p. 411.

4 Disegno di legge presentato al Senato il 19 marzo 2019. Questa idea è coerente con l'evoluzione del diritto privato europeo più recente, il quale si è appunto preoccupato di consentire che l'equilibrio contrattuale sia mantenuto a fronte delle sopravvenienze fattuali (change of circumstances) che tendano a stravolgerlo, o comunque ad alterarlo. Sirena, P.: "L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid-19", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, p. 13.

dell'Associazione Civilisti Italiani –[5], le soluzioni dell'emergenza apprestate dal legislatore a ridosso del lockdown[6], le interpretazioni che di esse ha offerto la giurisprudenza[7], rendono anche il solo proposito di offrire un quadro chiaro molto ambizioso.

II. DELIMITAZIONE DEL PROBLEMA.

Considerata la complessità della questione, appare opportuno, preliminarmente, fissare alcune premesse utili a circoscrivere il terreno d'indagine.

In primo luogo, la pandemia non dovrebbe in futuro ragionevolmente essere considerata un evento straordinario e imprevedibile. Sarà (purtroppo) opportuno che le imprese contemplino questa ipotesi, inserendo nei loro contratti clausole di adattamento. Qui va richiamata, in particolare, l'esperienza delle clausole Hardship volte a disciplinare le ipotesi in cui l'equilibrio economico del contratto sia sensibilmente alterato dal verificarsi di eventi che, benché imprevedibili al momento del perfezionamento dello stesso, rendono la prestazione eccessivamente onerosa per una delle parti contraenti[8]. Grazie a queste clausole, le parti possono

5 Quanto alla posizione espressa dall'Associazione Civilisti Italiani, può evidenziarsi come la stessa auspichi, in reazione all'emergenza economico-sanitaria, l'adozione di un decreto delegato per l'introduzione nel codice civile di un nuovo articolo 1468-bis, che consenta alla parte pregiudicata dallo squilibrio sopravvenuto di chiedere la rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. Quale elemento distintivo rispetto alla citata proposta di introduzione di un nuovo art. 1467-bis c.c., l'Associazione Civilisti Italiani ha osservato che, nonostante sia «congrua l'idea di tradurre l'obbligo di rinegoziare secondo buona fede nel potere-dovere delle parti di formulare proposte e controproposte di adeguamento fondate su ragioni giustificate», «non sembra invece opportuno affidare al giudice il potere di determinare le nuove condizioni contrattuali».

6 La normativa d'emergenza si è concentrata sui c.d. contratti commerciali di durata, fisiologicamente più «sensibili» di altri ai problemi derivanti dalla gestione delle sopravvenienze. Con il D.L. 23 febbraio 2020, n. 6 recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19», il D.L. 2 marzo 2020, n. 9 ed il D.L. 17 marzo 2020, n. 18, il Legislatore, preso atto dell'esistenza di circostanze idonee ad alterare il sinallagma contrattuale, ha optato per un rimedio di natura conservativa, limitandosi a rinviare la scadenza dei termini di adempimento e mantenendo dunque immutati i diritti ed i doveri delle parti connessi alle reciproche posizioni negoziali. Ai sensi dell'art. 91 di tale provvedimento: «il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». Sul punto, non può tuttavia non rilevarsi come la formulazione di cui all'art. 91 riconduca pur sempre la disciplina in parola all'inadempimento dell'obbligazione derivante dall'impossibilità di eseguire la prestazione per fatto non imputabile al debitore, nulla aggiungendo all'attuale panorama normativo per ciò che concerne la gestione delle sopravvenienze nel senso stretto del termine. Sulla scorta di queste prime considerazioni, sembrerebbe quindi potersi affermare che la citata legislazione speciale dell'emergenza non ha sovvertito il sistema generale del codice, proponendo tuttavia agli operatori del diritto spunti di riflessione in ordine all'opportunità di privilegiare, anche per il caso di sopravvenienze significative, rimedi di natura conservativa dell'accordo.

7 Con riguardo alla recente giurisprudenza di merito (di cui al maggio-luglio 2020), può evidenziarsi come la stessa si mostri diffidente a riconoscere alla buona fede il ruolo di principio generale su cui si fonderebbe l'obbligo di rinegoziazione delle parti dinanzi a sopravvenienze di natura sperequativa; di avviso contrario, un'isolata pronuncia del Tribunale di Roma (ordinanza del 27 agosto 2020), che, infatti, arriva a considerare «doveroso […] fare ricorso alla clausola generale di buona fede e di solidarietà sancita dall'art. 2 della Carta costituzionale al fine di riportare il contratto entro i limiti dell'alea normale del contatto».

8 Le c.d. clausole di Hardship (c.d. Hardship clauses, o «Clausole di avversità») sono quelle clausole volte a disciplinare le ipotesi in cui l'equilibrio economico del contratto sia sensibilmente alterato dal verificarsi di eventi che, benché imprevedibili al momento del perfezionamento dello stesso, rendono la prestazione

richiedere alla controparte contrattuale la rinegoziazione del contratto, al fine di ristabilire la parità delle rispettive prestazioni.

In secondo luogo, e con riguardo ai contratti tutt'ora in corso, invece, l'evento pandemico si configura come una circostanza straordinaria e imprevedibile che rende eccessivamente onerosa la prestazione ma che, in potenza, colpisce entrambe la parti, sebbene ovviamente nel caso concreto ben può essere che ad essere colpita sia una sola parte o che una sia colpita in misura maggiore dell'altra. Questo aspetto è essenziale nella prospettiva del discorso che si va conducendo, perché induce a riflettere sulla posizione dei contraenti in relazione alle circostanze, senza presumere che ce ne sia una avvantaggiata e l'altra svantaggiata dalle stesse. Si pensi, ad esempio, ad un contratto di locazione d'azienda. È difficile stabilire a priori chi – tra locatore e locatario – abbia subito un danno comparabilmente maggiore dalla chiusura e interruzione dell'attività d'impresa. Infatti, il locatario nel periodo di chiusura avrà risparmiato costi di personale, costi di approvvigionamento e costi di gestione. Mentre il locatore avrà mantenuto tutti gli obblighi fiscali (IMU, presunzione di reddito ecc.) e avrà subito perdite nette di entrate di cassa.

Infine, si consideri anche che la via della caducazione del contratto non è di per sé la più idonea a salvaguardare l'interesse del mercato e anche delle parti, considerato che i contratti di impresa sono spesso preceduti da una serie di investimenti specifici – c.d. investimenti "difficilmente convertibili", (di cui ai fattori Williamson)[9]. In questa prospettiva è particolarmente interessante svolgere alcune considerazioni sulle filiere produttive, in cui il rapporto di interdipendenza contrattuale tra le imprese è evidentemente maggiore[10].

Fatte queste premesse, l'obiettivo in questo contributo è fare il punto sulle possibili alternative che sono state prese in considerazione da chi si è occupato

eccessivamente onerosa per una delle parti contraenti; grazie a queste clausole, le parti possono richiedere alla controparte contrattuale la rinegoziazione del contratto, al fine di ristabilire la parità delle rispettive prestazioni. Le clausole di Hardship sono previste sia dai principi elaborati dalla Camera di Commercio Internazionale (c.d. ICC Hardship clause del 2003, peraltro modificata per effetto dell'emergenza sanitaria nel maggio del 2020), dai Principi Unidroit (ex artt. 6.2.2 e 6.2.3, Unidroit Principles del 2016) e dai Principles of European Contract Law (PECL) redatti dalla Commissione Lando (art. 6:111) ; al riguardo, può evincersi come, a differenza di quanto previsto dalla Camera di Commercio Internazionale, i Principi Unidroit e i PECL attribuiscono alle parti, in caso di mancato accordo entro un termine ragionevole, il potere di rivolgersi al giudice affinché quest'ultimo modifichi il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio.

9 I contratti d'impresa (o B2B), comunemente definiti long terms contracts per il loro carattere fisiologicamente duraturo, si caratterizzano per una serie di fattori indicativi dell'esigenza di preservare il contratto anche in caso di sopravvenienze; ci si riferisce, a tal proposito, ai c.d. fattori Williamson, che si sostanziano, sinteticamente, nel rischio connaturato all'esercizio dell'attività d'impresa, nella specificità degli investimenti (pertanto difficilmente convertibili) e nella c.d. razionalità limitata. Nell'insegnamento di Williamson, O.E.: "*Integrazione verticale della produzione: considerazioni sul fallimento del mercato*", in Williamson, O.E.: *L'organizzazione economica. Imprese, mercati e controllo politico*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 122, il costo transattivo delle scelte degli operatori economici dipende dal grado di specificità degli investimenti, se l'investimento non è convertibile rimani prigioniero del rapporto commerciale instaurato.

10 Si rinvia a quanto già osservato in diversa sede, Malvagna, U. – Rabitti, M.: "Filiere produttive e Covid-19: tra rinegoziazione e co-regolazione", *Nuovo diritto civile*, 2020, num. 4, p. 369 ss.

del tema, cercando di ricondurle –non senza un'operazione un po' arbitraria nel metodo perché tesa a semplificare – a due tesi contrapposte, cioè se esista o meno un obbligo di rinegoziare l'accordo e se esso si fondi sulla buona fede; per poi valutare le conseguenze che dall'una o dall'altra ipotesi si possono trarre sul piano della disciplina anche nella logica dei rimedi e, se del caso, dell'enforcement.

III. GLI ARGOMENTI A FAVORE DELL'ESISTENZA DELL'OBBLIGO DI RINEGOZIARE: IL RUOLO DELLA BUONA FEDE.

Chi afferma l'esistenza di un obbligo di rinegoziare lo fonda sul principio di buona fede (specie sull'art. 1374 e 1375 c.c. e 1366 c.c.,) [11] o di solidarietà (art. 2 Cost.)[12]. Gli argomenti che sono addotti a favore dell'esistenza dell'obbligo di rinegoziare fondato sulla buona fede (come fonte e come vettore dell'obbligo) fanno perno sul principio di buona fede oggettiva che conforma i diritti e gli obblighi delle parti e connota la fase esecutiva del contratto (art. 1375) come regola cardine di governo della discrezionalità nell'esecuzione del contratto[13].

Il bilanciamento tra il principio di vincolatività del contratto e il principio rebus sic stantibus[14] ha portato l'Ufficio del Massimario della Cassazione nella Relazione tematica n. 56/2020, su cui si tornerà ulteriormente anche per darne una lettura

11 Alcuni Autori si sono spinti sino al punto di definire il ricorso a detto principio, «l'unica strada da percorrere per rinvenire nell'ordinamento un dovere di rinegoziazione». Benedetti, A.M. – Natoli, R.: "Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito, www.dirittobancario.it; Dolmetta, A.A.: "Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus), *Giustiziacivile.com*; Gambino, F.: *Problemi del rinegoziare*, Giuffrè, Milano, 2004; Macario, F.: "Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus", *Giustiziacivile.com*., 17 marzo 2020. Dello stesso avviso, la Corte di Cassazione, secondo cui, segnatamente, il dovere delle parti di procedere ad una rinegoziazione del contratto si fonderebbe sul principio di buona fede oggettiva, che sostituirebbe «alla logica egoistica del negozio statico e blindato, quella dinamica della leale collaborazione tesa a superare le sopravvenienze di fatto e di diritto che hanno inciso sull'equilibrio del contratto»; il principio di buona fede oggettiva, peraltro, costituirebbe espressione del fondamentale principio di solidarietà sociale ed economica, sancito dall'art. 2 della Costituzione; Cass, Relazione tematica n. 56/2020. Prima della Suprema Corte, tra i tanti, Macario, F.: "Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi", *Giust. civ.*, 2014, num. 2, p. 825; Roppo, V.: *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1046; Cesàro, V.M.: *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 165 ss.; Sicchiero, G.: voce "Rinegoziazione", *Digesto Civ.*, Aggiornamento, II, Utet, Torino, 2003, p. 1217 ss.

12 Si rinvia a Malvagna, U. – Rabitti, M.: "Filiere produttive e", cit., p. 374 per un richiamo alle diverse letture sul interroga sul senso e sul peso da attribuire al principio solidaristico ex art. 2 Cost. che innerva la clausola generale dell'art. 1375 c.c. Al riguardo, le varie opinioni espresse manifestano letture assai diversificate, se non proprio opposte: da chi – in linea con un sentire ancora oggi, forse, maggioritario – assegna al principio solidaristico un ruolo di correttivo concettualmente "esterno" alle logiche ordinanti il subsistema degli squilibri contrattuali e delle quali si conferma la centralità, a chi evidenzia l'esigenza di impiegare l'opposta logica di "incorporazione" della buona fede, quale criterio interno alla costruzione di tutti gli istituti del diritto dei contratti, a chi ne prospetta una nozione proattiva funzionale a un mutamento dello stesso modello capitalistico esistente, a chi invece scongiura un approccio che le attribuisca un ruolo preminente, per gli effetti negativi che ciò produrrebbe sul piano economico generale.

13 Bianca, C.M.: "La nozione di", cit., p. 420 ss.

14 Il principio rebus sic stantibus è valorizzato implicitamente in una serie di disposizioni dirette a tutelare sia interessi di carattere patrimoniale (tra cui, ad esempio, l'art. 1664 c.c. in materia di appalto, l'art. 1623 c.c. in materia di affitto e l'art. 1384 c.c. in materia di clausola penale), sia interessi di carattere non – solo – patrimoniale (come ad esempio gli artt. 687 e 803 c.c. in materia, rispettivamente, di revocazione del testamento e della donazione per sopravvenienza di figli). Sul punto, tra i tanti, Ferri, G.B.: "Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità", *Quadrimestre*, 1988, p. 54 ss.; Gitti, G. – Villa,

critica, ad affermare che «(…) ogni qualvolta una sopravvenienza rovesci il terreno fattuale e l'assetto giuridico-economico su cui si è eretta la pattuizione negoziale, la parte danneggiata in executivis deve poter avere la possibilità di rinegoziare il contenuto delle prestazioni»[15]. A conferma di ciò si richiama anche l'art. 1374 c.c. per cui sarebbe l'equità a obbligare i contraenti a riscrivere il contratto, rinegoziandolo[16]. La fonte legale di un dovere di rinegoziazione nei contratti a lungo termine viene così ricondotta al canone di buona fede[17], ma in questa sua diversa espressione[18].

Alcuni autori traggono poi da indici di diritto positivo l'esistenza di un obbligo a rinegoziare come espressione del principio di conservazione del contratto. In primo luogo, giocherebbe in tal senso proprio il fatto che il principio della rinegoziazione del contratto trova espressione nella norma nell'art. 1467 c.c. che prevede che quando la parte colpita dalle sopravvenienze chiede la risoluzione del contratto l'altra parte, per evitare la caducazione del contratto, può offrirsi di ricondurre il contratto ad equità[19].

Qualcuno chiama in causa anche norme dettate per specifici contratti di impresa, come l'art. 1664 c.c. in materia di contratto di appalto che prevede un equo compenso quando l'eccessiva onerosità sia conseguenza di un'imprevista e non prevedibile difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche o simili o, ancora, la disciplina sulle modifiche del corrispettivo nel contratto di somministrazione[20]. Tra coloro che ritengono che esista un obbligo alla

G.: *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008; Giovene, A.: *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza (la dottrina della clausola rebus sic stantibus*), Cedam, Padova, 1941.

15 Cass, Relazione tematica n. 56/2020.

16 Sul tema v. Macario, F.: "Per un diritto", cit.; Gambino, F.: *Problemi del rinegoziare*, cit. Più in generale, su buona fede ed equità si veda anche Busnelli, F.D.: "Note in tema di buona fede ed equità", *Riv. dir. civ.*, 2001, num. I, p. 537; Gallo, P.: *Contratto e buona fede*, Utet, Torino, 2014; Uda, G.M.: *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 67.

17 Sul punto, appare opportuno richiamare la configurazione del principio di buona come metro di valutazione della condotta delle parti in grado di determinare, in caso di inadempimento dello stesso, un'ipotesi di responsabilità contrattuale, ancorché la fonte di tale obbligazione sia legale. Sul punto v., ancora, Bianca, C.M.: *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 500. Bianca, C.M.: "La nozione di", cit., p. 205 ss.

18 In particolare, l'obbligo legale di rinegoziazione viene ricondotto al principio di buona fede oggettiva, in termini di equità integrativa del contratto ai sensi dell'art. 1374 c.c.; Benedetti, A.M. – Natoli, R.: "Coronavirus, emergenza sanitaria", cit. Si veda anche in giurisprudenza, Trib. Treviso, 21 dicembre 2020, in *Giur. It.*, marzo 2021, p. 589, con commento di Sicchiero, G.: "La prima applicazione dell'intervento giudiziale fondata sull'equità ex art. 1374 c.c.".

19 La disposizione in esame dimostra come l'ordinamento privilegi la conservazione del contratto mediante revisione, rispetto alla caducazione del rapporto negoziale; in particolare, può osservarsi come la richiesta di riconduzione ad equità del contratto abbia l'effetto di vanificare la domanda di risoluzione eventualmente proposta dalla parte onerata da sopravvenienze. Si rileva, peraltro, che un analogo meccanismo di salvezza degli effetti negoziali è ravvisabile in caso di contratto rescindibile, di cui all'art. 1450 c.c., di rettifica del contratto viziato da errore, di cui all'art. 1432 c.c., di conversione del contratto nullo, di cui all'art. 1424 c.c. e di nullità parziale, di cui all'art. 1419 c.c.

20 La preferenza accordata ai rimedi di carattere manutentivi (tra cui la rinegoziazione) non si rinviene soltanto nell'art 1467 c.c., trovando piuttosto conferma nella disciplina speciale delle fattispecie contrattuali necessariamente o funzionalmente influenzate dal fattore tempo (c.d. long terms contracts); basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, al già citato art. 1664 comma 1 c.c., in tema di appalto, che, in caso di variazione del corrispettivo di oltre un decimo a causa di circostanze imprevedibili, ammette la revisione

rinegoziazione vi è chi, comunque, auspica che il legislatore intervenga per circoscriverne l'ambito e definirne gli effetti e chi, invece, afferma che ciò non sia necessario trovandosi già nel sistema il regime applicabile.

IV. SEGUE. GLI ARGOMENTI CONTRARI.

Chi nega che esista un obbligo alla rinegoziazione del contratto aderisce a una tesi più dogmatica del diritto dei contratti e ha gioco più facile[21]. Questa interpretazione si fonda, oltre che sul dogma pacta sunt servanda, essenzialmente sull'assenza di una norma che lo preveda e, ancor più, sulla considerazione che l'art. 1467 c.c. prevede solo per la parte avvantaggiata l'offerta di riconduzione ad equità, concependola come una facoltà. Altra opinione, invece, esclude che l'obbligo di rinegoziare esista e possa mai essere fondato sulla buona fede, ritenendo che il principio di buona fede serva nell'interpretazione e nell'esecuzione mentre la rinegoziazione sarebbe un nuovo episodio di autonomia negoziale[22].

L'assenza di un obbligo previsto dalla legge o dal contratto esclude, secondo questa linea di pensiero, che il principio di buona fede possa arrivare oltre i suoi confini naturali per cui esso impone alle parti di adoperarsi per salvaguardare l'interesse altrui, nei limiti del proprio apprezzabile sacrificio[23]. Dunque, posto che optare per la rinegoziazione rimane una scelta coerente con l'obiettivo di salvaguardare le relazioni contrattuali, se una parte non intende rinegoziare deve restare libera di sciogliere il vincolo contrattuale[24].

Questa tesi, nella sua formulazione più rigorosa, è opinabile nella misura in cui risponde ad una logica egoistica del contratto che mal si concilia con le esigenze di solidarietà sociale che le sopravvenienze da pandemia portano con sé sebbene, d'altro verso, andrebbe evitata la tentazione di legittimare un diritto di ripensamento

del prezzo originariamente pattuito e all'art. 1623 c.c. che, in materia di affitto, riconosce la possibilità per le parti di rivedere il canone quando una disposizione di legge o un provvedimento dell'autorità abbia modificato notevolmente i termini del rapporto. Si precisa, infine, per finalità di completezza, che la predetta esigenza di conservazione degli effetti può riscontrarsi anche in fattispecie negoziali ad esecuzione istantanea; si pensi, sul punto, all'art. 1492 c.c. in materia di riduzione del prezzo in caso di vendita di bene viziato, agli artt. 590 e 799 c.c. in ambito di conferma di disposizioni testamentarie e donazioni nulle, agli artt. 30 e 46 del DPR 380/2001 e al novellato art. 29 comma 1 ter l. 52/1985 relativi alla possibilità di confermare trasferimenti immobiliari affetti da nullità per mancanza di dichiarazioni urbanistiche e/o catastali.

21 Tra Coloro che sono contrari alla configurabilità di un generale obbligo di rinegoziazione avente fonte legale, Barcellona, M.: "Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze", *Europa e diritto privato*, 2003, p. 476 ss.

22 Briguglio, A.: "Novità sostanziali del diritto «emergenziale» anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia dei privati", *Giustiziacivile.com*., 7 ottobre 2020.

23 Su questa definizione di buona fede si rinvia Bianca C.M., "La nozione di", cit., p. 416.

24 A. Briguglio, op. loc. ult. cit.; Federico, A.: "Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, num. 12-bis, maggio 2020, p. 242 ss.; Carleo, R.: "Effetti dell'emergenza pandemica Covid-19 sui rapporti contrattuali pendenti tra rimedi legislativi ordinari ed interventi normativi eccezionali", consultabile su https://www.camera.it/leg18/1347, seduta del 27 aprile 2021.

circa la convenienza dell'originario patto contrattuale affidato unilateralmente alla parte ritenuta più debole, senza stabilire con grande attenzione presupposti ed effetti. Anche in questa prospettiva vale la pena di leggere ancora una volta le pagine sulla solidarietà contrattuale di Cesare Massimo Bianca[25].

V. OBBLIGO A TRATTARE O A MODIFICARE L'ACCORDO?

Sempre procedendo per classificazioni, all'interno della linea di pensiero che ritiene che sussista o vada introdotto un obbligo di rinegoziazione, occorre distinguere tra chi ritiene che si tratti di un obbligo a trattare e chi invece ritiene si tratti di un obbligo a rinegoziare modificando l'assetto originario del contratto, ovvero di un obbligo teleologicamente predeterminato.

I primi, con argomenti vari, sottolineano che la buona fede non impone alle parti di addivenire ad un nuovo contratto: occorre, ma è anche sufficiente, che esse si rendano disponibili ad una seria trattativa che, secondo una valutazione obiettiva, appaia rivolta a ridiscutere i termini dell'originario accordo. In altri termini, si afferma che l'obbligo di rinegoziazione si traduce (non nell'obbligo di modificare il contratto ma) in un dovere di condurre costruttivamente le trattative con spirito propositivo ed evitando comportamenti opportunistici, ma senza che si possa pretendere dalle parti di dover acconsentire ad ogni pretesa della parte svantaggiata o di concludere in ogni caso il contratto, perché questa scelta valutazioni economiche e personali[26]. In questa prospettiva è proprio la clausola generale di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. a fornire criteri alla luce dei quali valutare la buona condotta dei contraenti[27].

Come ha puntualizzato l'ufficio del massimario della Cassazione con la Relazione n. 56/2020, che si colloca in punto di principio, quantomeno apparentemente, in questa linea di pensiero: «l'obbligo di rinegoziare impone di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, ma non anche di concludere il contratto modificativo. Pertanto, la parte tenuta alla rinegoziazione è adempiente se, in presenza dei presupposti che richiedono la revisione del contratto, promuove una trattativa o raccoglie positivamente l'invito di rinegoziare rivoltole dalla controparte e se propone soluzioni riequilibrative che possano ritenersi eque e accettabili alla

25 Bianca C.M., op. loc. ult. cit.

26 Seguendo tale impostazione, l'esatto adempimento dell'obbligo di rinegoziare si esaurirebbe nello svolgimento delle trattative condotte secondo le regole della buona fede, con la conseguenza che il rifiuto di concludere l'accordo modificativo a seguito di una trattativa leale e collaborativa non costituirebbe inadempimento e per necessario corollario non potrebbe configurarsi in capo alle parti alcuna responsabilità. In questa prospettiva, le clausole di rinegoziazione, al pari di una norma precettiva, obbligherebbero le parti a tenere un determinato comportamento, traducendosi in un «fenomeno in potenza dal contenuto indeterminato», potendosi le parti riservare «di decidere se e come convertirlo in atto». Di questo avviso, Gambino, F.: *Problemi del rinegoziare*, cit. e voce "Rinegoziazione (dir. civ.)", cit., p. 1 ss.

27 Bianca, C.M.: "La nozione di", cit., p. 407 ss.

luce dell'economia del contratto; (…). Si avrà, per contro, inadempimento se la parte tenuta alla rinegoziazione si oppone in maniera assoluta e ingiustificata ad essa o si limita ad intavolare delle trattative di mera facciata, ma senza alcuna effettiva intenzione di rivedere i termini dell'accordo. L'inosservanza dell'obbligo in questione dimora nel rifiuto di intraprendere il confronto oppure nel condurre trattative maliziose (senza, cioè, alcuna seria intenzione di addivenire alla modifica del contratto».

La diversa tesi che ritiene che la rinegoziazione debba condurre necessariamente alla modifica del testo contrattuale originario, afferma che limitare alla trattativa il contenuto dell'obbligo sia un principio declamatorio contraddetto dalla regola operativa, dal momento che, nell'ipotesi di inadempimento o di trattativa di facciata, rimarrebbe un obbligo senza conseguenze mancando sostanzialmente un regime di enforcement[28].

VI. DALLA REGOLA AI RIMEDI.

Passando dalla regola ai rimedi, quasi tutti coloro che identificano l'obbligo di rinegoziare con l'obbligo di ri-trattare in buona fede escludono conseguentemente anche la tutela reale per l'ipotesi di inadempimento e ammettono solo una tutela risarcitoria.

Contro l'ammissibilità del ricorso all'art. 2932 c.c. gioca il tenore letterale della norma: ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso presuppone che sia possibile modificare il contratto con sentenza, presupposto che non sussiste visto che manca per definizione un contenuto specifico dell'obbligo di rinegoziare. A conclusione diversa giunge però chi ritiene che, al crescere dello spazio sistematico e applicativo assegnato all'esigenza di riequilibrio, che è in sé sottesa alla solidarietà, cresce anche la preferenza verso strumenti effettivamente serventi all'obiettivo[29].

28 Militano a favore di detta impostazione una schiera sempre più numerosa di interpreti, secondo i quali, in particolare, la rinegoziazione non si esaurirebbe nel mero obbligo di trattare, dovendo spingersi indefettibilmente sino a ricondurre il contratto all'equilibrio originario; tale interpretazione muove dalla diversità di contesto contrattuale in cui si inserisce la trattativa rinegoziativa rispetto a quella prodromica all'accordo. Cesàro, V.M. *Clausole di rinegoziazione* e *conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 57; Sacco, R. in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, II, Utet, Torino 2004, p. 724; Grande Stevens, "Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata", in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 195. Della stessa opinione anche la giurisprudenza di merito, tra cui, in particolare, Trib. Bari, ord., 14.6.2011, in *Contratti*, 2012, p. 571, che ha riconosciuto, facendo leva sulla clausola generale di buona fede, l'esistenza dell'obbligo di rinegoziare il contenuto del contratto in presenza di mutamenti rilevanti della situazione di fatto o di diritto rispetto a quella contemplata dal regolamento originario.

29 Coloro che ritengono si tratti di un obbligo a trattare muovono dal principio secondo cui l'obbligo di concludere il contratto sarebbe fondato su parametri indeterminati (se le parti avessero previsto le sopravvenienze non si porrebbe il problema), con conseguente difficoltà ad eseguire lo stesso in forma specifica ex art. 2932 c.c.; al contrario, tra l'altro, se le parti avessero indicato criteri univoci e predeterminati di revisione del contratto, sarebbe possibile ricorrere all'art. 2932 c.c., ma si esulerebbe dall'ambito di applicazione della rinegoziazione, atteso che alla predeterminazione della regola segue non

Da questo punto di vista, l'obbligo di rinegoziazione è inteso a indicare un esito obiettivamente attingibile e per l'effetto si deve riconoscere al giudice la possibilità di disporre di uno strumento tecnico per attuarlo, da inscriversi concettualmente nell'alveo dell'art. 2932 c.c.[30].

In questo senso, seppur con argomenti diversi, si orienta anche lo studio della Cassazione che, pur affermando che si tratta di un obbligo a trattare, riconosce anche l'applicabilità dell'art. 2932 c.c.[31]. Lo studio della Cassazione muove dal rilievo che, qualora il sinallagma contrattuale sia stravolto dalla Pandemia e la parte avvantaggiata disattenda gli obblighi di protezione nei confronti dell'altra, limitare la tutela di quest'ultima alla risoluzione e al risarcimento del danno significherebbe demolire il rapporto contrattuale, incanalandolo in quell'imbuto esiziale che la clausola di buona fede e la rinegoziazione dovrebbero valere a scongiurare.

Con il limite dato dal fatto che l'equità pura non può operare in un'ipotesi di questo tipo perché siamo di fronte a un precetto generico ed è difficile trovare un contenuto specifico dell'obbligo, lo studio della Cassazione ravvisa la possibilità di un intervento sostitutivo del giudice che ammette solo ogni volta che dal regolamento negoziale emergano i termini in cui le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (anche in chiave ermeneutica) i criteri atti a ristabilire l'equilibrio negoziale.

In questo caso, il magistrato, più che intervenire dall'esterno, opererebbe all'interno del contratto e in forza di esso, servendosi di tutti gli strumenti di interpretazione forniti dal legislatore (artt. 1362-1371 c.c.), precipuamente quello disciplinato dall'art. 1366 c.c. sulla buona fede nell'interpretazione del contratto. L'intervento del giudice resterebbe cioè suppletivo e residuale. Da questa posizione, e con i limiti evidenziati, è facile per lo studio della Cassazione giungere ad affermare anche la possibilità di avvalersi dell'art. 2932. c.c.

già una trattativa, ma una semplice attività ricognitiva che esclude ogni profilo di autonomia (si avrebbe, in altri termini, un'ipotesi di revisione e non di rinegoziazione. In tal senso, Gambino, F.: *Problemi del rinegoziare*, cit., secondo il quale la rinegoziazione è un fenomeno che «lascia integro il potere di concludere l'accordo»; Benedetti, A.M. – Natoli, R.: "Coronavirus, emergenza sanitaria", cit.; Zemignani, F.: "La buona fede integrativa e l'obbligo di rinegoziazione: una rimeditazione ai tempi del Covid 19, *Giustiziacivile.com*, 17 dicembre 2020. Secondo altra impostazione, invece, si tratterebbe di un obbligo a contrarre, atteso che, se si trattasse di un mero obbligo a trattare, si configurerebbero diverse problematiche in sede di adempimento, stante l'impossibilità di una tutela reale e la difficoltà applicativa in caso di tutela obbligatoria. Di questo avviso Gentili, A.: "La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto", *Contr. e impr.*, 2003, p. 701 ss.; Sacco, R.: cit., p. 695; Cesàro, *Clausole di rinegoziazione*, cit., p. 126.

30 Cfr. Malvagna, U. – Rabitti, M.: "Filiere produttive e", cit., p. 375.

31 Infatti, benché l'obbligo di rinegoziare imponga, secondo la Massima in esame, di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, in caso di inadempimento, «potrebbe ipotizzarsi non solo il ristoro del danno, ma anche l'esecuzione specifica ex art. 2932 c.c.», attribuendo al giudice il potere di *«sostituirsi alle parti pronunciando una sentenza che tenga luogo dell'accordo di rinegoziazione non concluso, determinando in tal modo la modifica del contratto originario»*. Cass., Relazione tematica n. 56/2020.

L'impressione è che, con un'argomentazione articolata, ma non sempre convincente, lo studio della Cassazione finisca per avvalorare la tesi di chi ritiene che modifica contrattuale ci debba essere, volenti o nolenti.

A risultati analoghi perviene infatti anche chi invece aderisce direttamente alla tesi che l'obbligo a rinegoziare significa addivenire in qualsiasi caso a una modifica del contratto originario. Anche sulla tutela risarcitoria, secondo questa linea di pensiero, si registrano difficoltà applicative poiché – si dice – non sarebbe configurabile un danno risarcibile come conseguenza immediata e diretta dell'illecito. Considerato che il danno non può essere determinato attraverso una comparazione tra la situazione economica attuale con quella che si sarebbe avuta con un ipotetico contratto rinegoziato (di cui non può prevedersi il contenuto), mancherebbe uno dei termini del giudizio comparativo al fine di accertare l'esistenza del danno[32].

Dentro le diverse alternative qui schematicamente proposte si sono ad oggi collocate le decisioni di merito che sono state pronunciate soprattutto in materia di locazione, talvolta negando il diritto alla riduzione del canone, talvolta invece ammettendolo, ma senza trarne conseguenze sul piano dei principi salvo casi isolati e comunque senza ancora che sul punto sia stata fatta "giurisprudenza" (qui la giurisprudenza è davvero ancora troppo ondivaga per darne conto)[33]; anzi, in un certo senso lo studio della Cassazione va letto proprio nel senso di tentare di offrire in modo forse però non del tutto convincente una lettura sistematica del problema che possa orientare i giudici. Si è osservato in dottrina che si è di fronte "a un panorama giurisprudenziale frastagliato, nel quale più pronunce su casi simili articolano ragionamenti dissonanti e giungono sovente a esiti opposti"[34].

VII. VOLONTÀ DELLE PARTI E VALUTAZIONE DEL GIUDICE.

Quanto si è fin qui detto consente di ritenere che sia opinione sufficientemente condivisa quella per cui essere disponibile a trattare per rinegoziare un contratto su richiesta del contraente che lo richieda sia espressione del principio di buona fede contrattuale e che ciò sia espressione di un dovere di cooperazione in vista dell'altrui interesse e di solidarietà contrattuale[35]; tuttavia la domanda ulteriore è se che da ciò possa trarsi come conseguenza che in caso di inadempimento (rifiuto

32 Gentili, A.: "La replica della", cit., p. 720.

33 Carleo, R.: "Effetti dell'emergenza", cit., conduce un'analisi attenta e critica della giurisprudenza che si è fin qui pronunciata e sulla Relazione n. 56/20 dell'Ufficio del Massimario. Si rinvia a lui anche per i richiami giurisprudenziali.

34 Zemignani, F.: "La buona fede", cit., p. 12.

35 Sul principio di solidarietà contrattuale, in generale, per tutti, Bianca, C.M.: "La nozione di", cit., p. 413, secondo il quale la buona fede oggettiva nel rapporto contrattuale costituirebbe «una sottolineatura dell'idea di fondo della solidarietà», sostanziandosi in un fenomeno di vera e propria «solidarietà contrattuale».

a trattare o rifiuto di modificare l'accordo) il giudice possa sostituirsi alla volontà delle parti[36].

Per tentare di rispondere occorre, preliminarmente, cercare di evitare di assumere posizioni che siano a priori orientate. E lo sono tanto quella che, in nome della libertà contrattuale, non ammette, a prescindere dalle circostanze, il sacrificio del contraente oltre il limite della buona fede – neppure di fronte a circostanze che possano renderlo necessario in considerazione dell'interesse del mercato – tanto quella che, in nome di una crescente giurisdizionalizzazione del diritto[37], consente al giudice di sostituirsi ai contraenti, senza che realmente sia chiaro al giudice, specie in assenza di contraddittorio tra le parti, quali siano le reali esigenze dei contraenti, anche di quello che, nella dinamica di quel singolo contratto, possa apparire meno in difficoltà. Ancor più attenti occorre essere alle posizioni che affidano al giudice il compito di rideterminare il contenuto del contratto in nome di un "solidarismo sociale"[38].

Ecco che la domanda se il giudice possa sostituirsi all'interesse delle parti nel rideterminare l'accordo si declina in un'ulteriore domanda, logicamente precedente, volta a stabilire se esista un criterio esterno che consenta di valutare se sussistano in capo alla parte che chiede la rinegoziazione i presupposti del diritto alla modifica.

Se sul piano teorico la risposta può essere positiva, alla luce del fatto che è ormai da tempo in corso un processo che rafforza il ruolo del giudice a cui si riconosce in molti casi il potere-dovere di intervenire sull'accordo in nome di un principio di effettività delle tutele[39], diverse ragioni di opportunità rendono tuttavia preferibile escludere questa soluzione.

Attribuire in concreto al giudice il potere di riportare forzosamente il contratto in equilibrio in una situazione in cui per effetto della Pandemia gli equilibri sono cambiati per l'intero mercato, può non rivelarsi funzionale alla tutela dei diversi interessi in gioco, specie se si è in presenza di contratti di filiera, ma non solo. Se si considera, ad esempio, il problema dell'impatto del Covid sulle filiere produttive mettendo in evidenza come quando si è in presenza di contratti di filiera, per così dire caratterizzati da un assetto reticolare di rapporti, la natura della

36 Dolmetta, A.A.: "Il problema della", cit.

37 Sulla giurisdizionalizzazione del diritto si veda, tra gli altri, Vettori, G.: "La giurisprudenza fonte del diritto privato?", *Riv. trim. dir. priv.*, 2017, p. 869.

38 Manifestano perplessità sul punto, Zemignani, F.: "La buona fede", cit.; Federico, A.: "Misure di contenimento", cit.; Grondona, M.; "Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, num. 12-bis, maggio 2020.

39 Vettori, G.: "La giurisprudenza fonte", cit., ma dell'Autore si guardi anche il volume su *Effettività tra legge e diritto*, Giuffrè, Milano, 2020, *passim*.

"sopravvenienza Covid", che investe non già una società, un gruppo di imprese o un comparto produttivo determinati territorialmente o merceologicamente, bensì il mercato nel suo complesso per effetto di uno shock esogeno e simmetrico, è tale per cui le medesime ragioni giustificatrici della rimodulazione di un dato rapporto, in senso favorevole alla parte svantaggiata dalla sopravvenienza, potrebbero riproporsi in termini uguali e contrari in relazione ad altri rapporti facenti capo alla medesima parte[40].

Ma al di là di questa ipotesi, in generale, se il giudice procedesse in tal senso dovrebbe essere data grande enfasi al regime probatorio in corso di giudizio, non essendo in casi come questi ammissibile un'istruttoria superficiale. Alla parte poi non sarebbe certo sufficiente invocare l'evento perturbatore e gli effetti. Ad esempio, in un contratto di locazione di azienda il locatario che abbia dovuto fermare la produzione e si trovi poi in difficoltà nel ripartire, non dovrebbe poter soddisfare la prova dello squilibrio semplicemente invocando le mancate vendite per effetto della chiusura. Si dovrebbe anche comparare il livello di fatturato nel periodo considerato in passato prima dell'evento perturbatore e quanto grande sia stato l'effetto dannoso di quest'ultimo. Inoltre, andrebbe tenuto conto di eventuali misure rimediali offerte dal sistema o dallo stato (es. ristori) ed anche essi andrebbero sottratti. Di contro, dal lato del locatore, andrebbe valutato l'effetto dannoso o di beneficio in caso di mantenimento del pagamento IMU o meno, ecc. Per rimanere nell'esempio, si dovrebbe forse quantificare chi – tra locatore e locatario – abbia subito un danno comparabilmente maggiore.

In sostanza, nei contratti di impresa può essere davvero non facile valutare chi si trovi realmente a sopportare il costo maggiore che consegue al venir meno del sinallagma originario per un evento esogeno e per certi versi democratico come la pandemia. E i giudici, già sovraccarichi di lavoro, difficilmente potrebbero stabilirlo dall'esterno. Sembra, in questa prospettiva, ancor più difficile immaginare una soluzione che prescinda dal confronto tra le parti, salvo ripensare la stessa logica del codice civile svuotando del tutto il principio di autonomia privata e riconoscendo al giudice un potere conformativo del contenuto del contratto che sia tanto ampio da precludere, ogni qualvolta gli appaia opportuno, il diritto allo scioglimento del contratto in nome della tutela del mercato.

Alla luce di ciò, perché il discorso non resti su un piano solo teorico, occorre circoscrivere ulteriormente il possibile intervento del giudice limitandolo: (i) all'accertamento del diritto alla rinegoziazione; (ii) a dichiarare la risoluzione del contratto; (iii) se sussistono i presupposti, ad affermare la responsabilità per violazione della buona fede nella rinegoziazione.

40 Malvagna, U. – Rabitti, M.: "Filiere produttive e", cit., p. 369 ss.

Andare al di là di ciò può aprire un fronte di incertezza e arbitrarietà che potrebbe non giovare alle relazioni negoziali di lungo periodo, anche alla luce dell'esigenza di tutela dei diversi interessi in gioco. Peraltro, la via dell'intervento giudiziale conformativo può rivelarsi, specie se portata a sistema, antieconomica e inefficiente anche sul piano dei rimedi.

Il sistema della giustizia italiana, con i tempi lunghi che la contraddistinguono e il carico che grava su di essa – che oggi porta al centro dell'attenzione politico legislativa l'esigenza di un ripensamento e di riforma complessiva – non è compatibile, come si diceva, con la scelta di attribuire ai giudici il compito di "rinegoziare" i contratti di impresa, neppure nelle ipotesi ristrette immaginate dall'ufficio del Massimario, secondo cui si può trasformare il diritto alla rinegoziazione in diritto alla modifica contrattuale quando dall'accordo originario e dal contegno delle parti sia possibile individuare il punto di equilibrio, in considerazione degli elementi desumibili dall'accordo originario letto alla luce delle circostanze.

VIII. UNA SOLUZIONE ALTERNATIVA: LA RINEGOZIAZIONE ASSISTITA.

Un intervento modificativo del contratto ad opera del giudice non appare dunque opportuno sia per le ragioni già dette di inopportunità di una scelta del genere, sia per evitare di minare il principio di libertà dell'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.

Ma, per la stessa norma, l'iniziativa economica non deve essere esercitata in contrasto con il principio dell'utilità sociale[41]: pertanto, una soluzione che spinga le parti a trovare un accordo che permetta alla relazione di sopravvivere alle avversità potrebbe essere una strada da considerare con attenzione. L'idea di preservare l'autonomia privata e favorire la rinegoziazione – evitando l'intervento giudiziale sostitutivo – merita di essere perseguita con attenzione a bilanciare e contemperare le numerose istanze confliggenti; il che richiede forse che il discorso si orienti in favore della ricerca di strumenti incentivanti affinché gli attori del mercato giungano a soluzioni consensuali e condivise, almeno sul piano dei paradigmi generali di riferimento.

In alcuni casi, peraltro, la gestione della "sopravvenienza Covid" si identifica con il tentativo di adeguamento di quel rapporto, e il fallimento del tentativo è l'anticamera della crisi d'impresa e, quindi, del necessario ricorso ai relativi strumenti.

41 Sul rapporto tra legislatore e autonomia privata letto alla luce dell'art. 41 comma 2 Cost, v. Nuzzo, M.: *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 11 e p. 61 ss.

Meglio piuttosto, come già sostenuto da più parti e come ora auspicato, in generale, dall'UE, che vengano incoraggiate forme di mediazione e negoziazione, garantite da professionalità, e legittimate a formulare proposte, più in linea anche con lo spirito di cooperazione che permea i contratti di impresa e quindi con il principio di solidarietà. Se la solidarietà in ambito contrattuale non può spingersi al punto di far partecipare una parte ai rischi d'impresa dell'altra senza snaturare la logica del contratto di scambio e lo stesso principio di buona fede[42], ciò tuttavia non esclude che la solidarietà nell'esercizio dell'attività di impresa, se ispirata al buon funzionamento del mercato, possa condurre ad individuare nuove modalità di gestione delle dinamiche dei rapporti tra imprese che conformino poi, di riflesso, anche i contratti al principio di solidarietà.

In questa prospettiva, la concessione di vantaggi economici e benefici fiscali alle imprese, come incentivo per contrastare tendenze individualistiche potrebbe, ad esempio, essere un vettore importante per spingere le parti ad assumere comportamenti responsabili sia nella rinegoziazione degli accordi sia nella risoluzione delle controversie post pandemia.

Questa idea non è estranea neppure al legislatore, dal momento che – seppure con un ambito applicativo ristretto temporalmente e con un perimetro limitato ai contratti di locazione ad uso commerciale per attività specifiche – è in discussione in Parlamento una proposta di legge (n. 2763 del 20 novembre 2020) che mira a spingere le parti verso una "rinegoziazione volontaria", limitata al periodo delle restrizioni (e quindi senza alterare la sopravvivenza del contratto originario che resta, per così dire, "sospeso" per il solo tempo in cui vige il contratto rinegoziato e ritorna ad essere efficace alla scadenza di esso) e accompagna la rinegoziazione con incentivi e sostegni pubblici, affidando poi il compito di assistere le parti nella rinegoziazione in concreto al sistema delle camere di commercio[43].

IX. CONCLUSIONI.

Un ulteriore elemento da considerare, che induce a riflettere con attenzione sull'opportunità di introdurre un obbligo di rinegoziazione ex lege anziché seguire la diversa strada sopra illustrata è che, ad oggi, pochi ordinamenti prevedono un obbligo di rinegoziazione con adeguamento delle prestazioni, (Francia, Olanda) mentre altri, ad esempio la Germania prevedono solo l'obbligo di rinegoziare in buona fede non arrivano a tanto, e altri ancora, come i paesi di Common Law non

42 Benedetti, A.M. – Natoli, R.: "Coronavirus, emergenza sanitaria", cit.

43 Si tratta della proposta di legge n. 2763 presentata il 2 novembre 2020 (Disposizioni concernenti la rinegoziazione dei contratti di locazione di immobili destinati ad attività commerciali, artigianali e ricettive per l'anno 2021 in conseguenza dell'epidemia di COVID-19).

lo prevedono in assoluto, in mancanza di apposita pattuizione[44]. Nelle recenti Linee Guida inglesi sul post pandemia del giugno 2020 si incoraggiano tuttavia le parti ad andare oltre gli attuali limiti sul trattamento in Buona Fede identificati dai tribunali inglesi, chiarendo che "Comportamento contrattuale equo e responsabile" include "essere ragionevoli nell'esecuzione dei contratti, agire in uno spirito di cooperazione e mirare a raggiungere risultati contrattuali pratici, giusti ed equi tenendo conto dell'impatto sull'altra parte (o parti), sulla disponibilità di risorse finanziarie, sulla protezione della salute pubblica e sull'interesse nazionale."[45]. Esse tuttavia non vanno oltre, non configurano cioè alcun obbligo di rinegoziazione effettiva.

Introdurre nel nostro sistema una disposizione che preveda l'intervento integrativo del giudice e esponga anche eventuali investitori al rischio di ottenere ragione per via giudiziaria in tempi non brevi, rischia di pregiudicare ulteriormente l'economia, disincentivando gli investimenti in Italia.

Se, tuttavia, ciò nonostante, si ritenesse opportuno disciplinare pro futuro l'obbligo di rinegoziare, anche in nome di un'idea di socializzazione efficiente del costo pandemico, potrebbe forse essere utilmente introdotta una norma che preveda l'obbligo ri-trattare il contratto in buona fede a fronte di un evento eccezionale e imprevedibile, stabilendo altresì che, nell'ipotesi in cui la trattativa non abbia successo, prima di poter giungere alla risoluzione del contratto, si proceda ad un'ulteriore fase di "negoziazione assistita", affidata, ad esempio, alle Camere di Commercio (o ad altri soggetti istituzionali) presso cui costituire organismi professionalmente competenti e connotati da indipendenza[46].

44 Il Legislatore tedesco, in conformità ad un pensiero già radicatosi in ambito giurisprudenziale, ha codificato, ex art. 313 BGB, il c.d. diritto all'adeguamento del contratto (senza tuttavia prevedere, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, l'intervento modificativo-conformativo del giudice). Sebbene sia intervenuto quasi contemporaneamente al Legislatore tedesco, quello olandese non si limita a prevedere il diritto di adeguamento del negozio in caso di sopravvenienze, ma si spinge sino al punto di attribuire al giudice il potere di intervenire sull'equilibrio del contratto. Il Code Civil, ai sensi del novellato art. 1195 c.c., al pari del codice olandese, ma a differenza di quello tedesco, ammette l'ingerenza del giudice nell'autonomia contrattuale tra le parti. Si tratta di una novità dirompente di tale ordinamento, sulla scorta della considerazione per cui, sino a quel momento, la giurisprudenza francese, più delle altre, si era mantenuta ferma sul principio di irrevocabilità del contratto; fanno eccezione a detta tendenza due pronunce isolate, emesse, rispettivamente, dal Conseil d'Etat nel 1916 e dalla Corte di Appello di Parigi nel 1976.

45 Linee Guida del Governo Inglese del 7 Maggio 2020 "Guidance on responsible contractual behaviour in the performance and enforcement of contracts impacted by the Covid-19 emergency".

46 A conferma di questa impostazione si richiama l'esperienza recentemente avviata dall'Unioncamere dell'Emilia-Romagna, che ha promosso un progetto "i.re.ne", il cui acronimo vuol dire Istituto per la Relazione e il Negoziato, con l'obiettivo di ripristinare, con una procedura a basso costo e veloce, le basi per una continuità nella relazione negoziale quando le parti di un rapporto contrattuale siano investite da criticità che non sono, in definitiva, imputabili a nessuna delle due parti. Ad assistere le parti nella rinegoziazione sono professionalità esterne alle Camere di Commercio di varia provenienza nazionale e di comprovata esperienza nel diritto contrattuale commerciale e finanziario, che aiutano le parti a ricalibrare i reciproci rapporti evitando di lasciarli degradare o interrompere traumaticamente, con il rischio di costosi, lunghi e incerti contenziosi.

I negoziatori sarebbero di ausilio nella trattativa assistendo le parti e formulando anche una proposta di rinegoziazione che possa rimettere in equilibrio le prestazioni. Nulla esclude peraltro che le parti scelgano di saltare la prima fase e preferiscano sin da subito essere aiutate a riformulare un accordo, dando così pronta attuazione all'obbligo.

Questa soluzione permetterebbe anche di allargare la prospettiva abbandonando, quando serve, l'approccio per così dire classico, in cui la valutazione della sopravvenienza è ristretta all'impatto che essa ha sul singolo rapporto controverso, così che il rimedio prospettato attiene alla singola fattispecie analizzata – e, in questo senso, è "monadico" –, per spostare il baricentro dell'analisi al di fuori (o meglio al di sopra) del singolo rapporto, in favore di un approccio che garantisca la conservazione dei rapporti contrattuali guardando anche oltre l'interesse dei singoli contraenti[47]. Troverebbe così applicazione l'idea del Maestro secondo cui le regole negoziali cedono il passo laddove ci sia un'esigenza collettiva da salvaguardare[48].

47 Resta fermo che, in ogni caso, non vi sarebbe un enforcement specifico in caso di mancato accordo, ma che l'esito negativo della trattativa così condotta possa essere rilevante nell'eventuale successivo giudizio di risarcimento del danno, che si terrebbe (questo sì davanti ad arbitri o al giudice) davanti al giudice civile. Al riguardo, la valutazione del negoziatore sulla serietà della condotta delle parti recepita nel verbale che attesta il mancato accordo può essere infatti determinante ai fini risarcitori, così come diventa più facile forse anche determinare un criterio economico che funga da parametro nella quantificazione del danno risarcibile.

48 Bianca, C.M.: "La nozione di", cit., p. 422, che richiama l'idea del possibile uso della buona fede anche per valutare le deroghe alla "santità del contratto", senza che ciò "indichi il tramonto della libertà individuale: essa indica piuttosto il declino dell'arbitrio del singolo in una società che vuole diventare comunità".

BIBLIOGRAFIA

Barcellona, M.: "Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze", *Europa e diritto privato*, 2003, p. 476 ss.

Benedetti, A.M. – Natoli, R.: "Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito, www.dirittobancario.it.

Bianca, C.M.: "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale", *Riv. Dir. Civ.*, 1983, num. 1, p. 205 ss.

Bianca, C.M.: "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale", *Realtà sociale ed effettività della norma,* Tomo I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 407 ss.

Bianca, C.M.: *Diritto civile. Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 501 ss.

Bianca, C.M.: *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 500.

Briguglio, A.: "Novità sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia dei privati", *Giustiziacivile.com*., 7 ottobre 2020.

Busnelli, F.D.: "Note in tema di buona fede ed equità", *Riv. dir. civ.*, 2001, num. I, p. 537.

Carleo, R.: "Effetti dell'emergenza pandemica Covid-19 sui rapporti contrattuali pendenti tra rimedi legislativi ordinari ed interventi normativi eccezionali", https://www.camera.it/leg18/1347, seduta del 27 aprile 2021.

Cesàro, V.M. *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 57 ss.

Cesàro, V.M.: *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 165 ss.

Dolmetta, A.A.: "Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus), *Giustiziacivile.com*.

Federico, A.: "Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, num. 12-bis, maggio 2020, p. 242 ss.

Ferri, G.B.: "Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità", in *Quadrimestre*, 1988, p. 54 ss.

Gallo, P.: *Contratto e buona fede*, Utet, Torino, 2014.

Gambino, F., *Problemi del rinegoziare*, Giuffrè, Milano, 2004.

Gambino, F.: "Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice", *Jus civile*, 2019, p. 397 ss.

Gambino, F.: "Rinegoziazione (dir. civ.)", *Enc. giur. Treccani*, XV, Ed. Enc. it., 2007, p. 1 ss.

Gentili, A.: "La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto", *Contr. e impr.*, 2003 p. 701 ss.

Giovene, A.: *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza (la dottrina della clausola rebus sic stantibus*), Cedam, Padova, 1941.

Gitti, G. – Villa, G.: *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008.

Grande Stevens, "Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata", in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 195.

Grondona, M.; "Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, num. 12-bis, maggio 2020.

Macario, F.: "Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus", *Giustiziacivile.com.*, 17 marzo 2020.

Macario, F.: "Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi", *Giust. civ.*, 2014, num. 2, p. 825.

Macario, F.: "Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi", *Giust. Civ.*, 2014, p. 825 ss.

Macario, F.: *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

Malvagna, U. – Rabitti, M.: "Filiere produttive e Covid-19: tra rinegoziazione e co-regolazione", *Nuovo diritto civile*, 2020, num. 4, p. 369 ss.

Nuzzo, M. *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1975.

Pignalosa, M.P.: "Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, parte seconda, p. 411.

Roppo, V.: *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1046.

Sacco, R. in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, II, Utet, 2004, p. 695 ss.

Sicchiero, G.: "La prima applicazione dell'intervento giudiziale fondata sull'equità ex art. 1374 c.c.", *Giur. It.*, marzo 2021, p. 589

Sicchiero, G.: voce "Rinegoziazione", *Digesto Civ.*, Aggiornamento, II, Utet, Torino, 2003, p. 1217 ss.

Sirena, P.: "L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid-19", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, p. 13.

Uda, G.M.: *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 67.

Vettori, G.: "La giurisprudenza fonte del diritto privato?", *Riv. trim. dir. priv.*, 2017, p. 869.

Vettori, G.: *Effettività tra legge e diritto*, Giuffrè, Milano, 2020.

Williamson, O.E.: "*Integrazione verticale della produzione: considerazioni sul fallimento del mercato*", in Williamson, O.E.: *L'organizzazione economica. Imprese, mercati e controllo politico*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 122

Zemignani, F.: "La buona fede integrativa e l'obbligo di rinegoziazione: una rimeditazione ai tempi del Covid 19, *Giustiziacivile.com*, 17 dicembre 2020.

LA RESPUESTA A LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONTRACTUALES POR RAZONES DE VULNERABILIDAD SOCIAL Y ECONÓMICA*

THE RESPONSE TO THE SUPERVENING CHANGE IN CONTRACTUAL CIRCUMSTANCES DUE TO SOCIAL AND ECONOMIC VULNERABILITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2318-2347

* El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación "Derechos y garantías de las personas vulnerables en el estado de bienestar", Código: UMA-FEDERJA 175, Programa Operativo Feder Andalucía, del que soy investigadora principal.

Carmen
SÁNCHEZ
HERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Mantener el equilibrio entre el principio pacta sunt servanda y el principio rebus sic stantibus no es fácil en la práctica, pero es una exigencia en todo ordenamiento jurídico. El posible reconocimiento legal de la primacía de uno sobre otro pone en peligro la justicia y seguridad jurídica, por lo que el tratamiento legal de ambos debe realizarse en un clima de equilibrio jurídico que tenga como finalidad, atendiendo a las circunstancias del caso, delimitar qué es lo más justo para ambas partes contratantes. Admitiendo el carácter vinculante de lo inicialmente pactado, cabe reconocer la modificación y, en su caso, la resolución como excepción, cuando se produce una alteración sobrevenida de las circunstancias atendiendo al contenido del contrato.

PALABRAS CLAVE: Rebus sic stantibus; riesgo; vulnerabilidad.

ABSTRACT: *Maintaining the balance between the pacta sunt servanda principle and the rebus sic stantibus principle is not easy in practice, but it is a requirement in any legal system. The possible legal recognition of the primacy of one over the other endangers justice and legal certainty, which is why the legal treatment of both must be carried out in a climate of legal equilibrium that aims, taking into account the circumstances of the case, to determine what is fairest for both contracting parties. Admitting the binding nature of what was initially agreed, it is possible to recognize modification and, where appropriate, termination as an exception, when there is a supervening alteration of the circumstances based on the content of the contract.*

KEY WORDS: *Rebus sic stantibus; risk; vulnerability.*

SUMARIO.- I. PRELIMINARES.- II. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE UN PRINCIPIO QUE DEMANDA SU REGULACIÓN.- III. POSIBLES PROPUESTAS DE REGULACIÓN.- IV. ANÁLISIS COMPARADO: LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN LOS ORDENAMIENTOS VECINOS.- V. BASES PARA LA APLICACIÓN DE UN PRINCIPIO.- VI. RENEGOCIACIÓN, MODIFICACIÓN JUDICIAL Y RESOLUCIÓN FINAL.- VII. EL HABITUAL RESURGIR DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN TIEMPOS DE CRISIS: SU ESTADO NATURAL.- VIII. A MODO DE RECAPITULACIÓN.

I. PRELIMINARES.

El Tribunal Supremo revisó, como consecuencia de la crisis financiera de 2008, su posición en torno a la aplicabilidad de la cláusula rebus sic stantibus, estableciendo las bases del que parecía ser el nuevo régimen de este principio. Como fue reconocido en la STS 13 julio 2017[1], nuestro Derecho carece de una disposición general sobre revisión o resolución del contrato por alteración de las circunstancias, aunque existen dispersas a lo largo del ordenamiento, expresas previsiones legales que tienen en cuenta el cambio de circunstancias en el cumplimiento de las obligaciones, las cuales introducen excepciones que, por razones diversas, flexibilizan las consecuencias de los principios pacta sunt servanda y responsabilidad del deudor.

La cláusula rebus ha sido objeto de un importante debate por parte de la doctrina española, la cual no siempre ha defendido los cambios que la jurisprudencia ha experimentado en esta materia. En este sentido, se encuentran aquellos que la valoran de forma positiva e interpretan que es producto de una adaptación de las instituciones a la nueva realidad social; mientras que otros, la consideran un atentado contra la seguridad jurídica, en la medida en que pone en peligro la fuerza vinculante defendida en sede de contratos.

El estudio de esta cláusula está sujeto al análisis del contenido preestablecido en las relaciones jurídicas, atendiendo a unas circunstancias contextuales concretas y las consecuencias que el cambio de las mismas tiene en la ejecución de la relación pactada. Lo único que no puede ser objeto de discusión, según Díez-Picazo y Ponce de León[2], es que una "alteración sobrevenida de las circunstancias debe determinar una modificación del régimen jurídico de la relación contractual y del sistema de organización de intereses estatuido entre las partes".

1 STS 13 julio 2017 (RJ 2017, 3962).

2 *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*, Thomson Civitas, Pamplona, 2008, 6ª edic., p. 1068.

• Carmen Sánchez Hernández
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Málaga. Correo electrónico: mdsanchez@uma.es

No obstante, no es posible obviar el principio fundamental en materia de derecho de obligaciones y contratos, en virtud del cual hay que cumplir lo pactado, exigencia de la seguridad jurídica[3] y una condición necesaria para el funcionamiento del sistema económico[4], el cual es objeto de regulación en los arts. 1091, 1256 y 1258 CC Principio que no es incompatible con el reconocimiento en contratos de tracto sucesivo o único de cumplimiento futuro, de una posible revisión de las condiciones que fueron pactadas, es decir, el reconocimiento de determinados efectos jurídicos a la alteración sobrevenida de las circunstancias que convierten a la prestación en excesivamente onerosa (pero no imposible) para alguna de las partes, pudiendo provocar la frustración del fin del contrato, permitiendo la aplicación de esta cláusula, una revisión que posibilite el restablecimiento del equilibrio entre las partes o, incluso, la resolución.

El ordenamiento jurídico debe en materia de contratos, como en otras, ofrecer un justo equilibrio entre dos parámetros fundamentales, tales son, el principio de obligatoriedad y la posibilidad de revisar el contrato con el fin de adaptarlo a las nuevas circunstancias, cuando el equilibrio entre las partes ha desaparecido. Esto no tiene por qué implicar[5], el establecimiento de una regla de carácter general sobre cuál de las dos soluciones debe prevalecer ante el caso, sino que habrá que estar a las circunstancias concurrentes con el fin de otorgar una respuesta justa y adecuada[6].

El desarrollo jurisprudencial experimentado en el ordenamiento español, merece una respuesta legal, aún más acuciante ante la crisis económica provocada por la COVID-19. La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales exige en España de una respuesta legal como existe en Alemania, Italia, Francia y Portugal[7].

En el presente trabajo se replantea la importancia de este principio, así como su necesaria regulación, para dotarla de las máximas garantías en su aplicación

3 Fernández Ruiz-Gálvez, E.: "La alteración de las circunstancias contractuales y la doctrina rebus sic stantibus. Génesis y evolución de un principio jurídico", *Persona y Derecho*, 2016, Vol. 74, p. 294.

4 Martínez Velencoso, L. Mª: "La regulación de los efectos que sobre el contrato despliega una excesiva onerosidad sobrevenida en el Derecho comparado y en los textos internacionales", en AA.VV., *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Tratamiento jurisprudencial y doctrina de la figura* (Coord. por F. J. Orduña Moreno y L. Mª. Martínez Velencoso), Aranzdi, Pamplona, 2013, p. 25.

5 Vázquez-Pastor Jiménez, L.: "El vaivén de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula rebus sic stantibus", *Revista de Derecho Civil*, 2015, Vol. II, núm. 4, pp. 66-67.

6 En opinión de Fernández Ruiz-Gálvez, E.: "La alteración sobrevenida", cit., p. 293, "frente a la visión formalista del Derecho y de los contratos en particular convertidos en vínculos sagrados e inalterables, la doctrina rebus sic stantibus es inherente a la consideración del derecho como fenómeno histórico susceptible de evolución y de adaptación a la realidad, a las circunstancias de tiempo y de lugar. Ahora bien, esto comporta un importante desafío: el de evitar caer por esta vía en la arbitrariedad y en la inseguridad jurídica"

7 Como apuntó el TS en Sentencia 6 octubre 1987 (RJ 1987, 6720), "no son sino distintos mecanismos que la jurisprudencia y la técnica doctrinal utilizan para enmendar el pretendido desequilibrio producido en el cumplimiento del contrato a lo largo del tiempo en que, de forma continuada, haya de producirse".

práctica, con el fin de acabar con esa tendencia que acompaña a la cláusula rebus, tal es, resurgir en tiempos de crisis[8], ante una mayor vulnerabilidad social y económica, lo cual puede constatarse mediante el estudio de la legislación elaborada como consecuencia de la COVID-19.

II. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE UN PRINCIPIO QUE DEMANDA SU REGULACIÓN.

El cumplimiento de un contrato en muchas ocasiones y por diversas causas resulta ser excesivamente oneroso tras su celebración, lo que no supone su imposible cumplimiento[9]. El principio pacta sunt servanda es una limitación para la aplicación de la cláusula rebus, que se enfrenta a una ausencia de previsión legal expresa. Sin embargo, las situaciones sociales han reclamado su operatividad y los tribunales sensibles a estas han permitido su aplicación, intentado, en ocasiones, su promoción y, en otras, disuadir del recurso a la misma, pero siempre reconociendo su existencia como mecanismo de restablecimiento del equilibrio contractual. Nos encontramos pues, ante un contrato válido que, debido a la modificación de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, resulta de difícil cumplimiento para una de las partes contratantes, la cual, en atención al contenido del art. 1256 CC, no puede unilateralmente dar por concluida la relación jurídica.

La ausencia de reconocimiento legal de la cláusula rebus ha ocasionado, con cierto movimiento pendular, la asunción de esta competencia por los tribunales, que han procedido a su delimitación, estableciendo los requisitos, así como los posibles efectos de su aplicación[10]. Desde mi punto de vista, en el estudio de la realidad jurisprudencial de este principio, podemos diferenciar cuatro etapas, y dentro de una de ellas, es posible apreciar dos fases claramente delimitadas[11]:

8 Parra Lucán, Mª. Á.: "Riesgo imprevisible y modificación de los contratos", *InDret*, 2015, núm. 4, p. 12, ha señalado que "la rebus, como advierten la generalidad de los autores, dentro y fuera de nuestro país, es una figura que renace en épocas de crisis".

9 La diferencia conceptual entre el supuesto de hecho de la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento y de aplicación de la doctrina de la cláusula rebus es evidente, en teoría, pero en la práctica la delimitación de los casos no está exenta de dificultad. Resulta ilustrativa en este aspecto, la STS 1 junio 2010 (RJ 2010, 2661). *Vid.*, Martínez Velencoso, L. Mª.: "Riesgo negocial v. cláusula "rebus sic stantibus", *InDret*, 2011, núm. 1, pp. 3-9.

10 *Vid.* Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "La cláusula rebus sic stantibus", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, núm. 26, pp. 669-686; Carrasco Perera, Á.: "Equidad, cláusula rebus sic stantibus, nominalismo en deudas de dinero", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1985, núm. 8, pp. 2581-2590; Sánchez González, Mª. P.: *Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la cláusula rebus sic stantibus*, Tecnos, Madrid, 1990; De Amunátegui Rodríguez, C.: *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003; Martínez Velencoso, L. Mª.: *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, Thomson Civitas, Madrid, 2003; García Caracuel, M.: *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Dykinson, Madrid, 2014.

11 Gregoraci Fernández, B.: "El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español", *Anuario de Derecho Civil*, 2020, p. 463, admite que cabe subdividir la jurisprudencia en tres etapas.

1. Primera etapa, en la cual no se admite la aplicación de la cláusula en la medida en que, por un lado, no está establecida como norma general y bien perfilada en el Derecho español; y, por otro lado, se parte de que las circunstancias alegadas por las partes podrían haber sido previstas por estas en los contratos[12]. Interpretación restrictiva en lo que a su aplicabilidad se refiere, lo que se traduce en el mantenimiento de la obligación de las partes de cumplir el contrato en los términos inicialmente pactados[13].

2. Segunda etapa, caracterizada por el inicio de una cierta normalización, aunque todavía se pueden encontrar manifestaciones jurisprudenciales de marcado carácter restrictivo[14], en la que son perfilados los requisitos para su aplicabilidad[15], así como el reconocimiento de su carácter subsidiario para aquellos supuestos en los que no es posible otro recurso[16].

3. Tercera etapa, llamada de "normalización de la cláusula", con dos fases: una primera, en la que destacan la STS 8 noviembre 2012[17], que ante la crisis económica no puede descartar la aplicación de la cláusula rebus, aunque finalmente se muestra partidaria de la resolución del contrato, y la STS 18 enero 2013[18], que niega su aplicación, ya que desde la firma del contrato hasta la fecha en que los demandantes solicitan la resolución, corre un breve periodo de tiempo durante el cual no se aprecia el cambio de circunstancias alegado; y, una segunda, de elaboración de la teoría de la cláusula rebus y de "normalización", en principio

12 *Vid.* entre otras, SSTS 14 diciembre 1940 (RJ 1940, 1135); 17 mayo 1941 (RJ 1941, 632); 5 junio 1945 (RJ 1945, 698); 21 octubre 1958 (RJ 1958, 3110); 6 junio 1959 (RJ 1959, 3026) y 23 noviembre 1962 (RJ 1962, 5005).

13 SSTS 31 octubre 1963 (1963, 2120); 27 junio 1984 (1984, 3488); 17 mayo 1986 (RJ 1986, 2725); 13 marzo 1987 (RJ 1987, 1480); 6 octubre 1987 (RJ 1987, 6720); 23 marzo 1988 (RJ 1988, 2228); 16 octubre 1989 (RJ 1989, 6927); 21 febrero 1990 (RJ 1990, 707); 26 octubre 1990 (RJ 1990, 8049); 12 noviembre 1990 (RJ 1991, 8701); 15 abril 1991 (RJ 1991, 2691); 23 abril 1991 (RJ 1991, 3023); 8 julio 1991 (RJ 1991, 5376); 23 diciembre 1991 (RJ 1991, 9481); 15 marzo 1994 (RJ 1994, 1784); 20 abril 1994 (RJ 1994, 3216); 4 octubre 1996 (RJ 1996, 7032); 10 febrero 1997 (1997, 65) y 23 junio 1997 (RJ 1997, 5201). No obstante, cabe apreciar en esta fase un cierto cambio de actitud en la STS 17 mayo 1957 (RJ 1957, 2164), la cual establece los requisitos que deben concurrir para que proceda su aplicación.

14 SSTS 15 noviembre 2000 (RJ 2000, 9214); 17 noviembre 2000 (RJ 2000, 9343); 28 diciembre 2001 (RJ 2001, 1650); 27 mayo 2002 (RJ 2002, 4573); 21 marzo 2003 (RJ 2003, 2762); 12 noviembre 2004 (RJ 2004, 6900); 22 abril 2004 (RJ 2004, 2673) y 18 junio 2004 (RJ 2004, 3631).

15 SSTS 21 mayo 2009 (RJ 2009, 3187); 20 noviembre 2009 (2009, 7296) y 21 febrero 2012 (RJ 2012, 4524).

16 STS 27 abril 2012 (RJ 2012, 4714).

17 STS 8 noviembre 2012 (RJ 2012, 2402).

18 STS 18 enero 2013 (RJ 2013, 1604). En el mismo sentido, STS 17 enero 2013 (RJ 2013, 1819). En ambas sentencias el TS considera por primera vez que la crisis económica, puede ser un evento a tener en cuenta para la utilización de esta cláusula, lo que no implica el reconocimiento de su posible aplicación de una forma generalizada ni automática, siendo necesario un análisis en torno a que el cambio que se ha producido tiene una consecuencia jurídica digna de atención en cada caso concreto planteado. Ello conduce a considerar en ambas sentencias que la crisis económica no constituye por sí misma el fundamento en base al cual aplicar de forma general esta cláusula. *Vid.* Izquierdo Tolsada, M.: "Cláusula rebus sic stantibus en la compraventa de inmuebles y crisis económica: Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013 (1013/2013 y 679/2013)", en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (Coord. M. Yzquierdo Tolsada), Dykinson, Madrid, 2016, Vol. 6 (2013-2014), pp. 83-94.

se ha pensado que ya absoluta, en base a las SSTS 30 junio 2014[19] y 15 octubre 2014[20]. En ambas se aplica la cláusula a un litigio surgido entre dos empresas. En esta etapa de "normalización", la recesión económica se configura como la circunstancia extraordinaria o imprevisible sobre la que se va a sustentar la alegación de la cláusula rebus, con el fin de reconducir los términos del contrato a la nueva realidad conforme a los parámetros de la buena fe. Si bien se ha comentado que, ambas sentencias aplican la cláusula a un litigio entre empresas, a finales del mismo año, en las SSTS 11 y 19 diciembre[21], el TS limita la aplicación de la cláusula en las relaciones interempresariales[22].

4. Cuarta etapa, que podemos considerar de ¿"desnormalización o retroceso"?, en la medida en que se está regresando a una aplicación restrictiva[23].

A estas etapas jurisprudenciales claramente diferenciadas, cabe añadir la que ya se ha iniciado como consecuencia de la COVID-19. En concreto, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, merecen especial atención, entre otros, Auto 447/2020 JPI nº 81 Madrid, 25 septiembre[24]; Auto 348/2020 JPI nº 31 Barcelona, 21 septiembre[25]; Auto 229/2020, JPI nº 74 Madrid, 13 agosto[26]; Auto 256/2020 JPI nº 1 Valencia, 25 junio[27]; Auto 155/2020 JPI nº 60 Madrid, 30 abril[28] y Auto 124/2020 JPI nº 3 Zaragoza, 29 abril[29]; Sentencias 3/2021 JPI nº 8 Valladolid, 12 enero[30]; 1/2021 JPI nº 20 Barcelona, 8 enero[31]; Auto 43/2021 AP (Sección 8ª) Valencia, 10 febrero[32].

19 STS 30 junio 2014 (RJ 2014, 3526).

20 STS 15 octubre 2014 (RJ 2014, 6129).

21 SSTS 11 diciembre 2014 (RJ 2014, 6374) y 19 diciembre 2014 (RJ 2014, 6625).

22 Luna Yerga, Á./Xiol Bardají, Mª.: "Rebus sic stantibus: ¿un paso hacia atrás?", *InDret*, 2015, núm. 2, pp. 10-11, refieren sobre el particular el ATS 28 enero 2015, reconociendo que da un paso atrás en la aplicación de la referida doctrina en lo que al marco de una actividad empresarial se refiere, pues la crisis financiera no puede considerarse imprevisible o inevitable. En este sentido, Vázquez-Pastor Jiménez, L.: "El "vaivén" de la moderna jurisprudencia", cit., p. 91.

23 SSTS 9 enero 2019 (RJ 2019, 5); 15 enero 2019 (RJ 2019, 146); 22 enero 2019 (RJ 2019, 159); 2 julio 2019 (RJ 2019, 3010); 6 marzo 2020 (RJ 2020/791); y ATS 10 junio 2020 (RJ 2020, 1642). *Vid.* las críticas de Orduña Moreno, F. J.: "Cláusula Rebus. STS 156/2020, de 6 de marzo. Distinción entre contratos de "larga y corta duración". Una clasificación carente de rango o de categorización aplicativa: inoportuna y fuera de contexto social", *Revista de Derecho Vlex*, 19 de abril de 2020, https://opp--vlex-com.uma.debiblio.com.

24 Auto 447/2020 JPI nº 81 Madrid, 25 septiembre (SP/NOT/1396). *Vid.* Álvarez Royo-Villanova, S.: "Aplicación de la cláusula rebus sic stantibus a arrendamientos de salas de fiestas. A propósito del auto de 25/9/2020", *Hay Derecho* 14 de octubre de 2020 https://hayderecho.expansión.com/2020/10/14/.

25 Auto 348/2020 JPI nº 31 Barcelona, 21 septiembre (SP/NOT/1395).

26 Auto 229/2020 JPI nº 74 Madrid, 13 agosto (SP/AUTRJ/1065716).

27 Auto 256/2020 JPI nº 1 Valencia, 25 junio (SP/AUTRJ/1056598).

28 Auto 155/2020 JPI nº 60 Madrid, 30 abril (SP/AUTRJ/1055687).

29 Auto 124/2020 JPI nº 3 Zaragoza, 29 abril (SP/AUTRJ/1057278).

30 Sentencia 3/2021 JPI nº 8 Valladolid, 12 enero (JUR 2021, 12576).

31 Sentencia 1/2021 JPI nº 20 Barcelona, 8 enero (JUR 2021, 19677).

32 Auto 43/2021 AP (Sección 8ª) Valencia, 10 febrero (JUR 2021, 43113).

III. POSIBLES PROPUESTAS DE REGULACIÓN.

En ese constante intento por regular la cláusula rebus, estimo que caben destacar una serie de modelos, que no son los únicos, pero que sí responden al contexto social y económico en los que deben ser aplicados, tales son[33]:

1º. La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo de 1973, en cuya Ley 493.3[34], regulaba la alteración sobrevenida en las circunstancias, y en la reciente modificación y actualización mediante la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, recoge en su Ley 498 la cláusula rebus, en estos términos: "cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución".

2º. La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación (Sección Civil) de 2009[35], en cuyo art. 1213 se establece que "si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieran cambiado de forma extraordinaria o imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquel pedir su resolución.

La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato".

---

33 Cabe referir, asimismo, en el Derecho Contractual Europeo, el tratamiento del cambio de las circunstancias en los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) en el art. 6.111; la alteración de las circunstancias en el Proyecto Marco Común de Referencia (DCFR) en el art. III.-1:110 en el que se habla de "novación o resolución judicial"; y, los Principios UNIDROIT (PICC) sobre los contratos comerciales internacionales (art. 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3), que contienen una completa regulación sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias.

34 Egusquiza Balmaseda, Mª. Á.: "Comentario a la Ley 493", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra* (Dir. E. Rubio Torrano), Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 1664-1673.

35 Gobierno de España/Ministerio de Justicia. Año LXIII, enero, 2009. Edita: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2009. *Vid.* Salvador Coderch, P.: "Alteración de las circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2011, núm. 2130, pp. 1-49; Vivas Tesón, I.: "Crisis económica y alteración extraordinaria de las circunstancias del contrato: ¿pacta sunt servanda?", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2013, núm. 1, pp. 127-129.

3º. El Anteproyecto de Código Mercantil de 2014[36], en el art. 416.2 sobre la excesiva onerosidad, reconoce que[37]: "1. En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, expresando las razones en que se funde.

Si no alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale.

2. Se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y esta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos".

4º. El art. 526.5 de la Propuesta de Código Civil, elaborado por la Asociación de Profesores de Derecho Civil[38], que bajo la "alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato", establece que: "1. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haga excesivamente onerosa para una de las partes o se frustre el fin del contrato, puede pretenderse su revisión para adaptar su contenido a las nuevas circunstancias, o su resolución. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior solo procede cuando: a) El cambio de circunstancias es posterior a la celebración del contrato; b) No es equitativo exigir al contratante perjudicado, atendida especialmente la distribución contractual y legal del riesgo, que permanezca sujeto al contrato; y, c) El contratante perjudicado haya intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato. 3. El juez solo puede estimar la pretensión de resolución cuando sea posible o razonable imponer la propuesta de revisión ofrecida. En este caso el juez ha de fijar la fecha y las condiciones de la resolución"[39].

36 Gobierno de España/Ministerio de Justicia, Ministerio de Economía y Competitividad, Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, accesible en www.mjusticia.gob.es.

37 Las diferencias entre ambos textos han sido puestas de manifiesto por Parra Lucán, Mª. Á.: "Riesgo imprevisible", cit., p. 7.

38 *Vid.* en AA.VV., *Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 687-688. Asimismo, cabe citar, la Propuesta de la Fundación FIDE y el European Law Institute, la cual incluye, entre los principios elaborados por la COVID-19, uno específico sobre el cambio de circunstancias, tal es, el 13.2. Sobre estas iniciativas, Gregoraci Fernández, B.: "El impacto del COVID-19", cit., pp. 464-465.

39 *Vid.* la Propuesta de redacción del art. 1258 CC realizada por Orduña Moreno, F. J.: *Cláusula rebus y modernización del Derecho Contractual: tratamiento doctrinal y jurisprudencial*, Lefebvre, Madrid, 2020, p. 97.

IV. ANÁLISIS COMPARADO: LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN LOS ORDENAMIENTOS VECINOS.

No se pretende en este apartado llevar a cabo un análisis exhaustivo de la situación legal en otros países de nuestro entorno, solamente manifestar con ello la idoneidad, por no decir, la necesidad de la regulación en España de la cláusula rebus.

El BGB tras la reforma operada en 2002 contempla en el § 313 la doctrina de la base del negocio jurídico, en virtud de la cual: 1. Si las circunstancias que forman parte de la base del negocio se modifican sustancialmente después de la celebración del contrato, de manera que las partes no hubieran concluido el contrato o lo habrían hecho de otro modo si hubieran podido prever dicho cambio, puede ser exigida una adaptación del contrato, en la medida en que no se le pueda exigir a una parte la sujeción al contrato originario teniendo presentes todas las circunstancias del caso concreto, especialmente, la distribución contractual o legal del riesgo. 2. Equivale a una modificación de las circunstancias cuando las representaciones esenciales que han constituido la base del contrato resultan falsas. 3. Si no es posible una adaptación del contrato o no es exigible para una parte, la parte perjudicada puede desistir del contrato. En lugar del derecho de desistir tiene el derecho de resolución en las relaciones jurídicas de tracto sucesivo[40].

El CC italiano regula la excesiva onerosidad sobrevenida en los arts. 1467 y ss.[41]. En concreto, el art. 1467 establece que en los contratos de ejecución continua o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes se ha vuelto excesivamente onerosa debido a la concurrencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe dicho cumplimiento puede solicitar la resolución del contrato, salvo que la onerosidad sobrevenida entre dentro del ámbito normal del contrato (es decir, dentro del ámbito de riesgo normal del contrato). Añade, asimismo, que la parte contra la que se solicita la resolución puede llegar a evitarla ofreciendo una modificación de los términos del contrato de una manera equitativa. Por su parte, el art. 1468 determina que, en el caso anteriormente previsto, si nos encontramos ante un contrato en el que solamente una de las partes ha asumido obligaciones, esta puede solicitar una

40 *Vid.* Oertmann, P.: *Die geschäftsgrundlage. Eine neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921; Lenel, O.: "La cláusula rebus sic stantibus", Traducción de W. Roces, *Revista de Derecho Privado*, 1923, núms. 118 y 119, pp. 193-206; Larenz, K.: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Traducción de C. Fernández Rodríguez, Comares, Granada, 2002. Sobre el significado de la base del negocio en el Derecho español, De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 325-326.

41 *Vid.* Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit., pp. 1061-1062 y García Caracuel, M.: *La alteración sobrevenida*, cit., pp. 205-217.

reducción de su prestación o una modificación en la modalidad de ejecución o cumplimiento, suficiente para restablecer la equidad[42].

El CC francés hasta hace relativamente poco tiempo no trataba de forma directa el problema que el cambio o alteración de las circunstancias ocasiona en el ámbito contractual, a pesar de que fue en el sistema jurídico francés donde se reforzó la teoría de la imprevisión en relación con la contratación pública en el Derecho Administrativo[43]. Así, con la Ordonnance nº 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations[44], la alteración de las circunstancias tiene acceso en el art. 1195 Code. Hasta entonces hubo un rechazo, casi unánime, hacia la revisión judicial de los contratos, por la resistencia del principio de inmutabilidad y un amplio uso de los recursos creados por el acuerdo entre las partes que objetivamente restablecen el equilibrio perturbado con la alteración o cambio de las circunstancias, mediante el establecimiento de cláusulas que permiten la revisión de los pactos en el curso de su aplicación, como la cláusula de sauvegarde (equivalente a las cláusulas hardship)[45].

La alteración de las circunstancias es objeto de regulación en los arts. 437º a 439º CC portugués, bajo la denominación "resolución o modificación del contrato por alteración de las circunstancias". El art. 437.1º determina que, si existe una variación anormal de los antecedentes de hecho o económicos en el que las partes han fundado su decisión de contratar, la parte perjudicada tiene derecho a resolver el contrato o solicitar su modificación de acuerdo con juicios de equidad[46]. Continúa el precepto condicionando la aplicación de la disposición a

42 Pernice, C.: "Efectos de la pandemia de Covid-19 sobre el destino de los contratos a largo plazo: buena fe suplementaria y obligación de renegociar (Tribunal de Roma, orden del 27 de agosto de 2020)", *Boletín IDIBE*, octubre, 2020, (https://idibe.org/boletin/), estima que "si existe una contingencia en el sustrato fáctico y jurídico que constituye el supuesto del acuerdo negociado, como la determinada por la pandemia de Covid-19, la parte que recibe una desventaja por la prolongación de la ejecución del contrato en las mismas condiciones acordadas inicialmente tiene la posibilidad de pedir una renegociación, a pesar de que según el texto reglamentario del art. 1467, párrafo 3, del Código Civil y la orientación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el punto, el ajuste de las condiciones contractuales "desequilibradas" sólo puede ser invocado por la parte beneficiada por lo imprevisto y demandada con la acción de resolución. Así lo dictaminó el Tribunal de Roma en una orden emitida el 27 de agosto de 2020, que basó su razonamiento en los cánones de la buena fe en sentido objetivo y de la solidaridad, a pesar de la ausencia de una cláusula específica de renegociación, ha vuelto a determinar de manera equitativa los alquileres de una propiedad recurriendo a la buena fe integradora".

43 *Vid.* Díez-Picazo y Ponce de León, L.*: Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit., pp. 1060-1061; De Amunátegui Rodríguez, C.: *La cláusula rebus*, cit., pp. 76-78; García Caracuel, M.: *La alteración sobrevenida*, cit., pp. 179-204.

44 https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004939/

45 En el ámbito empresarial, *Vid.* Fenollar González, Mª.: "Las cláusulas MAC (Material Adverse Change) en los procesos de fusión y adquisición de empresas en el ordenamiento jurídico español", *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, 2019, núm. 12, pp. 216-217, destacando el análisis diferenciado entre las MAC y la cláusula rebus.

46 Como ha referido Pereira Duarte, D.: "Modificação dos contratos segundo juízos de equidade (contributo para a interpretação dos artigos 252º, nº 2, e 437º do Código Civil", *O direito*, nº 139, 1, 2007, pp. 151 e 155-162, el Código Civil portugués adapta directamente la teoría de la base del negocio jurídico construida por Larenz y Windscheid, desde luego en el art. 252º, nº 2, de forma expresa, al prever el error sobre la base

que, el requisito del cumplimiento del contrato ponga en tela de juicio el principio de buena fe y que la modificación de las circunstancias no se encuentre cubierta por los riesgos del contrato. En el pfo. 2º del citado artículo se establece que, si la parte perjudicada solicita la resolución, la otra parte puede oponerse a lo pedido y declarar que acepta la modificación del contrato. La legislación portuguesa exige, pues, que la alteración de las circunstancias sea relevante y anormal y que el requisito de la obligación de la parte perjudicada sea contrario a los principios de buena fe contractual y no esté cubierto por los riesgos inherentes al contrato.

La doctrina admite los siguientes requisitos para el ejercicio del derecho a promover la extinción o modificación del contrato resultante de la alteración sobrevenida de las circunstancias: a) Que las circunstancias alteradas integren la base del negocio; b) Que el cambio sea anormal; c) Se haya producido después de la conclusión del contrato; d) Que una de las partes resulte gravemente lesionada por esa alteración; e) Que la modificación del contexto no esté cubierto por los riesgos inherentes al contrato; y, f) Que la exigencia de cumplimiento del acuerdo afecte gravemente a los principios de buena fe[47]. El art. 438º excluye la aplicación de lo previsto en el art. 437, si la parte perjudicada está en mora en el momento en que se produce la alteración de las circunstancias. Requisito este innecesario en la medida en que la cláusula *rebus* es más que suficiente para legitimar la exclusión de una posible revisión de los contratos en estos supuestos[48].

El cambio relevante en el marco tanto fáctico, como económico de la base del negocio, se rige, por regla general, por los principios de imprevisibilidad, según los cuales la alteración de las circunstancias debe ser imprevisible en el momento de la celebración del contrato, y de anormalidad (entendida como excepcionalidad o carácter extraordinario del cambio), por lo que la alteración de las condiciones debe estar absolutamente fuera de la línea de evolución natural de los eventos, según el patrón de un hombre medio. El CC portugués no exige expresamente que el cambio sea imprevisible, sino solamente anómalo, lo que conducirá a resultados

del negocio, y también en el art. 437º, de manera implícita, a propósito de la resolución o modificación del contrato por alteración o cambio de las circunstancias que fundamentaban la voluntad de contratar.

47 La doctrina portuguesa difiere a la hora de precisar los requisitos, *Vid.* entre otros, Duarte, R. P.: "Possibilidade de alteração unilateral de obligações contratuais (em especial, as resultantes de contratos de financiamento)", *en Jurisdição da Família e das Crianças, Jurisdição Civil, Processual Civil e Comercial, Ações de formação 2011-2012, Textos dispersos*, CEJ, Lisboa, pp. 107-120, http://www.cej.mj.pt, quien reduce los requisitos establecidos a dos requisitos positivos (alteración anormal de las circunstancias y lesión grave), y un requisito negativo (los efectos de la declaración no están incluidos en el programa contractual), a lo que añade un presupuesto: las partes han basado su decisión de contratar en determinadas circunstancias. Almeida Santos, A. De: *A teoría da imprevisão ou da superveniencia contratual e o novo* Código Civil, L. Marqués, Minerva Central, 1972, pp. 73-90, resume los requisitos a la esencialidad (alteración anormal y extraordinaria no incluidas en el alea del contrato y que resulte que la exigencia del cumplimiento de la obligación viola frontalmente el principio de buena fe), imprevisibilidad (calidad de los hechos tan previsibles como sea posible, pero que su acontecimiento era incierto o poco probable, reconducible a un deber de previsión, según la diligencia esperada de un buen padre de familia y la buena fe), y, la inimputalidad (las partes no pueden beneficiarse de las alteraciones originadas por sus propias conductas ilícitas o culposas).

48 *Vid.* Almeida Santos, A. De: *A teoría da imprevisão, cit.,* p. 87.

similares, en la medida en que el requisito de la imprevisibilidad depende de la magnitud del riesgo asumido por las partes contratantes y del análisis que estas deben hacer de las posibles fluctuaciones normales del contrato causadas por accidentes que, dada su probabilidad de producción, deben ser considerados[49].

En consecuencia, teniendo el CC portugués establecida la exigencia de la alteración anormal, esta se complementa con la verificación del alcance de los riesgos inherentes al contrato y del alea normal de este. Por lo tanto, el art. 437.º, n.º 1 CC portugués, exige solo el requisito de la "anormalidad", con lo que se aplica incluso si la alteración de las circunstancias es previsible, siempre que tenga o se dé un cuadro de excepcionalidad[50].

V. BASES PARA LA APLICACIÓN DE UN PRINCIPIO.

El recurso a la cláusula rebus con carácter general es, desde mi punto de vista y a la luz de lo establecido en los ordenamientos que la regulan, muy cuestionable. El principio de seguridad jurídica resulta ser crucial para determinar su posible juego, lo que, en mi opinión, paraliza su aplicación a todo supuesto de alteración de las circunstancias. Lo contrario, conllevaría privarla de su reconocido carácter excepcional, en la medida en que pondría en peligro la pervivencia de los contratos, pues la resolución de todos, si no se llega a la renegociación, tendría unas consecuencias muy negativas para la estabilidad económica del país. Para que el hecho que ha generado el cambio en las circunstancias tenga trascendencia y ponga en marcha la cláusula rebus, es necesario analizar si ese hecho concreto tiene alguna significación en la relación contractual de la cual se trate, no siendo defendible su aplicación automática y generalizada para todos los supuestos en los que concurra ese hecho.

En todo caso, para la operatividad de la cláusula rebus, como ha sido puesto de manifiesto[51], deben concurrir una serie de presupuestos:

49 Lovato Neto, R./GuimarÃes, Mª. R.: "Times they are a-changin´: De novo sobre a alteração superveniente das circunstâncias no direito privado português, no direito europeu e nos instrumentos europeus e internacionais de harmonização do direito privado", *Ars Iuris Salmaticensis*, 2016, Vol. IV, p. 158.

50 Lovato Neto, R./GuimarÃes, Mª. R.: "Times they are a-changin´", cit., p. 159.

51 *Vid.* entre otros, Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit., pp. 1069-1070; Cañizares Laso, A.: "La aplicación de la rebus sic stantibus en la normativa de estado de alarma", en *Contratos y negocios afectados por la normativa del estado de alarma*, (Coord. por E. Sanjuán Muñoz), Tirant lo blanch, Valencia, 2020, pp. 71-73; Albiñana Cilveti, I.: "La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula rebus sic stantibus y su aplicación a las operaciones inmobiliarias", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2018, núm. 49, pp. 117-127; Revilla Giménez, Mª. I.: "Normalización de la cláusula rebus sic stantibus. Estudio jurisprudencial", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2017, núm. 41, pp. 187-204; Gregoraci Fernández, B.: "El impacto del COVID-19", cit., pp. 465-468; Bueno Biot, Á.: "Cláusula rebus sic stantibus y bonos estructurados. Comentario a la STS de España, núm. 5/2019, de 9 de enero (ROJ: STS 13/2019)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12, febrero 2020, pp. 856 y ss.

1º. La existencia de un periodo de tiempo entre la celebración del contrato y el cumplimiento de la prestación, lo que exige que se trate de contratos de tracto sucesivo, o de contratos de tracto único con ejecución diferida.

2º. La alteración extraordinaria de las circunstancias[52], provocando una desproporción desorbitada entre las pretensiones de las partes. Requisito que hace necesario precisar si tras el cambio circunstancial, el contrato sigue siendo o no viable, es decir, si existe o no frustración de su finalidad económica, o si, a su vez, dicho cambio ha provocado una ruptura de las contraprestaciones. Como ha sido puesto de manifiesto[53], para que el cambio de circunstancias pueda ser calificado de extraordinario hay que tener presente que, en la medida en que los contratos son autorregulaciones de intereses privados, la medida de lo extraordinario estará en función de cada contrato concreto, de las circunstancias en las que se haya celebrado y de sus vicisitudes posteriores.

3º. La excesiva onerosidad debe ser apreciada cuando los costes de la prestación tengan como consecuencia, fruto del cambio de las circunstancias, un resultado reiterado de pérdidas o de desaparición de cualquier margen de beneficio a la luz del contrato objeto de la controversia[54]. Debe tratarse de una alteración de la base del negocio que provoque una modificación importante en términos económicos, pero que no implica la imposibilidad de cumplimiento[55].

4º. La imprevisibilidad se traduce en que el cambio de las circunstancias no haya podido ser razonablemente previsto[56]. Para ello se aplica la teoría del riesgo normal del contrato que permite un contraste entre el cambio de circunstancias y el riesgo propio del cumplimiento del contrato previsto o no en el mismo. Esto supone un análisis de cada caso en la medida en que, si fuera previsible el riesgo derivado del cambio sobrevenido de las circunstancias, debe ser imputado a la parte que debió haberlo previsto. De igual modo, la imprevisibilidad depende de las condiciones personales de los contratantes, ya que lo que puede resultar

52 Para De Amunátegui Rodríguez, C.: *La cláusula rebus,* cit., pp. 259-260, lo extraordinario "parece ser lo que raramente se manifiesta, lo que es extraño al curso de los acontecimientos", para lo que "deberá acudirse a criterios objetivos, valorados en relación al hombre medio y las condiciones de mercado, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, y la posible existencia o no de un deber de previsión".

53 *Cfr.* Salvador Coderch, P.: "Alteración de las circunstancias", cit., p. 5.

54 *Vid*., García Caracuel, M.: *La alteración sobrevenida*, cit., p. 337.

55 La STS 15 octubre 2014 (RJ 2014, 6129), establece una serie de aspectos para determinar el cumplimiento o no del presupuesto de la excesiva onerosidad.

56 Albaladejo García, M.: *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2002, p. 468, estimó que "la imprevisibilidad equivale a la imposibilidad de representarse razonablemente, es decir, según un criterio de lógica común, el acontecimiento como evento verificable entre la celebración y la ejecución del contrato". En relación a la crisis provocada por la COVID-19, Gómez Ligüerre, C.: "Fuerza mayor", *InDret*, 2020, núm. 2, p. 1, considera que tiene dimensiones tan gigantescas que es irrelevante debatir si se trata de un supuesto previsible pero inevitable o evitable pero imprevisible. *Vid.* STS 27 noviembre 2013 (RJ 2013, 7874) y ATS 19 julio 2017 (RJ 2017, 3548).

imprevisible para un no profesional, puede no serlo para un profesional[57]. Por lo tanto, las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles no resultan relevantes, si el contrato contiene reglas de asignación del riesgo a una de las partes contratantes[58]. La aplicabilidad de la cláusula rebus puede resultar inoperante en muchos tipos de contratos, sobre todo si son establecidas cláusulas de salida o de actualización[59]. En cualquier caso, aunque parece evidente que, si las partes han previsto la distribución del riesgo para un supuesto, ya no será posible acudir a la cláusula rebus, habrá que precisar si la propia cláusula no puede verse privada de eficacia por el mismo hecho de sobrevenir nuevas circunstancias[60].

5º. El cambio de circunstancias no puede ser imputable a una de las partes contratantes y el deudor de la prestación no puede encontrarse incurso en mora. Es decir, el cambio debe resultar ajeno a la voluntad de las partes y, sobre todo, a la parte que queda en desventaja.

VI. RENEGOCIACIÓN, MODIFICACIÓN JUDICIAL Y RESOLUCIÓN FINAL.

La alteración de las circunstancias abre la puerta a la renegociación del contrato y, en su defecto, a la revisión judicial como paso previo a la resolución. Tanto la renegociación como la revisión judicial intentan garantizar la conservación del contrato, en la medida en que el cambio de circunstancias pone en peligro el pacto inicial. Con ellas, se pretende de forma diferente, por voluntad de las partes o por intervención de un tercero, la subsistencia del contrato, a pesar de la alteración de las circunstancias.

El debate mantenido entre el principio pacta sunt servanda y los posibles remedios ante la alteración por las circunstancias sobrevenidas, colocan a la renegociación del contrato en un primer plano. Aparece como la alternativa a la resolución y se encuentra más en consonancia con el principio basado en la conservación del negocio jurídico[61]. Esto no implica una superación o no

57 Como pusieron de manifiesto Luna Yerga, Á./Xiol Bardají, Mª.: "Rebus sic stantibus", cit., p. 7, prescindir del carácter profesional de los contratantes en la aplicación de la cláusula no parece acertado, y aún menos si son líderes en su sector, en la medida en que las fluctuaciones económicas no son ajenas a la propia actividad profesional, sino que forman parte inherente a ella. En este caso, en su opinión, hubiera resultado más acertado considerar la crisis económica como un "riesgo normal del contrato". *Vid.* ATS 21 febrero 2018 (RJ 2018, 664).

58 STS 30 abril 2015 (RJ 2015/2019). Se rechaza, en palabras de Vázquez-Pastor Jiménez, L.: "El "vaivén" de la moderna jurisprudencia", cit., p. 72, la aplicación de la cláusula cuando el riesgo del cambio de circunstancias en el contrato ha sido asumido por las partes, expresa o implícitamente, o bien cuando forma parte del alea normal del negocio que se ha celebrado.

59 *Vid.* Albiñana Cilveti, I.: "La reciente doctrina jurisprudencial", cit., p. 124; Luna Yerga, Á./Xiol Bardají, Mª.: "Rebus sic stantibus", cit., p. 7.

60 *Cfr.* Parra Lucán, Mª. Á.: "Riesgo imprevisible", cit., p. 18.

61 Según Doral García, J. A.: "La revisión judicial del contenido del contrato: la cláusula rebus sic stantibus y la cláusula penal", *Revista Jurídica de las Islas Baleares*, 2017, núm. 15, p. 15, la naturaleza de este remedio, para unos se trata de una obligación civil de negociar, impuesta por la gravedad de las circunstancias imprevistas y sobrevenidas, la fuente reside pues en el propio contrato; otros, lo admiten como prudente

observancia de los pactos iniciales que deben ser respetados, supone que, en aras a su mantenimiento, se produce la sucesiva renegociación de la relación contractual cuando las circunstancias sobrevenidas los hacen inviables. El principio pacta sunt servanda no tiene por qué ser entendido como vinculación conforme a lo inicialmente pactado, lo cual no tiene sentido frente a una injusta distribución de la utilidad que se espera a través del contrato conmutativo, es necesario defender una interpretación más flexible del mismo[62]. Al respecto, ha estimado Doral García[63], que el principio pacta sunt servanda, no queda así ligado de forma definitiva a la voluntad individual, sino abierto a las consecuencias que corresponden a la normalidad de la operación económica concreta. Asimismo, Cañizares Laso[64] defiende que, el respeto absoluto a la voluntad de los sujetos, es decir, el dogma de la voluntad, está cediendo terreno a otras doctrinas, en virtud de las cuales, las partes se pueden ver "inducidas", e incluso "obligadas", a la renegociación del contrato para ajustar su contenido a la situación creada por el advenimiento de circunstancias imprevisibles que provoquen serias dificultades en el cumplimiento de las obligaciones[65].

La renegociación del contrato es la solución más correcta, no solamente en tiempos de crisis, que es cuando la cláusula rebus resurge, sino como medio para evitar el posible colapso de los tribunales. La renegociación es una justa consecuencia de la buena fe en sentido objetivo, cuando se produce una ruptura del equilibrio contractual por la alteración sobrevenida de las circunstancias que fueron tenidas en su momento en cuenta cuando se celebró el contrato. La preferencia por esta figura es manifestada en las distintas propuestas de armonización del Derecho de contratos, en las que otorgan prioridad a su revisión por las partes. Tal es el caso del art. 6.2.3 (1) de los Principios UNIDROIT sobre contratos mercantiles internacionales, art. III.-1:100 DCFR y el art. 89 CESL. La renegociación es regulada en el art. 416.2 ATCM[66] y en el art. 6.111 PECL se exige la negociación sancionando

excepcional al principio pacta sunt servanda, con interpretación concreta de un deber de cooperación o solidaridad que implica recomponer por otros cauces el equilibrio roto. Se trata de un acuerdo de principio que requiere de una interpretación flexible, favorable al desfavorecido que en la vertiente procesal se encuentra legitimado ad causam en el proceso correspondiente.

62 Para Morales Moreno, A. M.: "El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?", *Anuario de Derecho Civil*, 2020, núm. 2, p. 447, en las circunstancias actuales generadas por la COVID-19, es necesario aplicar a los contratos soluciones excepcionales inspiradas en criterios de justicia distributiva.

63 "La revisión judicial", cit., p.18.

64 "La aplicación de la rebus, cit.", p. 65.

65 Concluye, Cañizares Laso, A.: "La aplicación de la rebus", cit., p. 66, que "se muestran así dos reglas basadas en los principios. De una parte, el principio de vinculación contractual que en nuestro Derecho se encuentra recogido en el art. 1258 del Código Civil (...). De otra, sobre la base de que una incondicionada fidelidad al contrato puede conducir a consecuencias claramente injustas, los distintos Ordenamientos han regulado, de acuerdo con la teoría de la excesiva onerosidad y de la desaparición de la base del negocio, las consecuencias que un cambio de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por las partes en el momento de la celebración del contrato debe conducir bien a la revisión del contrato bien a su resolución".

66 No la contempla el art. 1213 PMMC, aunque su inclusión ha sido defendida por parte de la doctrina. *Vid.* Salvador Coderch, P.: "Alteración de las circunstancias", cit., p. 7. Tampoco la regulan el art. 1467 CC. italiano de 1942 y el § 313 BGB.

con la obligación de indemnizar a la parte que se niega o lo hace de mala fe[67]. No hay duda de que, nadie mejor que las propias partes contratantes, para llevar a cabo la renegociación del contrato, ya que son las poseedoras de una información privilegiada en torno a la relación contractual que intentan salvar y no dejar esta labor en manos de un juez[68].

En ese proceso general de renegociación será necesario precisar el margen de actuación que pueden tener los jueces, pues se trata de restablecer el equilibrio entre las prestaciones que se ha visto alterado por un cambio en las circunstancias[69]. En cualquier caso, la revisión y, en extremo, la resolución judicial, proceden ante el fracaso de la renegociación. La viabilidad de la renegociación se encuentra también condicionada por el tipo contractual concreto, no todos los contratos pueden ser objeto de la misma, lo que nos conduce a pensar que la mayor o menor renegociabilidad de los contratos depende de su específica naturaleza[70]. De igual modo, cabe la posibilidad de prever en el propio contrato la renegociación, como una medida preventiva ante el probable cambio de circunstancias del contrato que, de no prosperar, derivará en su revisión judicial.

VII. EL HABITUAL RESURGIR DE LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN TIEMPOS DE CRISIS: SU ESTADO NATURAL.

Como dijera Coca Payeras[71], la cláusula rebus es una de las válvulas de seguridad, emergencia y alivio, que garantiza la subsistencia del principio pacta sunt servanda, o en palabras de nuestro art. 1091 CC, garantiza que el contrato es ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos. Principio que, en su opinión, junto al de autonomía de la voluntad y al de responsabilidad patrimonial universal, son las claves de la bóveda del sistema jurídico-contractual. Por lo tanto, la cláusula rebus entra en juego cuando el sistema jurídico-contractual está en riesgo de hundimiento por el colapso de uno de sus pilares, el principio pacta sunt servanda. Precisamente para evitar el colapso de este principio y el hundimiento del sistema contractual, plantea la existencia de dos opciones: una externa, consistente en la activación de una política legislativa que actúe

67 No obstante, Parra Lucán, Mª. Á.: "Riesgo imprevisible", cit., p. 30, estima que "no es preciso que una norma recuerde a las partes que pueden negociar, de modo que la virtualidad de los modelos legislativos que priorizan la negociación es llamar la atención sobre las soluciones negociables y el carácter subsidiario de la intervención judicial, que solo está llamada a producirse en caso de fracaso de la negociación".

68 Salvador Coderch, P.: "Alteración de las circunstancias", cit., p. 7.

69 En opinión de Parra Lucán, Mª. Á.: "Riesgo imprevisible", cit., p. 36, "la razón que explica la reserva y la desconfianza a la hora de atribuir amplias facultades a jueces y tribunales es doble: de un lado, el respeto a las consecuencias que derivan del principio tradicional pacta sunt servanda pero, también, la dificultad de reescribir un contrato sin contar con la voluntad de ambas partes contratantes".

70 Así lo entiende, Salvador Coderch, P.: "Alteración de las circunstancias", cit., pp. 9 y 42, respecto de los contratos financieros.

71 "Crisis económica, base del negocio y cláusula rebus sic stantibus en la doctrina del Tribunal Supremo", *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2016, núm. 17, pp. 38-39.

directamente sobre las relaciones contractuales, promulgando leyes excepcionales que durante un tiempo noven los contratos afectados; otra interna, cuando el propio ordenamiento contractual contiene normas generales que permiten su aplicación a los concretos supuestos. En consecuencia, y ante la situación de nuestro ordenamiento, que no tiene una previsión expresa sobre la cláusula rebus, cabe estimar que, las iniciativas legislativas adoptadas en nuestro país responden a la primera opción en la medida en que constituyen un bloque normativo excepcional que se aplica durante un tiempo concreto, no implicando en ningún caso una regulación expresa de la cláusula rebus, como existe en otros ordenamientos.

En el ejercicio de las funciones encomendadas por la CE en el art. 116.2 y la LO 4/1981, de 1 de julio, de los estados de alarma, excepción y sitio que desarrolla este precepto, el Gobierno ha puesto en marcha la mecánica legislativa. En esta actividad cabe destacar por lo que a los contratos civiles se refiere el RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19[72], el RD-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19[73] y, por último, el RD-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo[74].

En el RD-Ley 8/2020[75], en los arts. 7 a 16 ter, se prevé una moratoria en el pago del préstamo o del contrato de crédito para evitar la pérdida de la vivienda habitual, que se aplica también a fiadores y avalistas del deudor principal respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que para el deudor hipotecario (art. 8.2), no haciendo alusión expresa a esta doctrina. Sin embargo, en el art. 13 para la concesión de la moratoria refiere que "cuando prestamista y prestatario beneficiario de la moratoria acuerden una novación como consecuencia de la modificación del clausulado del contrato en términos o condiciones contractuales que vayan más allá de la mera suspensión (…), incorporarán, además de aquellos otros aspectos que las partes pacten, la suspensión de las obligaciones contractuales impuestas por este decreto-ley y solicitada por el deudor (…)", habla de "modificación del clausulado del contrato".

Por lo que se refiere al RD-Ley 11/2020[76], la negociación entre las partes tendente a una posible modificación de las obligaciones contractuales cuando se trata de un arrendamiento de vivienda habitual, está prevista los arts. 4 y 8. En

72 BOE núm. 78, 18 de marzo de 2020.

73 BOE núm. 91, 1 de abril de 2020.

74 BOE núm. 112, 22 de abril de 2020.

75 Texto consolidado, última modificación a 15 de junio de 2021.

76 Texto consolidado, última modificación a 4 de agosto de 2021.

ambos preceptos se prevé el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, siempre que no haya existido un previo acuerdo entre las partes. Se observa el reconocimiento a las partes de un posible acuerdo sobre el particular y, en su defecto, el aplazamiento. En la misma línea, el art. 36.1 no propone la resolución automática, pues determina que "la pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes, sobre la base de la buena fe, una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato. Las propuestas de revisión podrán abarcar, entre otras, el ofrecimiento de bonos o vales sustitutorios de reembolso, que en todo caso quedarán sometidos a la aceptación por parte del consumidor o usuario. A estos efectos, se entenderá que no cabe obtener propuesta de revisión que restaure la reciprocidad de intereses del contrato cuando haya transcurrido un periodo de 60 días desde la solicitud de resolución contractual por parte del consumidor o usuario sin que haya acuerdo entre las partes sobre la propuesta de revisión". Atendiendo al contenido de este precepto, cabe considerar que no se admite la resolución directa y automática, sino que por la situación generada por la crisis de la COVID-19, cualquiera de las partes, puede realizar una "propuesta de revisión del contrato", para lo que concede un plazo de 60 días. Con ello, otorga entrada a la cláusula rebus, en concreto, en lo que a efectos de la renegociación se refiere[77].

Asimismo, llama la atención la referencia expresa a la cláusula rebus en el Preámbulo del RD-Ley 15/2020[78], cuya Exposición de Motivos señala que "procede prever una regulación específica en línea con la cláusula rebus sic stantibus, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual. Se considera conveniente ofrecer una respuesta que permita abordar esta situación y regular un procedimiento para que las partes puedan llegar a un acuerdo para la modulación del pago de las rentas de los alquileres de locales". Ante esta alusión, no ha faltado quien se ha planteado[79], si atendiendo al contenido del art. 3, para los casos no previstos, los arrendatarios que han visto cerrada o gravemente afectada sus posibilidades de negocio o de disfrute del inmueble arrendado, pueden acudir a la figura de la cláusula rebus. Al respecto García Rubio[80], considera que en otro tipo de arrendamientos distintos de los previstos en estas normas[81], la parte arrendataria que haya visto cerrado

77 *Vid.* García Rubio, Mª. P.: "Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España", *Revista de Derecho Civil*, 2020, Vol. II, núm. 2, p. 38.

78 Texto consolidado, última modificación a 15 de junio de 2021.

79 García Rubio, Mª. P.: "Medidas regladas", cit., p. 26.

80 "Medidas regladas", cit., p. 27.

81 Pantaleón Prieto, F.: "Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales", *Almacén de Derecho*, 23 de abril de 2020, https://almacenderecho.org/arrendamiento-de-local-de-negocio-

o gravemente perjudicado su negocio, precisamente a causa de la pandemia y/o de las medidas administrativas tomadas por ella y en cuyo contrato no se hubiese asumido "tout court" los riesgos derivados de situaciones insólitas como la presente o no se hubieran pactado salidas concretas para circunstancias extraordinarias, debería poder solicitar a la otra parte la revisión o modificación del contrato; y de no obtener respuesta, debería poder acudir a la autoridad judicial, a fin de que esta considere su propuesta o propuestas de revisión en el sentido que sean o, si no fueran posibles o viables a la luz de cada situación concreta, decretase la resolución. En cualquier caso, admite que la resolución debe ser estimada como solución absolutamente excepcional, en la medida en que supone la traslación del riesgo imprevisto a la otra parte contractual, el arrendador. Asimismo, los arts. 1 y 2 recogen la posibilidad de negociar una moratoria o reducción de la renta.

Cabe citar, en este análisis normativo de la cláusula rebus en tiempos de la COVID-19, el Decreto Ley 34/2020, de 20 de octubre, de la Generalitat de Cataluña, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendados[82]. En la Exposición de Motivos se establece que "teniendo en cuenta, la excesiva onerosidad de algunas de las prestaciones, el carácter imprevisible e inevitable del riesgo de donde deriva y la necesidad de restablecer el equilibrio contractual, partiendo del principio de conservación del contrato y de acuerdo con las reglas de la buena fe y de la honradez de los tratos, se opta por preservar e incentivar la autonomía de la voluntad y se establecen las reglas legales que se tienen que aplicar si las partes no llegan a un acuerdo. De esta forma se adopta una solución expeditiva en sintonía con el fundamento de la cláusula rebus sic stantibus y se evita, al mismo tiempo, el incremento indeseable de la litigiosidad. En cualquier caso, las reglas establecidas afectan exclusivamente al reparto de estas consecuencias negativas y son compatibles con el derecho de las partes a acudir al auxilio judicial para ejercer cualquier otra pretensión relativa al contrato. Las medidas adoptadas limitan su eficacia al tiempo de vigencia de las prohibiciones o restricciones dictadas por la autoridad competente y se establecen como reglas por defecto en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo satisfactorio en un plazo prudencial". En el art. 1 del citado texto se prevé de forma expresa la posibilidad que ostenta la parte arrendataria de poder requerir de la parte arrendadora una modificación "razonable y equitativa" de las condiciones del contrato, con la finalidad de restablecer el equilibrio de las prestaciones y de acuerdo con las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos. En el art. 2 se establece que, de no llegar a un acuerdo por medio de "negociación o mediación" en el plazo de un mes, se aplicarán una serie de reglas, contemplando el desistimiento en el caso de suspensión del desarrollo

y-suspensión-legal-de-actividades- empresariales/, lo hace extensivo a los casos previstos en las normas, como solución más beneficiosa, siempre que concurran los requisitos de la *rebus*.

82 DOGC núm. 8252, 22 de octubre de 2020.

de la actividad por más de tres meses en el transcurso de un año, siempre que la parte arrendataria los notifique fehacientemente al arrendador con un mes de antelación. Por último, resulta especialmente llamativo el compromiso legislativo contenido en la Disposición Final Primera, en virtud del cual, en el plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor de la presente norma, el Gobierno debe elaborar y aprobará un Proyecto de Ley para incorporar al ordenamiento jurídico catalán la regulación necesaria para el restablecimiento del equilibrio contractual en los supuestos de cambio imprevisto de circunstancias.

Sobre eso, cabe destacar, lo que sigue: 1º. La previsión *ad hoc* en relación a la onerosidad excesiva y sobrevenida de las prestaciones contractuales; 2º. La adopción de un criterio distributivo de las consecuencias negativas derivadas de las medidas adoptadas para evitar la propagación de la pandemia, basado en un principio de solidaridad, con el fin de socializar el riesgo y evitar que recaiga en exclusiva sobre una de las partes contratantes; 3º. El carácter prioritario del acuerdo frente a las normas establecidas; 4º. La apuesta por una solución en "sintonía" con el fundamento de la cláusula rebus, con el fin de evitar la "indeseable litigiosidad", lo que llama especialmente la atención, pues hasta el momento se ha relacionado la doctrina de la rebus con una excesiva litigiosidad y camino no correcto a adoptar en tiempos de la COVID-19; 5º. El carácter temporal de las medidas y siempre en defecto de acuerdo entre las partes; 6º. El objetivo normativo es garantizar la seguridad jurídica y la supervivencia del tejido económico del país; 7º. El impulso de la negociación y la mediación como mecanismos de gestión extrajudicial de los problemas que en materia de contratos se están planteando en tiempos de la COVID-19; y, 8º. El compromiso de regular en el plazo de dos años la figura de la modificación del contrato por cambio imprevisto de las circunstancias.

Por último hacer referencia a la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia[83], en cuya D.A. séptima, en torno al "cambio extraordinario de las circunstancias", prevé la presentación a las Comisiones de Justicia del Congreso de los Diputados y del Senado de un análisis y estudio sobre las posibilidades y opciones legales de incorporar en el régimen jurídico de obligaciones y contratos la regla rebus sic stantibus.

VIII. A MODO DE RECAPITULACIÓN.

El mantenimiento del equilibrio entre el principio pacta sunt servanda y el principio rebus sic stantibus no resulta fácil en la práctica, pero se presenta como

83 BOE núm. 250, 19 de septiembre de 2020, última modificación a 13 de marzo de 2021.

exigencia para todo ordenamiento jurídico[84]. El posible reconocimiento legal de la primacía de uno sobre otro pone en peligro la justicia y seguridad jurídica, por lo que el tratamiento legal de ambos debe realizarse en un clima de equilibrio jurídico que tenga como finalidad, atendiendo a las circunstancias del caso, delimitar qué es lo más justo para ambas partes contratantes[85]. Nunca debe olvidarse que los contratos son vinculantes y responder por su cumplimiento es una condición necesaria para el funcionamiento del sistema económico[86], pero para mantener ese vínculo hay que revisar sus condiciones.

A efectos del estudio realizado cabe considerar, por un lado, la necesaria regulación de la cláusula rebus; y, por otro lado, su idoneidad ante los estragos que la COVID-19 está generando en el ámbito contractual.

En relación con la primera cuestión, es una realidad que la cláusula rebus se pone de moda o reactiva a golpe de "crisis" y la COVID-19 hace pensar en nuevos pronunciamientos judiciales. Al respecto cabe estimar que, una institución ya regulada en otros ordenamientos, no puede depender en el nuestro de concretas y pendulares resoluciones emitidas por los tribunales, pues las líneas jurisprudenciales, bien es sabido, cambian. La cláusula rebus exige una "real normalización" de su existencia como institución, ya que los avances son necesarios y la jurisprudencia, desde mi punto de vista, no otorga a esta institución de la necesaria estabilidad y, en consecuencia, seguridad jurídica. No obstante, defender la regulación de la alteración de las circunstancias, no implica admitir que toda alteración ponga en funcionamiento el régimen de esta cláusula. Prueba de ello es que ordenamientos en los que existe el tratamiento legal, ante la pandemia, han puesto en marcha la maquinaria legislativa, por considerar que el régimen previsto resulta ser insuficiente[87].

84 Para Salvador Coderch, P.: "Alteración de las circunstancias", cit., p. 6, "la relación entre el principio general de vinculación contractual y la excepcional revisión o terminación del contrato por alteración de las circunstancias debe reconsiderarse: estaríamos ante dos disposiciones de un mismo sistema de derecho positivo, cuya aplicabilidad al caso estaría en función de la concurrencia de sus respectivos supuestos de hecho. La revisión del contrato seguiría siendo excepcional, pero dejaría de estar fuera de los confines de la ley. La distancia, en cada contexto, entre regla y excepción se habría reducido o, por lo menos, sería más fácilmente predeterminable: la excepción se habría estabilizado en el sistema, como parte integrante de su conjunto".

85 En caso de conflicto, para Fernández Ruiz-Gálvez, E.: "La alteración sobrevenida", cit., p. 300, "la aplicación de uno u otro dependerá de su peso específico, de su importancia relativa al caso concreto, de modo que dará valor decisorio al principio que en el caso concreto tenga un peso relativo mayor, pero sin que por ello quede invalidado el principio con peso relativo menor".

86 En este sentido, Salvador Coderch, P.: "Alteración de las circunstancias", cit., p. 12.

87 *Vid.* para el caso de Portugal, Pinto Olveira, N. M.: "COVID-19, contratos de crédito, contratos de arrendamiento y contratos de viajes del sector turístico en Portugal", *Revista de Derecho Civil*, 2020, Vol. II, núm. 2, pp. 89 y ss. En Alemania, consultar Lehmann, M.: "Las medidas legislativas alemanas relacionadas con la crisis del COVID-19 en el ámbito del Derecho Civil", *Revista de Derecho Civil*, 2020, Vol. II, núm. 2, pp. 3-7. Estas normativas, como ha referido Gómez Ligüerre, C.: "Fuerza mayor", cit., p. 7, al igual que la española, lo que pretenden es acomodar los derechos y obligaciones contractuales a las consecuencias provocadas por las medidas de reducción de la actividad que se han adoptado en esos países y que se suman a otras.

El planteamiento realizado hasta el momento conduce a la defensa del mantenimiento del equilibrio entre pacta sunt servanda y rebus sic stantibus, en virtud del cual, admitiendo el carácter vinculante de lo inicialmente pactado, cabe reconocer la modificación y, en su caso, la resolución como extremo, cuando se produce una alteración sobrevenida de las circunstancias atendiendo al contenido del contrato. Con ello, se pretende que, no toda alteración de las circunstancias pueda conllevar una modificación o revisión judicial del contrato[88]. La regulación de la misma no puede ser entendida como una liberación para las partes, con el fin de aligerar su responsabilidad[89], sino como un mecanismo que permite la renegociación de las condiciones contractuales inicialmente pactadas ante una alteración sobrevenida, con el fin de conservar el negocio celebrado y dar cumplimiento a lo pactado.

En relación a la segunda cuestión, sabemos que no todo el mundo ve en la legislación producto de la COVID-19 una nueva puerta de entrada a la cláusula rebus[90]. En mi opinión, lo que se ha ofrecido es una regulación o tratamiento sectario en torno a la situación de determinados contratos que, ante el fracaso de la renegociación, acabarán ante los tribunales mediante el recurso a esta fórmula, lo cual no es forma de actuar, pues implica una perpetuación de la institución al absentismo legislativo y a la práctica jurisprudencial y sus vaivenes, frente a una regulación en muchos ordenamientos europeos ya consolidada[91]. La operatividad de la cláusula rebus en tiempos de la COVID-19, vendrá determinada por el contenido y lo pactado por las partes[92], lo que no excluye la respuesta legislativa que viene reclamando esta institución para dejar de ser identificada con los tiempos de crisis. Estimo que las crisis no pueden ser utilizadas como una llamada de atención para poner nuevamente sobre la mesa el debate sobre este principio. En la actualidad no habíamos cerrado la polémica sobre su oportunidad a partir de la crisis de 2008, cuando ya tenemos otra puerta abierta para su replanteamiento y reformulación.

88 Como bien ha dicho, Cañizares Laso, A.: "La aplicación de la rebus", cit., p. 75, "no es correcto que la excepción se torne en regla".

89 Sobre el particular, Parra Lucán, Mª. Á.: "Riesgo imprevisible", cit., p. 4.

90 Según, Gregoraci Fernández, B.: "El impacto del COVID-19", cit., p. 465, "el "renacimiento" de la rebus sic stantibus debe valorarse, a mi modo de ver, con frialdad". *Vid.* también al respecto, Ganuza, J. J./Gómez Pomar, F.: "Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso", *InDret*, 2020, núm. 2, p. 561; Morales Moreno, A. M.: "El efecto de la pandemia", cit., p. 448; Álvarez Royo-Villanova; S.: "La epidemia y el cumplimiento de los contratos: fuerza mayor y cláusula rebus sic stantibus", *Hay Derecho*, 17 de marzo de 2020, https://hayderecho.expansion.com/2020/03/17.

91 La situación actual de crisis sanitaria exige que, en opinión de Ganuza, J. J./Gómez Pomar, F.: "Los instrumentos para intervenir", cit., p. 584, para resolver los problemas y los litigios que se susciten debemos emplear el mejor derecho de contratos que seamos capaces de pensar y aplicar. También con la cláusula rebus, pero no una rebus de emergencia, sino una de normalidad, una que atienda al impulso de la recuperación y "no mire hacia atrás, a las cenizas de lo destruido".

92 Un planteamiento sobre el particular realiza Carrasco Perera, Á.: "Permítame que le cuente la verdad sobre COVID-19 y fuerza mayor", *Cesco*, 17 abril 2020, p. 2, quien admite que "es posible que una cláusula asigne o reparta *todos los riesgos en general,* en cuyo caso COVID-19 es uno de ellos".

En todo caso, hay que tener en cuenta los pactos contractuales, en la medida en que cada contrato tiene su propio contenido, los posibles conflictos que puedan surgir para su cumplimiento como consecuencia de la pandemia y su solución, van a depender, precisamente, del contenido de los contratos individualmente considerados y de su posible interpretación. La regulación de la cláusula rebus implica una garantía a los efectos de la renegociación, aparece como una forma de incentivar a las partes a negociar nuevamente las circunstancias que se han visto modificadas de forma sobrevenida por un hecho que reúne los requisitos analizados de aplicabilidad de la misma. Consciente de que la cláusula rebus no es la mejor solución para los tiempos de pandemia, aunque la situación generada por la COVID-19 es un acontecimiento imprevisible para las partes, ya que de no progresar la renegociación del contrato acabaría en la resolución del mismo, no deja de fomentar esa renegociación que en estos momentos es tan necesaria para garantizar la permanencia del contrato y poder reactivar la economía, pues una resolución masiva no es la mejor solución. No se puede olvidar que la cláusula rebus intenta una flexibilización del principio pacta sunt servanda, pues se pretende un reequilibrio de las prestaciones y, solo en caso de imposibilidad, resolver el contrato.

Cabe estimar, en consecuencia, que en la actualidad la negociación y el acuerdo son las mejores fórmulas para gestionar los problemas de cumplimiento derivados de la COVID-19[93]. Por ello, es necesario incluir mecanismos que otorguen una mayor flexibilidad a la renegociación a la que se ven avocadas las partes, sobre todo, atendiendo a la evolución cargada de incertidumbre que está teniendo la pandemia. La mediación, como mecanismo de gestión extrajudicial, puede llegar a jugar un papel fundamental, pues estimo que en el momento actual la judicialización debe evitarse a toda costa, ya que no es una solución a corto plazo y, como siempre, no garantiza la igualdad de soluciones[94]. Se trata de buscar fórmulas que permitan la subsistencia de lo acordado y que vayan más allá de la mera exoneración o liberación de obligaciones[95]. Es el momento de garantizar, en la medida de lo posible, la continuidad de las empresas y de las relaciones contractuales, alejando el riesgo de la insolvencia, para lo que resulta fundamental una salida negociada de los conflictos de buena fe, donde la mediación como forma de negociación asistida tiene un papel que desempeñar.

93 Para Morales Moreno, A. M.: "El efecto de la pandemia", cit., p. 451, el modelo de la rebus que estoy considerando establece, como solución prioritaria, la renegociación del contrato entre las partes.

94 Ganuza, J. J./Gómez Pomar, F.: "Los instrumentos para intervenir en los contratos, cit.", p. 560, estiman que "no cabe encomendar de modo preferente a los tribunales de justicia la tarea de intervenir en el contrato -o solucionar los litigios que resulten de la decisión unilateral de un contratante de apartarse de lo pactado-, para afrontar la emergencia general asociada al coronavirus. No solo porque los tribunales no resolverán pronto, sino porque el coste por cada solución que consiga obtener será muy alto para las partes y para la sociedad en su conjunto".

95 En este sentido, Gómez Ligüerre, C.: "Fuerza mayor", cit., p. 10.

Admitir la regulación de la cláusula rebus de forma general, privándola de excepcionalidad atendiendo a las circunstancias del caso, implica fomentar entre las partes contratantes la celebración de posibles contratos ajenos a la seguridad y a los principios vigentes en materia contractual, pues en base a ello siempre tendrían la posibilidad de resolver si la renegociación y revisión judicial no resultan viables, lo que conlleva la puesta en peligro de la tan demandada seguridad jurídica en materia contractual, derivando en una temeraria contratación libre de limitaciones, pues siempre estaría la cláusula rebus. No se puede olvidar que esta cláusula es una doctrina de último recurso, pues su objetivo natural es la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias acordadas por las partes o, en su caso, decidido por el juez[96].

La regulación de la cláusula rebus en el moderno derecho de contratos, a lo que hay que añadir su bagaje jurisprudencial previo, permite poder considerar que se trata de una figura que se encuentra lo suficientemente concretada, como para que en el ordenamiento español se haya hecho ya merecedora de su regulación expresa, como ocurre en otros ordenamientos de nuestro entorno. Es posible que la referencia a la cláusula rebus en los textos legislativos publicados como consecuencia de la pandemia, no haya sido del todo acertada, pues no parece ser el mecanismo idóneo para resolver la situación contractual actual. No es correcto invocar una institución que, salvo por su referencia a la renegociación, pone en marcha una compleja maquinaria judicial, si el acuerdo no soluciona el problema. Quizás en vez de rebus sería necesario hablar de renegociación, acuerdo o adaptación del contrato ante la imposibilidad de cumplimiento por alteración sobrevenida de las circunstancias. La renegociación no es más que una fase del complejo mecanismo de la cláusula rebus[97].

96 *Vid.* Gómez Ligüerre, C.: "Fuerza mayor", cit., p. 10.

97 Como ha especificado, Cañizares Laso, A.: "La aplicación de la rebus", cit., p. 73, dados los presupuestos, se producirá la consecuencia jurídica anudada al supuesto de hecho: 1º. Pretensión de renegociación; 2º. Renegociación del contrato que como consecuencia de la pretensión tiene aquel de los contratantes que sufre una excesiva onerosidad como consecuencia de la alteración de las circunstancias; 3º. Revisión judicial; y, 4º. Pretensión de resolución del contrato.

BIBLIOGRAFÍA.

AA.VV., *Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

Albaladejo García, M.: *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2002.

Albiñana Cilveti, I.: "La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2018, núm. 49.

Almeida Santos, A. De: *A teoría da imprevisão ou da superveniencia contratual e o novo Código Civil*, L. Marqués, Minerva Central, 1972.

Álvarez Royo-Villanova, S.: "Aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a arrendamientos de salas de fiestas. A propósito del auto de 25/9/2020", *Hay Derecho* 14 de octubre de 2020 https://hayderecho.expansión.com/2020/10/14/.

Álvarez Royo-Villanova; S.: "La epidemia y el cumplimiento de los contratos: fuerza mayor y cláusula rebus sic stantibus", *Hay Derecho*, 17 de marzo de 2020, https://hayderecho.expansion.com/2020/03/17.

Bueno Biot, Á.: "Cláusula rebus sic stantibus y bonos estructurados. Comentario a la STS de España, núm. 5/2019, de 9 de enero (ROJ: STS 13/2019)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12, febrero 2020.

Cañizares Laso, A.: "La aplicación de la *rebus sic stantibus* en la normativa de estado de alarma", en *Contratos y negocios afectados por la normativa del estado de alarma*, (Coord. por E. Sanjuán Muñoz), Tirant lo blanch, Valencia, 2020.

Carrasco Perera, Á.: "Equidad, cláusula *rebus sic stantibus*, nominalisma en deudas de dinero", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1985, núm. 8.

Carrasco Perera, Á.: "Permítame que le cuente la verdad sobre COVID-19 y fuerza mayor", *Cesco*, 17 abril 2020.

Coca Payeras, M.: "Crisis económica, base del negocio y cláusula rebus sic stantibus en la doctrina del Tribunal Supremo", *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2016, núm. 17.

De Amunátegui Rodríguez, C.: *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991.

Díez-picazo y Ponce de león, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*, Thomson Civitas, Pamplona, 2008, 6ª edic., p. 1068.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "La cláusula *rebus sic stantibus*", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, núm. 26.

Doral García, J. A.: "La revisión judicial del contenido del contrato: la cláusula rebus sic stantibus y la cláusula penal", *Revista Jurídica de las Islas Balear*es, 2017, núm. 15.

Duarte, R. P.: "Possibilidade de alteração unilateral de obligações contratuais (em especial, as resultantes de contratos de financiamento)", e*n Jurisdição da Família* e *das Criançãas, Jurisdição Civil, Processual Civil* e *Comercial, Ações de formação 2011-2012, Textos dispersos*, CEJ, Lisboa, http://www.cej.mj.pt.

Egusquiza Balmaseda, Mª. Á.: "Comentario a la Ley 493", en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra* (Dir. E. Rubio Torrano), Aranzadi, Pamplona, 2002.

Fenollar González, Mª.: "Las cláusulas MAC (Material Adverse Change) en los procesos de fusión y adquisición de empresas en el ordenamiento jurídico español", *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, 2019, núm. 12.

Fernández Ruiz-Gálvez, E.: "La alteración de las circunstancias contractuales y la doctrina *rebus sic stantibus*. Génesis y evolución de un principio jurídico", *Persona y Derecho*, 2016, Vol. 74.

Ganuza, J. J./Gómez Pomar, F.: "Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso", *InDret*, 2020, núm. 2.

García Caracuel, M.: *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuale*s, Dykinson, Madrid, 2014.

García Rubio, Mª. P.: "Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España", *Revista de Derecho Civil*, 2020, Vol. II, núm. 2.

Gómez Ligüerre, C.: "Fuerza mayor", *InDret*, 2020, núm. 2.

Gregoraci Fernández, B.: "El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español", *Anuario de Derecho Civil*, 2020.

Larenz, K.: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Traducción de Carlos Fernández Rodríguez, Comares, Granada, 2002.

Lehmann, M.: "Las medidas legislativas alemanas relacionadas con la crisis del COVID-19 en el ámbito del Derecho Civil", *Revista de Derecho Civil*, 2020, Vol. II, núm. 2.

Lenel, O.: "La cláusula rebus sic stantibus", Traducción de W. Roces, *Revista de Derecho Privado*, 1923, núms. 118 y 119.

Lovato Neto, R./GuimarÃes, Mª. R.: "Times they are a-changin´: De novo sobre a alteração superveniente das circunstâncias no direito privado português, no direito europeu e nos instrumentos europeus e internacionais de harmonização do direito privado", *Ars Iuris Salmaticensis*, 2016, Vol. IV.

Luna Yerga, Á./Xiol Bardají, Mª.: "*Rebus sic stantibus*: ¿un paso hacia atrás?", *InDret*, 2015, núm. 2.

Martínez Velencoso, L. Mª.: *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

Martínez Velencoso, L. Mª.: "Riesgo negocial v. cláusula *"rebus sic stantibus"*, *InDret*, 2011, núm. 1.

Martínez Velencoso, L. Mª: "La regulación de los efectos que sobre el contrato despliega una excesiva onerosidad sobrevenida en el Derecho comparado y en los textos internacionales", en AA.VV., *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Tratamiento jurisprudencial y doctrina de la figura* (Coord. por F. J. Orduña Moreno y L. Mª. Martínez Velencoso), Editorial Aranzdi, Pamplona, 2013.

Morales Moreno, A. M.: "El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?", *Anuario de Derecho Civil*, 2020, núm. 2.

Oertmann, P.: *Die geschäftsgrundlage. Eine neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921; Lenel, O.: "La cláusula rebus sic stantibus", Traducción de W. Roces, *Revista de Derecho Privado*, núms. 118 y 119, 1923.

Orduña Moreno, F. J.: "*Claúsula Rebus*. STS 156/2020, de 6 de marzo. Distinción entre contratos de "larga y corta duración". Una clasificación carente de rango o de categorización aplicativa: inoportuna y fuera de contexto social", *Revista de Derecho Vlex*, 19 de abril de 2020, https://opp--vlex-com.uma.debiblio.com.

Orduña Moreno, F. J.: *Cláusula rebus y modernización del Derecho Contractual: tratamiento doctrinal y jurisprudencial*, Lefebvre, Madrid, 2020.

Pantaleón Prieto, F.: "Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales", *Almacén de Derecho*, 23 de abril de 2020, https://

almacenderecho.org/arrendamiento-de-local-de-negocio-y-suspensión-legal-de-actividades- empresariales/.

Parra Lucán, Mª. Á.: "Riesgo imprevisible y modificación de los contratos", *InDret*, 2015, núm. 4.

Pereira Duarte, D.: "Modificação dos contratos segundo juízos de equidade (contributo para a interpretação dos artigos 252º, nº 2, e 437º do Código Civil", *O direito*, nº 139, 1, 2007.

Pernice, C.: "Efectos de la pandemia de Covid-19 sobre el destino de los contratos a largo plazo: buena fe suplementaria y obligación de renegociar (Tribunal de Roma, orden del 27 de agosto de 2020)", *Boletín IDIBE*, octubre 2020, (https://idibe.org/boletin/).

Pinto Olveira, N. M.: "COVID-19, contratos de crédito, contratos de arrendamiento y contratos de viajes del sector turístico en Portugal", *Revista de Derecho Civil*, 2020, Vol. II, núm. 2.

Revilla Giménez, Mª. I.: "Normalización de la cláusula *rebus sic stantibus*. Estudio jurisprudencial", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2017, núm. 41.

Salvador Coderch, P.: "Alteración de las circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2011, núm. 2130.

Sánchez González, Mª. P.: *Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la cláusula rebus sic satntibus*, Tecnos, Madrid, 1990.

Vázquez-Pastor Jiménez, L.: "El vaivén de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula rebus sic stantibus", *Revista de Derecho Civil*, 2015, Vol. II, núm. 4.

Vivas Tesón, I.: "Crisis económica y alteración extraordinaria de las circunstancias del contrato: ¿pacta sunt *servanda?", Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2013, núm. 1.

Yzquierdo Tolsada, M.: "Cláusula *rebus sic stantibus* en la compraventa de inmuebles y crisis económica: Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013 (1013/2013 y 679/2013)", en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (Coord. M. Yzquierdo Tolsada), Dykinson, Madrid, 2016, Vol. 6 (2013-2014).

LOS GASTOS GENERALES EN EL CONTRATO DE OBRA: UNA REFLEXIÓN CON OCASIÓN DE LA PANDEMIA EN CHILE

OVERHEAD COSTS IN THE CONSTRUCTION CONTRACT: A REFLECTION ON THE OCCASION OF THE PANDEMIC IN CHILE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2348-2373

Álex ZÚÑIGA TEJOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Este trabajo revisa el tratamiento de los Gastos Generales en el contrato de obra, como una categoría jurídica distinta e independiente de los costes directos. En este sentido, se evidencia que atendiendo a su finalidad deben ser sufragados con la periodicidad convenida, porque solventan expensas diferenciadas de los estados de avance en una obra.

PALABRAS CLAVE: Gastos Generales; costes directos; contrato de obra.

ABSTRACT: *This work reviews the treatment of Overhead Costs in the construction contract, as a distinct legal category independent of direct costs. In this sense, according to their purpose, they must be paid with the agreed periodicity, because they cover expenses differentiated from the stages of progress in a work.*

KEY WORDS: *Overhead Costs; Direct Costs; Construction Contract.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS GASTOS GENERALES Y SU TRATAMIENTO.- 1. El precio y sus diversas partidas.- 2.- La naturaleza de los Gastos Generales y su tratamiento en la doctrina y jurisprudencia chilenas. Derecho histórico.- III. ARGUMENTOS PARA SOSTENER QUE LOS GASTOS GENERALES SE DEBEN CUMPLIR PERIÓDICAMENTE, CON INDEPENDENCIA DEL ESTADO DE AVANCE DE LAS FAENAS, PORQUE SU PAGO SE RIGE POR REGLAS ESPECIALES.- 1. Porque las cláusulas contractuales hay que entenderlas y dar el sentido que les permita producir efectos.- 2. Porque los Gastos Generales tienen una "causa" o motivo jurídico distinto para su pago, que no debe confundirse con la causa o motivo de los costes directos.- 3. Por la doctrina de los actos propios, porque si las partes han expuesto de forma separada los Gastos Generales en los contratos, es porque reconocen que tienen una naturaleza diversa, que amerita darles un tratamiento distinto.- 4. Porque en el moderno Derecho de Contratos las partes buscan que se garanticen ciertos resultados que satisfagan el interés del acreedor.- 5. Porque en Derecho hay que rechazar toda interpretación que conduzca al absurdo.- 6. Porque los contratos son instrumentos de distribución de riesgos y, mediante la estructura de los "Gastos Generales", las partes establecen una regla distinta.- IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

"Ofrecemos con gusto este artículo como muestra de reconocimiento al Prof. Cesare Massimo Bianca (Q.E.P.D.), jurista ejemplar del Derecho Civil italiano y comparado"

I. INTRODUCCIÓN.

En la Responsabilidad contractual, se ha asentado tanto en el Derecho nacional como comparado una diferencia elemental entre la excusa liberatoria que puede invocar un contratante para, por una parte, no cumplir con la "prestación misma que nace del contrato", y por otra, las causas que pueden alegarse para "eximir de responsabilidad" frente a dicho incumplimiento. A esta distinción se le ha denominado con distintas expresiones, a saber: algunos la han designado como la diferencia entre la "pretensión de cumplimiento" y la "pretensión indemnizatoria"[1]; otros como "cumplimiento específico" en oposición a la "acción por daños"[2], y particularmente en Chile, como la diferencia entre "estar obligado" y "ser responsable"[3]. Esta precisión resulta esencial, puesto que la única excusa que legítimamente puede invocar un contratante para no cumplir la obligación emanada del contrato "es que exista una imposibilidad absoluta para llevar a cabo

1 Morales Moreno, A.: *La modernización del derecho de obligaciones*, Editorial Thomson Civitas, Pamplona, 2006, pp. 55 y ss.

2 Zimmermann, R.: *El nuevo derecho alemán de obligaciones* (trad. Esther Arroyo i Amayuelas), Editorial Bosch, Barcelona, 2008, pp. 46 y ss.

3 Barros Bourie, E.: "La diferencia entre 'estar obligado' y 'ser responsable' en el derecho de los contratos", en *Estudios de Derecho Civil II* (Coord. por H. Corral Talciani y Rodríguez Pinto), Lexis Nexis, Santiago, 2007, pp. 721 y ss.

• Álex Zúñiga Tejos
Profesor de Derecho Civil y Líder académico de Derecho Privado, Universidad de Las Américas. Profesor de Derecho Civil, Universidad de Talca. Correo electrónico: azunigat@udla.cl alexzunigatejos@gmail.com

la prestación debida"[4]. Asimismo, la jurisprudencia chilena ha puesto de relieve que no se debe confundir la "imposibilidad absoluta" con la "imposibilidad relativa", por lo que los efectos del caso fortuito pueden y deben superarse en algunos casos, lo que dependerá de la diligencia y cuidado que responda el deudor"[5].

Con ocasión de la pandemia, se generó una interesante discusión en torno a si algunas obligaciones contractuales debían cumplirse igualmente en conformidad a lo pactado o, por el contrario, se configuraba una imposibilidad absoluta. Es cierto que resulta particularmente difícil entregar una única respuesta para una variedad inconmensurable de supuestos fácticos, especialmente, porque la pandemia afectó de manera excesivamente diferenciada a los distintos agentes del mercado. En efecto, hubo distintas etapas, pues en un comienzo sólo se prohibieron algunos giros comerciales que implicaban aglomeraciones (gimnasios, restaurantes, entre otros); luego se decretaron cuarentenas en algunas circunscripciones; después sólo fueron permitidas actividades esenciales, etc., por lo que la revisión de los riesgos contractuales deben respetar estas distinciones[6]. Asimismo, este análisis es aún más complejo si consideramos que lo que realmente afecta al desarrollo de las actividades productivas son los Actos de Autoridad ("hecho del príncipe") que fueron promulgados para evitar la propagación del COVID-19, por lo que se deberá analizar casuísticamente si esas decisiones gubernamentales afectaron o no la prestación debida, así como las posibles causales que permitirían su inejecución"[7].

Nuestras reflexiones parten del supuesto que el giro de la construcción no estuvo "prohibido"[8], sino que muchas empresas mandantes adoptaron medidas preventivas por su cuenta para disminuir posibles contagios –conforme a protocolos generales emanados de la Autoridad-, influyendo en los estados de avance y que pusieron en entredicho el pago de los Gastos Generales.

4 Baraona González., J.: "Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: Apuntes para una relectura en clave objetiva", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, N° 1, 1997, p. 152; Barros Bourie, E.: "La diferencia", cit., p. 746. En el Derecho italiano, Messineo, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. IV, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1955, p. 227.

5 Corte Suprema, 21 de enero del 2008, Rol N° 5.055-06. En similares términos, Corte Suprema, 22 de enero de 2009, Rol N° 6739-2007; Corte Suprema 18 de diciembre de 2008, Rol N° 6311-2008; Corte Suprema 21 de enero de 2008, Rol N° 5055-2006 y Corte Suprema, 9 septiembre 1992. R., t. 89, N° 3, sec. 5ª, p. 254.

6 Esta explicación la hemos expuesto en una publicación sobre los efectos del COVID-19. V. Zúñiga Tejos, A.: "Notas sobre la renta en el contrato de arrendamiento de inmuebles y el COVID-19", en *Caso fortuito o fuerza mayor en el Derecho. Estudios a partir de la pandemia del COVID-19 (Director Cristian Lepin Molina)*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2020, Valencia, pp. 85-94.

7 Realizando importantes distinciones, Peel, E.; *Treitel on The Law of Contract*, Sweet & Maxwell Thomson Reuters, London, 2011, pp. 925 ss.

8 Esto es así, toda vez que las reflexiones que aquí presentamos tuvieron por origen la paralización de faenas por parte de empresas que funcionaban en regiones del país que no estaban sujetas a cuarentenas ni a limitación de actividades.

II. LOS GASTOS GENERALES Y SU TRATAMIENTO.

En esta primera parte, conceptualizaremos los Gastos Generales, para posteriormente analizar el tratamiento diferenciado que corresponde dar a esta partida, en mérito a las cláusulas contractuales habituales en los contratos de construcción, así como a los principios y máximas de Derecho.

1. El precio y sus diversas partidas.

Como es bien sabido, en el contrato de obra, el precio debe ser cierto, pero no es necesario que se determine al momento de la celebración del contrato, toda vez que su determinación puede llevarse a cabo por los propios interesados, por un tercero o un perito[9]. En cuanto a la modalidad de esta retribución, las formas más usuales en Chile son la "suma alzada", "por precios unitarios" (piezas ejecutadas o unidad de medida) o mediante el "sistema de administración"[10]. Es también usual que se empleen fórmulas mixtas[11]. Cualquiera que sea la forma de fijar esta contraprestación, en la mayoría de los contratos se distinguen diversas partidas al momento de singularizar el precio, siendo las más usuales los "Gastos Generales", los "costes directos", los "precios unitarios", etc.

Es respecto a este asunto donde recientemente se ha planteado una discusión jurídica con ocasión de la pandemia, pues una interpretación un tanto apresurada, ha intentado sostener que: "los Gastos Generales son parte del precio, y como tal, al no ejecutar el contratista la obligación de construir de conformidad a lo proyectado, no podrá cobrar tampoco los Gastos Generales, que forman parte del precio".

Una aseveración como la anterior, dejaría de lado las justificaciones que dan origen a las distinciones existentes en todas las Ciencias[12], que son las que fundamentan y explican que se designen nombres y calificaciones diferenciadas a las diversas partidas que puedan formar parte de una categoría mayor. Si esto lo reflexionamos para las Ciencias Jurídicas, una afirmación en tal sentido intentaría hacer un "totum revolutum"[13], pues no respetaría criterios diferenciadores lógicos, necesarios y suficientes que son los que las partes acuerdan en este tipo de actos

9 Este criterio es universalmente aceptado, como puede verse en Cabanillas Sánchez, A.: "El contrato de obra", *Tratado de Contratos* (Dir. Mariano Yzquierdo Tolsada), T. III, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 205.

10 Contreras Strauch, O. y Prado Puga, A.: "El contrato de construcción y sus principales garantías", *Colegio de Abogados de Chile*, septiembre de 1996, Santiago, pp. 7-9 y Puelma Accorsi, Á.: "Contrato de construcción y la quiebra", en *Colegio de Abogados de Chile*, septiembre de 1996, Santiago, pp. 4-5.

11 Puelma Accorsi, Á.: "Contrato de", cit., pp. 4-5.

12 Coleman, J.: "Tort Law and Tort Theory. Preliminary reflections on method", *Philosophy and the Law of Torts* (Editor Gerald J. Postema), Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 183.

13 Esta locución latina, según el Diccionario de la Real de la Academia de la Lengua, significa literalmente 'todo revuelto', es decir, un revoltijo (conjunto de cosas sin orden).

y que consideraron relevantes al momento de contratar[14]. Esto nos obliga a revisar la naturaleza de los Gastos Generales.

2. La naturaleza de los Gastos Generales y su tratamiento en la doctrina y jurisprudencia chilenas. Derecho histórico.

Las empresas dedicadas al rubro de la construcción están insertas en un mundo de alta complejidad, puesto que para su funcionamiento requieren del financiamiento de dos tipos de gastos; los primeros directamente vinculados con la construcción, que son los denominados "costes directos", que incluirían "a) la mano de obra, con sus pluses y cargas y seguros sociales, que intervienen directamente en la ejecución de la unidad de la obra; b) los materiales a los precios resultantes a pie de obra, que quedan integrados en la unidad de que se trate o que sean necesarios para su ejecución; c) los gastos de personal, energía, combustible, etc. que tengan lugar en el accionamiento o funcionamiento de la maquinaria e instalaciones utilizadas en la ejecución de la unidad de la obra, d) los gastos de amortización y conservación de la maquinaria e instalaciones anteriormente citadas"[15]. Por otra parte, están los "costes permanentes o indirectos", que reciben también el nombre de "Gastos Generales", que son los que no pueden asociarse a una partida de la obra en particular, y por esta razón se establecen bajo una denominación diferente. Por eso se ha explicado que al no poder asignarse estos costes a una partida determinada, son calculados en función al total de trabajos a ejecutar (la magnitud de la construcción) y al plazo de ejecución de la obra[16]. Nunca está de más recordar que la singularización de los Gastos Generales es particularmente relevante en los contratos de largo plazo, que implican inversiones de cierta envergadura.

En el mismo orden de cosas, son tan complejos los aspectos a los que da lugar el pago del precio en la construcción, que ha motivado desde antigua data la discusión en el foro y en la academia, sosteniéndose que "hay amplia libertad de contratación para establecer precios alzados, o remuneraciones en base a distintos parámetros, como puede ser tiempo, unidad, etc."[17]. Dicha "amplia libertad" responde a la dificultad práctica que tiene que enfrentar el Derecho de la construcción en la realidad, pues considerando aspectos tan disímiles como los

14 Así las cosas, una afirmación como la que mencionábamos más arriba, es analógicamente tan aberrante como sostener que: "Los hombres son finalmente animales, y por lo tanto, debe dárseles la misma regulación que cualquier otro animal". Al igual como la frase expuesta anteriormente, esta última desconocería la *naturaleza* más íntima que tiene el ser humano con el resto de los animales y, por lo tanto, echaría a "tabla rasa" toda la regulación normativa que se le debe dar a las personas, como un Ser muy distinto al de un objeto de derechos.

15 Juristo Sánchez, R.: *El Contrato de Obra Pública*, Raíz TG S.L., Madrid, 1997, p. 17.

16 López, M.: "Gastos Generales en Chile y deficiencias del RCOP", *El Mercurio Legal*, junio de 2019, Santiago, p. 1; y Velásquez Vela, V.: "Variación de Precio en los Contratos de Ejecución de Obra Pública", en *Derecho & Sociedad* N° 36, Santiago, p. 32.

17 Puelma Accorsi, Á.: "Contrato de", cit., p. 8.

valores relacionados directamente con la obra y, por otra parte, el mantenimiento mismo de la funcionalidad de la empresa, es que las partes establecen fórmulas que permitan la continuidad del contrato y de las partes interesadas.

Precisamente, los "Gastos Generales" dicen relación con la continuidad o subsistencia de la empresa constructora, lo que justifica que se rijan por reglas y principios propios, muy distintos a los que dicen relación con los "costes directos". Como se ha entendido generalmente, los "Gastos Generales" sirven para sueldos, bonificaciones y beneficios sociales que habrá que pagar a los administrativos y personal técnico, traslados del personal y los seguros asociados, gastos de administración en oficina, los servicios de agua, luz, teléfono, internet, etc., cartas de resguardo, boletas de garantías para la ejecución de la obra (garantías de fiel cumplimiento), intereses, leasing, etc. [18]. Este alcance de los Gastos Generales también es compartido en el derecho comparado, pues se ha entendido que son "los costos incidentales de la administración del negocio del contratista en su conjunto e incluyen costos indirectos que no pueden asignarse directamente a la producción, en lugar de los costos directos que son los costos de producción. Entre otras cosas, estos gastos generales pueden incluir el alquiler, las tasas, los salarios de los directores, las contribuciones de los fondos de pensiones y los honorarios de los auditores. En términos contables, los gastos generales de la oficina central generalmente se denominan gastos administrativos, mientras que los costos directos de producción se denominan costos de ventas"[19].

Con todo lo anterior, debemos detenernos y analizar cada una de estas partidas, para demostrar la distinta naturaleza que tienen los Gastos Generales, y por lo tanto, que deben tener un tratamiento muy diferente a los costes directos. En efecto, todos los conceptos que hemos dado hasta el momento, coinciden en que los Gastos Generales son para solventar importes totalmente desvinculados a cuánto se haya avanzado en las obras. Así, puede constatarse que las "remuneraciones de administrativos, de honorarios de auditores y de los distintos órganos de dirección de la empresa" son expensas permanentes y estables, que tendrán que cumplirse indefectiblemente durante toda la vida del contrato y que no dependen directamente del estado de avance. Lo mismo ocurre con el pago de "seguros, garantías, mantenimiento de instalaciones, financiamiento y cargos de la oficina central", pues todos estos ítems están vinculados con entidades con las que se han suscrito contratos a plazos determinados, devengándose sus respectivos cumplimientos mes a mes, no admitiéndose como justificación válida ni razonable que "no deban cumplirse porque por orden de la mandante se han paralizado

18 Así lo entiende la Corporación de Desarrollo Tecnológico, de Corporación de Derecho Privado creada por la Cámara Chilena de la Construcción, en su "Glosario Técnico de la Construcción", en http://glosario.registrocdt.cl/word/gastos-generales. Fecha de consulta 29 de agosto del 2021. En idénticos términos, Velásquez Vela, V.: "Variación de", cit., p. 32.

19 Society of Construction Law, *Delay and disruption Protocol*, SCL, 2nd edition, February 2017, p.64.

las obras". Como constituye regla general de Derecho, al tratarse todas estas glosas de "obligaciones de dinero", el hecho que el contratante tenga o no la capacidad financiera para cumplir en tiempo y forma es un riesgo contractual que depende exclusivamente de su esfera de control, por lo que no puede invocar "caso fortuito" o incumplimiento de terceros que impiden que él, a su vez, pueda cumplir, pues el género no perece (y el dinero es de este tipo)[20], como porque no existe un nexo causal que permita justificarlo[21].

En virtud de estas consideraciones, en el mundo de la construcción se establecen los "Gastos Generales", que tienen por finalidad hacer frente a esas deudas permanentes y que, por tal carácter, se pagarán de forma invariable. Bajo estos respectos, el contratista hace sus estimaciones y acepta los términos contractuales. Están relacionados con lo que se denomina en el derecho comparado la "base del negocio", representado por todas aquellas circunstancias que se consideran fundantes de la relación contractual, y que en caso de no concurrir o de ser modificadas, permitirían poner término al vínculo o a una revisión del mismo, y si es imputable, a la reparación integral de los daños[22]. Esto tiene por sustento un hecho indesmentible: si no se establecieran dichos pagos mínimos garantizados, la empresa contratista no podría llevar a cabo sus funciones, por lo que, de no existir esas obligaciones, la empresa no celebraría el contrato o lo haría con otro contenido.

Es tan importante lo que venimos revisando, que en la obra clásica del jurista francés Robert Joseph Pothier, titulada "*Tratado de la Locación*" -redactado en una época en que la industrialización estaba en ciernes-, el autor exponía un ejemplo que establecía las bases de lo que actualmente conocemos sofisticadamente como "Gastos Generales". El ejemplo era el siguiente: "Uno celebra un contrato con maestros de obras extranjeros para la construcción de un edificio en una heredad suya, y como ellos desconocidos en el país no tienen crédito ni tampoco dinero, el locador se compromete á salir fiador por ellos al panadero para que les facilite todo el pan que necesiten. Si después de este contrato se negase el locador á salir fiador por ellos, no hay duda que los albañiles á quienes el panadero no querría fiar el pan, tendrían contra el locador la *accion ex conducto* para obligarle á cumplir lo convenido, y para pedir en caso de no hacerlo que se declarase rescindido el contrato, siendo el locador condenado además al pago de los daños y perjuicios resultantes de su falta de cumplimiento á lo pactado"[23].

20 Por todos, Ramos Pazos, R.: *De las Obligaciones*, Lexis Nexis, Santiago, 2007, pp. 49-51.

21 Es el clásico ejemplo propuesto por Pothier para explicar cuáles son daños directos e indirectos. Pothier, R. J.: *Tratado de las obligaciones*, Editorial Heliesta, Buenos Aires, 1993, pp. 98-99.

22 En este sentido, lo que regula el actual §313 del BGB, bajo la denominación de "Alteración de la base del negocio".

23 Pothier, R. J.: *Tratado de la locación*, Imprenta y litografía J. Roger, Barcelona, 1841, p. 187. En la versión original dice "estrangeros" en vez de "extranjeros", el resto idéntico.

Por la relevancia que tuvo este jurista en la codificación francesa y en la chilena, sus enseñanzas son decisivas para la correcta interpretación de los textos legales y su significado dogmático. En ese sentido, este pasaje de la obra dedicada al contrato de construcción demuestra como determinados costes son permanentes, invariables y que por ninguna circunstancia el locador (es decir, el mandante) puede dejar de cumplir, ya que si no lo hace, el contratista tiene en su contra la acción directa emanada del contrato para exigir compulsivamente la prestación a la que se había comprometido, más la respectiva indemnización por daños y perjuicios.

Si lo llevamos a un lenguaje moderno, el equivalente a los importes para la manutención de los albañiles en el ejemplo del Pothier, son los Gastos Generales en una empresa constructora: si no tienen el pan los albañiles, éstos no podrán subsistir; y, *mutatis mutandis*, si a una empresa no se le pagan los Gastos Generales, no tendrá el sustento para continuar con sus funciones. Nótese otro aspecto: en ninguna parte se deja sujeta dicha obligación al progreso de las obras; lo que resulta obvio, porque el avance no depende exclusivamente de los jornaleros, sino de múltiples variables; por lo que los costes de mantenimiento son permanentes. Tan manifiesto es lo que venimos tratando, que por tal motivo el jurista francés no dudó en señalar que los contratistas podían solicitar eficazmente el cumplimiento coercitivo de esa prestación, y que si el comitente era contumaz, podían impetrar la terminación del contrato más la indemnización de los perjuicios asociados.

Por otra parte, la expresión "Gastos Generales" es un concepto técnico, por lo que cabe aplicar por analogía las reglas de interpretación de la ley consagradas en el Código Civil, dentro de las que está el artículo 21 que dispone: "Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les dan los que profesan la misma ciencia o arte". Así, debemos necesariamente acudir al sentido y alcance que le dan aquellos que desempeñan dicha actividad. En efecto, la Excma. Corte Suprema ha recurrido al mismo criterio en una sentencia que sentó jurisprudencia sobre la materia, pues utilizó al informe pericial ordenado en la causa para conceptualizar los Gastos Generales, sosteniendo: "Décimo cuarto: Que según precisa el informe pericial, los gastos generales corresponden a aquellos costos indirectos (equipo profesional, maquinaria y dependencias, entre otros) en que incurre la Constructora por el mero hecho de estar presente en la obra durante el transcurso de la construcción. Así, los ítems pertenecientes al gasto general corresponden a aquellos costos que no pueden ser asignados exclusivamente a una partida específica, y que, a su vez, no han sido considerados para determinar los costos directos de cada una de las partidas del presupuesto de la Constructora. Para determinar el monto total del gasto general, se consideran principalmente dos variables: el plazo y la magnitud de la obra. Es por ello que si se

producen cambios en dichas variables, se producen variaciones en el desembolso real que realiza la Constructora por este concepto"[24].

Esta sentencia del Máximo Tribunal, concuerda con todos nuestros planteamientos, reconociendo tres aspectos que resultan determinantes para el estudio de los Gastos Generales, a saber: a) son aquellos "en que incurre la Constructora por el mero hecho de estar presente en la obra durante el transcurso de la construcción"; b) "no han sido considerados para determinar los costos directos de cada una de las partidas del presupuesto de la Constructora" y c) "Para determinar el monto total del gasto general, se consideran principalmente dos variables: el plazo y la magnitud de la obra. Es por ello que, si se producen cambios en dichas variables, se producen variaciones en el desembolso real que realiza la Constructora por este concepto".

En primer lugar, como bien razona la sentencia, los Gastos Generales se devengan para una empresa por el solo hecho de estar presente en la construcción, no habiendo vinculación alguna entre dicho concepto y los aspectos referentes a la progresión de las obras. Diciéndolo de forma positiva: mientras esté un contratista disponible para realizar una faena, los Gastos Generales se producen, porque son los costes que acaecen por el solo hecho de estar dispuesta una compañía en la realización de una construcción. Por consiguiente, se generan invariablemente, con independencia de cualquier otra actividad.

En segundo lugar, coincidente con lo anterior, como los Gastos Generales se generan con total independencia de los importes directos de las obras respectivas, deben ser calculados diferenciadamente, porque obedecen a formas de cuantificación disímiles. Los Gastos Generales son permanentes, a diferencia de los costes directos que son variables, pues dependerán de cuánto material, cuántos trabajadores se necesiten en las faenas, etc.

Y, en tercer lugar, el monto al que ascienden dependerá de dos factores: el plazo y la magnitud de la obra. En lo que dice relación con el plazo, dos asuntos deben ser considerados: si aumenta el plazo de permanencia en la obra, necesariamente deberá aumentar el monto por concepto de Gastos Generales, pues en ellos "incurre la constructora por el mero hecho de estar presente en la obra durante el transcurso de la construcción", como ha dicho la sentencia referida y que profundizaremos más adelante. Pero, además, durante todo ese plazo se deberán respetar las sumas que contractualmente se habían comprometido de forma periódica, más allá de cualquier avance.

24 Corte Suprema, Sentencia de reemplazo, 30 de agosto de 2016, Rol N° 33.634-2015.

Sobre esto último, nuevamente conviene recurrir a lo expresado por los que ejercen dicha profesión. Así, en el "Manual de Control de Presupuestos para la Construcción", se señala que "Los gastos generales de una empresa constructora son los gastos producidos por ella y necesarios para que la empresa se pueda mantener. Está formado por los gastos de estructura de la empresa y por los propios derivados del contrato de ejecución de la obra"[25], esto quiere decir que si no se cumplen mensualmente, la compañía no podrá subsistir, lo que es refrendado por los criterios profesionales de la construcción: "Los gastos generales deben ser pagados de forma permanente durante el transcurso de la obra, con independencia de que la empresa tenga un volumen alto o bajo de actividad y se cargan en cada estado de pago porcentualmente. Son importantes para determinar la cantidad que una empresa debe cobrar por sus productos o servicios para obtener un reembolso por ejecución, formando parte así de los costos fijos"[26].

Por consiguiente, el cumplimiento de los Gastos Generales va por cuerda separada de los estados de avance de las obras, lo que se ve refrendado por el Derecho histórico, la jurisprudencia y los que profesan esta ciencia o arte. La particularidad de los Gastos Generales es que deben pagarse con periodicidad, con independencia del estado de avance de las obras. Dicha periodicidad será la convenida por las partes, o la que corresponda conforme a la ejecución que han hecho de ella, por aplicación del efecto práctico de los contratos. Por tanto, si los Gastos Generales son solucionados mensualmente, deberán cumplirse inexorablemente durante todo el tiempo que dure el contrato, con independencia del avance de las obras, especialmente, si se debe a hechos ajenos e inconexos con la empresa constructora.

III. ARGUMENTOS PARA SOSTENER QUE LOS GASTOS GENERALES SE DEBEN CUMPLIR PERIÓDICAMENTE, CON INDEPENDENCIA DEL ESTADO DE AVANCE DE LAS FAENAS, PORQUE SU PAGO SE RIGE POR REGLAS ESPECIALES.

Los Gastos Generales se rigen por reglas especiales, que obligan a que deban ser pagados mensualmente conforme a la periodicidad convenida, con independencia del estado de avance de las obras. Lo anterior conforme a los siguientes argumentos:

25 Metodología de trabajo con Arquímedes en la gestión de la construcción, p. 4. Disponible en http://www.cype.net/manuales/arquimedes/Cype_arquim_c3_2_conceptos_control_presupuestario.pdf. Fecha de consulta: 29 de agosto del 2021.

26 https://www.chilecubica.com/estudio-costos/g-g-gastos-generales/. Fecha de consulta: 29 de agosto del 2021.

1. Porque las cláusulas contractuales hay que entenderlas y dar el sentido que les permita producir efectos.

Si en un contrato se desglosa cada uno de los ítems o partidas que componen el precio total, es porque tienen un sentido y alcance diferente y se quiso dar esa significación, lo que también explica que deban regirse por reglas distintas. Así, los Gastos Generales tienen por finalidad pagar "costes" que dicen relación con el mantenimiento de la empresa, para que ésta pueda seguir funcionando o subsistiendo, y que por lo mismo, no dependen de las incertidumbres que puedan derivar de la aprobación, o no, de los estados de avance que, *a contrario sensu*, son aquellas "Partidas a costo directo" que sí dependen del proceso de construcción.

En efecto, si se analiza con mayor detenimiento este aspecto, es tan manifiesta esta realidad, que los "Gastos Generales" tienen por finalidad que la empresa constructora realice aquellos pagos sometidos a plazos fatales impostergables, cuyo cumplimiento no puede retrasarse, como son las remuneraciones de ingenieros, supervisores, funcionarios administrativos, etc., así como el pago de las rentas de arrendamiento de las oficinas en que funciona la empresa, los leasing de las maquinarias y vehículos, entre tantos otros rubros (incluso que guardan relación con Leyes Previsionales y de Seguridad Social), y cuyos incumplimientos pueden provocar la insolvencia o liquidación de la empresa constructora. Por todas estas razones, resulta obvio que deben cumplirse de forma paralela e independiente de los estados de avance –que corresponde a otra glosa también perfectamente definida-, puesto que responden a conceptos y lógicas de cumplimiento distintos.

Todo lo anterior tiene un amplio reconocimiento en el Derecho y corresponde a un principio interpretativo universalmente aceptado[27] que está contenido en nuestro Código sustantivo en el artículo 1562: "El sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno". Esta norma de interpretación tiene una raigambre histórica de la mayor autoridad, puesto que fue extraía por don Andrés Bello de la obra del jurista francés Robert Joseph Pothier que la explicaba en los siguientes términos: "Cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, se debe más bien entenderla conforme al que ha podido tener efecto, que no según aquel sentido que daría por resultado no ser posible estipulación alguna"[28]. El fundamento de esta regla es claro, como explica el profesor Arturo Alessandri R.: "Como es razonable suponer que los contratantes son personas cuerdas que están en su sano juicio –ya que de otra manera el acto sería nulo por incapacidad de los contratantes-, y como los actos de las personas sensatas persiguen siempre un

27 Messineo, F.: *Doctrina general del contrato*, T. II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952, p. 115; En el Marco Común de Referencia (DCFR), el artículo II.- 8:106; y López Santa María, J.: *Los Contratos*, Thomson Reuters, Santiago, 2017, p. 458.

28 Pothier, R. J.: "Tratado de", cit., p. 60.

objetivo práctico, dispone el artículo 1562…"[29]. Es decir, hay que darle un sentido "útil" a las disposiciones, pues lo contrario conduciría al absurdo de considerar que las partes se esmeraron en redactar cláusulas que no producirán efectos. El sentido económico de la eficiencia más elemental es plenamente concordante con estas ideas[30].

Conducir a un absurdo es lo que precisamente busca evitar la norma del artículo 1562, pues no puede asignársele la misma interpretación a aquellos casos en que se establece un monto único y total -como ocurre con algunos contratos a suma alzada o en otros actos jurídicos como la compraventa-, que a aquellos en que se establecen montos definidos y por separado, porque si ello significara exactamente lo mismo conduciría a la mera reiteración, como si las personas actuaran de forma irracional, lo que repugnaría con el sentido jurídico universalmente aceptado[31].

Entonces, el sentido útil, eficaz y lógico que se le puede dar a que se establezcan de forma singularizada los "Gastos Generales" en los contratos de construcción, es que los pagos que deban realizarse por dicho concepto se sujeten a los períodos de cumplimiento que contractualmente se habían fijado, de forma invariable y con independencia del estado de avance en las obras, pues estas últimas, se sujetarán al procedimiento establecido para Precios Unitarios o Costes directos, que tienen su propia glosa en los contratos.

Todos estos planteamientos están contestes con los principios y máximas interpretativas del Derecho comparado, pues las cláusulas hay que entenderlas de forma tal que produzcan efectos; así el Marco Común de Referencias (DCFR) en su Art. II.- 8:106 dispone: "Toda interpretación favorable a la licitud o a la eficacia de las cláusulas del contrato será preferida frente a la interpretación contraria"[32].

2. Porque los Gastos Generales tienen una "causa" o motivo jurídico distinto para su pago, que no debe confundirse con la causa o motivo de los costes directos.

En Derecho, pueden confluir distintas concepciones para entender la "causa" que puede tener una obligación, tanto si lo analizamos desde la perspectiva que en una misma obligación puedan concurrir varias personas con distinta "causa" para

29 Alessandri Rodríguez., A.: *De los Contratos*, Editorial Jurídica, Santiago p. 66.

30 Shavell, S.; *Fundamentos del análisis económico del derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 665-667 y Posner, R.: *El análisis económico del derecho*, Fondo de cultura económica, México, 2007, pp. 36-39.

31 En efecto, el Marco Común de Referencia (DCFR), que es uno de los instrumentos de unificación del Derecho Civil –cuyo origen está en la Comisión Europea- dice en sus comentarios oficiales del Art. II.- 8:106: "Las partes se deberán considerar personas con juicio cuya intención es que el contrato resulte plenamente eficaz (magis ut res valeat quam pereat)".

32 En el mismo sentido, Messineo, F.: "Doctrina general", cit., p. 115 ss.

su cumplimiento, o bien, que en un mismo contrato las diversas obligaciones que nacen puedan tener múltiples causas jurídicas para cada una de ellas.

Así lo ha entendido siempre la más selecta doctrina nacional, que al explicar –a modo de ejemplo- la solidaridad pasiva, señala que todas las personas que se obligan como codeudores a una misma prestación, pueden obligarse por diferentes causas. Expone el tratadista Manuel Somarriva: "Los deudores pueden obligarse por causa distintas. Se confirma esta apreciación con el artículo 1522, que se pone en el caso de la obligación solidaria sólo interese a uno o algunos de los deudores. Así por ejemplo, si a una persona le facilitan una cantidad de dinero en mutuo y otra se constituye responsable de su devolución, obligándose solidariamente con aquélla, la causa de su obligación para la primera es la entrega del dinero, y para la segunda, la mera liberalidad…"[33]. Lo anterior demuestra que, si incluso una misma obligación puede tener distintas causas para cada uno de los obligados, con mayor razón si se trata de obligaciones que las partes se preocuparon de designar por partidas distintas, reconociéndose expresamente que responden a criterios jurídicos de diferente tipo.

Por lo tanto, si las partes han dado un tratamiento distintivo a los Gastos Generales, diferenciándolo de los "costes directos" de Construcción, con programas de pago propio –que son independientes de los estados de avance que requieren de "aprobaciones"-, es porque las partes contractuales siempre comprendieron que su cumplimiento debía efectuarse más allá de cualquier adelanto en el programa de construcción, porque los gastos que están destinados a solventar –tales como arriendos, leasing, seguros, etc.- no admiten estar sometidos a "asentimientos para su pago" (como sí ocurre con los costes directos por Precios Unitarios); a tal punto, que de no haberse entendido y acordado expresamente de esta forma, las empresas constructoras no hubiesen contratado, o lo hubiesen hecho en forma más onerosa (porque se hubiesen visto en la necesidad de buscar financiamiento por otras vías, y que por cierto, encarecerían los proyectos). En consecuencia, al responder los Gastos Generales a una causa distinta a la de los costos directos, justifica que se deban cumplir durante toda la vigencia del contrato, conforme a los planes de pagos acordados contractualmente.

En el mismo orden de ideas, dentro de las normas de interpretación de los contratos, encontramos aquella que señala que los negocios jurídicos hay que entenderlos teleológicamente, esto quiere decir, conforme a los fines que las partes buscaban de acuerdo al contrato que celebraban. Como ha señalado la Excma. Corte Suprema: "…de manera que en materia de hermenéutica contractual, es preciso intentar más una interpretación finalista que una exégesis de la convención…", para luego continuar: "afirmación que es concordante con

33 Somarriva, M.: *Tratado de las cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 48.

otra de las normas de hermenéutica legal, específicamente con el artículo 1563 del Código Sustantivo Civil, en el sentido de que en materia de convenciones generadoras de obligaciones debe buscarse la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato"[34].

Para desentrañar la naturaleza de un contrato, se atiende a los efectos que las partes buscaron con su celebración, tomando en cuenta los fines perseguidos por ellas. De esta manera, la naturaleza de las obligaciones permite sustentar que los Gastos Generales deban cumplirse conforme al objeto que las partes pretendían con cada una de esas partidas: los "costos directos" para solventar los estados de avance; los "Gastos Generales", para todas aquellas obligaciones que deban cumplirse indefectiblemente de forma periódica, con prescindencia de los adelantos en las obras.

3. Por la doctrina de los actos propios, porque si las partes han expuesto de forma separada los Gastos Generales en los contratos, es porque reconocen que tienen una naturaleza diversa, que amerita darles un tratamiento distinto.

El ordenamiento jurídico tiene como una de sus máximas la protección de la buena fe, que se materializa en un deber de lealtad y rectitud que debe prevalecer en las relaciones humanas en todas las esferas de la vida[35]. La doctrina ha desarrollado este principio, analizando instituciones y brocardos que tienen su sustento dogmático en la buena fe, siendo una de sus principales manifestaciones el desarrollo de la denominada "doctrina de los actos propios"[36]. Esta doctrina consiste en que "no es admisible otorgar efectos jurídicos a una conducta de un sujeto jurídico que se plantea en contradicción flagrante con un comportamiento suyo anterior"[37]. Tanto la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional[38], requieren los siguientes requisitos para su procedencia: "1.- Una conducta anterior que revela una determinada posición jurídica de parte de un ente jurídico a quien se trata de aplicar este principio; 2.- Una conducta posterior de parte del mismo sujeto contradictoria con la anterior. La contradicción entre las conductas del mismo órgano en quien incide el acto propio es lo que caracteriza a la institución; 3.- Que el derecho o pretensión que hace valer la persona en quien incide el acto propio perjudique a la contraparte jurídica"[39].

34 Corte Suprema, 29 de octubre del 2003, Rol: 4523-2002.

35 Peñailillo Arévalo, D.: *Obligaciones,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 49 y ss. y Alessandri, A., Somarriva, M., y Vodanovic, A.: *Tratado de los Derechos Reales*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2015, p. 470 y ss.

36 Diez- Picazo, L.: *Doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 142 y 143; Peñailillo, D.: "Obligaciones", cit., p. 65; y en Abeliuk M., R.: *Las Obligaciones*, Legal Publishing, Santiago, 2014, p. 154 y ss.

37 Corral Talciani, H., "La raíz histórica del adagio venire contra factum propium", *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Universidad de los Andes, Santiago, 2010, p. 19

38 V. Abeliuk M., R.: "Las Obligaciones", cit., p. 154 ss.

39 Ibíd., p. 155 ss.

En lo que dice relación con los Gastos Generales, no respetar el pago convenido de manera independiente de los "costes directos" resulta contrario a los "actos propios", en el sentido que si se ha exigido que sean expuestos separadamente en los contratos que contemplan este rubro, es porque las partes reconocen que tienen una naturaleza diversa, y que por justicia debe dárseles un tratamiento distinto. Para lo anterior, cabe recordar que la inmensa mayoría de estos actos jurídicos son "contratos de adhesión"[40], en que los términos han sido impuestos por una de las partes (el mandante) no permitiendo a la contraparte (la empresa constructora) nada más que aceptar o rechazar (en bloque); esto es, o dan su aquiescencia tal cual como vienen propuestas las condiciones contractuales, o simplemente, no se suscribe el contrato. Entonces, plantear separadamente las distintas partidas que conformaban el precio es reflejo de la aceptación que se trata necesariamente de conceptos diferentes y, por sus "propios actos", el mandante manifiesta que desde la elaboración de este tipo de instrumentos siempre estuvo presente que no pueden someterse a las mismas reglas que las referentes a los costes directos. Como explica el jurista Cesare Massimo Bianca: "Con referencia al tema de la interpretación del contrato, la buena fe exige que se preserve la *confianza razonable* de cada una de las partes sobre el significado del acuerdo. La confianza razonable de una parte se determina según lo que la otra parte haya hecho entender, por medio de declaraciones y el comportamiento propios, valorados según el parámetro de la diligencia normal[41].

Por aplicación natural y obvia de la "doctrina de los actos propios", el trato separado y definido con precisión de los Gastos Generales confirma que éstos deben ser cumplidos con total independencia de los Precios Unitarios (que cuenta con otro proceso de facturación) y, por lo tanto, debe cumplirse conforme a la periodicidad convenida contractualmente.

4. Porque en el moderno Derecho de Contratos las partes buscan que se garanticen ciertos resultados que satisfagan el interés del acreedor.

La doctrina moderna, hace hincapié en entender que la vinculación contractual garantice un interés que esté protegido por el contrato. Como explica la doctrina comparada: "Los estados de realidad (hechos) pueden formar parte del contenido del vínculo contractual. Aunque el deudor no esté obligado a transformar la realidad por medio de la prestación, por ser imposible, sí puede estar obligado a garantizar al otro contratante la satisfacción del interés que tiene en que la realidad sea tal y como la ha presupuestado el contrato; en la medida en que, conforme al contrato, ese riesgo incumba al deudor (se trate de una presuposición

40 López Santa María, J.: "Los contratos", cit., p. 148 ss.

41 Bianca, C. M.: *Derecho Civil. El contrato,* T.III (trad. Fernando Hinestroza y Édgar Cortés) Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2011, p. 445.

garantizada)"[42]. Esto quiere decir que, en el moderno derecho contractual, las partes pueden garantizar que determinados hechos, circunstancias u obligaciones se verificarán, y que en el evento que aquello no suceda la otra parte tendrá derecho a pedir las indemnizaciones que correspondan y los remedios que el legislador provee para su satisfacción. Esta forma de concebir los contratos hoy en día está aceptado universalmente, como puede observarse en el derecho inglés[43], y los *Principios Europeos de los Contratos* al tratar las declaraciones como garantías de las que nacen obligaciones contractuales[44].

Por estas razones, "la doctrina tiende a entender que las obligaciones de garantía dan lugar a una responsabilidad contractual estricta en sentido puro, pues por su intermedio el deudor toma a su cargo incluso la eventual ocurrencia de casos fortuitos"[45]. Es decir, atendiendo al contenido de una obligación, resulta entendible que existan prestaciones que una de las partes deba cumplir porque se comprometió a ello, especialmente, si ha servido de sustento fundamental para que se haya llegado a dicho acuerdo. Por eso las obligaciones de garantía se asimilan a obligaciones de resultado, puesto que suponen la promesa que el declarante hace al acreedor de que una determinada situación está garantizada, no pudiendo ser otra[46].

Si aplicamos todos estos conceptos a la situación en estudio, debemos aseverar que los Gastos Generales son concebidos como pagos que se garantizan y que se deben cumplir invariablemente (conforme al Plan de Pagos) durante toda la vigencia del contrato, que "por su naturaleza y fines perseguidos" se cumplirán a todo evento, haciéndose responsable el mandante –incluso- del "caso fortuito". Esto es así porque, como hemos revisado, es la única manera para que un proyecto constructivo pueda mantenerse en funcionamiento, toda vez que viene a solventar compromisos financieros que van en paralelo de cualquier estado de avance. En consecuencia, su inobservancia daría lugar a un plexo de remedios contractuales en favor del contratista.

5. Porque en Derecho hay que rechazar toda interpretación que conduzca al absurdo.

Un principio de amplio reconocimiento en la doctrina y en la jurisprudencia, es que debe rechazarse todo tipo de interpretación que sea contraria a la lógica

42 Morales Moreno, A.: "Claves de la modernización del Derecho de Contratos" *Estudios de Derecho de Contratos*, Thomson Reuters La Ley, Santiago, 2014, p. 79.

43 Así lo explica Carrasco Perera, Á.: "*Adquisición de empresas,* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 281-286.

44 Art. 6.101 [1] de los PECL.

45 Barros Burie, E. y Rojas, N.: "Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales", *Estudios de Derecho Civil*, T. III, Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 395.

46 Ibídem.

jurídica[47]. Debemos entender que el Derecho tiene que conducir a soluciones que permitan una armonía de las distintas cláusulas contractuales en conformidad a las manifestaciones de voluntad de los contratantes, toda vez que las personas no actúan "porque sí", sino que las conductas realizadas por ellas -en particular al celebrar un contrato- son meditadas y racionales, por lo que siguiendo las enseñanzas de Aristóteles: "el modo de obrar sigue al modo de ser"[48]; por tanto, si las personas son seres racionales, entonces, debemos interpretar sus contratos de forma lógica y racional.

En el mismo orden de ideas, no hay que pasar por alto otro aspecto decisivo para una correcta solución: en muchas ocasiones el mandante es un contratante "experto", que por su carácter de "profesional" sabe, conoce y entiende los términos de cada una de las partidas y cuál es la función que tiene cada una de ellas, particularmente, su finalidad en la estructura y lógica de un contrato –máxime si las ha definido-, por lo que conoce perfectamente que los "Gastos Generales" son para pagar todo tipo de gastos mensuales permanentes y necesarios para la subsistencia de la empresa constructora, con total independencia de la progresión en las obras.

Si no fuera así, ¿qué sentido tendría que se exigiera en los contratos de construcción una perfecta individualización de los "Gastos Generales", diferenciándolos de los Precios Unitarios y de las Utilidades? Creemos que la interpretación que más respeta esa diferenciación y que no conduce a una interpretación absurda es que se hace de esa forma porque dicha partida -al obedecer a otros criterios para su cumplimiento- no puede mezclarse o confundirse con aquellos pagos que sí dependen de los avances. Por lo tanto, como el pago de los "Gastos Generales" están asegurados durante toda la vigencia del contrato, merecen ser designados apartadamente. El Derecho no ampara a quien sabiendo o debiendo saber los alcances de lo que realiza o celebra, después pretenda sustraerse de ello arbitrariamente[49]. Si se le diera el mismo sentido a haber hecho, o no, una individualización detallada de cada uno de los conceptos, conduciría a entender que las personas celebran contratos y estipulan cláusulas sin ninguna finalidad, lo que conduce a una interpretación absurda que no es posible admitir.

47 Alessandri, A; Somarriva M.; y Vodanovic, A.: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 199.

48 Aristóteles.: *Physica*, (Traducción Carlos Garcia Gual) Editorial Gredos S.A., Madrid 198b 5-9.

49 Analizado latamente, la máxima: "nadie puede aprovecharse de su propia torpeza" sería plenamente aplicable. Esta máxima está presente en diversas disposiciones: así en el artículo 1683 del C.C., como lo confirman las sentencias que pueden consultarse de la Excma. Corte Suprema, 15 de noviembre de 1935, G. 1935, 2° sem., n° 45, p. 161. R. T. 33, secc. 1°, p. 91; Corte Suprema, 4 de junio de 1959, R. T. 56, secc. 1°, p. 180, Corte de Valparaíso, 29 de Abril de 1933, G. 1934, 1° sem., n° 19, p. 119, RDJ, T. 31, secc. 1°, p. 337; o en el artículo 1858 N° 3, que no puede alegar vicios redhibitorios aquel que por su profesión u oficio debió conocerlos.

6. Porque los contratos son instrumentos de distribución de riesgos y, mediante la estructura de los "Gastos Generales", las partes establecen una regla distinta.

Constituye doctrina asentada que los contratos son mecanismos de distribución de riesgos[50] en que los contratantes determinan *a priori* quién deberá sufrir los costos de alguna partida si durante su vigencia ocurren determinadas circunstancias. Así por ejemplo, la regla de distribución de riesgos en la compraventa es que si celebrado el contrato (pero antes de entregarse la cosa) se llegare a destruir el bien específico por fuerza mayor, el comprador deberá soportar el riesgo de la pérdida (conforme al artículo 1550 del Código Civil).

Contrariamente, tratándose de los demás contratos, la ley establece que el riesgo es de cargo del deudor, como se desprendería de los artículos 1950 N°1 (en el contrato de arrendamiento), 1996 y 2000 (en el contrato de confección de obra material), 1486 (sobre las obligaciones condicionales) y 2101 (contrato de sociedad), como también lo han entendido tradicionalmente los autores[51]. Es decir, la ley establece ciertas reglas que determinan quién será el que debe cumplir con sus obligaciones, pese a que el otro no tenga el deber de dar lugar a la suya. No obstante, las normas que entrega la ley son supletorias de la voluntad de los contratantes, por lo que las partes en virtud de la autonomía de la voluntad pueden perfectamente alterarlas y, haciendo uso de esa facultad, distribuyen riesgos conforme a sus estipulaciones. Por ello, tratándose de los Gastos Generales todo esto es aún más inamovible, toda vez que al reconocerse que se trata de una "partida" totalmente distinta, "cuyos fines son expresamente reconocidos para el mantenimiento de una empresa constructora", lo que se ve refrendado con una conceptualización que demuestra que estos costes no tienen relación alguna con el desarrollo de las construcciones en sí mismas (tal como lo entiende la unanimidad de los técnicos especializados, según vimos, que aceptan que tienen objetivos totalmente independientes de la progresión de obras) es que las reglas contractuales dejarían en claro que los Gastos Generales son de riesgo del mandante, en virtud de su tratamiento separado, con una nomenclatura propia y con una connotación distinta, y eso justifica que tengan un desglose específico en los mismos contratos. Dicho de otra forma, obedece a un concepto distinto que al de "costes directos" (estos últimos sí dependientes del avance), por lo que los Gastos Generales son trasladados en su cumplimiento a la esfera de riesgos del comitente.

Por lo anterior, la regla de distribución del riesgo para este tipo de pagos es por una explicación también diferente: tendrá que pagarse a todo evento, con total

50 Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 929-930 y López Santa María, J.: "Los contratos", cit., p. 35.

51 Alessandri, A.: *Teoría de las obligaciones*, Librerías Zamorano y Caperán, Santiago, 1934. p. 213 y Abeliuk, R.: "Las obligaciones", cit., pp. 1396-1397.

independencia de cuánto se haya avanzado, porque no dependen del aumento en las edificaciones, sino que responden a aquellos gastos que son es*enciales* para que pueda subsistir o seguir funcionando una empresa. En efecto, es tan manifiesta esta realidad, que los Gastos Generales tienen por finalidad que una empresa constructora realice aquellos pagos que dependen de plazos fatales, que no pueden retrasarse, y cuyos incumplimientos pueden provocar la insolvencia o liquidación de una compañía.

Entender de otra manera los Gastos Generales generaría un *desequilibrio* en el contrato, pues como dice el catedrático Luis Diez-Picazo es "un contrato conmutativo en el que la obra se intercambia por un precio establecido entre las condiciones contractuales"[52], y ese precio que debe pagarse conservará dicha conmutatividad si y sólo si se respeten las condiciones establecidas en el acto jurídico -como dice el citado jurista-, cumpliéndose las reglas y principios diferenciadores que rigen cada una de dichas partidas que sirvieron de base para configurar el valor total. Por ello, los Gastos Generales deben pagarse periódicamente, de forma invariable, porque tienen por objeto cumplir obligaciones impostergables y que se devengarán durante todo el tiempo que esté la constructora a disposición de prestar sus servicios.

Por ello, es que el pago por Gastos Generales no está ni puede estar nunca sujeto íntegramente a las aprobaciones o a los estados de avance, que muchas veces -por el carácter técnico que revisten estos últimos- deben someterse a dilaciones o a esperar resultados que retardan los pagos a los que están sujetos los "Precios Unitarios". Por lo mismo, los Gastos Generales tienen una glosa y tratamiento diferente. El reconocimiento de esta realidad obliga a que la mandante deba pagar los Gastos Generales contractualmente proyectados, en paralelo y por separado de lo que se deba abonar por "Precios Unitarios". A mayor abundamiento, si analizamos los Gastos Generales desde la perspectiva de los arriendos de maquinarias, leasing, etc., con mayor razón deben cumplirse rigurosamente conforme a lo convenido, pues como es de conocimiento público y atendiendo a un mínimo de razonabilidad del mundo de los negocios, bien es sabido que todos estos actos jurídicos están sometidos a obligaciones que no pueden dejarse sin efecto de forma unilateral –aplicación de la más básica concepción del *pacta sunt servanda*- y que, en caso de incumplimiento, podrían generar una inminente insolvencia.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1.- Los "Gastos Generales" corresponden a todos aquellos costos que una empresa contratista estima como necesarios y suficientes para dar cumplimiento

52 Diez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. V, Thomson Civitas, Pamplona, 2010, p. 381.

a los contratos en materia de administración de servicios, seguros, garantías, mantenimiento de instalaciones, financiamiento, cargos de la oficina central, entre otros, y que no corresponden a costos directos ni a utilidades. De esta forma, tienen por finalidad hacer frente a esas deudas permanentes y que, por el carácter de tal, se deberán pagar invariablemente. Bajo estos respectos, el contratista hace sus estimaciones y acepta los términos contractuales. Si no se establecieran Gastos Generales que obedecieran a pagos mínimos garantizados, el contratista no podría llevar a cabo sus funciones, por lo que no contrataría o lo haría en términos más onerosos.

2.- Como el término "Gastos Generales" es un concepto técnico, debemos concebirlo y darle el alcance de los que profesan dicha ciencia o arte, aplicando por analogía las reglas de interpretación de las leyes, de conformidad al artículo 21 del Código Civil. En este sentido, es posible constatar que los especialistas están contestes en que, habida consideración que estos costes tienen por finalidad sufragar pagos para el mantenimiento de una empresa constructora, los Gastos Generales deben ser cumplidos de forma permanente durante todo el transcurso de la obra, con independencia que la empresa tenga un volumen alto o bajo de actividad.

3.- La jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema de Chile ha fallado en este mismo orden de ideas, concluyendo que una empresa constructora incurre en Gastos Generales "por el mero hecho de estar presente en la obra durante el transcurso de la construcción"; que por su naturaleza "no han sido considerados para determinar los costos directos de cada una de las partidas del presupuesto de la Constructora"; y que "para determinar el monto total del Gasto General, se consideran principalmente dos variables: el plazo y la magnitud de la obra". Esto último tiene una doble importancia, toda vez que si aumenta el plazo de permanencia en la obra, necesariamente deberá aumentar el monto por concepto de Gastos Generales; y además, durante todo el tiempo del contrato, se deberán respetar las sumas contractualmente comprometidas.

4.- En consecuencia, la particularidad de los Gastos Generales es que deben pagarse periódicamente, con independencia del estado de avance de las obras. Dicha periodicidad será la convenida por las partes, o la que emane del efecto práctico del contrato. Diversos fundamentos confirman estas conclusiones. En efecto, ya desde el Derecho histórico, la obra del jurista Pothier –que influyó decisivamente en la legislación francesa y chilena- entrega sólidas bases para justificar el pago constante y regularizado de lo que modernamente conocemos como Gastos Generales, pues éstos son necesarios para que se pueda dar continuidad a los servicios. Asimismo, respaldan nuestras conclusiones principios ampliamente aceptados en las Ciencias Jurídicas, tales como que a las cláusulas

contractuales hay que entenderlas y darles el sentido que permita que produzcan efectos, por lo que, si en el contrato se desglosan detalladamente las partidas por "Gastos Generales", separadas de los "costes directos" es porque los contratantes entienden que su pago se rige por criterios distintos. Además, los Gastos Generales tienen una "causa" o motivo jurídico distinto, que no debe confundirse con la causa del pago de los gastos directos, pues los primeros responden a los importes permanentes e invariables, que son indispensables para que una constructora continúe en funciones, mientras que los segundos dicen relación con el nivel de avance de los proyectos. Finalmente, nuestras conclusiones también descansan en la regla que en Derecho hay que rechazar toda interpretación que conduzca al absurdo, error interpretativo en el que se incurriría si se sostuviera que pese a la nomenclatura diferenciada plasmada en los contratos, se les deba dar un mismo tratamiento a ambos gastos. Todo lo anterior, unido a otros argumentos que fueron abordados, permite aseverar que los Gastos Generales deben cumplirse periódicamente, y que no dependen de los avances en las obras.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA. LIBROS Y ARTÍCULOS.

Abeliuk M., R.: *Las Obligaciones*, Legal Publishing, Santiago, 2014.

Alessandri Rodríguez., A.: *De los Contratos*, Editorial Jurídica, Santiago.

Alessandri, A., Somarriva, M., y Vodanovic, A.: *Tratado de los Derechos Reales*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2015.

Alessandri, A.: *Teoría de las obligaciones*, Librerías Zamorano y Caperán, Santiago, 1934. Alessandri, A; Somarriva M.; y Vodanovic, A.: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

Aristóteles.: *Physica*, (Traducción Carlos Garcia Gual) Editorial Gredos S.A., Madrid, 1995.

Baraona González., J.: "Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: Apuntes para una relectura en clave objetiva", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, N° 1, 1997

Barros Bourie, E.: "La diferencia entre 'estar obligado' y 'ser responsable' en el derecho de los contratos", en *Estudios de Derecho Civil II* (Coord. por H. Corral Talciani y Rodríguez Pinto), Lexis Nexis, Santiago, 2007.

Barros Burie, E. y Rojas, N.: "Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales", *Estudios de Derecho Civil*, T. III, Thomson Reuters, Santiago, 2011.

Bianca, C. M.: *Derecho Civil. El contrato,* T.III (trad. Fernando Hinestroza y Édgar Cortés) Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2011.

Cabanillas Sánchez, A.: "El contrato de obra", *Tratado de Contratos* (Dir. Mariano Yzquierdo Tolsada), T. III, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.

Carrasco Perera, Á.: "*Adquisición de empresas,* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

Carrasco Perera, Á.: *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.

Coleman, J.: "Tort Law and Tort Theory. Preliminary reflections on method", *Philosophy and the Law of Torts* (Editor Gerald J. Postema), Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

Contreras Strauch, O. y Prado Puga, A.: "El contrato de construcción y sus principales garantías", *Colegio de Abogados de Chile*, septiembre de 1996, Santiago. Corral Talciani, H., "La raíz histórica del adagio venire contra factum propium", *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Universidad de los Andes, Santiago, 2010.

Diez- Picazo, L.: *Doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963.

Diez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. V, Thomson Civitas, Pamplona, 2010.

Juristo Sánchez, R.: *El Contrato de Obra Pública*, Raíz TG S.L., Madrid, 1997.

López Santa María, J.: *Los Contratos*, Thomson Reuters, Santiago, 2017.

López, M.: "Gastos Generales en Chile y deficiencias del RCOP", *El Mercurio Legal*, junio de 2019, Santiago.

Messineo, F.: *Doctrina general del contrato*, T. II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952.

Messineo, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. IV, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1955.

Morales Moreno, A.: "Claves de la modernización del Derecho de Contratos" *Estudios de Derecho de Contratos*, Thomson Reuters La Ley, Santiago, 2014.

Morales Moreno, A.: *La modernización del derecho de obligaciones*, Editorial Thomson Civitas, Pamplona, 2006.

Peel, E.; *Treitel on The Law of Contract*, Sweet & Maxwell Thomson Reuters, London, 2011.

Peñailillo Arévalo, D.: *Obligaciones,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

Posner, R.: *El análisis económico del derecho*, Fondo de cultura económica, México, 2007.

Pothier, R. J.: *Tratado de la locación*, Imprenta y litografía J. Roger, Barcelona, 1841.

Pothier, R. J.: *Tratado de las obligaciones*, Editorial Heliesta, Buenos Aires, 1993.

Puelma Accorsi, Á.: "Contrato de construcción y la quiebra", en *Colegio de Abogados de Chile*, septiembre de 1996, Santiago.

Ramos Pazos, R.: *De las Obligaciones*, Lexis Nexis, Santiago, 2007.

Shavell, S.; *Fundamentos del análisis económico del derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.

Somarriva, M.: *Tratado de las cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943.

Velásquez Vela, V.: "Variación de Precio en los Contratos de Ejecución de Obra Pública", en *Derecho & Sociedad* N° 36, Santiago.

Zimmermann, R.: *El nuevo derecho alemán de obligaciones* (trad. Esther Arroyo i Amayuelas), Editorial Bosch, Barcelona.

Zúñiga Tejos, A.: "Notas sobre la renta en el contrato de arrendamiento de inmuebles y el COVID-19", en *Caso fortuito o fuerza mayor en el Derecho. Estudios a partir de la pandemia del COVID-19 (Director Cristian Lepin Molina)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

FALLOS CORTE SUPREMA.

Corte Suprema, 15 de noviembre de 1935, G. 1935, 2° sem., n° 45, p. 161. R. T. 33, secc. 1°.

Corte Suprema, 4 de junio de 1959, R. T. 56, secc. 1°.

Corte Suprema, 9 septiembre 1992. R., t. 89, N° 3, sec. 5ª.

Corte Suprema, 29 de octubre del 2003, Rol: 4523-2002.

Corte Suprema, 21 de enero del 2008, Rol N° 5.055-06.

Corte Suprema, 22 de enero de 2009, Rol N° 6739-2007.

Corte Suprema 18 de diciembre de 2008, Rol N° 6311-2008;

Corte Suprema, Sentencia de reemplazo, 30 de agosto de 2016, Rol N° 33.634-2015.

FALLO CORTE DE APELACIONES.

Corte de Apelaciones Valparaíso, 29 de abril de 1933, G. 1934, 1° sem., n° 19, p. 119.

DOCUMENTOS.

Cámara Chilena de Construcción, *Glosario Técnico de la Construcción*, disponible en http://glosario.registrocdt.cl/word/gastos-generales. Fecha de consulta: 29 de agosto del 2021.

Society of Construction Law, *Delay and disruption Protocol*, SCL, 2nd edition, February 2017.

Metodología de trabajo con Arquímedes en la gestión de la construcción. Disponible en http://www.cype.net/manuales/arquimedes/Cype_arquim_c3_2_conceptos_control_presupuestario.pdf. Fecha de consulta: 29 de agosto del 2021.

https://www.chilecubica.com/estudio-costos/g-g-gastos-generales/. Fecha de consulta: 29 de agosto del 2021.

RESPONSABILITA CIVILE E DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO: UN CASO DI STUDIO

TORT LIABILITY AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW: A CASE STUDY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2374-2419

Lucilla GATT

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de julio de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il presente lavoro ha origine da un'esigenza di individuazione della normativa applicabile ad un illecito stradale avvenuto all'estero, e precisamente in Belgio, in cui risultano coinvolti cittadini italiani e un cittadino belga. L'analisi del caso concreto consente di far emergere i difficili rapporti allo stato esistenti non solo tra diritto sostanziale, diritto processuale e diritto internazionale privato di livello sia nazionale sia europeo ma – soprattutto – permette di evidenziare la complessa relazione tra le regole di responsabilità da illecito stradale contenute nei codici nazionali e quelle speculari in materia di assicurazione per RCA, contenute nelle leggi speciali di ogni Stato membro dell'UE. Tale complessità incide profondamente sulla determinazione della strategia processuale realmente funzionale alla tutela del danneggiato nonché sulla determinazione de danno risarcibile.

PALABRAS CLAVE: Responsabilità civile; illecito stradale all'estero; diritto internazionale privato; legge applicabile; foro competente; codice civile; codice delle assicurazioni; diritto europeo; diritto straniero; diritto comparato; risarcimento del danno.

ABSTRACT: *This work originates from a need to identify the legislation applicable to a road accident that occurred abroad, and specifically in Belgium, in which Italian citizens and a Belgian citizen are involved. The analysis of the concrete case makes it possible to bring out the difficult relations existing in this law field not only between substantive law, procedural law and private international law at both national and European level but - above all - it allows to highlight the complex relationship between the rules of tort responsibility to be road accident contained in the national codes and the mirror-image rules relating to insurance for RCA, contained in the special laws of each EU Member State. This complexity, aggravated by an unconscious jurisprudence, profoundly affects the determination of the procedural strategy that is truly functional to the protection of the damaged party as well as the determination of the compensable damage.*

KEY WORDS: *Tort liability; Road accident abroad; International Private Law; Applicable Law; Place of jurisdiction/ Competent Court; Civil Code; Insurance Code; European legislation; Foreign legislation; Comparative Law; Compensation for the damage.*

SUMARIO.- I. RESPONSABILITA CIVILE PER SINISTRO STRADALE AVVENUTO ALL'ESTERO: IL CASO DI STUDIO.- 1. Il fatto.- 2. Il processo.- 3. Le questioni.- II. QUALIFICAZIONE DEL SINISTRO.- 1. I dati normativi rilevanti.- 2. Sinistri italiani ed esteri: diversità disciplinari.- 3. Sinistri italiani.- 4. Sinistri esteri (cross-border). – 5. Soluzione al problema della qualificazione del sinistro.- III. GIURISDIZIONE E DIRITTO APPLICABILE.- 1. Girisdizione italiana. - 2. Diritto belga.- IV. DIRITTO BELGA DELLA RESPONSABILITA CIVILE DEI SINISTRI STRADALI.- 1. Ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale.- 2. Questioni applicative del diritto belga al caso di specie.- 3. Prima soluzione.- 4. Seconda Soluzione.- V. DIRITTO BELGA DEL DANNO RISARCIBILE.- 1. Ricostruzione del qualdro normativo e giurisprudenziale.- 2. Questioni applicative del diritto belga al caso di specie. – 3. Soluzione.

.I. RESPONSABILITA CIVILE PER SINISTRO STRADALE AVVENUTO ALL'ESTERO: IL CASO DI STUDIO.

Il presente lavoro ha origine da un'esigenza di individuazione della giurisdizione competente e del diritto applicabile ad un illecito stradale avvenuto all'estero (cross-border), e precisamente in Belgio, in cui risultano coinvolti cittadini italiani e un cittadino belga. La vicenda sia sul piano fattuale sia su quello processuale presenta degli aspetti di particolare complessità che consentono di indagare le relazioni possibili tra diversi livelli disciplinari (nazionale ed europeo) nonché tra diverse normative (codice civile e leggi speciali in materia di assicurazione, diritto sostanziale, intertemporale e di diritto internazionale privato), che convergono a regolare la fattispecie esaminata.

Del pari rilevanti sono i problemi interpretativi generati dalla necessità di applicazione del diritto straniero da parte del giudice italano. Ed, infatti, una volta individuato l'ordinamento la cui legge regola il sinistro, ne va ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale relativo al caso esaminato e vanno prospettate le interpretazioni possibili di tale quadro sul piano applicativo. In sintesi, la risposta ai quesiti posti dall'analisi del caso è l'occasione per verifiche di metodo sul doppio fronte dell'individuazione e applicazione del diritto positivo, da una parte, e delle comparazione giuridica, dall'altra.

1. Il fatto.

Nell'ottobre 2003, in Belgio, un automezzo immatricolato in Italia e ivi abitualmente stazionante, di proprietà di una società italiana e condotto da un cittadino italiano dipendente della suddetta società, nonché assicurato con una compagnia assicurativa italiana, viene coinvolto in un sinistro stradale con un'autovettura, immatricolata e stazionante abitualmente in Belgio, di proprietà e

• Lucilla Gatt
Professore ordinario di diritto civile, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa. E-mail: lucilla.gatt@unisob.na.it

condotta da un cittadino belga, domiciliato e residente in Belgio, e assicurata con da una compagnia assicurativa belga.

L'impatto tra i due mezzi coinvolti nel sinistro si verificava su un'area di sosta, quando il veicolo del cittadino italo-belga nel ripartire da una posizione di sosta, in retromarcia ed a velocità sostenuta, impattava con la sua parte posteriore nella parte anteriore angolare sinistra dell'autocarro che proveniva a sua volta da tergo rispetto al veicolo belga ovvero che stazionava sull'area di sosta [ciò non è chiaro dagli atti causa anche se dalle testimonianze e dall'interrogatorio formale emerge con sufficiente chiarezza che l'autocarro era fermo e che il conducente era sceso dal veicolo]. A seguito dell'improvviso quanto forte impatto un secondo cittadino italiano, che viaggiava in qualità di terzo trasportato/autista di riserva sull'automezzo, e che, al momento del sinistro, si trovava sulla pedaliera/pedana caricatrice posteriore dell'automezzo medesimo per sistemare un telone/tetto del veicolo che si era mosso, veniva letteralmente catapultato a terra riportando gravissime lesioni personali.

2. Il processo.

Il danneggiato con atto di citazione notificato nel febbraio 2006 e depositato presso un Tribunale italiano, nella qualità di terzo trasportato/autista di riserva dell'automezzo, esperisce un'azione di condanna in solido ex artt. 2043 e 2054 c.c. nonché un'azione diretta ex art. 141 cod. ass. (d. lgs. 209/2005) al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale (biologico e morale) da lui subito a seguito del sopra descritto sinistro. L'azione viene rivolta contro il conducente dell'automezzo, contro la Società srl X, in qualità di proprietario dell'automezzo e contro la compagnia di assicurazione per danni da RCA del suddetto automezzo. Costituendosi, la compagnia assicurativa, contesta, oltre alla giurisdizione del giudice italiano per essersi il sinistro verificato in Belgio (all'estero), anche l'applicazione della legge italiana e in particolare dell'art. 141 codice delle assicurazioni. Contesta, altresì, e particolarmente la propria legittimazione passiva in quanto il sinistro è da imputarsi esclusivamente al conducente del veicolo belga, con conseguente insorgenza dell'obbligo risarcitorio solo a carico dell'assicuratore di costui. Contesta, in subordine, la determinazione dell'ammontare del danno risarcibile, ipotizzando un concorso di colpa del danneggiato ai sensi dell'art. 1227 c.c.

Restano contumaci il conducente dell'automezzo e la compagnia assicurativa.

Costituendosi, la Srl X proprietaria dell'automezzo, contesta sia la giurisdizione del giudice italiano, essendosi il sinistro verificato in Belgio (all'estero), sia la propria legittimazione passiva [all'azione di risarcimento del danno], dovendosi l'illecito imputare esclusivamente al conducente del veicolo belga, e propone chiamata di terzo in garanzia ex art. 106 e 269 cpc, convenendo: 1. la società di assicurazione

del veicolo belga, con sede legale in Belgio; 2. la società, con sede legale in Milano, quale mandatario designato in Italia dalla società di assicurazione belga ai sensi dell'art. 3 d.lgs. 190/2003 [ora art. 25 d.lgs. 209/2005 n.d.r.]; 3. il conducente e proprietario del veicolo belga che risulta essere un cittadino italo-belga, residente e domiciliato in Belgio.

Sulla chiamata in causa dei suddetti terzi la Srl X fonda la propria domanda di estromissione dal giudizio e di identificazione del proprietario dell'autoveicolo belga quale unico ed esclusivo responsabile del sinistro per cui è causa, chiedendone conseguentemente: a) la condanna, in solido con la compagnia assicurativa belga e la mandataria italiana, al risarcimento di tutti i danni materiali subiti dal proprio autoveicolo, formulando sul punto una domanda autonoma; b) la condanna, in solido con la compagnia assicurativa belga e la mandataria italiana, al risarcimento di tutti i danni personali subiti dal danneggiato attore; c) in subordine, e in caso di accoglimento della domanda attrice, la condanna in solido di tutti i terzi chiamati a manlevare e tenere indenne essa stessa Srl X da ogni peso e conseguenza derivanti a suo carico dal giudizio.

Restano contumaci il proprietario dell'autoveicolo belga e la compagnia assicurativa belga mentre si costituisce la mandataria italiana di quest'ultima, contestando sia la giurisdizione del giudice italiano sia la propria legittimazione passiva in quanto mandataria non dotata di poteri di rappresentanza in giudizio del proprio mandante. Contesta, infine, la dinamica stessa del sinistro, sostenendo che il danneggiato abbia subito i danni mentre scendeva dal camion e non a seguito dell'impatto con il veicolo belga.

A seguito della ammissione dei terzi chiamati in causa dalla convenuta proprietaria dell'automezzo, il danneggiato, nella comparsa conclusionale e nella memoria di replica, fa esplicita richiesta di estensione ai suddetti terzi della propria domanda di condanna in solido ex artt. 2043 e 2054 c.c. al risarcimento dei danni subiti, sempre in cumulo processuale con l'azione diretta ex art. 141 cod. ass. contro l' assicuratore dell'automezzo.

L'istante riafferma, altresì, la sussistenza della giurisdizione italiana anche nei confronti della società mandataria dell'assicuratore belga, sottolineando che le domande principali [proposte cumulativamente] sono quelle ordinarie ex artt. 2043 e 2054 c.c. e quella diretta ex art. 141 cod. ass., e sono tutte contro convenuti domiciliati in Italia. In ragione di ciò può applicarsi l'art. 6, co. 1, n. 2, Convenzione di Bruxelles del 1968, secondo cui «qualora si tratti di un'azione di garanzia o di una chiamata di un terzo nel processo, il convenuto può essere citato davanti al giudice presso il quale è proposta la domanda principale». A supporto l'attore cita pronunce della Corte di Cassazione a Sezioni unite che sostengono la possibilità ai sensi dell'art. 6, co. 1, n. 1 Convenzione di Bruxelles, di convenire davanti ad un

giudice italiano tutti soggetti responsabili di un sinistro avvenuto all'estero purché almeno uno di essi sia domiciliato in Italia (n. 86/2000) e, nel caso di chiamata di terzo in garanzia, purché si tratti di chiamata in garanzia propria (n. 5978/2007): ciò perché deve escludersi che il cumulo soggettivo sia pretestuosamente realizzato al solo fine di determinare lo spostamento della competenza giurisdizionale per ragioni di connessione, allorquando dalla prospettazione della domanda - la cui fondatezza costituisce questione di merito - ciascun convenuto non risulti estraneo alla pretesa fatta valere in giudizio.

3. Le questioni.

La vicenda appare da subito particolarmente complessa sia sul piano processuale che su quello sostanziale, avendo riguardo, in primis, alla giurisdizione compentente, alla legge sostanziale appicabile, alle regole di diritto internazionale privato. A ciò si aggiungono le problematica di diritto intertemporale in quanto l'illecito si è verificato nel 2003, l'azione di risarcimento è stata proposta nel 2006 e il giudizio si è protratto per 12 anni.

Le questioni da affrontare vanno, dunque, dall'individuazione ratione temporis delle fonti normative di riferimento all'accertamento della legge sostanziale applicabile. Ove tale legge fosse quella belga, è necessario individuare le disposizioni della medesima che disciplinano la responsabilità da circolazione stradale dei veicoli, con specifico riferimento ai criteri di attribuzione della responsabilità tra conducente e proprietario del veicolo. Va chiarito se sussistono presunzioni di responsabilità o di colpa, quale siano i diritti del terzo trasportato e come si ripartisce l'onere probatorio tra le parti nonché quali siano i criteri di risarcibilità e di liquidazione del danno a cose e persone, verificando l'ammissibilità della liquidazione equitativa. Vanno focalizzate le voci di danno patrimoniale e non patrimoniale risarcibili con riguardo alla liquidazione del danno biologico e morale. E' opportuno chiarire quale sia l' onere probatorio gravante sulle parti in ordine alle singole voci di danno risarcibile e quali siano criteri di accertamento del nesso causale in tema di illecito extracontrattuale con specifico riferimento all'ipotesi di concorso colposo del danneggiato nella causazione del danno (analogamente a quanto previsto dall'art. 1227 c.c.).

Se poi si considera il ruolo della giurisprudenza nella concreta applicazione delle norme sopra menzionate, si vede come l'analisi si debba necessariamente articolare in numerosi e complicati rivoli interpretativi[1].

1 Per la prospettazione e trattazione di tutte le suddette questioni cfr. quale testo dottrinale di riferimento a livello dottrinale Bianca, C.M.: *La responsabilità*, Diritto Civile V, III, Ed., Giuffré, Milano, 2021.

II. QUALIFICAZIONE DEL SINISTRO.

Appare opportuno qualificare, in primo luogo, la tipologia di sinistro verificatosi tra veicoli coinvolti, deducendola dai dati normativi vigenti ratione temporis a livello nazionale e, soprattutto, europeo ed internazionale al fine di comprendere se sussista la giurisdizione italiana e quale sia il diritto applicabile.

Il sinistro oggetto del presente giudizio si è verificato all'estero, in Belgio e vede coinvolti due veicoli, uno italiano con conducente, proprietario e assicuratore italiani, e uno belga, con conducente-proprietario e assicuratore belgi. Il danneggiato è italiano e viaggiava quale terzo trasportato/autista di riserva sul veicolo italiano.

La questione della qualificazione dell'avvenuto sinistro come sinistro italiano ovvero estero nelle prospettiva dell'azione giudiziale del danneggiato terzo trasportato appare avere carattere pregiudiziale (cfr. art. 6, l. 218/1995) rispetto a tutte le altre in quanto da tale qualificazione dipende l'individuazione del complesso disciplinare applicabile al sinistro, e nel caso di specie codesta individuazione appare complessa dato che l'attore, nella formulazione sia inziale sia definitiva della propria domanda, ha proposto cumulativamente[2] azioni diverse (quelle ordinarie della responsabilità civile ex art. 2043-2054 e quella ex art. 141 cod. ass.) che presuppongono un certo tipo di sinistro, quello di diritto italiano (v. infra), e le ha estese ad una molteplicità di soggetti, (proprietari e conducenti italiani e stranieri, responsabili civili italiani e stranieri, assicuratori italiani e stranieri, mandatari dell'assicuratore straniero), chiedendone la condanna in solido al risarcimento del danno subito.

Si tratta, dunque, in primo luogo di verificare, rispetto alla tipologia di sinistro verificatosi, e in una prospettiva di fase giudiziale[3], quali delle azioni possano essere effettivamente proposte da parte del danneggiato, davanti a quale giudice e nei confronti di quali soggetti tra i molti convenuti direttamente o per estensione della domanda ex art. 106 e 269 cpc., inquadrando, poi, azioni e legittimati passivi delle medesime nell'ambito degli istituti corrispondenti del diritto straniero (eventualmente) applicabile alla fattispecie in esame.

1. I dati normativi rilevanti.

Da questo angolo visuale i dati normativi rilevanti ai fini della individuazione della tipologia di sinistro in esame sono nazionali, europei ed internazionali e

2 Sulla ammissibilità di questo cumulo tra le azioni ordinarie ex artt. 2043 e 2054 c.c. e art. 141 cod. assi. si dibatte in dottrina ma – come vedremo – non vale qui la pena soffermarsi in quanto la questione non rileva per la soluzione dei quesiti posti: v. infra.

3 I sinistri generano sempre una fase stragiudiziale in base alla quale possono essere altresì classificati ma nell'economia della presente indagine questa fase risulta superata dall'avvio – nei tempi e modi previsti dalle legge della fase, in quanto sono state adempiute le formalità richieste dall'art. 22 l. 990/1969, norma vigente al momento del verificarsi del sinistro nell'ottobre del 2003.

vanno identificati tenendo conto del momento in cui il sinistro si è verificato (23 ottobre 2003) e del momento in cui è stato introdotto il presente giudizio (2 febbraio 2006), vale a dire nel periodo sommariamente indicato come 2003-2006.

Nel suddetto periodo 2003-2006 vengono in considerazione norme di fonte nazionale di vario livello:

- la l. n. 218/1995, con specifico riguardo all'art. 62 mentre NON si applica il Regolamento CE n. 864/2007 (c.d. Roma II) del Parlamento europeo e del Consiglio[4];

- il d. lgs. 209/2005[5], c.d. codice delle assicurazioni private, e in part. gli artt. 122, 125-126; 141-145-148; 149-150; 151-155; 296-301;

- il D.P.R. 18 luglio 2006 n. 254 e il Reg. ISVAP 23 maggio 2006 n. 3;

- la c.d CARD[6] e il d.m. 31 agosto 2012 sul nuovo statuto dell'UCI;

4 Gli artt. 31 e 32 del Reg. 864/2007 (c.d. Roma II) espressamente stabiliscono che esso si applica ai fatti verificatisi dopo la sua entrata in vigore, vale a dire a far data dall'11 gennaio 2009, eccezion fatta per l'art. 29, che si applica a decorrere dall'11 luglio 2008. Tuttavia, come si tenterà di chiarire, al Reg. (CE) 864/2007 può farsi riferimento per i principi ispiratori che sono da considerarsi comunque funzionali all'interpretazione delle norme vigenti all'epoca del sinistro, tenendo conto della durata del processo e, dunque, del fatto che la questione viene affrontata in sede giudiziale in un momento di molto successivo al suo verificarsi. Ferma restando, però, come detto, l'inapplicabilità in senso tecnico delle norme regolamentari ratione temporis.

5 Si segnala l'orientamento, espresso da autorevoli rappresentanti della magistratura e sostanzialmente condiviso a livello giurisprudenziale e dottrinale, secondo cui le norme del codice delle assicurazioni si applicano anche ai sinistri verificatisi prima del 1° gennaio 2006 purché le azioni da parte del danneggiato siano proposte successivamente a tale data: in tal senso Scotti, U.: "Il risarcimento del terzo trasportato", intervento svolto durante l'incontro di studio sul tema La responsabilità civile da circolazione stradale: aspetti processuali e sostanziali, organizzato dal CSM, Roma 20-22 ottobre 2008 [https://www.personaedanno.it/circolazione-stradale/il-risarcimento-del-terzo-trasportato-uberto-scotti]. Tale orientamento appare condivisibile sebbene questa prospettiva con riguardo specifico all'art. 141 cod. ass. non tenga conto di alcuni elementi importanti di cui infra nel testo. Va segnalato, inoltre, che la Corte Cost. ord. 13 giugno 2008, afferma, sebbene in obiter dictum, che il codice delle assicurazioni si applica a sinistri avvenuti dopo il 1° gennaio 2006, sembrando così escluderne l'applicazione a fattispecie successive. Il punto è quindi controverso. In ogni caso, per quanto riguarda la fattispecie in esame, esso non sarà determinante, dato che – come si dirà – l'avvenuto sinistro è soggetto dal punto di vista del diritto sostanziale al diritto belga.

6 Trattasi della Convenzione tra gli Assicuratori per il Risarcimento diretto, stipulata in attuazione dell'art. 13 del D.P.R. n. 254/2006 ed alla quale devono aderire obbligatoriamente tutte le imprese assicuratrici con sede legale in Italia mentre quelle straniere devono presentare richiesta di adesione all'ANIA (Associazione Nazionale Italiana fra le Imprese Assicuratrici) ai sensi dell'art. 2 CARD. L'adesione alla CARD (che deriva automaticamente dall'adesione al sistema del risarcimento diretto), comporta l'adesione anche alla CTT (Convenzione Terzi Trasportati) e al CID (Convenzione indennizzo diretto) che ne sono parti integranti. La CARD ha effetto per i sinistri che si verificano a partire dal 1° febbraio 2007 come previsto nell'art. 45 della medesima in conformità a quanto disposto dall'art. 15 del D.P.R. n. 254/2006.Si segnala per completezza che il 1° marzo 2017 è stata approvata una nuova CARD che trova applicazione per i sinistri avvenuti dal 1° marzo 2017 e che, tuttavia, contempla un art. 34 di eguale tenore rispetto alla pre-vigente versione CARD con l'ulteriore specificazione, ove ce ne fosse bisogno, nella parte della Norma operativa che i sinistri inclusi nell'ambito di applicazione della CARD si estendono esclusivamente a Stato del Vaticano e Repubblica di San Marino. Ciò conferma ci pare tutto quanto si va sostenendo con riguardo all'appartenenza degli artt. 149 e 141 al medesimo sistema del risarcimento diretto applicabile SOLTANTO ai sinistri avvenuti in Italia: v. infra nel testo.

- il d.lgs. 190/2003 (attuativo della c.d. Quarta Direttiva) e, ancor prima, l. n. 990/1969, testi normativi italiani che, pur risultando abrogati dal codice delle assicurazioni a partire dal 1° gennaio 2006, cioè in data anteriore all'introduzione del presente giudizio, conservano, tuttavia, rilevanza per la disciplina della fattispecie in esame[7].

Del pari rilevanti sono le seguenti norme di fonte europea: - la Direttiva 2000/26/CE (c.d. Quarta Direttiva) come modificata dalla Direttiva 2005/14/CE (c.d. Quinta Direttiva)[8];

- il Regolamento (CE) 44/2001 (c.d. Bruxelles I) del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. I Regolamento c.d. Bruxelles I ha interamente sostituito a partire dal 1° marzo 2002, la Convenzione di Bruxelles, 27 settembre 1968, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge n. 804/1971, cui espressamente rinvia l'art. 3, co. 2, l. n. 218/1995. A partire dal 1° marzo 2002 ogni riferimento a tale Convenzione si intende fatto al presente Regolamento (cfr. art. 68, co. 1 e 2, del Regolamento)[9].

Vengono, altresì, in considerazione norme internazionali:

l'Accordo relativo allo Spazio Economico Europeo (SEE)[10], che comprende attualmente i 31 paesi (vale a dire: tre dei quattro paesi aderenti all'Associazione Europea di Libero Scambio – AELS: Islanda, Liechtenstein e Norvegia, senza la Svizzera - e i 28 paesi membri dell'Unione europea);

il c.d. Sistema Carta Verde, vale a dire un insieme di accordi cui aderiscono gli Stati membri dell'UE ed altri Stati specificamente identificati e noti[11].

7 Cfr. supra nota 4, in cui appunto si segnala sinteticamente il dibattito sulla retroattività o meno del codice delle assicurazioni.

8 Le Direttive europee erano in vigore al momento del verificarsi del sinistro o al momento dell'avvio della procedura giudiziale in oggetto, sebbene siano state successivamente abrogate dalla Direttiva 2009/103/CE che ne riproduce comunque il contenuto e alla quale va fatto riferimento secondo la tavola di concordanza dell'Allegato II della Direttiva medesima.

9 Va invece esclusa formalmente l'applicazione del Reg. (CE) 1215/2012 (c.d. Bruxelles I bis), sostitutivo del suddetto Regolamento (CE) 44/2001, perché l'art. 66, co. 1 e 2 del nuovo Regolamento ne prevede l'applicazione soltanto ai sinistri e ai procedimenti verificatisi e iniziati dopo il 10 gennaio 2015. Sebbene, al pari di quanto già detto per il Regolamento c.d. Roma II, al Reg. (CE) 1215/2012 possa farsi ferimento per i principi ispiratori che sono da considerarsi comunque funzionali all'interpretazione delle norme vigenti all'epoca del sinistro, tenendo conto della durata del processo e, dunque, del fatto che la questione venga affrontata in sede giudiziale in un momento di molto successivo al suo verificarsi.

10 Decisione 94/1/CE, CECA del Consiglio e della Commissione, del 13 dicembre 1993 e successive modifiche.

11 http://www.ucimi.it/it_IT/carta-verde.

2. Sinistri italiani e sinistri esteri: le diversità disciplinari.

Avendo riguardo al complesso dei dati normativi individuati, può affermarsi ragionevolmente che nel nostro ordinamento, sia al momento del verificarsi del sinistro (23 ottobre 2003) sia al momento della proposizione del giudizio (2 febbraio 2006), vale a dire sia prima sia dopo 1° gennaio 2006, data anteriore alla proposizione del giudizio da parte del danneggiato, i sinistri tra veicoli sono classificabili al livello nazionale ed europeo in due grandi macro aree, che presentano corpi disciplinari distinti:

A. i sinistri italiani (avvenuti in Italia);

B. i sinistri esteri (avvenuti all'estero), denominati anche transfrontalieri o cross-border.

I sinistri italiani si distinguono a loro volta in: a) sinistri in cui sono coinvolti solo veicoli italiani e b) sinistri tra veicoli italiani e veicoli stranieri; c) sinistri tra veicoli stranieri. Ognuna di queste sottocategorie presenta le sue specificità disciplinari. Il sinistro estero in senso proprio si articola a sua volta in numerose sottocategorie[12] che tengono conto delle variabili connesse ai suoi elementi costitutivi (quali, ad esempio: - a) tipologia del Paese - Stato membro o Stato terzo - in cui ha avuto luogo il sinistro; - b) nazionalità e residenza dei soggetti coinvolti; - c) luogo di immatricolazione/registrazione del veicolo coinvolto, che, a sua volta, può essere o non essere assicurato). Ognuna delle varianti di sinistro estero presenta delle particolarità disciplinari ma nella presente CTU l'attenzione è limitata alla categoria dei «sinistri avvenuti in uno Stato membro diverso da quello di residenza del danneggiato, provocati dall'uso di veicoli che sono assicurati e stazionano abitualmente in uno Stato membro» (art. 151, co. 1, e 153, co. 1, cod. ass. e, prima del 1° gennaio 2006, art. 2, co. 1, d.lgs. 190/2003 attuativo della c.d. Quarta Direttiva).

Più dettagliatamente, dall'analisi della disciplina applicabile alle due macro aree di sinistri come sopra individuate, risulta quanto segue.

12 C'è chi ne ha individuate ben 6 ma – a nostro avviso – potrebbero essere anche di più: cfr. Savoia, R.: " I sinistri avvenuti all'estero che vedono coinvolti veicoli di soggetti residenti in Italia", *Il civilista,* 2010, fasc. 9, che parla di: 1. Sinistri avvenuti in un Paese del Sistema Carta Verde con un veicolo immatricolato e assicurato in un altro Stato aderente allo Spazio Economico Europeo [cui va ascritto il sinistro oggetto della presente indagine]; 2. Sinistri avvenuti in un Paese del Sistema Carta Verde con un veicolo non immatricolato in un Paese dello spazio economico europeo; 3. Sinistri avvenuti in un Paese dello spazio economico europeo [30 stati] con un veicolo di cui risulti impossibile l'identificazione; 4. Sinistri avvenuti in un Paese dello spazio economico europeo con un veicolo di cui risulti impossibile, entro 2 mesi dal sinistro, identificale l'impresa di assicurazione; 5. Sinistri avvenuti in un Paese dello Spazio economico europeo aderente alla Convenzione 6/11/08 (19 stati Austria, Belgio, Bulgaria, Cipro, Repubblica Ceca, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Spagna, Slovacchia, Slovenia) con veicoli con targa del Paese in cui è avvenuto il sinistro assicurati con l'impresa in liquidazione; 6. Sinistri avvenuti in un Paese estero non aderente al Sistema della Carta Verde, provocato da un veicolo identificato.

3. Sinistri italiani.

I sinistri italiani sono sinistri avvenuti in Italia e, dunque, soggetti in tutto e per tutto al diritto sostanziale italiano, e sono distinguibili a loro volta nelle sottocategorie di:

a) Sinistri tra veicoli italiani su cui viaggiano cittadini italiani immatricolati e assicurati in Italia (nello Stato del Vaticano e nella Repubblica di San Marino), soggetti a:

giurisdizione del giudice italiano e

per le regole di diritto sostanziale a:

regole ordinarie della responsabilità civile presenti nel codice civile (artt. 2043-2054-2055 cod. civ.);

codice delle assicurazioni del 2005, con specifico riguardo – per quello che qui maggiormente interessa - alla procedura del c.d. risarcimento diretto ex art. 149-150 cod. ass.[13] e D.P.R. n. 254/2006 che ne rappresenta l'attuazione insieme alla Convenzione CARD, di cui rilevano in particolare gli artt. 1 e 2;

alla procedura di risarcimento diretto del trasportato verso l'assicuratore del vettore ex art. 141 cod. ass. come risulta chiaramente dall'art. 34 della CARD che limita l'ambito di applicazione della CARD, nella Parte Terza, corrispondente alla CTT (Convenzione terzi trasportati), ai sinistri verificatisi in Italia tra due o più veicoli a motore identificati e coperti da assicurazione obbligatoria ai sensi del cod. ass., e riguardanti i danni subiti dal trasportato, purché gestito in Italia.

b) Sinistri c.d. UCI, tra veicoli immatricolati Italia (nello Stato del Vaticano, nella Repubblica di San Marino) su cui viaggiano cittadini italiani, e veicoli immatricolati o registrati all'estero e assicurati con compagnia straniera su cui viaggiano cittadini stranieri, soggetti a:

- giurisdizione del giudice italiano in caso di danneggiato italiano;;

13 Trattasi della procedura/sistema di risarcimento/indennizzo diretto che dal 1° febbraio 2007 (cfr. art. 15, co. 1, D.P.R. n. 254/2006) in caso d'incidente stradale consente agli assicurati danneggiati non responsabili (o parzialmente non responsabili) di essere risarciti direttamente dal proprio assicuratore. Tale procedura/sistema non va confusa con il sistema dell'azione diretta ex art. 144 cod. ass. che consente al terzo danneggiato di agire direttamente contro l'assicuratore del responsabile civile (v. infra nel testo). Le procedure di risarcimento/indennizzo diretto prescindono dalla colpa del soggetto onerato dell'obbligo risarcitorio, imponendo così delle camere di compensazione tra assicuratori dei soggetti coinvolti. Al contrario il sistema o procedimento dell'azione diretta (art. 144 cod. ass. e art. 151-153 cod. ass.) è fondato sull'attribuzione ex lege al danneggiato di un diritto di richiedere il risarcimento in fase stragiudiziale e di un diritto a proporre l'azione per il risarcimento del danno direttamente verso l'assicuratore del responsabile civile, vale a dire verso colui che è considerato soggetto cui imputare il sinistro, cioè colpevole del danno prodottosi.

- a giurisdizione straniera in applicazione del criterio del c.d. forum actoris (artt. 9, 11 Reg. CE 44/2001)[14]: giurisdizione del giudice dello Stato in cui è domiciliato il danneggiato in caso di danneggiato straniero che proponga azione diretta verso l'assicuratore del danneggiante italiano presso i tribunali dello Stato in cui lo stesso danneggiato straniero è domiciliato.

Essendo presente nella fattispecie un elemento di estraneità (la nazionalità non italiana di almeno uno dei soggetti e dei veicoli coinvolti), tali sinistri sono soggetti per la determinazione della legge sostanziale applicabile all' art. 62, co. 1, l. 218/1995 e, dunque, all'operatività del criterio della c.d. lex loci commissi delicti, che è dunque la legge italiana, con conseguente individuazione del diritto sostanziale:

nelle regole ordinarie della responsabilità civile del codice civile italiano (artt. 2043, 2054, 2055 c.c.) con l'unica particolarità della legittimazione passiva dell'UCI per conto di assicurato, responsabile civile e assicurazione stranieri convenuti dal danneggiato italiano[15];

i. nel codice delle assicurazioni (d. lgs. N. 209/2005) con specifico riguardo agli artt. 125 e 126 in caso di danneggiato italiano (ma anche straniero, essendo state ritenute norme di applicazione necessaria da Cass., sez. III, 18 maggio 2012, n. 7932).

A tali sinistri c.d. UCI non sono applicabili:

i. né la procedura del risarcimento diretto ex art. 149 che, per espressa previsione normativa (artt. 149, co. 2;. 150, co. 2, cod. ass. e art. 4 D.P.R. n. 254/2006), risulta limitata ai sinistri sub a), cioè a quelli tra veicoli italiani;

ii. né la procedura di risarcimento diretto dell'art. 141 cod. ass. in favore del terzo trasportato in quanto le imprese straniere, anche se operanti in Italia, non hanno obbligo di adesione alla CARD (e dunque alla CTT- Convenzioni terzi trasportati) e tale adesione rappresenta, invece, una condizione di applicazione della procedura medesima così come di tutte le procedure di risarcimento diretto:

14 V. sul punto infra nel testo e nota 27.

15 A oggi sono 34 Paesi i cui veicoli esteri che causino sinistri in Italia ricadono in via automatica sotto la procedura in esame. L'elenco completo si trova nell'art. 5 del decreto 1 aprile 2008, n. 86 del Ministero dello Sviluppo Economico.

in tal senso Giudice di Pace di Busto Arsizio, 21 maggio 2015 n. 293[16] nonché l'opinione maggioritaria nella dottrina soprattutto forense[17].

c) Sinistri tra veicoli immatricolati all'estero e assicurati con compagnia straniera su cui viaggiano solo cittadini stranieri, che sempre nel periodo 2003-2006[18], sono soggetti a:

giurisdizione del giudice dello Stato in cui è domiciliato il danneggiato in caso di azione diretta del danneggiato verso l'assicuratore del danneggiante in applicazione del già menzionato criterio del c.d. forum actoris (artt. 6, n. 2, 9, 11 Reg. CE 44/2001)[19], oppure del luogo dell'evento, vale a dire l'Italia (art. 10, Reg. CE 44/2001);

16 In *Archivio della circolazione e dei sinistri stradali*, n. 12 del 2015, 1076, in cui si nega l'applicabilità dell'art. 141 cod. ass. in favore del terzo trasportato, qualora costui, in un sinistro avvenuto in Italia, si trovi su veicolo italiano tamponato da un veicolo immatricolato all'estero e assicurato con compagnia straniera. La decisione è motivata facendo leva su una visione unitaria di tutti i risarcimenti diretti previsti dal codice, affermando che l'operatività degli stessi è subordinata al regolamento attuativo, il D.P.R. n. 254/2006, che impone l'obbligatorietà dell'adesione al c.d. sistema dell'indennizzo/del risarcimento diretto, vale a dire, in sostanza, alla Convenzione CARD.

17 In ambito forense l'opinione maggioritaria fa rilevare come la non obbligatorietà dell'adesione alla CARD dell'assicuratore straniero impedisca o, quantomeno renda altamente problematica l'applicabilità dell'art. 141 cod. ass. e, quindi, anziché cercare di sostenerne a tutti i costi l'operatività senza eccezioni, al trasportato converrà chiedere i danni all'UCI e al responsabile civile ivi domiciliato, optando per la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 141 cod. ass. in combinato disposto con l'art. 126 cod. ass. (cfr. Corte Cost., ord.ze, nn. 205/08 e 440/08), lettura che affianca l'azione diretta del terzo trasportato alle azioni codicistiche ordinarie di responsabilità civile (così Benevento, A.: "Incidenti con veicoli esteri: chi paga il trasportato", http://www.assicuriamocibene.it/2015/02/03/incidenti-con-veicoli-esteri-chi-paga-il-trasportato/, il quale tra l'altro, evidenzia come nei casi dei sinistri UCI anche quest'ultimo non aderisce alla CARD/CTT). Altri invece (come Savoia, R.: "I sinistri avvenuti in Italia con controparti estere", in *Il civilista*, 2010, nn. 7-8 (relazione Convegno Verona 22.5.2009, www.renatosavioia.com), affermano l'applicabilità dell'art. 141 cod. ass. ai sinistri c.d. UCI in quanto sinistri italiani, di diritto italiano a tutti gli effetti. E ciò è vero ma è altrettanto vero – a parere di chi scrive - che questa regola di diritto italiano presuppone appunto l'adesione dell'impresa assicuratrice del veicolo coinvolto nel sinistro, al sistema di risarcimento diretto, e quindi alla CARD e che tale adesione si giustifica se l'impresa straniera opera in Italia, secondo le due modalità possibili dello stabilimento e della libera prestazione di servizi, ed offre, quindi, i suoi prodotti in Italia, verosimilmente a cittadini italiani, vale a dire per veicoli immatricolati in Italia. Quindi, l'applicabilità dell'art. 141 ai sinistri sempre avvenuti in Italia tra veicoli italiani e stranieri dovrebbe riguardare un veicolo immatricolato all'estero con una compagnia estera che tuttavia operi anche in Italia e abbia aderito alla CARD. In ogni caso, va rilevato nell'art. 1 della convenzione CARD si legge che lo scopo della CARD e delle convenzioni ad essa collegate (tra cui si colloca la CTT, Convenzione Terzi Trasportati) è appunto quello di definire: «le regole di cooperazione tra imprese assicuratrici in ordine alla organizzazione e alla gestione del sistema del risarcimento diretto e ai rimborsi e alle compensazioni in seguito ai risarcimenti operati ai sensi degli artt. 141, 149 e 150 cod. ass. e D.P.R. 254/2006». L'inclusione in un unico contesto normativo delle fattispecie menzionate, ne attesta – ci pare – la consimile natura giuridica, quali ipotesi di c.d. risarcimento diretto, e dunque applicabili ovvero non applicabili nel loro complesso. Se, dunque, è pacifico che l'art. 149 si applica solo ai sinistri tra veicoli italiani assicurati in Italia con compagnie italiane, probabilmente lo stesso deve dirsi per l'art. 141 cod. ass. tanto più che in tal senso militano, come si vedrà, ulteriori dati normativi: v. infra nel testo.

18 A partire dal 2009 entra in vigore, come già detto (v. supra nota 3) il Reg. (CE) n. 864/2007, c.d. Roma II, e cambiano le regole di diritto internazionale privato rilevanti per l'individuazione della giurisdizione e, soprattutto, del diritto applicabile al sinistro. Il Regolamento Roma II, infatti, diversamente dall'art. 62 l. n. 218/1995, prevede ulteriori deroghe alla regola della lex loci commissi delicti come, ad esempio, quella della scelta delle parti (art. 14), regola questa che può portare all'applicazione del diritto italiano ad un sinistro estero sottoposto ad un giudice italiano ai sensi degli art. 153 cod. ass. e artt. 9 e 11 Reg. CE n. 44/2001: così infatti in Trib. Varese, 13 gennaio 2012 n. 55, reperibile in https://www.renatosavoia.com/news/visual.php?num=82016, di cui si segnala l'importanza in quanto caso di affermazione della giurisdizione italiana per un sinistro estero in forza del criterio del forum actoris.

19 V. sul punto infra nel testo e nota 27.

essendo presente nella fattispecie un elemento di estraneità (la nazionalità non italiana di entrambi i soggetti e dei veicoli coinvolti), tali sinistri sono soggetti per la determinazione della legge sostanziale applicabile all'art. 62, co. 1 e 2, l. 218/1995 con conseguente individuazione del diritto sostanziale ne:

i. legge italiana sulla responsabilità civile (artt. 2043, 2054,2055 c.c.)

e, per quanto non implichi l'adesione alla CARD, al codice delle assicurazioni (d.lgs. 209/2005) in applicazione del criterio della lex loci commissi delicti;

ii. in alternativa, nella legge di uno Stato straniero, qualora i soggetti coinvolti nel sinistro abbiano tutti cittadinanza e residenza in tale medesimo Stato.

Anche ove si applicasse il diritto sostanziale italiano, non sono comunque applicabili:

i. i sistemi del risarcimento diretto ex artt. 149 e 141 cod. ass. per le ragioni già esposte sub b) punto iv), con riguardo ai sinistri tra veicoli italiani e veicoli stranieri.

4. Sinistri esteri (cross-border).

I sinistri esteri sono sinistri avvenuti in paese diverso dall'Italia, tra un veicolo italiano su cui viaggiano cittadini italiani e un veicolo straniero su cui viaggiano cittadini stranieri.

Essi sono regolati, sempre nel periodo gennaio 2003 al 31 dicembre 2005, dalla l. n.990/1969 e, soprattutto, da norme di fonte europea quali la Direttiva 2000/26/CE (c.d. Quarta direttiva) nonché la Direttiva 14/2005/CE (c.d. Quinta Direttiva) di cui il nostro d.lgs. 190/2003 rappresenta l'attuazione.

A partire dal 1° gennaio 2006, trovano, invece, applicazione gli artt. 151-155, 296-301 del cod. ass.[20], anch'esse norme di diritto sostanziale italiano attuative

20 E' doveroso segnalare che Cass., S.U. civili, ord., 11 maggio 2009, n. 10665, presente nella banca dati Lex24 de Ilsole24ore, http://bdprof.ilsole24ore.com, ha escluso l'applicazione retroattiva degli artt. 151-155 cod. ass. e in particolare dell'art. 153 che prevede la possibilità per il danneggiato di agire davanti ai giudici italiani con un'azione diretta contro il mandatario dell'assicuratore del responsabile civile straniero, sostenendo che anche questa azione vada ascritta al sistema del risarcimento diretto dell'art. 149 e necessiti dunque di norme secondarie di attuazione da identificarsi con il D.P.R. n. 254/2006, con la conseguenza di ritenerla applicabile solo ai sinistri verificatisi a partire dal 1° febbraio 2007 (art. 15, DPR suddetto). Ma tale pronuncia non appare in alcun modo condivisibile per l'evidente sovrapposizione che la Suprema Corte realizza fra il sistema del c.d. risarcimento/indennizzo diretto regolato nel Capo III Titolo X del codice assicurazioni e che rappresenta una novità del codice medesimo, con il sistema dell'azione diretta del danneggiato verso l'assicuratore (e il suo mandatario n.d.r.) del responsabile civile in caso di sinistri esteri, regolato dal Capo V Titolo X del suddetto codice, e che, tra l'altro, non contiene se non una trasposizione di regole già presenti nel nostro ordinamento dai tempi della l. 990/1969 (art. 18) e soprattutto dal d.lgs. 190/2003 attuativo della Quarta Direttiva. Ciò è confermato dal fatto che per l'attuazione del Capo V del Titolo X cod. ass. è stato emanato il Reg. ISVAP 23 maggio 2006, mentre non si fa riferimento a codesto Capo V nel D.P.R. 254/2006, che disciplina il risarcimento diretto e che risulta attuativo dell'art. 150 cod. ass., cioè del Capo III. In ogni caso, visto che nel Capo V, artt. 151-153 cod. ass., sono trasfuse, senza sostanziali variazioni, le

delle norme di fonte europea sui sinistri esteri[21], e nelle quali sono contenuti i principi generali della disciplina dei sinistri esteri a livello europeo, disciplina che in linea di massima mira ad agevolare l'esercizio dei diritto al risarcimento del danno subito dal danneggiato.

Sia le norme europee[22] sia quelle italiane di attuazione[23] fanno salve le regole di diritto internazionale privato dei singoli Stati, che, per l'Italia, con riguardo al periodo che interessa (2003-2006), si identificano esclusivamente nell'art. 62 della l. n. 218/1995, applicabile a tutti i sinistri verificatisi anteriormente all'entrata in vigore del Reg. (CE) 864/2007 (c.d. Roma II)[24].

Altrettanto rilevanti per la identificazione delle varie articolazioni di sinistro sono – come già detto - il Sistema Carta Verde e l'Accordo Spazio Economico europeo (SEE), cui rinviano sia le norme europee sia quelle nazionali di attuazione, in quanto l'adesione o meno a questi accordi determina delle diversità disciplinari tra i sinistri esteri (cfr. artt. 122, 151, co. 1 e 2., cod. ass.)[25].

In ogni caso, nonostante le peculiarità disciplinari di ciascuna sottocategoria, i sinistri esteri, in linea generale, si caratterizzano tutti per la diversità tra giurisdizione e diritto sostanziale applicabile[26]:

norme previgenti già citate, quanto detto nel testo conserva validità sia che si ritenga applicabile al sinistro oggetto del giudizio il codice delle assicurazione per il Capo V Titolo X, sia che si ritenga, invece, applicabile il d.lgs. 190/2003 attuativo della c.d. Quarta Direttiva. La Cassazione del 2009 ha piuttosto rilievo per l'affermazione relativa alla proponibilità sul territorio della Repubblica dell'azione risarcitoria da parte del danneggiato italiano nei confronti del mandatario dell'assicuratore del responsabile civile straniero: v. infra par. 3.1.

21 Sottolinea l'origine europea della disciplina dei sinistri esteri Bona, M.: "Sinistri stradali all'estero ed azione diretta in Italia: davvero sussiste la legittimazione passiva del mandatario?", *Resp. civ.* e *previd*., fasc. 4, 2015, pp. 1140 ss.

22 Art. 2, co. 2, Quarta Direttiva e Direttive successive.

23 Art. 122, co. 4, e 151, co. 2, cod. ass; e già art. 2, co.2, d. lgs. 190/2003 e art.1bis l. 990/1969.

24 Il Regolamento c.d. Roma II ha uniformato le norme di diritto internazionale privato nell'UE in materia di obbligazione extracontrattuale, senza abrogare però convenzioni previgenti che restano operanti per sinistri anteriori (art. 28). Tra le convenzioni internazionali di cui sono parti gli Stati membri alla cui applicazione il Regolamento non osta va menzionata la Convenzione de L'Aja del 4 maggio 1971, la quale non è stata ratificata dall'Italia ma lo è stata dal Belgio: v. infra nel testo.

25 Cfr., ad titolo esemplificativo, l'art. 151, co. 1, cod. ass. che prevede l'applicazione degli artt. 152, 296-299, cod. ass., soltanto ai sinistri esteri avvenuti nello Spazio Economico Europeo (SSE). Mentre la possibilità di chiedere il risarcimento al mandatario (almeno nella fase stragiudiziale) è esteso ai sinistri che sono avvenuti in un Paese aderente al sistema Carta Verde (art. 153, co. 1, cod. ass.).

26 Vedi sul punto l'ampia disamina in chiave ampiamente critica dello sdoppiamento tra giurisdizione e diritto applicabile di Bona, M.: "R.c.a. e sinistri transfrontalieri: giurisdizione (tutti a casa propria?) e diritto applicabile (risarcimenti con regole aliene?)", *Danno* e *resp*., 2008, pp. 619 ss., che arriva a prospettare l'opportunità di disapplicare il diritto straniero applicabile, facendone valere il contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost. ove esso non preveda norme sul risarcimento integrale del danno subito; cfr. in particolare, Giudice di Pace Salerno, 29 marzo 2012 n. 3218; Trib. Nola, sez. II civ., 12 aprile 2010 n. 897 e Trib. Milano 11 giugno 1998, precedenti tutti in cui è forte nel giudice la consapevolezza della dicotomia evidenziata nel testo, sebbene con esisti non sempre condivisibili riguardo alla decisione finale sul caso concreto rispettivamente esaminato.

- la giurisdizione è, di regola, in applicazione del criterio c.d. del *forum actoris*[27] quella del giudice del Paese del domicilio/residenza del danneggiato che agisca direttamente contro l'assicuratore del danneggiante/responsabile civile e, dunque, nel caso di danneggiato italiano la giurisdizione sarà quella italiana. L'azione deve considerarsi diretta contro l'assicuratore del danneggiato anche quando l'assicuratore è stato chiamato in garanzia o si destinatario di una chiamata di terzo, davanti al giudice presso il quale è stata proposta la domanda principale, sempre che quest'ultima non sia stata proposta solo per distogliere colui che è stato chiamato in causa dal suo giudice naturale. Così afferma chiaramente l'art. 6, co. 2, Reg. (CE) n. 44/2001 che riproduce quanto era già scritto nella Convenzione di Bruxelles del 1968, art. 6, n.2. Il punto è particolarmente importante nel *case study in* esame (v. infraII, 1.);

- il diritto sostanziale applicabile è – quasi sempre[28] – quello del Paese (straniero) in cui si è verificato il sinistro in applicazione del principio c.d. della *lex loci commissi delicti*[29] oltre – come già detto poc'anzi – a quello italiano attuativo di norme di fonte europea, vale a dire, gli artt. 151-155 cod. ass.

Ne consegue che ai sinistri esteri non si applicano i complessi normativi di diritto sostanziale italiano che presuppongo la soggezione a tale diritto dell'avvenuto sinistro, e dunque non trovano applicazione:

27 Il principio generale del foro del domicilio/residenza del danneggiato (c.d. forum actoris) nei sinistri cross-border è ormai una vera e propria certezza fondata su norme uniformi di fonte europea, vale a dire sul combinato disposto degli artt. 9, par. 1, lett. b) e 11, par. 2 Reg. (CE) n. 44/2001 nonché sul Considerando 11 della Direttiva 2000/26/CE c.d. Quarta Direttiva, sull'art. 5 della Direttiva 2005/14/CE c.d. Quinta Direttiva che aggiunse il Considerando 16 bis alla c.d. Quarta Direttiva (e ancora cfr. il Considerando 32 della Direttiva 2009/103/CE). La regola del *forum actoris* è stata poi sancita da due pronunce: 1. Corte Giustizia CE, Sez. II, 13 dicembre 2007, C-463/06, in *Danno e resp.*, 2008, 619, secondo la quale le norme suddette del Reg. 44/2001 vanno interpretate nel senso che il danneggiato in un sinistro stradale può proporre un'azione diretta contro l'assicuratore del responsabile civile dinanzi al giudice del luogo dello Stato membro in cui esso danneggiato è domiciliato, a condizione che l'assicuratore convenuto sia domiciliato in un altro Stato membro [diverso da quello in cui è domiciliato l'attore-danneggiato n.d.r] e che il diritto nazionale [del giudice adito ovvero dell'illecito v. infra sul punto n.d.r.] ammetta l'azione diretta del danneggiato verso l'assicuratore del responsabile civile>>: 2. Corte di Giustizia CE, Sez. III, 17 settembre 2009, C-347/08. In Italia tale azione diretta contro l'assicuratore del responsabile civile è ammessa chiaramente già dai tempi dell'art. 18 della l. 990/1969 e, successivamente, dall'art. 2, co. 5, d. lgs. 190/2003 attuativo della Direttiva 2000/26/CE - c.d. Quarta Direttiva (il cui contenuto è stato poi riaffermato nel Considerando 32 della Direttiva 2009/103/CE che lo riporta testualmente oltre a riconfermarlo negli artt. 20-26). La norma compare anche nell'art. 6, n. 2 del Reg. CE 44/2001.

28 Secondo l'art. 62 della l. 218/1995, unico applicabile ratione temporis alla fattispecie di sinistro oggetto del presente giudizio, la lex loci commissi delicti potrà essere derogata solo quando i soggetti coinvolti nel sinistro (responsabile del sinistro e danneggiato) abbiano cittadinanza e residenza in un altro identico Paese ma questo caso lo abbiamo escluso ab origine dal raggio di interesse della presente indagine in quanto non riguarda la fattispecie oggetto d'esame che vede coinvolti soggetti di diversa nazionalità e residenza (cittadino italiano e cittadino belga). Ad abundantiam si rileva che i criteri di deroga sono invece parzialmente diversi avendo riguardo al Reg. CE n. 864/2007, art. 4 ma, come detto, esso non si applica al sinistro in esame. Tale art. 4 ha suscitato a sua volta numerosi problemi interpretativi: Corte di Giustizia UE, sez. IV, 10 dicembre 2015 n. C-350-14.

29 E' il diritto sostanziale straniero a regolare i presupposti soggettivi, oggettivi e gli effetti della responsabilità derivante dal sinistro: cfr. Ballarino, T. e Ballarino, E. e Petrelli, I.: *Diritto internazionale privato italiano*, Cedam, Padova, 2016, pp. 291 ss.; Barel, B. e Armellini, S.: *Manuale breve diritto internazionale privato*, Milano, 2016, pp. 282 ss.

i. le regole ordinarie della responsabilità civile presenti nel codice civile italiano (artt. 2043, 2054, 2055 c.c.);

ii. il c.d. sistema del risarcimento diretto ex artt. 149-150 cod. ass. come risulta espressamente dall'art. 4 del D.P.R. 254/2006 e, ancor prima, dallo stesso co. 2, dell'art. 149 cod .ass.;

iii. il c.d. sistema di risarcimento diretto ex art. 141 cod. ass. (azione diretta del trasportato contro l'assicuratore del vettore), così come risulta espressamente dall'art. 34, co. 1, CARD che definisce l'ambito di applicazione della medesima CARD, nella sua Parte Terza relativa alla CTT (Convenzione Terzi Trasportati), ai soli sinistri avvenuti in Italia (dopo il 1° febbraio 2007: art. 45 CARD), tra due o più veicoli identificati e con assicurazione obbligatoria, e riguarda i danni del trasportato, purché gestito in Italia e che si trovata a bordo del veicolo dell'Impresa Gestionaria.

A conferma di questa impostazione va menzionata la pronuncia del Giudice di Pace di Trieste, 11 luglio 2014 n. 413[30] che, in una fattispecie analoga a quella oggetto del presente giudizio, ha dichiarato l'inammissibilità dell'azione diretta ex art. 141 cod. ass., formulata da un terzo trasportato su un veicolo italiano nei confronti della compagnia italiana del vettore per danni riportati in un incidente stradale verificatosi all'estero (nella specie in Slovenia) e provocato da un veicolo sloveno assicurato con compagnia slovena, assoggettando, invece, tale sinistro alla disciplina degli artt. 151-155, 296-301 cod. ass..

Il Giudice di Pace triestino ha dichiarato la mancanza di legittimazione passiva dell'assicuratore del vettore ai sensi dell'art. 141 cod. ass.[31] e lo ha fatto con abbondanza di argomentazioni anche se sarebbe appunto bastato – a parere di chi scrive - menzionare l'art. 34 della CARD/CTT, il quale, limitandone espressamente

30 La sentenza è ad oggi inedita.

31 Nell'art. 141 cod. ass. è contenuta una regola speciale che addossa l'onere risarcitorio alla compagnia del veicolo su cui viaggiava il terzo trasportato, danneggiato nel corso del sinistro, prescindendo dall'accertamento delle responsabilità nella determinazione dell'evento lesivo, vale a dire di una regola di responsabilità oggettiva (o regola indennitaria) dell'assicuratore del vettore che può trovare applicazione solo nello Stato la cui legge la prevede per i sinistri ivi avvenuti. Tutto ciò ovviamente ove il titolo della pretesa del trasportato sia identificato nell'illecito civile. Le cose cambierebbero là dove tale titolo fosse identificato nel contratto di assicurazione del vettore che sarebbe dunque da considerarsi contratto a favore di terzo (il trasportato), condizionato al verificarsi del sinistro anche all'estero o con veicolo estero. Resterebbe, però, pur sempre il problema dell'ultimo comma dell'art. 141 cod. ass., vale a dire del "diritto di rivalsa" dell'assicuratore del vettore verso la compagnia del responsabile civile, diritto che è parte integrante della fattispecie dell'azione diretta del trasportato ex art. 141 cod. ass. e che, come già detto, è subordinato alla vigenza della CARD che appare circoscritta alle compagnie che operano sul territorio italiano e dunque ai sinistri italiani, vale a dire verificatisi in Italia come prescrive lo stesso art. 34 CARD, citato nel testo. Di conseguenza, anche volendo qualificare il titolo della responsabilità da extracontrattuale a contrattuale (o legale, come d'altra parte, è anche per la responsabilità fatta valere ex art. 149 cod. ass.: cfr. sul punto Aventaggiato, V.: "Indennizzo diretto", *Altalexpedia*, http://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2013/12/03/indennizzo-diretto, pubblicata il 25 febbraio 2017, par.4), resterebbe comunque esclusa l'applicabilità dell'art. 141 cod. ass. ai sinistri esteri.

l'applicazione ai sinistri avvenuti in Italia, limita anche l'ambito di applicazione dell'art. 141 cod. ass. di cui rappresenta, in sostanza, il regolamento attuativo.

La profusione di argomenti del giudice di pace triestino[32] si giustifica tenendo conto della necessità di superare il precedente contrario del Trib. Milano, 24 ottobre 2012, n. 11626[33], che verte su fattispecie pressoché identica a quella affrontata dal giudice triestino, risolta in modo opposto, vale a dire ammettendo l'applicabilità dell'art. 141 cod. ass. al sinistro (verificatosi all')estero.

Il giudice di Pace triestino mette opportunamente in risalto le criticità della pronuncia del giudice milanese, sottolineando, come la regola dell'art. 141 cod. ass. rappresenti una «singolarità del sistema di ristoro del codice delle assicurazioni private», vale a dire un istituto specifico del diritto italiano, ed evidenziando, altresì, come il giudice milanese non abbia rilevato che la Convenzione CARD vincola esclusivamente le compagnie assicurative operanti sul territorio italiano che l'abbiano sottoscritta di modo che laddove il sinistro accada all'estero e la responsabilità sia ascrivibile ad uno straniero, la compagnia italiana del vettore, che abbia risarcito il trasportato, non dispone della c.d. rivalsa[34] verso la compagnia estera del responsabile.

A parere di chi scrive, oltre all'omessa considerazione dell'art. 34 CARD, che sarebbe stato invece risolutivo, il passaggio ancora più critico della sentenza milanese del 2012 sta nell'affermazione secondo cui nella fattispecie esaminata, avente ad oggetto un sinistro avvenuto all'estero (in Spagna) tra veicolo italiano e veicolo straniero (spagnolo), con danneggiato terzo trasportato italiano, non sussistono elementi di estraneità all'ordinamento italiano tali da porre un problema di individuazione del diritto applicabile ai sensi della l. 218/1995, essendo italiani sia il danneggiato attore, sia il convenuto assicuratore del veicolo vettore, sia il veicolo vettore che era appunto immatricolato in Italia.

32 Tali argomentazioni spaziano dalla diversità di collocazione sistematica della disciplina del risarcimento del terzo trasportato (Capo III, Titolo X, art. 141 cod. ass.) rispetto a quella dei sinistri avvenuti all'estero (Capo V del Titolo X, artt. 151-155 cod. ass.) che non rinvia né richiama in alcun modo l'art. 141, per focalizzarsi, poi, sul nesso inscindibile tra l'azione del terzo trasportato e il diritto di rivalsa dell'assicuratore del veicolo vettore nei confronti della compagnia assicurativa dell'effettivo responsabile. Tale nesso normativamente posto dall'art. 141, ult. co., cod. ass., equivale ad indicare come presupposto di applicazione dello stesso art. 141. la Convenzione CARD, dato che il suddetto diritto di rivalsa può esercitarsi solo nei limiti e alle condizioni previste dall'art. 150 cod. ass., in esecuzione del quale è stato emanato il D.P.R. 254/2006 di cui la Convenzione CARD (comprensiva della CTT) - che permette alle compagnie aderenti di regolare i loro rapporti con appositi sistemi di calcolo - costituisce a sua volta attuazione.

33 Reperibile nella banca dati www.diritto24.ilsole24ore.com/lex24.

34 Sul punto è stato fatto notare che impropriamente viene utilizzato il termine " rivalsa ", ma tale azione si configurerà come azione di regresso ex articolo 1299 c.c. nel caso in cui è configurabile un concorso di colpa tra i conducenti dei veicoli coinvolti nel sinistro, ovvero come azione di surrogazione legale ex articolo 1203 c.c. nel caso in cui la colpa esclusiva nella causazione del sinistro sia da addebitare al conducente del veicolo diverso da quello sul quale viaggiava il trasportato danneggiato. Riguardo, poi, all'ambito di applicabilità della norma, rileva osservare che l'articolo 141, non distingue tra le varie ipotesi di trasporto, pertanto, la nuova disciplina è applicabile al trasporto di cortesia ed al trasporto contrattuale, sia gratuito che oneroso.

Si vede come tale affermazione non consideri che il solo fatto dell'essersi il sinistro verificato all'estero realizza un elemento di estraneità che impone al giudice che si trovi a doverlo esaminare, l'applicazione delle norme di diritto internazionale privato le quali – nel caso esaminato dal giudice milanese – si identificavano *ratione temporis* in quelle contenute nell'art. 62 l. 218/1995.

L'art. 62, co. 2, l. 218/1995 prevede una deroga alla regola generale della *lex loci commissi delicti* per determinare il diritto sostanziale applicabile, solo qualora l'illecito coinvolga esclusivamente cittadini di un medesimo Stato in esso residenti. Al contrario, il sinistro esaminato dal giudice milanese prevedeva il coinvolgimento di cittadini italiani e stranieri (spagnoli).

Negare questo dato evidente, significa incorrere in un altrettanto evidente errore interpretativo dell'art. 62, co., 2. l. 281/1995, ai sensi del quale per soggetti coinvolti nel sinistro ai fini dell'applicabilità dell'art. 62, co. 2, si intendono il responsabile del sinistro e il danneggiato e non certo l'assicuratore. In altre parole, va escluso, nel caso esaminato dal giudice milanese, che l'assicuratore del vettore sia da considerarsi soggetto coinvolto nell'illecito e, quindi, che la sua nazionalità e la sua sede possano rilevare ai fini dell'applicazione o meno dell' art. 62, co. 2, l. 218/1995[35].

In conclusione, il sinistro esaminato da Trib. Milano 2012 era un sinistro estero in senso proprio, che è stato erroneamente inquadrato come sinistro di diritto italiano, tra l'altro del tipo a) secondo la classificazione proposta sopra al par. 3, vale a dire di quelli cui si applica il sistema del risarcimento diretto in favore del terzo trasportato e che, invece, possono essere soltanto i sinistri avvenuti in Italia (e, tra l'altro, dopo il 1° febbraio 2007) tra veicoli italiani assicurati con compagnia aderente alla CARD/CTT.

Il giudice di Pace di Trieste 2014 ha ben colto la distonia della decisione del Trib. di Milano 2012 rispetto a tutti i dati normativi vigenti ed ai i principi generali di fonte europea in materia di illecito civile/sinistro stradale italiano ed estero, dati su cui – come si è tentato di dimostrare – si fonda la qualificazione e classificazione dei sinistri come sopra delineata e all'interno della quale è opportuno muoversi per l'esame del sinistro oggetto della presente analisi.

35 In tal senso . Cian, G. e Trabucchi, A.: : *Commentario breve al codice civile*, *sub* art. 62 l. 218/1995, Padova, 2007, p. 3920; nello stesso senso anche Ballarino, T. e Ballarino, E. e Petrelli, I.: "Diritto internazionale privato italiano", cit., 290. E ciò appare confermato da Trib. Milano, sez. X, 15 maggio 2013, che ai fini della determinazione del diritto applicabile (quello rumeno) al sinistro avvenuto in Romania, fa esclusivo riferimento alle nazionalità di danneggiante e danneggiato (entrambi rumeni), non dando alcun rilievo alla nazionalità (italiana) dell'assicuratore di uno dei veicoli coinvolti. Il giudice milanese, in una fattispecie analoga a quella in esame, statuisce la giurisdizione italiana, sottoponendo il sinistro alla legge del luogo in cui esso si è verificato.

5. Soluzione al problema della qualificazione del sinistro.

Nel *case study* oggetto d'esame si è in presenza di una fattispecie analoga a quelle oggetto di indagine da parte del Giudice di pace triestino 2014 e del Giudice milanese 2012, vale a dire un sinistro estero in senso proprio, in quanto avvenuto in Belgio tra cittadino italiano con veicolo immatricolato in Italia e cittadino straniero (belga) con veicolo immatricolato in Belgio, in cui il danneggiato è un terzo trasportato italiano. Più precisamente, ove si volesse fare riferimento preciso alle previsioni normative, si è in presenza di un sinistro inquadrabile sia nel I sia nel II comma dell'art. 151 cod. ass. in quanto trattasi di sinistro avvenuto in uno Stato membro diverso da quello di residenza del danneggiato tra veicoli che sono assicurati e che stazionano abitualmente in due diversi Stati membri dell'UE ma anche di sinistro avvenuto in un Paese del Sistema Carta Verde (Belgio è uno dei 44 Paesi che vi fanno parte) con un veicolo immatricolato e assicurato in un altro Stato aderente allo Spazio Economico Europeo (l'Italia fa parte dello SEE)[36]. Entrambe le tipologie di sinistro hanno la medesima disciplina.

In ragione di ciò si vede come il sinistro in esame si inquadri, senza margine di errore, tra quelli soggetti a giurisdizione italiana in applicazione del criterio c.d. del *forum actoris* (artt. 9, 11 Reg. 44/2001 CE) e al diritto sostanziale del *locus commissi delicti* (art. 62, co. 1, l. 218/1995), vale a dire al diritto belga. Non trova infatti applicazione l'art. 62, co.2, in quanto – come detto - per l'individuazione della legge applicabile, rilevano solo le nazionalità e le residenze del danneggiato e del danneggiante nonché i paesi di immatricolazione dei veicoli coinvolti nel sinistro e non rileva, invece, la nazionalità dell'assicuratore dei veicoli coinvolti.

Al sinistro oggetto del presente giudizio non è applicabile il diritto italiano e, dunque, non sono applicabili:

- né le regole ordinarie della responsabilità civile di diritto italiano (artt. 2043, 2054, 2055, c.c.);

- nè l'art. 141 cod. ass. per i motivi sostanziali già espressi[37].

Deve escludersi, pertanto, con riguardo al sinistro in esame, la legittimazione passiva dell'assicuratore dell'automezzo, ex art. 141 cod. ass., senza che ciò ne escluda, tuttavia, in senso assoluto, la legittimazione passiva rispetto alle pretese

36 Tale tipologia di sinistro cross-border (cfr. supra nota 11 in cui si elencano le diverse tipologie di sinistro cross-border) è contemplata espressamente dall'art. 153, co. 1, cod. ass. (v. infra nel testo). In quest'ultima norma si prevede la legittimazione passiva del mandatario dell'assicuratore straniero rispetto alla richiesta di risarcimento del danneggiato italiano ma con riferimento solo alla fase stragiudiziale. Dopo Cass. 10124/2015 tale legittimazione può dirsi estesa anche alla fase giudiziale (v. infra nel testo).

37 E che in ogni caso per il sinistro oggetto di causa resterebbe escluso anche ratione temporis, in quanto la CARD che ne costituisce il regolamento attuativo, riguarda espressamente i sinistri avvenuti a partire dal 1° febbraio 2007 (così il già più volte menzionato art. 45 CARD).

avanzate dal danneggiato terzo trasportato, le quali, invece, possono trovare fondamento – come si dirà oltre - nei diversi complessi normativi di diritto belga[38] alla luce ed in forza dei quali va quindi verificata la suddetta legittimazione passiva.

Del pari va esclusa la legittimazione passiva ex artt. 2043, 2054-55 c.c. del conducente dell'automezzo *alias* veicolo vettore, della società proprietaria di esso veicolo, senza che ciò ne escluda, tuttavia, in senso assoluto, la legittimazione passiva rispetto alle pretese avanzate dal danneggiato terzo trasportato, le quali, invece, possono trovare fondamento – come si dirà oltre - nei diversi complessi normativi di diritto belga alla luce ed in forza dei quali va quindi verificata la suddetta legittimazione passiva.

Nel giudizio in esame l'attore ha, infatti, cumulato due diverse azioni, quella ex art. 141 cod. ass. e quella ex artt. 2043 e 2054-55 c.c., che presuppongono l'una una responsabilità oggettiva dell'assicuratore del vettore e l'altra la responsabilità per colpa dell'autore del danno.

Come detto, il ricorso a queste norme non appare corretto in quanto essere presuppongono la qualificazione del sinistro come sinistro di diritto italiano mentre si è in presenza di un sinistro estero o *cross-border* di cui vanno chiariti giurisdizione e diritto applicabile.

Vanno, quindi, analizzate più dettagliatamente le regole sulla giurisdizione dei sinistri esteri e quelle sostanziali del diritto belga al fine di procedere alla verifica della giurisdizione italiana, della stessa legittimazione attiva dell'attore nonché della legittimazione passiva di tutti i convenuti rispetto alla *tipologia* e al *titolo* delle azioni rivolte contro di essi.

III. GIURISDIZIONE E DIRITTO APPLICABILE.

1. Giurisdizione italiana.

Il sinistro oggetto del case study può qualificarsi come sinistro estero in senso proprio.

Più in particolare, dall'esame di tutti i suoi elementi costitutivi, il sinistro estero oggetto del presente studio può dirsi rientrare - come già detto - nella sottocategoria dei sinistri esteri avvenuti in uno Stato membro diverso da quello di residenza del danneggiato tra veicoli che sono assicurati e che stazionano

38 Questo punto appare molto chiaro alla già citata Trib. Milano, sez. civ., 11 giugno 1998, che sempre con riguardo ad una fattispecie di sinistro estero, afferma che, acclarata la giurisdizione italiana, si dovrà applicare la legge straniera del luogo dove è avvenuto il fatto e in base a tale legge andrà valutata la legittimazione passiva dell'assicuratore italiano.

abitualmente in due diversi Stati membri dell'UE (art. 151, co. 1 e 2, cod. ass. e, prima del 1° gennaio 2006, nell'art. 2, co. 1 d.lgs. 190/2003,).

Per questa tipologia di sinistri esteri è previsto oltre al «diritto di agire direttamente contro l'impresa di assicurazione che copre la responsabilità civile del responsabile» (151, co. 5, cod. ass. e, prima del 1° gennaio 2006, nell'art. 2, co. 5, d.lgs. 190/2003 attuativo dell'art. 3 della Direttiva 2000/26/CE c.d. Quarta Direttiva) anche il diritto di agire contro il mandatario della suddetta assicurazione, designato nel territorio della Repubblica (art. 152, cod. ass., e, prima del 1° gennaio 2006, cfr. Considerando 11 e 15 e art. 4 della Direttiva 2000/26/CE c.d. Quarta Direttiva).

Nella direzione dell'estensione della legittimazione passiva all'azione di risarcimento danni proposta in Italia dal danneggiato di un sinistro estero, anche al mandatario designato in Italia dall'assicuratore straniero, andavano chiaramente già i Considerando 11 e 15 della Quarta Direttiva (almeno sotto forma di auspicio). E', poi, andata la Corte di Cassazione con la già menzionata sentenza n. 10665/2009 interpretativa dell'art. 153 cod. ass.[39], e, ancora più chiaramente e di recente, la Corte di Giustizia UE, sez. II, 10 ottobre 2013, C-306/12[40], che ha interpretato l'art. 21, par. 5, Direttiva 2009/103/ CE.

Infine, da ultimo, rileva Cass. 18 maggio 2015 n. 10124[41] che ha fornito un'interpretazione dell'art. 152 cod. ass. fondata sulla *ratio legis* delle norme europee di cui l'articolo medesimo è attuazione, ammettendo inequivocabilmente, che il danneggiato italiano di un sinistro estero possa convenire direttamente, quale legittimato passivo, nel giudizio di risarcimento del danno, il mandatario in nome e per conto del mandante assicuratore straniero del responsabile civile[42]. Andando in questa direzione la Corte di Cassazione ha di fatto esteso la portata dell'art. 153, co. 1, cod. ass. dalla fase stragiudiziale a quella giudiziale vera e propria.

39 Secondo cui «l'art. 153 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, che, nell'ambito della nuova disciplina dettata dal codice delle assicurazioni private, riconosce ai danneggiati residenti in Italia che abbiano subito un danno derivante da sinistro stradale verificatosi in uno degli Stati aderenti al sistema della "carta verde", e causato da veicoli ivi abitualmente circolanti ed assicurati, il diritto di richiedere il risarcimento del danno anche al mandatario designato dall'impresa assicuratrice straniera nel territorio della Repubblica […]».

40 La sentenza è pubblicata in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 451.

41 Per una disamina attenta delle pronunce europee ed italiane indicate cfr. Bona, M.: "Sinistri stradali all'estero e azione diretta in Italia", cit., pp.1140 ss., che pone in luce come la nostra Suprema Corte n. 10124/2015 sia andata molto oltre rispetto alla Corte di Giustizia UE C-306-12 del 2013, ed abbia ammesso per i danneggiato italiano di un sinistro estero, che abbia proposto l'azione di risarcimento danni in Italia contro l'assicuratore del responsabile civile, non solo la possibilità di notificare la citazione dell'assicuratore presso il suo mandatario in Italia, bensì la legittimazione passiva diretta del mandatario medesimo.

42 Un percorso interpretativo questo che, già all'indomani della già menzionata pronuncia della Corte di Giustizia C-463/06 del 2007 sul forum actoris è stato definito obbligato solo facendo leva sui dati testuali delle fonti europee in materia di giurisdizione nell'ambito delle assicurazioni: Bona, M.: "R.c.a e sinistri transfrontalieri", cit., pp. 626-627.

Sebbene tali pronunce siano intervenute successivamente al verificarsi del sinistro in esame e alla proposizione della relativa azione risarcitoria, esse, nel momento attuale della presente indagine e anche ai fini del giudizio, rappresentano validi parametri interpretativi delle norme vigenti al momento del sinistro che già contenevano la regola oggi chiaramente formulata.

In conclusione: sulla base di quanto fin qui affermato e in linea di prima approssimazione, può dirsi che la giurisdizione italiana rispetto al sinistro in esame sussiste ma non in forza delle norme menzionate da parte attrice, vale a dire l'art. 6, n. 2 della Convenzione di Bruxelles (tra l'altro non più in vigore già dal 1° marzo 2002, vale a dire prima del verificarsi del sinistro in esame, ed a seguito dell'adozione del Reg. CE 44/2001)[43] bensì in forza delle norme europee sul *forum actoris*, presenti negli art. 9 e 11 Reg. CE 44/2001, così come interpretate dalle due importanti sentenze della Corte di Giustizia del 2007 e 2009[44].

Ed infatti ,sebbene il giudizio in esame sia stato introdotto dall'attore contro l'assicuratore del proprietario del veicolo vettore che non era il responsabile civile, nella comparsa conclusionale la domanda di risarcimento è stata estesa, oltre che al responsabile civile straniero, anche all'assicuratore straniero di costui e al mandatario italiano dell'assicuratore straniero.

Ma anche ove si volesse considerare tardiva da parte dell'attore l'estensione della domanda risarcitoria in comparsa conclusionale, deve tenersi in considerazione che la chiamata di terzo rivolta sia al responsabile civile straniero sia all'assicuratore straniero di costui posta in essere dall'originario convenuto nella comparsa di risposta ha esteso automaticamente a costoro la domanda dell'attore che, dunque, risulta, sul piano processuale, come originariamente posta fin dall'inizio contro il responsabile civile/danneggiante straniero e contro l'assicuratore straniero.

Per "azione diretta" ai sensi deve intendersi anche quella esercitata contro l'assicuratore (estero) del veicolo responsabile in virtù dell'estensione automatica della domanda attorea, per effetto della chiamata del terzo posta in essere dal convenuto, come espressamente prevede l'art. 6, n. 2, Reg. n. 44/2001 che riproduce integralmente il testo dell'abrogato art. 6, n. 2 Convenzione di Bruxelles 1968. Si precisa infatti che il principio di cristallizzazione della domanda *ex* art. 183 cpc si applica solo ove sia l'attore a voler chiamare in causa il terzo a seguito delle

43 Il riferimento all'art. 6 e al foro del convenuto da parte dell'attore si spiega tenendo conto del fatto che l'attore ha appunto introdotto il giudizio come se il sinistro oggetto di causa fosse un sinistro di diritto italiano, convenendo oltre al proprietario e al conducente del veicolo vettore, soltanto l'assicuratore del veicolo vettore e non l'assicuratore del veicolo del responsabile civile straniero. Va detto, comunque, che l'art. 6, co. 1, lett. a) e b), Reg. 44/2001, riproduce integralmente, il contenuto dell'art. 6 Convenzione di Bruxelles con specifico riguardo alla estensione del criterio del forum actoris anche in caso di chiamata in garanzia ovvero chiamata del terzov. infra nota 47.

44 Citate supra nota 27.

difese del convenuto (cfr. art. 269, co. 3, cpc). Al contrario, nel caso in cui il terzo sia stato chiamato dal convenuto, tale limite non sussiste ed anzi se il terzo è indicato dal convenuto come soggetto tenuto a rispondere della pretesa dell'attore, la domanda attorea si estende automaticamente al terzo, pur in mancanza di apposita istanza, dovendosi individuare il vero responsabile nel quadro di un rapporto oggettivamente unitario. Se, invece, si tratta di chiamata in garanzia è necessaria un'apposita istanza che, nel caso di specie, tra l'altro, risulta essere stata posta in essere dall'attore nei termini previsti (cfr. Cass., sez. III, 5 marzo 2013 n. 5400).

Ne consegue che la giurisdizione è quella italiana in forza del principio del *forum actoris* che trova applicazione ove si sia in presenza di un'azione del danneggiato italiano verso l'assicuratore straniero del responsabile civile. Nella dottrina forense si sottolinea come il criterio del *forum actoris* (foro del domicilio dell'attore/ danneggiato nel sinistro estero) si sostanzi anche in una regola di competenza territoriale, in quanto esso stabilisce non solo la competenza dei giudici di un certo Stato ma, più specificamente, la competenza dei giudici del *luogo del domicilio* del danneggiato[45].

In conclusione, può dirsi sussistente la giurisdizione del giudice italiano[46], che si sostanzia anche nella competenza territoriale del luogo del domicilio dell'attore.

Da ciò discende l'applicazione delle regole di diritto internazionale privato italiane e, dunque, l'individuazione del diritto del Belgio, Paese in cui si è verificato il sinistro, quale diritto sostanziale applicabile ex art. 62, co. 1, l. 218/1995, *lex loci commissi delicti* [47].

Tuttavia, tenendo conto della molteplicità dei soggetti convenuti nel presente giudizio, la statuizione, in astratto, della possibilità della giurisdizione italiana

45 Cfr. ex multis Bona, M.; "R.c.a e sinistri transfrontalieri", cit., 626, e Savoia, R.: "I sinistri avvenuti all'estero", cit., ibidem, rilevano l'incidenza di questa regola sulla giurisdizione sulle regole della competenza territoriale e della potenziale discriminazione tra danneggiati italiani e danneggiati locali.

46 Si noti che l'attore terzo danneggiato nel sinistro oggetto d'esame ha correttamente adito il giudice italiano del luogo del proprio domicilio ma in realtà nelle sue intenzioni ha adito il giudice del domicilio del convenuto proprietario e del convenuto conducente del veicolo vettore, attraendo in questo foro anche il convento "assicuratore del veicolo vettore" (con sede a Milano) per ragioni connessione (Art. 6 Convenzione Bruxelles 1968): v. *supra* nota 44.

47 In tal senso esemplarmente e in fattispecie di sinistro estero analoga a quella oggetto del presente giudizio Giudice di Pace di Salerno, del 29 marzo 2012 n. 328 applica correttamente e chiaramente il principio del *forum actoris* in un sinistro estero con danneggiato italiano, così come statuito dagli art. 9, par. 1, lett. b) e 11, par. 2, Reg. CE 44/2001, interpretati autenticamente dalle già citate pronunce della Corte di Giustizia UE (v. supra nota..) e dal Considerando 16 bis della c.d. Quarta Direttiva, come modificato dall'art. 5 della Quinta Direttiva, e come recepito nel d.lgs. 190/2003 nonché trasfuso negli artt. 151-155 cod. ass. (d. lgs. 209/2005). Il giudice di pace salernitano afferma che "tale sistema organico di leggi e Direttive comunitarie consente di ritenere sine dubio che il cittadino italiano che abbia subito un sinistro in uno Stato membro diverso da quello della propria residenza, possa convenire in giudizio l'assicuratore straniero davanti al giudice italiano, ferma restando l'applicazione della legge dello Stato in cui si è verificato il sinistro". In linea sull'applicabilità del forum actoris ai sinistri esteri anche Trib. Varese 13 gennaio 2012 n. 55, cit.

lascia comunque insoluto il problema di quali siano[48], in concreto, i soggetti da estromettere e quelli da includere nel giudizio in base al norme sulla legittimazione attiva e passiva dell'azione diretta di risarcimento danni del danneggiato terzo trasportato verso l'assicuratore del responsabile civile straniero e del suo mandatario.

Un contributo decisivo alla soluzione di questo problema viene, infatti, dalla legge sostanziale applicabile al sinistro, che regola non l'ammissibilità in sé dell'azione diretta verso l'assicuratore del responsabile civile (ammissibilità che – come detto - è prevista dal diritto europeo[49] in materia di assicurazione RCA e attuata nei singoli stati membri, vale a dire sia in Italia sia in Belgio: v. par. 4.1) bensì la concreta configurazione e operatività di questa tipologia di azione diretta nel diritto belga.

2. Diritto belga.

Sebbene il giudizio in esame sia stato introdotto contro l'assicuratore del proprietario del veicolo vettore che non era il responsabile civile, nella comparsa conclusionale la domanda di risarcimento dell'attore è stata estesa, a causa delle chiamate di terzo poste in essere dal convenuto (la compagnia assicurativa del veicolo vettore) e dichiarate ammissibili dal giudice, al responsabile civile straniero, all'assicuratore straniero di costui e al mandatario italiano dell'assicuratore. In conseguenza, può dirsi sussistente la giurisdizione del giudice italiano, in quanto l'azione risulta fin dall'origine proposta contro l'assicuratore straniero del responsabile civile straniero e anche contro il suo mandatario italiano.

Salve le considerazioni sull'eventuale sussistenza di un litisconsorzio tra assicuratore e responsabile civile straniero (v. nota 47), va detto che in forza degli artt. 5, co. 1, punto 3), art. 6, co. 1, punti 1 e 2, art. 11, co. 3, del Reg. (CE) 44/2001, anche rispetto al responsabile civile del sinistro, conducente del veicolo straniero, sussiste la giurisdizione italiana. Il Regolamento europeo, infatti, supera il disposto dell'art. 3 della l. 218/1995 in quanto fonte sovraordinata di norme uniformi di diritto internazionale privato.

48 Ci sia può chiedere, ad esempio, se la legittimazione passiva del mandatario italiano dell'assicuratore straniero non comporti anche il litisconsorzio necessario e/o facoltativo con il responsabile civile del danno. Esclude la sussistenza del litisconsorzio con ampiezza di argomentazioni e riferimenti a norme e precedenti stranieri BONA, M.: "Sinistri stradali all'estero e azione diretta in Italia: davvero sussiste la legittimazione passiva del mandatario?", cit., 1140ss. ma sul punto v. infra par. 4.1.

49 Chiaro sul punto Bona, M.: "Sinistri stradali all'estero", cit., pp. 1140ss., là dove scrive che, a partire dalla Quarta Direttiva, passando per la successiva Direttiva 2009/103/CE, la legge che (ai sensi dell'art. 13, par. 3, Reg. (CE) 1215/2012) regola l'azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore è quella speciale di fonte europea, vale a dire in Italia, l'art. 151 cod. ass. (attuativo della normativa UE) mentre resta soggetta all'art. 62 l. 218/1995 (e poi al Reg. (CE) Roma II), la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale. E ciò per evitare conflitti di legge e divergenze tra gli Stati membri in ordine all'esercizio dell'azione diretta contro l'assicuratore del responsabile civile straniero nei sinistri cross-border.

La giurisdizione italiana consente, altresì, di applicare al sinistro l'art. 62, co. 1, l. 218/1995 e dunque di fare riferimento alla legge belga per chiarire i termini e modi di proposizione di questa stessa azione diretta del terzo danneggiato verso l'assicuratore del responsabile civile straniero e tutto quanto attiene alla tutela del danneggiato terzo trasportato secondo il diritto belga.

IV. DIRITTO BELGA DELLA RESPONSABILITA CIVILE PER SINISTRO STRADALE.

1. Ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale.

La legge belga quale legge sostanziale applicabile al sinistro estero oggetto d'esame, in forza dell'art. 62, co. 1, l. 218/1995, regola:

- quali soggetti sono legittimati attivi e passivi delle azioni di responsabilità, con specifico riguardo anche alla legittimazione passiva dell'assicuratore italiano, garante per i danni cagionati all'estero dal veicolo italiano;

- i presupposti oggettivi e soggettivi (condotta, colpa, pregiudizio, nesso di causalità, capacità di commettere illeciti, tipologia di diritto leso);

- gli effetti della responsabilità o conseguenze dell'illecito (tipologia del pregiudizio risarcibile, modalità del risarcimento, entità del risarcimento e/o dell'indennizzo);

- la durata e l'interruzione della prescrizione dell'azione di responsabilità.

In sintesi, l'applicabilità della legge belga al sinistro in esame fa sì che tale sinistro rispetto ad essa sia appunto un sinistro di diritto interno, cioè un sinistro di diritto belga.

Soprattutto, la legge belga regola anche la possibilità di un'azione diretta del terzo trasportato danneggiato verso l'assicuratore del responsabile civile[50].

E', dunque, in primo luogo alle norme di diritto belga che disciplinano tale azione diretta che bisogna fare riferimento oltre che, naturalmente, alle norme codicistiche in materia di responsabilità civile e di circolazione stradale.

50 Ballarino, T. e Ballarino, E. e Petrelli, I.: *Diritto internazionale privato italiano*, cit., pp. 291-293, in cui si precisa che la legge del contratto di assicurazione non può impedire l'azione diretta del terzo danneggiato verso l'assicuratore del responsabile civile, restando tale azione soggetta alla lex loci commissi delicti. In tal senso già Trib. Lucca, 19 luglio 1975, in *Arch. civ.*, 1976, 267 e di recente Corte di Giustizia UE, 9 settembre 2015, causa C-240/14, p.ti 41ss. e dispositivo.

A tale proposito va detto che, in Belgio, il quadro normativo di riferimento si compone di alcuni atti normativi[51] che, in combinato disposto tra loro e complessivamente considerati, consentono la proposizione da parte del danneggiato di un sinistro stradale avvenuto in Belgio e che coinvolga veicoli stazionanti abitualmente all'estero di un'azione diretta nei confronti dell'assicuratore del responsabile civile (*conducteur qui est à l'origine de dommage*) che si fonda sul principio generale della responsabilità per colpa (artt. 13, 14 e artt. 19*bis*-1/19*bis*-18, loi 21 novembre 1989 così come introdotti dalla *loi* 22 août 2002 che vanno comunque coordinati con gli artt. 1382ss. *code civil* belga)[52].

In alternativa, qualora il danneggiato sia qualificabile come *usager faible*, di un'azione diretta contro l'assicuratore che copre la responsabilità del proprietario, del conducente ovvero del detentore di ciascuno dei veicoli coinvolti (*impliqué*) nell'incidente della circolazione da cui è derivato il danno e che dunque configura un regime di c.d. responsabilità oggettiva (art. 29*bis*, *loi* 21 novembre 1989 che va comunque anch'esso coordinato con gli artt. 1382ss. *code civil*)[53].

Ove, poi, il danneggiato intendesse agire contro il conducente, il proprietario o il detentore del veicolo cha ha causato il danno, le norme sostanziali applicabili sarebbero gli artt. 1382-1386*bis code civil* belga.

Avendo riguardo al sinistro in oggetto del *case study*, incentrato tutto sulla qualificazione del danneggiato quale terzo trasportato, vale a dire come *passeggero*, che rientra nella categoria dell'*usager faible*, viene subito in considerazione l'art. 29*bis* della *loi* 21 novembre 1989 che è la legge belga relativa all'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile in materia di veicoli motorizzati che circolano sul suolo stradale (sul contenuto possibile della nozione di *usager faible* v. anche infra).

51 Loi 21 novembre 1989, in M. B., 8 décembre 1989; loi 25 juin 1992, art. 86 che già prevedeva l'azione diretta del danneggiato verso l'assicuratore ; loi 22 août 2002 ; loi 4 avril 2014.

52 Si allude alle norme contenute dall'art. 19bis-1 all'art. 19bis-18 del Chapitre IVbis della loi 21 novembre 1989, come modificata dalla loi 22 août 2002 attuativa, in Belgio, della c.d. Quarta Direttiva. Tale attuazione è stata considerata dalla dottrina belga dissonante rispetto alle intenzione del legislatore comunitario che intendeva limitare il regime dell'azione diretta alle ipotesi di sinistri avvenuti all'estero (nel senso di fuori dal territorio belga) mentre il legislatore belga lo ha esteso anche ai sinistri stradali che si verificano in Belgio e per i quali delle compagni di assicurazione che operano in Belgio sono tenute ad intervenire (così Callewaert, V. e Estienne, N.: *Aspects procéduraux de l'indemnisation et rôle de l'assurance, L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation en Europe*, coll. Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité civile et l'Assurance (Grerca), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 127ss.). Le norme contenute nello *Chapitre IVbis* dovrebbero essere quelle corrispondenti alle norme italiane contenute nel d.lgs. 190/2003 e, poi, negli artt. 151-155 cod. ass., e dunque riguardare le ipotesi di sinistro avvenuto fuori dal Belgio con danno a carico di cittadino belga, e invece corrispondono alle nostre norme relative ai sinistri c.d. UCI (artt. 125-126 cod. ass.), e riguardano ipotesi di sinistro avvenuto in Belgio con veicoli che stazionano abitualmente all'estero, e presuppongono che il danneggiato ad opera del veicolo straniero sia un cittadino belga, così come quelle italiane presuppongono che il danneggiato sia un cittadino italiano.

53 Evidenziano bene questa duplice possibilità Callewaert, V. e Estienne, N., "Aspects procéduraux de l'indemnisation et rôle de l'assurance", *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation en Europe*, cit., 132; e cfr. anche Estienne, N.: "Il risarcimento del danno alla persona in Belgio", reperibile in http://milanosservatorio.it/wp-content/uploads/2016/11/2b-risarcimento-danni-BELGIO-Estienne-IT.pdf.

Va sottolineato che l'introduzione dell'art. 29*bis* nella *loi* menzionata, avviene nel 1994 e la norma risulta in vigore al momento del verificarsi del sinistro in esame nella versione modificata da due successivi interventi normativi, l'ultimo dei quali è entrato in vigore il 3 marzo 2001 e dunque prima dell'ottobre 2003, data cui risale il sinistro in questione[54].

Prima dell'introduzione dell'art. 29*bis* nella suddetta legge, la tutela del terzo trasportato danneggiato in un sinistro della circolazione stradale era affidata alle regole comuni della responsabilità extracontrattuale contenute nel Libro III, Capitolo III, del *code civil* belga, agli artt. 1382-1386*bis*. Tali articoli contengono principi generali di regolamentazione della responsabilità extracontrattuale, indipendentemente dalla tipologia di illecito (sinistro stradale o altro) da cui deriva il danno alla persona.

In particolare, secondo l'art. 1382 *code civil* belga: "qualunque danno dell'uomo che arreca ad altri un danno obbliga colui per colpa del quale è avvenuto a ripararlo". La norma prevede, dunque, una responsabilità per colpa che obbliga la vittima di una danno fisico che desidera essere risarcita a fornire la prova che la causa del danno è dovuta alla colpa di un terzo, dimostrando appunto l'esistenza di una colpa, di un danno e di un nesso di causalità tra colpa e danno, esattamente come accade in Italia secondo la regola generale della responsabilità civile espressa nell'art. 2043 c.c.

Tuttavia, allo scopo di mitigare il rigore dell'art. 1382 *code civil* e di facilitare il risarcimento delle vittime, vari regimi speciali sono stati introdotti dal legislatore belga, e classificati tra le presunzioni di responsabilità ovvero tra le c.d. responsabilità oggettive, vale a dire senza colpa o, che, comunque prescindono dalla colpa effettiva del soggetto ritenuto *ex lege* responsabile e, dunque, obbligato al risarcimento dei danni patiti dal danneggiato.

Tra le norme speciali che istituiscono dei regimi di responsabilità oggettiva (o, secondo alcuni, di regimi di indennizzo diretto)[55] a favore delle vittime di danni

54 Tale articolo è stato introdotto nell'ordinamento belga dalla legge 30 marzo 1994 sulla scia di una legge francese (la loi Badinter) di cui condivideva l'intento: migliorare la situazione delle vittime degli incidenti derivanti dalla circolazione stradale e di accelerare le procedure di risarcimento del danno. Esso è stato poi modificato con le lois 13 avril 1995 e 19 janvier 2001. Non è stato invece modificato da quella che si considera la legge belga di attuazione della c.d. Quarta Direttiva, vale a dire la loi 22 aout 2002 che ha, invece, inciso profondamente, tra gli altri, sul già menzionato art. 19bis della loi 21 novembre 1989, prevedendo norme equivalenti a quelle italiane contenute prima nel d.lgs. 190/2003 e ora negli art. 151-155 cod. ass., le quali conferiscono al cittadino belga danneggiato in un sinistro estero (vale a dire avvenuto fuori dal Belgio) la medesima azione diretta contro l'assicuratore del responsabile civile (straniero) sempre però sulla base del principio della colpa.

55 Ancora dibattuta risulta nella dottrina belga la qualificazione del regime di responsabilità stabilito dall'art. 29*bis*, se si tratti, cioè, di una regola di responsabilità (règle de responsabilité) ovvero un regime specifico di indennizzazione (régime d'indemnisation spécifique): sul punto Jadoul, P. e Eyben, C.: " L'indemnisation automatique des «usagers faibles» dans la jurisprudence de la Cour de Cassation (2000-2007I"), in https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:125598/datastream/PDF_01/view

alla persona si annovera anche l'art. 29*bis* sopra citato. Tale articolo istituisce un regime di risarcimento automatico [diretto *secondo la terminologia giuridica italiana*] a favore degli utenti vulnerabili (c.d. *usager faible*) della strada. Secondo gli orientamenti consolidati nella dottrina e giurisprudenza belghe, gli *usagers faible*s sono, principalmente, i pedoni, i ciclisti e i passeggeri di veicoli motorizzati, ai quali un incidente stradale ha provocato lesioni fisiche o un decesso[56].

Non possono avvalersi dell'art. 29*bis* i conducenti di veicoli motorizzati. In caso di ferite o di decesso, il loro risarcimento resta pertanto disciplinato dal diritto comune della responsabilità civile extracontrattuale (cfr. artt. 1382 ss. *code civil*).

In sintesi, ove ricorrano tutte le condizioni di applicabilità dell'art. 29*bis* della *loi* 21 *novembre* 1989 (su cui *infra* nel testo), i c.d. utenti vulnerabili della strada (o i loro aventi diritto) possono, dunque, ottenere automaticamente (vale a dire senza nessuna prova delle responsabilità dei conducenti o di altri soggetti coinvolti e quindi senza dover provare la colpa del/dei danneggiante/i) la riparazione integrale (100%) dei danni fisici che hanno patito in seguito ad un incidente stradale nel quale è coinvolto almeno un veicolo motorizzato.

L'art. 29*bis* è oggetto di studi e di numerose pronunce giurisprudenziali di merito e di legittimità in quanto la sua applicazione ha dato luogo a numerosi contrasti interpretativi. Dopo aver analizzato il materiale dottrinale e giurisprudenziale in lingua francese relativo alla norma in esame, se ne espongono qui di seguito ed in sintesi le linee applicative che risultano maggiormente condivise in dottrina e, soprattutto, in giurisprudenza[57].

La versione attualmente in vigore dell'art. 29bis prevede, dunque, che in caso di incidente della circolazione stradale che coinvolga (*impliquant*) uno o più veicolo motorizzati, ad eccezione dei danni materiali e dei danni alla persona subiti dal conducente di ciascuno dei veicoli coinvolti, tutti i danni subiti dalle vittime qualificabili come *usagers faible* e i loro aventi diritto (parenti e coniuge) e che risulta da lesioni personali o da morte sono risarciti *con vincolo di solidarietà* dagli assicuratori che coprono la responsabilità del proprietario, del conducente o del detentore dei veicoli coinvolti (art. 29*bis*, § 1).

56 In tal senso De Coninck, B. e Dubuisson, B. : « L'indemnisation automatique des usagers faibles, victimes d'accidents de la circulation. Rapport belge», *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation en Europe*, coll. Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité civile et l'Assurance (Grerca), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 25-45.

57 I testi principali di riferimento sono stati i seguenti: AA.VV., *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation en Europe*, Recueil des travaux du Groupe de de Recherche Européen sur la Responsabilité civile et l'Assurance (Grerca), Bruylant, Bruxelles, 2015 ; Eeman, T.-L. e De Ridder, G. e Naveau, A-M.: *L'article 29bis de la loi 21 novembre 1989*, in *Bull. Ass – De Verz.*, Kluwer, 2008, n. 363, pp. 115ss.; Jadoul, P. e Eyben, C. : «L'indemnisation automatique des «usagers faibles», cit.. A ciò si aggiunga la consultazione dei siti ufficiali per il reperimento on line del materiale legislativo (http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi.pl) e giurisprudenziale belga (https://justice.belgium.be/fr/ordre_judiciaire/cours_et_tribunaux/cour_de_cassation/jurisprudence).

Legittimato attivo all'esperimento dell'azione e*x* art. 29*bis* è solo l'*usager faible* (o i suoi aventi diritto in caso di decesso o incapacità di agire). Legittimato passivo dell'azione può essere solo l'assicuratore/gli assicuratori del/dei veicolo/i coinvolto/i. Là dove si volesse agire contro il responsabile civile (conducente, proprietario o detentore) sarebbe necessario agire secondo il diritto comune della responsabilità da illecito, vale a dire e*x* artt. 1382 e 1383 *code civil.*

L'obbligo di risarcire il danno è posto a carico dell'assicuratore/i del/dei veicolo/i motorizzato/i coinvolto/i, che deve/vono pertanto risarcire la vittima per il solo fatto del coinvolgimento (*implication*) del veicolo assicurato nell'incidente, e ciò anche ove il conducente del veicolo non fosse in alcun modo responsabile del danno prodotto.

Se più veicoli sono coinvolti nell'incidente stradale, gli assicuratori dei diversi veicoli sono tenuti *in solidum* nei confronti della vittima che può agire nei confronti di entrambi e/o scegliere l'assicuratore cui rivolgersi (art. 29*bis*, § 1, al. 1). Questa precisazione è stata introdotta dalla *loi* del gennaio 2001[58] e, in forza di essa, l'assicuratore che ha assunto l'onere dell'indennizzo può recuperare[59] la parte di indennizzo che, in base *all'implicazione* che il veicolo rispettivamente assicurato ha nel sinistro, grava sugli altri assicuratori. Qualora, invece, non sia possibile stabilire su quale assicurato grava la responsabilità del sinistro, l'obbligo di risarcire il danno grava per pari quota su tutti gli assicuratori coinvolti[60]. La responsabilità solidale, *stabilita per legge*, sussiste anche nel caso in cui il conducente di uno dei veicoli coinvolti abbia causato intenzionalmente il sinistro.

58 Prima del 2001 la giurisprudenza belga riconosceva all'assicuratore che ha assunto l'onere dell'indennizzo, vale a dire ha provveduto a risarcire il danno, la possibilità di esperire nei confronti dell'altro/degli altri assicuratore/i un'actione subrogatoire fondata sull'art. 1251, § 3, code civil belga. E comunque a questa norma continua a farsi riferimento in giurisprudenza: Cass. 28 septembre 2012, C.11.0404.N, Cass. 26 janvier 2012, RG C.11.0318.N, Cass. 20 février 2012, RG C.10.0687.F.

59 Sulla natura di questa actione récursoire si veda quanto detto con riferimento al diritto italiano supra nota 33 (le considerazioni possono valere anche con riguardo all'istituto analogo di diritto belga). Va, poi, sottolineato che anche in Belgio diversamente da quanto accade nel diritto italiano, Va, poi, aggiunto che nel diritto belga l'applicazione dell'art. 29*bis* non sia subordinata all'adesione a convenzioni tra compagnie assicurative come invece accade in Italia dato il rinvio contenuto nel codice delle assicurazione a regolamenti attuativi che a loro volta rinviano a convenzioni tra compagnie assicurative che attuano i regolamenti medesimi (v. supra III,1 e III, 2). In particolare, avendo riguardo alla Convenzione belga c.d. IADC/CMRP/ Usagers faibles, applicabile ai sinistri verificatisi a partire dal 1° gennaio 2002 (art. 17), va rilevato come essa rappresenti una modalità di esercizio delle azioni recuperatorie tra compagnie assicurative coinvolte in un sinistro che abbia danneggiato un usager faible. In caso di mancata adesione della compagnia assicurativa si applica, invece, la norma generale dell'art. 1251, § 3 code civil. Alla convenzione possono comunque aderire compagnie anche straniere ed essa si applica ai sinistri avvenuti in Belgio anche tra veicoli non immatricolati in Belgio e purché la vittima del sinistro sia unap persona che abbia la residenza abituale in uno dei Paesi dell'UE. La Convenzione si applica anche ai sinistri avvenuti fuori dal Belgio ma in questo caso solo se i veicoli coinvolti siano immatricolati in Belgio ovvero sia tale l'unico veicolo coinvolto.

60 Cass. 15 septembre 2104, C.14.0116.N : «Il suit des articles 29bis, §1er, alinéa 1er, de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs et 1251, 3°, du Code civil, que, lorsque plusieurs véhicules automoteurs sont impliqués dans un accident de la circulation, les assureurs respectifs sont tenus d'indemniser la victime et de répartir la charge entre eux, en principe, à part égale; celui qui, en application de l'article 1251, alinéa 3, du Code civil, procède à l'indemnisation de la victime dispose d'un droit de recours à l'égard des autres assureurs de la responsabilité, à concurrence du montant payé à la victime qui excède sa part».

Più in generale, sia l'assicuratore sia, eventualmente, nei casi in cui risponde, il *Fonds commun de garantie automobile* sono surrogati nei diritto della vittima contro l'autore del danno, responsabile in diritto comune (art. 29bis, §4).

Deve rilevarsi come l'eventuale *colpa* della vittima nella causazione del sinistro è, in linea di massima, irrilevante sul suo diritto ad ottenere la riparazione integrale del danno fisico subito. L'unica ipotesi in cui la vittima non ha diritto ad essere risarcita è quella della colpa intenzionale, la quale implica che la vittima abbia "*voluto l'incidente e le sue conseguenze*" e che abbia più di 14 anni (art. 29*bis*, § 1, al. 6). In concreto, la colpa intenzionale viene identificata anche nella casistica giurisprudenziale nelle ipotesi di suicidio o all'autolesionismo, prova dei quali deve essere comunque addotta dall'assicuratore tenuto al risarcimento del danno (*debiteur de l'indemnité*) e ciò in conformità alla regola generale stabilita nell'art. 1315 *code civil*.

Neppure il caso fortuito può essere opposto all'*usager faible* qualora il veicolo risulti comunque coinvolto nel sinistro: l'assicuratore resta obbligato e, tra l'altro, non può rivalersi contro il *Fonds commun de garantie automobile*[61] (art. 29*bis*, §1, al. 4). Del pari inopponibili da parte dell'assicuratore del veicolo coinvolto sono la forza maggiore e il fatto del terzo.

L'azione diretta della vittima è rafforzata da un regime di inopponibilità da parte dell'assicuratore di molte delle eccezioni che ineriscono al contratto di assicurazione (art. 87 *loi* 25 juin 1992), salvo quelle di sua invalidità o risoluzione verificatesi prima del verificarsi del sinistro.

Inoltre, va sottolineato come la giurisprudenza di legittimità sia giunta a sostenere la possibilità di cumulo dell'azione *ex* art. 29*bis* e dell'azione generale per responsabilità extracontrattuale *ex* artt. 1382 e 1383 *code civile* là dove il risarcimento ottenuto sulla base dell'azione diretta non fosse sufficiente a coprire l'intero ammontare del danno subito[62]. Ciò significa che il terzo danneggiato che abbia la qualità di *usager faible* può agire con l'azione diretta verso l'assicuratore/i del/i veicoli coinvolti senza dover dimostrare altro se non le condizioni indicate nell'art. 29*bis* e, successivamente, può agire secondo le norme generali della responsabilità civile contro l'assicuratore del responsabile civile del sinistro,

61 Cass. 2 avrile 2007, *Pas*., 2007, 632 e sul punto cfr. De Coninck, B. e Dubuisson, B. : «L'indemnisation automatique des usagers faibles, victimes d'accidents de la circulation. Rapport belge", cit., p. 36, che precisano altresì che solo qualora il danno non possa essere riparato ex art. 29bis (perché trattasi di danno subito dal conducente), il caso fortuito è preso in carico dal Fonds commun de garantie, il quale, in linea generale, può intervenire solo nei casi indicati dall'art. 80 della loi 9 juillet 1975, vale a dire in assenza di assicurazione, veicolo non identificato o rubato, fallimento dell'assicuratore ecc..

62 Jadoul, P. e Eyben, C. : «*L'indemnisation automatique des «usagers faibles» dans la jurisprudence de la Cour de Cassation (2000-2007*)», cit., pp. 23-24.

provandone la colpa e provando il nesso causale tra il suo comportamento e il danno subito.

In linea generale, deve rilevarsi che secondo il § 5 dell'art. 29*bis* le regole generali della responsabilità civile restano applicabili per tutto quanto non è espressamente regolato dall'articolo medesimo, a partire dai danni che, come quelli materiali, non possono essere risarciti in forza dell'art. 29*bis*.

Sui termini di prescrizione dell'azione *ex* art. 29*bis* i riferimenti normativi individuati nell'art. 34, § 2, *loi* 25 *juin* 1992 sull'assicurazione terrestre, in vigore al momento del sinistro in esame, prevedono un termine prescrizionale dell'azione fondata sull'art. 29*bis* di anni cinque, decorrenti dal giorno in cui si è verificato l'evento che ha generato il danno[63]. Si noti, poi, che ai sensi dell'art. 35, §3*bis* *loi* 25 *juin* 1992, la proposizione dell'azione diretta proposta contro l'assicuratore interrompe la prescrizione dell'azione contro il responsabile civile assicurato *ex* artt. 1382-1383 *code civil*[64].

In fine, va posto in risalto come nel diritto belga l'art. 29*bis* sia considerata norma di ordine pubblico in più di una sentenza di legittimità[65]. Da tale qualificazione discendono sia l'obbligo per i tribunali di verificare l'applicabilità dell'art. 29*bis* anche se le parti non vi abbiano fatto riferimento sia la nullità delle clausole contrattuali che escludano questa responsabilità oggettiva[66].

La suddetta qualificazione ha, altresì, portato al consolidamento di un indirizzo interpretativo di c.d. *applicabilité élargie* (applicazione estesa) dell'articolo medesimo, secondo cui esso può trovare applicazione non solo per i sinistri avvenuti fuori dal Belgio ma anche per quelli che, verificatisi in Belgio, abbiano coinvolto una vittima qualificabile come *usager faible* e ciò anche se uno o più dei veicoli coinvolti nel sinistro siano immatricolati all'estero (vale a dire: fuori dal Belgio)[67] e la vittima sia straniera.

63 Più in generale, può dirsi che nel diritto belga, l'azione extracontrattuale per ottenere il risarcimento di un danno alla persona si estingue entro un termine di cinque anni. Questo termine risulta del articolo 2262bis, § 2, code civil, secondo cui Ogni azione in risarcimento di un danno basata sulla responsabilità extracontractuale si estingue dopo cinque anni dal giorno successivo a quello in cui la persona dannegiata ha avuto conoscenza del danno o del suo aggravamento e dell'identità del responsabile. La persona danneggiata ha anche una azione diretta contro l'assicuratore del responsabile (art. 150 loi 4 aprile 2014 sulle assicurazioni.). Il termine di prescrizione di questa azione diretta e anche di cinque anni. Il punto di partenza di questo termine è il "fatto che ha causato il danno" (articolo 88, § 2, loi 4 aprile 2014 sulle assicurazioni). Si veda anche sul tema Calleweart, V. e Estienne, N. : *Aspects procéduraux de l'indemnisation et rôle de l'assurance, L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation en Europe*, cit., pp. 137s.

64 La loi 19 gennaio 2001 ha esteso l'applicazione dell'articolo 29bis agli incidenti stradali che coinvolgono dei veicoli legati ad una linea ferroviaria (treni, tramways, metropolitana), il debito di riparazione essendo qui sostenuto dal proprietario del veicolo su rotaie.

65 Cass. 17 mai 2000, in R.W. 2000-2001, 1056; in *J.I.M.B.*,2000, 1502.

66 Eeman, T.-L. e De Ridder, G. e Naveau, A-M. «L'article 29bis de la loi 21 novembre 1989», cit, p. 117.

67 T.-L. Eeman, G. De Ridder, A-M. Naveau, *L'article 29bis de la loi 21 novembre 1989*, cit., p.127 e ivi in nota riferimenti giurisprudenziali sul punto.

2. Questioni applicative del diritto belga al caso di specie.

Una volta individuate le norme di diritto belga che vengono in considerazione in astratto con riguardo alla fattispecie di sinistro oggetto d'esame, e che sono identificabili, principalmente, nel diritto comune della responsabilità civile (artt. 1383-1383 *code civil*) e nel diritto speciale della responsabilità oggettiva dell'art. 29*bis loi* 21 *novembre* 1989, ne va verificata l'applicabilità in concreto alla fattispecie medesima, tenendo conto anche conto della configurazione complessa della vicenda processuale che è andata assumendo in corso di causa.

In primo luogo, deve affermarsi che nel caso di specie, non essendo contestata[68] la qualifica di secondo autista/terzo trasportato dell'attore), questi rientra nella categoria delle vittime c.d. *usagers faibles* contemplate dall'art. 29*bis* e precisamente in quella di passeggero di veicolo motorizzato (*passager du véhicule automoteur)*. E' stato, infatti, affermato chiaramente dalla Corte di Cassazione belga che non può definirsi conducente il *copilote-navigateur*, assimilabile al secondo autista (*deuxième conducteur*).[69]

Del pari sussistenti e provati appaiono i requisiti dell'*implication* nel sinistro del veicolo sul quale si trovava il danneggiato e del carattere *non privato* del luogo (art. 29bis, § 1 er, al. 1 dove rinvia all'art 2, § 1er, *loi* 21 novembre 1989) in cui è avvenuto il sinistro. Il primo requisito risulta infatti sussistente, secondo gli orientamenti consolidati in dottrina e giurisprudenza, anche quando il veicolo sia fermo o stazioni, purché sia accertato che senza la presenza del veicolo in quel luogo il sinistro non si sarebbe verificato o si sarebbe verificato diversamente[70]; e il secondo anche quando il sinistro avvenga in una stazione di servizio[71].

Anche il fatto che nel caso di specie il veicolo motorizzato sia un autocarro, vale a dire un c.d. *véhicule outil* non ostacola l'applicazione della norma in quanto in essa si considerano compresi i camion in quanto veicoli adibiti al trasporto su suolo (*sur le sol*) di cose e/o persone e, dunque, per ciò stesso circolanti e, nel caso di

68 Cfr. aul punto Cass. 26 octobre 2007, che stabilendo l'onere della prova a carico del danneggiato che invoca l'applicazione dell'art. 29bis gli impone di provare solo la sussistenza dei requisiti dell'articolo medesimo ed in particolare di provare che egli non sia il conducente del veicolo (La partie qui poursuit la réparation d'un dommage sur la base de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire en matière de véhicules automoteurs doit prouver que le sinistre répond au risque défini par cet article; il lui incombe, dès lors, de faire la preuve qu'elle est une victime protégée par cet article et, partant, qu'elle n'est pas le conducteur d'un véhicule automoteur impliqué dans l'accident ou son ayant droit).

69 In tal senso Cass, (1er ch.) N., 13 avrile 2007, in R.D.C., 2007, 797, la quale precisa che è conducente solo colui che può guidare realmente e in modo indipendente il veicolo e che è per ciò stesso di fatto responsabile della sua conduzione. Cfr. Anche Jadoul, P. e Eyben, C., «L'indemnisation automatique des «usagers faibles» dans la jurisprudence de la Cour de Cassation (2000-2007)», cit., p. 16.

70 Cass. (1er Ch), 28 avril 2011, R.G. n. C. 10.0492 (disponibile su : www. cass.be) e già Cass. 9 janvier 2004, in *Bull. ass.*, 2004, 481.

71 De Coninck, B. e Dubuisson, B. :*L'indemnisation automatique des usagers faibles, victimes d'accidents de la circulation. Rapport belge*, cit., p. 27, e ivi le note, in cui si esplicita come criterio quello secondo cui non è privato il luogo cui si accede senza una espressa autorizzazione.

specie, l'incidente è avvenuto durante un *déplacement* dell'autocarro da un luogo ad un altro, vale a dire durante una *circulation*[72].

In ragione di ciò possono dirsi sussistenti i requisiti richiesti dalla legge belga per l'applicabilità dell'art.29bis al caso di specie.

Risultando assolto da parte dell'attore/vittima del sinistro l'onere probatorio richiesto con riguardo alla sussistenza dei requisiti di applicabilità al caso di specie dell'art. 29*bis*, quale norma di ordine pubblico di cui il giudice è tenuto a verificare le possibilità di applicazione anche in assenza di indicazioni delle parti, deve riconoscersi in capo all'attore danneggiato nella sua qualità di *usager faible* (nel caso di specie il danneggiato terzo trasportato) la titolarità di un diritto al risarcimento dell'intero danno alla persona da lui subito a seguito del sinistro, diritto che prescinde dall'accertamento della colpa in capo ai conducenti dei veicoli coinvolti.

A l'esercizio di tale diritto non può essere opposto né il caso fortuito né la colpa del danneggiato in quanto, nel caso di specie, ove anche ci fosse, non sarebbe intenzionale come richiesto dall'art. 29*bis* e, dunque, inopponibile alla pretesa risarcitoria della vittima alla quale non può essere imputato alcun concorso di colpa paragonabile a quello previsto nell'art. 1227 codice civile italiano.

Tale diritto al risarcimento dell'intero danno personale subito può essere fatto valere nei confronti di entrambi gli assicuratori dei veicoli coinvolti nel sinistro, vale a dire sia l'assicuratore italiano sia l'assicuratore straniero, come rappresentato dal mandatario in Italia, che, per le ragioni già dette *supra* par. 3.2 – è legittimato passivo dell'azione proposta dal danneggiato italiano in forza dell'interpretazione delle norme italiane (art. 152 cod. ass.) di fonte europea applicabili al sinistro in oggetto, che è stata di recente espressa dalla nostra Corte di Cassazione (n. 10124/2015) che appare in linea anche con la giurisprudenza europea sul punto.

Le compagnie di assicurazione indicate sono responsabili *in solidum* per l'intero ammontare del danno risarcibile, con possibilità per quella che provveda al risarcimento di rivalersi nei confronti della compagnia assicuratrice del conducente a carico del quale sia imputata giudizialmente la responsabilità del sinistro[73].

Di regola la vittima deve scegliere l'assicuratore verso il quale fare valere la propria pretesa risarcitoria[74]. Ma, nel caso di specie, deve rilevarsi una situazione

72 Eeman, T.-L. e De Ridder, G. e Naveau, A-M.: «L'article 29bis de la loi 21 novembre 1989», cit. p. 119.

73 De Coninck B., e Dubuisson, B. : *L'indemnisation automatique des usagers faibles, victimes d'accidents de la circulation. Rapport belg*e, cit., 40-41; Eeman, T.-L. e De Ridder, G. e Naveau, A-M.: «L'article 29bis de la loi 21 novembre 1989», cit, p. 129.

74 Eeman, T.-L. e De Ridder, G. e Naveau, A-M.: «L'article 29bis de la loi 21 novembre 1989», cit, p. 128.

processuale in cui la vittima ha agito inizialmente contro l'assicuratore del veicolo italiano e, successivamente, ha esteso la sua domanda o, meglio, la domanda si è estesa automaticamente anche all'assicuratore del veicolo straniero e al suo mandatario italiano, a seguito della chiamata di terzo proposta dal convenuto proprietario del veicolo italiano e ammessa dal giudice in una certa fase del giudizio.

In altre parole, risultano chiamati in causa tutti gli assicuratori dei veicoli coinvolti e risultano, altresì, chiamati in causa anche i conducenti e proprietari dei due veicoli coinvolti, cosa che, ai sensi dell'art. 29*bis,* non è possibile in quanto la tipologia di responsabilità oggettiva in esso prevista, può essere fatta valere solo nei confronti degli assicuratori e non anche dei conducenti, proprietari o detentori dei veicoli coinvolti.

Conducente e proprietario dei veicoli coinvolti (sia quello italiano sia quello belga) possono considerarsi legittimati passivi della pretesa risarcitoria fatta valere nei loro confronti, non *ex* art. 29*bis* ma in forza degli artt. 1382 ss. *code civil*, vale a dire in base alle regole del diritto comune della responsabilità extracontrattuale (corrispondenti ai nostri artt. 2043 e ss. c.c.). Cambia, dunque, con riguardo a questa pretesa risarcitoria l'onere probatorio a carico del danneggiato, trattandosi in questo caso di far valere una responsabilità per colpa.

In sintesi, dal punto di vista del diritto belga, pare potersi affermare che nel presente giudizio siano state cumulate, due diverse azioni cui sono applicabili due diversi complessi disciplinari e che prevedono l'uno una responsabilità oggettiva e l'altro una responsabilità per colpa, con diversi soggetti legittimati passivi.

Secondo il diritto belga è possibile scegliere tra un'azione e l'altra ma non è possibile cumulare tali azioni in uno stesso giudizio[75].

L'unico cumulo considerato possibile, e comunque in due giudizi diversi, è quello tra l'azione contro l'assicuratore del veicolo coinvolto in applicazione dell'art. 29*bis* e l'azione contro l'assicuratore del responsabile civile *ex* artt. 1382-1383 *code civil*, là dove il risarcimento ottenuto mediante la prima azione sia stato insufficiente a riparare l'intero danno subito dal danneggiato *usager faible* (art. 29*bis*, §1er, al. 5) [76].

75 Sul punto Callewaert, V. e Estienne, N.: *Aspects procéduraux de l'indemnisation et rôle de l'assurance, L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation en Europe*, cit., pp. 133-134, dove chiaramente si legge che il danneggiato resta libero di agire contro l'assicurato responsabile civile ma se lo fa non può agire ex art. 29bis e viceversa e ciò è confermato dalla norma in materia di prescrizione dell'azione che consente la sospensione e l'interruzione della prescrizione relativa ad un'azione anche proponendo l'altra e viceversa (art. 35, §3bis loi juin 1992 sul contratto di assicurazione terrestre).

76 Così chiaramente Cass.. 2ch N, 8 octobre 2002, in *Juristenkrant* 2003, 8; in *Pass*., 2002, 1856. Cfr. l'analisi di suddetta pronuncia di Jadoul, P. e Eyben, C. : «L'indemnisation automatique des «usagers faibles» dans la jurisprudence de la Cour de Cassation (2000-2007)», cit., pp. 23-24.

3. Prima soluzione.

Nel caso di specie, dunque, dato che la scelta tra un'azione e l'altra non è stata esercitata dall'attore e considerata la natura di ordine pubblico dell'art. 29*bis*, che ne impone anche al giudice l'applicazione in via prioritaria in presenza dei requisiti richiesti, appare, a parere di chi scrive, soluzione maggiormente conforme al diritto belga[77] che tenga, altresì, conto della domanda fatta valere dall'attore nella comparsa conclusionale, quella di considerare entrambe le compagnie assicuratrici tenute a risarcire in solido il danneggiato *usager faible* per pari quota, salva la possibilità per la compagnia il cui assicurato risultasse – in giudizio - *non* responsabile del sinistro, di agire in regresso nei confronti della compagnia del responsabile civile per ottenere la restituzione di quanto versato (in tutto o in parte in relazione al livello di responsabilità)[78].

Seguendo questa indicazione entrambi gli assicuratori dei veicoli coinvolti, vale a dire, sia l'assicuratore italiano sia l'assicuratore straniero con riferimetno al sua mandatario in Italia, sarebbero responsabili e*x* art. 29*bis* nei confronti del danneggiato e sarebbero tenute in solido a risarcire di danno da lui subito, salva poi la possibilità per l'una di agire nei confronti dell'altra, nel caso in cui dal giudizio presente emergesse la responsabilità esclusiva del danneggiante cittadino belga residente e domicialiato in Belcio, assicurato con compagnia belga.

Ove, poi, non fosse possibile stabilire o identificare il responsabile civile del sinistro - cosa che appare improbabile nel caso di specie - l'indennizzo versato resterà a carico di tutti gli assicuratori dei veicoli coinvolti per pari quota e non sarà esperibile alcuna azione di regresso verso gli altri assicuratori o, tantomeno, verso le *Fonds commun de garantie automobile*[79].

4. Seconda soluzione.

Qualora, poi, il giudice volesse - come può in applicazione della *lex fori* trattandosi di fasi del processo - tenere conto di tutta la vicenda processuale e dell'insieme delle prove addotte e svolte durante il giudizio, individuando in uno soltanto dei veicoli coinvolti e nel suo conducente l'unico responsabile del

77 Cass. 26 ottobre 2015, n. 21712, ha avuto modo di pronunciarsi sull'obbligo di applicazione della legge straniera da parte del giudice italiano, «secondo i propri [della legge straniera n.d.r.] criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo» posto dall'art. 15 della legge 31 maggio 1995 n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.

78 Così Cass., 30 juin 2016, R.G. C.15.0447.N; già Cass. 26 janvier 2012, RG C.11.0318.N, Pas. 2012, n° 70 : «Il ressort des dispositions de l'article 29bis, § 1er, alinéa 1er de la loi du 21 novembre 1989 et de l'article 1251, 3°, du Code civil que lorsque plusieurs véhicules automoteurs sont impliqués dans un accident de la circulation, les assureurs respectifs doivent indemniser la victime et supporter en principe chacun une partie égale de l'indemnité; celui qui a procédé à l'indemnisation de la victime, dispose, en vertu de l'article 1251, 3°, du Code civil, d'une action récursoire contre les autres assureurs de la responsabilité pour ce qu'il a payé outre sa part à la victime».

79 Eeman, T.-L. e De Ridder, G. e Naveau, A-M.: «L'article 29bis de la loi 21 novembre 1989», cit, p. 129.

sinistro[80], potrebbe condannare sempre ex art. 29bis al risarcimento dell'intero danno subito dalla vittima, soltanto l'assicuratore del responsabile civile e/o il suo mandatario, evitando così a priori l'insorgenza del diritto di regresso in capo all'altro assicuratore[81]. Facendo ciò il giudice sceglierebbe in vece del danneggiato usager faible l'assicuratore cui rivolgersi per far valere il proprio diritto al risarcimento del danno subito.

Nel caso di specie si potrebbe ipotizzare, quindi, anche una condanna esclusiva ex art. 29bis dell'assicuratore belga (e del suo mandatario in Italia) in quanto assicuratore di quello che, dall'esito della valutazione (in astratto) del quadro probatorio espletato, potrebbe apparire come l'unico responsabile del danno, vale a dire il conducente del veicolo belga.

Sebbene, va detto, questa soluzione è meno conforme al diritto belga che, appunto, prescinde dall'accertamento della colpa dei danneggianti nel giudizio di risarcimento del danno promosso dalla vittima *usager faible*, preoccupandosi solo di far ottenere al danneggiato nel modo più facile e rapido possibile il risarcimento che gli spetta. E' anche vero, però, che tale soluzione considera l'effettiva configurazione del giudizio nel quale – come detto – sono state cumulate due azioni di diritto italiano molto diverse nei presupposti e nella identificazione dei soggetti passivi, e che, a loro volta, in Italia, si considerano alternative con riguardo allo stesso giudizio[82], sebbene cumulabili in giudizi diversi, e sempre entro il limite del danno effettivamente subito. Tale cumulo ha determinato l'espletamento di un onere probatorio relativo alla colpa del sinistro, che non era necessario espletare

80 Nel caso di specie sembrerebbe provato che il danno a carico del danneggiato terzo passeggero italiano sia derivato dall'implication di due véhicule automoteurs a seguito dell'impatto dell'uno contro l'altro per mancata osservanza delle norme dell'art. 12.4 del Règlement de la circulation (M.B. 9 décembre 1975) previste, in generale, per le manovre tra cui viene inclusa la marcia indietro, da parte del conducente del veicolo belga. Ed infatti l'autocarro italiano era regolarmente in sosta e fu colpito per negligenza del conducente del veicolo belga che poneva in essere la *manovra* a marcia indietro in uscita dal parcheggio presente nell'area di servizio. Sul punto del rapporto tra l'art. 12.4 e l'art. 12.3.1 del Règlement, si veda P. Staquet, *Manoeuvres simultanées*, che evidenzia l'importanza della regola di precedenza di chi viene da destra per imputare la responsabilità ad uno dei due veicoli impegnati simultaneamente in una manovra.

81 O, ancora, il giudice potrebbe condannare entrambi gli assicuratori in solido, stabilendo anche il *quantum* del regresso, dopo aver accertato la responsabilità esclusiva di uno dei due veicoli coinvolti. Ma questa soluzione appare complicante.

82 Trib. Roma, sez. civ., 30 giugno 2010, secondo cui, dopo l'introduzione dell'art. 141 cod. ass. e l'ord. 440/2008 della Corte Costituzionale, la tutela del terzo trasportato, dunque, si articola in una gamma di opzioni risarcitorie particolarmente ampia, tra le quali questi potrà liberamente scegliere: se il terzo trasportato vuole citare in giudizio il solo responsabile civile può azionare lo strumento generale dell'art. 2054 c.c.; se invece, unitamente a questo, ha intenzione di coinvolgere anche la compagnia di assicurazione ha a disposizione l'azione diretta ex art. 144 d. l.vo 209/05, mentre se ha interesse ad avere un risarcimento più celere senza accertamento delle colpe dei conducenti può invocare l'art. 141 del Codice delle Assicurazioni. L'art. 141 cod. ass. non ha previsto il litisconsorzio necessario con il responsabile del danno; ciò a differenza di quanto invece fa l'art. 144; sicché nell'azione promossa ex art. 141, la richiesta di chiamata in causa del responsabile del danno non può essere ammessa. Le parti in giudizio sono solo due (Trib. Roma, 30 marzo 2010; Trib. Torino 11 ottobre 2007). Cfr. anche dottrina forense Annunziata, M. e Annunziata, F.: " Art. 141 d.lgs. 2009/2005.Il terzo trasportato: applicabilità della norma e legittimazione passiva", in www.avvocatiottaviano.it

applicando l'art. *29bis* ma che, di fatto, è stato espletato all'interno dell'azione parallela inquadrabile nell'art. 1382 *code civil*.

In ogni caso, ove si optasse per l'applicazione dell'art. 29*bis*, in entrambe le soluzioni proposte, dovrà escludersi l'ammissibilità dell'azione risarcitoria *ex* art. 1382-1383 *code civil* sia nei confronti del conducente italiano dell'automezzo nonché del proprietario del medesimo, sia nei confronti del conducente/proprietario del veicolo belga . Tali soggetti verrebbero dunque esclusi dalla legittimazione passiva all'azione risarcitoria del danneggiato. Contro di essi, identificati in diritto belga come *assuré*, sarà, eventualmente, possibile agire *ex* art. 1382 *code civil*, per il "*surplus*" rispetto a quanto già ottenuto con il giudizio *ex* art. 29*bis*.

V. DIRITTO BELGA DEL DANNO RISARCIBILE.

1. Ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale.

Con riguardo alla risarcibilità e criteri di liquidazione del danno subito dall'*usager faible* viene in considerazione l'art. 29*bis*, §1er, al. 8, secondo cui l'obbligo di indennizzo sarà eseguito in conformità alle disposizioni di legge relative all'assicurazione della responsabilità in generale e all'assicurazione della responsabilità in materia di veicoli motorizzati in particolare.

Nella determinazione/quantificazione del danno concorrono, dunque, almeno due complessi disciplinari facenti capo ai più volte citati articoli del *code civil* e agli articoli contenuti nelle leggi speciali, a partire dalla *loi* 21 novembre 1989, cui si aggiunge la *loi* 25 juin 1992.

Incombe sul danneggiato *usager faible* l'onere di provare l'ammontare del danno risarcibile che può essere solo il danno all'integrità fisica (*incapacité*) o alla vita *(déces)* di una persona. Nel danno risarcibile rientrano i pregiudizi economici, morali, estetici, e sessuali, siano essi temporanei o permanenti.

Il diritto belga riconosce il principio della riparazione integrale dei danni *ex* art. 1382 *code civil*, senza che ciò si traduca in un arricchimento in favore del danneggiato. La riparazione non può essere forfettaria ma rispondere il più possibile al reale[83].

83 Dubuison, B. e Estienne, N. e De Callatay, D. : *Droit belge* , in *La réparation intégrale en Europe. Etudes comparatives des droits nationaux* (a cura di Pierre, Ph. e Leduc, F.) Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 169-194;. Dalaq, R.O. : *Traité de la responsabilité civile*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 1962, n. 4140.

Nel diritto belga, il danno viene considerato come un fatto giuridico, la cui prova può essere data per ogni mezzo legale e anche con presunzioni di fatto nella misura in cui queste siano *gravi, precise* e *concordanti* (art.1353 *code civil*)[84].

In Belgio il risarcimento del danno quale pregiudizio riconosciuto in caso di lesioni personali/all'integrità fisica (c.d. danno biologico) si articola secondo tre forme di inabilità[85]: a) l'inabilità personale che riguarda tutte le conseguenze non economiche di danno all'incolumità fisico-psichica, eccetto le attività professionali e quelle domestiche. Comprende limitazioni della vita di tutti i giorni, le frustrazioni, gli inconvenienti derivanti dalle lesioni, gli intralci alle relazioni sociali, familiari etc.. Tale inabilità permette di misurare il danno morale; b) l'inabilità economica: incapacità (totale o parziale) della vittima ad esercitare attività di lucro, date le sue qualifiche e il sua ambiente economico e sociale. Tale inabilità permette di misurare il danno economico[86]; c) l'inabilità domestica: incapacità (totale o parziale) di compiere i compiti che ogni essere umano compie nella sua vita familiare (pulizia della casa; spesa; educazione dei figli etc.). Tale inabilità permette di misurare il danno domestico.

Oltre ai danni morali, economici e domestici, altri danni particolari possono portare a un risarcimento: *pretium doloris*, danno estetico, danno sessuale, danno alla vita di relazione (impossibilità o difficoltà a dedicarsi a delle attività di svago), necessità di assistenza etc. L'elenco dei danni riparabili appena esposto non è tassativo perché spetta pur sempre al giudice decidere in ogni fattispecie quali danni devono portare ad un risarcimento, nel rispetto del suddetto principio della riparazione integrale.

I principi generali relativi alla riparazione del danno (*réparation du dommage*), prevedono che la riparazione debba essere integrale, vale a dire che la vittima del danno debba essere risarcita, per quanto possibile, in modo da ripristinare la situazione in cui sarebbe stata se non avesse avuto luogo l'evento dannoso; deve essere completa e esatta, in quanto devono essere indennizzati tutti i danni nella

84 Estienne, N. : " Il risarcimento del danno alla persona in Belgio", cit., p. 20.

85 Fagnart, J.-L. : *La perte de capacit*, in *Le dommage et sa réparation* (a cura di Dubuisson, B.), C.U.P., vol. 142, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 57-87.

86 Il danno economico temporaneo o permanente viene incluso nella più ampia categoria del danno patrimoniale, così come la riparazione del danno domestico temporaneo e permanente. Così Estienne, N.: "Il risarcimento del danno alla persona in Belgio", cit., p. 10. I danni patrimoniali comprendono anche il risarcimento della necessità di assistenza da parte di un terzo. Si tratta dell'assistenza di cui la vittima ha bisogno per compiere gli atti della vita quotidiana (mangiare, lavarsi, spostarsi, gestire un budget, avere un accesso ad un'istruzione o a delle attività di svago…). L'assistenza da parte di un terzo non qualificato è attualmente risarcita su una base di € 10 / ora (importo raccomandato dalla tabella indicativa 'Tableau indicatif 2012'). La giurisprudenza si dimostra spesso più generosa (€ 14 / ora). I danni patrimoniali comprendono anche il rimborso di tutte le spese legate alle ferite: spese mediche, paramediche e per i farmaci; spese per protesi e materiale adattato (esempio: adattamento della casa o dell'autoveicolo); spese per i spostamenti; spese amministrative. Includono anche le spese di difesa medica, ossia le spese che la vittima ha dovuto sostenere per poter essere assistita dal medico di propria scelta nell'ambito della perizia medica contraddittoria, in via bonaria o giudiziaria. Sono escluse le spese legali sostenute dalla vittima.

loro complessità, né più né meno; deve essere apprezzata in concreto, vale a dire in funzione delle caratteristiche proprie della vittima e del suo pregiudizio.

Relativamente al momento della valutazione del danno subito (*moment de l'évaluation du prèjudice*), questo è individuato nel momento della decisione del Tribunale – ed ecco il motivo per cui di seguito il calcolo del risarcimento del danno alla persona derivante da incidente stradale sarà operato considerando il *Tableau Indicatif* del 2016 – o dell'accordo transattivo tra la persona lesa e quella responsabile del danno. L'indennizzo deve avere, alla data del pagamento, lo stesso valore della somma persa al momento dell'evento dannoso. Se tra queste due date, la moneta ha subito un deprezzamento, il giudice deve adattare l'indennizzo al nuovo valore.

La giurisprudenza e la dottrina belghe hanno fissato alcuni principi che governano il risarcimento del danno in una fase stragiudiziale ma, se la determinazione avviene in fase giudiziale, e sussistono contrasti o difficoltà per la determinazione dell'ammontare del danno, dal 1 gennaio 1996, l'*Union National des Magistrats de Premièr Instance et l'Union Royale de Juges de Paix et de Police* hanno pubblicato il c.d. *Tableau Indicatif,* regolarmente aggiornato e la cui ultima versione risale al 2016.

In caso di incidente stradale in base al diritto belga il criteri di calcolo del danno risarcibile in favore dell'utente debole, *usagers faible* sono fissati da codesto *Tableau* il quale, tuttavia, non ha valore vincolante per il giudice che resta libero di apprezzare e determinare *souverainement* l'ammontare del danno[87]. Tuttavia, deve rilevarsi come il *Tableau* abbia una rilevanza pratica considerevole in quanto i giudici (e gli assicuratori in caso di accordi transattivi conclusi per danni fisici lievi causanti invalidità permanenti inferiori al 15%) vi fanno sistematicamente riferimento per il calcolo del risarcimento del danno alla persona. In altri termini, nella prassi giurisprudenziale belga al *Tableau Indicatif* si fa riferimento quando bisogna quantificare il danno da incidente stradale[88].

L'ultima versione di questo *Tableau* è stata pubblicato nel 2016 (*Tableau Indicatif* 2016")[89], a seguito del precedente *Tableau Indicatif* del 2012. Il *Tableau* ha un ruolo e una funzione analoghi a quella delle c.d. Tabelle di Milano di diritto italiano e la sua applicabilità si fonda sullo svolgimento di una perizia medico legale che ne

87 La giurisprudenza ricorda regolarmente che il 'Tableau Indicatif' è soltanto uno strumento informativo e non vincolante, la cui applicazione va scartata ogni volta che il danno può essere definito, circoscritto e valutato in un altro modo: cfr. sul punto De Callatay, D. e Estienne, N.: *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2, *Le dommage*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 17-18. Di recente: Civ. Bruxelles, 3 marzo 2014, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15165.

88 Estienne, N. : "Il risarcimento del danno alla persona in Belgio", cit., 13-18; cfr. anche l'articolo pubblicato sul sito web del *Fonds commune de garantie automobile* relativo a *Le droit belge en matière d'indemnisation des accidents de la circulation* http://www.fcgb-bgwf.be/documents/LE_DROIT_BELGE_INDEMNISATION.pdf

89 In *Journal de Juges de Police*, «Tableau Indicatif 2016», mars 2017, Die Keure, 35 e on line in http://www.fcgb-bgwf.be/documents/Tabl_Ind_2016_Fr.pdf.

rappresenti il punto di riferimento e la base di calcolo. Va, comunque, rilevato che, sebbene per legge e di fatto tale perizia medico legale, soprattutto ove si tratti di una CTU (art. 962, al. 1, *code judiciare*), svolta secondo la missione di perizia tipo proposta dal *Tableau Indicatif*, abbia un ruolo importante, il giudice *non* è *tenuto a seguire il parere degli esperti se la sua convinzione vi si oppone* (cfr. art. 962, al. 4, del *code judiciare*). Di conseguenza, una relazione peritale legalmente ha soltanto il valore di un parere che non vincola il giudice. Il giudice ha un potere di apprezzamento rispetto alla relazione peritale che può convalidare o rifiutare totalmente o parzialmente.

2. Questioni applicative del diritto belga al caso di specie.

Applicando i suddetti *Tabeau* al caso in esame risulta che il calcolo del danno risarcibile in caso di incidente stradale operato con riferimento ai criteri fissati nel *Tableau del 2016*, o anche in quelle del 2012, genera un risarcimento di ammontare complessivo decisamente inferiore a quello che deriverebbe dall'applicazione delle Tabelle Milanesi del 2014 così come calcolato dall'attore nella comparsa conclusionale. Codesta rilevante inferiorità potrebbe essere attenuata con il calcolo degli interessi ma probabilmente rimarrebbe tale.

Va segnalato che questo risultato non è, tuttavia, vincolante per il giudice italiano che, al pari di quello belga, e anzi in applicazione dello stesso diritto belga, resta sovrano nella determinazione dell'ammontare del danno. Ciò significa, in una prospettiva di diritto belga, che il giudice può senz'altro procedere ad una valutazione del danno in via equitativa.

Questa libertà di valutazione è confermata chiaramente da alcuni rilevanti dati normativi e giurisprudenziali di diritto europeo ed italiano nonché da alcuni contributi dottrinali che non possono essere ignorati pur essendo successivi cronologicamente al verificarsi del sinistro ma coevi al tempo del presente giudizio. Si allude, in particolare, al Considerando 33 del già menzionato Reg. E n. 464/2007 dell' 11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. Regolamento Roma II), dispone che: «conformemente alle norme nazionali vigenti in materia di risarcimento concesso alle vittime di incidenti stradali, è opportuno che, nel quantificare i danni per lesione alla persona, qualora l'incidente abbia luogo in uno Stato diverso da quello di residenza abituale della vittima, il giudice adito tenga conto di tutte le circostanze di fatto riguardanti la vittima, compreso l'effettivo lucro cessante e le spese del trattamento medico e riabilitativo». Tale disposizione è stata considerata come un incentivo per il giudice che si trovi a dover applicare il diritto straniero per quantificare un danno da

sinistro stradale subito dal cittadino sottoposto alla sua giurisdizione, a tenere conto della realtà economica ed ambientale della vittima[90].

Facendo riferimento a tutte le circostanze di fatto riguardanti la vittima, compreso l'effettivo lucro cessante (cioè quel danno che deriva dalle mancate entrate oppure dalla perdita di occasioni di guadagno che subisce il danneggiato in conseguenza del sinistro) e comprese le spese del trattamento medico e riabilitativo, il giudice può legittimamente quantificare il danno in modo certamente più flessibile dando un margine di spazio al suo libero apprezzamento, magari aumentandone l'ammontare, pur attenendosi, nel caso di specie, ai criteri di calcolo del *Tableau Indicatif* del 2016.

Del pari rilevante appare la pronuncia della nostra Corte di Cassazione 22 agosto 2013 n. 19405 secondo cui, ogniqualvolta la legge straniera, applicabile al caso regolato in Italia, non contempli il risarcimento del danno non patrimoniale, la stessa dovrà essere derogata dalla normativa interna italiana. Principio questo che – ci sembra – vada sempre nella direzione di evitare che il danneggiato italiano di sinistro estero, a seguito dell'applicazione del diritto straniero, subisca una disparità di trattamento rispetto al danneggiato italiano vittima di sinistro italiano.

In altre parole la Suprema Corte in questa significativa sentenza, afferma che, nell'ipotesi di conflitto di legge, ove per effetto della prevalenza applicativa di una legge straniera, questa non riconosca la risarcibilità di danni primari della persona che concernono suoi diritti fondamentali (la salute etc.), il giudice italiano è tenuto a disapplicare la legge straniera per palese conflitto con l'ordine pubblico del nostro ordinamento che dà ai diritti primari della persona una valenza inalienabile e non derogabile[91].

3. Soluzione.

•Ne discende che nel caso di specie, il giudice italiano non sia tenuto ad applicare il *Tableau Indicatif* del 2016 in luogo delle Tabelle Milanesi del 2014 ma possa ben preferire le seconde alle prime per realizzare una quantificazione più equa del danno subito dall'attore anche in considerazione della (lunga) durata del processo.

90 Sempe, A. : «La circulation internationale et ses problématique», http://www.argusdelassurance.com/acteurs/la-circulation-internationale-et-ses-problematiques.95997.

91 Questa impostazione è sostenuta ampiamente anche nella nostra dottrina forense che solleva con forza l'allarme di una disparità di trattamento tra danneggiati italiani di sinistri esteri e danneggiati italiani di sinistri esteri, proprio sul tema della quantificazione del danno risarcibile, invitando i giudici a disapplicare in linea di massima il diritto straniero e a sollevarne in alcuni casi la questione di legittimità costituzionale sempre al fine di evitarne l'applicazione in Italia: così Bona, M.: "R.c.a. e sinistri transfrontalieri: giurisdizione (tutti a casa propria?) e diritto applicabile (risarcimenti con regole aliene?)", cit., pp. 628ss.

E, in ogni caso, va ribadito che non essendo i criteri contenuti nel *Tableau* vincolanti ma solo criteri di massima cui il giudice *può* (ma non deve necessariamente) attenersi, il giudice italiano, applicandoli, può comunque legittimamente discostarsene, procedendo ad una valutazione equitativa.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation en Europe*, Recueil des travaux du Groupe de de Recherche Européen sur la Responsabilité civile et l'Assurance (Grerca), Bruylant, Bruxelles, 2015 ; Eeman, T.-L. e De Ridder, G. e Naveau, A-M.: *L'article 29bis de la loi 21 novembre 1989*, in *Bull. Ass – De Verz.,* Kluwer, 2008, n. 363, pp. 115 ss.

Annunziata, M. e Annunziata, F.: "Art. 141 d.lgs. 2009/2005. Il terzo trasportato: applicabilità della norma e legittimazione passiva", in www.avvocatiottaviano.it.

Aventaggiato, V.: "Indennizzo diretto", *Altalexpedia*, http://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2013/12/03/indennizzo-diretto

Ballarino, T. e Ballarino, E. e Petrelli, I.: *Diritto internazionale privato italiano*, Cedam, Padova, 2016, pp. 291 ss.

Barel, B. e Armellini, S.: *Manuale breve diritto internazionale privato*, Milano, 2016, pp. 282 ss.

Benevento, A.: "Incidenti con veicoli esteri: chi paga il trasportato", http://www.assicuriamocibene.it/2015/02/03/incidenti-con-veicoli-esteri-chi-paga-il-trasportato.

Bianca, C.M.: *La responsabilità*, Diritto Civile V, III Ed., Giuffré, Milano, 2021.

Bona, M.: "Sinistri stradali all'estero ed azione diretta in Italia: davvero sussiste la legittimazione passiva del mandatario?", *Resp. civ.* e *previd.*, fasc. 4, 2015, pp. 1140 ss.

Bona, M.: "R.c.a. e sinistri transfrontalieri: giurisdizione (tutti a casa propria?) e diritto applicabile (risarcimenti con regole aliene?)", *Danno* e *resp.*, 2008, pp. 619 ss.

Callewaert, V. e Estienne, N.: *Aspects procéduraux de l'indemnisation et rôle de l'assurance, L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation en Europe*, coll. Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité civile et l'Assurance (Grerca), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 127ss.

Callewaert, V. e Estienne, N., «Aspects procéduraux de l'indemnisation et rôle de l'assurance», *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation en Europe*, cit., 132; e cfr. anche Estienne, N., «Il risarcimento del danno alla persona in Belgio», In http://milanosservatorio.it/wp-content/uploads/2016/11/2b-risarcimento-danni-BELGIO-Estienne-IT.pdf.

Cian, G. e Trabucchi, A.: : *Commentario breve al codice civile*, *sub* art. 62 l. 218/1995, Padova, 2007, p. 3920.

Dalaq, R.O. : *Traité de la responsabilité civile*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 1962, n. 4140.

De Callatay, D. e Estienne, N.: *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2, *Le dommage*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 17-18.

De Coninck, B. e Dubuisson, B. : « L'indemnisation automatique des usagers faibles, victimes d'accidents de la circulation. Rapport belge», *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation en Europe*, coll. Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité civile et l'Assurance (Grerca), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 25-45.

Dubuison, B. e Estienne, N. e De Callatay, D. : *Droit belge* , in *La réparation intégrale en Europe. Etudes comparatives des droits nationaux* (a cura di Pierre, Ph. e Leduc, F.) Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 169-194.

Eeman, T.-L. e De Ridder, G. e Naveau, A-M.: *L'article 29bis de la loi 21 novembre 1989*, in *Bull. Ass – De Verz.,* Kluwer, 2008*,* n. 363, pp. 115 ss.

Fagnart, J.-L. : *La perte de capacit*, in *Le dommage et sa réparation* (a cura di Dubuisson, B.), C.U.P., vol. 142, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 57-87.

Jadoul, P. e Eyben, C.: " L'indemnisation automatique des «usagers faibles» dans la jurisprudence de la Cour de Cassation *(2000-2007)*", in https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:125598/datastream/PDF_01/view.

Savoia, R.: "I sinistri avvenuti in Italia con controparti estere", in *Il civilista*, 2010, nn. 7-8.

Sempe, A. : «La circulation internationale et ses problématique», in http://www.argusdelassurance.com/acteurs/la-circulation-internationale-et-ses-problematiques.95997.

HIPÓTESIS DE DAÑO NO PATRIMONIAL DERIVADO DE LA LESIÓN DE UN INTERÉS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DI CASSAZIONE*

HYPOTHESIS REGARDING A NON-PATRIMONIAL DAMAGE DUE TO THE IMPAIRMENT OF A LEGAL INTEREST CONSTITUTIONALLY RELEVANT IN THE ITALIAN SUPREME COURT JURISPRUDENCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2420-2461

* Trabajo realizado en el marco de las actividades del Proyecto de Investigación "Nuevas perspectivas en la teoría de la responsabilidad civil. Revisión de la imputación objetiva como criterio de delimitación de la causalidad" (ref. RTI2018-097418-B-100), de la Convocatoria 2018 del Programa de Proyectos I+D+i «Retos Investigación» (MICINN/FEDER), cuya investigadora principal es la profesora Pilar Álvarez Olalla.

Eva María
MARTÍN
AZCANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de junio de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: La interpretación del art. 2059 del Codice civile inspirada por la Constitución italiana de 1948 ha determinado un importante incremento de los supuestos en que se reconoce resarcimiento por el daño no patrimonial ocasionado. En este trabajo trataremos de analizar alguno de los supuestos más representativos de los resueltos por la Corte di Cassazione en los últimos años.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil; daño no patrimonial; daño moral; daño biológico; daño tanatológico; daño por pérdida de la esperanza de vida; daño por pérdida de relación parental; daño intrafamiliar; daño conyugal; lesión de derechos de la personalidad.

ABSTRACT: *The interpretation of article 2059 of the Civil Code which is inspired by the Italian Constitution of 1948, has determined a significant increase in the number of assumptions in which compensation was recognized due to a non-patrimonial damages caused. The purpose of this work is to review some of the most relevant decisions ruled by the Italian Supreme Court in recent years.*

KEY WORDS: *Civil Liability; non-patrimonial damage; moral injury; biological damage; loss of life; loss of life expectancy damage; relative's wrongful death damage; Intrafamily damage; marital damage; impairment of personality rights.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ITER DEL DAÑO NO PATRIMONIAL: DEL CODICE DECIMONÓNICO A LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LAS SENTENCIAS DE SAN MARTÍN.- III. SUPUESTOS DE RESARCIBILIDAD DEL DAÑO NO PATRIMONIAL.- 1. Lesiones mortales infligidas a un pariente cercano.- 2. Daños intrafamiliares.- 3. Lesión de derechos de la personalidad.

I. INTRODUCCIÓN.

Si ha habido un área que ha sido objeto de una expansión significativa, durante las últimas décadas, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en el Derecho italiano, esa es, sin género de duda, la de los daños no patrimoniales. El referido ensanchamiento de los confines de esa figura se ha verificado no mediante reformas legislativas, sino a través de la relectura del art. 2059 del *Codice civil*e de 1942 (en adelante, CC)[1], a la luz de la *Costituzion*e de 1948 (*Cost*., en lo sucesivo)[2], en la cual la salvaguardia de la persona y de sus valores fundamentales ostenta una posición privilegiada. Tal evolución se debe, naturalmente, a la labor hermenéutica de las Cortes menores, pero, sobre todo, a la del Tribunal Supremo, respaldada por la doctrina (casi siempre) mayoritaria y corroborada por la *Corte Costituzionale*; de ahí que pueda resultar de interés el análisis del tratamiento brindado por el Alto Tribunal a alguno de los supuestos que, de acuerdo a la antedicha interpretación constitucional del 2059, integran el daño no patrimonial y han contribuido a sentar las bases de la configuración actual de la categoría.

No obstante, antes de abordar el examen de la casuística más representativa (a juzgar por el número de resoluciones a que ha dado lugar y por la atención doctrinal que ha despertado), hemos de referirnos, aunque sea brevemente, a la trayectoria del daño no patrimonial en el Derecho italiano.

II. EL *ITER* DEL DAÑO NO PATRIMONIAL: DEL CODICE DECIMONÓNICO A LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LAS SENTENCIAS DE SAN MARTÍN.

Pese a que el tenor literal del art. 1151[3] CC de 1865 no excluía la compensación del daño no patrimonial y a que no faltaron opiniones doctrinales y pronunciamientos

1 Hemos manejado la última edición del CC disponible en www.altalex.com, actualizado con las modificaciones incorporadas por el Decreto legislativo número 147, de 26 de octubre de 2020.

2 Puede consultarse en www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf.

3 El precepto rezaba: "Cualquier acto del hombre que acarree daño a otros obliga a aquel por culpa del cual ha tenido lugar a resarcir el daño". *Cfr. Codice Civile del Regno d'Italia*, Stamperia Reale, Torino, 1865, p. 275,

• Eva María Martín Azcano
Profesora Titular Interina de Derecho civil, Universidad Rey Juan Carlos. Correo electrónico: evamaria.martin@urjc.es

judiciales favorables a su reconocimiento, parece ser que, durante la vigencia del texto legal mencionado, predominaban las voces que defendían la falta de eficacia e, incluso, la inmoralidad del resarcimiento, cuando los daños irrogados no fueran patrimoniales[4]; de ahí que, en una resolución de 20 de octubre de 1924, el Pleno de la *Cassazione* atribuyese carácter excepcional a la reparación de los daños no patrimoniales, exigiendo una disposición legal que admitiese expresamente tal posibilidad[5].

La primera norma italiana que empleó la locución "daño no patrimonial" fue el *Codice penale* (a partir de ahora, CP)[6] de 1930, cuyo art. 185, párrafo segundo (todavía en vigor), instituyó el principio general de resarcibilidad del daño no patrimonial en el ámbito penal[7]; se entendía, pues, que la mayor gravedad del ilícito penal justificaba una reacción más contundente por parte del ordenamiento, que consistía, precisamente, en obligar a resarcir daños que, en otras hipótesis, no se consideraban.

Con tales antecedentes, no es de extrañar que, al aprobarse el CC de 1942, además de la cláusula general de resarcibilidad del daño patrimonial contenida en el art. 2043, el 2059 contemplase explícitamente la reparación de los daños no patrimoniales, pero sólo en los supuestos establecidos por la ley[8]. El ámbito de aplicación de dicho precepto resultaba muy restringido, ya que, al hecho de que, durante mucho tiempo, el art. 185, párrafo segundo, CP fue la única norma que contempló la reparación de los daños no patrimoniales[9], se unía que

versión digitalizada disponible en http://www.notaio-busani.it.

4 Bonilini, G.: voz «Danno morale», en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, *Sezione Civile*, Utet, T. V, Torino, 1989, p. 84; y Cricenti, G.: *Il danno non patrimoniale*, Cedam, 2.ª ed., Padova, 2006, pp. 6 y ss.

5 Citada en Fiandaca, L.: *Il danno non patrimoniale: percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 2.

6 Puede verse una versión actualizada a diciembre de 2020 en www.altalex.com.

7 Tal medida ya se contemplaba, aunque sólo respecto de algunos delitos, en el art. 38 del CP de 1889; *cfr. Codice Penale per il Regno d'Italia*, Stamperia Reale, Roma, 1889, p. 16, versión digitalizada disponible en www.antropologiagiuridica.it. Además, un par de décadas más tarde, el art. 7 del *Codice di procedura penale* de 1913 amplió el catálogo de delitos cuya comisión podía determinar la obligación de reparar el daño no patrimonial; véase el Regio Decreto número 127, de 27 de febrero de 1913, en www.normattiva.it.

8 En el informe ministerial que acompañaba al *Codice*, se explica el porqué de tal decisión: «Acerca del resarcimiento de los denominados daños morales, es decir, acerca de la reparación o compensación indirecta de aquellos efectos del ilícito que no tienen naturaleza patrimonial, se ha decidido no extender a todos la resarcibilidad…
»La resistencia de la jurisprudencia a tal extensión puede considerarse límpida expresión de nuestra conciencia jurídica. Ésta advierte que sólo en caso de delito es más intensa la ofensa al orden jurídico y mayormente sentida la necesidad de una más enérgica represión con carácter también preventivo. Por tanto, el nuevo código se ha limitado a declarar que el daño no patrimonial debe ser resarcido (en sentido amplio) sólo en los casos determinados por la ley, presente o futura, y en las formas, eventualmente diversas de una indemnización pecuniaria, por ella establecidas (art. 2059)». Véase *Codice Civile. Testo e Relazione Ministeriale*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1943, p. 182.

9 Aunque, paulatinamente, se fueron incrementando los supuestos de reconocimiento de compensación del daño no patrimonial en la legislación ordinaria, fuera de la hipótesis de delito; así, entre otros, puede mencionarse el art. 2 de la Ley número 117, de 13 de abril de 1988, sobre resarcimiento de los daños ocasionados en el ejercicio de las funciones judiciales y responsabilidad de los magistrados, modificado por la Ley número 18, de 27 de febrero de 2015, que contiene la disciplina de la responsabilidad civil de los magistrados; o el art. 1 bis de la Ley número 89, de 24 de marzo de 2001, sobre la previsión de reparación adecuada en caso de violación del término de duración razonable del proceso, introducido por obra de la

la jurisprudencia los equiparaba con el denominado daño moral subjetivo —esto es, con la perturbación psicológica transitoria de la víctima subsiguiente al daño sufrido, con la injusta alteración de su estado de ánimo, con su sufrimiento físico (sensaciones dolorosas) o psíquico, cuya compensación se conoce como *pretium doloris* o *pecunia doloris*[10]—; cualquier otro perjuicio inmaterial, por tanto, no se tomaba en cuenta.

A partir de ese momento, la evolución del daño no patrimonial vino impulsada por los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales para dar respuesta a las hipótesis que surgían en la práctica y no encajaban en la bipartición vigente (que distinguía entre daño patrimonial y daño moral subjetivo) sin someterlas a las referidas "horcas caudinas" del 2059 CC, lo que dio lugar a la aparición de diversas categorías resarcitorias[11]. La primera de ellas fue la del daño biológico, con la que se intentaron resolver aquellos casos en que, a pesar de haberse producido la lesión psíquica o física de una persona, su capacidad reditual no resultaba afectada.

Hasta ese momento, el detrimento de la integridad fisio-psíquica de la persona encontraba acogida en el sistema aquiliano sólo si determinaba la limitación o, incluso, la pérdida de su capacidad para generar renta; en tal caso, atendida la susceptibilidad de valoración económica del mismo, el daño venía considerado como patrimonial y, en consecuencia, su resarcimiento se incardinaba en el art. 2043 CC[12]. Aunque se admitían algunas correcciones a este principio, que, mediante el empleo de presunciones, permitían resarcir lesiones a individuos que no desarrollaban actividad profesional alguna[13], la consideración del ser humano exclusivamente desde el punto de vista de su productividad originaba situaciones injustas, que chocaban frontalmente con los principios de salvaguarda de la persona e igualdad, amparados por la *Cost*.; así, había personas que, por no

Ley número 208, de 28 de diciembre de 2015. El texto de los referidos preceptos puede consultarse en www.normattiva.it.

10 En estos términos se pronuncia la importantísima sentencia de la *Corte Costituzionale*, número 184, de 14 de julio de 1986 (*Il foro italiano*, vol. 109, núm. 2, septiembre 1986, pp. 2053-2068).

11 Bona, M. y Monateri, P. G.: *Il nuovo danno non patrimoniale*, Ipsoa, Milano, 2004, pp. 112 y ss.

12 La reparación del mismo se calculaba tomando en consideración la reducción experimentada en la "capacidad laboral específica" del interesado, lo que se conoce como la regla del zapatero, enunciada por el pensador italiano Melchiorre Gioia: "un zapatero, por ejemplo, elabora dos zapatos y cuarto al día; habéis debilitado su mano, de modo que ya no consigue hacer más que un zapato: le debéis el valor de la confección de un zapato y cuarto multiplicado por el número de días que le restan de vida, menos los días festivos. El número de días que restan a un individuo, cuando se conoce su edad, resulta de las tablas de mortalidad que todos conocen". (*Dell'ingiuria dei danni del soddifacimento e relative basi di stima avanti i Tribunali civili*, Giovanni Silvestri, 2.ª ed., Milano, 1829, p. 217).

13 En tales supuestos, se acudía a la "capacidad laboral genérica"; a título de ejemplo, suele mencionarse el supuesto resuelto por la sentencia del Tribunal de Milán de 18 de enero de 1971, conocido como caso Gennarino, en la que se reconoció a un niño de cinco años la incapacidad permanente derivada de un ilícito, calculándose el importe del resarcimiento en base a la actividad desarrollada por su padre (peón no especializado), dando por sentado que sería a la que el interesado hubiera podido acceder. Se conoce también como daño patrimonial presunto. *Cfr.* Bona, M. y Monateri, P. G.: *Il nuovo,* cit., p. 115; Fiandaca, L.: *Il danno,* cit., pp. 4 y ss.; y Morlini, G.: "Danno non patrimoniale e danno esistenziale", 2014, disponible en www.ordineforense.re.it, p. 4.

encajar en el perfil mencionado (desempleados; pensionistas, por edad o invalidez; rentistas) o por sufrir perjuicios que no afectaban a su capacidad para generar renta (microlesiones), no percibían ningún resarcimiento por la lesión de su salud, y otras que, ante el mismo daño en la integridad psico-física, percibían reparaciones muy dispares, por tener distinto nivel de ingresos[14].

El daño biológico se reconoce por primera vez por el Tribunal de Génova, en su sentencia de 25 de mayo de 1974, en la que, al pronunciarse sobre las consecuencias de un accidente de tráfico, la Corte *ligure* decide apartarse del mecanismo de liquidación entonces imperante, inclinándose por "dar relieve al daño físico en sí considerado y valorar aparte la eventual lesión del mismo sobre la capacidad de trabajo-ganancia… En la hipótesis de lesiones a la integridad física de la persona debe resarcirse el daño biológico en sí y por sí considerado, prescindiendo de la efectiva incidencia sobre la capacidad laboral del lesionado"[15]. En cuanto al fundamento normativo del supuesto, el Tribunal entendió que, dado que el art. 2059 CC aludía al daño moral subjetivo, cualquier otro daño extrapatrimonial debía reconducirse al 2043 CC.

Partiendo de esta concepción del daño a la salud —que no tardaron en acoger las Cortes superiores[16]—, se instaura un sistema resarcitorio tricotómico, en el que, a las tradicionales categorías de daño patrimonial y daño moral subjetivo, se añade un *tertium genus*, el daño biológico, que, sin tener carácter patrimonial en sentido estricto, se incardina en el art. 2043 CC, en cuanto especie del género daño injusto, contemplado por este precepto[17]. No faltaron justificaciones diversas a la subsunción del daño biológico en el 2043 —por ejemplo, atribuyéndole carácter patrimonial lato sensu, por cuanto resulta susceptible de valoración económica mediante el uso de parámetros como la renta media, oportunamente atemperada en función de la edad de la víctima, o el uso de baremos[18]— ni elaboraciones conceptuales abstractas, para evitar calificarlo como patrimonial o no patrimonial —que es lo que hizo el Tribunal Constitucional en la sentencia 184, de 14 de julio de 1986, creando una categoría inédita hasta ese momento, la del daño evento, que consentía resarcir la lesión de un derecho en base al comportamiento ilícito del autor del hecho, sin tener en cuenta los eventuales perjuicios producidos y la

14 Monateri, P. G.: Voz «Danno alla persona», en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, *Sezione Civile*, Utet, T. V, Torino, 1989, p. 76.

15 Tribunal Génova, 25 mayo 1974, cit. en Bona, C.: *Studio sul danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 89.

16 *Corte Costituzionale*, núm. 88, 26 julio 1979 (www.giurcost.org); Cass. civ., Sez. III, núm. 3675, 6 junio 1981 (*Il foro italiano*, vol. 104, núm. 7/8, julio-agosto 1981, pp. 1883/1884-1891/1892); y Cass. civ., Sez. III, núm. 6607, 11 noviembre 1986 (*Il foro italiano*, vol. 110, núm. 3, marzo 1987, pp. 833-844).

17 Monateri, P. G.: «Danno alla», cit., p. 76; y Salvi, C.: Voz «Danno», en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, *Sezione Civile*, Utet, T. V, Torino, 1989, pp. 67 y 68.

18 Bona, C.: *Studio sul*, cit., pp. 10 y ss., y 96 y ss.

naturaleza (económica o moral) de los mismos[19]—, pero lo cierto es que, a partir de entonces, se admitió la resarcibilidad del daño biológico *ex* art. 2043 CC, en relación con el art. 32 *Cost.*[20].

No obstante, seguían detectándose perjuicios de carácter no reditual, que no encajaban ni en el concepto de daño moral ni en el de daño biológico —supuestos en que los miembros de una familia veían incrementadas sus obligaciones o restringidas sus libertades, por tener que asistir a un pariente portador de una grave discapacidad, consecuencia de un accidente de tráfico o una negligencia médica; aquellos en los que alguien veía desaparecer todo entusiasmo por los que, hasta el momento de la pérdida de un ser querido por el acto ilícito de un tercero, habían constituido sus principales proyectos vitales; otros en que a un trabajador se le depauperaba la reputación o motivación profesional, por encomendársele indebidamente funciones inferiores a las propias de su cualificación o someterle a cualquier forma de acoso en su puesto de trabajo, etc.[21]—, que los intérpretes trataban de resolver, según el caso, ampliando el campo de acción de las categorías tradicionales (daño patrimonial, moral o biológico), brindando nuevas nociones, con desigual nivel de aceptación (v. gr., daño a la vida de relación, daño a la esfera sexual, daño estético,…) o fundamentando la inadmisibilidad del resarcimiento, por temor a un incremento excesivo de las demandas resarcitorias[22].

De ahí que, tras identificar el denominador común presente en casos como los señalados —la alteración, impuesta y perniciosa, de la cotidianeidad de una

19 Bona, C.: *Studio sul*, cit., p. 92.

20 Bona, M. y Monateri, P. G.: *Il nuovo,* cit., pp. 116 y ss.

21 Un compendio bastante exhaustivo de los casos planteados ante la jurisprudencia de mérito, así como de las soluciones proporcionadas en cada caso, puede verse en Ziviz, P.: "Alla scoperta del danno esistenziale", en AA.VV.: *La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza* (coord. por P. Cendon), Giuffrè, Milano, 1994, pp. 46 y ss.
Raro es el trabajo sobre esta materia que no menciona, en este punto, el caso resuelto por la por la sentencia de la *Corte di Cassazione* número 6607, de 11 de noviembre de 1986, que dirimió la petición planteada iure proprio por un individuo cuya esposa presentaba una grave afección en las vías genitourinarias, como consecuencia de la omisión de la debida diligencia por un médico, al practicarle una cistoscopia. Dado que la enfermedad impedía la actividad sexual, el marido reclamaba una reparación para sí, al margen de la obtenida por su mujer en concepto de daño biológico y del reembolso de los gastos ocasionados por los cuidados médicos y asistenciales requeridos. La demanda resarcitoria se consideró infundada en primera instancia y en apelación, por entender que el alegado por el marido no constituía un efecto normal del hecho ilícito sufrido por su consorte, sino una mera consecuencia refleja, que no le proporcionaba título para ejercitar una pretensión por sí mismo.
Sin embargo, la *Cassazione* sí apreció la lesión de un derecho propio del marido, reconocido y garantizado constitucionalmente: "También el derecho recíproco de cada cónyuge a las relaciones sexuales con el otro es –como se ha visto– derecho inherente a la persona: constituye un derecho que concierne y tiene por contenido un modo de ser, un aspecto del desenvolvimiento de la persona de cada cónyuge en el ámbito de la familia, sociedad natural fundada sobre el matrimonio, formación social donde se desarrolla la personalidad del hombre, cuyos derechos inviolables son reconocidos y garantizados constitucionalmente. Como tal, en cuanto derecho de la persona, en un aspecto de su ser y desarrollo en la familia, se equipara al derecho a la salud, como derecho de la persona a la integridad fisio-psíquica. Y como tal derecho, cuando sea lesionado por el hecho doloso o culposo de un tercero, que, causando al otro cónyuge la imposibilidad de las relaciones sexuales, lo haya suprimido, es, de igual modo, resarcible: como daño que no es ni patrimonial ni no patrimonial, sino un detrimento del modo de ser y del desenvolvimiento de la persona, en aquel aspecto, de por sí, y de aquel modo reparable".

22 Bona, M. y Monateri, P. G.: *Il nuovo,* cit., p. 110.

persona[23]—, cierto sector doctrinal propusiera implantar una nueva categoría conceptual, capaz de aglutinar esos y otros supuestos. La justificación proporcionada para ello era que del mismo modo que, cuando se menoscaba la integridad fisio-psíquica de una persona, hay una respuesta resarcitoria consecuencia de la lesión de un derecho constitucionalmente garantizado (el derecho a la salud), cada vez que se daña el libre desarrollo de la personalidad, dificultando, impidiendo o imponiendo una determinada actividad en el ámbito familiar, social o profesional, se comprometen otros valores del individuo tutelados por la Norma Suprema, por lo que también entonces debería haber una reacción del ordenamiento, de manera que quedasen protegidas todas las dimensiones de la existencia humana[24]. Surge así la controvertida modalidad del daño existencial, impulsada por las escuelas triestina y turinesa[25], con el mismo fundamento normativo que el empleado por la sentencia 184/1986 del *Costituzionale* para sustentar el daño biológico: el art. 2043 CC en relación con la *Norma Normarum*, particularmente con su art. 2, combinación que garantiza la reparación integral de los daños causados en los valores de la persona distintos del derecho a la salud (familia, educación, libertad, honor, intimidad, etc.), por cuanto obstaculizan, injustamente, las actividades "realizadoras" de la persona (entendiendo por tales las que permiten el libre desarrollo de la personalidad, el que una persona se realice)[26].

23 En este sentido, Rossi, R.: "Il danno esistenziale", en AA.VV.: *Trattato dei nuovi danni* (dir. por P. Cendon), vol. I, Cedam, Padova, 2011, p. 19.

24 En tal sentido, Fanelli, L.: "Le ragioni alla base dell'emersione di un nuova categoría di danno: danno esistenziale", en AA.VV.: *Critica del danno esistenziale* (coord. por G. Ponzanelli), Cedam, Padova, 2003, pp. 29 y 30.

25 Representadas, respectivamente, por los profesores Paolo Cendon y Patrizia Ziviz, y por Pier Giuseppe Monateri y Marco Bona. La principal diferencia entre ambas corrientes estribaba en que, mientras la triestina consideraba que la nueva modalidad absorbía el daño biológico —distinguiéndose el "daño existencial biológico" (esto es, los perjuicios de carácter dinámico-relacional derivados de una lesión fisio-psíquica) del "daño existencial no biológico" (las consecuencias negativas resultantes de la lesión de cualquier otro derecho)—, la de Turín entendía que se sumaba a éste, conformando el mencionado "tercer género", en el que quedaban integrados todos los daños no patrimoniales que no resultasen cubiertos de otro modo; coincidían, en cambio, en que las dos lo subsumían en el art. 2043 CC. *Vide* Bona, M. y Monateri, P. G.: *Il nuovo,* cit., pp. 152 y ss.; Fanelli, L.: "Le ragioni", cit., p. 20, nota 9, y p. 26, nota 19; y Rossi, R.: "Il danno", cit., p. 21.

26 Estos fueron los razonamientos empleados por la *Cassazione* en la sentencia número 7713, de 7 de junio de 2000 (*Il foro italiano*, vol. 124, núm. 1, enero 2001, pp. 187-204), la primera resolución que reconoció expresamente el daño existencial (aunque el germen de la categoría ya se dejó notar en la 6607/1986). En ella se parafrasea el siguiente fragmento de la 184/1986, si bien el Supremo sustituye las referencias al art. 32 por las del 2 del texto constitucional: "La vigente Constitución, garantizando principalmente valores personales, revela que el art. 2043 CC debe ponerse sobre todo en relación con los arts. de la Carta fundamental (que tutelan los referidos valores) y que, por tanto, debe leerse de modo idealmente idóneo para compensar el sacrificio que los mismos valores sufren a causa del ilícito. El art. 2043 CC, en relación con el art. 32 Const., se extiende necesariamente hasta abarcar el resarcimiento no sólo de los daños patrimoniales en sentido estricto, sino (excluidos, por las razones ya indicadas, los daños morales subjetivos) todos los daños que, al menos, potencialmente, obstaculizan las actividades realizadoras del ser humano. Y éste es el profundo significado innovador de la reclamación de resarcimiento autónomo, en cualquier caso, del daño biológico: tal reclamación contiene una implícita, pero ineludible invitación a poner especial atención en la norma primaria, cuya violación funda el resarcimiento ex art. 2043 CC, al contenido de la *iniuria*, a la que se refiere el mismo art., y a la inclusión en el resarcimiento (ya no limitado, por tanto, a la garantía de los bienes patrimoniales) de la lesión de bienes y valores personales".

Con posterioridad, mediante dos resoluciones del 2003 —conocidas como sentencias gemelas, por haberse emitido el mismo día, el 31 de mayo, así como por la semejanza de sus motivaciones[27]—, el Supremo italiano concluyó que, igual que se venía haciendo para justificar la ampliación del área del 2043 CC, cabía realizar una lectura constitucionalmente orientada del art. 2059, lo que permitió reconducir los daños a la persona (incluido el biológico) a su sede natural, además de sortear las limitaciones que, durante tanto tiempo, habían obstaculizado su pleno reconocimiento. En concreto, retomando la noción brindada por el *Costituzionale* en la sentencia 88/1979[28], se abandona la interpretación restrictiva del 2059 CC, identificándose el daño no patrimonial (ya no sólo con el daño moral subjetivo, sino) con el daño derivado de la injusta lesión de intereses o valores inherentes a la persona, carentes de relevancia económica. De la tricotomía previa, el régimen de responsabilidad civil extracontractual italiano pasa, pues, al sistema bipolar del daño patrimonial y no patrimonial.

A partir de ahí, para salvar el límite que sólo admite la reparación del daño no patrimonial en los supuestos legalmente previstos, el Alto Tribunal entendió que, dado que, de todas las sanciones contempladas por el ordenamiento, el resarcimiento constituye la menor de las que pueden articularse para garantizar la salvaguarda de valores personales de relieve constitucional, su reconocimiento no puede someterse a límite alguno, puesto que eso se traduciría en la denegación de la forma mínima de tutela a los supuestos excluidos. En coherencia con ello, cuando se hallen en juego valores personales de relieve constitucional, el límite establecido en el art. 2059 CC ha de entenderse inoperante. Por si lo dicho no bastase, las sentencias gemelas proporcionan un argumento alternativo: el reenvío del 2059 a "los casos determinados por la ley", tras la entrada en vigor de la *Cost*., bien puede entenderse referido a las previsiones de la propia Norma Suprema[29]. Por tanto, la interpretación combinada del art. 2059 CC y los principios constitucionales amplía los daños no patrimoniales resarcibles, que ya no son únicamente los determinados expresamente por la ley, sino también los derivados de la lesión de los derechos inviolables de la persona reconocidos por la Carta Magna.

27 Cass. Civ., Sez. III, núm. 8827, 31 mayo 2003 (www.altalex.com); y Cass. Civ., Sez. III, núm. 8828, 31 mayo 2003 (www.ilsole24ore.com).

28 En la que se señala que la noción de "daño no patrimonial" del 2059 CC "es amplia y general hasta el punto de alcanzar, sin sombra de duda, cualquier perjuicio que se contraponga, en vía negativa, al patrimonial, caracterizado por la economicidad del interés lesionado. Lo cual lleva a entender que el ámbito de aplicación de los referidos arts. 2059 del código civil y 185 del código penal –contrariamente a cuanto se afirma en la ordenanza de remisión– se extiende hasta abarcar cualquier daño no susceptible directamente de valoración económica, comprendido el de la salud".

29 "[E]l reconocimiento en la Constitución [en su art. 2] de los derechos inviolables inherentes a la persona carentes de naturaleza económica exige su tutela implícita, pero necesariamente, de tal modo que constituye un caso de reparación del daño no patrimonial determinado por la ley, al máximo nivel" (Cass. Civ., Sez. III, núm. 8828, 31 mayo 2003).

La *Corte Costituzionale*, por su parte, enseguida manifestó complacencia con tal lectura; poco más de un mes después de las gemelas, en su sentencia número 233, de 11 de julio, atribuyó a las resoluciones *de quibus* "el indiscutible mérito de reconducir a racionalidad y coherencia el atormentado capítulo de la tutela resarcitoria del daño a la persona". Asimismo, partiendo de la clasificación enunciada por la sentencia 8827/2003 del Supremo, el Tribunal Constitucional precisó las distintas voces que integran la categoría compleja del daño no patrimonial; la "interpretación constitucionalmente orientada del art. 2059 CC —afirma la 233/2003— [va] dirigida a condensar en la abstracta previsión de la norma cualquier daño de naturaleza no patrimonial resultante de la lesión de valores inherentes a la persona: y, por tanto, sea el daño moral subjetivo, entendido como perturbación pasajera del estado de ánimo de la víctima; sea el daño biológico en sentido estricto, entendido como lesión del interés, constitucionalmente garantizado, a la integridad psíquica y física de la persona, consiguiente a una comprobación médica (art. 32 *Cost.*); sea, por último, el daño (a menudo definido por la doctrina y la jurisprudencia como existencial) derivado de la lesión de (otros) intereses de rango constitucional inherentes a la persona", quedan comprendidos en la noción regulada por el 2059 CC.

Asentada la bipolaridad del sistema por obra de las gemelas, en lo sucesivo, el debate doctrinal y jurisprudencial se concentró en una de las modalidades resarcitorias en que se venía segmentando la categoría de los perjuicios no patrimoniales: el daño existencial. Esta figura no fue pacíficamente acogida por la civilística italiana; al contrario, su aparición dio lugar a una enconada polémica (que todavía subsiste) entre quienes consideran que, al igual que la salud, las restantes dimensiones de la existencia de la persona merecen tutela resarcitoria y que, para ello, resulta imprescindible el reconocimiento de una voz de daño autónoma, que permita dar respuesta a lesiones distintas de las consideradas por el daño moral y el biológico[30]; y aquellos que, por el contrario, defienden que no sólo no es preciso configurar una figura ad hoc, para asegurar el resarcimiento integral del daño, sino que no es posible reconducir la lesión de cualesquiera intereses a una categoría genérica de daño, al objeto de admitir su resarcimiento, sin base normativa alguna para ello, por cuanto eso supondría revertir la tipicidad del daño no patrimonial establecida por el art. 2059 CC[31].

30 Que conforman lo que se conoce como corriente existencialista, cuyos máximos exponentes son los representantes de las escuelas triestina y turinesa, que se han señalado.

31 Éstos son los llamados anti-existencialistas; así, Comandé, G.: «Il danno esistenziale e il "diritto pigro"», en AA.VV.: *Critica del danno esistenziale* (coord. por G. Ponzanelli), Cedam, Padova, 2003, pp. 72 y ss.; D'Adda, A.: "Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio", en *Il foro italiano*, vol. 124, núm. 1, enero 2001, pp. 196 y ss.; Fanelli, L.: "Le ragioni", cit., p. 30; Pedrazzi, G.: «"Lifting the veil": il disvelamento del danno esistenziale», en AA.VV.: *Critica del danno esistenziale* (coord. por G. Ponzanelli), Cedam, Padova, 2003, pp. 45 y ss.; o Ponzanelli, G.: «La "forza" del sistema bipolare», en AA.VV.: *Critica del danno esistenziale* (coord. por G. Ponzanelli), Cedam, Padova, 2003, pp. 11 y ss.

El referido antagonismo permeó en la jurisprudencia, no sólo en la de mérito[32], también en la de legitimidad[33]; de ahí que, al tratar de resolver el recurso planteado por los familiares de una persona fallecida en un accidente de tráfico (habían obtenido en apelación la reparación del daño biológico y del moral, pero reclamaban también el existencial), la *Terza Sezione Civile* de la Corte de Casación invocase la intervención de las *Sezioni Unite*[34], mediante la ordenanza número 4712, de 25 de febrero de 2008[35], exhortándolas a resolver diversas cuestiones sobre el daño no patrimonial, entre ellas, «la misma "existencia" del daño existencial». La respuesta de las *Sezioni Unite* a la referida ordenanza se verificó en la sentencia número 26973[36], cuya motivación se reprodujo íntegramente en otras tres decisiones del *Massimo Consesso di Giustizia*, que resolvían sendas hipótesis en las que también se pretendía el reconocimiento del daño existencial[37].

En tales pronunciamientos —que se conocen como las sentencias de San Martín, por datar del día 11 de noviembre de 2008[38]—, el Pleno del Supremo italiano asumió la interpretación constitucionalmente orientada del art. 2059 CC proporcionada por las sentencias 8827 y 8828/2003; así, reiteró la bipolaridad del sistema de responsabilidad aquiliana contenido en el CC y puntualizó que, como el art. 2059 no configura un ilícito civil distinto del contemplado en el 2043, para resarcir el daño no patrimonial, deben concurrir los mismos elementos estructurales requeridos por el art. 2043 CC para el reconocimiento del daño patrimonial (esto es, un hecho doloso o culposo, un daño injusto y el nexo causal entre ambos). No

32 Puede verse un detallado catálogo de la jurisprudencia menor sobre danno esistenziale en Morlini, G.: "Danno non", cit., p. 11; y Rossi, R.: "Il danno", cit., pp. 18 y 19.

33 A título de ejemplo, además de las mencionadas hasta el momento, entre las que admiten el daño existencial, merece señalarse la sentencia número 2050 de la Cuarta *Sezione Penale* de la Corte de *Cassazione*, de 23 de noviembre de 2003 (http://www.ordineavvocatifrosinone.it). Niega relevancia a la categoría, en cambio, la sentencia número 15022 de la *Terza Sezione Civile* de la *Cassazione*, de 15 de julio de 2005 (*Il foro italiano*, vol. 129, núm. 5, mayo 2006, pp. 1357-1360).

34 En realidad, las *Sezioni Unite* de la *Cassazione* ya habían sido requeridas sobre el particular, lo que dio lugar a su sentencia número 6572, de 24 de marzo de 2006 (*Il foro italiano*, vol. 129, núm. 5, mayo 2006, pp. 1345-1355), en la que, en relación con un caso de despido nulo de un trabajador por la compañía de Ferrocarriles del Estado, tras varios años de degradación y descualificación profesional, se reconoció la procedencia del daño no patrimonial, tanto biológico como existencial. Sin embargo, los magistrados anti-existencialistas de la *Cassazione*, lejos de doblegarse a los argumentos del Pleno, interpretaron que el *dictum* en cuestión debía entenderse limitado al ámbito del Derecho laboral, siendo imposible atribuirle valor general, y, en consonancia con ello, continuaron emitiendo resoluciones en las que se negaba sistemáticamente la admisibilidad del daño existencial, concediéndole, en el mejor de los casos, mero valor descriptivo. Constituye ejemplo de ello la sentencia número 23918 de la *Terza Sezione Civile* de la *Cassazione*, de 9 de noviembre de 2006 (*Responsabilità civile e previdenza*, LXXII, núm. 2, febrero 2007, pp. 276-284).

35 *Il foro italiano*, vol. 131, núm. 5, mayo 2008, pp. 1447-1458.

36 Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 26973, 11 noviembre 2008 (*Il foro italiano*, vol. 132, núm. 1, enero 2009, pp. 119-160).

37 Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 26972, 11 noviembre 2008 (www.ambientediritto.it); Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 26974, 11 noviembre 2008 (www.vittimestrade.org); y Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 26975, 11 noviembre 2008 (www.anaao.it).

38 Hay quien entiende que la fecha de depósito de estas sentencias no fue arbitraria, sino que se hizo coincidir con el comienzo del año agrícola para, de algún modo, simbolizar que, tras ellas, comenzaba una nueva estación, un nuevo periodo, en lo relacionado con el daño no patrimonial. *Cfr.* Pardolesi, R. y Simone, R.: «Danno esistenziale (e sistema fragile): "die hard"», en *Il foro italiano*, vol. 132, núm. 1, enero 2009, p. 128.

obstante, también resaltó la diferencia esencial entre ambas hipótesis resarcitorias: mientras el daño patrimonial se caracteriza por su atipicidad, lo que supone que el perjuicio injusto puede derivar de la lesión de cualquier interés jurídicamente relevante, el daño no patrimonial se distingue por su tipicidad, lo que implica que sólo la lesión de algunos intereses hará surgir un perjuicio resarcible. "En el plano de la injusticia del daño —se lee en la 26973/2008—, la resarcibilidad del daño no patrimonial demanda la selección de los intereses de cuya lesión deriva el daño. Selección que se lleva a cabo a nivel normativo, en los casos determinados por la ley, o en vía interpretativa por parte del juez, llamado a individuar la subsistencia, conforme al criterio de la Constitución, de un concreto derecho inviolable de la persona, necesariamente, amparado por la tutela resarcitoria mínima".

Al mismo tiempo, para moderar la proliferación de demandas indemnizatorias (en muchos casos, solicitando la reparación de perjuicios fútiles[39]), las *Sezioni Unite* trataron de acotar los supuestos en que podía concederse resarcimiento por los daños no patrimoniales derivados de la lesión de derechos constitucionales, mediante el establecimiento de dos requisitos: la gravedad de la ofensa y la seriedad del perjuicio; en otras palabras, la conculcación del derecho debe rebasar cierto umbral de ofensa, de modo que el perjuicio sea lo bastante serio para merecer tutela, en un sistema que impone un mínimo de tolerancia[40].

Por lo demás, las sentencias de San Martín rechazan abiertamente la posibilidad de identificar subcategorías resarcitorias en el ámbito del art. 2059 CC, norma que deviene, tras su reinterpretación constitucional, la única que disciplina el daño no patrimonial, entendido como todo perjuicio derivado de la lesión de intereses inherentes a la persona y carentes de relevancia económica. Sólo a efectos descriptivos admite el Supremo italiano que se emplee una denominación para representar casos específicos, cuyo resarcimiento quede amparado por la ley en los términos antedichos. "En tal sentido, esto es, como mera síntesis descriptiva, deben entenderse las distintas denominaciones (daño moral, daño biológico, daño de pérdida de la relación familiar) adoptadas por las sentencias gemelas del 2003 y acogidas por la sentencia n. 233/2003 de la Corte Constitucional"[41].

39 A modo de ejemplo de tales daños triviales, el Alto Tribunal transalpino menciona la ruptura del tacón del zapato de una novia el día de su boda, el corte de pelo errado, la espera estresante en un aeropuerto o el apagón eléctrico que impide disfrutar de la emisión de un partido de fútbol; cuestiones resueltas por los Jueces de Paz.

40 "Evidentemente –señalan las *Sezioni Unite*–, no son merecedores de la tutela resarcitoria…los perjuicios consistentes en malestares, fastidios, decepciones, ansiedades y en cualquier otro tipo de insatisfacción concerniente a los aspectos más dispares de la vida cotidiana que cada uno conduce en el contexto social, a los cuales ha conferido protección, en cambio, la jurisprudencia de proximidad. No vale invocar, para declararlos resarcibles, derechos del todo imaginarios, como el derecho a la calidad de la vida, al estado de bienestar, a la serenidad: en definitiva, el derecho a ser felices".

41 Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 26973, 11 noviembre 2008.

Particularmente, se niega al denominado daño existencial la dignidad de componente autónoma del daño no patrimonial, invocando el principio enunciado por algunas de las resoluciones anti-existencialistas de la *Cassazione*, como la 15022/2005 o la 23918/2006: porque, a través de tal subcategoría, "se acaba por llevar también el daño no patrimonial a la atipicidad, aunque sea a través de la individuación de la aparente figura típica del daño existencial, en la que, sin embargo, confluyen supuestos no necesariamente previstos por la norma a los efectos de la resarcibilidad de tal tipo de daño, mientras esa situación no es querida por el legislador ordinario ni viene requerida por la interpretación constitucional del art. 2059 CC, que resulta satisfecha por la tutela resarcitoria de valores específicos de la persona, amparados por derechos inviolables según la Constitución". No tiene inconveniente, el Alto Tribunal, en que, por economía expresiva, se describan como existenciales aquellos perjuicios que, consiguientes a la lesión de un derecho inviolable, afecten a la existencia de la persona; no obstante, tal referencia responderá sólo a exigencias descriptivas, sin que, en ningún caso, pueda suponer el reconocimiento del daño existencial como categoría específica dentro de la general, del daño no patrimonial.

Sin embargo, al mismo tiempo, paradójicamente, se confiere al componente biológico del daño no patrimonial "alcance tendencialmente omnicomprensivo", por cuanto parece abarcar los restantes tipos de perjuicios; en consecuencia, se considera duplicación resarcitoria la liquidación separada de las consecuencias morales o existenciales, en lugar de considerarlas como "voces" del elemento biológico[42].

A pesar de que algunos acogieron las resoluciones del otoño del 2008 como si —parafraseando a la profesora Zíviz— de las "Tablas de la Ley" se tratase[43], lo cierto es que no supusieron (ni mucho menos) el fin del añoso debate sobre los componentes del daño no patrimonial. Además de las inconsistencias que los existencialistas detectaron en ellas[44] y que alguno de sus pronunciamientos

42 Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 26973, 11 noviembre 2008.

43 "Ogni cosa è illuminata (da Cass. 1361/2014)", en *Persona e danno*, 12 febrero 2014, disponible en www.personaedanno.it.

44 Por ejemplo, Monateri ("Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale", 2009, disponible en www.jus.unitn.it, p. 4) critica el empeño de las sentencias de San Martín en diferenciar entre categorías jurídicas y descriptivas, atribuyendo peor condición a estas últimas, cuando, desde el punto de vista ontológico, tal distinción no aporta nada, puesto que, al margen de su procedencia (la ley o la doctrina), ambas categorías cumplen la misma función: pormenorizar elementos, hipótesis, vicisitudes o relaciones a las que aplicar el mandato contenido en la norma.
De otro lado, como ya hemos apuntado, genera perplejidad que, de un lado, se niegue la posibilidad de reconocer subcategorías en el daño no patrimonial y que, al mismo tiempo, se refuerce la figura del daño biológico, otorgándole carácter omnicomprensivo. Además, dado que tal instituto no abarca la totalidad de hipótesis de daño a la persona que pueden surgir en la práctica, no parece demasiado realista pensar que, mediante la *reductio ad unum* pretendida por el Pleno del Supremo en noviembre de 2008, pueda satisfacerse el principio del resarcimiento integral que preside la materia que nos ocupa. En este sentido, puede verse Rossi, R.: "Il danno", cit., pp. 27 y 28.

fueron sucesivamente desmentidos por el legislador[45], la propia jurisprudencia de legitimidad no tardó en puntualizar sus postulados; en efecto, diversas sentencias del Supremo posteriores a las de San Martín reiteraron que el daño biológico, el moral y el existencial constituyen perjuicios no patrimoniales ontológicamente diversos y todos resarcibles, y que semejante afirmación no contrasta con la unidad del daño no patrimonial sancionada en los pronunciamientos del 2008, por cuanto ésta impone una liquidación unitaria del daño, pero no la consideración atomística de sus efectos[46]. Se trata, pues, de garantizar el resarcimiento integral del daño sin incurrir en duplicaciones indemnizatorias[47].

De hecho, a la vista del enfoque que confiere últimamente a la cuestión, la *Cassazione* parece haberse desmarcado definitivamente de los argumentos defendidos por su Pleno en las sentencias del 2008; así, según la sentencia de la *Terza Sezione* número 901, de 17 de enero de 2018[48], aunque para verificar y reparar el daño no patrimonial, no hay necesidad de acudir a categorías taxonómicas abstractas (es más, haciendo uso de ellas se corre el riesgo de subestimar algún perjuicio o incurrir en duplicaciones, si se emplean categorías poco precisas), tampoco puede ignorarse la fenomenología del daño a la persona mediante "estériles formalismos unificantes"[49]. En consecuencia, atendiendo a la doble dimensión del sufrimiento humano —que presenta una vertiente

45 Es el caso de la supuesta dilución del daño moral en el biológico a la que se refieren las sentencias del 2008, puesto que, tras ellas, se han aprobado normas que, aunque en ámbitos sectoriales, contemplan el resarcimiento autónomo del daño moral; así el art. 1 del Decreto del Presidente de la República número 181, de 30 de octubre de 2009, que aprueba el Reglamento que contiene los criterios médico-legales para la constatación y determinación de la individualidad del daño biológico y moral a cargo de las víctimas del terrorismo y de las matanzas de tal origen, conforme al art. 6 de la Ley número 206, de 3 de agosto de 2004; o, más recientemente, la redacción dada por el art. 1.17 de la Ley número 124, de 4 de agosto de 2017, anual para el mercado y la competencia al art. 138 del *Codice delle assicurazioni*. Ambas pueden consultarse en www.gazzettaufficiale.it.

46 Cass. Civ., Sez. III, núm. 20292, 20 noviembre 2012 (www.altalex.com); Cass. Civ., Sez. Lavoro, núm. 9770, 23 abril 2013 (www.webgiuridico.it); Cass. Civ., Sez. III, núm. 23147, 11 octubre 2013 (www.altalex.com); Cass. Civ., Sez. III, núm. 15491, 8 julio 2014 (www.altalex.com); o Cass. Civ., Sez. III, núm. 10414, 20 mayo 2016 (www.ilfoglietto.it).

47 Cass. Civ., Sez. III, núm. 23778, 7 noviembre 2014 (www.altalex.com): "Nuestro ordenamiento sólo conoce una distinción en materia de daños aquilianos: aquella entre daños patrimoniales y daños no patrimoniales. Cada una de estas categorías jurídicas es unitaria. Bajo el punto de vista jurídico, así como no hay diferencia entre el daño patrimonial consistente en la pérdida de un crédito y el consistente en la pérdida de un ingreso, …no hay ninguna diferencia ontológica –como se suele decir– entre una lesión a la salud y una al honor. Obviamente, tanto el daño patrimonial como el no patrimonial pueden asumir infinitas formas, porque pueden incidir sobre infinitos bienes o intereses. El daño no patrimonial, por tanto, que es categoría unitaria, se diferencia en los criterios de constatación y liquidación, según el interés concreto sobre el que recaiga. Sin embargo, la proclamada naturaleza unitaria del perjuicio no puede constituir un mero obsequio formal a la dogmática: y, en consecuencia, no está permitido multiplicar las voces de daño designando perjuicios idénticos con nombres diversos". En sentido similar, Cass. Civ., Sez. III, núm. 16516, 28 septiembre 2012 (www.altalex.com); Cass. Civ., Sez. Lavoro, núm. 28137, 17 diciembre 2013 (www.olympus.uniurb.it); Cass. Civ., Sez. III, núm. 1361, 23 enero 2014 (www.altalex.com); Cass. Civ., Sez. III, núm. 3374, 20 febrero 2015 (www.iclouvell.com); o Cass. Civ., Sez. III, núm. 21059, 19 octubre 2016 (www.personaedanno.it).

48 *Danno e responsabilità*, núm. 4, 2018, pp. 463-467.

49 En términos similares, la ordenanza de la *Cassazione* número 7513, de 27 de marzo de 2018 (*Danno e responsabilità*, núm. 4, 2018, pp. 456-462), señala que "el daño no patrimonial (como el patrimonial) constituye una categoría jurídicamente (aunque no fenomenológicamente) unitaria".

interna, constituida por el padecimiento espiritual en todos sus aspectos: dolor, vergüenza, remordimiento, desestimación propia, melancolía, tristeza, etc.; y otra externa, representada por el impacto modificativo *in peius* en la vida cotidiana del interesado—, el Supremo considera que, para constatar y liquidar adecuadamente el daño no patrimonial, una vez identificado el interés protegido por la *Cost*. (salud, relación familiar, honor, libertad de expresión, religiosa, etc.[50]), el Juez debe analizar y valorar rigurosamente, desde el punto de vista de la prueba, las repercusiones de la lesión tanto en la esfera interna como en la externa de la víctima[51].

La interna se corresponde con el daño moral; la externa, por su parte, se identifica con el daño dinámico relacional (o relacional, a secas), que constituye el giro elegido por el Alto Tribunal italiano para evitar aludir al daño existencial, pero que define en términos idénticos: "perjuicio de naturaleza no meramente emotiva e interior, sino objetivamente constatable, provocado en la actividad no reditual del sujeto, que altere sus hábitos de vida y actitudes relacionales propias, induciéndole a elecciones vitales diversas en cuanto a la expresión y realización de su personalidad en el mundo externo"[52]. Ambas tipologías de daño, moral y dinámico-relacional, constituyen modalidades diversas y autónomamente resarcibles, siempre que los respectivos perjuicios se prueben, oportunamente, caso por caso, mediante cualesquiera medios de prueba admitidos por el ordenamiento[53].

En definitiva, una década después de las sentencias de San Martín, la *Cassazione* ha recuperado y redistribuido los factores o componentes tradicionales del daño a la persona, articulándolos en una nueva clasificación, que, según algunos, permite no incurrir en asignaciones o duplicaciones erróneas, por cuanto abarca la total fenomenología del daño en dos "solidos confines categoriales"[54]. En opinión de otros, en cambio, la propuesta del 2018, además de constituir una *contradictio in adiecto*[55], desvirtúa la labor nomofiláctica de las *Sezioni Unite* (ignorada no ya por la jurisprudencia de mérito, sino también por la de legitimidad), evidencia la polarización de los Jueces armiñados —que, divididos en biologicistas y

50 La sentencia 901/2018 da por superada la «pretendida "unidad omnicomprensiva" del daño biológico», por lo que la lesión de cualesquiera intereses constitucionalmente protegidos puede determinar la obligación de reparar el daño.

51 Reitera este principio de la 901/2018 la sentencia número 13770 de la *Cassazione*, de 31 de mayo de 2018 (*Danno e responsabilità*, núm. 4, 2018, pp. 453-456).

52 Cass. Civ., Sez. III, núm. 901, 17 enero 2018. La misma descripción se empleó por la sentencia 6572/2006 del Supremo para concretar la noción del daño existencial.

53 Este esquema presenta bastantes similitudes con el planteamiento de la cuestión defendido por la escuela triestina; *cfr.* nota 26.

54 Bianchi, A.: "Il danno alla persona secondo le sentenze Travaglino e Rossetti", en *Danno e responsabilità*, núm. 4, 2018, p. 472, nota 9.

55 De "unidad binaria" la califica, por ejemplo, Pardolesi, R.: "Danno non patrimoniale, uno e bino, nell'ottica della Cassazione, una e Terza", en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, año XXXIV, núm. 9, 2018, p. 1, disponible en www.law-economics.net.

existencialistas, consiguen inclinar la balanza a su favor cada cierto tiempo[56]— y, en general, marca el declive de la *Cassazione* como órgano judicial de referencia[57]. En suma, aunque el esquema delineado por las mencionadas resoluciones del 2018, probablemente, constituirá el estatuto conforme al cual se liquidará el daño no patrimonial durante los próximos diez años —como señala Ponzanelli[58]—, no parece que, de momento, el debate pueda darse por zanjado.

III. SUPUESTOS DE RESARCIBILIDAD DEL DAÑO NO PATRIMONIAL.

Con independencia de la eventual adscripción de las hipótesis que se plantean en la práctica a una u otra categoría descriptiva o doctrinal, o a la genérica del daño no patrimonial, lo cierto es que, en los últimos años, la jurisprudencia italiana viene aplicando asiduamente la interpretación expansiva (o constitucionalmente orientada) del art. 2059 CC; precisamente, dedicaremos las páginas que siguen a repasar algunos de los supuestos más emblemáticos en que se hace uso de la referida exégesis.

1. Lesiones mortales infligidas a un pariente cercano.

En el ámbito que nos ocupa, las reclamaciones atendidas con mayor frecuencia por los Tribunales transalpinos se refieren a supuestos en que, como consecuencia de la conducta ilícita de un sujeto, otra persona sufre lesiones que, de forma inmediata o tras un periodo de tiempo más o menos prolongado, provocan su fallecimiento. Se atribuye naturaleza pluriofensiva a tales ilícitos, por cuanto de los mismos resultan daños no sólo para la víctima primaria, sino también para ciertas personas de su entorno, que, en consecuencia, podrán reclamar *iure proprio*, por la abrupta y definitiva ruptura del vínculo familiar, además de *iure hereditatis* —siempre que, naturalmente, ostenten la condición de heredero—, por los padecimientos causados al familiar fallecido[59].

56 Resultan muy expresivas las palabras de Pardolesi ("Danno non", cit., p. 2), en este sentido: "La guerrilla militante de la *Terza Sezione* –o de parte de ella, hoy dueña del campo– ha minado, en el arco de una década, las líneas de resistencia y los puntos de debilidad, hasta inclinar el equilibrio (de por sí precario). Misión cumplida. El nuevo orden se ha instaurado. O tal vez no…".

57 En esta línea, Pardolesi, R.: "Danno non", cit., pp. 2 y ss.; y Ponzanelli, G.: "Danno non patrimoniale: l'abbandono delle Sezioni Unite di San Martino", en *Danno e responsabilità*, núm. 4, 2018, pp. 468 y ss.

58 "Danno non", cit., p. 468.

59 Así, según se lee en la sentencia número 1704 de la *Cassazione*, de 25 de febrero de 1997, «el resarcimiento del daño no patrimonial, sufrido en vida por persona fallecida a consecuencia de lesiones provocadas por el hecho ilícito de otro, tras un apreciable lapso de tiempo desde las lesiones sufridas, puede ser reclamado por cada uno de los herederos, en tal calidad y en los límites de la respectiva cuota, sin que sea obstáculo la demanda propuesta por ellos como parientes cercanos de la víctima por el resarcimiento del daño que les corresponde iure proprio a causa de la muerte del familiar, tratándose de daños diversos objetiva y subjetivamente, por ser el primero el mismo daño sufrido por el "*de cuius*", repartido "*pro quota*" entre los herederos, y el segundo el soportado por el pariente a consecuencia de la muerte del familiar, susceptible, en caso de pluralidad de familiares, de diversa gradación según la intensidad del ligamen» (www.studiolegaleliguori.com).

A fuerza de resolver supuestos como el descrito, la jurisprudencia italiana ha ido perfilando diversas hipótesis de perjuicio, en las que pretende encuadrar las posibles consecuencias del evento lesivo para el interesado y sus allegados, sin incurrir ni en vacíos ni en duplicaciones resarcitorias; así, a la persona que sufre las lesiones se la reconoce el denominado daño de muerte inminente o daño terminal, que, además de la componente biológica, fruto de las *vulnera* corporales, puede albergar otra moral, derivada del eventual sufrimiento psíquico experimentado.

El daño biológico terminal pretende compensar un daño no patrimonial, el menoscabo de la integridad física de la víctima, desde que se causa la lesión hasta que se verifica el fallecimiento; esto es, la conculcación de un derecho constitucionalmente tutelado —la salud (art. 32 *Cost.*)—, resarcible, pues, conforme a la interpretación lata del 2059 CC. Naturalmente, el resarcimiento por el referido perjuicio corresponde a la víctima, pero, tratándose de un derecho de contenido económico, a su fallecimiento, se integra en su herencia y se transmite a sus herederos, que, en los límites de sus respectivas cuotas, podrán ejercitar la pretensión correspondiente[60].

Para su reconocimiento, los Tribunales italianos exigen que, entre el evento lesivo y el fatal desenlace, haya transcurrido un lapso de tiempo "apreciable"[61], que permita constatar no la mera lesión del bien jurídico protegido, sino la concreta pérdida o reducción que ésta determina en la integridad física del interesado —en el conjunto de funciones naturales inherentes a la persona, que la permiten desarrollarse plenamente, en todas las facetas de su vida, no sólo en el aspecto económico, sino también desde el punto de vista espiritual, social, cultural, estético, etc.—, que es lo que permite precisar la entidad del daño con fines compensatorios[62]. En cambio, la muerte instantánea o inmediata impediría que las específicas consecuencias de la lesión se hiciesen patentes en la integridad física del interesado y pudiesen cuantificarse oportunamente; asimismo, el deceso supondría la lesión de un bien jurídico distinto del de la salud, el de la vida —

60 Cass. Civ., Sez. III, núm. 7632, 16 mayo 2003 (www.avvocatinovara.com); Cass. Civ., Sez. III, núm. 18305, 1 diciembre 2003 (www.bizzarrilex.it); Cass. Civ., Sez. III, núm. 3549, 23 febrero 2004 (www.altalex.com); Cass. Civ., Sez. III, núm. 21976, 19 octubre 2007 (www.altalex.com); o Cass. Civ., Sez. VI, núm. 15395, 26 julio 2016 (www.altalex.com).

61 Lo que se denomina por algunos "criterio cronométrico". *Vide* Dellacasa, M.: "La vita ha valore…ma solo per chi non la perde? Rinnovamento e restaurazione nel risarcimento del danno da morte", en AA.VV.: *Il danno da morte. Cinque voci per un tema controverso* (coord. por G. Cricenti), Aracne, Roma, 2016, pp. 12, 15, 45 o 47; y Zambrano, V.: "Il danno da perdita della vita. Spunti di diritto interno e comparato", en AA.VV.: *Il danno da morte. Cinque voci per un tema controverso* (coord. por G. Cricenti), Aracne, Roma, 2016, p. 140.

62 «Por comodidad expositiva se habla de "apreciación del tiempo", cuando, en efecto, se trata de "apreciación del daño" a la salud, antes del infausto resultado final. De hecho, el tiempo es apreciable, por definición, en cualquier caso: el daño a la salud, entendido como pérdida, puede en cambio no ser apreciable, si el tiempo transcurrido entre el estado de plena vitalidad y el de la muerte es muy restringido. De modo plenamente compartible, esta Corte ha resuelto que la transmisión a los herederos del derecho de crédito compensatorio por daño biológico debe excluirse cuando la muerte suceda al evento lesivo en un plazo de tiempo tan escaso que haga inapreciable la incisión del bien salud (Cass., 1704/1997)» (Cass. Civ., Sez. III, núm. 3549, 23 febrero 2004).

que, como enseguida se verá, el ordenamiento italiano tutela mediante recursos distintos del de la responsabilidad aquiliana—[63].

Aunque corresponderá al Juez valorar, en cada caso, si el margen temporal previo al deceso resulta o no suficiente para concluir que la víctima sufrió un daño biológico, hasta el momento, la jurisprudencia mayoritaria parece entender que algunos días e, incluso, veinticuatro horas de subsistencia constituyen un "lapso apreciable"[64]. De otro lado, el común de las resoluciones aprecia la producción del daño a la salud con independencia del estado de inconsciencia de la víctima; "lo que cuenta —señala la sentencia 18305/2003 del Supremo italiano— es la existencia de la lesión bio-psíquica, que es un hecho objetivo, no la consciencia o percepción que la víctima pueda haber tenido de ella"[65].

Por lo que respecta a la liquidación, los Tribunales suelen acudir a los criterios que, habitualmente, se emplean para la cuantificación de las lesiones biológicas (baremos, cálculo por punto de incapacidad, etc.), aunque convenientemente adaptados al caso concreto. Esta modalidad de daño biológico se configura como un supuesto de incapacidad temporal, por cuanto sólo cabe hablar de incapacidad permanente cuando, superada una concreta afección y readquirido el equilibrio por el organismo, se manifiestan secuelas persistentes; circunstancia que resulta imposible en un supuesto como el que nos ocupa, en el que los perjuicios causados determinan el fallecimiento de quien los padece[66]. Obviamente, no se reconoce el resarcimiento por el tiempo que hubiera podido vivir el fallecido, considerando su edad y la esperanza de vida media[67], sino por el que, efectivamente, ha vivido con la integridad física mermada a consecuencia del evento dañoso[68].

63 Según se lee en la sentencia de la *Cassazione* número 3549, de 23 de febrero de 2004, "afirmar, por tanto, la resarcibilidad del daño biológico *iure hereditatis* sólo cuando la víctima sobrevive por un margen de tiempo apreciable no implica nada más que admitir la transmisibilidad del derecho a indemnización del daño biológico *iure hereditatis* únicamente cuando el daño existe: y eso en caso de muerte inmediata (o casi) no tiene lugar, mientras que, en caso de supervivencia, aunque muy limitada en el tiempo, sí se produce, ya que la víctima del hecho sufre aquella pérdida de tipo biológico, que constituye el presupuesto de la indemnización por daños a la salud". Véase Scalera, A.: "I malati terminali", en AA.VV.: *Trattato dei nuovi danni* (dir. por P. Cendon), vol. I, Cedam, Padova, 2011, pp. 784 y 785.

64 Cass. Civ., Sez. III, núm. 3549, 23 febrero 2004; y Cass. Civ., Sez. III, núm. 21976, 19 octubre 2007. Si bien no faltan decisiones que deniegan su reconocimiento por el transcurso de pocos días, verbi gratia Cass. Civ., Sez. III, núm. 458, 13 enero 2009 (www.altalex.com).

65 En la misma línea, pueden verse también Cas. Civ., Sez. III, núm. 18163, 28 agosto 2007 (www.altalex.com); Cass. Civ., Sez. III, núm. 21976, 19 octubre 2007; y Cass. Civ., Sez. VI, núm. 15395, 26 julio 2016.

66 Cass. Civ., Sez. III, núm.7632, 16 mayo 2003; Cass. Civ., Sez. III, núm. 3549, 23 febrero 2004. Triolo, D. P.: *La responsabilità extracontrattuale*, 2.ª ed., Key editore, Milano, 2017, p. 209.

67 Lo que la Cassazione ha denominado "daño biológico consolidado" (Cass. Civ., Sez. III, núm. 18305, 1 diciembre 2003).

68 De lo contrario, parafraseando a la *Cassazione*, se estaría admitiendo "por la ventana", lo que "ha sido arrojado por la puerta", refiriéndose al daño tanatológico, que, como ya hemos apuntado y enseguida desarrollaremos, hasta el momento, no se admite, al menos, de forma generalizada (Cass. Civ., Sez. III, núm. 7632, 16 mayo 2003; y Cass. Civ., Sez. III, núm. 3549, 23 febrero 2004).

Eso sí, atendiendo al desenlace fatal, el daño biológico terminal se valora en su máxima expresión, por entidad e intensidad[69]. Al igual que en caso de incapacidad temporal absoluta, habitualmente, se le atribuye una entidad del 100%, pero, como ambos supuestos no pueden equiparase por completo —repárese en que, mientras que el daño biológico terminal se resuelve con el fallecimiento, la incapacidad temporal absoluta finaliza con la curación o, en el peor de los casos, con la estabilización de la pérdida funcional— y no cabe mayor medida que el 100%, se le concede mayor intensidad[70], a través de la denominada "personalización" del daño[71], que no es otra cosa que la adecuación de la compensación resultante de la aplicación de los criterios de liquidación, cuando se considere simbólica o irrisoria, conforme al prudente arbitrio del Juez (o, si se prefiere, un correctivo que permite incrementar la liquidación resultante, cuando sea preciso)[72].

En cuanto a la vertiente moral —el denominado daño terminal moral, catastrófico o de lúcida agonía—, pretende contrarrestar el sufrimiento psíquico experimentado por la víctima, cuando percibe la gravedad de su situación y la ineluctable cercanía del fin de su vida[73]. Aunque alguna resolución defiende su subsunción en el daño biológico (que, además de físico, puede ser psíquico)[74], presenta alguna característica que impide la plena equiparación entre ambas modalidades; en concreto, el reconocimiento del daño catastrófico no exige un intervalo temporal considerable entre las lesiones y el óbito —de hecho, se admite en supuestos de muerte inmediata, en que, como hemos advertido, no se concede el daño biológico—[75]. En cambio, sí requiere que la víctima se haya percatado de

69 Cass. Civ., Sez. III, núm. 7632, 16 mayo 2003; Cass. Civ., Sez. III, núm. 18305, 1 diciembre 2003; Cass. Civ., Sez. III, núm. 3549, 23 febrero 2004; Cass. Civ., Sez. VI, núm. 15395, 26 julio 2016;

70 «Lo que marca la diferencia —declara la sentencia 7632/2003— es que el daño biológico terminal es más intenso porque la agresión sufrida por la salud del individuo incide también sobre la virtualidad de la misma para recuperar (total o parcialmente) las funcionalidades perdidas o al menos de estabilizarse en la pérdida funcional ya sufrida. En otros términos, en el daño biológico terminal, esta capacidad de recuperación o, al menos, estabilizadora, también se ve comprometida de forma irreversible. La salud dañada no sólo no se recupera (es decir, no "mejora") ni se estabiliza, sino que se degrada hacia la muerte: este último evento queda fuera del daño a la salud…pero no el "descenso" hacia él, ya que durante este período el sujeto lesionado aún estaba vivo».

71 Tal y como se apunta en la sentencia 23183/2014, en estas hipótesis la gravedad de la lesión a la salud exige el recurso a "factores de personalización", lo que excluye que la liquidación pueda efectuarse "mediante la aplicación mecánica de criterios contenidos en los baremos, que, aunque detallados, en la mayor parte de los casos, están previstos para la liquidación del daño biológico o de la incapacidad, temporal o permanente, de sujetos que sobreviven al evento dañoso".

72 Cass. Civ., Sez. III, núm. 7632, 16 mayo 2003; Cass. Civ., Sez. III, núm. 3549, 23 febrero 2004.

73 "El miedo de tener que morir, experimentado por quien ha sufrido lesiones personales y se percata de que serán letales", según la Cassazione (Cass. Civ., Sez. III, núm. 13537, 13 junio 2014, www.altalex.com).

74 Cass. Civ., Sez. III, núm. 3260, 14 febrero 2007 (www.webgiuridico.it).

75 Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 26972, 11 noviembre 2008: "En cambio, el juez podrá reconocer y liquidar correctamente sólo el daño moral, al objeto de restaurar el sufrimiento psíquico sufrido por la víctima de lesiones físicas (a las que, tras breve tiempo, siga la muerte), que haya permanecido lúcida durante la agonía, en espera consciente del fin. Se evita así el vacío de tutela determinado por la jurisprudencia de legitimidad que niega, en caso de muerte inmediata o producida a poca distancia del evento lesivo, el resarcimiento del daño biológico por la pérdida de la vida…y lo admite por la pérdida de la salud sólo si el sujeto ha permanecido en vida por un tiempo apreciable, al cual lo equipara…Tal sufrimiento psíquico, de máxima intensidad aunque de duración contenida, no siendo susceptible, en razón del limitado intervalo de tiempo

su estado y del desenlace que le esperaba[76]; se excluye esta modalidad resarcitoria, pues, cuando el infortunado entra en coma o en estado vegetativo tras la lesión, aunque las referidas condiciones clínicas se dilaten en el tiempo[77], o cuando, pese a estar plenamente consciente, no advierta lo que se le avecina[78-79]. En este caso, el bien jurídico lesionado es, pues, la integridad moral, "máxima expresión de la dignidad humana", amparada por el art. 2 *Cost.*[80]. Se liquida conforme al criterio equitativo puro[81] y, aclarado que difiere ontológicamente del daño terminal biológico, se considera compatible con él[82].

En caso de muerte instantánea o muy cercana al evento dañoso, se discute sobre el posible derecho de la víctima al resarcimiento por la pérdida de la vida, lo que se conoce como daño tanatológico[83]. La posición tradicional de la *Corte di Cassazione* es contraria a la admisibilidad de tal variante resarcitoria (y, en consecuencia, a su eventual transmisión *iure successionis*), esencialmente, por los siguientes motivos[84]: a) la muerte inmediata de la víctima imposibilita la adquisición y ulterior transmisión por ésta de cualquier crédito, ya que, para intervenir en el tráfico jurídico (y, por tanto, para adquirir el derecho al resarcimiento), es preciso ostentar subjetividad jurídica, lo que exige estar vivo[85]; b) porque, tratándose de un bien inherente a su titular, cuyo disfrute le corresponde exclusivamente a él, como ocurre con la vida, no procede la reparación por equivalente; c) porque, si

entre lesiones y muerte, de degenerar en patología y dar lugar a daño biológico, viene resarcido como daño moral, en su nueva acepción amplia". En el mismo sentido, la recentísima ordenanza número 11719 de la *Terza Sezione Civile*, de 5 de mayo de 2021 (www.studiocataldi.it).

76 Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 26972, 11 noviembre 2008; Cass. Civ., Sez. III, núm. 6754, 24 marzo 2011 (www.miolegale.it) y Cass. Civ., Sez. III, núm. 13537, 13 junio 2014.

77 En este sentido, Scalera, A.: "I malati", cit., pp. 786 y 787.

78 A este respecto, la sentencia 13537/2014 ha puntualizado que «el daño no patrimonial consistente en el "miedo de morir" exige necesariamente que el lesionado experimente el referido miedo…es un daño no patrimonial resarcible únicamente si la víctima ha estado en disposición de comprender que el propio fin era inminente; en defecto de tal consciencia no es concebible la existencia del daño en cuestión, sin perjuicio de que la muerte haya sido efectivamente causada por las lesiones».

79 Sea como fuere, el rechazo de la resarcibilidad de la agonía por la inconsciencia del interesado, en casos como el que aquí se analiza, no se compadece demasiado con el reconocimiento de daño moral al neonato o *nascituro*, y a las personas jurídicas, que, en cambio, la *Cassazione* admite sin reservas, tal y como señala la sentencia 1361/2014, con cita de numerosas decisiones del Alto Tribunal transalpino.

80 Cass. Civ., Sez. III, núm. 1361, 23 enero 2014.

81 Cass. Civ., Sez. III, núm. 23183, 31 octubre 2014 (www.altalex.com); Cass. Civ., Sez. VI, núm. 15395, 26 julio 2016; y Cass. Civ., Sez. III, núm. 20915, 17 octubre 2016 (www.neldiritto.it).

82 Cass. Civ., Sez. VI, núm. 15395, 26 julio 2016; y Cass. Civ., Sez. III, núm. 20915, 17 octubre 2016.

83 Sobre las distintas posiciones doctrinales al respecto, puede verse Rossetti, M.: Voz «Il danno tanatologico», en *Treccani. Il libro dell'anno del Diritto 2016*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2016, disponible en www.treccani.it.

84 *Cfr.* Cass. Civ., Sez. III, núm. 7632, 16 mayo 2003; Cass. Civ., Sez. III, núm. 3549, 23 febrero 2004; Cas. Civ., Sez. III, núm. 18163, 28 agosto 2007; o Cass. Civ., Sez. III, núm. 21976, 19 octubre 2007, entre otras. Véanse también Bona, M. y Monateri, P. G.: *Il nuovo*, cit., pp. 403 y ss.; Fiandaca, L.: *Il danno*, cit., pp. 326 y ss.; y Rossetti, M.: «Il danno», cit., disponible en www.treccani.it.

85 "Si los daños se producen con la lesión, éstos ingresan y pueden ingresar lógicamente en el patrimonio del lesionado, sólo en cuanto y mientras el mismo permanezca con vida. Habiendo fallecido éste, cesa también la capacidad de adquirir, que presupone precisa y necesariamente la existencia de un sujeto de derecho" [Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 3475, 22 diciembre 1925 (cit. en Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 15350, 22 julio 2015, www.altalex.com)].

se concediese una compensación, pese a que la víctima no pudiera llegar a disfrutar de ella (ni siquiera breve o idealmente), se estaría atribuyendo al resarcimiento una función sancionadora (de pena privada), cuando se admite pacíficamente que la que cumple es reparadora[86]; y d) porque, como hemos apuntado, la ausencia de spatium vivendi "impide que la lesión se refleje en una pérdida a cargo de la persona ofendida, que ya no está viva", que es lo que, precisamente, se pretende compensar mediante la reparación por equivalente, por ejemplo, cuando se reconoce daño biológico[87].

No obstante, alguna resolución del *Supremo Collegio* se ha hecho eco de los argumentos esgrimidos por algunos Tribunales menores y por parte de la doctrina, defendiendo no sólo la posibilidad, sino también la conveniencia de reconocer el resarcimiento del referido daño tanatológico[88]; es el caso de la sentencia 1361, de 23 de enero de 2014, de la *Terza Sezione Civile*, que, oponiéndose frontalmente a la mayoría de las decisiones de la *Cassazione* en la materia, declaró que la pérdida

86 En este sentido, resulta muy ilustrativa la sentencia 6754/2011, al puntualizar que «el resarcimiento constituye sólo una forma de tutela consiguiente a la lesión de un derecho (o de una posición jurídica subjetiva cualificada, aunque no ostente el rango de derecho subjetivo); y consiste en el derecho de crédito, diverso del derecho vulnerado, a ser mantenido indemne, en la medida de lo posible, de las consecuencias negativas que derivan de la lesión del derecho, mediante la restitución del bien perdido, la reparación, la eliminación de la pérdida o la consolación-satisfacción-compensación, si la reparación no fuera posible. Por tanto, no sólo no es jurídicamente concebible que sea adquirido por el sujeto que muere, y que así desaparece, un derecho que deriva del hecho mismo de su propia muerte (quien ya no existe no puede adquirir un derecho que derivaría del no existir), sino que tampoco resulta configurable desde el punto de visto lógico la propia función del resarcimiento, que, en el ámbito civil, en nuestro ordenamiento, no es sancionatoria (función garantizada por el derecho penal), sino reparadora o consoladora. Y, en caso de muerte, excluida la función reparadora, obviamente, tampoco la tutela con misión consolatoria puede, por la fuerza de las cosas, ser actuada a favor del difunto…Pretender que sea "también" concedida al difunto responde, bien mirado, al contingente objetivo de hacer conseguir más dinero a los familiares… el resarcimiento adquiriría entonces una función meramente punitiva, que, en cambio, se asume por la sanción penal».

87 Argumento ya invocado por la *Cassazione*, en su sentencia del Pleno número 3475, de 22 de diciembre de 1925, y refrendado por el *Costituzionale*, en su resolución 372, de 27 de octubre de 1994 (www.giurcost.org). De especial interés resulta esta última, que resolvió la cuestión de legitimidad constitucional de los arts. 2043 y 2059 CC, planteada por el Tribunal de Firenze, en la medida en que no consentían el resarcimiento por la violación del derecho a la vida. En concreto, el órgano jurisdiccional remitente solicitaba que se aclarase si la tesis que negaba la reparación del daño tanatológico debía considerarse superada tras la sentencia 184/1986 del Constitucional italiano, de modo que, al igual que el daño a la salud, el infligido a la vida podía incluirse en la categoría de daño-evento, por lo que la mera lesión del bien jurídico en cuestión (independientemente de las eventuales consecuencias) podría hacer surgir también en este caso el derecho a la compensación.
No obstante, el Juez de las leyes declaró que el daño biológico y el daño tanatológico se refieren a bienes jurídicos distintos (la salud y la vida, respectivamente), por lo que no cabe aplicar al segundo la construcción teórica elaborada para el primero por la decisión de 1986. Aprovechó, asimismo, para matizar lo afirmado en la referida sentencia, "no correctamente entendida" por el Tribunal remitente; según la 372/1994, no es cierto que el daño a la salud sea presunto o que se identifique con el hecho ilícito, sino que la prueba de la propia lesión constituye prueba del daño, por cuanto de una lesión psico-física seria resulta muy difícil recuperarse por completo. En consecuencia, "se requiere siempre la prueba ulterior de la entidad del daño, es decir, la demostración de que la lesión ha producido una pérdida de tipo análogo a la indicada por el art. 1223 cod.civ., constituida por la disminución o privación de un valor personal (no patrimonial), a la cual el resarcimiento debe ser (equitativamente) equiparado" (*Corte Cost*., núm. 372, 27 octubre 1994). Bona, C.: *Studio sul danno*, cit., p. 94, nota 227.

88 En Bona, M. y Monateri, P. G.: *Il nuovo danno*, cit., pp. 403 y ss., puede consultarse tanto una exhaustiva cita de la jurisprudencia menor en el sentido apuntado (p. 403, nota 112), como los principales puntos débiles del argumentario habitual de la *Cassazione* (pp. 408 y ss.). *Cfr.* también Rossetti, M.: «Il danno», cit., disponible en www.treccani.it._

de la vida por el hecho ilícito de un tercero no puede carecer de consecuencias en lo civil (por mucho que las tenga en otros ámbitos del ordenamiento), por cuanto eso supondría privar al bien supremo de la persona (la vida) de la tutela que se concede, en cambio, a otros que representan un *minus* respecto de aquél (como, por ejemplo, la salud); cosa que, paradójicamente, se traduce en que, para el agente dañoso, desde el punto de vista crematístico, resulta más conveniente matar que lesionar. De igual modo —siempre según la antedicha resolución—, el recurso sistemático por parte de la jurisprudencia a "trucos" o artificios interpretativos, como el daño biológico terminal o el daño catastrófico, que no son más que "soluciones indirectas" para compensar de algún modo la pérdida de la vida[89], o las más o menos ingeniosas propuestas doctrinales para fundamentar la procedencia del resarcimiento en caso de muerte inmediata[90], ponen de manifiesto que la conciencia social imperante en la actualidad choca con el tradicional rechazo a la compensación del daño tanatológico, por lo que, probablemente, convendría redefinir el tratamiento de la cuestión.

A tal objeto, la 1361/2014 no considera insuperables las objeciones que se plantean habitualmente para negar la resarcibilidad del daño derivado de la pérdida de la vida; en concreto, respecto de la falta de capacidad jurídica de víctima, arguye que el derecho al resarcimiento (no personalísimo y de carácter patrimonial, y, por tanto, transmisible *iure hereditatis*, al contrario que el bien supremo vulnerado) se adquiere en el momento de la lesión mortal, que es siempre previa al exitus (*momentum mortis vitae tribuitur*)[91]. Por lo que se refiere a la exigencia de que

89 Cuyo empleo, según Ziviz —"I pregiudizi non patrimoniali conseguenti all'illecito mortale", en AA.VV.: *Il danno da morte. Cinque voci per un tema controverso* (coord. por G. Cricenti), Aracne, Roma, 2016, p. 91—, en muchos casos, se traduce en un sustancioso incremento del resarcimiento, que no se corresponde con los concretos perjuicios padecidos por la víctima durante el periodo de supervivencia.

90 Como, por ejemplo, la tesis que defiende la consideración del daño a la vida no ya como perjuicio al interesado, sino a la colectividad (a su núcleo familiar y a la sociedad en general), de modo que, aunque (una vez destruida) no pueda reconducirse a su titular (porque ya no existe), la vida resulta igualmente merecedora de tutela en interés del grupo social en que se desenvolvía; o la que plantea la cuestión en términos de pérdida de oportunidad de supervivencia, conforme a la cual el ilícito determina la supresión de la aptitud para sobrevivir del interesado, que coincide temporalmente con la lesión y desemboca en la muerte, por lo que, al surgir, su titular todavía está vivo. Ziviz, P.: "I pregiudizi", cit., p. 103 y ss.

91 Este razonamiento ya se había realizado en la sentencia 15760, de 12 de julio de 2006 (www.altalex.com), si bien como *obiter* sistemático: "La doctrina italiana y europea que reconoce el derecho fundamental a la vida defiende el reconocimiento de la lesión como momento constitutivo de un derecho de crédito que entra instantáneamente como equivalente del daño injusto al momento de la lesión mortal, sin que importe la distinción entre evento de muerte mediata o inmediata. La certeza de la muerte, según las leyes nacionales y europeas, está científicamente probada y se produce por la destrucción de las células cerebrales, que se verifica mediante técnicas refinadas que constatan la cesación de la actividad eléctrica de dichas células. La muerte cerebral jamás es inmediata, salvo dos excepciones: la decapitación y el aplastamiento del cerebro. En este marco, también el daño de muerte, como daño injusto por ilícito, es transferible *mortis causa*, formando parte del crédito del difunto contra el agente dañoso y sus solidarios".
Algunos autores referencian el resarcimiento al momento de la lesión, pero no porque entiendan que existe una sucesión cronológica entre el supuesto de hecho y el nacimiento de la obligación de reparar, sino como consecuencia de una operación lógico-jurídica del legislador que los vincula. «Tal vínculo —afirma Dellacasa ("La vita", cit., pp. 34 y 35)— viene constituido por el legislador, que lo delinea como considera oportuno, sin necesidad de observar sucesión cronológica alguna entre el supuesto de hecho y el nacimiento de la obligación resarcitoria. En los términos del art. 2043 c.c., en efecto, es el "hecho doloso o culposo" el que obliga al responsable a resarcir el daño. Dado que se ha verificado la lesión de un bien jurídicamente protegido (daño injusto) y que tal lesión ha provocado un perjuicio patrimonial o

la lesión se concrete en una o varias consecuencias negativas oportunamente probadas, para admitir la compensación del daño, el Alto Tribunal señala que el daño tanatológico constituye la excepción al principio "de la resarcibilidad exclusiva de los daños-consecuencia, ya que la muerte tiene por resultado la pérdida no sólo de alguna cosa, sino de todo; no únicamente de uno de los múltiples bienes, sino del bien supremo de la vida; no ya de algún efecto o consecuencia, sino de todos los efectos y consecuencias, de todo aquello de lo que consta(ba) la vida de la víctima (de aquella determinada) y que habría continuado desplegándose en todos sus múltiples efectos si el ilícito no hubiese determinado su supresión", es decir, "en realidad, la pérdida de la vida debe valorarse *ex ante* y no ya *ex post* respecto al evento que la determina"[92]. Por último, se rebate también que admitir la reparación del daño por pérdida de la vida implique atribuir al resarcimiento una función punitiva, "puesto que la función compensativa resulta, por el contrario, plenamente satisfecha por la circunstancia objetiva de que el crédito correspondiente a la víctima por la pérdida de la propia vida a causa del ilícito de otro acrece su patrimonio hereditario"[93].

En coherencia con lo anterior, la 1361/2014 proclamó que la pérdida del bien vida, objeto de un derecho absoluto e inviolable, constituye *ex se* un daño resarcible, diverso del que surge cuando se vulnera el bien de la salud, de modo que, para su reconocimiento, no se requiere la concurrencia de otros presupuestos, como la subsistencia durante cierto periodo o la consciencia de la víctima.

Las contradicciones que esta decisión de la *Terza Sezione* planteó frente a la postura clásica de la *Cassazione* hicieron precisa la intervención del Pleno, que, reafirmándose en sus postulados originarios, ha mantenido la imposibilidad de compensar *iure hereditatis* la pérdida del derecho a la vida. En efecto, en la sentencia 15350/2015, las *Sezioni Unite* apelaron, una vez más, al que (ellas mismas) denominan argumento epicúreo —por cuanto evoca alguno de los razonamientos, sobre la felicidad, de Epicuro en la *Carta a Meneceo*[94]—, conforme al cual, en el caso de muerte verificada inmediatamente o tras un breve periodo de tiempo desde la causación de las lesiones, la irresarcibilidad deriva de la ausencia de un sujeto al cual pueda referirse la pérdida, una vez se produzca, y en cuyo patrimonio

no patrimonial (daño resarcible), el débito resarcitorio se imputa al responsable desde el momento en que ha llevado a cabo la conducta lesiva: en este momento la víctima, destinada a morir, todavía está viva, así que puede adquirir el derecho y transmitirlo a los herederos». En sentido similar, Cricenti, G.: "Breve dogmatica della morte immediata", en AA.VV.: *Il danno da morte. Cinque voci per un tema controverso* (coord. por G. Cricenti), Aracne, Roma, 2016, pp.129 y ss.

92 Cass. Civ., Sez. III, núm. 1361, 23 enero 2014.

93 Cass. Civ., Sez. III, núm. 1361, 23 enero 2014.

94 "Por tanto, el más temible de los males, la muerte, no es nada para nosotros, porque, cuando nosotros existimos, no existe la muerte; cuando existe la muerte, nosotros ya no existimos. La muerte no es, pues, nada, para los vivos como para los muertos: porque para los vivos ella no existe todavía, mientras que, por lo que se refiere a los muertos, son ellos mismos los que no existen" (Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 15350, 22 julio 2015).

pueda integrarse el relativo crédito, o de la falta de utilidad de un periodo de vida irrisorio[95]. Eso no significa, obviamente, que el bien jurídico vida carezca de tutela, sino que tal protección se dispensa a través de la sanción penal, "cuya función peculiar es, precisamente, la de satisfacer exigencias punitivas y de prevención general"[96]; de ahí que el Pleno de la *Cassazione* se pregunte por qué, según algunos —concretamente, según la sentencia 1361/2014 de la *Terza Sezione*—, la conciencia social sólo resultaría satisfecha si se reconociese el resarcimiento en este concepto a los herederos de la víctima (el Estado, en algún caso)[97]. Por último, respecto a la posibilidad de que la lesión del derecho a la vida pueda representar una excepción al principio de la resarcibilidad exclusiva de los "daños-consecuencia", el Supremo italiano concluye que, «aparte de que la hipotética excepción a la regla sería de tal alcance que vulneraría la fiabilidad del principio y, en cualquier caso, sería difícilmente conciliable con el sistema (mismo) de la responsabilidad civil, fundado sobre la necesidad a fines resarcitorios de concretarse en una pérdida referida a un sujeto, la anticipación del nacimiento del crédito resarcitorio al momento de la lesión dejaría en nada la distinción entre el "bien salud" y el "bien vida", sobre la cual se muestran de acuerdo tanto la doctrina predominante como la jurisprudencia constitucional y de legitimidad».

Aunque no falta quien entiende que ha resuelto la cuestión de manera categórica[98], el referido fallo no ha conseguido acallar las voces discrepantes, que continúan criticando que el resarcimiento se limite a los casos en que se verifique cierto lapso entre la lesión y el deceso, por cuanto tal esquema determina una injustificada disparidad de tratamiento entre las víctimas de un mismo perjuicio[99]. La solución definitiva a la controversia, según parece, habrá de venir por vía legislativa; ya ha habido alguna tentativa en este sentido, pero, hasta el momento, todas han resultado infructuosas[100].

95 Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 15350, 22 julio 2015.

96 Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 15350, 22 julio 2015.

97 Además, tal y como señala la sentencia 15350/2015, aunque pudiera identificarse con claridad una única conciencia social, ésta sólo podría tener relieve en el plano axiológico o de las eventuales modificaciones normativas, pero no constituye un criterio que pueda guiar legítimamente la actividad del intérprete del Derecho positivo.
Llama la atención que, en cambio, en las sentencias de San Martín, el Pleno del Supremo invocase la conciencia social al considerar los requisitos para admitir el resarcimiento (la seriedad del daño y la gravedad de la lesión). "Si la conciencia social puede representar criterio de referencia para establecer limitaciones al resarcimiento —señala Ziviz ("I pregiudizi", cit., p. 101)—, no se entiende por qué el mismo parámetro no puede operar como justificación para la ampliación de la tutela del perjudicado".

98 Rossetti, M.: «Il danno», cit., disponible en www.treccani.it.

99 "La violación del derecho a la vida —sostiene Ziviz ("I pregiudizi", cit., p. 93)— tiene lugar frente a quien sufre un ilícito mortal, con independencia de que el deceso venga o no precedido de un periodo de agonía, así como de la circunstancia de que la víctima sea consciente del aproximarse de la partida. Tales elementos no condicionan el dato fundamental, encarnado por la concurrencia de la lesión del derecho a la vida: si un daño se indemniza en relación con esta última, lo mismo debe atribuirse prescindiendo de las circunstancias en que se haya verificado la muerte". En sentido similar, Dellacasa, M.: "La vita", cit., p. 15.

100 A modo de ejemplo, podemos mencionar la Propuesta de Ley número 1063, presentada a la *Camera dei Deputati* el 28 de mayo de 2013, que contiene las modificaciones al Código civil, a las disposiciones para su aplicación y al Código de los Seguros Privados, al que se refiere el Decreto Legislativo número 209, de 7

En caso de lesiones culposas o dolosas, naturalmente, quien sufre el mayor infortunio es la persona que las soporta, pero se reconocen también otras víctimas, denominadas secundarias por la *Cassazione*, que son aquellas que ostentan una posición cualificada por el contacto con aquélla, que suele identificarse con la relación familiar, si bien no se agota necesariamente en ésta; nos referimos, claro está, a familiares y demás allegados. Aunque no siempre se ha admitido la resarcibilidad de los perjuicios sufridos por estas personas[101], en la actualidad, no se discute la naturaleza pluriofensiva de los ilícitos que ocasionan la muerte o graves lesiones para un sujeto, puesto que, además de acabar con la vida o menoscabar gravemente la salud de éste, pueden determinar la extinción o deterioro de sus

de septiembre de 2005, concernientes a la determinación y el resarcimiento del daño no patrimonial [Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, núm. 1063, pp. 1-44 (www.camera.it)].
Según se lee en la Exposición de Motivos del referido texto, en la actualidad, "el agente dañoso que haya lesionado y matado en el mismo momento a la víctima no está obligado frente a ésta a ningún resarcimiento: tal paradoja quedaría completamente superada introduciendo un evidente elemento de mayor justicia social", que no es otro que el denominado "daño tanatológico". Con esta figura —continúa el Preámbulo de la norma proyectada— "se pondría fin a cualquier tipo de diatriba jurisprudencial sobre la configurabilidad o no de tal daño y, sobre todo, se pondría fin a la cavilosa individuación, por parte de los jueces, de un tiempo mínimo, entre la lesión y la muerte, para poder reconocer un resarcimiento a la víctima".
En coherencia con ello, el art. 2 del Proyecto proponía la introducción de un art. 84-bis en las disposiciones para la aplicación del CC, cuyos párrafos segundo y tercero preveían un resarcimiento para la víctima del ilícito mortal equivalente al ochenta por ciento del daño no patrimonial señalado en los respectivos baremos, que, además, podría incrementarse hasta en un cincuenta por ciento, si en el periodo entre la lesión y el deceso se hubiese verificado un deterioro relevante de los aspectos dinámico-relacionales del interesado.

101 Concretamente, hasta el cambio de tendencia impuesto por la sentencia del Pleno del Supremo italiano número 9556, de 1 de julio de 2002 (www.aifvs.vittimestrada.org), cuando las lesiones infligidas al interesado no determinaban su fallecimiento, se negaba cualquier reparación a sus familiares, por considerar que el daño que experimentaban constituía repercusión de los padecimientos de la víctima principal del ilícito y no consecuencia inmediata y directa de éste, tal y como exige el art. 1223 CC, aplicable en sede de responsabilidad extracontractual por disposición del 2056 del mismo cuerpo legal. «La tesis sostenida por los recurrentes —rezaba alguna decisión de la *Cassazione*— está desprovista de cualquier fundamento jurídico constituyendo *ius receptum* que "por el principio de la resarcibilidad del daño directo e inmediato establecido por el art. 1223 c.c., el resarcimiento del daño no patrimonial corresponde sólo a quien ha padecido directa e inmediatamente el sufrimiento, es decir, al sujeto lesionado y no a sus parientes cercanos, porque éstos, padeciendo por los sufrimientos del familiar, no resultan afectados de modo directo e inmediato por la conducta lesiva del tercero"» [Cass. Civ., núm. 11396, 17 noviembre 1997 (inédita, cit. por Cricenti, G., *Il danno*, cit., p. 373)].
Se alegaba, asimismo, que tampoco concurría el requisito de la culpa, exigido por el art. 2043 CC para admitir la existencia de responsabilidad aquiliana —que requiere que el agente dañoso hubiese querido causar el daño o que no lo hubiera previsto, cuando un comportamiento más cuidadoso y diligente habría permitido preverlo—, por considerar que los eventuales daños padecidos por los parientes no resultan cognoscibles *ex ante* por el autor del hecho. En palabras de la *Corte Costituzionale*, «cuando se pueda demostrar que el infortunio mortal provocó una lesión fisio-psíquica a un familiar (infarto por *shock* o un estado de postración tal que acabe con el gusto por vivir), la hipótesis de compensación del daño en términos del art. 2043 debe ser valorada en una perspectiva diferente, que asume la lesión del tercero como hecho dañoso integrante de un supuesto autónomo de injusto, transfiriendo así el problema desde el presupuesto de la injusticia del daño al de la culpa. Este planteamiento pone de relieve el verdadero obstáculo al resarcimiento según el modelo del art. 2043: el criterio subjetivo de imputación del daño allí señalado quedaría reducido a mera ficción, no siendo posible, por falta de previsibilidad concreta del hecho, una valoración autónoma de la culpa. El evento de daño a los familiares sería imputado al autor en base a una valoración "alargada" de la falta cometida contra otro sujeto, titular del bien (vida) amparado por la regla de conducta violada (en este caso, una norma del código de la circulación): valoración realizada *ex post* por el juez asumiendo como referente el elemento subjetivo de otro caso y con amplio margen de arbitrio…En definitiva, no se trataría de responsabilidad enmarcada en el art. 2043, sino de responsabilidad objetiva por pura causalidad» (Corte Cost., núm. 372, 27 octubre 1994). En el mismo sentido, Fiandaca, L.: *Il danno,* cit., pp. 283-285.

relaciones familiares o personales, con lo que, al mismo tiempo, vulneran otros intereses de quienes los rodean[102].

En este sentido, la *Cassazione* ha declarado que la expresión "daños reflejos o de rebote", empleada con frecuencia en este ámbito[103], puede resultar engañosa, ya que con ella no se pretende poner de manifiesto la diferencia etiológica entre éstos y los daños directos, por cuanto todos traen causa del hecho ilícito del tercero, sino que las consecuencias de éste alcanzan también a las víctimas secundarias, a los sujetos vinculados por un ligamen significativo con el individuo lesionado en vía primaria. Por tanto, entre el hecho del tercero y el daño sufrido por los parientes del fallecido (al igual que respecto del padecido por el propio infortunado) existe una relación de causa a efecto; "hay una víctima primaria, lesionada o en el bien de la vida o en el bien de la salud, y una víctima ulterior (el pariente), también lesionado en vía directa, pero en otro interés de naturaleza personal"[104]. En consecuencia, el padecido por los familiares se considera daño inmediato y directo, resarcible en el sentido del art. 1223 CC, de suerte que, para reclamarlo, ostentan legitimación iure proprio[105]. Esto es lo que se conoce como "propagación intersubjetiva de las consecuencias de un hecho ilícito", regla invocada por la *Cassazione*, en cuya virtud cualquiera que demuestre haber sufrido un daño no patrimonial por la muerte de su familiar, conforme al criterio de la causalidad adecuada —lo que comprende todos los daños que se presenten como efecto normal del ilícito, sin que quepa distinguir entre inmediatos y directos o mediatos e indirectos—, está legitimado para reclamar el resarcimiento correspondiente[106].

El *Supremo Collegio* también ha desmentido el defecto de culpa del agente dañoso por la imprevisibilidad de la privación de la relación parental, en perjuicio de los supérstites, al declarar en reiteradas ocasiones que la previsibilidad del evento debe valorarse no en concreto, sino en abstracto, por lo que, considerando que lo normal es que la víctima forme parte de un núcleo familiar, como cónyuge, progenitor, hijo o hermano, el autor del daño estaría en disposición de prever que su actuación podría vulnerar también el interés de otras personas a la intangibilidad de las relaciones familiares[107].

La muerte intempestiva y repentina de un ser querido puede conllevar diferentes tipos de padecimientos, que podrían justificar el reconocimiento de

102 Cass. Civ., Sez. III, núm. 1516, 2 febrero 2001 (www.diritto2000.it); Cass. Civ., Sez. III, núms. 8827 y 8828, 31 mayo 2003; Cass. Civ., Sez. III, núm. 13546, 12 junio 2006 (www.bizzarrilex.it).

103 Y que coincide con la utilizada por la jurisprudencia francesa, "dommages par ricochet". Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 9556, 1 julio 2002.

104 Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 9556, 1 julio 2002.

105 Cass. Civ., Sez. III, núm. 1516, 2 febrero 2001; Cass. Civ., Sez. III, núms. 8827 y 8828, 31 mayo 2003; Cass. Civ., Sez. III, núm. 13546, 12 junio 2006.

106 Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 9556, 1 julio 2002; Cass. Civ., Sez. III, núms. 8827 y 8828, 31 mayo 2003.

107 Cass. Civ., Sez. III, núms. 8827 y 8828, 31 mayo 2003; Cass. Civ., Sez. III, núm. 13546, 12 junio 2006.

modalidades resarcitorias ontológicamente diversas y, al menos desde el punto de vista teórico, compatibles entre sí; así, la conmoción inicial, la aflicción (más o menos profunda, según la intensidad del trato entre allegados, y más o menos duradera, en función de la resiliencia del supérstite), el dolor experimentado, en definitiva, tendrían cabida en el concepto de daño moral; si las antedichas emociones persistiesen en el tiempo y adquirieran determinada entidad, podrían degenerar en una patología psiquiátrica, encajando entonces en la noción de daño biológico; y, finalmente, la privación definitiva y ex abrupto del vínculo afectivo podría hacer surgir el que la doctrina y jurisprudencia denominan daño parental por muerte de un familiar. Sin embargo, en la práctica, normalmente, los perjuicios enumerados se subsumen en la última de las voces mencionadas, liquidándose de modo unitario (aunque, como se ha reiterado, para garantizar el resarcimiento integral, todos los componentes del daño habrán de valorarse oportunamente)[108].

El daño parental o de pérdida de la relación parental se define como aquel "que va más allá del crudo dolor que la muerte en sí de un ser querido provoca, en especial si viene precedida de agonía, en los parientes cercanos que le sobreviven, concretándose en el vacío generado por no poder gozar ya de la presencia y de la relación con el desaparecido y, por lo tanto, en la irremediable destrucción de un sistema de vida basado en la afectividad, en el intercambio, en la tranquilizadora cotidianeidad de las relaciones entre mujer y marido, entre madre e hijo, entre hermano y hermano, en el no poder hacer más lo que se ha hecho durante años, así como en la alteración que una desaparición de ese género produce también, inevitablemente, en las relaciones entre supervivientes"[109]. Por tanto, conforme a cuanto ha reiterado el Supremo italiano, en caso de muerte de un ser querido, se vulnera la intangibilidad de la esfera de los afectos recíprocos y de la solidaridad mutua que caracterizan la vida familiar, el libre y pleno desarrollo de la personalidad en el seno de la particular formación social que constituye la familia; intereses que encuentran fundamento y garantía en los arts. 29 y 30 *Cost*., y que no son susceptibles de valoración pecuniaria, por lo que su lesión hace surgir el derecho a la reparación en base a la actual lectura del art. 2059 CC[110].

Ahora bien, el vínculo parental no determina, en todo caso, la efectiva existencia de una relación afectiva entre los familiares, con lo que la muerte de uno de ellos puede carecer de trascendencia para los otros; de igual modo, tampoco puede excluirse que personas sin nexo legal o convivencial con la víctima del

108 Guerra, E.: "Il lutto", en AA.VV.: *Trattato dei nuovi danni* (dir. por P. Cendon), vol. I, Cedam, Padova, 2011, p. 803; y Ziviz, P.: "I pregiudizi", cit., pp. 112 y ss. Sobre la liquidación conjunta de los referidos perjuicios, puede verse Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 557, 14 enero 2009 (www.personaedanno.it), si bien, en el caso resuelto por esta decisión, el Pleno del Supremo consideró que el daño parental se hallaba incluido en la cantidad atribuida por la Corte de apelación a los actores en concepto de daño moral.

109 Cass. Civ., Sez. III, núm. 9196, 13 abril 2018 (www.altalex.com).

110 Cass. Civ., Sez. III, núms. 8827 y 8828, 31 mayo 2003; Cass. Civ., Sez. III, núm. 13546, 12 junio 2006; y Cass. Civ., Sez. III, núm. 15760, 12 julio 2006.

ilícito vean vulnerada su "esfera de los afectos recíprocos" como consecuencia del fallecimiento de ésta, por cuanto entre ellas bien podría existir una "comunidad de vida y afecto", significativa y duradera, en cuyo caso, el precepto constitucional a invocar sería (no el 29 o 30, sino) el 2, que protege los derechos inviolables del individuo en cualquier formación social en que se desenvuelva su personalidad[111]. En consecuencia, quien quiera hacer valer la pretensión resarcitoria deberá alegar y probar la subsistencia y naturaleza de la relación en el momento de verificarse el ilícito, así como su estabilidad (esto es, que no se trata de un contacto ocasional, sin continuidad en el tiempo), pudiendo valerse a tal fin de cualesquiera medios probatorios, también de las presunciones[112].

A este respecto, el Supremo italiano ha declarado que un perjuicio como el que nos ocupa (el sufrimiento del pariente por los daños de la víctima), "consistiendo en un cambio del ánimo, difícilmente podrá ser probado con las denominadas pruebas históricas, por la obvia razón de que tan solo *in interiore homine habitat veritas*. Por tanto, la existencia del daño en examen normalmente tendrá lugar mediante las llamadas pruebas críticas, entre las que destaca la presuntiva (art. 2727 c.c.). Para acreditar la existencia de un daño no patrimonial consistente en sufrimiento interior, el recurso a la prueba presuntiva no puede reducirse a un automatismo acrítico, de modo que, probada la lesión personal, se deba inferir

111 De hecho, son numerosos los casos en que se ha reconocido legitimación para reclamar a familiares de facto (es decir, personas con las que el dañado principal no se encontraba unido por parentesco, pero sí por un "*affectio familiaris*" equiparable al que, normalmente, deriva de tal vínculo); por ejemplo, incluso antes de que se contemplase específicamente por el art. 1.49 de la *Legge* 76/2016 (disponible en www.gazzettaufficiale.it), se admitía el derecho al resarcimiento del conviviente *more uxorio* (véase, por todas, Cass. Civ., Sez. III, núm. 12278, 7 junio 2011, www.giudicedipace.it), también en hipótesis de PACs, dirigidos (al menos, inicialmente) a dar respuesta a las uniones homosexuales (Cass. Civ., Sez. III, núm. 15760, 12 julio 2006); también se ha concedido compensación por los daños padecidos por el prometido (Cass. Civ., Sez. III, núm. 7128, 21 marzo 2013, www.olympus.uniurb.it) o el hijo unilateral del cónyuge o conviviente, en hipótesis de familias reconstituidas, cuando se ha constatado que, entre víctima y actor, subsistía una relación coincidente con la resultante de la filiación [Cass. Civ., Sez. III, núm. 8037, 21 abril 2016 (*Danno e responsabilità*, núm. 1, 2017, pp. 30-32)]; e, incluso, por la muerte del cónyuge separado a favor del supérstite (Cass. Civ., Sez. III, núm.10393, 17 julio 2002, www.palermolegal.it), puesto que, "aunque no existía ya un proyecto de vida en común, la precedente relación conyugal, así como la permanencia de un vínculo afectivo —en el supuesto, oportunamente concretado por la Corte territorial en la presencia de un hijo común y en el breve lapso de tiempo transcurrido desde la fractura de la vida conyugal— legitiman la reclamación de resarcimiento" (Cass. Civ., Sez. III, núm. 1025, 17 enero 2013, www.altalex.com).
Es más, ni siquiera se exige la convivencia o que los reclamantes sean miembros de la denominada "familia nuclear", para que se conceda compensación por el fallecimiento de un allegado, como lo prueba la reciente ordenanza de la *Cassazione* número 7743, de 8 de abril de 2020 (www.altalex.com), según la cual, «en caso de reclamación de indemnización por daño moral "por muerte", planteada "*iure proprio*" por familiares de la persona fallecida, estos últimos deberán acreditar la efectividad y consistencia de la relación parental, respecto a la cual la convivencia no representa requisito mínimo de existencia, sino que puede constituir elemento probatorio útil para demostrar su amplitud y profundidad, y esto incluso cuando la acción venga propuesta por el nieto a consecuencia de la pérdida del abuelo; de hecho, dado que no es aceptable limitar la "sociedad natural", a la que alude el art. 29 de la *Cost*., al ámbito restringido de la denominada "familia nuclear", la relación abuelos-nietos no puede quedar vinculada a la convivencia, para ser considerada cualificada y relevante jurídicamente, excluyendo de modo automático, en el caso de inexistencia de la misma, la posibilidad de que estos familiares prueben en la práctica la existencia de relaciones constantes de afecto mutuo y solidaridad con el fallecido».

112 Cass. Civ., Sez. III, núm. 13546, 12 junio 2006; Cass. Civ., Sez. III, núm. 907, 17 enero 2018 (www.cassazione.net). En este sentido, véase también Garibotti, A.: "Il risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale nell'ambito delle famiglie ricostituite e nelle unioni civili", en *Danno e responsabilità*, 2017, núm. 1, pp. 45 y 46.

automáticamente la existencia de un daño moral para los familiares cercanos de la víctima principal. Sin embargo, si bien la prueba presuntiva no puede devaluarse a una mera máxima de experiencia, también es cierto que debe buscarse siempre, incluso de oficio, una vez que la parte haya alegado y probado los hechos notorios que pueden constituir el fundamento. De hecho, la prueba presuntiva no consiste sino en un razonamiento lógico-deductivo que, sobre la base de hechos notorios, consiente inferir hechos desconocidos. En consecuencia, cuando los hechos notorios se hayan incorporado oportunamente al material susceptible de ser empleado para decidir, el juez deberá realizar aquel razonamiento, en cualquier caso: sea para extraer la prueba que busca, sea para concluir que los hechos notorios de que dispone carecen de los requisitos de gravedad, precisión y concordancia, por lo que no consienten deducir el hecho ignoto"[113].

Aducidos los extremos anteriores, la prueba idónea para vencer las presunciones planteadas incumbirá al causante del daño, que, a tal efecto, deberá demostrar la concurrencia de circunstancias que comprometan la unidad, continuidad e intensidad de la relación, como, por ejemplo, el distanciamiento entre las partes, que la convivencia venía forzada por las circunstancias, la existencia de tensiones o crisis constantes, etc.[114].

Como no puede ser probado en su preciso importe —tal y como reza el art. 1226 CC, al que remite el 2056 CC—, el Juez debe liquidar el daño parental mediante valoración equitativa[115], motivando su resolución, esto es, incluyendo en ella el *iter* lógico que le ha permitido cuantificar los diversos perjuicios, considerando, entre otros aspectos, "la duración e intensidad de lo vivido, la composición del restante núcleo [familiar] que puede prestar asistencia moral y material, atendiendo sea a la edad de la víctima primaria que a la de los familiares dañados, a la personalidad individual de éstos, a su capacidad de reacción y resistencia frente al trauma, y a cualquier otra circunstancia del caso concreto"[116].

2. Daños intrafamiliares.

Aunque, naturalmente, también en el seno de la familia pueden resultar vulnerados derechos constitucionalmente protegidos como consecuencia de hechos ilícitos no constitutivos de delito, durante mucho tiempo, buena parte de la jurisprudencia italiana desechó la aplicabilidad del resarcimiento por daños

113 Cass. Civ., Sez. III, núm. 17058, 11 julio 2017 (www.fanpage.it).

114 Cass. Civ., Sez. III, núm. 13546, 12 junio 2006; Cass. Civ., Sez. III, núm. 9231, 17 abril 2013 (www.cassazione.net).

115 A tal objeto, suelen emplearse tablas o baremos de matriz jurisprudencial. Zivız, P.: "I pregiudizi", cit., p. 118.

116 Cass. Civ., Sez. III, núm. 9231, 17 abril 2013.

en el ámbito de las relaciones familiares[117], alegando, entre otros extremos, la autosuficiencia del Derecho de familia —cuyos recursos específicos (separación, imputación de la misma, divorcio, pérdida de la responsabilidad parental, etc.) permiten solventar los problemas que pudieran surgir—, la perpetuación o el empeoramiento del conflicto que podría motivar la admisión de la reclamación resarcitoria entre familiares, e, incluso, la coartación de la libertad de los miembros de la familia, que podrían tomar (o dejar de tomar) decisiones relativas a su esfera personal por temor a la eventual obligación de satisfacer una compensación económica[118].

No obstante, diversos factores han contribuido a que, ya en el albor de este tercer milenio, se haya incluido la reparación mediante indemnización entre los remedios a los que cabe acudir, en determinadas hipótesis de crisis familiar[119]; así, el tránsito de la concepción publicista de la familia (que otorgaba mayor valor al grupo que al individuo) a la vigente —que la concibe como comunidad de afecto, en la que sus componentes pueden crecer y realizarse en plenitud—, fruto de la aprobación de la *Cost*. y de la Ley número 151, de 19 de mayo de 1975, de reforma del Derecho de familia[120]; la diversidad de naturaleza, función y límites de las instituciones en liza[121], que permite defender la compatibilidad estructural entre ellas, cuando un determinado comportamiento, además de permitir la activación de alguno de los recursos del Derecho de familia, revista los caracteres del ilícito civil; la insuficiencia o inadecuación para satisfacer plenamente las expectativas de la víctima o neutralizar todas las consecuencias del hecho

117 Pese a que el legislador, en más de una ocasión, ha empleado remedios resarcitorios en dicha sede; confróntese, por ejemplo, el art. 129-bis CC o la Ley número 154, de 4 de abril de 2001, sobre la violencia en las relaciones familiares (www.gazzettaufficiale.it). *Vide* Buffone, G.: "Il terzo complice nell'adulterio: responsabilità sì o no?", en AA.VV.: *Famiglia e responsabilità civile* (coord. por P. Cendon), Giuffrè, Milano, 2014, p. 244.

118 Cendon, P.: "¿Dónde se está mejor que en familia? Agravios domésticos y resarcimiento del daño", en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho de familia* (dir. por T. Echevarría de Rada), La Ley, Madrid, 2013, pp. 205 y ss.

119 Montaruli, V.: "Le condotte illecite", en AA.VV.: *Famiglia e responsabilità civile* (coord. por P. Cendon), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 597 y ss.

120 Cass. Civ., Sez. I, núm. 9801, 10 mayo 2005 (www.altalex.com): "Ahora la familia se configura como el lugar de encuentro y de vida común de sus miembros, entre los cuales se establecen relaciones de afecto y solidaridad…no ya como un lugar de compresión y de mortificación de derechos irrenunciables, sino como sede de autorrealización y de crecimiento, caracterizada por el recíproco respeto e inmune a cualquier distinción de roles, en cuyo ámbito los componentes singulares conservan sus connotaciones esenciales y reciben reconocimiento y tutela, antes que como cónyuges, como personas, en adhesión a lo dispuesto en el art. 2 Constitución, que, al reconocer y garantizar los derechos inviolables del hombre sea como individuo que en las formaciones sociales en que se desenvuelva su personalidad, delinea un sistema pluralista inspirado en el respeto de todas las agrupaciones sociales en las que la personalidad de cada individuo se manifiesta y se desarrolla".

121 Mientras la indemnización por daños pretende compensar o reparar un perjuicio, la separación y el divorcio buscan, respectivamente, enmendar una convivencia intolerable y disolver el vínculo matrimonial, la pensión compensatoria cumple una función asistencial, etc. Sobre el particular, véase, por ejemplo, Buffone, G.: "Il terzo", cit., p. 242.

injusto de otros remedios civiles[122] o penales[123]; y, sobre todo, la ampliación de los supuestos en que puede resarcirse el daño no patrimonial, mediante la lectura constitucionalmente orientada del 2059 CC, por cuanto, si —como venimos señalando— el resarcimiento constituye la forma mínima y esencial de tutela de los derechos inviolables, no cabe negar tal protección a quien vea vulnerado alguno de esos valores por la actuación de un miembro de su familia[124].

En coherencia con ello, la *Cassazione* ha declarado que "el respeto a la dignidad y a la personalidad de cada componente del núcleo familiar, en su integridad, asume los caracteres de un derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, sin que quepa sostener que derechos definidos como inviolables puedan recibir distinta protección en función de si sus titulares se hallan o no en un contexto familiar"[125]. No obstante, no cualquier violación de los deberes conyugales o de los derivados de la filiación hace surgir la responsabilidad; sólo cuando la vulneración de las mencionadas obligaciones familiares ocasione, a su vez, la lesión de bienes constitucionalmente relevantes (salud, honor, intimidad, etc.), habrá que compensar el daño causado[126]. La transgresión de esos valores fundamentales producirá idénticos efectos, aunque se verifique en un consorcio *more uxorio* (siempre que goce de los caracteres de seriedad y estabilidad), puesto que, de acuerdo con el art. 2 Cost., tales derechos se reconocen en todas las formaciones sociales en que se desenvuelve la personalidad del individuo[127].

Naturalmente, para dar entrada a la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares, es preciso que subsistan los presupuestos del ilícito civil, lo que exige, entre otras cosas, valorar adecuadamente los intereses en conflicto, al objeto de constatar si el sacrificio del familiar que sufre el daño encuentra justificación en el legítimo ejercicio de un derecho del familiar causante del daño, puesto que, en tal caso, por más que contraríe a otra u otras personas, carecerá de efectos resarcitorios (v. gr., aunque la solicitud de divorcio pueda resultar dolorosa para uno de los cónyuges o los hijos, prevalece la libertad del actor que decide

122 Por ejemplo, la pérdida del derecho a la pensión compensatoria como consecuencia de la imputación de la separación carece de trascendencia, si el cónyuge transgresor es el que dispone de medios económicos. Buffone, G.: "Il terzo", cit., p. 242; y Fiandaca, L.: *Il danno*, cit., p. 237.

123 Los arts. 570 y 570-bis CP sancionan la conducta de quienes incumplan las obligaciones de asistencia familiar, moral o material, lo que (conforme a lo dispuesto en el art. 185 CP) conllevará la obligación de resarcir a la víctima los perjuicios patrimoniales y no patrimoniales, pero, además de no abarcar los comportamientos no delictivos, nada prevén respecto de otros deberes familiares, por ejemplo, del deber de fidelidad, cuya inobservancia, como se verá, también puede dar lugar a un daño injusto. Fiandaca, L.: *Il danno*, cit., pp. 251 y 252; y Montaruli, V.: "Le condotte", cit., pp. 603 y ss.

124 Fiandaca, L.: *Il danno*, cit., p. 233.

125 Cass. Civ., Sez. I, núm. 9801, 10 mayo 2005.

126 Cass. Civ., Sez. I, núm. 8862, 1 junio 2012 (www.altalex.com).

127 Cass. Civ., Sez. I., núm. 15481, 20 junio 2013 (www.altalex.com).

poner fin al vínculo matrimonial, sin que quepa exigir reparación alguna)[128]. Si, por el contrario, la conducta carece de justificación y presenta cierta gravedad —dado que los "comportamientos de mínima eficacia lesiva, susceptibles de encontrar arreglo en el interior de la familia, en base al espíritu de comprensión y tolerancia que forma parte del deber de recíproca asistencia", resultan irrelevantes a los efectos que nos ocupan[129]—, dará derecho al resarcimiento al familiar que la haya soportado.

Pese al poco tiempo transcurrido desde la admisión jurisprudencial de los denominados ilícitos intra o endofamiliares (lo que explica que no haya tantos pronunciamientos de legitimidad como en otras materias), se ha formado ya una significativa y variada casuística *in subiecta materia*; una de las primeras decisiones en este sentido fue la sentencia número 7713, de 7 de junio de 2000, que —como ya señalamos, a partir de la lectura constitucionalmente orientada del art. 2043 CC— reconoció la lesión causada por un progenitor en los derechos fundamentales de su vástago, "en cuanto hijo y en cuanto menor", como consecuencia de su "obstinado rechazo a proporcionar[le]" medios para subsistir, tras la determinación judicial de la filiación[130]. Con posterioridad, empleando ya la interpretación lata del 2059 CC para resolver supuestos similares, la *Cassazione* ha tenido ocasión de puntualizar que el desinterés mostrado por un progenitor frente a un hijo, manifestado durante años y caracterizado por el incumplimiento reiterado de las obligaciones de manutención, educación e instrucción, determina un *vulnus* (de consecuencias considerables y, por desgracia, indelebles) en los derechos que, derivando de la filiación, gozan de reconocimiento y tutela en la *Cost*. (arts. 2 y 30) y en las normas de Derecho internacional acogidas por el ordenamiento italiano; lesión que, por supuesto, da lugar a resarcimiento[131].

En cuanto a las relaciones entre cónyuges, merece especial mención la sentencia de la *Prima Sezione Civile* de la *Cassazione* número 9801, de 10 de mayo de 2005, que constituye el primer pronunciamiento de legitimidad que resolvió específicamente una reclamación resarcitoria por incumplimiento de los deberes

128 En este sentido, Facci, G.: "Il danno da adulterio", en AA.VV.: *Famiglia e responsabilità civile* (coord. por P. Cendon), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 557 y ss.; y Fiandaca, L.: *Il danno*, cit., pp. 232 y 237.

129 Cass. Civ., Sez. I, núm. 9801, 10 mayo 2005. Téngase en cuenta, además, que —tal y como afirma Triolo (*La responsabilità*, cit., p. 237)— "tratándose de problemáticas concernientes a un núcleo familiar, debe exigirse una tolerancia mayor frente a tales agresiones, respecto a la que se requeriría entre extraños, en cumplimiento del deber de solidaridad ex art. 2 cost. que en el grupo familiar presenta mayor relevancia".

130 El precedente en este sector (de ilícitos de los progenitores frente a los hijos) se localiza en la sentencia del Tribunal de Piacenza, de 31 de julio de 1950 —citada, entre otros, por Cendon, P.: "¿Dónde se está?", cit., p. 202; y Facci, G.: "Il danno", cit., p. 540—, que acogió la reclamación de una hija contra sus padres, por considerarlos responsables de su enfermedad, dado que, pese a saber que padecían sífilis y a conocer el carácter hereditario de la misma, la concibieron sin tener en cuenta el riesgo de contagio.

131 Cass. Civ., Sez. I, núm. 5652, 10 abril 2012 (www.webgiuridico.it); Cass. Civ., Sez. I, núm. 26205, 22 noviembre 2013 (www.studiolegalemartignetti.it); y Cass. Civ., Sez. I, núm. 16657, 22 julio 2014 (www.ilcaso.it).

matrimoniales[132] y la primera que, tras las sentencias gemelas, aplicó al ámbito de las relaciones familiares la interpretación constitucionalmente orientada del art. 2059 CC. En ella, el Supremo italiano señaló que, dada la naturaleza jurídica y no exclusivamente moral de los deberes conyugales (art. 143 CC), la inobservancia de los mismos podía representar, además de causa de separación y de divorcio, fuente de responsabilidad aquiliana, siempre que de la referida violación resulte una lesión de los derechos constitucionalmente tutelados del cónyuge ofendido que revista cierta envergadura, puesto que "únicamente aquellas conductas que por su gravedad intrínseca constituyan actos de agresión de derechos fundamentales de la persona" serán relevantes a los efectos que aquí nos interesan[133].

En el caso que dio origen a la 9801/2005, la Casación italiana reconoció la lesión infligida a la esposa en el derecho fundamental "a realizarse plenamente en la familia y en la sociedad como mujer, como cónyuge y eventualmente como madre", al haberle ocultado su marido que sufría una patología que le impedía cumplir con el deber de la *traditio corporis*, determinando con ello "una violación de la persona considerada en su integridad, en su libertad [y] dignidad, en su autónoma determinación al matrimonio, en sus expectativas de vida sexual armónica, en sus proyectos de maternidad, en su confianza en una vida conyugal fundada sobre la comunidad, la solidaridad y sobre el pleno desarrollo de sus propias potencialidades en el ámbito de aquella peculiar formación social constituida por la familia, cuya tutela reside en los arts. 2, 3, 29 y 30 Constitución". El Alto Tribunal entendió que los deberes conyugales, caracterizados por la inderogabilidad e indisponibilidad (art. 160 CC), se hallan ya presentes en las relaciones entre las partes, en la fase previa al matrimonio, de modo que, aunque en ese momento falta todavía el vínculo conyugal, en perspectiva de su constitución, pesa sobre ellas "una obligación de lealtad, de corrección y de solidaridad, que se sustancia también en una obligación de información de cualquier circunstancia inherente a las propias condiciones psicofísicas y de cualquier situación idónea a comprometer la comunión material y espiritual a la que el matrimonio se dirige".

Una cuestión a la que la jurisprudencia de legitimidad ha dedicado especial atención, como posible fuente de responsabilidad civil, es el incumplimiento del deber de fidelidad, que el Supremo italiano configura en sentido amplio, como el "compromiso que recae sobre cada uno de los cónyuges, de no traicionar la

132 Hubo otras previas que aludieron a esta cuestión, pero, según parece, exclusivamente, desde el punto de vista teórico, a través de *obiter dicta*; suelen mencionarse como ejemplo de ello las sentencias número 2468/1975 y 5866/1995. Cendon, P. y Sebastio, G.: "Lei, lui e il danno. La responsabilità civile tra coniugi", en *Responsabilità civile e previdenza*, núm. 6-2002, p. 1261, notas 7 y 8; y Facci, G.: "Il danno", cit., p. 542.

133 En esta decisión, se intuye ya la exigencia que, en las sentencias del otoño del 2008, consagrarían las *Sezioni Unite*, respecto a la seriedad y gravedad de los perjuicios irrogados. En este sentido, *vide* Facci, G.: "Il danno", cit., p. 600.
Reproducen los razonamientos de la 9801/2005, entre otras, Cass. Civ., Sez. I, núm. 18853, 15 septiembre 2011 (www.altalex.com); y Cass. Civ., Sez. I, núm. 6598, 7 marzo 2019 (www.studiocataldi.it).

confianza recíproca o de no traicionar la relación de entrega física y espiritual entre los cónyuges", que "no debe entenderse exclusivamente como abstención de relaciones sexuales extraconyugales"[134]; no en vano la inobservancia del mismo constituye, desde el punto de vista estadístico, la principal causa de imputación de la separación matrimonial en el país transalpino[135]. El que se declarase la inconstitucionalidad de los delitos de adulterio y concubinato, mediante sendas resoluciones del *Giudice delle Leggi*, la número 121/1968 y la número 147/1969[136], no dejó desprovista de consecuencias la violación del deber de fidelidad, que, al igual que las restantes obligaciones conyugales, como hemos apuntado, tiene carácter jurídico y no meramente moral; de hecho, de conformidad con el párrafo segundo del art. 151 CC, la separación se imputará al cónyuge transgresor (salvo que pruebe que su comportamiento ha sido fruto y no causa de la crisis, o que no ha rebasado los límites que los cónyuges han establecido como admisibles[137]), que, además de perder el derecho a la manutención, si le correspondía (art. 156, párr. 1.º, a contrario, CC) —sin perjuicio del derecho de alimentos, cuando proceda (art. 156, párr. 3.º, CC)—, y los derechos sucesorios (arts. 548 y 585 CC), resultará obligado a satisfacer los gastos procesales[138], por cuanto se considera que es el que ha fracasado en sus pretensiones.

Además, puede determinar la causación de un daño susceptible de resarcimiento, si bien no hay ningún automatismo entre la inobservancia del deber de fidelidad o la declaración de la condición de responsable del fracaso del matrimonio y la obligación de reparar[139], es decir, no cualquier infidelidad es fuente de responsabilidad civil, aunque haya determinado la intolerabilidad de la convivencia y el fin del matrimonio. Para ello es preciso que, a través de la referida traición o deslealtad, se comprometan también valores constitucionalmente protegidos del cónyuge ofendido, como la salud, el honor, la imagen, la intimidad, la dignidad, las relaciones sociales, etc., porque sólo entonces prevalecerá este interés sobre el contrapuesto de la libertad personal del cónyuge infiel, determinando la aplicación de la tutela resarcitoria prevista en el art. 2059 CC[140]. Como señala

134 Cass. Civ., Sez. I, núm. 9287, 18 septiembre 1997 (cit. en Fiandaca, L.: *Il danno*, cit., p. 241).

135 Facci, G.: "Il danno", cit., p. 543.

136 Fiandaca, L.: *Il danno*, cit., p. 241.

137 Fiandaca, L.: *Il danno*, cit., p. 242.

138 Montaruli, V.: "Le condotte", cit., p. 621.

139 De hecho, según la sentencia 18853/2011, la acción de resarcimiento es «del todo autónoma respecto de la demanda de separación y de imputación, y ejercitable prescindiendo de dichas demandas, pudiendo la misma "*causa petendi*" dar lugar a una pluralidad de acciones autónomas caracterizadas cada una de ellas por un diverso "*petitum*". Resulta, además, que cuando en el juicio de separación no se haya solicitado la imputación, o se haya renunciado al pronunciamiento de imputación, la firmeza se forma…únicamente en relación con el "*petitum*" accionado y no subsiste, por tanto, preclusión alguna al ejercicio de la acción de resarcimiento por violación de los deberes nacidos del matrimonio, así como ninguna preclusión se deduce en caso de separación consensual».

140 "Para que pueda existir una responsabilidad resarcitoria —ha declarado la *Cassazione*, en la sentencia 18853/2011—, constatada la violación del deber de fidelidad, fuera de la hipótesis de delito deberá probarse también la lesión, consecuencia de dicha violación, de un derecho constitucionalmente protegido. Será

Mottola, "lo que importa son los modos y el momento en que el derecho de autodeterminación viene ejercitado por el cónyuge: el particular grado de dolo con el que traiciona, los engaños, el ambiente en que se manifiesta, los modos en que se muestra, la arrogancia y la falta de respeto por la dignidad del otro cónyuge. No es posible, en efecto, imaginar que un derecho, sólo por estar protegido, pueda ser ejercitado de cualquier manera. Existe un principio general del ordenamiento según el cual los derechos deben satisfacerse de conformidad con las normas y sin perjuicio ajeno"[141].

Últimamente, la *Cassazione* ha tenido que aclarar si de la violación del deber de fidelidad cabría deducir alguna responsabilidad para el tercero "en discordia"[142]; según el Alto Tribunal, semejante posibilidad podría considerarse sólo si "el amante mismo, con el propio comportamiento y atendiendo a las modalidades con las que se haya desarrollado la relación extraconyugal, ha lesionado o contribuido a vulnerar derechos inviolables —como la dignidad y el honor— del cónyuge traicionado (piénsese, por ejemplo, en la hipótesis en que se haya jactado de la conquista en el ambiente de trabajo común o haya difundido las imágenes), y siempre que resulte probado el nexo causal entre tal conducta, dolosa o culposa, y el daño producido. En caso contrario, en efecto, el comportamiento del amante resulta inidóneo para integrar los extremos del daño injusto…habiendo ejercitado simplemente su derecho, constitucionalmente garantizado, a la libre expresión de la propia personalidad, derecho que puede manifestarse también en el mantener relaciones interpersonales con individuos casados; del mismo modo en que, aunque dentro de los límites señalados, cada cónyuge es libre de autodeterminarse"[143].

además necesaria la prueba del nexo de causalidad entre la violación y el daño, que, para ser relevante a dicho fin, no puede consistir en el mero sufrimiento psíquico causado por la infidelidad y por la percepción de la ofensa que deriva de ella —objetivamente ínsita en la violación de la obligación de fidelidad— de por sí no resarcible, por cuanto constituye un perjuicio derivado de violación de ley ordinaria, sino que debe concretarse en el compromotimiento de un interés constitucionalmente protegido.
Eventualidad, que puede verificarse en casos y contextos del todo particulares, cuando se demuestre que la infidelidad, por sus modalidades y en relación con la especificidad del supuesto de hecho, haya dado lugar a lesión de la salud del cónyuge (lesión que deberá demostrarse también bajo el perfil del nexo de causalidad). O cuando la infidelidad por sus modalidades haya degenerado en comportamientos que, sobrepasando los límites de la ofensa de por sí ínsita en la violación de la obligación en cuestión, se hayan concretado en actos específicamente lesivos de la dignidad de la persona, que constituye bien constitucionalmente protegido". En la misma línea, la Cass. Civ., Sez. I, núm. 6598, 7 marzo 2019.
En sentido similar, véase también Mottola, M. R.: *La fedeltà nel matrimonio. Parte II: Profili processuali e risarcimento del danno*, Key editore, Milano, 2015, pp. 16 y ss.

141 *La fedeltà*, cit., p. 30.

142 Concretamente, en el caso resuelto por la 6598/2019, el cónyuge ofendido dirigió su reclamación, además de contra su esposa, contra el amante de ésta y la sociedad para la que trabajan ambos adúlteros, por considerar que había quebrantado su obligación de vigilancia sobre sus dependientes, al objeto de evitar daños a terceros.

143 Cass. Civ., Sez. I, núm. 6598, 7 marzo 2019. *Cfr.* también Buffone, G.: "Il terzo", cit., p. 245; Fiandaca, L.: *Il danno*, cit., p. 243; y Montaruli, V.: "Le condotte", cit., p. 614.

3. Lesión de derechos de la personalidad.

La conculcación de los derechos de la personalidad —reconocidos y tutelados por la Constitución, que los contempla genéricamente en su art. 2, aunque algunos se consideran también específicamente en otros preceptos de la Carta Magna (como la igualdad, art. 3; la libertad personal, art. 13; la religiosa, art. 19; la de expresión, art. 21, etc.)— también pueden determinar la causación de un daño no patrimonial, resarcible conforme a la exégesis del art. 2059 CC de la que nos venimos ocupando, en aquellos casos en que el perjuicio no derive de delito (difamación, revelación de secretos, allanamiento, etc.) o se deduzca de otros "casos previstos por la ley" —como las disciplinadas por los arts. 5, 7 o 10 CC (integridad física, nombre e imagen, respectivamente)—; y, por supuesto, de ello da cuenta la jurisprudencia de legitimidad[144]. Nos hallamos, una vez más, ante un daño-consecuencia, que, por tanto, no coincide con la lesión del interés, sino que debe alegarse y probarse por quien pretende el relativo resarcimiento, si bien, al tratarse de un perjuicio que se proyecta hacia el futuro, a tal objeto, se admite el recurso a juicios pronósticos y a presunciones (incluso simples). Asimismo, su cuantificación se efectuará en vía equitativa[145].

De la lesión al nombre, a la dignidad y a la identidad personal, por ejemplo, se ha ocupado la sentencia número 16222 de la Sección Primera de la Casación, de 31 de julio de 2015[146], al pronunciarse sobre la impugnación por defecto de veracidad planteada por un individuo respecto del reconocimiento del hijo de su esposa, llevado a cabo al contraer matrimonio con ésta, más de seis décadas antes. Según la Corte Suprema, la impugnación de la paternidad repercute seriamente en el interesado, puesto que le priva de la conciencia de sí mismo y quiebra los vínculos afectivos asentados durante toda su vida, sin posibilidad de establecer otros; de hecho, aunque se mantuviese el apellido, no sería expresivo de la pertenencia a un grupo familiar ni adecuado para permitir al interesado y a sus descendientes reconstruir una nueva identidad. Añade el Supremo que la identidad —como todos los derechos de la personalidad— se refuerza y consolida con el paso del tiempo, de modo que, cuanto mayor sea el lapso entre el reconocimiento y la impugnación por falta de veracidad, mayor será la lesión; de ahí, precisamente, que la Ley número 219, de 10 de diciembre de 2012, de disposiciones en materia de reconocimiento de hijos naturales[147] haya limitado la imprescriptibilidad de la acción de impugnación de reconocimiento, exclusivamente, a los casos en que se ejercite por quien conste como hijo. Asimismo, la anulación del reconocimiento

144 Triolo, D. P.: *La responsabilità*, cit., pp. 225 y ss.; y Triolo, D. P. y Matta, M.: *Diritto civile*, 4.ª ed., Key editore, Milano, 2020, pp. 54 y ss.

145 *Vide* Cass. Civ., Sez. I, núm. 9385, 16 abril 2018 (www.canestrinilex.com), con cita de otras en el mismo sentido.

146 Disponible en www.unipa.it.

147 Puede verse en www.gazzettaufficiale.it.

incide negativamente en la vertiente social de la dignidad personal del afectado. "En esencia —se lee en la resolución comentada—, nos hallamos frente a un repudio perpetrado tras decenios de vida familiar y de atribución de identidad personal, posibilitado sólo por la conciencia de la falsedad del reconocimiento de paternidad efectuado en un momento remoto; por tanto, no cabe pensar que la Corte de apelación hubiera podido negar el derecho a ser resarcidos por tal comportamiento, manifiestamente lesivo, sin incurrir en evidente contraste con los valores de nuestra Constitución y con la jurisprudencia en materia de daño no patrimonial".

Especial atención ha dedicado la *Corte di Cassazione* a los derechos al honor y a la intimidad, así como a su (en ocasiones, conflictiva) relación con las manifestaciones de la libertad de expresión conocidas, respectivamente, como derecho de crónica, crítica y sátira, puesto que el legítimo ejercicio de alguno de éstos constituiría causa de justificación que excluiría la apreciación de un eventual perjuicio en la reputación o en la privacidad de las personas afectadas. Según la consolidada doctrina de la Casación en la materia, el ejercicio del derecho de crónica —corolario de la libre manifestación del pensamiento y de la libertad de prensa, que supone el derecho a informar, a exponer acontecimientos de relevancia pública, a través de cualquier medio de comunicación— ha de respetar tres límites: la utilidad social de la información, la veracidad objetiva e, incluso, putativa, de los hechos y la continencia expresiva (es decir, que la forma de exponer la noticia sea respetuosa con la dignidad de las personas)[148]. Recientemente, el Pleno del Supremo italiano ha incorporado, además, el requisito de la actualidad de la información, que, de no concurrir, podría determinar la lesión del derecho al olvido de sus protagonistas[149].

El derecho de crítica, en cambio, en cuanto manifestación de la opinión de quien lo ejercita, no requiere la narración detallada y veraz de los hechos, puesto que consiste en un juicio subjetivo de los mismos, si bien los acontecimientos enjuiciados han de ser veraces o, al menos, tenerse por tales. Asimismo, a menudo, implica el uso de un lenguaje áspero e, incluso, severo, cosa que se admite siempre que las cuestiones objeto de crítica revistan interés público, que la reprobación que

148 Cass. Civ., Sez. III, núm. 839, 20 enero 2015 (www.renatodisa.com); y Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 19681, 22 julio 2019 (www.altalex.com).

149 Sobre el particular, la sentencia 19681/2019 ha enunciado el siguiente principio de Derecho: "En materia de relaciones entre derecho a la intimidad (en su particular manifestación del denominado derecho al olvido) y el derecho a la rememoración histórica de hechos y vicisitudes concernientes a eventos pasados, el juez de mérito —sin perjuicio de la libertad de la elección editorial en orden a tal rememoración, que es expresión de la libertad de prensa y de información, protegida y garantizada por el art. 21 *Cost.*— debe valorar el interés público, concreto y actual, a la mención de los elementos identificativos de las personas que de aquellos hechos y aquellas vicisitudes fueron protagonistas. Tal mención se considera lícita sólo en la hipótesis en que se refiera a personajes sobre los que, en el momento presente, recaiga el interés de la colectividad, sea por razones de notoriedad que por el rol público que revisten; en caso contrario, prevalece el derecho de los interesados a la privacidad respecto de acontecimientos del pasado, que hieran la dignidad y el honor y sobre los cuales no quede ya memoria colectiva". *Cfr.* también Triolo, D. P.: *La responsabilità*, cit., pp. 231 y ss.

pueda incidir sobre el honor o reputación ajena se motive oportunamente y que no se incurra en afirmaciones injuriosas y denigratorias o en ataques puramente ofensivos de la persona a la que se refieren[150]. La sátira, por último, constituye una modalidad corrosiva y, generalmente, despiadada de la crítica, que se sustrae al parámetro de la veracidad, por cuanto manifiesta un juicio irónico sobre un hecho (mediante la paradoja y la metáfora surrealista), pero queda sometida al límite de la continencia y de la funcionalidad de las expresiones a la finalidad de denuncia social o política perseguida[151].

Si se respetan las condiciones antedichas o si, por el contrario, se causa un daño resarcible, deberá determinarse caso por caso, no siendo susceptible de catalogación *a priori* la eventual casuística en la materia.

150 Cass. Civ., Sez. III, núm. 1434, 27 enero 2015 (www.altalex.com).

151 Cass. Civ., Sez. III, núm. 23144, 11 octubre 2013 (www.sentenze-cassazione.com).

BIBLIOGRAFÍA

Bianchi, A.: "Il danno alla persona secondo le sentenze Travaglino e Rossetti", en *Danno e responsabilità*, núm. 4, 2018, pp. 470-477.

Bona, C.: *Studio sul danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2012.

Bona, M. y Monateri, P. G.: *Il nuovo danno non patrimoniale*, Ipsoa, Milano, 2004.

Bonilini, G.: voz «Danno morale», en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Utet, T. V, Torino, 1989, pp. 83-90.

Buffone, G.: "Il terzo complice nell'adulterio: responsabilità sì o no?", en AA.VV.: *Famiglia e responsabilità civile* (coord. por P. Cendon), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 241-245.

Cendon, P.: "¿Dónde se está mejor que en familia? Agravios domésticos y resarcimiento del daño", en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho de familia* (dir. por T. Echevarría de Rada), La Ley, Madrid, 2013, pp. 199-250.

Cendon, P. y Sebastio, G.: "Lei, lui e il danno. La responsabilità civile tra coniugi", en *Responsabilità civile e previdenza*, núm. 6-2002, pp. 1257-1310.

Comandé, G.: «Il danno esistenziale e il "diritto pigro"», en AA.VV.: *Critica del danno esistenziale* (coord. por G. Ponzanelli), Cedam, Padova, 2003, pp. 63-76.

Cricenti, G.: *Il danno non patrimoniale*, Cedam, 2.ª ed., Padova, 2006.

Cricenti, G.: "Breve dogmatica della morte immediata", en AA.VV.: *Il danno da morte. Cinque voci per un tema controverso* (coord. por G. Cricenti), Aracne, Roma, 2016, pp. 123-132.

D'Adda, A.: "Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio", en *Il foro italiano*, vol. 124, núm. 1, enero 2001, pp. 188-204.

Dellacasa, M.: "La vita ha valore…ma solo per chi non la perde? Rinnovamento e restaurazione nel risarcimento del danno da morte", en AA.VV.: *Il danno da morte. Cinque voci per un tema controverso* (coord. por G. Cricenti), Aracne, Roma, 2016, pp. 9-51.

Facci, G.: "Il danno da adulterio", en AA.VV.: *Famiglia e responsabilità civile* (coord. por P. Cendon), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 537-565.

Fanelli, L.: "Le ragioni alla base dell'emersione di un nuova categoría di danno: danno esistenziale", en AA.VV.: *Critica del danno esistenziale* (coord. por G. Ponzanelli), Cedam, Padova, 2003, pp. 17-31.

Fiandaca, L.: *Il danno non patrimoniale: percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2009.

Garibotti, A.: "Il risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale nell'ambito delle famiglie ricostituite e nelle unioni civili", en *Danno e responsabilità*, 2017, núm. 1, pp. 30-46.

Guerra, E.: "Il lutto", en AA.VV.: *Trattato dei nuovi danni* (dir. por P. Cendon), vol. I, Cedam, Padova, 2011, pp. 799-810.

Monateri, P. G.: Voz «Danno alla persona», en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Utet, T. V, Torino, 1989, pp. 74-83.

Monateri, P. G.: «Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale», 2009, disponible en www.jus.unitn.it.

Montaruli, V.: "Le condotte illecite", en AA.VV.: *Famiglia e responsabilità civile* (coord. por P. Cendon), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 595-634.

Morlini, G.: "Danno non patrimoniale e danno esistenziale", 2014, disponible en www.ordineforense.re.it.

Mottola, M. R.: *La fedeltà nel matrimonio. Parte II: Profili processuali e risarcimento del danno*, Key editore, Milano, 2015.

Pardolesi, R.: "Danno non patrimoniale, uno e bino, nell'ottica della Cassazione, una e Terza", en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, año XXXIV, núm. 9, 2018, disponible en www.law-economics.net.

Pardolesi, R. y Simone, R.: «Danno esistenziale (e sistema fragile): "die hard"», en *Il foro italiano*, vol. 132, núm. 1, enero 2009, pp. 128-134.

Pedrazzi, G.: «"Lifting the veil": il disvelamento del danno esistenziale», en AA.VV.: *Critica del danno esistenziale* (coord. por G. Ponzanelli), Cedam, Padova, 2003, pp. 41-62.

Ponzanelli, G.: «La "forza" del sistema bipolare», en AA.VV.: *Critica del danno esistenziale* (coord. por G. Ponzanelli), Cedam, Padova, 2003, pp. 7-15.

Ponzanelli, G.: "Danno non patrimoniale: l'abbandono delle Sezioni Unite di San Martino", en *Danno e responsabilità*, núm. 4, 2018, pp. 467-469.

Rossetti, M.: Voz «Il danno tanatologico», en *Treccani. Il libro dell'anno del Diritto 2016*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2016, disponible en www.treccani.it.

Rossi, R.: "Il danno esistenziale", en AA.VV.: *Trattato dei nuovi danni* (dir. por P. Cendon), vol. I, Cedam, Padova, 2011, pp. 17-59.

Salvi, C.: Voz «Danno», en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, *Sezione Civile*, Utet, T. V, Torino, 1989, pp. 63-74.

Scalera, A.: "I malati terminali", en AA.VV.: *Trattato dei nuovi danni* (dir. por P. Cendon), vol. I, Cedam, Padova, 2011, pp. 781-798.

Triolo, D. P.: *La responsabilità extracontrattuale*, 2.ª ed., Key editore, Milano, 2017.

Triolo, D. P. y Matta, M.: *Diritto civile*, 4.ª ed., Key editore, Milano, 2020.

Zambrano, V.: "Il danno da perdita della vita. Spunti di diritto interno e comparato", en AA.VV.: *Il danno da morte. Cinque voci per un tema controverso* (coord. por G. Cricenti), Aracne, Roma, 2016, pp. 133-156.

Ziviz, P.: "Alla scoperta del danno esistenziale", en AA.VV.: *La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza* (coord. por P. Cendon), Giuffrè, Milano, 1994, pp. 41-69.

Ziviz, P.: "Ogni cosa è illuminata (da Cass. 1361/2014)", en *Persona e danno*, 12 febrero 2014, disponible en www.personaedanno.it.

Ziviz, P.: "I pregiudizi non patrimoniali conseguenti all'illecito mortale", en AA.VV.: *Il danno da morte. Cinque voci per un tema controverso* (coord. por G. Cricenti), Aracne, Roma, 2016, pp. 85-122.

DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA (AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA, DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2020)

DETERMINATION OF THE APPLICABLE LAW IN ROAD CIRCULATION ACCIDENTS (AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA, DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2020)

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2462-2477

Alfonso
ORTEGA
GIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: En los accidentes de circulación por carretera transfronterizos pueden darse varias circunstancias que compliquen la determinación de los foros competentes para presentar las posibles acciones de reclamación por los daños sufridos por las víctimas o las personas perjudicadas. Lo mismo sucede respecto a las normas de conflicto para determinar la ley que será la que regule el fondo del asunto como ser el alcance, limitación y reparto de la responsabilidad. Es lo que se aprecia en el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 9 de septiembre de 2020, que desestima un recurso, señalando que la resolución recurrida vulnera la cosa juzgada al contradecir la ley aplicable estipulada al caso que "con la venia" del Reglamento "Roma II" debe ser determinada conforme al Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971, sobre la ley civil aplicable a los accidentes de circulación por carretera.

PALABRAS CLAVE: Accidente de circulación por carretera; responsabilidad extracontractual, indemnización, competencia judicial internacional; ley aplicable.

ABSTRACT: *In cross-border road traffic accidents, there may be several circumstances that complicate the determination of the competent forums to present possible claims actions for the damages suffered by the victims or injured persons. The same happens with respect to the conflict rules to determine the law that will regulate the substance of the matter, such as the scope, limitation and distribution of liability. This is what can be seen in the Order of the Provincial Court of Tarragona, of September 9, 2020 that dismisses an appeal stating that the appealed resolution violates res judicata by contradicting the applicable law stipulated in the case that "with the permission" of the Regulation "Rome II" must be determined in accordance with the Hague Convention of May 4, 1971 on the civil law applicable to road traffic accidents.*

KEY WORDS: *Road traffic accident; tort liability, compensation, international jurisdiction; applicable law.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. HECHOS CONTROVERTIDOS.- III. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA.- 1. El Reglamento "Roma II" relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.- 2. El Convenio de la Haya de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera.- IV. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO.

1. En los últimos años los desplazamientos por carretera a nivel nacional e internacional se han incrementado de forma proporcional a causa de diversos factores. Desgraciadamente, este masivo desplazamiento por carretera da lugar a que se produzcan con relativa frecuencia diversos accidentes de circulación por carreteras en los cuales existe algún elemento extranjero, que hace más dificultosa la determinación de responsabilidades en estos accidentes[1].

Considerando el elevado número de accidentes de tráfico transfronterizos que tienen lugar cada año en la UE y el número de víctimas directas e indirectas, es un sector que genera un número importante de reclamaciones transnacionales. Las consecuencias de litigar ante un determinado tribunal o de aplicar una u otra ley pueden alterar significativamente los intereses de las partes involucradas en tal cuestión. Por ello, desde mediados del siglo pasado, la comunidad internacional se ha dotado de distintas normas y organismos, para facilitar a las víctimas de estos accidentes la pronta y justa resolución de los mismos.

2. En el ámbito de la UE, en materia de accidentes de tráfico transfronterizos, los daños causados a un tercero se incluyen dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual a la hora de determinar los foros competentes para presentar las posibles acciones en reclamación por los daños sufridos por las víctimas o las personas perjudicadas. Lo mismo sucede respecto a las normas de conflicto para determinar la ley aplicable en materia de accidentes de tráfico transfronterizos que será la que regule el fondo del asunto y sus normas materiales las que regulen aspectos tan importantes como el alcance de la responsabilidad; la limitación y reparto de la responsabilidad; la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños

1 *Vid.*, en este sentido, Garriga, G: "La práctica judicial española en la aplicación de los foros de competencia judicial internacional para el ejercicio de la acción directa en el ramo del seguro obligatorio de automóviles", en Parra, C. (Dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, Bosch Editor, Barcelona, 2012, p. 95, señala que "en el año 2011, último año del que disponemos cifras oficiales, alrededor de 30.100 personas fallecieron en el territorio de la Unión Europea como consecuencia de accidentes de circulación. Otras 324.000 personas resultaron gravemente heridas y otras tantas lo fueron de menor gravedad".

• Alfonso Ortega Giménez
Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: alfonso.ortega@umh.es. ORCID: 0000-0002-8313-2070

o la indemnización solicitada; las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente; o los plazos de prescripción y caducidad.

Todas estas cuestiones se han ido regulando a través de Directivas o Reglamentos Comunitarios, Convenios internaciones y otras disposiciones, con el fin de que las víctimas de los accidentes de tráfico con elemento extranjero sean debidamente protegidas y puedan reclamar lo que les corresponda por derecho.

3. Dentro de la labor realizada por el legislador comunitario en materia de armonización del seguro de responsabilidad civil de vehículos, desde la publicación y entrada en vigor del Reglamento (UE) Nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil[2] (en adelante, Reglamento "Bruselas I bis") existe un progresivo avance hacia la homogeneización del tratamiento equiparado de las víctimas de la circulación en todos los Estados miembros con el fin de encontrar una solución que garantice la elaboración de normas de Derecho internacional privado de aplicación común a todo el territorio de la UE y el EEE y conseguir un tratamiento jurídico unificado que permita que el ejercicio de la acción directa contra el asegurador y se garantice un equilibrio jurídico basado en la mejora de la protección de los intereses de las víctimas.

4. A su vez, en el ámbito de la UE las normas de conflicto para determinar la ley aplicable en materia de accidentes de tráfico transfronterizos aparecen recogidos en el Reglamento (CE) Nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales[3] (en adelante, Reglamento "Roma II") y en el Convenio de la Haya de 4 de mayo de 1971 sobre la ley aplicable en materia de aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera[4] (en adelante, Convenio de La Haya). Este Convenio constituye un instrumento especifico en esta materia y tiene un alcance general, prevaleciendo en la materia que nos ocupa sobre el Reglamento "Roma II", lo que significa que los Estados de la UE que sean parte del Convenio no invocaran el Reglamento "Roma II" para la determinación de la ley aplicable a los accidentes de tráfico transfronterizos por tratarse de una obligación internacional asumida antes de la entrada en vigor del mencionado Reglamento[5].

2 Reglamento (UE) Nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. (DOUE *núm.* 351, de 20 de diciembre de 2012).

3 Reglamento (CE) Nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II"). (DOUE *núm.* 199, de 31 de julio de 2007).

4 Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971. (BOE *núm.* 264, de 4 de noviembre de 1987).

5 Son Estados parte del Convenio de La Haya de 4 mayo 1971 los siguientes: Austria: 3 de junio de 1975, Bélgica: 3 de junio de 1975, Bielorrusia: 7 de abril de 2001, Bosnia Herzegovina: 16 de diciembre de 1975, Croacia: 16 de diciembre de 1975, Eslovaquia: 11 de julio de 1976, Eslovenia: 16 de diciembre de 1975,

II. HECHOS CONTROVERTIDOS.

5. El hecho controvertido del Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 9 de septiembre de 2020, desestima un recurso señalando que la resolución recurrida vulnera la cosa juzgada al contradecir la ley aplicable, que ya había sido fijado con firmeza en el previo incidente de defectos procesales. Los hechos controvertidos tienen su origen en un accidente de tráfico ocurrido en España en la cual se encuentran como víctimas del accidente varios nacionales de nacionalidad francesa. Los recurrentes piden la ejecución del auto de cuantía máxima de 11 abril 2016, para reclamar las cantidades fijadas por la muerte de sus hijos D. Narciso y D. Obdulio en un accidente de circulación acaecido el día 9 agosto 2014 en la AP-7, dirección la Junquera. Esta resolución fue objeto de un incidente de nulidad de actuaciones por parte de DEKRA CLAIM SERVICES SPAIN S.A., representante en España de la aseguradora francesa SOGESSUR del vehículo siniestrado que ocupaban los fallecidos, debido a que consideraba que la ley aplicable a la determinación y cuantificación de las indemnizaciones de los perjudicados era la ley francesa como "lex personae" y no la ley española como "lex loci". La resolución que pone fin al incidente de oposición por excepciones materiales replantea la cuestión de la ley aplicable y decide que lo será la ley francesa conforme al Reglamento "Roma II".

6. Frente a esta resolución se presenta recurso por parte de D. Apolonio, Dña. Aurora y Dña. Edurne. El recurso objeta en esencia que la resolución recurrida vulnera la cosa juzgada al contradecir la ley aplicable, que ya había sido fijado con firmeza en el previo incidente de defectos procesales. Los hechos del asunto acaecieron el 9 agosto 2014, donde D. Rubén conducía (por la AP–7 dirección la Junquera) un turismo matriculado en Francia y asegurado por la entidad de nacionalidad francesa SOGESSUR. Después de adelantar a una motocicleta, al regresar al carril derecho, por distracción y/o cansancio se sale de la carretera y recorre más de 80 metros fuera de la calzada, hasta impactar sucesivamente con tres árboles, siendo la colisión con el primero de ellos muy violenta y grave, con afectación estructural del turismo. Resultado de ello fue su fallecimiento (con cinturón) mientras la persona que iba a su lado el D. Valentín tuvo lesiones (con cinturón). Ocupaba el asiento lateral izquierdo trasero D. Narciso también fallecido (con cinturón), en la parte central el D. Obdulio (sin cinturón) igualmente fallecido, y en la parte lateral derecha D. Luis Alberto (sin cinturón) que tuvo lesiones. Todos residentes en Francia y de nacionalidad francesa.

España: 21 de noviembre de 1987, Francia: 3 de junio de 1975, Letonia: 11 de febrero de 2001, Lituania: 15 de febrero de 2003, Luxemburgo: 13 de diciembre de 1980, Marruecos: 25 de junio de 2010, Montenegro: 16 de diciembre de 1975, Países Bajos: 30 de diciembre de 1978, Polonia: 8 de septiembre de 2003, República Checa: 11 de julio de 1976, Antigua República Yugoslava de Macedonia: 16 de diciembre de 1975, Serbia: 16 de diciembre de 1975 y Suiza: 2 de enero de 1987.

7. Respecto a la ley aplicable, la Audiencia señala que partiendo de que el único elemento de conexión con la ley española es el lugar del accidente, pues tanto el turismo, como su aseguradora y los ocupantes son extranjeros, residentes en Francia, se plantea el problema de la ley aplicable a este accidente de circulación y los derechos de los perjudicados, pues no se cuestiona la competencia de la Jurisdicción de España para su enjuiciamiento, conforme a los artículos 21 a 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[6] (en adelante, LOPJ) y el Reglamento "Bruselas I Bis". El Código Civil[7] (en adelante, CC) en los artículos 8 al 12 regula el sistema de normas de conflicto de derecho internacional privado. Dentro de este marco normativo, las obligaciones no contractuales se rigen, a falta de Convenio que establezca un régimen específico, por lo dispuesto en el CC. En materia de accidentes de circulación, España y Francia son parte del Convenio de La Haya sobre la ley material aplicable a los accidentes de circulación. Por lo tanto, no es aplicable el Reglamento "Roma II" dado que su artículo 28 establece expresamente que la citada norma no afecta a los Convenio internacionales suscritos a la fecha de adopción del citado Reglamento.

Volviendo al Convenio de La Haya, el artículo 3 fija, como regla general, como ley aplicable la ley interna del Estado en donde el accidente haya ocurrido (l*ex loci*). Por su parte, el artículo 31 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a motor[8] (en adelante, LRSCVM) se refiere al problema de la ley aplicable, indicando que: "Sin perjuicio de lo dispuesto por las normas de derecho internacional privado, a los siniestros a los que se refiere este Título les será de aplicación la legislación del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, y serán competentes los jueces y tribunales de dicho Estado". Esta norma no hace sino reproducir el sistema general de normas de derecho internacional privado que rigen los accidentes de circulación, y es acorde con lo dispuesto por el propio CC (artículo 10.9º) y coincide con la regla general contenida en el artículo 3 del Convenio de La Haya.

Al margen de la norma interna, no podemos olvidar que una de las fuentes de creación normativa nos viene dada por el sistema de las Directivas Europeas, prolijas en materia del seguro de responsabilidad civil de vehículos a motor, en su tarea de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en la materia. A lo ya apuntado, una segunda excepción, además de las contenidas en el artículo 4 del Convenio de La Haya, la establece la Directiva 2009/103/CE[9], la cual ordena a

6 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE *núm.* 157, de 3 de julio de 1985).

7 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Gaceta de Madrid *núm.* 206, de 25 de julio de 1889).

8 Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. (BOE *núm.* 267, de 5 de noviembre de 2004).

9 Directiva 2009/103/CE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control

todos los Estados miembros que adopten las medidas necesarias para que todas las pólizas de seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos, cubran todo el territorio de la Comunidad mediante una prima única, y garanticen la cobertura a que obligue la legislación de cada uno de ellos (*lex loci*) o la cobertura exigida por la legislación del Estado miembro por el cual el vehículo tenga su estacionamiento habitual (*lex personae*), cuando esta última sea superior.

8. En consecuencia, el artículo 4.4 LRCSCVM obliga, dentro del ámbito territorial de aplicación de la Directiva, irremediablemente, a aplicar la legislación cuyos límites de cobertura resulten más favorables a la víctima del accidente. No obstante, la LRCSCVM ha introducido una limitación: la cuantía de la indemnización cubierta por el seguro obligatorio en los daños causados a las personas se determinará con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 1 de esta Ley (que señala que "Si la cuantía de las indemnizaciones resultase superior al importe de la cobertura del seguro obligatorio, se satisfará, con cargo a éste, dicho importe máximo, y el resto hasta el montante total de la indemnización quedará a cargo del seguro voluntario o del responsable del siniestro, según proceda").
De ahí que toda indemnización fijada por un tribunal español ya sea con arreglo a los límites de cobertura españoles o no, deberá pasar por el filtro del sistema de baremación español tanto cuando beneficien como cuando perjudiquen derechos de víctimas con residencia en España o fuera de ella.

Los Tribunales españoles tienen competencia para conocer y aplicar tanto en el proceso ordinario, como en el ejecutivo y en el penal una norma de derecho extranjero en aplicación del criterio del estacionamiento habitual del vehículo, siempre que esta sea más favorable que la española, pero a la hora de cuantificar los daños deberán ajustarse al baremo español. Máxime si como dice la aseguradora ejecutada es más favorable para las víctimas, por tanto, en este caso será aplicable la ley española.

III. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA TRANSFRONTERIZOS.

9. Respecto a la ley aplicable el CC español dedica el capítulo IV (artículos 8 al 12) a la regulación del sistema de normas de conflicto de derecho internacional privado. Dentro del referido marco normativo, las obligaciones no contractuales (responsabilidad derivada del delito, enriquecimiento sin causa, gestión de negocios ajenos, etc.) se rigen, a falta de Convenio que establezca un régimen específico, por lo dispuesto en el CC. El artículo 10.9 del CC español establece que "Las obligaciones extracontractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiera

de la obligación de asegurar esta responsabilidad. (DOUE *núm.* L 263/11 de 7 de octubre de 2009).

ocurrido el hecho del que deriven". En materia de accidentes de circulación, España es, además, signatario del Convenio de La Haya de 4 de Mayo de 1971, sobre la ley material aplicable a los accidentes de circulación, cuyo instrumento de ratificación fue suscrito el 4 de septiembre de 1987.

En lo que se refiere a la determinación de la ley aplicable en esta materia como ya se ha comentado, en el ámbito de la UE, las normas de conflicto para determinar la ley aplicable en materia de accidentes de tráfico transfronterizos aparecen recogidas en el Reglamento "Roma II" y en el Convenio de La Haya. Para comprender la coexistencia de estos dos regímenes hay que remitirse a lo que dispone el Reglamento "Roma II" en su artículo 28, señala que: "El presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales".

En el mismo sentido, señala el Convenio de La Haya, en su artículo 15, que: "El presente Convenio no afectará a lo dispuesto por otros Convenios en los que sean o puedan ser parte en el futuro los Estados contratantes y que, en materias específicas, contengan disposiciones relativas a la responsabilidad civil extracontractual derivada de accidentes de circulación por carretera". Por consiguiente, el Convenio de La Haya constituye un instrumento específico en esta materia y tiene su alcance general, prevaleciendo sobre el Reglamento "Roma II". Esto significa que los Estados de la UE que sean parte del Convenio no invocaran el Reglamento "Roma II" para la determinación de la ley aplicable en los accidentes de tráfico transfronterizos por tratarse de una obligación internacional asumida antes de la entrada en vigor del mencionado Reglamento.

1. El Reglamento "Roma II" relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

10. El Reglamento "Roma II" establece normas generales para determinar la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de un delito y normas específicas para ciertas obligaciones. Sin embargo, no incluye una norma de conflicto especial para identificar la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de accidentes de circulación transfronterizos. Por otra parte, no resulta habitual que las partes hagan uso de la libertad de elección prevista en el Reglamento, porque la gran mayoría de los accidentes de tráfico suelen producirse entre partes que no se conocen previamente. Consecuentemente, en casos de accidentes transfronterizos habrá que acudir a la norma general prevista en su texto pues, tanto en la propuesta del Reglamento como en sus

Considerados, queda patente que el legislador considere suficiente esta norma general para regular ese tipo de supuestos[10].

11. El Reglamento "Roma II" dispone como norma general la aplicación de la ley del país donde se produce el daño (*lex loci*), con independencia "del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualquiera que sea el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión". En este sentido, conviene precisar que en los accidentes de circulación el lugar del daño será aquél en el que se produzca la colisión o accidente. Se trata de una norma de conflicto de leyes tradicional en el Derecho internacional privado basada en la conexión territorial y sobre la base de la responsabilidad objetiva que se predica neutral, pues no favorece ni al causante del daño ni a la víctima, sino que trata de buscar un justo equilibrio entre los intereses de las partes en litigio.

2. El Convenio de La Haya de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera.

12. Por su parte, el Convenio de La Haya establece una norma general similar a la prevista en el Reglamento "Roma II" y dispone que la ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera será "la ley interna del estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente". El Convenio de La Haya en su párrafo 1º establece su ámbito de aplicación en los siguientes términos: "el presente Convenio determina la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera, sea cual fuere la clase de jurisdicción encargada de conocer del asunto". Al igual que lo hacen la práctica totalidad de los ordenamientos internos en cuanto a la ley aplicable para las obligaciones extracontractuales[11]. En el párrafo 1 el Convenio de La Haya establece su ámbito de aplicación y nos dice que "el presente

Convenio determina la ley aplicable a la Responsabilidad Civil contractual resultante de los accidentes de circulación por carretera, sea cual fuere la clase de jurisdicción encargada de conocer el asunto". Es decir, la primera precisión que nos ocupa es la de que, el Convenio no vincula su aplicabilidad a la determinación de la jurisdicción competente para enjuiciar un asunto, sino que solo y exclusivamente sirve para concretar con arreglo a qué sistema normativo el tribunal de la jurisdicción encargado del enjuiciamiento ha de emitir su decisión.

10 *Vid.,* Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "El Reglamento Roma II. Reglas generales sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 2009, nº 712, p. 838; y De Miguel Asensio, P. A.: "El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales", *Revista Española de Seguros,* 2009, nº 140, 2009.

11 Así lo indica el artículo 10.9 de nuestro Código Civil, que establece: "Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven".

13. No obstante, en su artículo 2 el Convenio relaciona una serie de situaciones a los que no resulta de aplicación el Convenio, y en el apartado 5 y 6 nos indica: "5º) A las reclamaciones y subrogaciones relativas a compañías de seguros; 6º) A las acciones y reclamaciones ejercitadas por o contra los Organismos de la Seguridad Social, de seguros sociales o instituciones análogas y los fondos públicos de Garantía automovilística, así como a los casos de exclusión de responsabilidad previstos por las normas que regulen estos organismos". Con respecto a los casos anteriores, excluidos de la aplicación del Convenio, opera de pleno el régimen del CC en virtud de la cual, los asuntos referidos a la responsabilidad extracontractual se rigen por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven.

14. El Convenio establece en su artículo 3 el criterio de la "lex loci", al señalar que: "la Ley aplicable será la ley interna del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente". En este sentido, el Convenio establece en su artículo 4 que cuando en el accidente intervenga un solo vehículo, matriculado en un Estado distinto de aquel en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, para determinar la responsabilidad, se aplicará la ley interna del Estado en que el vehículo esté matriculado: i) respecto al conductor, el poseedor, el propietario o cualquier otra persona que tenga un derecho sobre el vehículo, independientemente de su lugar de residencia habitual; ii) respecto de una víctima que viajaba como pasajero, si tenía su residencia habitual en un Estado distinto de aquel en cuyo territorio haya ocurrido el accidente y iii) respecto de una víctima que se encontraba en el lugar del accidente fuera del vehículo, si tenía su residencia habitual en el Estado en que dicho vehículo estuviere matriculado.

Si hubiera varios vehículos en el accidente, solo se aplicaría este criterio al que acabamos de aludir de aplicación de la Ley del país de matriculación del vehículo, si todos los vehículos implicados estuvieran matriculados en el mismo Estado. Obviamente este supuesto es menos frecuente.

15. Por su parte, el artículo 6 establece que en el caso de los vehículos no matriculados o de los matriculados en varios Estados, la ley interna del Estado donde estén habitualmente estacionados sustituirá a la del Estado de matrícula. La misma regla se aplicará cuando ni el propietario, ni el poseedor, ni el conductor del vehículo tuvieren, en el momento de ocurrir el accidente, su residencia habitual en el Estado donde estuviere matriculado el vehículo.

Frente a la regla general que aplica la ley del lugar de ocurrencia del accidente, se excepciona un número de supuestos en los que el lugar de la ocurrencia del hecho dañoso es meramente circunstancial. Son supuestos en los que la ley del lugar de ocurrencia difiere de la ley aplicable a la de matriculación del vehículo o incluso de la ley de la residencia de las víctimas, mientras que ambas coinciden con la ley aplicable a la del contrato de seguro del vehículo. Es decir, cuando en un

accidente interviene un único vehículo, a los ocupantes solo se les aplicará la ley del país del accidente si tienen allí su domicilio. La responsabilidad civil del conductor se establecerá conforme a la ley del país de la matriculación, excluyéndose la ley del país de ocurrencia, cuando todas las víctimas ocupantes tienen también su residencia habitual en el país de matriculación del vehículo. A las víctimas no ocupantes, el país de matriculación solo cuando residan en el mismo país de la matriculación del vehículo. Si ninguna víctima tuviera su residencia en el país del accidente, pero la tuvieran en diversos países, a cada una se aplicaría la suya correspondiente por separado.

16. En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Tarragona, en el auto de 9 de septiembre de 2020, al señalar que respecto a la ley aplicable al accidente de circulación ocurrido el 9 agosto 2014 es de aplicación la ley española, tal y como lo establece el artículo 3 del Convenio de La Haya, el cual fija como regla general la ley interna del Estado en donde el accidente hay ocurrido.

17. En cuanto a las normas aplicables sobre circulación y seguridad vial, es importante mencionar que el Convenio de La Haya prevé en su artículo 7, que "Cualquiera que sea la ley aplicable, para determinar la responsabilidad se deberán tener en cuenta las normas sobre circulación y seguridad que estuvieren en vigor en el lugar y momento del accidente". El Convenio dice "se deberán tener en cuenta" y no "se aplicarán", con lo que se plantea la duda del alcance de la primera expresión. Pensamos que lo más razonable es considerar que las normas sobre tráfico, circulación y seguridad vial aplicables serán en todo caso las del país de acaecimiento del siniestro[12] .

18. El artículo 8 del Convenio de La Haya hace mención a las cuestiones relativas a la responsabilidad civil que están dentro del Convenio, elaborando una lista amplia en la que se incluyen todos los elementos de la responsabilidad que deben ser tratados por la ley que se aplique, según los criterios indicados[13]. De esta lista, quedarían fuera las cuestiones relativas al seguro de responsabilidad civil[14], así como otras relativas al ámbito penal y administrativo.

12 Así lo interpreta Fernández Martín, M. J.: "Las oficinas nacionales de seguro (Bureaux). Los Convenios interbureaux", en reglero campos, L.F. (Director)/ Badillo Arias, J. A.: *Accidentes de Circulación: Responsabilidad Civil y Seguro*, Cizur Menor, Aranzadi, 3ª edición, Navarra, 2013, p. 1402.

13 Esta lista contiene los siguientes elementos: 1. las condiciones y el alcance de la responsabilidad; 2. las causas de exoneración, así como toda limitación y distribución de responsabilidad; 3. la existencia y la índole de los daños indemnizables; 4. las modalidades y la cuantía de la indemnización; 5. la transmisibilidad del derecho a indemnización; 6. las personas que tengan derecho a indemnización por daños y, que hayan sufrido personalmente; 7. la responsabilidad del comitente por causa de su encargado, y; 8. las prescripciones y caducidades por expiración de un plazo, con inclusión del comienzo, la interrupción y la suspensión de los plazos.

14 No obstante, respecto al seguro de responsabilidad civil, el artículo 9 del Convenio reconoce el derecho de los perjudicados de poder ejercitar la acción directa contra el asegurador, en determinados supuestos: i) si ese derecho le es reconocido por la ley aplicable conforme a lo dispuesto en los artículos 3, 4 ó 5; ii) Si la ley del Estado en que estuviere matriculado el vehículo, aplicable conforme a los artículos 4 ó 5, no reconociera este derecho, podría no obstante ser ejercitado siempre que estuviere admitido por

No se puede decir que la aplicación de las normas de este Convenio haya sido pacífica y no haya estado exenta de problemas de toda índole. El primero de ellos puede ser las dificultades técnicas de la prueba y conocimiento del derecho de los demás países signatarios del Convenio. Ha habido una inercia judicial a rechazar la aplicación de un derecho distinto al de su fuero, aplicando la Ley y sistema español con absoluto desprecio de la norma del Convenio.

En algunas ocasiones, se ha utilizado el Convenio de La Haya que, como venimos diciendo, solo se refiere a la determinación de la ley aplicable, para establecer la jurisdicción competente. Ejemplo de ello, es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 de junio de 2005[15], en el que se analiza un accidente acaecido en Marruecos, en el que fallece la ocupante de un vehículo con matrícula española. El actor, marido de la fallecida, ejercitó en España la acción directa contra la entidad aseguradora. La entidad aseguradora, que había sido condenada en primera instancia, argumenta en su recurso de apelación que para determinar la competencia judicial debe acudirse a al Convenio de La Haya. Para la Audiencia Provincial, el vehículo en el que ocurrió el accidente estaba matriculado en España, y la víctima, la esposa del actor, tenía en España su residencia a la vista de la documentación aportada, por lo que la jurisdicción española puede entrar a conocer de la reclamación planteada por el actor.

Por otro lado, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de diciembre de 2007[16], analiza un caso similar al anterior ya que el accidente se produce en Marruecos, las víctimas del accidente tenían residencia en España y los vehículos intervinientes estaban también matriculados, la Audiencia señala que la jurisdicción española es la competente para resolver el litigio habido entre las partes al estar matriculados en España los dos vehículos que intervinieron en el accidente de conformidad con lo dispuesto en el Convenio de La Haya.

19. Otro de los problemas que se plantean en la práctica, tal vez el principal, es la litispendencia. Pensemos que en este tipo de accidentes es frecuente que se sigan actuaciones penales, que pueden haber concluido o no cuando se interpone la demanda en otro país, en las que se puede haber entrado también en la determinación de las responsabilidades civiles, bien en estos procedimientos penales, bien demandando por la vía civil en el país de ocurrencia. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 23 marzo de 2010, en el cual defiende, con buen criterio, la aplicación del derecho extranjero, en este caso suizo, al asunto analizado. Se trataba de un accidente ocurrido en España, en el que el único vehículo implicado estaba matriculado en Suiza y el tomador del seguro

la ley interna del Estado en cuyo territorio hubiere ocurrido el accidente y iii) si ninguna de estas leyes reconociera este derecho, podría ejercitarse caso de estar admitido por la Ley del Contrato de Seguro.

15 SAP 16 junio 2005 (JUR 2005, 176231).

16 SAP 18 diciembre 2007 (JUR 2007, 147133).

era residente de este país. El alto tribunal, considera de aplicación el artículo 4 del Convenio de la Haya, que establece la aplicación del derecho suizo. Por otro lado el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, de 18 de julio de 2019, estimó un recurso de apelación interpuesto y declaró la competencia de este último para resolver de un litigio derivado de un accidente de tráfico ocurrido en Francia siendo los reclamantes extranjeros residentes en España con vehículo matriculado en este país, frente a la una compañía aseguradora española representante en España de la compañía aseguradora del vehículo francés responsable del daño reclamado.

20. En el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 9 de septiembre de 2020, que estamos analizando, el tribunal desestima el recurso presentado por la aseguradora quien argumenta que al caso en cuestión se debe aplicar la ley Francesa con base al Reglamento "Roma II", frente a esta cuestión el tribunal señala que partiendo de que el único elemento de conexión con la ley española es el lugar del accidente, pues tanto el turismo, como su aseguradora y los ocupantes son extranjeros, residentes en Francia, no debemos olvidar que en materia de accidentes de circulación, España y Francia son parte del Convenio de La Haya de 4 de Mayo de 1971, sobre la ley material aplicable a los accidentes de circulación. Por lo tanto, no es aplicable el Reglamento "Roma II" dado que su artículo 28 establece expresamente que la citada norma no afecta a los Convenio internacionales suscritos a la fecha de adopción del citado Reglamento, así el Convenio de La Haya, fija en su artículo 3 como regla general, que la ley aplicable será la ley interna del Estado en donde el accidente haya ocurrido, por lo que en el caso en cuestión es aplicable la ley española.

21. Los factores a los que afecta la ley aplicable en estos casos está establecida en el artículo 8 del Convenio de La Haya, basta tener en cuenta que la ley que se determine aplicable afecta a la responsabilidad en sí misma, distribución, exoneración de responsabilidad y sus causas, existencia e índole de los daños indemnizables y a las modalidades y cuantías de la indemnización y al derecho a su transmisión, personas con derecho a indemnización etc. Todos y cada uno de los elementos que cita el artículo 8 del Convenio de La Haya son atributos específicos de la responsabilidad civil, de forma que quedan excluidos cualesquiera factores o circunstancias que afectan al seguro de responsabilidad civil, así como cualquier aspecto de carácter administrativo o penal que han de seguir el camino marcado por el sistema del CC que consiste en la "lex loci", de la misma manera que las normas sobre circulación y seguridad a las que se refiere el artículo 7 del Convenio. A la única cuestión a la que el Convenio se refiere con respecto al seguro de responsabilidad civil es relativo al ejercicio de la acción directa contra el asegurador de responsabilidad civil. Que, naturalmente, es reconocida cuando la ley aplicable la impone.

22. Al margen de la norma interna, no podemos olvidar que una de las fuentes de creación normativa nos viene dada por el sistema de las Directivas Europeas, en materia del seguro de responsabilidad civil de vehículos a motor, en su tarea de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en la materia. A lo ya apuntado, una segunda excepción, además de las contenidas en el artículo 4 del Convenio de La Haya, la impone y deriva de la Directiva Europea cuando ordena a todos los Estados miembros a que adopten las medidas necesarias para que todas las pólizas de seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos, cubran todo el territorio de la Comunidad, mediante una prima única, y garanticen la cobertura a que obligue la legislación de cada uno de ellos (*lex loci*) o la cobertura exigida por la legislación del Estado miembro por el cual el vehículo tenga su estacionamiento habitual, cuando esta última sea superior.

En consecuencia, el artículo 4.3 LRCSCVM obliga, dentro del ámbito territorial de aplicación de la Directiva, irremediablemente a aplicar la legislación cuyos límites de cobertura resulten más favorables a la víctima del accidente. "Cuando el siniestro sea ocasionado en un Estado adherido al Acuerdo entre las oficinas nacionales de seguros de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo y de otros Estados asociados, distinto de España, por un vehículo que tenga su estacionamiento habitual en España, se aplicarán los límites de cobertura fijados por el Estado miembro en el que tenga lugar el siniestro. No obstante, si el siniestro se produce en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, se aplicarán los límites de cobertura previstos en el apartado 2, siempre que estos sean superiores a los establecidos en el Estado donde se haya producido el siniestro".

Dado que la norma europea obliga a todos los Estados miembros a funcionar con idénticos criterios, la consecuencia que deriva es la de que cualquier accidente causado en España por un vehículo habitualmente estacionado en un Estado miembro firmante de las normas comunitarias, debe tener garantizado automáticamente los límites de cobertura españoles incluso debería cubrir los límites con arreglo al país de estacionamiento habitual de ser estos más elevados que los españoles.

23. Los Tribunales españoles tienen competencia para conocer y aplicar tanto en el proceso verbal, como en el ejecutivo y en el penal una norma de derecho extranjero en aplicación del criterio del estacionamiento habitual del vehículo, siempre que esta sea más favorable que la española, pero a la hora de cuantificarlos daños deberán ajustarse al baremo español. A tal efecto no existen obstáculos para oficiar demandas de información sobre los límites de otras legislaciones o sobre cuáles son las garantías de una póliza, pero si existe un evidente rechazo cuando la aplicación de la ley más favorable exige apreciar grados, con causas

en la producción del resultado y evaluaciones de responsabilidad no basadas en una norma legal escrita y, aun así, las indemnizaciones finales están llamadas a ser reconducidas a las que resulten por aplicación del baremo.

IV. CONCLUSIONES.

24. El Convenio de La Haya constituye un instrumento específico en materia de determinación de la ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera y tiene su alcance general, prevaleciendo sobre el Reglamento "Roma II". Esto significa que los Estados de la UE que sean parte del Convenio no invocaran el Reglamento "Roma II" para la determinación de la ley aplicable en estos casos por tratarse de una obligación internacional asumida antes de la entrada en vigor del mencionado Reglamento.

La solución es clara e inequívoca: habrá que estar a la ley del lugar donde se ha producido el accidente así lo establece el artículo 3 del Convenio de la Haya (en el mismo sentido se pronuncia el artículo 4 del Reglamento de "Roma II"). En ocasiones, también pueden coincidir en exceptuar esa ley en beneficio de la ley del Estado de la residencia habitual común de la víctima y el conductor, si ambos residen en el Estado de matriculación o de estacionamiento habitual del vehículo.

25. El Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 9 de septiembre de 2020, desestima un recurso presentado por la aseguradora señalando que la resolución recurrida vulnera la cosa juzgada al contradecir la ley aplicable, que ya había sido fijado con firmeza en el previo incidente de defectos procesales. Señala que la argumentación planteada por la recurrente no es de aplicación al caso porque el Convenio de La Haya prevalece frente al Reglamento "Roma II", dado que su artículo 28 establece expresamente que la citada norma no afecta a los Convenios internacionales suscritos a la fecha de adopción del citado Reglamento; de forma que la ley aplicable al supuesto de hecho planteado sería la ley española, conforme a lo previsto en el artículo 3 del Convenio de La Haya.

BIBLIOGRAFÍA.

Arenas García, R.: "La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado", *AEDIPr.,* nº VI, 2006, pp. 403-425.

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "El Reglamento Roma II. Reglas generales sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 2009, nº 712, p. 838.

De Miguel Asensio, P.A.: "El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales", *Revista Española de Seguros*, nº 140, 2009.

Espiniella Menéndez, A.: "Cobertura de daños causados en accidentes de circulación por carretera de ámbito internacional", *AEDIPr.*, nº IV, 2004, pp. 1078-1083.

Fernández Martín, M. J.: "Las oficinas nacionales de seguro (Bureaux). Los Convenios interbureaux", en Reglero Campos, L.F. (Dir.): Badillo Arias, J. A.: *Accidentes de Circulación: Responsabilidad Civil y Seguro*, Cizur Menor, Aranzadi, 3ª edición, Navarra, 2013, p. 1402.

Fernández Rozas, J. C. y Fuentes Camacho, V.: "Normas de Derecho internacional privado", en Sánchez Calero, F.: (Dir.): *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2010, pp. 2721-2779

Garriga, G: "La práctica judicial española en la aplicación de los foros de competencia judicial internacional para el ejercicio de la acción directa en el ramo del seguro obligatorio de automóviles", en Parra, C. (Dir.): *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, Bosch Editor, Barcelona, 2012, p. 95.

Reglero Campos, L. F.: *Accidentes de Circulación: Responsabilidad Civil y Seguro*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2007, pp. 1119-1120.

ILLECITO, RISARCIMENTO E (NUOVE) FUNZIONI DELLA RESPONSABILITA' CIVILE*

TORT, COMPENSATION AND (NEW) FUNCTIONS OF CIVIL LIABILITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2478-2495

* Lo scritto è la rielaborazione di una lezione tenuta nel Corso di Diritto civile presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali "A. Galati", dell'Università di Catania.

Massimo
PARADISO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Nello scritto si sostiene che, a seguito delle innovazioni normative succedutesi in questi anni, è necessario spezzare l'endiadi responsabilità-risarcimento, prendendo atto che sono ormai diversificate le conseguenze che la legge collega alla responsabilità civile, e cioè a quella peculiare forma di tutela "obbligatoria" che – a differenza della tutela "reale" o in forma specifica – si sostanza nell'obbligo di effettuare una prestazione pecuniaria: questa invero non di rado assume oggi contenuti e funzioni che non possono ricondursi all'esigenza, propria del "risarcimento", di riparare il pregiudizio arrecato.

PALABRAS CLAVE: Tutela contro l'illecito; risarcimento; responsabilità.

ABSTRACT: *The paper highlights that, also as a consequence of the regulatory innovations that have occurred in recent years, it is necessary to break the hendiadys responsibility-compensation, noting that the consequences that the law assigns to civil liability, that - unlike the "real" protection in a specific form - is substantiated in the obligation to make a pecuniary service: in fact, this "pecuniary service" actually assumes in the various cases contents and functions that cannot be traced back to the need, proper to "risarcimento", to repair the caused injury.*

KEY WORDS: *Protection against unlawfulness; compensation; liability.*

SUMARIO.- I. PREMESSA: LA RESPONSABILITA' CIVILE TRA SANZIONE E RIMEDIO E LE DIVERSE CONCEZIONI SULLE RELATIVE FUNZIONI.- II. LA FUNZIONE DELLA RESPONSABILITA' CIVILE: LA CONCEZIONE "ETICA".- 1. La concezione "tecnica".- 2. La concezione "mista" e la concezione unitaria.- III. CONFIGURAZIONI DOTTRINALI E MUTAMENTI DEL QUADRO NORMATIVO.- IV. LE DIVERSE TIPOLOGIE DI TUTELA CONTRO L'ILLECITO.- 1. La tutela reale o in forma specifica e il suo carattere rigido o assoluto.- 2. La tutela obbligatoria o per equivalente e il suo carattere relativo e flessibile. V. LA ROTTURA DEL QUADRO NORMATIVO CONSOLIDATO: I DANNI PUNITIVI.- 1. Le astreintes.- VI. L'ESIGENZA DI RIMEDITAZIONE DELLE RAGIONI POSTE ALLA BASE DELLA RESPONSABILITA' CIVILE.- VII. LA TUTELA CONTRO L'ILLECITO, NATURALHESTELLUNG E RISARCIMENTO PER EQUIVALENTE. L'ESIGENZA CHE IL RISARCIMENTO SVOLGA (ANCHE) UN'UTILE "FUNZIONE SOCIALE".- VIII. LE "FUNZIONI SOCIALI" SOTTESE AI DIVERSI CRITERI DI IMPUTAZIONE. COLPA E DOLO.- 1. Responsabilità oggettiva.- 2. La funzione di riequilibrio equitativo perseguita in alcune fattispecie. In particolare, gli atti leciti dannosi.- 3. I danni non patrimoniali e la funzione di (mera) compensazione del pregiudizio che le suole essere assegnata.- 4. La funzione marcatamente sanzionatoria dei danni punitivi e delle astreintes.- IX. L'ESIGENZA DI RICONDURRE A SISTEMA L'ASSETTO COMPLESSIVO DELLA DISCIPLINA VIGENTE. LA ROTTURA DELL'ENDIADI RESPONSABILITA'- RISARCIMENTO E LE DIVERSE TIPOLOGIE DI (CONSEGUENZE DERIVANTI DALLA) RESPONSABILITA' CIVILE.

I. PREMESSA: LA RESPONSABILITA' CIVILE TRA SANZIONE E RIMEDIO E LE DIVERSE CONCEZIONI SULLE RELATIVE FUNZIONI.

Già nella formulazione testuale dell'art. 2043 c.c. emergono i due criteri fondamentali di imputazione della responsabilità civile: la colpa e il dolo, previsti in via alternativa ai fini della nascita dell'obbligo risarcitorio. Tale statuizione, peraltro, va ben oltre l'aspetto cd. soggettivo della responsabilità: essa si allarga fino a toccare l'intero sistema aquiliano, sì che può ben dirsi che la scelta dell'uno o dell'altro criterio vale a determinare (o a ridefinire) le stesse funzioni della responsabilità civile.

Due sono, fondamentalmente, le risposte che una tale questione riceve comunemente. Secondo una prima, più risalente impostazione, la responsabilità costituisce sanzione dell'illecito; secondo un'altra, più recente, essa costituisce rimedio contro il danno ingiusto. Risposte, che possono poi riannodarsi a diverse concezioni della funzione della medesima responsabilità.

II. LA FUNZIONE DELLA RESPONSABILITA' CIVILE: LA CONCEZIONE "ETICA".

Una prima concezione, che possiamo definire *etica*, individua nel (requisito del) la colpa gli estremi di una valutazione morale della condotta: la responsabilità

• Massimo Paradiso
Ordinario di Istituzioni di diritto privato, Università di Catania. E-mail: mparadiso@lex.unict.it

costituisce cioè sanzione per una volontaria e consapevole violazione di un dovere giuridico-morale. Prova ne sia il presupposto della capacità naturale d'intendere e di volere in capo all'agente, che lega insieme libertà (d'agire) e responsabilità (per l'azione). Si individua così nella disciplina, accanto all'essenziale funzione riparatoria, una finalità sanzionatoria e deterrente: sanziona le azioni passate e indirizza quelle future. Ed è appena il caso di richiamare qui i fondamenti filosofici della concezione, fatti comunemente risalire alla filosofia scolastica (almeno nella sua formulazione più completa), che ha inteso così respingere concezioni fondate su una rozza causalità di tipo meccanicistico: in definitiva, la colpa è requisito indefettibile della responsabilità perché la sua mancanza (e dunque l'"incapacità") revoca in dubbio la stessa riconducibilità dell'azione all'essere umano.

Ed è noto che è stata questa la concezione classica, dominante in tutto il corso del 19° secolo, almeno in campo aquiliano. Soprattutto a partire dalla fine del secolo, peraltro, vennero emergendo nuove esigenze, determinate dal drammatico incremento degli infortuni sul lavoro e dal moltiplicarsi dei sinistri stradali derivanti dalla nascente motorizzazione: ipotesi, nella quali era difficile, se non impossibile, individuare una colpa o addirittura l'"agente" cui imputare il sinistro. E si tratta di esigenze che porteranno poi all'introduzione di una disciplina specifica per le ipotesi che definiamo di responsabilità oggettiva già nel codice del '42.

1. La concezione "tecnica".

Si parla invece di concezione tecnica a proposito delle configurazioni che ritengono la responsabilità civile una mera tecnica di allocazione (o redistribuzione) dei danni. I danni, si dice, sono un fatto sociale, non etico: non prospettano un problema di tipo morale perché non si tratta di punire o di premiare; si prospetta piuttosto un problema di allocazione delle perdite che va risolto come un problema economico-sociale: è bene che il danno sia sopportato da chi meglio è in grado di sopportarne le conseguenze col minor impatto sociale. Da tale punto di vista, è l'imprenditore che meglio di altri è in grado di sostenere l'onere economico di tali perdite: anzitutto perché è in grado di prevedere, in linea di principio, l'entità dei danni che mediamente potranno derivare dalla sua attività (che sono una parte del cd. rischio d'impresa), e può perciò predisporre strumenti per farvi fronte (ad es., effettuando degli accantonamenti); in secondo luogo, perché è in grado di trasferire tali oneri economici sui prezzi dei prodotti, così ridistribuendoli su una larga platea di soggetti. Ogni singolo acquirente, così, sopporterà una frazione modesta di un "costo" che, se gravasse su uno solo, potrebbe rivelarsi insostenibile.

Tale tecnica di distribuzione del "costo degli incidenti", perciò, si avvicina al meccanismo assicurativo e in effetti il sistema spinge in tale direzione, tanto che non soltanto è ormai largamente diffuso il ricorso a tale strumento di copertura dei rischi (conviene assicurarsi piuttosto che accantonare risorse per far fronte

ai risarcimenti), ma è la stessa legge che in molti casi prevede come obbligatoria l'assicurazione della responsabilità civile.

Ed è appena il caso, anche qui, di richiamare l'articolata stagione di studi che ha accompagnato tale elaborazione e che va sotto il nome di analisi economica del diritto. Nel nostro sistema a tale concezione sembrano ispirarsi, o sono comunque coerenti, le ipotesi di responsabilità cd. oggettiva (artt. 2050 ss. c.c.).

Anche questa concezione tuttavia lascia dei problemi sul tappeto. Essa rimuove il pregiudizio economico dalla sfera della vittima, ma né lo elide nel presente, né lo previene per il futuro. Essa perciò rischia di avere effetti di deresponsabilizzazione, in particolare per gli operatori professionali che troveranno magari più conveniente assicurarsi, o includere i danni tra i costi di esercizio, piuttosto che adottare condotte e prassi rispettose delle sfere giuridiche altrui. E questo, per non dire della logica "pan-economicista" che sembrerebbe animarla: in particolare quando siano in gioco beni fondamentali delle persone, dalla salute ai diritti della personalità, le tutele non possono limitarsi a ripianare le perdite economiche, trascurando la valenza non patrimoniale degli interessi coinvolti.

2. La concezione "mista" e la concezione unitaria.

La cd. concezione mista della responsabilità, allora, cerca di tener presenti gli inconvenienti delle due teorie sopra brevemente richiamate. Così, si argomenta, in alcune fattispecie è previsto come requisito l'elemento soggettivo della colpa o del dolo: e questo assegna alla responsabilità una indubbia valenza sanzionatoria e deterrente. In altre fattispecie, invece, l'elemento centrale che decide della responsabilità è l'estremo oggettivo del rischio: chi opera deve sopportare i danni che costituiscono realizzazione del rischio creato. Non si tratta allora di considerare la mera possibilità che un'azione abbia un esito pregiudizievole (ciò che in nessun caso può essere escluso a priori). Si tratta invece di considerare il "rischio concreto" di una conseguenza pregiudizievole, e cioè la probabilità, statisticamente significativa in base all'esperienza, che dall'attività derivi un pregiudizio ad altri.

In qualche modo, questa impostazione si riallaccia al vecchio brocardo cuius commoda eius incommoda e alla disciplina del rischio d'impresa, per cui chi si serve della collaborazione di altri risponde delle conseguenze del loro operato (e basti qui il riferimento agli artt. 1228 e 2049 c.c.). Ma altresì, negli ultimi anni se n'è fatta applicazione riassumendone gli estremi nel principio "chi inquina paga", che ha inteso introdurre una forte dose di razionalizzazione nel sistema: se l'impresa non è in grado di far fronte ai pregiudizi creati – e perciò alla distruzione di risorse determinata dalla sua attività – essa si rivela un'attività anche economicamente passiva, e perciò comunque nociva per la collettività. Una tale impresa, cioè,

opera grazie a una scissione tra costi privati e costi sociali, tra economie interne e diseconomie esterne (per i "costi" scaricati sulla collettività).

La concezione unitaria, infine, rinviene nella responsabilità un unico fondamento: la tutela contro l'illecito, configurandosi così come una sanzione che da un lato ha lo scopo di reagire contro le violazioni della sfera giuridica altrui, e, dall'altro, ha il fine di prevenire future violazioni, operando cioè da deterrente. Fondamentale funzione della responsabilità civile, allora, è quella di sanzionare l'illecito tramite un obbligo risarcitorio a fronte della violazione degli interessi tutelati nella comune vita di relazione.

III. CONFIGURAZIONI DOTTRINALI E MUTAMENTI DEL QUADRO NORMATIVO.

Nei limiti di tempo assegnati a questa lezione, non è possibile analizzare a fondo le diverse ricostruzioni, più complesse e articolare di quanto non abbia potuto, e saputo, fare io. Quanto detto può essere sufficiente tuttavia a farci comprendere la complessità della questione e a stimolare qualche riflessione in materia, se non altro perché dette ricostruzioni sono risalenti nel tempo. Non è detto cioè che qualche ulteriore considerazione non sia per derivare dai grandi mutamenti che il capitolo della responsabilità ha conosciuto in questi ultimi anni. Si tratta di mutamenti che in primo luogo hanno inciso sul profilo del danno e del risarcimento, fino a capovolgere aspetti che potevano considerarsi caposaldi della disciplina: penso, per fare qualche esempio, alla rilevanza dell'illecito endofamiliare, alla responsabilità medica, all'ormai generalizzata risarcibilità del danno non patrimoniale, per non dire delle aperture al danno contrattuale non economico.

E, soprattutto, vanno considerate le ormai innumerevoli fattispecie di danno ammesse per via legislativa a una peculiare tutela "risarcitoria": una tutela, che impone l'erogazione di una prestazione pecuniaria, e sia questa un vero e proprio risarcimento, sia essa una pura e semplice sanzione. Al di là degli ambiti specifici di intervento, mi sembra che tali innovazioni testimonino di un mutamento nell'approccio alla tematica dell'illecito e del danno, prima ancora che al profilo della loro rilevanza risarcitoria: essi, pertanto, finiscono con l'incidere sulle funzioni che la responsabilità civile è chiamata ad assumere nel sistema odierno.

IV. LE DIVERSE TIPOLOGIE DI TUTELA CONTRO L'ILLECITO.

Per orientarsi nella questione, ritengo utile muovere dal complesso della disciplina diretta a reagire contro una violazione dei diritti altrui o altra anomalia che alteri l'ordine giuridico stabilito. In altre parole, è opportuno partire dalla costatazione che la responsabilità civile è solo un capitolo del sistema rimediale,

uno solo degli strumenti approntati dal sistema per reagire all'illecito, alla violazione dell'altrui sfera giuridica.

E la prima osservazione che può farsi al riguardo è che la violazione può venire sia da un'azione umana (imputabile o no), sia da un fatto o da uno stato di fatto (non conforme a quello giuridico) che comporti la menomazione di una sfera giuridica ovvero uno squilibrio tra diverse sfere, in esito alla quale una di esse risulti danneggiata (e l'altra eventualmente avvantaggiata, quando si tratti di vantaggio non adeguatamente giustificato alla luce del sistema). Ebbene, in tutti tali casi l'ordinamento dispone il ripristino, la reintegrazione della situazione giuridica violata tramite due tipologie strumenti, nettamente diverse: una tutela di tipo reale e una tutela di tipo obbligatorio.

1. La tutela reale o in forma specifica e il suo carattere rigido o assoluto.

La tutela che possiamo chiamare "reale" o "in forma specifica" si articola in varie sottospecie.

1) Tutela conservativa o manutentiva, e che può dar luogo a:

- tutela inibitoria (divieto d'uso del nome e dell'immagine altrui, nuova opera e danno temuto, sequestro degli stampati, tutele d'urgenza (ove le si ritenga 'autonome', queste ultime, rispetto a quelle stabilite in via sostanziale; artt. 7, 10, 1171, 1172 c.c., 'art. 156 della legge sul diritto d'autore 700 c.p.c.);

- tutela dichiarativa: rivendicazione, regolamento di confini, negatoria, azioni di stato (artt. 948, 949, 950, 236 ss.);

- forme di autotutela: possesso, legittima difesa, diritto di ritenzione (art. 1140, 2044, 1152, 2756).

2) Tutela restitutoria: "accessione", reintegrazione e manutenzione, indebito, consegna e rilascio forzati (artt. 936 ss., 1168, 1170, 2033, 2937, 2930 ss.).

3) Tutela ripristinatoria: riduzione in pristino, distruzione dell'opus, distruzione degli stampati, pubblicazione di rettifiche (artt. 872, 2933, 124, comma 2, e 131, comma 2, del codice della proprietà industriale).

Forme diverse e articolate di tutela, accomunate però dal fatto che tutte prescindono dall'elemento soggettivo: l'agente può essere in perfetta buona fede e può ritenere, senza colpa, di usare una cosa propria ovvero di aver ottenuto il consenso dell'avente diritto: in ogni caso, la tutela "in forma specifica" opera oggettivamente per conseguire il fine del ripristino della situazione giuridica violata. In breve, la tutela contro l'illecito in sé considerato – e cioè a prescindere dal fatto

se esso arrechi o no un danno è rigida o assoluta, e cioè senza "condizioni". Essa è sì diversificata – dall'inibitoria alla rimozione o distruzione di quanto fatto in violazione dell'altrui sfera giuridica – ma al contempo oggettiva, non tenendo in nessuna considerazioni le ragioni o condizioni soggettive dell'agente: persino la legittima difesa è legittima pur contro una persona totalmente incapace d'intendere e di volere.

2. La tutela obbligatoria o per equivalente e il suo carattere relativo e flessibile.

Accanto alla tutela reale v'è poi quella "obbligatoria" o per equivalente, che si sostanzia nell'imposizione di una prestazione a carico dell'autore dell'illecito: il risarcimento. Essa si aggiunge alla tutela in forma specifica quando questa non sia possibile o utile ovvero non basti a rimediare alla violazione occorsa: ad es., perché si è determinata una perdita economica, ovvero è residuato uno squilibrio patrimoniale tra le sfere giuridiche venute a contatto, ovvero, ancora, quando si ritenga che la tutela in senso stretto risarcitoria (quella che postula, per intenderci, equivalenza 'quantitativa' tra danno e risarcimento) non sia sufficiente o comunque adeguata al caso di specie.

Ed è noto che, a differenza della tutela reale, la tutela contro l'illecito dannoso è relativa e flessibile, nell'an e nel quantum. Vuoi ai fini della nascita dell'obbligo, vuoi ai fini (della misura) del risarcimento, essa tiene conto di una serie di fattori:

1) Ragioni dell'atto: ad es., quando si tratti di esercizio di un diritto, adempimento di un dovere, legittima difesa, viene escluso ogni risarcimento; quando invece si tratti di azione compiuta in stato di necessità, l'agente può esser è tenuto a una mera indennità. E ad analoga conseguenza si va incontro nei cdd. atti leciti dannosi, in considerazione delle ragioni che hanno mosso l'agente quando ha interferito nella sfera altrui.

2) Soggetto agente: se incapace, il risarcimento, nei congrui casi, graverà su chi è tenuto alla sua sorveglianza; ma altresì, in caso di ingresso (dannoso) nel fondo altrui, le conseguenze si diversificano in relazione alla qualifica del soggetto: un estraneo, un vicino, chi voglia recuperare la cosa o l'animale proprio.

3) Atteggiamento psicologico dell'agente: colpa, che costituisce il requisito generale della responsabilità risarcitoria. Di norma è sufficiente che essa sia "lieve"; in alcuni casi invece è richiesto che sia grave; ma il grado di colpa, altresì, se ordinariamente non incide (almeno teoricamente) sull'entità del risarcimento, in taluni casi assurge a elemento di valutazione per la suddivisione interna del risarcimento tra corresponsabili solidali (e, secondo alcuni, sull'entità del risarcimento nei danni non patrimoniali).

4) Dolo dell'agente: se, nel disegno codicistico, l'intento di recar danno non avrebbe dovuto comportare differenze rispetto alle ipotesi colpose, nelle analisi dottrinali e nella prassi giurisprudenziale il dolo è andato assumendo valenza determinante per l'affermazione della responsabilità: storno di dipendenti, acquirente in mala fede che sia primo trascrivente, false informazioni.

5) Eccessiva onerosità, individuale o sociale del risarcimento in forma specifica (artt. 2058 e 2933).

6) "Attività esercitata": artt. 2050, 2054, navigazione aerea, sfruttamento dell'energia nucleare, produzione di "beni di consumo": ipotesi, com'è noto, che non richiedono colpa in capo al soggetto.

7) "Sfera" di controllo: artt. 2048, 2049, 2051, 2052, 2053, responsabilità degli enti per l'operato dei loro 'dirigenti'.

8) Tipologia di danno: a sentire la giurisprudenza sarebbe ancora vigente la regola sancita nell'art. 2059 sulla limitata (o "eccezionale") risarcibilità dei danni non patrimoniali, che si configurano così come "estranei" alla classica logica risarcitoria. Ma si dovrà tener conto allora che detta "eccezionalità" è sancita in una ormai innumerevole serie casi. A volerli rapidamente elencare: illegittima detenzione, ragionevole durata del processo, trattamento dei dati personali, discriminazioni contrattuali per motivi razziali, etnici, religiosi, di salute o condizione psico-fisica, "pari opportunità" tra uomo e donna, parità di trattamento nel lavoro, diritto d'autore, proprietà industriale, vittime del terrorismo, invalidità per ragioni di servizio, espressioni offensive impiegate in scritti difensivi, danno da vacanza rovinata, illegittima occupazione di un bene immobile da parte della p.a. ([1]).

V. LA ROTTURA DEL QUADRO NORMATIVO CONSOLIDATO: I DANNI PUNITIVI.

In tutte tali ipotesi, comunque, si rimane pur sempre nell'ambito della classica tutela risarcitoria, volta a ripianare la perdita subita; ottica, nella quale non solo la riparazione non può andare oltre l'ammontare del pregiudizio, ma, non di rado, se ne mantiene al di sotto, imponendosi il pagamento di una mera indennità. Per contro, negli ultimi anni si sono aggiunte, per via interpretativa o legislativa, una serie di ipotesi in cui viene meno la tradizionale commisurazione del "risarcimento"

1 V., rispettivamente, artt. 1 legge n. 117/1998, 2 l. n. 89/2001, 82 Reg. Ue n. 2016/679, 44 d.lgs. n. 286/1998, 44 d.lgs. n. 215/2003, 4 d.lgs. n. 216/2003, 3 legge n. 67/2006, 37, 38, 55-quinquies d.lgs. n. 198/2006, 158 legge dir. aut., 125 cod. propr. industriale, 1 d.p.r. n. 181/2009, 1082 d.p.r. n. 90/2010, 89 c.p.c., 598 c.p., 47 d.lgs. n. 79/2011, 42-bis d.p.r. n. 327/2001. E altre ipotesi in cui sembra ammesso il risarcimento dei danni non patrimoniali riguardano l'annullamento del matrimonio (art. 129-bis c.c.), il licenziamento ingiurioso (art. 18 legge n. 300/1970), la violazione dei doveri genitoriali in caso di separazione personale dei coniugi (art. 709-ter, comma 2, n. 3 e 4, c.p.c.).

al danno arrecato e, comunque, il divieto di risarcimenti ultracompensativi: sono cioè casi in cui è "istituzionalizzato" il distacco tra pregiudizio subito e pretesa che si può far valere verso il responsabile. Ed è quel che si riscontra nei danni puntivi, ma altresì nelle astreintes.

Quanto ai primi, è noto che da tempo una parte della dottrina parla di danni che abbiano funzione essenzialmente punitiva, da tempo ammessi in altri sistemi giuridici, a partire dai punitive damages del common law, e oggi accolti con cautela dalla nostra giurisprudenza. Per la verità, anche chi vi parla ha sempre guardato con diffidenza a questa 'nuova' categoria, movendo dalla convinzione che il risarcimento debba mantenere la funzione primaria di riparare il danno piuttosto che di punire l'agente. Di là da tali perplessità sistematiche, peraltro, sta ormai il fatto che non sono più "eccezionali" le previsioni normative che sanciscono ammontare dei risarcimenti in misura eccedente il (presumibile) pregiudizio arrecato.

Basti ricordare le disposizioni che, a carico della parte che non rispetta i termini di pagamento nelle transazioni commerciali e nei contratti di subfornitura, comminano interessi in misura fortemente sbilanciata rispetto ai tassi di mercato nonché penali severe e comunque preventivamente forfetizzate (artt. 2, lett. e), d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231; 3, comma 3, legge 18 giugno 1998, n. 192). Ma altresì, la legge sul diritto d'autore e il codice della proprietà industriale prevedono, in caso di violazione della privativa, che il "risarcimento" possa essere commisurato agli utili conseguiti dal responsabile o al prezzo che si sarebbe dovuto pagare per acquistare il diritto di sfruttamento delle opere dell'ingegno ([2]) (artt. 128, comma 2, legge 22 aprile 1941, n. 633; 125, commi 1 e 3, legge 10 febbraio 2005, n. 30). E analoghe sono le previsioni che, in tema di diffamazione a mezzo stampa e di pubblicazione di documenti illegittimamente formati, prevedono il pagamento di una «somma a titolo di riparazione pecuniaria» ulteriore rispetto al risarcimento vero e proprio (artt. 12, legge 8 febbraio 1948, n. 47; 4, d.l. 22 settembre 2006, n. 259). E v'è poi la disposizione forse più nota: quella che sanziona la condotta di chi agisce o resiste in giudizio con mala fede o colpa grave, così cagionando un danno alla controparte ma altresì un pregiudizio all'esercizio della funzione giudiziaria (artt. 96, c.p.c.; 26, comma 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104). E ancora – se pur eccentriche rispetto alle precedenti per il soggetto che andrà a incamerare la sanzione pecuniaria – possono annoverarsi le previsioni previste dall'art. 15 della legge Antitrust e dall'art. 187 undecies, comma 2, del TUF.

2 A tale riconduzione tra i danni punitivi si è obiettato che nel nostro sistema la figura può essere più efficacemente ricondotta nell'alveo dell'ingiustificato arricchimento. Ma dovrebbe essere sufficiente rilevare che, posto pure che l'autore della violazione sia senza colpa, le norme in questione imporrebbero di pagare la minor somma tra impoverimento e arricchimento: e cioè proprio la conseguenza che la disposizione intende evitare.

Ipotesi, alle quali possiamo in via provvisoria accreditare quella funzione schiettamente sanzionatoria che si suole riconoscere a taluni casi, etichettati come danni punitivi, e sempre che li si ritenga ammissibili al di là delle ipotesi testualmente previste. Non è questa la sede per analizzare più a fondo la questione della ammissibilità generale di tale figura; qui può bastare il rilievo che taluni casi di danni punitivi sono orami entrati in Italia – sia pure con "valigia diplomatica": per il tramite della loro previsione in altri ordinamenti – e quivi, dice la Cassazione, potranno operare previo controllo di conformità con i principi dell'ordine pubblico internazionale.

1. Le astreintes.

V'è, infine, l'ormai nutrito gruppo di figure che va sotto il nome di astreintes: fattispecie, nelle quali si rinviene comunemente una funzione (schiettamente) punitiva, caratterizzate come sono dal fatto che non v'è (né può esservi) corrispondenza tra ammontare del "risarcimento" ed entità del pregiudizio, che è solo futuro e ipotetico.

Sono ormai numerose le misure introdotte per via legislativa negli ultimi anni : richiamo, in particolare, le figure disciplinate negli articoli: 614 bis e 709 ter, 2° comma, n. 4, c.p.c.; 114, 3° comma, c.p.a.; 18, ult. comma, st. lav.; 124, 2° comma, e 131, 2° comma, cod. propr. ind.; 156 legge dir. aut.; 140, 7° comma, cod. cons.; 11, 3° comma, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (in tema di mediazione). Figure certo nuove nel nostro sistema, ma non del tutto "aliene", se è vero che per taluni versi possono accostarsi alla clausola penale.

In breve, se certo è legittimo dubitare della coerenza col sistema di una "figura generale" costituita dai "danni puntivi" che sia argomentata per via interpretativa, certo non è possibile trascurare la serie ormai massiccia di disposizioni legislative che attribuiscono al giudice, che abbia assunto un certo provvedimento a carico dell'autore di una violazione, il compito di fissare «somme dovute per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento» medesimo. Previsioni che, integrando la riserva di legge richiesta dall'art. 23 Cost. per l'imposizione di prestazioni personali o patrimoniali, superano le perplessità da tempo manifestate in dottrina.

VI. L'ESIGENZA DI RIMEDITAZIONE DELLE RAGIONI POSTE ALLA BASE DELLA RESPONSABILITA' CIVILE.

L'ingresso nel sistema di tante e così disparate disposizioni non può che richiedere una rinnovata riflessione sul ruolo della responsabilità civile, che non può più essere limitato alla funzione in senso stretto risarcitoria. In altre parole,

se pure il risarcimento può e deve mantenere la funzione di riparare il pregiudizio effettivamente arrecato alla vittima, non è detto che la responsabilità civile non possa assumerne altre, nel quadro di un rinnovamento degli strumenti di tutela contro l'illecito. E, a tale scopo, è forse opportuno partire proprio da una riflessione sulle ragioni di tale tipo di tutela.

Già con riferimento alla tutela in senso stretto risarcitoria, infatti, mi sembra emerga sempre più chiaramente come il solo fine di ripristinare la situazione giuridica violata non sia sufficiente a darne adeguata giustificazione. S'è veduto infatti che, quando si tratti di rimettere le cose in pristino, la tutela opera incondizionatamente, come s'è veduto nella rapida carrellata fatta in apertura di discorso. Non importa se l'agente sia in colpa oppure no, se sia maggiore o minore d'età, capace d'intendere e di volere oppure totalmente incapace; e neppure importa che l'agente abbia operato in stato di necessità, per legittima difesa o magari per ordine dell'autorità: là dove residui una qualche situazione irregolare alla stregua dell'ordinamento – sono ad es. venute meno o 'scadute' le ragioni che avevano portato a un legittimo sequestro o alla confisca dei beni – l'interessato potrà ottenere un provvedimento che lo reintegri nei suoi diritti o nel suo possesso. Qui dunque, quali che possano essere gli interessi collettivi o pubblici coinvolti, la tutela è e rimane incondizionata, quale che ne sia il costo ([3]).

Quando invece si invochi una tutela che passi attraverso uno spostamento patrimoniale, l'ordinamento richiede che il trasferimento di risorse economiche da un soggetto a un altro svolga un'utile funzione non solo individuale ma anche sociale. In altre parole, se il ripristino della situazione violata fosse l'unico obiettivo o interesse perseguito dall'ordinamento, non si vede perché il risarcimento dovrebbe richiedere l'estremo della colpa o del dolo in capo all'agente. Viceversa, tale estremo è, in linea di principio, imprescindibile, tanto è vero che la tutela s'arresta pur di fronte a casi di "indebito impoverimento" quando, in mancanza di detti estremi, non sia attivabile la tutela "reale". Così, chi in buona fede ha ricevuto indebitamente una cosa è tenuto solo nei limiti del suo (persistente) arricchimento e, comunque, non risponde del perimento pur se la cosa non sarebbe perita presso il legittimo proprietario (art. 2037, 3° comma, 2041, 2° comma; e cfr. invece l'art. 1221, 1° e 2° comma, c.c.).

3 In tale logica si comprendono anche gli artt. 2058 e 2933 c.c. , che a prima vista sembrerebbero contraddire l'assunto: l'art. 2058, là dove esclude il risarcimento in forma specifica quando «la reintegrazione risulta eccessivamente onerosa per il debitore», e l'art. 1933, 2° comma, che vieta la demolizione di quanto fatto abusivamente se la distruzione è di pregiudizio all'economia nazionale (e analoga è ad es. la disposizione dell'art. 124, 2° comma, e 131, 2° comma, del codice della proprietà industriale. In realtà, se la tutela contro l'illecito – reale od obbligatoria che sia – ha da svolgere una funzione utile anche dal punto di vista sociale, si comprende come vengano negate quelle forma di tutela che, lungi dall'avere una positiva ricaduta sulla collettività, ne minaccino o ledano gli interessi. E a chi poi ritenesse inadeguata tale argomentazione – visto che in tal caso sembra messo in discussione il principio della assoluta priorità che qui si è assegnata alla reintegrazione in forma specifica – altro non saprei replicare se non che, per fortuna, il legislatore è più attento alle ricadute concrete della disciplina che non alle esigenze di coerenza nelle ricostruzioni teoretiche della dottrina (...).

VII. LA TUTELA CONTRO L'ILLECITO, NATURALHESTELLUNG E RISARCIMENTO PER EQUIVALENTE. L'ESIGENZA CHE IL RISARCIMENTO SVOLGA (ANCHE) UN'UTILE "FUNZIONE SOCIALE".

Il punto meriterebbe ben altro approfondimento. In questa sede dovrà bastare un richiamo a quella sorta di pre-giudizio che più o meno consapevolmente sottende un po' tutta la disciplina giuridica in tema di reazione all'illecito. Tale disciplina, di per sé, si progetta come sistema di reazione a un disordine, a una violazione che alteri l'ordine costituito, che, se potesse – nella sua purezza o integrità (o nella punta di 'giacobinismo' che certo non le manca) –, ambirebbe a cancellare dal mondo dei fatti l'avvenuta violazione. E se certo factum infectum fieri nequit, si cerca però di cancellarne le tracce. In ambito politico, si riscrivono i libri di storia, si abbattono i monumenti, si cancellano dalle fotografie i personaggi divenuti scomodi o dichiarati nemici del regime. In ambito giuridico (almeno quello privatistico) si opera ad es. con la fictio della retroattività, col risarcimento per il mancato godimento passato, con la risarcibilità del lucro cessante (che è solo futuro e ipotetico), e così via.

In campo aquiliano, là dove la reintegrazione sia effettivamente possibile, e cioè fisicamente o materialmente fattibile, il sistema cerca di elidere ogni ostacolo nella sua ansia di rimettere le cose in pristino, e cioè di rimettere le cose al posto in cui avrebbero dovuto rimanere senza la violazione. E se la Differenztheorie ne è l'esempio più immediato, basti ricordare che dal combinato disposto dei §§ 249 e 253 del BGB emergeva nettamente come non vi fossero limiti alla risarcibilità del danno «der nichtsvermögenshaden ist» purché fosse possibile (materialmente o giuridicamente) una Naturalhestellung: purché cioè il danno non patrimoniale fosse suscettibile di essere "riparato" in natura. Ove invece un tale risultato non fosse conseguibile, emergevano nel codice tedesco, come poi emergeranno nel nostro, una serie di filtri o di limiti alla tutela per equivalente. E se il più noto di essi è appunto il limite/divieto di risarcire i danni non patrimoniali (art. 2059; ma v. anche gli artt. 1223, 1225, 1227 c.c.), non è detto che la reintegrazione in una forma "soltanto equivalente" all'alterazione prodotta discenda de plano dall'esigenza di tutelare la vittima dell'illecito. Essa invero non è del tutto 'indolore', implica un salto mentale ed implica dei costi economici.

Implica un salto mentale sia perché si tratta di un ripiego cui occorre rassegnarsi per l'impossibilità di rimediare alla violazione in modo "reale" (e perciò effettivamente adeguato), sia per i problemi sollevati dalla equivalenza tra torto e rimedio, tra lesione e riparazione: basti pensare al tormentone della "incommensurabilità" tra dolore e denaro ed ai problemi che prospetta la valutazione e liquidazione degli stessi danni economici.

Per altro verso sono noti gli studi, soprattutto in ambito di common law, i quali evidenziano come, da un punto di vista sociale, la soluzione economicamente più razionale, o almeno la più conveniente, sarebbe quella di lasciare il danno là dove si è verificato.

In altre parole, non basta che un soggetto abbia subito una perdita ad opera di altri: il risarcimento infatti *non elimina* la perdita economica come fatto storico (e dunque non pone rimedio sostanziale alla distruzione di ricchezza determinata dall'illecito), ma si limita a *spostarne l'incidenza* dal soggetto che l'ha subita a chi l'ha provocata. Ma soprattutto, la riparazione pecuniaria comporta dei costi (contestazioni, accertamenti, perizie tecniche, azioni giudiziarie o accordi transattivi, atti di esecuzione, e via elencando), e perciò un'ulteriore perdita di risorse per la collettività considerata nel suo complesso. Dal punto di vista dell'economia generale, perciò, forse sarebbe conveniente lasciare il danno là dove si è verificato! È necessario allora che il risarcimento svolga una utile funzione anche dal punto di vista collettivo, è necessaria cioè una giustificazione ulteriore: una qualche ragione che vada oltre la considerazione della vittima, superi le controindicazioni sociali e faccia da contraltare alla perdita economica aggiuntiva che essa comporta.

VIII. LE "FUNZIONI SOCIALI" SOTTESE AI DIVERSI CRITERI DI IMPUTAZIONE. COLPA E DOLO.

Ebbene, se analizziamo le disposizioni del nostro sistema sotto tale angolo visuale, troveremo conferma di questo assunto. Il risarcimento ha certo come funzione propria, e funzione primaria, quella di riparare il pregiudizio determinatosi in capo alla vittima tramite l'erogazione di un equivalente pecuniario alla perdita subita: ad essa però si affiancano poi finalità diverse che, non escludendo la funzione primaria, perseguono più o meno direttamente altri, peculiari obiettivi che assicurano, nei diversi casi, il perseguimento di un'utile "funzione sociale".

La prima giustificazione, o utile funzione da un punto di vista sociale, è quella sancita nell'art. 2043 c.c., là dove si stabilisce che solo in presenza di un adeguato atteggiamento psicologico l'illecito comporterà risarcimento: e la ragione, com'è ovvio, è che in tal modo l'obbligo risarcitorio può assumere quelle valenze sanzionatoria e deterrente da sempre ritenute di essenziale rilevanza per un ordinato svolgimento della vita sociale. Ed è appena il caso di rilevare che questa è (ancora?) la regola generale, applicandosi a tutte le fattispecie non predefinite nei loro estremi se non con 'rinvio' al carattere «ingiusto» del pregiudizio. Dunque, la responsabilità soggettiva o per colpa – che risponde alla cd. concezione etica – e svolge una funzione risarcitoria in senso stretto del patrimonio della vittima; ad essa si aggiungono una valenza sanzionatoria, perché "retribuisce" chi colpevolmente (o dolosamente) ha violato l'altrui sfera giuridica (e cagionato un danno), e altresì una

deterrente, perché (con la minaccia dell'obbligo risarcitorio) dissuade dal tenere una tale condotta.

1. Responsabilità oggettiva.

Ove detta funzione non possa operare, mancando tali estremi, il risarcimento sarà negato nonostante la violazione dell'altrui sfera giuridica, salvo che si rientri nei casi di responsabilità cd. oggettiva: casi specificamente e nominativamente previsti, nei quali, accanto alla funzione riparatoria, la previsione assume una finalità in senso lato "assicurativa" o di garanzia dell'altrui sfera giuridica. Chi si trovi nelle condizioni indicate dagli artt. 2050 ss. c.c., ovvero svolga le attività che rientrano nel novero di quelle "pericolose", a noma delle note leggi speciali, è tenuto a tenere indenni i consociati dei danni che ad essi possano derivare dallo svolgimento di dette attività. In definitiva, e per riprendere la terminologia di una nota dottrina, chi ricava vantaggi dallo svolgimento di una attività, deve garantire gli altri per i danni che dovessero derivare dal rischio tipico creato dall'attività medesima. Certo, si tratta di fattispecie nominate, ma non si tratta più di mere "eccezioni": la verità è che ormai esse occupano quasi l'intero ventaglio delle ipotesi in cui si danno liti e risarcimenti, dai sinistri stradali alle attività pericolose. E conferma di tale assunto può trarsi dal fatto che risarcimento non sarà dovuto ove ricorra qualche scriminante: ad es., chi abbia avuto in custodia materie esplodenti per ordine dell'autorità non risponderà, in caso di sinistro, ai sensi dell'art. 2051 c.c..

2. La funzione di riequilibrio equitativo perseguita in alcune fattispecie. In particolare, gli atti leciti dannosi.

In altri casi ancora, il risarcimento svolgerà una funzione diversa, che possiamo definire come di riequilibrio equitativo: sono casi in cui mancano, rectius: non rilevano né le connotazioni psicologiche dell'agente, né gli estremi che caratterizzano le specifiche attività di cui s'è appena detto, e tuttavia il sistema assegna alla previsione di un tale obbligo un'utile funzione sociale. Sono i casi di danno arrecato dall'incapace e di pregiudizio causato in stato di necessità (artt. 2045, 2047, 2° c., c.c.): qui, per definizione, mancano gli estremi della "volontaria e consapevole violazione" – vuoi perché manca la capacità d'intendere, vuoi perché manca la (piena) libertà del volere –, ma siamo altresì al di fuori delle fattispecie che giustificano la funzione 'assicurativa'. Sembra appropriato allora parlare di una diversa funzione di "riequilibrio equitativo".

Ma in tale ambito sono soprattutto da annoverare le fattispecie che vanno sotto il nome di "atti leciti dannosi" e sono previste negli artt. 843, 2° comma, 844, 924, 925, 1328 c.c. In tutti tali casi, se mancano gli estremi dello svolgimento di una "attività pericolosa", sarebbero tuttavia presenti i requisiti soggettivi per l'irrogazione di una ordinaria responsabilità aquiliana. La legge tuttavia ha valutato

come eccessiva tale conseguenza in considerazione del fatto che chi pregiudica l'altrui sfera giuridica si trova in una situazione che rende meno riprovevole la sua condotta. Sono sembrate cioè degne di considerazione le ragioni che inducono a interferire con la sfera altrui, sia essa la proprietà sia essa l'autonomia negoziale. Al contempo, è sembrato iniquo lasciar privo d'ogni tutela la controparte; e dunque, la previsione di una indennità, in luogo dell'ordinario integrale risarcimento, compone equitativamente il conflitto tra le parti interessate.

3. I danni non patrimoniali e la funzione di (mera) compensazione del pregiudizio che le suole essere assegnata.

V'è poi l'ormai nutritissimo capitolo dei danni non patrimoniali, che la giurisprudenza si ostina a tener fuori dall'alveo dell'art. 2043 c.c., e perciò fuori dal quadro 'generale' della responsabilità civile. Corretto oppur no che sia tale inquadramento, certo si è che diversi, comunque, sono i criteri di valutazione e liquidazione del danno: tra criterio equitativo, tabelle giudiziarie e forfetizzazione legislativa, liquidazione delle micropermanenti e pagamento di una rendita a norma dell'art. 2057 c.c., sicuro appare il distacco dai modi di valutazione e liquidazione del danno patrimoniale. Si potrà allora, se si vuole, accreditare a tali ipotesi quella funzione di (mera) compensazione del pregiudizio che non da oggi molta parte della dottrina loro attribuisce.

4. La funzione marcatamente sanzionatoria dei danni punitivi e delle astreintes.

Quanto alla funzione schiettamente sanzionatoria dei danni punitivi non credo sia necessario spendere molte parole: l'istituzionale mancanza di corrispondenza col pregiudizio – che potrebbe anzi esulare del tutto – non possono che asseverare come principale, se non unica, la funzione schiettamente punitiva (oltre che di indiretta deterrenza).

Tanto più poi, si può rinvenire nelle astreintes sia una specifica funzione punitiva, sia una peculiare funzione di deterrenza preventiva, le cui peculiarità sono tali da escludere ogni assimilazione alle classiche funzioni del risarcimento. La robusta funzione deterrente è assicurata dal fatto che una certa condotta è già qualificata come illecita in un preventivo, pubblico accertamento; la funzione marcatamente punitiva è insita nella mancanza di 'corrispondenza' col danno (oltretutto ipotetico) che verrà arrecato, ma altresì nel fatto che la "riparazione" ben può andare a soggetto diverso da quello che ha subito il pregiudizio.

IX. L'ESIGENZA DI RICONDURRE A SISTEMA L'ASSETTO COMPLESSIVO DELLA DISCIPLINA VIGENTE. LA ROTTURA DELL'ENDIADI RESPONSABILITA'- RISARCIMENTO E LE DIVERSE TIPOLOGIE DI (CONSEGUENZE DERIVANTI DALLA) RESPONSABILITA' CIVILE.

Si pone allora il problema di ricondurre a sistema questa complessa disciplina, fatta di fattispecie disparate in cui le previste prestazioni pecuniarie evidenziano un collegamento non univoco con il danno, e perciò con la classica funzione riparatoria della responsabilità aquiliana.

E al riguardo, non credo sia il caso di compiere sforzi interpretativi per far rientrare tali figure nell'alveo classico del risarcimento, sia pure rinnovato in taluni suoi aspetti. Invero, per un verso ci sono casi in cui le «somme» fissate dal giudice vanno versate alla cassa delle ammende o comunque all'erario; e se in altri casi beneficiario è il privato danneggiato dall'illecito – rectius: il privato i cui diritti sono stati violati – la fissazione preventiva del loro ammontare esclude possano svolgere funzione riparatoria, essendo commisurate a perdite ipotetiche o virtuali. E, naturalmente, discorso non dissimile può farsi per le ipotesi di sovra-compensazione cui danno luogo i danni punitivi. Nitide sono perciò le distanze rispetto al risarcimento in senso classico, di cui non possono costituire una semplice nuova 'modalità'.

D'altra parte, è fin superfluo rilevare che nel sistema sono ormai presenti diversi tipi di "responsabilità": penale, amministrativa, contabile; ma si parla anche di responsabilità "specifiche" per particolari categorie di soggetti: responsabilità sociale d'impresa, degli amministratori di società, dei genitori, degli enti, e via elencando, per non dire poi delle "sottosezioni" all'interno di ciascun tipo di responsabilità: contrattuale e precontrattuale, aquiliana, medica, endofamiliare, dirigenziale, civile dei magistrati. E questo, per non dire poi della responsabilità per danno ambientale, che, a sentire l'ultima giurisprudenza, sembra legittimare alla richiesta di risarcimento anche le associazioni ambientaliste e singoli soggetti privati.

È il caso di prendere atto, allora, che la disciplina positiva ormai ricollega all'illecito diversi tipi di conseguenze e prevede poi diverse tipologie di "tutela obbligatoria" delle ragioni e dei diritti dei privati. È cioè necessario rivedere l'approccio che identifica responsabilità con risarcimento, e quest'ultimo poi con la tutela del patrimonio, e perciò dei soli danni patrimoniali.

In breve, almeno nel diritto privato, credo sia il caso di spezzare l'endiadi responsabilità-risarcimento. Il risarcimento, inteso come prestazione atta a ri-sarcire – e cioè, letteralmente, a ri-cucire lo strappo prodotto nella sfera altrui – è soltanto una delle conseguenze (e certamente la conseguenza di carattere

generale) cui può dar luogo la responsabilità civile, e in particolare quella aquiliana che si sostanzia nell'obbligo di effettuare una prestazione atta a reintegrare, per equivalente, il "valore" di cui la vittima dell'illecito è stata deprivata.

In casi specificamente determinati, poi – sempre a completamento della tutela reale, che prevede l'assoggettamento del responsabile a specifici tipi di conseguenze: fare, non fare, "subire" – è sancita una tutela obbligatoria che ben può prevedere l'imposizione di prestazioni pecuniarie caratterizzate da contenuti diversi, e su diversi elementi parametrate, in modo che la responsabilità possa assolvere le nuove funzioni reclamate dall'evoluzione sociale, conforme all'ormai imponente disciplina positiva che le prevede. Ovvio il riferimento a danni punitivi e astreintes, di cui s'è detto, vorrei qui aggiungere alcune ipotesi "anomale" di risarcimento, parametrato sui profitti conseguiti dal responsabile (ad es., in tema di diritti d'autore) o magari limitato al profitto pervenuto ai suoi eredi (così è stabilito in talune ipotesi di danno ambientale: art. 311, comma 3, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152). Previsione, quest'ultima, che esentando gli eredi da responsabilità ove detto profitto manchi, consente poi di dubitare che si tratti di un loro subingresso nell'obbligo risarcitorio dell'ereditando, piuttosto che di un singolare dovere di restituzione di un indebito arricchimento.

Questo gruppo di ipotesi, allora, prevede strumenti di reazione all'illecito che si configurano come specifici – limitati come sono alle ipotesi testualmente previste – e che si distaccano per più versi dalla tutela risarcitoria: vuoi per la mancata parametrazione delle «somme» dovute al pregiudizio subito – che potrebbe anzi mancare –, vuoi perché beneficiario del pagamento potrà essere sia un privato – e talora pur se il pregiudizio sia collettivo –, sia l'erario, e paradossalmente, pur quando ad essere leso sia stato un privato.

JUEGO DE RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE MODALIDADES CONTRACTUALES ESPECIALMENTE CONTROVERTIDAS EN MATERIA DE PRIVACIDAD: ESPECIALIDADES DEL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

LIABILITY ARISING FROM PARTICULARLY CONTROVERSIAL CONTRACTUAL ARRANGEMENTS IN THE AREA OF PRIVACY: SPECIAL FEATURES OF THE ADMINISTRATIVE SANCTIONING REGIME

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2496-2515

Juan Francisco
RODRÍGUEZ
AYUSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Son escasos los pronunciamientos que existen en torno a la configuración jurídica de las franquicias y, por ende, respecto de la relación jurídica entre franquiciador y franquiciado derivada de los tratamientos que se implementen de los datos personales de quienes intervengan como interesados. En concreto, nada se dice en la nueva normativa sobre la materia, derivada del RGPD y de la LOPDGDD, y, lo que existe, parte de la regulación procedente, emanada de la, ya extinta, LOPD. Por este motivo, el presente artículo pretende diseccionar los elementos más relevantes que deben permitirnos formular una respuesta adecuada y actualizada a las nuevas exigencias, ciertamente conveniente si constatamos la frecuencia con la que se recurre a este instrumento en la práctica habitual de las empresas.

PALABRAS CLAVE: Protección de datos; franquicia; encargado del tratamiento; Administraciones Públicas; RGPD.

ABSTRACT: *There are few pronouncements on the legal configuration of franchises and, therefore, on the legal relationship between franchisor and franchisee derived from the processing of the personal data of those who intervene as interested parties. Specifically, nothing is said in the new regulations on the matter, derived from the RGPD and the LOPDGDD, and, what does exist, is based on the relevant regulation, emanating from the now extinct LOPD. For this reason, this article aims to dissect the most relevant elements that should allow us to formulate an adequate and updated response to the new requirements, which is certainly convenient if we note the frequency with which this instrument is used in the habitual practice of companies.*

KEY WORDS: *Data protection; franchise; Data processor; Public administrations; GDPR.*

SUMARIO.- I. BREVE ESTADO DEL ARTE.- II. REGULACIÓN PREVIA E INFERENCIAS FUNDAMENTALES SOBRE EL OBJETO DE ANÁLISIS.- III. SUTILES EFECTOS DERIVADOS DEL NUEVO PANORAMA NORMATIVO EXISTENTE.- IV. RÉGIMEN JURÍDICO SANCIONADOR.- V. REFLEXIONES FINALES.

I. BREVE ESTADO DEL ARTE.

El artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista[1] (en lo sucesivo, LOCM) regula el régimen jurídico de las franquicias, y lo hace en los siguientes términos:

"1. La actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios.

2. Con una antelación mínima de 20 días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias".

Pese a la antigüedad de la norma (este año 2021 cumple veinticinco años de existencia), son ciertamente escasos los pronunciamientos, doctrinales y jurisprudenciales, que se han articulado hasta el momento que nos permitan dilucidar, en grado suficiente, cuál es el papel que ejercen cada uno de los intervinientes (en esencia, franquiciador y franquiciado) en materia de protección de datos personales.

Más aún, todos ellos aluden a la normativa precedente, emanada, en nuestro ordenamiento jurídico interno, de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre,

1 Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) núm. 15, de 17 de enero de 1996.

• Juan Francisco Rodríguez Ayuso
Profesor Contratado Doctor y Coordinador Académico del Máster Universitario en Protección de Datos, Universidad Internacional de La Rioja (UNIR), Av. de la Paz, 137 26006 Logroño, La Rioja, España. ORCID ID: https://orcid.org/0000-0003-4721-1465 Correo Electrónico: juanfrancisco.rodriguez@unir.net

de Protección de Datos de Carácter Personal[2] (en adelante, LOPD), ya derogada, y, como desarrollo ulterior de la misma, del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal[3] (en lo sucesivo, RDLOPD); a diferencia de la LOPD, el RDLOPD no resulta expresamente derogado por la nueva regulación, de modo que seguirá en vigor en todo aquello que no resulte incompatible o contradiga lo dispuesto por el actual Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE[4] (en adelante, Reglamento general de protección de datos o RGPD), a nivel europeo, y por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales[5] (en lo sucesivo, LOPDGDD) ( ), a nivel interno español.

Por este motivo, y constatando la importancia que el sistema de franquicias representa en la actualidad en el tejido productivo español[6], parece adecuado plantearse cómo se ha de articular jurídicamente el papel de sendas figuras, de tal suerte que el empleo o tratamiento de los datos personales que cada una de ellas implemente respete, en última instancia y como objetivo esencial, el derecho fundamental de los interesados afectados a la protección de sus datos personales, consagrado, com es sabido, por el artículo 18.4 de la Constitución Española[7] (en adelante, CE).

2 BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999. La LOPD es el resultado de la transposición efectuada en nuestro país de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respeta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, DPDP) (Diario Oficial de las Comunidades Europeas -en adelante, DOUE- L 281/31, de 23 de noviembre de 1995).

3 BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008. Efectivamente, el artículo 1 RDLOPD pone de manifiesto su objeto, cual es desarrollar la LOPD, así como "las disposiciones relativas al ejercicio por la Agencia Española de Protección de Datos de la potestad sancionadora, en aplicación de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, en el título VII de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y en el título VIII de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones".

4 Diario Oficial de la Unión Europea (en lo sucesivo, DOUE) L 119/1, de 04 de mayo de 2016.

5 BOE núm. 294, de 06 de diciembre de 2018.

6 Si atendemos al Informe "La Franquicia en España 2020", elaborado por la Asociación Española de Franquiciadores (AEF), último disponible, se estima que la facturación obtenida por el conjunto del sistema de franquicias al cierre de 2019 ascendió a 26.154,3 millones de euros, empleando a 294.231 personas y conformando una red que alcanza un total de 77.819 establecimientos abiertos, de los cuales 19.787 eran de carácter propio y los 58.032 restantes, franquiciados.

7 BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. De acuerdo con este apartado, que hunde sus raíces en el seminal artículo 286 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1957, "[l]a ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

II. REGULACIÓN PREVIA E INFERENCIAS FUNDAMENTALES SOBRE EL OBJETO DE ANÁLISIS.

La Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) tuvo ocasión de pronunciarse en torno al régimen jurídico de la franquicia en el ámbito específico de la protección de datos en un Informe de 2009[8]. En él, se daba respuesta fundamentada a una consulta que planteaba si podía considerarse que la figura del franquiciador era la única que tenía la condición de responsable del tratamiento (por entonces, y en una terminología actualmente en desuso, responsable del fichero) y si, por tanto, los franquiciados actuaban como encargados del tratamiento, conforme a lo dispuesto en la LOPD.

En este sentido, conviene dilucidar, antes de proseguir con el desarrollo de la exposición, qué se entiende por responsable del tratamiento y por encargado del tratamiento:

El responsable del tratamiento es aquella persona, física o jurídica y de naturaleza pública o privada, que, de forma individual o conjunta, determina los fines y los medios del tratamiento [artículo 4.7) RGPD], es decir, el *para qué* se van a tratar los datos personales del interesado [en cuanto persona física, ya sea identificada o identificable -artículo 4.1) RGPD-] y el *cómo* se va a llevar a efecto el cumplimiento de los fines previamente establecidos[9].

Más complejidad o artificio entraña, empero, la configuración jurídica del encargado del tratamiento. En efecto, pese a que el lacónico Reglamento general de protección de datos [artículo 4.8) RGPD] se limita a definir al encargado del tratamiento como (y en esto coincide con el responsable del tratamiento) persona física o jurídica, pública o privada, que (he aquí el elemento diferenciador) ha de tratar los datos personales por cuenta del responsable del tratamiento, lo cierto es que configura una auténtica relación de subordinación en nada desdeñable[10]. Esta

8 Informe del Gabinete Jurídico 2063/2009.

9 Para un estudio más pormenorizado de la figura del responsable del tratamiento y las obligaciones esenciales que asume a tenor de la nueva regulación comunitaria, *vid*. Rodríguez Ayuso, J. F.: *Figuras y responsabilidades en el tratamiento de datos personales*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 75 y ss.; Rodríguez Ayuso, J.F.: "La figura del Data Protection Officer en la contratación pública en España", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2021, pp. 309-336.

10 López Cazalilla, A.: "El representante del responsable o del encargado del tratamiento de datos personales en la regulación actual", *Diario La Ley*, núm. 9271, 2018, p. 7. Asimismo, la doctrina emanada de la Audiencia Nacional ha permitido clarificar el alcance del concepto del encargado del tratamiento; así, la Sentencia de 28 de septiembre de 2005 recuerda que "La diferencia entre encargado del tratamiento y cesión en algunos casos reviste cierta complejidad, pero como ha señalado esta Sección en la reciente sentencia de 12 de abril de 2005 (recurso 258/2003) lo típico del encargo de tratamiento es que un sujeto externo o ajeno al responsable del fichero va a tratar datos de carácter personal pertenecientes a los tratamientos efectuados por aquél con objeto de prestarle un servicio en un ámbito concreto..... Siendo esencial para no desnaturalizar la figura, que el encargado del tratamiento se limite a realizar el acto material de tratamiento encargado, y no siendo supuestos de encargo de tratamiento aquellos en los que el objeto del contrato fuese el ejercicio de una función o actividad independiente del encargado. En suma, existe encargo de tratamiento cuando la transmisión o cesión de datos está amparada en la prestación de un servicio que el

subordinación, que no encuentra su razón de ser en una dependencia jerárquica (como sucede entre empresarios y trabajadores), sí lo hace en una especie de delegación de funciones que se lleva a cabo en una organización externa a la del responsable del tratamiento, jurídicamente distinta, que realizará dicho tratamiento en nombre y por cuenta del responsable del tratamiento que solicita la prestación de sus servicios. Es por ello por lo que, en la relación entre el responsable y el encargado del tratamiento, no es posible hablar de comunicación, transmisión o cesión de datos, ya que tan sólo una de las dos partes cuenta con el estatus de responsable del tratamiento.

A ello se añade, como podemos observar, que la definición *supra* citada del encargado del tratamiento no concreta el nivel que debería comportar esta delegación; por este motivo, en la práctica, podría desembocar en el desarrollo de una actividad muy específica o en una actuación mucho más amplia o genérica, en la que el encargado del tratamiento podría, incluso, llegar a condicionar la prestación del servicio en cuestión a sus propios criterios técnicos u organizativos. Ahora bien, jamás la determinación de las finalidades y de los medios del tratamiento podrá llegar a delegarse en el encargado del tratamiento, ya que supondría nada más y nada menos que desnaturalizar, precisamente, el único elemento que permite distinguir al responsable del tratamiento y diferenciarlo de cualquier otro elemento subjetivo de los configurados por la norma.

Consecuencia de lo anterior, podemos advertir que todo tratamiento de datos personales exigirá la presencia necesaria de un responsable del tratamiento, del que, en su caso, se hará depender la concurrencia de uno o varios encargados del tratamiento, que, a diferencia de los anteriores, no tienen por qué concurrir en el tratamiento. Evidentemente, la ficción jurídica descrita desaparecerá en aquellos casos en los que el encargado del tratamiento se separe de las directrices marcadas por el responsable del tratamiento y establezca, por sí mismo y con la extensión que sea, los fines y los medios de tratamiento; esta cuestión está contemplada en los artículos 28.10 RGPD y 33.2.2º LOPDGDD, que disponen que, cuando esto suceda, el encargado del tratamiento tendrá la consideración de responsable del tratamiento en relación con dicho tratamiento, con todas las consecuencias, ciertamente relevantes, que de ello se desprende en materia de responsabilidad (artículos 82 y ss. RGPD y 70 y ss. LOPDGDD).

Por lo demás, la designación adecuada del encargado del tratamiento conllevará relevantes efectos. Más allá de la cualificación técnica o profesional que haya de reunir el prestador de servicios designado y de los recursos de que disponga, la nueva normativa en materia de protección de datos personales exige

responsable del tratamiento recibe de una empresa externa o ajena a su propia organización, y que ayuda en el cumplimiento de la finalidad del tratamiento de datos consentida por el afectado".

al responsable del tratamiento, dentro del artículo 28.1 RGPD, que cuente tan sólo con encargados del tratamiento que ofrezcan garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas adecuadas en relación con el específico tratamiento que le sea encomendado[11]. Esta previsión, pese a que parece aludir únicamente a las medidas de seguridad contempladas en el artículo 32 RGPD, ha de ser interpretada de manera mucho más general, ya que exige, de igual modo, que su aplicación se lleve a cabo de modo que el tratamiento sea conforme con las exigencias de la normativa sobre protección de datos y garantice la protección de los derechos del interesado o titular de los datos.

Por este motivo, la regulación actual ha perseguido el mantenimiento del deber de diligencia *in eligendo* del responsable del tratamiento que ya constaba en la DPDP derogada y que fue incorporado al ordenamiento jurídico español por medio del RDLOPD. Este sistema tiene un aspecto positivo, como es la creación, indirecta, de la obligación en el encargado del tratamiento de albergar las garantías adecuadas para satisfacer el contenido de la normativa para, así, no quedar al margen del mercado, extendiendo su validez a todos aquellos sujetos a los que se recurra como subencargados del tratamiento, tal y como se desprende del artículo 28, apartados 2 y 4, RGPD. Estos apartados incorporan la posibilidad de que el encargado del tratamiento delegue en terceros (subencargados del tratamiento) la realización de actividades que se le hayan encomendado directamente por el responsable del tratamiento, dando respuesta a una realidad cada vez más frecuente en el mercado, tendente a la especialización; para ello, la nueva normativa impide al encargado del tratamiento delegar alguna de sus funciones en otros encargados del tratamiento, salvo que reciban una autorización previa por escrito, específica o general, del responsable del tratamiento. Así prevista, esta redacción nos lleva a la figura del contrato en nombre y por cuenta de terceros, encuadrable en el artículo 1259 del Código Civil[12], más que a la subcontratación *stricto sensu*, ya que es necesaria la autorización, concreta, específica y por escrito, del responsable del tratamiento.

La necesidad de que esta autorización se produzca de manera específica o general resulta también relevante. Ante todo, parece ser que alude a aquellos casos en los que se hayan especificado minuciosamente los prestadores de servicios a los que se podrá recurrir y las actividades que tendrán que llevar a cabo; en este supuesto, no será necesaria la intervención del responsable del tratamiento desde un punto de vista contractual. En cambio, en aquellos otros casos de autorizaciones más abiertas o inconcretas, el encargado del tratamiento tendrá la obligación de

11 Núñez García, J. L.: "Responsabilidad y obligaciones del responsable y del encargado del tratamiento", en AA.VV.: *Tratado de protección de datos: actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (dir. por A. Rallo Lombarte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 353 a 386.

12 Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

comunicar al responsable del tratamiento cualquier modificación prevista respecto de la incorporación o sustitución de otros encargados del tratamiento, dándole la posibilidad de manifestar su desacuerdo con la designación de aquellos que no sean, en su opinión, adecuados. Tal comunicación, como parece evidente, deberá producirse con anterioridad al comienzo de las operaciones de tratamiento que haya de realizar el subencargado del tratamiento; de lo contrario, el encargado del tratamiento inicial podría estar incumpliendo las exigencias del responsable del tratamiento, con el peligro que de ello se deriva y desprende de infracción de la normativa en materia de protección de datos personales.

Nada irrelevante es, tampoco, el hecho de que esta nueva regulación no utilice ningún término concreto para hacer alusión a estos subencargados del tratamiento. Se ha preferido, creemos, hacer recaer sobre esta figura un régimen de derechos y obligaciones que resulta de aplicación al encargado del tratamiento, de ahí que tengan esta consideración a todos los efectos. No obstante, pese a esta identificación semántica entre las figuras implicadas, y al contrario de lo que pudiera parecer, el hecho de que se someta esta subcontratación de concretas actuaciones a la autorización previa del responsable del tratamiento no va acompañada de una íntegra exención de responsabilidad para el encargado del tratamiento inicial si se produce la infracción por el encargado del tratamiento posterior de las funciones que le sean delegadas. A pesar de que esta relación parezca encuadrarse en un contrato en nombre de un tercero, el inciso final del artículo 28.4 RGPD contempla la posibilidad de que el encargado del tratamiento final incumpla sus deberes, en cuyo caso el encargado del tratamiento inicial habrá de seguir siendo internamente responsable ante el responsable del tratamiento en todo aquello que se refiera al cumplimiento de las obligaciones del encargado del tratamiento final. Estamos en presencia, por tanto, de una especie de responsabilidad solidaria, cuya razón de ser se encontraría en la culpa *in eligendo* a la que tanto acude la nueva normativa en materia de protección de datos personales.

Expuesta la delimitación anterior, la AEPD afirma que el artículo 62.1 LOPD pone de manifiesto, a las claras, la distinta personalidad jurídica de las partes intervinientes en el contrato de franquicia, además de constatar la manifiesta independencia que mantienen el franquiciador y el franquiciado en lo que respecta al régimen de personal y clientela. Siendo así, sostiene, el único elemento puesto en común es el relacionado con el sistema de comercialización de productos y servicios de la franquiciadora, que es cedido (como es lógico, a cambio de una determinada contraprestación económica previamente acordada entre las partes) a la entidad franquiciada.

III. SUTILES EFECTOS DERIVADOS DEL NUEVO PANORAMA NORMATIVO EXISTENTE.

La consecuencia más evidente de esta afirmación, rotunda, emitida por parte de la autoridad de control es la manifiesta independencia de las partes a la hora de satisfacer cada uno de los deberes y obligaciones legales impuestos por la regulación sobre protección de datos personales; en otras palabras, tanto el franquiciador como el franquiciado tendrán sus propios ficheros (y, por ende, tratamientos) diferenciados, atendiendo a los fines (posiblemente diversos) que cada uno de ellos se proponga alcanzar con los datos personales de los interesados (en esencia, clientes de la actividad, económica y profesional, en que se traduce la franquicia).

Por este motivo, ambos sujetos deberán tener la consideración, siguiendo la terminología ya descrita, de responsables del tratamiento. Cosa distinta será la de aquellos tratamientos de datos personales que se realizan en el desarrollo de los servicios que la franquicia presta a los centros franquiciados (como la formación a empleados, actividades de mail-marketing, SAT, mantenimiento de software, etc.), donde el franquiciador sí que tendrá que intervenir como encargado del tratamiento, siempre que los tratamientos de datos que realice se encuentren dentro del marco de la prestación del servicio; en este caso, será preciso formalizar la prestación de acuerdo a las exigencias contenidas en los artículos 28 RGPD y 33 LOPDGDD, preceptos que recogen, en esencia, las obligaciones a satisfacer por quien intervenga como encargado del tratamiento, a fin de asegurar que los datos personales gozan del mismo nivel de protección que si hubieran permanecido bajo el único control del responsable del tratamiento[13].

Junto a la afirmación anterior se añade otra. Y es que, al estar ante una actividad de naturaleza mercantil, deberemos excluir de las definiciones de responsable y de encargado del tratamiento a todos los organismos públicos, quienes, al menos en lo atinente al tratamiento de datos personales derivado de la actividad principal propiciada por el contrato de franquicia, se verán privados de toda posible (y factible) actuación.

Ello pone de relieve, a su vez, otra constatación, que atiende, en este caso, a la diversa fuente de la que proceden los datos personales individualmente tratados con ocasión de la franquicia por sendos responsables del tratamiento. Así es. Lo habitual, en estos casos, será que el franquiciado sea quien obtenga los datos personales de sus clientes, pudiendo, posteriormente, cederlos al franquiciador para que este los emplee en tareas propias de control y gestión de la relación con el franquiciado; para ello, como es lógico, deberá contar con una base jurídica

13 Gudín Rodríguez-Magariños, F.: "Encargado del tratamiento", en AA.VV.: *Protección de datos: comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)* (dir. por M. Arenas Ramiro y A. Ortega Giménez), Sepin Editorial Jurídica, Madrid, 2019, pp. 347-378.

adecuada que legitime el tratamiento, base jurídica que, con frecuencia, residirá en la existencia de una relación contractual (la derivada del contrato de franquicia), para cuyo cumplimiento adecuado por parte del franquiciado y ofertante se requerirá, como condición *sine qua non*, la posterior cesión de los datos personales obtenidos del cliente aceptante al franquiciador. Sin embargo, nada impide que sea el franquiciador quien obtenga, fruto de la labor comercial que realice, datos personales de potenciales clientes que posteriormente ceda a los franquiciados, reflejando una suerte de intercambio bidireccional de datos personales muy habitual en cualquier actividad comercial como la que se ha descrito anteriormente.

El entramado anterior de cesiones se hace aún más complejo cuando quien interviene como cesionario es, además del franquiciador o el franquiciado (dependiendo de los casos y siguiendo la dinámica antes expuesta), la propia Administración Pública, que, pese a no intervenir como responsable o encargada del tratamiento, sí que podrá hacerlo como cesionaria si existe una obligación legal que requiera tratar los datos personales de los clientes a efectos, entre otros, de inspección o, incluso, de sanción, como sucedería con los procedimientos administrativos a implementar por las autoridades de control derivados de actuaciones ilícitas ocasionadas por el franquiciador o por el franquiciado, dependiendo del caso. En estos casos, la justificación legal de la cesión será posterior al tratamiento y vendrá determinada por una circunstancia no conocida en el momento de la obtención de los datos del interesado, siendo la propia normativa en materia de protección de datos personales la que habilite y permita la transmisión ulterior de los datos personales tratados presuntamente de forma ilícita a los organismos públicos encargados de determinar, en su caso, la responsabilidad de las partes y las correspondientes sanciones resultantes.

Estas conclusiones (referidas, como se indicaba a la LOPD), parecen mantenerse con ocasión de la entrada en vigor y posterior aplicación del RGPD, primero, y de la LOPDGDD, después (que viene a complementar y desarrollar los postulados de aquel). Y ello por cuanto que el entramado relacional configurado por la nueva regulación en materia de protección de datos, tanto europea como española, se mantiene inalterable y, por tanto, no transforma los elementos basales que propician la singularización de las figuras descritas; de este modo, el responsable del tratamiento seguirá caracterizándose por tener que asumir la obligación, insustituible e intransferible, de determinar los fines y los medios del tratamiento, mientras que la franquicia seguirá consistiendo en la obligación del franquiciador de ceder al franquiciado el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización determinado, concreto y específico. En otras palabras, todo permanece inalterable, por lo que nada parece tener que cambiar.

Pese a la afirmación anterior, sí que surge, de la mano de los artículos 26 RPD y 29 LOPDGDD, una nueva categoría, apuntada desde antaño, pero carente de regulación hasta 2016. Hablamos de la institución de la corresponsabilidad del tratamiento[14], que, si bien es cierto que se vislumbra de la mano del artículo 5.q) RDLOPD[15], no tendrá plasmación jurídica ni práctica sino muy posteriormente.

En el primero de los preceptos citados se define en qué consiste esta corresponsabilidad, y se hace en los siguientes términos:

"1. Cuando dos o más responsables determinen conjuntamente los objetivos y los medios del tratamiento serán considerados corresponsables del tratamiento. Los corresponsables determinarán de modo transparente y de mutuo acuerdo sus responsabilidades respectivas en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el presente Reglamento, en particular en cuanto al ejercicio de los derechos del interesado y a sus respectivas obligaciones de suministro de información a que se refieren los artículos 13 y 14, salvo, y en la medida en que, sus responsabilidades respectivas se rijan por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se les aplique a ellos. Dicho acuerdo podrá designar un punto de contacto para los interesados.

2. El acuerdo indicado en el apartado 1 reflejará debidamente las funciones y relaciones respectivas de los corresponsables en relación con los interesados. Se pondrán a disposición del interesado los aspectos esenciales del acuerdo.

3. Independientemente de los términos del acuerdo a que se refiere el apartado 1, los interesados podrán ejercer los derechos que les reconoce el presente Reglamento frente a, y en contra de, cada uno de los responsables".

Por su parte, el artículo 29 LOPDGDD se limita a complementar, mínimamente, el artículo comunitario, añadiendo que:

"La determinación de las responsabilidades a las que se refiere el artículo 26.1 del Reglamento (UE) 2016/679 se realizará atendiendo a las actividades que efectivamente desarrolle cada uno de los corresponsables del tratamiento".

14 Para un estudio más profuso de la corresponsabilidad en el tratamiento de los datos personales, *vid*. Chaveli Donet, E. y Sanmartín Bermúdez, N.: "Responsables, corresponsables y encargados de tratamiento: delimitando supuestos y ayudando a confeccionar su registro de actividades de tratamiento", *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. Extra 3, 2019, pp. 110 a 124.

15 De acuerdo con esta definición, se entenderá por responsable del fichero o del tratamiento aquella: "[p]ersona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que sólo *o conjuntamente con otros* decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente. Podrán ser también responsables del fichero o del tratamiento los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados" (la cursiva es propia).

Así configurado, podría plantearse si franquiciador y franquiciado pueden intervenir como corresponsables del tratamiento respecto de los datos personales de los clientes afectados por el tratamiento, toda vez que ambas partes de la relación jurídica en que se traduce la franquicia tienen un interés en el tratamiento para fines estrechamente interconectados. Sin embargo, parece evidente que las finalidades que cada uno de ellos persiguen pueden distar (de hecho, por la naturaleza de las obligaciones que cada asume, lo lógico es que así sea), siendo, precisamente, esa no necesaria coincidencia la que, en mi opinión, justifica que falte uno de los elementos sustanciales que definen la corresponsabilidad, esto es, la definición conjunta de los fines y de los medios del tratamiento. Así, de asumir por válida la corresponsabilidad, estaríamos creando un artificio en nada operativo en la práctica ni coherente con el espíritu de la norma, como es el de perseguir la organización conjunta de eventos que implican un tratamiento compartido de los datos personales para poder llevarlos a efecto de manera satisfactoria, algo que no sucede en el caso de las franquicias, donde la consecución del propósito perseguido por el franquiciador con el tratamiento de los datos es perfectamente asumible sin la participación inescindible del franquiciado; lo mismo sucederá a la inversa.

A la vista de todo lo expuesto, y con carácter general, parece excluirse, para el régimen jurídico de las franquicias en su puesta en relación con la regulación propia y actual de la protección de datos personales, no sólo la figura, ya conocida y descartada por la AEPD, del encargado del tratamiento, sino también la del corresponsable, atendiendo, repetimos, a razones de pura lógica operativa, sentido común y teleología normativa.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO SANCIONADOR.

De este modo, si la configuración jurídica de este entramado relacional nacido al amparo de tratamientos derivados de contratos de franquicia no resulta adecuada, las consecuencias administrativas que pueden derivarse son múltiples y, todas ellas, presumiblemente relevantes. Y ello si atendemos a los importes económicos, sustancialmente más elevados, que el artículo 83.5 RGPD impone para aquellas infracciones que se deriven de tratamientos ilícitos o contrarios a la normativa, que podrán alcanzar un importe máximo de 20.000.000 de euros como máximo o "[…] tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía".

Como desarrollo de este precepto, surge, en nuestro ordenamiento jurídico interno, el Título IX (artículos 70 a 78) LOPDGDD, que regula el régimen sancionador en materia de protección de datos y que resulta plenamente

aplicable a sujetos de naturaleza privada (en este caso, a las partes intervinientes en contratos de franquicia). En efecto, en su condición de responsables del tratamiento, franquiciador y franquiciado estarán sujetos a sanciones que, dependiendo de la naturaleza que presenten, podrán ser muy graves, graves o leves, atendiendo a la entidad de la infracción y del precepto que resulte vulnerado y considerando simultáneamente, como es lógico, el perjuicio correlativo padecido por el interesado.

En cambio, estarán sujetos a un régimen especial determinadas categorías de responsables o encargados del tratamiento. En efecto, si atendemos al artículo 77 LOPDGDD, en él se enumeran qué organismos, de naturaleza pública, se encuentran incluidos en este régimen especial y cuáles son las características definitorias del mismo:

"1. El régimen establecido en este artículo será de aplicación a los tratamientos de los que sean responsables o encargados:

a) Los órganos constitucionales o con relevancia constitucional y las instituciones de las comunidades autónomas análogas a los mismos.

b) Los órganos jurisdiccionales.

c) La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración Local.

d) Los organismos públicos y entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas.

e) Las autoridades administrativas independientes.

f) El Banco de España.

g) Las corporaciones de Derecho público cuando las finalidades del tratamiento se relacionen con el ejercicio de potestades de derecho público.

relacionen con el ejercicio de potestades de derecho público. h) Las fundaciones del sector público.

i) Las Universidades Públicas.

j) Los consorcios.

k) Los grupos parlamentarios de las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas autonómicas, así como los grupos políticos de las Corporaciones Locales.

2. Cuando los responsables o encargados enumerados en el apartado 1 cometiesen alguna de las infracciones a las que se refieren los artículos 72 a 74 de esta ley orgánica, la autoridad de protección de datos que resulte competente dictará resolución sancionando a las mismas con apercibimiento. La resolución establecerá asimismo las medidas que proceda adoptar para que cese la conducta o se corrijan los efectos de la infracción que se hubiese cometido.

La resolución se notificará al responsable o encargado del tratamiento, al órgano del que dependa jerárquicamente, en su caso, y a los afectados que tuvieran la condición de interesado, en su caso.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, la autoridad de protección de datos propondrá también la iniciación de actuaciones disciplinarias cuando existan indicios suficientes para ello. En este caso, el procedimiento y las sanciones a aplicar serán las establecidas en la legislación sobre régimen disciplinario o sancionador que resulte de aplicación.

Asimismo, cuando las infracciones sean imputables a autoridades y directivos, y se acredite la existencia de informes técnicos o recomendaciones para el tratamiento que no hubieran sido debidamente atendidos, en la resolución en la que se imponga la sanción se incluirá una amonestación con denominación del cargo responsable y se ordenará la publicación en el Boletín Oficial del Estado o autonómico que corresponda.

4. Se deberán comunicar a la autoridad de protección de datos las resoluciones que recaigan en relación con las medidas y actuaciones a que se refieren los apartados anteriores.

5. Se comunicarán al Defensor del Pueblo o, en su caso, a las instituciones análogas de las comunidades autónomas las actuaciones realizadas y las resoluciones dictadas al amparo de este artículo.

6. Cuando la autoridad competente sea la Agencia Española de Protección de Datos, esta publicará en su página web con la debida separación las resoluciones referidas a las entidades del apartado 1 de este artículo, con expresa indicación de la identidad del responsable o encargado del tratamiento que hubiera cometido la infracción.

Cuando la competencia corresponda a una autoridad autonómica de protección de datos se estará, en cuanto a la publicidad de estas resoluciones, a lo que disponga su normativa específica".

Centrándonos en la relación jurídica que aquí nos acontece, podemos afirmar que una errónea configuración de la relación entre franquiciador y franquiciado en cuanto al tratamiento de los datos de los interesados afectados puede traer consigo, a mi juicio, las siguientes sanciones directas (más allá de aquellas otras que, produciéndose, no tengan un origen inmediato en la naturaleza jurídica de la relación asumida por las partes en el contrato de franquicia)[16]:

En primer lugar, por lo que respecta a aquellas infracciones calificadas como muy graves (artículo 72 LOPDGDD), podrían producirse conculcaciones como las que se enumeran a continuación:

a) El tratamiento de datos personales vulnerando los principios y garantías establecidos en el artículo 5 RGPD [artículo 72.1.a) LOPDGDD]. En concreto, y como se detalla más explícitamente en relación con la siguiente infracción, el principio vulnerado sería el de licitud, lealtad y transparencia [artículo 5.1.a) RGPD], toda vez que el interesado no cuenta con información adecuada en torno al tratamiento que se va a llevar a cabo por las partes (franquiciador y franquiciado) y, por ende, no cuenta con los instrumentos que debería tener a su disposición para garantizar la protección de este su derecho fundamental.

b) La omisión del deber de informar al afectado acerca del tratamiento de sus datos personales conforme a lo dispuesto en los artículos 13 y 14 RGPD [artículo 72.1.h) LOPDGDD]. Este incumplimiento podría tener lugar si el franquiciador o el franquiciado no cumplen con el deber de información que les corresponde por asumir, indebidamente, la posición de encargados del tratamiento en relación

16 Para un estudio más detallado del régimen sancionador en materia de protección de datos y su evolución a lo largo de estos años, *vid*. Corral Sastre, A.: "El régimen sancionador en materia de protección de datos en el reglamento general de la Unión Europea", en AA.VV.: *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por J. L. Piñar Mañas), Reus, Madrid, 2016, pp. 571 a 586; Guillén Catalán, R.: "El nuevo régimen sancionador a la vulneración de la protección de datos en Europa: un avance armonizador", en AA.VV.: *Marco jurídico de la ciencia de datos* (coord. por F. Ramón Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 401 a 434; López Calvo, J.: "Actividad inspectora y procedimiento administrativo sancionador en materia de protección de datos personales", *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, núm. 1, 2008, pp. 253-267; Martínez Román, E.: "El procedimiento sancionador en la Agencia Española de Protección de Datos", *Economist & Jurist*, núm. 180, 2014, pp. 20-27; Muñoz Corral, E. J.: "Las sanciones en caso de incumplimiento del Reglamento general de protección de datos europeo", *Economist & Jurist*, núm. 217, 2018, pp. 44 a 49; Piñar Mañas, J. L.: "La importante reforma del régimen sancionador en materia de protección de datos: reflexiones urgentes", *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 50, 2011; Rallo Lombarte, A.: "Estudio sobre la evolución del régimen sancionador en la legislación de protección de datos", *Revista de estudios políticos*, núm. 166, 2014, pp. 95 a 121; Rebollo Puig, M.: "El procedimiento sancionador y las actuaciones previas ante la Agencia Española de Protección de Datos", *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, núm. 1, 2008, pp. 303-319; Tornero Suárez, A.: "El juicio de culpabilidad en el procedimiento sancionador en materia de protección de datos", *Revista española de protección de datos*, núm. 4, 2008, pp. 229-247.

con los tratamientos derivados del contrato de franquicia, hayan obtenido los datos personales tratados directamente del interesado (artículos 13 RGPD y 11, apartados 1 y 2, LOPDGDD) o de la otra parte del contrato (artículos 14 RGPD y 11.3 LOPDGDD).

Estas infracciones prescribirán a los tres años y suponen una vulneración del artículo 83.5 RGPD. Más concretamente, como ya se ha anticipado, nos encontraríamos ante el supuesto descrito en la letra a) de dicho precepto, que establece lo que a continuación se indica de forma literal:

"Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado 2, con multas administrativas de 20.000.000 de euros como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía:

a) los principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5, 6, 7 y 9".

En segundo lugar, si analizamos las infracciones graves, podemos ver que el artículo 73, letras j) y k), LOPDGDD, disponen expresamente cuanto sigue:

"j) La contratación por el responsable del tratamiento de un encargado de tratamiento que no ofrezca las garantías suficientes para aplicar las medidas técnicas y organizativas apropiadas conforme a lo establecido en el Capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679.

k) Encargar el tratamiento de datos a un tercero sin la previa formalización de un contrato u otro acto jurídico escrito con el contenido exigido por el artículo 28.3 del Reglamento (UE) 2016/679".

Si analizamos sendas letras, podemos interpretar que, al igual que aquellos supuestos en los que la contratación de un encargado del tratamiento que no ofrezca garantías adecuadas o en los que esta relación no quede adecuadamente formalizada pueden ser merecedores de sanción, *sensu contrario*, la formalización inadecuada de una relación en los términos de los artículos 28 RGPD y 33 LOPDGDD también debería ser merecedora de sanción.

Estas infracciones prescribirán a los dos años y suponen una vulneración del artículo 83.4.a) RGPD, que, a su vez, establece que:

"Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado 2, con multas administrativas de 10.000.000 de euros como

máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 2 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía:

a) las obligaciones del responsable y del encargado a tenor de los artículos 8, 11, 25 a 39, 42 y 43".

En tercer y último lugar, podrá ser calificada como infracción leve (artículo 74 LOPDGDD):

"a) El incumplimiento del principio de transparencia de la información o el derecho de información del afectado por no facilitar toda la información exigida por los artículos 13 y 14 del Reglamento (UE) 2016/679".

Esta infracción prescribirá al año y supone una vulneración del artículo 83, apartados 4, letra a), y 5, letras a) y b), RGPD. La letra b) del artículo 83.5 RGPD, única a la que aún no hemos aludido, establece lo que sigue:

"Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado 2, con multas administrativas de 20.000.000 de euros como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía:

b) los derechos de los interesados a tenor de los artículos 12 a 22".

V. REFLEXIONES FINALES.

A lo largo del presente estudio de investigación, hemos podido confirmar que, en una línea continuista con la normativa precedente en materia de protección de datos personales, la relación de naturaleza mercantil que surge entre el franquiciador y franquiciado merced a la celebración de un contrato de franquicia determina que, en este ámbito, ambas partes asuman la condición de responsables del tratamiento.

Así es. Como ya tuvo ocasión de confirmar nuestra autoridad de control nacional, cada una de ellas habrá de determinar los fines y los medios del tratamiento de forma separada y autónoma, habiendo de cumplir, en consecuencia, todas y cada una de las obligaciones que, para los responsables del tratamiento, se recogen en la normativa.

Y decimos que esta configuración, previa al RGPD y a la LOPDGDD, se mantiene tras la aplicación y entrada en vigor de sendas normas pues, una vez

realizada toda una labor interpretativa en torno a las novedades en materia regulatoria, podemos concluir que el entramado relacional dispuesto por la nueva legislación sobre la materia es el mismo que el plasmado anteriormente. De este modo, en términos generales, responsables y encargados del tratamiento presentan la misma naturaleza jurídica y, por ende, están sometidos a un elenco similar de deberes y obligaciones.

Consecuencia de lo anterior, se descarta que el franquiciado deba asumir, como indebidamente sucede en muchas ocasiones en la práctica, la posición propia de un encargado del tratamiento. Lo mismo sucede con el franquiciador, que sólo deberá satisfacer las obligaciones propias de los artículos 28 RGPD y 33 LOPDGDD cuando preste a los centros franquiciados servicios como los derivados de la formación a empleados, de actividades de mail-marketing, SAT o de mantenimiento de software, entre otros.

Igualmente, se descarta la asunción de la corresponsabilidad, regulada por primera vez en los artículos 26 RGPD y 29 LOPDGDD, ya que, en el contrato de franquicia, las finalidades perseguidas por las partes con el tratamiento de los datos personales son, como se indicaba, propias e individualizadas para cada una de ellas, no siendo ello coherente con la esencia seminal de esta institución, consistente en la determinación conjunta y solidaria de los efectos y de las responsabilidades derivadas de estos tratamientos.

BIBLIOGRAFÍA.

Chaveli Donet, E. Y Sanmartín Bermúdez, N.: "Responsables, corresponsables y encargados de tratamiento: delimitando supuestos y ayudando a confeccionar su registro de actividades de tratamiento", *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. Extra 3, 2019, pp. 110 a 124.

Corral Sastre, A.: "El régimen sancionador en materia de protección de datos en el reglamento general de la Unión Europea", en AA.VV.: *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. por J. L. Piñar Mañas), Reus, Madrid, 2016, pp. 571 a 586.

Gudín Rodríguez-Magariños, F.: "Encargado del tratamiento", en AA.VV.: *Protección de datos: comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)* (dir. por M. Arenas Ramiro y A. Ortega Giménez), Sepin Editorial Jurídica, Madrid, 2019, pp. 347-378.

Guillén Catalán, R.: "El nuevo régimen sancionador a la vulneración de la protección de datos en Europa: un avance armonizador", en AA.VV.: *Marco jurídico de la ciencia de datos* (coord. por F. Ramón Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 401 a 434

López Calvo, J.: "Actividad inspectora y procedimiento administrativo sancionador en materia de protección de datos personales", *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, núm. 1, 2008, pp. 253-267.

López Cazalilla, A.: "El representante del responsable o del encargado del tratamiento de datos personales en la regulación actual", *Diario La Ley*, núm. 9271, 2018, p. 7.

Martínez Román, E.: "El procedimiento sancionador en la Agencia Española de Protección de Datos", *Economist & Jurist*, núm. 180, 2014, pp. 20-27.

Muñoz Corral, E. J.: "Las sanciones en caso de incumplimiento del Reglamento general de protección de datos europeo", *Economist & Jurist*, núm. 217, 2018, pp. 44 a 49.

Núñez García, J. L.: "Responsabilidad y obligaciones del responsable y del encargado del tratamiento", en AA.VV.: *Tratado de protección de datos: actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y*

Garantía de los Derechos Digitales (dir. por A. Rallo Lombarte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 353 a 386.

Piñar Mañas, J. L.: "La importante reforma del régimen sancionador en materia de protección de datos: reflexiones urgentes", *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 50, 2011.

Rallo Lombarte, A.: "Estudio sobre la evolución del régimen sancionador en la legislación de protección de datos", *Revista de estudios políticos*, núm. 166, 2014, pp. 95 a 121.

Rebollo Puig, M.: "El procedimiento sancionador y las actuaciones previas ante la Agencia Española de Protección de Datos", *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, núm. 1, 2008, pp. 303-319.

Rodríguez Ayuso, J. F.: *Figuras y responsabilidades en el tratamiento de datos personales*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 75 y ss.

Rodríguez Ayuso, J.F.: "La figura del Data Protection Officer en la contratación pública en España", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2021, pp. 309-336.

Tornero Suárez, A., "El juicio de culpabilidad en el procedimiento sancionador en materia de protección de datos", *Revista española de protección de datos*, núm. 4, 2008, pp. 229-247.

IL DANNO DA PERDITA DEL RAPPORTO PARENTALE E LA PIÙ RECENTE EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

THE LOSS OF PARENTAL RELATIONSHIPS AND THE MOST RECENT DEVELOPMENTS IN CASE LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2516-2537

Claudio
SCOGNAMIGLIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Lo scritto analizza la recentissima elaborazione della giurisprudenza di legittimità che ha rimesso in discussione, con particolare riferimento alla voce del danno da perdita del rapporto parentale, l'opportunità di utilizzare le c.d. Tabelle milanesi per liquidare quel pregiudizio, sottolineandone le prospettive anche con riguardo al problema della motivazione della decisione del giudice.

PALABRAS CLAVE: Danno non patrimoniale; nozione; prova; quantificazione; equità del giudice; tabelle.

ABSTRACT: *The work analyzes the recent development of the jurisprudence of legitimacy that has called into question, with particular reference to the item of damage from loss of parental relationship, the opportunity to use the so-called Tables Milanesi to liquidate that injury, highlighting the prospects also with regard to the problem of motivation of the decision of the judge.*

KEY WORDS: *Non-pecuniary damage; notion; evidence; quantification; fairness of the judge; tables.*

SUMARIO.- I. IL DANNO DA PERDITA DEL RAPPORTO PARENTALE E L'ATTUALE STAGIONE DEL DANNO NON PATRIMONIALE. II. IL NUOVO CORSO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA TERZA SEZIONE DELLA CASSAZIONE IN MATERIA DI DANNO NON PATRIMONIALE. III. LA LIQUIDAZIONE DEL DANNO DA PERDITA DEL RAPPORTO PARENTALE: VERSO IL SUPERAMENTO DELLE TABELLE MILANESI?

I. IL DANNO DA PERDITA DEL RAPPORTO PARENTALE E L'ATTUALE STAGIONE DEL DANNO NON PATRIMONIALE.

Il problema del danno da perdita del rapporto parentale costituisce, per molti aspetti, un punto di osservazione privilegiato per indagare nel momento presente, ed alla luce delle tante sollecitazioni che – come si dirà - provengono soprattutto dal laboratorio del diritto giurisprudenziale, la categoria del danno non patrimoniale.

E' sufficiente considerare, per rendersi conto della fondatezza di questa considerazione preliminare, che, nel danno da perdita del rapporto parentale, si presenta innanzi tutto in maniera particolarmente nitida l'essenza stessa del danno non patrimoniale, che lo rende un istituto non sempre facilmente riconducibile alle coordinate proprie del diritto privato generale e della responsabilità civile, come sistema che nasce per disciplinare l'interferenza occasionale tra sfere giuridiche produttiva di perdite, a loro volta suscettibili di essere inserite nei circuiti valutativi propri dell'economia di mercato. Infatti, il danno da perdita del rapporto parentale viene in considerazione come esito di un illecito, che, determinando la morte di una persona o una lesione dell'integrità psicofisica della medesima particolarmente grave[1], estingue, al tempo stesso, il fitto reticolo di relazioni familiari, personali ed affettive del quale quella persona era il termine di riferimento. Un reticolo che si tratta, dunque, per cominciare, di ricostruire ed apprezzare, al fine di accertarne la possibile rilevanza giuridica, applicando la griglia valutativa predisposta, com'è noto, dalle sentenze delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008 nn. 26972 – 5[2] e,

1 Cfr., sulla risarcibilità del danno da perdita del rapporto parentale anche in caso di lesioni del congiunto, Cass. S.U. 1° luglio 2002 n. 9556. Favilli, C.: "La risarcibilità del danno morale da lesioni del congiunto: l'intervento dirimente delle Sezioni Unite" *Nuova giur. civ. comm.* 2003, p-694. Favilli, C.: "I danni non patrimoniali da uccisione e da lesioni del congiunto", in E. Navarretta, (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2010, pp.437 ss.

2 La letteratura a commento delle medesime è ovviamente sterminata; si vedano, in particolare, e limitando il discorso ai primi commenti, tra gli altri, Navarretta E.: "Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali", *Foro It.*, 2009, pp. 139 ss.; AA.VV., "Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U. 11 novembre 2008 nn. 26972/3/4/5", Milano, Giuffrè, 2009; ZIVIZ, P.: "Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso", in *Resp civ. e prev.*, 2009, p. 98; Mazzamuto, S.: "Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale", *Contratto e Impr.*, 2009, pp. 588 ss.; Riccio, A.: "Verso l'atipicità del danno non patrimoniale:

• Claudio Scognamiglio
Ordinario di Diritto Privato, Università di Roma – Tor Vergata. E-mail: claudio.scognamiglio@uniroma2.it

in particolare, il filtro della ingiustizia c.d. costituzionalmente qualificata, espresso da quell'indirizzo giurisprudenziale per mezzo del riferimento alla formula dei diritti inviolabili della persona costituzionalmente garantiti. Da questo punto di vista, il profilo di danno che costituisce l'oggetto specifico di queste considerazioni rappresenta un esempio particolarmente felice dell'insufficienza di una nozione di diritto inviolabile, che si limiti a fare riferimento a quelli esplicitamente qualificati come tali in Costituzione e conferma la condivisibilità di uno dei risultati forse più rilevanti del sistema delineato dalle Sezioni Unite del 2008. Si intende fare riferimento all'assunto secondo il quale "deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana"[3], indici che, per quanto concernente la voce di danno che viene qui in considerazione, erano stati ravvisati, dalle Sezioni Unite del 2008, nei diritti inviolabili della famiglia, sanciti dagli artt. 2, 29 e 30.

Inoltre, ed una volta sciolto in senso affermativo – nel solco, del resto, di un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato – il nodo della configurabilità in materia di un diritto inviolabile, il tema del danno da perdita del rapporto parentale rende una volta di più evidente la centralità, all'interno dell'elaborazione in materia di danno non patrimoniale, dei problemi della prova, innanzi tutto, e poi della concreta liquidazione della prestazione risarcitoria.

Infatti, e sul piano della prova, la molteplicità delle situazioni che possono presentarsi nella realtà pratica, giustappone ipotesi nelle quali l'esistenza di un rapporto sufficientemente stretto di parentela o di affinità permette di ritenere dimostrata, in via presuntiva, e salva la prova contraria[4], l'esistenza del danno, ad altre nelle quali l'apertura del diritto alle sollecitazioni derivanti dall'evoluzione del costume crea i presupposti per l'affermazione della risarcibilità di questa voce di danno anche in favore del c.d. genitore sociale[5], ancorandola naturalmente a questo punto ad una dimostrazione rigorosa, e da svolgersi caso per caso, dell'effettiva

il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.?", *Contratto e Impr.*, 2009, pp. 277 ss.

3 Così il § 2.14 della motivazione di Cass. S.U. 26972/2008.

4 Cfr., ad esempio, al riguardo, Cass. 11 dicembre 2018 n. 31950. De Pamphilis, M.: "Danno da uccisione del familiare: niente risarcimento al coniuge 'infedele'", *Nuova giur. civ. comm.,* 2019, pp. 438 ss., dove appunto si afferma che la presunzione del verificarsi di un danno non patrimoniale, "consistente nella sofferenza morale che solitamente si accompagna alla morte di una persona cara e nella perdita del rapporto parentale e conseguente lesione del diritto alla intangibilità della sfera degli affetti reciproci e della scambievole solidarietà che ordinariamente caratterizza la vita familiare…può tuttavia, come tale, essere superata da elementi di segno contrario, quali la separazione legale o (come nel caso di specie) l'esistenza di una relazione extraconiugale con conseguente nascita di un figlio tre mesi prima della morte del coniuge (relazione extraconiugale che costituisce evidente inadempimento all'obbligo di fedeltà tra i coniugi di cui all'art. 143 cod. civ.", gravando in tal caso "sul coniuge superstite l'onere di dimostrare di avere subito, per la persistenza del vincolo affettivo, il domandato danno non patrimoniale".

5 Cfr., sulla questione, Cinque, M.: "Quale statuto per il 'genitore sociale'?", *Riv. dir. civ.*, 2017, in particolare, pp.1478 ss. In giurisprudenza, si vedano Cass. 21 aprile 2016 n. 8037, Cass. pen., 11 aprile 2016 n. 14678,

sussistenza di un vincolo affettivo e di esperienza di vita reciso dall'illecito. Sullo sfondo del discorso relativo alla prova del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale si coglie, poi, l'esigenza, talora argomentata pure attraverso le tecniche proprie del giudizio di causalità[6], di selezionare la platea dei soggetti legittimati a far valere una pretesa risarcitoria per tale titolo: da questo punto di vista è nota la scelta recepita dalle Tabelle milanesi, le quali, anche nell'ultima edizione, individuano i soggetti legittimati a proporre una domanda risarcitoria per danno non patrimoniale a fronte della lesione del rapporto parentale nei genitori, figli, coniugi (non separati), parti dell'unione civile o conviventi di fatto, fratelli e nonni della vittima[7]. E questo fermo restando che la stessa elaborazione giurisprudenziale della Suprema Corte ammette, sia pure a condizione che sia rigorosamente dimostrata dall'interessato l'esistenza di un rapporto affettivo, stabile, duraturo e costante con la vittima primaria dell'illecito, la risarcibilità del danno lamentato da soggetti estranei all'ambito poc'anzi richiamato[8], così dando consistenza alla posizione di chi, anche dopo la notissima pronuncia delle Sezioni Unite sul danno tanatologico[9], ha ritenuto suscettibile di essere rovesciato l'argomento paradossale secondo il quale proprio l'orientamento accreditato da quella sentenza avrebbe reso più conveniente uccidere piuttosto che ferire[10].

Trib. Reggio Emilia, 2 marzo 2016. Garibotti, A.: "Il risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale nell'ambito delle famiglie ricostituite e delle unioni civili", *Danno e resp.*, 2017, pp. 30 ss.

6 Queste ultime tuttavia appaiono meno pertinenti dell'argomentazione che si proponga invece di verificare, innanzi tutto, l'esistenza, nel caso di specie, della situazione giuridica soggettiva, in grado, se lesa, di innescare il giudizio di ingiustizia del danno costituzionalmente qualificata e, poi, la configurabilità di una perdita ricollegabile alla lesione della stessa.

7 Cfr. p. 10 delle Tabelle 2021. Sul punto, cfr. Bussani, M.: *L'illecito civile*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, Esi, 2020, pp. 782 ss., il quale passa sinteticamente in rassegna le prassi operative che "una volta apprezzata l'entità del danno non patrimoniale (e non biologico) con l'aiuto delle tabelle meneghine, procedono a definire la somma dovuta 'personalizzandola' sulla base di indici variegati, attinenti, fra l'altro, a: la gravità dell'illecito, l'età del danneggiato, la durata del patimento da costui sofferto, le condizioni economiche delle parti, nonché – per il danno da rimbalzo – la vicinanza delle relazioni tra vittima primaria e secondaria".

8 Cfr., ad esempio, Cass. ord. 13 luglio 2018 n. 18568, la quale, muovendo anche dal dato normativo dell'art. 90 del c.p.p., nel testo attualmente vigente, secondo il quale in caso di decesso di persona offesa in conseguenza del reato, le facoltà ed i diritti previsti dalla legge possono essere esercitati e fatti valere non solo dai "prossimi congiunti" della stessa, ma anche "da persona alla medesima legata da relazione affettiva e con essa stabilmente convivente", ha attribuito, nel solco di precedenti giurisprudenziali della medesima Corte, al fatto della convivenza, cassando, dunque, la sentenza di merito che non aveva attribuito rilevanza ad una serie di elementi istruttori che consentivano di considerare nel caso di specie la vittima primaria del fatto illecito alla stessa stregua di un effettivo componente della famiglia.

9 Cfr. Cass. S.U. 22 luglio 2015 n. 15350. Busnelli, F.D.: "Tanto tuonò che…non piovve: le Sezioni Unite sigillano il sistema", *Corr. Giur.*, 2015. Sulla pronuncia si vedano anche, tra i numerosi commenti, Bona, M.: "Sezioni Unite 2015: no alla 'loss of life', ma la saga sul danno non patrimoniale continua", *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1530; Carbone, V.: "Valori personali ed economici della vita umana", *Danno resp.*, 2015, p. 889; Franzoni, M.: "Danno tanatologico, meglio di no …"; di Pardolesi, R. – Simone, R.: "Danno da morte e stare decisis: la versione di Bartleby"; di Ponzanelli, G.: "Le Sezioni Unite sul danno tanatologico"; D'ancuto L., "Le sezioni unite riaffermano l'irrisarcibilità iure hereditatis del danno da perdita della vita" *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 1008. Sul punto ci si permetta anche il rinvio al nostro "Il danno tanatologico e le funzioni della responsabilità civile", *Resp. civ. prev.*, 2015, pp. 1430 ss.

10 Cfr. Faccioli, M.: "Il problema della risarcibilità del danno tanatologico fra discrezionalità dell'interprete e teoria dell'argomentazione", *Jus civile*, 2016, 2, pp. 70 ss.

Sul versante della liquidazione del danno, poi, ed in termini forse ancora più nitidi di quanto non sia dato rilevare con riferimento ad altre ipotesi di danno non patrimoniale, la circostanza che il reticolo di relazioni del quale discorrevamo poc'anzi, non si possa 'ricucire', secondo quello che è il significato originario, nella lingua latina, della parola risarcimento[11], rende appunto particolarmente evidente che qui la condanna risarcitoria del responsabile tende ad assumere una funzione peculiare, così conferendo ulteriore consistenza agli orientamenti dottrinali che hanno sottolineato l'opportunità di abbandonare in materia di danno non patrimoniale il termine 'risarcimento' sostituendolo senz'altro con quello di riparazione[12]. Anche in relazione alla voce di danno qui oggetto di riflessione, poi, il discorso risarcitorio si articola in relazione alla presenza o meno di un danno biologico che possa essere lamentato dalla vittima indiretta dell'illecito e che – proprio questo è uno degli aspetti su cui si è innestata l'elaborazione giurisprudenziale più recente, sulla quale si avrà modo di soffermarsi tra breve – finisca per condizionare, ai fini della liquidazione, le altre componenti del danno non patrimoniale[13].

Si può, dunque, dire che, anche la materia del danno da perdita del rapporto parentale, confermi la centralità, nell'attuale dibattito sul danno non patrimoniale, dell'aspetto della liquidazione: e questo quanto meno per due ragioni.

Infatti, e per cominciare, il problema della liquidazione del danno non patrimoniale trae con sé l'esigenza di evitare liquidazioni inammissibilmente diversificate di uno stesso pregiudizio in relazione ai luoghi del territorio nazionale dove lo stesso venga patito o, meglio, fatto valere[14]: ed in questa prospettiva è stato osservato, anche da ultimo[15], come rappresenti un *vulnus* inammissibile al principio di eguaglianza la possibilità di una liquidazione diversificata di uno stesso danno in relazione al fatto che la relativa azione risarcitoria sia stata proposta innanzi a tribunali dove siano applicate tabelle differenti, situazione che peraltro rischia di determinare anche il rischio di un pericoloso *forum shopping*, al punto da rendere davvero auspicabile, se non indifferibile, l'introduzione, prefigurata dagli artt. 138 ss. del Codice delle assicurazioni, della c.d. tabella unica nazionale[16].

11 Infatti, come precisano gli studiosi del danno nel quadro del diritto romano, il termine utilizzato per indicare il risarcimento del danno era quello di *sarcire*, il quale, a sua volta, etimologicamente significa "rimettere insieme i pezzi, rammendare" Valditara, G.: *Sulle origini del concetto di damnum*, II ed., Torino, Giappichelli, 1998, p. 72.

12 Si veda, in particolare, Salvi, C.: *La responsabilità civile*, III ed., in *Tratt. dir. priv.*, G. Iudica e P. Zatti (a cura di), Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p. 80.

13 Cfr., sul punto, già quanto osservava Favilli, C.: "I danni non patrimoniali da uccisione e da lesioni del congiunto", cit., 432.

14 Pone correttamente l'accento su questo aspetto del discorso Cass. ord. 25 agosto 2020 n. 17682.

15 Si veda Ponzanelli, G.: "Tabelle milanesi al vaglio della Cassazione", *Danno e resp.*, 2021, pp. 37 ss.

16 Sul punto si veda anche, da ultimo, Bussani, M.:, *L'illecito civile*, cit., 224 s., secondo il quale il sistema delle tabelle rappresenta "una tappa fondamentale del processo volto a garantire alle vittime uniformità di trattamento su tutto il territorio nazionale, indipendentemente dal loro reddito" e, nel quadro dell'enfasi

Inoltre, una previsione quanto più possibile uniforme su tutto il territorio nazionale dei criteri di liquidazione del danno non patrimoniale, nella misura in cui realizza al massimo grado l'esigenza di prevedibilità della decisione[17] è certamente in grado, da un lato, di accelerare i tempi del processo e, dall'altro, prima ancora, di scongiurare l'instaurarsi del contenzioso, agevolando – almeno nelle ipotesi in cui l'*an* della responsabilità risulti sufficientemente pacifico tra le parti contendenti – la possibilità di una composizione stragiudiziale della controversia.

Qui il discorso relativo alla liquidazione del danno non patrimoniale finisce con intersecare il piano dell'attualità giuridico – politica. Infatti, leggendo, o quanto meno scorrendo, le 269 pagine del Piano Nazionale di Ripresa e resilienza (che, pur non essendo certo di per sé riconducibile al sistema delle fonti del diritto, si candida ad essere il fattore condizionante tutto il processo di produzione normativa in Italia, quanto meno per il prossimo quinquennio[18]), e in particolare le pp. 53 – 61 dedicate alla riforma della giustizia civile, ci si rende agevolmente conto che il fulcro degli interventi prefigurati è rappresentato dall'esigenza di ridurre i tempi del procedimento civile, per mezzo di misure organizzative (l'istituzione dell'Ufficio del processo, il potenziamento del personale di cancellerie), oltre che attraverso atti normativi destinati ad incidere sul processo civile di cognizione e su quello esecutivo ed infine tornando ad incentivare le tecniche di definizione stragiudiziale delle controversie[19]. Pertanto, mettere a punto criteri razionali ed efficienti di liquidazione (anche) di questa voce di danno non patrimoniale rappresenta, sia pure indirettamente, pure un contributo alla soluzione del problema dei tempi della giustizia civile.

II. IL NUOVO CORSO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA TERZA SEZIONE DELLA CASSAZIONE IN MATERIA DI DANNO NON PATRIMONIALE.

La più recente evoluzione della giurisprudenza di legittimità in materia di liquidazione del danno parentale, così come – più in generale – le critiche che si sono addensate da ultimo sulla utilizzazione, ai fini della quantificazione del danno non patrimoniale, delle tabelle milanesi, affondano le proprie radici su un ormai notissimo indirizzo della giurisprudenza della III sezione civile della Corte

posta sulla funzione di ridistribuzione della ricchezza che è venuta sempre più assumendo il diritto della responsabilità civile, si spinge fino ad ipotizzare la possibilità di un risarcimento sulla base del meccanismo delle tabelle proporzionalmente più elevato per i danneggiati percettori di un reddito più basso.

17 Il problema della prevedibilità della decisione è stato, oggetto, da ultimo di un dibattito dottrinale, innescato, in particolare, dalle riflessioni di Irti, N.: *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016; Id., "Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica", *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 917 ss. In precedenza, cfr. Costantino, G.: "La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza", *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 646 ss.

18 Anche in relazione al contenuto del Reg. (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

19 Cfr., in particolare, p. 56 del PNRR.

di Cassazione[20], inaugurato agli inizi del 2018. Questo indirizzo, traendo spunto da una – di poco precedente [21] - modifica normativa, ha dato ingresso ad una valutazione autonoma del danno morale, all'interno della categoria del danno non patrimoniale, così da offrire di quest'ultima un quadro indubbiamente più articolato e mosso rispetto a quello che emergeva dall'intervento nomofilattico del 2008[22], al punto che l'evoluzione appena evocata ha indotto qualche commentatore a leggere in essa, sul piano della costruzione stessa della categoria del danno non patrimoniale, una sostanziale rimessa in discussione dei principi accreditati dalle Sezioni Unite nel 2008, sia pure in un quadro di formale ossequio ai medesimi[23].

All'interno del dibattito che si è avviato a seguito dell'indirizzo della III sezione della Corte di Cassazione messo a punto con l'ordinanza n. 7513/2018, è stato osservato, da uno dei primi commentatori di questa pronuncia, nella misura in cui la stessa ha delineato una sorta di decalogo del risarcimento del danno non patrimoniale, appunto dieci anni dopo le sentenze delle Sezioni Unite del 2008[24], che essa, in un contesto in cui lo statuto del danno non patrimoniale accreditato da queste ultime si era venuto già sempre più incrinando, ha voluto proporre "un deciso allontanamento rispetto ai criteri guida fissati nel novembre 2008", in termini che sono apparsi tanto più significativi in considerazione del fatto che la messa a punto del problema del danno non patrimoniale è avvenuta direttamente da parte di una sezione semplice[25]. E per di più, la riflessione aggiuntiva è nostra, per il tramite di un'ordinanza resa all'esito di adunanza camerale, laddove l'art. 375,

20 Su di essa vedi Cass. 17 gennaio 2018 n. 901. Ziviz, P.: "Di che cosa parliamo quando parliamo di danno non patrimoniale" *Resp civ. prev*, 2018, pp. 863 ss.

21 Il riferimento è all'art. 1, 17° co. L. 4 agosto 2017 n. 124, che ha introdotto il nuovo testo degli artt. 138 e 139 cod. assicurazioni; questi, com'è noto, sotto l'unitaria definizione di danno non patrimoniale, distinguono il danno dinamico relazionale causato dalle lesioni da quello morale.

22 Si tratta dell'elemento di novità più significativo di Cass. ord. 27 marzo 2018 n. 7513, citata *infra* nota 22, che si colloca nel solco di Cass. 17 gennaio 2018 n. 901.

23 Cfr., al riguardo, SPERA, D.: "Time out: il 'decalogo' della Cassazione sul danno non patrimoniale e i recenti arresti della Medicina legale minano le sentenze di San Martino", *Ri.Da.Re*, *focus* del 4 settembre 2018. Anche Ponzanelli, G.: "Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all'interno della terza sezione", *Nuova giur. civ. comm*, 2018, I, pp. 836 ss. il quale con nota a Cass., ord. 27 marzo 2018 n. 7513 rileva che "negli anni, quello che avrebbe voluto diventare il nuovo 'statuto' del danno non patrimoniale (qui si allude alle decisioni risalenti al novembre 2008 di San Martino) si è incrinato sempre più ed è stato poi oggetto di prese posizione critiche nonostante il formale, apparente riconoscimento" Dal canto suo, PARDOLESI, R.: "Danno non patrimoniale, uno e bino, nell'ottica della Cassazione, una e Terza", *Nuova giur. civ. comm*., 2018, pp. 1344 ss., il quale, parafrasando e commentando il percorso argomentativo di Cass. 7513/18, osserva che "il danno non patrimoniale, si intima in limine, è categoria unitaria e omnicomprensiva, come opinavano, con studiata mediazione compromissoria, le sezioni unite del 2008, e già la Corte Costituzionale nel 2003. Solo che mentre la seconda qualità mira ad esorcizzare gli argini oppressivi del passato (e quelli che si volessero erigere oggi), la prima mette capo ad un gioco di prestigio verbale, nel senso di prestare *lip service* all'indicazione nomofilattica salvo contraddirla vistosamente sul piano della duplicità dei fattori che la compongono: danno dinamico relazionale, che attiene alla proiezione esterna, all'altro da sé, e danno morale, che guarda al rapporto del soggetto con sé stesso".

24 Il riferimento è a Ponzanelli, G.: "Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale" etc. cit., p. 836.

25 Così Ponzanelli, G.: "Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale", etc. cit., p. 836. In prospettiva generale, si veda, sul punto, anche Salvi, C.: "Diritto postmoderno o regressione premoderna", *Europa dir. priv*., 2018, p. 821, il quale segnala che "la funzione nomofilattica non sembra la preoccupazione principale dei giudici che dovrebbero assicurarla", avendo riguardo appunto ai casi di disobbedienza delle sezioni semplici rispetto agli orientamenti delle Sezioni Unite.

ult. co. c.p.c. prevede la trattazione in pubblica udienza, nel caso di particolare rilevanza della questione di diritto su cui la Corte debba pronunciare, ed in un quadro normativo in cui, com'è noto, *ex* art. 374, penultimo comma c.p.c., l'intenzione della Sezione semplice di discostarsi da una precedente indicazione delle Sezioni Unite avrebbe richiesto una previa rimessione a queste ultime.

In particolare, e non poteva essere altrimenti, considerato il fervore della discussione che si era svolta al riguardo appena dieci anni prima, e che aveva rappresentato uno dei nodi su cui erano poi intervenute le Sezioni Unite del 2008, ci si è interrogati sul punto se il nuovo corso della giurisprudenza della III Sezione civile della Cassazione in materia di danno non patrimoniale abbia ridato consistenza alla controversa categoria del danno esistenziale. La risposta affermativa a questo interrogativo potrebbe trovare un riscontro nel passaggio della prima pronuncia che ha inaugurato l'indirizzo che stiamo qui evocando – in quel caso una sentenza, non un'ordinanza – dove si propone una lettura delle sentenze delle Sezioni Unite del 2008 che "dopo avere identificato l'indispensabile situazione soggettiva protetta a livello costituzionale…consenta poi al giudice del merito una rigorosa analisi ed una conseguentemente rigorosa valutazione, sul piano della prova, tanto dell'aspetto interiore del danno (la sofferenza morale in tutti i suoi aspetti, quali il dolore, la vergogna, il rimorso, la disistima di sé, la malinconia, la tristezza), quanto del suo impatto modificativo *in pejus* con la vita quotidiana (il danno cd. esistenziale, in tal senso rettamente interpretato il troppe volte male inteso sintagma, ovvero, se si preferisca un lessico meno equivoco, il danno alla vita di relazione)"[26].

Ben si comprende, allora, che, a seconda delle premesse ricostruttive da cui muovono i diversi autori, il nuovo corso della Cassazione sia stato inteso, o meno, come un riaccreditamento della categoria del danno esistenziale. Infatti, da un lato, uno degli studiosi a cui, com'è noto, si deve l'elaborazione della categoria del danno esistenziale ha letto nella pronuncia di Cass. 7513/2018 "dieci fragranze esistenziali", in grado di ricacciare indietro "nel pleistocene del diritto" "l'urlo e la furia delle sentenze di S. Martino" e di far dire che "la nuttata è passata"[27]; mentre

26 Cfr. Cass. 901/18, sul cui impianto argomentativo cfr. ancora una volta ZIVIZ P.: "Di che cosa parliamo quando parliamo di danno non patrimoniale", cit. Peraltro, e proprio con riferimento al problema della prova, in caso di morte del prossimo congiunto, di un "danno non patrimoniale diverso ed ulteriore rispetto alla sofferenza morale (c.d. danno da rottura del rapporto parentale)", una sentenza della Corte di Cassazione di poco precedente rispetto all'orientamento del quale si sta discorrendo – Cass. 19 ottobre 2016 n. 21060. Foffa, R.: "Riflessi parentali del danno da morte ed onere probatorio", *Danno e resp.*, 2017, pp. 167 ss - ha precisato che quel danno "non può ritenersi sussistente per il solo fatto che il superstite lamenti la perdita delle abitudini quotidiane, essendo necessaria la dimostrazione di fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita che è onere dell'attore allegare e provare", dovendo tale onere essere adempiuto in modo circostanziato, senza che lo stesso si possa risolvere in mere enunciazioni astratte, generiche ed ipotetiche.

27 Così, con il consueto stile elegante e graffiante, Cendon, P.: "Gemütlichkeit. Dieci fragranze esistenziali in Cass. 7513/2018", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 1333 ss.

chi in passato[28] aveva svolto una critica serrata della voce risarcitoria del danno esistenziale, ha rilevato che anche l'ordinanza 7513/2018 non segna un ritorno al passato dal punto di vista della negazione di un autonomo riconoscimento del danno esistenziale[29].

In questa sede, e proprio per raccordare il discorso fin qui svolto con gli ultimi sviluppi giurisprudenziali sulle tecniche di liquidazione del danno non patrimoniale per mezzo delle tabelle, è tuttavia utile, piuttosto che approfondire il problema del riemergere della categoria del danno esistenziale nel nuovo corso della giurisprudenza della Cassazione, soffermarsi sulla costruzione teorica per mezzo della quale quel nuovo corso è stato argomentato. In questa prospettiva, è decisivo il passaggio argomentativo secondo il quale "la liquidazione finalisticamente unitaria del danno alla persona (non diversamente da quella prevista per il danno patrimoniale) avrà pertanto il significato di attribuire al soggetto una somma di denaro che tenga conto del pregiudizio complessivamente subito tanto sotto l'aspetto della sofferenza interiore (cui potrebbe assimilarsi, in una suggestiva simmetria legislativa, il danno emergente, in guisa di *vulnus* interno arrecato al patrimonio del creditore), quanto sotto quello dell'alterazione/modificazione peggiorativa della vita di relazione in ogni sua forma e considerata in ogni suo aspetto, senza ulteriori frammentazioni nominalistiche (danno idealmente omogeneo al c.d. 'lucro cessante' quale proiezione esterna del soggetto)"[30].

Si tratta di una linea ricostruttiva che non pare espressione di un semplice virtuosismo retorico argomentativo[31] e che, se forse potrà attirare alla Cassazione la critica, sovente formulata, di volersi assumere compiti che sono invece propri della dottrina – e cioè, in particolare, quelli della costruzione delle categorie che l'interprete deve utilizzare per ordinare il sistema – è comunque apprezzabile dal punto di vista dello sforzo di offrire una risposta al problema di imprimere un assetto finalmente persuasivo e rigoroso alla ineffabile essenza del danno non patrimoniale[32].

28 Cfr. Castronovo, C.: "Danno esistenziale: il lungo addio", *Danno e resp.*, 2009, pp.1 ss.

29 In questo senso, Castronovo, C.: "Il danno non patrimoniale dal codice civile al codice delle assicurazioni", *Danno e resp.*, 2019, pp. 15 ss.

30 In questi termini, da ultimo, Cass. 23469/2018, in motivazione.

31 Per riprendere la formulazione di Pardolesi, R.: "Danno non patrimoniale uno e bino" etc. cit., 1347, laddove questi afferma che il predetto virtuosismo trova sponda nell'intervento del legislatore "il quale riformula il testo dell'art. 138 cod. ass. priv., ribaltando i principi sin lì rivendicati con enfasi. A conferma dell'oscillare del pendolo, che ora punta a rimuovere i troppi paletti fissati per il dispiegarsi della quantificazione del danno non patrimoniale, il nuovo testo della disposizione ribadisce la primazia del diritto al pieno risarcimento e prefigura una dimensione autonoma per il danno morale, da incanalare in un qualche solco tabellare, oppure rimettere alla discrezione del giudice".

32 Non sembra allora condivisibile la critica di Pardolesi, R.: "Danno non patrimoniale uno e bino" etc., cit., 1348, laddove egli afferma che "ci sono molte cose, dunque, sotto il cielo della responsabilità civile forgiata dalla giurisprudenza (della Terza Sezione). Ma non una visione d'insieme. E tanto meno la coerenza progettuale di *policy*".

Non v'è dubbio, dunque, che il tema del danno non patrimoniale, ed in particolare il profilo della sua liquidazione, restituisce ancora, a chi si confronti con esso, un'immagine molto simile a quella del *work in progress*: basti pensare ancora alle pronunce inserite nel gruppo delle sentenze di San Martino – il c.d. progetto sanità - della III sezione civile del 2019[33], che hanno confermato l'autonoma risarcibilità del danno morale, hanno dato continuità all'idea, accreditata già dai precedenti del 2018 poc'anzi richiamati, di un risarcimento del danno non patrimoniale che, per essere integrale, deve comprendere sia l'aspetto della sofferenza interiore che quello dinamico relazionale del pregiudizio, ed hanno puntualizzato le indicazioni che il giudice del merito deve seguire per evitare duplicazioni risarcitorie[34].

III. LA LIQUIDAZIONE DEL DANNO DA PERDITA DEL RAPPORTO PARENTALE: VERSO IL SUPERAMENTO DELLE TABELLE MILANESI?

E' ben noto l'indirizzo, definitivamente accreditato da una coppia di pronunce della Cassazione risalente esattamente a dieci anni fa[35] che aveva attribuito una sorta di valore normativo alle tabelle milanesi, pur lasciando uno spazio di esplicazione alla discrezionalità giudiziale in materia; la recentissima rimeditazione di quell'orientamento – alla luce della elaborazione del danno non patrimoniale poc'anzi illustrata - ha condotto ad una rimessa in discussione delle tabelle milanesi, quale criterio che il giudice del merito deve utilizzare in sede di liquidazione del danno biologico, a favore di quelle romane[36]. In questa prospettiva, è stato innanzi tutto posto l'accento sulla circostanza che "a differenza del danno biologico, il danno morale, ossia la sofferenza soggettiva, non avente fondamento medico legale, sfugge

33 Cfr. Cass. 11 novembre 2019 nn. 28988 e 28989, che si leggono con note di Ponzanelli, G.: "La Cassazione conferma e completa il nuovo statuto del danno alla persona" *Foro It.*, 2020, 10 ss e di Di Ciommo, F.: "Natura funzionalmente unitaria e omnicomprensiva del danno non patrimoniale e distinzione strutturale tra danno morale e danno dinamico – relazionale. La Cassazione promuove le tabelle romane e boccia quelle milanesi?". Sulla sentenza n. 28989/19 si vedano anche i commenti di La Battaglia, L., "Il danno da perdita del rapporto parentale dopo la seconda stagione di San Martino", *Corr. Giur.*, 2020, pp. 315 ss. e di Molinaro, F.: "San Martino 2.0: ritorno al passato o evoluzione del danno non patrimoniale?", *Resp. giur. prev.*, 2020, pp. 1903 ss. Sulla sentenza n. 28988/19, si veda pure il commento di Ponzanelli, G.: "Risarcimento del danno alla persona: San Martino 2019 si allontana da San Martino 2008 e conferma gli equilibri risarcitori del 2018", *Danno e resp.*, 2020, pp. 69 s.

34 Si veda, di nuovo, ed in particolare, per quel che concerne il problema del danno da perdita del rapporto parentale, Cass. 11 novembre 2019 n. 28989, cit., la quale precisa che "in tema di pregiudizio da perdita o lesione del rapporto parentale, il giudice è tenuto a verificare, in base alle evidenze probatorie acquisite, se sussistano uno o entrambi i profili di cui si compone l'unitario danno non patrimoniale subito dal prossimo congiunto, e cioè l'interiore sofferenza morale soggettiva e quella riflessa sul piano dinamico – relazionale, nonché ad apprezzare la gravità ed effettiva entità del danno in considerazione dei concreti rapporti col congiunto, anche ricorrendo ad elementi presuntivi quali la maggiore o minore prossimità del legame parentale, la qualità dei legami affettivi (anche se al di fuori di una configurazione formale), la sopravvivenza di altri congiunti, la convivenza o meno col danneggiato, l'età delle parti ed ogni altra circostanza del caso".

35 Cfr. Cass. 7 giugno 2011 n. 12408, in *Foro it.*, 2011, I, 2274, con nota di DIANA, C. e Cass. 30 giugno 2011 n. 14402.

36 Cfr. Cass. 10 novembre 2020 n. 25164. Ponzanelli, G.: "Rivisitazione delle tabelle milanesi e prova del pregiudizio morale: il nuovo intervento della cassazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, p. 91. Si veda sull'argomento anche Ponzanelli, G.: "Tabelle milanesi al vaglio della Cassazione", *Danno e resp.*, 2021, pp. 37 ss. Da ultimo, è tornata sull'argomento, tenendo altresì conto delle nuove tabelle milanesi del marzo 2021, e con particolare ricchezza di sviluppi, Cass. 21 aprile 2021 n. 10579, sulla quale si tornerà tra breve.

per definizione ad una valutazione aprioristica, ma deve essere allegato, provato e valutato nella sua concreta, multiforme e variabile fenomenologia che nessuna ragione logica, oltre che nessun fondamento positivo, consente di rapportare in termini standardizzati alla gravità della lesione all'integrità psicofisica''[37]. Si viene così a prefigurare una tecnica di liquidazione che, ancorché pur sempre imperniata sul sistema delle tabelle per quel che concerne il danno alla salute, potrebbe non essere estesa al pregiudizio morale, posto che l'accertamento e la liquidazione di quest'ultimo dovrebbero essere pur sempre affidati all'istruttoria della singola vicenda processuale ''nella sua concreta, multiforme e variabile fenomenologia''[38].

Un intervento ancora più recente della Corte di Cassazione[39] ha, tuttavia, apportato un parziale temperamento a queste affermazioni, in particolare per quel che concerne le tecniche probatorie del danno morale. In particolare, la Corte, nella decisione ora evocata, ha innanzi tutto ribadito che la personalizzazione del risarcimento del danno alla salute consiste in una variazione in aumento (o, in astratta ipotesi, in diminuzione) del valore standard del risarcimento, per tenere conto delle specificità del caso concreto. Queste devono consistere ''in circostanze eccezionali e specifiche'', con la conseguenza che ''non può essere accordata alcuna variazione in aumento del risarcimento standard previsto dalle 'tabelle' per tenere conto di pregiudizi che qualunque vittima che abbia patito le medesime lesioni deve sopportare, secondo *l'id quod plerumque accidit*, trattandosi di conseguenze già considerate nella liquidazione tabellare del danno''[40]. Anche questa pronuncia ha ribadito, poi, il principio, più volte condiviso nelle precedenti pronunce, dell'autonomia del danno morale rispetto al danno biologico, sulla premessa che si tratti di un pregiudizio di natura del tutto interiore e non relazionale e perciò meritevole di un compenso aggiuntivo al di là della personalizzazione prevista per gli aspetti dinamici compromessi: venendo, dunque, in considerazione qui un

37 Così Cass. 4 febbraio 2020 n. 2461. Di Ciommo, F.: "Tanto tuonò che piovve. La Cassazione abbandona le tabelle milanesi ritenendole inadeguate a considerare il danno morale", *Foro It.,* 2020, I, 2014 e Ponzanelli, G.: "La crisi delle tabelle milanesi: l'intervento della Cassazione", *Danno e resp.*, 2020, pp. 223 ss.

38 Così di nuovo Cass. 4 febbraio 2020 n. 2461.

39 Il riferimento è a Cass. 10 novembre 2020 n. 25164. Ponzanelli, G. "Rivisitazione delle tabelle milanesi e prova del pregiudizio morale: il nuovo intervento della Cassazione", *Nuova giur. civ. comm*, 2021, I, p. 91, nonché Zappatore, F.: "La stabile inquietudine del danno non patrimoniale", *Danno e resp.*, 2021, I, p. 32.

40 Nel caso di specie – osserva la sentenza che si sta ora esaminando – la Corte territoriale aveva accordato la personalizzazione affermando che "non si rinvengono in atti elementi utili che consentano di altrimenti valutare in termini economici la perdita di capacità di lavoro, sia generica che specifica" e che la vittima si trova nella "*indubbia impossibilità di cimentarsi in attività fisiche*", e ritenendo di dover considerare tale circostanza quale elemento per la personalizzazione nell'ambito del danno biologico. Orbene, così facendo, secondo la Corte, il Collegio di merito sarebbe incorso in un duplice errore di diritto: da un lato, non avrebbe considerato che la personalizzazione del danno - come si è già poc'anzi rammentato - deve trovare giustificazione nel positivo accertamento di specifiche conseguenze eccezionali, ulteriori rispetto a quelle ordinariamente conseguenti alla menomazione, e che non potrebbe costituire lo strumento per ovviare alla carenza di prova in punto di danno alla capacità lavorativa (tanto più che la lesione alla capacità di lavoro generica è ricompresa nell'ambito delle conseguenze ordinarie del danno alla salute e quella relativa alla capacità lavorativa specifica, da valutarsi nell'ambito del danno patrimoniale, esula dalla sfera del danno biologico). Dall'altro, la Corte avrebbe liquidato due volte il pregiudizio relativo all'impossibilità di compiere determinati atti fisici, dapprima a titolo di danno alla salute e, poi, a titolo, appunto, di personalizzazione, seppure in difetto, come detto, dell'indicazione di circostanze specifiche ed eccezionali.

danno che non è suscettibile di accertamento medico – legale e che si sostanzia nella rappresentazione di uno stato d'animo di sofferenza interiore che prescinde dalle vicende dinamico – relazionali della vita del danneggiato.

Di qui, nella sentenza che si sta ora ripercorrendo, l'indicazione di una serie di linee – guida che il giudice di merito dovrà seguire nel procedere alla liquidazione del danno alla salute: accertare l'esistenza, nel singolo caso, di un eventuale concorso del danno dinamico-relazionale e del danno morale; in caso di positivo accertamento dell'esistenza (anche) di quest'ultimo, determinare il *quantum* risarcitorio applicando integralmente le Tabelle di Milano, che prevedono la liquidazione di entrambe le voci di danno, ma pervengono (non correttamente) all'indicazione di un valore monetario complessivo (costituito dalla somma aritmetica di entrambe le voci di danno); in caso di negativo accertamento, e di conseguente esclusione della componente morale del danno, considerare la sola voce del danno biologico, depurata dall'aumento tabellarmente previsto per il danno morale, secondo le percentuali ivi indicate, liquidando, conseguentemente il solo danno dinamico-relazionale; in caso di positivo accertamento dei presupposti per la cd. personalizzazione del danno, procedere all'aumento fino al 30% del valore del solo danno biologico, depurato dalla componente morale del danno automaticamente (ma erroneamente) inserita in tabella.

Dal punto di vista della prova del danno morale, poi, e – come si accennava poc'anzi – con qualche varietà di accenti rispetto a Cass. 2461/2020 - la Corte, nella sentenza 25164/2020, ha ribadito che, venendo in rilievo il pregiudizio ad un bene immateriale, il ricorso alla prova presuntiva è destinato ad assumere particolare rilievo e può costituire anche l'unica fonte di convincimento del giudice, pur restando fermo l'onere del danneggiato di allegare tutti gli elementi che, nella concreta fattispecie, siano idonei a fornire la serie concatenata dei fatti noti, al fine di consentire di risalire al fatto ignoto. Oggetto di tale onere di allegazione sono i fatti primari, ovvero i fatti costitutivi del diritto al risarcimento del danno; con specifico riguardo alle conseguenze pregiudizievoli causalmente riconducibili alla condotta, "l'attività assertoria deve consistere nella compiuta descrizione di tutte le sofferenze di cui si pretende la riparazione". Tuttavia, ad un così puntuale onere di allegazione non corrisponde un onere probatorio parimenti ampio, alla luce, anche, e soprattutto, della dimensione eminentemente soggettiva del danno morale. Da qui la possibilità di provare il danno morale anche mediante massime di esperienza che consentirebbero di evitare "che la parte si veda costretta, nell'impossibilità di provare il pregiudizio dell'essere, ovvero della condizione di afflizione fisica e psicologica in cui si è venuta a trovare in seguito alla lesione subita,

ad articolare estenuanti capitoli di prova relativi al significativo mutamento di stati d'animo interiori da cui possa inferirsi la dimostrazione del pregiudizio patito'"[41].

Il discorso deve volgersi ora alla sentenza[42] che, da ultimo, e proprio con riferimento al problema del danno da perdita del rapporto parentale, si è confrontata con un tentativo di ricostruzione sistematica complessiva del tema delle tabelle per la liquidazione del danno non patrimoniale. La decisione prende in particolare le mosse dalla considerazione[43] secondo la quale "l'utilizzo da parte del giudice delle tabelle redatte dall'ufficio giudiziario per la liquidazione del danno non patrimoniale trova fondamento nel potere del giudice di valutazione equitativa del danno previsto dall'art. 1226 c.c.", che configura un'ipotesi di equità giudiziale c.d. integrativa o correttiva, riconducibile ad un giudizio di diritto e non di equità. La peculiarità della disposizione dell'art. 1226 c.c. viene ravvisata dalla Corte di cassazione nella circostanza che questa norma corrisponde in parte alla tecnica della fattispecie "quale collegamento di determinate circostanze giuridiche a determinati presupposti di fatto, per l'altra ha natura di clausola generale, cioè di formulazione elastica del comando giuridico che richiede di essere concretizzato in una norma individuale aderente alle circostanze del caso". Riguardato come fattispecie, l'art. 1226 c.c. richiede "sia che risulti obiettivamente impossibile, o particolarmente difficile, la prova del danno nel suo ammontare, sia che risulti assolto l'onere della parte di dimostrare la sussistenza o l'entità materiale del danno medesimo", mentre, nella sua dimensione di clausola generale, "l'art. 1226 c.c. definisce il contenuto del potere del giudice nei termini di valutazione equitativa". Pertanto, prosegue la sentenza, "la determinazione del danno biologico corrisponde alla concretizzazione nel particolare episodio di vita di una clausola generale", nella prospettiva della realizzazione dell'esigenza della uniformità di trattamento nei giudizi aventi ad oggetto la domanda di risarcimento del danno biologico, esigenza che costituisce il referente, in termini di valori perseguiti, della elaborazione giurisprudenziale – sulla quale a questo punto la sentenza si sofferma[44] – che aveva attribuito un valore paranormativo al riguardo alle tabelle

41 Il dibattito è, poi, proseguito, essendosi affermato che "questa Corte ha già stabilito che soltanto in presenza di circostanze 'specifiche ed eccezionali', tempestivamente allegate dal danneggiato, le quali rendano il danno concreto più grave, sotto gli aspetti indicati, rispetto alle conseguenze ordinariamente derivanti dai pregiudizi dello stesso grado sofferti da persone della stessa età, è consentito al giudice, con motivazione analitica e non stereotipata, incrementare le somme dovute a titolo risarcitorio in sede di personalizzazione della liquidazione (…) da ultimo Cass. n. 25164 del 2020)" (Cass. ord. 10 febbraio 2021, n. 3310; in precedenza cfr. anche Cass. ord. 13 gennaio 2021, n. 460).

42 Il riferimento è a Cass. 21 aprile 2021 n. 10579, in *Quotidiano giuridico*, 2021, ed in corso di pubblicazione in *Corr. Giur.*, 2021, con nota di chi scrive, "Le tabelle per la liquidazione del danno non patrimoniale tra equità e clausola generale".

43 Mutuata da Cass. 19 maggio 1999 n. 4852, (quanto alla massima). Grondona, M.: "Responsabilità del medico, nesso di causalità, risarcimento del danno morale riflesso: la Cassazione fa il punto", *Danno e resp.*, 2000, pp. 157 ss. nonché Parodi, C.: "Il percorso evolutivo del danno riflesso", *Nuova giur. civ. comm*, 2000, I, pp. 226 ss.

44 Cfr. pp. 7 – 9 della motivazione; quest'orientamento è stato richiamato qui *supra* nota 35.

milanesi "nel senso che forniscono gli elementi per concretare il precetto elastico previsto dall'art. 1226 c.c."[45].

La riconduzione del criterio di liquidazione del danno non patrimoniale, nei termini poc'anzi richiamati, alla tecnica normativa della clausola generale consente di collocare nella prospettiva dei *Fallgruppen*, e cioè della sistemazione di casi simili avvenuta appunto per mezzo della clausola generale, anche le tabelle elaborate dagli uffici giudiziari per la liquidazione del anno non patrimoniale: come precisa la sentenza[46], "si tratta in definitiva della conversione della clausola generale in una pluralità di ipotesi tipizzate risultanti dalla standardizzazione della concretizzazione giudiziale della clausola di valutazione equitativa del danno". Tuttavia, ed è questo il punto decisivo del ragionamento della Corte dal punto di vista della costruzione della tecnica argomentativa che il giudice di merito è chiamato ad utilizzare nel momento in cui applica le tabelle, trattandosi di "un'opera di astrazione delle decisioni della giurisprudenza di merito, la tabella non ha la cogenza del dettato legislativo e consente pertanto la riespansione della clausola generale se le peculiarità del caso concreto non tollerano la sussunzione nella fattispecie tabellare" e questo, come ha modo di precisare la sentenza, spiega perché "secondo la giurisprudenza di questa Corte, qualora il giudice, nel soddisfare esigenze di uniformità di trattamento su base nazionale, proceda alla liquidazione equitativa in applicazione della tabelle predisposte dal Tribunale di Milano, nell'effettuare la necessaria personalizzazione di esso, in base alle circostanze del caso concreto, possa superare i limiti minimi e massimi degli ordinari parametri previsti dalle dette tabelle solo quando la specifica situazione presa in considerazione si caratterizzi per la presenza di circostanze di cui il parametro tabellare non possa avere già tenuto conto, in quanto elaborato in astratto in base all'oscillazione ipotizzabile in ragione delle diverse situazioni ordinariamente configurabili secondo l'*id quod plerumque accidit*, dando adeguatamente conto in motivazione di tali circostanze e di come esse siano state considerate"[47].

Laddove, dunque, "il caso concreto impone la presa di distanza rispetto alla standardizzazione tabellare dei precedenti della giurisprudenza", l'applicazione in presa diretta, per così dire, della clausola generale[48] rende determinante la motivazione, definita dalla sentenza non solo "forma dell'atto giurisdizionale imposta dalla Costituzione e dal codice processuale, ma…anche sostanza della

45 Sul punto, la sentenza richiama Cass. 25 febbraio 2014 n. 4447 e la definizione delle tabelle, in essa contenuta, quali fonti "in base alle quali considerare correttamente esercitato il potere di liquidazione equitativa"

46 Cfr. p. 12 della motivazione.

47 Cfr. p. 13 della motivazione.

48 Applicazione, o riespansione, che, come ha modo di precisare la sentenza a p. 15 della motivazione, non sarà più possibile una volta emanata la tabella unica nazionale, salva l'applicazione della previsione dell'art. 138, co. 3à del cod. assicurazioni.

decisione, perché la valutazione equitativa del danno, nella sua componente valutativa, si identifica con gli argomenti che il giudice espone".

Nel quadro di queste suggestive premesse ricostruttive, si coglie allora il senso della critica alle tabelle del Tribunale di Milano per quello che concerne la questione della liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale[49]. Infatti, argomenta la sentenza della quale stiamo ripercorrendo la motivazione, "la funzione di garanzia dell'uniformità delle decisioni svolta dalla tabella elaborata dall'ufficio giudiziario è affidata al sistema del punto variabile, per il grado di prevedibilità che tale tecnica offre pur con limitate possibilità di deroga, derivanti dalla eccezionalità del caso di specie", laddove "la tabella meneghina, con riferimento al danno da perdita (del rapporto) parentale, non segue la tecnica del punto, ma si limita ad individuare un tetto minimo ed un tetto massimo, fra i quali ricorre peraltro una assai significativa differenza"; e "l'individuazione di un così ampio differenziale costituisce esclusivamente una perimetrazione della clausola generale di valutazione equitativa del danno e non una forma di concretizzazione tipizzata, qual è la tabella basata sul sistema del punto variabile". Rimane in questo modo aperto "il compito di concretizzazione della clausola, della quale, nell'ambito di un *rang*e assai elevato, viene indicato soltanto un minimo ed un massimo. In definitiva, si tratta ancora di una sorta di clausola generale, di cui si è soltanto ridotto, sia pure in modo relativamente significativo, il margine di generalità", mentre "una tabella, così concepita, non realizza in conclusione l'effetto di fattispecie che ad essa dovrebbe invece essere connaturato". Al contrario, "garantisce…uniformità e prevedibilità una tabella per la liquidazione del danno parentale basata sul sistema a punti, con la possibilità di applicare sull'importo finale dei correttivi in ragione della particolarità della situazione"; ed in questa prospettiva la Corte fissa i requisiti che dovrebbe contenere una tabella siffatta, da ravvisarsi nella "1) adozione del criterio 'a punto variabile'; 2) estrazione del valore medio del punto dai precedenti; 3) modularità; 4) elencazione delle circostanze di fatto rilevanti (tra le quali, da indicare come indefettibili, l'età della vittima, l'età del superstite, il grado di parentela e la convivenza) e dei relativi punteggi"[50], sottolineando la coerenza di questa impostazione con l'idea sottostante all'indirizzo accreditato da Cass.

49 È significativa, proprio per comprendere appieno il senso della evoluzione della giurisprudenza della III sezione della Cassazione in materia di applicazione delle tabelle milanesi al danno da perdita del rapporto parentale, anche la – di poco più recente – Cass. 14 novembre 2019 n. 29495 con nota di La Battaglia, L.: "Il danno da perdita del rapporto parentale dopo la seconda stagione di San Martino", *Corr. Giur.*, 2020, pp. 317 ss., secondo la quale "nella liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale – diversamente da quanto statuito per il pregiudizio arrecato all'integrità psicofisica – le tabelle predisposte dal Tribunale di Milano non costituiscono concretizzazione paritaria dell'equità su tutto il territorio nazionale; tuttavia, qualora il giudice scelga di applicare i predetti parametri tabellari, la personalizzazione del risarcimento non può discostarsi dalla misura minima ivi prevista senza dare conto nella motivazione di una specifica situazione, diversa da quelle già considerate come fattori determinanti la divergenza tra il minimo ed il massimo, che giustifichi la decurtazione. Su queste premesse, la Corte è pervenuta all'annullamento della decisione di merito che, benché avesse identificato nelle tabelle milanesi il parametro equitativo, aveva poi, e senza alcuna spiegazione, quantificato il risarcimento, spettante al figlio per la perdita della madre, in una misura corrispondente a circa un terzo del minimo delle tabelle stesse).

50 Cfr. pp. 16 – 17 della motivazione.

12408/11 e dunque il fatto che, anche in questo caso, si tratta di "una progressione evolutiva verso un livello massimo di certezza, uniformità e prevedibilità" nelle liquidazioni del danno, che – osserva la Corte – solo l'adozione della tabella unica nazionale potrà assicurare pienamente per la sua natura di diritto legislativo. La sentenza si fa carico anche delle conseguenze che l'*overruling* che così si determina appare in grado di determinare con riferimento alle decisioni di merito che erano state adottate applicando il precedente indirizzo, ma osserva che occorrerà pur sempre guardare "al profilo della quantificazione del danno, a prescindere da quale sia la tabella adottata, e, nel caso di quantificazione non conforme al risultato che si sarebbe conseguito seguendo una tabella basata sul sistema a punti secondo i criteri sopra indicati, a quale sia la motivazione della decisione"[51].

Gli svolgimenti argomentativi di Cass. 10579/21 – particolarmente ricchi ed attenti anche alle implicazioni di tecnica della formulazione del comando normativo e della motivazione della decisione giudiziale - rendono evidente che il problema non si risolve ovviamente nell'esprimere una semplice preferenza operativa per (taluni aspetti delle) tabelle romane rispetto a quelle milanesi: tanto più che, come dimostra un'ancora più recente pronuncia della Suprema Corte, e di nuovo con riferimento al problema della liquidazione del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale[52], ben può accadere che, nella singola vicenda di vita portata all'attenzione del giudice di legittimità, per mezzo dei motivi di un ricorso per cassazione, sia ritenuta legittima invece l'applicazione delle tabelle milanesi, avendo il giudice "fornito una adeguata motivazione a supporto della scelta adottata e della determinazione specifica del danno con riferimento ai soggetti cui è stato riconosciuto, contemperando in maniera equilibrata l'età della vittima e dei superstiti, l'intensità del vincolo familiare e le grandi sofferenze provate da questi ultimi". Si tratta invece, e piuttosto, di cogliere, anche in con riferimento al tema della liquidazione del danno non patrimoniale, il significato più profondo dell'esperienza del diritto che riesce ad assolvere il proprio ruolo di governo delle relazioni umane soltanto nella misura in cui è in grado di 'comunicare' e rendere intellegibile il senso della decisione.

Sembra allora che il percorso che si è svolto in questo scritto, relativo ad un problema, qual è quello del risarcimento del danno non patrimoniale, che è influenzato in maniera così significativa dal dato normativo costituzionale, costituisca la conferma di come "nella esperienza giuridica contemporanea i due processi convergenti di costituzionalizzazione e giurisdizionalizzazione del diritto possano oggi condurre a vincere i rischi del nichilismo giuridico, di una visione del diritto come pura forma, insensibile a qualsiasi valutazione in chiave di contenuto,

51 Cfr. p. 18 della motivazione.

52 Il riferimento è a Cass. ord. 5 maggio 2021 n. 11719.

e quindi di giustizia"[53]: quel valore della giustizia suscettibile di essere attinto dalla motivazione di una decisione in grado di cogliere tutti gli aspetti della vicenda di vita controversa.

53 Cfr. Lipari, N.: *Elogio della giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2021, 102 – 103.

BIBLIOGRAFIA

Aa.Vv., "Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U. 11 novembre 2008 nn. 26972/3/4/5", Milano, Giuffrè, 2009.

Bona, M.: "Sezioni Unite 2015: no alla 'loss of life', ma la saga sul danno non patrimoniale continua", *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1530;

Busnelli, F.D.: "Tanto tuonò che…non piovve: le Sezioni Unite sigillano il sistema", *Corr. Giur.*, 2015.

Bussani, M.: *L'illecito civile*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, Esi, 2020, pp. 782 ss.

Carbone, V.: "Valori personali ed economici della vita umana", *Danno resp.*, 2015, p. 889;

Castronovo, C.: "Danno esistenziale: il lungo addio", *Danno e resp.*, 2009, pp.1 ss.

Castronovo, C.: "Il danno non patrimoniale dal codice civile al codice delle assicurazioni", *Danno e resp.*, 2019, pp. 15 ss.

Cendon, P.: "Gemütlichkeit. Dieci fragranze esistenziali in Cass. 7513/2018", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 1333 ss.

Cinque, M.: "Quale statuto per il 'genitore sociale'?", *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 1478 ss.

Costantino, G.: "La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza", *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 646 ss.

D'ancuto L., "Le sezioni unite riaffermano l'irrisarcibilità iure hereditatis del danno da perdita della vita", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 1008.

De Pamphilis, M.: "Danno da uccisione del familiare: niente risarcimento al coniuge 'infedele'", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 438 ss.

Di Ciommo, F.: "Tanto tuonò che piovve. La Cassazione abbandona le tabelle milanesi ritenendole inadeguate a considerare il danno morale", *Foro It.*, 2020, I, 2014.

Faccioli, M.: "Il problema della risarcibilità del danno tanatologico fra discrezionalità dell'interprete e teoria dell'argomentazione", *Jus civile*, 2016, 2, pp. 70 ss.

Favilli, C.: "I danni non patrimoniali da uccisione e da lesioni del congiunto", in E. Navarretta, (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2010, pp.437 ss.

Favilli, C.: "La risarcibilità del danno morale da lesioni del congiunto: l'intervento dirimente delle Sezioni Unite" *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p-694.

Foffa, R.: "Riflessi parentali del danno da morte ed onere probatorio", *Danno e resp.*, 2017, pp. 167 ss.

Garibotti, A.: "Il risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale nell'ambito delle famiglie ricostituite e delle unioni civili", *Danno e resp.*, 2017, pp. 30 ss.

Grondona, M.: "Responsabilità del medico, nesso di causalità, risarcimento del danno morale riflesso: la Cassazione fa il punto", *Danno e resp.*, 2000, pp. 157 ss.

Irti, N.: "Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica", *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 917 ss.

Irti, N.: *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016.

La Battaglia, L., "Il danno da perdita del rapporto parentale dopo la seconda stagione di San Martino", *Corr. Giur.*, 2020, pp. 315 ss.

La Battaglia, L.: "Il danno da perdita del rapporto parentale dopo la seconda stagione di San Martino", *Corr. Giur.*, 2020, pp. 317 ss.

Mazzamuto, S.: "Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale", *Contratto e Impr.*, 2009, pp. 588 ss.

Molinaro, F.: "San Martino 2.0: ritorno al passato o evoluzione del danno non patrimoniale?", *Resp. giur. prev.*, 2020, pp. 1903 ss.

Navarretta E.: "Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali", *Foro It.,* 2009, pp. 139 ss.

Pardolesi, R.: "Danno non patrimoniale, uno e bino, nell'ottica della Cassazione, una e Terza", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 1344 ss.

Parodi, C.: "Il percorso evolutivo del danno riflesso", *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, pp. 226 ss.

Ponzanelli, G. "Rivisitazione delle tabelle milanesi e prova del pregiudizio morale: il nuovo intervento della Cassazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, p. 91.

Ponzanelli, G.: "Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all'interno della terza sezione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, pp. 836 ss.

Ponzanelli, G.: "La Cassazione conferma e completa il nuovo statuto del danno alla persona" *Foro It.*, 2020, 10 ss.

Ponzanelli, G.: "La crisi delle tabelle milanesi: l'intervento della Cassazione", *Danno e resp.*, 2020, pp. 223 ss.

Ponzanelli, G.: "Risarcimento del danno alla persona: San Martino 2019 si allontana da San Martino 2008 e conferma gli equilibri risarcitori del 2018", *Danno e resp.*, 2020, pp. 69 ss.

Ponzanelli, G.: "Rivisitazione delle tabelle milanesi e prova del pregiudizio morale: il nuovo intervento della Cassazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, p. 91.

Ponzanelli, G.: "Tabelle milanesi al vaglio della Cassazione", *Danno e resp.*, 2021, pp. 37 ss.

Ponzanelli, G.: "Tabelle milanesi al vaglio della Cassazione", *Danno e resp.*, 2021, pp. 37 ss.

Riccio, A.: "Verso l'atipicità del danno non patrimoniale: il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.?", *Contratto e Impr.*, 2009, pp. 277 ss.

Salvi, C.: "Diritto postmoderno o regressione premoderna", *Europa dir. priv.*, 2018, p. 821.

Salvi, C.: *La responsabilità civile*, III ed., in *Tratt. dir. priv.*, G. Iudica e P. Zatti (a cura di), Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p. 80.

Scognamiglio, C.: "Il danno tanatologico e le funzioni della responsabilità civile", *Resp. civ. prev.*, 2015, pp. 1430 ss.

Scognamiglio, C.: "Le tabelle per la liquidazione del danno non patrimoniale tra equità e clausola generale", *Quotidiano giuridico*, 2021, ed in corso di pubblicazione in *Corr. Giur.*, 2021.

Spera, D.: "Time out: il 'decalogo' della Cassazione sul danno non patrimoniale e i recenti arresti della Medicina legale minano le sentenze di San Martino", *Ri.Da. Re*, focus del 4 settembre 2018.

Valditara, G.: *Sulle origini del concetto di damnum*, II ed., Torino, Giappichelli, 1998, p. 72.

Zappatore, F.: "La stabile inquietudine del danno non patrimoniale", *Danno e resp.*, 2021, I, p. 32.

Ziviz, P.: "Di che cosa parliamo quando parliamo di danno non patrimoniale" *Resp civ. prev.*, 2018, pp. 863 ss.

Ziviz, P.: "Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso", in *Resp civ.* e *prev.*, 2009, p. 98.

VICENDE TRASLATIVE DI IMMOBILI GRAVATI DA USUFRUTTO SUCCESSIVO. CAUSA IN CONCRETO E VARIABILITÀ STRUTTURALE DELL'ATTO NOTARILE

MOVING EVENTS OF PROPERTY AFFECTED BY SUBSEQUENT USUFRUCT. CONCRETE AND STRUCTURAL VARIABILITY OF THE NOTARIAL DEED

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2538-2569

Marco
BELLINVIA
e Antonio
MUSTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il saggio, muovendo da un caso concreto, analizza il problema del trasferimento della piena proprietà di un immobile su cui grava un diritto d'usufrutto successivo, di provenienza donativa (art. 796 c.c.), accettato dal terzo riservatario e trascritto nei Registri immobiliari.

PALABRAS CLAVE: Vendita; intera proprietà; usufrutto successivo; trascrizione.

ABSTRACT: *The essay, starting from a specific case, analyzes the problem of transferring the ownership of a property which is subject to the right of subsequent usufruct, of donative origin (article 796 of the civil code), accepted by the third party to who has the [reservation] right and recorded in the real estate registers.*

KEY WORDS: *Sale; full property; subsequent usufruct; transcription.*

SUMARIO.- I. FATTO E QUESTIONE. - II. L'ATTO DI RINUNCIA ABDICATIVA AL DIRITTO DI USUFRUTTO SUCCESSIVO. - III. LA VENDITA DA PARTE DI TUTTI I TITOLARI (NUDO PROPRIETARIO, USUFRUTTUARIO ATTUALE, USUFRUTTUARIO SUCCESSIVO) DELLA PIENA PROPRIETÀ. - IV. PUBBLICITÀ. - V. RILIEVI CONCLUSIVI.

I. FATTO E QUESTIONE.

Mirifico contributo al pensiero del Novecento giuridico[1], la prolusione al corso di diritto civile, letta il 3 marzo 1964 nella sede della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Catania, su rispetto della legge e ruolo dell'interprete[2] - polarità di un'antica antinomia nella «vita del diritto [che] si realizza fondamentalmente attraverso impulsi ed esigenze» dell'attività dei privati - segna ancora oggi il momento di un più intenso richiamo alla «inidoneità della rigida regola generale a soddisfare la giustizia dei casi concreti»[3], nonché il segno esteriore, in pagine dense di significato, di una somma di sollecitazioni ad attendere, nel procedimento ermeneutico, agli interessi coinvolti nel singolo rapporto giuridico, quale ordinamento del caso concreto[4].

1 Del suo magistero scientifico e della «opera sua complessiva, imponente per mole, ammirevole per rigore e approfondimento, […] frutto di una vita di studio costante ed intensissimo, di un'ammirevole ed incondizionata dedizione alla ricerca […] [t]utti noi, chi più chi meno, abbiamo tratto […] ragioni di riflessione e motivi di condivisione» Catàudella, A.: "L'opera scientifica di C.M. Bianca", *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 693.

2 Bianca, C.M.: *Diritto civile, I, La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 29: «l'interprete non si limita a recepire senz'altro la norma come un dato già compiutamente definito ma può concorrere a determinarne […] quel significato che tenda alla migliore composizione dei conflitti d'interesse». Sul ruolo dell'interprete, tra leggi scritte e regole operanti nel sistema, Id.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica", *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castan Tobenas*, II, Pamplona, 1969, p. 59.

3 Bianca, C.M.: "L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale," in *Studi in onore di Gaetano Zingali*, III, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 161 e ss. spec. p. 188 ss.

4 *Conditor iuris* della nozione di causa concreta, Bianca, C.M.: *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 425 (2ª ed., 2000, e 3ª, 2019, p. 410 ss., da cui si cita); Id.: *Istituzioni di diritto privato*, con la collaborazione di Bianca M., Giuffrè, Milano, 2014, p. 434; Id., "Causa concreta del contratto e diritto effettivo", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 251 ss. Sulla funzionalizzazione della causa, Cicala, R.: *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione «novativa» del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Jovene, Napoli, 1968, p. 93; Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 1991, p. 242. Per la giurisprudenza, almeno, Cass., 16 maggio 2017, n. 12069, *www.legale.leggiditalia.it*, per cui «la causa in concreto è lo «scopo pratico del contratto, in quanto sintesi degli interessi che il singolo negozio è concretamente diretto a realizzare, al di là del modello negoziale utilizzato».

• Marco Bellinvia
Dottore di ricerca. Notaio in Roma. E-mail: mbellinvia@notariato.it

• Antonio Musto
Dottore di ricerca. Dipendente presso l'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del notariato. L'opera esprime il pensiero esclusivo dell'Autore e non coinvolge la posizione dell'Ente di appartenenza. E-mail: cnn.amusto@notariato.it

Privato della componente strutturale, la funzione rende manifesto l'assetto concreto degli interessi in concorso o in conflitto[5]. Consente di «risalire al significato dell'operazione negoziale, cioè all'esigenza che i risultati nel loro organico insieme tendono a soddisfare»[6]. Disvela la loro diramazione effettuale, condizionando tanto l'individuazione dello strumento idoneo a realizzare l'effetto divisato, quanto la determinazione della regola più adeguata al singolo rapporto, la quale non risiede «nell'astrattezza delle sue enunciazioni ma nella effettività del suo concreto operare nell'ordinamento»[7].

In una prospettiva, decisamente funzionale e assiologica, la dialettica interna che si viene a creare tra funzione e struttura, ogniqualvolta il fatto concreto pone una questione giuridica, fa sì che entrambi debbano formare oggetto di considerazione unitaria nel giudizio di qualificazione dell'atto. Dal confronto tra funzione e struttura - entità autonome, ma non per questo né incompatibili né antitetiche[8] - trae origine un cambio di paradigma dell'impostazione metodologica, da formalistica in assiologica, mettendo da parte ogni tentativo classificatorio compiuto in termini o solo strutturali o solo effettuali dei congegni negoziali[9]. Tanto il profilo strutturale quanto il profilo funzionale, isolatamente considerati, sono insufficienti nel giudizio di qualificazione dell'atto di autonomia negoziale[10]. Al contrario, se implicati reciprocamente, concorrono a comporre la natura giuridica, quale sintesi degli effetti essenziali[11], dell'atto e stabilirne la relativa disciplina.

Ricondotto il procedimento ermeneutico alla funzione - «per fondare una determinazione minima della causa, ravvisata nella valutazione sul piano pratico degli effetti giuridici perseguiti»[12] - accade che a fattispecie identiche corrispondano effetti giuridici differenti e che a effetti giuridici identici sono riconducibili a fattispecie differenti[13].

5 Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 1984, p. 526, 3° ed., 2006, p. 694.

6 Bianca, C.M.: "La vendita e la permuta", in *Tratt. dir. civ. it. Vassalli*, vol. VII, t. I, Utet, Torino, 1972, p. 33.

7 Bianca, C.M.:"Interpretazione e fedeltà della norma", in *Scritti in onore di Pugliatti*, I, 1, Giuffrè, Milano, 1978, p. 149, ora in Id., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2002.

8 Cicu, A.: *Estinzione dei rapporti giuridici per confusione*, Tip. Dersi, Sassari, 1908, p. 192: «incompatibilità ha sempre in sé il concetto di forze contrarie, contrastanti, che si elidono a vicenda», mentre «assorbimento» esprime il concetto «di forze coordinate, dell'identica natura ma di diversa intensità, sì che possano fondersi assieme scomparendo l'una nell'altra».

9 Sul rapporto tra fatto ed effetto Pugliatti, S.: *I fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 3; Falzea A.: voce *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 941 ss.

10 Perlingieri, P.: *Profili istituzionali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1975, p. 225 ss.

11 Sulla causa come «sintesi degli effetti essenziali», Pugliatti, S.: "Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico", in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 119. In termini di «funzione pratica perseguita attraverso i risultati programmati, cioè l'insieme degli interessi che l'operazione negoziale tende a soddisfare» Bianca, C.M.: *La vendita,* cit., p. 21.

12 Bianca, C.M.: *Il divieto del patto commissorio*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 123.

13 Perlingieri, P.: *Il diritto*, cit., p. 597 ss. Sulla relazione tra fatto ed effetto doveroso è il rinvio all'insegnamento di Falzea, A.: voce " Efficacia giuridica", in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1965, ora in Id.: *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II. *Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 1 ss.

Si consideri una vicenda fattuale, insorta nell'attività notarile e da cui prende avvio l'indagine sul tema prescelto, relativo a congegni negoziali che, di là dalla loro variabilità strutturale, hanno identità assiologica, realizzando una stessa funzione.

Il fatto è questo. Tizio nel 2015 dona al figlio Tizietto la nuda proprietà di un fabbricato da cielo a terra, riservando il diritto di usufrutto vitalizio per sé e dopo di sé alla moglie Tizia. L'atto è trascritto anche a favore di Tizia per il diritto di usufrutto sotto condizione sospensiva. Tizio e Tizietto, con il consenso di Tizia, intendono vendere adesso la piena proprietà dell'immobile.

Il fatto riguarda, dunque, il trasferimento della piena proprietà di un immobile su cui grava un diritto d'usufrutto successivo, di provenienza donativa (art. 796 c.c.), accettato dal terzo riservatario e trascritto nei Registri immobiliari. La questione investe invece l'atto negoziale da compiere per alienare la piena proprietà del bene, non essendo sufficiente il solo consenso del donatario della nuda proprietà e del donante riservatario dell'usufrutto iniziale, ma essendo necessario che anche il terzo riservatario dell'usufrutto successivo disponga del suo diritto[14] oppure vi rinunci.

Le possibili soluzioni operative sono sostanzialmente due: o procedere a una vendita a favore dell'acquirente da parte di tutti i titolari del bene (nudo proprietario, usufruttuario attuale, usufruttuario successivo), ciascuno per i propri diritti e tutti congiuntamente tra loro; o far compiere, da parte dell'usufruttuario successivo, un autonomo atto di rinunzia abdicativa, seguito dalla vendita del bene da parte dell'usufruttuario attuale e del nudo proprietario.

Tanto l'una quanto l'altra soluzione, indagate nei differenti profili di incidenza, pongono problemi su un piano non solo sostanziale ma anche pubblicitario. Dell'atto di rinuncia abdicativa è controversa la trascrizione a favore del primo usufruttuario o del nudo proprietario. Dell'atto di vendita, poi, da parte di tutti i titolari (nudo proprietario, usufruttuario attuale, usufruttuario successivo) della piena proprietà sono da stabilire le modalità per rendere ostensibile nei pubblici registri la vicenda dell'usufrutto successivo, a seconda che, per la continuità delle trascrizioni, basti soltanto una menzione nella Sezione D della nota della vendita o sia necessaria una trascrizione contro di esso e a favore dell'acquirente o occorra un'annotazione a margine della prima trascrizione di donazione a favore dello stesso usufruttuario successivo.

14 Todeschini Premuda, A.: "Donazione con riserva di usufrutto a favore del donante e/o a favore di terzi", in L. Mambelli e J. Balottin (a cura di), *Glossario notarile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 158. Già, Coppola, C.: "La costituzione mediante contratto. La riserva di usufrutto", in G. Bonilini (a cura di), *Usufrutto, uso, abitazione*, in *Nuova giur. dir. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 2010, p.705; Carrabba, A.A.: "Donazioni", in *Tratt. Consiglio Nazionale del Notariato Perlingieri*, Esi, Napoli, 2009, p. 450.

Il tema, di rilevante interesse teorico, per l'esigenza avvertita di una sistemazione della materia, è dunque di sicura rilevanza pratica, per le inevitabili ricadute applicative.

II. L'ATTO DI RINUNCIA ABDICATIVA AL DIRITTO DI USUFRUTTO SUCCESSIVO.

Relativizzando il momento ermeneutico, nella prospettiva della complessità e unitarietà del processo conoscitivo dell'intrinseca valenza assiologica del fatto concreto, non più riconducibile entro uno schema tipico di stampo formalistico[15], un primo punto d'incontro o, se si vuole, di ragionevole componimento della tensione tra interessi in conflitto, utile a realizzare l'effetto negoziale divisato dalle parti, è costituito dall'atto di rinunzia abdicativa del diritto di usufrutto successivo.

Com'è noto, l'atto di rinunzia abdicativa costituisce un negozio giuridico unilaterale non recettizio[16], mediante il quale l'autore dismette una situazione giuridica di cui è titolare[17]. Sotto il profilo funzionale, l'effetto essenziale è esclusivamente l'abdicazione da parte del soggetto alla situazione giuridica di cui è titolare[18], mentre l'estinzione del diritto è un effetto secondario, riflesso, eventuale[19]. Sul piano strutturale, si tratta di un negozio giuridico, in quanto il

15 Falzea, A.: voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 457 ss. e p. 481 ss.; Id.: voce *Fatto giuridico*, cit., p. 941 ss.

16 Per tutti, Bigliazzi Geri, L.: "Usufrutto, uso e abitazione", in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu e Messineo*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 277. Contrario, Pugliese, G.: "Usufrutto uso e abitazione", in *Tratt. dir. priv. Vassalli,* 2° ed., Utet, Torino, 1972, p. 562.

17 Marzo, G.: "Art. 1014", in *Cod. civ. comm. Gabrielli,* Utet, Torino, 2011, p. 688. Il tema è indagato, diffusamente, Bellinvia, M.: "La rinunzia alla proprietà", *Notariato*, 2016, p. 11.

18 T.a.r. Lazio Roma, 5 novembre 2019, n. 12658, *www.dejure.it*.

19 Perlingieri, P.: "Appunti sulla rinunzia", *Riv. not.*, 1968, p. 348, secondo il quale «l'effetto essenziale e costante che caratterizza la rinunzia è la perdita del diritto da parte del soggetto rinunziante, mentre l'estinzione dello stesso è effetto secondario, riflesso, eventuale. Rinunziare non vuol dire estinguere il diritto, anche se, normalmente, il diritto in occasione della dismissione si estingue; rinunziare vuol dire solo dismettere il diritto, escluderlo dal proprio patrimonio». Si pensi all'uopo a una fattispecie che può affrontarsi solo marginalmente. Tizio, riservando a proprio favore il diritto di usufrutto vitalizio e per dopo di sé, *ex* art. 796 c.c., in favore della moglie Tizia, dona al figlio Tizietto la nuda proprietà di alcuni immobili. Tizio intende spogliarsi del diritto di usufrutto ad esso spettante in favore della moglie Tizia, di modo che l'usufrutto perduri fino alla morte di quest'ultima. Tizietto è a sua volta d'accordo. La fattispecie prospettata richiama attenzione sull'effetto prodotto da un mero atto di rinuncia abdicativa da parte dell'usufruttuario iniziale. Tale atto determina l'immediata operatività *ex* art. 796 c.c. dell'usufrutto "successivo"? Il problema è complesso. Il primo nodo da sciogliere del tutto riguarda l'equiparazione tra atto di rinuncia (all'usufrutto) ed evento morte (dell'usufruttuario), quale presupposto per l'immediata attivazione dell'usufrutto successivo. Se "equivalenti", questo significherebbe che il risultato divisato dalle parti verrebbe conseguito attraverso il meccanismo della rinuncia abdicativa. Tizio, rinunciando al proprio diritto, determinerebbe l'estinzione anticipata dello stesso e l'attivazione dell'usufrutto successivo di Tizia. Tuttavia, questa ricostruzione né persuade né convince del tutto. Si potrebbe obiettare che il beneficiario di un usufrutto successivo sia giuridicamente titolare di un diritto di usufrutto "eventuale", in quanto sottoposto al termine iniziale di efficacia coincidente con la scadenza dell'usufrutto attuale e sottoposto, altresì, alla condizione sospensiva della sopravvivenza del secondo usufruttuario rispetto al primo o alla premorienza del donante. Trattandosi di un diritto sottoposto al contempo a termine iniziale ed a condizione sospensiva, la rinuncia (abdicativa) di Tizio non comporterebbe l'attualità del diritto di usufrutto successivo in capo alla moglie Caia, sul presupposto che sarebbe solo la morte del primo titolare a rendere attuale il diritto del secondo titolare. Attraverso l'avvenuta rinuncia di Tizio, l'usufrutto si andrebbe a riunire con la nuda proprietà, comportandone l'automatica riespansione, salvo doversi "ricomprimere" in

soggetto che si priva di un diritto compie un atto di disposizione della propria sfera giuridica patrimoniale[20]. Deve riguardare, pertanto, diritti disponibili, che, per loro natura o per espressa disposizione di legge, siano suscettibili di formare oggetto di atti di disposizione[21].

Traslando il ragionamento, per stabilire se il terzo riservatario di un usufrutto successivo possa rinunciare al proprio diritto, bisogna verificare se tale diritto possa formare oggetto di atto di rinuncia. E, a tal fine, occorre innanzitutto determinare la natura della situazione giuridica soggettiva che il terzo acquista per effetto della riserva di cui all'art. 796 c.c. Problematica, questa, che ha sollecitato, da tempo, l'attenzione degli interpreti[22] e alimentato un forte dibattito intorno alle costruzioni via via proposte, senza tuttavia condurre a soluzioni univoche[23].

Minor seguito ha avuto la tesi dell'acquisto del terzo riservatario di usufrutto successivo *ex* art. 1411 c.c., nella cui scansione, il donatario (promittente) acquista la nuda proprietà e assume l'obbligo verso il donante (stipulante) di costituire

seguito alla morte del primo titolare dell'usufrutto. V. sul punto Pugliese, G.: *o.u.c.*, in relazione agli effetti della rinuncia abdicativa, spec. p. 610, e alla circostanza che l'usufrutto si debba esercitare in un secondo momento, spec. p. 204). Tale ricostruzione poi è conseguenza della qualificazione del diritto di usufrutto iniziale e di quello successivo alla stregua di diritti distinti ed autonomi tra di loro (così, Pugliese, G.: *o.u.c.*, p. 202). Al contrario, laddove lo si considerasse espressione di un stesso diritto che passa dall'usufruttuario iniziale a quello successivo (Trinchillo, C.: "Riflessioni in merito all'art. 796, c.c. e dintorni", *Riv. not.*, 2003, p. 911), la rinuncia da parte di Tizio comporterebbe la definitiva estinzione del diritto. Tra le due, si colloca una terza via, non corrispondente però alla volontà delle parti, giacché si tratterebbe di un atto di donazione da parte di Tizio (primo usufruttuario) del proprio diritto di usufrutto in favore della moglie Tizia (usufruttuaria successiva). Una tale soluzione appare percorribile in base all'art. 980 c.c., che consente all'usufruttuario di «*cedere il proprio diritto per un certo tempo o per tutta la sua durata, se ciò non è vietato dal titolo costitutivo*» e agli artt. 1100 e 1103 c.c., in base ai quali uno dei cousufruttuari può cedere il suo diritto al nudo proprietario o a altri soggetti (per tutti, vedi, Luminoso, A.: *La compravendita: corso di diritto civile*, Giappichelli, Torino,2011, p. 56), nonché risulta idonea a realizzare il risultato perseguito dalle parti. Attraverso questa ulteriore donazione Tizia conseguirà la titolarità di un diritto di usufrutto il cui termine finale (morte di Tizio) verrà a coincidere con il termine iniziale del diritto di usufrutto di cui era già titolare per effetto della prima donazione. Pertanto, la durata complessiva del suo diritto, a seguito della seconda donazione, verrà ad essere commisurata alla durata della sua vita. Un tale atto di cessione consentirebbe di ottenere l'effetto immediato di una prosecuzione "automatica" dell'usufrutto a favore dell'usufruttaria successiva e sembrerebbe rappresentare una soluzione utilmente percorribile in una prospettiva di certezza dei rapporti giuridici. Per approfondimenti sull'efficacia dell'atto di rinunzia abdicativa si vedano le opinioni, con formulazioni e sfumature che in vario modo si diversificano tra loro, di: Macioce, F.: voce "Rinuncia (dir. priv.)",in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 924 ss.; Coviello, N.: *Manuale di diritto civile. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1929, p. 324; Romano, S.: *Autonomia privata (Appunti)*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 88; Giampiccolo, G.: *La dichiarazione recettizia*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 86.

20 Pugliatti, S.: *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 72.

21 Si osserva che «la rinunciabilità non è che un modo di essere del diritto soggettivo, riflesso di una qualificazione normativa» Macioce, F.: *o.u.c.*, p. 942. La rinunciabilità a un diritto è «il risultato di una qualificazione normativa. […]. Un diritto soggettivo è rinunziabile quando dal sistema normativo risulta l'indifferenza che esso permanga o meno nella sfera del titolare. È al contrario irrinunciabile quando per la concreta realizzazione dell'interesse che ne sta alla base sono necessarie l'aderenza e la permanenza di esso nella sfera del titolare» Bozzi, L.: voce "Rinunzia (diritto pubblico e privato)", in *Noviss. digesto it.*, XV, Utet, Torino, 1968, p. 1141 ss. spec. p. 1142.

22 Sotto la vigenza dell'abrogato codice, Venezian,G.: "Dell'usufrutto dell'uso e dell'abitazione", in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, Marghieri, Napoli, 1907, p. 454 ss., per cui l'atto di «donazione può essere fatto con la deduzione dell'usufrutto a favore di un terzo (a. 1074 e argom. a. 1128).

23 Per una compiuta indagine, Caterina, R.: "Feticci e tabù: la riserva di usufrutto e la crisi dei modelli pandettistici", *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 255 e Coppola, C.: "La donazione con riserva di usufrutto", in *Tratt. dir. succ. don. Bonilini,* VI, *Le donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 912.

l'usufrutto, alla morte del donante stesso, a favore del terzo beneficiario [24]. Alla stregua di un doppio negozio[25], il terzo non acquista immediatamente l'usufrutto, per effetto della stipulazione in suo favore, bensì esclusivamente il diritto alla costituzione di esso da parte del promittente, nel momento in cui si estingue l'usufrutto in favore dello stipulante-donante[26]. La disciplina del contratto a favore del terzo, ai nostri fini, fa sì che il terzo beneficiario dell'usufrutto successivo possa liberarsi da tale diritto non per mezzo di un negozio di rinuncia all'usufrutto, bensì per mezzo del rifiuto della stipulazione in suo favore in virtù dell'art. 1411, comma 3, c.c.[27]

Isolata è poi la tesi, tecnicamente accurata e finemente esposta, dell'attribuzione *mortis causa* eccezionalmente contenuta *ex* art. 796 c.c. in un atto tra vivi[28], che si perfeziona senza necessità di accettazione da parte del beneficiario, il quale acquista l'usufrutto per effetto dell'apertura della successione. Quest'opzione ricostruttiva fissa un nesso tra *ratio* e disciplina nonché adotta il criterio della ponderazione degli interessi coinvolti in «una disposizione non contrattuale con la quale si attribuisce al terzo l'usufrutto grazie ad una volontà con valore testamentario espressa eccezionalmente in un atto *inter vivos*, al fine di permettere un risultato altrimenti irraggiungibile se non rinunciando ad attribuire *inter vivos* la (nuda) proprietà dello stesso bene»[29]. Tale disposizione - «che si innesta in

24 Barbero, D.: *L'usufrutto e i diritti affini*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 422. Si veda, sotto l'abrogato codice civile, Coviello Jr, L.: "L'art. 1128 c.c. e la stipulazione a favore di terzi con contenuto reale", *Foro it*., 1935, IV, c. 254. Sotto il codice civile vigente, Guarino, A.: "Osservazioni minime sulla riserva di usufrutto a favore di terzo", *Dir. e giur.*, 1957, p. 503; Biondi, B.: "Le donazioni", in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, Utet, Torino, 1961, p. 387. Si richiama in giurisprudenza alle decisioni App. Roma, 9 marzo 1937, *Foro it*., 1937, I, e Cass., 15 gennaio 1940, *ivi*, 1940, I e *Riv. dir. civ*., 1940, p. 189, con nota contraria Santoro Passarelli, F.: *Donazione, riserva d'usufrutto, contratto a favore di terzi*. Si vedano anche, Trib. S. Maria Capua Vetere, 18 aprile 1939, *Mass. Trib*., 1940, p. 174; App. Lecce, 30 aprile 1953, *Rep. foro it*., voce *Donazione*, n. 40.

25 Una prima tesi, risalente nonchè minoritaria, ricostruisce la riserva di usufrutto come un doppio negozio. Essa si fonda su due dogmi: da un lato, il principio *nemini res sua servit*, in base al quale il proprietario non può acquistare l'usufrutto sulla cosa finchè è sua; da un altro lato, l'assunto per la proprietà è un'entità unitaria e non somma di facoltà scomponibili. Sull'assunto carattere indissolubile del legame che unisce il complesso delle facoltà e dei poteri che formano il contenuto della proprietà, diventa necessario un trasferimento del diritto reale di proprietà dal donante al donatario e un ritrasferimento del diritto reale di usufrutto dal donatario al terzo. Così, Biondi, B.: *o.u.c*., p. 378; Coviello, L.: "L'art. 1128 c.c. e la stipulazione a favore di terzi con contenuto reale", cit., c. 253; Guarino, A.: *o.u.c*., p. 503; Maroi, F. : " Delle donazioni ", in *Codice civile. Commentario D'Amelio, Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Barbera Editore, Firenze, 1941, II, p. 778; Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 19. Critiche alla teoria del doppio negozio vengono mosse in particolare da Pugliese, G.: *o.u.c*., p. 195 ss. L'a. conduce in revisione critica tanto la nozione unitaria della proprietà, tanto una lettura esorbitante del principio *nemini res sua servit*. Ripreso in questo anche dalla dottrina più recente Bottoni, F.: "Art. 796c.c.", in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca,* Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 2019, p. 348 ss.

26 Critica l'espediente del contratto a favore di terzo, Pugliese, G.: *o.u.c*., p. 200 ss. Tale contratto che «permetterebbe di ritenere immediata la nascita dell'usufrutto, è inapplicabile, in quanto, come si è detto, presuppone che la costituzione dell'usufrutto avvenga ad opera dell'acquirente, anziché dell'alienante. Infatti la figura dello stipulante che abbia interesse alla stipulazione a favore del terzo (art. 1411, comma 1°) non può essere rivestita che dall'alienante, poiché l'acquirente non ha certo alcun interesse all'attribuzione dell'usufrutto al terzo» (*ivi*, p. 201).

27 Guarnieri, A. e Tessera, D.: "Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione", in *Cod. civ. comm*. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2017, p. 82.

28 Trinchillo, C.: *o.u.c*., p. 911.

29 Carrabba, A.A.: *o.u.c*., p. 451.

un negozio tra vivi condividendone la forma e produce i suoi effetti per dopo la morte parallelamente ai normali effetti tra vivi che il negozio intanto produce e cioè il trasferimento della nuda proprietà dell'altro contraente»[30] - consente al proprietario di un bene di disporre in un atto *inter vivos* dell'usufrutto per il periodo successivo alla propria morte e, contemporaneamente, di attribuire la nuda proprietà a un altro soggetto con efficacia immediata nel momento in cui il disponente sia ancora in vita. Si appresta, così, un meccanismo affatto singolare di realizzazione degli interessi privati, e, conseguentemente, trattandosi di un'attribuzione *mortis causa* eccezionalmente contenuta in un atto *inter vivos*, l'esito sistematico cui si perviene è duplice: da un lato, non occorre nessun atto di accettazione da parte del beneficiario, il quale acquista l'usufrutto per effetto dell'apertura della successione[31]; da un altro lato, la rinuncia alla riserva di usufrutto successivo, finché il donante è ancora in vita, è nulla per violazione del divieto di cui all'art. 458 c.c.

Consolidata è invece la tesi dell'acquisto del terzo riservatario di usufrutto successivo *ex* art. 769 c.c., cioè per il tramite di un atto di donazione diretta a suo favore[32]. Sul presupposto dell'unicità del negozio, veicolo di trasferimento della nuda proprietà[33], e nonostante l'unitarietà del diritto di proprietà[34], si individua nell'acquisto del terzo una seconda donazione diretta e nella riserva di usufrutto al terzo una proposta di donazione, che il terzo dovrà accettare con atto pubblico finché è in vita il donante, in quanto la morte di quest'ultimo determina la perdita di efficacia della proposta (artt. 1329, comma 2, e 1330, c.c.). Qualora il terzo

30 Marè, M.: "Riserva di usufrutto a favore del coniuge superstite e «riserva» in bianco", *Riv. not*., 1970, p. 832 ss.

31 Trinchillo, C.: *o.u.c*., p. 913.

32 Pugliese, G.: *o.u.c*., p. 200 ss. L'a. osserva che la riserva per un terzo ha natura di proposta contrattuale di un negozio costitutivo di usufrutto (di regola donazione) a favore del terzo e «richiede, per essere operante, l'accettazione del terzo» (*ivi*, p. 202). Dal che «deriva il terzo non acquista l'usufrutto se non in seguito alla propria accettazione. Qualora questa mancasse o la riserva, per insufficiente o generica designazione del terzo o per altra causa, non potesse valere come proposta di costituzione dell'usufrutto al terzo, tale diritto si dovrebbe ritenere acquistato dall'alienante come in una comune riserva per sé, giacchè l'acquirente è da supporre beneficiario della sola nuda proprietà. Potrebbe poi l'alienante cedere eventualmente l'usufrutto al terzo, ma allora la durata del diritto non sarebbe più ragguagliata alla vita del terzo, bensì a quella dell'alienante. In sostanza, mentre la riserva per sé è senz'altro operante, in quanto vale a conservare all'alienante facoltà e pretese, che già aveva, e ad impedirne il passaggio all'acquirente, la riserva per un terzo è da sola insufficiente a rendere costui titolare di facoltà e pretese, che prima non gli spettavano, e quindi deve concentrarsi in un vero e proprio negozio mediante la sua accettazione» (*ivi*, p. 201).

33 Pugliese, G.: *o.u.c*., p. 189 ss.; Torrente, A.: "Sulla donazione con riserva di usufrutto", *Foro pad*., 1955, c. 589; Esu, M.: "Riserva di usufrutto e donazione di nuda proprietà", *Riv. dir. civ*., 1974, I, p. 337 ss.; Bigliazzi Geri, L.: *o.u.c*., p. 70 ss.; Palermo, G.: *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Giur. Sist*. Bigiavi, Utet, Torino, 1978, p. 378 ss. La donazione con riserva d'usufrutto viene concepita dalla dottrina appena richiamata come trasferimento della proprietà della cosa con la *deductio* dell'usufrutto.

34 Il carattere unitario della proprietà non impedisce al titolare di tale diritto di infrangere il vincolo che unisce le facoltà in esso contenute, costituendo in questo modo un diverso e minore diritto reale, purché si rimanga sempre nell'ambito dei diritti reali tipici. Così, Barbero, D.: *L'usufrutto* e, cit., p. 421; Carnevali, U.: "La donazione", in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, Utet, Torino, 1982, p. 472; Pugliese, G.: *o.u.c*., p. 191; Salvi, F.: "La donazione con riserva di usufrutto", *in Studi in onore di Cicu,* Giuffrè, Milano, 1951, p. 400.

accetti la proposta di donazione, il contratto si perfeziona, benché sottoposto alla condizione sospensiva della premorienza del donante.

In tal modo, «la donazione con riserva di usufrutto in favore del donante configura un negozio unitario, avente ad oggetto il trasferimento immediato della nuda proprietà ed, a termine, il trasferimento dei diritti corrispondenti all'usufrutto, mantenuti temporaneamente dal donante»[35]. Al contrario, la donazione con riserva di usufrutto in favore di un terzo (art. 796 c.c.) darebbe luogo a due donazioni distinte tra loro ma collegate funzionalmente in un unico atto, segnatamente, «la donazione della nuda proprietà e la donazione dell'usufrutto. Se il terzo non partecipa all'atto, accettando, si tratta di offerta di donazione di usufrutto, improduttiva di effetti fino a che non intervenga l'accettazione del terzo medesimo, prima della morte del costituente. La donazione di usufrutto, infatti, non si perfeziona se non con l'accettazione da parte del donatario, accettazione che in base all'art. 782 c.c., se non è contenuta nel medesimo atto, deve essere fatta con atto pubblico posteriore, nel qual caso può ritenersi perfezionata solo nel momento in cui l'accettazione del donatario è notificata al donante»[36]. Di conseguenza, laddove «il donante riservi l'usufrutto sui beni donati a proprio vantaggio e, dopo di lui, a vantaggio di un terzo, come consentito dall'art. 796, c.c., il donatario della nuda proprietà acquista il pieno dominio alla cessazione dell'usufrutto del donante, se il terzo riservatario non abbia accettato prima della morte del donante stesso»[37].

Tutto ciò si riflette sulla soluzione del problema in esame che va risolto caso per caso, a seconda che il terzo abbia accettato o meno la proposta di donazione[38].

Fino a quando la proposta di donazione non è accettata, il terzo beneficiario della riserva di usufrutto successivo non è titolare di alcun diritto[39]. Vanta soltanto un'aspettativa di fatto[40] alla conclusione del contratto di donazione[41]. Non è

35 Cass. 24 luglio 1975, n. 2899, *Giust. civ.*, 1976, p. 584, con nota Cantillo, M.: "In tema di donazione con riserva di usufrutto".

36 Cass., 15 marzo 2019, n. 7444, *www.legale.leggiditalia.it*. Negli stessi termini, Cass., 27 febbraio 2003, n. 2980, *Arch. civ.*, 2003, p. 1375, e per la giurisprudenza di merito, Trib. Nola, 12 febbraio 2008, *Dir. e giur.*, 2008, p. 107; Trib. Napoli, 16 febbraio 1970, *Dir. e giur.*, 1972, p. 768, con nota contraria De Rubertis, R.: "In tema di riserva di usufrutto a favore di terzo"; Trib. Napoli, 17 maggio 2006, *Corr. merito*, 2006, p. 1393; Corte d'Appello Catania, 24 maggio 2019, *www.legale.leggiditalia.it*.

37 Cass., 24 luglio 1975, n. 2899, cit. Già, Cass., 27 agosto 1957, n. 3413, *Foro it.*, 1958, c. 55.

38 Com'è stato peraltro già esattamente rilevato da Boggiali, D.: "Usufrutto successivo (rinuncia)", in Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del notariato (a cura di), *Dizionario giuridico del notariato: nella casistica pratica*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1056. Vedi pure Guarnieri, A. e Tessera, D.: *o.u.c.*, p. 82.

39 Carrabba, A.A.: *o.u.c.*, p. 448. Per il ricorso alla figura dogmatica della pendenza, vedi Pugliese, G.: *o.u.c.*, p. 201, nota 2, ripresa in Coppola, C.: "*La costituzione*", cit., p. 700, per la quale «nelle more, l'usufrutto non potrà dirsi privo di titolare, essendo solo incerto a chi spetti concretamente».

40 Scognamiglio, R.: "Dei contratti in generale, Artt. 1321-1352", in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca, Zanichelli*,Il foro italiano, Bologna-Roma, 1970, p. 136.

41 Di Staso, N.: *I contratti in genere*, Utet, Torino, 1980, p. 359, secondo cui «per il destinatario (oblato), la proposta ha il valore di mera aspettativa di fatto, sulla quale egli non può fare assegnamento, ove essa non

necessario quindi - né risulta possibile compiere altrimenti - un atto di rinuncia all'usufrutto successivo, perché tale diritto ancora non è sorto. In mancanza dell'atto di accettazione, il terzo è soltanto titolare della facoltà di accettare o rifiutare la proposta di donazione. Per impedire, pertanto, la venuta a esistenza dell'usufrutto successivo e trasferire così la piena proprietà dell'immobile libero da gravame vi sono due possibilità. O il donante revoca la proposta, o il terzo la rifiuta. Il rifiuto dell'oblato libera il proponente dal vincolo costituito dalla sua originaria proposta anche in difetto di una sua formale revoca, salvo che non si dimostri la perdurante volontà di tenere ferma tale proposta, anche dopo il rifiuto[42].

Quando invece la proposta contrattuale è accettata, il contratto si è perfezionato ed è sottoposto alla condizione sospensiva della premorienza del donante nonché a termine iniziale coincidente con il decesso del donante primo usufruttuario[43]. Di conseguenza, il terzo beneficiario acquista un diritto sottoposto a condizione sospensiva, quindi, un'aspettativa[44] legalmente tutelata[45]. Soltanto

sia tenuta ferma, sino al momento, in cui intervenga l'accettazione». Già Messineo, F.: *Contratto*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 71. □ discusso, tuttora, se il donante possa obbligarsi a tenere ferma la proposta di donazione per un certo tempo e per gli effetti di cui all'art. 1329 c.c. Per la positiva, Dossetti, M.: "La formazione del contratto", in *Tratt. dir. succ. don. Bonilini,* Giuffrè, Milano, VI, 2009, p. 667; Torrente, A.: *La donazione*, U. Carnevali e A Mora (aggiornamento a cura di), in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu e Messineo*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 546; Lenzi, R.: "La donazione obbligatoria", in *Successioni e donazioni* Rescigno, Cedam, Padova, 1994, II, p. 222 ss.; Balbi, G.: "La donazione", in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro Passarelli, Giuffrè, Milano, 1964, p. 34; Messineo, F.: "Irrevocabilità e revocabilità dell'offerta o dell'accettazione della donazione", *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1955, p. 35; in giurisprudenza, Trib. Lecce, 30 luglio 1958, *Giur. it*., 1959, I, 2, c. 312. *Contra*, Biondi, B.: *o.u.c*., p. 490; Iacovino C., Tavassi V., Cassandro T.: "La donazione", in P. Cendon,(a cura di), *Il diritto privato oggi* , Giuffrè, Milano, 1996, p. 36; Cass., 28 novembre 2001, n. 15121, *Riv. not*., 2002, p. 980, con nota Vocaturo, S.: "La proposta di donazione in favore di un ente ecclesiastico si caduca con la morte del donante"; Cass., 4 maggio 2010, n. 10734, *Giur. it*., 2010, c. 2273, con nota Rocchio F.: "Questioni vecchie e nuove in tema di attribuzioni alla convivente".

42 Cass., 19 aprile 2016, n. 7710, *Riv. not*, 2016, II, p. 1129. Per spunti sull'usufrutto successivo negli atti tra vivi, Balestra, L.: "Clausola contrattuali in tema di riserva di usufrutto", *Notariato*, 1995, p. 141; Semprini, A.: "Riflessioni sul divieto di usufrutto successivo", *Nuova giur. civ. comm*., 2018, p. 928. Vedi pure App. Bari, 20 febbraio 2020; già, Cass. 19 novembre 1983, n. 6891, entrambe *www.legale.leggiditalia.it*. In dottrina, per tutti, Sacco, R.: "Obbligazioni e contratti", II, in *Tratt. dir. priv. Rescigno,* Utet, Torino, 1982, p. 89, rileva che «il rifiuto, se pure menzionato dalla legge solo a proposito di ipotesi speciali – artt. 1333, 1326 – produce effetto nei confronti di qualsiasi proposta contrattuale». Sul punto, così, Chindemi, D.: "Revoca della proposta e dell'accettazione", *Giur. it*., 1995, c. 11 (nota a sentenza App. Milano, 21 marzo 1995): «il proponente può mantenere ferma la proposta, anche dopo il rifiuto dell'accettazione».

43 Torrente, A.: *La donazione*, cit., p. 279; Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, in A. Ferrucci e C. Ferrentino (a cura di), Giuffrè, Milano, 2015, II, p. 1594 s.; Coppola, C.: "*La costituzione*", cit., p. 703; Santoro Passarelli, F.: "Validità della donazione di usufrutto *cum praemoriar*", *Foro it*., 1950, I, c. 386, in nota a Cass., 6 marzo 1950, n. 576; Marini, A.: "Donazione e contratto a favore di terzo", *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1967, p. 1108.

44 Il termine «aspettativa, come è noto, nel linguaggio comune designa uno stato psicologico del soggetto che confida di conseguire un risultato futuro» Nicolò, R.: "Aspettativa, (dir. civ.)", in *Enc. dir.* Treccani, III, Roma, 1988, 1. Cfr. anche Rubino, D.: *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 316 ss.; Cariota Ferrara, L.: "Il diritto al diritto", *Dir. e giur*., 1945, p. 145 ss.

45 Carnevali, U.: *o.u.c*., p. 475; Pugliese, G.: *o.u.c*., p. 202; Santoro Passarelli, F.: "Donazione, riserva di usufrutto, contratto a favore di terzo", *Riv. dir. civ*., 1940, p. 475; Belfiore, A.: voce *Pendenza*, *Enc. dir*., XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, p. 874; Costanza, M.: "Condizione nel contratto. Artt. 1353-1361", in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 1997, p. 97 ss.; Id., La condizione e gli altri elementi accidentali, E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, 2° ed., *Trattato dei contratti Rescigno*, Utet, Torino, 1999, p. 849 s.; Zio, U.: "Brevi considerazioni sulla configurabilità giuridica della donazione con riserva di usufrutto a favore di un terzo", *Vita not*., 1981, p. 1158. Così, in giurisprudenza Cass., 31 gennaio 1947, n. 114, *Foro it*., 1947, I, c. 365.

con l'avveramento della condizione (premorienza del donante) il negozio diventa efficace ed effettivamente costitutivo del diritto reale parziario donato[46].

La presunta mancanza di attualità del diritto in questione non è d'ostacolo alla sua rinunciabilità.

La dottrina che ha maggiormente indagato il tema della rinunzia ai diritti futuri o condizionati ha evidenziato che il negozio abdicativo avente ad oggetto un diritto condizionato è certamente ammissibile[47]. Si è sostenuto, in particolare, che la rinunzia, quale espressione tipica dell'autonomia negoziale privata, può riguardare anche diritti potestativi, aspettative di diritto, diritti futuri[48] ed eventuali[49], purché determinati o determinabili nel loro contenuto e nella loro estensione, con il solo limite che non esistano divieti di legge[50] o che non si tratti di diritti indisponibili[51]. E il terzo riservatario d'usufrutto successivo è, come detto innanzi, titolare proprio di un'aspettativa di diritto[52], la quale «può definirsi potenziale solo se si ha riguardo alla strumentalità della sua tutela rispetto all'acquisto del diritto non ancora venuto ad esistenza; ma in realtà essa, se considerata in sé e per sé, costituisce una

46 Trib. Ragusa, 9 ottobre 2015, *www.legale.leggiditalia.it*; Cass., 8 marzo 2002, n. 3407, *Arch. civ.*, 2003, p. 109.

47 Coppola, C.: *La rinunzia ai diritti futuri*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 147. Vedi pure Gazzoni, F.: " La trascrizione immobiliare", in *Cod. civ. comm. Schlesinger*, I, Giuffrè, Milano, 1998, p. 242, per il quale «non si può dunque parlare di diritto eventuale già acquistato, con efficacia estintiva di una *spes iuris* ma non può peraltro negarsi che la rinunzia ha ad oggetto una situazione attuale già venuta ad esistenza, cosicché non può nemmeno astrattamente porsi il problema della sua eventuale nullità o meglio inconfigurabilità per assenza di oggetto. Questa considerazione in uno con la disciplina positiva della condizione, dalla quale si evince la possibilità che il diritto condizionato circoli in base a dati presupposti e con dati effetti, fa propendere per la possibilità di una immediata trascrizione della rinunzia, fermo restando che se il diritto acquistato sotto condizione è quello di proprietà beneficiario ne sarà lo Stato, in caso di avveramento. È ben vero, infatti, che la rinunzia all'aspettativa di diritto opera immediatamente me è anche vero che essa è del tutto irrilevante a prescindere dal futuro avverarsi della condizione. La rinunzia deve quindi intendersi operata con riguardo al futuro diritto se ed in quanto esso verrà ad esistenza nel patrimonio del rinunziante».

48 Sui beni futuri, Bianca C.M.: *Il contratto*, cit., p. 292.

49 Sul problema della rinuncia ai diritti futuri e alle aspettative, cfr. Rubino, D.: *La fattispecie* ,cit., 1939, p. 317 ss.; Perlingieri, P.: *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di cosa futura*, Jovene, Napoli, 1962, p. 24 ss. Circa la rinunziabilità delle aspettative di diritto, non già di un diritto futuro, in quanto situazione non giuridica, cfr. Bozzi, L.: *o.u.c.*, p. 1141 ss. Per la rinunziabilità dei soli diritti futuri, Coppola, C.: *o.u.c.*, p. 119 ss. Ammettono la rinunzia a un'aspettativa o un diritto futuro, Moscarini, L.V.: voce Rinuncia (diritto civile), in *Enc. giur.*, XXVII, Giuffrè, Roma, 1991, p. 5; Macioce, F.: *o.u.c.*, p. 941; Barbero, D.: *Sistema del diritto privato italiano*, I, Utet, Torino, 1962, p. 342. Per rinunziabilità dei diritti futuri, Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, 9° ed., Giuffrè, Milano, 1957, p. 170; Sicchiero, G.: "voce Rinuncia", in *Digesto civ.*, XVII, Torino, 1998, 659, per il quale «non sembra quindi che, sul punto, sussistano insormontabili ostacoli dogmatici». E per la rinunciabilità dell'aspettativa, Santoro Passarelli, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, 9° ed., Esi, Napoli, 1966 (risp. 2002), p. 202; da ultimo, Lucatelli, E., "Ammissibilità della rinunzia preventiva all'ipoteca legale", *Notariato*, 2008, p. 271 (nota a sentenza Trib. Bari Sez. II, 13 novembre 2007). In giurisprudenza, nel senso dell'ammissibilità di diritti determinati o determinabili, vedi Cass., 18 febbraio 1977, n. 745, *Foro it., Rep.* 1977, voce "Rinunzia", n. 1; Cass., 5 aprile 1975, n. 1222, *ivi*, 1975, voce *ibidem*, n. 2; Cass., 9 marzo 1971, n. 649, *ivi*, 1971, voce *ibidem*, n. 1.

50 Barbero, D.: *o.u.c.*, p. 322; Moscarini, L.V.: *o.u.c.*, p. 5; in termini di rifiuto, Sicchiero, G.: voce *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv.* (sez. civ.), XVII, Utet, Torino, 1998, p. 659; perplesso sulla possibilità di rinunciare a un diritto futuro, Macioce, F.: *o.u.c.*, p. 941.

51 Cass., Sez. un., 8 gennaio 1992, n. 104, *Foro it.*, 1992, I, c. 2437, con nota redazionale. Vedi anche, Cass., 16 novembre 1979, n. 5967, *Riv. not.*, 1980, p. 510; Cass., 18 febbraio 1977, n. 745, *Rep. giur. it.*, 1977, voce "Rinunzia", n. 1.

52 Carrabba, A.A.: *o.u.c.*, p. 450.

situazione giuridica in cui è presente il requisito dell'attualità, cosicché il soggetto che rinuncia ad essa rinuncia ad un diritto attuale, e non ad un diritto futuro»[53].

Non si ravvisano, allora, sotto questo profilo, ragioni ostative alla rinunciabilità del diritto di usufrutto successivo. Come pure, trattandosi di un diritto sottoposto a termine iniziale e a condizione sospensiva, esso «ha già una sua efficacia durante la vita dell'alienante, primo riservatario»[54] ed è quindi un diritto distinto da quello goduto dall'usufruttuario iniziale, non verificandosi pertanto alcuna successione nel diritto che ne impedisca la rinunciabilità[55].

Potrebbe porsi semmai il dubbio se tale rinunzia impinga nel divieto di donazione di beni futuri (di cui all'art. 771 c.c.), laddove integri una liberalità non donativa[56].

Anche questo ostacolo - come si dirà poco oltre - è superabile.

É vero che la dottrina risulta divisa riguardo all'applicazione del divieto in esame alle liberalità non donative[57].

53 Lucattelli, E.: *o.u.c.*, p. 271 ss. Vedi anche Zio, U.: *o.u.c.*, p. 1159, secondo cui «più esattamente l'aspettativa dà origine a una posizione attuale di diritto soggetto, che, per alcuni coincide con tipologie in grado di assumere i caratteri dell'assolutezza, per altri ancora i connotati della realità, culminanti nello "*ius possessionis*"».

54 Pugliese, G.: *o.u.c.*, p. 202.

55 Trinchillo, C.: *o.u.c.*, p. 911, il quale, come detto meglio innanzi, ritiene che si tratti dello stesso usufrutto, verificandosi un fenomeno successorio, innescato da un atto tra vivi e avente i caratteri dell'attualità e dell'irrevocabilità.

56 «Anche la rinuncia abdicativa può atteggiarsi a liberalità» Cass., Sez. Unite, 27 luglio 2017, n. 18725, annotata da Fusaro, A.: "Le Sezioni Unite rimarcano la differenza tra liberalità indirette e donazioni di valore non modico prive della forma pubblica", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1336; Iaccarino, G.: "Donazione con bonifico bancario e onere della forma dell'atto pubblico", *Notariato*, 2017, p. 569; Muccioli, N.: "Le sezioni unite sull'esecuzione indiretta della donazione tipica: brevi osservazioni", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1685; Martino, M.: "Le sezioni unite e le liberalità non donative: dalla donazione indiretta alla donazione tipica ad esecuzione indiretta", *Corr. giur.*, 2017, p. 1216; Vincenzo, L.: "Liberalità consistente nel trasferimento di strumenti finanziari mediante ordine di bancogiro: necessario l'atto pubblico di donazione", *Foro it.*, 2017, c. 3353; Cicero, C.: "Donazioni indirette e donazioni tipiche ad esecuzione indiretta: il problema della forma", *Giur. it.*, 2018, c. 306; Cicero, C. e Maxia, M.: "Osservazioni sul problema del formalismo delle attribuzioni patrimoniali effettuate per spirito di liberalità", *Riv. not.*, 2018, p. 151; Pisani, F.M.: "Donazione tipica e donazione indiretta - donazione mediante operazione bancaria di trasferimento titoli senza atto pubblico", *Giur. it.*, 2018, p. 1082; Bilardo, V.: "La donazione ad esecuzione indiretta: le Sezioni Unite e la distinzione tra donazione e liberalità non donativa", *Contratti.*, 2018, p. 275. Tra i commenti all'ordinanza di rimessione, che ha portato alla pronuncia delle Sezioni Unite: Piemontese, M.: "Trasferimento titoli: donazione o liberalità indiretta? Il caso rimesso alle Sezioni Unite", *Giur. it.*, 2017, c. 1311, nota a Cass. civ., ord. 4 gennaio 2017, n. 106; Mondello, M.: "Riflessioni su liberalità non donative e funzione successoria, a margine di Cass., n. 106/2017", *Contratti*, 2017, p. 417 ss. In precedenza, vedi Cass., 25 febbraio 2015, n. 3819, *Cnn notizie*, 2015, con nota Bellinvia, M.: "La rinunzia alla quota di comproprietà quale ipotesi di donazione indiretta"; *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p.577, con nota Mazzariol, R.: "Rinuncia abdicativa alla quota di comproprietà: tra tipicità e atipicità della fattispecie". La Corte ha così qualificato la rinuncia alla quota di comproprietà in termini di donazione indiretta. Ancora, sul punto, Bellinvia, M: "La rinunzia alla proprietà e ai diritti reali di godimento", Studio n. 216-2014/C, Approvato dall'Area Scientifica-Studi Civilistici del C.N.N. il 21 marzo 2014, pubblicato in *Studi e materiali*, 2014, p.334 ss. (e con piccole modifiche in *Notariato*, 2016, p. 8 ss.). Per ulteriori svolgimenti, Tordiglione, R.: "Rinunzia all'usufrutto e donazione indiretta", *Notariato*, 1998, p. 420.

57 Per una ricognizione delle diverse teorie, per come di seguito riportate, Iaccarino, G.: *Liberalità indirette*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 183.

Vi è chi lo nega, sostenendo che «l'art. 771 è una norma eccezionale che limita la generale ammissibilità di contratto con oggetto futuro sancito nell'art. 1348 c.c. e le norme eccezionali non possono essere applicate analogicamente»[58].

Vi è chi, all'opposto, include la disposizione dell'art. 771 c.c. tra le norme materiali della donazione che si applicano anche alle donazioni indirette[59].

Tra i due estremi, in una posizione intermedia, si colloca chi sostiene che la applicabilità del divieto alle liberalità non donative dipenda dall'attitudine della fattispecie in concreto a violare la *ratio* sulla quale poggia il divieto[60].

Non manca neppure chi, per ragioni di prudenza, consiglia di valutare soluzioni alternative quale, ad esempio, quella di fare ricorso alla stipula di un contratto preliminare autorizzato dal giudice[61], laddove i genitori intendono intestare un bene futuro ad un figlio.

L'impostazione, qui accolta, è tuttavia quella di escludere l'applicazione del divieto di cui all'art. 771 cod. civ. alle liberalità non donative, ogniqualvolta il disponente esaurisca la propria prestazione al momento del perfezionamento del negozio mezzo. Al contrario, la medesima disposizione normativa sarebbe applicabile tutte le volte in cui il disponente assuma, nel negozio mezzo, il ruolo di colui che ceda la cosa futura o la cosa altrui, quale corrispettivo di una somma di denaro o di un altro bene del quale si intenda arricchire il beneficiario[62].

58 Giuliano, P.: "Il contratto a favore o in danno del terzo", in P. Fava (a cura di), *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1626. L'opinione si iscrive in una linea valutativa delle norme relative alle donazioni in termini di presidio a esigenze di tutela del donante così specifiche e tali da renderle insuscettibili di applicazione analogica alle fattispecie soltanto in parte assimilabile alle donazioni tipiche. Così, maggiormente, Torrente, A.:"La donazione", in *Tratt. di dir. civ. e comm. Cicu e Messineo*, Giuffè, Milano, 1956, p. 65, secondo cui «nei riguardi del donante la tutela ha di regola natura preventiva e mira a proteggerlo dall'inesperienza, dalla inavvedutezza, dalla prodigalità. Rientrano in quest'ordine d'idee le norme sulla forma, sulla capacità a donare, sulla nullità della donazione di beni futuri, sulla nullità del mandato a donare *quae voles*. In generale la tutela preventiva è legata, subordinata al mezzo impiegato. L'ordinamento non può estenderla a qualsiasi negozio dal quale possa risultare indirettamente una donazione». Quest'affermazione (non riportata nel medesimo paragrafo riprodotto nella successiva edizione della medesima opera, pubblicata nel 2006: Seconda edizione aggiornata, U. Carnevali e A. Mora (a cura di), in *Tratt. di dir. civ. e comm. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 78 ss.) è condivisa da Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato,* Esi, Napoli, 2006, p. 547, ritiene che la disciplina propria delle donazioni possa essere mutuata soltanto per quanto espressamente previsto dall'art. 809 c.c.; Balbi, G.: "Liberalità e donazione", *Riv. dir. comm*., 1948, I, p. 195 che afferma la natura eccezionale della norma, opinione condivisa da Vecchio, G.: *Liberalità atipiche*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 37.

59 Capozzi, G.: *o.u.c.*, p. 1656. Ancora, Diener, M.C.: *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 738. Alle medesime conclusioni sembra giungere Tamponi, M.: "La nullità del contratto di donazione", in *Tratt.* Bonilini, Torino, 2001, p. 1006, per un'esigenza di protezione del soggetto disponente e perché alle liberalità non donative si dovrebbe applicare la disciplina materiale delle donazioni, nella quale rientrerebbe lo stesso art. 771 c.c. Per norme "materiali" si intendono, infatti, quelle «che sottopongono alla loro disciplina un risultato economico indipendentemente dalla forma giuridica prescelta per attuarlo» Carraro, L.: *Il mandato ad alienare*, Cedam, Padova, 1947, p. 138. In giurisprudenza, Trib. Torino, 15 luglio 2004, *www.legale.leggiditalia.it*.

60 Iaccarino, G.: *o.u.c.*, p. 183.

61 Follieri F.C. e Russo G.: "Donazione indiretta di immobile tra genitore e figlia", *Vita not*., 2006, p. 1596 ss.

62 Così, De Lorenzo, C.: Studio n. 293-2012/C, "Divieto di donazione di beni futuri e donazioni indirette", Approvato dalla Commissione Studi Civilistici del 20 luglio 2012, *Studi e Materiali*, 2012, p. 1117; Id.: "Divieto

Può osservarsi allora e conclusivamente sul punto che in quella rappresentazione coerente con la disciplina del divieto non c'è spazio per la rinuncia abdicativa. Il diritto oggetto dell'atto di rinunzia non è futuro, bensì condizionato (alla premorienza del donante). Si tratta di un diritto già esistente, sia pure *sub condicione*, nel patrimonio del rinunziante o, per meglio dire, di una aspettativa legalmente tutelata, e tanto basta a escludere ogni applicazione dell'art. 771 c.c. che vieta esclusivamente la donazione di beni futuri.

La circostanza che l'usufrutto successivo, finché è in vita il donante, sia un diritto sottoposto a condizione sospensiva, non costituisce, in definitiva, un ostacolo alla possibilità che tale diritto formi oggetto di un atto di rinuncia abdicativa. Qualora la proposta di donazione dell'usufrutto successivo sia stata accettata e occorra rivendere l'intero bene a terzi, il beneficiario della riserva di usufrutto successivo potrà spogliarsi di tale diritto attraverso un negozio di rinuncia abdicativa, di modo che le restanti parti (nudo proprietario e usufruttuario attuale) possano procedere da sole alla vendita della piena proprietà.

III. LA VENDITA DA PARTE DI TUTTI I TITOLARI (NUDO PROPRIETARIO, USUFRUTTUARIO ATTUALE, USUFRUTTUARIO SUCCESSIVO) DELLA PIENA PROPRIETÀ.

L'atto di rinuncia abdicativa dell'usufrutto successivo conseguente a donazione (art. 796 c.c.) è soltanto uno dei veicoli negoziali idonei a realizzare una sicura linea di congiunzione tra struttura e funzione, da un lato, fatto e regola, dall'altro.

Un'alternativa (nonché possibile soluzione al problema) in grado di realizzare il medesimo risultato è costituita dall'intervento nell'atto di compravendita di tutti i soggetti coinvolti nella vicenda; di procedere, cioè, a un unico atto di disposizione da parte di tutti i titolari del bene (nudo proprietario, usufruttuario attuale, usufruttuario successivo), ciascuno per i propri diritti e tutti congiuntamente tra loro per l'intero, a favore dell'acquirente[63].

Non è sufficiente l'accordo tra donatario della nuda proprietà e donante riservatario dell'usufrutto attuale. Bensì è necessario che «anche l'eventuale terzo riservatario disponga del suo diritto, potendo altrimenti il potenziale acquirente

di donazione di beni futuri e donazioni indirette", *Foro it.*, 2014, c. 225. Vedi anche Cass., 8 febbraio 1994, n. 1257, *Foro it.*, 1995, I, c. 613 ss. e Reali, A.: "Permuta di "cosa presente con cosa futura" a favore di terzi e divieto della donazione di cose future," *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 936.

63 Così, Carrabba, A.A.: *o.u.c.*, p. 450, secondo cui «una volta perfezionatasi con l'accettazione tale liberalità la successiva alienazione della piena proprietà del bene richiederebbe oltre al consenso del donante primo usufruttuario e del donatario nudo proprietario anche la partecipazione dell'ulteriore donatario, successivo usufruttuario sotto condizione e a termine iniziale»; Zio, U.: *o.u.c.*, p. 1159; Ferrario Hercolani, M.: "La rinuncia ai diritti futuri", *Federnotizie*, marzo 2010, per il quale «non altrettanto sicura, invece, appare l'eventuale scelta di far compiere, da parte dell'usufruttuario successivo, un atto autonomo di rinunzia, seguito dalla vendita del bene da parte dell'usufruttuario e del nudo proprietario».

vedersi poi spogliato dell'usufrutto a vantaggio di quest'ultimo»[64]. Per dirla in breve, l'inconveniente in caso contrario è che «il potenziale acquirente si vedrà in un primo momento (e cioè finché è in vita il donante) pieno, assoluto ed esclusivo proprietario del bene, per poi (al momento della morte del donante-riservatario e sempre che rimanga in vita il terzo) vedersi spogliato del diritto di usufrutto a favore del riservatario»[65]. In altri termini, affinché l'acquirente possa divenire titolare pieno ed esclusivo del diritto di proprietà sul bene, occorre che tutti i soggetti titolari di diritti reali sul bene medesimo alienino in suo favore tali diritti.

Un atto di alienazione posto in essere dal nudo proprietario e dal solo usufruttuario attuale determinerebbe, *prima facie*, il consolidamento dei due diritti in capo all'acquirente. Il consolidamento non sarebbe tuttavia definitivo, potendo eccezionalmente venir meno al verificarsi dei presupposti che rendono attuale l'usufrutto successivo (scadenza del termine iniziale e verificarsi della condizione sospensiva come sopra meglio evidenziato). Alla morte del primo usufruttuario, cioè, diverrebbe attuale l'usufrutto successivo (purché sia vivo il suo titolare), determinando il comprimersi del diritto di proprietà dell'acquirente. Ciò, in particolare, si verifica perché l'atto posto in essere senza il consenso dell'usufruttuario successivo non può privarlo del suo diritto (sia pure condizionato, ma attuale) sul bene, in base al principio di relatività degli effetti del contratto (art. 1372 c.c.)[66].

Allo stesso modo, ed anzi in misura ancor più evidente, un atto di alienazione posto in essere dal nudo proprietario e dal solo usufruttuario successivo non consentirebbe all'acquirente di acquisire il godimento immediato del bene, che resterebbe in capo all'usufruttuario attuale.

È soltanto mediante il consenso di tutti e tre i soggetti titolari di diritti reali sul bene che può realizzarsi l'effetto del consolidamento definitivo della proprietà in capo all'acquirente.

Del resto, la realizzazione di un tale effetto non costituisce una monade isolata nel sistema normativo: *non est novum in iure*. Vi sono casi, alcuni maggiormente

64 De Martino, A.: *La forma*, cit.,p.1773. Sull'intervento dell'abitatore affinché presti il proprio consenso alla alienazione e sulla possibilità che in ciò possa ritenersi implicita, a seconda dei casi, una rinuncia ai diritti sulla casa familiare, Balottin, J.: "I diritti del coniuge sulla casa familiare nella successione legittima: tecniche contrattuali", *Notariato*, 2009, p. 641; Spatuzzi, A.: "La circolazione del diritto di abitazione", *ivi*, 2019, p.31 e ss. spec. p37. Già, sul punto, Caccavale, C.,Ruotolo, A.: Studio n. 2344, "Il diritto di abitazione nella circolazione dei beni", *Notariato*, 2001, p. 207, spec. p. 209.

65 Zio, U.:, *o.u.c.*, p. 1159.

66 Sul principio di relatività degli effetti del contratto v., in generale, Bianca C.M.: *Il contratto*, cit., p. 517, nonché con specifico riguardo al tema delle obbligazioni reali Bianca C.M.: "Autonomia privata e obbligazioni reali", in A. Belvedere, C. Granelli (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Cedam, Padova, 2001, p. 89 ss.

ricorrenti nella prassi[67], nei quali più soggetti, titolari di diritti diversi sulla *res*, ne dispongono unitariamente in favore dell'acquirente[68].

Si pensi all'ipotesi in cui sullo stesso bene coesistano il diritto del concedente (del suolo), la nuda proprietà superficiaria e l'usufrutto su proprietà superficiaria. Anche qui occorre il consenso di tutti affinché sia trasferita la piena proprietà. Si pensi, ancora, al caso del nudo proprietario, dell'usufruttuario e dell'*habitator* sul medesimo bene, ben potendo questi ultimi due diritti coesistere, stante la minore ampiezza del diritto di abitazione rispetto al diritto di usufrutto[69].

È vero che nelle fattispecie appena descritte tutti i diritti reali sul bene sono attuali, ma altrettanto vale – come detto – per la vicenda in esame, perché anche il diritto dell'usufruttuario successivo è attuale e non futuro. La peculiarità è che si tratta di un diritto condizionato, ma tale circostanza non sposta i termini della questione, in quanto anche di tali diritti si può disporre (art. 1357 c.c.). Essendo il diritto dell'usufruttuario successivo sottoposto a termine iniziale di efficacia coincidente con la scadenza dell'usufrutto attuale e, altresì, alla condizione sospensiva della sopravvivenza del secondo usufruttuario rispetto al primo (o, se si preferisce, alla premorienza del donante), l'intervento dell'usufruttuario successivo nei suddetti atti si renderà necessario per disporre di tale diritto nei limiti di cui all'art. 1357 c.c., in base al quale chi ha un diritto subordinato a condizione sospensiva o risolutiva può disporne in pendenza di questa, ma gli effetti dell'atto di disposizione sono subordinati alla stessa condizione.

Successivamente al trasferimento del diritto, rimane a questo punto da sciogliere il nodo della permanenza della condizione, nonostante la riunione dell'usufrutto successivo insieme all'usufrutto iniziale e alla nuda proprietà nella stessa persona dell'acquirente. L'impressione è che qui ricorra una causa di estinzione piuttosto che di sopravvivenza della condizione. D'altro canto, se

67 Si pensi all'alienazione congiunta di nuda proprietà e diritto di abitazione. Sul punto: Caccavale, C. e Ruotolo, A.: *o.u.c.*, *Studi e Materiali*, Milano, 2001, 590 e in *Notariato*, 2001, p. 205. Più di recente, Musto, A.: Circolazione del diritto di abitazione e autonomia privata: depotenziamento di un antico dogma fra regola iuris e valori protetti, *Vita not.*, 2010, p. 1601; Spatuzzi, A.: "La circolazione", cit., p. 31 ss.

68 Si tratta di casi di parte venditrice plurisoggettiva o complessa. È nota la distinzione dogmatica tra soggetto e parte, da intendersi quale centro di interessi. «La parte rimane quindi unica anche se essa comprende più persone. Così, ad es., la vendita è un contratto con due parti (il venditore e il compratore), anche se più persone possono concorrere a formare la parte venditrice o la parte acquirente» Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 44. Cfr. Rubino, D.: "La compravendita", in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1962, p. 7: «Come in ogni contratto, tranne quelli plurilaterali, anche il contratto di compravendita presenta due parti, il venditore e il compratore. E come in ogni contratto, così anche nel nostro il concetto di parte non si identifica con quello di persona singola. Ciascuna parte può anche comprendere due o più soggetti: es., condomini che vendono la cosa comune […]. Anzi, l'intervento di due o più soggetti come venditori in tanto si giustifica in quanto questi soggetti siano comproprietari della cosa, o comunque contitolari del diritto che viene ad essere trasferito». Per la nozione di atto prenegoziale plurilaterale v. Santoro Passarelli, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 2002, p. 211.

69 Trapani G.: "Profili soggettivi del diritto di abitazione", *Riv. not.*, 2015, p. 999 ss.

l'estinzione per consolidazione (art. 1014 n. 2 c.c.)[70] o per confusione in senso proprio (artt. 1072 e 1253 c.c.)[71] dell'usufrutto si verifica anche nell'ipotesi in cui un terzo acquisti contemporaneamente e contestualmente la nuda proprietà da uno o l'usufrutto dall'altro, riesce difficile immaginare un'ultrattività della condizione nonostante l'estinzione del diritto al quale la stessa è apposta.

Si consideri infine che l'atto dispositivo posto in essere dall'usufruttuario successivo - al pari di quanto vale per il nudo proprietario e per l'usufruttuario attuale - dovrà inserirsi nello schema causale del contratto concretamente posto in essere dalle parti e in esso trovare giustificazione.

Trattandosi di una compravendita, al medesimo spetterà una parte del prezzo (salva deviazione di effetti mediante, ad esempio, delegazione o clausola *ex* art. 1411 c.c.)[72]. Diversamente, occorrerà verificare la giustificazione causale dell'alienazione posta in essere (da esempio, ricorrendone i presupposti, per liberalità)[73].

70 Con il termine consolidazione si suole indicare il fenomeno in virtù del quale i diritti reali si estinguono «allorché si riuniscono nella stessa persona i titolari dei diritti di proprietà e di un diritto reale *in re non propria* (proprietà e usufrutto; proprietà e servitù; proprietà ed enfiteusi; proprietà e pegno; proprietà e ipoteca). L'effetto di questa riunione e conseguente confusione di diritti reali è l'estinzione *ipso iure* del diritto reale limitato, come regola, salvo che questo, nel riunirsi alla proprietà si dimostri attualmente utile per il proprietario e per i terzi (il che avviene quando gravino sulla proprietà diritti reali altrui, contro i quali essa e non il diritto acquistato sia inefficace, o quando quei diritti presuppongano per la loro esistenza il diritto limitato confondentesi). Il fondamento di tale effetto estintivo normalmente conseguente alla riunione, va rintracciato, dal punto di vista pratico, in un concetto di inutilità della esistenza del diritto reale minore, una volta riunito alla proprietà (ma quando il suo permanere sia, eccezionalmente utile, abbiamo viste, non si estingue), e, dal punto di vista dogmatico, nella elasticità di cui è fornito il diritto di proprietà, ossia nella facoltà di è fornito il diritto di proprietà, ossia nella facoltà di comprimersi per effetto dell'esistenza di diritti limitati altrui suo medesimo oggetto, per riprendere, l'originaria ampiezza al cessare di questi; né va dimenticata la natura stessa dei *iura in re non propria* che non possono per definizione sussistere *in re propria*» Favero, G.: "Confusione (dir. vig.)", in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 1049 ss. Critico rispetto a questa terminologia, Barbero, D.: *L'usufrutto* e, cit., p. 516. Più di recente, Guarnieri, A. e Tessera, D.: *o.u.c.*, p. 854, secondo i quali «in virtù della consolidazione, all'estinzione del diritto reale minore si accompagna la riespansione della proprietà e non l'acquisizione da parte del nudo proprietario di un diritto d'usufrutto». Vedi anche, Musolino, G.: *L'usufrutto*, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 536 ss. Per approfondimenti, Marzo, G.: "Art. 1014", cit., p. 688. Già, Caterina, R.: "Usufrutto, uso, abitazione, superficie", in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Utet, Torino, 2009, p. 133 ss. Per la giurisprudenza, Cass., 29 aprile 1940, *Rep. foro it.*, 1940, voce *Usufrutto* n. 9.

71 Il fenomeno è altrimenti noto con i termini atecnici di "confusione" oppure "riunione" delle qualifiche di *dominus* e titolare degli altri diritti reali *in alieno* nella stessa persona. Secondo taluna dottrina è più esatto parlare di confusione in senso proprio, «dovendosi ritenere che verificatasi la riunione presso lo stesso soggetto delle posizioni di nudo proprietario e di usufruttuario, fino a quel momento autonome, l'usufrutto si estingue in modo definitivo e quindi non risorge automaticamente se in seguito la confusione viene meno per effetto di trasferimento della nuda proprietà o dell'usufrutto ad altro soggetto». Così, Palermo, G.: *o.u.c.*, p. 492. Per precisazioni di natura terminologica del fenomeno, Nervi, A.: "Art. 1253", in *Comm. cod. civ. Gabrielli*, Utet, Torino, 2013, p. 644 ss. Sul piano funzionale, per la impossibilità di individuare un fondamento comune del fenomeno della confusione (delle obbligazioni) e di quello della consolidazione (dei diritti reali) in considerazione delle specifiche diversità delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, Perlingieri, P.: "*Dei modi di estinzione delle obbligazioni* diversi dall'adempimento", in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 1975, p. 429; già Pugliatti, S.: "Il rapporto giuridico unisoggettivo", in *Studi in onore di Antonio Cicu*, II, Giuffrè, Milano, 1951, p. 220.

72 Osserva Bianca, C.M.: *La vendita*, cit., p. 20, che il «nostro ordinamento disconosce di regola un astratto negozio di trasferimento. Il mero atto traslativo di un diritto non si presta pertanto ad un positivo apprezzamento e riconoscimento come contratto: o esso risulta inserito in un altro rapporto causale oppure è un atto privo di autonoma rilevanza negoziale».

73 In ordine alla compravendita come ipotesi di alienazione in garanzia e sulla inidoneità che la stessa sia sorretta dalla cd. *causa fiduciae* v. Bianca, C.M.: *Il divieto* ,cit.,p. 116 ss.

IV. PUBBLICITÀ.

Essendo idonei a realizzare l'effetto divisato dalle parti, tanto la rinunzia quanto il trasferimento del diritto d'usufrutto successivo, rimane da risolvere il problema della pubblicità di entrambi gli atti[74].

Procedendo con ordine, l'atto di rinunzia, in quanto atto dispositivo avente ad oggetto un diritto reale condizionato su beni immobiliari, deve rivestire la forma scritta *ad substantiam* (art. 1350, n. 5, c.c.) e va trascritto (art. 2643, n. 5, c.c.)[75], ammettendosi, «su larga scala», la trascrivibilità di rinunce a diritti in condizione di pendenza (come quelli, ad esempio, sospensivamente condizionati)[76].

Deve escludersi, invece, l'annotazione (di cancellazione) anche laddove non si voglia aderire alla tesi della tassatività di tale formalità. Con la rinunzia, infatti, non si incide sul precedente atto (come accadrebbe in caso di revoca), bensì si abdica a una situazione giuridica facente capo al rinunziante. Costui dismette il diritto a lui spettante in virtù di un precedente titolo di acquisto. L'annotazione di cancellazione pertanto è da escludere, trattandosi di una forma di pubblicità negativa volta a rendere «pubblica l'irrilevanza (originaria o sopravvenuta) di una precedente formalità, che da quel momento deve considerarsi come non esistente»[77]. La rinunzia non toglie efficacia a un precedente negozio, ma è un nuovo negozio con cui si dispone, in senso abdicativo, della situazione giuridica in precedenza acquistata. Non si ravvisa quindi il presupposto della annotazione (di cancellazione), non dovendosi procedere ad eliminare né una formalità che ha già perduto la sua efficacia né una formalità ancora efficace[78].

Occorre procedere invece alla trascrizione del negozio di rinunzia (art. 2643, n. 5, c.c.[79]), formalità idonea a rendere pubblico il compimento di un atto di disposizione avente ad oggetto un diritto reale su bene immobile.

74 Per approfondimenti relativi, invece, alla pubblicità della riserva d'usufrutto a favore di terzo, oltre che in letteratura a Gardani Contursi- Lisi,L.: "Art. 769-809", in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 1976, p. 416 ss., si rinvia per tutti a Bottoni, F.: *Art. 796 c.c.*, cit., p. 357 ss.

75 In tal senso, Coppola, C.: *o.u.c.*, p. 249; Triola, R.: "Della tutela dei diritti: la trascrizione", in *Tratt. dir.* priv. Bessone, Giappichelli, Torino, 2012, p. 179, con riferimento anche ai diritti d'abitazione e d'uso.

76 Natoli U. e Ferrucci R.: *Della tutela dei diritti: Trascrizione, prove*, Unione tipografico-editrice torinese, Utet, Torino, 1962, II ed. 1971, p. 79.

77 Boero, P.: "La cancellazione", in *Trattato della trascrizione* Gabrielli-Gazzoni, III, Utet, Torino, 2014, p. 209.

78 Boero, P.:, *o.u.c.*, p. 211.

79 Per una compiuta indagine del rapporto tra questa disposizione e quella dell'art. 2644 c.c., per tutti, Gabrielli, G.: "La pubblicità immobiliare", in *Tratt. dir. civ. Sacco,* Utet, Torino, 2012, p. 81 ss.; Triola,R.: "Della tutela dei diritti", in *Tratt. dir. priv. Bessone,* Giappichelli, Torino, 2012, p. 83.

Potrebbe porsi il dubbio se nella nota di trascrizione della rinunzia al diritto di usufrutto successivo debba essere menzionata la condizione della premorienza del donante[80].

La risposta è negativa.

La detta condizione, infatti, è una condizione implicita, a fronte di un negozio, quello abdicativo, che è volto ad eliminare definitivamente dal patrimonio del rinunziante il diritto dismesso ancorché condizionato. Risulta artificioso menzionare tale condizione e successivamente procedere alla sua cancellazione, in una situazione in cui l'usufruttuario ha voluto dismettere definitivamente e irrevocabilmente il proprio diritto. Il rinunziante, per effetto della rinunzia non diventerà mai titolare in modo definitivo del diritto, indipendentemente dal verificarsi o meno della condizione.

Pare ragionevole sostenere, in definitiva, che il negozio di rinunzia al diritto di usufrutto "successivo" debba essere reso pubblico mediante trascrizione nei registri immobiliari in base alla disposizione dell'art. 2643, n. 5, c.c.

Quanto alle modalità di trascrizione, sembra preferibile la tesi secondo la quale la rinunzia, stante la sua natura abdicativa, debba essere trascritta unicamente contro il rinunziante[81], coerentemente con la natura del negozio abdicativo, il quale produce effetti unicamente nella sfera giuridica del suo autore, mentre eventuali modificazioni della sfera giuridica altrui (in questo caso la consolidazione della proprietà) costituiscono meri effetti indiretti e riflessi del negozio posto in essere[82].

80 Coppola, C.: "La rinunzia al diritto", in G. Bonilini (a cura di), *Usufrutto, uso, abitazione*, *Nuova giur. dir. civ. comm*. Bigiavi, Utet, Torino, 2010, p. 1400, secondo cui per quanto riguarda «la pubblicità delle rinunzie al futuro diritto di usufrutto immobiliare, potrebbe ipotizzarsi una trascrizione immediata, *ex* art. 2643, n. 5, c.c., da effettuarsi con modalità analoghe a quelle adottate in riferimento alle ipotesi di vendita obbligatoria, od ai negozi sospensivamente condizionati, a seconda del grado di "futurità" del diritto abdicato. In forza di un'interpretazione estensiva dell'art. 2659, ultimo co., c.c. nella nota dovrà essere menzionato, dunque, il fatto che il bene non sia ancora venuto ad esistenza o che il rinunziante non sia ancora divenuto titolare del diritto abdicato, al pari della circostanza, espressamente contemplata dalla norma, che l'atto sia sottoposto a termine (iniziale) o a condizione (sospensiva). Tale indicazione, poi, dovrà essere cancellata, *ex* art. 2668, 3° c., c.c. quando il negozio divenga definitivamente efficace, mentre, qualora esso cada nel nulla, dovrà farsene annotazione a margine della trascrizione, *ex* art. 2655 c.c.».

81 Bellinvia, M.: Studio, n. 261-2014/C, cit. Per l'ammissibilità dell'atto di rinunzia al diritto di proprietà immobiliare e per la sua trascrivibilità nei Registri immobiliari, Conservatore Reggio Emilia, 26 settembre 2018, in lettera al Consiglio notarile distrettuale nella quale si riporta che «l'atto di rinuncia unilaterale abdicativa al diritto si può (*rectius*: si deve) trascrivere con la sola accortezza di indicare nel Quadro "C-Soggetti" della nota di trascrizione esclusivamente il soggetto "contro" (rinunciante). Ne consegue che l'intestazione catastale potrà essere variata solo dietro presentazione di apposita domanda di voltura». In questi termini in dottrina, Pugliatti, S.: "La trascrizione", I, 2, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu* e *Messineo*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 424; Santarcangelo, G.: *Le formalità immobiliari negli atti notarili*, Utet, Torino, 2015, p. 442. Per approfondimenti, sul punto, Gazzoni, F.: *La trascrizione degli atti* e *delle sentenze*,vol.I,tomo I, Utet, Torino, 2012, p. 247; Iaccarino, G.: "La rinuncia al diritto di (com)proprietà", *Imm. e propr.*, 2018, p. 83; Triola, R.: *Della tutela,* cit., p. 83; Ferri, L. e Zanelli, P.: "Della trascrizione", in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 1995, 3° ed., p. 153.

82 Se si muove dall'assunto che la funzione del negozio è puramente dismissiva, è conseguenziale ammettere che la rinunzia vada trascritta solo contro il rinunziante. Così, Santarcangelo, G.: *o.u.c.*, p. 431. Diversamente Coppola, C.: *La rinunzia,* cit., p. 1394, nota 89, secondo cui «Le rinunzie a diritti reali minori

Rimane da affrontare il problema posto dalla pubblicità della vendita da parte di tutti i titolari (nudo proprietario, usufruttuario attuale, usufruttuario successivo) della piena proprietà.

La dottrina prevalente è concorde riguardo alla trascrivibilità degli atti aventi per oggetto il trasferimento di diritti condizionati[83].

Ora, nessun dubbio si pone sulla trascrivibilità dell'atto di compravendita contro il nudo proprietario e l'usufruttuario attuale. Quanto, invece, alla posizione dell'usufruttuario successivo, la trascrizione contro il medesimo costituisce un automatismo obbligato dalla natura del negozio posto in essere (*id est*, atto di disposizione del diritto condizionato).

Alla trascrizione a favore dell'usufruttuario successivo derivante dal precedente titolo di acquisto in suo favore dovrà quindi corrispondere una trascrizione contro il medesimo soggetto, così da garantire l'opponibilità nei confronti dei terzi dell'atto dispositivo posto in essere.

Sul piano squisitamente pratico, nella nota di trascrizione dovrebbero inserirsi come soggetti contro, oltre al nudo proprietario e all'usufruttuario attuale per i rispettivi diritti, anche l'usufruttuario successivo[84].

V.RILIEVI CONCLUSIVI.

Al termine di questo itinerario d'indagine, provando a fissare le conclusioni raggiunte «integrando il pensiero problematico nel pensiero sistematico»[85], c'è spazio per svolgere una riflessione d'insieme e fornire una soluzione a conflitti d'interessi implicati nella singola vicenda concreta.

debbono essere trascritte non soltanto contro il rinunziante, ma anche a favore del proprietario del bene, in ragione della consolidazione (cfr. Ferri, L. e Zanelli, P.: *Della trascrizione*, cit., p. 151 ss.): ciò in ragione degli effetti indiretti attributivi, che dalle rinunzie discendono». Divergenti sono pure le opinioni, in un ideale dialogo a distanza, tra Gazzoni,F.: "La trascrizione degli atti e delle sentenze", vol. I, tomo I, in *Trattato della trascrizione*, Gazzoni, Utet, Torino, 2012, p. 247) e Triola,R: "Della tutela dei diritti", in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Giappichelli, Torino, 2012, p. 83).
Per ulteriori approfondimenti in ordine alle modalità concrete della trascrizione e in particolare se possa essere effettuata anche a favore del beneficiario della rinuncia, Triola, R.,Varcaccio Garofalo, M.: *La trascrizione: tra vecchi e nuovi problemi*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 52.

83 Natoli U. e Ferrucci R.: *o.u.c.*, II ed. 1971, p. 72; Pugliatti, S.: *La trascrizione immobiliare*, I, V. Ferrara, Messina, 1945, II, p. 1946; Id. " La trascrizione. Pubblicità in generale", in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 49 s.; Ferri, L., Zanelli, P.: *Della trascrizione*, cit., p. 91; Gazzoni, F.:*La trascrizione immobiliare*, *Artt. 2646-2651*, II, Giuffrè, Milano, 1993, p. 177 e più di recente Id.: *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, vol. I, t. I, Utet, Torino, 2012, p. 168.

84 La soluzione di compilare un'unica nota appare coerente con l'unicità del negozio giuridico posto in essere dalle parti. Cfr. al riguardo, per la definizione di "convenzione" nella nota di trascrizione, quale atto che da solo è idoneo a produrre effetti reali, la Circolare del Ministero delle Finanze, Dipartimento del Territorio, n. 128 del 2 maggio 1995.

85 Palazzo, M.: "Per un ripensamento del ruolo del notaio nel mutato sistema delle fonti del diritto", *Notariato*, 2014, p. 591.

Accolti i dettami di un'ermeneutica - attenta a «vedere quale funzione abbia la concreta fattispecie negoziale»[86], «rinunziando ad una soluzione basata sull'astrattezza del negozio di trasferimento»[87] - l'interprete, qualificata la riserva di usufrutto successivo a favore di un terzo in termini di donazione, può trovarsi, caso per caso, e dunque, in concreto, innanzi a un'articolazione, variabile e mutevole, del «significato concreto del contratto»[88].

Se la proposta non è stata accettata, allora, il donante può revocare la sua proposta ovvero il terzo può rifiutarla. Se, invece, la proposta è stata accettata e l'acquisto trascritto, allora, l'iniziativa del terzo può tradursi in una rinuncia abdicativa o in un trasferimento del diritto di usufrutto successivo. Ambedue gli atti impediscono che, avvenuta la morte del primo titolare, il diritto di usufrutto successivo divenga attuale in danno dell'acquirente[89]. L'atto di rinuncia abdicativa dovrà essere trascritto nei registri immobiliari (art. 2643, n. 5, c.c.) unicamente contro il rinunziante. L'atto di trasferimento del diritto di usufrutto successivo andrà trascritto, invece, contro l'usufruttuario successivo e a favore dell'avente causa.

Dallo studio condotto sulle vicende traslative d'immobili gravati da usufrutto successivo esce confermato l'assunto insegnamento di indagare i problemi alla luce di un caso pratico. Ogni singola vicenda non è necessariamente da ascrivere a una fattispecie rigidamente predeterminata, potendo effetti giuridici identici essere realizzati da fattispecie differenti, senza «inomogeneità tra mezzo giuridico e scopo pratico»[90].

Al Maestro di diritto va il ringraziamento per l'inestimabile lascito scientifico e di pensiero, facendo nostro il suo insegnamento: «[s]oprattutto ai giovani che, dopo i primi entusiasmi, sono presi dallo sconforto costatando come la legge scritta sia spesso inadeguata alle loro aspirazioni e, più oltre, come alla legge scritta non corrisponda neppure la vita pratica del diritto, io penso che si debba dire che il diritto è una realtà umana affidata alla loro azione e alle loro coscienze, cioè, in definitiva, ai loro ideali politici, sociali, morali, religiosi. Nella capacità di trovare e

86 Bianca, C.M.: *La vendita*, cit., p. 33.

87 Bianca, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 126.

88 Bianca, C.M.: "Sulla «sussidiarietà» dei criteri legali di interpretazione non letterale del contratto", in *Studi in ricordo di Alberto Auricchio*, Jovene, Napoli, 1983, p. 137 ss. Secondo l'A. «le parti non sono vincolate al significato sociale dell'accordo ma al significato che esse gli hanno concretamente riconosciuto» (p. 140).

89 Laddove la riserva di usufrutto successivo a favore di un terzo (art. 796 c.c.) sia invece ricostruita in termini di contratto a favore di terzo, la mancata insorgenza del diritto di usufrutto successivo dipenderà ora dal rifiuto del terzo se non vi ha profittato ora dalla rinuncia da parte dello stesso se l'ha fatto. Se poi la stessa riserva fosse intesa alla stregua di un'attribuzione *mortis causa* eccezionalmente contenuta in un atto tra vivi, allora, non sarebbe possibile rinunciare all'usufrutto successivo, in quanto non si può rinunciare a un diritto spettante al terzo in base a una successione non ancora aperta (art. 458 c.c.).

90 Bianca, C.M.: *Il divieto*, cit., p. 120.

credere in questi ideali e di farli valere attraverso il diritto, sono riposte, più che in una incondizionata fede nel precetto legislativo, le speranze della società»[91].

91 Bianca, C.M.: "L'autonomia ", cit., p. 190.

BIBLIOGRAFIA

Balbi, G.: "La donazione", in *Tratt. dir. civ. Grosso e Santoro Passarelli*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 34.

Balbi, G.: "Liberalità e donazione", *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 195 .

Balottin, J.: "I diritti del coniuge sulla casa familiare nella successione legittima: tecniche contrattuali", *Notariato*, 2009, p. 641.

Barbero, D.: *L'usufrutto e i diritti affini*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 422.

Barbero, D.: *Sistema del diritto privato italiano*, I, Utet, Torino, 1962, p. 342.

Belfiore, A.: "Voce Pendenza", in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, p. 87.

Bellinvia, M.: "La rinunzia alla proprietà", *Notariato*, 2016, p. 11.

Bianca, C.M.: *Il divieto del patto commissorio*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 123.

Bianca, C.M.: "L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale", in *Studi in onore di Gaetano Zingali*, III, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 161 e ss.,p. 188 ss.

Bianca, C.M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica",in *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castan Tobenas*, II, Pamplona, 1969, p. 59.

Bianca, C.M.: "La vendita e la permuta", in *Tratt. dir. civ. it. Vassalli*, vol. VII, t. I, Utet, Torino, 1972, p. 33.

Bianca, C.M.: " Interpretazione e fedeltà della norma", in *Scritti in onore di Pugliatti*, I, 1, Giuffrè, Milano, 1978, p. 149.

Bianca,C.M.: "Realtà sociale ed effettività della norma", in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2002.

Bianca, C.M.: *Diritto civile, I, La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, Milano 1978, p. 29.

Bianca, C.M.: "Sulla «sussidiarietà» dei criteri legali di interpretazione non letterale del contratto", in *Studi in ricordo di Alberto Auricchio*, Jovene, Napoli, 1983, p. 137 ss.

Bianca, C.M.: *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 425 (2ª ed., 2000, e 3ª, 2019, p. 410 ss.)

Bianca C.M.: "Autonomia privata e obbligazioni reali", in A. Belvedere – C. Granelli (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Cedam, Padova, 2001, p. 89 ss.

Bianca, C.M.: *Istituzioni di diritto privato*, con la collaborazione di Bianca M., Giuffrè, Milano, 2014, p. 434.

Bianca, C.M.: "Causa concreta del contratto e diritto effettivo", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 251 ss.

Bigliazzi Geri, L.: "Usufrutto, uso e abitazione", in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu e Messineo*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 277.

Bilardo, V.: "La donazione ad esecuzione indiretta: le Sezioni Unite e la distinzione tra donazione e liberalità non donativa", *Contratti*., 2018, p. 275.

Biondi, B.: "Le donazioni", in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, Utet, Torino, 1961, p. 387.

Boggiali, D.: "Usufrutto successivo (rinuncia)", in Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del notariato (a cura di), *Dizionario giuridico del notariato: nella casistica pratica*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1056.

Boero, P.: "La cancellazione", in *Trattato della trascrizione* Gabrielli-Gazzoni, III, Utet, Torino, 2014, p. 209

Bottoni, F.: "Art.796 c.c. " in *Comm. cod. civ. Scialoja* e *Branca*, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 2019, p. 348 ss.

Bozzi, L.: "Voce Rinunzia (diritto pubblico e privato)", in *Noviss. digesto it*., XV, Utet, Torino, 1968, p. 1141-1142.

Caccavale, C. - Ruotolo, A.: Studio n. 2344, "Il diritto di abitazione nella circolazione dei beni", *Notariato*, 2001, p. 207-209.

Carraro, L.: *Il mandato ad alienar*e, Cedam, Padova, 1947, p. 138.

Capozzi, G.: *Successioni* e *donazioni*, in A. Ferrucci e C. Ferrentino (a cura di), Giuffrè, Milano, 2015, II, p. 1594 s.

Cariota Ferrara, L.: "Il diritto al diritto", *Dir. e giur.*, 1945, p. 145 ss.

Carnevali, U.: "La donazione", in *Tratt. dir. priv. Rescigno,* Utet, Torino, 1982, p. 472.

Carrabba, A.A.: "Donazioni", in *Tratt. Consiglio Nazionale del Notariato* Perlingieri, Esi, Napoli, 2009, p. 450.

Cataudella, A.: "L'opera scientifica di C.M. Bianca", *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 693.

Caterina, R.: "Feticci e tabù: la riserva di usufrutto e la crisi dei modelli pandettistici", *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 255.

Caterina, R.: "Usufrutto, uso, abitazione, superficie", in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Utet, Torino, 2009, p. 133 ss.

Cicala, R.: *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione «novativa» del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Jovene, Napoli, 1968, p. 93.

Cicero, C.: "Donazioni indirette e donazioni tipiche ad esecuzione indiretta: il problema della forma", *Giur. it.*, 2018, c. 306.

Cicero, C., Maxia, M.: "Osservazioni sul problema del formalismo delle attribuzioni patrimoniali effettuate per spirito di liberalità", *Riv. not.*, 2018, p. 151.

Cicu, A.: *Estinzione dei rapporti giuridici per confusione*, Tip. Dersi, Sassari, 1908, p. 192.

Chindemi, D.: "Revoca della proposta e dell'accettazione",*Giur. it.*, 1995, c. 11.

Coppola, C.: *La rinunzia ai diritti futuri*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 147.

Coppola, C.: "La donazione con riserva di usufrutto", in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, VI, *Le donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 912.

Coppola, C.: "La costituzione mediante contratto. La riserva di usufrutto", in G. Bonilini (a cura di), *Usufrutto, uso, abitazione*, *Nuova giur. dir. civ. comm.* ,Bigiavi, Utet, Torino, 2010, p. 705

Costanza, M.: " Condizione nel contratto. Artt. 1353-1361", in *Comm. cod. civ. Scialoja* e *Branca,* Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 1997, p. 97 ss.

Costanza, M.: La condizione e gli altri elementi accidentali, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, 2° ed., *Trattato dei contratti* Rescigno, Utet, Torino, 1999, p. 849 s.

Coviello Jr, L.: "L'art. 1128 c.c. e la stipulazione a favore di terzi con contenuto reale", *Foro it.*, 1935, IV, c. 254.

Coviello, N.: *Manuale di diritto civile. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1929, p. 324.

Diener, M.C.: *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 738.

De Lorenzo, C.: "Studio n. 293-2012/C, "Divieto di donazione di beni futuri e donazioni indirette", Approvato dalla Commissione Studi Civilistici del 20 luglio 2012, *Studi e Materiali*, 2012, p. 1117.

De Lorenzo, C.: "Divieto di donazione di beni futuri e donazioni indirette", *Foro it.*, 2014, c. 225

Di Staso, N.: *I contratti in genere*, Utet, Torino, 1980, p. 359.

Dossetti, M.: "La formazione del contratto", in *Tratt. dir. succ. don. Bonilini*, Giuffrè, Milano, VI, 2009, p. 667.

Esu, M.: "Riserva di usufrutto e donazione di nuda proprietà", *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 337 ss.

Falzea, A.: "Efficacia giuridica", in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1965, ora in Id.: *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II. *Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 1 ss.

Falzea, A.: "Fatto giuridico", in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 941 ss.

Favero, G.: "Confusione (dir. vig.)", in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 1049 ss.

Ferri, L. e Zanelli,P.:"Della trascrizione", in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 1995, 3° ed., p. 153.

Follieri, F.C., Russo,G.: "Donazione indiretta di immobile tra genitore e figlia", *Vita not.*, 2006, p. 1596 ss.

Fusaro, A.: "Le Sezioni Unite rimarcano la differenza tra liberalità indirette e donazioni di valore non modico prive della forma pubblica", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1336.

Gabrielli, G.: "La pubblicità immobiliare", in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Utet, Torino, 2012, p. 81 ss.

Gardani Contursi, Lisi, L.: "Art. 769-809", in *Comm. cod. civ. Scialoja* e *Branca*, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 1976, p. 416 .

Gazzoni, F.: "La trascrizione immobiliare", in *Cod. civ. comm. Schlesinger,* I, Giuffrè, Milano, 1998, p. 242.

Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato,* Esi, Napoli, 2006, p. 547.

Gazzoni, F.: *La trascrizione degli atti* e *delle sentenze*, vol. I, tomo I, Utet, Torino, 2012, p. 247.

Giampiccolo, G.: *La dichiarazione recettizia*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 86.

Giuliano, P.: "Il contratto a favore o in danno del terzo", in P. Fava (a cura di) *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1626.

Guarino, A.; "Osservazioni minime sulla riserva di usufrutto a favore di terzo", *Dir. giur.,* 1957, p. 503.

Guarnieri, A., Tessera, D.: "Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione", in*Cod. civ. comm.Schlesinger,* continuato da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2017, p. 82.

Iaccarino, G.: *Liberalità indirette*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 183.

Iaccarino, G.: "Donazione con bonifico bancario e onere della forma dell'atto pubblico", *Notariato*, 2017, p. 569.

Iaccarino, G.: "La rinuncia al diritto di (com)proprietà", *Imm.* e *propr.*, 2018, p. 83.

Lenzi, R.: "La donazione obbligatoria", in *Successioni* e *donazioni Rescigno*, Cedam, Padova, 1994, II, p. 222 ss.

Lucatelli,E.:"Ammissibilità della rinunzia preventiva all'ipoteca legale", *Notariato*, 2008, p. 271.

Luminoso, A.: *La compravendita: corso di diritto civile*, 2011, Giappichelli, Torino, p. 56.

Macioce, F.: "Voce Rinuncia (dir. priv.)", in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 924.

Martino, M.:"Le sezioni unite e le liberalità non donative: dalla donazione indiretta alla donazione tipica ad esecuzione indiretta", *Corr. giur.*, 2017, p. 1216.

MARZO, G.: "Art. 1014", in *Cod. civ. comm. Gabrielli*, Utet, Torino, 2011, p. 688.

MAROI, F.: "Delle donazioni ",in *Codice civile. Commentario D'Amelio*, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Barbera Editore, Firenze, 1941, II, p. 778.

MARÈ, M.: "Riserva di usufrutto a favore del coniuge superstite e «riserva» in bianco", *Riv. not.*, 1970, p. 832 ss.

MARINI, A.: "Donazione e contratto a favore di terzo", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 1108.

MESSINEO, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 19.

MESSINEO, F.:"Irrevocabilità e revocabilità dell'offerta o dell'accettazione della donazione", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, p. 35.

MONDELLO, M.: "Riflessioni su liberalità non donative e funzione successoria, a margine di Cass., n. 106/2017", *Contratti*, 2017, p. 417 ss.

MOSCARINI, L.V.: "Voce Rinuncia (diritto civile)", in *Enc. giur.*, XXVII, Giuffrè, Roma, 1991, p. 5.

MUCCIOLI, N.: "Le sezioni unite sull'esecuzione indiretta della donazione tipica: brevi osservazioni", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1685.

MUSOLINO, G.: *L'usufrutto*, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 536 ss.

MUSTO, A.: Circolazione del diritto di abitazione e autonomia privata: depotenziamento di un antico dogma fra regola iuris e valori protetti, *Vita not.*, 2010, p. 1601

NATOLI U., FERRUCCI R.: *Della tutela dei diritti: Trascrizione, prove*, Unione tipografico-editrice torinese, Utet, Torino, 1962, II ed. 1971, p. 79.

NERVI, A.: "Art. 1253", in *Comm. cod. civ.* Gabrielli, Utet, Torino, 2013, p. 644 ss.

NICOLÒ, R.: "Aspettativa, (dir. civ.)", in *Enc. dir.* Treccani, III, Roma, 1988.

PALAZZO, M.: "Per un ripensamento del ruolo del notaio nel mutato sistema delle fonti del diritto", *Notariato*, 2014, p. 591.

PALERMO, G.: "Usufrutto, uso e abitazione », in *Giur. Sist. Bigiavi,* Utet, Torino, 1978, p. 378 ss.

Perlingieri, P.: *I negozi su beni futuri, I, La compravendita di cosa futura*, Jovene, Napoli, 1962, p. 24.

Perlingieri, P.: "Appunti sulla rinunzia", *Riv. not.*, 1968, p. 348.

Perlingieri, P.: "Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento", in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 1975, p. 429.

Perlingieri, P.: *Profili istituzionali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1975, p. 225 ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 1984, p. 526, 3° ed., 2006, p. 694.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 1991, p. 242.

Piemontese, M.: "Trasferimento titoli: donazione o liberalità indiretta? Il caso rimesso alle Sezioni Unite", *Giur. it.*, 2017, c. 1311.

Pisani, F.M.: "Donazione tipica e donazione indiretta - donazione mediante operazione bancaria di trasferimento titoli senza atto pubblico", *Giur. it.*, 2018, p. 1082.

Pugliatti, S.: *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 119.

Pugliatti, S.: "Il rapporto giuridico unisoggettivo", in *Studi in onore di Antonio Cicu*, II, Giuffrè, Milano, 1951, p. 220.

Pugliatti, S.: *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 72.

Pugliatti, S.: "La trascrizione", I, 2, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu* e *Messineo*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 424.

Pugliatti, S.: *I fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 3.

Pugliese, G.: "Usufrutto uso e abitazione", in *Tratt. dir. priv. Vassalli,* 2° ed., Utet, Torino, 1972, p. 562.

Reali, A.: "Permuta di "cosa presente con cosa futura" a favore di terzi e divieto della donazione di cose future", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 936.

Romano, S.: *Autonomia privata (Appunti)*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 88.

Rubino, D.: *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 316 ss.

Rubino, D.: "La compravendita", in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1962, p. 7.

Sacco, R.: "Obbligazioni e contratti", II, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, Utet, Torino, 1982, p. 89.

Salvi, F.: "La donazione con riserva di usufrutto", in *Studi in onore di Cicu,* Giuffrè, Milano, 1951, p. 400.

Santarcangelo, G.: *Le formalità immobiliari negli atti notarili*, Utet, Torino, 2015, p. 442.

Santoro Passarelli, F.: "Validità della donazione di usufrutto *cum praemoriar*", *Foro it*., 1950, I, c. 386

Santoro Passarelli, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 2002, p. 211.

Semprini, A.: "Riflessioni sul divieto di usufrutto successivo", *Nuova giur. civ. comm*., 2018, p. 928.

Scognamiglio, R.: "Dei contratti in generale, Artt. 1321-1352", in *Comm. cod. civ. Scialoja* e *Branca*, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma, 1970, p. 136.

Sicchiero, G.:" Voce Rinuncia", in *Digesto civ*., XVII, Torino, 1998, p.659.

Spatuzzi, A.: "La circolazione del diritto di abitazione", *Notariato*,2019, p.31ss.

Tamponi, M.: "La nullità del contratto di donazione", in *Tratt. Bonilini*, Torino, 2001, p. 1006

Todeschini ,Premuda, A.: "Donazione con riserva di usufrutto a favore del donante e/o a favore di terzi", in L. Mambelli e J. Balottin (a cura di), *Glossario notarile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 158.

Tordiglione, R.: "Rinunzia all'usufrutto e donazione indiretta", *Notariato*, 1998, p. 420.

Torrente, A.: "Sulla donazione con riserva di usufrutto", *Foro pad*., 1955, c. 589.

TORRENTE, A.: "La donazione", in U. CARNEVALI e A. MORA (aggiornamento a cura di), *Tratt. dir. civ.* e *comm. Cicu* e *Messineo*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 546.

TRAPANI G.: "Profili soggettivi del diritto di abitazione", *Riv. not.*, 2015, 999 s.

TRINCHILLO, C.: "Riflessioni in merito all'art. 796, c.c. e dintorni", *Riv. not.*, 2003, p. 911.

TRIOLA, R.: "Della tutela dei diritti: la trascrizione", in *Tratt. dir. priv. Bessone*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 179.

TRIOLA, R.,VARCACCIO GAROFALO, M.: *La trascrizione: tra vecchi* e *nuovi problemi*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 52.

VECCHIO, G.: *Liberalità atipiche*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 37.

VENEZIAN, G.: *Dell'usufrutto dell'uso* e *dell'abitazione, in Il diritto civile italiano secondo la dottrina* e *la giurisprudenza*, Marghieri, Napoli, 1907, p. 454 ss.

VINCENZO, L.: "Liberalità consistente nel trasferimento di strumenti finanziari mediante ordine di bancogiro: necessario l'atto pubblico di donazione", *Foro it.*, 2017, c. 3353.

ZIO, U.: "Brevi considerazioni sulla configurabilità giuridica della donazione con riserva di usufrutto a favore di un terzo", *Vita not.*, 1981, p. 1158.

DERECHOS REALES DE NUEVO CUÑO: A PROPÓSITO DE LAS AFECCIONES Y EXTERNALIDADES DERIVADAS DE LA CONSTRUCCIÓN DE PARQUES EÓLICOS EN SUELO AGRÍCOLA

NEW REAL RIGHTS: PURPOSE OF THE AFFECTIONS AND EXTERNALITIES DERIVED FROM THE CONSTRUCTION OF WIND FARMS ON AGRICULTURAL LAND

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2570-2605

Rafael BERNAD MAINAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: La implantación de la energía eólica es un fenómeno irreversible en nuestros días, lo cual no solo se traduce en la plasmación de un nuevo paisaje físico, sino también en una serie de consecuencias de orden socioeconómico y jurídico. Esta situación suscita la consideración del viento desde una perspectiva específicamente jurídica, que aporta un potencial añadido al valor original del suelo agrícola.

La progresiva e imparable instalación de la energía eólica y la construcción para la subsiguiente explotación de los parques eólicos generan aspectos jurídicos dignos de estudio y análisis, como son las afecciones y externalidades a las que se halla vinculada la propiedad agraria. Surge así el debate en torno a los derechos reales derivados de la situación descrita, bien en el marco de los ya reconocidos por la legislación (teoría del numerus clausus), o bien con la propuesta de derechos reales de nuevo cuño adaptados a una nueva realidad incuestionable (teoría del numerus apertus), incluso como fruto de la metamorfosis de alguno de los derechos reales tradicionales.

PALABRAS CLAVE: Parques eólicos; afectaciones; propiedad; externalidades; derecho real.

ABSTRACT: *The implementation of wind energy is an irreversible phenomenon in our days, which not only translates into the embodiment of a new physical landscape, but also in a series of socio-economic and legal consequences. This situation raises the consideration of the wind from a specifically legal perspective, which contributes an added potential to the original value of agricultural land.*

The progressive and unstoppable installation of wind energy and the construction for the subsequent exploitation of wind farms generate legal aspects worthy of study and analysis, such as the conditions and externalities to which agrarian property is linked. Thus arises the debate around the real rights derived from the situation described, either within the framework of those already recognized by the legislation (numerus clausus theory), or with the proposal of new real rights adapted to a new reality unquestionable (numerus apertus theory), even as a result of the metamorphosis of some of the traditional real rights.

KEY WORDS: *Wind parks; affectations; property; externalities; real property.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL VIENTO.- III. PARQUES EÓLICOS: UNA NUEVA REALIDAD SOCIAL, ECONÓMICA Y JURÍDICA.- 1. Aproximación.- 2. Catalogación jurídica del parque eólico.- IV. AFECCIONES JURÍDICAS DERIVADAS DE LA CONSTRUCCIÓN DE PARQUES EÓLICOS.- 1. A modo de preámbulo.- 2. Sobre los derechos reales tradicionales.- 3. Factibilidad de derechos reales de nuevo cuño creados ad hoc.- V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Al tratar de la energía eólica nos referimos a una fuente de energía renovable[1]; que no contamina, en la medida que no emite sustancias tóxicas, ni genera residuos, y cuenta con una huella de consumo de agua reducida; resulta inagotable; y reduce el uso de combustibles fósiles, con sus consecuencias favorables en lo que al calentamiento global de la atmósfera se refiere.

En efecto, por medio de unos instrumentos denominados aerogeneradores, cuya instalación en un mismo espacio conforma un parque eólico, se consuma el proceso de transformación de la energía eólica, fruto de la fuerza del viento, en energía eléctrica, integrando con ello el listado de las energías renovables, que surgen como antídoto a otras energías más tradicionales basadas, ya en un proceso de combustión –carbón, gas, petróleo-, ya de fisión nuclear, o bien son el resultado de la fuerza del agua almacenada, más nocivas, en general, para la naturaleza y la consecución del desarrollo sustentable.

Ante la conveniencia de optimizar el recurso eólico y reducir el impacto ambiental, los aerogeneradores suelen agruparse en unos espacios físicos denominados parques eólicos[2], cuya producción es evacuada para su almacenamiento en una estación receptora creada a tal fin. El proceso de construcción de un parque eólico resulta más que complejo[3], puesto que son muchas características las que influyen a la hora de determinar su ubicación y el momento propicio para la explotación: al respecto, es imprescindible calibrar la variación espacial, temporal y vertical del viento a lo largo de los años, unos parámetros mensurables con anemómetros y veletas con la finalidad de estudiar la eventual producción de la futura instalación, y asegurar su potencial eficiencia.

1 Artículo 2 a) de la Directiva 2009/28, de 23 de abril.

2 Serrano Santamaría, A.: *Aire, viento y parques eólicos: aspectos jurídico-privados*. (dir. C. Rogel Vide; S. Díaz Alabart). Reus, Madrid, 2019, pp. 97 y ss.

3 Serrano Santamaría, A.: "Aire, Viento", cit., pp. 115 y ss.

• Rafael Bernad Mainar
Profesor de la Universidad San Jorge (USJ), IP Grupo de Investigación ECONOMIUS-J. Correo electrónico: rbernad@usj.es

Y es que la relación existente entre el aire (un gas de la atmósfera terrestre conformado por oxígeno, nitrógeno, dióxido de carbono y vapor de agua, entre otros ingredientes) con la energía eólica se concreta a través de la acción del viento.

Una de las premisas necesarias desde el plano jurídico al abordar la energía eólica consiste en calificar y catalogar el elemento sobre el que gravita la misma (el aire), verdadera fuerza motriz y materia prima de aquella. Por ello, nuestra jurisprudencia actual[4], admitiendo *ab initio* su tipificación jurídica de cosa, lo encaja dentro de la categoría de las *res communes omnium extra commercium*, esto es, una cosa común a todos los hombres; no susceptible de apropiación por su misma naturaleza[5], pues nadie puede pretender su uso exclusivo; y sustraída en principio al tráfico jurídico mercantil, si bien la energía en él implícita, no solo adquiere una determinada valoración económica, sino también una significación jurídica[6], lo que aconseja y requiere ineludiblemente de una pronta y oportuna intervención del legislador.

Uno de los puntos objeto de debate en torno a la caracterización jurídica del viento deriva de su posible catalogación como un bien de dominio público, puesto que mientras la doctrina administrativista mayoritaria se pronuncia abiertamente en contra, por no contar con una norma legal *ad* que así lo consagre[7], determinada jurisprudencia, no mayoritaria ciertamente, se ha pronunciado afirmativamente en tal sentido y le atribuye naturaleza demanial[8], lo que implica negarle al viento la consideración de elemento patrimonial privado.

Tampoco hemos de omitir que el viento, aun cuando representa en sí mismo un recurso inagotable, considerado en abstracto y atendiendo a su uso singular orientado al aprovechamiento eólico industrial, puede potencialmente determinar, menoscabar e, incluso, agotar su utilización en las zonas colindantes a su explotación, de tal suerte que el pretendido carácter inagotable resulte cuestionable en aquellos lugares aptos para la instalación de un número de aerogeneradores suficientes para instalar y explotar un parque eólico, más aún si partimos de la premisa en cuya virtud la exigencia de una determinada intensidad, dirección, frecuencia y velocidad en la corriente del viento constriñe y delimita indubitadamente el emplazamiento

4 SSTS 28 marzo y 26 junio 2006 (RAJ 1115 y 3974, 2006, respectivamente).

5 Tapia Salinas, L.: "Principios jurídicos básicos de la Navegación aérea", en *Trabajos de Derecho Aeronáutico y del Espacio*. Colección Estudios Jurídicos. Vol. I, Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, 1978, p. 51.

6 Lafuente Benaches, M.: La valoración de la aptitud eólica en el justiprecio del suelo, *Revista de Administración Pública* nº 190, 2013, p. 373.

7 Marienhoff, M.S.: La condición jurídica del viento. *Jurisprudencia Argentina* IV, 1961, pp. 73-75; Delgado Piqueras, F.; Garrido Cuenca, N.: El régimen de la energía eólica en Castilla-La Mancha. Medio Ambiente & Derecho, *Revista Electrónica de Derecho Ambiental* nº 21, 2010.

8 STSJ Galicia 22 octubre 2008 (JUR 2009 106314); 9 noviembre 2010 (JUR 51952 2011).

potencialmente idóneo de los parques eólicos[9], junto a otros factores como la temperatura y orografía del lugar.

Así es, el uso y aprovechamiento de la industria eólica del viento, dada su particularidad y singularidad[10], no resulta comparable en modo alguno con otros de sus usos tradicionales por el hombre a lo largo de la historia –respiración, floración y plantaciones, son algunos ejemplos-, sobre todo si tenemos en cuenta que este uso específico exige la ocupación del terreno sobre el que el viento insufla su fuerza, amén de las afecciones que implican sobre las tierras que, en algunos casos, revisten un marcado carácter excluyente con relación a terceros. Precisamente y, en virtud de esta utilidad sobrevenida del viento por mor de un uso particular y singular, adquiere un valor económico digno de consideración nada desdeñable, lo que le confiere un potencial añadido repleto de consecuencias e implicaciones jurídicas.

De ahí que, considerada en sí misma, la acción del viento determinará decisivamente el emplazamiento de los parques eólicos y, en la medida que se trata de un recurso no susceptible de apropiación privada, este recurso se muestra, en principio, ajeno a su encuadre como compensación en calidad de justiprecio en un hipotético proceso expropiatorio[11].

Sin embargo, aun admitiendo la no susceptibilidad de apropiación privada del viento, ello no obsta para que el propietario de una finca con potencialidades en el sector eólico, por su emplazamiento y naturaleza, cuente con un valor añadido en su propiedad, toda vez que incorpora bienes y recursos suplementarios que la sociedad actual valora en función de sus aptitudes en el proceso de transformación del sistema energético tradicional acorde con los objetivos de desarrollo sostenible (ODS), más aún cuando estamos en presencia de un recurso limitado en su cantidad o, cuando menos, degradable a través de su uso.

9 No se deben omitir las posibles consecuencias negativas de su instalación para la habitabilidad, lo que desaconseja su ubicación en zonas urbanizadas, sobre todo por razones de seguridad personal y de los bienes; así como en el ámbito de la contaminación acústica por el ruido que producen los aerogeneradores, de tal modo que, además de los impactos paisajísticos, ambientales y cinegéticos, no se pueden desdeñar otros que transcienden más allá del lugar donde radican las instalaciones del parque eólico (STSJ Castilla-La Mancha 8 julio 2011, JUR 275874 2011).

10 Serrano Santamaría, A.: "Aire, Viento", cit., pp. 67 y ss.

11 Distinto es que se proceda a indemnizar mediante justiprecio los elementos patrimoniales privados que sean objeto de expropiación, conforme a lo establecido en la Constitución española (artículo 33), más aún cuando la legislación nacional y, por derivación, la autonómica declaran el servicio de energía eléctrica de interés económico general, así como de utilidad pública "las instalaciones eléctricas de generación, transporte y distribución de energía eléctrica …" (artículos 2, 2 y 54 de la Ley del Sector Eléctrico, Ley 24/2013, de 26 de diciembre).

II. CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL VIENTO.

Salvo en cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil de la administración (en concurrencia de una actuación administrativa, un daño y el nexo causal entre ambos), el viento ha pasado casi desapercibido tradicionalmente para el derecho administrativo. Solo el derecho civil, colateralmente, lo ha considerado a propósito de la clasificación de las cosas y su régimen jurídico.

Precisamente, un tema más que interesante en el ámbito del derecho civil relacionado con la noción y clasificación jurídica de las cosas es el atinente a si las energías naturales (electricidad, energías térmica, fonética, óptica) pueden ser consideradas cosas desde un punto de vista jurídico, toda vez que, por ejemplo, el Código civil alemán les niega tal consideración, por carecer de la naturaleza propia de un objeto corporal[12].

No obstante, tomadas en cuenta parcialmente y no de manera difusa o en su totalidad[13], las energías naturales se pueden apreciar a través de los sentidos, lo que permite encuadrarlas dentro de las cosas corporales; incluso, se pueden utilizar y obtener del uso un aprovechamiento económico, lo que les confiere utilidad; se pueden aislar, a la vez que acumular, circunstancia que les atribuye las cualidades de separabilidad e individualización; del mismo modo, pueden ser objeto de número, peso o medida, hecho que las hace divisibles y objeto de distribución. Una serie de razones anteriores que nos llevan a afirmar que, no tenidas en cuenta de una manera abstracta o ideal, sino fraccionadamente o por partes (por ejemplo, la electricidad producida por la represa del Gury en Venezuela, o la que producen los parques eólicos La Cometa I y II enclavados en el Sistema ibérico aragonés), pueden ser reputadas jurídicamente cosas.

Y es que el viento sobrepasa ya su primigenia condición de elemento de la naturaleza, de exclusivo objeto de interés para el estudio e investigación de las ciencias, hasta el punto de erigirse en una materia prima esencial y decisiva sobre la que se basa la energía eólica, cuyo aprovechamiento y desarrollo genera pingües beneficios, con alta rentabilidad económica, y que se avizora como una de las fuentes punteras en la producción de energía eléctrica.

Toda relación jurídica se conforma por los sujetos, el objeto y la consecuencia jurídica que conlleva, generalmente traducida en una norma. De ahí que en la relación jurídica las cosas se oponen a los sujetos, que tienen atribuido el poder

12 Lacruz Berdejo, J.L.: *Elementos de Derecho civil I. Parte General.* Vol. 3º. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 5, 6; Aa.Vv. (Coord. Moreno Quesada, B.).: *Curso de Derecho Civil I.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 223.

13 Kummerov, G.: *Bienes y derechos reales*. 5ª edición. Mac Graw Hill, Caracas, 2002, p. 36; Aguilar Gorrondona, J.L.: *Cosas, bienes y derechos reales. Derecho civil II*. Publicaciones UCAB, Caracas, 2011, p. 15.

o facultad sobre las mismas[14] y, por ende, éstas constituyen su elemento objetivo, su soporte material[15]. Es decir, considerado el derecho subjetivo como parte integrante de la relación jurídica, su objeto viene representado por la entidad sobre la cual recae la facultad o poder que el mismo confiere[16].

De entre los posibles objetos del derecho subjetivo debemos incluir las cosas, cuyo concepto presenta dificultades añadidas ante la pluralidad de acepciones que nos muestra y el hecho de que los Códigos civiles no se presten para su definición. En efecto, desde una perspectiva coloquial, el vocablo cosa es entendido muy laxamente como cualquier objeto material del mundo exterior, lo que nos llevaría a incluir bajo su manto lo que no podría ser objeto de derecho (así, por ejemplo, el aire); por otro lado, desde un plano filosófico cosa es todo ser o entidad posible, incluido el que resulte de la imaginación o ficción (máquina del tiempo), lo que excedería su visión jurídica. Pero es que ni siquiera desde un estricto plano jurídico contamos con una noción pacífica sobre el término cosa, toda vez que no sólo se discute si se trata del objeto inmediato o mediato del derecho, sino que también se cuestiona su misma extensión –cosas materiales o inmateriales-, una cuestión que se agudiza más si cabe ante la tenue y débil línea de separación que presenta con la noción de bien.

Y es que para que podamos hablar de cosa en sentido jurídico han de concurrir una serie de atributos, a saber: existencia o entidad en el mundo exterior dentro del comercio de los hombres[17], como una realidad no ficticia, sea presente o futura[18], unitaria o no unitaria[19]; sustantividad e individualización[20], lo que le confiere una existencia separada y autónoma; apropiabilidad[21], esto es, susceptibilidad de someterse a la titularidad de un sujeto; y, por fin, utilidad[22], de tal manera que por su través el ser humano pueda ver satisfecha alguna de sus necesidades, materiales o espirituales, lo que confiere un determinado valor económico[23].

14 Precisamente, el parágrafo 285 del Código civil austriaco (ABGB) señala que la cosa en sentido jurídico es todo aquello que no es persona y sirve al uso del hombre. Al respecto, Aa.Vv. (Dir. Santos Briz, J.).: *Tratado de Derecho civil. Tomo I.* 1ª edición. Bosch, Barcelona, 2003, p. 625; Aa.Vv. (Coord. Moreno Quesada, B.).: *Curso de Derecho Civil I*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 221.

15 Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español común y foral*. Tomo I. Volumen 2°. 14ª edición. Reus, Madrid, 1984, pp. 17, 574 y ss.

16 Albaladejo García, M.: *Derecho Civil* I. Volumen 2°. 14ª edición. Bosch, Barcelona, 1996, p. 85.

17 Aguilar Gorrondona, J.L.: "Cosas, bienes", cit., p. 6.

18 Aa.Vv. (Dir. Santos Briz, J.).: "Tratado", cit., p. 627.

19 No es preciso que cuenten con una existencia unitaria, sino que bastaría que estuviera unida a otras para alcanzar una individualidad. En este sentido, Aa.Vv. (Coord. Moreno Quesada, B.).: "Curso", cit., p. 223.

20 Aa.Vv. (Dir. Santos Briz, J.).: "Tratado", cit., p. 627.

21 Castán Tobeñas, J.: "Derecho civil". cit., p. 584.

22 Aguilar Gorrondona, J.L.: "Cosas, bienes", cit., pp. 6, 7.

23 Díez-Picazo, L.; Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho civil*. Volumen I/1. 2ª edición. Tecnos, Madrid, 2000, pp. 247, 248.

A lo largo del siglo XIX se venía sosteniendo el carácter impersonal del término cosa, en contraposición al sujeto del derecho subjetivo, razón por la cual se negaba que el ser humano con los miembros y órganos de su humanidad pudieran ser reputados cosa[24]; sin embargo, los avances tecnológicos han propiciado que órganos del cuerpo humano se puedan trasplantar con fines médicos y sin ánimo de lucro, de tal manera que, en aras de la consecución de un fin superior y altruista, podemos hablar en estos casos de cosa en sentido jurídico, de la misma manera que sucede con el cadáver o alguna de sus partes[25]. A ello habría que añadir que determinados atributos de la personalidad –intimidad- pueden ser objeto de los derechos de la personalidad[26], si bien no sean transmisibles por revestir un carácter personalísimo.

Así pues, a partir de los mencionados atributos asignados a la cosa desde un plano meramente jurídico, podemos concluir que consideramos cosa jurídicamente hablando "toda entidad existente en la realidad del mundo exterior, que está dotada de sustantividad e individualidad propia, susceptible de ser objeto de una relación jurídica y capaz de suministrar a su titular una utilidad de carácter material o espiritual".

En esta misma línea de delimitación de la noción jurídica de cosa, procede ponerla en relación con la noción jurídica de bien y entretejer la conexión que media entre ambas. Así, los romanos entendían que los bienes –*bona*- constituían una modalidad de las cosas, más concretamente representaban las que suministraban una utilidad o provecho al ser humano. En una visión más moderna, nos encontramos con criterios muy heterogéneos en el intento de establecer un deslinde: desde quienes propugnan la identificación o sinonimia de ambas expresiones[27]; pasando por los que plantean una relación mutua de género y especie[28]; quienes reducen la cuestión a un tema de mera perspectiva, según predomine una visión objetiva o subjetiva[29]; o, finalmente, los que abogan por establecer una diferencia neta entre ambos conceptos, ya sobre la base de cualidades como corporeidad[30] –cosas- o incorporeidad –bienes-, actualidad –cosas- o potencialidad –bienes-, patrimonialidad –cosas- o extrapatrimonialidad

24 Aa.Vv. (Coord. Moreno Quesada, B.).: "Curso", cit., p. 223.

25 Aa.Vv. (Dir. Santos Briz, J.).: "Tratado", cit., p. 626.

26 Aguilar Gorrondona, J.L.: "Cosas, bienes", cit., p. 3.

27 Aa.Vv. (Coord. Moreno Quesada, B.).: "Curso", cit., p. 222.

28 Ya estimando la cosa como género –entes extrajurídicos susceptibles de apropiación- y el bien una de sus especies –elemento integrante del patrimonio de las personas con idoneidad suficiente para satisfacer una determinada función económico-social-; o viceversa, considerando bienes a las utilidades del mundo exterior dignas de tutela jurídica, en tanto que las cosas quedarían limitadas a las meras realidades. En este sentido, Castán Tobeñas, J.: "Derecho civil". cit., p. 582.

29 La cosa se presenta como toda realidad objetiva del mundo exterior, en tanto que los bienes reúnen un componente subjetivo en la medida que prestan una utilidad o provecho a su titular. Sobre el particular, Kummerov, G.: "Bienes y derechos reales", cit., p. 32.

30 Lacruz Berdejo, J.L.: *Manual de Derecho civil*. Cometa, Zaragoza, 1980, p. 276.

–bienes-, o incluso susceptibilidad de apropiación[31], puesto que para que un bien asuma la cualidad de cosa debe ser susceptible de apropiación, de tal manera que, en su virtud, la noción de "cosa" resulta más amplia que la de "bien", dado que para que una cosa sea considerada bien debe ser susceptible de apropiación.

Nuestro Código civil no ayuda mucho al respecto[32], ya que, en ocasiones, parece pronunciarse más bien por la identidad de ambos términos –artículos 336, 346, 437, 1024, 1271, 1936-, mientras que en otros casos se plantea una relación de género y especie (artículos 333, 335-337) al reputar como cosa toda realidad del mundo exterior –género- y restringir la condición de bien –especie- a las cosas integrantes de un patrimonio, sean corporales o incorporales, de tal manera que todas las cosas son bienes, pero no viceversa (por ejemplo, las ideas).

Aun cuando tradicionalmente el viento ha sido tipificado como cosa inapropiable, al menos considerado en su totalidad o integridad, lo cierto es que un aprovechamiento singular relacionado con el uso industrial del mismo, tal como sucede en el aplicado al ámbito de la energía eólica destinada a la producción de electricidad, permite una apropiación parcial o temporal del mismo, razón por la cual, al igual que la energía, encajaría dentro de la noción jurídica de cosa y, como consecuencia, también dentro del término jurídico de bien.

Al hilo de ello ponemos en relación los conceptos de aire y viento: mientras el aire se conforma por la acumulación de los distintos gases que integran la atmósfera, el viento es el aire en movimiento en función de la diferencia de temperatura y presión que existe en la atmósfera. En principio, el aire como tal no es susceptible de apropiación. Distinto es el caso del viento, en su condición de elemento indispensable en lo que a la energía eólica se refiere.

En efecto, el progreso tecnológico dificulta encuadrar tal o cual objeto en la categoría de inapropiable[33], por lo que dicha categoría en la actualidad permanece más en calidad de reducto jurídico que como verdadera cualidad inherente a los objetos.

Ello nos conduce a abordar el tema nada pacífico de su naturaleza jurídica desde diversas posiciones: por un lado, la que le niega cualquier tipo de valor económico y, por ende, no permite invocar un derecho de propiedad sobre el mismo, al ser inapropiable y ajeno al tráfico jurídico[34]; pasando por la que le atribuye el carácter

31 Aa.Vv. (Dir. Santos Briz, J.).: "Tratado", cit., p. 626.

32 Olaso, L.M.: *Curso de introducción al Derecho. Introducción Filosófica al Estudio del Derecho*. Tomo II. Publicaciones UCAB, Caracas, 2001, p. 327.

33 López Ramón, F.: "Teoría jurídica de las cosas públicas", *Revista de la Administración Pública* nº 186, Madrid, 2011, pp. 9 y ss.

34 Bonfante, P.: *Corso di Diritto romano*. Giuffrè, Milano, 1966, p. 62.

de *res communis omniun* o de *res nullius*; hasta la que le asigna minoritariamente la consideración demanial; o incluso, la que lo reputa como energía natural tipificada como cosa mueble, dado que, bajo esta concepción, sí resultaría apropiable.

A partir de aquí y, conforme a los criterios acotados, podemos afirmar que cuando nos referimos a la energía eólica estamos en presencia de un bien susceptible de ser objeto de derecho[35] y que, por ende, alcanza la cualidad de cosa, toda vez que, *sensu contrario*, existen bienes que no son objeto de derecho (así, por ejemplo, las conductas y abstenciones) ni, por tanto, son considerados cosas[36]; además, la energía eólica puede ser calificada como cosa corporal, no obstante la polémica que se suscita en torno a su posible incorporeidad, puesto que suele entenderse la electricidad como una cosa corporal mayoritariamente, dada su perceptibilidad sensorial, delimitación espacial y posible dominación efectiva y real[37].

Por otro lado, fruto de la conexión entre los artículos 333 (todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran bienes muebles o inmuebles) y 335 del CC (son muebles los bienes que no son inmuebles), se puede colegir, por argumento en contrario, que el viento constituye una cosa mueble[38].

III. PARQUES EÓLICOS: UNA NUEVA REALIDAD SOCIAL, ECONÓMICA Y JURÍDICA.

1. Una aproximación.

El alto costo de la inversión que implica la instauración de la energía eólica requiere de unos recursos eólicos en cantidad e intensidad suficientes para asegurar un aprovechamiento óptimo. De ahí la necesidad de crear parques eólicos. A tal fin y, antes de su construcción y subsiguiente puesta en marcha[39], es preciso evaluar diversos factores para determinar su emplazamiento en función del potencial eólico del territorio (orografía, altura, frecuencia e intensidad del viento, entre otros), en aras de la obtención de una explotación rentable y duradera en el tiempo. De ahí, la gran importancia del viento como materia prima, pues su existencia se erige en factor imprescindible para el desarrollo y explotación de la energía eólica, sobre la base del terreno en el que circula, hasta el punto que se

35 Clavería Gosálbez, L.H.: "Comentario al artículo 333 del Código civil", en Aa.Vv. (Dir. C. Paz-Ares Rodríguez): *Comentario del Código Civil*. Mº de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 921.

36 Gutiérrez Santiago, P.: "Comentario a los artículos 333 a 337 del Código Civil", en Aa.Vv. (Coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano): *Comentarios al Código Civil*. Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 2700.

37 Medina de Lemus, M.: "Comentario al artículo 333 del Código Civil", en Aa.Vv. (Coord. J. Rams Albesa): *Comentarios al Código Civil III*. Bosch, Barcelona, 2001, p. 15.

38 El artículo 812 del *Codice civile* italiano, por argumento en contrario, nos llevaría a esta misma conclusión.

39 En torno al procedimiento administrativo conducente a la instalación de un parque eólico, López Sako, M.J.: *Regulación y autorización de los parques eólicos*. Thomson-Civitas, Madrid, 2000, pp. 450 y ss.

convierte en soporte necesario de la actividad ("sustentación de los elementos configuradores del parque eólico")[40].

Por tal motivo, se elaboran atlas eólicos desde la Administración estatal tendentes a localizar emplazamientos viables para la instalación y explotación de parques eólicos idóneos y rentables económicamente. A partir de tal premisa, todas las Administraciones implicadas (autonómicas, municipales) pueden realizar su propia planificación eólica tras identificar las zonas aptas para la instalación de parques eólicos, dada su potencialidad suficiente por el recurso eólico que atesoran.

A ello ha de sumarse el cariz de utilidad pública e interés social que preside todo lo concerniente a la implementación de la energía eólica, no solo en cuanto coadyuva a la consecución del reto de potenciar las energías renovables a los fines de que, mediante un uso racional de los recursos naturales, se logre suplantar el sistema tradicional de energías de combustión, sino también porque se enmarca en el proceso de planificación y ejecución de políticas públicas energéticas dirigido a satisfacer un servicio público esencial: la producción de energía eléctrica[41] para garantizar el suministro eléctrico general.

En todo caso, una mera declaración genérica de utilidad pública aplicable a la industria eólica para la producción de energía eléctrica no exime de una resolución *ad hoc* que justifique la utilidad pública de cada proyecto eólico en particular, un título jurídico este que permitirá efectuar las expropiaciones y ocupaciones temporales imprescindibles de los terrenos afectados conforme a los principios de intervención mínima en la propiedad privada y de la proporcionalidad debida, en el supuesto de no haberse alcanzado previamente un acuerdo con los propietarios de las fincas implicadas.

40 STSJ Aragón 7 noviembre 2001 (RAJ 5240 2002).

41 Precisamente y en esta línea, el artículo 54 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico señala lo siguiente: "1. Se declaran de utilidad pública las instalaciones eléctricas de generación, transporte y distribución de energía eléctrica, a los efectos de expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para su establecimiento y de la imposición y ejercicio de la servidumbre de paso.
2. Dicha declaración de utilidad pública se extiende a los efectos de la expropiación forzosa de instalaciones eléctricas y de sus emplazamientos cuando por razones de eficiencia energética, tecnológicas, o medioambientales sea oportuna su sustitución por nuevas instalaciones o la realización de modificaciones sustanciales en las mismas".
Las consecuencias derivadas de tal declaración de utilidad pública son establecidas en el artículo 56 de la misma Ley 24/2013 al prescribir que: "1. … llevará implícita en todo caso la necesidad de ocupación de los bienes o de adquisición de los derechos afectados e implicará la urgente ocupación a los efectos del artículo 52 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa.
2. Igualmente, supondrá el derecho a que le sea otorgada la oportuna autorización, en los términos que en la declaración de utilidad pública se determinen, para el establecimiento, paso u ocupación de la instalación eléctrica sobre terrenos de dominio, uso o servicio público o patrimoniales del Estado, o de las Comunidades Autónomas, o de uso público, propios o comunales de la provincia o municipio, obras y servicios de los mismos y zonas de servidumbre pública".

Tras esta introducción y, a los fines de delimitar la noción de parque eólico, precisamos[42]: se trata de una instalación industrial destinada a la producción de energía eléctrica a partir de la fuerza motriz del viento; se integra por un número determinado de aerogeneradores –molinos, utilizando una expresión gráfica y bien descriptiva-; estos artefactos se hallan acompañados de una serie de elementos auxiliares enlazados eléctricamente entre sí a través de redes propias, que conforman una misma estructura de acceso y control con conexión a una red general a través de un punto único.

2. Catalogación jurídica del parque eólico.

Desde un punto de vista jurídico, los parques eólicos son considerados bienes inmuebles, con todo lo que ello implica, desde diversas perspectivas.

En efecto, por lo que al Código civil se refiere, el artículo 334 enumera los bienes inmuebles y los tipifica por su naturaleza (numerales 1º, 2º, 8º y 3º), por su destinación (numerales 5º, 6º, 7º, 8º y 9) y, finalmente, por analogía (numeral 10º). Así es, y por lo que al tema que nos ocupa respecta, podemos establecer una relación de los parques eólicos con los siguientes numerales del citado artículo 334 del CC:

1.- Bienes inmuebles por naturaleza[43]: "… 1. Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo …; 3. Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto …".

A tenor de esta categoría de inmuebles y como fruto de la construcción e instalación de un parque eólico, podemos encajar dentro de los inmuebles por naturaleza los edificios (estaciones, subestaciones), caminos (viales) y construcciones de todo género adheridos al suelo (plataformas de los aerogeneradores) existentes con motivo del parque eólico; así como todo lo que se halle unido a un inmueble de manera fija, que no se pueda separar sin quebrantamiento o deterioro del mismo (aerogeneradores, cableados subterráneos).

42 La legislación gallega fue la pionera en tal sentido en el artículo 2 del Decreto 302/2001, de 25 de octubre, sobre aprovechamiento de energía eólica en Galicia, al definir el parque eólico como "un establecimiento industrial de producción de energía eléctrica constituido por un conjunto de aerogeneradores interconectados eléctricamente que comparten instalaciones comunes por las que se trasvasa la energía a la red de transporte y distribución". Otras legislaciones autonómicas siguieron el ejemplo de la gallega y definieron de manera similar los parques eólicos, así Extremadura, Asturias, Navarra (art. 1, 2 Decreto Foral 56/2019, de 8 de mayo: "se entenderá por parque eólico aquella instalación dedicada a la producción de energía eléctrica utilizando como energía primaria el viento. Estará constituida por un aerogenerador o una agrupación de estos, interconectados eléctricamente y con un único punto de conexión a la red de transporte o distribución. Formarán parte del parque eólico sus infraestructuras de evacuación, que incluyen la conexión con la red de transporte o distribución y, en su caso, la transformación de energía eléctrica, así como los accesos de nueva construcción o modificación de los existentes".

43 Castán Tobeñas, J.: "Derecho civil". cit., pp. 597, 598.

2.- Bienes inmuebles por su destinación[44]: "… 5. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurran a satisfacer las necesidades de la explotación misma …".

Se pudiera entender que no sería perfectamente aplicable este numeral al caso que nos ocupa, esto es, el concerniente a los parques eólicos, puesto que, por lo general, salvo casos excepcionales, no es el dueño del terreno quien realiza habitualmente la afectación o destinación de algunos bienes muebles por naturaleza (fundamentalmente, cableado, aerogeneradores y otras instalaciones) a la industria o explotación del inmueble. Sin embargo, al respecto podemos hacer las siguientes consideraciones:

a) El dueño del terreno, aun cuando no sea materialmente quien realiza la afectación y destinación por no llevar a cabo la instalación y construcción del parque, sí que, a través de su decisión de formalizar un contrato de arrendamiento, o bien de aceptar una determinada indemnización por los daños infligidos a su finca, tiene la voluntad de destinar el inmueble en la medida de la afección de la que se trate a su industria o explotación.

b) Si entendemos que el aprovechamiento del viento constituye un uso singular comprendido en el contenido propio del derecho de propiedad sobre un determinado inmueble, consideramos que la voluntad del propietario del inmueble de asignar a la finca una modalidad de explotación relacionada con la producción de energía eléctrica merced a la transformación de la energía eólica, ello nos permitiría encajar este supuesto dentro de la categoría de los bienes inmuebles por destinación a tenor del artículo 334, numeral 5 del Cc.

3.- Bienes inmuebles por analogía[45]: "… 10. … y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles".

Bien es sabido que, al construir y poner en marcha un parque eólico, el agricultor, si bien conserva la titularidad de las tierras, se ve privado de algunas facultades inherentes al derecho de propiedad, por haberlas cedido temporalmente a cambio de una compensación económica de diversa naturaleza en función del contenido de la privación de la que se trate: ya una indemnización única que repara los daños producidos en la finca (consecuencia de ocupaciones temporales con la consiguiente pérdida de productividad, o la disminución de su extensión debida a la construcción de viales internos o externos), ya el pago anual de una

44 Aa.Vv.: *Derecho civil I. Parte General y derecho de la persona* (Coord. F. Oliva Blázquez; L. Vázquez-Pastor Jiménez). Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 288, 289.

45 Castán Tobeñas, J.: "Derecho civil". cit., p. 601; Aa.Vv.: "Derecho civil I". (Coord. F. Oliva Blázquez; L. Vázquez-Pastor Jiménez), cit., p. 289.

cantidad por todo el tiempo de vigencia del contrato (con tarifa diferente según se trate de la instalación total o parcial de aerogeneradores, incluido el radio de vuelo de los mismos, o la instalación de subestaciones transformadoras y torres anemométricas o de medición). De ahí que el derecho de propiedad resulta claramente afectado por diversas externalidades –afectaciones-, tanto superficiales (viales, subestaciones, torres de medición, aerogeneradores con sus respectivas plataformas y vuelos), como subterráneas (conductos y líneas de evacuación de la electricidad generada con destino a subestaciones transformadoras y estaciones de almacenaje).

En consecuencia, si partimos de la premisa de que el parque eólico es un bien inmueble y, según reza el numeral 10 del artículo 334 del CC, se reputan bienes inmuebles las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, tales afectaciones deberán ser consideradas bienes inmuebles.

A mayor abundamiento, otra legislación al margen del CC nos permite confirmar la catalogación realizada:

Así es, el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (TRLITP-AJD)[46], si bien se remite al CC y, en su defecto, al derecho administrativo en cuanto a la calificación jurídica de los bienes, lo cierto es que aplica una tendencia expansiva con carácter excepcional al reputar a los efectos de este impuesto bien inmueble "las instalaciones de cualquier clase establecidas con carácter permanente, siquiera por la forma de construcción sean transportables, y aun cuando el terreno sobre el que se hallen situadas no pertenezca al dueño de los mismos".

Del mismo modo y, de conformidad a lo prescrito en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales anterior a la vigente de 2004, la naturaleza del bien se determinaba en función de la naturaleza del elemento principal –suelo o construcción- y, en su virtud, un parque eólico podía ser considerado bien urbano, en la medida que el elemento principal era la construcción; sin embargo, la vigente legislación sobre la materia de 2004[47], que deroga la anterior, se remite a la legislación específica del Catastro inmobiliario[48], que deslinda entre bienes inmuebles urbanos y rústicos en

46 Artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

47 El artículo 61 del RDL 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (LRHL), a propósito del hecho imponible del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), en su numeral 3 señala que "A los efectos de este impuesto, tendrán la consideración de bienes inmuebles rústicos, de bienes inmuebles urbanos y de bienes inmuebles de características especiales los definidos como tales en las normas reguladoras del Catastro Inmobiliario".

48 Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (LCI). En su artículo 6, 4 (Concepto y clases de bienes inmuebles) establece que "los bienes inmuebles se clasifican catastralmente en urbanos, rústicos y de características especiales".

función de la naturaleza del suelo[49], si bien introduce un *tertium genus* –inmuebles de características especiales (BICES)-, que debe ser tenido muy en cuenta en lo que a la catalogación de los parques eólicos se refiere[50], por encajar en principio con la definición de los conjuntos complejos de uso especializado conformados por el suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora.

En suma y, por lo dicho con anterioridad, nos hallamos en presencia de un bien inmueble *sui generis*, que puede ser catalogado dentro de la categoría de los bienes inmuebles como un inmueble de características especiales.

Tal es la particularidad de la nueva realidad jurídica que estamos analizando, que surge la denominación de "solar eólico"[51], ante el valor propio y natural que adquiere el terreno idóneo para la construcción de un parque eólico[52], puesto que su aptitud no solo deriva de su calidad como soporte pasivo de los aerogeneradores, viales y líneas de evacuación, sino también de una configuración más proclive al funcionamiento correcto de la instalación, coincidente, por lo general, con cerros o colinas que dominan grandes extensiones, terrenos llanos y mesetas despejados, aberturas de montañas o costas, vaguadas o depresiones paralelos a la dirección del viento, emplazamientos que resultarán determinados una vez efectuadas las operaciones de medición adecuadas. Así las cosas y, a priori, la existencia o inexistencia de obstáculos en la circulación del viento, amén de la orografía del terreno, conceden a este un valor intrínseco con antelación a ser aprobado un proyecto eólico y a la autorización de su instalación, todo ello incluso al margen de la potencial plusvalía adquirida a posteriori consecuencia de la ejecución de un proyecto de generación de energía eléctrica mediante transformación de la energía eólica.

49 Concretamente, el artículo 7, 1 de la LCI (Bienes inmuebles urbanos y rústicos) reza del siguiente modo: "1. El carácter urbano o rústico del inmueble dependerá de la naturaleza de su suelo", en tanto que el numeral 4 b) del mismo precepto apuntala lo afirmado precisando que "A efectos catastrales, tendrán la consideración de construcciones: Las instalaciones industriales, comerciales, deportivas, de recreo, agrícolas, ganaderas, forestales y piscícolas de agua dulce, considerándose como tales, entre otras, los diques, tanques, cargaderos, muelles, pantalanes e invernaderos, y excluyéndose en todo caso la maquinaria y el utillaje".

50 Artículo 8. Bienes inmuebles de características especiales.
1. Los bienes inmuebles de características especiales constituyen un conjunto complejo de uso especializado, integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora que, por su carácter unitario y por estar ligado de forma definitiva para su funcionamiento, se configura a efectos catastrales como un único bien inmueble.
2. Se consideran bienes inmuebles de características especiales los comprendidos, conforme al apartado anterior, en los siguientes grupos:
a) Los destinados a la producción de energía eléctrica y gas y al refino de petróleo, y las centrales nucleares.

51 Regueiro Ferreira, R.M.: Doldán García, X.R.: "Política sectorial de la política eólica en Galicia. Participación social y comparación internacional", *Revista Galega de Economía* Vol. 19, 2010, pp. 129 y ss.

52 Izquierdo Toscano, J.M.: *Energía eólica y territorio*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008.

Lo afirmado tiene implicaciones en la valoración económica del terreno rústico objeto de expropiación con miras a la construcción de un parque eólico[53], al cumplir una función social relacionada con usos distintos al que de suyo es natural, en la medida que aporta un plus en lo que respecta al desarrollo y promoción de actividades industriales destinadas a la generación de una energía más sostenible; es decir y, como señala la jurisprudencia, "el destino del suelo no depende sólo del título que formalmente se le atribuya (…), sino también de la de terminación de los usos a los que con carácter sectorial puede ser orientado"[54]. En este sentido, el uso eólico de un terreno le confiere un valor suplementario que se traduce patrimonialmente y, por ende, no es de extrañar que quien explote industrialmente el viento esté dispuesto a pagar en virtud de tal concepto, lo que implica un incremento de su valor de mercado, reflejado no solo en el ámbito del tráfico jurídico privado, sino también en el momento de fijar el justiprecio ante un eventual proceso expropiatorio en calidad de renta potencial.

En efecto y, tal como precisa la jurisprudencia[55], entendida la implantación de parques eólicos como una función pública de ordenación del territorio, se reconoce a los particulares la facultad de ocupar el territorio para construir y explotar los parques eólicos, previa la obtención de la debida autorización administrativa, que deberá atender para ello al uso racional del suelo, acorde con el desarrollo armónico y sostenible del territorio, tendente a promover el progreso socioeconómico de las zonas afectadas con sus medios de vida tradicionales, sin desmedro ni puesta en riesgo de los intereses medioambientales y ecológicos existentes.

Emerge, así, la noción de renta potencial de la finca agraria[56], esto es, la que pueda ser atribuible a la explotación del suelo rural conforme a los usos y actividades más probables de que sean susceptibles, con arreglo a la legislación aplicable, una renta que "se determinará a partir de la información técnica, económica y contable de la explotación actual o potencial en suelo rural. A tal efecto, se considerará la información que sobre la renta de la explotación pueda haber sido acreditada por el propietario o el titular de la misma y, en su defecto, se considerará preferente la información procedente de estudios y publicaciones realizadas por las Administraciones Públicas competentes en la materia sobre rendimientos, precios y costes, así como de las demás variables técnico-económicas de la zona".

53 Sobre los criterios de valoración del suelo en este caso (comparación, capitalización), Lafuente Benaches, M.: "La valoración", cit., pp. 391 y ss.

54 SSTS 20 junio 1997 (RAJ 4712 1997) y 22 junio 1997 (RAJ 6275 1997).

55 STS 11 octubre 2006 (RAJ 804 2007).

56 Al respecto artículos 8, 2 y 9, 1 del Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley de Suelo.

Sin embargo, no se comprende en la noción de renta eólica potencial la derivada de la explotación industrial a cargo del promotor, pues es él quien mediante su destreza y trabajo la genera, razón por la cual no conformaría el justiprecio en un proceso expropiatorio, al tratarse de meras plusvalías gestadas por la actuación del promotor, que no han de repercutir en provecho del dueño del suelo[57], lo cual no debe confundirse con el incremento del valor del terreno procedente de la afectación del proyecto eólico a un nuevo uso destinado al aprovechamiento eólico[58], en cuyo caso se está reconociendo un uso distinto al propio de la tierra, con atribución de una nueva función económica que incide en su adecuada valoración, ahora incrementada en función de la concreción y restricción de los espacios físicos delimitados por la administración, al ser declarados aptos para el aprovechamiento industrial del viento.

A mayor abundamiento, podemos señalar que el progresivo desarrollo de la energía eólica confiere a los terrenos donde el viento circula suficientemente la cualidad de un espacio geográfico estratégico, lo que constituye un factor de localización, criterio que en la legislación del suelo ha sido considerado como un factor corrector al alza en su valoración, en cuyo caso se tienen en cuenta aspectos tales[59] como la accesibilidad a núcleos de población o a centros de actividad económica, o la ubicación en entornos de singular valor ambiental o paisajístico, que, al no constituir una enumeración cerrada, podría dar pie a incorporar un nuevo factor de localización como es el de la aptitud especial del terreno[60], susceptible de ser valorado en el justiprecio ante un eventual proceso de expropiación[61], en la medida que precisamente dicha aptitud especial deviene imprescindible a la hora de implantar la energía eólica y seleccionar una u otra finca.

IV. AFECCIONES JURÍDICAS DERIVADAS DE LA CONSTRUCCIÓN DE PARQUES EÓLICOS.

1. A modo de preámbulo.

Ante la falta de consistencia del pronunciamiento en torno a la naturaleza jurídica del viento y, a propósito de su relación con la progresiva y masiva

57 Así lo reconoce el artículo 36, 1 de la Ley de Expropiación Forzosa, y el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (STSJ Galicia 9 noviembre 2010, JUR 51952 2011).

58 STSJ Castilla y León 13 enero 2012 (RJA 103174 2012).

59 Así lo prescribe el artículo 36, 1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

60 En tanto que la jurisprudencia, en algún caso, niega tal carácter de factor de localización a la aptitud del terreno por su potencial aprovechamiento destinado a la generación de la energía eólica (TSJ Galicia 30 julio 2010, JUR 327931 2010), en otros se muestra favorable a indemnizar al titular de un terreno cuando, tras la instalación de aerogeneradores en territorios colindantes, su terreno propio pierde cualidad energética para producir electricidad ante el fenómeno denominado de "sombra eólica" (SAP Zaragoza 14 diciembre 2006, AC 807 2007).

61 Muñoz Guijosa, M.A.: *El problema de la valoración del suelo: el modelo inglés*. Dykinson, Madrid, 2007.

implantación de la energía eólica, recobra protagonismo el principio civil con clara ascendencia romana, en cuya virtud el dueño de un inmueble no solo lo es del suelo o superficie, sino también del vuelo y subsuelo ("*dominus soli, dominus est, usque ad caelos et usque ad inferos*")[62], no obstante la opinión en contra de su vigencia por parte de la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia actuales[63].

Evidentemente, la concepción individualista, amplia y extensiva del derecho de propiedad por parte del derecho romano se ha visto reducida tras la asunción de una función social incuestionable desde las Constitución de Weimar (1917), la azteca, una vez triunfara la Revolución mexicana (1927), y la portuguesa (1933), fruto de un proceso socializador experimentado por la propiedad, que ha logrado erradicar el carácter absoluto e ilimitado que le venía acompañando incluso después de la codificación decimonónica, en pleno apogeo del Estado Liberal.

Concretamente y, por lo que a las capas superiores –espacio aéreo- e inferiores –subsuelo- de la superficie terrestre se refiere, prima el concepto de utilidad e interés económico al delimitar el contenido del derecho de propiedad, con la salvedad de un interés superior –interés general, utilidad pública-, que justifica su limitación e, incluso, su privación a cambio de la correspondiente compensación económica.

En todo caso, el desarrollo y progresiva implantación de la energía eólica nos plantea cuando menos la cuestión relativa a si el dueño del terreno donde se instalan los aerogeneradores de un parque eólico puede ser reputado propietario del viento circulante que los retroalimenta, toda vez que, de alguna forma, se trata de un derecho a un uso privativo sobre aquel. Y es que, en aplicación de los principios romanos *superficies solo cedit y accesorium sequitur principale,* una finca no se conforma exclusivamente por su superficie, sino que también incluye lo que a ella se une natural o artificialmente, tanto en un plano horizontal, como vertical, siempre teniendo como referencia el criterio de la utilidad, presente o futura, en el ejercicio del derecho de propiedad, puesto que de la misma manera que el factor de la volumetría en materia de edificación puede ser objeto de tráfico jurídico en relación al terreno del que se trata, pudiera barajarse también lo fuera la energía eólica potencial del mismo.

Así pues, si consideramos al viento como una utilidad suplementaria que proporciona el derecho de propiedad para el propietario de un terreno, no podemos entender descabellado plantear el valor económico que incorpora a

62 El derecho romano ya trataba de proteger al propietario de un inmueble frente a las posibles intromisiones ilegítimas por parte de terceros, de tal suerte que el derecho de uso, goce y disfrute del propietario del inmueble resultaba prácticamente ilimitado, a salvo el perjuicio de terceros. En este sentido recurrimos a las fuentes directas justinianeas (D. 8, 2, 50, 1; 43, 24, 50, 22, 4; 43, 18; 8, 5, 4).

63 Vicente Domingo, E.: "Aprovechamiento del subsuelo urbano", en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos Jurídicos*, Universidad de Cantabria, Santander, 2003, p. 688.

su derecho y lo revaloriza, en la medida que se trata de un plus así concebido y cuantificado por la sociedad, una vez que la sustitución de las energías tradicionales por otras menos contaminantes se erige en objetivo prioritario desde las instancias políticas, que se refleja en la planificación, promoción y ejecución de políticas públicas.

En la medida que el desarrollo exponencial de la energía eólica pueda ocasionar una colisión de derechos (Administración, promotores, propietarios afectados, ciudadanos radicados en los municipios de los emplazamientos de parques eólicos), el ordenamiento jurídico debe dar respuesta a las situaciones generadas por una nueva realidad, entre ellas las que se refieren al diseño del régimen jurídico del viento[64], como actor protagónico en sede de energía eólica.

Ello nos lleva a abordar la cuestión relacionada con el título jurídico (*titulus*)[65] en virtud del cual el dueño de un terreno resulta investido de las facultades de propietario para hacer valer su derecho sobre su espacio aéreo, ya por accesión, ya por ocupación.

En efecto, a través de la accesión el dueño de un inmueble hace suyo lo que la cosa produce, o lo que se le une natural o artificialmente[66]. Así es, una manifestación del carácter absorbente del derecho de propiedad, tal cual esponja, lo detectamos en el artículo 353 de nuestro CC, cuando señala que "La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente".

A partir de lo afirmado, podemos distinguir dos clases de accesión[67]: a) por producción (accesión impropia; y b) por unión o incorporación (accesión propia).

Un doble fundamento puede justificar la existencia de este derecho de accesión[68]: por un lado, la justicia, pues parece justo que el dueño de una cosa lo sea también tanto de lo que esta produce, cuanto de lo que se le une o incorpora natural o artificialmente; y, por otro, la accesoriedad (*accessorium sequitur principale*), según la cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Incluso, se discute cuál sea naturaleza de la figura[69], toda vez que plantea si estamos ante una consecuencia lógica del contenido del derecho propiedad y,

64 Lafuente Benaches, M.: "La valoración", cit., p. 373.

65 Lafuente Benaches, M.: "La valoración", cit., p. 381.

66 Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español, común y foral. Derecho de Cosas*. Tomo 2º. Vol. 1º. 12ª edición. Reus, Madrid, 1984, pp. 316 y ss.

67 Rogel Vide, C.: *Derecho de cosas*. Reus. Madrid. 2017, pp. 137, 138.

68 Lacruz Berdejo, J.L.: *Elementos de Derecho Civil. Derechos Reales. III, 1*. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 121, 122.

69 Lacruz Berdejo, J.L.: "Elementos. Derechos Reales", cit., pp. 122, 123.

por ende, engrosa el elenco de facultades que lleva consigo; o bien se trata de un modo de adquirir la propiedad. Dos situaciones, una y otra, diferentes:

a) La derivada de la producción de la cosa (movimiento desde dentro hasta fuera), integrada en el contenido del derecho de propiedad, que constituye una expresión del derecho de goce y disfrute (*ius fruendi*)[70];

b) La que emana de la unión o incorporación a una cosa (movimiento desde fuera hasta adentro), supuesto de verdadera accesión, o accesión propiamente dicha.

En materia de accesión podemos señalar unos principios básicos que rigen la materia[71]: de un lado, el ya mencionado de la accesoriedad, *accessorium sequitur principale* (*superficies solo cedit*, *ex* artículo 358 del CC)[72], con una presunción *iuris tantum* que se aplica en favor del propietario (artículo 359 del CC); y, además, la distinta respuesta jurídica en función de la buena o mala fe del caso que se trate.

Relacionado con el aire, este se considera accesorio al territorio[73], por su carácter inseparable y, por ende, sujeto al mismo régimen jurídico que aquél. Sin embargo, al tratar de encajar su tratamiento con la accesión nos encontramos con algunos inconvenientes:

a) Admitido su encuadramiento en la accesión, lo que resulta más que discutible según veremos, ante la eventual dialéctica sobre su consideración como un supuesto de accesión impropia (por producción) o de accesión propia (por incorporación), nos inclinamos por entender que nos hallamos ante un ejemplo de accesión propia, ya que no puede ser entendido como un fruto natural de la cosa, sin perjuicio de que los provechos obtenidos de la transformación del viento en energía eólica puedan ser reputados como frutos civiles para el inversor que ha instalado los aerogeneradores[74] y ha construido el parque eólico.

Cuestión añadida es que, en puridad, las rentas obtenidas por el dueño del terreno procedentes de la empresa instaladora que explota el parque eólico (renta anual por el período de explotación, generalmente 30 años) podrían ser tipificadas frutos civiles, a tenor de los artículos 353, 354 y 355, 3 del Cc.

70 Los frutos pertenecen al propietario, pero no exclusivamente a él (arrendatario, usufructuario, enfiteuta). Su régimen jurídico se recoge en los artículos 355-357 del CC.

71 Díez-Picazo, L. Gullón Ballesteros, A.: "Sistema", cit., pp. 156, 157.

72 "Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes".

73 Kroel, J.: *Traité de droit international public aérien*. Tomo I. París, 1943, p. 33.

74 STSJ Aragón 7 noviembre 2001 (RAJ 5240 2002).

b) Sin embargo, una de las premisas necesarias para que podamos hablar de accesión es la existencia de dos bienes pertenecientes a distintos dueños, lo cual implicaría reconocer una titularidad jurídica al viento distinta a la del dueño del terreno, sea la sociedad o el Estado –bien demanial-.

c) A su vez, otro de los requisitos ineludibles para la procedencia de la accesión quedaría en tela de juicio: el hecho de que el suelo y el viento constituyan una unidad indivisible, puesto que ambos elementos cuentan con una individualidad e identidad propias.

Por lo que se refiere a la ocupación[75] como título jurídico de adquisición del aire como fuente de producción de energía eólica tras el proceso de instalación y explotación de un parque eólico, podemos tener en cuenta lo que sigue:

El origen de esta institución jurídica se asocia con el modo habitual de adquisición del dominio en los pueblos primitivos, y el derecho romano la reguló y desarrolló[76]. En la actualidad su importancia es exigua, puesto que la vida social reduce la existencia de las cosas sin dueño, en la medida que la mayoría de las legislaciones atribuyen la propiedad de las cosas sin dueño o abandonadas al Estado.

En virtud de lo establecido en el artículo 610 del CC[77], estamos en presencia de un modo de adquisición originario de la propiedad y demás derechos reales, que se aplica solamente a las cosas apropiables por naturaleza, muebles[78], que carecen de dueño (*res nullius, res derelictae*). Su fundamento radica en la toma de posesión de la cosa, ya por aprehensión física, ya por sujeción al señorío de la voluntad del ocupante, con la voluntad de apoderarse de la cosa y hacerla suya (*animus domini*). De ahí que, *prima facie*, su aplicación resulte un tanto forzada en nuestro análisis, toda vez que el viento como *res extra commercium* no es objeto de apropiación y, además, su aprovechamiento singular relacionado con la explotación de la energía eólica no siempre implica un verdadero *animus domini* por parte de quien se sirve del mismo.

Sin embargo, una vez realizado el proceso de conversión y transformación de la energía eólica en eléctrica, el viento podría entenderse *res nullius* y, al tratarse de una cosa mueble, podría entrar en el ámbito de aplicación de la ocupación, si entendemos que es susceptible de apropiación por el primer ocupante, después

75 Castán Tobeñas, J.: "Derecho civil" Tomo 2º. Vol. 1º, pp. 280 y ss.

76 En cuanto a su origen en el derecho romano, Bernad Mainar, R.: *Curso de Derecho Privado Romano*. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, pp. 258 y ss.

77 "Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas".

78 El artículo 17 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, de 3 de noviembre) establece que los inmuebles carentes de dueño pertenecen a la Administración General del Estado.

de haber obtenido los permisos administrativos de instalación y aprovechamiento, en cuyo otorgamiento se valoran aptitudes técnicas, profesionales y económicas. En cualquier caso, su catalogación como res *communis omnium*, según señalan la doctrina y la jurisprudencia, conduciría a su tipificación como *res extra commercium* y, en consecuencia, dificultaría la ocupación por su carácter inapropiable (ex artículo 610 del CC).

Más fácil sería, empero, sortear el requisito del *animus domini*, pues, aun no existiendo como tal un acto de posesión, el simple hecho de usarla particularmente, aunque no siempre se obtenga un aprovechamiento privativo y exclusivo de la cosa, evidencia una efectiva potencialidad que permitiría sobreentender la premisa de sujeción al poder de una persona con intención dominical.

Así las cosas, si partimos de la consideración del viento como un componente del patrimonio del titular del terreno o finca, al modo y manera de una extensión de su derecho de propiedad sobre la misma, en cuya virtud el dueño puede servirse de todas las cosas situadas en su espacio y obtener un aprovechamiento singular que le reporta un valor económico añadido, pudiera tener cabida la institución jurídica de la ocupación, eso sí, adaptada a las nuevas realidades y, por ende, bajo un enfoque distinto al que nos muestra su configuración tradicional.

Por ello, en lo relacionado con el título jurídico que legitima al dueño del terreno a un uso singular producto de la instalación de un parque eólico, no podemos olvidar que desde el momento que la Administración reviste de utilidad pública la implantación de la energía eólica está creando a favor de quienes lo soliciten y cumplan los trámites legales un derecho privativo a explotar con fines industriales la fuerza del viento. En su virtud, los promotores de la instalación y explotación de los parques eólicos adquieren facultades inherentes al propietario del inmueble, como es el derecho al uso libre del viento, ya voluntaria o involuntariamente, mediante una compensación económica que refleja la valoración económica del viento[79], en la medida que el importe final de la indemnización asignada al dueño de la finca compensa la totalidad de la privación infligida, dado que no solo comprende el valor del suelo, sino también el correspondiente al uso libre del viento que circula sobre él y, sin el cual, la implantación de la energía eólica no sería posible.

Respecto de los intereses en juego como consecuencia de la instalación y construcción de los parques eólicos, en la primera fase del trayecto de la

79 El Tribunal Superior de Justicia de Galicia (STSJ Galicia 30 julio 2010, JUR 327931 2010) considera que en la valoración del terreno en este caso ha de tenerse en cuenta que se trata de un suelo rústico con prohibición de uso agrario, ganadero y forestal, si bien con una potencialidad propia para el aprovechamiento energético del viento, sin cuya cualidad ni cabe la instalación de parques eólicos, ni la correspondiente autorización de explotación.

construcción, instalación y puesta en marcha de un parque eólico destaca[80], por un lado, la evaluación y viabilidad económica del proyecto, que resulta vital y determinante; y, más relacionado con el tema que nos ocupa, el de la formalización y perfeccionamiento de los primeros acuerdos que permitan realizar a la empresa promotora estos trámites previos, fruto de los cuales la propiedad de las tierras afectadas resulta comprometida durante el período de tiempo pactado. En efecto, para llevar a cabo la construcción de un parque eólico (instalación de los aerogeneradores, conexión a la red eléctrica, evacuación de la electricidad generada), no solo se ha de contar con el permiso de acceso a las tierras, sino también con la correspondiente autorización para efectuar instalaciones provisionales De ahí que todas estas contingencias y situaciones sean contempladas en los acuerdos iniciales entre las partes, puesto que los mecanismos más usuales para adquirir los terrenos donde se han de instalar los parques eólicos son el contrato de compraventa o el de arrendamiento (el más habitual), la constitución de un derecho real de superficie, o de una sociedad cooperativa, al margen del recurso extremo de la expropiación.

Ya en la segunda fase, una vez obtenidos los permisos y autorizaciones pertinentes, habida cuenta de la estimación positiva de la viabilidad económica del proyecto, procede la construcción del parque eólico y su puesta en funcionamiento, lo que acarreará una serie de consecuencias jurídicas que se formalizan, por lo general, en un contrato privado entre las partes[81], elevado con posterioridad a escritura pública e inscrito en el registro, toda vez que, por su través, se constituyen derechos reales inscribibles sobre los bienes inmuebles afectados[82].

Así, pues, precisando en torno a los intereses en juego, reseñamos lo siguiente:

a) La empresa promotora se reserva la propiedad de las instalaciones durante un plazo acordado con los dueños de los terrenos (por lo general, suele rondar los 30 años) y adquiere una serie de derechos conexos sobre las fincas ajenas que conforman el parque eólico, entre ellos el acceso y el uso propio de las fincas para el mantenimiento y explotación de la instalación efectuada.

b) El agricultor, si bien conserva la titularidad de las tierras de no proceder a su venta, se ve privado de algunas facultades inherentes al derecho de propiedad, por haberlas cedido temporalmente a cambio de una compensación económica de

80 Serrano Santamaría, A.: "Aire, Viento", cit., pp. 127-132.

81 No es inusual que el contenido de esta segunda fase del procedimiento ya se hubiera contemplado en el contrato suscrito en su primera fase, de tal manera que el documento estipulado inicialmente entre las empresas promotoras y los particulares incluyera las cláusulas relativas a la instalación y explotación del parque eólico.

82 Para la obtención de esta información, hemos revisado y consultado diversos modelos de contratos redactados unilateralmente por las empresas promotoras, que son ofertados a los distintos propietarios de los terrenos afectados por la instalación de un parque eólico.

diversa naturaleza, en función del contenido de la privación de la que se trate: ya indemnizaciones únicas que reparan los daños producidos en la finca (bien como consecuencia de la realización de ocupaciones temporales con la consiguiente pérdida de productividad, o por la disminución de su extensión debida a la construcción de viales internos o externos), ya el pago anual de una cantidad por todo el tiempo de vigencia del contrato (con tarifa diferente según la instalación de los aerogeneradores sea total o parcial, incluido su radio de vuelo, o la instalación de subestaciones transformadoras y torres anemométricas o de medición).

Así pues y, en virtud de lo anteriormente señalado, el derecho de propiedad resulta claramente afectado fruto de diversas externalidades[83] –afectaciones-, tanto superficiales (viales, subestaciones, torres de medición, aerogeneradores con sus respectivas plataformas y vuelos), como subterráneas (conductos y líneas de evacuación de la electricidad generada con destino a subestaciones transformadoras y estaciones de almacenaje).

A partir de la situación descrita, concluimos que los sujetos de la relación jurídica son la empresa promotora del parque eólico (Forestalia, Repsol, Iberdrola, Gamesa) y los propietarios de los terrenos donde se va a realizar la instalación, sean particulares, o bien una Administración (por lo general local, un Ayuntamiento).

La relación jurídica contractual así entablada presenta un carácter consensual, bilateral perfecta o recíproca, que implica el intercambio de prestaciones[84]:

a) La empresa promotora adquiere ciertos derechos: acceso a las fincas; ocupación temporal inicial; y uso temporal de aquellas en lo relacionado con la instalación, construcción, puesta en funcionamiento, explotación y mantenimiento del parque eólico, obtenidas las respectivas autorizaciones administrativas.

b) Por su parte, los particulares ceden tales derechos a la empresa a cambio una compensación económica, conservando el derecho a explotar sus fincas, siempre que resulte compatible con el ejercicio de las facultades cedidas a la empresa.

2. Sobre los derechos reales tradicionales.

La noción inicial del derecho real engloba un aspecto positivo –interno- y negativo –externo-, de tal manera que, por un lado, se atribuye a su titular un poder directo, inmediato y absoluto sobre la cosa; y, por otro, surge para

83 Término acuñado desde el Análisis Económico del Derecho (AED). Sobre el particular, Shavell, S.: *Fundamentos del análisis económico del Derecho*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 85 y ss.

84 Serrano Santamaría, A.: "Aire, Viento", cit., p. 134.

quienes no son sus titulares el deber de respetar en su ejercicio a los que sí lo son (obligación pasiva universal).

Por ello, extraemos los caracteres más identificativos del derecho real[85]:

a) Facultan la realización de un interés, según cual sea su naturaleza (uso, goce, ejecución, disposición). En consecuencia, otorgan una serie de facultades, entre ellas el derecho de persecución sobre la cosa, allá donde se encuentre (*ius persequendi*), el posible derecho de prelación frente a un derecho de crédito (*ius prelationis*), y el derecho de disposición sobre la cosa *(ius disponendi*), no obstante la existencia de posibles prohibiciones de disponer, cualquiera que sea su origen (e*x lege*, autorización judicial o administrativa, voluntarias).

b) Son excluyentes, pues impiden su ejercicio a los que no son sus titulares, que deberán respetar su ejercicio.

c) A diferencia de los derechos de crédito, que nacen para morir, los derechos reales presentan una vocación de permanencia, como lo demuestra el derecho de propiedad que se mantiene mientras su propietario así lo establece, llegando incluso a transcender su vida mediante la institución jurídica de la herencia.

d) Dado su carácter absoluto, a diferencia de la relatividad del derecho de crédito, el derecho real cuenta con oponibilidad *erga omnes*, lo que se traduce en la facultad de ejercer acciones reales en su defensa y protección.

A su vez, uno de los debates sempiternos[86] que se han barajado en torno a la figura del derecho real es si su relación es cerrada, según la enumeración establecida por el legislador, o bien es susceptible de incorporar nuevas modalidades al amparo del principio de la autonomía de la privada de la voluntad.

Al hilo de ello, nos encontramos con una enumeración clásica y cerrada, que se identifica con la teoría del *numerus clausus*, incluyendo en tal listado los derechos reales que siguen: propiedad, posesión, servidumbre, usufructo, uso, habitación, superficie, enfiteusis, censo, prenda, hipoteca, anticresis.

Sin embargo y, fruto del juego de la autonomía de la voluntad, se abre camino cada vez con más fuerza la teoría del *numerus apertus*, en cuya virtud las partes, en virtud del principio de la libertad contractual con sus respectivos límites (artículo

85 Díez-Picazo, L. Gullón Ballesteros, A.: "Sistema", cit., pp. 23 y ss., 44 y ss.

86 Díez-Picazo, L. Gullón Ballesteros, A.: "Sistema", cit., pp. 41-43. En torno al principio de la autonomía privada, Lasarte Álvarez, C.: *Curso de Derecho civil patrimonial. Introducción al derecho*. Tecnos, Madrid, 2018, p. 87.

1255 del CC) pueden crear derechos reales. La doctrina y la jurisprudencia[87] se encargan de afinar y delimitar las premisas necesarias en lo que concierne a la creación de nuevos derechos reales por mor del juego de la autonomía de la voluntad.

Relacionándolo con el tema que nos ocupa, podemos afirmar que, en principio, la negociación y la consecución de un acuerdo entre las partes implicadas constituye el desiderátum[88], por lo que a la resolución óptima se refiere del problema de las externalidades del derecho de propiedad surgidas como consecuencia del proceso de construcción e instalación de un parque eólico.

Ante la novedad de la situación descrita, nos enfrentamos ante una modalidad de contrato atípico elaborado en el marco del principio de la autonomía de la voluntad, con sujeción a los límites impuestos por la ley, la moral y el orden público, a tenor de lo prescrito en el artículo 1255 de nuestro CC.

En el intento de encajar el referido contrato en el elenco de los contratos típicos, si optamos por la suscripción de un contrato de arrendamiento, no sería de aplicación la legislación especial de arrendamientos urbanos (LAU, 1994), ni de arrendamientos rústicos (LAR, 2003), toda vez que ni su objeto versa sobre una finca urbana[89], ni tampoco, aun tratándose de una finca rústica, la naturaleza de la actividad derivada de la instalación de un parque eólico –diferente a la agrícola, ganadera o forestal- entraría dentro del ámbito de aplicación del arrendamiento rústico (aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal)[90]. Por ello, de suscribirse un contrato de arrendamiento, sería de aplicación supletoria lo pactado en la normativa del CC relativa al arrendamiento de cosas (artículos 1542 y ss.)[91], sin perjuicio de su posible inscripción registral a los fines del efecto de oponibilidad frente a terceros[92].

Sin embargo, si como suele ser habitual, el propietario de las tierras pretende seguir con su explotación, el contrato arrendaticio puede resultar provisional

87 Entre ellas destacamos las siguientes: cumplir los requisitos propios de los derechos reales; no infringir el orden público; tratarse de situaciones que muestran la necesidad específica de tutela jurídica respecto de los intereses de las partes involucradas en la relación jurídica entablada.
Al respecto, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN): 20 septiembre 1966 (RAJ 4020 1966), 10 enero 2003 (RAJ 2186 2003), 18 febrero 2003 (RAJ 2275 2003).

88 Posner, R.: *El Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 2007, pp. 173 y ss.; Shavell, S.: "Fundamentos", cit., pp. 92 y ss.

89 El artículo 1, 1 de la LAU (1994) circunscribe el ámbito de aplicación de la LAU a los arrendamientos de fincas urbanas que se destinen a vivienda o a usos distintos al de vivienda.

90 De conformidad a los artículos 1, 1 y 6, 5° de la LAR de 2003, respectivamente.

91 La jurisprudencia ha sostenido al respecto que el contrato de arrendamiento funge como título hábil para la instalación, establecimiento y funcionamiento del parque eólico por parte de la empresa promotora de su explotación, aun siendo esta titular de la instalación efectuada (STS 26 junio 2007, RJA 3898 2007).

92 Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2, 5° de la Ley Hipotecaria, modificado en virtud de la Disposición Adicional 2, 1 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre.

ante la insuficiencia para atender las contingencias derivadas de la nueva situación jurídica creada, tanto para la empresa promotora, como para el titular de las fincas, a menos que en el mencionado contrato se hubieran incluido algunas cláusulas atípicas en virtud de las cuales se crearan derechos reales que trataran de dar respuesta a las nuevas necesidades surgidas de la negociación efectuada, bien en calidad de derechos reales típicos (derechos reales de servidumbre y de superficie), bien creados *ad hoc*, partiendo de la teoría del *numerus apertus*.

Al margen del contrato de arrendamiento ordinario, cabría recurrir a un arrendamiento especial o *sui generis*, que recogiera todas estas particularidades, lo que pondría sobre el tapete la conveniencia o no de crear una legislación sobre la materia que sirviera de cobertura, con el reto de atender las necesidades suscitadas y de satisfacer los distintos intereses en juego. En la actualidad, el contrato de arrendamiento en el sector energético es el más habitualmente suscrito entre el promotor del proyecto y el propietario del terreno. Al tratarse de un contrato de duración prolongada (25-40 años), surgen muchas interrogantes que, en aras de la seguridad jurídica, habrán de resolverse inequívocamente en sus cláusulas (entre ellas y, a título de ejemplo, los gastos asumidos por cada parte; la renta por percibir o abonar, tanto durante la fase de desarrollo del proyecto, como en la de funcionamiento; las posibles causas de resolución del contrato).

Otra posibilidad sería recurrir *ex profeso* a la constitución de derechos reales, ya dentro del marco legalmente reconocido (teoría del *numerus clausus*), ya creados *ex novo* en atención a las circunstancias del caso, incluso a partir de una variante de un derecho real preexistente (teoría del *numerus apertus*), según tratamos a continuación.

3. Factibilidad de derechos reales de nuevo cuño creados *ad hoc*.

Tal como se ha señalado, si bien en la primera fase, o fase previa de la instalación y explotación de un parque eólico, el contrato de arrendamiento con inclusión de cláusulas relativas a la realización de actividades y comprobaciones necesarias podía bastar para la satisfacción de los intereses de las partes, lo cierto es que, a medida que el proyecto avanza, se plantean cuestiones de envergadura que han de ser solucionadas, entre ellas, lo atinente a la concreción de la propiedad de los aerogeneradores, viales, conductos y demás instrumentos propios del parque, cuya titularidad corresponde a la empresa encargada de su explotación; por otro lado, la preservación del derecho de propiedad de las tierras para su propietario, garantizada a través de la publicidad registral con efectos *erga omnes*; y, además, estrechamente relacionado con lo anterior, el tiempo suficiente y necesario de explotación del parque, a los fines de cubrir y optimizar la ingente inversión efectuada.

En efecto, sobre estos tres pivotes gravitará el contenido y la mayor complejidad del contrato que se suscriba entre las partes y, en tal menester emerge como punto capital determinar la naturaleza del derecho real de goce constituido sobre cosa ajena. Delimitada la categoría general de la situación generada –*ius in re aliena*-, procede una primera aproximación de descarte respecto de algunos derechos reales limitados (servidumbre, usufructo, uso, habitación, censos), así como también, por no resultar de aplicación al caso que nos ocupa, aquellos derechos reales que aseguran el cumplimiento de una obligación principal (prenda, hipoteca, anticresis).

Mayor conexión con la situación planteada encontramos, sin embargo, al analizar concretamente dos derechos reales limitados sobre cosa ajena en particular: por un lado, el derecho de vuelo; y, por otro, el derecho de superficie.

Entendemos por vuelo el espacio sobre el terreno en que se sitúa una finca que, como mínimo, sin aparejar una obra o utilidad concreta, lleva aparejada la utilidad de un espacio abierto que proporciona luz, sol y aire. Así pues, el vuelo es susceptible de propiedad y podría ser objeto de cesión, ya al unísono con la cesión del mismo suelo, o bien con independencia de él. De ahí que podamos hablar del régimen tridimensional del derecho de propiedad sobre un bien inmueble[93], superando con ello el mero ámbito del derecho de accesión[94], y extendiendo dicho ámbito hasta donde el interés del propietario lo permita y aconseje en función de las condiciones del momento impuestas por la destreza y actuación humanas[95].

La facultad que atribuye el derecho real de vuelo parece circunscribirse más bien al derecho sobre una edificación preexistente, ya por existir con carácter previo, ya por haber surgido como resultado de una reciente edificación, circunstancia que dificultaría su encaje en el caso de instalaciones temporales, como sucede con las integrantes de un parque eólico. Tanto el derecho real de vuelo sobre suelo urbano como sobre suelo rústico resultan inscribibles[96], si bien el ejercicio del derecho en el primero de los casos deriva en un régimen jurídico rayano con la propiedad horizontal, en la medida que para su inscripción se requerirá la fijación de cuotas de participación entre los comuneros y el establecimiento de las normas por las que se rige la comunidad –estatutos-; sin embargo, ello no aplica para el

93 Rogel Vide, C.: *El ámbito tridimensional de la propiedad inmueble*. Reus, Madrid, 2017.

94 Artículos 353 y ss. del CC.

95 Von Ihering, R.: "Zur Lehre von den Beschrankungen des Grundeigenthumers", in *Interse der Nachbarn* 1863, Vol. 6. Un criterio que se inocularía en algunos Códigos europeos (BGB, parágrafo 905; Código civil suizo, artículo 667; *Codice civile*, artículo 840), aunque no en el español, pues el artículo 350 no alude a él, si bien la doctrina y la jurisprudencia (STS 10 febrero 1992, RAJ 1199 1992) se acercan al criterio del razonable interés del propietario, de la más diversa naturaleza, incluso no económico, para determinar y aceptar una amplia extensión del derecho de propiedad. Al respecto, Rogel Vide, C.: "El ámbito tridimensional", cit., pp. 21, 45.

96 Artículos 16, 2 y 30, 3 del Reglamento Hipotecario, respectivamente.

supuesto de suelo rústico, toda vez que el Reglamento Hipotecario no menciona las construcciones, sino solo las siembras y plantaciones, de tal suerte que, por mucho que en la inscripción se incluya lo estipulado entre las partes, la pretendida adaptación de la instalación de un parque eólico con un derecho real de vuelo, no haría sino asimilar la figura resultante con el derecho de superficie, una razón más, entre otras, para justificar la elección entre las partes de esta última vía, aun cuando estas no se decanten expresamente por asignarle tal denominación, ni por calificar el supuesto de hecho de tal guisa.

En cuanto al encaje de la instalación de un parque eólico bajo el esquema del derecho de superficie[97], hemos de partir inicialmente constatando que debemos acudir a la legislación periférica[98] del CC para aproximarnos a la figura. Así, por ejemplo, resulta de su concepto, según el cual el superficiario cuenta con el derecho a construir en el rasante, vuelo y subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de lo edificado o construido (artículos 53 de la Ley del Suelo y 16 del Reglamento Hipotecario), un derecho extensible también sobre construcciones o edificaciones ya realizadas, o bien sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, en cuyo caso el superficiario adquiere la propiedad temporal de aquellas, sin perjuicio del derecho de propiedad separada en manos del titular del suelo.

Es decir, el derecho de superficie presenta tres modalidades, que pueden ejercerse de manera conjunta o independiente: a) realización de construcciones o edificaciones en la rasante; b) en el vuelo (derecho de vuelo o sobreedificación)[99]; y c) en el subsuelo de una finca ajena (derecho de construcción subterránea o subedificación).

Su constitución solo cabe por parte del propietario del suelo, sea a título oneroso (suma alzada, pago periódico, adjudicación viviendas o locales, o su arrendamiento)[100], o bien a título gratuito. Son requisitos de constitución el

97 Sobre el derecho real de superficie, Blasco Gascó, F.: *Instituciones de Derecho Civil Derechos Reales. Derecho Registral Inmobiliario*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 413-416; STS 26 noviembre 2002 (RAJ 9935 2002).

98 Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (LS), artículos 53 y 54; Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (RH), artículo 16, 1, anulado, junto a otros preceptos, por la STS 31 enero 2001 (RAJ 1083 2001).

99 El derecho de vuelo se diferencia del derecho de superficie principalmente en que mientras el primero confiere una propiedad definitiva sobre la edificación resultante, el segundo genera una propiedad separada de la del suelo, con carácter temporal. Así pues, el derecho de vuelo deroga el axioma *superficies solo cedit*, en tanto que el derecho de superficie constituye una excepción al mismo, o cuando menos una suspensión temporal en su aplicación. Al respecto, Díaz moreno, A.: "Los derechos reales limitados de goce", en AA.VV.: *Lecciones de Derecho Civil. Derechos Reales e Hipotecario*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 219.

100 Artículo 53, 3 de la LS. En este sentido, cabe añadir al contrato cláusulas que aseguren el pago de dicha contraprestación, así como que actualicen su monto mediante un sistema de revisión (por ejemplo, la variación anual del IPC).

otorgamiento de escritura pública seguida de la correspondiente inscripción registral, que adquiere en este caso un carácter constitutivo.

Se trata de un derecho transmisible, que puede sujetarse a gravamen[101] con las limitaciones fijadas en su título constitutivo, donde es posible la inclusión de cláusulas y pactos relativos al ejercicio de los derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo. A su vez, este puede transmitir y gravar su derecho por separado del derecho del superficiario, sin necesidad de recabar el consentimiento de este último: en este supuesto, el subsuelo corresponderá al propietario del suelo y será objeto de transmisión y gravamen junto con él, salvo que expresamente hubiera sido incluido en el contenido del derecho de superficie.

En la medida que nos hallamos ante un derecho real limitado sobre cosa ajena, entre sus causas de extinción señalamos (ex artículo 54, 5 LS) la no construcción dentro del plazo establecido, así como el vencimiento del plazo de duración[102]. Además, las partes pueden prever en el contrato otras posibles causas de extinción (así, por ejemplo, en el caso que nos ocupa, el derecho de rescisión por interrupción continuada y duradera de la producción de energía debida a una causa ajena al superficiario).

En virtud de la extinción del derecho, la consecuencia resultante es que el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin mediar indemnización alguna, salvo pacto en contrario en cuanto al régimen de liquidación del derecho, como puede suceder en el caso de estipularse el *ius revertendi*.

Así pues, conocido el derecho de superficie en general, procede relacionarlo con su posible aplicación en sede de construcción e instalación de un parque eólico.

En efecto, la factibilidad de gravar el derecho de superficie separadamente del derecho que ostenta el propietario del suelo abre un abanico de posibilidades para las empresas eléctricas propietarias del parque eólico construido: en la primera fase de la futura instalación eólica el superficiario adquiere la facultad de edificar, de tal manera que resultará revestido de un derecho real de construcción sobre cosa ajena sujeto al plazo pactado por las partes, cuyo incumplimiento producirá la extinción del derecho. Es más, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden constituir un contrato de opción del derecho de

101 Artículo 54 de la LS.

102 La noción de temporalidad acompaña al derecho de superficie. Concretamente el artículo 53, 2 de la LS establece que el plazo de duración no podrá exceder de 99 años, un lapso de tiempo que rebasa con creces las necesidades de las partes en función de la necesaria amortización de la inversión para la empresa promotora y la obtención de beneficios a cargo de las partes contratantes. Por lo que a la instalación de parques eólicos se refiere, el plazo de duración suele oscilar entre 25-30 años.

superficie, durante cuya vigencia la entidad promotora quedará habilitada para efectuar todas las actuaciones necesarias tendentes a la evaluación de la aptitud eólica de la zona.

Por su través, el derecho de superficie, constituido como un derecho real limitado sobre cosa ajena, se presenta a su vez como una propiedad superficiaria y separada[103] –con titularidad del superficiario, en este caso la planta eólica-, que coexiste con la propiedad del suelo sobre la que se instala el parque eólico, con la particularidad de permitir la continuación del uso y explotación de la finca agrícola en la parte no afectada sustancialmente por la instalación. Es decir, que, en un dechado inequívoco de la versatilidad funcional propia de este derecho de superficie *sui generis*, el dueño del suelo puede conjugar el respeto a la propiedad superficiaria con la continuidad de la explotación agrícola, siempre que ello no resulte incompatible con la explotación del parque eólico.

Por lo general, los contratos que regulan la instalación del parque eólico eluden abordar la titularidad de lo construido *ad hoc*, principalmente con la finalidad de eludir puntos de fricción o suspicacias con el propietario del suelo. En todo caso, esta inquietud se trata de zanjar y clarificar en los contratos confiriendo al dueño del suelo agrícola el *ius revertendi*, traducido en la obligación del superficiario de retirar a su costa las instalaciones y edificaciones de su propiedad ubicadas en la finca en un plazo máximo desde la fecha de extinción del derecho de superficie. Una obligación que, ante la relevancia que reviste para el dueño del terreno, puede blindarse mediante una garantía que cubra el desmantelamiento de la instalación, puesto que el afán principal para el propietario de la finca, transcurrido el lapso temporal de la afección, radica en revertirla a su estado original para poder continuar su explotación agrícola primigenia.

Así pues y, en virtud de lo señalado, nos encontramos en la encrucijada de proponer la constitución de un nuevo derecho real susceptible de encajar la nueva situación jurídica surgida de la construcción, instalación y subsiguiente explotación de un parque eólico.

Para ello recurrimos al argumento de la teoría del *numerus apertus* sobre el particular, de tal manera que, a partir del derecho real de superficie típico ya existente, admitamos la constitución de un nuevo derecho real derivado *ad hoc*, fruto del principio de la libertad contractual (artículo 1255 del CC[104]). Una

103 STS 4 febrero 1993 (RJ 782 1993).

104 Argumento legal complementado con otros preceptos: el artículo 1280, 1 del CC, que requiere el documento público con efectos *ad publicitatem* respecto de los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles; el artículo 2, 2 de la LH que incluye entre los títulos sujetos a inscripción los actos de constitución, reconocimiento, transmisión, modificación o extinción de cualesquiera otros derechos reales, además de los allí enumerados (usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres); y, por fin, el artículo 7 del RH que

consecuencia del juego complementario de ambos pilares (teoría del *numerus apertus* y principio de la autonomía de la voluntad), que se unen simbióticamente como argamasa constructiva.

Efectivamente, superada la tradicional diatriba doctrinal en torno al elenco de los derechos reales (*numerus clausus-numerus apertus*), se abre camino cada vez con más fuerza la tesis aperturista ante una realidad práctica que genera nuevas situaciones jurídico-reales. Más aún cuando la doctrina práctica de la DGRN[105] se pronuncia en tal sentido con base en razones de tipo económico. Aun así, no basta la mera voluntad constitutiva, sino que se han de reunir al efecto una serie de requisitos conjuntamente para que resulten inscribibles[106]: a) el derecho creado ha de otorgar un poder directo e inmediato sobre la cosa o construcción, similar a figuras conceptuadas como derechos reales; b) no contravenir el orden público económico; c) cumplir los requisitos de fondo y forma que exige la naturaleza propia de los derechos reales, así como su publicidad; d) descripción perfecta del derecho y del objeto gravado por su través (principio de especialidad registral ex 9 LH); y e) necesidad de una específica tutela jurídica para los intereses de las partes, por mediar una causa suficiente que lo justifique, principalmente de orden socioeconómico.

Así las cosas, aun reconociendo que el derecho real de superficie resulta ser el que mejor se adapta a las necesidades que plantea la instalación de la energía eólica en suelo agrícola, sin embargo, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, de consuno con la tesis del *numerus apertus* en lo que al elenco de derechos reales existentes se refiere, podemos esgrimir una variante de aquel como aplicable al caso, cual es el contrato de cesión de un derecho de superficie[107], toda vez que, por su través, se permite a su titular edificar, plantar o sembrar en suelo ajeno (haciendo suya la propiedad de lo edificado, plantado o sembrado) en un lapso temporal inferior a 99 años, transcurrido el cual opera, en principio, la reversión de lo edificado al propietario del suelo, salvo pacto en contrario que establezca, por ejemplo, la reversión del suelo a su estado original o, en su defecto, el pago

declara inscribibles no solo los derechos reales mencionados especialmente, sino también "cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales".

105 Resoluciones de la DGRN de 4 marzo 1993 (RAJ 2471 1993); 6 marzo 2001 (RAJ 2172 2002); 5abril 2002 (RAJ 8121 2002); 16 julio 2002 (RAJ 9317 2002); 5 diciembre 2002 (RAJ 1181 2003); 25 abril 2005 (RAJ 5173 2005); 18 julio 2005 (7020 2005).

106 Díez-Picazo, L.; Gullón Ballesteros, A.: "Sistema", cit., p. 42; Serrano Santamaría, A.: "Aire, Viento", cit., pp. 185-189.

107 Sobre el contrato de cesión del derecho de superficie, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiJ5ors6NjxAhVS5eAKHb32CnY4FBAWMAF6BAgCEAM&url=https%3A%2F%2Fwww.mariscal-abogados.es%2Fenergias-renovables-el-contrato-de-cesion-de-un-derecho-de-superficie%2F&usg=AOvVaw2wNUQe8oyiWKUDplmPRqwD (consultado con fecha 15/07/2021).

de una indemnización, quedando resueltos cualesquiera derechos personales o reales sobre la finca.

V. CONCLUSIÓN.

Las externalidades del derecho de propiedad surgidas de la construcción e instalación de un parque eólico se sustancian mediante un contrato atípico en el marco del principio de la autonomía de la voluntad. También cabría recurrir a la constitución de derechos reales *ad hoc*, ya en el marco legalmente reconocido (teoría del *numerus clausus*), ya creados *ex novo* en función de las circunstancias del caso, incluso a partir de una variante de un derecho real preexistente (teoría del *numerus apertus*).

La facultad que atribuye el derecho real de vuelo se refiere primordialmente al derecho sobre una edificación preexistente, bien que existe previamente, bien que ha surgido de una reciente edificación, una circunstancia que dificultaría su encaje en el caso de instalaciones temporales, como sucede con las de un parque eólico.

Respecto a la aplicación del derecho de superficie en el ámbito de la construcción e instalación de un parque eólico, la posibilidad de gravamen del derecho de superficie separadamente del derecho que ostenta el propietario del suelo abre un abanico amplio para las empresas eléctricas propietarias del parque eólico y, por su través, el derecho constituido se presenta, al mismo tiempo, como una propiedad superficiaria y separada, que coexiste con la propiedad del suelo sobre la que se efectúa la instalación, permitiendo continuar con el uso y explotación de la finca agrícola en la parte no afectada sustancialmente por lo construido, situación que, en un refrendo de versatilidad funcional y con base en el principio de la autonomía de la voluntad y la teoría del *numerus apertus* sobre derechos reales, permite diseñar una modalidad de derecho de superficie *sui generis*, cual es el contrato de cesión de un derecho de superficie, en cuya virtud se faculta a su titular a edificar, plantar o sembrar en suelo ajeno (haciendo suya la propiedad de lo edificado, plantado o sembrado) en un lapso temporal menor a 99 años, transcurrido el cual, se produce la reversión del suelo a su estado original en favor de su dueño.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M.: *Derecho Civil* I. Vol. 2º. 14ª ed. Bosch, Barcelona, 1996.

Aguilar Gorrondona, J.L.: *Cosas, bienes y derechos reales. Derecho civil II*. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.

Aa.Vv. (Coord. Moreno Quesada, B.).: *Curso de Derecho Civil I*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Aa.Vv. (Dir. Santos Briz, J.).: *Tratado de Derecho civil. I.* 1ª ed. Bosch, Barcelona, 2003.

Aa.Vv. (Coord. Moreno Quesada, B.).: *Curso de Derecho Civil I*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Aa.Vv.: *Derecho civil I. Parte General y derecho de la persona* (Coord. F. Oliva Blázquez; L. Vázquez-Pastor Jiménez). Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Bernad Mainar, R.: *Curso de Derecho Privado Romano*. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001.

Blasco Gascó, F.: *Instituciones de Derecho Civil Derechos Reales. Derecho Registral Inmobiliario*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019.

Bonfante, P.: *Corso di Diritto romano*. Giuffrè, Milano, 1966.

Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español, común y foral. Derecho de Cosas*. Tomo 2. Vol. 1º. 12ª ed. Reus, Madrid, 1984.

-*Derecho civil español común y foral*. Tomo 1. Vol. 2º. 14ª ed. Reus, Madrid, 1984.

Clavería Gosálbez, L.H.: "Comentario al artículo 333 del Código civil", en AA.VV. (Dir. C. Paz-Ares Rodríguez). *Comentario del Código Civil*. Mº de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

Delgado Piqueras, F.; Garrido Cuenca, N.: "El régimen de la energía eólica en Castilla-La Mancha. Medio Ambiente & Derecho", *Revista Electrónica de Derecho Ambiental* nº 21, 2010.

Díaz Moreno, A.: "Los derechos reales limitados de goce", en AA.VV. *Lecciones de Derecho Civil. Derechos Reales e Hipotecario*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Díez-Picazo, L.; Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho civil*. Volumen I/1. 2ª ed. Tecnos, Madrid, 2000.

Gutiérrez Santiago, P.: "Comentario a los artículos 333 a 337 del Código Civil", en AA.VV. (Coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano). *Comentarios al Código Civil*. Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 2699 y ss.

Izquierdo Toscano, J.M.: *Energía eólica y territorio*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008.

Kroel, J:. *Traité de droit international public aérien*. Tomo I. París, 1943.

Kummerov, G.: *Bienes y derechos reales*. 5ª ed. Mac Graw Hill, Caracas, 2002.

Lacruz Berdejo, J.L.: *Elementos de Derecho Civil. Derechos Reales. III, 1*. Dykinson, Madrid, 2016.

-*Elementos de Derecho civil I. Parte General*. Vol. 3º. Dykinson, Madrid, 2005.

-*Manual de Derecho civil*. Cometa, Zaragoza, 1980.

Lasarte Álvarez, C.: *Curso de Derecho civil patrimonial. Introducción al derecho*. Tecnos, Madrid, 2018.

López Ramón, F.: "Teoría jurídica de las cosas públicas", *Revista de la Administración Pública* nº 186, Madrid, 2011, pp. 9 y ss.

Marienhoff, M.S.: "La condición jurídica del viento". *Jurisprudencia Argentina* IV, 1961, pp. 73 y ss.

Medina de Lemus, M.: "Comentario al artículo 333 del Código Civil", en AA.VV. (Coord. J. Rams Albesa). *Comentarios al Código Civil III*. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 9 y ss.

Muñoz Guijosa, M.A.: *El problema de la valoración del suelo: el modelo inglés*. Dykinson, Madrid, 2007.

Olaso, L.M.: *Curso de introducción al Derecho. Introducción Filosófica al Estudio del Derecho*. Tomo II. Publicaciones UCAB, Caracas, 2001.

Regueiro Ferreira, R.M.; Doldán García, X.R.: "Política sectorial de la política eólica en Galicia. Participación social y comparación internacional", *Revista Galega de Economía* Vol. 19, 2010, pp. 129 y ss.

ROGEL VIDE, C.: *Derecho de cosas*. Reus, Madrid, 2017.

-*El ámbito tridimensional de la propiedad inmueble*. Reus, Madrid, 2017.

SHAVELL, S.: *Fundamentos del análisis económico del Derecho*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016.

TAPIA SALINAS, L.: "Principios jurídicos básicos de la Navegación aérea", en *Trabajos de Derecho Aeronáutico y del Espacio*. Colección Estudios Jurídicos. Vol. I, Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, 1978.

VICENTE DOMINGO, E.: "Aprovechamiento del subsuelo urbano". *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos Jurídicos*, Universidad de Cantabria, Santander, 2003.

VON IHERING, R.: "*Zur Lehre von den Beschrankungen des Grundeigenthumers*", in *Interse der Nachbarn* Vol. 6, 1863.

AFECTACIONES EN SUELO AGRÍCOLA DERIVADAS DE LA CONSTRUCCIÓN DE PARQUES EÓLICOS: EL PROBLEMA DE LAS EXTERNALIDADES DEL DERECHO DE PROPIEDAD DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED)

AFFECTATIONS ON AGRICULTURAL LAND DERIVED FROM THE CONSTRUCTION OF WIND PARKS: THE PROBLEM OF EXTERNALITIES OF PROPRIETORSHIP FROM THE PERSPECTIVE OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (EAL)

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2606-2635

Rafael BERNAD
y Miguel Ángel
TENAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de octubre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: La implantación de la energía eólica constituye un hecho irreversible en la actualidad, fruto de una voluntad política firme que pretende sustituir las energías tradicionales por las energías renovables, menos nocivas al medio ambiente y más propicias para la consecución de un desarrollo sostenible.

Fruto de tal premisa proliferan a lo largo del espacio geográfico parques eólicos, sobre todo en suelo agrícola, lo que implica la afectación del derecho de propiedad a lo largo del proceso de construcción, instalación y posterior explotación de la energía eólica.

Tales afectaciones se plasman en contratos suscritos entre las partes implicadas, donde se constituyen derechos reales, algunos típicos, otros creados ad hoc. Relacionado el tema abordado con la óptica del Análisis Económico del Derecho (AED), entran en juego las externalidades del derecho de propiedad, que se analizan incardinadas en el proceso de implementación de la energía eólica en suelo agrícola.

PALABRAS CLAVE: Parques eólicos; afectaciones; propiedad; externalidades; análisis económico del Derecho (AED).

ABSTRACT: *The implementation of wind energy constitutes an irreversible fact today, the result of a firm political will that aims to replace traditional energies with renewable energies, less harmful to the environment and more conducive to achieving sustainable development.*

As a result of this premise, wind farms proliferate throughout the geographical space, especially on agricultural land, which implies the affectation of property rights throughout the process of construction, installation and subsequent exploitation of wind energy.

Such affectations are reflected in contracts signed between the parties involved, where real rights are constituted, some typical, others created ad hoc. Related to the topic addressed with the perspective of the Economic Analysis of Law (AED), the externalities of property rights come into play, which are analyzed incardinated in the process of implementing wind energy in agricultural land.

KEY WORDS: *Wind parks; affectations; property; externalities; economic analysis of the Law (EAL).*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: UNA NUEVA REALIDAD, UN NUEVO PAISAJE.- II. PRINCIPALES AFECTACIONES DEL DERECHO DE PROPIEDAD DERIVADAS DE LA CONSTRUCCIÓN DE UN PARQUE EÓLICO.- 1. En general.- 2. Análisis de un contrato en particular.- III. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LAS EXTERNALIDADES.- 1. Una visión desde el Análisis Económico del Derecho (AED). 2. En concreto, como consecuencia de la instalación de un parque eólico. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: UNA NUEVA REALIDAD, UN NUEVO PAISAJE.

La implantación de las energías renovables constituye un hecho consumado en nuestro entorno, en la medida que desde las políticas comunitarias existe una voluntad decidida en tal sentido[1], al incluirse dentro de los objetivos prioritarios de actuación para lograr la implantación de la energía verde en sustitución de las energías tradicionales, más contaminantes y nocivas respecto del medio ambiente[2], todo ello en aras de la consecución de un desarrollo sostenible y menos agresivo con la naturaleza.

La energía eólica representa la energía renovable más desarrollada en nuestros días[3], no obstante ser un recurso energético empleado desde antiguo por el hombre, ya en la navegación marítima, o con los molinos de viento para sus más diversos usos. Por su través se produce electricidad gracias a la fuerza ejercida por el viento, es decir, merced a su utilización se aprovecha la energía cinética que surge del flujo de las corrientes de aire. De ahí que sus dos grandes virtudes como fuente energética que la individualizan y acrecientan su potencial valor[4]: es una fuente de energía limpia que, además, resulta prácticamente inagotable, lo que redunda, sin lugar a dudas, en una reducción en las cifras de emisión de gases de efecto invernadero y, por ello, contribuye en gran medida a la preservación

1 Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2002/30/CE, DOUE nº 140, 5/06/2009 (DOUE-L-2009-81013), relacionada con otras Directivas conexas como la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a le eficiencia energética, en lo referente a auditorías energética, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de le eficiencia del suministro de energía (LCEur 2012/1797).

2 STS 11 diciembre 2013 (RAJ 2014, 198).

3 Información obtenida en https://datos.enerdata.net/energias-renovables/eolica-solar-produccion.html (consultado con fecha 6/04/2021).

4 SSTS 28 marzo y 26 junio 2006 (RAJ 2006, 1115 y 3974).

• Rafael Bernad Mainar
Profesor de la Universidad San Jorge (USJ), Grupo de Investigación ECONOMIUS-J. Correo electrónico: rbernad@usj.es

• Miguel Ángel Tenas Alós
Profesor de la Universidad San Jorge (USJ), Grupo de Investigación ECONOMIUS-J. Correo electrónico: matenas@usj.es

del medioambiente, aspecto este que refuerza su aplicación para el logro de un desarrollo sostenible, una de las consignas elevada a la categoría de paradigma en las sociedades desarrolladas de nuestros días.

Desde principios del siglo XX se produce energía eléctrica a través del movimiento de las palas de unos aerogeneradores, de tal manera que la energía eólica mueve una hélice y, mediante un sistema mecánico, permite el giro del rotor de un generador con la consiguiente producción de energía eléctrica[5]: en efecto, de manera sencilla, a la vez que comprensible, podemos señalar que el viento procede del sol, dado que las radiaciones solares no se proyectan por igual sobre toda la superficie terrestre, puesto que existen zonas más cálidas que otras, lo que se traduce relacionado con la presión atmosférica en que el aire tiende a ascender a las zonas más calientes, con las consiguientes bajas presiones, a diferencia de lo que sucede en las zonas más frías donde el aire desciende por pesar más, lo cual genera áreas de altas presiones. Y es precisamente esta diferencia de presión la que facilita el movimiento del aire y el surgimiento del viento.

Por regla general de la física, todo cuerpo en movimiento cuenta con energía cinética. Más concretamente, en el caso de la energía eólica, la energía cinética resulta frenada cuando se topa con las aspas del aerogenerador[6]. El proceso extractivo se consuma, por un lado, gracias al rotor del aerogenerador, que transforma la energía cinética en energía mecánica; y, por otro, al mismo generador, al transformar energía mecánica en eléctrica.

Así pues, la energía eólica constituye una fuente de energía renovable[7]; que no contamina, en la medida que no emite sustancias tóxicas, no genera residuos, y cuenta con una huella de consumo de agua reducida; inagotable; que reduce el uso de combustibles fósiles, con sus consecuencias en el calentamiento global. Representa una energía autóctona, disponible en la práctica totalidad del planeta, lo que coadyuva a reducir las importaciones energéticas, así como a crear riqueza y empleo de forma local. Su uso eficiente se erige, indiscutiblemente, en un aval de primer orden en la consecución del desarrollo sostenible[8].

Además, la energía eólica suministra actualmente más del 5% del consumo mundial de electricidad, una cifra exigua, si bien ante su amplio y rápido despliegue

5 Información obtenida en https://www.aeeolica.org/sobre-la-eolica/la-eolica-y-sus-ventajas (consultado con fecha 06/04/2021).

6 Un dato importante que debemos conocer es que de todo el viento que atraviesa el aerogenerador se aprovecha aproximadamente entre un 40-45%. Información obtenida en https://voltioenergia.es/como-se-transforma-el-viento-en-energia/ (consultado con fecha 06/04/2021).

7 Artículo 2 a) de la Directiva 2009/28, de 23 de abril, ya mencionada.

8 La ONU aprueba el 25 de septiembre de 2015 la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, que cuenta con 17 Objetivos, entre los cuales traemos a colación el Objetivo nº 7: Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna. Información obtenida en https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/energy/ (consultado con fecha 06/04/2021).

global se espera alcanzar un progresivo crecimiento irreversible. En todo caso, el futuro está relacionado con la energía eólica y, por ello, a más largo plazo (año 2040), la Agencia Internacional de la Energía[9] prevé que la energía del viento pueda alcanzar el 9% de la demanda eléctrica mundial y algo más del 20% en toda Europa.

España es, sin lugar a dudas, uno de los países pioneros y líderes en el aprovechamiento del viento para producir electricidad. Transcurridos casi treinta años después de haberse instalado el primer aerogenerador en nuestro país, España logró ya en el año 2013 ser el primer país del mundo en el que la energía eólica representase la principal fuente de generación eléctrica durante todo un año entero (más concretamente el 20,9% de la producción total, el 19% en 2018 en un monto equivalente al consumo correspondiente a doce millones de hogares), lo que demuestra con rotundidad la apuesta por esta modalidad de producción energética, hasta el punto de que en la actualidad es el segundo país europeo después de Alemania en cuanto a la operatividad de la energía eólica, para convertirse en el quinto país a nivel mundial tras China, EEUU y la India[10], además de ser uno de los primeros países del mundo en cuanto a integración de la energía eólica en red (cerca de 11.800 MW eólicos participan en servicios de ajuste del sistema eléctrico). Además, España fue el país que más potencia eólica terrestre instaló durante 2019 en la Unión Europea (UE), con un 15 % del total instalado.

Todos estos datos ayudan a confirmar que el sector eólico es clave para cumplir el objetivo europeo marcado hasta el año 2030, en cuya virtud se pretende alcanzar que el 32% del consumo de energía sea procedente de fuentes renovables[11] como premisa indispensable para la consecución de un desarrollo duradero y sostenible.

La importancia y trascendencia que va a representar la energía eólica en nuestras vidas en un futuro inmediato podemos evidenciarla a través de las siguientes variables de distinto orden que exponemos a continuación:

1. De orden económico, al propiciar el abaratamiento de costes, impulsar la economía y fortalecer el tejido industrial de nuestro país, tal como explicamos de seguidas:

9 Información obtenida en https://www.iea.org/fuels-and-technologies/renewables (consultado con fecha 10/04/2021).

10 China: capacidad instalada 221GW; EEUU: capacidad instalada 96,4 GW; Alemania: capacidad instalada 59,3 GW; India: capacidad instalada 35GW; España: capacidad instalada 23, 484 GW. 1123 parques eólicos en 807 municipios; Reino Unido: capacidad instalada 20,7 GW; Francia: capacidad instalada 15,3 GW; Canadá: capacidad instalada 12, 8 GW; Brasil: capacidad instalada 14,5 GW; Italia: capacidad instalada 10 GW. Información obtenida en https://www.evwind.com/2019/03/18/los-10-primeros-paises-del-mundo-por-capacidad-de-energia-eolica/ (consultado con fecha 3/07/2019).

11 Información obtenida en https://www.iea.org/fuels-and-technologies/renewables (consultado con fecha 10/04/2021).

a) Se trata de una fuente de energía que abarata costes si la comparamos con otras fuentes de energía, sobre todo las de combustión, como lo prueba el hecho de que en el año 2018 la energía eólica permitió rebajar no solo el coste del pool eléctrico considerablemente (6,83 €/MWh)[12], sino también los costes de producción en el sector industrial. A pesar de la gran inversión que acarrea la implantación de la energía eólica, sus costes de producción van disminuyendo progresivamente[13], fruto de la investigación, las experiencias acometidas y el desarrollo industrial.

b) Motor económico[14]. Aun cuando la energía eólica apenas representa un 0,35% del PIB nacional, se trata de un sector en clara progresión y expansión, tal como lo demuestran algunos datos más que relevantes (España exporta tecnología relacionada con la energía eólica valorada en más de 2000 millones de €/año, hasta el punto de que se ha consolidado como el tercer país exportador de aerogeneradores del mundo, así como el sexto país del mundo y el tercero en Europa en creación de patentes eólicas, cuyo sector invierte aproximadamente 108 millones €/año en I+D).

c) Potencial fuente de creación de empleo y de consolidación del tejido industrial. La energía eólica crea cinco veces más empleo que lo hacen las tecnologías convencionales (cerca de 25.000 personas laboran en el sector, una cifra que se multiplicará en los próximos años); además los trabajos creados son, en principio, de calidad y con visos de estabilidad, dado que el 70% del total de los empleos del sector son cualificados. Además, este sector cuenta con un sólido complejo industrial integrado por empresas que en muchos casos se encuentran en la vanguardia y gozan de un gran prestigio internacional. La implantación de la industria eólica en España está tan consolidada que sus más de doscientos centros de fabricación se distribuyen a lo largo y ancho de todo el territorio.

2. De orden ambiental, como garantía confiable frente al reto del desarrollo sostenible. Como ya se ha señalado, la energía eólica goza de la virtud de no contaminar, del mismo modo que permite ralentizar el agotamiento de combustibles fósiles y, con ello, también demorar el cambio climático. Así, por ejemplo, España[15] impidió en 2018 la importación de aproximadamente el equivalente a 9 millones de toneladas de petróleo; evitó la emisión de 25 millones de toneladas de CO_2

12 El pool es la denominación que los actores del sector energético dan al mercado mayorista de la electricidad. En este mercado, regido por el operador Omel, la electricidad se compra y se vende diariamente. Una información obtenida en https://www.expansion.com/2009/07/17/opinion/llave-online/1247863275.html (consultado con fecha 5/07/2019).

13 Al respecto, https://www.irena.org/publications/2019/May/Renewable-power-generation-costs-in-2018 (consultado con fecha 06/04/2021).

14 Información obtenida en https://www.aeeolica.org/ (consultado con fecha 5/07/2019).

15 Información obtenida en https://www.aeeolica.org/ (consultado con fecha 5/07/2019).

y ahorró más de 1500 millones de euros/año en importaciones de combustibles tradicionales procedentes de combustibles fósiles.

3. Apuesta estratégica vertebradora e integradora del territorio, sobre todo en lo que concierne al mundo rural frente al fantasma de la despoblación[16]. Su implantación genera ingresos para la población y los ayuntamientos, crea empleos estables y de calidad, lo que producirá y está produciendo, a nuestro juicio, un cambio en el panorama de la España interior, que ya comienza a atisbarse, pero que, sin duda, se dejará notar más nítida y concluyentemente en los próximos años.

Pues bien, para optimizar el recurso y reducir el impacto ambiental, los aerogeneradores suelen agruparse en espacios denominados parques eólicos[17], cuya producción es evacuada para su almacenamiento en una estación receptora creada para tal fin. El proceso de construcción de un parque eólico resulta complejo[18], puesto que son muchas características las que influyen a la hora de determinar dónde y cuándo instalarlo: al respecto, es imprescindible calibrar la variación espacial, temporal y vertical del viento a lo largo de los años, unos parámetros mensurables con anemómetros y veletas, a los fines de estudiar la producción de la futura instalación, y así poder asegurar su potencial eficiencia.

II. PRINCIPALES AFECTACIONES DEL DERECHO DE PROPIEDAD DERIVADAS DE LA CONSTRUCCIÓN DE UN PARQUE EÓLICO.

La normativa española recoge, desde el año 1997, un claro apoyo a la producción eólica de energía eléctrica. La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico[19], reconocía esta cuestión, donde definía el denominado Régimen Especial de la Producción Eléctrica. Junto con el Real Decreto 2818/1998[20], uno de los objetivos era el impulso de las instalaciones de producción de energía del denominado régimen especial. Posteriormente, se derogó esta norma, mediante

16 Al respecto, https://elpais.com/elpais/2019/03/21/actualidad/1553163252_101551.html (consultado con fecha 06/04/2021).

17 Serrano Santamaría, A.: *Aire, viento y parques eólicos: aspectos jurídico-privados*, Reus, Madrid, 2019, pp. 97 y ss.

18 Serrano Santamaría, A.: "Aire, viento", cit., pp. 115 y ss.

19 La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, fue publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número 285, de 28 de noviembre de 1997, pp. 35097-35126. Fue derogada por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

20 El Real Decreto 28/1998, de 23 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 312, de 30 de diciembre de 1998, pp. 44077-44089. Posteriormente, fue derogado por el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 75, de 27 de marzo de 2004, pp. 13217-13238. En la actualidad, este Real Decreto también se encuentra derogado.

la aprobación de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico[21], que destaca, ya en su preámbulo, la diversificación de fuentes de producción para la obtención de energía eléctrica[22].

En esta última normativa, de ámbito nacional, pueden encontrarse algunas ventajas para los productores de energías renovables, a fin de incentivar este tipo de producción eléctrica. En este sentido, puede indicarse el artículo 26.2 de la norma, que establece la preferencia de utilización de la electricidad obtenida mediante fuentes renovables a igualdad de condiciones económicas[23].

A pesar de la abundante existencia de normativas sobre el sector eléctrico existentes en España, a nivel estatal, no puede olvidarse que se trata de un país descentralizado, cuyas CCAA tienen competencias en múltiples materias. La propia Constitución Española, en su artículo 148, indica las materias en las que resulta posible que las CCAA puedan asumir competencias[24]. Por su parte, el artículo 149 de la Constitución Española recoge las competencias exclusivas del Estado, si bien la técnica empleada no ha sido la más adecuada, dando lugar, en ocasiones, a cuestiones controvertidas.

No obstante, y como resulta evidente, el desarrollo legislativo deviene muy importante para la implementación de la energía eólica, pero aún más vital resulta la construcción del pertinente parque eólico, con todos los problemas que pueden derivarse del mismo, y que a continuación analizaremos.

1. En general.

El artículo 348 del Código Civil español indica, respecto a la propiedad, que esta "es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las

21 La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, fue publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número 310, de 27 de diciembre de 2013, pp. 105198-105294. Su última actualización se ha producido en junio del año 2020.

22 Concretamente, en el párrafo cuarto de su preámbulo, indicando, en alusión a la Ley 54/1997, que "puede decirse que, esencialmente, gran parte de sus objetivos se han cumplido. El nivel de seguridad y calidad del suministro es elevado, dado el nivel de inversiones en redes acometidas en los últimos años y la existencia de una mezcla de fuentes de energía diversificada, máxime si se tiene en cuenta la situación de aislamiento del sistema que presenta la propia configuración física del territorio".

23 La redacción del artículo 26.2 de la Ley 24/2013 indica que "la energía eléctrica procedente de instalaciones que utilicen fuentes de energía renovable y, tras ellas, la de las instalaciones de cogeneración de alta eficiencia, tendrá prioridad de despacho a igualdad de condiciones económicas en el mercado, sin perjuicio de los requisitos relativos al mantenimiento de la fiabilidad y la seguridad del sistema, en los términos que reglamentariamente se determinen por el Gobierno. Sin perjuicio de la seguridad de suministro y del desarrollo eficiente del sistema, los productores de energía eléctrica procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneraciones de alta eficiencia tendrán prioridad de acceso y de conexión a la red, en los términos que reglamentariamente se determinen, sobre la base de criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios".

24 Lo que hace este artículo es indicar en qué materias pueden adquirir competencias las CCAA, sin que resulte obligado que los entes autonómicos las tengan en todas ellas.

establecidas en las leyes"[25]. Inicialmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español describía el dominio como una suma de facultades, con carácter absoluto. Posteriormente, el Alto Tribunal terminó reconociendo la vocación de generalidad y el carácter unitario y abstracto con el que debe contemplarse este derecho[26].

Además, el alcance de este derecho de propiedad resulta distinto, en función de la naturaleza del bien sobre el que recae tal derecho. Se descarta la posibilidad de existencia de una propiedad en abstracto, encontrando por tanto acogida la idea de la pluralidad de propiedades, o los estatutos de la propiedad. En este aspecto se pronunció, de manera explícita, el Tribunal Constitucional, en el recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley de Reforma Agraria de Andalucía[27].

Se entiende como afectación la "adscripción de un bien o derecho patrimonial a un uso o servicio públicos"[28]. Nos interesa, en este estudio, la problemática derivada de un propietario particular, y una compañía que pretende arrendar su suelo para la instalación de un parque eólico. Cuando las partes perfeccionan un contrato con esta finalidad, suele acordarse la utilización del terreno, pero no la adquisición del mismo. Por tanto, intervienen varios intereses en el acuerdo.

Lo habitual es que, por un lado, la compañía eléctrica quiera contratar el viento que pasa por encina de una o varias fincas. Mientras, los propietarios del terreno pretenden continuar ostentando este derecho, pues el interés eólico permitirá la revalorización del terreno y, además, buscarán la continuidad del uso agrícola o ganadero del suelo. Pero, por supuesto, deberá permitir el acceso al terreno de la compañía eólica, no sólo para la instalación de los correspondientes aparatos, sino también para el mantenimiento de estos.

25 No es la única norma que recoge este derecho. Como ejemplo, puede traerse a colación el artículo 17° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuya redacción indica que "toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad".

26 Martín Pérez, J.A.: "De la propiedad en general. Artículos 348-352", en AA.VV.: *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil* (coord. por M. Pasquau Liaño), Comares, Granada, 2009, pp. 847-897.

27 STC 37/1987, 26 de marzo (RTC 1987, 37).
En esta Sentencia se indica que "(…) la propiedad privada, en su doble dimensión, como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide considerarla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 CC (…). Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales, relacionadas con el uso y aprovechamiento de los distintos bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer, ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diverso. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diversos tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae (…). La transformación ha afectado de una manera más intensa a la propiedad de las tierras agrícolas o forestales, lo que es fácilmente explicable, entre otras razones, por el carácter no renovable o naturalmente limitado en su extensión de este tipo de bienes y por la transcendencia económica que ofrece como soporte de las actividades productivas".
Por tanto, precisamente en lo que al tema estudiando concierne, la cuestión afecta de manera directa, pues será especialmente en las tierras agrícolas donde se instalen los parques eólicos.

28 Al respecto, https://dej-enclave2.rae.es/lema/afectaci%C3%B3n (consultado con fecha 16/07/2021).

El principio de autonomía de la voluntad permitirá a las partes configurar el contrato como consideren oportuno, incluyendo aquellos aspectos que entiendan relevantes. Puede entenderse, no obstante, que ninguna de las figuras contractuales típicas que existen en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra pensada de manera concreta para la instalación y explotación de los parques eólicos[29]. No obstante, resulta necesario dilucidar cómo se articula la utilización de este uso del suelo que se cede por parte del propietario -o arrienda, pues el uso no será gratuito- salvando, claro está, la posibilidad de tratarse de una concesión administrativa por llevarse a cabo la instalación en terrenos públicos o de la declaración de utilidad pública y posterior, a consecuencia, expropiación forzosa[30].

Respecto al arrendamiento, deberá dirimirse si nos encontramos ante un suelo rústico o urbano. Sin entrar a abordar la cuestión en todos sus prismas, por cuestiones de espacio, puede concluirse que lo más adecuado no es ni una opción ni la otra, sino un arrendamiento regulado por el Código Civil[31].

E igualmente, esta posibilidad planteará problemas en la práctica, especialmente si el propietario del terrero tiene intención de continuar en el uso del mismo para la explotación agrícola o ganadera. En este aspecto, la mejor solución respecto a las necesidades de las partes parece la posibilidad de la creación, en el contrato, de un derecho real, sin alcanzar a ser la solución óptima -pues requerirá de un desarrollo legislativo específico, e incluso, pervive el riesgo de no satisfacer los intereses de la partes-[32].

2. Análisis de un contrato en particular33.

A continuación, destacaremos, de manera sucinta, las principales cláusulas recogidas en un contrato tipo de arrendamiento de terreno para la instalación de un parque eólico. Las contrapartes serán el propietario del terreno -en nuestro ejemplo, un particular, pues como se ha indicado con anterioridad, los problemas si se trata de administración pública son muy inferiores y, en caso de producirse

29 Serrano Santamaría, A.: "Aire, viento", cit., p. 134.

30 Los dos supuestos mencionados se descartan por el hecho de reducir drásticamente los problemas y cruce de intereses entre las partes, pues el primero implica utilización de terrenos públicos, que muy rara vez se encuentran destinado al uso de cultivos y, el segundo, de un procedimiento de expropiación forzosa por interés público, lo que implica que no resulte necesario un acuerdo entre las partes, pues el dueño se verá privado de la propiedad del terreno en virtud del procedimiento administrativo.

31 Serrano Santamaría, A.: "Aire, viento", cit., p. 136.
Respecto a la posibilidad e idoneidad de perfección de un contrato de arrendamiento para la instalación de un parque eólico, puede consultarse a López Sako, M.J.: *Regulación y autorización de los parques eólicos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 450 y ss.

32 Serrano Santamaría, A.: "Aire, viento", cit., p. 139.

33 Como base del estudio, se va a utilizar un contrato tipo de la compañía Generación y Suministros de Energía, S.A.U. Se trata de un contrato redactado por la sociedad, al cual se adhiere el propietario del terreno. Todo ello, no obstante, no es óbice para que quepa la posibilidad de negociación del contrato.

una expropiación, la cuestión resultaría muy distinta- y la compañía que explotará las instalaciones eólicas.

En la perfección de un contrato de arrendamiento de suelo, para la instalación de un parque eólico que analizaremos, encontramos un propietario particular, y una compañía que busca la explotación de ese terreno para la producción de energía eléctrica.

El propio Código Civil español alude a la capacidad de las partes para negociar, pero el legislador estaba pensando en la negociación entre dos particulares, que ostentarían un poder similar[34]. En la actualidad, lo habitual es que se produzca lo que conocemos como contratación en masa, que implica que en múltiples contratos no se produce la fase previa de negociación, tendiéndose a una estandarización de todos los contratos mediante la aplicación de unas reglas generales que la parte fuerte en la negociación -las grandes compañías- utiliza en la redacción del contrato. Los motivos que justifican esta práctica son la agilidad que ofrecen y la inexistencia de la necesidad de negociación particularizada de las condiciones con cada cliente[35]. En los tiempos actuales, y ya incluso antes de la década de los años cincuenta del pasado siglo, se entiende que la contratación en masa es "en absoluto insuprimible"[36].

En el contrato en cuestión, se indica que la duración del arrendamiento del terreno será por treinta años -aplicable también, como es lógico, a la servidumbre de vuelo y de paso-, prorrogable por períodos de quince años, hasta un máximo de setenta y cinco -en la materia que nos ocupa, no resulta extraño un primer período temporal de treinta y cinco años y prórroga de veinticinco, estableciéndose un máximo de noventa y nueve años.

Si bien no existe controversia en la duración inicial, sí pueden apreciarse problemas en la cuestión de la renovación. Así, el contrato establece que "el presente contrato se prorrogará automáticamente por periodos de quince años; esta prórroga será obligatoria para el arrendador y facultativa para el arrendatario (…)". Es decir, mientras el arrendador -y, no lo olvidemos, propietario del tercero donde se instala el parque eólico- no dispone de facultad decisoria, sino que deviene obligado a la renovación, el arrendatario dispone de capacidad de elección. La contraprestación entre las partes, desde luego, dista mucho de estar cumpliéndose en este aspecto.

34 Fabra Valle señala que la contratación en masa es un fenómeno que, prácticamente, se inició hace unas décadas, volviéndose hoy día algo normal y "vinculado a las modernas empresas con su clientela o usuarios, llegándose a una estandarización de las cláusulas contractuales, prefijadas por el estipulante, que se sirve incluso de asesores jurídicos para su redacción". Fabra Valle, G.: *Manual práctico de Contratos civiles*, Edisofer, Madrid, 1999, pp. 90-100.

35 Puig i Ferriol, L.: *Manual de Derecho Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

36 Royo Martínez, M.: "Contratos de adhesión", *Anuario de Derecho Civil*, 1949, núm. 1, pp. 54-70.

Además, se especifica también en el contrato que "caso que sea el arrendatario el que decida no continuar con alguna de las prórrogas y, en todo caso, a la finalización del tiempo pactado en el presente contrato sin voluntad por ninguna de las partes de prorrogar su vigencia, ninguna de ellas podrá interponer reclamación alguna entre sí". Esto implica, como puede observarse, que la decisión de no prorrogar el contrato no implicará coste alguno para la arrendataria, que en ningún caso indemnizará al arrendador por esta decisión. La redacción de la cláusula, por otra parte, parece aceptar la posibilidad de decisión del propietario del terreno, si bien con anterioridad esta opción le ha sido denegada, de manera que, en la práctica, no podrá elegir absolutamente nada.

Igualmente, ahondando en estas claras contraprestaciones, existe una cláusula que indica que una vez se encuentre constituido el derecho de superficie "la superficiaria podrá, mediando un preaviso por escrito dirigido al Propietario, renunciar a todos sus derechos", y remite a la cláusula que recoge la inexistencia de indemnización por este concepto.

También existen otras cláusulas que pueden calificarse, cuanto menos, como controvertidas, como la que indica que la compañía arrendataria se encontrará facultada "para ceder, total o parcialmente, sus derechos como arrendatario o superficiario bajo este contrato". Por su parte, el propietario podrá vender su terreno, pero deberá perfeccionarse dicha compraventa respetando el contrato de arrendamiento existente, en todos sus términos y condiciones. Y no se especifica cuánto terreno se ocupará, sino que se indica que se utilizará este derecho de uso y de disfrute respecto a la propiedad "tan amplio como requiera su finalidad, para la construcción y explotación del Parque Eólico".

Finalmente, otros puntos tremendamente controvertidos son los de la remuneración que obtiene el propietario del terreno. Algunos aspectos se muestran perfectamente tasados -con cantidades económicas claras y fijas-, mientras que otros dependen de la producción -no de la cantidad posible de producción, sino de la que decida la compañía producir-. Durante los últimos años, han sido varias las noticias en medios de comunicación que han mostrado el descontento de los propietarios, por las bajas cantidades económicas recibidas[37]. Incluso, la Audiencia Provincial de Madrid[38] debió pronunciarse, respecto a un propietario de terreno que desconocía cuál era la producción real de la compañía,

37 Simplemente a modo ejemplificativo, el lector puede acceder al link https://www.eldiario.es/canariasahora/economia/terrenos-parque-eolicos-reciben-facturacion_1_3911713.html, o al link https://www.energias-renovables.com/eolica/los-abusos-de-la-eolica-con-los-20170702/ (ambos consultados el 16/07/2021), en los que se informa sobre los abusos que sufren, a juicio de los mismos, los propietarios de los terrenos donde se han construido parques eólicos.

38 SAP M 20 febrero 2007 (RAJ 2007, 428).

pues no se le permitía ver las cantidades indicadas en los contadores. El tribunal resolvió indicando a la empresa la obligación de ceder esos datos al propietario.

III. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LAS EXTERNALIDADES.

1. Una visión desde el Análisis Económico del Derecho (AED).

Cuando hablamos de externalidades referidas al derecho de propiedad aludimos a los efectos externos en la propiedad de una persona derivados de actuaciones a cargo de terceros autorizadas por el propietario del bien[39]. Dada su naturaleza, las externalidades son recíprocas[40] y exigen la presencia de un sujeto que, en su cualidad de víctima del daño producido, obtenga algún beneficio fruto de un efecto externo sobre su propiedad ocasionado por un tercero, en este caso agente potencial del daño, que también de alguna manera resulta beneficiado.

Podemos encontrar una amplia tipología de las mismas[41] en función del beneficio o perjuicio que reportan al propietario, según el patrón considerado como probable con arreglo al criterio referencial estándar; su concreción en un tiempo presente o futuro; su existencia bajo unas determinadas circunstancias y en una situación previamente establecida; o, incluso, el número de titulares afectados (uno solo, algunos, un gran número).

Entre un elenco de situaciones posibles que reflejan externalidades respecto del derecho de propiedad (molestias fruto de las relaciones de vecindad, contaminación del medio ambiente con daños a personas y cosas, conductas peligrosas por el riesgo generado, comportamientos sanos y salubres), nos interesa el supuesto del tratamiento de la propiedad agrícola arrendada con fines de instalación de un parque eólico[42], que permitirá al dueño de la finca seguir cultivándola, si bien con algunas limitaciones fruto de las afectaciones que la construcción del parque eólico conlleva en las tierras elegidas para tal fin.

Así pues, el supuesto analizado encaja perfectamente en el de externalidad o efecto externo en el uso del derecho de propiedad, pues, en su virtud, un tercero debidamente autorizado realiza una determinada acción en tierras ajenas cuyo derecho de propiedad resulta afectado.

Todo comportamiento que tiende a maximizar el bienestar social recoge posibles efectos externos relacionados con el uso de la propiedad, de tal manera

39 Coase, R.H.: *The Firm, the Market, and the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1988, p. 23.

40 Coase, R.H.: "The Problem of Social Cost". *Journal of Law and Economics*, núm. 3, 1960, pp. 2, 13.

41 Shavell, S.: *Fundamentos del análisis económico del Derecho*, Edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 86.

42 Serrano Santamaría, A.: "Aire, viento", cit., pp. 135 y ss.

que los individuos se involucren más que lo recomendaría su interés propio en actuaciones que generen efectos positivos externos y no tanto en actuaciones con efectos externos negativos. Es decir, partiendo del modelo cuyo objetivo social consiste en maximizar la suma de las utilidades de los sujetos involucrados, resulta procedente y deseable realizar actuaciones cuando su utilidad y el efecto externo que genera sobre la utilidad de terceros, en términos netos, es también positiva. Así, por ejemplo, el potencial agente del daño puede eludir daños a la víctima potencial si adopta las medidas necesarias a tal fin –precauciones[43]-, si bien para ello deberá acometer unos gastos que minorarán su utilidad, razón por la cual y según esta argumentación, solo se tomarán esas precauciones si su coste es menor al daño que se estaría evitando, dado que tal solución maximizaría la suma de las utilidades de las partes implicadas, en la medida que minimizaría las pérdidas que se pudieran generar para las dos partes.

Partiendo del desiderátum de la resolución óptima de las externalidades del derecho de propiedad, concretamente en lo relacionado con el tratamiento de la propiedad arrendada, este objetivo solamente podrá tener lugar cuando dichas actuaciones benefician más al arrendatario que el daño infligido al propietario futuro: por ello, no hablaremos de tratamiento óptimo cuando las obras acometidas por el arrendatario son de tal envergadura que constituyen un gran coste para el uso futuro una vez concluido el arriendo; sin embargo, sería óptimo tanto cuando el beneficio obtenido como consecuencia de ellas por el arrendatario excediera del daño que pudiera sufrir el propietario en el futuro, como cuando benefician más al propietario en el futuro que perjudican al arrendatario durante el arriendo. Este supuesto puede ser aplicable al caso que nos ocupa cuando el dueño de las tierras agrícolas arrienda a una empresa eólica su uso[44] para la construcción y explotación de un parque eólico.

A continuación, abordaremos las distintas posibilidades de resolución de las externalidades en lo que al derecho de propiedad respecta y las consecuencias jurídicas que se derivan de cada una de ellas:

1. Negociación satisfactoria sin fricciones. El acuerdo en torno a las externalidades del derecho de propiedad es beneficioso mutuamente para las partes implicadas ante la ausencia de costes de transacción –coste de negociación u otros obstáculos-, lo que asegura su eficiencia. En este supuesto se produce un incremento en la suma de utilidades de las partes, lo que genera un aumento del beneficio para repartir, una premisa que induce a alcanzar el acuerdo sin fricciones, pues por su través, las partes implicadas mejoran de manera nítida, índice a

43 Una referencia al concepto de precaución relacionado con el derecho de daños, a propósito de los accidentes de tráfico en Polinsky, A.M.: *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1985, pp. 55 y ss.

44 López Sako, M.J.: "Regulación y autorización", cit., pp. 450 y ss.

partir del cual se maximiza el bienestar social, a diferencia de lo que sucede en el supuesto de que la suma de utilidades no se maximice al actuar las partes en su propio interés. Aun así, se ha de matizar que la negociación sin fricciones no implica en todo caso la maximización del bienestar social, a menos que la riqueza resulte distribuida de un modo socialmente deseable; y es que, en ocasiones, aunque la negociación aumente el bienestar de las partes afectadas, ello no implica necesariamente la consecución por medio de la negociación concluida del nivel de bienestar social óptimo.

La práctica nos ilustra al respecto: es muy habitual que las partes negocian para resolver los problemas derivados de las externalidades correspondientes al derecho de propiedad, con mayor probabilidad cuando el número de sujetos implicados no es muy elevado[45]. En el supuesto de que las partes suscriban un contrato para regular la relación contractual será normal que el contenido del acuerdo incluya las soluciones consensuadas para dar respuesta a las externalidades[46] que presente el derecho de propiedad involucrado.

2. Ausencia de negociación. Aun habiendo expectativas razonables de obtener unos beneficios mutuos fruto de la negociación entre las partes implicadas, es posible que no tenga lugar la negociación porque los costes de la misma exceden de los potenciales beneficios esperados[47]. Causas tales como las dificultades geográficas para sostener la reunión; el número elevado de los individuos involucrados que obstaculiza la celebración de la reunión y aminora la motivación de las partes (free-riding), más aún si el beneficio es exiguo en términos individuales; la ignorancia de los efectos externos de la actuación, sean pérdidas o beneficios; o la convicción de un probable fracaso de la negociación, en ocasiones alentada por una información recíproca imperfecta de las partes sobre los costes y beneficios: concretamente, por lo que atañe al acuerdo sobre el arrendamiento de tierras y, dado que el coste marginal sobre la solución de un potencial problema de externalidades es mínimo, las partes insertarán en el contrato arrendaticio las cláusulas pertinentes que den cabida a los modos de resolución de los problemas que puedan surgir en la ejecución del contrato.

3. Negociación frustrada. Incluso podemos encontrarnos con el supuesto en el que tiene lugar la negociación de la que resulta un acuerdo mutuamente

45 Por lo general y, ante la necesidad de optimizar recursos y resultados, los parques eólicos incluyen un número considerable de sujetos afectados, lo que suele dificultar la negociación, que suele ser individualizada con cada uno de los propietarios en particular, salvo que actúen de forma conjunta y consensuada, situación que no resulta en la práctica ser la más habitual. Al respecto, Serrano Santamaría, A. "Aire, viento", Cit, pp. 129-131.

46 Podemos traer a colación aquí la noción del contrato perfecto, en la terminología propia del AED. En este sentido, Nicolau, N.L.: "El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato", en AA.VV. (Garrido Cordobera, L.M.R.; Kluger, V. Coord.). *Tratado de la buena fe en el derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 75-99.

47 Shavell, S. "Fundamentos", Cit, pp. 96-101.

beneficioso para las partes, pero el acuerdo no está garantizado y se frustra porque las partes, a partir de una información asimétrica o imperfecta[48] (así, por ejemplo, el coste de adopción de precauciones), realizan cálculos erróneos que desencadenan la frustración del acuerdo.

Por supuesto, y a mayor abundamiento, de mediar una gran probabilidad de que las partes no puedan alcanzar un acuerdo mutuamente beneficioso, nos hallamos ante una situación en la que la negociación para lograr un acuerdo apenas se contempla como posible.

4. Recurso a la legislación. A continuación, tomamos como referencia la situación en la que las partes, basadas en su propio interés, no negocian, o lo hacen, pero no logran un acuerdo para resolver los efectos externos producidos en la propiedad. En ambos casos (4a), las normas legales pueden lograr la modificación reputada como deseable en el comportamiento de las partes implicadas. En otras ocasiones, sin embargo, el recurso a la legislación para la resolución de los efectos externos se basa en la viabilidad de la negociación y la probabilidad de alcanzar un acuerdo (4b). Veamos, ambos supuestos por separado.

4a) Recurso a la legislación, fracasada la negociación. Son variados los recursos legales para controlar los efectos externos o externalidades, cada uno con una consecuencia jurídica diferente[49]: así, por medio de la regulación directa, con una norma que restringe actuaciones, en principio autorizadas en virtud del derecho de propiedad, a los efectos de resolver óptimamente la externalidad; la asignación de derechos de propiedad por la autoridad administrativa seguida de su protección, tras la solicitud efectuada en tal sentido por parte del titular del derecho perjudicado; e, incluso, los incentivos financieros para reducir las externalidades negativas[50].

Entre los factores relevantes comparativos de las normas legales que tienen por objeto el control de las externalidades, podemos destacar los siguientes:

48 Floriano Corrales, C.: *Derecho y Economía. Una aproximación al análisis económico del derecho*, Universidad de Extremadura, Badajoz, 1998, pp. 109-111; North, D. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico.* Fondo de Cultura Económica. México. 1993, pp. 139, 140.

49 Shavell, S.: "Fundamentos", cit., pp. 102-103.

50 a) Responsabilidad por el daño causado (objetiva o subjetiva), de tal manera que la víctima puede demandar al agente del daño para obtener la compensación por la pérdida sufrida, motivando con ello a los agentes a evitar la producción del daño. A tal efecto, se reputa culpable el agente del daño cuando la magnitud del mismo excede del beneficio de su actuación o del coste de evitar el daño ; b) Impuesto correctivo, en cuya virtud quien causa un daño ha de realizar un pago al Estado por un monto igual al daño, si bien se habrá de distinguir el sistema de responsabilidad vigente para determinar su (en caso de responsabilidad objetiva, la multa es pagadera cuando se produce un daño, mientras que si rige la responsabilidad subjetiva, la multa es pagadera cuando se ocasiona un daño y el beneficio obtenido es menor al daño); c) Subsidio: el Estado paga a quien reduce el daño esperado a partir de un nivel tomado como referencia, y su monto coincide con la reducción alcanzada.

a) Información de la Administración: si la información con la que cuenta el Estado es completa por conocer el beneficio y el daño que resultan de una actividad[51], está en condiciones de tomar decisiones en aras de la optimalidad a través de la legislación que determinará los comportamientos del ciudadano en función de sus intereses mediante la comparación de los costes o beneficios con la magnitud del daño (norma prohibitiva, establecimiento de responsabilidad objetiva o subjetiva, fijación de un impuesto correctivo, concesión de un subsidio)[52].

b) Información con la que cuentan las víctimas[53], a los efectos de dar ejecución a las normas legales para evitar conductas lesivas, o bien propiciar la protección del derecho de propiedad, así como para que resulten aplicables las normas sobre responsabilidad mediante la detección del daño, la acción u omisión causantes del mismo y el nexo causal que media entre ambos.

c) Información recabada por los agentes del daño para prever las consecuencias de un comportamiento infractor. Todo parece indicar que cuando existe una regulación permisiva o prohibitiva bastará que los causantes del daño se adhieran y cumplan lo que en ella se establece, con la exigencia de un menor grado de información, en tanto que cuando rigen las reglas de responsabilidad los causantes del daño han de poder predecirla y, para ello, precisan conocer su funcionamiento y las consecuencias derivadas del régimen vigente, incluido el cálculo de su aplicación.

d) Costes administrativos soportados por el Estado y las partes para poner en práctica una legislación[54], distintos a los necesarios para actuar con arreglo a la norma, y que habrá que valorar según cuál sea la solución a los fines de determinar qué mecanismo resulta superior en cuanto a costes administrativos.

51 Kaplow, L; Shavell, S.: On the Superiority of Corrective Taxes to Quantity Regulation, *American Law and Economics Review*, núm. 4, 2002, pp. 1-17.

52 Por el contrario, cuando la información que se halla en manos del Estado es imperfecta nos podemos encontrar con que la solución legislativa presente desventajas respecto de la determinación del tipo de responsabilidad, los impuestos correctivos o los subsidios: así, por ejemplo, en sede de contaminación, puesto que la cantidad de contaminación total permitida se fija desde la Administración y si en tal delimitación se cuenta con una información imperfecta sobre los costes de control de la contaminación, dicha cantidad total no será la adecuada socialmente, a diferencia de lo que sucede con el establecimiento de un impuesto sobre la actividad contaminante, pues las empresas decidirán cuánto contaminan mediante la comparación de los costes de control de la contaminación –que ya conocen- con el pago del impuesto –establecido en función del daño esperado fruto de la contaminación- y, por ende, valorarán cuál es la solución que les resulta más beneficiosa, ya evitar la contaminación y así evitar el pago del impuesto, o bien pagar el impuesto y seguir contaminando.

53 Shavell, S.: "Fundamentos", cit., pp. 235 y ss.

54 Respecto al conflicto entre los incentivos sociales y particulares en el uso del sistema legal, Shavell, S.: "The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System", *Journal of Legal Studies*, núm. 26, 1997, pp. 575 y ss.

e) Nivel de actividad realizado[55]. La actividad que produce daños debe relacionarse con el nivel de actividad en lo que a la toma de precauciones por el agente del daño se refiere. Y es que dependiendo de las normas de control existentes sobre los efectos externos los agentes del daño restringirán o no su nivel de actividad: así, por ejemplo, tanto el recurso a la regulación como la aplicación del sistema de responsabilidad subjetiva se relaciona más con la adopción de precauciones, pero no tanto con la modulación del nivel de actividad por parte del agente del daño; sin embargo, el recurso a los impuestos correctivos y la aplicación del sistema de responsabilidad objetiva resultan más propicios para que el agente del daño modere de forma adecuada el nivel de actividad; por lo que se refiere a la práctica del subsidio, inexorablemente la práctica ha demostrado que se traduce en un incremento excesivo de los niveles de actividad.

f) Conducta paliativa llevada a cabo por las víctimas[56]. Cuando la adopción de medidas para reducir el daño resulte barata y efectiva, las víctimas acudirán a este recurso en la medida que el coste de las medidas de precaución es menor que la reducción obtenida del daño. A tal fin, el Estado deberá determinar cuál es la solución óptima al problema de la externalidad con el objetivo de establecer el impuesto óptimo, lo que no se podrá lograr sin una información perfecta del eventual daño esperado por la conducta del agente del mismo, en el caso de que la víctima actúe óptimamente mediante la adopción de algún tipo de conducta paliativa.

g) Solvencia de la que dispone el agente del daño[57]. Si los agentes del daño no cuentan con solvencia para hacer frente a las posibles sanciones ante comportamientos transgresores de cierta magnitud, según el sistema de responsabilidad vigente, el efecto disuasor para aminorar los daños resultará exiguo.

El pago de un impuesto correctivo podría ser una solución menos grave en caso de insolvencia del agente del daño, en la medida que, por lo general, el impuesto se iguala al monto del daño esperado, que suele ser inferior al daño real, a lo que se añadiría que el impuesto se paga a medida que los causantes del daño lo van ocasionando; en todo caso, si la insolvencia fuera de tal envergadura que pudiera afectar al pago mismo del impuesto, cabría incluso como medida extrema la suspensión de la actividad contaminante generadora del daño.

55 Una relación entre el nivel de cuidado y el nivel de actividad en Shavell, S.: "Strict Liability versus Negligence", *Journal of Legal Studies*, núm. 9, 1980, pp. 1 y ss.

56 Shavell, S.: "Fundamentos", cit., pp. 277-279.

57 En cuanto al problema de la insolvencia del agente del daño y su incidencia en la suscripción de un contrato de seguro, Huberman, G.; Mayers, D.; Smith, C.W.: "Optimal Insurance Policy Indemnity Schedules", *Bell Journal of Economics*, núm. 14, 1983, pp. 415-426.

De ahí que, en caso de insolvencia del agente del daño resulta más convincente el recurso a la regulación u otros mecanismos[58], si bien su invitación al cumplimiento debería efectuarse a través de la amenaza de sanciones penales y no pecuniarias.

A modo de conclusión en cuanto al elenco de factores que repercuten en la efectividad de la regulación para resolver el problema de las externalidades del derecho de propiedad, podemos señalar que el contexto y el caso específico resulta determinante: en efecto, la regulación y el sistema de responsabilidad por daños se erigen en la práctica en los mecanismos más habituales para controlar las externalidades; la vía judicial no es descartable, pero con un ámbito reducido, toda vez que la víctima, sea potencial o real, deberá probar la existencia de un daño cierto, relevante y continuado[59]; el subsidio no se trata de una práctica habitual en el tema que nos ocupa, al igual que el impuesto correctivo, si bien el recurso a los derechos negociables –mercado de derechos- se ha ido abriendo camino como instrumento de control de las externalidades relativas al derecho de propiedad.

4b) Recurso a la legislación porque hay visos de lograr una negociación. A diferencia de la situación anterior en que se recurre a la legislación para resolver los problemas de las externalidades del derecho de propiedad con una negociación frustrada, en este caso también se recurre a la legislación, pero contemplando la posibilidad de que las partes implicadas puedan llevar a cabo un proceso de negociación, puesto que a priori no representa coste alguno, no obstante se presente algún coste en pleno proceso negociador, dado que pueden surgir problemas fruto de una información incompleta o imperfecta.

Evidentemente, cuando la negociación se plantee sin fricciones y puntos de controversia, las partes alcanzarán el acuerdo mutuamente beneficioso que optimizará el bienestar social[60], entendiendo este como la suma de utilidades. En su virtud, cualquiera que sea la norma aplicable se logrará el resultado socialmente deseable y, por ende, la legislación existente no será relevante en relación al resultado de la negociación[61], aunque sí modulará las respectivas utilidades de las partes.

58 Kornhauser, L.A.; Revesz, R.L.: *Regulation of Hazardous Wastes*, The New Palgrave Dictionnary of Economics and the Law, vol. 3, Macmillan, Londres, 1998, pp. 238-242.

59 Thomas, D.A. (ed.).: *Thompson on Real Property*, vol. 8, Michie Company, Charlottesville, 1994, pp. 122-124.

60 Wittman, D.: "Optimal Pricing of Sequential Inputs: Last Clear Chance, Mitigation of Damages and Related Doctrines in the Law", *Journal of Legal Studies*, núm. 10, 1981, pp. 65 y ss.

61 Podemos observar aquí la conexión con la versión de la teoría de la invariabilidad del Teorema de Coase, si bien aspectos previos como el efecto de la riqueza (patrimonio de las partes) puede ser determinante para que el resultado obtenido sí que pueda depender de la normativa que opera, en la medida que el efecto de la riqueza de las partes puede influir en la elección de las normas aplicables y, por ende, en el resultado logrado, incuso de no mediar ningún tipo de fricción en la negociación. En todo caso, si el daño o su coste preventivo no es apreciable en función del patrimonio de las partes involucradas, el resultado para la elección de la norma legal será invariable o casi invariable.

Imaginemos que la negociación presenta algún tipo de coste, lo cual significa que la situación no es totalmente óptima. Aun así, la expectativa de alcanzar un acuerdo beneficioso para ambas partes propiciará que se opte por negociar cuando el coste de la negociación resulte pequeño, solución que no sería la misma cuando los costes de negociación son considerables[62]. En virtud de lo anterior, podemos afirmar que la elección de la norma de aplicación sí incide especialmente en el bienestar social[63], puesto que deberá tener en cuenta que la consecución del resultado socialmente óptimo no implique una negociación excesivamente costosa.

De la misma manera que el coste de negociación puede constituir una rémora a la hora de obtener un acuerdo mutuamente beneficioso, lo es también contar con una información incompleta o imperfecta[64], un aspecto capital que obstaculizará, sin duda alguna, la elección de una norma legal que optimice resultados al margen de la negociación, lo que arrojará en la práctica una dificultad añadida en la elección de la norma legal que represente la mejor opción desde una perspectiva social.

Así pues y, a modo de conclusión en lo atinente a la combinación de la negociación y el recurso a la legislación a los fines de controlar las externalidades del derecho de propiedad, cuando hay visos de negociación entre las partes para alcanzar un acuerdo mutua y socialmente beneficioso, la elección de la norma tiene menor importancia que en el supuesto contrario. En todo caso, la cuestión no es baladí, puesto que, por su través, tanto se pueden alcanzar los mismos resultados de la negociación, reduciendo con ello los costes de transacción inherentes a la misma, cuanto se evita la obtención de resultados subóptimos fruto de una negociación frustrada consecuencia de una información asimétrica, incompleta o imperfecta.

2. En concreto, como consecuencia de la instalación de un parque eólico.

Como hemos señalado, la implantación de la energía eólica implica una serie de consecuencias jurídicas nada desdeñables, no solo desde una perspectiva más amplia como expresión de la política comunitaria y nacional, sino también en el marco de las relaciones jurídicas que se entablan entre las empresas del ramo y, por un lado, la administración municipal, mientras que, en muchas ocasiones, la negociación se lleva a cabo directamente con los agricultores y ganaderos que explotan sus tierras agrícolas.

62 Schäfer, H-B; Ott, C.: *Manual de análisis económico del derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 261-263.

63 Bernad Mainar, R.: "Un nuevo enfoque de los contratos bajo la perspectiva del análisis económico del derecho (AED)", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2020, pp. 31-37.

64 North, D.: *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 139, 140.

Evidentemente, si bien la instalación de un parque eólico implica una complejidad técnica considerable y un coste económico muy elevado, no podemos omitir el entramado de relaciones jurídicas precontractuales y contractuales que a su sombra surge y se perfecciona, todo ello en paralelo a una tramitación administrativa larga, complicada y minuciosa. Así y todo, el tiempo de construcción no se extiende en demasía[65] si tenemos en cuenta la envergadura del proyecto y sus implicaciones.

Ante las externalidades que pueden surgir en el derecho real de propiedad como consecuencia de la construcción de un parque eólico en tierras agrícolas, es conveniente señalar que[66], tramitada la solicitud de acceso y conexión a la red por parte de las empresas interesadas en el proyecto de instalación de un parque eólico; autorizado el proyecto de construcción de la instalación del parque; y aprobado el proyecto de su ejecución, procede bien la negociación con los propietarios y la suscripción de los respectivos contratos de instalación, ejecución y explotación del parque, o, en su defecto, la declaración de utilidad pública y el procedimiento de expropiación, fase esta que puede ser simultánea a la de obtención de la autorización, o posterior a esta.

La declaración de utilidad pública permitiría excluir la negociación con los particulares, si bien por razones prácticas es más conveniente alcanzar acuerdos con los propietarios para evitar así los procesos expropiatorios y la dilación en el tiempo de la tramitación administrativa, ya de por sí larga y farragosa[67]. La práctica evidencia que, en muchas ocasiones, los promotores del proyecto no solicitan la declaración de utilidad pública hasta haber agotado la vía negocial.

Aun así, lo habitual es que la empresa eléctrica inicie las conversaciones con los particulares al mismo tiempo que arranca la tramitación administrativa y la solicitud de las licencias, con la consiguiente incertidumbre respecto a la concesión e instalación definitivas del parque eólico. Además, en la elaboración de los preceptivos informes, mediciones, proyectos y solicitud de licencias los promotores deberán poder acceder a las fincas afectadas. Por ello, es lógico que se inicien los primeros contactos con los propietarios de los terrenos a los fines de alcanzar un compromiso ante la eventualidad de que el proyecto llegue a buen puerto y, así, poder evitar el recurso a la declaración de utilidad pública que ralentizaría los plazos de construcción y puesta en funcionamiento del proyecto.

65 López Sako, M.J.: "Regulación y autorización", cit., pp. 450 y ss.

66 Serrano Santamaría, A.: "Aire, viento", cit., pp. 119, 120.

67 Domingo López, E.: *Régimen jurídico de las energías renovables y la cogeneración eléctrica*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000, p. 124.

Así pues, en la primera fase del recorrido de la construcción, instalación y puesta en marcha de un parque eólico destaca[68], por un lado, la evaluación y viabilidad económica del proyecto, vital y determinante; y, por otra parte, más relacionado con el tema que nos ocupa, el de la formalización y perfeccionamiento de los primeros acuerdos que permitan realizar a la empresa promotora estos trámites previos, fruto de los cuales la propiedad de las tierras afectadas resultan comprometidas durante el período de tiempo pactado. En efecto, para llevar a cabo la construcción del parque eólico (instalación de los aerogeneradores, conexión a la red eléctrica, evacuación de la electricidad generada), no solo se ha de contar con el permiso de acceso a las tierras, sino también con la correspondiente autorización para efectuar instalaciones provisionales De ahí que todas estas contingencias y situaciones deban ser contempladas en los acuerdos iniciales entre las partes.

Ya en una segunda fase, una vez obtenidos los permisos y autorizaciones pertinentes, habida cuenta de la estimación de la viabilidad económica del proyecto, procede la construcción del parque eólico y su puesta en funcionamiento, que acarreará una serie de consecuencias jurídicas, que se formalizan por lo general en un contrato privado entre las partes[69], elevado con posterioridad a escritura pública e inscrito en el registro, toda vez que, por su través, se constituyen derechos reales inscribibles sobre los inmuebles afectados[70]:

a) La empresa promotora se reserva la propiedad de las instalaciones durante un plazo acordado con los dueños de los terrenos (por lo general, suele rondar los 30 años) y adquiere una serie de derechos conexos sobre las fincas ajenas que conforman el parque, tales como el acceso y el uso inherente para su mantenimiento y explotación.

b) Por su lado, el agricultor, si bien conserva la titularidad de las tierras, se ve privado de algunas facultades inherentes al derecho de propiedad, por haberlas cedido temporalmente a cambio de una compensación económica de diversa naturaleza en función del contenido de la privación de las facultades de las que se trate: ya indemnizaciones únicas que reparan los daños producidos en la finca (bien como consecuencia de la realización de ocupaciones temporales con la consiguiente pérdida de productividad, o por la disminución de su extensión debida a la construcción de viales internos o externos), ya mediante el pago anual

68 Serrano Santamaría, A.: "Aire, viento", cit., pp. 127-132.

69 No es inusual que el contenido de esta segunda fase del procedimiento ya estuviera contemplado en el contrato efectuado en la primera fase del mismo, de tal manera que en el documento en que se estipulaba inicialmente entre las empresas promotoras y los particulares se incluyeran las cláusulas relativas a la instalación y explotación del parque eólico.

70 Para la obtención de esta información, hemos revisado y consultado diversos modelos de contratos redactados unilateralmente por las empresas promotoras, que son ofertados a los propietarios de los terrenos afectados por la instalación de un parque eólico.

de una cantidad por todo el tiempo de vigencia del contrato (con tarifa diferente según se trate de la instalación total o parcial de aerogeneradores, incluido el radio de vuelo de los mismos, o la instalación de subestaciones transformadoras y torres anemométricas o de medición). Así pues, en virtud de los anterior, el derecho de propiedad resulta claramente afectado por diversas externalidades –afectaciones-, tanto superficiales (viales, subestaciones, torres de medición, aerogeneradores con sus respectivas plataformas y vuelos), como subterráneas (conductos y líneas de evacuación de la electricidad generada con destino a subestaciones transformadoras y estaciones de almacenaje).

Los sujetos de la relación jurídica son, pues, la empresa promotora del parque eólico (por ejemplo, Forestalia, Repsol, Iberdrola, Gamesa) y los propietarios de los terrenos donde se va a realizar la instalación, que tanto pueden ser particulares, como una administración (por lo general de carácter local, a través de los Ayuntamientos).

Por ello, los intereses en juego se hallan bien delimitados: por un lado, la empresa promotora que pretende instalar y explotar un parque eólico aprovechándose de la fuerza del viento que sopla a su paso por determinadas fincas; y, por otro, los dueños de los terrenos, que conservan la propiedad sobre sus fincas, si bien se verán privados de algunas facultades propias de tal derecho. La relación jurídica contractual entablada de carácter consensual, bilateral perfecta o recíproca implica el intercambio de prestaciones[71]: a) la empresa promotora adquiere el derecho de acceso a las fincas, su ocupación temporal inicial, así como también el uso temporal de las mismas en lo atinente a la instalación, construcción, puesta en funcionamiento, explotación y mantenimiento del parque eólico, una vez obtenidos las respectivas autorizaciones administrativas; b) los particulares ceden tales derechos a la empresa y obtienen a cambio una compensación económica conservando el derecho a explotar sus fincas en la medida que resulte compatible con el ejercicio de las facultades cedidas a la empresa, anteriormente señaladas.

Relacionándolo con el tema que nos ocupa, podemos afirmar que, en principio, la negociación y la consecución de un acuerdo entre las partes implicadas constituye el desiderátum[72] por lo que a la resolución óptima se refiere del problema de las externalidades del derecho de propiedad surgidas como consecuencia del proceso de construcción e instalación de un parque eólico.

Ante la novedad de la situación descrita, nos enfrentamos ante una modalidad de contrato atípico elaborado en el marco del principio de la autonomía de la

71 Serrano Santamaría, A.: "Aire, viento", cit., p. 134.

72 Posner, R.: *El Análisis Económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007, pp. 173 y ss.; Shavell, S.: "Fundamentos", cit., pp. 92 y ss.

voluntad, con sujeción a los límites impuestos por la ley, la moral y el orden público, a tenor de lo prescrito en el artículo 1255 de nuestro Código civil.

En el intento de encajar el contrato en ciernes en el elenco de los contratos típicos, si optamos por la suscripción de un contrato de arrendamiento, no sería de aplicación la legislación especial ni de los arrendamientos urbanos (LAU, 1994), ni de los arrendamientos rústicos (LAR, 2003), toda vez que ni su objeto versa sobre una finca urbana[73], ni tampoco, aun tratándose de una finca rústica, la naturaleza de la actividad derivada de la instalación de un parque eólico –diferente a la agrícola, ganadera o forestal- entraría dentro del ámbito de aplicación reputado como arrendamiento rústico (aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal)[74]. Por ello, de suscribirse un contrato de arrendamiento, sería de aplicación supletoria a lo pactado la normativa del Código civil relativa al arrendamiento de cosas (artículos 1542 y ss.)[75], sin perjuicio de su posible inscripción registral a los fines de su oponibilidad frente a terceros[76].

Sin embargo, si como suele ser habitual, el propietario de las tierras pretende seguir con su explotación el contrato arrendaticio puede resultar provisional ante la insuficiencia para atender nuevas contingencias derivadas de la nueva situación jurídica creada, tanto para la empresa promotora, como para el titular de las fincas, a menos que ya en el mencionado contrato se hubieran incluido algunas cláusulas atípicas en su seno en virtud de las cuales se crearan derechos reales que dieran respuestas a las nuevas necesidades surgidas de la negociación efectuada, bien en calidad de derechos reales típicos (derechos reales de servidumbre y de superficie), bien creados *ad hoc*, partiendo de la admisibilidad de la teoría del *numerus apertus*[77] y con el cumplimiento de los requisitos que la doctrina exige para ello[78].

Al margen del contrato de arrendamiento ordinario, bien cabría recurrir a un arrendamiento especial o *sui generis*, que recogiera todas estas particularidades, lo que pondría sobre el tapete la conveniencia o no de crear una legislación sobre la materia que le sirviera de cobertura, con el reto de atender las necesidades y

73 El artículo 1, 1 de la LAU (1994) circunscribe el ámbito de aplicación de la LAU a los arrendamientos de fincas urbanas que se destinen a vivienda o a usos distintos al de vivienda.

74 De conformidad a los artículos 1, 1 y 6, 5° de la LAR de 2003, respectivamente.

75 La jurisprudencia ha sostenido al respecto que el contrato de arrendamiento funge como título hábil para la instalación, establecimiento y funcionamiento del parque eólico por parte de la empresa promotora de su explotación, aun siendo esta titular de la instalación efectuada (STS 26/06/2007, RJA 2007,3898).

76 Con arreglo a los dispuesto en el artículo 2, 5° de la Ley Hipotecaria, modificado en virtud de la Disposición Adicional 2, 1 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre.

77 Resoluciones de 10/01 y 18/02/2003 de la DGRN.

78 Otorgamiento de un poder directo e inmediato sobre la cosa o construcción similar a figuras conceptuadas como derechos reales; no contravenir el orden público económico; necesidad de una específica tutela jurídica para para los intereses de las partes. Al respecto, Díez-Picazo, L.; Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 1, Tecnos, Madrid, 2016, p. 42.

satisfacer los intereses en juego, o bien, como ya se ha apuntado con antelación, cabría recurrir *ex profeso* a la constitución de derechos reales, ya dentro del marco de los legalmente reconocidos (bajo la consideración de un *numerus clausus*), ya creados *ex novo* en atención a las circunstancias del caso (admitiendo la teoría del *numerus apertus*).

IV. CONCLUSIONES.

La implantación de las energías renovables constituye un hecho consumado en nuestros días, por tratarse de un objetivo prioritario de actuación para lograr la implantación de la energía verde en sustitución de las energías tradicionales. En tal sentido, la importancia y trascendencia que va a representar la energía eólica un futuro inmediato se evidencia a través de variables de distinto orden: económico; ambiental; integración y vertebración del territorio.

Cuando las partes perfeccionan un contrato para la instalación de un parque eólico, suele acordarse la utilización del terreno, pero no la adquisición del mismo. Por tanto, intervienen varios intereses en el acuerdo; la contratación del viento que pasa por la finca -por parte del arrendatario-, y el interés eólico que revalorizará el terreno, y la explotación del mismo mediante ganadería o agricultura -por parte del propietario-.

Siendo los contratos redactados por la parte más fuerte, la negociación apenas se produce, si bien la normativa lo permite. Esta falta de negociación se traduce, en la práctica, en cláusulas que ofrecen una mayor ventaja a la compañía productora de energía eólica que a los propietarios del terreno.

Cuando hablamos de externalidades referidas al derecho de propiedad aludimos a los efectos externos en la propiedad de una persona derivados de actuaciones a cargo de terceros autorizadas por el propietario del bien. Precisamente, la implantación de la energía eólica implica una serie de consecuencias jurídicas nada desdeñables en el marco de las relaciones jurídicas que se entablan entre las empresas del ramo y la administración municipal, mientras que, en muchas ocasiones, la negociación se lleva a cabo directamente con los agricultores y ganaderos que explotan sus tierras agrícolas.

Ante las externalidades que pueden surgir en el derecho real de propiedad como consecuencia de la construcción de un parque eólico en tierras agrícolas se plantean dos posibles soluciones: la declaración de utilidad pública, que permitiría excluir la negociación con los particulares; y la negociación con los particulares afectados. La práctica evidencia que, en muchas ocasiones, los promotores del proyecto no solicitan la declaración de utilidad pública hasta haber agotado la

vía negocial, es decir, que la negociación y la consecución de un acuerdo entre las partes implicadas constituye el desiderátum por lo que a la resolución óptima se refiere del problema de las externalidades del derecho de propiedad surgidas como consecuencia del proceso de construcción e instalación de un parque eólico.

BIBLIOGRÁFÍA.

Bernad Mainar, R.: "Un nuevo enfoque de los contratos bajo la perspectiva del análisis económico del derecho (AED)", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2020, pp. 25 y ss.

Bovenberg, A.L.; Goulder, l.h.: *Environmental Taxation and Regulation*, Handbook of Public Economics (ed. A. J. Auerbach; M. Feldstein), vol. 3, Elsevier, Amsterdam, 1998, pp. 1471 y ss.

Coase, R.H.: *The Firm, the Market, and the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1988.

- "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, núm. 3, 1960, pp. 1 y ss.

Coloma, G.: *Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001.

Díez-Picazo, L.; Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 1, Tecnos, Madrid, 2016.

Domingo López, E.: *Régimen jurídico de las energías renovables y la cogeneración eléctrica*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000.

Fabra Valle, G.: *Manual práctico de Contratos civiles*, Edisofer, Madrid, 1999.

Floriano Corrales, C.: *Derecho y Economía. Una aproximación al análisis económico del derecho*, Universidad de Extremadura, Badajoz, 1998.

González Nieves, I.C.: *Estudios de Derecho y Economía*, Heliasta, Buenos Aires, 2008.

Huberman, G.; Mayers, D.; Smith, C.W.: "Optimal Insurance Policy Indemnity Schedules", *Bell Journal of Economics*, núm. 14, 1983, pp. 415 y ss.

Kaplow, L.; Shavell, S.: "On the Superiority of Corrective Taxes to Quantity Regulation", *American Law and Economics Review*, núm. 4, 2002, pp. 1-17.

Kornhauser, L.A.; Revesz, R.L.: "Regulation of Hazardous Wastes", en AA.VV.: *The New Palgrave Dictionnary of Economics and the Law*, vol. 3, (coord. por P. Newman), Macmillan, Londres, 1998, pp. 238-242.

LAFFONT, J.J.: "Externalities", en AA.VV.: *The New Palgrave Dictionary of Economics*, (coord. por J. EATWELL, M. MILGATE, P. NEWMAN), vol. 2, Macmillan, Londres. 1987, pp. 263-265.

LÓPEZ SAKO, M.J.: *Regulación y autorización de los parques eólicos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

MARTÍN PÉREZ, J. A.: "De la propiedad en general. Artículos 348-352", en AA.VV.: *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, (coord. por M. PASQUAU LIAÑO), Comares, Granada, 2009, pp. 847-897.

NICOLAU, N.L.: "El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato", en AA.VV.: *Tratado de la buena fe en el derecho*, (coord. por L.M.R. GARRIDO CORDOBERA; V. KLUGER), La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 75-99.

NORTH, D.: *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

OSTROM, E.: *Governing the Commons: The Evolutions of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, Nueva York, 1990.

"Private and Common Property Rigths", en *Encyclopedia of Law and Economics* (coord. por B. BOUCKAERT, G. DE GEEST), vol. 2, Edward Elgar, 2000, pp. 332 y ss.

POLINSKY, A.M.: *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1985.

POSNER, R.A.: *El Análisis Económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

PUIG I FERRIOL, L.: *Manual de Derecho Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

ROYO MARTÍNEZ, M.: "Contratos de adhesión", *Anuario de Derecho Civil*, 1949, núm. 1, pp. 54-70.

SCHÄFER, H-B.; Ott, C.: *Manual de análisis económico del derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1991.

SERRANO SANTAMARÍA, A.: *Aire, viento y parques eólicos: aspectos jurídico-privados*, Reus, Madrid, 2019.

SHAVELL, S.: *Fundamentos del análisis económico del Derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016.

- "The Optimal Structure of Law Enforcement", *Journal of Law and Economics*, núm. 36, 1993, pp. 255 y ss.

- "The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System", *Journal of Legal Studies*, núm. 26, 1997, pp. 575 y ss.

"Strict Liability versus Negligence", *Journal of Legal Studies*, núm. 9, 1980, pp. 1 y ss.

THOMAS, D.A.: (ed.). *Thompson on Real Property*, vol. 8, Michie Company, Charlottesville, 1994.

WITTMAN, D.: "Optimal Pricing of Sequential Inputs: Last Clear Chance, Mitigation of Damages and Related Doctrines in the Law", *Journal of Legal Studies*, núm. 10, 1981, pp. 65 y ss.

L'ACQUA COME BENE COLLETTIVO

AWATER AS A COLLECTIVE GOOD

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2636-2663

Maria Cristina
CERVALE

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: La categoria dei beni giuridici ricomprende anche l'acqua, una risorsa naturale di preminente importanza per la vita di ogni essere umano. Il diritto all'acqua è un diritto fondamentale dell'individuo e ciò ne rende necessaria una disciplina giuridica volta alla tutela del bene e alla regolamentazione del suo uso. Anche in relazione alle acque, considerate nella loro varietà e pluralità, può individuarsi una forma di appartenenza riconducibile alla proprietà collettiva che supera il concetto di proprietà individuale ed esclusiva e valorizza la partecipazione della comunità titolare del patrimonio idrico alla gestione e al godimento del bene. Oggi, il dibattito è ancor più vivacizzato dalla legge 20 novembre 2017, n. 168, sui domini collettivi, definiti come ordinamento giuridico primario delle comunità originarie. Tale legge classifica i beni collettivi e tra essi inserisce i corpi idrici sui quali i residenti esercitano usi civici. La disciplina dei corpi idrici all'interno delle norme sui domini collettivi consente una maggiore tutela delle risorse idriche quali beni di collettivo godimento, strumenti primari di sviluppo e conservazione del patrimonio naturale.

PALABRAS CLAVE: Acqua; corpi idrici; beni collettivi; proprietà collettiva.

ABSTRACT: *The category of legal assets also includes water, a naturale resource of incredible importance for the life of every human being. The right to water is a fundamental one for every person, and this requires a legal framework aimed at protecting it and regulating its use. Also about waters, considered in their variety and plurality, a form of belonging can be identified: it can be traced back to collective ownership, a concept that goes beyond the one of individual and exclusive ownership and enhances the participation of the community that owns the water assets in the management and enjoyment of the asset itself. Today, the debate is even more enlivened by the law n.168, 20 november 2017, on collective domains, defined as the primary legal order of the original communities. This law classifies collective goods, and among them it includes the water bodies on which residents exercise civic uses. The regulation of water bodies within the rules on collective domains allows a greater protection of water resources as assets for collective enjoyment, primary tools for development and conservation of the natural heritage.*

KEY WORDS: *Water; water bodies; collective domains; collective ownership.*

SUMARIO.- I. L'ACQUA COME RISORSA NATURALE E COME BENE GIURIDICO.- II. LE DIVERSE TIPOLOGIE DI ACQUE.- III. L'ACQUA NELLA DISCIPLINA DEL CODICE CIVILE.- IV. LA PROPRIETA' COLLETTIVA DELLE ACQUE.- V. LA LEGGE 20 NOVEMBRE 2017, N. 168 SUI DOMINI COLLETTIVI E I CORPI IDRICI.- VI. I CORPI IDRICI E LA NORMATIVA PRECEDENTE ALLA LEGGE 168/2017.- VII. I CORPI IDRICI COME BENI COLLETTIVI.- VIII. I CORPI IDRICI AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ E DI MERITO.- IX. QUALI CONSIDERAZIONI FINALI?

I. L'ACQUA COME RISORSA NATURALE E COME BENE GIURIDICO.

Appare evidente, quasi scontato, il valore che l'acqua assume per il pianeta e per gli esseri viventi: trattasi di una risorsa naturale qualitativamente preziosa ed essenziale, quantitativamente scarsa e distribuita in modo non omogeneo sul territorio. Dall'interesse naturalistico, idrografico e idrogeologico si passa poi, inevitabilmente, all'interesse da parte del diritto in relazione al quale l'acqua assume la qualifica di bene in senso giuridico. Sotto tale profilo, prima di procedere alla trattazione delle norme che ne caratterizzano la disciplina privatistica, occorre riflettere sulle potenzialità di tale bene, sui bisogni che esso è chiamato a soddisfare, sulle problematiche che pone sul piano della riflessione[1].

E' opinione comune, prima ancora che giuridica, che l'acqua si presenti in natura secondo forme o manifestazioni differenti che ne determinano una grande varietà in relazione alla quale mutano le questioni e le soluzioni da adottare.

La prima percezione, pertanto, è quella della pluralità, un tema caro ai domini e ai beni collettivi che ritorna anche per l'acqua nel senso che vi sono molteplici suddivisioni della stessa all'interno di un unico genere. La pluralità insita nel concetto non dipende soltanto dalle numerose qualità naturali delle acque, cioè dalle loro caratteristiche fisiche, organolettiche o dalla loro composizione chimica, ma è dettata anche dalla diversa funzione economico-sociale che esse svolgono in relazione alle differenti forme di utilizzazione e ai variabili interessi che sono atte a soddisfare. Acque marittime, acque interne e, nell'ambito di queste ultime, acque minerali, salmastri, termali, medicinali, potabili: tante sono le differenziazioni e le possibilità di utilizzo e, in relazione alla sua fruibilità, l'acqua costituisce un bene in parte lasciato libero a tutti, in parte utilizzato dagli operatori economici con attività

1 Il concetto di cosa e il concetto di bene appaiono strettamente collegati tra loro, in un rapporto tra contenente e contenuto, e la dottrina si è molto dedicata a tale tipo di riflessione sin dalle prime voci enciclopediche: Pugliatti, S.: "Beni (teoria gen.)", *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 164 ss.; Pugliatti, S.: "Cosa (Teoria generale)", *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 19 ss.

• Maria Cristina Cervale
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia. E-mail: mariacristina.cervale@univaq.it

di prelievo, di trasformazione e di commercializzazione per divenire, quindi, bene di consumo.

La seconda percezione riguarda la considerazione che l'accesso all'acqua e in particolare all'acqua potabile, prima ancora del valore economico che esso può assumere, senza dubbio rilevante, costituisce un diritto umano universale e fondamentale, una risorsa strettamente legata alla vita, alla salute, al benessere quotidiano, al libero e dignitoso sviluppo della persona. L'accesso all'acqua, pertanto, oltre che costituire di per sé un diritto fondamentale della persona, rappresenta lo strumento attraverso il quale soddisfare altri diritti fondamentali: considerazione, quest'ultima, che ne amplifica l'indiscusso valore. Il ruolo essenziale che l'acqua ha in sé induce a considerarla come una risorsa, una risorsa idrica appunto, sulla quale doverosamente deve concentrarsi l'attenzione degli studiosi, in particolare di giuristi e di economisti, per regolarne l'uso e la fruibilità, nella costante attenzione ad evitarne sprechi, preservarla e renderla accessibile a tutti.

Il valore qualitativo dell'acqua come risorsa si sviluppa sin dalle esperienze storiche passate. Già il diritto romano crea una disciplina giuridica dell'acqua capace di conciliare le esigenze dell'economia privata con gli interessi pubblici dell'epoca, nella consapevole e inevitabile alternanza tra sfera pubblica e sfera privata, tra usi pubblici e usi privati. Tuttavia, il diritto romano, occupandosi dell'acqua, mostra originariamente la preoccupazione di disciplinarne gli effetti dannosi piuttosto che la propensione verso la possibile utilità delle acque, fluviali, torrentizie, piovane[2]. Peraltro, le grandi opere acquedottistiche della civiltà romana, di cui alcune qualificate come patrimonio universale dell'umanità, testimoniano ancora oggi la particolare attenzione dedicata all'acqua ed alle sue modalità di distribuzione sul territorio. Oltre agli acquedotti, anche le varie *domus* erano provviste di apparati architettonici in grado di raccogliere e convogliare le acque piovane. Inoltre, la dualità tra finalità pubblica e finalità privata dell'acqua è presente sin dall'origine nella disciplina giuridica della stessa. L'*usus publicus* ne riconosce una destinazione a servizio di tutti: *in usu populi*. Uso pubblico nel senso che il pretore riesce ad individuare una categoria di beni la cui natura pubblica deriva non tanto dal rapporto di pertinenza a enti non privati, quanto all'uso comune e gratuito consentito ai singoli[3]. Ciò è possibile in quanto, nei secoli passati, l'acqua costituisce un bene facilmente accessibile, quantitativamente abbondante, inesauribile nella sua portata e senza rivalità nel consumo, una *res communes omnium, iure naturali*[4],

2 Cfr. Astuti, G.: "Acque (storia)", *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 346 ss. E' evidente, poi, che l'acqua è sicuramente una risorsa dalla quale, però, potrebbero derivare effetti dannosi, con tutta la normativa che ne consegue volta a regolare il flusso delle acque irruenti o dilaganti in modo disordinato, violento, alluvionale o volta ad evitare interventi antropici in zone considerate a rischio idrogeologico.

3 Cortese, E.: "Demanio (diritto romano)", *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 73.

4 La categoria delle *res communes omnium* è fatta risalire ad un frammento delle *Institutiones* di Elio Marciano, raccolto in *Digesto* 1, 8, 2, 1. Le acque sono considerate dal giurista, secondo il diritto naturale, comuni a tutti per l'abbondanza in cui si trovano in natura che non ne consentirebbe una appropriazione nella loro

insieme con l'aria e con il mare, come ci viene tramandato dagli studi sul diritto romano[5].

Durante l'alto Medioevo, pur in mancanza di testimonianze certe, si ritiene che, per influenza delle antiche consuetudini popolari germaniche, l'acqua dei grandi fiumi è accessibile a tutti per gli usi più comuni: navigazione, pesca, irrigazione, mentre solo i minori corsi d'acqua sono compresi tra i possedimenti delle tribù, delle comunità del villaggio e, quindi, riservati come beni comuni all'uso esclusivo dei naturali[6]. Ma all'autorità dell'impero via via si contrappone la realtà e il pluralismo di nuovi organismi politici che aspirano all'autonomia, ponendosi essi stessi come ordinamenti giuridici sovrani che, riconoscendo formalmente ancora la superiorità dell'imperatore, tuttavia di fatto esercitano poteri pubblici, giurisdizionali, patrimoniali, fiscali sul territorio. Di conseguenza, anche le acque passano dall'imperatore ai sovrani e ai principi feudali ormai indipendenti, per poi confluire nella nuova realtà politica dei comuni che, affermando la propria autonomia nei confronti della società feudale, rivendicano *iure proprio* il possesso e il godimento delle acque pubbliche. L'attenzione si concentra soprattutto sulle acque dei fiumi, sulla loro navigabilità e capacità di irrigazione, sulla distinzione tra fiumi pubblici e fiumi privati, fondata sul criterio della perennità delle acque per i fiumi pubblici, del carattere torrentizio per i corsi d'acqua privati.

Pertanto, inevitabilmente, anche il Medioevo incide sul regime giuridico delle acque attraverso la presenza di una graduazione di usi pubblici, privati, collettivi dove, in quest'ultimo caso, la fruizione del bene riguarda una pluralità di utenti *uti cives* e non *uti singuli*. La stratificazione della società medievale, attraverso la scomposizione del diritto di proprietà della tradizione classica romana, scinderà quell'unico dominio in dominio diretto e dominio utile, porrà i presupposti per una proprietà né individuale né pubblica, bensì collettiva, costituendo le fondamenta per la tematica degli usi civici (o assetti fondiari collettivi) cui si riferisce di recente, attraverso la disciplina dei domini collettivi, la legge 20 novembre 2017, n. 168, contenente al suo interno la categoria dei beni collettivi.

totalità (cfr. Masi, A.: *Lezioni di istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., 2017, p. 91; Astuti, G.: "Cosa (storia)", *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 4). Vi è da notare che il problema dogmatico è stato affrontato dal Bonfante il quale, pur riservando alla categoria l'onore che le spetta per i servigi resi nella storia della tradizione romanistica, si pone con chiarezza il problema se «la categoria delle *res communes omnium* ha essa una vera autonomia e un significato giuridico nel diritto romano» (Bonfante, P.: *Corso di diritto romano. La proprietà*, parte I, Roma, 1926, p. 51 ss.). , come appare evidente,a servizio di tutti: in usu populi. es

5 In un primo tempo, l'uso delle acque viene attuato mediante la costituzione di servitù prediali, come ad esempio la *servitus aquae ductus*. Nel diritto post-classico e giustinianeo, compresa maggiormente l'importanza delle acque per la economia agricola e cittadina, si dà impulso alla costruzione di imponenti acquedotti pubblici, di grandi opere di canalizzazione delle acque fluviali a scopo irriguo. Cfr. Astuti, G.: "Acque (storia)", cit., p. 349 ss.

6 Per il regime delle acque in Italia durante l'alto Medioevo: G. Astuti, "Acque (storia)", cit., p. 370, il quale si mostra cauto nella ricostruzione di tale epoca storica per la scarsezza delle testimonianze disponibili.

Gli interventi normativi in materia non sono stati numerosi né vicini nel tempo: il precedente legislativo alla legge 168/2017 è costituito dalla legge 16 giugno 1927, n. 1766 che procede, nei primi decenni del Novecento, a riordinare gli usi civici, seppur con un intento liquidatorio, e prima ancora, è necessario risalire alla legge 2 agosto 1806 con la quale Giuseppe Napoleone, nel Regno di Napoli, abolirà la feudalità e, con essa, la scelta di ripartire le terre che costituivano il feudo tra il barone e i cittadini[7]. Un significativo rinnovamento, pertanto, non si è avuto neanche con la rivoluzione francese che, pur se attuò i necessari presupposti per l'eversione della feudalità e la grande opera di codificazione, non influì in modo sostanziale sulla disciplina giuridica delle acque, ribadendo sia l'appartenenza al demanio pubblico dei fiumi e delle riviere navigabili sia il requisito della navigabilità come criterio distintivo tra acque pubbliche e acque private[8].

II. LE DIVERSE TIPOLOGIE DI ACQUE.

Ai fini dell'indagine che si propone e in considerazione del fatto che, secondo la tradizione classica, i diritti potevano esercitarsi, oltre che sul bene, *usque ad sidera et usque ad infera*[9] in virtù di una visione dei poteri spettanti al proprietario non limitata alla materialità circoscritta della *res* ma proiettata nello spazio sovrastante e sottostante la fisicità naturale della cosa stessa, appare utile prendere avvio dalla classica distinzione tra acque superficiali e acque sotterranee, a seconda che esse insistano sul suolo o sul sottosuolo: una distinzione rilevante rispetto al regime giuridico applicabile. Le acque sotterranee finché non sono individuate e scoperte costituiscono parte integrante del sottosuolo: una volta scoperte però, e quindi suscettibili di essere estratte e utilizzate, assumono rilievo giuridico, possono cioè costituire oggetto di rapporti giuridici specifici anche prima della loro estrazione. Peraltro, pur se portate in superficie, le acque sotterranee non mutano la loro natura e non diventano superficiali, in quanto sono sempre estratte artificialmente mediante un intervento antropico, sia esso consistente nella realizzazione di pozzi o invece in altro manufatto di ingegneria idraulica. Ciò consente di tenere concettualmente distinte le acque sotterranee in tal modo individuate dalle acque sgorganti dalle sorgenti naturali, che pur derivando dal sottosuolo, affiorano naturalmente ed emergono in superficie spontaneamente.

Con riferimento alle acque superficiali, poi, il diritto distingue tra acqua viva e acqua corrente: da un punto di vista materialistico il bene acqua rimane lo stesso; invece, per quanto riguarda la valutazione che ne fa il diritto, già nella società

7 Per un inquadramento generale della normativa di riferimento Marinelli, F.: *Gli usi civici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (a cura di A. Cicu e F. Messineo), 2ª ed., Milano, 2013.

8 Si rinvia a Astuti, G.: "Acque (storia)", cit., p. 385.

9 L'iperbole espressa dal citato brocardo evidenzia, tuttavia, la potenza concettuale della proprietà individuale classica, concepita come un diritto soggettivo in grado di sviluppare i propri poteri aldilà della materialità della cosa per estendersi, idealmente ma anche concretamente, allo spazio sovrastante e sottostante la *res*.

romana è delineata la distinzione tra *aqua viva* o perenne, che scaturisce da una *fons* o da altro *caput aquae*, e *aqua profluens,* che fluisce o scorre per gravità, entro un alveo naturale o artificiale[10]. La citata distinzione si riflette anch'essa sul regime giuridico in quanto la disciplina delle sorgenti differisce da quella dei corsi d'acqua, naturali o artificiali, dove si distinguono di regola i due profili dell'acqua corrente e dell'alveo in cui la medesima scorre. La distinzione, inoltre, perviene sino al codice civile vigente, se solo si considerino le previsioni degli artt. 941 ss. c.c. che disciplinano gli effetti sulla proprietà fondiaria di alluvioni, la condizione dei terreni abbandonati dalle acque correnti, le avulsioni, l'ipotesi dell'alveo abbandonato e così via.

La rappresentazione delle acque, inoltre, non si esaurisce con le classificazioni sinora espresse in quanto, nel discorso sui diversi modi in cui l'acqua può presentarsi, è opportuno fare riferimento anche ai laghi e ai bacini, naturali o artificiali, che pongono questioni giuridiche rilevanti in ordine al contenente e al contenuto: ad esempio, si pensi alla questione relativa alla *qualitas soli* dei terreni su cui è stato costituito il bacino, alla titolarità del diritto di godimento su tali beni, alla scissione eventuale tra titolarità del diritto e potere di gestione del bene stesso, soprattutto quando il bacino artificiale si trasformi in bene produttivo di energia, con rendimento economico elevato.

Pertanto, in relazione alle acque e al loro regime giuridico, si è chiamati a risolvere questioni relative sia all'aspetto naturalistico sia all'appartenenza sia alla disciplina delle diverse forme di utilizzo. L'acqua, infatti, costituisce un bene molto particolare in natura: da un lato, scorre, fluisce, è in continuo divenire, sfugge ed è difficile da delimitare o arginare; dall'altro, costituisce un bene essenziale, vitale, in relazione al quale bisogna garantirne il più ampio accesso da parte di tutti in quanto, come già rilevato, l'acqua risulta funzionale all'esercizio di diritti fondamentali della persona.

La concezione dell'acqua quale *res communis omnium* non è più attuale perchè, come appare evidente, le condizioni sono mutate: le diverse e sempre maggiori utilizzazioni di tale risorsa si accompagnano ad una minore disponibilità della stessa, dovuta, tra le altre cause, ai cambiamenti climatici e alla ineguale distribuzione sul territorio; potrebbero e possono sorgere conflitti di natura economica in relazione ad un bene di cui si necessita ma il cui uso va regolamentato, in ragione del suo valore e della sua scarsità per quanto riguarda l'accesso e l'utilizzo.

Pertanto, il diritto delle acque, volendo ricomprendere in tale definizione le norme relative alle acque pubbliche, private e anche collettive, riguardando,

10 La ricostruzione storica sulla disciplina giuridica delle acque, secondo le loro diverse categorie e le varie forme di utilizzazione, individuali e collettive, si trova in: Astuti, G.: "Acque (storia)", cit., p. 346 ss.

come già detto, questioni relative alla natura, all'appartenenza e alla disciplina delle varie forme di uso delle acque stesse, si sviluppa lungo traiettorie giuridiche a volte simmetriche, altre volte asimmetriche, che attraversano ambiti pubblicistici, privatistici: si pensi, ad esempio, alla distinzione tra acque pubbliche e acque private, non sempre predeterminata e immune da problematiche; si pensi alle regole relative alla ricerca, all'uso e alla gestione delle acque. Da tale ultime considerazioni, emerge una poliedricità giuridica che si manifesta anche in ambito amministrativo, se si pone attenzione alle concessioni di uso delle acque o ai protocolli di intesa siglati tra comuni e società private per le riqualificazioni ambientali necessarie lì dove siano ubicati punti di captazione dell'acqua confezionata e commercializzata, al fine della salvaguardia del patrimonio idro-termo-minerale, oltre agli eventuali ulteriori profili di carattere urbanistico ed edilizio.

E' allora possibile, e il riscontro con la realtà ne costituisce la prova, che in relazione alle acque si proponga un uso che può configurarsi *uti cives* o *uti singuli*, secondo un paradigma ben noto alle proprietà collettive. Di conseguenza, il discorso ritorna alla distinzione di carattere generale tra beni, interessi e diritti, pubblici e privati: distinzione su cui la discussione è sempre stata vivace sia sotto il profilo storico ed esegetico sia sotto il profilo dogmatico e concettuale, per la mutevolezza dei contenuti e dei limiti con cui il rapporto tra pubblico e privato si ripropone nelle diverse esperienze storico-giuridiche.

Per tale ragione, la disciplina è articolata e presenta una gradazione e varietà di regime giuridico: dagli usi pubblici dell'acqua, garantiti dalla legge ovvero attribuiti in base a rapporti di autorizzazione o di concessione, agli usi individuali di prerogativa soltanto di soggetti singoli, agli usi liberi e comuni a tutti, sempre nei limiti posti dalla legge o dall'autorità amministrativa al loro esercizio: a titolo esemplificativo, si consideri la previsione dell'art. 909 c.c., rubricato «diritto sulle acque esistenti nel fondo», secondo il quale il proprietario del suolo ha il diritto di utilizzare le acque in esso esistenti, salve le disposizioni delle leggi speciali per le acque pubbliche e per le acque sotterranee. Vi è consapevolezza, nel codice civile, della inevitabile necessità che, in materia di acque, si debba dettare una disciplina privatistica che non può non tenere conto della legislazione speciale di diritto pubblico[11].

III. L'ACQUA NELLA DISCIPLINA DEL CODICE CIVILE.

La rilevanza giuridica dell'acqua, nelle sue diverse manifestazioni, è presente nel codice civile il quale, nel fornire la classificazione dei beni immobili, all'art. 812,

11 La Corte costituzionale ha avuto occasione di affermare la necessità di provvedere ad adottare una serie di misure di tutela e di priorità dell'uso delle acque intese come risorse, con criteri di utilizzazione e di reimpiego indirizzati al risparmio, all'equilibrio e al rinnovo delle risorse medesime: Corte cost., 19 luglio 1996, n. 259; Corte cost., 27 dicembre1996, n. 419 (entrambe in *www.jusexplorer.it*).

espressamente dispone: «Sono beni immobili il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua… »[12]. L'attenzione del legislatore alla classificazione dei beni immobili costituisce conferma della rilevanza attribuita tradizionalmente alla proprietà immobiliare[13]; tuttavia, l'aver indicato, subito dopo il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua lascia intendere la uguale rilevanza, rispetto al suolo, che il codice civile ha voluto riservare all'acqua, sia quando nasce sia quando scorre. La contrapposizione ideale tra ciò che è fisicamente immobile, come il suolo, e ciò che invece è naturalmente in movimento, come l'acqua, emerge con evidenza; tuttavia, non può ritenersi, proprio in considerazione della rilevata diversità, che il codice civile abbia voluto intendere le sorgenti e i corsi d'acqua limitatamente al suolo su cui l'acqua scorre o la sorgente si trova[14]. Tale interpretazione, che risulterebbe restrittiva rispetto alla previsione letterale dell'art. 812 c.c., non sembra soddisfacente in quanto, nella previsione generale della citata disposizione, la qualificazione di bene immobile non richiede necessariamente una incorporazione materiale con il suolo e inoltre il codice civile è ben consapevole della esistenza di beni che, per la propria natura, possono essere apprezzati nella loro dinamicità (si pensi alle energie naturali che hanno valore economico, previste dall'art. 814 c.c.)[15].

Inoltre, l'elenco contenuto nell'art. 812 c.c. fa riferimento ai beni immobili privati e dalla collocazione della norma si può intendere che le sorgenti e i corsi d'acqua, nell'intenzione del legislatore, possano essere oggetto di proprietà esclusiva del singolo[16]. Peraltro, la particolare natura dell'acqua, di cui si parlerà anche in seguito, evidenzia con immediatezza l'opportunità di un discorso che si distacchi dalla proprietà individuale per soddisfare necessariamente anche esigenze di natura

12 La riflessione sui beni pone in evidenza come l'elenco contenuto nell'art. 812 c.c. non sia più esaustivo della rappresentazione dell'attuale realtà economica dove la categoria ordinante delle cose si è andata progressivamente arricchendo di nuovi beni, alcuni materiali, altri immateriali. Inoltre, si assiste al passaggio da una visione soggettiva della proprietà, attenta particolarmente ai poteri e alle facoltà del titolare del diritto, ad una visione oggettiva della stessa che, senza dimenticare la persona del proprietario, concentra però la propria attenzione sui nuovi interessi emergenti e sulle tecniche contrattuali di soddisfacimento di quegli interessi, per far sì che i nuovi beni, frutto dell'attuale contesto economico, creino un rinnovato fervore per la proprietà degli stessi (cfr. Cervale, M.C.: "La proprietà «plurale»: un itinerario tra condominio e multiproprietà", *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 358 ss.).

13 La distinzione tra beni immobili e beni mobili è fondata sulla tradizionale constatazione della importante rilevanza economico-sociale dei primi, identificati soprattutto con il suolo e con gli edifici, centro di potere e fondamento della ricchezza. Tuttavia, si è progressivamente rilevato il maggior ruolo assunto dalla ricchezza mobiliare e si è osservato che la distinzione tra beni immobili e beni mobili non avrebbe più lo stesso rilievo: Bianca, C.M.: *Diritto civile*, vol. 6, Milano, 2017, p. 57. Sulle origini e sulla funzione che ha assunto il concetto di bene nella sistematica giuridica moderna, si veda Pugliatti, S.: "Beni (teoria gen.)", cit., p. 164 ss.laustamentella maggiore rilevaile tra beni immobili e beni mobili non avrebbe più lo stesso rilievo: Bianca, C.M.: Diritto civil

14 Per una riflessione più generale sul punto: Scozzafava, O.T.: *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 47 ss.

15 Alla individuazione dei beni immobili all'interno della sistematica del codice civile sono dedicate le riflessioni di Gambaro, A.: *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (a cura di A. Cicu e F. Messineo), Milano, 2012, p. 117 ss.; Bianca, C.M.: *Diritto civile*, vol. 6, cit., p.

16 E' stato opportunamente osservato come, nella elencazione dell'art. 812 c.c., gli scrupoli di completezza manifestati dal legislatore abbiano creato qualche difficoltà nell'aver inserito le sorgenti e i corsi d'acqua, beni funzionalmente oggi pubblici, accanto a beni normalmente privati come gli alberi e gli edifici: Gambaro, A.: *I beni*, cit., p. 116.

collettiva o pubblica. A conferma di ciò, già il successivo art. 822 c.c., dispone che appartengono al demanio pubblico: i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia nonché, quando appartengono allo Stato, gli acquedotti e i canali di navigazione, di irrigazione e di bonifica. Di conseguenza, si discute se possa parlarsi di un vero e proprio diritto di proprietà sulle acque o se, invece, sarebbe più corretto parlare di un diritto di utilizzazione delle acque: diritto il quale, se riconosciuto in favore di soggetti privati per loro private esigenze, sarà di natura privata; se, invece, attribuito alla generalità dei consociati e per essa allo Stato, sarà allora di natura pubblica[17].

Per quanto riguarda il rapporto tra acqua e fondo, è evidente la sussistenza di un nesso funzionale tra i due beni nel senso che l'acqua necessariamente scorre o insiste su un substrato naturale terroso, sia esso un suolo, un alveo o un bacino. Tale connessione, in relazione all'oggetto del diritto di proprietà, può essere ricostruita come rapporto tra cosa e cosa o, invece, potrebbe dare luogo ad un unico bene dalla struttura composta: l'art. 812 c.c., tuttavia, riconosce poteri di godimento e di disposizione sulle sorgenti e sui corsi d'acqua come beni aventi una propria individualità, idealmente distinti dal suolo su cui insistono e considerati essi stessi come beni immobili[18]. Certamente, però, si tratta di due beni legati tra loro da un nesso di natura funzionale molto intenso, si potrebbe dire insopprimibile che ne può giustificare una considerazione unitaria come corpo idrico[19].

La tematica si inserisce nel discorso più ampio sulla proprietà e sulle proprietà e, in relazione all'acqua, l'idea o la necessità che il diritto di proprietà si moduli in modo adeguatamente differente rispetto a tutti gli altri beni immobili appare evidente, con la conseguenza che può ricondursi anche l'acqua alla situazione di appartenenza dominicale, pubblica o privata, senza dimenticare le qualità e le funzioni che tale bene assolve e che, pertanto, possono giustificare soluzioni in parte diversificate rispetto all'ordinario rapporto di proprietà. Come accade anche per la proprietà collettiva, la funzione che il bene svolge può essere preminente e

17 Astuti, A.: "Acque private", *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 392.

18 L'art. 812 c.c., pertanto, individua i beni immobili facendo riferimento alla loro struttura fisica (il suolo) o alla loro relazione con il suolo (sorgenti e corsi d'acqua, alberi, edifici, costruzioni e «tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo») ed estende, inoltre, la categoria a cose reputate immobili. Per una parte della dottrina (tra cui, Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 6, cit., p. 56), il criterio distintivo adottato dal legislatore è di tipo naturalistico ed è rappresentato dalla possibilità per il bene di essere trasportato da un luogo ad un altro, per forza propria o esteriore, mantenendo inalterata la propria sostanza.

19 Parte della dottrina riconduce la relazione tra acqua e fondo alla categoria delle pertinenze, in considerazione del fatto che l'acqua sta con il fondo in un rapporto che può in senso lato essere definito di servizio: Busca, M.: *Le acque nella legislazione italiana*, Torino, 1962, p. 7 ss.; Favara, E.: "Vincolo pertinenziale fra due immobili", *Riv. giur. ed.*, 1958, I, p. 338 ss. L'analisi appare interessante, tuttavia la relazione tra i beni si instaura per volontà della legge e il rapporto di servizio che caratterizza acqua e suolo è innanzi tutto un rapporto naturale tra cosa e cosa giuridicamente rilevante senza che sia opportuno distinguere tra cosa principale e cosa accessoria. Per un approfondimento della tematica: Costantino, M.: *Contributo alla teoria della proprietà*, in *Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, Napoli, 2019, p. 239 ss.

riflettersi sulla sua disciplina giuridica, non totalmente privatistica né esclusivamente pubblicistica, alla ricerca di un assetto ragionevole tra pubblico e privato di cui può beneficiarsi sia il bene stesso sia la collettività di appartenenza. Ed allora, la proprietà dell'acqua è stata anche definita come un diritto *sui generis*[20] in quanto «un diritto di proprietà dell'acqua fluente si identifica appunto con il diritto di appropriarsi dell'acqua», e ciò con una evidente analogia con gli usi civici che, nel caso in cui si configurino come *iura in re aliena*, sono stati anch'essi considerati come diritto *sui generis*[21].

E' opportuno altresì rilevare come le acque sorgenti e correnti possano essere oggetto di duplice considerazione giuridica, non soltanto come elemento liquido in sé e per sé autonomamente differenziato, ma anche come elemento incorporato nella concreta realtà materiale della vena acquifera, della fonte sorgiva, dell'alveo, dell'invaso: il codice civile, infatti, riconosce poteri di godimento e di disposizione sulla sorgente, sul fiume, sul rivo, sul lago (art. 943 c.c.), come beni in sé e per sé, aventi una loro propria individualità, distinti dal suolo su cui insistono e considerati comunque immobili.

Emergono pertanto vari profili di interesse in relazione all'acqua: alcuni sono relativi alla possibilità di approvvigionamento e di utilizzo, una possibilità che va controllata in base a regole di equità distributiva e di accessibilità economica; altri sono attinenti alla qualificazione giuridica della proprietà di tale bene che non può risolversi in modo rigorosamente unitario ma che richiede di tenere conto dei caratteri particolari delle acque e delle loro varie forme di uso. Tuttavia, può scorgersi anche per le acque una situazione di appartenenza *iure proprietatis* in relazione alla quale la proprietà collettiva potrebbe svolgere un importante ruolo di equilibrio tra pubblico e privato: e tale potrebbe rivelarsi il riferimento ai corpi idrici contenuto nella legge 20 novembre 2017, n. 168.

Tornando alla disciplina del codice civile, oltre alla individuazione di categorie di beni riconducibili alla proprietà privata o alla proprietà pubblica, il codice civile detta norme relative ai consorzi di bonifica: si pensi, in particolare all'art. 866 c.c. che prevede la possibilità di disporre vincoli idrogeologici al fine di evitare che i terreni possano turbare il regime delle acque; all'art. 868 c.c., che disciplina il regolamento protettivo dei corsi d'acqua. Inoltre, tra i modi di acquisto della proprietà (artt. 941 ss. c.c.), sono disciplinati: le alluvioni, i terreni abbandonati dalle acque correnti, i laghi e gli stagni, le avulsioni, le isole e le unioni di terra, l'alveo

20 Infatti, anche per gli usi civici nel significato specifico di *iura in re aliena*, parte della dottrina dopo aver escluso che possano ricondursi al diritto di uso, alle servitù prediali o a diritti reali atipici, conclude ritenendo che, per lo loro particolari caratteristiche, tali usi civici vadano considerati come diritti reali *sui generis*: Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1990, p. 250.

21 De Martino, F.: *Delle acque,* in *Commentario al codice civile di Scialoja-Branca*, Libro III, tit. II, sez. IX, Bologna-Roma, 1954, p. 339 ss.

abbandonato, i mutamenti del letto dei fiumi derivanti da regolamento del loro corso. Altre disposizioni regolano le servitù di acquedotto e di scarico coattivo delle acque (artt. 1033 ss. c.c.); si aggiungano le previsioni degli artt. 1049 e 1050 c.c. che disciplinano la somministrazione coattiva di acqua a un edificio o a un fondo, con ciò dimostrando la costante attenzione del legislatore per il rapporto tra proprietà e acqua, nelle sue diverse forme di manifestazione.

Da un punto di vista sistematico, le norme relative all'acqua sono prevalentemente contenute nel Libro III e si riferiscono alla proprietà e agli altri diritti reali su beni immobili. Tuttavia, l'interesse per l'acqua si manifesta anche nelle attività aventi carattere produttivo: infatti, l'art. 2135, comma secondo, c.c., nell'ambito della disciplina riservata all'impresa agricola, regola le attività essenziali che l'imprenditore agricolo deve esercitare per poter essere qualificato tale. Nel precisare i requisiti che le attività essenziali svolte dall'imprenditore agricolo devono presentare, la citata disposizione prevede che le attività dirette alla coltivazione del fondo, alla selvicoltura e all'allevamento di animali devono riferirsi ad un ciclo biologico o ad una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, «che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine». In quest'ultimo caso, ancora una volta vengono prese in considerazione le acque, nella loro varietà di acque dolci, salmastre o marine, e la previsione normativa più che concentrarsi sulla titolarità del diritto di proprietà pone l'accento sulla fruibilità delle stesse in relazione alla produttività dell'impresa agricola.

I riferimenti all'art. 812 c.c. e all'art. 822 c.c. evidenziano come anche per l'acqua si riproponga la continua dialettica tra diritto pubblico e diritto privato, una dialettica che vivacizza la materia dei domini collettivi che, seppur appartenenti all'ordinamento civile dello Stato come espressione di proprietà collettiva, non possono sottacere caratteristiche e peculiarità che ne evidenziano anche la loro valenza pubblica, con tutto il complesso di questioni relative alla loro funzione economico-sociale e alla disciplina delle varie forme di uso. E l'acqua, in particolare, non si sottrae a classificazioni o suddivisioni, potendosi avere acqua pubblica, acqua privata e anche acqua collettiva: il suo inquadramento all'interno delle diverse situazioni di appartenenza discende dalla sua varietà strutturale. Una varietà che, parafrasando la riflessione giuridica su «le proprietà»[22] porterebbe naturalmente verso una idea di pluralità, parlando piuttosto di acque e non di acqua, al singolare.

22 Si vuole far riferimento al noto saggio di Pugliatti, S.: "La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera", in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, che può leggersi ora in AA.VV.: *Lezioni sulla proprietà collettiva*, (a cura di F. Marinelli), Pisa, 2020, p. 41 ss.

IV. LA PROPRIETÀ COLLETTIVA DELLE ACQUE.

Nell'ambito giuridico sin qui delimitato occorre soffermarsi sul possibile uso collettivo del bene acqua riconosciuto ad una pluralità di utenti *uti cives* e non *uti singuli*, situazione possibile in quanto la pluralità di utenti non è genericamente considerata bensì si identifica con una determinata comunità che esercita poteri e facoltà su un preciso patrimonio collettivo, definibile come usi civici, come assetti fondiari collettivi. A tali realtà si riferisce anche la legge 20 novembre 2017, n. 168, che utilizza invece la denominazione di domini collettivi.

La rilevanza del bene acqua all'interno delle tematiche sulla proprietà collettiva rappresenta un arricchimento dei contenuti relativi a quest'ultima in quanto costituisce una esplicitazione di interesse nei confronti di un bene, l'acqua, che di sicuro ha contribuito allo sviluppo di una forma di dominio non più rinchiusa nel personalismo ristretto del singolo individuo bensì propensa ad una condivisione moderna degli interessi del gruppo. Tali interessi comuni alla collettività assumono una valenza che dal microcosmo della piccola realtà del borgo o del villaggio si proietta progressivamente verso una visione giuridica e culturale dai contenuti più ampi, in termini di una proprietà collettiva che svolge una funzione non soltanto di tutela del patrimonio originario delle comunità di appartenenza, ma anche una funzione di tutela della natura, del paesaggio, dell'ambiente. I domini collettivi dimostrano come, nonostante la scissione tra la proprietà collettiva dei beni, che spetta agli abitanti naturali del luogo, e la gestione degli stessi, che compete invece all'ente esponenziale della collettività, i beni costituenti il patrimonio originario continuino a conservare integro il loro valore culturale, naturalistico ed economico, smentendo la teoria di un inevitabile deperimento dei beni collettivi in assenza di una appartenenza esclusiva.

La centralità del bene nella sua realtà, il *reicentrismo*[23], che caratterizza le tematiche delle proprietà collettive può riferirsi, pertanto, non soltanto alla terra, che sicuramente costituisce il bene primordiale di appartenenza e sussistenza attorno al quale si è sviluppata tutta l'esperienza delle proprietà collettive, ma anche alle acque che su di essa si trovano, secondo le distinzioni prima accennate, sul suolo o sul sottosuolo. Del resto, senza acqua la terra non è in grado di rendere produttivamente: si tratta di un binomio naturalmente indivisibile.

Tale stato di fatto, pone alcuni interrogativi: ci si può chiedere se l'acqua possa formare oggetto di proprietà collettiva e, in caso positivo, quale sia la disciplina giuridica applicabile alle acque oggetto di proprietà collettiva.

23 Paolo Grossi ha sintetizzato l'assetto millenario medievale insistendo sul suo *reicentrismo* ossia sulla costruzione di un sistema che parte dal basso, parte dalle cose e non dai soggetti titolari dei diritti su di esse: Grossi, P.: *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne nei diritti reali*, Milano, 1992.

Prima della legge 20 novembre 2017, n. 168, sui domini collettivi, il riferimento normativo generale della materia era costituito dalla legge 17 giugno 1927, n. 1766, di riordinamento degli usi civici e dal r.d. 26 febbraio 1928, n. 332, regolamento per l'esecuzione della legge 1766/1927. Tuttavia, nel primo provvedimento non si fa riferimento all'acqua; mentre l'art. 10 del r.d. 332/1928 contempla gli usi civici di pesca, stabilendo che essi non daranno luogo a divisione e si eserciteranno sulla base di regolamenti deliberati dai comuni ed approvati dalle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura. Il secondo comma del citato art. 10 si occupa degli aspetti giurisdizionali, prevedendo che le questioni relative all'esistenza ed estensione di detti usi civici saranno risolte dal Commissario ai sensi dell'art. 29 della legge 17 giugno 1927, n. 1766, salva la competenza dei Ministeri interessati e del Tribunale superiore delle acque[24].

Pertanto, nel periodo antecedente l'entrata in vigore della legge 20 novembre 2017, n. 168, non era rinvenibile nella normativa dedicata agli usi civici una disposizione relativa in modo esplicito ai corpi idrici.

V. LA LEGGE 20 NOVEMBRE 2017, N. 168 SUI DOMINI COLLETTIVI E I CORPI IDRICI.

In linea generale, le norme sui domini collettivi contenute nella legge 20 novembre 2017, n. 168 forniscono un significativo contributo alla disciplina degli assetti fondiari collettivi, o usi civici come notoriamente denominati, sotto molteplici aspetti riguardanti anche i beni. In primo luogo, tali norme rappresentano, dopo circa novanta anni dall'entrata in vigore della prima disciplina della materia[25], una risposta organica di riconoscimento e di tutela dei domini collettivi in considerazione del fatto che, in precedenza, l'interesse del legislatore si era manifestato nel corso dei decenni con norme isolate, inserite in contesti normativi di più ampio respiro[26].

Il provvedimento legislativo in esame, anche se composto di soli tre articoli, esprime una idea giuridica unificante ed unitaria dei domini collettivi, pur nelle diversità originarie e culturali di una materia fortemente caratterizzata da profili

24 A parere della dottrina, anche l'uso civico di pesca può essere essenziale o utile, a seconda che soddisfi un bisogno individuale o familiare o invece possa avere una qualche utilità commerciale: Marinelli, F.: *Gli usi civici*, cit., p. 245 ss.

25 Il riferimento è alla già citata legge 16 giugno 1927, n. 1766 (*Conversione in legge del r.d. 22 maggio 1924, n, 751, riguardante il riordinamento degli usi civici nel Regno, del r.d. 28 agosto 1924, n. 1484, che modifica l'art. 26 del r.d. 22 maggio 1924, n. 751,* e *del r.d. 16 maggio 1926, n. 895, che proroga i termini assegnati dall'art. 2 del r.d.l. 22 maggio 1924, n. 751*) e al r.d. 26 febbraio 1928, n. 332 (*Approvazione del regolamento per la esecuzione della legge 16 giugno 1927, n. 1766, sul riordinamento degli usi civici nel Regno*).

26 Il richiamo è, in particolare, alla legge 25 luglio 1952, n. 991, tuttora vigente (*Provvedimenti in favore dei territori montani*); alla legge 3 dicembre 1971, n. 1102 (*Nuove norme per lo sviluppo della montagna*); alla legge 8 agosto 1985, n. 431 (*Misure urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale*); alla legge 31 gennaio 1994, n. 97 (*Nuove disposizioni per le zone montane*); alla legge 28 dicembre 2015, n. 221 (*Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy per il contenimento dell'uso eccessivo delle risorse naturali*).

territoriali. L'intento della legge è quello del riconoscimento dei domini collettivi e ciò avviene in modo incisivo attraverso il solenne richiamo ad alcuni articoli della Costituzione particolarmente inerenti alla materia disciplinata. Pertanto, ai sensi dell'art. 1: «In attuazione degli articoli 2, 9, 42, secondo comma, e 43 della Costituzione, la Repubblica riconosce i domini collettivi, comunque denominati, come ordinamento giuridico primario delle comunità originarie». Altro requisito dei domini collettivi è la sussistenza di un patrimonio civico e la capacità di gestione del patrimonio naturale, economico, culturale «che fa capo alla base territoriale della proprietà collettiva, considerato come comproprietà inter-generazionale» (art. 1, lett. *c*).

Assume pertanto riconosciuto rilievo la proprietà collettiva, il patrimonio, la gestione dello stesso, attraverso l'individuazione dei beni collettivi che ne costituiscono il contenuto secondo un elenco che individua sei tipologie di beni (art. 3). Il regime giuridico di tali beni resta quello già sancito dalla precedente normativa in termini di inalienabilità, indivisibilità, inusucapibilità e perpetua destinazione agro-silvo-pastorale (art. 3, comma terzo). Per quanto riguarda, invece, i tipi di beni individuati, l'elencazione contenuta nell'art. 3, legge 168/2017, appare ampia e articolata; essa fa riferimento principalmente alla terra, madre naturale della proprietà collettiva, distinguendo diverse situazioni di appartenenza: terre di originaria proprietà collettiva della generalità degli abitanti del territorio di un comune o di una frazione; terre assegnate in proprietà collettiva agli abitanti di un comune o di una frazione; terre derivanti dallo scioglimento delle promiscuità, da conciliazioni; dallo scioglimento di associazioni agrarie; da liquidazioni o procedimenti di estinzione di usi civici; da permuta o donazione. L'art. 3, comma primo, prosegue poi nella individuazione dei beni collettivi introducendo le terre collettive comunque denominate, appartenenti a famiglie discendenti dagli antichi originari del luogo e, in ultimo, i corpi idrici (art. 3, comma primo).

L'elenco sopra riportato, che nel citato art. 3 si arricchisce di numerosi riferimenti normativi ulteriori, pur in difetto di una nozione introduttiva di bene collettivo, riesce a far comprendere all'interprete la consistenza naturale e giuridica degli stessi, l'importanza delle loro radici storiche e, al tempo stesso, la rilevanza della loro attualità, secondo un processo unificante che caratterizza l'intero provvedimento normativo in esame.

Il legislatore, poi, chiarisce che la materia dei domini collettivi rientra a pieno titolo nell'ordinamento civile dello Stato, superando in tal modo le molteplici dispute tra Stato e Regioni sulla potestà legislativa competente: la materia è sostanzialmente di natura privatistica, trattando di diritti soggettivi di natura reale, riferendosi a enti collettivi dotati di personalità giuridica di diritto privato e di capacità di autonormazione. Viene così recepito il consolidato insegnamento

della Corte costituzionale che, con numerose pronunce[27], ha indicato la linea interpretativa da seguire per una esatta collocazione della materia all'interno di coordinate giuridiche privatistiche, quali: la proprietà collettiva, gli *iura in re aliena*, la comunione, la comproprietà, la natura privata degli enti esponenziali delle collettività titolari.

VI. I CORPI IDRICI E LA NORMATIVA PRECEDENTE ALLA LEGGE 168/2017.

Tra i beni collettivi elencati dall'art. 3, alla lett. *f*) sono menzionati *i corpi idrici sui quali i residenti del comune o della frazione esercitano usi civici*, con ciò confermando sia la pluralità del concetto dei corpi idrici sia la rilevanza giuridica del bene acqua, anche se in un ambito specialistico qual è quello degli usi civici e delle proprietà collettive.

La previsione dei corpi idrici tra i beni collettivi di uso civico è stata criticata da una parte della dottrina che l'ha considerata una «intrusione» in quanto normalmente l'uso della popolazione sui corpi idrici non sarebbe quello civico bensì quello civile di attingimento delle acque[28]. Tuttavia, non sembra inopportuno aver inserito tra i beni collettivi quelli relativi alle acque, pur nella consapevolezza che si tratta di un ambito nel quale il diritto pubblico, per le ragioni prima espresse, svolge un ruolo irrinunciabile che si dovrà conciliare con il riconoscimento di appartenenza dei corpi idrici disposto dalla legge 168/2017 in favore dei residenti del comune o della frazione che vi esercitano gli usi civici.

Le particolari caratteristiche naturali delle acque ne rendono difficile un inquadramento nelle tradizionali categorie dominicali del demanio pubblico o del dominio privato. Tali categorie si adattano bene all'uso del fondo, della terra, ossia di una risorsa predefinita, statica, limitata e limitabile nella sua estensione, confinabile, utilizzabile da una o più persone determinate o determinabili. Gli eventuali conflitti che il bene terra può generare vengono risolti solitamente dal diritto mediante il concetto di derivazione romanistica del *dominium,* la cui disciplina è caratterizzata dalla assoluta esclusività dell'utilizzo della risorsa da parte del suo titolare e dalla possibilità di quest'ultimo di esperire nei confronti dei terzi i rimedi petitori e possessori che gli vengono offerti dall'ordinamento.

Invece, in materia di acque, gli sviluppi della disciplina giuridica rivelano una progressiva e costante direzione verso le acque pubbliche, con la tendenza a

27 Si intende far riferimento alle seguenti sentenze: Corte cost., 31 maggio 2018, n. 131; Corte cost., 26 luglio 2018, n. 178; Corte cost., 24 aprile 2020, n. 71 (tutte in *www.jusexplorer.it*).

28 Fulciniti, L.: "I domini collettivi tra archetipi e nuovi paradigmi", *Dir. agroalim.*, 2018, p. 550, secondo la quale, se è vero che possono sussistere usi civici sui corpi idrici, non è vero che i corpi idrici sono beni appartenenti alla materia propria delle proprietà collettive. Essi sono generalmente beni pubblici in senso stretto appartenenti alla categoria del demanio idrico e, in certi casi, del demanio marittimo (art. 822 c.c.).

ridurre notevolmente la rilevanza della categoria delle acque private o di proprietà privata.

I criteri distintivi tra acque pubbliche e acque private trovano innanzi tutto un riferimento normativo nel già citato art. 822 c.c. che a sua volta recepisce il principio enunciato dall'art. 1, r. d. 11 dicembre 1933, n. 1775, secondo il quale sono pubbliche «tutte le acque sorgenti, fluenti e lacuali… le quali abbiano od acquistino attitudine ad usi di pubblico generale interesse»[29]. L'avvertita esigenza di un maggiore intervento pubblico concentrato sull'uso delle acque, sottoposto al metodo della programmazione, della vigilanza e dei controlli, ha trovato poi espressione nella legge 5 gennaio 1994, n. 36 (recante disposizioni in materia di risorse idriche)[30] che ha sancito, all'art. 1, come dichiarazione di principio generale e programmatica, l'appartenenza pubblica di tutte le acque superficiali e sotterranee, indipendentemente dalla estrazione dal sottosuolo ed ha relegato le forme di appartenenza privata alle ipotesi residuali dell'acqua piovana, raccolta in invasi o cisterne, al servizio di fondi agricoli ed edifici. Si tenga presente anche il D.P.R. 18 febbraio 1999, n. 238, secondo il quale «appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico tutte le acque sotterranee e le acque superficiali, anche raccolte in invasi o cisterne» salve solo «le acque piovane non ancora convogliate in un corso d'acqua o non ancora raccolte in invasi o cisterne». Va anche rilevato come alla legge 36/1994 sia seguito il d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale) che all'art. 54 definisce le acque e le differenzia in base alla loro natura; individua poi i corpi idrici distinguendoli in superficiali, artificiali, fortemente modificati da un'attività umana, sotterranei.

Le citate norme non contrastano con il codice civile in quanto l'art. 822 c.c. annovera tra i beni del demanio pubblico, oltre ai fiumi, ai torrenti e ai laghi, anche «tutte le altre acque definite pubbliche dalle leggi apposite». La possibilità che leggi apposite possano disciplinare la materia delle acque pubbliche costituisce una soluzione metodologica appropriata che lascia spazio a soluzioni non immediate ma dettate quando necessarie.

Alla luce dei numerosi interventi normativi, ci si chiede se in relazione al bene acqua sia possibile all'interno del nostro ordinamento parlare ancora di acque private o di proprietà privata delle acque. Le norme del codice civile attributive ai privati di diritti sopra determinate acque sembrano riguardare non la titolarità del dominio sulle acque ma soltanto la possibilità di utilizzare le acque stesse[31].

29 Disposizione abrogata dall'art. 2, D.P.R. 18 febbraio 1999, n. 238.

30 Legge abrogata dall'art. 175, comma primo, lett. *u*), d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, ad eccezione dell'art. 22, comma sesto.

31 Pertanto, per una parte della dottrina alla tradizionale distinzione tra acque pubbliche e acque private si dovrebbe sostituire l'altra di «acque pubbliche e acque non pubbliche» e le seconde, a differenza delle prime riconosciute come demaniali, dovrebbero ricondursi alla categoria dei beni patrimoniali indisponibili

L'art. 909 c.c., disciplinante il diritto sulle acque esistenti nel fondo, sembra intendere il diritto di usare l'acqua come una facoltà contenuta nel diritto di proprietà del suolo: «Il proprietario del suolo ha diritto di utilizzare le acque in esso esistenti, salve le disposizioni delle leggi speciali per le acque pubbliche e per le acque sotterranee». Tale previsione presuppone la proprietà del suolo e riconoscerebbe al proprietario il diritto di utilizzo non come un vero e proprio diritto di proprietà sulle acque, considerato anche il riferimento alle disposizioni di leggi speciali[32]. Non mancano, però, argomenti esegetici a favore della qualificazione del diritto riconosciuto ai singoli sulle acque non pubbliche, cioè private, come proprietà. Il già citato art. 909 c.c., quando al secondo comma prevede che il proprietario del suolo può disporre dell'acqua a favore di altri, riconoscerebbe al titolare del diritto sulle acque esistenti nel fondo un limitato potere di disposizione e, in effetti, il successivo art. 912 c.c., secondo comma, c.c. espressamente riconosce il diritto ad una indennità per i proprietari che sopportino diminuzioni del proprio diritto relativo alle acque.

Il dibattito interpretativo è aperto ma deve tenere conto delle norme sopravvenute in materia negli anni Novanta del secolo scorso, che sono norme speciali, diacronicamente più recenti, e come tali da ritenere prevalenti rispetto agli articoli citati. La normativa speciale successiva al codice civile ha contenuto pubblicistico e propone una disciplina che rafforza la qualificazione dell'acqua pubblica, il suo uso e la sua gestione[33]. La proprietà collettiva delle acque, invece, riconosciuta anche dalla legge 20 novembre 2017, n. 168, ripropone alla dottrina e alla giurisprudenza la questione definitoria tra acque pubbliche, acque private e acque collettive. In proposito, la legge 16 giugno 1927, n. 1766 in materia di riordinamento degli usi civici, non cita l'uso civico di pesca che viene, invece, considerato dall'art. 10 del r.d. 26 febbraio 1928, n. 332, regolamento per l'esecuzione della l. 1766/1927. L'indicata disposizione stabilisce che gli usi civici di pesca non daranno luogo a divisione e che si eserciteranno in base a regolamenti

dello Stato, soggetti all'uso privato: Rovelli, F.: *Il regime giuridico delle acque*, Milano, 1947; Astuti, G.: "Acque private", cit., p. 389.

32 Secondo tale linea di pensiero, il diritto di utilizzazione spettante al proprietario del fondo in quanto tale, sia sulle acque sorgenti e scorrenti in superficie sia sulle acque sotterranee, potrebbe ricondursi alla categoria delle servitù prediali, dove l'acqua sotterranea, sorgente o corrente, costituirebbe il fondo servente. Tale teoria è riportata in Astuti, G.: "Acque private", cit., p. 389.

33 Si veda, in proposito, Volante, R.: "Un terzo ordinamento civile della proprietà. La l. 20 novembre 2017, n. 168 in materia di domini collettivi", *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 1067 ss., ove l'Autore, nel precisare la normativa vigente in materia di acque, si sofferma sull'art. 909 c.c., nell'affrontare il dibattito sviluppatosi in dottrina. Secondo quest'ultima, le acque non pubbliche devono essere intese come parte del fondo, con la conseguenza che il proprietario del fondo manterrebbe il diritto a servirsene finchè le acque rimangano unite ad esso, senza dover configurare uno specifico atto di destinazione (cfr. Costantino, M.: *Sfruttamento delle acque e tutela giuridica*, Napoli, 1975, p. 50). Entrata in vigore la legge 36/1994, che non ha abrogato l'art. 909 c.c., i termini della questione si sarebbero invertititi nel senso che la natura demaniale pubblica delle acque avrebbe potuto determinare la demanialità degli alvei. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 419/1996, considera la natura demaniale delle acque superficiali come un vincolo conformativo della proprietà del fondo su cui scorrono e non come un vincolo espropriativo dell'alveo come porzione di fondo. Con la conseguenza che l'alveo resta parte del fondo, pur se limitato nel suo utilizzo dalla presenza del bene pubblico acqua.

deliberati dai comuni ed approvati dalle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura. Le questioni relative all'esistenza ed estensione dei detti usi civici saranno risolte dal Commissario a norma dell'art. 29, legge 17 giugno 1927, n. 1766, salva la competenza dei Ministeri interessati e del Tribunale superiore delle acque sulle materie previste (ed indicate dal citato art. 10)[34]. Tuttavia, si tratta di norme isolate in materia di acque che non inquadrano tale bene in termini generali all'interno della categoria di appartenenza.

VII. I CORPI IDRICI COME BENI COLLETTIVI.

Come si è avuto modo di rilevare, dal 1927 ad oggi il diritto delle acque si è arricchito di numerose norme di diritto pubblico che ne hanno determinato una sorta di migrazione in tale ambito dell'ordinamento giuridico. Tuttavia, di fondo, vi è la questione relativa alla successione delle diverse norme nel tempo e, soprattutto, la relazione, probabilmente di specialità, che si crea tra l'art. 3, lett. *f*), legge 168/2017 sui domini collettivi e tutte le norme precedenti: l'art. 3, infatti, riconosce i corpi idrici delle proprietà collettive e riconduce, quindi, la titolarità di tali beni collettivi all'interno dell'ordinamento civile dello Stato; altro aspetto è quello relativo alla funzione che i suddetti beni assolvono che sicuramente supera i confini della proprietà collettiva per cedere il passo alla realizzazione di interessi fondamentali, indispensabili per il compiuto svolgimento dell'umana personalità[35].

La previsione dei corpi idrici all'interno dei beni civici pone l'acqua che insiste su terre di uso civico, in tutte le sue manifestazioni, all'interno della proprietà collettiva e del gruppo comunitario cui la stessa appartiene nella titolarità.

Una prima questione che si pone riguarda l'interpretazione della denominazione «corpi idrici»: se cioè la categoria comprende soltanto il contenente, ossia le acque, o invece include anche il contenuto, ossia la porzione di suolo da cui l'acqua sgorga o su cui l'acqua scorre o è giacente. In proposito, si concorda con quella parte della dottrina secondo la quale non soltanto l'alveo o la sorgente ma anche le acque superficiali sono parte del dominio collettivo, come proprietà originaria della

34 A parere della dottrina, inoltre, anche gli usi civici di pesca si distinguono in essenziali o utili, a seconda che soddisfino un bisogno individuale o familiare o, invece, possano avere una qualche utilità commerciale: Marinelli, F.: *Gli usi civici*, cit., p. 245 ss.

35 La Suprema Corte di cassazione a Sezioni Unite rileva nella sentenza n. 3813/2011, a proposito di acque della laguna veneta, che «il solo aspetto della demanialità non può più considerarsi esaustivo per individuare beni che, per loro intrinseca natura, sono caratterizzati da un godimento collettivo o risultano comunque funzionali agli interessi della collettività» la quale, essendo costituita da persone fisiche, fa sì che «l'aspetto dominicale del bene ceda il passo alla realizzazione di interessi fondamentali, indispensabili per il compiuto svolgimento dell'umana personalità». Per un commento alla sentenza, si veda: Chirulli, P.: "I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà", *www.giustamm.it;* Di Porto, A.: "I beni comuni in cerca di identità e tutela", ora in AA.VV.: *I nuovi confini del diritto di proprietà* (a cura di G. Alpa, A. Fusaro, G. Donzelli), Milano, 2020, p. 301 ss.; Politi, F.: "Assetti fondiari collettivi e cultura giuridica. I valori delle proprietà collettive come fondamento di responsabilità civica e quali strumenti di risposta alle sfide contemporanee", *Archivio Scialoja-Bolla*, Milano, 2013, p. 37 ss.

generalità degli abitanti di un determinato territorio, in forza del richiamo sia all'art. 42, comma secondo, sia all'art. 43 Cost., contenuto nella legge 20 novembre 2017, n. 168, cronologicamente successiva sia alla legge 36/1994 sia al d. lgs. 152/2006 [36]. Considerato, inoltre, che la materia degli usi civici (o assetti fondiari collettivi o domini collettivi), per indirizzo consolidato della Corte costituzionale, rientra nell'ordinamento civile dello Stato in quanto attinente a diritti soggettivi di natura reale, la previsione dei corpi idrici tra i beni civici oggetto di proprietà collettiva li colloca in una prospettiva privatistica, quali elementi fondamentali per la vita e lo sviluppo delle collettività locali.

La natura privata dei corpi idrici di cui alla legge 20 novembre 2017, n. 168, tuttavia, deve sempre tener conto del particolare valore assunto dall'acqua che per la sua essenzialità alla vita ma, al tempo stesso, per la sua scarsità nella disponibilità, è volta a soddisfare un interesse che, per quanto collettivo e plurale, non può essere circoscritto alla collettività originaria ma deve rivolgersi alla comunità sociale tutta. L'acqua in questo caso presenta rafforzate le caratteristiche degli usi civici: beni privati con valenza pubblica.

La legge 168/2017 è recente e ancora lungo sarà il cammino verso una esatta qualificazione dei corpi idrici in essa contenuti. Tuttavia, l'esame della recente normativa consolida alcuni principi: i corpi idrici sono beni collettivi e pertanto componenti del patrimonio antico dei domini collettivi; i corpi idrici sono inalienabili, indivisibili, inusucapibili ed hanno una perpetua destinazione agro-silvo-pastorale; applicando, poi, l'art. 1, lett. *b*), essi risultano soggetti al potere di autonormazione dei domini collettivi.

Una prima considerazione conclusiva. Da un punto di vista interpretativo e sistematico, l'aver considerato i copri idrici come componenti del patrimonio antico dei domini collettivi ne determina l'inclusione all'interno del paradigma della proprietà collettiva. Non sembra tuttavia, sul piano interpretativo, che i corpi idrici possano essere totalmente sottratti alla disciplina generale e pubblica delle acque così come vigente, non tanto per quanto riguarda la titolarità del diritto di proprietà (collettiva) ad essi relativa quanto piuttosto per quanto riguarda le modalità di gestione e di utilizzo.

36 Volante, R.: *Un terzo ordinamento civile della proprietà. La l. 20 novembre 2017, n. 168 in materia di domini collettivi*, cit., p. 1089 ss. ritiene che il legislatore abbia considerato i corpi idrici sia come alveo sia come acque superficiali alla proprietà originaria della collettività attraverso il richiamo all'art. 43 Cost. con una norma speciale per il dominio collettivo che deroga alla norma generale sulla natura pubblica delle acque. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 419/1996, ha ritenuto la qualità pubblica delle acque «quale modo di attuazione e salvaguardia di uno dei valori fondamentali dell'uomo (e delle generazioni future) all'integrità del patrimonio ambientale, nel quale devono essere inseriti gli usi delle risorse idriche», facendo ricorso all'art. 42 Costituzione.la disciuto nella legge 20 novembre 2017, n. 168, cronologicamente successiva sia alla 36/1994 sia al d. lgs. 152/2006 le acque.la disciuto nella legge 20 novembre 2017, n. 168, cronologicamente successiva sia alla 36/1994 sia al d. lgs. 152/2006 le acque.

Infatti, guardando ad una visione di insieme e ritenendo comunque le acque di pubblico interesse, traspare che il legislatore, più che disciplinare la risorsa in sé, tenda a disciplinare la sua attitudine ad usi di interesse per la collettività. E il riferimento alla categoria demaniale più che configurare il trasferimento allo Stato delle acque sembra piuttosto evidenziare la rilevanza pubblica delle stesse in relazione alle loro diverse utilizzazioni[37]. Per usare le parole della Corte costituzionale[38], la legge n. 36/1994 ha accentuato lo spostamento del baricentro del sistema delle acque pubbliche verso il regime dell'utilizzo piuttosto che sul regime di proprietà. Pertanto, il criterio guida che ci proviene e informa di sé la disciplina delle acque, tanto pubbliche quanto, in via residuale, private, è quello secondo il quale qualsiasi uso che si faccia delle risorse idriche, esso persegue utilità sociali dalle quali non si può prescindere, nell'ottica della distribuzione di una risorsa che scarseggia e che ha bisogno di un utilizzo basato su criteri di efficienza e di riduzione degli sprechi.

VIII. I CORPI IDRICI AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ E DI MERITO.

Il dibattito che si è sviluppato negli ultimi anni attorno alle risorse idriche ha evidenziato la difficoltà per il codice civile di offrire una adeguata tutela giuridica agli interessi collettivi, tanto da spingere la dottrina civilistica a un generale ripensamento della categoria dei beni, contenuta nell'art. 810 c.c., nel senso di una complessiva rivalutazione della nozione di bene comune, individuata sulla spinta delle nuove esigenze economico-sociali[39]. In tale ottica, al fine di promuovere un cambiamento culturale importante, la dottrina interessata ai beni ha cercato di superare il paradigma della proprietà classica, proponendo di restituire ai soggetti dell'attività giuridica l'accesso diretto a quei beni, come le risorse idriche, qualificabili come beni comuni ossia beni espressivi di utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali e al libero sviluppo della personalità[40].

37 In conformità alla interpretazione resa dalla Corte costituzionale con la sentenza 19 luglio 1996, n. 259 (*Giur. cost*., 1996, p. 2319) per sostenere la legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge Galli che altrimenti avrebbe determinato un trasferimento allo Stato di tutte le acque private al di fuori delle garanzie costituzionali previste dall'art. 42, comma 3, Cost.

38 Corte cost., sentenza 19 luglio 1996, n. 259, *Giur. cost*., cit., p. 2319.

39 Sul punto, le riflessioni sono note ed autorevoli. In particolare, si veda, Giannini, M.S.: *I beni pubblici – Dispense delle lezioni del Corso di diritto amministrativo tenute nell'anno accademico 1962-1963*, Roma, 1963; Marella, M.R.: *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012; Marinelli, F.: "Beni comuni", *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, p. 157 ss.; Id., "Usi civici e beni comuni", *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 406 ss.; Rodotà, S.: "Beni comuni e categorie giuridiche: una rivisitazione necessaria", *Questione giustizia*, 5.2011; Cerulli Irelli, V., De Lucia, L.: "Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de jure condendo su un dibattito in corso", *Scritti in onore di Franco Bassi*, ESI, 2015, p. 1131 ss.; Mattei, U., Quarta, A.: *L'acqua e il suo diritto*, Ediesse, 2014; Mattei, U.: *Beni comuni. Un manifesto*, Bari-Roma, 2011.

40 La Commissione Rodotà, istituita con decreto del Ministero della giustizia il 21 giugno 2007 e i cui lavori si sono conclusi del febbraio dell'anno successivo, si è occupata dei beni comuni, definendoli in relazione all'esercizio dei diritti fondamentali della persona e formalizzandone la categoria secondo il criterio della relazione tra bene e interesse al cui soddisfacimento il diritto sul bene è preordinato. La Commissione ha riportato in evidenza la categoria dei beni comuni proponendo una rilettura dell'art. 42 Cost. che

Anche la giurisprudenza, di legittimità e di merito, contribuisce al dibattito in quanto un ripensamento sui beni, all'interno dell'articolato panorama costituito dal rapporto tra diritto e acqua, include anche i corpi idrici riferibili a proprietà collettive, oggi disciplinati dalla legge sui domini collettivi. Ciò in quanto le questioni ad essi sottese, come spesso accade, non sono solo teoriche e possono coinvolgere interessi economici, valutazioni giuridiche, considerazioni sistematiche su cui l'intervento della giurisprudenza può sollecitare una riflessione.

Il rapporto tra l'acqua, la sua funzione e il diritto di proprietà viene affrontato, nel 2011, dalla Suprema Corte di Cassazione a sezioni unite con le sentenze riguardanti le Valli da pesca della laguna di Venezia[41] nelle quali si rileva che «il solo aspetto della demanialità non può più considerarsi esaustivo per individuare beni che, per loro intrinseca natura, sono caratterizzati da un godimento collettivo o risultino comunque funzionali agli interessi della collettività» la quale, essendo costituita da persone fisiche, fa sì che «l'aspetto dominicale del bene ceda il passo alla realizzazione di interessi fondamentali, indispensabili per il compiuto svolgimento dell'umana personalità». Il Supremo Collegio, pertanto, sposta l'orizzonte oltre la classificazione legislativa e codicistica tra beni pubblici e beni privati, individuando quei beni, definiti comuni, che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro natura e funzione risultino finalizzati al soddisfacimento di interessi della collettività. Le sentenze si sviluppano secondo una linea argomentativa che valorizza la centralità della persona, facendo emergere l'esigenza interpretativa di guardare al tema dei beni pubblici oltre la visione prettamente patrimoniale e proprietaria per indicare una prospettiva personale-collettivistica. Più che sullo Stato-apparato, la Suprema Corte si concentra sullo Stato-collettività, quale ente esponenziale degli interessi della cittadinanza e quale ente preposto all'effettiva realizzazione di questi ultimi, secondo una qualificazione dei beni attenta alla funzione da essi svolta ed agli interessi con essa collegati. Le sentenze della Corte di cassazione sono antecedenti all'entrata in vigore della legge 168/2017, tuttavia esprimono l'esigenza di considerare l'acqua come un bene di godimento collettivo che comunque, indipendentemente dal titolo di proprietà, pubblico o privato, risulti funzionale ad interessi della collettività.

Ancora, più strettamente in relazione con la normativa sui domini collettivi, i beni collettivi e i corpi idrici, appare utile segnalare una recente sentenza del Commissario degli usi civici Lazio, Umbria e Toscana del 10 febbraio 2020, n.

dissoci l'accesso ai beni dalla proprietà, attraverso un ripensamento della funzione sociale della stessa come possibilità di uso garantita anche a chi non risulta proprietario.

41 Si tratta delle sentenze della Corte di cassazione numeri 3665, 3811, 3812, 3936, 3937, 3938 e 3939/2011, in *Foro it*., 2012, I, cc. 573 ss., con nota di Pellecchia, E.: "Valori costituzionali e nuova tassonomia: dal bene pubblico al bene comune". Inoltre, in un'ottica di identità dei beni comuni, Di Porto, A.: "I beni comuni in cerca di identità e tutela", cit, p. 301 ss. Da ultimo, Marinelli, F.: *Un'altra proprietà. Usi civici, assetti fondiari collettivi, beni comuni*, Pisa, 2019, p. 59 ss.

18, riguardante lo sfruttamento di una fonte sorgiva per l'imbottigliamento e la commercializzazione dell'acqua minerale affiorante da parte di una società commerciale autorizzata, da Comune e Regione, all'attività di prelievo dell'acqua per fini commerciali. La Comunanza agraria esponenziale della comunità titolare della proprietà collettiva partecipa al giudizio ispirata dai principi della tutela dei corpi idrici ai sensi della legge 168/2017.

Il *petitum* riguarda, quindi, la possibilità di utilizzo a fini industriali di beni di uso civico, nella specie corpi idrici, senza che sia stato disposto, prima, il mutamento di destinazione d'uso delle aree interessate all'intervento, previsto dall'art. 12, comma secondo, legge n. 1766/1927; e in proposito, il Commissario regionale, confermando un consolidato orientamento giurisprudenziale sul punto, ritiene che la concessione di terreno demaniale civico senza preventivo mutamento di destinazione equivale ad un fatto concludente che implicitamente contesta e danneggia la civica demanialità. Ma anche lì dove il mutamento fosse stato richiesto dal comune, ciò avrebbe comunque leso le prerogative spettanti alla comunanza agraria alla quale soltanto appartiene la titolarità collettiva del patrimonio della montagna e la sua gestione.

Emerge, nella motivazione della sentenza, l'attenzione ai corpi idrici ed alla loro tutela perchè oggetto di proprietà collettiva. I copri idrici, in quanto beni collettivi, non sono alienabili né usucapibili né espropriabili e la loro titolarità è di natura privatistica in favore della comunanza agraria, con esclusione di qualsiasi potere del comune o della regione. Essi costituiscono una nuova categoria di beni collettivi non prevista dalla legislazione previgente in materia che aveva riconosciuto soltanto alcuni usi civici su beni idrici, quali la pesca o l'abbeveramento di animali. Da tale presupposto ne deriva una importante conseguenza: la inapplicabilità degli istituti liquidatori o di mutamento di destinazione d'uso previsti dalla legge 1766/1927 alle «nuove» proprietà collettive.

Il contributo giurisprudenziale alla riflessione della dottrina sviluppatasi sui beni consiste nel ritenere la previsione normativa in esame come una disposizione di carattere generale che può comprendere, nel concetto di corpo idrico, sia le acque superficiali sia quelle sotterranee sia quelle passibili di captazione. Inoltre, per quanto riguarda il rapporto tra contenente e contenuto, il Commissario con estrema chiarezza ritiene che il legislatore abbia configurato, con l'espresso richiamo dell'art. 1, legge 168/2017, all'art. 43 Cost., «*una proprietà originaria delle acque insieme a quelle dei terreni su cui insistono*». Anche le acque, quindi, presentano le caratteristiche previste per i beni collettivi dall'art. 2 della legge 168/2017 ossia sono: elementi fondamentali per la vita e lo sviluppo delle collettività locali; strumenti primari per assicurare la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale nazionale; componenti stabili del sistema ambientale; strutture eco-paesistiche

del paesaggio agro-silvo-pastorale; fonte di risorse rinnovabili da valorizzare ed utilizzare a beneficio delle collettività locali degli aventi diritto.

Come ulteriore corollario, il Commissario regionale ritiene la disposizione della legge 168/2017 quale norma speciale sopravvenuta, destinata dunque a derogare, limitatamente ai domini collettivi, alle norme preesistenti in materia incluse quelle riguardanti le acque minerali e termali.

IX. QUALI CONSIDERAZIONI FINALI?

Il panorama legislativo sulle acque è particolarmente articolato e complesso e la legge 20 novembre 2017, n. 168, consente di trarre alcune utili considerazioni: «i corpi idrici sui quali i residenti del comune o della frazione esercitano usi civici» sono beni di collettivo godimento appartenenti al dominio collettivo, caratterizzato dall'esistenza di una determinata comunità e dotato di patrimonio naturale, economico e culturale che fa capo alla base territoriale della proprietà collettiva; il dominio collettivo è dotato di capacità di autonormazione, sia per l'amministrazione soggettiva e oggettiva, sia per l'amministrazione vincolata e discrezionale; inoltre, l'utilizzazione del demanio civico originario avviene in conformità alla sua destinazione e secondo le regole d'uso stabilite dal dominio collettivo (art. 3, comma quinto). Un valido esempio idoneo a dimostrare l'importante ruolo svolto dalle collettività interessate alla custodia, valorizzazione e conservazione delle risorse idriche ci viene offerto dalle proprietà collettive che ancora una volta confermano la capacità di cura e integrità del patrimonio originario, pur in assenza di forme di appartenenza esclusiva.

Il bene acqua emerge in tutta la sua valenza e le proprietà collettive appaiono istituzionalmente pronte a recepire il ruolo di custodi di un bene così prezioso. Questo modo «antico» di intendere la proprietà si rileva estremamente attuale ed in grado di coniugare cultura e paesaggio, ecologia ed economia, conservazione e produzione.

In conclusione. Nella tradizionale distinzione tra diritto pubblico e diritto privato e, quindi, tra acque pubbliche e acque private, la proprietà collettiva delle acque può costituire un importante modello alternativo di gestione delle risorse idriche. Un modello che, espunto dalla ideologia liberale perché non funzionale alle logiche del mercato, risulta oggi particolarmente adatto a gestire e a conservare le risorse ambientali e quindi quelle categorie di beni ad alta utilità sociale, come sono appunto le acque. Il rinvigorito dibattito culturale e giuridico intorno alle forme collettive di appartenenza, ravvivato dalla entrata in vigore della legge 20 novembre 2017, n. 168, ha riportato all'attenzione quelle alternative istituzionali di gestione del bene comune, tra cui i domini collettivi, che erano state emarginate

dalle istanze individualistiche delle codificazioni e che, sopraffatte dalle due forme di proprietà, pubblica e privata, hanno trovato spazio nel nostro codice civile soltanto in via eccezionale, si pensi al condominio, e in via temporanea, si pensi alla comunione; il tutto entro una logica liquidatoria che si era manifestata nella legislazione degli anni '20 del Novecento, fortunatamente disattesa dagli operatori del settore e che è oggi sicuramente superata dalla legge n. 168/2017.

I domini collettivi, dunque, possono costituire un valido strumento per una gestione condivisa e partecipata dei corpi idrici che esprima la sintesi delle esigenze e delle istanze delle collettività.

BIGLIOGRAFIA

AA.VV.: *I nuovi confini del diritto di proprietà* (a cura di G. Alpa, A. Fusaro, G. Donzelli), Milano, 2020.

Astuti, G.: "Acque (storia)", *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 346 ss.

Astuti, G.: "Cosa (storia)", *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 4 ss.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, vol. 6, Milano, 2017.

Bonfante, P., *Corso di diritto romano. La proprietà*, parte I, Roma, 1926, p. 51 ss.

Busca, M.: *Le acque nella legislazione italiana*, Torino, 1962.

Cerulli Irelli, V., De Lucia, L.: "Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de jure condendo su un dibattito in corso", in *Scritti in onore di Franco Bassi*, ESI, 2015, p. 1131 ss.

Cervale, M.C.: "La proprietà «plurale»: un itinerario tra condominio e multiproprietà", *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 358 ss.

Chirulli, P.: "I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà", *www.giustamm.*

Cortese, E.: "Demanio (diritto romano)", *Enc. dir.*, XII, Milano, P. 73 ss.

Costantino, M.: *Sfruttamento delle acque e tutela giuridica,* Napoli, 1975.

Costantino, M.: *Contributo alla teoria della proprietà*, in *Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, Napoli, 2019.

De Martino, F.: *Delle acque*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Libro, III, tit. II, sez. IX, Bologna-Roma, 1954.

Di Porto, A.: "I beni comuni in cerca di identità e tutela", in AA.VV.: *I nuovi confini del diritto di proprietà* (a cura di G. Alpa, A. Fusaro, G. Donzelli), Milano, 2020, p. 301 ss.

Favara, E.: "Vincolo pertinenziale fra due immobili", *Riv. giur. ed.*, 1958, I, p. 338 ss.

Fulciniti, L.: "I domini collettivi tra archetipi e nuovi paradigmi", *Dir. agroalim.*, 2018, p. 550 ss.

Grossi, P.: *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne nei diritti reali*, Milano, 1992.

Gambaro, A.: *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (a cura di A. Cicu e F. Messineo, Milano, 2012.

Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1990.

Giannini, M.S.: *I beni pubblici – Dispense delle lezioni del Corso di diritto amministrativo tenute nell'anno accademico 1962-1963*, Roma, 1963.

Marella, M.R.: *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni,* Verona, 2012.

Marinelli, F.: "Usi civici e beni comuni", *Rass. dir. civ.,* 2013, p. 406 ss.

Marinelli, F.: *Gli usi civici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (a cura di A. Cicu e F. Messineo), 2 ª ed., Milano, 2013.

Marinelli, F.: "Beni comuni", *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014.

Marinelli, F.: *Un'altra proprietà. Usi civici, assetti fondiari collettivi, beni comuni*, Pisa, 2019.

Masi, A.: *Lezioni di istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., Milano, 2017.

Mattei, U.: *Beni comuni. Un manifesto*, Bari-Roma, 2011.

Mattei, U., Quarta, A.: *L'acqua e il suo diritto*, Ediesse, 2014.

Pellecchia, E.: "Valori costituzionali e nuova tassonomia: dal bene pubblico al bene comune", *Foro it.*, 2012, I, cc. 573 ss.

Politi, F.: "Assetti fondiari collettivi e cultura giuridica. I valori delle proprietà collettivecome fondamento di responsabilità civica e quali strumenti di risposta alle sfide contemporanee", *Archivio Scialoja-Bolla*, Milano, 2013, p. 37 ss.

Pugliatti, S.: "La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)", in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954.

Pugliatti, S.: "Beni (teoria gen.)", *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 164 ss.

Pugliatti, S.: "Cosa (Teoria generale)", *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 19 ss.

Rodotà, S.: "Beni comuni e categorie giuridiche", *Questione giustizia*, 5.2011.

ROVELLI, F.: *Il regime giuridico delle acque*, Milano, 1947.

SCOZZAFAVA, O.T.: *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982.

VOLANTE, R.: "Un terzo ordinamento civile della proprietà. La l. 20 novembre 2017, n. 168 in materia di domini collettivi, *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 1067 ss.

"MULTIPROPRIETÀ": ALLA RICERCA DI UNA DEFINIZIONE

"TIMESHARING": FINDING A DEFINITION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2664-2697

Alfio CILLEPI

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il contributo analizza il problema della natura giuridica della multiproprietà. Particolare attenzione è rivolta alle ricostruzioni proposte in dottrina e alla terminologia adottata dal legislatore e dagli operatori economici.

PALABRAS CLAVE: Multiproprietà; godimento; comunione; proprietà temporanea; consumatori.

ABSTRACT: *The essay analyzes the legal nature of timesharing. It particularly focuses on the solutions proposed by scholars and on the terminology adopted by lawmakers and economic operators.*

KEY WORDS: *Timesharing; enjoyment; communion; temporary property; consumers.*

SUMARIO.- I. LA MULTIPROPRIETÀ: UNA QUESTIONE SEMANTICA.- II. LA NATURA GIURIDICA DELLA MULTIPROPRIETÀ: UN PROBLEMA ANCORA APERTO.- 1. Teoria della comunione.- 2. Teoria del diritto personale di godimento.- 3. Teoria del diritto reale atipico.- 4. Teoria della proprietà temporanea.- 5. Teoria dell'oggetto quadridimensionale.- III. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. LA MULTIPROPRIETÀ: UNA QUESTIONE SEMANTICA.

Nel linguaggio comune, l'espressione "multiproprietà" è usata per far riferimento a quelle operazioni negoziali che prevedono l'attribuzione di un diritto di godimento turnario, ossia del diritto di usufruire di un bene in via esclusiva, ma limitatamente ad un determinato lasso di tempo ed in maniera alternata con altri soggetti. Il nucleo del fenomeno risiede, dunque, nella coesistenza, sul medesimo cespite, di una pluralità di diritti di godimento di eguale contenuto, spettanti a più individui ed esercitabili a turno dagli stessi, secondo un sistema di rotazione.

La qualificazione del godimento come turnario postula che lo stesso sia al contempo cronologicamente circoscritto e suscettibile di reiterazione. In altri termini, è necessario che la possibilità di usufruire del bene sia, da un lato, limitata ad uno specifico intervallo temporale (normalmente predefinito al momento dell'acquisto) e, dall'altro, destinata a ripetersi ciclicamente (di regola il ciclo di riferimento è rappresentato dall'anno solare).

Molteplici sono i congegni cui può ricorrere l'autonomia privata per dar vita a forme di godimento turnario, come molteplici sono le situazioni giuridiche nascenti da simili iniziative. Difatti, il godimento costituisce una mera facoltà, come tale rientrante nel contenuto di un più ampio diritto, che può presentare i caratteri più disparati: può essere contraddistinto da realità o configurarsi quale situazione di natura personale, può avere una durata perpetua oppure temporanea, può assumere la veste di un vero e proprio diritto di proprietà ovvero quella di un diritto dal contenuto minore.

La pratica degli affari ha ricondotto alla nozione di multiproprietà ipotesi eterogenee, accomunate dal solo elemento della periodicità del godimento. Tale consuetudine lessicale si presenta del tutto imprecisa: da un punto di vista tecnico-giuridico, il vocabolo "multiproprietà" non andrebbe utilizzato in riferimento a situazioni non dominicali e, ancor di più, di natura meramente obbligatoria. Come evoca la radice stessa, la locuzione rimanda ad una fattispecie ben precisa: quella di un vero e proprio diritto di proprietà, caratterizzato dalla circostanza che la

• Alfio Cillepi
Dottore di ricerca in "Consumatori e mercato", Università degli Studi "Roma Tre". E-mail: alfio.cillepi@gmail.com

(sola) facoltà di godimento – rientrante tra i poteri del titolare ex art. 832 c.c. – è esercitata in un limitato intervallo temporale.

Per riferirsi all'insieme delle forme di godimento ripartito elaborate dalla prassi, appare più corretto il termine inglese "timesharing": attesa la sua genericità, esso è sicuramente più idoneo a raccogliere qualsiasi fattispecie di fruizione turnaria di beni, indipendentemente dalla sua natura. Il rapporto intercorrente tra timesharing e multiproprietà sarebbe, dunque, di genus a species: la seconda non costituirebbe altro che una particolare declinazione del primo, caratterizzata da un contenuto giuridico ben preciso.

La posizione del legislatore non si è rivelata nel tempo univoca. In passato, per riferirsi ai vari casi di timesharing, la legge parlava di «diritto di godimento parziale» (d.lgs. 9 novembre 1998, n. 427) ovvero di «diritto di godimento ripartito» (artt. 69 ss. d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. codice del consumo, ante riforma), riservando l'espressione «multiproprietà» a quelli contraddistinti da realità (artt. 4 d.lgs. 427/1998 e 72 c. cons. ante riforma). Al contrario, nell'attuale cornice definitoria, quale risultante dalla novella del 2011 (d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79), il termine «multiproprietà» viene adottato per riferirsi a qualsiasi operazione da cui possa derivare la nascita di un diritto di godimento turnario (art. 69, co. 1, lett. a), c. cons.).

L'equivocità della nuova formula ha generato ulteriore confusione in una materia già costellata da numerose incertezze, comportando conseguenze negative per gli stessi consumatori. Se da un lato si è ampliato il novero delle fattispecie riconducibili alla normativa della multiproprietà – e quindi tutelabili – dall'altro la protezione del contraente debole, con riferimento alle ipotesi di multiproprietà "classica", ne esce notevolmente affievolita. Una siffatta terminologia risulta del tutto fuorviante per l'acquirente, che potrebbe ritrovarsi un diritto di natura diversa da quella auspicata.

L'unico presidio rimasto in tal senso risiede nell'obbligo, gravante sul professionista, di esplicitare, nel formulario informativo, la «natura o contenuto esatti del diritto o dei diritti» oggetto di contratto (all. II-bis c. cons.). Ma l'esperienza rivela l'inefficacia di simili tutele: solitamente i formulari predisposti dall'imprenditore adottano un linguaggio tecnico di difficile comprensione, sicché l'acquirente non è posto nelle condizioni di comprendere compiutamente il significato delle clausole contrattali e, quindi, di formare con consapevolezza il proprio convincimento.

Allo stato attuale, dunque, i professionisti sono legittimati a vendere come multiproprietà anche quello che, secondo il comune sentire, multiproprietà non è: ciò assume particolare rilevanza nella delicata fase promozionale, caratterizzata dall'assenza di qualsivoglia documento informativo. È indubbio, invece, che il

consumatore debba rinvenire la propria tutela sin dal piano semantico, in modo da comprendere pienamente l'operazione che si accinge a compiere.

II. LA NATURA GIURIDICA DELLA MULTIPROPRIETÀ: UN PROBLEMA ANCORA APERTO.

Sin dalla sua comparsa, gli interpreti si sono interrogati in ordine alla natura giuridica della multiproprietà ed alla disciplina ad essa applicabile. Le peculiarità dell'istituto, infatti, ne rendono difficile un'immediata riconduzione alle classiche categorie dogmatiche.

La questione definitoria è resa ardua dall'atteggiamento del legislatore, da sempre astenutosi dal prendere posizione sul punto. Gli interventi normativi in materia, invero, si sono concentrati sui contratti di acquisto di beni in multiproprietà, di regola contraddistinti da una forte asimmetria tra le parti: si è preferito dettare una serie di norme comportamentali volte a tutelare la parte debole nella fase della formazione del vincolo, piuttosto che definire (e, per tale via, regolare) la situazione giuridica che, attraverso tale vincolo, quest'ultima si trova ad acquistare. Tale modus legiferandi ha prodotto una normativa inevitabilmente monca, la quale, dopo aver adeguatamente assistito il soggetto nell'acquisto del diritto, lo abbandona, lasciandolo nella più totale incertezza in ordine all'esercizio dello stesso.

Bisogna riconoscere al legislatore il merito di aver operato un (timido) sforzo definitorio in occasione del recepimento della prima direttiva in materia di timesharing (dir. 1994/47/CE). Il d.lgs. 427/1998, se da un lato si limitava a definire il contratto di multiproprietà come il negozio con cui «si costituisce, si trasferisce o si promette di costituire o trasferire (…) un diritto reale ovvero un altro diritto avente ad oggetto il godimento turnario di uno o più immobili» (art. 1, poi confluito nell'art. 69 c. cons.), dall'altro consentiva al professionista l'utilizzo del termine «multiproprietà» solo se il diritto oggetto del contratto rivestisse natura reale (art. 4, poi confluito nell'art. 72 c. cons.). In tale sede, il legislatore nazionale, per quanto distante dall'offrire una definizione del diritto, aveva comunque assunto una posizione sulla sua natura, optando per una configurazione in termini reali.

Quest'unico punto fermo è venuto meno con l'entrata in vigore del d.lgs. 79/2011, che ha dato attuazione alla dir. 2008/122/CE: tale normativa ha eliminato qualsiasi riferimento alla realità del diritto, limitandosi a definire la situazione giuridica nascente dal contratto di multiproprietà quale «diritto di godimento» tout court (art. 69, co. 1, lett. a), c. cons.).

La nuova formula potrebbe essere interpretata nel senso di una precisa scelta definitoria, quella, cioè, di attribuire al diritto del multiproprietario natura

meramente obbligatoria. La questione merita una riflessione più approfondita: vero è che l'attuale disciplina non contiene (più) alcun riferimento alla realità del diritto di multiproprietà, ma vero è anche che tale assenza non può essere ritenuta sufficiente a qualificare giuridicamente la fattispecie[1].

Occorre, innanzitutto, tenere in considerazione la ratio della riforma, che è di approntare una tutela più adeguata per il sottoscrittore di un contratto di multiproprietà. In tale ottica, la novella ha cercato di ricomprendere nel proprio spettro applicativo le fattispecie più disparate, al fine di garantire una protezione il più possibile estesa. Basti pensare che, accanto al contratto di multiproprietà, sono state disciplinate altre operazioni testualmente distinte dallo stesso, ma caratterizzate anch'esse da una spiccata finalità turistica e da una ripetitività nel tempo. A ciò aggiungasi la circostanza che i prodotti turistici hanno un'ontologica vocazione transnazionalistica: i relativi contratti, dunque, si ritrovano a collegare ordinamenti diversi, molti dei quali ignorano la differenza tra diritti reali e personali.

Inoltre, il diverso atteggiamento mostrato dal legislatore in occasione del recepimento delle due direttive è da ascrivere ai differenti margini di libertà conferiti dalle stesse agli Stati membri. La disposizione contenuta nel previgente art. 72, co. 1, c. cons., invero, non trovava riscontro in alcuna norma comunitaria, costituendo il frutto di un'autonoma decisione nazionale. Nel contesto della direttiva del 1994, questa libertà di iniziativa era da considerarsi senz'altro ammissibile, in considerazione del carattere (di armonizzazione minima) rivestito dalla direttiva stessa, la quale lasciava agli stati membri la libertà di adottare o mantenere in vigore «disposizioni più favorevoli in materia di tutela dell'acquirente nel settore da essa disciplinato, nel rispetto degli obblighi derivanti dal trattato» (art. 11 dir. 1994/47/CE). Decisamente diversa, invece, è la prospettiva in cui si è mosso il legislatore del 2011, trovatosi a dare attuazione ad una direttiva di top harmonization, la quale specifica che «agli Stati membri non dovrebbe essere consentito di mantenere o introdurre nelle normative nazionali disposizioni diverse da quelle previste dalla presente direttiva» (3° cons. dir. 2008/122/CE).

In un siffatto contesto, il problema della natura giuridica della multiproprietà rimane aperto. Come visto, esso non può essere risolto sulla base degli scarni strumenti forniti dalla disciplina consumeristica (l'unica dedicata all'istituto), ma guardando alla tradizione giuridica del nostro ordinamento.

1. Teoria della comunione.

Il più intuitivo inquadramento del fenomeno lo riconduce nell'ambito della comunione pro indiviso. Secondo tale impostazione, che ha ricevuto molteplici ed

1 Del resto, ai sensi dell'art 1, § 2, dir. 2008/122/CE, la direttiva stessa «lascia impregiudicate le disposizioni nazionali (…) relative alla determinazione della natura giuridica dei diritti che sono oggetto dei contratti contemplati dalla presente direttiva».

autorevoli consensi in dottrina[2], nonché l'avallo di una cospicua giurisprudenza[3], la multiproprietà non sarebbe che una forma di contitolarità del diritto di proprietà sul bene, contraddistinta da un uso turnario del medesimo.

In base a tale orientamento, alla multiproprietà dovrebbe applicarsi la disciplina di cui agli artt. 1100 ss. c.c., nei limiti di compatibilità con la ratio dell'istituto: tale normativa, del resto, riveste natura dispositiva, in quanto destinata a trovare applicazione solo «se il titolo o la legge non dispone altrimenti» (art. 1100 c.c.)[4].

L'ipotesi ricostruttiva ha suscitato non poche perplessità, in considerazione delle radicali differenze che informano le figure in esame.

Il principale ostacolo alla sussunzione della multiproprietà nello schema della comunione è stato rinvenuto[5] nell'indivisibilità tendenzialmente perpetua che contraddistingue il bene oggetto della prima. Nella quasi totalità dei casi, infatti, i regolamenti multiproprietari contengono clausole di definitiva rinuncia, ad opera dei titolari, del potere di chiedere lo scioglimento della comunione. Siffatte previsioni contrastano con il disposto dell'art. 1111, co. 2, c.c. – norma ritenuta inderogabile dalla quasi totalità degli interpreti – il quale, pur prevedendo l'ammissibilità del «patto di rimanere in comunione», ne limita l'efficacia ad un periodo massimo di dieci anni.

2 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 397; Santoro-Passarelli F.: "Multiproprietà e comproprietà", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, p. 23; Alpa G., Iasiello M.: *La multiproprietà*, CEDAM, Padova, 1993, p. 28 ss.; Alpa G.: "Aspetti e problemi attuali della multiproprietà", *Giustizia civile*, 1983, p. 96; De CUPIS A.: "La durata della proprietà turnaria", *Giurisprudenza italiana*, 1983, p. 193; Morello U.: "Multiproprietà" (voce), in *Novissimo Digesto - Discipline privatistiche*, *Sezione civile*, XI, 1994, p. 503; Mazzamuto S.: "La multiproprietà", in C. Castronovo, S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 79; Florit R.: *La multiproprietà*, Giappichelli, Torino, 2002, *passim*.; Scardigno M.S.: "Multiproprietà", in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, VII, *Proprietà*, I, UTET, Torino, 2005, p. 278; Natucci A.*: La tipicità dei diritti reali*, CEDAM, Padova, 1988, p. 111; Granelli C.: "Le cosiddette vendite in multiproprietà", *Rivista di diritto civile*, 1979, p. 688; Gazzoni F.*: Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2019, p. 285; Minussi D.: "Multiproprietà tra modello reale e societario", *Corriere Giuridico*, 1992, p. 227; Bellelli A., Cianci A.G.*: Beni e situazioni giuridiche di appartenenza: tra diritti reali e* new properties, Giappichelli, Torino, 2008, p. 129; Trimarchi M.: "La multiproprietà", in A. Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XXVI, Giappichelli, Torino, 2000, p. 245; Lanzillo R.: "Le varie forme di multiproprietà. Prospettive d'indagine", *Rivista di diritto commerciale*, 1983, p. 317, il quale distingue la posizione del multiproprietario a seconda che l'alienazione dei diritti di multiproprietà su un'unità immobiliare abbia avuto o meno esaurimento: prima di tale momento, la posizione del multiproprietario sarebbe assimilabile a quella del titolare di un diritto personale di godimento, per poi coincidere con quella del comproprietario in senso stretto solo al termine di tale operazione.

3 Trib Bolzano 9 agosto 1993, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1994, p. 291 ss.; Trib. Bolzano 14 febbraio 2000, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2001, p. 178 ss.

4 Santoro-Passarelli F.: "Multiproprietà e comproprietà", cit., p. 23-24. Ancor prima, Fragali M.: *La comunione*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 31 ss. e Barassi L.: *Proprietà e comproprietà*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 178 ss. avevano sottolineato l'ampiezza del rinvio di cui all'art. 1100 ss., tale da consentire all'autonomia privata di costituire comunioni cc.dd. convenzionali.

5 Calliano O.: "La multiproprietà", in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, VII, *Proprietà*, I, UTET, Torino, 1982, p. 240; Pelosi A.C.: "La multiproprietà tra comunione e proprietà temporanea", *Rivista di diritto civile*, 1983, p. 464; Caselli G.*: La multiproprietà. Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 23; Sangiorgi S.: *Multiproprietà immobiliare e funzione del contratto*, Jovene, Napoli, 1983, p. 27; Granelli C.: "Le cosiddette vendite in multiproprietà", cit., p. 688.

Per giustificare la legittimità del patto di indivisibilità, si è fatto ricorso[6] all'art. 1112 c.c., che sancisce l'impossibilità di chiedere lo scioglimento della comunione avente ad oggetto «cose che, se divise, cesserebbero di servire all'uso cui sono destinate». L'opinione prevalente è sempre stata nel senso di un'interpretazione restrittiva della norma, che riguarderebbe solo due categorie di beni: quelli personalmente utili per i soli comproprietari (ad es., collezioni familiari, raccolte di documenti, etc.) e quelli posti permanentemente al servizio di altri beni non compresi nella comunione ma di proprietà dei partecipanti alla stessa (ad es., balconi o ripostigli comuni). E tale non può essere considerato l'immobile in multiproprietà, che non svolge alcuna funzione accessoria rispetto ad altri beni, né è intrinsecamente idoneo a fornire utilità ai soli multiproprietari. In altri termini, l'indivisibilità ex art. 1112 c.c. andrebbe intesa in termini puramente oggettivi e materiali, non potendo discendere dalla particolare destinazione impressa dai privati: una diversa interpretazione si tradurrebbe in una vera e propria abrogazione della regola sancita dall'art. 1111 c.c., con buona pace del favor divisionis che informa la disciplina della comunione[7].

Diversi gli argomenti addotti dai sostenitori della teoria per superare le predette obiezioni. Alcuni[8] hanno fatto leva sulla necessità di un'interpretazione evolutiva dell'art. 1112 c.c., onde consentire all'autonomia privata la creazione di nuove forme di comunione, ammesse in via generale dal rinvio contenuto nell'art. 1110 c.c. Altri[9] hanno evidenziato che un bene, pur non nascendo come indivisibile, può divenire oggettivamente tale quando le parti vi impongano una destinazione tale da tradursi in un vincolo «obiettivamente rilevante e rilevabile»[10] e la cui eliminazione comporterebbe la perdita di utilità del bene stesso; questo accadrebbe nel bene in multiproprietà: una sua suddivisione ne comprometterebbe senz'altro l'utilità economica, per cui lo stesso andrebbe considerato in termini di "cosa indivisibile".

Un secondo profilo di incompatibilità tra i due istituti è stato identificato nella turnarietà del godimento. Tale elemento, sul quale si fonda ogni forma di multiproprietà, assume, nell'ambito della comunione ordinaria, carattere del tutto eventuale. Lo schema di comproprietà delineato dal legislatore, infatti, è normalmente caratterizzato da un uso promiscuo del bene, come risulta dall'art. 1102 c.c., ai sensi del quale «ciascun partecipante può servirsi della cosa comune». Ciò ha indotto a ritenere ammissibile una modalità di fruizione del bene diversa

6 Bianca C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 399; Santoro-Passarelli F.: "Multiproprietà e comproprietà", cit., p. 25.

7 G. Caselli, *La multiproprietà*, cit., p. 8; Calliano O.: "La multiproprietà", cit., p. 240; Pelosi A.C.: "La multiproprietà tra comunione", cit., p. 464; Sangiorgi S.: *Multiproprietà immobiliare*, cit., p. 27.

8 De Cupis A.: "La durata della proprietà", cit., p. 195; Santoro-Passarelli F.: "Multiproprietà e comproprietà", cit., p. 26; Alpa G.: "Aspetti e problemi", cit., p. 96; Fadda M.L.: "Il problema della multiproprietà", *Vita notarile*, 1984, p. 752.

9 Natucci A.: *La tipicità*., cit., p. 289.

10 Vincenti U.: *Multiproprietà immobiliare. La multiproprietà come tipo di comunione*, CEDAM, Padova, 1992, p. 106.

da quella ordinaria nelle sole ipotesi in cui quest'ultima risulti impraticabile e, conseguentemente, a negare deroghe convenzionali in tal senso. In un simile quadro, la differenza tra le due figure appare radicale: quello che costituisce un'ipotesi eccezionale nella comunione diviene una costante della multiproprietà.

Si è replicato che, ove il novero dei comunisti sia particolarmente ampio – il che accade regolarmente in materia di multiproprietà – un utilizzo indifferenziato della cosa comune, per quanto astrattamente non impossibile, risulta economicamente sconveniente: l'assenza di un'organizzazione temporale nella fruizione impedirebbe ai partecipanti il pieno esercizio dei propri diritti e finirebbe per compromettere l'utilità che il bene può offrire. In queste ipotesi, l'uso turnario si presenta come l'unica modalità possibile di utilizzazione diretta della cosa comune[11].

Si è, inoltre, evidenziato che nell'ambito della disciplina in materia di comunione non è rinvenibile alcuna norma che sancisca l'inderogabilità di un uso promiscuo della res o che ne circoscriva le deroghe ad ipotesi eccezionali[12].

Una volta chiarita la legittimità delle convenzioni per una migliore fruizione del bene comune, permane da risolvere la questione della loro efficacia. Tali accordi, infatti, rivestirebbero carattere meramente obbligatorio, limitandosi ad imporre ai compartecipi regole di comportamento, senza incidere sul contenuto del loro diritto. Alcuni autori[13] hanno sottolineato come la trascrivibilità del regolamento di comunione conferisca efficacia reale alle regole in esso contenute, ivi compresa quella che stabilisce una suddivisione temporale del godimento, la quale, pertanto, esplicherà i propri effetti non solo tra gli stipulanti ma anche nei confronti di coloro che subentreranno, a qualsiasi titolo, nella loro posizione giuridica.

Proseguendo nell'analisi delle critiche mosse alla tesi in esame, occorre dar conto dell'opinione[14] che, partendo dal presupposto dell'indivisibilità del bene in multiproprietà, ravvisa nella fattispecie un'istituzionale mancanza di quote. Ciò si porrebbe in contrasto con una qualità essenziale della comproprietà: qualsiasi forma di comunione di diritti reali, infatti, risulta ontologicamente contraddistinta dal concetto di partecipazione, intesa quale misura del diritto spettante ad ogni

11 Bianca C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 399; De CUPIS A.: "La durata della proprietà", cit., p. 193-194; Costantino M.: "Intervento", in L. Barbiera (a cura di), *Multiproprietà: confronto a più voci*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 172, il quale evidenzia che «la rotazione (circolare) del godimento non è affatto una novità nel vigente sistema di diritto scritto», trovando già applicazione in materia di acque private.

12 In ordine all'ammissibilità di convenzioni di uso turnario nell'ambito della comunione, Santoro-Passarelli F.: "Multiproprietà e comproprietà", cit., p. 19; Natucci A.: *La tipicità*., cit., p. 294; Lezza A., Selvarolo S.G.: "Un modello di proprietà: la 'multiproprietà'", *Rivista giuridica dell'edilizia,* 1977, p. 17; De Cupis A.: "Multiproprietà e comproprietà", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, p. 1024; App. Genova 9 gennaio 1914, in *Foro italiano,* 1914, p. 763; Cass. 11 aprile 2006, n. 8429, in *Massimario della giurisprudenza italiana*, 2006; Cass. 6 novembre 2008, n. 26737, in *Massimario della giurisprudenza italiana*, 2008.

13 Morello U.: "Multiproprietà", cit., p. 505; Santoro-Passarelli F.: "Multiproprietà e comproprietà", cit., p. 24; Vincenti U.: *Multiproprietà immobiliare*, cit., p. 114.

14 Perfetti M.: "Multiproprietà e comunione. Questione ancora aperta", *Giurisprudenza italiana*, 1985, p. 400.

compartecipe. Secondo tale teoria, la suddivisione in quote risponderebbe all'esigenza di consentire lo scioglimento della comunione: la partecipazione è il riferimento per la determinazione della porzione di bene o dell'entità di denaro cui il condividente ha diritto. Nella multiproprietà, non essendo possibile alcuna una divisione del bene, difetterebbe la suddivisione ideale del diritto in quote.

Contro tale obiezione sono stati avanzati diversi argomenti. In primo luogo è stato sottolineato che la presenza di quote non costituisce un carattere essenziale della comunione, dato che la stessa legge prevede ipotesi di comunioni senza quote. In secondo luogo, occorre notare che anche la multiproprietà presenta una suddivisione del diritto in quote[15]: in sede d'acquisto, al multiproprietario viene assegnata una precisa partecipazione, dipendente dalla durata e dal "tipo" di frazione temporale acquistata. La quota, infatti, non assolve solo all'esigenza di permettere la futura divisione del bene, ma anche ad altri compiti, primo fra tutti quello di determinare il potere decisionale spettante ad ogni contitolare nella gestione della cosa comune; e tale necessità si presenta anche nella multiproprietà.

L'inquadramento della multiproprietà nello schema della comunione è stato messo in discussione con riferimento ad un ulteriore aspetto. Tra gli elementi indefettibili della comproprietà è stato ricondotto l'accrescimento, in base al quale la rinuncia al proprio diritto da parte di un comunista comporta l'automatico e proporzionale accrescimento delle quote degli altri: il diritto di ognuno, sebbene compresso dalla presenza dei diritti altrui, è potenzialmente idoneo ad estendersi sull'intero bene e risulta contraddistinto da vis expansiva.

In realtà, lo ius adcrescendi non è sancito da alcuna norma in materia di comunione[16]. Esso costituisce la fisiologica conseguenza della facoltà, accordata a ciascun comunista dall'art. 1104 c.c., di rinunciare al proprio diritto allo scopo di liberarsi dall'obbligo di contribuire alle spese per la conservazione e il godimento della cosa comune: una siffatta rinuncia è ammissibile solo ove accompagnata dal consolidamento dello ius derelictum in capo agli altri compartecipi.

In una prospettiva del tutto differente si muove la fattispecie multiproprietaria, nella quale, di regola, l'accrescimento non trova applicazione. I regolamenti sottoscritti dai multiproprietari prevedono la costante la rinunzia alla possibilità di abbandono liberatorio: non potendovi essere alcuna abdicazione del diritto, viene meno il presupposto per l'operatività dell'accrescimento.

Il divieto dell'abbandono liberatorio, tuttavia, per quanto ricorrente nella prassi contrattuale, non costituisce un elemento essenziale e qualificante della

15 Alpa G.: *La multiproprietà. Aspetti giuridici della proprietà turnaria e della proprietà turistico-alberghiera*, Zanichelli, Bologna, 1983, p. 6.

16 Alpa G.: *La multiproprietà*, cit., p. 6.

multiproprietà. Ove al titolare fosse consentito di rinunciare al proprio diritto, i tratti essenziali dell'istituto non ne risulterebbero compromessi: nessun ostacolo, allora, si frappone all'eliminazione di simili divieti e, quindi, all'operatività del diritto di accrescimento[17].

Né, in contrario possono essere addotti[18] gli eventuali inconvenienti pratici conseguenti all'accrescimento. Quest'ultimo non comporta alcuna alterazione dell'originaria organizzazione turnaria: i multiproprietari continueranno ad esercitare il proprio diritto sul periodo di godimento di competenza, al quale si aggiunge una nuova frazione temporale. È evidente che, nell'ipotesi in cui l'intervallo temporale del rinunciatario sia di non lunga durata ed il novero dei "superstiti" cospicuo, uno sfruttamento di tale periodo perfettamente corrispondente alla sua (nuova) suddivisione in quote risulta difficilmente percorribile. Per i multiproprietari, allora, sarà più conveniente ricercare un accordo in ordine allo sfruttamento del periodo accresciuto, potendo stabilire un nuovo sistema di turnazione, alienarlo ovvero concederlo in godimento a terzi[19].

Tra le clausole ricorrenti nei regolamenti di timesharing rientrano anche quelle che, al fine di salvaguardare la destinazione dell'immobile, dettano il divieto di apportarvi modifiche. Tali previsioni si pongono in contrasto con quanto disposto dalla normativa in materia di comunione: da un lato, l'art. 1102, co. 2, c.c. accorda ad ogni comunista la facoltà, di «apportare a proprie spese le modificazioni necessarie per il miglior godimento della cosa», purché ciò non comporti un'alterazione della sua destinazione ovvero un impedimento alla sua fruizione da parte degli altri partecipanti; dall'altro, l'art. 1108 c.c. riconosce la possibilità di compiere sul bene atti di straordinaria amministrazione e di procedere ad innovazioni, in presenza di una deliberazione della maggioranza dei partecipanti, che rappresenti almeno i due terzi del valore della cosa comune.

In contrario, è stato evidenziato come la prima delle citate disposizioni abbia natura dispositiva, non essendo la sua inderogabilità sancita da alcuna norma: anche nell'ambito della comunione ordinaria, i compartecipi possono stabilire un divieto assoluto di modifica della res. E' stato inoltre sottolineato come anche lo stesso schema delineato dal legislatore non accordi al comunista un regime giuridico di piena libertà di modificazione, essendo i suoi poteri soggetti a limiti rigorosi[20].

17 Santoro-Passarelli F.: "Multiproprietà e comproprietà", cit., p. 26.; *contra* Gazzoni F.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 285. Sulla rinuncia abdicativa della multiproprietà, Guizzi G.: "In tema di rinuncia alla multiproprietà immobiliare", *Rivista del notariato*, 2014, p. 875 ss.; Errani G.: "Il diritto del multiproprietario e la sua rinunziabilità", *Corriere giuridico*, 2020, p. 785 ss.; Lascialfari M.: "Rinuncio a tutto, ma non alla multiproprietà", *Giustizia civile*, 2020, p. 10 ss.

18 Natucci A.: *La tipicità*., cit., p. 292; Confortini M.: *La multiproprietà*, CEDAM, Padova, 1983, p. 41 ss.

19 Vincenti U.: *Multiproprietà immobiliare*, cit., p. 82.

20 De Cupis A.: "Multiproprietà e comproprietà", cit., p. 1027.

Dal suo canto, il contrasto con l'art. 1108 c.c. è riconducibile ad un dato fattuale: di norma, il regolamento di multiproprietà è predisposto unilateralmente dal venditore (originariamente proprietario esclusivo), il quale, almeno fino a quando non avrà proceduto all'alienazione della totalità delle quote, rientra della compagine dei multiproprietari. Nella fase iniziale, egli risulterà titolare della maggioranza delle quote e, quindi, godrà di un potere incontrastato: in un simile contesto, è naturale che rediga un regolamento improntato ai propri interessi. Una volta che la compagine dei multiproprietari risulti accresciuta (e, specularmente, che il valore della quota del venditore diminuito), nulla vieta agli stessi di procedere, con le maggioranze indicate dall'art. 1106 c.c., ad una riforma del regolamento, consentendo una modifica del bene.

2. Teoria del diritto personale di godimento.

Scarso seguito ha avuto l'orientamento[21] che nega alla multiproprietà carattere reale e la configura quale situazione di natura obbligatoria. Tale opinione è sorretta da una duplice considerazione.

Innanzitutto, la multiproprietà difetterebbe del carattere dell'immediatezza[22]. Nella maggioranza dei casi, infatti, il contratto attributivo del diritto non conferisce all'acquirente alcun potere di amministrazione del bene, che risiede, invece, nelle mani di un terzo (spesso coincidente con il venditore). Inoltre, data la sua naturale vocazione turistica, la multiproprietà viene normalmente acquistata non per meri fini residenziali, ma anche e soprattutto in considerazione del complesso di servizi che accompagnano il godimento del bene. Di conseguenza, per poter godere del proprio diritto, il multiproprietario avrà sempre bisogno della cooperazione altrui; circostanza, questa, che annullerebbe l'immediatezza della situazione giuridica di cui è titolare.

In secondo luogo, si è rilevato[23] che spesso il regolamento sottoscritto dal multiproprietario prevede la possibilità, per lo stesso, di modificare il contenuto del diritto, non solo "scambiando" il proprio turno con altro periodo dell'anno, ma anche traslando il godimento su altro immobile, sito nella medesima struttura ricettiva ovvero in altra collegata (si parla, a tal proposito, di "circuiti di multiproprietà"). Tale circostanza farebbe venir meno l'inerenza del diritto, vale a dire lo stretto collegamento sussistente ius e res e la conseguente opponibilità di tale vincolo a chiunque possieda il bene o vanti ragioni sullo stesso.

21 Lanzillo R.: "Le varie forme", cit., p. 317; Granelli C.: "Le cosiddette vendite in multiproprietà", cit., p. 686.

22 Lanzillo R.: "Le varie forme", cit., p. 322.

23 Granelli C.: "Le cosiddette vendite in multiproprietà", cit., p. 687-688.

Le predette considerazioni hanno indotto la dottrina in esame a ravvisare nel contratto attributivo della multiproprietà una mera variante del contratto d'albergo (dal quale si distinguerebbe per la ricorrenza del diritto) e, conseguentemente, a riconoscere nella situazione giuridica nascente dallo stesso un diritto di personale di godimento. Avverso tale configurazione è possibile avanzare una serie di obiezioni.

In primo luogo, per quanto riguarda la gestione del bene, va rilevato, da un lato, che nella maggioranza dei casi tale attività viene svolta dall'amministratore nell'interesse dello stesso multiproprietario; dall'altro, che anche un'eventuale gestione svolta nell'interesse proprio non comporta il difetto di immediatezza della posizione vantata da quest'ultimo. Infatti, tra i poteri del titolare di un diritto reale rientra sicuramente anche quello di affidare l'amministrazione della res ad un diverso soggetto, ivi compreso il proprio dante causa, attraverso la stipulazione di un contratto di mandato, anche in rem propriam[24].

Inoltre, la tesi in discorso configura come indefettibile e qualificante quello che, in realtà, costituisce un elemento accidentale della fattispecie. Vero è che il fenomeno della multiproprietà ha tradizionalmente riguardato il settore delle vacanze e che, quindi, la presenza dei servizi di manutenzione e ricreativi assume notevole rilevanza nell'economia dell'operazione, ma vero è anche che l'essenza del diritto risiede solo e soltanto nel godimento di un bene in misura temporalmente ripartita con altri soggetti. Ed è innegabile che tale essenza permane sia nel caso in cui l'immobile sia inserito in un complesso ricettivo dotato di numerose comodità, sia nel caso in cui lo stesso non sia accompagnato da facilities di alcun tipo[25].

I citati servizi, allora, non trovano la propria fonte nel contratto attributivo della multiproprietà, né entrano nel contenuto del diritto nascente dallo stesso: essi costituiscono prestazioni nascenti da autonomi negozi, stipulati tra il multiproprietario e il gestore, sicuramente accessori, ma distinti da quello di acquisto della multiproprietà[26].

Per quanto concerne, infine, la questione relativa alla possibilità, per il multiproprietario, di "scambiare" la propria unità abitativa e/o il proprio turno con

24 Confortini M.: "Multiproprietà" (voce), in *Enciclopedia giuridica*, XX, Treccani, Roma, 1990, p. 3, il quale avanza dubbi in ordine alla validità della clausola con cui il venditore si riserva, in via definitiva e perpetua, il potere di amministrare il complesso immobiliare venduto in multiproprietà (in tal senso, anche Trib. Napoli, 21 marzo 1989, in *Diritto e giurisprudenza,* 1989, p. 11).

25 Confortini M.: "Multiproprietà", cit., p. 3.

26 Bianca C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 399. Tale considerazione, tra l'altro, trova un addentellato nel dettato dell'art. 77, co. 1, c. cons., il quale, dispone che l'esercizio del recesso dal «contratto di multiproprietà» comporta l'automatica risoluzione di «qualsiasi altro contratto accessorio»: in tale nozione devono ricomprendersi i contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi occorrenti per il funzionamento del complesso immobiliare e di quelli ricreativi; le altre ipotesi di contratti accessori a quello di acquisto della multiproprietà (di scambio ovvero di finanziamento) risultano già oggetto di autonome previsioni normative (rispettivamente nel co. 1 e nel co. 2 del citato articolo).

altro immobile o altro periodo, va rilevato come tale "scambio" non abbia valenza definitiva, continuando il diritto ad insistere su un oggetto ben determinato, vale a dire l'immobile originario. Nulla vieta al titolare di un diritto reale di concedere il proprio bene in godimento, eventualmente ottenendo quale controprestazione dal concessionario la possibilità di fruire di altro bene di titolarità di quest'ultimo: si pensi ai sempre più diffusi casi di house swapping o di home exchange.

Tra le cause che hanno contribuito all'insuccesso della teoria va annoverata la scelta, operata dal legislatore del 1998, di consentire al venditore l'uso del termine "multiproprietà" «soltanto quando il diritto oggetto del contratto» fosse «un diritto reale» (art. 4 d.lgs. 427/1998 e art. 72 c. cons.). Questa previsione è sparita nell'attuale quadro normativo, circostanza, questa, che potrebbe favorire una reviviscenza della tesi de qua. Tuttavia, come già affermato in precedenza, dall'impianto di cui agli artt. 69-81-bis c. cons. non è possibile desumere alcun indizio in ordine alla natura giuridica dell'istituto.

Occorre ammettere che, nella prassi commerciale, ricorrono sicuramente fattispecie nelle quali il multiproprietario non acquista alcun diritto reale sul bene oggetto di godimento, che rimane saldamente nelle mani dell'alienante: si pensi alle ipotesi di multiproprietà azionaria, il cui è la (sola) società ad essere titolare del diritto di proprietà. Si tratta, però, di fattispecie che esulano dal discorso in esame e che in maniera del tutto erronea, sebbene frequente, vengono definite "multiproprietà", dovendo essere invece qualificate, più genericamente, in termini di "multigodimento".

È d'uopo un'ulteriore precisazione di ordine lessicale: sebbene lo stesso legislatore utilizzi l'espressione «contratto di multiproprietà» (art. 69, co. 1, lett. a), c. cons.), non si è in presenza di una fattispecie negoziale tipica, dotata di una causa sui generis. L'espressione è (impropriamente) utilizzata solo per specificare l'oggetto del trasferimento: la causa del contratto traslativo sarà, di volta in volta, quella dello schema negoziale prescelto in concreto dalle parti.

3. Teoria del diritto reale atipico.

Secondo una tesi dottrinale minoritaria[27], avallata anche da un'isolata pronuncia giurisprudenziale[28], la multiproprietà costituirebbe un diritto reale atipico, non riconducibile a nessuno degli iura in re delineati dal c.c.

27 G. Caselli, *La multiproprietà*, cit., p. 28 ss. Sembra aderire a tale impostazione anche Quadri E.: "Intervento", in L. Barbiera (a cura di), *Multiproprietà: confronto a più voci*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 72: lo stesso autore avverte però che, trattandosi di un diritto reale limitato, occorrerebbe individuare un soggetto proprietario.

28 App. Genova, 29 settembre 2000, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*., 2001, p. 532.

La peculiarità di tale figura risiederebbe nella sua complessità, confluendovi una molteplicità di situazioni giuridiche di diversa natura, che ne impedirebbero la riferibilità ad ipotesi tipizzate. Ad un nucleo di indole reale – del tutto simile al diritto di proprietà e, quindi, contraddistinto da assolutezza, immediatezza e inerenza – si affiancherebbe una serie di situazioni obbligatorie, volte a regolare l'esercizio del diritto e a soddisfare gli interessi dei multiproprietari: si pensi, ad es., all'obbligo di corrispondere periodicamente le somme per la gestione e la conservazione del bene, al dovere di rispettare i diversi periodi di godimento, al divieto di mutare la destinazione economica della res. Sarebbe proprio tale complesso di vincoli e limitazioni a rendere atipico quello che costituirebbe, altrimenti, un normalissimo diritto di proprietà.

Le summenzionate obbligazioni non rappresenterebbero elementi accessori al diritto, ma si insinuerebbero nel contenuto del medesimo, qualificandolo e differenziandolo dalle altre figure reali già conosciute dal nostro ordinamento. In tal modo, esse perderebbero la propria natura obbligatoria, divenendo caratteristiche ontologiche del diritto ad atteggiandosi in termini reali.

La multiproprietà quale diritto reale atipico troverebbe la propria fonte in un contratto a sua volta atipico, i cui effetti non si esauriscono nel trasferimento o nella costituzione del diritto, essendo altresì rivolti alla regolamentazione dei rapporti tra i diversi titolari dello stesso[29]. In altri termini, si verrebbe a creare una stretta compenetrazione tra diritto e negozio, dando così vita ad una figura ibrida, da un lato autonoma nella sua configurazione, dall'altro ancora dipendente dall'assetto di interessi da cui trae origine.

La teoria si pone in evidente contrasto con quello che viene tradizionalmente considerato uno dei cardini del nostro sistema giuridico: il principio del numerus clausus dei diritti reali. Secondo i sostenitori della stessa, tale regola non costituirebbe (più) un dogma assoluto dell'ordinamento, risultando, al contrario, pienamente derogabile dall'autonomia privata, al fine di dare collocazione giuridica alle nuove figure emergenti nella pratica degli affari[30]. A favore di tale assunto sono invocati diversi argomenti.

In primis, viene evidenziata l'assenza, nell'intero sistema positivo, di una disposizione che proclami, in maniera inderogabile, il principio del numero chiuso dei diritti reali e, di conseguenza, ne vieti la creazione di ulteriori.

29 G. Caselli, *La multiproprietà*, cit., p. 181.

30 In tali termini, App. Genova, 29 settembre 2000, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*., 2001, p. 532.

In secondo luogo, si rimarcano gli ampi margini di libertà che la legge riconosce ai privati proprio nella materia dei diritti reali[31]: l'esempio più evidente è costituito dalla servitù volontaria, la cui struttura è predeterminata dalla legge, ma il cui contenuto e modalità di esercizio possono essere liberamente definiti dai consociati.

Si pone, inoltre, l'accento sulla trasformazione che ha subito, nel corso del tempo, lo stesso istituto della proprietà, trasformazione riscontrabile dal raffronto tra la definizione codicistica (art. 832 c.c.) e l'art. 42 della Cost.: se il diritto reale per eccellenza non risulta più immobile nella sua originaria configurazione, in quanto adattatosi alla mutata realtà economico sociale, allora tale evoluzione può interessare anche gli altri diritti reali e rendere legittima la creazione di nuove figure, proprio al fine di far fronte alle emergenti esigenze della società.

La chiave di volta della ricostruzione in esame viene individuata nel principio di autonomia privata ex art. 1322 c.c., che troverebbe espressione anche nel campo dei diritti reali, permettendo la creazione di nuove modalità di utilizzazione dei beni ed incontrando, quali unici limiti, il rispetto dell'ordine pubblico e la meritevolezza degli interessi perseguiti[32].

Con specifico riferimento alla multiproprietà, infine, si evidenzia che la trascrivibilità del titolo consente sia l'opponibilità ai terzi del diritto, sia la corretta circolazione del bene. Tale situazione reale atipica, allora, risulterebbe del tutto legittima, soddisfacendo pienamente le ragioni storicamente poste alla base del principio del numerus clausus, senza comportare pregiudizio per la collettività.

Anche la concezione in esame non risulta scevra da criticità.

La ricostruzione della multiproprietà in termini di diritto reale minore pone, innanzitutto, il problema dell'individuazione del soggetto proprietario del bene[33]. Uno ius in re aliena, infatti, può essere considerato tale nella misura in cui sia in re aliena. Con riferimento alla res oggetto di multiproprietà, invece, non è possibile distinguere, rispetto all'insieme dei turnisti, alcun alienus nudo proprietario: ciò in quanto gli "unici" titolari, in misura piena, ancorché non esclusiva, del diritto sono gli stessi multiproprietari.

Pur volendo, poi, ritenere ammissibile la creazione di nuovi diritti reali, del tutto fuori luogo appare la qualificazione della multiproprietà in termini di atipicità. Una determinata situazione, per essere qualificata come atipica, deve essere contraddistinta da elementi talmente speciali da impedirne la riconduzione agli schemi già esistenti. E non sembra che la turnarietà costituisca un elemento

31 G. Caselli, *La multiproprietà*, cit., p. 115.

32 G. Caselli, *La multiproprietà*, cit., p. 126.

33 Tale obiezione è stata rilevata anche da Quadri E.: "Intervento", cit., p. 72.

talmente peculiare da impedire tale riconduzione. Ragionando in quest'ottica, anche la stessa comproprietà di diritto comune dovrebbe essere considerata un diritto reale sui generis: anche in tal caso, infatti, l'esercizio del diritto è soggetto a vincoli e limiti derivanti dalla compresenza, sul medesimo bene, di uguali diritti facenti capo a più soggetti.

Per quanto concerne, poi, la considerazione relativa alla trascrivibilità del negozio attributivo della multiproprietà, va rilevato come essa finisca per rovesciare i termini del problema e per cadere in una petizione di principio. Non è il diritto ad essere reale in quanto costituito o trasferito mediante un negozio suscettibile di trascrizione, ma è il negozio a poter essere trascritto in quanto costitutivo o traslativo di un diritto reale immobiliare.

E' stato, infine, giustamente evidenziato[34] come la tesi in esame nasconda un vero e proprio difetto di metodologia ermeneutica. Essa, infatti, solo apparentemente si presenta come una soluzione al problema della natura giuridica della multiproprietà, costituendo, piuttosto, un modo per aggirarlo e risolvendosi in una vera e propria resa interpretativa: stante le spiccate novità del fenomeno e stante le difficoltà di ricondurlo alle classiche categorie dogmatiche, si desiste dal farlo, scegliendo di relegarlo, in maniera comoda e superficiale, al campo dell'atipicità.

4. Teoria della proprietà temporanea.

Un ulteriore indirizzo dottrinale[35] ha variamente ricondotto l'istituto nell'alveo della proprietà temporanea.

Secondo una prima opinione[36], la multiproprietà non sarebbe che la risultante di una delle tanti limitazioni cronologiche applicabili al dominium, che viene così circoscritto ad intervalli di tempo intermittenti «attraverso la combinazione di più termini iniziali e finali»[37]. Si ritiene, infatti, che i confini temporali che l'autonomia privata può apporre alla proprietà possano rivestire valenza non solo definitiva, ma anche ripetitiva: il diritto, pur restando tendenzialmente perpetuo, si estingue allo spirare del turno di riferimento, per poi ricostituirsi in occasione del turno successivo, e così via.

34 Confortini M.: "Multiproprietà", cit., p. 1.

35 Lezza A., Selvarolo S.G.: "Un modello di proprietà", cit., p. 17; Pelosi A.C.: "La multiproprietà tra comunione", cit., p. 463; Calò E., Corda T.A.: *La multiproprietà*, Stamperia nazionale, Roma, 1984, p. 153; Calliano O.: "La multiproprietà", cit., p. 227. In tale orientamento sembra porsi anche App. Torino 20 dicembre 2007.

36 Lezza A., Selvarolo S.G.: "Un modello di proprietà", cit., p. 17; Pelosi A.C.: "La multiproprietà tra comunione", cit., p. 463; Calò E., Corda T.A.: *La multiproprietà*, cit., p. 153.

37 In tali termini, Pelosi A.C.: "La multiproprietà tra comunione", cit., p. 465.

Secondo tale impostazione, bisogna distinguere due piani temporali, rispetto ai quali il diritto di multiproprietà si atteggia diversamente: nel "lungo termine", esso si configura quale classica forma di proprietà, destinata a perdurare nel tempo ed astrattamente all'infinito; nel "breve termine" (normalmente coincidente con l'anno solare), esso riveste natura transitoria, essendo il suo esercizio circoscritto ad una definita pars temporis. E' evidente che tale idea muove dal presupposto dell'ammissibilità, nel nostro ordinamento, di una proprietà ad tempus, di cui l'istituto in esame costituirebbe una delle possibili espressioni[38].

Nella medesima linea interpretativa si colloca quell'opinione[39] che parla di «proprietà trasferenda», ossia di una proprietà destinata a trasferirsi da un soggetto ad un altro, in via automatica e senza che sia necessaria alcuna manifestazione di volontà. Ciò accadrebbe nella multiproprietà, ove, sulla (sola) base di un programma predefinito, il diritto, alla scadenza del termine convenuto, trasloca dalla sfera giuridica di un soggetto ad un altro e così via, per poi tornare in capo all'originario titolare e riprendere nuovamente il proprio ciclo di trasferimenti.

Entrambe le teorie pongono l'accento sulla compresenza, sul medesimo bene, di una pluralità di ragioni proprietarie, limitantisi a vicenda e destinate a succedere le une alle altre, secondo un ritmo prestabilito. Anche i tentativi di ricostruzione in esame prestano il fianco a rilievi critici.

Anzitutto, pur volendo tralasciare i tradizionali ostacoli che si frappongono all'idea di una proprietà ad tempus, va sottolineato come il ricorso a tale istituto sia del tutto inadatto a spiegare la fattispecie multiproprietaria. Proprietà turnaria e proprietà temporanea sono ipotesi strutturalmente diverse, costituendo la prima un diritto perpetuo ed essendo la seconda limitata nel tempo[40]. Nessun chiarimento, infatti, viene offerto in ordine alla ciclicità del fenomeno: come può il presunto diritto di proprietà temporanea, una volta estinto a causa del decorso del turno, riprendere automaticamente vita, per poi ricessare e poi, ancora, risorgere? Ragionando in quest'ottica, più che di un unico diritto perpetuo, si sarebbe in presenza di una serie (tendenzialmente) infinita di diritti temporanei[41].

38 *Ex multis*, Allara M.: "La proprietà temporanea", *Circolo giuridico*, 1929, p. 6 ss.; Barbero D.: *Sistema istituzionale del diritto privato*, II, UTET, Torino, 1962, 24; Gorla G.: *La compravendita e la permuta*, UTET, Torino, 1937, *passim*.; Pelosi A.C.: *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Giuffrè, Milano, 1975, *passim*. Tale ammissibilità sarebbe testimoniata da esempi rinvenibili nello stesso c.c.: si pensi alla proprietà superficiaria a termine finale (art. 953 c.c.), alla donazione con patto di riversibilità (art. 792 c.c.), al fedecommesso (art. 962 c.c.), al legato a termine (art. 637 c.c.), alla vendita con patto di riscatto (art. 1501 c.c.). Ciò porterebbe a ritenere che la perpetuità costituisce un carattere naturale, ma non essenziale, del diritto di proprietà, per cui i privati avrebbero la possibilità, anche al di là delle ipotesi tipiche di proprietà temporanea, di sottoporre il dominio a termine iniziale o finale (sul punto, v. Lezza A., Selvarolo S.G.: "Un modello di proprietà", cit., p. 28-30).

39 Calliano O.: "La multiproprietà", cit., p. 227.

40 Bianca C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 399; Marasco P.G.: "Multiproprietà", *Contratto e impresa*, 2000, p. 1036.

41 Confortini M.: "Multiproprietà", cit., p. 3, il quale parla di «fattispecie ad efficacia multipla»; Pastore D., Re A.: "La multiproprietà: problemi e prospettive", *Rivista del notariato*, 2000, p. 851.

Peraltro, la stessa dottrina[42] che teorizza l'idea di una proprietà limitata nel tempo sottolinea come essa possa coinvolgere esclusivamente due diritti di proprietà fra loro reciprocamente limitati, l'uno a termine finale, l'altro a termine iniziale. Nella multiproprietà, invece, la coesistenza riguarderebbe una innumerevole quantità di ragioni dominicali e ciò con riferimento non solo alla pluralità di soggetti multiproprietari, ma anche alla molteplicità di diritti (ciascuno di proprietà temporanea) vantata da ogni singolo partecipante.

Va detto, poi, che anche la configurazione in esame si traduce in un'eversione del principio del numerus clausus dei diritti reali. Come è stato giustamente osservato[43], la radicale modifica degli elementi strutturali di un diritto tipico si risolve nella creazione di un nuovo diritto: e l'apposizione di plurimi e continui termini alla proprietà finisce per snaturare l'essenza stessa della figura, dando vita ad una fattispecie del tutto differente.

La ricostruzione in termini di proprietà temporanea si palesa inadeguata anche con riferimento ad un ulteriore profilo. Invero, la proprietà è il diritto non solo di «godere», ma anche di «disporre» di un bene in modo pieno ed esclusivo (art. 832 c.c.): una presunta proprietà temporanea, allora, dovrebbe essere tale con riferimento non solo alla fruizione, ma anche al potere di disposizione del bene. Nella multiproprietà, invece, ad essere limitato nel tempo è il solo godimento della res, ben potendo il multiproprietario disporre del proprio diritto in misura ininterrotta: le modalità cronologiche non attengono alla titolarità del diritto, ma solo all'esercizio di una delle facoltà rientranti nello stesso, vale a dire il godimento[44].

Ragionando diversamente, si verrebbe a creare un vero e proprio vuoto di tutela per il multiproprietario, sia nei confronti degli altri turnisti, sia con riferimento ai terzi in generale[45]. Una volta affermato che il diritto viene ad esistenza solo in concomitanza con il turno di competenza, bisogna concludere che, al di fuori di tale lasso, il multiproprietario non sia titolare di alcun diritto soggettivo, ma di una mera aspettativa. Ne consegue che, nell'attesa che il diritto venga a maturazione, non potrà esercitare alcuna azione di carattere reale, potendo compiere esclusivamente atti di natura conservativa

Un ulteriore punto debole della tesi de qua è rinvenibile nella manifesta contraddittorietà sussistente tra la proclamata situazione giuridica di proprietà intermittente ed il congegno negoziale che ne è alla base. Secondo tale teoria,

42 Allara M.: "La proprietà temporanea", cit., p. 6.

43 Morello U.: *Multiproprietà e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 124.

44 Bianca C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 399; Santoro-Passarelli F.: "Multiproprietà e comproprietà", cit., p. 19; De Cupis A.: "Multiproprietà e comproprietà", cit., p. 1024.

45 Chiodi A.: "La multiproprietà immobiliare dopo vent'anni: una rassegna critica delle opinioni e dei problemi", *Giurisprudenza italiana*, p. 86; Marasco P.G.: "Multiproprietà", cit., p. 1036.

infatti, il carattere intermittente della fattispecie deriverebbe proprio dalla continua apposizione di termini iniziali e finali, apposizione destinata a durare nel tempo e conferente, quindi, al negozio efficacia periodica. In contrario, va sottolineato come la categoria negoziale del contratto di durata sia di per sé inconciliabile con l'efficacia immediata propria dei contratti traslativi. Delle due l'una: o si è in presenza di un contratto ad esecuzione periodica (e, quindi, di un diritto di natura obbligatoria) o si è in presenza di un diritto reale (e, quindi, di un contratto istantaneo).

5. Teoria dell'oggetto quadridimensionale.

Le perplessità suscitate dalle teorie testé analizzate hanno indotto un autore[46] ad elaborare una nuova e decisamente originale spiegazione del fenomeno, la quale, più che sul diritto, si concentra sull'oggetto del medesimo.

Tale concezione muove dal presupposto della separazione tra realtà empirica e realtà giuridica: quest'ultima – a differenza della prima – non si fonda su dati preesistenti ed oggettivi, essendo una costruzione artificiale eretta dall'uomo per far fronte ad esigenze economiche e sociali. Siffatta costruzione non solo può riguardare l'ambito delle relazioni tra gli individui e tra questi e le cose, ma può investire le stesse cose, in quanto suscettibili di formare oggetto di tali relazioni. In altri termini, nel mondo del diritto, l'uomo avrebbe la possibilità di produrre "nuovi beni", ulteriori rispetto a quelli presenti nel mondo materiale.

L'operazione multiproprietaria consisterebbe nella creazione di un nuovo bene giuridico, individuato non solo nella sua dimensione geometrica, ma anche attraverso il ricorso a coordinate di carattere cronologico[47]: oggetto del diritto non sarebbe la sola frazione spaziale, ossia l'unità immobiliare ex se, ma la frazione spazio-temporale, ossia l'unità immobiliare considerata in quel determinato intervallo di tempo.

Come in natura è possibile operare una divisione spaziale e scomporre un bene in una molteplicità di nuove entità, così nel mondo del diritto è possibile ricorrere a moduli integrativi di indole temporale e dar vita, anche sotto questo aspetto, a nuovi beni dotati di una propria individualità[48].

La dimensione temporale presenta ovviamente delle peculiarità rispetto a quella spaziale, avendo un andamento ontologicamente ciclico: le misure convenzionali del tempo (giorni, mesi, anni) sono destinate a ripetersi e tale ricorrenza caratterizza necessariamente il bene costruito attraverso il ricorso a

46 Confortini M.: *La multiproprietà*, cit., p. 41 ss.; Id., "Multiproprietà", cit., p. 4.

47 Sangiorgi S.: *Multiproprietà immobiliare*, cit., p. 35.

48 Confortini M.: "Multiproprietà", cit., p. 3-4.

tali misure. Il fattore tempo svolge, pertanto, nei confronti del bene, una funzione al contempo limitativa e dilatativa: come lo circoscrive ad uno specifico intervallo nel corso dell'anno, così lo rende astrattamente perpetuo, in quanto destinato ad esistere nel corso degli anni.

Secondo tale impostazione, la multiproprietà sarebbe un diritto di proprietà pieno ed esclusivo, che si caratterizza per il suo sostrato materiale, costruito dall'autonomia privata in una prospettiva quadridimensionale. Ne consegue che essa non dà vita ad alcuna forma di contitolarità o comunque coesistenza di più diritti sul medesimo bene: si è, invece, in presenza di una pluralità di autonomi diritti di proprietà, aventi ad oggetto la medesima cosa dal punto di vista materiale, ma beni diversi in senso giuridico.

Alla luce di quanto detto, è evidente che la multiproprietà, per sua natura, non può mai presentarsi quale diritto isolato, essendo ontologicamente predisposta alla convivenza con diritti della stessa specie[49]. Sin dal primo atto di alienazione, infatti, vengono ad esistenza due autonomi beni giuridici (e, quindi, due distinti diritti): quello alienato, circoscritto dall'intervallo temporale stabilito dalle parti, e quello rimanente in capo al venditore, comunque delimitato dalla restante parte dell'anno.

Il multiproprietario, al di fuori del turno assegnatogli, non può utilizzare la cosa: tale impedimento non deriva da una limitazione del suo diritto da parte di altro diritto insistente sul medesimo bene, ma discende dalla considerazione che la cosa in quel periodo costituisce un bene del tutto diverso, di proprietà altrui.

In una simile prospettiva, si ritiene[50] che il complesso di regole volte a disciplinare i rapporti tra multiproprietari debba essere individuato attraverso l'applicazione analogica della normativa in materia di vicinato: le unità spazio-temporali, pur costituendo autonomi beni giuridici, si trovano tra loro in una posizione di contiguità.

La teoria in esame trae spunto dalle opinioni che inquadrano la multiproprietà nello schema della proprietà temporanea: anche in tal caso, infatti, viene sottolineata l'importanza rivestita dal fattore tempo. Se ne differenzia, però, in quanto tale fattore non viene più riferito alla situazione giuridica, ma proiettato sul piano dell'oggetto, atteggiandosi a parametro per la definizione del medesimo.

49 Sangiorgi S.: *Multiproprietà immobiliare*, cit., p. 37.

50 Confortini M.: "Multiproprietà", cit., p. 5; Tassoni G., *I diritti a tempo parziale su beni immobili. Un contributo allo studio della multiproprietà*, CEDAM, Padova, 1999, p. 128.

Anche la proposta in esame, nonostante il discreto seguito raccolto in dottrina[51], non ha mancato di suscitare obiezioni di varia natura.

In primis, è stato evidenziato[52] come la qualificazione della multiproprietà quale diritto avente ad oggetto un nuovo bene giuridico si ponga in evidente contrasto con il postulato secondo cui oggetto dei diritti reali possono essere solo cose materialmente intese. In contrario, si è osservato[53] che, se è vero che il tempo è insuscettibile di appropriazione da parte dell'uomo, lo è sicuramente anche lo spazio: oggetto di diritti può essere solo il bene e non già lo spazio che, non diversamente dal tempo, costituisce semplicemente un parametro volto alla sua individuazione. Inoltre, ammesso che i diritti reali possano avere ad oggetto solo beni qui tangere possunt[54], è indubbio che il bene oggetto di multiproprietà sia percepibile a livello sensoriale.

In contrapposizione all'idea di un'individuazione del bene in una prospettiva (anche) cronologica, si è affermato[55] che, dal momento che ogni diritto è individuabile in base al proprio referente oggettivo, il frazionamento di quest'ultimo condurrebbe anche al frazionamento del diritto. In contrario, è stato obiettato[56] che dalla ripartizione dei beni (o meglio, da una loro diversa determinazione) non discende una corrispondente ripartizione dei diritti, quanto, piuttosto, una loro moltiplicazione; si faccia l'esempio della suddivisione spaziale di un immobile in unità di minore estensione: ad una siffatta operazione conseguirà non già la frammentazione della proprietà un tempo insistente sull'intero immobile, ma la nascita di nuovi ed autonomi diritti di proprietà, ognuno avente ad oggetto una determinata porzione dell'originario bene.

Sul piano prettamente dogmatico, è stato poi sostenuto[57] che la teoria in discussione costituirebbe una riproposizione dell'ormai superata concezione della comunione quale forma di coesistenza di proprietà: anch'essa, dunque, finirebbe in un'ultima analisi per ricondurre la fattispecie nell'ambito della comproprietà. In proposito, si è replicato[58] che, nel caso della multiproprietà, non ci si troverebbe di

51 Sangiorgi S.: *Multiproprietà immobiliare*, cit., p. 37; Galgano F.: *Trattato di diritto civile*, I, CEDAM, Padova, 2010, p. 592; Calice E.: *Vendite di diritti di «godimento ripartito» di beni immobili: formalismo e tutela dell'acquirente*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 16; Drudi A.M.: "Multiproprietà", *Contratto e impresa*, p. 243; Petrone M., *Multiproprietà. Individuazione dell'oggetto e schemi reali tipici*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 89 ss.; Tassoni G., *I diritti a tempo parziale,* cit., p. 128; Calò E., Corda T.A.: *La multiproprietà*, cit., p. 154.

52 Natucci A.: *La tipicità*., cit., p. 83.

53 Confortini M.: "Multiproprietà", cit., p. 5.

54 Tale assunto, peraltro, è stato messo in dubbio da parte della dottrina: Messinetti D.: *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Giuffrè, Milano, 1970; Maiorca C.: *La cosa in senso giuridico*, ESI, Napoli, 1981.

55 De Cupis A.: "Multiproprietà e comproprietà", cit., p. 1024; Perfetti M.: "Multiproprietà e comunione", cit. p. 400.

56 Confortini M.: "Multiproprietà", cit., p. 5.

57 Perfetti M.: "Multiproprietà e comunione", cit. p. 400.

58 Confortini M.: "Multiproprietà", cit., p. 5

fronte ad un unico bene sul quale concorrono più diritti di proprietà, ma di fronte a più beni, ognuno dei quali oggetto di un unico diritto di proprietà.

Un ulteriore punto debole della configurazione in esame è stato individuato[59] nell'assenza di una qualsivoglia spiegazione in ordine alla sorte del diritto del multiproprietario nei lassi temporali diversi da quello che concorre all'individuazione del suo oggetto. Sul punto, si è eccepito[60] che il fattore temporale attiene esclusivamente alla determinazione del bene e non assume, pertanto, alcun rilievo in ordine alla titolarità e all'esercizio del diritto, il quale non può esistere se non laddove (rectius, allorquando) esista il suo presupposto oggettivo: al di fuori del singolo periodo individuato, il bene costituisce un qualcosa di diverso, sulla quale il multiproprietario non può vantare alcuna ragione.

Non sono mancati, infine, coloro[61] che hanno sottolineato come l'idea di una nuova proprietà avente ad oggetto un bene esistente una volta all'anno porti necessariamente al superamento del principio del numerus clausus dei diritti reali. In contrario, è facile osservare che non si assiste alla nascita di alcun diritto atipico, ma (soltanto) alla creazione di un nuovo bene, il quale, una volta venuto ad esistenza, potrà formare oggetto degli ordinari diritti reali già previsti dalla legge.

A ben vedere, il principale limite della ricostruzione in esame risiede nella sua scarsa aderenza al dato reale. Essa, infatti, produce una vera e propria frattura tra il mondo del diritto, creato dall'uomo, e la realtà fisica, nella quale purtuttavia l'uomo è costretto a muoversi. Se è vero che l'universum iuris costituisce una mera costruzione della mente umana, edificata sulla base di norme convenzionali, vero è anche che la realtà empirica risulta (già) regolata da proprie leggi, preesistenti all'intervento dell'uomo ed insuscettibili di una modifica ad opera dello stesso: e tra tali leggi rientra sicuramente quella che sancisce la natura tridimensionale della materia.

Pur volendo astrattamente frazionare il bene in una molteplicità di unità spazio-temporali, non si può negare che, alla fin dei conti, il cespite sul quale gravano i diritti dei multiproprietari risulta materialmente unico. E tale unicità si ripresenterà in tutta la sua forza ogni qual volta avrà luogo un fenomeno che coinvolge il bene e che necessita di regolamentazione. Si pensi ad un'ipotesi semplice: si danneggia uno dei condotti dell'impianto idraulico che serve il bene; una riparazione, ad opera di ogni multiproprietario, della frazione spazio-temporale del condotto di sua competenza risulta ovviamente impraticabile: ciò perché non esiste alcuna

59 De CUPIS A.: "La durata della proprietà", cit., p. 194; Campanile T., Crivellari F., Genghini L.: *I diritti reali*, CEDAM, Padova, 2011, p. 252.

60 Confortini M.: "Multiproprietà", cit., p. 5.

61 Alpa G., Iasiello M.: *La multiproprietà*, cit., p. 8.

frazione spazio-temporale del condotto, che rimane unico nonostante il suo godimento venga turnariamente attribuito a più soggetti.

In conclusione, è certamente giusto porre l'accento sull'importanza rivestita, all'interno del fenomeno multiproprietario, dal coefficiente temporale, ma va evidenziato come tale coefficiente non costituisca un modo d'essere delle cose, ponendosi piuttosto quale caratteristica dell'atteggiamento dell'uomo nei loro confronti.

Del resto, ogni qual volta il diritto delle res prende in considerazione il fattore cronologico, lo ricollega ad un comportamento umano. Si pensi agli istituti dell'usucapione e della prescrizione: in entrambi i casi il decorso del tempo – che conduce rispettivamente all'acquisto o alla perdita del diritto – risulta connesso ad una condotta o ad un'inerzia dell'uomo. Così, anche nella multiproprietà, il fattore temporale ha riguardo alle modalità di esercizio del diritto e non già al bene che ne costituisce l'oggetto: la suddivisione cronologica del godimento, allora, non incide sull'identità del bene – che rimane unitaria fin quando è unitaria la sua determinazione spaziale – ma solo sul modo di rapportarsi ad esso[62].

III. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I limiti dei vari tentativi di spiegazione del fenomeno multiproprietario rendono opportuna una più approfondita riflessione sulla compatibilità di tale figura con lo schema della comunione, onde valutare se le peculiarità caratterizzanti le due fattispecie siano talmente contrastanti da impedire un qualsiasi loro accostamento. La comparazione tra i due istituti andrà condotta sulla base dei soli elementi essenziali, tralasciando quelli che, sia pur ricorrenti, assumono un carattere meramente accidentale.

Per quanto concerne la comunione, va innanzitutto rammentato che quello delineato agli artt. 1100 ss. c.c. non costituisce l'unico modello possibile di comunione. La predetta disciplina, infatti, ha natura pienamente dispositiva, trovando attuazione solo «se il titolo o la legge non dispone diversamente» (art. 1100 c.c.). Ne consegue che non tutte le regole contenute in tale corpus sono destinate a trovare necessaria applicazione nella contitolarità dei diritti reali. Del resto, la stessa legge prevede ipotesi di comunioni speciali, che si sottraggono variamente all'operatività del predetto articolato.

Ciò premesso, ai fini della presente riflessione, è necessario determinare quali, tra le predette regole, sanciscano caratteri fondamentali della comunione, tali da

62 Bianca C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 399.

trovare corrispondenza in qualsiasi sua tipologia e da non poter difettare, se non a costo di annullare la stessa configurabilità dell'istituto.

Sicuramente connaturato all'idea di comunione è il concetto di quota: qualsiasi modello di contitolarità di diritti su beni deve recare l'indicazione della misura di partecipazione. Essa, da un lato, consente di quantificare i poteri spettanti ad ogni compartecipe, dall'altro, permette di individuare la frazione di diritto esclusivo cui lo stesso avrà titolo in caso di scioglimento della comunione.

Altro elemento indefettibile della comunione è il meccanismo dell'accrescimento. La contitolarità dei diritti reali è caratterizzata dalla potenzialità dello ius spettante ad ogni soggetto di estendersi all'intero. La limitazione dello stesso, in altri termini, non è ascrivibile a sue caratteristiche intrinseche, ma è dovuta alla presenza di analoghi diritti insistenti sul medesimo oggetto: venuti meno tali diritti, esso si espanderà in misura proporzionale alla sua originaria consistenza.

Un ulteriore connotato essenziale dell'istituto è rappresentato dalla sua astratta temporaneità. Il legislatore, infatti, si è tradizionalmente mostrato ostile a qualsiasi limitazione dei diritti reali. Basti pensare alla normativa dettata in materia di usufrutto, uso ed abitazione, che devono rivestire durata necessariamente limitata. Lo stesso principio muove la conformazione giuridica della comunione, anch'essa limitazione del diritto di (esclusiva) proprietà. Con riferimento a tale situazione, tuttavia, il legislatore non ha sancito un vero e proprio obbligo di temporaneità, preferendo lasciare ai privati la valutazione circa la convenienza del mantenimento dello status quo. Al contempo, ha stabilito che tale status non possa essere a priori configurato come perpetuo, dovendo essere lasciata in ogni momento la possibilità di operare tale valutazione, con la sola tolleranza di un periodo massimo decennale: la norma di cui all'art. 1111, co. 2, c.c. costituisce espressione di un principio generale ed assume pertanto valore imperativo, come emerge dal suo tenore letterale.

Al contrario, non è da considerare elemento necessario della comunione l'utilizzo promiscuo del bene ad opera dei compartecipi. Questi ultimi, infatti, possono regolare come meglio credono le modalità di utilizzazione della res. In particolare, va rilevato che, nelle ipotesi in cui la stessa presenti dimensioni ridotte, un suo uso indifferenziato si rivelerebbe particolarmente sconveniente per i contitolari e che, in ogni caso, la definizione di un sistema di turni si palesa come uno dei possibili modi di organizzazione del godimento di beni in forma collettiva.

Passando all'analisi della multiproprietà, va innanzitutto segnalato che essa, di norma, costituisce il frutto di autonome iniziative imprenditoriali: la fattispecie è stata nel tempo colorata di una serie di sfumature, le quali, lungi dal costituire elementi giuridicamente qualificanti della stessa, si configurano come semplici

espedienti utilizzati dai professionisti per la tutela dei propri interessi. Anche con riferimento a tale figura, pertanto, occorrerà procedere all'individuazione dei requisiti minimi che devono ricorrere ai fini della sua rappresentazione sul piano del diritto.

Al pari della comunione, la multiproprietà è caratterizzata dalla suddivisione del diritto in quote: versandosi in una situazione di complessità soggettiva, anche in tal caso è necessario individuare il quantum del potere spettante a ciascun individuo. In via del tutto peculiare, nella fattispecie l'entità delle quote risulta commisurata al fattore cronologico, dipendendo dalla durata e soprattutto dal tipo di periodo nel quale il turnista può esercitare il proprio godimento.

Tra gli aspetti fondamentali dell'istituto va annoverata anche la perenne indivisibilità cui è soggetto il relativo bene. Tale requisito, sancito nei regolamenti sotto forma di rinuncia da parte dei turnisti alla facoltà di chiedere la divisione, è volto a salvaguardare la stabilità dell'operazione, necessariamente legata alla permanenza della cosa in una situazione di pluri-appartenenza.

Il vero elemento specializzante della multiproprietà è, però, rappresentato dalla turnarietà del godimento: è proprio tale circostanza a definire la fattispecie ed a renderla differente da qualsiasi altra forma di appartenenza conosciuta nel nostro ordinamento.

Come anticipato, la contrattualistica in materia di multiproprietà prevede quasi sempre la rinuncia, ad opera dei multiproprietari, alla facoltà di abbandono del proprio diritto: ciò al fine di evitare l'operatività dell'accrescimento e, quindi, l'inasprimento degli oneri gravanti in capo agli altri turnisti per la gestione del bene. A ben vedere, il divieto in esame, per quanto diffuso, non contribuisce a qualificare l'istituto, che rimane tale anche qualora dovesse essere riconosciuta ai multiproprietari la possibilità di procedere ad un'abdicazione del diritto.

Appare opportuna una distinzione tra le due fattispecie: da un lato, l'abbandono liberatorio, facoltà tipica di qualunque situazione reale; dall'altro, l'accrescimento, conseguenza dell'abbandono ed effetto tipico delle sole situazioni di contitolarità.

L'abbandono liberatorio costituisce un mezzo accordato al titolare di qualsiasi ius in re per dismettere lo stesso. Esso non costituisce un unicum della comunione: in tale campo, la sua ammissibilità viene semplicemente ribadita (art. 1104, co. 1, c.c.), in considerazione dei peculiari effetti che ne conseguono. Pertanto, negare la facoltà, per il multiproprietario, di rinunziare al proprio diritto equivale a negare la natura reale del diritto medesimo. Un siffatto divieto sarebbe ammissibile per le sole situazioni di natura obbligatoria, come tali costituite sia da diritti che da doveri. In tale prospettiva, le clausole che vietano un'abdicazione del diritto di

multiproprietà sono da considerarsi radicalmente illegittime: e ciò non perché si è in presenza di un diritto reale in comunione ma, ancor prima, perché si è in presenza di un diritto reale tout court.

Una volta affermata la piena legittimità dell'abbandono liberatorio da parte del multiproprietario, occorre spostare l'attenzione sull'effetto dell'accrescimento, tipico della comunione. Non si vede perché tale meccanismo non possa operare con riferimento alla multiproprietà. Vero è che la materiale ripartizione della pars derelicta tra i multiproprietari "superstiti" presenta una serie di difficoltà di ordine pratico, ma tale inconveniente non può assurgere ad elemento di neutralizzazione dello ius adcrescendi. Una volta abbandonata, la quota entrerà automaticamente nella sfera giuridica dei rimanenti multiproprietari, in misura proporzionale alla quota dagli stessi già posseduta: sarà un problema successivo, di ordine eminentemente pratico e non giuridico, quello del concreto sfruttamento della "nuova" frazione temporale.

Dalle predette considerazioni emerge che non tutte le incompatibilità rilevate fra i due istituti si rivelano effettivamente sussistenti: non vi è nessun contrasto circa la suddivisione del diritto in quote, dal momento che tale requisito ricorre in entrambe le fattispecie; non vi è contrapposizione alcuna con riferimento alle modalità di utilizzazione del bene, considerato che la turnarietà, tipica della figura multiproprietaria, può costituire la regola anche nella comunione ordinaria; non vi è inconciliabilità in relazione al fenomeno dell'accrescimento, dato che l'abbandono liberatorio (suo presupposto) deve necessariamente trovare applicazione anche con riferimento alla multiproprietà.

Alla fin dei conti, i tanto decantati profili di inconciliabilità fra le due figure si riducono ad uno solo: quello del rapporto tra l'indivisibilità del bene in multiproprietà ed il favor divisionis che pervade la disciplina della comunione.

In merito, occorre ricordare che lo stesso codice prevede l'impossibilità di chiedere lo scioglimento della comunione «quando si tratta di cose che, se divise, cesserebbero di servire all'uso cui sono destinate» (art. 1112 c.c.). Il legislatore, dunque, non ha correlato l'indivisibilità del bene a fattori di ordine materiale: da un punto di vista oggettivo, qualsiasi cosa in natura è astrattamente suscettibile di frazionamento. A volte, però, tale frazionamento rischia di compromettere l'utilità che la cosa è suscettibile di fornire, per cui la sua ammissibilità viene respinta a priori dall'ordinamento: si può parlare, al riguardo, di "indivisibilità funzionale".

La predetta indivisibilità funzionale è proprio ciò che contraddistingue il bene in multiproprietà. Tale ipotesi risulta generalmente caratterizzata dalla presenza di un'ampia schiera di comproprietari: in un simile contesto, una divisione della cosa si tradurrebbe nell'assegnazione, a ciascuno di essi, di una porzione infinitesimale,

insuscettibile di fornire la medesima utilità un tempo fornita dal bene nella sua interezza.

In conclusione, l'indivisibilità del bene in multiproprietà non è da ascrivere ad alcun un accordo delle parti, né ad un vincolo impresso allo stesso dai privati: essa discende direttamente dalla funzione obiettiva cui il bene è preordinato.

È d'uopo un'ultima considerazione di carattere positivo. In precedenza, si è più volte criticato l'atteggiamento del legislatore nazionale il quale, con riferimento al fenomeno multiproprietario, si è sempre astenuto dal prendere una posizione in merito al suo inquadramento.

Un tentativo definitorio in tal senso – forse non pienamente consapevole – viene oggi offerto dalla normativa in tema di condominio negli edifici, riformata dalla l. 11 dicembre 2012, n. 220[63]. L'art. 1117 c.c., come novellato, prima di procedere all'elencazione delle parti del complesso immobiliare oggetto di proprietà comune, parla di «proprietari delle singole unità immobiliari dell'edificio, anche se aventi diritto a godimento periodico».

Il tenore della norma permette, innanzitutto, di chiarire un punto: il diritto del dominus può essere caratterizzato anche da una periodicità nel godimento. Tale circostanza consente, dunque, di superare in pieno quei tentativi dogmatici volti a ridurre la multiproprietà alla stregua di un diritto reale minore o di un diritto personale di godimento.

A ben vedere, la summenzionata disposizione costituisce anche un addentellato normativo per la riconduzione della multiproprietà nello schema della comunione. Posto che i proprietari aventi diritto a godimento periodico delle unità immobiliari risultano condòmini delle parti comuni dell'edificio in cui le stesse sono ubicate e posto che il condominio non è che una forma di speciale di comproprietà, ne consegue che, a fortiori, gli stessi versano in una situazione di contitolarità anche con riferimento ai singoli appartamenti: se il multiproprietario, per espressa disposizione di legge, è comproprietario delle parti comuni dello stabile, non si vede per quale motivo non possa esserlo anche con riferimento alla singola unità abitativa.

In definitiva, può affermarsi che la multiproprietà costituisce una forma di comunione dell'unico diritto di proprietà sull'unico bene. Si tratta, ovviamente, di una comunione peculiare, non perfettamente coincidente con quella delineata dal legislatore codicistico. Tale peculiarità risulta pienamente legittima: ampi, infatti, sono i margini che, nell'ambito della contitolarità dei diritti reali, la legge riconosce

63 In tal senso, anche Celeste A., Scarpa A.: *Riforma del Condominio*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 7; Scrima A.: "Le parti comuni", in R. Triola (a cura di), *Il nuovo condominio*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 59.

ai privati, legittimati a regolare tali situazioni nella maniera più rispondente ai propri interessi. Riprendendo le parole di autorevole dottrina[64], può concludersi che «i connotati della multiproprietà immobiliare valgono certamente a specializzare la comunione, ma non a negare la ricorrenza di tale figura».

64 Bianca C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 397.

BIBLIOGRAFIA

Allara, M.: "La proprietà temporanea", *Circolo giuridico*, 1929, p. 6 ss.

Alpa, G.: *La multiproprietà. Aspetti giuridici della proprietà turnaria e della proprietà turistico-alberghiera*, Zanichelli, Bologna, 1983

Alpa, G., Iasiello M.: *La multiproprietà*, CEDAM, Padova, 1993

Alpa, G.: "Aspetti e problemi attuali della multiproprietà", *Giustizia civile*, 1983, p. 93 ss.

Barassi, L.: *Proprietà e comproprietà*, Giuffrè, Milano, 1951

Barbero, D.: *Sistema istituzionale del diritto privato*, II, UTET, Torino, 1962

Bellelli ,A., Cianci A.G.: *Beni e situazioni giuridiche di appartenenza: tra diritti reali e* new properties, Giappichelli, Torino, 2008

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Giuffrè, Milano, 2017

Calice, E.: *Vendite di diritti di «godimento ripartito» di beni immobili: formalismo e tutela dell'acquirente*, Giappichelli, Torino, 2006

Calliano, O.: "La multiproprietà", in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, VII, *Proprietà*, I, UTET, Torino, 1982, p. 240 ss.

Calò E., Corda T.A.: *La multiproprietà*, Stamperia nazionale, Roma, 1984

Campanile T., Crivellari F., Genghini L.: *I diritti reali*, CEDAM, Padova, 2011

Caselli, G.: *La multiproprietà. Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1983

Celeste, A., Scarpa, A.: *Riforma del Condominio*, Giuffrè, Milano, 2012

Chiodi, A.: "La multiproprietà immobiliare dopo vent'anni: una rassegna critica delle opinioni e dei problemi", *Giurisprudenza italiana*, p. 86 ss.

Confortini, M.: "Multiproprietà" (voce), in *Enciclopedia giuridica*, XX, Treccani, Roma, 1990

Confortini, M.: *La multiproprietà*, CEDAM, Padova, 1983

Costantino, M.: "Intervento", in L. Barbiera (a cura di), *Multiproprietà: confronto a più voci*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 170 ss.

De, Cupis A.: "Multiproprietà e comproprietà", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, p. 1024 ss.

De Cupis, A.: "La durata della proprietà turnaria", *Giurisprudenza italiana*, 1983, p. 193 ss.

Drudi, A.M.: "Multiproprietà", *Contratto e impresa*, p. 243 ss.

Errani, G.: "Il diritto del multiproprietario e la sua rinunziabilità", *Corriere giuridico*, 2020, p. 785 ss.

Fadda, M.L.: "Il problema della multiproprietà", *Vita notarile*, 1984, p. 752 ss.

Florit, R.: *La multiproprietà*, Giappichelli, Torino, 2002

Fragali, M.: *La comunione*, Giuffrè, Milano, 1973

Galgano, F.: *Trattato di diritto civile*, I, CEDAM, Padova, 2010

Gazzoni, F.: *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2019

Gorla, G.: *La compravendita e la permuta*, UTET, Torino, 1937

Granelli, C.: "Le cosiddette vendite in multiproprietà", *Rivista di diritto civile*, 1979, p. 686 ss.

Guizzi, G.: "In tema di rinuncia alla multiproprietà immobiliare", *Rivista del notariato*, 2014, p. 875 ss.

Lanzillo, R.: "Le varie forme di multiproprietà. Prospettive d'indagine", *Rivista di diritto commerciale*, 1983, p. 317 ss.

Lascialfari, M.: "Rinuncio a tutto, ma non alla multiproprietà", *Giustizia civile*, 2020, p. 10 ss.

Lezza A., Selvarolo, S.G.: "Un modello di proprietà: la 'multiproprietà'", *Rivista giuridica dell'edilizia,* 1977, p. 17 ss.;

Maiorca, C.: *La cosa in senso giuridico*, ESI, Napoli, 1981

Marasco, P.G.: "Multiproprietà", *Contratto e impresa*, 2000, p. 1036 ss.

Mazzamuto, S.: "La multiproprietà", in C. Castronovo, S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 73 ss.

Messinetti, D.: *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Giuffrè, Milano, 1970

Minussi, D.: "Multiproprietà tra modello reale e societario", *Corriere Giuridico*, 1992, p. 227 ss.

Morello, U.: *Multiproprietà e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1984

Morello, U.: "Multiproprietà" (voce), in *Novissimo Digesto - Discipline privatistiche, Sezione civile*, XI, 1994, p. 490 ss.

Natucci, A.: *La tipicità dei diritti reali*, CEDAM, Padova, 1988.

Pastore, D., Re, A.: "La multiproprietà: problemi e prospettive", *Rivista del notariato*, 2000, p. 851 ss.

Pelosi, A.C.: *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Giuffrè, Milano, 1975

Pelosi, A.C.: "La multiproprietà tra comunione e proprietà temporanea", *Rivista di diritto civile*, 1983, p. 464 ss.

Perfetti, M.: "Multiproprietà e comunione. Questione ancora aperta", *Giurisprudenza italiana*, 1985, p. 400 ss.

Petrone, M., *Multiproprietà. Individuazione dell'oggetto e schemi reali tipici*, Giuffrè, Milano, 1985

Quadri, E.: "Intervento", in L. Barbiera (a cura di), *Multiproprietà: confronto a più voci*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 72 ss.

Sangiorgi, S.: *Multiproprietà immobiliare e funzione del contratto*, Jovene, Napoli, 1983

Santoro-Passarelli, F.: "Multiproprietà e comproprietà", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, p. 19 ss.

Scardigno, M.S.: "Multiproprietà", in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, VII, *Proprietà*, I, UTET, Torino, 2005, p. 273 ss.

Scrima, A.: "Le parti comuni", in R. Triola (a cura di), *Il nuovo condominio*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 43 ss.

Tassoni, G., *I diritti a tempo parziale su beni immobili. Un contributo allo studio della multiproprietà*, CEDAM, Padova, 1999

TRIMARCHI, M.: "La multiproprietà", in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XXVI, Giappichelli, Torino, 2000, p. 245 ss.

VINCENTI, U.: *Multiproprietà immobiliare. La multiproprietà come tipo di comunione*, CEDAM, Padova, 1992.

LA FACULTAD DOMINICAL DE EXCLUSIÓN Y EL CIERRE DE FINCAS (DE LA SENCILLA EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 388 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL A SU COMPLEJA Y HETEROGÉNEA APLICACIÓN PRÁCTICA)*

THE OWNER'S RIGHT OF EXCLUSION AND THE LANDS FENCE (THE UNCOMPLICATED INTERPRETATION OF ARTICLE 388 OF THE SPANISH CIVIL CODE AND ITS COMPLEX AND HETEROGENEOUS APPLICATION IN PRACTICE)

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2698-2733

Estudio enmarcado en el Proyecto de Investigación "Discrecionalidad judicial y debido proceso", PID2019-105841RB-C21, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Programa estatal I+D+i Retos)

Pilar
GUTIÉRREZ
SANTIAGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Dentro del haz de facultades integrantes del dominio y como concreta manifestación de la facultad de exclusión en su vertiente preventiva, el art. 388 del CC español reconoce al propietario el derecho a cerrar o cercar sus heredades. Tras examinar las concomitancias y diferencias del cierre con las figuras distintas del deslinde y el amojonamiento, el presente estudio aborda, desde una perspectiva teórico-práctica, los múltiples problemas interpretativos que, pese a su sencilla redacción, plantea el citado precepto: el objeto del cierre (fincas tanto rústicas como urbanas), la legitimación activa para su práctica, los variopintos medios o formas de cerrar una finca (contemplados por el art. 388 como numerus apertus y entre los que, junto a obras y elementos materiales de cerramiento, la jurisprudencia admite los llamados cierres «simbólicos») o la exigencia de respeto a las servidumbres. A ello se suma el análisis de la correlación del cierre con el ejercicio de diversas acciones reales (reivindicatoria, declarativa, confesoria, negatoria, posesoria,…), los eventuales conflictos por invasión del dominio público, así como las exigencias urbanísticas y las limitaciones al cierre establecidas, por razones de orden público, en la normativa administrativa reguladora de la ordenación del suelo y la protección paisajística y medioambiental.

PALABRAS CLAVE: Facultad dominical de exclusión y cierre de fincas; deslinde y amojonamiento; vallado y obras de cerramiento; terrenos cercados y cotos de caza; autorizaciones administrativas y licencias de cierre; servidumbres, distancias mínimas y limitaciones urbanísticas al cierre; eventual deber de cerrar las fincas.

ABSTRACT: *Within the set of powers that make up the property and as a concrete manifestation of the right of exclusion in its preventive aspect, art. 388 of the Spanish Civil Code recognizes the owner the right to fence their lands. After examining the concomitances and differences between the fence and the figures other than demarcation and cairn placement, the present study analyzes, from a theoretical-practical perspective, the various interpretive problems that, despite its simple redaction, the aforementioned precept possesses: the object of the fence (rural and urban lands), the active legitimation for its practice, the varied means or forms of fencing a land (openly contemplated by art. 388 and among which, together with works and material elements of fence, the jurisprudence admits the so-called "symbolic" fences) or the requirement of respect for serfdoms. To this is added the analysis of the correlation of the fence with the exercise of various real actions (claiming, declaratory, confessing, denying, possessory,...), the possible conflicts due to invasion of the public domain, as well as the urban requirements and the limitations to the fencing established, for reasons of public order, in the administrative regulations governing land planning and landscape and environmental protection.*

KEY WORDS: *Owner's right of exclusion and land's fence; demarcation and cairn placement; fencing and enclosure works; fenced land and hunting grounds; administrative authorizations and fencing licenses; serfdoms, minimum distances and urban limitations of the fence; possible obligation to fence the lands.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.- II. LA FACULTAD DE CERRAR LAS FINCAS: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL.- 1. Acepción legal y naturaleza del cierre de fincas.- 2. Distinción de figuras afines. - A) Cierre de fincas y deslinde.- B) Cierre de fincas y amojonamiento.- III. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EL CIERRE DE FINCAS.- 1. Propietarios vs. titulares de otros derechos reales y poseedores en general.- 2. Cierre de fincas en copropiedad y en régimen de propiedad horizontal.- IV. LA FINCA COMO OBJETO DEL CIERRE-. 1. Fincas rústicas y fincas urbanas-. 2. Fincas privadas y bienes de dominio público.- V. MEDIOS DE CIERRE: NUMERUS APERTUS Y DIVERSIDAD DE FORMAS DE CERRAR UNA FINCA.- 1. Obras y elementos materiales de cerramiento.- A) Elenco jurisprudencial.- B) Restricciones a las características físicas del cierre: remisión a otro lugar.- 2. Cierres «simbólicos».- VI. EJERCICIO DE LA FACULTAD DE CIERRE.- 1. Práctica del cierre, acción de cierre y su frecuente subsunción en una acción negatoria.- 2. Cierre de fincas vs. acciones reivindicatoria, declarativa de dominio, de deslinde, confesoria y posesorias.- VII. LÍMITES AL DERECHO DE CIERRE.- 1. Servidumbres y limitaciones legales del dominio.- A) Respeto a las servidumbres preexistentes al cierre y posibilidad de ulterior constitución de servidumbres forzosas.- B) Límites al cierre de fincas por razón de las llamadas servidumbres legales.- 2. Cierre de fincas e intereses de orden público: exigencias urbanísticas, de ordenación legal del suelo y de protección de la biodiversidad- A) Distancias mínimas y protección paisajística y medioambiental.- B) Autorizaciones administrativas y licencia de obras de cerramiento.- VIII. EL CIERRE DE FINCAS COMO EVENTUAL DEBER DEL PROPIETARIO.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

Es lugar común que entre las facultades típicas que integran el contenido del derecho de propiedad -entendido éste en su sentido clásico (art. 348 CC) y sin ahondar aquí en la diversificación, evolución y mutaciones experimentadas por el propio concepto de propiedad a raíz de su "constitucionalización" (ex art. 33 CE)[1]- se encuentra la denominada *facultad de exclusión*, el poder del dueño de realizar aquellas actividades encaminadas a poner la cosa objeto de su dominio en situación tal que venga a *excluir a los demás* del goce de la misma. Asimismo es ya un tópico que el ejemplo por antonomasia o la manifestación paradigmática de esa facultad, en su concreta dimensión preventiva, reside en el art. 388 CC y en el derecho que este precepto confiere al propietario a *cerrar* sus fincas[2].

1 Sobre la metamorfosis del tradicional concepto liberal e individualista de propiedad, la proliferación de leyes especiales que afectan a la propiedad de determinados bienes –pluralidad y diversificación de regímenes que ha llevado a que, más que de "propiedad", se pase a hablar de "propiedades" y a predicar la "flexibilidad o plasticidad actual del dominio" (STC 26 marzo 1987 [RTC 1987, 37])- y acerca de la incorporación de la "función social" de la propiedad como elemento integrante de su propio contenido (SSTC 18 noviembre 2004 [RTC 2004, 204], 5 abril 2006 [RTC 2006, 112]), me permito remitir a lo que he escrito anteriormente sobre el tema en Gutiérrez Santiago, P.: "La constitucionalización del Derecho Civil", en *Principios jurídicos. Análisis y crítica* (coord. F. Carbonell/R. Letelier/R. Coloma), Thomson Reuters-Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2011, pp. 209ss. (y en *Estudios de Derecho*, Universidad de Antioquia-Medellín, núm.151, 2011, pp. 58ss.).

2 La mención expresa del derecho a cerrar las fincas como supuesto por excelencia de la facultad dominical de exclusión puede encontrarse, p.ej., en Lacruz Berdejo, J.L. (*et. al.*): *Elementos de Derecho Civil*, III-1º, 3ª ed. revisada y puesta al día por A. Luna, Dykinson, Madrid, 2008, p. 282; Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 916; De Salas Murillo, S.: *El deslinde de fincas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 30.

• Pilar Gutiérrez Santiago
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de León (España). Correo electrónico: mpguts@unileon.es

En contraste con la copiosa literatura jurídica destinada a analizar con detenimiento otras facultades dominicales distintas -como, señaladamente, las principalísimas potestades de goce y disfrute de la cosa y de disposición de la misma (art. 348.1 CC)-, es ciertamente escasa y muy limitada la atención científica que, con contadas excepciones[3], la doctrina viene a prestar a la facultad de exclusión ejercitada por el dueño mediante el cierre de fincas. La praxis cotidiana, sin embargo, da cuenta de que su aplicación práctica es fuente inagotable de conflictos y, como fiel reflejo de ello, los repertorios jurisprudenciales estén repletos de resoluciones judiciales que zanjan controversias suscitadas, ya directamente ya mediatamente, por el cerramiento de una finca. A la luz de tan vasto y nutrido banco de pruebas, en el presente artículo trataremos, pues, de poner en evidencia cómo la aparentemente diáfana inteligencia del art. 388 CC y la sencillez de su interpretación desde un plano puramente *teórico* se ven ampliamente superadas por la compleja y sumamente heterogénea litigiosidad existente en la materia a la hora de llevar a la realidad la operatividad y funcionamiento de dicha norma.

Obviamente, el grueso de los pleitos (tanto en términos cuantitativos como cualitativos) se halla incardinado en sede estrictamente *civil*; si bien, ya en este ámbito, es preciso advertir, de una parte, que los problemas sustantivos que se suscitan -junto a algunos de orden procesal- no siempre se circunscriben de modo exclusivo a la lacónica regulación codicial del cierre de fincas por el citado art. 388 CC -o, en su caso, por los preceptos "homólogos" que algunos Derechos forales dedican al tema-, sino que a menudo se ven involucradas leyes civiles e*speciale*s (de propiedad horizontal, de arrendamientos rústicos, legislación de caza, etc.) que, de forma sectorial y colateralmente, contienen previsiones en orden al cerramiento de las fincas. Asimismo conviene anticipar, de otra parte, que el núcleo de la problemática civil que abordaremos y que con mayor frecuencia se plantea a pie de juzgado se ubica, como es lógico, en la categoría general de los «*Derechos reales*» -en la órbita de la posesión, la propiedad y los derechos limitados o en cosa ajena-, lo que conducirá a tomar partido en las discusiones doctrinales acerca del mayor o menor grado de extensión de la legitimación activa para proceder al cierre de una finca o en las que conciernen al propio bien inmueble objeto del cerramiento o a los medios para materializar éste, y reclamará el análisis de cuestiones tales como las concomitancias y diferencias del cierre de fincas con las figuras "afines" del deslinde y el amojonamiento, el obligado respeto a posibles derechos de servidumbre o limitaciones legales del dominio, la forma de cohonestar la facultad de cierre con la tutela sumaria de la posesión o el ejercicio de acciones reales como la reivindicatoria, declarativa del dominio, negatoria, confesoria, etc. Sin embargo, además de ello, tampoco son ajenos a la interpretación del art. 388 CC

3 *Vid.* González García, J.: *La facultad de exclusión del propietario*, Universidad de Granada, 1986; Cosialls Ubach, A.M.: "Reflexiones sobre la facultad de exclusión en la propiedad privada", en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Vol.I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 713-746.

determinados asuntos propios del *Derecho de daños*; supuestos de responsabilidad civil extracontractual que aparecen principalmente -aunque no solo[4]- al hilo de accidentes de circulación motivados por animales que irrumpen en la calzada al escapar de cotos de caza no cercados[5], planteándose así la eventual configuración del cierre de fincas no ya como derecho (*rectius*, facultad) sino como una suerte de deber u obligación.

Pero, aún hay más. Situados ya extramuros de la esfera civil, el art. 388 CC constituye también campo abonado para el examen de las importantes implicaciones jurídico-públicas que pueden derivar del cerramiento de una finca; problemática de orden *administrativo*, cuyo rico y plural abanico comprende cuestiones tan variopintas como las atinentes a la licencia de las obras de cierre u otros títulos habilitantes para realizarlas, pasando por conflictos derivados de la invasión del dominio público (ya en zonas de servidumbre de carreteras, ya del dominio público hidráulico, costero, etc.), hasta el elenco de limitaciones al cerramiento de una finca por razones paisajísticas, de protección de la fauna o la flora o muy diversas exigencias urbanísticas. Incluso cabe apuntar, siquiera de modo tangencial, la repercusión que el mentado art. 388 CC pueda llegar a desplegar en la esfera *penal*, ocasionalmente en relación a delitos contra la libertad (*v.gr.* coacciones leves[6]), y con más frecuencia en materia de tipos delictivos de

4 *Vid*. p.ej. la SAP Madrid 21 febrero 2000 (JUR 2000, 216142), que desestimó la reclamación de responsabilidad civil por daños ejercitada por el dueño de la finca contigua a la vallada, afirmando que si el art. 388 CC permite a todo propietario cercar o cerrar sus heredades, "*consecuente y lógicamente, también le faculta a la realización de los actos contrarios de suprimir los cerramientos*", por lo que, estando los postes, la alambrada y plantación de madreselva que separan las fincas construidos o plantados en terreno propiedad del demandado, y siendo este dueño de dicho seto vivo y obra de cierre, entra dentro de sus facultades dominicales la acción realizada de arrancar la plantación y derribar la alambrada.

5 *Vid*. p.ej. la SAP Barcelona 4 mayo 2011 (AC 2011, 535) que, en un accidente de circulación (con importantes daños en el vehículo siniestrado) motivado por la irrupción en la calzada de un jabalí procedente de un coto de caza, desestimó la existencia de responsabilidad al considerarse que *la ausencia de cercado o vallado* "*no implicaba una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado*" -*ex* Disp. Adicional 9ª introducida por Ley 17/2005 en la primitiva Ley de Tráfico de 1990, hoy derogada por el TR de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (RD Legisl. 6/2015, *vid.* Disp. Adicional 7ª)-. En igual sentido, *vid*. entre otras muchas, SS. AP Huelva 13 noviembre 2015 (JUR 2016, 29534) y Barcelona 17 noviembre 2015 (JUR 2016, 9831).

6 *Cfr.* SS. AP Ciudad Real 7 mayo 2021 (JUR 2021, 229934) y Albacete 23 septiembre 2019 (JUR 2019, 327004), en aplicación del vigente art. 172.3 CP.

cariz patrimonial: entre otros[7], delitos de daños[8], delitos sobre la ordenación del territorio[9] y, sobre todo, a efectos distintivos entre robo y hurto[10].

II. LA FACULTAD DE CERRAR LAS FINCAS: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL.

1. Acepción legal y naturaleza del cierre de fincas.

Dentro del Título II, Libro II del Código Civil español, y acto seguido de la disciplina normativa sobre el deslinde y el amojonamiento (arts. 384 a 387), el Capítulo IV -rubricado «*Del derecho de cerrar las fincas rústicas*»- dedica a este tema tan solo un precepto, el artículo 388, cuyo tenor literal es el siguiente: "Todo propietario podrá cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos, o de cualquier otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas"[11].

7 *Vid.* p.ej. la SAP Álava 16 julio 1998 (ARP 1998, 3803) que, en relación con el art. 246 CP que tipifica la acción de "alterar términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos", afirma que "dicha conducta alcanza su razón de ser en el propio Código Civil cuando señala que todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad (art. 384) y a cerrar o cercar su heredad (art. 388)". *Cfr.* también la SAP Asturias 30 octubre 1998 (ARP 1998, 5004), desestimatoria de la existencia de una "usurpación de lindes" al no estar probado que el denunciado, al quitar el seto vivo y poner en su lugar una valla de estacas y alambre, alterase el término, linde, límite o mojón divisorio de ambas fincas ni invadiera la finca ajena; *arrancamiento de la sebe y su sustitución por la valla que realizó "en ejercicio de su derecho (que no es otro que el del art. 388 CC)*".

8 *Vid.* la SAP Alicante 24 marzo 2014 (JUR 2014, 198969), *ex* art. 263.1 CP, en relación con la acción de tumbar una valla.

9 *Vid.* la STS Sala 2ª 11 febrero 2021 (RJ 2021, 466), que aplicó el art. 319 CP ("construcción no autorizada en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor ecológico") en relación con la ejecución en un espacio natural catalogado como protegido de obras de cerramiento mediante un vallado de 3 m. de altura con basamento de piedra que impedían la circulación de la fauna silvestre y producían una afectación del paisaje, invadiendo además una vía pecuaria, así como la zona de policía y la zona de servidumbre de un río. *Cfr.* también SAP Cádiz 4 febrero 2021 (JUR 2021, 245367).

10 A la luz del art. 388 CC nuestros tribunales penales vienen interpretando mayoritariamente (*vid.* en contra STS 21 abril 1999 [RJ 1999, 3317]) que la sustracción efectuada debe tipificarse tan solo como hurto, y no como robo con fuerza en las cosas por "rompimiento de *pared*" en el sentido que exige el art. 238.2º CP (ni tampoco por "escalamiento"), cuando para entrar en la propiedad privada ajena se procede a "agujerear una red o tela metálica de cierre" (SAP Málaga 25 julio 2011 [ARP 2013, 382]), "cortar una alambrada de espino" (SAP Badajoz 27 octubre 2016 [JUR 2016, 244000]) o "abatir una valla" (STS 7 mayo 1992 [RJ 1992, 3756]). *Vid.* en especial, SAP Asturias 27 enero 2009 (JUR 2009, 129121).

11 El cierre de fincas se halla también regulado, si bien de forma más concisa, en el Código Civil de Cataluña (Libro Quinto, aprobado por Ley 5/2006). A tenor de su art. 544-8, "Los propietarios pueden cerrar sus fincas salvando las servidumbres que estén constituidas en las mismas" (*vid.* p.ej. SAP Barcelona 7 octubre 2008 [JUR 2009, 3844]).
El Fuero Nuevo de Navarra dedica al «Cerramiento de fincas» la Ley 348 que, en su vigente redacción por Ley foral 21/2019, establece que "Todo propietario tiene derecho a cercar sus fincas, pero deberá respetar el ejercicio de los derechos reales que existan sobre ellas. Se entenderá por finca cerrada la cercada por tapia o pared, alambrada, seto vivo o seto con palos, o de cualquier otro modo, dejando puerta, «langa», «keleta» o «kereta», conforme al uso o costumbre del lugar. Cuando se restablezca el cercado se observará lo dispuesto en la ley 368" (ley 368 reguladora de la «Reconstrucción de cerramientos»).
En el Derecho civil del País Vasco, el art. 15 Ley 5/2015 -bajo la rúbrica «Derecho de cierre de heredades y servidumbre de paso»- dispone que "El propietario tiene el derecho de cerrar la heredad que posee, pero no puede impedir el paso de los particulares para su uso no lucrativo, siempre que no utilicen vehículo alguno. Quien utilice este derecho deberá respetar los cultivos e indemnizar los daños, si los causare".

Como de forma pacífica admite toda la doctrina[12], contempla esta disposición legal una manifestación particular de la *facultad de exclusión* -en su dimensión *preventiva*- que tiene el propietario para colocar sus bienes en condiciones de que nadie pueda perturbarle en el goce de los mismos. El cerramiento o cercado de fincas constituye, pues, una forma de ejercicio del *ius excludendi alios* típico del dominio (SSTS Sala 1ª 14 mayo 2010[13] y 26 junio 2003[14])[15] y tiene por fin último evitar eventuales "*intromisiones ajenas*" o "*incursiones indebidas*" de terceros -como, en clásica fórmula de estilo, acostumbra a afirmar nuestra jurisprudencia menor[16]-.

2. Distinción de figuras afines.

Aunque el derecho de cerrar las fincas -manifestación típica de la facultad dominical *de exclusión*- comparte tal naturaleza con el amojonamiento y, al menos parcialmente, con el deslinde[17], su finalidad y presupuestos son, sin embargo, bien distintos de los de esas otras dos figuras. Examinemos a continuación algunas de sus más relevantes diferencias.

Ya en un ámbito más concreto, la Ley Agraria de las Islas Baleares (Ley 3/2019) dedica el art. 119 a regular los «Cerramientos de las explotaciones agrarias» y, tras señalar en el párr.1 que "El titular de una explotación agraria tiene derecho a cerrar las parcelas que la conforman, tanto para el desarrollo de la actividad ganadera como para la protección de los cultivos", puntualiza en el párr.4 que tal cerramiento "implica la imposibilidad de acceso a cualquier persona no autorizada expresamente por el titular, sin perjuicio de los derechos de paso y de servidumbres y de las excepciones previstas por razón de seguridad, policía, emergencia u otras análogas".

12 *Vid.* p.ej. Roca Juan, J.: "Com. arts. 384-388 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo), V-1º, Edersa, Madrid, 1990, pp. 479, 512; De Pablo Contreras, P.: "Com. art. 388 CC", en *Código Civil Comentado* (dir. A. Cañizares Laso/P. De Pablo/J. Orduña/R. Valpuesta), I, Civitas–Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 1529; Ruiz-Rico Ruiz, J.M./Casado Casado, B.: "Artículos 384-388 CC", en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil* (dir. M. Pasquau), I, Comares, Granada, 2009, pp. 919, 930.

13 RJ 2010, 3698

14 RJ 2003, 4310

15 Ambas Sentencias, reproduciendo lo ya establecido por las de 21 junio 1997 (RJ 1997, 4889) y 25 febrero 1984 (RJ 1984, 811), señalan de forma explícita que el *cerramiento* del art. 388 CC se integra dentro de "*la facultad de excluir*". En la llamada jurisprudencia menor, con igual o similar tenor, *vid.* entre cientos de ellas las SS. AP Cádiz 11 julio 2019 (JUR 2019, 341899), León 18 marzo 2019 (JUR 2019, 124702) y 30 julio 2019 (JUR 2019, 267313), Cáceres 15 febrero 2019 (JUR 2019, 87223) y 5 marzo 2020 (JUR 2020, 225156), Málaga 30 abril 2020 (JUR 2021, 382), Valencia 18 junio 2020 (JUR 2020, 306695) y Pontevedra 7 septiembre 2020 (AC 2020, 1326).

16 *Vid.* SS. AP Jaén 26 junio 2008 (JUR 2009, 6369) y Sevilla 19 marzo 2021 (JUR 2021, 240536).

17 Es abundantísima la jurisprudencia que de forma expresa alude a "*la facultad de excluir*, con los derechos que la integran de *deslinde* y *cerramiento* (arts. 384 y 388 Código Civil)" (SSTS Sala 1ª 14 mayo 2010 [RJ 2010, 3698] y 26 junio 2003 [RJ 2003, 4310]) y también la práctica totalidad de la doctrina considera que *el deslinde, como también el amojonamiento y el cierre de fincas*, es una manifestación de la "*facultad de exclusión*" que ostenta el propietario (*vid.* por todos, Díez-Picazo, L.: *Fundamentos...*, III, 2008, p. 916; Grimalt Servera, P.: *El deslinde entre particulares*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 24, 145). Sin embargo, en sentido discrepante Ruiz-Rico, J.M./Casado, B.: "Arts. 384-388 CC", cit., p. 919 entienden que la "conexión entre deslinde y facultad de exclusión dominical es bastante dudosa"; y De Salas, S.: *El deslinde*…, cit., pp. 30-31 matiza que "no parece adecuado considerar el deslinde manifestación *de solo una* de las facultades de la propiedad" (la de exclusión), pues sin negar que se integre en el aspecto preventivo de esta facultad de exclusión, debe reconocerse que también facilita, y en ocasiones incluso condiciona, el ejercicio de las otras posibles facultades –distintas de la de exclusión- que componen el dominio (p.ej. el libre aprovechamiento de la cosa y, sobre todo, la facultad de disposición).

A) Cierre de fincas y deslinde.

El deslinde consiste en la determinación de los límites de una finca mediante el establecimiento de líneas perimetrales ideales (lindes) que la separan de las demás fincas contiguas, individualizando así exactamente el objeto del dominio[18].

Desde esa premisa, así como el *deslinde* parte del supuesto de que los linderos son inciertos y tiende a la fijación de los límites dudosos de una finca[19], la facultad de cierre presupone, en cambio, la existencia de un linde *incontrovertido* donde nada se discute ni se duda, ni hay colisión o indeterminación del objeto del derecho entre las propiedades colindantes. Al ser, pues, condición inexcusable para su ejercicio la perfecta identificación y delimitación del fundo, cuando se plantee alguna cuestión de confusión de linderos *será necesaria la práctica de un deslinde como trámite previo* para la concesión de licencia de cierre de fincas (SSTS Sala 3ª 31 mayo 1986[20] y Sala 1ª 20 mayo 2002[21], R. DGSJFP 21 septiembre 2020[22]).

Según acertadamente advierte la doctrina, la confusión de linderos generalmente es debida a la *falta de signos externos* que determinen los confines de las fincas, a la *ausencia de signos externos de demarcación*[23]. Y de ahí que el TS haya entendido –por ejemplo, en las SS. 26 junio 2003[24] y 20 julio 2006[25]- que cuando se acredita la determinación exacta de un linde, que se fija por un muro de piedra o por un muro alto de sillería (como ocurrió, respectivamente, en los asuntos de esas dos sentencias), falla el presupuesto de la acción de deslinde[26]. Concretamente, afirmó la citada Sentencia de 26 junio 2003 que "la circunstancia de cerramiento total de la finca adquirida, racionalmente excluye toda duda sobre delimitación de linderos

18 El deslinde –afirma la STS 14 mayo 2010 (RJ 2010, 3698)- es la facultad destinada a "*lograr la individualización del predio mediante la gráfica fijación de la línea de su polígono*". *Vid.* también RR. DGRN 20 abril 2005 (RJ 2005, 5012) y 7 junio 2019 (RJ 2019, 3050).

19 Puesto que el deslinde tiene como finalidad eliminar la incertidumbre acerca de la línea divisoria que separa a una finca de sus contiguas, es obligado que, pese a no venir requerido de forma expresa por el art. 384 CC, exista una previa *confusión de linderos* (aun cuando dicha confusión solo afecte a una parte de los linderos, *ex* arts. 200.2 LH y 106.1 Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria). De tal presupuesto inexcusable se ha hecho eco la jurisprudencia en una legión de sentencias donde se subraya que solo cabe el deslinde "cuando los límites de los terrenos estuvieren confundidos de forma tal que no se pueda tener conocimiento exacto de la línea perimetral de cada propiedad, tendiendo a poner claridad en una linde incierta" (SSTS 18 mayo 2011 [RJ 2011, 3975], 10 diciembre 2013 [RJ 2014, 355]). *A sensu contrario*, "no cabe el deslinde cuando hay plena delimitación de las fincas" (STS 9 marzo 2015 [RJ 2015, 9794]), cuando al estar exactamente fijados –del modo o por la vía que fuere- los límites de la finca, ha quedado "eliminada la situación de incertidumbre respecto a su extensión superficial" (STS 14 mayo 2010 [RJ 2010, 3698]).

20 RJ 1986, 4481

21 RJ 2002, 5346

22 RJ 2020, 3871

23 *Vid.* Díez García, H.: "Com. art. 384 CC", en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 534-535; De Salas, S.: *El deslinde…*, *cit.*, pp. 45-47.

24 RJ 2003, 4310

25 RJ 2006, 4737

26 No así, en cambio, cuando dicho elemento físico no separa ambas fincas, sino que rodea las instalaciones construidas sobre una y otra (STS 10 diciembre 2013 [RJ 2014, 355]).

que fundamente la pretensión de deslinde de la demandante"; y según la Sentencia de 20 julio 2006, dado que "la finca está perfectamente delimitada por el Norte -donde se halla el terreno litigioso- por el muro de sillería, no hay, pues, nada que deslindar"[27].

Ahora bien, y por contra, en el caso de que ese signo externo hubiese sido creado por el demandado, no podría tal signo ser considerado *a priori* como elemento delimitador de las fincas colindantes, de manera que, en consecuencia, sí cabría en dicho supuesto apreciar la confusión de linderos necesaria para el deslinde. Así lo ha estimado la STS 29 septiembre 2009[28] cuando señala que la incertidumbre en los linderos y la necesidad del deslinde "no queda desvirtuada por el hecho de que uno de los colindantes haya efectuado una delimitación unilateral mediante cerramiento de lo que entiende que le corresponde, pues tal actuación no puede ser por sí definidora de su derecho". Y de igual modo lo entendieron las SSTS 14 octubre 2002[29] y 25 junio 2007[30] que, haciéndose eco de la STS 21 junio 1997[31], declararon que "la existencia del muro construido por la demandada, al no ser aceptado por la actora, ni constar en documento público ni privado alguno ni haber sido reconocido como tal judicialmente, no puede ser tenido a priori como elemento delimitador de las fincas colindantes, por lo que se da la confusión de linderos que es presupuesto de la acción de deslinde". Aplicando esa doctrina al caso de autos, la citada Sentencia de 14 octubre 2002 desestimó el motivo planteado por el recurrente ya que "valorando la confesión del demandado, el muro de hormigón que separa ambas fincas fue construido por él, unilateralmente, a fin de separarlas". Y también asumió dicha tesis para el concreto asunto litigioso la referida Sentencia de 25 junio 2007, afirmando que "los demandados han levantado *de modo unilateral una valla para delimitar su finca en la forma que han estimado conveniente*, lo que no significa certeza de dicho lindero"[32].

27 Con anterioridad, *vid.* en un sentido similar la STS 20 junio 1986 (RJ 1986, 3780) en la que se declaró que "la acción de deslinde se concibe para casos de confusión de linderos, *nunca para el caso de que los linderos se determinen en datos físicos significativos, como son, en este proceso, el camino y el muro*"; o la STS 11 julio 1988 (RJ 1988, 5607) donde se afirmó que el lindero oeste de la finca estaba "perfectamente identificado *por el muro del edificio,* y esta realidad identificativa ya hace por sí sola ineficaz la acción de deslinde ejercitada, al faltar el elemento esencial de la confusión en la línea de tangencia".
En sede de Audiencias, *vid.* en igual sentido, p.ej. la SAP Cáceres 29 septiembre 2011 (JUR 2011, 364302), o la SAP Huesca 17 marzo 2004 (JUR 2004, 112390) que desestimó la acción de deslinde al encontrarse los límites de las parcelas claramente establecidos con *muro y valla*, no habiendo pues confusión de linderos.

28 RJ 2009, 7259

29 RJ 2002, 10171

30 RJ 2007, 3547

31 RJ 1997, 4889

32 Sin embargo, tal posición en absoluto es pacífica. Así, las SSTS 26 junio 2003 (RJ 2003, 4310) y 14 mayo 2010 (RJ 2010, 3698) entendieron que "el primordial elemento de la confusión en la zona de tangencia de los predios *no se producirá, obviamente, cuando se hallan separados por instalaciones de cierre, con independencia de que la superficie abarcada se corresponda o no con la extensión objetiva del correspondiente derecho de dominio*, que constituye problema a dilucidar en contienda diversa a la suscitada con la acción de deslinde, estrictamente encaminada a precisar una línea perimetral inexistente en su exteriorización práctica".

A la luz de los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, cabe en efecto sostener que no se excluye indefectible y necesariamente la existencia de confusión de linderos por el hecho de que la finca cuente con *muros, vallas u otro tipo de cerramientos*[33]. Como bien apunta Frades[34], "aunque lo normal sea que tales elementos se construyan previa la delimitación de los confines del fundo", la existencia de cierre "no es necesariamente señal de lindero; el mero hecho de que existan elementos de cierre no excluye por sí el deslinde", a no ser que "tengan la consideración de medianeros conforme a la ley"[35] o "hayan sido establecidos con intervención de los dos propietarios –bien por convenio, bien mediante un procedimiento contradictorio-". Ciertamente, aunque en esos dos supuestos sí se verá impedido el deslinde, fuera de ellos nada garantiza que los elementos de cierre no hayan sido construidos o situados indebidamente por un solo propietario[36] en un lugar que, por error o mala fe, no se corresponda con el lindero real y que aquel haya efectuado el cerramiento –ilegítimamente- para proceder a una suerte de deslinde unilateral. Y en este punto, es obligado traer a colación la reiterada jurisprudencia según la cual *el cierre no puede servir como expediente para que el dueño de una finca proceda a deslindarla unilateralmente y por*

También en el caso resuelto por la STS 27 abril 1981 (RJ 1981, 1664) –en que *el demandado había colocado los mojones a su arbitrio y de forma unilateral*- el TS consideró que la existencia de los mismos excluía la acción de deslinde: "debe prevalecer la realidad insoslayable de la existencia de hitos o mojones en la finca de la actora, que van marcando de forma patente los contornos de la misma de manera sensible y física, lo que hace inviable la acción de deslinde ejercitada, toda vez que ante tal delimitación es imposible todo confusionismo con las fincas colindantes, sin que dicha aseveración la desvirtúe el que por el actor se atribuya dicho deslinde y colocación de mojones a la propia parte demandada, realizada a su arbitrio e invadiendo la finca del mismo, pues el deslinde tan solo acredita un hecho, pero no precisamente el derecho con el que se hagan y, de darse invasión del derecho del actor, siempre tendrá éste las acciones correspondientes para defenderlo".

33 *Vid.* p.ej. Hualde, J.J.: "Com. arts. 384-387 CC", en *Código Civil Comentado* (dir. A. Cañizares/P. De Pablo/J. Orduña/R. Valpuesta), I, Civitas–Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 1520; Ruiz-Rico, J.M./Casado, B.: "Arts. 384-388 CC", cit., pp. 921-922.

34 Frades De La Fuente, E.: "Com. arts. 384-388 CC", en *Comentarios al Código Civil* (coord. J. Rams Albesa), III, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 244-246, 249.

35 Abundando en esa referencia a la medianería, añade Frades, E.: "Com. arts. 384-388 CC", cit., p. 249 que no procederá el deslinde entre fincas colindantes cuando los confines entre ellas se hallen claramente delimitados a través de la separación de las mismas por *muros medianeros*, ya que "la medianería misma supone que el muro ocupa precisamente la línea divisoria" entre tales fincas; "o en los casos de construcciones adosadas, siempre que el muro de separación pueda considerarse igualmente medianero".

36 O por un tercero, como en el supuesto resuelto por la STSJ Navarra 12 septiembre 2006 (RJ 2006, 1254), donde "*la valla*, en que la demandada sitúa el lindero norte de su propiedad, *fue instalada por el pastor* que llevaba en explotación la finca de las actoras más al norte de la línea divisoria a que hasta ese momento llegaba el cultivo de la finca colindante y *por donde le pareció más adecuado y sencillo, sin pretensión alguna en orden a una correcta delimitación de las fincas*". Con base a ese soporte probatorio, declaró el TSJ que "para que la existencia de vallas o paredes sea impeditiva de una acción de deslinde es necesario que tales elementos cumplan una función delimitadora o separadora de las propiedades contiguas, lo que no sucederá con elementos que se prueben instalados en el interior de una de las fincas colindantes con otro fin o sin pretensión alguna definitoria de sus límites, como es el caso".

vía de hecho (SSTS Sala 1ª 14 octubre 2002[37], 25 junio 2007[38], 8 noviembre 2007[39], 20 mayo 2009[40] y 27 mayo 2015[41])[42].

B) Cierre de fincas y amojonamiento.

Si en el apartado anterior hemos hecho hincapié en el tema de la confusión de linderos como principal aspecto distintivo entre el deslinde -que precisamente persigue el propósito de fijar los límites dudosos de una finca- y la facultad de cierre -que, bien al contrario, parte de la existencia de lindes *incontrovertidas* de la finca a cerrar-, interesa ahora destacar que, *al igual que el cierre*, también el *amojonamiento* se diferencia del deslinde en que solo si las lindes son ciertas y están perfectamente localizadas cabrá proceder a hacerlas *visibles* mediante la colocación de hitos o mojones. Esto es, así como en el deslinde es condición indispensable la incertidumbre de los confines de la finca respecto de los inmuebles contiguos, en el amojonamiento no hay esa duda o discusión y únicamente habrá lugar al mismo si los límites de la finca se hallan exactamente determinados y no existen signos externos que los evidencien -porque nunca se pusieron, por haber desaparecido posteriormente o porque se colocaron erróneamente en un lugar distinto de donde se hallaba realmente el lindero y se quieren reubicar correctamente tales señales en la situación auténtica de las lindes-[43].

Con todo, y sin perjuicio de que el presupuesto de la ausencia de confusión de linderos sea común al amojonamiento y al cierre de fincas -y comporte su neta distinción con el deslinde[44]-, no cabe, sin embargo, concebir aquellas dos

37 RJ 2002, 10171

38 RJ 2007, 3547

39 RJ 2007, 7419

40 RJ 2009, 3182

41 RJ 2015, 2264

42 *Vid.* en igual sentido la SAP Málaga 23 diciembre 2016 (JUR 2017, 94678), o la SAP Huesca 15 octubre 1998 (AC 1998, 7843), según la cual "el demandado, por su propia autoridad y sin acudir al procedimiento legalmente establecido, ha venido a amojonar y delimitar la finca sin previo deslinde, *mediante el expeditivo procedimiento de colocar estacas y un muro*. Tal actuación no puede verse amparada en el derecho de todo propietario a cercar su finca (art. 388 CC), pues tal derecho presupone la existencia de un linde incontrovertido, pues de lo contrario se incurriría en fraude de ley y se vulnerarían las normas establecidas para el deslinde en los arts. 384 y ss. con el pretexto de que se está haciendo uso de la facultad del art. 388".

43 Ahora bien, según se refleja en la STS 21 junio 1997 (RJ 1997, 4889), si se produce la ulterior desaparición de los mojones y ello llega a provocar *confusión de los linderos*, en tal hipótesis la acción a ejercitar será la de deslinde.

44 Aun sin dejar de reconocer la estrecha relación entre el deslinde y el amojonamiento -no en vano, la STS 10 febrero 1997 (RJ 1997, 938) define el amojonamiento como "la realización material y exteriorización del deslinde"-, y no siendo en absoluto infrecuente el ejercicio acumulado de ambas acciones (*vid*. p.ej. STS 27 junio 2011 [RJ 2011, 4888]), lo cierto es que no tienen por qué ir necesariamente unidas. Cabe, de una parte, que se pretenda exclusivamente la fijación de los linderos de una finca sin que se pida la señalización externa de los mismos; posibilidad de deslinde sin amojonamiento de la que es muestra la STS 18 mayo 2011 (RJ 2011, 3975]). Pero asimismo es posible –aunque menos frecuente en la práctica- que se dé la situación inversa de que, estando ya perfectamente determinados los límites de una finca, únicamente se persiga la exteriorización de tales lindes mediante el amojonamiento (*vid.* STS 29 noviembre 2011 [RJ 2012, 581]). Muestra de la autonomía de una y otra figura -patente en su regulación por otros Códigos civiles europeos

operaciones como idénticas[45]. A diferencia del amojonamiento, el cerramiento o cercado de una finca no se limita -ni tiende necesariamente- a hacer visibles o perceptibles físicamente mediante señales o signos externos sus límites o linderos[46], ciertos e indiscutidos, sino que se dirige a *aislar la finca y vedar que penetren extraños en ella* (STS Sala 3ª 31 mayo 1986[47]) -si bien, como más adelante se verá, puede realizarse por medios que *materialmente* no cierren el paso o la entrada-. Así, según señala de una parte Frades De La Fuente, aunque a menudo los elementos de cierre puedan considerarse a la vez como mojones, *no necesariamente* toda valla, verja o muro tendrá esa consideración, a no ser que lo reconozcan como tal los propietarios de las fincas contiguas[48]. Por otro lado, desde la segunda perspectiva apuntada, y como puede leerse en la STS Sala 1ª 20 mayo 2009[49], "el cerramiento de la superficie del inmueble es una facultad que reconoce el art. 388 CC, que sirve no solo para fijar los límites, sino *para la defensa de la propiedad*".

III. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EL CIERRE DE FINCAS

1. Propietarios vs. titulares de otros derechos reales y poseedores en general

Configurado el cierre de fincas como una de las manifestaciones de la facultad de exclusión ínsita en el derecho de propiedad, a la hora de reconocer legitimación activa para su ejercicio el art. 388 CC se refiere *única y exclusivamente* al propietario (a «*todo propietario*»). Prescinde, pues, el precepto de extender la facultad de cierre de fincas *a los titulares de otros derechos reales* -a diferencia de lo que en materia de deslinde hace expresamente el art. 384.2[50]-. Ello conduce inicialmente a pensar que se trata de una facultad propia y privativa del *pleno*

(como el italiano o el BGB alemán)- es la STS 17 abril 1998 (RJ 1998, 2506), que desestimó la acción de deslinde -puesto que existía ya una anterior delimitación- y estimó, en cambio, la de amojonamiento al faltar no los mojones básicos, sino los intermedios.

45 Patente es la confusión entre el cierre de fincas y el amojonamiento que se advierte en Vilalta, A.E./ Méndez, R.: *Expediente de deslinde y acción de deslinde y amojonamiento*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 7.

46 Según señala la doctrina, la operación material del amojonamiento se puede realizar, además de con la colocación de hitos o mojones –que normalmente serán señales de piedra, hierro o cemento (Frades, E.: "Com. arts. 384-388 CC", cit., p. 264)-, también "mediante un foso, empalizada, tapia, etc." (Lacruz, J.L. *et al.*: *Elementos...*, III-1º, cit., p. 282).

47 RJ 1986, 4481

48 Frades, E.: "Com. arts. 384-388 CC", cit., p. 263.

49 RJ 2009, 3182

50 *Vid*. asimismo el art. 200.2º LH que, respecto al deslinde de fincas inscritas en el Registro de la Propiedad, se refiere al titular "*de cualquier derecho real*" (mientras que el art. 105.2 Ley de la Jurisdicción Voluntaria restringe la legitimación a los titulares de derechos reales *"de uso y disfrute*").

dominio -así lo entienden, por ejemplo, Hernández Gil[51] y Torres Lana[52] y así lo han declarado expresamente algunos tribunales[53]-; y de hecho, al reconocimiento del derecho de cierre a los "propietarios" de fincas se circunscriben la práctica totalidad de las resoluciones judiciales sobre la materia[54] (SSTS Sala 3ª 5 febrero 1996[55], 24 marzo 1997[56], 19 mayo 1998[57] y 15 octubre 1998[58])[59].

Sin embargo, existe una línea jurisprudencial que fundamenta la facultad de cerrar fincas del art. 388 CC en el *ius possidendi* (SSTS Sala 3ª 27 abril 1987[60] y 23 enero 1990[61]) y tampoco faltan autores –principalmente Sierra[62] y Lasarte[63]- que se inclinan por la atribución de dicha facultad, no solo al propietario, sino también al usufructuario, al poseedor en general y al arrendatario en particular[64]. A este último respecto ha de tenerse en cuenta, no obstante, que lo que la legislación

51 Hernández Gil, A.: "Las relaciones de vecindad en el Código Civil", en *Obras completas*, IV (*Derechos reales. Derecho de Sucesiones*), Espasa Calpe, Madrid, 1989, p. 164, tras afirmar que "titular del derecho de cerrar es exclusivamente el propietario", entiende que "el usufructuario, dado su deber de conservar la forma y sustancia de la cosa (art. 467 CC), no está autorizado para llevar a cabo el cierre de la finca. Claro es –matiza el autor- que la norma no es de derecho necesario, por lo que el título de constitución del usufructo puede confiarle válidamente tal prerrogativa". También la STS 3ª 19 junio 2001 (RJ 2001, 4403) declaró que "el art. 487 CC *no otorga un derecho al usufructuario para cerrar la finca*, pues el usufructuario, conforme precisa ese mismo art. 487, ha de conservar la forma y sustancia de la finca"

52 Torres Lana, J.Á.: "Com. arts. 384-388 CC", en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia* (dir. J.L. Albácar López), II, Trivium, Madrid, 1991, p. 254.

53 Afirma en tal sentido la SAP Sevilla 25 mayo 1995 (AC 1995, 1043) que en el art. 388 CC "se consigna un derecho, llamado con acierto de exclusión o de defensa, que, *como verdadero contenido del dominio, viene únicamente atribuido al propietario*". También la SAP A Coruña 8 septiembre 2011 (JUR 2011, 358081) señala que "la acción de cerramiento, *ex* art. 388 CC, *viene únicamente atribuida al propietario que lo sea del terreno a cuyo cierre se encamina*. Se trata por ello de *una acción que implica dominio*, en cuanto *exclusivamente corresponde al propietario*, lo que en la práctica se traduce en la necesidad de acreditar cumplidamente el derecho de propiedad".

54 En la jurisprudencia menor, *vid.* por todas, SS. AP A Coruña 20 septiembre 2011 (JUR 2011, 345106) y Alicante 5 marzo 2015 (JUR 2015, 125333).

55 RJ 1996, 890

56 RJ 1997, 1875

57 RJ 1998, 3859

58 RJ 1998, 7164

59 Una mención particular merece la problemática que suscita la legitimación para el cierre de fincas en el seno de los cotos de caza; ámbito donde son muchas las sentencias que, al hilo de pleitos de responsabilidad extracontractual por accidentes de tráfico derivados del atropello o colisión con animales salidos a la vía pública, afirman que aquella facultad reconocida por el art. 388 CC -que no deber, apostillan en los términos que luego veremos- corresponde a *los propietarios de los fundos y no a los titulares de los cotos*. Según señalan las SS. AP Barcelona 17 noviembre 2015 (JUR 2016, 9831) y Valencia 28 enero 2013 (JUR 2013, 160529), "la facultad de vallar un terreno no le corresponde a quien es mero titular del aprovechamiento cinegético del mismo, sino a su dueño"; "titulares de los terrenos acotados que –precisa la SAP Huelva 13 noviembre 2015 (JUR 2016, 29534)- en la mayoría de los casos son arrendatarios o meros cesionarios de los terrenos" y no sus propietarios.

60 RJ 1987, 4761

61 RJ 1990, 339

62 Sierra Gil de la Cuesta, I.: "Com. arts. 384-388 CC", en *Comentario del Código Civil* (coord. I. Sierra), T.3, Bosch, Barcelona, 2000, p. 229.

63 Lasarte, C.: *Principios de Derecho Civil*, IV, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2008, p. 141.

64 También Frades, E.: "Com. arts. 384-388 CC", cit., pp. 268-269 sostiene que "si el reconocimiento de la facultad de cerrar las fincas tiene por objeto permitir el goce exclusivo de las mismas a su titular, cuando el goce y disfrute de un predio correspondan a persona distinta del propietario –al usufructuario, por ejemplo- no habrá motivo para negarle la posibilidad de proteger y garantizar el legítimo ejercicio de su derecho mediante el cierre o cercado de la finca".

especial de arrendamientos rústicos permite hacer al arrendatario es "*retirar*" los vallados, paredes, zanjas u otras formas de cerramiento o cercado del predio arrendado, aunque solo si hay acuerdo expreso entre las partes o en el caso particular que prevé el art. 20.2 LAR 49/2003 (en su vigente redacción por la Ley 26/2005)[65].

2. Cierre de fincas en copropiedad y en régimen de propiedad horizontal.

Tampoco hay pleno consenso doctrinal acerca del ejercicio de la facultad de cierre de una finca cuando ésta pertenece a varios dueños en *copropiedad*. Mientras que algún autor, como Hernández Gil[66], considera que el cerramiento comporta una alteración de la cosa común y requiere, por ende, el consentimiento unánime de todos los copropietarios (art. 397 CC), es mayoritaria la opinión contraria[67] de que el cierre, destinado simplemente a permitir y facilitar el goce exclusivo de la finca por sus titulares, no supone una alteración de la cosa común sino una suerte de acto de mera administración, para el que basta contar con la *mayoría* de los partícipes en los términos del art. 398 CC.

Por otra parte, cuando el inmueble objeto de cierre pertenezca a una comunidad de propietarios en régimen de *propiedad horizontal* será preciso obviamente observar al respecto las previsiones generales que establece la Ley 49/1960 de Propiedad Horizontal[68]. Un ejemplo de ello ofrece la STS Sala 1ª 20 mayo 2009[69] en la que, tras recordarse que el art. 17.6 LPH "exige la unanimidad para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la Comunidad"[70], el TS consideró en relación al caso debatido que "*el cerramiento acordado, consistente en la instalación de una verja* en la zona de aparcamiento y garaje, espacio en que están situados *los locales comerciales* de los actores, para dejar una puerta de salida al paseo y otra a la escalera que baja a dicho garaje *les ocasiona perjuicios y afecta al título constitutivo por suponer una alteración de los elementos comunes y debe acordarse en Junta de Propietarios por unanimidad*"[71]. Sin perjuicio de reconocer la facultad de cerramiento del inmueble

65 *Vid.* al respecto, SAP Burgos 9 noviembre 2014 (JUR 2015, 297308).

66 Hernández Gil, A.: "Las relaciones de vecindad", cit., p. 164.

67 *Vid.* entre otros, Roca, J.: "Com. arts. 384-388 CC", cit., p. 516; Frades, E.: "Com. arts. 384-388 CC", cit., p. 269.

68 *Vid.* al respecto, p.ej. STS 1ª 17 noviembre 2012 (RJ 2012, 1500). Sobre el tema, *cfr.* asimismo RDGRN 15 julio 2013 (RJ 2013, 6679) y Auto TS 1ª 29 abril 2014 (JUR 2014, 137791).

69 RJ 2009, 3182

70 Y por su parte, el art. 17.4 *in fine* establece que "no podrán realizarse innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario, si no consta su consentimiento expreso".

71 Ante la discrepancia entre las Audiencias respecto a si los acuerdos en los que se aprueba el cerramiento de una urbanización exigen para su validez la unanimidad del art. 17.6 LPH (SAP Madrid 24 enero 2006 [JUR 2006, 89950]) o la simple mayoría del art. 17.7 (SAP Asturias 2 mayo 2008 [JUR 2008, 356120]), la STS 16 julio 2009 (RJ 2009, 5492) sentó como doctrina jurisprudencial –reiterada en las SSTS 10 enero

que contempla el art. 388 CC, declaró esta Sentencia que "el acuerdo que nos ocupa perjudica a los demandantes desde la óptica de sus derechos como dueños de locales comerciales, ya que no podrían desarrollar sus legítimas facultades dominicales, en el sentido de facilitar el acceso de clientela o de proveedores a sus locales".

IV. LA FINCA COMO OBJETO DEL CIERRE.

1. Fincas rústicas y fincas urbanas.

La rúbrica del Capítulo IV donde se ubica el art. 388 CC reza «Del derecho de cerrar *las fincas rústicas*» y el propio precepto, al regular la facultad de cierre, emplea el término «*heredades*»; vocablo que ciertamente evoca los campos o fundos *rústicos*.

Con todo, y pese a esa aparente restricción nominal a los inmuebles de naturaleza rústica[72], la doctrina prácticamente unánime admite sin el menor reparo que la facultad de cierre o cercado alcanza a *todo tipo de fincas*[73] y se esmera en explicar que el hecho de que en el art. 388 no se mencionen expresamente las fincas urbanas "se debe a que con relación a ellas nunca existió duda acerca de la posibilidad de cerrarlas. Fue la tradición histórica, que había prohibido el cierre de fincas rústicas durante siglos para permitir el paso de los ganados trashumantes, lo que hizo a los redactores del Código sentir la necesidad de dejar constancia de que, también con relación a la propiedad rústica, existía la facultad de cierre"[74].

2012 (RJ 2012, 3645), 5 marzo 2014 (RJ 2014, 1686) y 2 julio 2015 (RJ 2015, 2558)- que "*para que sea válido un acuerdo adoptado por mayoría* en la Junta de propietarios de una Comunidad, consistente en el cierre de elementos comunes que sirven de acceso a locales comerciales ubicados en el interior de la urbanización, mediante puertas o cancelas, habrá que *respetar los derechos que adquirieron los dueños de los locales de negocio* legalmente establecidos, durante las horas en que estos locales tengan derecho a permanecer abiertos". *A sensu contrario*, "se exige el acuerdo unánime de los comuneros para la validez del acuerdo de cerramiento de edificios, siempre que los derechos de los propietarios de los locales comerciales puedan verse alterados". Idénticos pronunciamientos reproducen las SS. AP Málaga 24 enero 2018 (JUR 2018, 264280) y Badajoz 12 noviembre 2020 (JUR 2021, 35421).

72 Hernández Gil, A.: "Las relaciones…", cit., p. 164 -apegado rigurosamente a la letra y la rúbrica del art. 388- subraya que el cerramiento "lo refiere el CC *específicamente a las fincas rústicas*" y, sobre esa base, el autor habla en todo momento de la facultad de cierre de las "fincas rústicas".

73 *Vid.* p.ej. Calvo Vidal, F.M.: "Com. arts. 384-388 CC", en *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 513; Albaladejo García, M.: *Derecho Civil III Derecho de Bienes*, 12ª ed. revisada y puesta al día por M. Albaladejo Abarca, Edisofer, Madrid, 2016, pp. 224-225.

74 *Vid.* Frades, E.: "Com. arts. 384-388 CC", cit., p. 267.
Semejante explicación da también Lacruz, J.L. *et al.*: *Elementos*..., III-1º, cit., pp. 281-282; y ampliamente López y López, Á.: "Sobre el origen y significado histórico del artículo 388 del Código Civil", en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol.2º, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 1581-1594. Otros apuntes históricos sobre el cierre de fincas pueden verse en Sánchez Salazar, F.: "Una aproximación a los cercados y acotamientos de tierras en Extremadura a finales del siglo XVIII y principios del XIX", *Revista española de estudios agrosociales y pesqueros*, núm.207, 2005, pp. 13-50; y Martínez-Carande Corral, J.A.: "La Extremadura contra la Mesta: El Memorial de Extremadura como antecedente del artículo 388 del Código Civil", *Revista de estudios extremeños*, núm.2, 2019, pp. 429-461.
Una sucinta referencia histórica a la facultad de cierre puede encontrarse en la STSJ Castilla-La Mancha (Contencioso-Administrativo) 20 octubre 2017 (JUR 2017, 311295), cuando afirma que "el derecho a vallar se reconoce a los propietarios desde que en el siglo XIX desapareció la prohibición de vallar los

Asimismo la jurisprudencia es fiel reflejo de que la facultad de cerrar las fincas se proyecta en la práctica tanto sobre la propiedad *rústica* (SSTS Sala 1ª 12 mayo 1998[75] y Sala 3ª 24 marzo 1997[76] y 19 mayo 1998[77])[78] como sobre la *urbana* (SSTS Sala 1ª 20 mayo 2009[79] y Sala 3ª 15 octubre 1998[80])[81]; y en la actualidad, junto a los casos de cierre de predios rústicos, es tan o más frecuente que la finca objeto del mismo tenga la consideración de solar (SSTS Sala 3ª 5 enero 1988[82], 24 enero 1990[83], 9 septiembre 1991[84] y 20 diciembre 1995[85])[86] como que sea suelo no urbanizable (SSTS Sala 3ª 28 julio 1989[87], 23 enero 1990[88], 2 julio 1991[89], 5 febrero 1996[90] y 4 febrero 2008[91]).

2. Fincas privadas y bienes de dominio público.

Configurado el cierre de fincas como una facultad propia del derecho de propiedad "*privada*" y reconocido al propietario sobre «*sus*» heredades, no falta en la jurisprudencia menor alguna resolución que se ha encargado de puntualizar que dicha facultad reconocida a todo propietario por el art. 388 CC opera únicamente "*en su faceta particular o privada*, mientras que *en la esfera del dominio público*, al que pertenecen las calles y plazas, *no es posible acceder a pretensiones de cerramiento, por lo que ello comporta de privación al resto de los ciudadanos de un bien cuyo uso es común* e incesante, cual sucede con las vías públicas de cualquier ayuntamiento (en este sentido, STS 24 octubre 1975)". Por tanto, "el establecimiento de puertas

predios rústicos, establecida en beneficio del Concejo de la Mesta, y por ello este derecho se reconoce expresamente en el CC, que dedica el art. 388 al derecho de cerrar las fincas rústicas". Por su parte, la SAP Badajoz 29 septiembre 2006 (JUR 2006, 278808) recuerda "la secular confrontación existente entre los agricultores españoles y los poseedores de ganado acerca del derecho a cercar las fincas de aquellos para evitar la causación de daños a sus cosechas por las ovejas (art. 388 CC)".

75 RJ 1998, 3574

76 RJ 1997, 1875

77 RJ 1998, 3859

78 En sede de Audiencias, *vid.* p.ej. SAP Alicante 5 marzo 2015 (JUR 2015, 125333).

79 RJ 2009, 3182

80 RJ 1998, 7164

81 Según señala la SAP Soria 9 marzo 1999 (AC 1999, 4160), aunque la redacción que el legislador decimonónico dio al art. 388 CC parece circunscribir el ámbito de aplicación del precepto a las fincas rústicas, "es también aplicable a las fincas urbanizables o urbanas, aún no edificadas, pues las edificaciones surgirán plenamente delimitadas y cerradas". Por su parte, la SAP Alicante 28 enero 2011 (JUR 2011, 162363) declara que el art. 388 es susceptible de aplicación, "*por analogía*", a las fincas con la calificación de *urbanas*.

82 RJ 1988, 188

83 RJ 1990, 351

84 RJ 1991, 6816

85 RJ 1995, 9970

86 Sobre el cerramiento de solares en la jurisprudencia menor, *vid.* p.ej. SAP Baleares 27 mayo 2011 (JUR 2011, 257545).

87 RJ 1989, 6157

88 RJ 1990, 339

89 RJ 1991, 5722

90 RJ 1996, 890

91 RJ 2008, 590

o muros que impidan el acceso al vial público constituye un obstáculo al uso de la misma por la generalidad de ciudadanos, en sentido amplio, siendo por ello ilegal cualquier acto que restrinja o elimine el referido uso público de un bien de dominio público". Tales son los pronunciamientos que pueden leerse en la SAP de Málaga 30 diciembre 2000[92], en relación con el ramal de una calle que, afectada al uso público, tenía el carácter de bien de dominio público municipal, conforme al art. 344 CC. Y de ahí que se condenara a los demandados "a ejecutar las obras necesarias para eliminar los obstáculos (verja metálica y muro de obra) colocados en el referido vial público, dejándolo libre y expedito"[93].

En estrecha relación con lo anterior, interesa traer a colación los frecuentes conflictos que se plantean en la práctica como consecuencia de la *invasión del dominio público* (ya de caminos[94], aceras[95] o viales en general[96], ya de zonas de servidumbre de carreteras[97], del dominio público hidráulico[98] o marítimo-terrestre, etc.) *a través del cierre* de una finca privada efectuado por su dueño[99]. A este respecto cabe citar, p.ej. la STS Sala 3ª 2 junio 2021[100], sobre la instalación de un cerramiento de malla metálica *cruzando el cauce de un río*, sin contar con

92 JUR 2001, 162000

93 Sobre la denegación del cierre por un particular de un terreno de dominio público se pronunció en su día la STS 3ª 21 marzo 1979 (RJ 1979, 1343), según la cual "a pesar de la invocación del art. 388 CC, el predio de la recurrente se encuentra en el mismo centro de la villa de Mos, junto a la Casa Consistorial, la Parroquia y un Centro Escolar, y, lo que es más importante, la parte de terreno que se pretende cerrar *ha sido objeto de un uso público desde tiempo inmemorial*", recordando el TS que la imposibilidad de cerrar fincas públicas fue ya declarada por "su sentencia de 29 marzo 1969 (RJ 1969, 1764), en un supuesto en que el particular había procedido al *cierre de un terreno considerado como camino público*, por su uso como tal desde tiempo inmemorial".
Una regla prohibitiva del cierre de caminos públicos establece, p.ej., la Ley Agraria de Extremadura (Ley 6/2015), a tenor de cuyo art. 195.1 "Los caminos públicos deben estar permanentemente disponibles para su uso, por lo que *el cierre de los mismos estará expresamente prohibido*. Sólo en casos verdaderamente excepcionales y por interés social podrá autorizarse su cierre por la Administración titular, haciendo en todo caso fácil el tránsito de animales, personas y vehículos por los mismos".

94 *Vid*. STSJ Castilla y León (Contencioso-Administrativo) 15 octubre 2012 (JUR 2012, 358893). En cambio, la SAP Murcia 20 enero 2000 (AC 2000, 3703) reconoció el derecho del dueño de una finca a cerrarla mediante "la colocación de postes y valla en la base misma del talud que discurre pegado a un camino", *al no apreciarse que tal cierre* –cuyos postes estaban enclavados dentro de su propiedad privada- *supusiera invasión de dicho camino ni impidiera el normal uso del mismo*.

95 A nivel legal, viene a proscribir expresamente *la invasión de caminos* mediante el cierre de fincas la Ley Agraria extremeña de 2015, cuyo art. 192.4 dispone que "Los cerramientos de parcelas o fincas colindantes con los caminos rurales no podrán invadir sus límites, respetándose en todo caso la zona de protección establecida".
Vid. la STSJ Cataluña (Contencioso-Administrativo) 16 noviembre 2012 (JUR 2013, 179327) que confirmó el acuerdo municipal de demolición parcial de la valla de cierre de una finca "en cuanto que sobresale y ocupa suelo viario *invadiendo la acera de la calle*".

96 *Cfr*. SS. TSJ (Contencioso-Administrativo) Andalucía 26 diciembre 2012 (JUR 2013, 96732) y Castilla y León 14 julio 2017 (JUR 2017, 244488).

97 *Vid.* STSJ Cataluña (Contencioso-Administrativo) 1 diciembre 2014 (JUR 2015, 60260).

98 *Cfr*. la STS Sala 3ª 25 octubre 2012 (RJ 2012, 11314), sobre la retirada del vallado colindante con un río.

99 *Vid.* desde el punto de vista registral, las RR. DGRN 9 abril 2015 (RJ 2015, 1756) y 24 abril 2018 (RJ 2018, 2476).

100 RJ 2021, 2674

autorización del organismo de cuenca para la realización de tal obra de cierre[101]; o la SAN 13 noviembre 2020[102], sobre la construcción de un muro de cierre de 800 m. de largo por 2 m. de alto invadiendo el demanio costero, al situarse en la *zona de servidumbre de tránsito y a escasos metros de la línea de deslinde y de las escaleras de acceso a una playa*[103]. Incluso en algún caso se ha denegado la autorización de vallado de una finca (con fines de instalación de un invernadero) "por cuanto su construcción vulnera las servidumbres aeronáuticas del aeropuerto internacional de Gran Canaria" (STSJ Islas Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 14 junio 2012[104]).

V. MEDIOS DE CIERRE: *NUMERUS APERTUS* Y DIVERSIDAD DE FORMAS DE CERRAR UNA FINCA.

El significado gramatical de las palabras «*cerrar*» y «*cercar*» que emplea el art. 388 CC, y su relación con el término «acotar» al que reiteradamente alude la Ley de Caza (art. 15 y concordantes)[105], ya sugieren la amplia variedad de *medios* de los que puede servirse el propietario para materializar sobre la finca el ejercicio de su facultad de cierre.

Así lo corrobora el propio tenor del precepto que nos ocupa cuando, tras mencionar ejemplificativamente las «*paredes, zanjas, setos vivos o muertos*»[106], incorpora una cláusula abierta -«*o de cualquier otro modo*»- en la que tienen cabida las más diversas *formas* de cierre[107], tanto de tipo material como de carácter "espiritual" o simbólico.

101 Otros supuestos de cerramientos y vallados de fincas invadiendo zonas de policía o de servidumbre de arroyos, ríos o cauces y, en general, perturbando el dominio público hidráulico pueden verse en las SS. TSJ (Contencioso-Administrativo) Galicia 19 julio 2012 (JUR 2012, 271032), Madrid 30 enero 2015 (JUR 2015, 65805), Comunidad Valenciana 24 febrero 2016 (JUR 2016, 148699) y Castilla y León 20 diciembre 2019 (JUR 2020, 82165).

102 JUR 2021, 5391

103 *Cfr.* también SAP A Coruña_19 febrero 1999 (AC 1999, 3485).

104 JUR 2012, 299039

105 Además de dicha alusión a los terrenos «acotados», la Ley de Caza de 4 abril 1970 emplea también el término «cercar» y en el art. 19.1 dispone que "son *terrenos cercados* aquellos que se encuentran rodeados materialmente por *muros, cercas, vallas, setos o cualquier otra obra o dispositivo construido con el fin de impedir o prohibir el acceso de las personas o animales ajenos o el de evitar la salida de los propios*".

106 Una aproximación descriptiva a estos concretos supuestos lleva a cabo Hernández Gil, A.: "Las relaciones…", cit., p. 164, quien recuerda que el art. 388 "alude expresamente a las paredes (obra de fábrica, que supone una elevación sobre la superficie), las zanjas (excavación en el terreno), los setos vivos (formados por plantas, arbustos e incluso árboles) o muertos (como los formados por ramas cortadas)".

107 Que la enumeración de los medios de cerrar o cercar las fincas que hace el art. 388 tiene un carácter meramente *enunciativo o ejemplificativo y no exhaustivo* es algo que ponen de relieve expresamente nuestros tribunales (*vid.* STS 3ª 24 marzo 1997 [RJ 1997, 1875], SAP Granada 2 septiembre 1998 [AC 1998, 6627]) y que también destaca toda la doctrina, en atención a la locución «*o de cualquier otro modo*» que emplea el precepto. *Vid.* por todos, Hernández Gil, A.: "Las relaciones…", cit., p. 164 (quien, no obstante, considera que dicha "fórmula generalizadora es quizá excesivamente amplia" y puntualiza que "habrá de sobreentenderse que se trata de cualquier otro modo que sirva a la precisa finalidad de producir el cerramiento").

1. Obras y elementos materiales de cerramiento.

A) Elenco jurisprudencial.

Por lo que se refiere a las obras, instalaciones o elementos *material*es empleados para cerrar una finca, la jurisprudencia ofrece muestras, entre otras muchas y sin el menor ánimo de exhaustividad, de las siguientes: trama de alambre (STS Sala 3ª 29 septiembre 2008[108]) o simple alambrado sin mampostería (STS Sala 3ª 28 julio 1989[109]), tendido de alambre sobre postes de hierro sujetados con cemento (STS Sala 3ª 2 septiembre 1998[110]), alineaciones de postes fácilmente susceptibles de ser enlazados por una alambrada (STS Sala 3ª 31 mayo 1986[111]), valla de alambre y somieres viejos o colocación de valla metálica (STS Sala 3ª 24 marzo 1997[112]), cercado de parcela con piquetas y malla de metal (STS Sala 3ª 5 febrero 1996[113]), pared de ladrillo y cancilla de hierro sobre columnas de cemento (STS Sala 3ª 17 marzo 1986[114]), muros (SSTS Sala 3ª 23 enero 1990[115] y 19 mayo 1998[116]), vallado con placas de hormigón ensambladas en vigas de hierro (STS Sala 3ª 8 julio 1996[117]), verjas (STS Sala 1ª 20 mayo 2009[118]), etc.

Especialmente frecuentes son las sentencias que hacen una referencia particular a los "setos vivos" como formas de cierre[119] –por ejemplo, enredaderas de hiedra (SAP Almería 21 marzo 2011[120]), o incluso la plantación alineada de tuyas (SAP Pontevedra 26 octubre 2012[121])[122] o de cipreses en fila formando una valla y con crecimiento controlado (SAP Alicante 24 mayo 2012[123])[124]-; resoluciones que, como luego se verá, suelen pronunciarse sobre los cierres vegetales al hilo de

108 RJ 2008, 4585

109 RJ 1989, 6157

110 RJ 1988, 9261

111 RJ 1986, 4481

112 RJ 1997, 1875

113 RJ 1996, 890

114 RJ 1986, 1827

115 RJ 1990, 339

116 RJ 1998, 3859

117 RJ 1996, 6134

118 RJ 2009, 3182

119 Como apuntan las SS. AP Soria 11 julio 2016 (AC 2016, 1403) y Valladolid 18 diciembre 2017 (JUR 2018, 40000), "constituye costumbre en todo el territorio nacional y en países de nuestro entorno y clima el recurso a plantaciones o setos vivos como medio de cerramiento de parcelas, zonas residenciales, urbanizaciones y fincas de recreo".

120 JUR 2011, 228374

121 JUR 2013, 35967

122 *Vid*. igualmente SS. AP A Coruña 14 abril 2010 (JUR 2010, 194068) y Pontevedra 8 junio 2012 (JUR 2012, 243336).

123 JUR 2012, 257796

124 *Vid*. asimismo SS. AP Alicante 23 mayo 2017 (JUR 2017, 225995) y Valladolid 18 diciembre 2017 (JUR 2018, 40000).

conflictos en las relaciones de vecindad y litigios vinculados a las limitaciones del dominio que establecen los arts. 591, 592 y concordantes CC.

B) Restricciones a las características físicas del cierre: remisión a otro lugar.

No obstante esa diversidad de la que se ha dado cuenta, las obras de cierre no pueden exceder de lo que es su cometido de "aislar" la finca ni llegar a implicar un cambio de uso del terreno o pasar a constituir una auténtica e*dificación* (STS Sala 3ª 23 diciembre 1985[125]).

Por otra parte, las características físicas de dichas obras pueden ser objeto de ciertos condicionamientos o limitaciones, ya por razones cinegéticas –como se prevé en el art. 19.4 Ley de Caza y en los arts. 17.9 y 21.4 y 6 Reglamento de Caza[126] (y su correlativa normativa autonómica)-, ya por exigencias medioambientales, paisajísticas o urbanísticas -tal como posteriormente se analizará al hilo de los límites a la facultad de cierre impuestos por la correspondiente legislación administrativa (e*x* art. 20.2 TR de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y art. 65.3 Ley de Patrimonio Natural y Biodiversidad)-. Baste anticipar a este respecto que son no pocas las resoluciones judiciales que vienen a imponer restricciones en cuanto a la naturaleza, situación o tamaño del medio de cerramiento de las fincas al encontrarse éstas ubicadas en espacios naturales protegidos por su valor paisajístico (STS Sala 3ª 2 julio 1991[127]) o por su valor ecológico para la conservación de la fauna (STS Sala 3ª 29 septiembre 2008[128]).

Por lo que se refiere al llamado "feísmo" urbanístico en materia de cierre de fincas, tienen declarado nuestros tribunales que, aparte de que "los criterios estéticos son muy subjetivos", aun cuando no exista duda de que en el caso se está ante una "aberración estética" –por ejemplo, cuando "las viviendas o pazos están ejecutados en piedra respetando la construcción tradicional y, en

125 RJ 1986, 866

126 El art. 19 Ley de Caza (y en términos similares su Reglamento aprobado por Decreto 506/1971), tras definir en el párr.1 lo que son *terrenos cercados*, desarrolla a continuación el régimen jurídico de los mismos, señalando que, *por regla*, en ellos "*la caza estará prohibida*", si bien –puntualiza el párr.4- "todo terreno cercado susceptible de aprovechamiento cinegético podrá constituirse en coto de caza, siempre que *su cerramiento cumpla las condiciones reglamentarias que se fijen y esté debidamente señalizado*". Sobre las exigencias técnicas de dichos cerramientos en los cotos de caza, *vid.* Frades, E.: "Com. arts. 384-388 CC", cit., p. 270.
A la luz del citado art. 19, señala la SAP Barcelona 28 junio 2010 (JUR 2011, 313683) que "en general los terrenos acotados no deben cercarse porque en los cercados está prohibida la caza. Solo excepcionalmente se contempla la posibilidad de cerrar o vallar la finca. La mayoría de los terrenos en los que se constituyen cotos de caza no pueden ser cercados; es más, incluso en aquellos en que, con autorización de la Administración, se puede cercar el terreno, no pasa de ser una opción legítima, pero no una imposición legal imperativa, cuya inobservancia pueda producir una responsabilidad. Además –añade la AP-, la sociedad titular del aprovechamiento cinegético no puede legalmente proceder de propia autoridad a cercar el terreno en el que ejercita su derecho de caza, porque esa facultad corresponde, conforme al art. 388 CC, al propietario del terreno, no al titular del aprovechamiento del derecho de caza".

127 RJ 1991, 5722

128 RJ 2008, 4585

cambio, la ejecución de los muros de cierre con bloques de hormigón supone un atentado al buen gusto"- no cabe al respecto amparo jurídico *en el orden civil* ni procede estimar la pretensión de demolición del muro o su adecuación a los cánones estéticos, ya que, al margen de ciertas referencias en la Ley de Propiedad Horizontal, "el Derecho civil no concede el derecho a imponer al vecino el deber de construir siguiendo unas determinadas pautas en cuanto a los materiales que debe emplear", debiendo canalizarse las quejas, si proceden, ante las autoridades competentes en materia urbanística (SAP A Coruña 20 septiembre 2011[129]).

2. Cierres «simbólicos».

Además de la referida posibilidad de cerrar materialmente las fincas con vallas, tapias, muros y similares, se admite incluso que el cierre se lleve a cabo de forma *simbólica*, mediante indicaciones o anuncios claramente visibles que manifiesten la prohibición de acceso o paso prohibido[130]: bien por medio de *letreros o carteles* (STS Sala 3ª 21 marzo 1986[131]), o través de "marcas en los árboles", tal como permitió la STS Sala 1ª 12 mayo 1998[132] en la que puede leerse que "el derecho a cercar las heredades que reconoce el art. 388 CC no excluye («o de cualquier otro modo») *el empleo de árboles marcados como señal identificatoria*".

Así lo viene a positivizar la Propuesta académica de nuevo CC elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, cuyo 334-5 dedicado al «Cierre de fincas», tras disponer en su aptdo.1 que "El propietario de una finca puede cerrarla por medio de vallas, setos, zanjas o de cualquier otro modo", especifica a continuación que "*También puede servirse de carteles y otros símbolos semejantes*".

129 JUR 2011, 345106

130 *Vid.* por todos Roca, J.: "Com. arts. 384-388 CC", cit., p. 515; Torres Lana, J.Á.: "Com. arts. 384-388 CC", cit., p. 254; Albaladejo, M.: *Derecho Civil III,* cit., p. 225. Una alusión normativa a ello puede encontrarse en el art. 19.3 Ley de Caza ("Los terrenos rurales cercados en los que se pueda penetrar a través de accesos practicables se considerarán a efectos cinegéticos como terrenos abiertos, salvo que *el propietario haga patente mediante carteles o señales la prohibición de entrada a los mismos*").
En contra de la referida opinión dominante se inclina Hernández Gil, A.: "Las relaciones…", cit., pp. 164-165: dado que el art. 388 CC utiliza la expresión "cerrar o cercar" –y no la más amplia de "acotar" de que hablaba la legislación anterior-, considera el autor que el simple hecho de que el propietario manifieste su voluntad de impedir el paso por la finca (p.ej. colocando una señal gráfica de «Prohibido el paso»), aunque sí desempeña el cometido del acotamiento, no es una manifestación del derecho de cerrar y "no cumple la finalidad de «cerrar o cercar»".

131 RJ 1986, 2323

132 RJ 1998, 3574

VI. EJERCICIO DE LA FACULTAD DE CIERRE.

1. Práctica del cierre, acción de cierre y su frecuente subsunción en una acción negatoria.

La *práctica del cierre* de una finca no sigue un procedimiento especial[133] y, como facultad inherente al dominio, normalmente el propietario la ejercitará, *sin más intervención de nadie*, realizando los oportunos actos materiales[134].

Ahora bien, naturalmente, en caso de que un tercero se oponga al cierre y lo entorpezca, podrá el dueño de la finca acudir ante los tribunales y ejercitar la *acción de cierre* para que cese la oposición -lo que a menudo quedará atendido a través de una acción *negatoria*[135]-.

Desde otra perspectiva, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto al control administrativo y las autorizaciones o licencias que fueren procedentes para el cierre de fincas, es jurisprudencia consolidada de nuestro TS que "el procedimiento de concesión de una licencia municipal de obras para cerramiento de finca *no es el adecuado para plantear, dirimir y resolver temas anejos de posesión o dominio*" (STS 3ª 24 marzo 1997[136])[137]; conflictos en materia de posesión, propiedad y titularidad de otros derechos reales que habrán de encauzarse mediante el ejercicio de las acciones pertinentes en cada caso -como de inmediato pasamos a apuntar telegráficamente-.

133 En cambio, el deslinde ha de efectuarse por alguna de las siguientes vías o procedimientos: a través del ejercicio de la correspondiente acción (art. 384), mediante un expediente de jurisdicción voluntaria (art. 200 y concordantes LH y 104-107 LJV, según se trate, respectivamente, de fincas inscritas o no inscritas) o por medio de un convenio privado entre los colindantes interesados (el llamado deslinde contractual). *Vid.* detalladamente De Salas, S.: *El deslinde*…, cit., pp. 65-150.

134 Señala en sentido Albaladejo, M.: *Derecho Civil III*, cit., p. 225 que "generalmente, para practicar el cierre parece que debe bastar con la determinación que tome y ponga en práctica el dueño".
Tal como afirmó la ya clásica STS 3ª 21 marzo 1979 (RJ 1979, 1343), "*normalmente, el simple cerramiento de una finca sólo constituye el simple ejercicio de una de las facultades integradas en el haz del derecho dominical*, y de ahí *la posibilidad de ser practicado por el propietario mismo, sin necesidad de seguir un determinado procedimiento, ni de acudir a Autoridad o Tribunal*, por lo que nuestro CC en el art. 388 permite al dueño cerrar o cercar sus heredades *sin necesidad de seguir ningún trámite*, ni de citar a los propietarios de los predios colindantes, como exige el propio Código en su art. 384 para el deslinde. En principio, pues, la facultad de cerrar las fincas no es más que la natural y lógica consecuencia del derecho de propiedad, y *el que cierra su heredad no demanda nada a sus vecinos, ni a nadie*".

135 Afirma a este respecto Albaladejo, M.: *Derecho Civil III*, cit., p. 225 que la acción de cierre "a veces estará subsumida en otras: por ejemplo, si al cierre se hace oposición alegando la existencia de servidumbre, se utilizará la acción negatoria (de la servidumbre)". *Cfr.* SAP Soria 9 marzo 1999 (AC 1999, 4160).

136 RJ 1997, 1875

137 En la misma línea declaró la STS 3ª 15 octubre 1998 (RJ 1998, 7164), también en un caso de cierre de una finca, que "el control municipal ejercido en la concesión de una licencia *no puede ser aprovechado para definir situaciones de titularidad*".
Asimismo la ya añeja STS 3ª 21 marzo 1979 (RJ 1979, 1343) afirmó que *la licencia de obras de cerramiento o vallado "no interfiere en las relaciones jurídico-privadas*, por lo que ha de entenderse otorgada *dejando siempre a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros*"; pronunciamiento que reproduce, entre otras, la STSJ Navarra 28 mayo 1997 (RJ 1997, 2571).

2. Cierre de fincas vs. acciones reivindicatoria, declarativa de dominio, de deslinde, confesoria y posesorias.

Interesa comenzar señalando que el cierre de una finca *no exige la citación de los dueños de las colindantes* (a diferencia de lo que para la práctica de un deslinde reclama expresamente el art. 384 CC). Y tal como señala la SAP A Coruña 11 abril 2014[138], "el art. 388 CC dispone que todo propietario tiene derecho a cercar o cerrar su propiedad, *sin que se establezca que los colindantes deban darle permiso.* Cuestión distinta –puntualiza esa misma sentencia- son los derechos que asistan a éstos si ese cierre excediese de la propiedad de aquel".

En efecto, no obstante la facultad de cierre del propietario, y aparte de la eventual interposición de una acción confesoria[139] -cuando esté en juego un derecho de servidumbre en los términos que luego se verá-, podrá ser procedente, en su caso, el ejercicio por terceros de una acción declarativa de dominio[140] -cuando la extralimitación en el cierre propicie, en su caso, una declaración o constatación del dominio invadido-, o de una acción reivindicatoria[141] -cuando se discuta si el cierre o cercado conlleva la usurpación ilegítima de terreno colindante y se formule una pretensión restitutoria-, o de la acción de deslinde[142] -pues, como ya antes se analizó, el cierre efectuado por el dueño de una finca no puede servir para que éste, subrepticiamente y *de facto*, proceda a deslindarla de forma unilateral (SSTS Sala 1ª 20 mayo 2009[143] y 27 mayo 2015[144])-, o incluso el ejercicio acumulado de ambas acciones –la de deslinde y la reivindicatoria (o, en su caso, la meramente declarativa)- si el demandado no cercó su propiedad por el límite correcto de su finca y usurpó un trozo de tierra del demandante, interesando este en el suplico de la demanda la delimitación material de su finca y la recuperación del terreno usurpado[145].

138 JUR 2014, 217748

139 Sobre la correlación entre el art. 388 CC y el ejercicio de la acción confesoria de servidumbre, *vid.* p.ej. SS. AP Alicante 5 marzo 2015 (JUR 2015, 125333), Orense 17 noviembre 2016 (JUR 2017, 77476) y Baleares 4 noviembre 2019 (JUR 2019, 339056).

140 *Vid.* SS. AP A Coruña 20 mayo 2016 (JUR 2016, 154580) y Cáceres 5 marzo 2020 (JUR 2020, 225156).

141 *Vid.* p.ej. SAP Asturias 31 enero 2020 (JUR 2020, 96735) y STSJ Navarra 12 septiembre 2006 (RJ 2006, 1254).

142 En contra de la posibilidad de ejercicio de la acción de deslinde se manifiesta De Pablo, P.: "Com. art. 388 CC", *cit.*, p. 1530, aduciendo que su "procedencia queda excluida por el cerramiento en cuanto éste comporta posesión exclusiva". Sin embargo, a mi juicio, y tal como expuse anteriormente al hilo de la distinción entre el cierre de fincas y el deslinde (y la confusión de linderos como presupuesto básico de este último), no siempre y en todo caso queda excluida necesariamente la existencia de dicha confusión de linderos por el hecho de que la finca cuente con muros, vallas u otro tipo de cerramientos.

143 RJ 2009, 3182

144 RJ 2015, 2264

145 *Vid.* p.ej. SS. AP Alicante 3 octubre 2011 (JUR 2021, 11648) y Asturias 5 mayo 2016 (JUR 2016, 132249).

Por otra parte, los propietarios de las fincas colindantes a la cerrada podrán interponer *acciones posesorias*[146] cuando las cercas u obras de cierre supongan un acto de despojo en su anterior estado posesorio[147]. Ahora bien, tal como tienen reiteradamente declarado nuestros tribunales (SAP Murcia 22 junio 1995[148]), en estos casos de obras de delimitación o cerramiento en que lo que se discute por las partes es precisamente cuál es la línea de separación de las propiedades, "ha de procederse con suma cautela a fin de *evitar que el interdicto se convierta en un simple medio de impedir al propietario el ejercicio del derecho a cercar su propiedad* conforme al art. 388 CC, de modo que el éxito de la acción posesoria dependerá de que efectivamente se acredite que el cerramiento está afectando al estado posesorio anterior en que se encontraban los colindantes privando a la parte actora de parte del terreno de cuya posesión disfrutaba". A falta de esta prueba, "ha de prevalecer el derecho del propietario al cercado de su finca, sin perjuicio de lo que pudiere resultar del eventual juicio declarativo a que pudieran acudir las partes para la definición de su derecho con efecto de cosa juzgada".

VII. LÍMITES AL DERECHO DE CIERRE.

1. Servidumbres y limitaciones legales del dominio.

A) Respeto a las servidumbres preexistentes al cierre y posibilidad de ulterior constitución de servidumbres forzosas.

La facultad del propietario de cerrar o cercar fincas ha de entenderse, tal como expresamente señala el último inciso del art. 388 CC, «*sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas*»[149] (STS Sala 3ª 19 junio 2001[150]). Debe aquél respetar, por tanto, las servidumbres ya existentes en toda la extensión en

146 *Cfr.* p.ej. SS. AP Málaga 31 octubre 2016 (JUR 2017, 94525), Murcia 29 mayo 2017 (JUR 2017, 184202) y Córdoba 5 julio 2018 (JUR 2018, 287392) y 19 julio 2018 (JUR 2018, 288942).

147 En estimación del llamado "interdicto" de obra nueva interpuesto por el arrendatario de una parcela de terreno destinada a aparcamiento de vehículos de su restaurante, y acordando la suspensión de las obras (de notable envergadura) iniciadas por el propietario con objeto de cerrar dicha parcela, *vid*. la SAP Asturias 11 diciembre 2019 (JUR 2020, 103882): "Nadie niega el derecho de todo propietario a cerrar o cercar su heredad según dispone el art. 388 CC, pero una cosa es ostentar ese derecho y otra bien distinta que su ejercicio prive del que otros tienen a usarla y que habrá de ser respetado. Tratándose, como es el caso, de un arrendamiento, el art. 1554.3° CC impone al arrendador la obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato, y el art. 1557 le prohíbe variar la forma de la cosa arrendada, y como tal variación cabe entender el cierre de una parcela que se había arrendado totalmente abierta. La obra ejecutada no puede hallar amparo tampoco en el art. 1558, pues no se trata de ninguna reparación urgente que sea necesario realizar en la cosa arrendada, obedeciendo en cambio al puro deseo y voluntad del arrendador, que no puede imponerse al arrendatario cuando las obras de cierre en cuestión imposibilitan de forma evidente el uso de aparcamiento al que estaba destinada la finca en virtud del contrato de arrendamiento". *Vid*. también SAP Burgos 9 noviembre 2014 (JUR 2015, 297308).

148 AC 1995, 1248

149 Aunque con diferente redacción, también la Propuesta académica de nuevo CC de la Asociación de Profesores de Derecho Civil establece en el aptdo.2 del art. 334-5, regulador del «Cierre de fincas», que "*Esta facultad no puede perjudicar el ejercicio de las servidumbres constituidas sobre la finca*".

150 RJ 2001, 4403

que hubieren sido constituidas, sin que el cierre pueda perjudicarlas ni menoscabar o dificultar su uso (siendo seguramente las de paso las que más afectadas se vean[151] -conforme a las previsiones de los arts. 545, 565 y 566 CC[152]-, aunque también son frecuentes los casos en que la altura del muro de cierre levantado puede llegar a incidir sobre servidumbres de luces y vistas[153]). Ahora bien, tal como se ocupan de aclarar nuestros tribunales, dicho inciso final del art. 388 a

151 Según indica Hernández Gil, A.: "Las relaciones…", cit., p. 165, el mantenimiento de las servidumbres de paso "requiere que no se altere el modo de utilizarlas. Esto trae como consecuencia que el cierre no puede ser total o, al menos, en ningún caso será el mismo en el lugar por el que se efectúa el paso…, pues el paso no solo no debe ser impedido, sino tampoco perturbado. Como en la servidumbre legal de paso éste ha de efectuarse por el punto menos perjudicial al predio sirviente (art. 565), cabe plantearse si, al construir el cerramiento, es susceptible de modificación el punto del paso porque resulte perjudicial por el que se viniera efectuando. Dado que la servidumbre no excluye ningún derecho del titular del predio sirviente (entre los que se encuentra el de cerrar las fincas rústicas), aunque haya de ejercitarlos de la forma requerida para el ejercicio de la servidumbre, y teniendo en cuenta que, cuando la servidumbre resulte incómoda es variable el lugar si no resulta perjuicio para el dueño del predio dominante (art. 545), puede concluirse que la servidumbre forzosa de paso, así como también la voluntaria, si se cierra la finca sirviente, es susceptible de otro trazado, de forma que el lugar de la apertura en la pared, cercado o alambrado resulte menos perjudicial o simplemente más cómodo para el propietario del predio sirviente, siempre que en la servidumbre forzosa de paso se continúe observando la regla de la menor distancia del predio dominante al camino público (art. 565 *in fine*)".

152 *Vid.* entre infinidad más, SS. AP León 16 enero 2014 (JUR 2014, 53008), Murcia 29 enero 2015 (JUR 2015, 79675) y Toledo 17 febrero 2017 (JUR 2017, 81949).
A fin de ilustrar las dos tendencias que se aprecian a la hora de compatibilizar la facultad de cerrar las fincas y el respeto y no agravación de las servidumbres de paso existentes, cabe mencionar a modo de ejemplo, como muestra de una primera posición, la SAP Valencia 10 abril 2006 (JUR 2007, 43169) que consideró que la colocación de valla y puerta por el dueño del predio sirviente suponía una variación de la servidumbre que obligaba al demandante, para poder utilizar el paso, primeramente a penetrar furtivamente por una finca distinta de dicho predio sirviente, después levantar una barrera de similares características a un paso ferroviario o de parking público y dejarla luego en la posición anterior, y finalmente quitar un gancho para desmontar una cerca metálica y volverla a poner en el mismo sitio; obras de cierre que, según se apunta en la sentencia con cierta ironía, han transformado el derecho real de servidumbre de paso en una especie de "campo de entrenamiento militar", por lo que se condenó al demandado a retirar tal cierre y suprimir los referidos obstáculos, vedados por el art. 545 CC. También la SAP Orense 9 octubre 2002 (JUR 2003, 10212) entendió que la colocación de un somier como forma de cierre, por muy removible que dicho obstáculo fuera, implicaba una evidente dificultad para el desplazamiento del mismo y arrojaba una incomodidad que trascendía de lo razonablemente soportable por el titular del predio dominante para el ejercicio de la servidumbre de paso. Un auténtico menoscabo de la servidumbre de paso apreció cabalmente la SAP Orense 17 noviembre 2016 (JUR 2017, 77476) que se había producido con la instalación de una cancilla metálica cuyo complejo sistema de apertura requería, según el perito, de una manipulación de, al menos, 25 movimientos, lo que obviamente excedía de la mera incomodidad. *Vid.* en relación con la demolición de cierres y retirada de cancillas por impedir o dificultar el paso y uso de serventías, las SS. TSJ Galicia (Civil y Penal) 31 marzo 2010 (RJ 2010, 2739) y 10 enero 2012 (RJ 2012, 259).
En cambio, y como manifestación de la orientación proclive a la prevalencia del cierre efectuado sin perjudicar la servidumbre, la SAP Orense 15 mayo 2014 (JUR 2014, 212506) entendió que la colocación por el propietario de dos cancillas cerrando su finca fue en legítimo ejercicio de la facultad concedida por el art. 388 CC, al no impedir ni hacer especialmente gravosa la servidumbre de paso existente en favor de los vecinos para acceder a una fuente pública, ya que "abrir una puerta supone realmente una pequeña incomodidad que debe ser tolerada", no apreciándose pues infracción del art. 545 CC. *Vid.* en la misma línea, SS. AP Toledo 20 septiembre 2016 (AC 2016, 1995), Baleares 14 diciembre 2016 (JUR 2017, 14533) y Orense 3 mayo 2019 (JUR 2019, 178605).

153 *Vid.* p.ej. SS. AP Alicante 3 octubre 2011 (JUR 2011, 11648) y Lugo 24 enero 2011 (JUR 2011, 118383).
En otro orden de cosas, aclaró la SAP A Coruña 13 junio 2008 (JUR 2008, 338423) que "la instalación de un portalón en un muro de cierre no conlleva la existencia de una servidumbre de luces y vistas, como interpretan los recurrentes, que extienden el concepto de tal clase de servidumbre a unos extremos inapropiados. Según su tesis, si una persona ejercita el derecho que le confiere el art. 388 CC mediante un cierre diáfano (p.ej. una simple alambrada o una malla tipo red) estaría constituyendo una servidumbre de luces y vistas, lo que no es cierto".

lo que "obliga precisamente es a preservar el gravamen, *no a que el gravamen –la servidumbre- impida el derecho de cerrar y cercar la finca*" (SAP León 5 julio 2012[154]).

Del referido límite a la facultad de cierre se hace eco el art. 560 CC para el supuesto particular de la servidumbre de acueducto (STS Sala 3ª 17 marzo 1986[155]); precepto a tenor del cual la existencia de la servidumbre de acueducto sobre un predio no impide a su propietario cerrarlo o cercarlo, pero "*siempre que no se perjudique la servidumbre* ni se imposibiliten las reparaciones y limpias necesarias"[156]. Y también se plasma, por ejemplo, en el art. 602 que, si bien contempla el cercado de una finca como vía para liberarla del régimen de comunidad de pastos, declara expresamente subsistentes las servidumbres establecidas sobre tal finca[157].

Huelga advertir que el límite dispuesto por el art. 388 *in fine* al cierre de fincas por razón de las servidumbres sobre las mismas –límite inaplicable, en cambio, cuando se trate de *actos meramente tolerados* por el dueño (SAP Alicante 5 marzo 2015[158])[159]- no llegará a operar, obviamente, en aquellos casos en que, tal como resuelven no pocas sentencias, *en verdad no había tal servidumbre*: así lo ha declarado, p.ej., la SAP Ávila 3 septiembre 1999[160] en relación con una alegada y no probada servidumbre de luces y vistas; o la SAP Valladolid 29 septiembre 2020[161] respecto de una inexistente servidumbre de paso[162].

Por otra parte, interesa remarcar que, además del respeto a las servidumbres preexistentes o ya "*constituidas*" -a las que se ciñe la letra del art. 388 CC-, es *communis opinio* en la doctrina[163] y afirmación reiterada de nuestros tribunales (SAP Alicante 5 marzo 2015[164]) que la facultad de cierre tampoco puede impedir la constitución, *con posterioridad al cierre*, de servidumbres forzosas en los supuestos en que la ley autoriza a exigirlas.

154 JUR 2012, 278159

155 RJ 1986, 1827

156 *Vid.* al respecto, SS. AP Baleares 19 julio 2012 (AC 2012, 1213) y Murcia 12 mayo 2015 (JUR 2015, 154707).

157 Por su parte, el art. 583.2 Código del Derecho Foral de Aragón (D.Legisl. 1/2011) establece que "*El titular de una finca gravada con servidumbre de pastos podrá cerrarla, pero deberá dejar paso suficiente para el acceso del ganado*". Similar disposición existe en el Derecho navarro (Ley 402 en su actual redacción por Ley foral 21/2019).

158 JUR 2015, 125333

159 *Vid.* en el mismo sentido SS. AP Pontevedra 23 febrero 2015 (JUR 2015, 80913) y León 26 abril 2016 (JUR 2016, 118022).

160 AC 1999, 1966

161 JUR 2020, 317779

162 *Vid.* igualmente, entre otras muchas, SS. AP Pontevedra 23 febrero 2015 (JUR 2015, 80913) y León 26 abril 2016 (JUR 2016, 118022).

163 *Vid.* p.ej. López y López, Á.: "Com. art. 388 CC", en *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1063.

164 JUR 2015, 125333

B) Límites al cierre de fincas por razón de las llamadas servidumbres legales.

Dada la confusa terminología que el codificador español empleó en ciertos aspectos de la regulación de las servidumbres y sus clases –y en lo que ahora importa, en lo atinente a su distinción de las limitaciones legales del dominio-, debe interpretarse que cuando el art. 388 CC reconoce al propietario la facultad de cerrar sus fincas "sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas" este límite puede proceder tanto de un *derecho real de servidumbre* propiamente dicho –ya se trate de servidumbres voluntarias ya forzosas- como de las *limitaciones del dominio* que el Código Civil denomina *servidumbres legales*.

Esto impide, por ejemplo, que en la llamada servidumbre natural de aguas el dueño del predio superior realice obras de cierre que agraven la posición del predio inferior (art. 552 *in fine* CC)[165]. Asimismo exige tener en cuenta el art. 570 sobre las cañadas, cordeles, veredas u otras servidumbres de paso para ganados[166]. Y también hace preciso atender a lo dispuesto por los arts. 571 y ss. CC en materia de medianería[167] a la hora de fijar la titularidad de la propiedad de los vallados, setos, paredes u otros elementos de cierre o cercado[168], así como para la imputación de los gastos de su construcción y mantenimiento; ámbito donde es afirmación reiterada de nuestros tribunales que "si bien todo propietario tiene derecho a cerrar su finca (art. 388 CC), en ejercicio de este derecho no puede obligar a constituir medianería a su colindante, es decir, obligarle a que entre los dos costeen la construcción del elemento de separación y a edificar tal elemento en terreno aportado por ambos colindantes a partes iguales" (SAP Baleares 27 marzo 2013[169]).

Por otra parte, para el caso particular de cercado con setos vivos, las prescripciones que establecen los arts. 591 a 593 CC en materia de distancias, altura de la vegetación, corte de ramas, etc. son objeto de interpretación por una nutrida jurisprudencia menor –no del todo uniforme- que se pronuncia acerca del grado de aplicabilidad de cada uno de dichos preceptos a estos cierres vegetales en función de la especie y tipo de plantación, siendo especialmente polémica la cuestión de si tales setos han de guardar las distancias del art. 591 CC -como

165 Frente a la pretensión de demolición del muro de la finca del demandado, la SAP Málaga 23 septiembre 1993 (AC 1993, 1790), tras reflexionar sobre "*la contraposición entre el derecho del propietario (de la finca superior) a cercarla (art. 388 CC) y la obligación que le incumbe de no agravar la posición del predio inferior (art. 552), se decantó por reconocer el derecho al amurallamiento de la finca, siempre que la cerca se eleve de forma que no aumente los riesgos naturales a que está sujeto el predio inferior*", evitación de los riesgos que podría crear la cerca a cuyo fin había además "bocas de desagüe en la base del muro que permitían la salida de aguas a la acequia exterior".

166 En particular sobre la correlación entre los arts. 388 y 570 CC, *vid.* Parra Lucán, Mª.Á.: *Vías pecuarias y propiedad privada*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 37-44.

167 *Vid.* con detalle Hernández Gil, A.: "Las relaciones…", cit., p. 165.

168 *Cfr.* SAP A Coruña 20 septiembre 2011 (JUR 2011, 345106).

169 JUR 2013, 172237

entiende la SAP Valencia 27 noviembre 2002[170]- o más bien no, como señalan la mayoría de las Audiencias (SAP Madrid 11 marzo 2011[171]) desestimando en consecuencia la pretensión de arranque, eliminación o retirada completa de la vegetación plantada (SS. AP Pontevedra 26 octubre 2012[172] y Valladolid 18 diciembre 2017[173]). No obstante, esas mismas sentencias vienen a puntualizar que "dichos setos vivos en la colindancia de parcelas deben respetar la altura prevista como máxima para las cercas de separación de parcelas en forma vegetal", por lo que, de sobrepasarla, sí suele condenarse a su poda o tala parcial a fin de que "dichas plantas sean cortadas a la altura máxima de 2 metros y sean cuidadas de forma que no invadan la propiedad vecina" (SS. AP Valencia 5 marzo 2010[174] y 8 mayo 2013[175]), a lo que agrega la SAP Alicante 28 enero 2011[176] que *cuando las ramas del seto vivo se extienden sobre la finca contigua resulta aplicable lo dispuesto en el art. 592 CC*, y procede ordenar su poda en virtud del derecho que tal artículo otorga al dueño de dicha finca a reclamar que se corten en cuanto invadan su propiedad.

2. Cierre de fincas e intereses de orden público: exigencias urbanísticas, de ordenación legal del suelo y de protección de la biodiversidad.

La facultad de cerrar sus fincas que otorga al propietario el art. 388 CC ha de ejercitarse conforme a las exigencias que, en su caso, puedan venir impuestas por la *normativa urbanística aplicable* o en general deriven de la *ordenación legal*

170 JUR 2003, 72957. Declara esta sentencia, en relación con el seto, laurel y cañizo plantados como cierre de un predio rústico, que "si bien es cierto que el art. 388 CC faculta al propietario para cerrar o cercar su heredad, ello no excluye *per se* el derecho de la contraparte a *guardar las distancias* que determine la ordenanza o costumbre del lugar y en su defecto las prescripciones del *art. 591 CC*".
También la SAP Córdoba 8 noviembre 2001 (AC 2001, 2204) afirmó que "el recurrente yerra cuando pretende contraponer el art. 388 CC con el 591. Ambos se complementan, de forma que una cosa es que el art. 388 permita cerrar la heredad con un seto vivo y otra distinta que ello suponga poder perjudicar la finca colindante incumpliendo las distancias que prevé el sistema de fuentes del art. 591".

171 JUR 2011, 179953. Tajantemente afirma esta sentencia que "*el art. 591 CC no es de aplicación a los setos vivos*"; y en el caso, "la alineación de «cupressus arizónica» realizada por los demandados no se trata de una plantación de coníferas, sino que tiene una clara finalidad delimitadora de su finca, pudiendo ser valorada como «seto vivo» a los efectos del art. 388 CC que habilita a todo propietario para cerrar su finca con setos".
Vid. igualmente SAP Alicante 28 enero 2011 (JUR 2011, 162363).

172 JUR 2013, 35967. Declara esta sentencia que, teniendo en cuenta que "una gran mayoría de chalets y parcelas se encuentran separadas por setos vivos, se entiende que el art. 591 CC no es de aplicación a esos «setos vivos», en virtud de la facultad que el art. 388 otorga a todo propietario de cerrar o cercar sus propiedades mediante setos, equiparándose en este aspecto a paredes, muros o zanjas, sin que tal norma le imponga ninguna limitación, con tal que no invada el fundo vecino".

173 JUR 2018, 40000. Afirma esta sentencia respecto del art. 591 que "habrá que estar a las características de las plantaciones por su disposición, funcionalidad y cuidados, que merecen en todo caso la consideración jurídica de «setos vivos», y ello para la aplicación del art. 388 CC, que permite a todo propietario cerrar o cercar sus heredades por medio de «setos vivos»,… *por lo que la existencia a menos distancia de la establecida en el art. 591 CC de plantas de tal naturaleza que no alcanzan la categoría de árboles y ni siquiera de arbustos* -en el caso de autos, hiedra y enredaderas que trepaban por el muro de la vivienda- *no está proscrita por el ordenamiento jurídico*". *Vid.* en idénticos términos, SAP Alicante 23 mayo 2017 (JUR 2017, 225995).

174 JUR 2010, 221764

175 JUR 2013, 275609

176 JUR 2011, 162363

del suelo (SSTS Sala 1ª 16 febrero 2007[177] y Sala 3ª 2 julio 1991[178], 19 mayo 1998[179] y 4 febrero 2008[180])[181]. A ello han de sumarse los condicionantes establecidos en aras a la protección de la biodiversidad y en particular de la fauna silvestre, en los términos que a continuación se va a examinar.

A) Distancias mínimas y protección paisajística y medioambiental.

Entre los referidos requisitos o limitaciones cabe hacer mención, por una parte, de la observancia de las *distancias mínimas* que han de guardar los cerramientos respecto a las vías, arroyos y caminos públicos existentes, conforme a lo determinado por el planeamiento urbanístico[182] (SSTS Sala 3ª 23 enero 1987[183], 29 junio 1988[184], 23 enero 1990[185] y 26 septiembre 1990[186])[187]. Sobre este particular, y en estrecha relación con los posibles problemas de invasión del dominio público, la STS Sala 3ª 19 mayo 1998[188] vino a confirmar, como decisión plenamente ajustada a Derecho, que en el concreto asunto litigioso la concesión al propietario de una finca rústica de licencia para su cierre hubiera sido sometida por el Ayuntamiento a la condición, entre otras, de "*situar el muro de cerramiento a una distancia mínima de 1'50 ms. del borde exterior de la calzada colindante*", conforme a "a las distancias

177 RJ 2007, 1897

178 RJ 1991, 5722

179 RJ 1998, 3859

180 RJ 2008, 590. Esta importante Sentencia –cuyos pronunciamientos reproduce la STSJ (Contencioso-Administrativo) Andalucía 26 diciembre 2012 (JUR 2013, 96732), entre muchas más- declara que "los instrumentos de planeamiento pueden regular las condiciones de vallado o imponer restricciones al derecho de los propietarios de cerrar sus fincas reconocido en el art. 388 CC, siempre que las limitaciones que se establezcan en las normas urbanísticas tengan engarce en las disposiciones legales aplicables" y "no desnaturalicen o vacíen de contenido el expresado derecho del art. 388", pues "no cabe tachar sin más de ser contrario a la función social de la propiedad el ejercicio de esa facultad de cercar o cerrar las heredades que el art. 388 reconoce al propietario".

181 A decir de la SAP Toledo 22 febrero 2016 (JUR 2016, 65528), "*el derecho que concede el art. 388 CC no puede pasar por alto lo que las ordenanzas municipales establezcan en la materia* (SSTS 2 julio 1991 o 19 mayo 1998), debiendo respetarse *las normas administrativas de orden urbanístico*".

182 P.ej. el art. 114.1.f) Ley del Suelo de Cantabria (Ley 2/2001) establece entre otras condiciones, respecto a las construcciones en suelo rústico, que "Los cerramientos se situarán de tal manera que la distancia mínima al límite exterior de la calzada, vial o camino sea de tres metros, salvo que el planeamiento establezca una distancia mínima inferior, en atención a las características del entorno" (*vid.* también art. 36).
La Ley 2/2016 del Suelo y Urbanismo de Galicia dispone en el art. 92.1 que "Las construcciones y cerramientos que se construyan con obra de fábrica, vegetación ornamental u otros elementos permanentes en zonas no consolidadas por la edificación tendrán que desplazarse un mínimo de 4 metros del eje de la vía pública a la que den frente". No obstante, el propio precepto añade a renglón seguido que "se excluye de esta obligación la colocación de mojones y cierres de postes y alambre destinados a delimitar la propiedad rústica".
Sobre las distancias a las vías públicas de los cierres o vallados de fincas, *vid*. también el art. 54 Reglamento de Urbanismo de Castilla y León (Decreto 22/2004).

183 RJ 1987, 1808

184 RJ 1988, 4783

185 RJ 1990, 339

186 RJ 1990, 7390

187 *Vid.* también STSJ Castilla y León (Contencioso-Administrativo) 20 febrero 2018 (JUR 2018, 107753).

188 RJ 1998, 3859

que respecto a las vías públicas existentes han de guardar los cerramientos de las fincas, según las normas de planeamiento aplicables en ese término municipal".

Por otra parte, además, y como ya en su momento adelantamos, *las propias características físicas de las obras de cierre* -su naturaleza, tamaño, situación, etc.- se encuentran supeditadas a las eventuales restricciones que puedan venir impuestas por exigencias urbanísticas[189] o de impacto paisajístico o medioambiental. Así, a título de ejemplo, en el asunto resuelto por la STS Sala 3ª 14 abril 1997[190] no se permitió que el cierre de una finca se realizase mediante un muro de bloques de hormigón y, por imposición de las normas urbanísticas municipales, se exigió que se efectuara con alambrada, estacas o seto vivo.

La previsión de dichas limitaciones, concretamente por razones paisajísticas, aparece contemplada con carácter general en el art. 20.2 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (RD Legislativo 7/2015); precepto a tenor del cual "las instalaciones, construcciones y edificaciones habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que estuvieran situadas, y a tal efecto, en los lugares de paisaje abierto y natural, sea rural o marítimo, o en las perspectivas que ofrezcan los conjuntos urbanos de características histórico-artísticas, típicos o tradicionales, y en las inmediaciones de las carreteras y caminos de trayecto pintoresco, *no se permitirá que la situación, masa, altura de los* edificios, *muros y cierres limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompa la armonía del paisaje o desfigure la perspectiva propia del mismo*"[191].

A la luz de la referida normativa, nuestra jurisprudencia ofrece buenos ejemplos de las antedichas restricciones físicas a la concreta forma de cierre cuando la finca en cuestión se halla enclavada en una zona de protección por su interés paisajístico -tal como se aprecia en la STS Sala 3ª 2 julio 1991[192] o en las SS. TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Canarias 12 junio 2013[193] y Andalucía 31 marzo 2014[194]-.

189 Así, p.ej., la Ley gallega del Suelo y Urbanismo establece en su art. 39 («Condiciones generales de las edificaciones en suelo rústico») que "Los cierres de fábrica no podrán exceder de 1,5 metros de altura, debiendo adaptarse al medio en que se ubiquen".

190 RJ 1997, 2655

191 Similar disposición se reproduce en la normativa autonómica. *Vid.* p.ej. art. 195.3 TR de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha (DLegisl. 1/2010); arts. 58.1.a) y 385.3 Ley 4/2017 del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias; art. 86.b) TR de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra (DLegisl. 1/2017); art. 91.b) Ley gallega del Suelo y Urbanismo; art. 34 Ley 2/2001 del Suelo de Cantabria; o art. 109 TR de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Asturias (DLegisl. 1/2004) y art. 294 de su Reglamento de desarrollo (Decreto 278/2007). *Vid.* también la detallada regulación de las medidas de integración paisajística de los cerramientos que establece el art. 119.2 y 3 Ley Agraria balear de 2019.

192 RJ 1991, 5722

193 JUR 2013, 277402

194 JUR 2014, 169908. Según señala esta sentencia andaluza, "el vallado de la finca ejecutado con postes metálicos y mallazo de gallinero no presenta características tipológicas y estáticas adecuadas a su ubicación

Además de la protección del paisaje natural o de los entornos urbanos con especial valor histórico-artístico, también razones de tipo ecológico y de protección de la biodiversidad aconsejan o imponen límites al tipo de cerramiento a emplear. De ahí que la Ley 42/2007 de Patrimonio Natural y Biodiversidad establezca en su art. 65.3.f) que "los cercados y vallados de terrenos, cuya instalación estará sujeta a autorización administrativa, deberán construirse de forma tal que, en la totalidad de su perímetro, no impidan la circulación de la fauna silvestre no cinegética y eviten los riesgos de endogamia en las especies cinegéticas".

De tales condicionantes dan cuenta nuestros tribunales[195], por ejemplo cuando el cierre en cuestión constituye "una barrera artificial infranqueable que hace imposible el tránsito de la fauna silvestre", como aconteció en la litis resuelta por la STS Sala 3ª 29 septiembre 2008[196]. De ahí que el TS confirmara el acto de la Administración que ordenaba la eliminación del cerramiento de una finca efectuado con trama de alambre, aduciendo a tal fin que "los posibles perjuicios al interés del particular deben ponderarse junto a los intereses públicos concurrentes, y en el caso de autos tales intereses públicos resultan determinantes a la vista de *la existencia de una resolución de impacto ambiental que declara la obra inviable, con incumplimiento de las dimensiones mínimas de alambrada, que impide la libre circulación de fauna silvestre no cinegética*, afectando además a una zona de dispersión del águila imperial ibérica. Los intereses públicos en juego son de tal importancia que deben prevalecer sobre los particulares, sin perjuicio, en su caso, del oportuno resarcimiento de los perjuicios" que acarree al propietario el desmontaje del vallado.

B) Autorizaciones administrativas y licencia de obras de cerramiento.

Aunque ya a largo de este trabajo hemos realizado diversas alusiones al tema, dentro de las exigencias que en orden al cierre de una finca pueden venir impuestas por razones jurídico-públicas de control del uso del suelo es momento de incidir en los títulos habilitantes de naturaleza urbanística previstos legalmente a tal efecto, entre los que se encuentran, ya la declaración responsable o comunicación previa[197], ya la *licencia* administrativa para acometer las correspondientes obras

y a su integración en el entorno, limita el campo visual hacia el valle del Guadalquivir y desfigura el paisaje rural en las inmediaciones de la carretera de Baeza a Úbeda".

195 En la jurisprudencia menor, a la hora de examinar los límites legales al cercado total o parcial de cotos de caza y las condiciones técnicas y administrativas para ello, son frecuentes las referencias a la difícil compatibilidad de "la eventual existencia de vallados en el medio natural" con "*los requerimientos de movilidad de la fauna para asegurar su conservación y biodiversidad*" (*vid.* p.ej. SS. AP Orense 7 junio 2007 [JUR 2008, 148918] y Córdoba 14 julio 2011 [JUR 2011, 175751]).

196 RJ 2008, 4585
Vid. también STSJ Madrid (Contencioso-Administrativo) 8 noviembre 2012 (JUR 2013, 3093); y en el plano penal, STS 2ª 11 febrero 2021 (RJ 2021, 466).

197 La Ley 13/2015 de Ordenación Territorial y Urbanística de Murcia cataloga "el cerramiento de fincas" como acto sujeto a *declaración responsable en materia de urbanismo* [art. 264.2.i), modificado por Ley 2/2020). También el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León de 2004 incluye entre los actos sometidos a

de cerramiento[198]. A tal licencia se ha referido reiteradamente nuestro Tribunal Supremo, tanto en la jurisprudencia de su Sala 1ª (STS 16 febrero 2007[199]) como especialmente en sus resoluciones de lo contencioso-administrativo (STS Sala 3ª 4 febrero 2008[200])[201]; botón de muestra de las cuales es la Sentencia de 24 marzo 1997[202], en la que puede leerse que "el cerramiento de un fundo requiere previa obtención de la correspondiente licencia urbanística, que, como es bien sabido, es un acto de autorización administrativa, simplemente declarativo de derechos preexistentes y de carácter reglado, de tal modo que la Administración ha de limitarse a comprobar si el objeto o contenido material de la licencia solicitada se ajusta o no a la normativa urbanística vigente"[203].

Los aludidos títulos urbanísticos habilitantes para la ejecución de obras de cerramiento y, en particular, la mentada licencia previa[204] –cuya pertinencia

declaración responsable "las obras de construcción o instalación de cerramientos, cercas, muros y vallados de fincas y parcelas" [art. 314 bis.1.b).2°, en su redacción por Decreto 6/2016]. E igualmente en la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid (Ley 9/2001), el art. 155.f) menciona expresamente "los cerramientos de parcelas, obras y solares" entre los actos sujetos a *declaración responsable urbanística*, *sin exigir para ellos licencia* (art. 152).
Tampoco la Ley del Suelo y Urbanismo de Galicia incluye los cerramientos dentro del catálogo de actos que requieren licencia municipal (art. 142.2), decantándose por la vía de control a través de la *comunicación previa*. De igual modo la Ley 11/2018 de Ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura incluye "el cerramiento de fincas, muros y vallados" dentro de los actos "sujetos al régimen de comunicación previa al Municipio" [art. 162.f)]. Y asimismo el art. 1921.c) TR de la Ley Foral navarra de Ordenación del Territorio y Urbanismo establece que "quedan sujetos al régimen de declaración responsable o comunicación previa, a los efectos de su constancia, realización y control posterior" los "cerramientos y vallados". Por su parte, el art. 162 Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de Entidades Locales de Aragón (Decreto 347/2002) dispone que el régimen de comunicación previa podrá aplicarse a las "obras de sencillez técnica y escasa entidad constructiva y económica, consistentes normalmente en pequeñas obras de simple reparación, decoro, ornato o *cerramiento* que no precisen de proyecto técnico suscrito por profesional titulado. Se entienden como tales, entre otras,… los *cierres o vallados de fincas particulares*,…".

198 La Ley 5/2006 de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja incluye "el cerramiento de fincas" entre los actos de uso del suelo sujetos a previa licencia [art. 192.2.b)]. Igualmente consideran que el cerramiento de fincas, muros y vallados requiere licencia urbanística el art. 165.l) TR de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha; o el TR de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Asturias (arts. 228.2 *in fine* y 251.5).
También el art. 183 de la Ley cántabra del Suelo incorpora el "cierre de vallados y fincas" en el elenco de actos sometidos a *previa licencia* que enumera en su párr.1, si bien puntualiza en el párr.4 que "Cuando se trate de obras menores, las ordenanzas municipales podrán sustituir la necesidad de obtención de la licencia urbanística por una declaración responsable o comunicación". *Vid.* en el mismo sentido la Ley 2/2006 del Suelo y Urbanismo del País Vasco [art. 207.1.l) y 5].
Por su parte, la Ley 4/2017 del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias (en su vigente redacción por Decreto-ley 15/2020) exige licencia municipal para los "cerramientos y vallados perimetrales y de protección que requieran cimentación de profundad superior a cincuenta centímetros" [art. 330.1.t], mientras que tan solo reclama "comunicación previa, sin precisar licencia urbanística" para el "vallado de obras, fincas y solares que no requieran cimentación de profundidad superior a cincuenta centímetros" [art. 332.1.e].

199 RJ 2007, 1897

200 RJ 2008, 590

201 *Vid.* igualmente, p.ej. SS. TSJ (Contencioso-Administrativo) Castilla-La Mancha 20 octubre 2017 (JUR 2017, 311295), Baleares 20 julio 2020 (JUR 2020, 250415) y Madrid 16 septiembre 2020 (JUR 2021, 10997).

202 RJ 1997, 1875

203 Y añadió esta Sentencia, como ya antes indicamos, que "tal trámite de concesión de una licencia de cierre no es instrumento apto para dirimir problemas de dominio o posesión".

204 *Vid.* Cuadrado Zuloaga, D.: "Licencia para cerramiento o vallado de fincas", *Actualidad Administrativa*, núm.20, 2008, p. 3.

puede afectar al cierre "*tanto de fincas rústicas como urbanas*"[205], según se ocupa de subrayar la STS Sala 3ª 28 julio 1989[206]- pretenden evitar que el cierre de una finca sea empleado como recurso indirecto para proceder a una parcelación urbanística ilegal y no autorizada (STS Sala 3ª 7 noviembre 1988[207]) y persiguen como fin último controlar el cumplimiento de posibles normas, fundamentalmente de Derecho urbanístico, que supediten el interés particular del propietario a otros intereses superiores de orden público (SSTS Sala 3ª 8 julio 1996[208] y 2 septiembre 1998[209]). De tal colisión de intereses dan buena cuenta, p.ej. la STS Sala 3ª 8 octubre 1999[210], referente al vallado de una finca rústica, *sin autorización*, obstruyendo el uso de una vía pecuaria; las SSTS Sala 3ª 30 enero 2001[211] y 11 diciembre 2001[212], sobre el cercado de unos cotos de caza –con alambrada y mediante valla electrificada, respectivamente en cada uno de ambos asuntos- *sin la correspondiente licencia* administrativa; o la citada STS 5 febrero 1996[213], en la que se declaró, respecto del cerramiento sin licencia de una parcela no urbanizable con piquetas y malla metálica, que "la realización de tales instalaciones sin la obtención de la correspondiente licencia presupone *la ilegalidad de ese acto de uso del suelo* y la plena legitimidad de la orden de paralización de las obras".

VIII. EL CIERRE DE FINCAS COMO EVENTUAL DEBER DEL PROPIETARIO.

Es cierto que el cerramiento de una finca aparece configurado por el art. 388 CC como una *facultad* de su dueño, pues el propio precepto habla de que el propietario «*podrá*» cerrar o cercar y el mismo rótulo de la norma se refiere al «*derecho*» de cerrar las fincas. Desde esta perspectiva, son numerosas las resoluciones judiciales que, a efectos de ventilar litigios en materia de responsabilidad civil por daños, hacen hincapié en esa naturaleza del cierre como "*derecho o facultad (no como obligación), de la que el propietario puede hacer uso o no*" (SAP Cáceres 5 octubre 2017[214]), ya que cuando el art. 388 establece que todo propietario «podrá» cerrar o cercar sus heredades utiliza una "*expresión potestativa o facultativa, no imperativa*" que revela que "*no hay necesidad de que, obligatoriamente, tenga que cercar sus*

205 En la doctrina, Frades, E.: "Com. arts. 384-388 CC", cit., p. 270 señala que la obtención de "licencia municipal previa al cierre es independiente del tipo de suelo de que se trate (urbano, urbanizable o no urbanizable)".

206 RJ 1989, 6157

207 RJ 1988, 8636

208 RJ 1996, 6134

209 RJ 1998, 9261

210 RJ 1999, 7943

211 RJ 2001, 2455

212 RJ 2001, 8785

213 RJ 1996, 890

214 JUR 2017, 271419

fincas" (SAP Cáceres 12 abril 2013[215])[216]. En tal sentido –destaca la SAP Córdoba 14 julio 2011[217]-, "*no es posible reconducir un derecho ejercitable (art. 388 CC) a su imposición como deber*"[218].

Con todo, esas mismas sentencias se cuidan de precisar que tal naturaleza de la facultad de cierre del art. 388 CC en el ámbito estrictamente civil o privado "no empece a lo que pueda establecer una determinada normativa administrativa"; y de ahí que, como admite la doctrina, el cierre o cercado de fincas pueda llegar a constituir en ocasiones, no ya un derecho, sino un *deber* del propietario[219]. Así, por ejemplo, dicha facultad de cierre se convierte o transmuta en obligación cuando las Ordenanzas municipales así lo establecen, ya en relación a los núcleos de población (STS Sala 3ª 21 octubre 1985[220]) ya para evitar la salida de ganado a otras propiedades, o cuando disposiciones urbanísticas imponen a los dueños de solares o de terrenos emplazados en suelo urbano el deber de cercarlos o cerrarlos por motivos estéticos, de salubridad o de seguridad (STS Sala 3ª 9 septiembre 1991[221])[222].

215 JUR 2013, 183371

216 *Vid*. también SAP Cáceres 24 mayo 2018 (JUR 2018, 204288) y la SAP Valladolid 26 abril 2012 (JUR 2012, 162324), que destaca que "el cerramiento de una finca no es sino *un derecho* que a su propietario corresponde y así se contempla en el art. 388 CC, *no una obligación que pueda imponerle el colindante*".

217 JUR 2011, 175751

218 Y añade esta sentencia –remitiéndose a lo ya declarado por la SAP Castellón 11 septiembre 2008 (JUR 2009, 67123)- que "no ha de olvidarse que un coto de caza no es una finca, sino una superficie de terreno de aprovechamiento cinegético que puede estar constituida por una pluralidad de fincas de distintos propietarios, que *no pueden ser obligados a cerrar sus predios* en colindancia con vías públicas", por lo que *el cerramiento perimetral de un coto "no puede ser impuesto a los titulares de los fundos o parcelas integrantes del terreno acotado*".

219 Así lo señalan expresamente, p.ej. Roca, J.: "Com. arts. 384-388 CC", cit., pp. 372-373; y López, Á.: "Com. art. 388 CC", cit., p. 1063.

220 RJ 1985, 5649

221 RJ 1991, 6816

222 Otro caso de deber de cierre se contempla en la Ley Agraria de Extremadura, cuyo art. 177 establece, en aras a preservar la seguridad en las zonas de protección de los caminos rurales, que "Los propietarios de las fincas colindantes impedirán en todo caso los vertidos y caída de objetos desde sus fincas, así como la salida de animales al camino, *construyendo para ello y por su cuenta las protecciones y cierres que resulten precisos*".

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M.: *Derecho Civil III Derecho de Bienes*, 12ª ed. revisada y puesta al día por M. Albaladejo Abarca, Edisofer, Madrid, 2016.

Calvo Vidal, F.M.: "Comentario a los artículos 384 a 388 CC", en *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010.

Cosialls Ubach, A.M.: "Reflexiones sobre la facultad de exclusión en la propiedad privada", en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Vol.I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Cuadrado Zuloaga, D.: "Licencia para cerramiento o vallado de fincas", *Actualidad Administrativa*, núm.20, 2008.

De Pablo Contreras, P.: "Comentario al artículo 388 CC", en *Código Civil Comentado* (dir. A. Cañizares Laso/P. De Pablo/J. Orduña Moreno/R. Valpuesta Fernández), Vol.I, Civitas–Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

De Salas Murillo, S.: *El deslinde de fincas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Díez García, H.: "Comentario al artículo 384 CC", en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Cizur Menor, 5ª ed., 2021.

Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 5ª ed., 2008.

Frades De La Fuente, E.: "Comentario a los artículos 384 a 388 CC", en *Comentarios al Código Civil* (coord. J. Rams Albesa), III, Bosch, Barcelona, 2001.

González García, J.: *La facultad de exclusión del propietario*, Universidad de Granada, 1986.

Grimalt Servera, P.: *El deslinde entre particulares*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001.

Gutiérrez Santiago, P.: "La constitucionalización del Derecho Civil", en *Principios jurídicos. Análisis y crítica* (coord. F. Carbonell/R. Letelier/R. Coloma), Thomson Reuters-Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2011 (y en *Estudios de Derecho*, Universidad de Antioquia-Medellín, núm.151, 2011).

Hernández Gil, A.: "Las relaciones de vecindad en el Código Civil", en *Obras completas*, IV (*Derechos reales. Derecho de Sucesiones*), Espasa Calpe, Madrid, 1989.

Hualde Sánchez, J.J.: "Comentario a los artículos 384 a 387 CC", en *Código Civil Comentado* (dir. A. Cañizares Laso/P. De Pablo Contreras/J. Orduña Moreno/R. Valpuesta), Vol.I, Civitas–Thomson Reuters, Cizur Menor, 1ª ed. 2011, 2ª ed. 2016.

Lacruz Berdejo, J.L./Sancho Rebullida, F. de A./Luna Serrano, A./Delgado Echeverría, J./Rivero Hernández, F./Rams Albesa, J.: *Elementos de Derecho Civil*, III (Derechos Reales), Vol.1º (Posesión y propiedad), 3ª ed. revisada y puesta al día por A. Luna, Dykinson, Madrid, 2008.

Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil*, IV, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2008.

López y López, Á.: "Comentario al artículo 388 CC", en *Comentario del Código Civil*, T.I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.

- "Sobre el origen y significado histórico del artículo 388 del Código Civil (Materiales gaditanos de un apunte sobre la historia del constitucionalismo y la codificación)", en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol.2º, Bosch, Barcelona, 1993.

Martínez-Carande Corral, J.A.: "La Extremadura contra la Mesta: El Memorial de Extremadura como antecedente del artículo 388 del Código Civil", *Revista de estudios extremeños*, núm.2, 2019.

Parra Lucán, Mª.Á.: *Vías pecuarias y propiedad privada*, Dykinson, Madrid, 2002.

Roca Juan, J.: "Comentario a los artículos 384 a 388 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo), T.V, Vol.1º, Edersa, Madrid, 2ª ed., 1990.

Ruiz-Rico Ruiz, J.M./Casado Casado, B.: "Artículos 384 a 388 CC", en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil* (dir. M. Pasquau Liaño), T.I, Comares, Granada, 2ª ed., 2009.

Sánchez Salazar, F.: "Una aproximación a los cercados y acotamientos de tierras en Extremadura a finales del siglo XVIII y principios del XIX", *Revista española de estudios agrosociales y pesqueros*, núm.207, 2005.

Sierra Gil de la Cuesta, I.: "Comentario a los artículos 384 a 388 CC", en *Comentario del Código Civil* (coord. I. Sierra Gil de la Cuesta), T.3, Bosch, Barcelona, 2000.

Torres Lana, J.Á.: "Comentario a los artículos 384 a 388 CC", en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia* (dir. J.L. Albácar López), T.II, Trivium, Madrid, 1991.

Vilalta, A.E./Méndez, R.Mª: *Expediente de deslinde y acción de deslinde y amojonamiento*, Bosch, Barcelona, 2000.

L'«USO ESCLUSIVO» E IL «NUMERUS CLAUSUS DEI DIRITTI REALI» SECONDO LE SEZIONI UNITE

THE «EXCLUSIVE USE» AND THE «NUMERUS CLAUSUS OF PROPERTY INTERESTS» ACCORDING TO THE UNITED SECTIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2734-2765

Francesco
MEZZANOTTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il lavoro esamina il principio del numerus clausus dei diritti reali, attraverso la recente vicenda giurisprudenziale del diritto d'uso esclusivo in ambito condominiale.

PALABRAS CLAVE: Diritti reali; numerus clausus; uso esclusivo; condominio.

ABSTRACT: *The work analyzes the principle of numerus clausus of real rights, through the lens of the recent case law on the exclusive right of use of condominium parts.*

KEY WORDS: *Real rights; numerus clausus; exclusive use; condominium.*

SUMARIO.- I. IL «DIRITTO REALE D'USO ESCLUSIVO» NELLA CORNICE DEL «NUMERO CHIUSO DEI DIRITTI REALI».- II. L'USO ESCLUSIVO DI PORZIONI COMUNI DELL'IMMOBILE: L'INTERESSE ALLA TUTELA REALE.- III. LA PIÙ RECENTE SOLUZIONE DI CHIUSURA DELLE SEZIONI UNITE: CRITICA.- IV. LA «REGOLA» DEL NUMERUS CLAUSUS.- V. L'INCERTO FONDAMENTO DI DIRITTO POSITIVO.- VI. CONCLUSIONI.

I. IL «DIRITTO REALE D'USO ESCLUSIVO» NELLA CORNICE DEL «NUMERO CHIUSO DEI DIRITTI REALI»

Rientra tra i principi ordinatori della materia dominicale condivisi dagli ordinamenti della tradizione civilistica quello che, ritenendo chiuso il novero delle situazioni di appartenenza riconosciute dall'ordinamento e tipico il loro contenuto, limita tradizionalmente in modo assai rigoroso, nel campo del diritto dei beni, lo spazio d'azione riconosciuto all'autonomia dei consociati, così il possibile apporto creativo del formante giurisprudenziale[1].

In Italia, il dibattito sul fondamento sistematico e razionale del numerus clausus dei diritti reali è di recente tornato all'attenzione degli interpreti a fronte di una sentenza con cui la Corte di Cassazione, a sezioni unite, è stata chiamata a prendere posizione sulla natura giuridica delle clausole di «uso esclusivo e perpetuo» di beni condominiali. Si tratta, più in particolare, di pattuizioni assai diffuse nella prassi e volte a soddisfare, da un lato, l'ambizione del titolare dell'unità immobiliare beneficiata a vedersi attribuita una stabile facoltà di sfruttamento della parte comune dell'edificio, consentendo, dall'altro, alla compagine condominiale di non sobbarcarsi le relative spese di gestione, ma di mantenerne comunque un residuale controllo, e quindi una formale garanzia di destinazione, che sarebbero invece preclusi allorché questa fosse oggetto di un definitivo trasferimento in proprietà[2].

Interrogata sulla disciplina applicabile al diritto così convenzionalmente divisato[3] – oggetto, negli anni, di diverse interpretazioni dottrinali e di eterogenei inquadramenti nella stessa giurisprudenza di legittimità – la Cassazione ne ha radicalmente negato ogni possibile profilo di realità, per tal via consegnando all'invalidità il contratto costitutivo di un «diritto d'uso esclusivo» che non possa interpretarsi come avente ad oggetto la definitiva cessione del bene a favore del comproprietario o che comunque non risulti convertibile, ai sensi dell'art. 1424 c.c., in un accordo concernente un diritto personale di godimento[4].

L'analisi svolta in queste pagine intende ricalcare il medesimo percorso rinvenibile nell'iter motivazionale dei giudici di legittimità. Dapprima, si esamina

• Francesco Mezzanotte
Associato di Diritto Privato, Università degli Studi Roma Tre. E-mail: francesco.mezzanotte@uniroma3.it

lo specifico profilo del diritto d'uso esclusivo di parti comuni, suggerendo come, pure nell'ottica di una formale adesione al canone di tipicità dei diritti reali, fosse disponibile all'interprete, nelle maglie della legge, una soluzione ben più riguardosa dell'autonomia privata rispetto a quella da ultimo accolta dalla Cassazione. In una seconda parte, si focalizza invece l'attenzione su quelli che, ad avviso delle sezioni unite, sono i fondamenti di diritto positivo capaci di qualificare il numerus clausus come tassativa «regola» ordinamentale dagli esiti applicativi immutabili nel tempo, in quanto stabilmente volti ad espungere dal sistema, come invalida ed inefficace, ogni manifestazione della volontà dei consociati volta a dare una conformazione secondo autonomia ai diritti di godimento sui beni.

II. L'USO ESCLUSIVO DI PORZIONI COMUNI DELL'IMMOBILE: L'INTERESSE ALLA TUTELA REALE.

Sono diverse le soluzioni elaborate dalla prassi, e nel tempo sottoposte al vaglio giurisprudenziale, con le quali si è cercato di vestire con attributi di realità l'uso esclusivo di fonte convenzionale. Pur nella loro eterogeneità, tutte risultano esser state ispirate dall'evidente fine pratico di svincolare le sorti del diritto in esame da quelle della persona del beneficiario, e per tal via, attraverso una strutturale qualificazione della situazione di godimento, assicurarle stabilità nella circolazione giuridica e tendenziale perpetuità, connessa all'inerenza all'immobile in proprietà individuale.

a) Una via pragmaticamente battuta nella contrattualistica, ma non chiara in termini concettuali né priva di costi in sede di negoziazione e verifica, è quella che, sfruttando una menzione al vincolo d'uso esclusivo inserita in via apicale nel regolamento condominiale, mira ad assicurarne poi: (i) l'ambulatorietà, attraverso il suo continuo richiamo nei successivi contratti di alienazione delle singole unità di cui l'edificio si compone[5]; (ii) l'opponibilità a terzi, attraverso l'inserimento di queste clausole nelle precisazioni concesse dal c.d. «quadro D» della nota di trascrizione dell'atto nei registri immobiliari[6].

b) Per quanto più specificamente concerne l'inquadramento sistematico del diritto, dovrebbero risultare immediatamente comprensibili le ragioni di sostanziale inservibilità allo scopo del modello di «uso» tipizzato all'art. 1021 c.c., che pure consente l'attribuzione all'usuario dell'intero complesso di facoltà di godimento che la res è capace di offrire, relegando il nudo proprietario in una posizione di mera titolarità residuale, destinata elasticamente ad espandersi solo al momento

5 Cfr. Cass., sez. II, 25 marzo 2005, n. 6474, *Repertorio Foro italiano*, 2005, «voce Comunione e condominio», n. 173.

6 Dà conto di questa prassi, e della sua diffusione nella realtà notarile, Bertani, D.: "Diritto di uso esclusivo su di una porzione comune condominiale. Inquadramento quale riparto pattizio delle facoltà di godimento delle parti comuni, *Rivista del notariato*, 2018, II, p. 1195 ss., a p. 1197.

d'estinzione del diritto limitato, con il pieno riacquisto dei poteri dominicali su un bene che si ritroverà allora conservato nell'originaria sostanza e destinazione economica[7].

A ben vedere, un utile impiego di questo diritto reale nel settore condominiale non appare necessariamente escluso dalla sua formale inalienabilità: ed invero, se da un lato è ovvio che l'incedibilità del diritto di sfruttamento esclusivo ne impedirebbe in radice una circolazione a vantaggio dei successivi acquirenti dell'unità immobiliare cui esso accede, deve altresì osservarsi come un simile esito potrebbe essere agevolmente aggirato attraverso una specifica previsione negoziale che disattivi il vincolo di indisponibilità legale di cui all'art. 1024 c.c., da tempo interpretato in giurisprudenza come privo di natura pubblicistica in quanto attinente a diritti patrimoniali disponibili, e pertanto, oggi, pacificamente derogabile[8]. Ad essere invece completamente incompatibile coi fini pratici presi di mira dalle parti in situazioni come quella in esame è invece l'inaggirabile limite temporale che connota il diritto d'uso, indefettibilmente legato, nel massimo, alla vita del primo usuario ovvero, nel caso di persone giuridiche, alla durata di trent'anni (artt. 979, 1026 c.c.)[9].

c) Alla ricerca di una ricostruzione capace di conferire al godimento esclusivo un carattere di tendenziale perpetuità si è guardato, da parte di taluni, alla disciplina delle servitù prediali, qualificando la porzione comune destinata ad uso esclusivo quale fondo servente, gravato da un peso – consistente nel sostanziale obbligo di astensione dallo sfruttamento – funzionale alla sua messa a servizio dell'unità immobiliare (fondo dominante) che con esso presenta maggiori elementi di contatto (è l'esempio, proprio del caso da ultimo sottoposto alle sezioni unite, di locali immediatamente antistanti ad una porzione di cortile condominiale)[10].

Tale soluzione è sembrata in passato poter raccogliere consensi negli stessi orientamenti della giurisprudenza di legittimità, che, in diverse circostanze, non ha avuto particolari remore nel qualificare come costitutive di «servitù reciproche» le clausole del regolamento condominiale che «fissano limitazioni ai diritti o all'esercizio di essi sulle parti comuni o sulle unità immobiliari in proprietà

7 Per tutti, Palermo, G.: "L'uso", *Trattato dir. priv.*[2], diretto da Rescigno, VIII, 2, Utet, Torino, 2002, p. 95 ss., a p. 144 s.; Trimarchi, M: "Uso (diritto di)", *Enciclopedia del diritto*, XLV, Giuffrè, Milano, 1992, p. 930.

8 Così Cass., sez. II, 27 aprile 2015, n. 8507, in *Rivista del notariato*, 2016, p. 43 ss., con nota di Musolino, G.: "La derogabilità del divieto di cessione"; Cass., sez. II, 2 marzo 2006, n. 4599, in *Repertorio Foro italiano*, 2006, «voce Pertinenze», n. 1. Più articolate risultano invece le posizioni in dottrina: per la negativa, tra gli altri, Palermo, G.: "L'uso", cit., p. 151 ss.; Bigliazzi Geri, L.: *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 1979, p. 303 s.

9 Cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 6. *La proprietà*[2], cit., p. 470.

10 Per queste proposte, v. nella dottrina notarile, Rizzi, G.: "I posti auto condominiali e la disciplina in tema di conformità catastale", *Notariato*, 2019, p. 7 ss.; Spallanzani, D.: "Il notariato nella evoluzione del condominio", e diffusamente Torroni, A.: "Clausole riguardanti gli spazi per parcheggio e gli usi esclusivi condominiali", entrambi in E. Marmocchi (a cura di), *Il condominio negli edifici tra realità e personalità*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 61 ss. e 125 ss.

esclusiva, ovvero impongono pesi sulle cose comuni a vantaggio dei piani o delle porzioni di piano, oppure impongono pesi su talune unità immobiliari a vantaggio di altre unità»[11]. Questo indirizzo è stato esplicito nel rimarcare come non fosse affatto preclusiva, sul punto, né la tipicità dei diritti reali – visto che «nella categoria generale delle servitù, certamente tipica, si distinguono molteplici figure, dotate del diverso contenuto stabilito in concreto; ma tutte contrassegnate dal carattere peculiare del peso imposto sopra un fondo per l'utilità di altro fondo appartenente a diverso proprietario»[12] – né il principio-guida del nemini res sua servit – giacché nel condominio negli edifici non sussiste l'identità di posizioni soggettive tra il titolare del fondo servente e del fondo dominante, dovendosi considerare che «quando il proprietario di uno di essi sia anche comproprietario dell'altro, l'intersoggettività del rapporto è data dal concorso di altri titolari del bene comune»[13]. Su queste basi, si è pertanto ammesso esplicitamente che «se al condomino viene riconosciuto, con carattere definitivo, il diritto di godere delle cose, degli impianti e dei servizi comuni in modo diverso da quello consentito dalla specifica destinazione delle parti comuni, quando tale godimento si risolve in un peso imposto sulle parti comuni a vantaggio di un piano o di una porzione di piano in proprietà esclusiva, tale diritto deve qualificarsi come vera e propria servitù prediale, costituita su una cosa comune a vantaggio di un piano o di una porzione di piano»[14].

Come chiarito dalle sezioni unite, tale argomento non potrebbe tuttavia dirsi decisivo ai fini della questione da ultimo sottoposta al loro esame, in quanto, si argomenta, le sentenze che pure gli hanno prestato adesione non avrebbero in alcun modo inteso prendere posizione su quella generalizzata limitazione al godimento della cosa comune discendente dall'attribuzione di un corrispettivo «uso esclusivo» ad uno tra i comproprietari[15]. Un simile diritto, infatti, esulerebbe dal perimetro della servitù, per la cui individuazione è comunque essenziale «la specificazione di date facoltà positive di uso o di date astensioni»[16], le quali, a loro volta, non potrebbero mai risolversi in una completa elisione del diritto del

11 Così, Cass, sez. II, 15 aprile 1999, n. 3749, § 1.2 (*Giustizia civile*, 2000, I, p. 163 ss., con nota di De Tilla, M.: "Sulle limitazioni del regolamento contrattuale di condominio: servitù prediali ed oneri reali"); ma già prima, v. Cass., sez. II, 11 maggio 1996, n. 4439, *Repertorio Foro italiano*, 1996, «voce Trascrizione», n. 28; Cass., sez. II, 7 gennaio 1992, n. 49, *Vita notarile*, 1992, p. 542 ss.; Cass., sez. II, 13 luglio 1983, n. 4781.

12 Cass, sez. II, 15 aprile 1999, n. 3749, cit., § 1.3; in dottrina, v. su tutti Barbero, D.: "Tipicità, predialità e indivisibilità nel problema dell'identificazione delle servitù", *Foro padano*, 1957, I, p. 1043, ove la servitù è vista come uno «stampo» nel quale «si può collocare a scelta degli interessati un contenuto molto vario».

13 Cfr. Cass, sez. II, 29 novembre 2004, n. 22408, *Repertorio Foro italiano*, 2005, «voce Comunione e condominio», n. 172.

14 Così Cass, sez. II, 15 aprile 1999, n. 3749, cit., § 1.4.

15 Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, § 5.3.

16 V. già in tal senso l'ordinanza di rimessione alle sezioni unite (Cass., sez. II, (ord.) 2 dicembre 2019, n. 31420, cit., § II.3.6), argomentando a partire da Cass. sez. II, 25 ottobre 2012, n. 18349, *Repertorio Foro italiano*, 2012, «voce Servitù», n. 30.

dominus sul fondo servente paragonabile a quella che connota la posizione dei condomini privati di ogni facoltà d'uso della porzione comune[17].

Conclusione, questa, che seppur condivisibile in termini generali, non sembra comunque poter escludere in assoluto che, esaminato nel caso concreto, e quindi non con una valutazione compiuta in astratto, il contenuto delle clausole conformative dell'uso esclusivo possa essere valorizzato proprio nel quadro di un regolamento di servitù (ad esempio, allorché siano specificati i puntuali, sebbene pervasivi, poteri dell'usuario, ovvero allorché residuino, sebbene marginali, facoltà di sfruttamento degli altri condomini, quali, esemplificativamente, il potere di transitare sulla porzione comune per accedere all'edificio)[18].

d) Tale ultimo argomento mette in luce la stretta interrelazione che, in chiave eminentemente funzionale, può intercorrere tra un impiego elastico dello strumento della servitù e le clausole con le quali le parti intendano più direttamente disciplinare il contenuto della situazione dominicale, convenendo un particolare regolamento circa il godimento del bene, che sia in grado di seguirlo nell'avvicendarsi di successivi titolari[19].

L'osservazione consente di tracciare un'ideale filo rosso tra la ricostruzione appena esaminata e la prospettiva che fino al più recente intervento della Cassazione si era andata consolidando in una serie di pronunce della sua seconda sezione, disposta ad inquadrare il diritto d'uso esclusivo di fonte negoziale come «connotazione del diritto di proprietà di cui all'art. 832 c.c., o del diverso diritto reale eventualmente spettante sull'unità immobiliare condominiale in proprietà esclusiva cui accede». Tale indirizzo valorizza lo spazio di autonomia sotteso al disposto dell'art. 1117 c.c., il quale, consentendo al «titolo» di escludere dal regime della comunione alcune tra le parti comuni dell'edificio, è apparso capace di ammettere, a fortiori, un'attribuzione di quelle medesime porzioni in «uso» al singolo: in un regime di godimento, cioè, che assicura «maggiori (ma non realmente "esclusive") utilità per l'usuario stesso e minori utilità per gli altri condomini». Una simile qualificazione individua quindi nell'uso esclusivo un riparto pattizio

17 Cfr., in passato, Cass., sez. II, 22 aprile 1966, n. 1037, e in dottrina, per tutti, Vitucci, P.: *Utilità e interesse nelle servitù prediali. La costituzione convenzionale di servitù*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 76 ss.

18 Da un punto di vista metodologico, deve rilevarsi come l'esigenza di esaminare in concreto gli interessi sottesi alla pattuizione costitutiva di un qualche peso gravante sull'immobile, per verificarne l'inquadrabilità nelle maglie della servitù prediale senza invece escluderne in via generalizzata la possibile realità, sia stata già esplicitamente richiamata dal più recente indirizzo interpretativo con cui la Cassazione ha aperto alla configurabilità della c.d. «servitù di parcheggio»: cfr. per prima Cass., 6 luglio 2017, n. 16698, per il cui inquadramento sia concesso rinviare a Mezzanotte, F: "L'atipicità contenutistica delle servitù (con particolare riguardo al diritto al parcheggio)", in C. Granelli (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile 2018*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 193 ss.

19 Cfr., Falzea, A.: "Introduzione e considerazioni conclusive", in AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 23 ss., a p. 27; e per alcuni significativi esempi, Gabrielli, G.: "Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari", *Rivista di diritto civile*, 2007, I, p. 321 ss., a p. 325 s; Caterini, E.: *Proprietà*, in *Trattato dir. civ. C.N.N.*, diretto da P. Perlingieri, ESI, Napoli, 2005, spec. p. 273 ss.

delle facoltà di godimento sulla porzione comune derogatorio rispetto a quanto stabilito dall'art. 1102 c.c. e che pertanto «si trasmette, al pari degli ordinari poteri dominicali sulle parti comuni, anche ai successivi aventi causa sia dell'unità cui esso accede, che delle altre correlativamente fruenti minori utilità»[20].

Ad una simile prospettiva ermeneutica può senz'altro riconoscersi il merito di aver tentato un'operazione qualificatoria volta a dare appagante risposta ad una serie di problematiche fortemente avvertite nella prassi, e gravitanti, in primo luogo, attorno alle discusse prerogative di trasmissibilità e perpetuità dell'uso esclusivo[21]. Al tempo stesso, l'orientamento si è tuttavia prestato alla facile, e per vero fondata, critica di aver argomentativamente eluso la principale problematica teorica che per tal via si pone al fondo della questione, e cioè quella concernente l'esatto fondamento del potere di dar vita ad una strutturale modificazione del contenuto della proprietà immobiliare[22].

Ed invero, a prescindere dalla sussistenza di una qualche facoltà di sfruttamento anche indiretto della res residualmente in capo ai condomini non usuari, appare indubitabile che un indirizzo come quello in commento attribuisca al titolare dell'uso esclusivo una posizione capace di alterare i connotati fondanti del tipo-comunione, il quale, non diversamente dal diritto di cui all'art. 832 c.c., vede nel potere dei comproprietari di godere del bene, secondo i criteri di cui all'art. 1102 c.c., un ineludibile connotato sostanziale[23].

Rispetto a questa indubbia premessa, appare effettivamente apodittica la scarna argomentazione impiegata dal filone giurisprudenziale in commento per coordinare il principio di diritto in esso contenuto con il canone del numerus clausus dei diritti reali, che si vorrebbe comunque operante e pienamente salvaguardato in quanto l'uso esclusivo, per come in quella sede ricostruito, nient'altro sarebbe se non «la manifestazione del diritto del condomino sulle parti comuni»[24]. Statuizione che, rimanendo fedeli all'insegnamento che nega sia concesso alle parti disporre

20 Questa linea interpretativa, già in qualche misura anticipata da Cass., sez. II, 23 agosto 2017, n. 20287, *Repertorio Foro italiano*, 2017, «voce Comunione e condominio», n. 150, è stata compiutamente inaugurata da Cass., sez. II, 16 ottobre 2017, n. 24301, *Rivista del notariato*, 2018, II, p. 1191 ss.; e poi seguita da Cass., sez. II, 10 ottobre 2018, n. 24958, *Foro italiano*, 2019, I, c. 249 ss.; Cass., sez., II, 31 maggio 2019, n. 15021, *Repertorio Foro italiano*, 2019, «voce Comunione e condominio», n. 248.

21 Cfr. Alcaro, F.: "Appunti in tema di servitù", cit., p. 1027 ss.

22 Cfr., tra i commentatori maggiormente critici, Triola, R.: "Il c.d. diritto di uso esclusivo di parti comuni", *Corriere giuridico*, 2020, p. 504 ss., a p. 506 ss. (la cui analisi, come si vedrà, appare particolarmente significativa in quanto risulta puntualmente ripresa, in diversi passaggi in via financo testuale, dalla più recente pronuncia delle sezioni unite); segnala il tema, mostrando tuttavia toni di apertura, anche Franco, R.: "Il diritto di uso esclusivo condominiale tra categorie e interessi", *Persona e mercato*, 2020, p. 245 ss., spec. a p. 253 ss.

23 Cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 6. *La proprietà*[2], cit., p. 330; nonché, in ambito condominiale, Bianca, M.: "Il diritto dei condomini sulle parti comuni", in C.M. Bianca (a cura di), *Il condominio*, Utet, Torino, 2008, p. 185 ss., spec. p. 188 ss., 191 ss.

24 Cass., sez. II, 16 ottobre 2017, n. 24301, cit., § 7.4.

dell'effetto giuridico, non vale di per sé a chiarire per quale via sarebbe possibile attribuire a tale diritto i tratti propri della realità[25].

Con ciò non si vuole sostenere che la soluzione in commento non sia negli esiti condivisibile, quanto invece suggerire che un maggiore coraggio argomentativo avrebbe concesso di fondarla su più solide basi. Giusrealisticamente, l'impressione che dalla lettura di quelle sentenze si ricava è quella di un interprete rimasto a mezza via tra una avvertita meritevolezza di determinate richieste provenienti dalla prassi[26], e la preoccupazione di non intaccare, quantomeno apertamente, uno dei capisaldi del «classico» diritto dei beni[27].

Sarebbe invece stato auspicabile, in quelle sedi, prestare ascolto al monito di chi, già in passato, sconsigliava di risolvere fondate istanze di tutela sottese agli «effetti denominati conformativi del diritto di proprietà» – che altro non sono se non «problemi che riguardano la positiva determinazione dei modi di godimento dei beni economici» – affrontandole esclusivamente quali «limitazioni alla proprietà» o «in relazione all'esigenza di conservare il numero chiuso dei diritti reali»[28]. Il che invita a non arrestarsi alla mera declamazione di una regola, ma interrogarsi su quali siano effettivamente il fondamento e le ragioni della stessa, solo così chiarendo in che termini essa possa effettivamente rappresentare un legittimo argine frapposto dall'ordinamento al libero agire negoziale[29].

Nel caso di specie, simile modo di argomentare avrebbe peraltro potuto agevolmente prendere le mosse dalla riconosciuta sussistenza di specifici indici

25 Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*[2], (rist.), ESI, Napoli, 1994, p. 105; e con un esplicito richiamo all'impostazione bettiana, Moscati, E.: "Il problema del numero chiuso dei diritti reali nell'esperienza italiana", in Liber amicorum *per Angelo Luminoso. Contratto e mercato*, Giuffrè, Milano, 2013, t. I., p. 441 ss., a p. 454 ss.

26 Sulle cui ragioni, v. espressamente Palermo, G.: "Posizioni dominicali e godimento delle parti comuni", in E. Marmocchi (a cura di), *Il condominio negli edifici tra realità e personalità*, cit., p. 257 ss.

27 Van Erp, S.: "From "classical" to modern European property law?", in *Essays in Honour of Konstantinos D. Kerameus / Festschrift fur Konstantinos D. Kerameus*, Sakkoulas, Athens-Brussels, 2009, I, p. 1517 ss.

28 Così Costantino, M.: "Proprietà. Sentenze d'un anno", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1990, p. 681 ss. (riferimenti estrapolati da p. 681 s.), riferendosi, tra l'altro, ad una coraggiosa, per quanto isolata, pronuncia della suprema Corte con la quale si affermò che la clausola convenzionale che impone un particolare vincolo d'uso ad una porzione verticale di un immobile da edificare rappresenta una forma di destinazione economica in grado di imporsi, prima ancora che il bene venga ad esistenza, quale elemento conformativo della sua stessa natura giuridica: «sicché dopo che tale destinazione si è prodotta i beni circolano portando impresso il vincolo che dalla destinazione deriva»: cfr. Cass., 14 luglio 1989, n. 3322, *Giustizia civile*, 1990, I, p. 104 ss., con nota critica di Stella Richter, P.: "Dei limiti e dei pericoli della cosiddetta nomofilachia"; e in *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, 1, c. 113 ss. (dalla quale si cita), con nota adesiva di Costantino, F. - De Mauro, A.: "Determinazione convenzionale dell'uso dei beni". Scorrendo il testo della motivazione, si può leggere che «[l]'unico limite all'autonomia negoziale dei privati, in tal senso esplicata, non è costituito dalla necessità di salvaguardare il principio del cosiddetto numero chiuso dei diritti reali, ma dalla gamma di utilità che l'ordinamento attribuisce ai beni, all'interno del quale può avvenire una destinazione convenzionale» (c. 123).

29 Nei termini di Palermo, G.: "Contributo allo studio del *trust* e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano", *Rivista di diritto commerciale*, 2001, I, p. 391 ss., a p. 411, nota 38, il problema che si pone all'interprete è quello di chiarire «se l'idea del numerus clausus, riferita ai diritti reali, effettivamente sottenda un atteggiamento di non tutelabilità di quegli interessi individuali al godimento e alla disponibilità dei beni, che il legislatore non abbia in modo espresso riconosciuto».

già autonomamente in grado di collocare il diritto controverso nella trama del codice civile. Si tratta, in primo luogo, della disposizione di cui all'art. 1126 c.c., la quale presuppone l'avvenuta concessione ad alcuno tra i condomini di un «uso esclusivo» del lastrico solare, limitandosi poi a disciplinarne le conseguenze operative in punto di riparto delle spese di riparazione e ricostruzione[30]. Ancora, estremamente significative sono apparse le indicazioni desumibili: (i) dalla norma dell'art. 1123, comma 2°, c.c., che apertamente discorre di «cose destinate a servire i condomini in misura diversa», nonché (ii) dal novellato art. 1122 c.c., il quale equipara alle parti condominiali «attribuite in proprietà esclusiva» quelle «destinate all'uso individuale», in tutti questi casi vietando di eseguirvi opere che rechino danno, ovvero determinino pregiudizio alla stabilità, alla sicurezza o al decoro architettonico dell'edificio[31].

Disposizioni, tutte queste, che, conferendo addirittura copertura legislativa all'uso esclusivo, costringono l'interprete a chiarire se, ed eventualmente per quali ragioni, questa situazione di godimento debba essere ineludibilmente confinata sul terreno dei rapporti meramente obbligatori[32].

III. LA PIÙ RECENTE SOLUZIONE DI CHIUSURA DELLE SEZIONI UNITE: CRITICA.

È proprio a partire dai rilievi da ultimo tratteggiati che emerge un primo profilo di criticità nella più recente sentenza delle sezioni unite. Ed invero, la premessa dell'argomentazione con cui il supremo Collegio arriva ad escludere recisamente la validità di una clausola negoziale di «uso esclusivo e perpetuo» della cosa comune è quella per la quale spetterebbe all'interprete che una tale soluzione volesse invece legittimare l'onere di dimostrare puntualmente il fondamento di un simile potere conformativo della comproprietà, indicando su quali basi esso risulterebbe "concesso" dall'ordinamento ai consociati[33].

Una simile osservazione si palesa all'evidenza affetta da una rilevante inversione di metodo[34]. In un sistema che riconosce, per via dell'atipicità negoziale, il potere

30 Cass., sez. II, 16 ottobre 2017, n. 24301, cit., § 7.1.

31 Cass., sez. II, 16 ottobre 2017, n. 24301, cit., § 7.1.

32 Cfr. sul tema, pur aderendo alla classica impostazione del numerus clausus, Chiarella, M.L.: "Rimessa alle Sezioni Unite la qualificazione giuridica del c.d. diritto d'uso esclusivo", *Giurisprudenza italiana*, 2020, p. 791 ss., a p. 794 s.

33 Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, § 6.7, che contestano al precedente orientamento di apertura all'uso esclusivo di «dare per dimostrato ciò che doveva invece dimostrarsi», in ciò riproponendo la critica già a quelle sentenze rivolta da Triola, R.: "Il c.d. diritto di uso esclusivo di parti comuni", cit., p. 506 («La prima obiezione che si può muovere al recente orientamento della S.C. è di carattere generale e cioè che esso parte dalla premessa che una convenzione tra comproprietari la quale conceda il godimento esclusivo della cosa comune ad uno di essi sia consentita, la cui esattezza non viene dimostrata»).

34 Cfr. in generale Larenz, K. – Kanaris, C.W.: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*[3], Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 1995, p. 278 s. Di «Inversionsmethode», proprio sul terreno oggetto d'analisi,

all'autonomia privata, il vaglio che su di essa deve essere compiuto non può essere altro che quello imposto dall'art. 1322, comma 2°, c.c. attraverso il riferimento alla «meritevolezza dell'interesse» perseguito dai paciscenti. Nozione, questa, che da taluni è addirittura intesa in termini apertamente abilitanti[35], e cioè atta financo ad assumere la funzione di «grimaldello» per il riconoscimento di nuovi schemi convenzionali, con effetti potenzialmente rilevanti anche nelle evoluzioni del diritto dei beni[36]. Ciò che qui merita sottolineare è che anche prescindendo dall'adesione a questi più liberali approcci, non dovrebbe comunque revocarsi in dubbio la più accreditata lettura, tributaria dei valori di libera iniziativa economica sanciti dalla Carta costituzionale, in forza della quale deve ritenersi meritevole di tutela ogni contratto che non sia specificamente inquadrabile come illecito sulla base di comprovati indici di sistema[37].

Ebbene, nel caso oggetto d'esame appare assai arduo rinvenire puntuali ragioni di immeritevolezza dell'accordo, già solo alla luce di quei già menzionati riferimenti legislativi che concorrono tutti, in senso esattamente opposto, ad inquadrare l'uso esclusivo come una forma di godimento della ricchezza immobiliare apertamente riconosciuta dall'ordinamento, e che pertanto dovrebbe ritenersi pacificamente disponibile ai condomini. Il che è indirettamente dimostrato dalla stessa argomentazione svolta dalla Cassazione, la quale, per giungere a conclusioni diverse da quelle appena tratteggiate, di quelle norme offre una ricostruzione volta a sminuirne fortemente la possibile rilevanza sistematica, e che finisce addirittura, in alcuni casi, con l'eliderne ogni possibile significato utile, relegandole, in spregio ai più basilari canoni dell'ermeneutica, alla palese superfluità.

a) Rientra tra queste ipotesi la fattispecie legislativa relativa all'«uso esclusivo» del lastrico solare di cui all'art. 1126 c.c. Una norma che, sebbene in via sporadica, la giurisprudenza ha inteso come fonte di un vero e proprio «diritto reale»,

discorre anche Franco, R: "Il diritto di uso esclusivo condominiale tra categorie e interessi", cit., p. 253, nota 65.

35 Cfr. Perlingieri, P.: "«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale", *Rassegna di diritto civile*, 2017, p. 204 ss., a p. 213; e anche Criscuolo, F.: "Autonomia negoziale e autonomia contrattuale", in *Trattato dir. civ. C.N.N.*, diretto da P. Perlingieri, ESI, Napoli, 2008, p. 188 ss.

36 In termini, v. Bianca, M.: "Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi", *Rivista di diritto civile*, 2011, I, p. 790 ss., a p. 808 ss. Sono diversi, nel campo dell'appartenenza, i settori potenzialmente interessati da un simile approccio d'aperura: dai criteri di riconoscimento del negozio istitutivo di *trust* e di valutazione degli atti di destinazione di beni allo scopo (oggi, ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.), all'inquadramento nel sistema di nuove forme di garanzie «reali» elaborate – anche nel campo dell'immateriale – nella prassi mercatile, fino all'elaborazione di parametri flessibili di conformazione del contenuto tipico del diritto reale (cfr. per più estesi riferimenti Mezzanotte, F.: "Atipicità contrattuale e conformazione dell'appartenenza secondo autonomia, in G. Perlingieri – L. Ruggeri (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, ESI, Napoli, 2019, p. 603 ss., a p. 620 ss.).

37 Sul tema, v., senza pretesa di esaustività, Sacco, R. - (De Nova, G.): *Il contratto*, in *Trattato dir civ.*[3], diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 693; Di Marzio, F.: "Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno", in Id. (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, ESI, Napoli, 2004, p. 121 ss.; Guarneri, A.: "Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto", *Rivista di diritto civile*, 1994, I, p. 799 ss.; Ferri, G.B.: "Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale", *Rivista di diritto commerciale*, 1971, II, p. 81 ss.

acquisibile dal singolo comproprietario per via di usucapione[38], e della quale un ancor più puntuale inquadramento sistematico sembra poter derivare dalla sua considerazione come espressione di atti negoziali che, operando sul diritto primario, «modificano l'ordinario contenuto della [com]proprietà immobiliare»[39].

Le sezioni unite, in linea con un'impostazione sostenuta anche di recente da parte della dottrina, affermano il carattere strettamente eccezionale della disposizione, senza tuttavia che di tale affermazione sia dato rinvenire, nell'iter motivo della sentenza, una solida giustificazione[40]. Ed invero, l'unica spiegazione posta alla base di quella che dovrebbe essere l'irriducibile peculiarità dei lastrici solari, tale da renderne il godimento esclusivo eccezionale rispetto all'ordinario sfruttamento di ogni altra porzione condominiale dell'edificio, è quella per la quale tali parti, pur essendo comuni «possono però essere oggetto di calpestio, per la loro conformazione e ubicazione, soltanto da uno o altri condomini, sicché l'uso esclusivo nel senso sopra descritto non priva gli altri condomini di alcunché, perché essi non vi potrebbero comunque di fatto accedere»[41].

In primo luogo, tale considerazione non sembra trovare obiettivo riscontro già in via empirica, confliggendo questa con nozioni di comune esperienza relative allo stato degli immobili urbani, dalle quali emerge invece come non sia affatto impossibile che al lastrico solare, o ancor più evidentemente alla terrazza condominiale[42], possano accedere, attraverso scale interne o esterne all'edificio, tutti i proprietari di unità abitative, anche diverse da quella posta all'ultimo piano (e non solo per camminarvi, ma, ad esempio, per impiantarvi antenne, ripetitori, o parabole satellitari). Né il fatto che, a fronte di tale accessibilità, un uso promiscuo di tali porzioni possa essere percepito come più o meno "utile" per i singoli comproprietari può cambiare nulla quanto alla sostanza giuridica di quello che, in assenza di diversa pattuizione tra le parti, rimane comunque un diritto di godimento comune definito secondo i canoni dell'art. 1102 c.c. Da ultimo, anche accedendo alla prospettiva della Cassazione, non si capisce su quali basi debba essere escluso che analoga situazione di fattuale rivalità, o addirittura di pratica inservibilità

38 Cass., sez. II, 17 aprile 1973, n. 1103.

39 Ricostruzione, questa, che mutua la linea argomentativa di quell'autorevolissima dottrina ha così inquadrato il diritto di sopraelevazione di cui all'art. 1227 c.c., allorché questo sia ceduto dal proprietario dell'ultimo piano, o dal proprietario esclusivo del lastrico solare, ad un membro della compagine condominiale: Gabrielli, G.: "Facoltà di sopraelevazione dell'edificio condominiale ed autonomia privata", *Rivista di diritto civile*, 2009, I, p. 37 ss., a p. 43 s. (ove si chiarisce anche la diversa possibile qualificazione del diritto, equiparato alla costituzione di una superficie, se ceduto ad un non condomino).

40 Sulla stessa linea sposata dalle sezioni unite, e con una trattazione particolarmente assertiva, dalla quale non è agevole trarre argomenti motivi, v. ancora Triola, R.: "Il c.d. diritto di uso esclusivo di parti comuni", cit., p. 507.

41 Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, § 6.4.

42 Terrazza che, come le stesse sezioni unite riconoscono, ove attribuita in uso esclusivo ad uno dei condomini è dalla giurisprudenza estensivamente ricondotta alla disciplina del riparto di spese di cui all'art. 1126 c.c. (cfr. Cass., 22 novembre 1996, n. 10323, *Repertorio Foro italiano*, 1997, «voce Comunione e condominio», n. 102).

nell'uso congiunto, possa presentarsi per tante altre porzioni condominiali (come ad esempio chiostrine interne, zone luce, cortili e scantinati decentrati rispetto ai vani d'accesso principale, ecc.) rispetto alle quali ci si dovrebbe allora interrogare sul perché di un così diverso trattamento normativo.

Tutto questo non può che suscitare forti perplessità quanto all'opzione ermeneutica seguita dalle sezioni unite. A ben vedere, infatti, già il tenore letterale dell'art. 1126 c.c. mostra come oggetto di regolazione, più che l'accordo tra i comproprietari, o il diverso riparto di competenze da questo scaturente, sia una distribuzione delle spese di gestione derogatoria rispetto ai criteri generali di cui all'art. 1123 c.c., e frutto di una norma che, per il resto, si limita senz'altro a prendere atto del fatto che i condomini possano servirsi in misura diversa di una determinata parte dell'edificio comune, al limite anche per via di un vincolo di esclusiva assicurato ad uno solo tra i comproprietari[43]. Ricostruzione, questa, che, già di per sé, attribuisce alla norma codicistica un tenore difficilmente compatibile con quello di una previsione di chiusura rispetto ad una peculiare modalità di manifestazione dell'autonomia privata.

Ma anche allorché, accettando un'evidente forzatura interpretativa, la si volesse intendere come animata dall'esplicita volontà legislativa di disciplinare compiutamente un'autonoma figura di diritto reale, risulterebbe comunque assai difficile accettare che a una così scarna disposizione possa esser stata affidata un'operazione di tipicizzazione talmente peculiare da non fornire, a differenza delle ben più articolate fattispecie di iura in re aliena disciplinate nel libro III del codice civile, alcuna indicazione circa i contenuti strutturali dell'«uso esclusivo», ma al tempo stesso volta a vincolarne necessariamente l'applicazione ad un unico possibile oggetto (il lastrico solare)[44].

b) Prende dunque corpo, sulla scorta di tutti questi argomenti, la percorribilità di un'operazione ermeneutica diversa da quella accolta dalle sezioni unite, e disposta a rinvenire nell'esplicito riferimento all'«uso esclusivo» di cui all'art. 1126 c.c. il più evidente momento di emersione di un più generale potere dispositivo positivamente riconducibile all'autonomia dei comproprietari. Si tratterebbe, in questi termini, di prendere atto di un assetto normativo nelle maglie del quale, già in passato, è andato affermandosi, e in qualche misura specificandosi attraverso la prassi delle contrattazioni, il potere dei comunisti di dar vita a una situazione di godimento che poggia comunque su una rilevante base legislativa, andando per tal

43 Per questa impostazione, strettamente aderente al dato normativo, v. Bigliazzi Geri, L. - Breccia, U. - Busnelli, F.D. - Natoli, U.: *Diritto civile*, 2, *Diritti reali*, Torino, 1988, p. 329 s.

44 Certamente più coerente, ove si accolgano le premesse del ragionamento che da ultimo la stessa Cassazione mostra di condividere, appare allora la conclusione circa la valenza meramente personale anche del diritto esclusivo sul lastrico solare, salvo il suo possibile inquadramento nell'«uso» di cui all'art. 1021 c.c.: in tal senso v. Calvo, R.: "Comunione e uso esclusivo tra autonomia e tipicità", *Giurisprudenza italiana*, 2021, p. 557 ss., spec. p. 562 s.

via ad assumere, pur nel rispetto di quel vincolo di legalità che ispira la più rigorosa applicazione del numero chiuso, i contorni di una forma di appartenenza munita di prerogative di realità[45]. Sono state in tal senso richiamate, tra le disposizioni da sempre espressive di un'apertura ad un utilizzo convenzionalmente diversificato del bene comune: (i) l'art. 1123, comma 2°, c.c., che ammette che l'uso possa essere di «misura diversa» (in alcun modo limitando il campo di tale eterogenea distribuzione di poteri); l'art. 1124 c.c., che affida la ripartizione di determinate spese anche all'uso differenziato derivante dall'altezza di ciascun piano dal suolo[46]; (iii) l'art. 6, comma 2, lett. b), d.lgs. 20 maggio 2005, n. 122, che obbliga il costruttore di immobili a indicare nel contratto relativo alla futura costruzione le parti condominiali e le relative «pertinenze esclusive»[47].

c) Le sezioni unite escludono tuttavia di poter attribuire ad alcuna di queste norme – così come ad altre dal tenore di fondo apparentemente analogo (es. artt. 1120, comma 2°; 1122-bis c.c.) – una capacità precettiva di questo tipo, rimarcando come in nessuna di queste fattispecie si rinvenga mai un espresso riferimento a un «diritto reale di uso esclusivo»[48]. E tuttavia, sebbene di volta in volta ribadito dalla Cassazione in riferimento ad ognuna delle disposizioni passate in rassegna, tale l'argomento appare di ben poco peso, non spettando notoriamente al legislatore la qualificazione sistematica delle posizioni soggettive previste dal diritto oggettivo, e la relativa collocazione teorica entro le maglie di categorie dogmatiche quali, per l'appunto, quella del «diritto reale»[49].

Al contrario, un simile modo di argomentare svilisce fortemente il ruolo ricostruttivo dell'interprete, e si traduce in una lettura assai riduzionistica del dettato normativo, che risulta particolarmente evidente in relazione alla previsione di cui all'art. 1122, comma 1°, c.c. Nella sua attuale versione, la norma fa espresso riferimento alle porzioni comuni «destinate all'uso individuale», e rispetto ad esse pone un esplicito divieto al condomino «di eseguir[vi] opere che rechino danno […] ovvero determinino pregiudizio alla stabilità, alla sicurezza o al decoro architettonico dell'edificio». La Cassazione liquida assertivamente la portata di questa disposizione statuendo che «essa ben può essere riferita al caso, già

45 V. in tal senso, esplicitamente qualificando l'uso esclusivo come «diritto reale nuovo (atipico) i cui elementi essenziali sono ormai chiari grazie ad una prassi consolidata nell'ambito del condominio», Morello, U.: "Tipicità e numero chiuso dei diritti reali", in A. Gambaro - U. Morello (a cura di), *Trattato dei diritti reali*, vol. I. *Proprietà e possesso*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 67 ss., a p. 158 s.

46 Cfr. Tagliaferri, V.: "Uso", in A. Gambaro - U. Morello (a cura di), *Trattato dei diritti reali*, vol. II. *Diritti parziari*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 134 ss., a p. 173.

47 Cfr. Baralis, G.: "Condominialità di natura ambigua: sottotetti, usi esclusivi, posti-auto", in E. Marmocchi (a cura di), *Il condominio negli edifici tra realità e personalità*, cit., p. 175 ss.

48 V. Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, §§ 6.5, 6.6.

49 Sebbene la notazione compiuta nel testo possa apparire di per sé addirittura banale, essa ha risvolti di non poco momento, come testimoniano illuminanti ricostruzioni sul senso che il lemma «diritto reale» può assumere nel linguaggio del legislatore e dell'interprete come quelle condotte da Belfiore, A.: *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Giuffrè, Milano, 1979, già a p. 7; e da Comporti, M.: *Contributo allo studio del diritto reale*, Giuffrè, Milano, 1977.

ricordato, dell'uso frazionato di parti comuni»[50]. E tuttavia, questa soluzione non sembra in primo luogo pienamente rispettosa del dato legislativo, specie alla luce del complessivo tenore della norma, ove l'uso individuale viene posto sullo stesso piano di altre situazioni – quelle del diritto di proprietà esclusiva sulla singola unità immobiliare o sulle parti (ex lege) comuni – in cui il titolare del diritto esercita indubitabilmente un potere esclusivo (e non condiviso) sulla res[51].

Inoltre, e con rilievo di peso ancor maggiore, si deve segnalare che, così facendo, la Suprema Corte dà pieno seguito ad un'opzione ermeneutica che, per espressa ammissione della stessa dottrina che l'ha proposta, finisce col privare di alcun valore il testo di legge[52]. Un esito, con tutta evidenza, ampiamente insoddisfacente, specie se si osserva come alla disposizione in esame, introdotta ex novo nel codice civile con la riforma del condominio del 2012, sarebbe stato possibile attribuire un più puntuale valore precettivo ritenendo che, con essa, il legislatore abbia inteso prendere atto, riconoscendola, di una peculiare forma di godimento della cosa comune diffusasi nella prassi, in tal modo superando le solo frammentate indicazioni fino ad allora rinvenibili nel micro-sistema della comproprietà condominiale[53].

Tirando le fila del discorso, sono quindi molteplici gli argomenti che inducono a guardare criticamente alla soluzione elaborata dalle sezioni unite. Senza necessariamente avallare alcuna significativa apertura rispetto al monopolio legislativo tradizionalmente affermato in materia di diritti reali[54], il materiale normativo attualmente disponibile all'interprete avrebbe potuto consentire di ricondurre un modello negoziale assai diffuso nella contrattualistica immobiliare ad uno schema di (com)proprietà conformata non confliggente con il numerus clausus non già in quanto semplice «manifestazione del diritto del condomino sulle parti comuni»[55], quanto invece perché pianamente desumibile da una lettura sistematica dei precetti positivi del sistema.

50 V. Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, § 6.4.

51 Cfr. in tema Bertani, D.: "Diritto di uso esclusivo su di una porzione comune condominiale", cit., p. 1202.

52 Cfr. Triola, R.: "Il c.d. diritto di uso esclusivo di parti comuni", cit., p. 507, la cui posizione risulta anche in questo caso ripresa pressoché letteralmente dalle sezioni unite: «Con ogni probabilità si è inteso fare riferimento all'ipotesi in cui sia stato deliberato l'uso frazionato delle parti comuni, che è ben diverso dall'uso esclusivo di cui si discute. In tale prospettiva la norma è superflua, in quanto costituisce principio pacifico che il divieto di modificare la cosa comune, sottraendola alle possibilità di sfruttamento da parte di tutti i partecipanti alla comunione, secondo l'originaria funzione della cosa stessa, opera anche in relazione alle porzioni del bene comune delle quali i comproprietari si siano concordemente attribuito il godimento separato».

53 È questa un'apprezzabile chiave interpretativa desumibile dall'abbandonato filone giurisprudenziale apertosi con Cass., sez. II, 16 ottobre 2017, n. 24301, cit., § 7.1; e rispetto al quale v. anche, tra i primi commentatori, Franco, R.: "Il diritto di *uso esclusivo* condominiale tra categorie e interessi", cit., p. 253 ss.; Chiarella, M.L.: "Rimessa alle Sezioni Unite la qualificazione giuridica del c.d. diritto d'uso esclusivo", cit., p. 796.

54 Si v. emblematicamente Romano, F.: *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Morano, Napoli, 1967, p. 64, ove si legge che «tra due entità cui spetta in via di principio un potere costitutivo, la pubblica e la privata, ad una delle due è interdetta la possibilità di esprimere quel potere nel senso di costituire figure di diritti reali».

55 Si tratta, lo si ricorda, dell'argomento impiegato a partire da Cass., sez. II, 16 ottobre 2017, n. 24301, cit., § 7.4, per affermare la sostanziale ininfluenza della ricostruzione dell'uso esclusivo in quella sede proposta

Tale proposta, oltre a non richiedere alcuna particolare forzatura interpretativa, si sarebbe inoltre mostrata capace di soddisfare esigenze di tutela diffusamente avvertite in àmbito condominiale come quelle volte a garantire all'uso esclusivo stabilità, trasmissibilità e, a ben vedere – sol assecondando gli inviti della più autorevole civilistica e della dottrina notarile – financo opponibilità nel traffico, attraverso il sistema della pubblicità immobiliare[56].

IV. LA «REGOLA» DEL NUMERUS CLAUSUS.

Una volta negata la riconducibilità dell'uso esclusivo perpetuo all'impianto normativo dettato in materia condominiale, la conclusione di sua necessaria estraneità al sistema, e di conseguente invalidità del negozio costitutivo di un tale diritto, trova definitiva conferma nelle considerazioni che le sezioni unite svolgono per escludere che possa essere, di per sé, la sola autonomia privata a conformare stabilmente una situazione di appartenenza come quella spettante ai comproprietari in forza dell'art. 1102 c.c. A tal fine, la sentenza non si limita, come in analoghe recenti occasioni avvenuto, ad un mero richiamo adesivo al canone del numero chiuso (e della tipicità) dei diritti reali[57], ma si intrattiene invece in una sua

rispetto alla piena adesione al numerus clausus dei diritti reali.

56 Su quest'ultimo profilo, si rende necessaria una notazione più estesa. Il filone giurisprudenziale che aveva inquadrato l'uso esclusivo come deroga convenzionale all'art. 1102 c.c., pur riuscendo ad appagare le istanze di tutela provenienti dalla prassi quanto ai temi di perpetuità e trasmissibilità del diritto, aveva al tempo stesso lasciato aperta la problematica della possibile opponibilità del diritto attraverso gli strumenti della pubblicità dichiarativa, specie a causa della sua non chiarita configurazione quale autonomo diritto reale (cfr., in termini, Cass., Sez. II, (ord.) 2 dicembre 2019, n. 31420, cit., § II.3.5). La questione sembrerebbe a tutta prima destinata a rimanere irrisolta anche inquadrando più apertamente l'uso esclusivo come proprietà convenzionalmente conformata, non rinvenendosi, tra le disposizioni dell'art. 2643 c.c., alcuna menzione alla possibile registrazione degli atti che modificano non già diritti reali limitati (v. nn. 2, 4), ma il diritto di cui all'art. 832 c.c. Pur non potendo approfondire in questa la sede la questione, merita tuttavia segnalare che la consolidata lettura della pubblicità immobiliare come disciplina a carattere strettamente eccezionale, improntata a criteri di stretta tassatività (cfr. per tutti, Gazzoni, F: "La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645-bis[2]", in *Cod. civ. Comm.,* diretto da Schlesinger, I, Giuffrè, Milano, 1998), si confronta attualmente con articolate ricostruzioni critiche, volte ad evidenziarne il diverso connotato di «specialità» (Baralis, G.: *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, Cedam, Padova, 2010, p. 41 ss.) e, in ultima analisi, la sua capacità di accogliere, ai fini di sostenere le ragioni del traffico commerciale, tutte quelle situazioni di godimento dei beni che, sulla scorta dei princìpi desumibili dal sistema, siano connotate dalle «caratteristiche di "realità" e di "opponibilità" ai terzi» (Petrelli, G.: "Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici", *Rassegna di diritto civile*, 2009, p. 689 ss., a p. 752 ss.). Il punto è coerente con gli atteggiamenti di maggiore apertura di chi, in dottrina, ha ritenuto che «il sistema della pubblicità non può costituire un argine assoluto contro la frantumazione dei diritti reali ed in particolare della proprietà, ma al contrario essa tende necessariamente ad adattarsi al fenomeno sostanziale»: così, Gambaro, A.: "La proprietà. Beni, proprietà, comunione", in *Trattato dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 1992, p. 72, e in senso analogo, v. Belfiore, A.: *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, cit., p. 592, nonché, proprio con riferimento alla possibilità per l'interprete di arrogarsi il potere di colmare le lacune delle norme sulla trascrizione, a fronte di situazioni di appartenenza la cui segnalazione si impone «per assolvere un compito di razionalizzazione del sistema», Gabrielli, G.: "Facoltà di sopraelevazione dell'edificio condominiale ed autonomia privata", cit., p. 45, nota 24.

57 Da ultima, v. la sentenza di Cass., sez. un., 29 ottobre 2020, n. 23902, che ha escluso la natura reale dei diritti edificatori, per quanto qui interessa, sulla scorta dell'assai stringato passaggio secondo il quale, per giungere a conclusione diversa, gli «elementi identificativi [di tali diritti] andrebbero poi riferiti ad uno dei diritti reali già disciplinati dal codice civile, salvo che ci si voglia avventurare, ma senza alcuna sicura guida legislativa, nel definirne uno nuovo, in deroga al numero chiuso che impronta la materia».

articolata difesa contro le prospettazioni critiche che rispetto ad esso «parte della dottrina, certo minoritaria, predica, non solo in Italia»[58].

Proprio in quanto non frequente nelle pronunce sul tema, e volta a chiarire il fondamento di una regola fin troppo spesso applicata dalla giurisprudenza pratica in termini tanto rigorosi negli esiti quanto assertivi nelle motivazioni[59], la scelta metodologica delle sezioni unite merita apprezzamento. Non altrettanto appagante risulta invece la sostanza dell'esposizione svolta dalla Cassazione, e ciò già a partire dalla ricostruzione delle ragioni che, a dire di quest'ultima, animerebbero il pensiero di coloro i quali – sulla scorta di riflessioni di Maestri della scienza civilistica italiana[60] – abbiano negli ultimi anni tentato una rivisitazione della tenuta sistematica e della portata precettiva del numerus clausus[61].

Ed invero, a stare alla sentenza, queste tesi invocherebbero «una sorta di pari dignità tra diritti reali e diritti di credito, riguardati nella prospettiva dell'autonomia privata […]. Di guisa che i privati potrebbero così dar vita per contratto ad ogni genere di diritto, di natura reale o obbligatoria, purché nel rispetto dei princìpi inderogabili dell'ordinamento giuridico»[62]. Chiunque si sia interessato al dibattito sul tema, sa tuttavia che ad essere predicata, e da larghi settori della dottrina, non è certo un'estinzione 'per confusione' delle tradizionali categorie del diritto reale e del diritto di credito, quanto l'inadeguatezza di questa dicotomia, per come manualisticamente intesa, ad inquadrare le variegate forme di interesse manifestate dai consociati sulle risorse a rilievo economico[63]. Si ritiene, in tal senso, che proprio per soddisfare istanze diverse da quelle in via più esplicita cristallizzate nei precetti del legislatore storico, ma non per questo da espungere aprioristicamente dal sistema, l'ordine giuridico si apra ad «una gradazione sfumata di figure di diritti soggettivi, le quali partecipano di connotati comuni e, sotto taluni profili, postulano una disciplina similare; e ognuna di esse rappresenta l'anello di una ideale catena la

58 Così Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, § 6.9, in apertura alla motivazione su questi temi.

59 Emblematicamente, Cass., sez. II, 6 novembre 2014, n. 23708, *Foro italiano*, 2014, I, c. 3416 ss.

60 Tra questi, valga per tutti ricordare la pagina nella quale Nicolò, R.: "Diritto civile", *Enciclopedia del diritto*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 908, si chiedeva se vi fosse, già al tempo, qualcuno disposto a «stupirsi se, nell'epoca moderna, le esigenze di dare una sistemazione concettuale a situazioni nuove, porti a superare l'antico principio, che è ormai poco più di un pregiudizio, della tipicità dei diritti reali»; più di recente, di «preistorica prospettiva del c.d. numero chiuso dei diritti reali» discorre Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 124; mentre Mattei, U.: "La proprietà²", in *Trattato dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2015, p. 21 ritiene la teoria un «prodotto del folklore e dell'ideologia della Rivoluzione francese più che il frutto di una ratio ben articolata».

61 Cfr. tra gli altri, secondo diverse prospettive d'indagine Morello, U.: "Tipicità e numero chiuso dei diritti reali", cit., p. 67 ss.; Benatti, Fa.: *Le forme della proprietà. Studio di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 2010; Mezzanotte, F.: *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Jovene, Napoli, 2015; e da ultimo, Vercellone, A.: *Il Community Land Trust. Autonomia privata, conformazione della proprietà, distribuzione della rendita urbana*, Giuffrè, Milano, 2020.

62 Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, § 6.9 (enfasi aggiunta).

63 Tra gli altri, esplicitamente, nel tempo, Vettori, G.: "I contratti ad effetti reali", in *Trattato dir. priv.*, diretto da Bessone, vol. XIII/V, Utet, Torino, 2002, p. 117; di Majo, A.: "Delle obbligazioni in generale (Art. 1173-1176)", in *Commentario c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, p. 135 s.; Scozzafava, O.T.: *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 159 s.

quale unisce i poli estremi, che ormai non paiono più separati da quell'abisso che si è sempre pensato esista»[64].

In questo contesto, i più recenti tentativi di rivisitazione del numerus clausus non sottendono in alcun modo la senz'altro «fallace idea» che la Suprema Corte vuole evocare discorrendo di «diritti reali creati per contratto», quasi che ad essere mai stata da qualcuno prospettata sia la tesi per la quale il singolo atto di autonomia possa attribuire connotati di realità alla più idiosincratica od estemporanea delle forme di godimento dei beni. Ciò di cui parte della dottrina invita ad una più approfondita considerazione non è certo l'idea per cui, sic et simpliciter, spetti al privato disporre dell'effetto reale[65], ma la (ben diversa) questione di quali siano i parametri che debbano guidare l'interprete nel giudizio concernente le forme di appartenenza cui accordare, nel sistema, una tutela qualificata: (i) se esclusivamente l'espressa scelta del legislatore; (ii) ovvero, secondo diversa traiettoria, anche la convergenza delle richieste dei consociati, per come stabilizzatisi nella prassi del traffico, ed apprezzate dall'interprete secondo una qualche forma di tipicizzazione sociale[66].

Propendere per quest'ultima soluzione, come insegna la comparazione[67], non vuol dire negare al numerus clausus la sua valenza di fondamentale criterio ordinatore delle situazioni dominicali, ma invita al tempo stesso ad accoglierne la natura di principio generale dell'ordinamento, espressione di istanze di politica legislativa per larga misura implicite nel sistema, e delle quali deve quindi darsi un'applicazione «flessibile e storicamente condizionata»[68], in grado di riflettere i «nuovi valori che emergono da un'analisi complessiva dell'ordinamento giuridico»[69].

Il che spiega l'esigenza, per chi voglia seguire una diversa, e più rigida, prospettiva, di fondare invece numero chiuso e tipicità su più sicuri indici di diritto positivo, capaci di porsi, al limite in combinato disposto, come fonti credibili di una «regola»,

64 In termini, Luminoso, A.: *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 34; ma v. anche Romano, S.: "Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1955, p. 1009 ss., a p. 1020 ss.

65 Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 49 ss.

66 V. in questo senso Rescigno, P.: "Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)", *Contratto e impresa*, 1990, p. 43 ss., a p. 52; Gambaro, A.: "La proprietà. Beni", cit., p. 72 ss., dalla cui riflessione emerge chiaramente come una simile prospettiva come quella tratteggiata nel testo non implichi necessariamente un'incondizionata apertura all'intervento della volontà negoziale nel campo dei diritti reali, dovendo rimanere comunque affidata al filtro dei formanti giurisprudenziale e dottrinale la selezione delle nuove situazioni di appartenenza affermatesi nella prassi in risposta all'evoluzione dei bisogni sociali.

67 Cfr. la documentata indagine di Akkermans, B.: *The Principle of* Numerus Clausus *in European Property Law*, Intersentia, Antwerp, 2008; Van Erp, S.: "A Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law", *Electronic Journal of Comparative Law*, (7/2), 2003; e per un significativo riscontro nel panorama tedesco, ove l'idea di una possibile *Rechtsfortbildung* nel settore proprietario è diffusa, cfr. Möslein, F.: *Dispositives Recht. Zwecke, Strukturen und Methoden*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 167.

68 Così, Morello, U.: *Multiproprietà e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 40.

69 Belfiore, A.: *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, cit., p. 7.

immutabile nel tempo, di radicale invalidità di ogni conformazione del godimento diversa dalle situazioni di appartenenza esplicitamente inquadrate come «diritti reali» nei precetti del legislatore storico[70]. Ed è chiaramente muovendo da queste basi che le sezioni unite, dopo aver preso le distanze da chi «afferma che i principi in discorso non sarebbero espressione di una norma positivamente codificata», passano in rassegna una serie di indicazioni legislative, addirittura di rango costituzionale, che al numerus clausus offrirebbero aggancio positivo-sistematico. E tuttavia, lungi dal sembrare convincente, a quest'analisi ben si attaglia lo stesso giudizio già riservato ai pur autorevoli tentativi dottrinari storicamente orientati nello stesso senso: quello di ricercare a posteriori il fondamento giustificativo di una regola alla quale, a monte, si è già mostrato di voler prestare incondizionata adesione[71].

V. L'INCERTO FONDAMENTO DI DIRITTO POSITIVO.

Al fine di motivare quanto sin qui detto, pare opportuno fornire un'essenziale ricostruzione degli argomenti messi in campo dalle sezioni unite alla ricerca di un fondamento positivo della regola di numerus clausus, evidenziando per ciascuno di essi la portata nient'affatto univoca.

a) Seguendo l'iter motivazionale della sentenza, di ben poco peso appare in primo luogo la puntuale tipizzazione degli iura in re aliena contenuta nel libro III c.c., che secondo la Cassazione sarebbe invece «cosa già scarsamente comprensibile, ove potessero crearsi di atipici in numero infinito»[72]. Di là della fin troppo facile obiezione che tipici sono anche i contratti di cui al libro IV, titolo III, c.c., l'argomento non convince neanche per come più rigorosamente riformulato concentrando l'attenzione sull'art. 1322 c.c., che «colloca nel comparto contrattuale il principio dell'autonomia» e che quindi si dovrebbe considerare irrilevante quanto alla ripartizione delle utilità sui beni[73]. Ed infatti – già su un piano testuale – vale a tal riguardo l'osservazione per la quale la disposizione, nel garantire la facoltà di autodeterminazione del regolamento di interessi dei contraenti, risulta «riferibile alla predeterminazione tanto di effetti obbligatori quanto di effetti reali»[74].

70 V. su tutti Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*[8], vol. II, p. I, Giuffrè, Milano, 1952, p. 417 s. Ed è su queste basi, come si è visto, quanto da ultimo richiesto dalle sezioni unite rispetto all'uso esclusivo, che, sebbene privo di esplicita qualificazione come diritto reale, è positivamente previsto nel codice civile, quantomeno a seguito della riforma del condominio attuata nel 2012.

71 Sul punto, lucidamente, Moscati, U.: "Il problema del numero chiuso dei diritti reali nell'esperienza italiana", cit., p. 443 ss.

72 Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, § 6.9.

73 Cfr. in dottrina Natucci, A.: *La tipicità dei diritti reali*[2], Cedam, Padova, p. 203.

74 Così Burdese, A.: "Considerazioni in tema di diritti reali (a proposito di una recente monografia)", *Rivista di diritto civile*, 1977, II, p. 307 ss., a p. 325; Costanza, M.: "*Numerus clausus* dei diritti reali e autonomia contrattuale", in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Giuffrè, Milano, I, 1980, p. 423 ss., a p. 429.

b) Tutt'altro che decisivo è altresì il richiamo all'1372 c.c., che secondo la Cassazione sarebbe dirimente in materia siccome teso ad «esclude[re] in radice che il contratto, se non sia la legge a stabilirlo, possa produrre effetti destinati a riflettersi nella sfera di soggetti estranei alla negoziazione»[75]. Si vuol così sostenere, più esplicitamente, che a fronte della menzionata disposizione l'autonomia negoziale non potrebbe logicamente plasmare situazioni giuridiche – come, per l'appunto, i diritti reali – strutturalmente destinate a rilevare erga omnes[76]. È tuttavia evidente che un simile argomentare confonde l'efficacia diretta del contratto con la sua possibile rilevanza indiretta o riflessa nei confronti di terzi[77]. Come puntualmente documentato dalla dottrina oggi assolutamente maggioritaria, i diritti reali tipici, pur essendo previsti dalla legge, non rappresentano di certo deroghe legali all'art. 1372 c.c. equiparabili, ad esempio, a quella contenuta all'art. 1411 c.c., dovendosi puntualmente distinguere il titolo negoziale – la cui efficacia è certamente confinata inter partes – dalla situazione giuridica ch'esso crea, il cui rilievo nell'ordinamento, ed in primis il cui regime di ambulatorietà, ben possono essere orientati secondo differenti indici normativi[78].

c) Neppure pare rinvenibile nell'ordinamento una disposizione che espressamente sancisca un più generale limite ai vincoli contrattuali al potere di disposizione. Conclusione, questa, che non appare smentita dalla disciplina dei divieti di alienazione sancita all'art. 1379 c.c., la quale, pur impedendo la costituzione negoziale di un'atipica «servitù di non alienare»[79], non rappresenta norma in grado di esaurire in sé la rilevanza di ogni limite al potere di dispositivo esercitabile dai consociati sulle proprie risorse, non foss'altro per la palese eterogeneità sussistente tra una proprietà conformata e una radicalmente sottratta dal circuito dei traffici[80].

d) Ancor più avventuroso appare poi il tentativo di fondare la regola addirittura sul terreno costituzionale, e in particolare all'art. 42, comma 2°, cost., il quale,

75 Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, § 6.9.

76 V. ancora di recente Natucci, A.: "Numerus clausus e analisi economica del diritto", *Nuova giurisprudenza civile commentata,* 2011, II, p. 319 ss.

77 V. già Natoli, U.: *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 c.c.*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 91 ss.

78 Cfr., tra le trattazioni più esplicite sul punto, Belfiore, A.: "Pendenza negoziale e conflitti di titolarità. (Premesse introduttive)", *Rivista di diritto civile*, 1971, I, p. 181 ss., a p. 206; Comporti, M.: *Contributo allo studio del diritto reale*, cit., p. 294; Vettori, G.: *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 50, 59 s.

79 Così Galgano, F. - (Visintini, G.): "Degli effetti del contratto, della rappresentanza, del contratto per persona da nominare (Art. 1372-1405)", in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja-Branca-Galgano, Zanichelli, Bologna-Roma, 1993, p. 133.

80 L'argomento è alla base delle serrate obiezioni cui è stata sottoposto l'indirizzo, richiamato dalle più recenti sezioni unite, secondo la quale l'art. 1379 c.c. sarebbe espressione di un principio di portata generale, estensibile ad ogni pattuizione che, seppur non puntualmente riconducibile al paradigma del divieto di alienazione, possa comunque comportare «limitazioni altrettanto incisive del diritto di proprietà» (v. Cass., 17 novembre 1999, n. 12769, *Notariato*, 2000, p. 413 ss.); ma per la ragioni di critica a questa sovrapposizione, v. Gambaro, A.: "Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui", *Trust*, 2007, p. 169 ss., a p. 172; Comporti, M.: "Divieti di disposizione e vincoli di alienazione", in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Giuffrè, Milano, 1998, p. 847 ss.; Moscati, E.: "Vincoli di indisponibilità e rilevanza dell'atto traslativo", *Rivista di diritto civile*, 1972, I, p. 269 ss., spec. p. 287 ss.

affidando alla legge la determinazione dei «modi di acquisto, di godimento e i limiti» della proprietà, sarebbe norma munita di efficacia orizzontale diretta, capace di sancire la nullità del contratto con cui le parti conformino le proprie competenze sui beni modellando usi e limiti non previsti dal legislatore[81].

E tuttavia, se si pone l'accento sui «limiti» alla proprietà, risolutiva appare, già a livello teorico, la completa impossibilità di ricondurvi i diritti reali, rappresentando questi (anche quelli tipici) «limiti ad un esercizio del potere e non […] limiti del potere stesso»[82]. Concentrando invece l'attenzione, come fa la Cassazione, sugli schemi di «godimento» della proprietà – e anche a tralasciare la difficoltà di immaginare che veramente a dover essere tassativamente previste dal legislatore siano le singole forme di sfruttamento della ricchezza che il dominus può legittimamente concedere a terzi[83] – la tenuta di argomenti così apicali come quelli che si rifanno alla Carta fondamentale dovrebbe estendersi anche al di fuori dello specifico settore dei beni materiali, a partire dal quale questi sono sviluppati[84]. In particolare, giacché la garanzia costituzionale rileva altresì, quantomeno rispetto alla tutela dall'espropriazione e alla necessaria funzionalizzazione sociale, con riguardo alla «proprietà intellettuale[85], una prospettiva come quella da ultimo avallata dalla Suprema Corte dovrebbe farsi carico, alternativamente: (i) di porre in discussione la validità del complessivo impianto di negoziazioni che informano questo settore; (ii) ovvero di spiegare perché sia pacificamente consentito non già solo che specifiche facoltà di godimento di beni immateriali siano liberamente articolate dalle parti di contratti di licenza, ma altresì che queste conformazioni (contenutistiche, spaziali e temporali) del diritto primario risultino poi efficaci ed opponibili rispetto a terzi e successivi aventi causa, incidendo stabilmente sull'esercizio delle privative legali (addirittura, nel settore delle opere dell'ingegno, in assenza di alcun tipo di meccanismo di rilievo pubblicitario)[86].

81 Nello specifico, secondo Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, § 6.9: l'art. 42, comma 2°, cost. «pone una riserva di legge in ordine ai modi di acquisto e, per l'appunto, di godimento, oltre che ai limiti, allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti, senza che la funzionalizzazione della proprietà offra alcun sensato argomento che spinga nel senso della configurabilità di diritti reali limitati creati per contratto».

82 Così Romano, F.: *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, cit., p. 58; in linea con un inquadramento teorico che di certo può dirsi acquisito: Barbero, D.: *Sistema del diritto privato italiano*[6], Utet, Torino, 1965, I, p. 714; Natoli, U.: *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Giuffrè, Milano, 1965, p. 65.

83 Difficoltà che da ultimo si devono confrontare con la ritenuta inconcepibilità financo di una definizione normativa del contenuto minimo essenziale dei poteri sottesi già al diritto di proprietà: cfr. Salvi, C.: "Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833", in *Cod. civ. Comm.*[2], diretto da Schlesinger e Busnelli, Giuffrè, Milano, 2019, p. 13 ss.; Gambaro, A.: "Il diritto di proprietà", in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, Giuffrè, Milano, 1995, p. 56 ss.

84 Cfr. Jänich, V.: *Geistiges Eigentum – eine Komplementarerscheinung zum Sacheigentum?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, p. 138 ss.

85 Corte cost., 3 marzo 1986, n. 42; Corte cost., 20 marzo 1978, n. 20; e sul terreno sovranazionale, v. quantomeno l'art. 17, comma 2°, della Carta dei diritti fondamentali Ue, in relazione al quale cfr. le notazioni critiche di Peukert, A.: "Intellectual Property as and End in Itself?", *European Intellectual Property Review*, 2011, p. 67 ss.

86 Per una più ampia trattazione, con gli opportuni riferimenti normativi e giurisprudenziali, cfr. Mezzanotte, F.: *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, cit., p. 226 ss.

In ogni caso, affermare rigidamente che «la funzionalizzazione della proprietà» non offra «alcun sensato argomento» che spinga ad un'interpretazione diversa da quella da ultimo prospettata dalla Cassazione non tiene in considerazione l'autorevolezza delle voci che si sono invece mostrate disposte ad intendere l'intero sistema dei diritti reali come «espressione della solidarietà umana applicata alle cose», garantendo questo «l'estensione ad altre persone o ad altri fondi delle utilità esuberanti che possegga una cosa»[87]. Il che porterebbe a ritenere non solo non impediti, ma addirittura pienamente coerenti con l'impianto solidaristico costituzionale «gli atti del dominus compiuti nell'àmbito dei rapporti connessi all'utilizzazione del bene o dei beni che sono oggetto di proprietà», tra i quali, per l'appunto, «la concessione di diritti di godimento»[88].

e) Da ultimo, risulta imprecisa e assai poco probante l'affermazione per cui «[i]l principio del numerus clausus e della tipicità non incontra ostacoli nell'ordinamento Eurounitario, giacché l'art. 345 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea lascia "del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri"»[89]. In primo luogo, è assai dubbio che la menzionata disposizione predichi come fisiologico l'isolamento delle discipline dominicali nazionali, visto che – secondo la stessa giurisprudenza europea – questa norma «significa unicamente che ogni Stato membro può organizzare come vuole il regime di proprietà delle imprese, rispettando al contempo le libertà fondamentali sancite dal Trattato»[90]. Quanto invece, più in generale, alle influenze del diritto dell'Unione, si può in questa sede esclusivamente segnalare che, pur senza predicare in via radicale l'incompatibilità del principio del numerus clausus col sistema europeo, la dottrina che si è interrogata diffusamente sul punto segnala come una sua rigorosa applicazione nei singoli Stati membri (i.e.: una lettura che aprioristicamente escluda il riconoscimento di situazioni di godimento che il legislatore nazionale non annoveri nel proprio elenco di diritti reali) possa rappresentare, a certe condizioni, una misura di effetto equivalente alle restrizioni imposte alla libera circolazione delle merci nell'àmbito del mercato unico[91]. Il che, ancora una volta, pone l'interprete alla ricerca di quelle ragioni «di ordine pubblico» capaci di giustificarla, e quindi segnala la necessità di assicurarne un'interpretazione attenta

87 Così Barassi, L.: *I diritti reali limitati. In particolare l'usufrutto e le servitù*[2], Giuffrè, Milano, 1947, p. 61.

88 In tal senso, espressamente, Rescigno, P.: "Per uno studio sulla proprietà", *Rivista di diritto civile*, 1972, I, p. 1 ss., a p. 44; e v. altresì, Perlingieri, P.: "Principio «personalista», «funzione sociale della proprietà» e servitù coattiva di passaggio", *Rassegna di diritto civile*, 1999, p. 688 ss.

89 Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, § 6.9.

90 Cfr., per tutte, C. giust. Ce, 4 giugno 2002, C-367/1998, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica portoghese*, in *Racc.*, 2002, I, p. 4756 ss., § 28; e in dottrina, a testimonianza che sia proprio questo il piano su cui opera la richiamata disposizione del trattato, v. Akkermans, B. - Ramaekers, E., "Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations", *European Law Journal*, 2010, p. 292 ss.

91 Cfr. Bachmann, G.: "Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten", *Archiv für die civilistische Praxis*, 2010, p. 424 ss., a p. 461; Akkermans, B.: "Property Law and the Internal Market", in S. van Erp *et al.* (eds.), *The Future of European Property Law*, Sellier, Munich, 2012, p. 199 ss. e in Italia Zoppini, A.: "Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)", *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 515 ss., a p. 522.

alle linee di politica del diritto che effettivamente giustificano un sacrificio alle spinte provenienti dall'autonomia privata[92].

VI. CONCLUSIONI.

Le superiori considerazioni, tra le ulteriori che la lettura della sentenza sollecita[93], inducono a guardare criticamente la posizione espressa dalla suprema Corte circa la sussistenza, nel sistema del diritto positivo, di indici capaci di qualificare il numero chiuso dei diritti reali come una così rigida regola di chiusura imposta alle conformazioni di fonte negoziale quale quella che, da ultimo, ha portato a giudicare invalide le clausole costitutive di un «uso esclusivo » pur in presenza, in quest'ultimo caso, di materiale normativo orientato nel senso esattamente opposto alla ritenuta atipicità del diritto.

Con tutta evidenza, la presa di posizione delle sezioni unite disattende gli auspici di chi – non diversamente da ciò che è avvenuto in realtà giuridicamente vicine alla nostra[94] – pur non ritenendo irrilevanti le istanze sottese al numerus clausus, immagina che al fondo di una razionale dinamica evolutiva delle situazioni di appartenenza si imponga la verifica di quegli schemi di godimento dei beni che, affermandosi per via negoziale, ed ivi assumendo dei connotati ed un nucleo strutturale socialmente riconoscibili, delineano forme d'uso dei beni cui si chiede all'ordinamento un riconoscimento, in quanto espressione di interessi omogenei a quelli formalmente positivizzati.

Una soluzione come quella da ultimo prescelta dalla Cassazione ha forse il pregio di appagare un'esigenza di assoluta certezza circa il novero delle situazioni «reali» presenti nell'ordinamento, ma rischia di generare più di un costo in termini

92 Cfr., esplicitamente, Basedow, J.: "Der kollisionrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1995, p. 1 ss., in part. p. 44 s.; nonché, volendo, sulla scorta di un apparato bibliografico aggiornato, Mezzanotte, F.: "Contractual Fragmentation of Property in Europe", in B. Hoops - L. Rostill - R. Koolhoven (eds.), *Property Law Perspectives V*, Eleven, Den Haag, 2017, p. 23 ss.

93 Con riguardo, ad esempio, alla ritenuta rilevanza in tema anche dell'art. 2643 c.c., che «contiene un'elencazione tassativa dei diritti reali soggetti a trascrizione, il che ineluttabilmente conferma trattarsi di numerus clausus» (così Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, § 6.9), v. già quanto *retro*, alla nota 56, e sinteticamente Petrelli, G.: *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla «tassatività» alla «tipicità»,* ESI, Napoli, 2009, p. 52, il quale rileva «una singolare "circolarità" dell'argomento, che finisce col risolversi in una duplice petizione di principio» (nella quale, cioè, numerus clausus e della tassatività delle segnalazioni pubblicitarie finirebbero con il dimostrarsi l'uno attraverso l'altro).

94 Sebbene mostrando di non voler attribuire all'argomento eccessiva importanza, le stesse sezioni unite ricordano come ad esempio in Francia, in un contesto normativo assolutamente comparabile con quello italiano, a partire dalla ormai nota sentenza Maison de Poésie, la Cour de cassation abbia esplicitamente ricondotto nelle maglie di un nuovo «diritto reale di godimento speciale», fondato su null'altro che sui poteri di autonomia del proprietario, una serie di usi atipici nel tempo affermatisi nella prassi negoziale e ripetutamente oggetto di controversie innanzi alle corti: v. per un più puntuale ragguaglio, Mezzanotte, F.: "«Liberté contractuelle» e «droits réels» (a proposito di un recente dialogo tra formanti nell'ordinamento francese)", *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 857 ss.

di capacità del sistema di offrire tempestiva risposta a meritevoli richieste di tutela provenienti dalla prassi dei traffici. Le prossime ricadute, in termini di prevedibili azioni d'invalidità aventi ad oggetto clausole fino ad oggi così diffuse nella contrattualistica immobiliare come quelle di uso esclusivo condominiale, potranno forse dare un primo riscontro circa la tenuta di simili conclusioni.

BIBLIOGRAFIA

Akkermans, B. – Ramaekers, E., "Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations", *European Law Journal*, 2010, p. 292 ss.

Akkermans, B.: "Property Law and the Internal Market", in S. van Erp *et al.* (eds.), *The Future of European Property Law*, Sellier, Munich, 2012, p. 199 ss.

Akkermans, B.: *The Principle of* Numerus Clausus *in European Property Law*, Intersentia, Antwerp, 2008.

Alcaro, F.: "Appunti in tema di servitù "di uso esclusivo"", *C.N.N. Studi e materiali*, 2009, p. 1027 ss.

Bachmann, G.: "Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten", *Archiv für die civilistische Praxis*, 2010, p. 424 ss.

Baralis, G. - Caccavale, C.: "Diritti di «uso esclusivo» nell'ambito condominiale", *C.N.N. Studi e materiali*, 2003, p. 490 ss.

Baralis, G.: "Condominialità di natura ambigua: sottotetti, usi esclusivi, posti-auto", in E. Marmocchi (a cura di), *Il condominio negli edifici tra realità e personalità*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 175 ss.

Baralis, G.: *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, Cedam, Padova, 2010, p. 41 ss.

Barassi, L.: *I diritti reali limitati. In particolare l'usufrutto e le servitù*[2], Giuffrè, Milano, 1947, p. 61.

Barbero, D.: "Tipicità, predialità e indivisibilità nel problema dell'identificazione delle servitù", *Foro padano*, 1957, I, p. 1043.

Barbero, D.: *Sistema del diritto privato italiano*[6], Utet, Torino, 1965, I, p. 714.

Basedow, J.: "Der kollisionrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1995, p. 1 ss.

Belfiore, A.: "Pendenza negoziale e conflitti di titolarità. (Premesse introduttive)", *Rivista di diritto civile*, 1971, I, p. 181 ss.

Belfiore, A.: *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Giuffrè, Milano, 1979.

Benatti, Fa.: *Le forme della proprietà. Studio di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 2010.

Bertani, D: "Alle Sezioni Unite la decisione circa l'esatta natura giuridica dell'uso esclusivo sulle parti comuni condominiali", *Rivista del notariato*, 2020, p. 281 ss.,

Bertani, D.: "Diritto di uso esclusivo su di una porzione comune condominiale. Inquadramento quale riparto pattizio delle facoltà di godimento delle parti comuni, *Rivista del notariato*, 2018, II, p. 1195 ss.

Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*[2], (rist.), ESI, Napoli, 1994, p. 49 ss.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 6. *La proprietà*[2], Giuffrè, Milano, 2017, p. 93 ss.

Bianca, M.: "Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi", *Rivista di diritto civile*, 2011, I, p. 790 ss.

Bianca, M.: "Il diritto dei condomini sulle parti comuni", in C.M. Bianca (a cura di), *Il condominio*, Utet, Torino, 2008, p. 185 ss.

Bigliazzi Geri, L. - Breccia, U. - Busnelli, F.D. - Natoli, U.: *Diritto civile*, 2, *Diritti reali*, Torino, 1988, p. 329 s.

Bigliazzi Geri, L.: *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 1979, p. 303 s.

Burdese, A.: "Considerazioni in tema di diritti reali (a proposito di una recente monografia)", *Rivista di diritto civile*, 1977, II, p. 307 ss.

Calvo, R.: "Comunione e uso esclusivo tra autonomia e tipicità", *Giurisprudenza italiana*, 2021, p. 557 ss.

Chiarella, M.L.: "Rimessa alle Sezioni Unite la qualificazione giuridica del c.d. diritto d'uso esclusivo", *Giurisprudenza italiana*, 2020, p. 791 ss.

Comporti, M.: "Divieti di disposizione e vincoli di alienazione", in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Giuffrè, Milano, 1998, p. 847 ss.

Comporti, M.: *Contributo allo studio del diritto reale*, Giuffrè, Milano, 1977.

Costantino, F. - De Mauro, A.: "Determinazione convenzionale dell'uso dei beni", *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, 1, c. 113 ss.

Costantino, M.: "Proprietà. Sentenze d'un anno", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1990, p. 681 ss.

Costanza, M.: "*Numerus clausus* dei diritti reali e autonomia contrattuale", in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Giuffrè, Milano, I, 1980, p. 423 ss.

Criscuolo, F.: "Autonomia negoziale e autonomia contrattuale", in *Trattato dir. civ. C.N.N.*, diretto da P. Perlingieri, ESI, Napoli, 2008, p. 188 ss.

de Tilla, M.: "Sulle limitazioni del regolamento contrattuale di condominio: servitù prediali ed oneri reali" *Giustizia civile*, 2000, I, p. 163 ss.

di Majo, A.: "Delle obbligazioni in generale (Art. 1173-1176)", in *Commentario c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, p. 135 s.

Di Marzio, F.: "Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno", in Di Marzio, F. (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, ESI, Napoli, 2004, p. 121 ss.

Falzea, A.: "Introduzione e considerazioni conclusive", in AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 23 ss.

Ferri, G.B.: "Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale", *Rivista di diritto commerciale*, 1971, II, p. 81 ss.

Franco, R.: "Il diritto di uso esclusivo condominiale tra categorie e interessi", *Persona e mercato*, 2020, p. 245 ss.

Gabrielli, G.: "Facoltà di sopraelevazione dell'edificio condominiale ed autonomia privata", *Rivista di diritto civile*, 2009, I, p. 37 ss.

Gabrielli, G.: "Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari", *Rivista di diritto civile*, 2007, I, p. 321 ss.

Galgano, F. - (Visintini, G.): "Degli effetti del contratto, della rappresentanza, del contratto per persona da nominare (Art. 1372-1405)", in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja-Branca-Galgano, Zanichelli, Bologna-Roma, 1993, p. 133.

Gambaro, A.: "Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui", *Trust*, 2007, p. 169 ss.

Gambaro, A.: "Il diritto di proprietà", in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, Giuffrè, Milano, 1995, p. 56 ss.

Gambaro, A.: "La proprietà. Beni, proprietà, comunione", in *Trattato dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 1992, p. 72.

Gazzoni, F: "La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645-bis[2]", in *Cod. civ. Comm.,* diretto da Schlesinger, I, Giuffrè, Milano, 1998.

Guarneri, A.: "Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto", *Rivista di diritto civile*, 1994, I, p. 799 ss.

Jänich, V.: *Geistiges Eigentum – eine Komplementarerscheinung zum Sacheigentum?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, p. 138 ss.

Larenz, K. – Kanaris, C.W.: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*[3], Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 1995, p. 278 s.

Lipari, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 124.

Luminoso, A.: *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 34.

Mattei, U.: "La proprietà[2"], in *Trattato dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2015, p. 21.

Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*[8], vol. II, p. I, Giuffrè, Milano, 1952, p. 417 s.

Mezzanotte, F: "L'atipicità contenutistica delle servitù (con particolare riguardo al diritto al parcheggio)", in C. Granelli (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile 2018*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 193 ss.

Mezzanotte, F.: "«Liberté contractuelle» e «droits réels» (a proposito di un recente dialogo tra formanti nell'ordinamento francese)", *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 857 ss.

Mezzanotte, F.: "Atipicità contrattuale e conformazione dell'appartenenza secondo autonomia, in G. Perlingieri - L. Ruggeri (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, ESI, Napoli, 2019, p. 603 ss.

Mezzanotte, F.: "Contractual Fragmentation of Property in Europe", in B. Hoops - L. Rostill - R. Koolhoven (eds.), *Property Law Perspectives V*, Eleven, Den Haag, 2017, p. 23 ss.

Mezzanotte, F.: *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Jovene, Napoli, 2015.

Morello, U.: "Tipicità e numero chiuso dei diritti reali", in A. Gambaro - U. Morello (a cura di), *Trattato dei diritti reali*, vol. I. *Proprietà e possesso*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 67 ss.

Morello, U.: *Multiproprietà e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 40.

Moscati, E.: "Il problema del numero chiuso dei diritti reali nell'esperienza italiana", in Liber amicorum *per Angelo Luminoso. Contratto e mercato*, Giuffrè, Milano, 2013, t. I., p. 441 ss.

Moscati, E.: "Vincoli di indisponibilità e rilevanza dell'atto traslativo", *Rivista di diritto civile*, 1972, I, p. 269 ss.

Möslein, F.: *Dispositives Recht. Zwecke, Strukturen und Methoden*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 167.

Musolino, G.: "La derogabilità del divieto di cessione", *Rivista del notariato*, 2016, p. 43 ss.

Natoli, U.: *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 c.c.*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 91 ss.

Natoli, U.: *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Giuffrè, Milano, 1965, p. 65.

Natucci, A.: "Numerus clausus e analisi economica del diritto", *Nuova giurisprudenza civile commentata,* 2011, II, p. 319 ss.

Natucci, A.: *La tipicità dei diritti reali*[2], Cedam, Padova, p. 203.

Nicolò, R.: "Diritto civile", *Enciclopedia del diritto*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 908.

Palermo, G.: "Contributo allo studio del *trust* e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano", *Rivista di diritto commerciale*, 2001, I, p. 391 ss.

Palermo, G.: "L'uso", *Trattato dir. priv.*[2], diretto da Rescigno, VIII, 2, Utet, Torino, 2002, p. 95 ss.

Palermo, G.: "Posizioni dominicali e godimento delle parti comuni", in E. Marmocchi (a cura di), *Il condominio negli edifici tra realità e personalità*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 257 ss.

Perlingieri, P.: "«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale", *Rassegna di diritto civile*, 2017, p. 204 ss.

Perlingieri, P.: "Principio «personalista», «funzione sociale della proprietà» e servitù coattiva di passaggio", *Rassegna di diritto civile*, 1999, p. 688 ss.

Petrelli, G.: "Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici", *Rassegna di diritto civile*, 2009, p. 689 ss.

Petrelli, G.: *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla «tassatività» alla «tipicità»*, ESI, Napoli, 2009, p. 52.

Peukert, A.: "Intellectual Property as and End in Itself?", *European Intellectual Property Review*, 2011, p. 67 ss.

Rescigno, P.: "Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)", *Contratto e impresa*, 1990, p. 43 ss.

Rescigno, P.: "Per uno studio sulla proprietà", *Rivista di diritto civile*, 1972, I, p. 1 ss.

Rizzi, G.: "I posti auto condominiali e la disciplina in tema di conformità catastale", *Notariato*, 2019, p. 7 ss.

Romano, F.: *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Morano, Napoli, 1967, p. 58 ss.

Romano, S.: "Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1955, p. 1009 ss.

Sacco, R. - (De Nova, G.): *Il contratto*, in *Trattato dir civ.*[3], diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 693.

Salvi, C.: "Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833", in *Cod. civ. Comm.*[2], diretto da Schlesinger e Busnelli, Giuffrè, Milano, 2019, p. 13 ss.

Scozzafava, O.T.: *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 159 s.

Spallanzani, D.: "Il notariato nella evoluzione del condominio", E. Marmocchi (a cura di), *Il condominio negli edifici tra realità e personalità*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 61 ss.

Stella Richter, P.: "Dei limiti e dei pericoli della cosiddetta nomofilachia", *Giustizia civile*, 1990, I, p. 104 ss.

Tagliaferri, V.: "Uso", in A. Gambaro - U. Morello (a cura di), *Trattato dei diritti reali*, vol. II. *Diritti parziari*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 134 ss., a p. 173.

Torroni, A.: "Clausole riguardanti gli spazi per parcheggio e gli usi esclusivi condominiali", in E. Marmocchi (a cura di), *Il condominio negli edifici tra realità e personalità*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 125 ss.

Trimarchi, M: "Uso (diritto di)", *Enciclopedia del diritto*, XLV, Giuffrè, Milano, 1992, p. 930.

Triola, R.: "Il c.d. diritto di uso esclusivo di parti comuni", *Corriere giuridico*, 2020, p. 504 ss.

Van Erp, S.: "A Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law", *Electronic Journal of Comparative Law*, (7/2), 2003.

Van Erp, S.: "From "classical" to modern European property law?", in *Essays in Honour of Konstantinos D. Kerameus / Festschrift fur Konstantinos D. Kerameus*, Sakkoulas, Athens-Brussels, 2009, I, p. 1517 ss.

Vercellone, A.: *Il Community Land Trust. Autonomia privata, conformazione della proprietà, distribuzione della rendita urbana*, Giuffrè, Milano, 2020.

Vettori, G.: "I contratti ad effetti reali", in *Trattato dir. priv.*, diretto da Bessone, vol. XIII/V, Utet, Torino, 2002, p. 117.

Vettori, G.: *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 50 ss.

Vitucci, P.: *Utilità e interesse nelle servitù prediali. La costituzione convenzionale di servitù*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 76 ss.

Zoppini, A.: "Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)", *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 515 ss.

LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO EN LA NORMATIVA LEGAL DIRIGIDA A REGULAR EL CRÉDITO INMOBILIARIO*

PROTECTION OF THE MORTGAGE DEBTOR IN THE LEGAL REGULATION AIMED AT REGULATING REAL ESTATE CREDIT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2766-2795

* El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de I+D: «Nuevos retos de los mercados financieros: la regulación del shadow banking, del capital riesgo y las Fintech, la protección del cliente y el intercambio de información con trascendencia tributaria» (Der 2017-84218-C2-1-R), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

Mª Pilar
MONTES
RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Breve análisis de las nuevas normas legales que, en nuestro Ordenamiento jurídico, y al margen del CC y la LH, regulan el préstamo con garantía hipotecaria y la protección del deudor hipotecario.

PALABRAS CLAVE: Crédito inmobiliario; deudor hipotecario; préstamo; avalista; fiador; hipotecante no deudor; garante.

ABSTRACT: *Brief analysis of the new legal rules that in our legal system, and apart from the CC and the LH, regulate the loan with a mortgage guarantee and the protection of the mortgage debtor.*

KEY WORDS: *Real estate credit; mortgage debtor; loan; guarantor; mortgagee not debtor.*

SUMARIO.- I. LA LEY 2/2009, DE 31 DE MARZO, POR LA QUE SE REGULA LA CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES DE PRÉSTAMOS O CRÉDITOS HIPOTECARIOS Y DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE PRÉSTAMO Y CRÉDITO.- II LA NORMATIVA AUTONÓMICA SOBRE PROTECCIÓN DEL PRESTATARIO HIPOTECARIO.- III. LA DIRECTIVA 2014/17/UE, SOBRE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO ELABORADOS CON LOS CONSUMIDORES PARA BIENES INMUEBLES DE USO RESIDENCIAL.- IV. LA LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.

I. LA LEY 2/2009, DE 31 DE MARZO, POR LA QUE SE REGULA LA CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES DE PRÉSTAMOS O CRÉDITOS HIPOTECARIOS Y DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE PRÉSTAMO Y CRÉDITO.

Cuando el boom inmobiliario daba ya sus últimos coletazos y se iniciaba la más grave crisis económica de las últimas décadas, el legislador español se decidió a dictar la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regulaba la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. El título de la ley era deliberadamente ambiguo y podía llevarnos a engaño. En efecto, aunque el apartado 1 de su art. 1, modificado por la DF 9ª de la LRCCI, afirma que la citada ley es de aplicación a la contratación de los consumidores con aquellas personas físicas o jurídicas que, de manera profesional, realicen cualquiera de las actividades que consistan en la concesión o intermediación de préstamos o créditos hipotecarios distintos a los previstos en el artículo 2.1.a) y b) de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación, su apartado 2 señala que lo dispuesto en la Ley no será de aplicación cuando tales actividades sean prestadas por entidades de crédito o sus agentes. Tal exclusión se justificó en la Exposición de Motivos por el sometimiento a las normas de ordenación y disciplina de crédito y supervisadas por el Banco de España.

Así pues, la entrada en vigor de la Ley 2/2009 produjo una situación paradójica: La nueva norma, que sólo aspiraba a regular un porcentaje muy reducido de préstamos hipotecarios celebrados en nuestro país ostentaba rango de ley mientras que la inmensa mayoría, los celebrados con entidades de crédito, estaban regulados por una norma reglamentaria, respecto de la que, además, existían dudas en torno a su ajustada habilitación legal, puesto que se trataba de una Orden, la de 5 de mayo de 1994, del MP, cuando el art. 48.2 de la Ley 26/1988,

• Mª Pilar Montes Rodríguez
Profesora TEU Dret civil, Universitat de València. Correo electrónico: Pilar.montes@uv.es

de 29 de julio (reformado, como ya vimos, por la Ley 41/2007) a quien habilitaba era al MEH.[1]

Si comparamos ambas normativas observamos que en la Ley 2/2009, en concreto en su Capítulo II dedicado a la actividad de contratación de préstamos o créditos hipotecarios, también se imponían a las empresas que se dedicaran a ello concretos deberes de información precontractual, en la publicidad y en folletos informativos gratuitos que debían ser entregados con carácter previo (al menos 5 días) a la celebración del contrato (art. 14) sin que se articulara a través de fichas de información precontractual o personalizada como en la Orden EHA/2899/2011 o de advertencias estandarizadas como en la Directiva europea y en la LRCCI. Tampoco se impusieron concretas reglas para la evaluación de la solvencia, aunque si se establecen reglas sobre tasación. Tampoco se establecieron reglas específicas para los tipos de interés pero en el art.5, también modificado por la LRCCI, se exigen concretas obligaciones de información y transparencia en relación con los precios y comisiones.

II LA NORMATIVA AUTONÓMICA SOBRE PROTECCIÓN DEL PRESTATARIO HIPOTECARIO.

Algunas Comunidades autónomas han dictado normas de protección al prestatario hipotecario. Unas introdujeron esta regulación dentro de su normativa general dirigida a proteger a los consumidores y usuarios. Así ocurrió en Cataluña, en concreto en el art. 123-10 de la Ley 22/2020, de 20 de julio del Código de consumo catalán, en la que se reconoce a las personas consumidoras (prestatarias deudoras hipotecarias), los avalistas y los terceros hipotecantes derecho a recibir información y protección efectiva de la Administración de la Generalidad en los aspectos relacionados con los contratos de crédito o préstamo hipotecario sobre la vivienda y a recibir de los notarios, con una antelación de al menos cinco días hábiles y de modo que les sea comprensible, información sobre el contenido de la escritura pública del contrato de crédito o préstamo hipotecario de la vivienda y sus consecuencias jurídicas y económicas para la persona consumidora, los avalistas y los terceros hipotecantes, así como de las consecuencias de una posible ejecución por impago y de las fluctuaciones del precio de mercado de la vivienda, la posibilidad de que las entidades de crédito pidan ampliaciones de garantía en determinados supuestos y los demás derechos y obligaciones que comporta el contrato de crédito o préstamo hipotecario y sobre arbitraje de consumo y a

1 Ordás Alonso, M.: "La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo", *Aranzadi Civil,* núm. 9/2009, pp. 2 y 3. Muy crítica me mostré al respecto en Montes Rodríguez, M P: "Novedades en la normativa de protección de los consumidores en la contratación de servicios financieros", en AA.VV.: *Estudios de Derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo* (coord. F. González Castilla, R. Marimón Durá y J.I. Ruiz Peris), Universitat de València, Valencia, 2010, p. 901.

los demás mecanismos extrajudiciales de resolución de los conflictos que son consecuencia de no atender las obligaciones derivadas del contrato. Por último impone a los Notarios además la labor de velar por el respeto de estos derechos pero sólo respecto de los deudores hipotecarios. Respecto de los avalistas sólo deben comprobar que comprenden correctamente toda la información obligatoria referida al contrato hipotecario antes de firmarlo.

También ha hecho hincapié en la información el reciente art. 26 de Decreto Legislativo de la Generalitat Valenciana 1/2019, de 13 de diciembre, de aprobación del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de las personas consumidoras o usuarias de la Comunidad Valenciana, relativo al derecho de información sobre la titulización de préstamos hipotecarios y de otros tipos.

En otros casos se han dictado normas especiales como los Títulos I, relativo a la información (arts. 6 a 14) o el Título II (de difícil ajuste competencial) dedicado al Contrato de préstamo hipotecario (arts. 15 y 16) de la Ley del Parlamento andaluz 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda, recientemente modificada, tras la entrada en vigor de la LRCCI, por el Decreto-ley 5/2019, de 17 de diciembre.

III. LA DIRECTIVA 2014/17/UE, SOBRE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO ELABORADOS CON LOS CONSUMIDORES PARA BIENES INMUEBLES DE USO RESIDENCIAL.

La Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2011/16/UE y el Reglamento UE nº 1093 (en adelante D 2014/17/UE) fue un paso relevante dado por el Derecho comunitario en su camino hacia la unificación normativa en los contratos celebrados con consumidores, tras la crisis financiera, tal y como señala su Preámbulo. Como en él se afirma, resultaba imprescindible una regulación común[2] que proteja a los consumidores deudores hipotecarios y dote de seguridad jurídica a los mecanismos de financiación para la adquisición de inmuebles destinados a uso residencial (término más amplio desde un punto de vista objetivo que el de vivienda habitual). Cierto es que la D 2014/17/

2 Como señala Albiez Dohrman., K.J: "Una invitación a los Estados Miembros de la UE: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (A propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)", *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2 (abril-junio 2015), pp. 2 y 3, aunque el objetivo de la directiva es garantizar que todos los consumidores que concluyan contratos de crédito para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial disfruten de un elevado grado de protección, son pocas las normas que en ella permiten alcanzarlo, quedando el resto en medidas de conducta que no trascienden realmente al contrato de crédito, por lo que considera que, a excepción de algunas materias, es una directiva de mínimos.

UE centra sus esfuerzos, no tanto en configurar un régimen jurídico homogéneo de los contratos de crédito celebrados con consumidores que persigan la adquisición de un bien inmueble de carácter residencial o que lo utilicen como garantía (en la medida en que ello puede corresponder competencialmente a los Ordenamientos jurídicos internos) como en establecer reglas de comportamiento dirigidas a las entidades financieras, intermediarios financieros y consumidores destinadas a favorecer una mayor transparencia y rigor en el mercado bancario[3].

Y de nuevo en España se incumplió[4] el plazo de transposición, aunque en esta ocasión es cierto que el periodo de incorporación a los ordenamientos internos de esta Directiva era especialmente corto, (el 21 de marzo de 2016) y la LRCCI se dictó en 2019.

La Directiva 2014/17/UE consta de 14 Capítulos. Dentro del primero, el art. 1 delimita su objeto respecto de ciertos aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros aplicables a aquellos contratos relativos a créditos al consumo que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial, incluida la obligación de llevar a cabo una evaluación de la solvencia antes de conceder un crédito, como base para la elaboración de normas efectivas de suscripción con respecto a los bienes inmuebles de uso residencial en los Estados miembros, así como para determinados requisitos en materia prudencial y de supervisión.

El margen de flexibilidad de los Estados en relación con el contenido de la Directiva era amplio por cuanto podían introducir disposiciones más estrictas, siempre que fueran compatibles con el Derecho comunitario. En cualquier caso, el apartado 2 del art. 2 establece que los EM no introducirán normas legales que diverjan de las establecidas en los arts. 14.2 y el Anexo II, A, dedicados a la información precontractual normalizada mediante una Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y el art. 17, ap. 1-5, 7-8 y Anexo I, sobre cálculo de la Tasa Anual Equivalente (TAE).

3 En este sentido Albiez Dohrman, K.J. "Primerísimas observaciones al Anteproyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario", *Revista CESCO,* nº 20, 2016, pp. 44 y 45, en donde señala que, aunque la normativa comunitaria parece que está dirigida a los consumidores, en realidad está pensada para una regulación del mercado bancario en un ámbito tan sensible como es la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial mediante instrumentos financieros. A su juicio la directiva no sólo protege a los consumidores sino también a las entidades financieras (prestamistas e intermediarios). Muchas de sus normas están más bien pensadas en mejorar la imagen de los bancos y de las entidades financieras, y sobre todo para asegurar una mayor garantía y responsabilidad financiera mediante específicos sistemas de supervisión de la concesión de créditos hipotecarios o de créditos con garantías similares para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial, exigiendo a los operadores financieros y a otros operadores jurídicos y económicos una conducta y una responsabilidad acorde con los tiempos actuales.

4 En este sentido Ayuso Ruiz-Toledo, M. y Ayuso González, M.: "La Trasposición de la Directiva 2014/17/UE por la Ley española 5/2019", en AA.VV.: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario* (coord. C.C. Castillo Martínez), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 87 y ss.

El art. 3.1 delimita su ámbito objetivo de aplicación respecto de los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable, comúnmente utilizada en un EM sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble del mismo tipo, y a los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir. Desde un punto de vista negativo el apartado 2 del precepto enumera una serie de contratos de financiación a los que no se aplica y en el 3º se señala que los Estados miembros pueden decidir o no aplicar los artículos 11 y 14 y el anexo II a los contratos de crédito celebrados con consumidores garantizados por una hipoteca u otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial o garantizados por un derecho relativo a un bien del mismo tipo, que no tengan por finalidad adquirir o conservar un derecho sobre el bien inmueble de uso residencial, siempre y cuando apliquen a ese tipo de contratos de crédito lo dispuesto en los artículos 4 y 5 y en los anexos II y III de la Directiva 2008/48/CE. Así mismo pueden elegir aplicar o no la Directiva a los contratos de crédito para la adquisición de un bien inmueble, cuando estipulen que el bien no puede ser ocupado en ningún momento como vivienda u otro tipo de residencia por el consumidor o por un miembro de su familia, y que va a ser ocupado como vivienda u otro tipo de residencia sobre la base de un contrato de alquiler; a los contratos de crédito relativos a créditos concedidos a un público restringido, en virtud de una disposición legal con un objetivo de interés general, libres de intereses o a un tipo de interés inferior al habitualmente propuesto en el mercado o en condiciones que sean más favorables para el consumidor que las habituales en el mercado y a un tipo de interés no superior al habitualmente propuesto en el mercado; a los préstamos puente y a los contratos de crédito en los que el prestamista sea una organización incluida en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 5, de la Directiva 2008/48/CE. El art. 4 delimita su ámbito subjetivo de aplicación. Por un lado encontramos al consumidor -todo consumidor según se define en el artículo 3, letra a), de la Directiva 2008/48/CE;- y de otro al prestamista -la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito incluido en el ámbito de aplicación definido en el artículo 3 en el ejercicio de su actividad comercial o profesional, y luego amplia los sujetos definiendo al intermediario, entidad de crédito o no crediticia.

El Capítulo 2 establece, con carácter preventivo, el fomento de la educación financiera de los consumidores, y en el Capítulo 3 se imponen concretos deberes morales de conducta (honestidad, imparcialidad, transparencia y profesionalidad) a los operadores financieros (art. 7), así como la obligación de facilitar información gratuita (art.8). Además, se exige a los operadores un deber de conocimiento y competencia (art. 9). El Capítulo 4 se ocupa de cuestiones tan importantes como el deber de información previa a la celebración del contrato, a través de la publicidad

o en la propia entidad financiera. En cuanto a la información básica que debe figurar en la publicidad, la exigencia del art. 11 Directiva 2014/17/UE es mucho más amplia que la inicial Orden EHA/2899/2011. También se impone la obligación de ofrecer una información general muy extensa en el art. 13, semejante a la Ficha de Información precontractual (FIPRE) de la Orden. En cuanto a la información precontractual, ya personalizada, se facilitará, de acuerdo con el art. 14, mediante una Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN Anexo II) y que es muy semejante al que incluye la FiAE en la Orden EHA/2899/2011. Frente a las dudas que puedan surgir en el prestatario respecto de la información facilitada por la entidad, el art. 16 impone que faciliten explicaciones adecuadas para que el consumidor pueda calibrar si el contrato se adapta a sus necesidades y por tanto pueda decidir si contrata o no con conocimiento y libertad. El Capítulo 5 se dedica a la Tasa Anual Equivalente (TAE), explicitada en el Anexo I y el Capítulo 6ª, a dos de las asignaturas pendientes en la conducta de las entidades financieras durante la etapa previa a la crisis: la evaluación de la solvencia y la tasación fiable de los bienes inmueble. En relación a la primera, el art. 18 impone al prestamista un análisis en profundidad de la capacidad económica del prestatario, para conocer los factores que pueden influir en las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones contractuales (art. 18). Para ello se establecen reglas relativas a la obtención de esa información por la entidad crediticia (art.20) y el acceso a bases de datos en el Capítulo 7. En relación con el segundo, el art. 19 exige a los EM, normas fiables de tasación de bienes inmuebles de uso residencial así como que garanticen la competencia profesional de los tasadores internos o externos. El Capítulo 8 se centra en los servicios de asesoramiento que pueden prestar las entidades financieras y el Capítulo 9 en las cautelas necesarias en los préstamos en moneda extranjera y de tipo de interés variable. Importante resuelta el contenido del Capítulo 10 de la Directiva 2014/17/UE, dedicado a la correcta ejecución de los contratos de crédito y derechos conexos. Cabe destacar el art. 25, dedicado a la facultad atribuida al prestatario de liquidar total o parcialmente las obligaciones derivadas del contrato, con reducción del coste total del crédito (reembolso anticipado). Se reconoce asimismo a las entidades financieras prestamistas la posibilidad de percibir una compensación justa y objetiva (conceptos jurídicos indeterminados), cuando esté justificada por los costes, pero nunca la imposición de penalizaciones al consumidor. Además, el art. 27 exige que el prestamista informe, mediante documento en papel o soporte duradero, de las modificaciones en el tipo deudor antes que se aplique. Por último, el art. 28 dedicado a las demoras y a la ejecución hipotecaria establece una serie de recomendaciones (más deseos que específicos deberes jurídicos) a los Estados de escaso efecto al no ser obligatorias[5]. Además los Estados miembros podrán

5 Participa de esta idea Agüero Ortíz, A: "Directiva 2014/17/U de 4 de febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 155 en donde se refiere al contenido del precepto definiéndolo como declaraciones de buenas intenciones. En la misma línea Albiez Dohrman., K.J: "Una invitación", cit., pp. 6-7: al margen de la enorme imprecisión de esa norma generalista, está diciendo que las entidades crediticias

exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de un impago, éstos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago, así como podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al consumidor en caso de impago. En este supuesto, los Estados miembros que se acojan a esta posibilidad (que no deja de constituir una penalización) determinarán el valor máximo de tales recargos (para evitar la inseguridad y los posibles abusos). En cualquier caso, los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito (dación en pago *pro soluto*) Por último, los Estados miembros deberán dotarse de procedimientos o medidas que permitan lograr que, en caso de que el precio obtenido por el bien afecte al importe adeudado por el consumidor, se obtenga el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria. Los Capítulos 12 y 13 se dedican a los requisitos en materia de establecimiento y de supervisión de los intermediarios de crédito y representantes designados, así como el reconocimiento y supervisión de las entidades no crediticias. Finalmente, el Capítulo 14 incluye una serie de disposiciones heterogéneas (sanciones, mecanismos alternativos de resolución de conflictos, trasposición o modificación de otras normas comunitarias.

Resulta llamativo y criticable (aunque posiblemente esté justificado en la disparidad de sistemas jurídicos) que en toda la regulación no se hable de la forma del contrato ni de su contenido obligatorio, y tampoco de la necesidad de intervención de fedatarios públicos u otros profesionales ajenos a los contratantes en su supervisión.

IV. LA LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.

En el mes de julio de 2016 –y, por tanto, ya incumplido el plazo de transposición de la Directiva 2014/17/UE- el Gobierno español, en ese momento en funciones, presentó un Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliarios (en adelante AP), pero no sería hasta el CM del 10 de noviembre cuando se aprobó definitivamente el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante PLCCI)[6]. La tramitación parlamentaria se prolongó más de un año sobreviviendo a una moción de censura, un cambio de Gobierno y una convocatoria adelantada de elecciones, siendo finalmente aprobado su texto definitivo por el pleno del Congreso de los Diputados del 21

deben ser prudentes, es decir, deben actuar con templanza, cautela, moderación antes de instar cualquier acción contra el deudor moroso. ¿Esto cómo se puede concretar legalmente? El acreedor tiene derecho a reclamar su crédito y lo hará normalmente buscando la vía más expeditiva, cual es el juicio ejecutivo.

6 BOCG Congreso de los Diputados, Serie A, núm 12-1, de 17 de noviembre de 2017.

de febrero de 2019[7]. Y publicada en el BOE del 16 de marzo, la Ley 5/2009,de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario[8].

Durante este largo camino se mejoraron algunos de los aspectos más censurables del PLCCI y AP[9]. La opción elegida[10] por el legislador español consistió en dictar una Ley especial, a semejanza de lo que ya se hizo con la normativa sobre crédito al consumo. Desde un punto de vista técnico jurídico no era la mejor de las opciones, en la medida que mantenía la duplicidad de regímenes jurídicos, pero al menos cumple formalmente con la necesidad de su regulación con rango de Ley y, materialmente, con la tardía incorporación al menos parcial de la Directiva 2014/17/UE al derecho interno, reconocida en mayor o menor medida expresamente tanto en la EM como en la DF 14ª LRCCI. En esencia su contenido se centra en tres aspectos diferenciados, la imposición de normas de transparencia y de conducta para los operadores del mercado hipotecario, la regulación del régimen jurídico de los intermediarios de crédito y prestamistas inmobiliarios y el régimen sancionador para los incumplimientos de las obligaciones contenidas en la Ley.

La Ley 5/2019 consta de 4 Capítulos (de los que, por lo que aquí interesa, sólo serán analizados los 2 primeros), 12 DA, 5 DT, 1 D y 16 DF que, como ya se dijo modifican buena parte de las normas que regulan el préstamo hipotecario, y 2 Anexos, uno dedicado a la FEIN y otro al Cálculo de la TAE. El primero de los Capítulos, que consta de 4 preceptos, recoge las disposiciones generales sobre el objeto y ámbito de aplicación, definiciones así como el carácter irrenunciable de la ley. Su art.1, diferente del AP, se señala que esta Ley tiene por objeto establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos[11] que estén garantizados mediante hipoteca u

7 BOCG Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 12-8, de 7 de marzo de 2019.

8 BOE sábado 16 de marzo de 2019.

9 Respecto del Anteproyecto se mostró muy crítico Albiez Dohrman., K.J.: "Primerísimas observaciones", cit., pp. 44, al señalar: "El AP es sólo una transposición parcial de la Directiva; además algunas materias importantes serán desarrolladas por normas administrativas a instancia del Ministerio de Economía y competitividad y por disposiciones del Banco de España. El desarrollo posterior de la Ley causará, seguramente, un exceso de normas de segundo grado que no siempre ayudará a los operadores del mercado de crédito inmobiliario a conocer el verdadero alcance de la regulación normativa. Si bien hay materias que son propicias para un desarrollo reglamentario (como p.ej. la educación financiera o las normas de conducta), hay muchas otras cuyo contenido principal debería ser objeto de regulación en la ley en lugar de un desarrollo reglamentario. Latan criticada regulación excesiva, y a veces caótica, del crédito bancario, puede persistir en el sector del crédito inmobiliario si sigue adelante el AP."

10 En esta línea ya em pronuncié en Montes Rodríguez, M P: "La nueva Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y su ubicación en nuestro Ordenamiento jurídico", AA.VV.: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario* (coord. C.C. Castillo Martínez), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p.881.

11 A Castillo Martínez, C d C: "Objeto y ámbito de aplicación de la nueva Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario", en AA.VV.: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario* (coord. C.C. Castillo Martínez), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 214 y 215, le sorprende que el primero de los preceptos de la Ley hable de préstamos y no del concepto más general de créditos, aunque el problema se resuelva en el art. 2.3

otro derecho real de garantía (a los que en el AP no se hacía referencia) sobre bienes inmuebles de uso residencial (no sólo sobre vivienda) o cuya finalidad sea adquirir y conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir. Sin olvidar que se trata de una norma introductoria y general, lo cierto es que la redacción de su texto ha mejorado al ampliar los supuestos enumerados, en coherencia con los descritos en el art. 2, que delimita su ámbito de aplicación.

Además, se incluye el régimen jurídico de los prestamistas e intermediarios de crédito inmobiliario, añadiéndose referencia expresa al régimen de supervisión y de sanción así como a las normas de conducta aplicables a la actividad de prestamistas, intermediarios de crédito inmobiliario, representantes designados y asesores. En este precepto se describe deforma breve y concisa pero con realismo el contenido normativo de la Ley, pues en ella, a pesar de su título, no se contempla en su integridad la regulación de los contratos de crédito inmobiliario sino solamente *determinadas* normas de protección aplicables a los contratos y los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación.

Y así el art. 2 (que reproduce el art. 2 Directiva) delimita objetiva y subjetivamente el ámbito normativo de la Ley, que en principio se ocuparía de las siguientes relaciones jurídicas:

a) La concesión de préstamos o créditos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía[12] sobre un bien inmueble de uso residencial. Durante la tramitación parlamentaria se introdujo un nuevo inciso (enmienda 217 GM) al apartado a) en el que se entiende como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica[13]. Además, no basta con que el contrato tenga por objeto la adquisición y/o la constitución de una garantía sobre un inmueble de uso residencial, sino que el préstamo o crédito debe ser concedido por una persona física o jurídica que realice dicha actividad de manera profesional (empresario). El texto definitivo del precepto explica que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora. Así mismo debe ser una persona física el prestatario (deudor principal) o el fiador (garante personal) o el

12 Para Castillo Martínez, C d C: "Objeto y ámbito", cit., p. 224, esta referencia legal permite incluir en el ámbito objetivo entre otros supuestos a la hipoteca inmobiliaria sobre usufructo de un inmueble de uso residencial o sobre la nuda propiedad del mismo, la venta con precio aplazado y pacto de retro, e incluso los supuestos de leasing inmobiliario.

13 Por ello supone una ampliación del ámbito objetivo en relación con la Directiva para Agüero Ortíz, A: "Capítulo II. Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo", en AAVV: *Comentario a la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario* (dir. A. Carrasco Perera), Aranzadi CEC, Cizur Menor, 1ª ed., 2019, p. 45.

titular de la garantía real (bien deudor hipotecario o hipotecante no deudor). Se produce pues una ampliación desde el punto de vista activo y pasivo, puesto que el prestatario o el garante no tienen que actuar fuera de un ámbito empresarial o profesional, pudiendo tratarse de un empresario individual o autónomo[14]. La ampliación subjetiva aparecería justificada y compensada en la naturaleza residencial del bien, que permite un uso privado, pero también empresarial (por ejemplo arrendamiento turístico), no circunscribiéndose, como en ocurría en la inicial redacción del art. 114.3 LH, a la vivienda habitual, y permitiendo, por tanto, la inclusión de segundas residencias.

b) La concesión de préstamos o créditos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir. La redacción de este segundo apartado ha mejorado respecto del AP, al incluirse referencia expresa al derecho real de propiedad. En este caso el inmueble, construido o no, no tiene que tener un uso residencial (podría tener un uso industrial o comercial) y por ello sí se exige que el prestatario, el garante o el titular de la garantía sea un consumidor, aunque no define que entiende por tal. En cualquier caso, cabe aplicar la definición de la Directiva, aunque el art. 4 a) de la Directiva 2014/17/UE remite al art. 3.1 Directiva 2008/48/CE que incluye a las personas físicas que actúan con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional.

En cuanto a la descripción de los sujetos a los que va dirigida la regulación, el prestamista debe ser una persona física o jurídica que realice la actividad de concesión de préstamo de manera profesional (apartado 1 y art. 4, 2) mientras que el prestatario será, de acuerdo con el apartado 2 y art. 4,1), toda persona física que sea deudor de préstamo o créditos que estén garantizados mediante hipotecas sobre bienes inmuebles de uso residencial (y no sólo sobre vivienda como decía el AP) o cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o inmuebles, construidos o por construir, aunque en este caso, de acuerdo con lo ya dicho, cabe distinguir si tienen un uso residencial[15], en cuyo caso no se piden más requisitos o que no lo tengan, en cuyo caso deberá actuar en un ámbito ajeno a la actividad profesional. Además las normas de protección al prestatario deudor se extienden a las personas física fiadora o garante del préstamo, en el supuesto

14 En este sentido Anderson, M: "La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: algunos claros, y muchas sombras", *La Notaría,* núm. 1, 2019, p.13, para quien la extensión de la protección a las personas físicas sin necesidad de que actúen como consumidores merece ser aplaudida, especialmente porque comporta la inclusión de préstamos o créditos con garantía real concedidos a trabajadores autónomos en el ámbito de su profesión siempre que la garantía grave un inmueble de uso residencial (que dicho sea de paso, no sabemos qué es, porque ni la Directiva ni la Ley lo definen aunque ésta última da a entender que debe cumplir una función "doméstica" –tampoco definida-hay que recordar de ningún modo se identifica este concepto con el de vivienda habitual), incluso se podría haber ido más allá y amparar también a pequeñas empresas.

15 La Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019 (BOE de 30 de diciembre) intenta resolver la duda acerca de si ha de tener o no uso residencial los terrenos o edificios construidos o por construir.

del apartado b) siempre que ostenten la condición de consumidor. La terminología del precepto es confusa en cuanto el fiador es garante (la fianza es una garantía personal) y no menciona expresamente al hipotecante deudor o no deudor, que constituye sobre un bien propio un derecho real para garantizar una deuda propia o ajena. (y, por tanto también garante).

Quedan fuera del ámbito de aplicación de la LRCCI, de acuerdo con el apartado 4 de su art. 2, los contratos de crédito o préstamo concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya TAE sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general; los concedidos sin intereses y sin ningún otro tipo de gastos, excepto los destinados a cubrir los costes directamente relacionados con la garantía del crédito; los concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes. También los resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional, arbitral, o en un procedimiento de conciliación o mediación, o los relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente, siempre que no se trate de contratos de crédito o préstamo garantizados por una hipoteca sobre vivienda, o de hipoteca inversa (el AP y la Directiva hablaban de pensión hipotecaria) en que el prestamista: (i) desembolsa un importe a tanto alzado o hace pagos periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta futura de un bien inmueble de uso residencial o de un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y (ii) no persigue el reembolso del crédito hasta que no se produzcan uno o varios de los acontecimientos previstos en la DA 1ª de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, salvo incumplimiento del prestatario de sus obligaciones contractuales que permita al prestamista la rescisión del contrato de crédito,

El art. 3, tras la rúbrica *carácter irrenunciable,* califica de imperativas tanto sus disposiciones como las de sus normas de desarrollo, no siendo disponibles para las partes contratantes, salvo que la norma expresamente establezca lo contrario. En el segundo inciso se afirma con rotundidad que serán nulos de pleno derecho los actos realizados en fraude de lo dispuesto en esta Ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código civil, y en particular la renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce al deudor, fiador, garante o hipotecante no deudor[16].

16 La última parte del precepto, relativa a la renuncia previa de los derechos reconocidos en la Ley, se introduce por una enmienda, la nº 9, del G.P. socialista (BOCG Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A Proyectos de Ley, 23 de marzo de 2018, nº 12-3, p. 186), aunque en ella se incluía la regla de la cláusula más beneficiosa en el primer inciso que finalmente no fue aceptada.

El cuarto de los preceptos aparece durante la tramitación parlamentaria [17] e incluye una serie de definiciones, algunas de ellas procedentes del art, 2 de PLCCI. EL precepto es muy extenso (incluye 27 apartados) y copia la mayoría de las contenidas en el art. 4 de la Directiva 2014/17/UE.

El Capítulo II de la Ley 5/2019 es el que más diferencias presenta con el texto del AP. En efecto, en él se ha modificado la rúbrica que ahora, de manera más acertada, habla de normas de protección del prestatario en lugar de normas de transparencia. Además, la primera de las tres secciones de las que se compone, dedicada a las Disposiciones Generales, ha triplicado su contenido, incorporando muchos preceptos de la Directiva omitidos por el AP, y dedicados especialmente a imponer a los prestamistas específicos deberes de información y control de riesgos en la fase previa al contrato. Y ello, desde luego, supone una mejora sustancial en la medida en que la norma española es ahora mucho más ajustada al contenido de la norma comunitaria. Y con ello se protege más y mejor al prestatario y a sus garantes.

En efecto, de los 11 preceptos (10 en el PLCCI) que aparecen en esta primera sección, sólo 3 aparecían en el AP (los actuales 5, 14 y 15). Y el primero de ellos, que debería haber sido colocado en la sección 2ª dedicada a las normas de conducta[18], se limita a recoger los principios de actuación (de manera honesta, imparcial, transparente y profesional) en la actividad relacionada con la concesión de préstamos inmobiliarios. Y a imponer cautelas en torno a la valoración y utilización por las entidades prestatarias o intermediarias de la información personal y financiera relativa al prestatario. El texto de la Ley introduce una exigencia nueva, procedente del art. 22.3 a) de la Directiva: el análisis se basará en información que esté actualizada en la fecha de que se trate, y tendrá en cuenta hipótesis razonables sobre los riesgos existentes para la situación del prestatario a lo largo de la vigencia del contrato de préstamo propuesto.

Los artículos siguientes, del 6 al 13 son nuevos en relación con el AP (y el 7 con el PLCCI, al ser introducido durante la tramitación parlamentaria) pero no con la Directiva. Los arts. 6, 9, 10 y 12 imponen al prestamista específicos deberes informativos. El primero de ellos (que reproduce el art. 11 Directiva) exige un importante contenido informativo, descrito de forma clara, sencilla y legible, en la publicidad relativa a contratos de préstamo, especialmente relativo al tipo de interés u otras cifras relacionadas con el coste del préstamo. La información

17 Este precepto, inicialmente numerado como 3 bis, se introduce a propuesta del G. P. Socialista por enmienda nº 92 (BOCG Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A Proyectos de Ley, 23 de marzo de 2018, nº 12-3, p. 186-189), con la finalidad de mejorar técnicamente el precepto y dotarlo de mayor seguridad jurídica.

18 Y ello porque la Directiva 2014/17/UE regulaba estas reglas de actuación exigidas a los oferentes de un contrato de crédito inmobiliario entre las normas de conducta contempladas en su art. 8.1

contemplada en el art. 6.1, excepto las enumeradas en los apartados a) b) y f) 5º se precisará en un ejemplo representativo cuya fijación se remite a la persona titular del MEIC (ap. 2). Además, si para obtener el préstamo, fuera necesario la celebración de un contrato relativo a un servicio accesorio (seguro), deberá ofrecerse de forma clara y precisa la información sobre su coste (ap. 3). Por último, la información mencionada en los apartados 1 y 3 deberá ser fácilmente legible o claramente audible, según sea el caso, en función del medio utilizado para la publicidad. No se atiende la recomendación del art. 11.6 de la directiva sobre la inclusión de una advertencia concisa y proporcionada sobre los riesgos específicos ligados a los contratos de crédito.

El art. 7 Ley 5/2019 constituye una novedad respecto al PLCCI[19] e impone específicas obligaciones de transparencia en relación con las condiciones generales de la contratación aplicables a los contratos de crédito inmobiliario. Y así su apartado primero exige a los prestamistas la inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, previsto en el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, las cláusulas contractuales utilizadas en los contratos de préstamo inmobiliario que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo a lo dispuesto en dicha Ley. El apartado segundo exige que tales CGC estarán además disponibles en la página web de los prestamistas, si disponen de ella y en caso de no hacerlo, las tendrán gratuitamente a disposición de los prestatarios y potenciales prestatarios en sus establecimientos abiertos al público. En cualquier caso, la accesibilidad de las personas con discapacidad a la información prevista en el apartado anterior, deberá garantizarse en los términos exigidos legal o reglamentariamente (apartado 3).

También es novedoso, en relación al PLCCI, el art. 8 que se dedica al Cálculo de la TAE[20]. En primer lugar, el precepto señala que el cálculo de la TAE se realizará de acuerdo con la fórmula matemática que se incluye en la propia Ley, en concreto en su Anexo II, epígrafe I. Y con ello se corrige acertadamente la remisión normativa que realizaba el art. 6.2 PLCCI. El precepto exige en su apartado 2 que cuando la obtención del crédito, o en las condiciones ofrecidas, esté supeditada a la apertura o al mantenimiento de una cuenta, los costes de apertura y mantenimiento de dicha cuenta, de utilización de un medio de pago para transacciones y operaciones

19 El cambio tiene su origen en la enmienda nº 94, del G.P. Socialista (BOCG Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A Proyectos de Ley, 23 de marzo de 2018, nº 12-3, p. 190-191) que proponía un nuevo precepto 5 bis y que sería aprobada con modificaciones.

20 El nuevo art 4, dedicado a las definiciones, incluye en su apartado 14 la de la TAE como ya lo hacia el art. 6 PLCCI (y a diferencia del AP que no la incluía y de modo más resumido que el art. 17 Directiva): "el coste total del préstamo para el prestatario, expresado como porcentaje anual del importe total del préstamo concedido, más los costes aparejados, si ha lugar, y que corresponde, sobre una base anual, al valor actual de todos los compromisos futuros o existentes, tales como disposiciones de fondos, reembolsos y gastos, convenidos por el prestamista y el prestatario." Acertadamente el Anexo II de la LRCCI explicita el Cálculo de la Tasa Anual Equivalente por lo que se suprime el segundo inciso del art. 6 PLCCI en el que se remitía al MEIC para establecer la fórmula matemática, los costes y los supuestos que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la TAE.

de disposición de crédito y los demás costes relativos a las operaciones de pago, se incluyan en el coste total del crédito para el prestatario.

El art. 9 LRCCI también presenta afortunadas novedades en relación a su precedente art. 7 PLCCI. En él impone a prestamistas e intermediarios, y ahora si de manera pormenorizada[21], un muy extenso deber de información general[22], clara y comprensible sobre los contratos de préstamo, en papel u otro soporte duradero o en formato electrónico, tal y como aparecía explicitado en el art. 13.1 Directiva y sin remisión a la normativa reglamentaria.

El art. 10 se dedica también a la información precontractual[23] de los préstamos inmobiliarios y en el encontramos de nuevo mejoras significativas fruto de la tramitación parlamentaria. Su primer apartado (en la línea del art. 14 Directiva) señala que el prestamista y, si ha lugar, el intermediario de crédito o su representante designado ofrecerán al prestatario la información personalizada que necesite para comparar los préstamos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de préstamo sin demora injustificada una vez que el prestatario haya dado la información necesaria sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias, y con suficiente antelación respecto del momento en que el prestatario quede vinculado por cualquier contrato u oferta de préstamo. En su apartado 2º señala que tal información personalizada, que debe ofrecerse con suficiente antelación, se facilitará mediante la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que ahora, acertadamente, sí se recoge en el texto de la propia Ley 5/2019, en concreto en su Anexo I, y no en una Orden Ministerial como proponía el art. 8 PLCCI.

Además, la Disposición adicional 4ª LRCCI impone a las personas que realicen las actividades informativas reguladas en la ley, prestamistas e intermediarios

21 La introducción de la información específica en el texto de la Ley deriva de la aprobación de las enmiendas nº 132 (GP E.R) y 96 (G.P.S) esta última de forma parcial (BOCG Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A Proyectos de Ley, 23 de marzo de 2018, nº 12-3, p. 193-193 y 234 y 235).

22 Además, la Disposición adicional quinta del PLCCI, dedicada al desarrollo autonómico, dispone que sin perjuicio del desarrollo de la legislación básica estatal que realicen las comunidades autónomas en el ejercicio de las competencias asumidas estatutariamente, la información precontractual a facilitar a los prestatarios debe ser homogénea, en aras de la unidad de mercado, de tal forma que puedan valorar adecuadamente las diferencias entre unas ofertas y otras en todo el territorio español, por lo que la normativa autonómica deberá respetar los modelos normalizados de información que se establezcan por la normativa básica, y no podrá exigir adicionar documentación complementaria que pueda producir confusión en el prestatario y distorsione el objeto de la normativa básica de transparencia.

23 Para Serrano Gómez, C: "El deber de información a los prestatarios de las entidades de crédito en la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario", AA.VV.: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario* (coord. C.C. Castillo Martínez), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 1308 y 1309, es el momento más importante en lo que a la información se refiere puesto que se pretende que el prestatario tenga conocimiento exacto, detallado y fidedigno del contenido del contrato. Se trata, en definitiva, de cumplir con la obligación de transparencia que no puede darse sin la debida información. Facilitar al prestatario una información clara y precisa cerca de la contratación o no de un préstamo es clave para conseguir un mercado crediticio sin distorsiones.

fundamentalmente, la obligación de conservación de los documentos entregados al prestatario en la fase precontractual tanto del contrato de préstamo como de los contratos vinculados o combinados durante un mínimo de 6 años desde el momento de la finalización de los efectos del contrato respecto del prestatario, lo que puede suponer mucho tiempo si el contrato se celebra, como últimamente es habitual, a 25 o 30 años. En el caso de la subrogación o cesión, el prestamista que suscribió el préstamo deberá seguir conservando la documentación precontractual durante el plazo señalado en el párrafo anterior y trasladar al cesionario o prestamista que se subroga, en el caso que le fuera requerida por éste y a costa de éste, copia de la misma. Tanto el prestamista inicial como el prestamista que se subroga o el cesionario estarán obligados a facilitar dicha documentación al prestatario, si es reclamada por éste.

En esta sección 1ª del Capítulo II de la Ley 5/2019 también se exige al prestamista (a diferencia del AP y de conformidad con el art. 18 Directiva) la evaluación de la solvencia[24] del potencial prestatario, fiador o garante (novedad respecto del PLCCI), en la que deberá tener en cuenta los factores pertinentes[25] para verificar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo (art. 11.1 LRCCI) La incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de resolver, rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información. Tampoco podrán los prestamistas resolver, rescindir o modificar el contrato de préstamo en detrimento del prestatario debido a que la información facilitada por el prestatario antes de celebrarse dicho contrato fuera incompleta (ap.4).Y por ello el art. 12 impone un específico deber de información a prestamistas e intermediarios, dirigido a especificar, de manera clara y precisa al futuro prestatario y garantes, que documentación correcta y

24 Al respecto Mas Badia, MD: "La Evaluación de la solvencia del prestatario, fiador y garante en la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: Las reglas del juego", en AA.VV.: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario* (coord. C.C. Castillo Martínez), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p .778 entiende que el deber de evaluar la solvencia opera en fase precontractual antes de que el contrato se perfecciones. Es entonces cuando debe obtenerse la información oportuna y valorarla para juzgar el mérito crediticio.

25 Entre otros factores el texto legal señala: la situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, el ahorro, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos. Asimismo, se valorará el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral. Además el apartado 3 del mismo precepto establece que en el supuesto de préstamos con garantía real, la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor de la garantía que exceda del importe del préstamo o en la hipótesis de que el valor de dicha garantía aumentará, a menos que la finalidad del contrato de préstamo sea la construcción o renovación de bienes inmuebles de uso residencial. Además el art. 13 establece reglas sobre la tasación adecuada de los bienes inmuebles antes de la celebración del contrato de préstamo. La tasación se realizará por una sociedad de tasación, servicio de tasación de una entidad de crédito regulados por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, y/o profesional homologado conforme al Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo y a la disposición adicional décima de esta Ley, independiente del prestamista o del intermediario de crédito inmobiliario, utilizando normas de tasación fiables y reconocidas internacionalmente, de conformidad con lo establecido por la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.

completa necesitan y que pruebas debe facilitar para poder evaluar de manera adecuada su solvencia, advirtiendo que en caso contrario el préstamo no podrá concederse[26].

El prestamista solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la correcta evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato. Cuando se deniegue la solicitud de préstamo, el prestamista informará por escrito y sin demora al potencial prestatario y, en su caso, al fiador o avalista de su respectivo resultado, advirtiéndoles de forma motivada de la denegación y, si procede, de que la decisión se basa en un tratamiento automático de datos. Cuando la denegación se base en el resultado de una consulta de una base de datos, el prestamista informará también al potencial prestatario del resultado de dicha consulta y de los pormenores de la base de datos consultada. Los prestamistas reevaluarán la solvencia del prestatario basándose en una información actualizada antes de cualquier aumento significativo del importe total tras la celebración del contrato de préstamo, a menos que dicho préstamo adicional estuviera considerado e incluido en la evaluación de solvencia inicial (ap. 5, 6 y 7 art. 11).

El art. 14 LRCCI (muy semejante al art. 5 AP) impone una serie de normas de transparencia en la comercialización del préstamo inmobiliario. En primer lugar exige al prestamista o intermediario o representante designado la entrega al prestatario, con una antelación mínima de 10 días naturales (en el PLCCI eran 7) a la celebración del contrato de las Ficha FEIN y FiAE, documento con cuotas periódicas en caso de tipo de interés variables, copia del proyecto de contrato y los gastos previstos y a quien corresponde abonarlos en el apartado e) que constituye una acertada novedad respecto del PLCCI, además de la liquidación del impuesto cuando corresponda y la advertencia del asesoramiento gratuito y personalizado del Notario. La remisión de la documentación a prestatario y Notario (junto con la manifestación del prestatario de que ha recibido la documentación y le han explicado el contenido) se realizará por medios telemáticos seguros cuyas especificaciones se determinaran reglamentariamente y deberán cumplir una serie de exigencias mínimos.[27] Además, el prestamista suministrará al prestatario toda

26 Como novedad introducida en la tramitación parlamentaria se exige que el prestamista deberá consultar el historial crediticio del cliente acudiendo a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a alguna de las entidades privadas de información crediticia en los términos y con los requisitos y garantías previstos legislación de protección de datos personales. En caso de que el prestamista conceda el préstamo, podrá comunicar los siguientes datos a las oficinas privadas de información crediticia: importe original, fecha de inicio, fecha de vencimiento, importes pendientes de pago, tipo de préstamo, garantías existentes y valor al que estas alcanzan, así como cualquier otro que establezca a persona titular del Ministerio de Economía y Empresa.

27 El sistema deberá permitir al Notario una comprobación fehaciente de la fecha en que se incorporaron a la aplicación, para su puesta a disposición del mismo Notario, los citados documentos firmados por el prestatario; deberá garantizar que no se ocasione ningún coste, directo o indirecto, para el cliente; y deberá quedar organizado de modo que el cliente pueda dirigirse a cualquier notario de su libre elección

la información adicional que fuera necesaria (ap. 2º)[28], y las empresas prestamistas deberán tener a disposición de las personas prestatarias los formularios de las condiciones generales de la contratación que utilicen, conforme a lo establecido en el artículo 7 (ap. 6º).

En relación al coste que puede repercutir el prestamista en el prestatario, los apartados 3º y 4º del propio art. 12 señalan que solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados expresamente por un prestatario o prestatario potencial y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse. Y si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista, ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

El último de los preceptos de la sección 1ª del Capítulo II LRCCI, el art. 15, es el dedicado a la comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material. Y en él se imponen cualificados deberes de información y verificación no sólo al prestamista e intermediario sino también al Notario interviniente, elegido por el prestatario, a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento descrito en los apartados siguientes. Su texto es mucho más contundente que su antecedente en el AP (art. 6) y más largo que el 13 PLCCI. En la nueva redacción, además de incorporar expresa referencia al deber de asesoramiento del prestamista, impone al prestatario la obligación ("habrá" y "deberá" en lugar de "podrá") de comparecer, por sí o representado, ante el Notario por él elegido para obtener presencialmente el asesoramiento, y que éste pueda extender el acta, como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo (ap. 3º). Así mismo impone idéntica obligación de comparecencia y aplica las normas de protección al prestatario previstas en la Ley a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo (apartado 6º). Al fedatario público

para que éste, con carácter previo a la firma del préstamo, extraiga la documentación para preparar y autorizar el acta y la escritura, siendo debidamente informado del derecho de elección que tiene y puede ejercitar por este medio. Este sistema se ha regulado en el capítulo IV (arts. 11 y 12) del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, en donde se establece las especificidades y requisitos técnicos de los medios telemáticos que deberán emplearse para la remisión al Notario de esa documentación así como el procedimiento de remisión al Notario por el prestamista, el intermediario de crédito o representante designado, en su caso de la documentación necesaria para dar cumplimiento al principio de transparencia material contenido en el art. 15 LRCCI.

28 En particular, el prestamista responderá a las consultas que le formule el prestatario acerca del contenido, significado y trascendencia práctica de los documentos entregados. Las explicaciones deberán contener ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y, en su caso, de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros que se vayan a suscribir con ocasión del préstamo.

corresponde verificar, de acuerdo con el art. 15.2 LRCCI, la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1. En caso de que quede acreditado su cumplimiento hará constar en un acta notarial[29] previa a la formalización del préstamo hipotecario el cumplimiento de los plazos y del asesoramiento específico prestado por el Notario.[30] Igualmente, y en presencia del notario, el prestatario responderá a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada. Desafortunadamente el texto definitivo ha suprimido la exigencia, incluida en el art. 13.2 d) PLCCI de manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 14.1, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación.

El acta donde conste la entrega de la documentación y el asesoramiento imparcial al prestatario, de acuerdo con el apartado 8 del art. 15 PLCCI, supone una prueba fehaciente del cumplimiento del deber de información y transparencia, y no generará coste arancelario alguno. Si, por el contrario, no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones previstas en el artículo 14.1 o si no compareciese el prestatario para recibir el asesoramiento en el plazo señalado en el apartado 3, el Notario expresará en el acta esta circunstancia. En este caso, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo (ap. 5º).

29 El apartado 6 del art. 15 LRCCI dispone que conforme al artículo 17 bis apartado 2.b) de la Ley del Notariado y el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material. Además, su apartado 7 señala que el acta donde conste la entrega y asesoramiento imparcial al prestatario no generará coste arancelario alguno.

30 En esta línea se ha pronunciado la reciente STS 614/2017, de 16 de noviembre, en cuyo F.D.2º, al valorar si en el contrato de préstamo hipotecario con interés variable se había cumplido el deber de transparencia, en relación con la cláusula suelo, al quedar la escritura en la que constaba a disposición del prestatario 3 días antes de la firma, señala: "Este deber de poner a disposición del consumidor la información relativa a la existencia de la cláusula suelo y su incidencia en la determinación del interés, en un contrato de préstamo hipotecario con interés variable, no puede quedar reducida a que los prestatarios puedan acceder a la minuta de la escritura en que se instrumenta el contrato, dentro de los tres días previos a su firma. No cabe cuestionar que la minuta o proyecto de escritura hubiera estado a disposición de los prestatarios tres días antes de la firma del contrato, sino si esto colma los deberes de trasparencia.
Como hemos explicado en otras ocasiones, estos deberes imponen algo más. En nuestra sentencia 593/2017, de 7 de noviembre , que cita la sentencia anterior 367/2017, de 8 de junio, explicamos el sentido y el alcance de esta exigencia de trasparencia cuando, como es el caso, se trata de una cláusula (suelo) que afecta a un elemento esencial del contrato (el interés remuneratorio del préstamo): "A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula". Esta información, en estos casos, ha de ser precontractual."

En la escritura pública de préstamo, el Notario autorizante[31] insertará una reseña identificativa del acta a la que se refieren los apartados anteriores. En dicha reseña se expresará el número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo.

La sección 2ª del Capítulo 2 de la Ley 5/2019 se dedica a las normas de conducta, de manera muy semejante al AP y al PLCCI. En el art. 16.1 se exige que el personal al servicio del prestamista o intermediario reúna en todo momento los conocimientos y competencia necesarios sobre los productos que comercializan, y, en especial, respecto de la elaboración, oferta o concesión de contratos de préstamo, la actividad de intermediación de crédito, y la prestación de servicios de asesoramiento, en su caso, y en la ejecución de los contratos de préstamo. Esta obligación también será aplicable respecto de los servicios accesorios incluidos en los contratos de préstamo y respecto de los productos de venta vinculada o combinada a que se refiere el artículo siguiente. Pero se remite la regulación de los requisitos mínimos al desarrollo ministerial (ap.2).

El art. 17 LRCCI, que reproduce el art. 8 AP, se dedica a las ventas vinculadas[32] y a las ventas combinadas.[33] Como regla general, y de acuerdo con lo previsto en el art. 12 Directiva, se prohíbe la práctica de venta vinculada con préstamos, aunque la autoridad competente podrá autorizar prácticas de ventas vinculadas concretas cuando el prestamista pueda demostrar que los productos vinculados o las categorías de productos ofrecidos, en condiciones similares entre sí, que no se presenten por separado acarrean un claro beneficio a los prestatarios, teniendo debidamente en cuenta la disponibilidad y los precios de los productos pertinentes ofrecidos en el mercado. En las prácticas vinculadas autorizadas, el apartado 5 del precepto exige al prestamista que informe al prestatario de manera expresa y comprensible que está contratando un producto vinculado, del beneficio que le supone tal contratación y de los efectos que supondría en su

31 La Disposición adicional 8ª LRCCI, tras la rúbrica obligaciones de notarios y registradores con ocasión de la autorización e inscripción del préstamo hipotecario, señala que el notario autorizante de una escritura de préstamo sujeto a la presente Ley entregará o remitirá telemáticamente al prestatario sin coste copia simple de aquella. Los registradores de la propiedad remitirán también gratuitamente y de forma telemática al prestatario nota simple literal de la inscripción practicada y de la nota de despacho y calificación, con indicación de las cláusulas no inscritas y con la motivación de su respectiva suspensión o denegación. En la escritura se hará constar una dirección de correo electrónico del prestatario para la práctica de estas comunicaciones.

32 El art. 4, 25) define a las prácticas de venta vinculada como toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros diferenciados cuando el contrato de préstamo no se ofrezca al prestatario por separado.

33 El art. 4, 26) define a las prácticas de venta combinada como toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros diferenciados, en particular otro préstamo sin garantía hipotecaria, cuando el contrato de préstamo se ofrezca también al prestatario por separado.

caso la cancelación anticipada o del producto vinculado produciría sobre el coste conjunto del préstamo y los demás productos o servicios vinculados.

Mucho más permisivo se muestra el art. 17.6 LRCCI respecto de las ventas combinadas, en las que el prestamista realizará la oferta de los productos de forma combinada y por separado, de modo que el prestatario pueda advertir las diferencias entre una oferta y otra También respecto de ellas se exige al prestamista el cumplimiento de un específico deber informativo. El art. 18 (coincidente con el art. 9 AP) se ocupa de la política de remuneración y de los principios que deben regir en la misma, en la medida que la misma, y en particular los objetivos de venta, afectaron durante el boom inmobiliario a la evaluación de riesgos sobre la solvencia de los futuros prestatarios. Por su parte, el art. 19 LRCCI (art. 10 AP) está dedicado a regular la actividad de asesoramiento[34] que pueden prestar prestamistas, intermediarios de crédito inmobiliario o representantes designados. Estos sujetos están obligados a informar previa y expresamente y por escrito al prestatario si están o no prestando servicios de asesoramiento y facilitarle información sobre el conjunto de productos que tomarán en consideración y los gastos que se le facturarán por prestar este servicio o si su importe no puede determinarse a priori, el método para calcularlo.

Los dos últimos preceptos de la sección 2ª se ocupan de los préstamos inmobiliarios en moneda extranjera (art.20) y de las variaciones en el tipo de interés (art. 21). El primero de ellos atribuye al prestatario de un préstamo inmobiliario en moneda extranjera el derecho a convertirlo en una moneda alternativa a elegir entre la moneda en que perciba la mayor parte de ingresos o tenga la mayor parte de sus activos o la moneda del E. miembro en que tenga la residencia, bien al celebrar el contrato o al solicitar la conversión. El tipo de cambio utilizado en la conversión será el vigente (y salvo pacto el fijado por BCE) en la fecha en que se solicite la conversión. Y el art. 21 LRCCI (coincidente con el art. 12 AP) señala que, salvo acuerdo de las partes formalizado por escrito, el tipo de interés del préstamo no podrá ser modificado en perjuicio del prestatario durante la vigencia del contrato. De existir acuerdo (préstamo a interés variable) la variación se ajustará al alza o a la baja atendiendo a un índice o tipo de referencia objetivo claro, accesible, objetivo y verificable

La tercera de las secciones del Capítulo II LRCCI, que lleva como rúbrica "forma, ejecución y resolución", consta, de manera semejante al AP y al PLCCI,

34 El art. 4, 20) define los servicios de asesoramiento como toda recomendación personalizada que el prestamista, el intermediario de crédito inmobiliario o el representante designado haga a un prestatario concreto respecto a uno o más préstamos disponibles en el mercado. Como ponen de relieve Cuñat Edo, V. y Marimón Durá, R: "El asesoramiento en materia de crédito inmobiliario", en AA.VV.: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario* (coord. C.C. Castillo Martínez), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 320, curiosamente la definición no coincide con la de la Directiva, puesto que en ella no se indica que el asesoramiento constituye una actividad aparte de la de concesión de crédito o intermediación.

de 4 preceptos. El primero de ellos, el art. 22 tiene un título ambicioso, forma y contenido de los contratos, que luego no corresponde con su escasa regulación. En efecto el apartado 1 exige que los contratos de préstamo regulados en ella se formalizarán en papel o en otro soporte duradero. En caso de que estén garantizados con hipoteca, constituida sobre un inmueble de uso residencial situado en territorio nacional, deberán formalizase en escritura pública (obviamente puesto que al ser la hipoteca un derecho real de garantía de inscripción constitutiva, necesariamente debe acceder al Registro de la Propiedad), pudiendo adoptar el formato electrónico conforme a la legislación notarial. En ellos se harán constar, además de los elementos esenciales del contrato, los datos y los elementos que se determinen por el Gobierno mediante Real Decreto. Por tanto, y de forma criticable, la norma remite la regulación del contenido mínimo del contrato de crédito inmobiliario a las normas reglamentarias de desarrollo, vaciando así el precepto. Y ello resulta todavía más chocante por cuanto en el texto de la Ley y en su Anexo I (FEIN) se incluye de manera pormenorizada la información a sobre el futuro contrato que debe ofrecerse al prestatario, fiador o garante y que tiene la consideración de oferta vinculante durante un plazo mínimo de 10 días en el que puede ser aceptada por el prestatario. Además, su apartado 2 reproduce, al menos en parte, lo ya afirmado en el art. 15 al señalar qué, en la contratación de préstamos regulados por esta Ley, el Notario no autorizará su elevación a escritura pública si no se hubiere otorgado el acta prevista en él prevista. Por su parte los Registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles no inscribirán ninguna escritura que se refiera a préstamos regulados por esta Ley en la que no conste la reseña del acta conforme al artículo 15.7.

En segundo lugar, el art 23 LRCCI se dedica al reembolso anticipado. El apartado primero del mismo permite al prestatario, en cualquier momento anterior a la expiración del término pactado, reembolsar de forma anticipada, total o parcialmente, la cantidad adeudada. Las partes podrán convenir un plazo de comunicación previa que no podrá exceder de un mes. La redacción del precepto ha mejorado respecto de su precedente art. 14 AP, en el que se hablaba erróneamente de extinción del contrato por el prestatario para el supuesto de amortización parcial. Cuando el prestatario manifieste su voluntad de reembolsar anticipadamente la totalidad o parte del préstamo, el prestamista le facilitará, en el plazo máximo de tres días hábiles, sin demora en papel o en otro soporte duradero, la información necesaria para evaluar esta opción. El prestatario tendrá derecho a una reducción del coste total del préstamo que comprenderá los intereses y los costes correspondientes al plazo que quedase por transcurrir hasta el momento de su extinción. En particular, si se hubiera suscrito un contrato de seguro accesorio al de préstamo del que sea beneficiario el prestamista, y salvo que el prestatario comunique expresamente a la compañía aseguradora su deseo de que el contrato de seguro mantenga su vigencia y designe para ello un nuevo

beneficiario, ambos se extinguirán simultáneamente y el prestatario tendrá derecho al extorno de la parte de prima no consumida por parte de quien la percibió. Se informará de estos derechos en la documentación precontractual y contractual del préstamo inmobiliario y del contrato de seguro (ap. 3). El prestamista sólo podrá cobrar compensación o comisión por reembolso anticipado total o parcial en los supuestos contemplados en los apartados 5, 6 y 7 del propio precepto. En los contratos de préstamo a tipo de interés variable, si el reembolso se produce durante los 5 primeros años de vigencia del contrato de préstamo, se podrá establecer una compensación o comisión a favor del prestamista que no podrá exceder del importe de la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista con el límite del 0,15 por ciento del capital reembolsado. Si se produce durante los 3 primeros años de vigencia del contrato de préstamo el límite se eleva al 0,25 por ciento del capital reembolsado anticipadamente.

En caso de novación del tipo de interés aplicable o de subrogación de un tercero en los derechos del acreedor (no incluido art. 14 AP), de acuerdo con el apartado 6 y siempre que se sustituya un tipo de interés variable por uno fijo, la compensación o comisión por reembolso o amortización anticipada no podrá superar la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista, con el límite del 0,15 por ciento del capital reembolsado anticipadamente, durante los 3 primeros años de vigencia del contrato de préstamo. Transcurridos los 3 primeros años de vigencia del contrato de préstamo el prestamista no podrá exigir compensación o comisión. Por último, el apartado 7 permite que se establezca contractualmente la compensación a favor del prestamista en los contratos de préstamo a tipo de interés fijo, o en aquellos tramos fijos de cualquier otro préstamo, con una serie de límites.

Los dos últimos preceptos de la Sección 3ª se dedican respectivamente a vencimiento anticipado y a los intereses de demora, abordando cuestiones relevantes en la jurisprudencia tanto del TJUE como del TS, de forma mucho más protectora para el prestatario moroso. El art. 24 se ocupa del vencimiento anticipado, pero circunscribiendo su aplicación tan sólo en los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial, y lo hace de forma imperativa, dado que sus reglas no admitirán pacto en contrario (ap.2) En ellos el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si, de manera conjunta, el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses y la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos al tres % (2 en el PLCCI) de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera

dentro de la primera mitad de la duración del préstamo (se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce -9 en el PLCC- plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce -9 en el PLCCI- meses), o al siete % (4 en el PLCCI) de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo (se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince -12 en el PLCCI- plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince -12 en el PLCCI- meses) y, por último, el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes (15 días en el PLCCI) para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo .

Por último, el art. 25 se ocupa de los intereses de demora, limitándolos, de forma imperativa (ap. 2) para los contratos de préstamo concluidos por una persona física que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, al interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. Se trata de un punto más al aplicado en la STS 671/2018, de 8 de noviembre y cuya doctrina había sido considerada compatible con la Directiva 93/13 en la STJUE de 7 de agosto de 2018. En cualquier caso, lo cierto es que, afortunadamente para el prestatario moroso, la limitación del interés de demora en el art. 25 LRCCI se ha reducido considerablemente en relación al PLCCI (triple del interés legal del dinero vigente a lo largo del período en el que aquel resulte exigible, semejante al incluido en el art. 114.3 LH en la redacción dada por la Ley 1/2013) o el art. 16 AP (que además lo incrementaba en dos puntos porcentuales). El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es de destacar el acierto que supone la inclusión, durante la larga tramitación parlamentaria, de dos Anexos al texto de la Ley, en los que se incorpora, primero el contenido de la Ficha Europea de Información Normalizada FEIN y segundo, el cálculo de la Tasa Anual Equivalente (TAE), sin que se remita su contenido a la regulación reglamentaria como hacia el PLCCI. Con ello se mantiene el rango legal de los mismos, siguiendo la línea de lo propuesto por la Directiva 2014/17/UE, lo que redunda sin duda en una mayor protección del prestatario.

Por último, cabe prestar atención a la DT 1ª LRCCI que se ocupa de los contratos prexistentes[35]. Como regla general, el apartado primero excluye, como regla general, la aplicación retroactiva del contenido de la ley a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor. Como excepción, admite la aplicación de las previsiones de la Ley en tres supuestos. En primer lugar, si los contratos de préstamo hipotecario celebrados con anterioridad son objeto de novación o de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor. En ese caso, el prestamista deberá informar al prestatario en los términos señalados en el artículo 14, de aquellos contenidos que han sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente[36]. En segundo lugar, reconoce al prestatario, cualquiera que sea el momento en que se haya celebrado el contrato, el derecho de reembolso o amortización anticipada, en los términos contemplados en el art. 23.6 LRCCI. Y, en tercer lugar, para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no.

Para concluir cabe señalar que la DF 16ª señala que la Ley 5/2019 entró en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE. Esta *vacatio legis* se introdujo, de manera progresiva, durante la tramitación parlamentaria, con la deliberada intención de dar un tiempo a los operadores económicos para su aplicación

35 En relación a la aplicación de la LRCCI a los contratos cuya oferta y entrega de información se realizó con anterioridad a la entrada en vigor de la misma, pero cuya formalización del contrato de préstamo hipotecario se realizó con posterioridad, se pronunció la Instrucción de la DGRN de 14 de junio 2019 (BOE de 15 de junio).

36 Y en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la STS 643/2017, de 24 de noviembre, en la que se afirma que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subrogue en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia. Otras resoluciones todavía más recientes son las SSTS 32/2018, de 23 de enero (Ponente P.J. Vela Torres), 38/2018, de 24 de enero, de la que ha sido ponente el Magistrado Orduña Moreno y 42/2018, de 26 de enero, de la que ha sido Magistrado Ponente Rafael Saraza Jimena, y en la que se estima el recurso de casación confirmando la Sentencia de instancia por entender que el banco no suministró información alguna al prestatario sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo antes de la firma de la escritura de subrogación, por lo que cuando el prestatario adoptó su decisión, no tenía la información que le permitiera valorar la trascendencia de tal cláusula en la economía del contrato, pues la existencia del suelo limitaba significativamente la posibilidad de variación a la baja del tipo de interés por lo que en la práctica el tipo de interés solo podía variar sustancialmente al alza.

efectiva. En efecto, la DF 12ª PLCCI disponía la entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, plazo que se vio ampliado a 30 días en la DF 16ª del texto que llegó al Senado y a 3 meses en su aprobación definitiva por el Congreso.

BIBLIOGRAFÍA.

AGÜERO ORTÍZ, A: "Directiva 2014/17/U de 4 de febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 155 y ss.

AGÜERO ORTÍZ, A: "Capítulo II. Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo", en AA.VV.: *Comentario a la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario* (dir. A. CARRASCO PERERA), Aranzadi CEC, Cizur Menor, 1ª ed., 2019, p. 45 y ss.

ALBIEZ DOHRMAN, K.J: "Una invitación a los Estados Miembros de la UE: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (A propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)", *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2 (abril-junio 2015), pp. 2 y ss.

ANDERSON, M: "La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: algunos claros, y muchas sombras", *La Notaría,* nº 1, 2019, pp.13 y ss.

AYUSO RUIZ-TOLEDO, M. y AYUSO GONZÁLEZ, M: "La Trasposición de la Directiva 2014/17/UE por la Ley española 5/2019", en AAVV: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario* (coord. C.C. CASTILLO MARTÍNEZ), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 87 y ss.

CASTILLO MARTÍNEZ, C D C: "Objeto y ámbito de aplicación de la nueva Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario", en AAVV: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario* (coord. C.C. CASTILLO MARTÍNEZ), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp.205 a 257.

CUÑAT EDO, V. y MARIMÓN DURÁ, R: "El asesoramiento en materia de crédito inmobiliario", en AA.VV..: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario*, coord. por C.C. CASTILLO MARTÍNEZ, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 309 a 355.

MONTES RODRÍGUEZ, M P: "Novedades en la normativa de protección de los consumidores en la contratación de servicios financieros", en AA.VV.: *Estudios de Derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo* (coord. F. GONZÁLEZ CASTILLA, R. MARIMÓN DURÁ y J.I. RUIZ PERIS), Universitat de València, Valencia, 2010, pp. 879 a 925.

MAS BADIA, MD: "La Evaluación de la solvencia del prestatario, fiador y garante en la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: Las reglas del juego",

en AA.VV.: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario* (coord. C.C. Castillo Martínez), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 757 a 840.

Montes Rodríguez, M P: "La nueva Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y su ubicación en nuestro Ordenamiento jurídico", en AA.VV.: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario* (coord. C.C. Castillo Martínez), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 877 a 913.

Ordás Alonso, M.: "La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo", *Aranzadi Civil,* núm. 9/2009, pp. 2 y ss.

Serrano Gómez, C: "El deber de información a los prestatarios de las entidades de crédito en la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario", en AA.VV.: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario* (coord. C.C. Castillo Martínez), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 1293 a 1328.

EL EXPEDIENTE DE SUBASTA NOTARIAL

THE NOTARY AUCTION PROCEDURE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2796-2835

Ubaldo NIETO CAROL

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria introduce en la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, entre otros preceptos, el capítulo V en los que se regula el "expediente de subasta notarial".

Tras distinguir entre subastas obligatorias y voluntarias se estudian los presupuestos necesarios para la tramitación de este expediente, cómo se desarrolla, la celebración de la subasta que tiene forma electrónica y la suspensión del expediente.

PALABRAS CLAVE: Subasta notarial; subasta electrónica; venta de bienes muebles e inmuebles.

ABSTRACT: *Law 15/2015, of July 2, of the Voluntary Jurisdiction introduces in the Law of Notaries of May 28, 1862, among other precepts, chapter V in which the "notarial auction procedure" is regulated.*

After distinguishing between mandatory and voluntary auctions, the necessary budgets for the processing of this file are studied, how it is developed, the holding of the auction that has electronic form and the suspension of the procedure.

KEY WORDS: *Notarial auction; electronic auction, sale of movable and immovable property.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ÁMBITO DE APLICACIÓN.- III. CLASES.- 1. Obligatorias.- 2. Voluntarias.- IV. PRESUPUESTOS.- 1. Notario competente.- 2. Requerimiento dirigido al Notario.- 3. Legitimación del requirente.- 4. Objeto de la subasta.- A) Situación física y jurídica.- B) Valoración.- V. INICIACIÓN DEL EXPEDIENTE.- 1. Comunicación al Registro Público Concursal.- 2. Certificación de dominio y cargas.- 3. Valoración de los bienes.- 4. Anuncio.- 5. Notificaciones.- A) Al titular del bien.- B) A los titulares de derechos y cargas.- 6. Oposición del titular o de un tercero.- VI. CELEBRACIÓN DE LA SUBASTA ELECTRÓNICA.- 1. Inicio.- 2. Cierre. 3. Actuaciones posteriores al cierre.- 4. Título de propiedad del adjudicatario- VII. SUSPENSIÓN DEL EXPEDIENTE.

I. INTRODUCCIÓN.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria introduce en la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (LN), entre otros preceptos, el capítulo V (arts. 72 a 77) en los que se regula el "expediente de subasta notarial".

La subasta notarial era algo ya recogido en nuestro ordenamiento jurídico, aunque falto de desarrollo salvo los supuestos especiales de las subastas en los llamados procedimientos extrajudiciales de venta de bienes inmuebles hipotecados en el RH. En efecto, el art. 1872 CC establece: "El acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder por ante Notario a la enajenación de la prenda. Esta enajenación habrá de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y, si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito".

Por su parte, el art. 1.482 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (LEC-1881), dentro del procedimiento de apremio establecía que, "si fueren valores de comercio endosables o títulos al portador emitidos por el Gobierno o por las Sociedades autorizadas para ello, se hará su venta por el Agente Corredor que el Juez designe, uniéndose a los autos nota de la negociación y una notificación de dicho formulario, en el conste haberse hecho aquella al cambio corriente en el día de la venta.

Respecto a los efectos a los efectos que se coticen en la Bolsa, la elección del Juez deberá recaer en uno de los Agentes de la misma, y donde no hubiere, en un Corredor de comercio". Por eso esta subasta estaba regulada tanto en el Reglamento de Bolsas de 1967 como en el Reglamento de Bolsines de 1969.

• Ubaldo Nieto Carol
Notario, Director de la Cátedra de Derecho Notarial "Rafael Gómez-Ferrer", Universidad Católica San Vicente Mártir de Valencia. Correo electrónico: ubaldo.nieto@ucv.es

Y el art. 635.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece que "si lo embargado fueren acciones o participaciones societarias de cualquier clase, que no coticen en Bolsa, la realización se hará atendiendo a las disposiciones estatutarias y legales sobre enajenación de las acciones o participaciones y, en especial, a los derechos de adquisición preferente.

A falta de disposiciones especiales, la realización se hará a través de notario o corredor de comercio colegiado".

Por último, el desarrollo de estas subastas se incorporó al RN en la reforma operada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, concretamente en el art. 220. Pero este precepto, dedicado a las «Actas de subastas», fue íntegramente anulado por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 6ª) de 20 de mayo de 2008 con el siguiente motivo: "el precepto contiene la regulación de un procedimiento para la dación de fe pública, requerimiento del interesado, comprobación por el Notario, condiciones de la celebración de la subasta, tramitación y resolución diligenciada por el Notario, que como tal es materia sujeta a reserva de ley y no puede ser objeto de regulación reglamentaria sin la necesaria y precisa habilitación legal".

Como señala González-Meneses[1], "una «subasta», en sí misma, no es más que un procedimiento para conseguir concertar la venta de un bien. Los bienes se pueden vender de forma directa o suscitando una licitación pública. En el primer caso, aunque el vendedor o promotor de la venta puede acudir a diferentes medios de publicidad de su oferta para captar interesados en la adquisición, el cierre de las concretas condiciones por las que se va a llevar a cabo en su caso la compraventa, fundamentalmente el precio, es el resultado de una negociación individual con el interesado correspondiente. En el caso de la subasta, se suscita una competencia entre los interesados, de manera que la operación se cierra con aquel sujeto que haya ofrecido el mejor precio".

"En teoría, la subasta es un procedimiento que debería garantizar la obtención del mejor precio posible para el vendedor. Precisamente por eso, existen normas que hacen obligatoria la subasta como procedimiento de venta en determinados casos, en especial, cuando se trata de una venta promovida por personas que gestionan intereses ajenos: la objetividad de la subasta como mecanismo de obtención del mejor precio posible para un bien en una determinada situación de mercado disiparía cualquier sospecha de discrecionalidad, arbitrariedad o complicidad con el comprador por parte del agente promotor de la venta. Por esta razón las ventas por tutores no se podían concertar por éstos de forma

1 González-Meneses García Valdecasas, M.: "El expediente de subasta notarial", en AA.VV.: *Jurisdicción Voluntaria Notarial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1.017.

privada sino mediante subasta, los liquidadores de sociedades anónimas sólo podían vender bienes inmuebles sociales mediante subasta y la normativa sobre contratos de los entes públicos impone como regla general el concurso y sólo de forma excepcional y con determinadas cautelas admite la adjudicación directa de los contratos. En casos como éstos (algunos de los cuales ya han desaparecido, porque la normativa en cuestión se ha ido haciendo más laxa) la subasta es –o era– «obligatoria» o «necesaria», en el sentido de que el promotor de una venta sólo podía llevarla a cabo previa la celebración de la correspondiente subasta y a favor precisamente del mejor postor en ésta".

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

"La nueva normativa de la ley del notariado pretende ser de aplicación general a todas las que hayan de celebrarse ante notario y serán supletoria de las regulaciones legales especiales"[2]. Así se desprende del art. 72.1 LN:

Será de *aplicación directa* a "las subastas que se hicieren ante Notario en cumplimiento de una resolución judicial o administrativa, o de cláusula contractual o testamentaria, o en ejecución de un laudo arbitral o acuerdo de mediación o bien por pacto especial en instrumento público, o las voluntarias".

Será de *aplicación subsidiaria* a "las subastas que se hicieren ante Notario en cumplimiento de una disposición legal se regirán por las normas que respectivamente las establezcan y, en su defecto, por las del presente Capítulo". Este es el caso de la subasta electrónica que se realiza en la venta notarial de bien inmueble hipotecado ya que el art. 129.2, apartados d) in fine, e) y h) que establecen que el régimen jurídico aplicable a la venta extrajudicial está integrado, en primer lugar, por la LH; en segundo lugar, por el RH (arts. 234 a 236), que determinará la forma y personas a las que deban realizarse las notificaciones, el procedimiento de subasta, las cantidades a consignar para tomar parte en la misma, las causas de suspensión, la adjudicación y sus efectos sobre los titulares de derechos o cargas posteriores, así como las personas que hayan de otorgar la escritura de venta y sus formas de representación; en tercer lugar encontramos la LEC, que será de especial aplicación en lo referente a los tipos de subasta y sus condiciones y además tendrá carácter supletorio en todas aquellas materias no reguladas en la Ley y el Reglamento Hipotecario.

Por otra parte, la regulación contenida en estos preceptos de la LN debe completarse, a su vez, con la contenida en la LEC para las subastas electrónicas (art. 72.2 LN: "En todo caso, se aplicarán con carácter supletorio las normas que

2 Jiménez Gallego, C.: *Función Notarial y Jurisdicción voluntaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 565.

para las subastas electrónicas se establecen en la legislación procesal siempre que fueren compatibles").

III. CLASES.

1. Obligatorias.

El artículo 72.1 LN se refiere a ellas al decir a qué subastas se aplican las normas establecidas en el capítulo V LN: las subastas que se hicieren ante Notario en cumplimiento de una disposición legal, en cumplimiento de una resolución judicial o administrativa, o de cláusula contractual o testamentaria, o en ejecución de un laudo arbitral o acuerdo de mediación o bien por pacto especial en instrumento público.

i) Subastas "en cumplimiento de una disposición legal": Estas subastas se rigen por las normas que respectivamente las establezcan y, en su defecto, por las del presente capítulo de la LN.

Un caso importante de este tipo es la subasta que prevé el artículo 1872 del Código Civil para la ejecución de la prenda ordinaria. En el caso de mora en el desembolso de las aportaciones sociales pendientes o dividendos pasivos en una sociedad anónima no cotizada, el artículo 84 de la LSC no exige de forma expresa la subasta, hablando sólo de venta de las acciones por medio de fedatario público, pero la doctrina mercantilista más autorizada y la prudencia indican que esta venta a instancia de los administradores sociales debe verificarse necesariamente por el procedimiento de subasta, de manera que este caso encajaría también en este primer apartado del precepto.

En el caso de las subastas de los procedimientos extrajudiciales de ejecución hipotecaria o de ejecución de la prenda sin desplazamiento, también se trata de subastas notariales previstas como obligatorias en disposiciones legales (en ningún caso se podrían ejecutar estas garantías mediante una venta directa de los bienes por el acreedor). Otra cosa es que las normas específicas que regulan estos procedimientos exijan un pacto expreso en el título de constitución de la garantía para que sea posible acudir a esta ejecución notarial, lo que no sucede ni en la prenda ni en el caso de mora del accionista.

"Una cosa es que la subasta sea obligatoria o forzosa como único procedimiento posible para concertar una venta, y otra que la venta en sí misma sea obligatoria o forzosa. El tutor podía estar obligado a celebrar una subasta si quería vender un bien del tutelado, pero la iniciativa y decisión de vender eran suyas. En otros casos, sin embargo, no sólo es obligatoria o forzosa la subasta sino también la propia

venta o enajenación. Es lo que sucede en los procedimientos de ejecución forzosa para el pago de deudas, ya tengan por objeto bienes embargados o bienes objeto de una garantía real. En los casos en que la propia venta es forzosa, es decir, el titular de un bien o derecho se ve obligado a vender, aunque no quiera, lo normal es que la ley imponga como garantía para ese propietario el procedimiento de subasta. Pero, en cualquier caso, son dos cuestiones diferentes y distinguibles: el carácter forzoso de la venta y el carácter forzoso del procedimiento de subasta"[3].

2. Voluntarias.

Las define indirectamente el art. 77 LN al señalar que "las subastas voluntarias podrán convocarse bajo condiciones particulares incluidas en el pliego de condiciones, debiendo éstas consignarse en el Portal de Subastas. Por ello, el solicitante, en el pliego de condiciones particulares, podrá aumentar, disminuir o suprimir la consignación electrónica previa y tomar cualquier otra determinación análoga a la expresada".

Son subastas voluntarias todas aquellas que no son obligatorias.

A estas subastas "se aplicarán a las subastas voluntarias las reglas generales contenidas en el presente capítulo, sin sujeción de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 74", referente a la valoración del bien objeto de la subasta ("si la valoración no estuviere contractualmente establecida o no hubiera sido suministrada por el solicitante cuando éste pudiera hacerlo por sí mismo, será fijada por perito designado por el Notario conforme a lo dispuesto en esta Ley. El perito comparecerá ante el Notario para entregar su dictamen y ratificarse sobre el mismo. Dicha valoración constituirá el tipo de la licitación. No se admitirán posturas por debajo del tipo").

Por tanto, será libre el tipo de licitación y, si así lo desea el requirente, podrán admitirse posturas inferiores a dicho tipo.

IV. PRESUPUESTOS.

1. Notario competente.

Las normas de competencia se aplican sólo para las subastas a celebrar en cumplimiento de una resolución judicial o administrativa.

De acuerdo con el art. 72.3 LN, "si no hubiera nada dispuesto, y la subasta fuera celebrada en cumplimiento de una resolución judicial o administrativa, será

3 González-Meneses García Valdecasas, M.: «El expediente de subasta notarial», ob. cit., p. 1.018.

competente, en defecto de designación por acuerdo de todos los interesados entre los Notarios con residencia en el ámbito de competencia de la autoridad judicial o administrativa, el que designe el titular del bien o derecho subastado o de la mayor parte del mismo, si fueran varios, de entre los competentes. Si los diversos titulares fueran propietarios por partes iguales, la elección del Notario corresponderá a aquel que lo fuera con anterioridad. Si no se pudiera determinar a quién le corresponde la designación del Notario, o si no se comunicara a la autoridad judicial o administrativa por quien corresponda en el plazo de cinco días desde el requerimiento para efectuarla, se procederá a designar conforme a lo establecido reglamentariamente entre los que resulten competentes.

En los restantes casos, será Notario competente el libremente designado por todos los interesados. En su defecto y a falta de previsión al respecto, será competente el libremente designado por el requirente, si fuera un titular del bien o derecho subastado. Si no lo fuera, será competente el Notario hábil en el domicilio o residencia habitual del titular o de cualquiera de los titulares, si fueran varios, o el de la situación del bien o de la mayor parte de los bienes, a elección del requirente. También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores".

Por interesados hay que entender, en principio, como señala Jiménez Gallego[4], que "lo serán el promotor del procedimiento en que se ha acordado la subasta y el propietario de la cosa objeto de la misma, así como todas aquellas personas con derechos que se vayan a ver afectados por la subasta".

Si no se pudiera determinar a quién le corresponde la designación del Notario, o si no se comunicara a la autoridad judicial o administrativa por quien corresponda en el plazo de cinco días desde el requerimiento para efectuarla, se procederá a designar conforme a lo establecido reglamentariamente entre los que resulten competentes. Habida cuenta que no hay normativa reglamentaria específica, entendemos que se aplicará el sistema de turno previsto en los arts. 128 y 129 RN.

En todas las demás subastas, esto es, en las que no se celebran en cumplimiento de una resolución judicial o administrativa, rige el principio de libre elección por todos los interesados. En caso de falta de acuerdo, y a falta de previsión al respecto (cabría, así, la existencia de un pacto o una disposición testamentaria que estableciesen el sistema de designación de Notario), hay que acudir a las reglas de competencia que establece el art. 72.3 LN: en primer lugar, el Notario designado por el requirente siempre que este fuera un titular del bien o derecho subastado. Si no lo fuera, será competente el Notario del domicilio o residencia habitual de

4 Jiménez Gallego, C.: *Función Notarial y Jurisdicción voluntaria*, ob. cit., p. 751.

cualquiera de los titulares, o el que lo fuera donde esté situado el bien o la mayor parte de los bienes, a elección del requirente.

Por último, también podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores y, a pesar de esta dicción, debemos entender que también puede designarse cualquier Notario del mismo distrito ya que carecería de sentido que se pudiera elegir uno de los distritos colindantes y no del propio distrito notarial.

2. Requerimiento dirigido al Notario.

El expediente se iniciará mediante requerimiento dirigido al Notario. Así se desprende del art. 73.1 LN al decir que "el Notario, a requerimiento de persona legitimada para instar la venta de un bien, mueble o inmueble, o derecho determinado, procederá a convocar la subasta, previo examen de la solicitud, dando fe de la identidad y capacidad de su promotor y de la legitimidad para instarla".

Este requerimiento adoptará la forma escrita y será realizado por el acreedor ejecutante o su representante legal o voluntario o por el titular del bien o derecho que pretende enajenarlo y entendemos que se formalizará en un acta notarial. Así se deduce del párr. 3º del art. 74.1 LN cuando señala entre los datos que deben constar en el anuncio "el número de protocolo asignado a la apertura del acta".

En esta acta, cuando se trate de subastas voluntarias, debe incluirse el pliego de condiciones. Así lo dice el art. 77 LN, según el cual, "las subastas voluntarias podrán convocarse bajo condiciones particulares incluidas en el pliego de condiciones, debiendo éstas consignarse en el Portal de Subastas. Por ello, el solicitante, en el pliego de condiciones particulares, podrá aumentar, disminuir o suprimir la consignación electrónica previa y tomar cualquier otra determinación análoga a la expresada". Por ejemplo, un tipo mínimo de salida o la reserva del derecho a aceptar o no el remate.

3. Legitimación del requirente.

Como se deduce del precepto señalado, el Notario está obligado a examinar la solicitud y a asegurarse de la identidad, capacidad y legitimación del promotor de la subasta. A este respecto, si este es el propietario del bien o derecho debe tener plena disponibilidad del mismo ya que se trataría de un acto de riguroso dominio. Cosa distinta es si el promotor es un acreedor, porque en este caso al tratarse de cobrar un crédito estaríamos ante un acto de administración.

En los supuestos en los que la subasta se produce para la satisfacción de un crédito u otro interés análogo, además de la legitimación, hay que acreditar el

incumplimiento de la obligación, que la deuda se ha liquidado correctamente y que el deudor ha sido requerido previamente de pago[5].

4. Objeto de la subasta.

A tenor del art. 73.2 LN, "el solicitante acreditará al Notario la propiedad del bien o derecho a subastar o su legitimación para disponer de él, la libertad o estado de cargas del bien o derecho, la situación arrendaticia y posesoria, el estado físico en que se encuentre, obligaciones pendientes, valoración para la subasta y cuantas circunstancias tengan influencia en su valor, así como, en su caso, la representación con que actúe" pero el Notario deberá comprobar el cumplimiento de estos extremos (art. 73.3 LN).

A) Situación física y jurídica.

En cuanto al estado físico, bastará la declaración del solicitante si no hay nada especial que reseñar, aunque la prudencia aconseja realizar un acta notarial de presencia en la que se incorporarían fotografías y, cuando ello fuera posible, un informe pericial.

En cuanto a su situación jurídica, en primer lugar, habrá que comprobar la titularidad y el estado de cargas, lo cual obliga Notario a pedir información registral. En los casos de bienes o derechos no inscritos, será solicitante quien deba acreditar estos extremos en el momento inicial. El Notario también deberá comprobar el estado de deudas que pueden afectar al potencial adquirente como es el caso del IBI y los gastos de comunidad.

Respecto a la situación arrendaticia y posesoria, bastará con la manifestación del requirente (como ocurre en las escrituras que documentan trasmisiones o gravámenes). Obviamente, en la nota registral habrá que comprobar la constancia de los arrendamientos inscritos de bienes inmuebles.

Tratándose de acciones o participaciones sociales, el Notario debería exigir al requirente la presentación de una certificación del órgano encargado de la llevanza del libro registro de socios o de acciones nominativas en el que conste titularidad y cargas.

B) Valoración.

El art. 73.2 LN exige la acreditación al notario para que éste acepte el requerimiento de la valoración del bien o derecho objeto de la subasta. Sin

5 *Vid.* González-Meneses García-Valdecasas, M.: «El expediente de subasta notarial», ob. cit., pp. 1.028 y 1.029.

embargo, del apartado 3 del art. 74, que veremos más adelante, se desprende que la existencia de una valoración previa del bien acreditada al notario no es requisito de la incoación del expediente.

V. INICIACIÓN DEL EXPEDIENTE.

1. Comunicación al Registro Público Concursal.

De acuerdo con el art. 74.3 LN, "el Notario, tras comprobar el cumplimiento de los anteriores extremos y previa consulta al Registro Público Concursal a los efectos previstos en la legislación especial, aceptará, en su caso, el requerimiento. Si acordare su procedencia, el Notario pondrá en conocimiento del Registro Público Concursal la existencia del expediente con expresa especificación del número de identificación fiscal del titular persona física o jurídica cuyo bien vaya a ser objeto de la subasta. El Registro Público Concursal notificará al Notario que esté conociendo del expediente la práctica de cualquier asiento que se lleve a cabo asociado al número de identificación fiscal notificado a los efectos previstos en la legislación concursal.

El Notario pondrá en conocimiento del Registro Público Concursal la finalización del expediente cuando la misma se produzca".

El Notario, antes de otorgarse el requerimiento, debe consultar el Registro Público Concursal. Si el titular del bien o derecho ha sido declarado en concurso el expediente de subasta no puede comenzar salvo que así se disponga por el Juez del concurso. Y, una vez aceptado el requerimiento, el primer acto que debe realizar el Notario es, precisamente, la comunicación al Registro Público Concursal de la existencia del expediente de subasta identificando a la persona física o jurídica (NIF) titular del bien objeto de la misma. Esta comunicación se hace por vía telemática, hoy, a través de la web del Colegio de Registradores.

Como se observa, la ley impone a dicho Registro la obligación de información continuada al Notario (también debería darse al Portal de Subastas). Si el titular del bien o derecho subastado es declarado en concurso la tramitación del expediente debe suspenderse salvo que el juez del concurso resuelva lo contrario.

El Notario deberá comunicar al Registro la finalización del expediente de subasta. Si bien la ley no fija un plazo concreto para ello, el precepto dice *cuando la misma se produzca*, por lo que hay que entender que debe ser en el menor plazo posible. Una vez recibida esta comunicación finaliza la obligación del Registro Público concursal de dar información continuada.

2. Certificación de dominio y cargas.

A tenor del art. 74.4 LN, "acordada su celebración, si se tratara de un inmueble o derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad o bienes muebles sujetos a un régimen de publicidad registral similar al de aquéllos, el Notario solicitará por procedimientos electrónicos certificación registral de dominio y cargas. El Registrador expedirá la certificación con información continuada por igual medio y hará constar por nota al margen de la finca o derecho esta circunstancia. Esta nota producirá el efecto de indicar la situación de venta en subasta del bien o derecho y caducará a los seis meses de su fecha salvo que con anterioridad el Notario notifique al Registrador el cierre del expediente o su suspensión, en cuyo caso el plazo se computará desde que el Notario notifique su reanudación.

El Registrador notificará, inmediatamente y de forma telemática, al Notario y al Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado el hecho de haberse presentado otro u otros títulos que afecten o modifiquen la información inicial.

El Portal de Subastas recogerá la información proporcionada por el Registro de modo inmediato para su traslado a los que consulten su contenido".

El siguiente trámite a la comunicación al Registro Público Concursal es la solicitud de la certificación de dominio y cargas al Registro de la propiedad o al de bienes muebles, siempre y cuando los bienes o derechos objeto de la subasta estuvieron inscritos en alguno de estos registros. Esta solicitud debería hacerse por vía telemática sin que sea requisito acompañar el acta de inicio habida cuenta que estará incompleta, aunque en el escrito de solicitud de hacerse mención a esta, su fecha y número de protocolo.

El Registrador expedirá la certificación con información continuada también por vía telemática y hará constar por nota al margen de la finca o derecho esta circunstancia. Esta nota produce el efecto de indicar la situación de venta en subasta del bien o derecho y caducará a los seis meses.

La ley impone al Registro la información continuada que debe remitirse tanto al Notario como al Portal de subastas del BOE, en ambos casos "inmediatamente y de forma telemática".

3. Valoración de los bienes.

De acuerdo con el art. 74.3 LN, "si la valoración no estuviere contractualmente establecida o no hubiera sido suministrada por el solicitante cuando éste pudiera hacerlo por sí mismo, será fijada por perito designado por el Notario conforme a

lo dispuesto en esta Ley. El perito comparecerá ante el Notario para entregar su dictamen y ratificarse sobre el mismo. Dicha valoración constituirá el tipo de la licitación. No se admitirán posturas por debajo del tipo".

Este precepto se ubica a continuación del anuncio de la subasta y de la notificación al titular de la cosa y a los titulares de derechos y cargas y otros interesados. No obstante, la valoración debe ser previa habida cuenta que el valor del bien o derecho objeto de la subasta es uno de los datos que debe publicarse en el portal de subastas.

Lo habitual es que la valoración haya sido establecida en el procedimiento judicial o administrativo o por acuerdo de las partes. Si no es así, las reglas de valoración incluidas en este precepto se aplican tanto en los supuestos en los que la decisión de vender se impone al propietario como en los casos en los que la decisión corresponde a este, pero se exige que la venta se realice a través del trámite de subasta. Por tanto, estas normas sólo se exceptúan en los casos de subastas voluntarias.

La valoración se hará por un perito designado por el Notario. Para ello será de aplicación lo establecido en el art. 50 LN ("1. En el mes de enero de cada año se interesará por parte del Decano de cada Colegio Notarial de los distintos Colegios profesionales, de entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos, que estará a disposición de los Notarios en el Colegio Notarial. Igualmente podrán solicitar formar parte de esa lista aquellos profesionales que acrediten conocimientos necesarios en la materia correspondiente, con independencia de su pertenencia o no a un Colegio Profesional. La primera designación de cada lista se efectuará por sorteo realizado en presencia del Decano del Colegio Notarial, y a partir de ella se efectuarán por el Colegio las siguientes designaciones por orden correlativo conforme sean solicitadas por los Notarios que pertenezcan al mismo. 2. Cuando haya de designarse perito a persona sin título oficial, práctica o entendida en la materia, previa citación de las partes, se realizará la designación por el procedimiento establecido en el apartado anterior, usándose para ello una lista de personas que cada año se solicitará de sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas, y que deberá estar integrada por al menos cinco de aquellas personas. Si, por razón de la singularidad de la materia de dictamen, únicamente se dispusiera del nombre de una persona entendida o práctica, se recabará de las partes su consentimiento y sólo si todas lo otorgan se designará perito a esa persona"). Si designado el perito éste renunciara, deberá procederse al nombramiento de otro.

"La valoración del perito se impone a todos, ya sea al propietario del bien o derecho subastado, el solicitante no propietario o cualesquiera titulares de derechos. La ley no ha diseñado un mecanismo para el caso de oposición a esa valoración, a diferencia de lo que ocurre en la ejecución civil (vid. art. 639 LEC). Seguramente es un tal incidente no procede de una actuación notarial"[6].

La LN no dice nada sobre los supuestos en los que haya cargas. Si bien en las subastas forzosas habrá purga de los derechos posteriores al derecho del acreedor solicitante de la subasta, los derechos anteriores se mantendrán y el rematante adquirirá el bien con dichas cargas. Por otra parte, en las subastas voluntarias, las cargas no se verán afectadas, ni las anteriores ni las posteriores al inicio de la subasta. A falta de regulación, hay que entender que el perito dará una valoración teniendo en cuenta las mismas.

4. Anuncio.

La subasta es un procedimiento de carácter público y ello exige una publicidad previa. Esta es una de las principales garantías de los que intervienen en el expediente y, en su caso, de los terceros. La publicidad de la subasta se cumple a través de los anuncios.

El art. 74 LN establece:

"1. El anuncio de la convocatoria de la subasta se publicará, además de los lugares designados por el promotor del expediente, en el "Boletín Oficial del Estado".

La convocatoria de la subasta deberá anunciarse con una antelación de, al menos, 24 horas respecto al momento en que se haya de abrir el plazo de presentación de posturas.

El anuncio contendrá únicamente su fecha, el nombre y apellidos del Notario encargado de la subasta, lugar de residencia y número de protocolo asignado a la apertura del acta, y la dirección electrónica que corresponda a la subasta en el Portal de Subastas. En éste se indicarán las condiciones generales y particulares de la subasta y de los bienes a subastar, así como cuantos datos y circunstancias sean relevantes y la cantidad mínima admisible para la licitación en su caso. La certificación registral, tratándose de bienes sujetos a publicidad registral, podrá consultarse a través del Portal de Subastas, que informará de cualquier alteración en su titularidad o estado de cargas. También se indicará, en su caso, la posibilidad

6 Jiménez Gallego, C.: *Función Notarial y Jurisdicción voluntaria*, ob. cit., p. 582.

de visitar el inmueble objeto de subasta o de examinar con las necesarias garantías el bien mueble o los títulos acreditativos del crédito, si procediera".

Por tanto, hoy, el anuncio de la subasta electrónica tiene un contenido normalizado y se limita a dar una dirección electrónica. Siguiendo ese enlace se accede a una página web en la que aparece el anuncio de la subasta cuyo contenido es el resultado de los datos que el Notario debe cumplimentar necesariamente en la aplicación informática del Portal de Subastas del BOE y que son los siguientes:

- *Primer bloque:*

Datos del interesado (número de identificación fiscal, nombre, apellidos y dirección del titular de los bienes o derechos) si la subasta es voluntaria y del acreedor y su representante si es una subasta extrajudicial.

- *Segundo bloque:*

a) Se consignan los datos de la subasta:

Forma de adjudicación: Se podrá elegir la forma de adjudicación de los lotes subastados, si existen dos interesados y se subastan varios lotes, se podrá indicar si la adjudicación de los lotes será conjunta o separada.

Luego se especificará el número de lotes si hay más de uno.

b) Datos del protocolo: número de protocolo y el año del documento.

- *Tercer bloque:*

Aquí se identifican los datos del bien o bienes y los importes de cada uno de ellos.

a) Cada bien o derecho y su descripción. Se distingue entre bienes muebles, inmuebles o vehículos

Si es inmueble, subtipo (vivienda, local comercial, garaje, trastero, nave industrial, solar, finca rústica, otros), descripción, cargas, inscripción registral, referencia catastral, IDUFIR, certificación registral (CSV), país en el que se encuentra el bien (obviamente España), título jurídico, provincia, población, código postal, dirección, si es o no vivienda habitual del ejecutado, si es o no visitable, situación posesoria y la información adicional que se considere oportuna. También se pueden adjuntar archivos con imágenes con un tamaño máximo de 25 Mb. Sólo son imprescindibles tipo de bien, subtipo de inmueble, descripción, provincia, población y dirección.

b) Datos de los importes: importes relativos a la subasta o a los diferentes lotes que la conforman y, concretamente:

· Importe reclamado: importe mínimo que el interesado desea obtener en la subasta

· Importe tasación: importe de la tasación del o de los bienes subastados.

· Importe de la consignación: importe de la consignación que deberán hacer cuando se realice una puja (5% del valor de tasación de acuerdo con el art. 75.1 regla 4ª LN). En las subastas voluntarias el interesado puede fijar otro importe, incluso el 100% del valor).

· Postura mínima: importe de la postura mínima de la subasta.

La fijación de una puja mínima coincidente con el tipo de salida no tiene sentido en una subasta única, cuando este es el sistema obligatorio de adjudicación. Si la subasta fuera voluntaria el requirente podría establecer como condición de la misma un tipo mínimo de salida (subasta al alza) pero en las subastas necesarias esto no parece lo más oportuno.

· Incremento entre posturas: importe del incremento entre posturas de la subasta.

- *Cuarto bloque:*

Aquí se consigna la documentación relativa a la subasta que puede resultar de interés. Deberá consignar como mínimo un archivo.

Yo aquí incluiría en el caso de bienes inmuebles, la certificación registral, la gráfica y descriptiva del catastro, certificación del IBI y de los gastos de comunidad. Si hay acta de presencia y fotos del inmueble también.

En el caso de acciones y participaciones sociales, nota del Registro Mercantil, estatutos de la sociedad, si se dispone de ellos.

Si son vehículos, matrícula y año de matriculación.

Y, en todo caso, el informe de tasación si lo hay.

- *Quinto bloque:*

Cuenta de consignaciones. Todo Notario tiene una cuenta bancaria especial de consignaciones.

5. Notificaciones.

A) Al titular del bien

De acuerdo con el art. 74.2 LN, "el Notario notificará al titular del bien o derecho el contenido del anuncio. También le requerirá para que comparezca en el acta, en defensa de sus intereses.

La diligencia se practicará bien personalmente, bien mediante envío de carta certificada con acuse de recibo al domicilio fijado registralmente o, en su defecto, en documento público, o tratándose de bienes no registrados, se remitirá al domicilio habitual acreditado. Si el domicilio no fuere conocido, la notificación se realizará mediante edictos.

La diligencia se practicará bien personalmente, bien mediante envío de carta certificada con acuse de recibo o en cualquiera de las formas previstas por la legislación notarial al domicilio fijado registralmente. Tratándose de bienes no registrados, se dirigirá al domicilio habitual acreditado. Si el domicilio no fuere conocido, la notificación se realizará mediante edictos".

La notificación del anuncio exige que el Notario espere a su publicación en el BOE. Esto es lo que se deduce de la interpretación literal del precepto e implica que la subasta empezará antes de que tenga lugar dicha notificación ya que su comienzo es automático (24 horas después de la publicación), sin que el notario pueda actuar a este respecto. Esto hace aconsejable que la notificación se produzca con anterioridad especificando en la misma la fecha de inicio del procedimiento por parte del notario, esto es, la fecha en la que éste va a activar el procedimiento en la plataforma SIGNO (Sistema Integrado de Gestión del Notariado) haciendo constar que a partir de esa fecha puede producirse la publicación en el BOE (en la práctica entre uno y siete días después) y que la misma estará a su disposición en la notaría. En este mismo sentido parece manifestarse Jiménez Gallego[7].

En cuanto a la forma de la notificación, la norma admite formas alternativas, a libre elección del Notario:

– La *notificación practicada personalmente*. Entiendo que cabe tanto la comparecencia del Notario en el domicilio del titular o la recepción por este en la propia Notaría. En cuanto a la primera, no debe entenderse que la cédula debe entregarse personalmente a la misma persona notificada. "Teniendo en cuenta que se admite libremente la remisión por correo certificado, la diligencia de notificación realizada personalmente por el notario no tendría por qué entenderse

7 Jiménez Gallego, C.: *Función Notarial y Jurisdicción voluntaria*, ob. cit., p. 586.

personalmente con el propio titular, basta con que se entregue la cédula en el domicilio de éste a la persona que encuentre allí el notario de acuerdo con las normas generales sobre las notificaciones notariales a las que estaría remitiendo el párrafo tercero antes transcrito cuando se refiere a cualquiera de las formas previstas por la legislación notarial"[8].

– También cabe la *remisión de carta certificada con acuse de recibo* al domicilio fijado registralmente o, en su defecto, en documento público, o tratándose de bienes no registrados, se remitirá al domicilio habitual acreditado, debe entenderse que por el promotor del expediente.

Esta notificación por correo certificado al propietario o a los titulares de derechos a que se refiere el último párrafo de esta norma se puede realizar por el Notario que instruye el expediente aun no siendo competente en el lugar de destino de la notificación, y ello por aplicación de las normas generales de las actas de notificación recogidas en el RN. "No obstante, dicho esto, nos parece que, tratándose en especial del titular del bien o derecho no solicitante de la subasta, cualquier precaución es poca, y que –pese al planteamiento alternativo de la norma– la notificación personal (en su caso, con intervención del notario del domicilio del titular) debe intentarse siempre, dando a la notificación por correo y en su caso por edictos un carácter completamente subsidiario, aunque sólo sea por los inconvenientes prácticos derivados de una notificación por correo. Si el destinatario de la carta no se encuentra en el domicilio o se niega a recibirla, se le deja un aviso y se le da un plazo para que pueda pasar por la oficina de Correos a retirar la carta. Mientras tanto, la diligencia notarial de notificación estaría abierta, sin que el propio notario remitente sepa a qué atenerse, acerca de si la notificación ha sido practicada o no. Por esto, siempre será más conveniente que la notificación se intente personalmente por el notario, en su caso, con intervención de un segundo notario que sea competente por razón del territorio"[9].

– En cuanto a la práctica de la diligencia en *«cualquiera de las formas previstas en la legislación notarial»*, parece que se está refiriendo a la notificación mediante entrega de la cédula "a cualquier persona que se encuentre en el lugar designado y haga constar su identidad. Si nadie se hiciere cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia. Cuando el edificio tenga portero podrá entenderse la diligencia con el mismo" tal como establece el art. 202 RN. Tal vez se esté pensando en dejar el camino abierto para otro tipo de comunicaciones como las electrónicas.

8 González-Meneses García-Valdecasas, M.: «El expediente de subasta notarial», ob. cit., p. 1.045.

9 González-Meneses García-Valdecasas, M.: «El expediente de subasta notarial», ob. cit., p. 1.046.

- Por último, en cuanto a la notificación mediante edictos, sólo se admite en el caso de que el domicilio del notificado no fuere conocido. Lo que no dice la norma es qué tipo de publicidad hay que dar a esos edictos y durante qué tiempo.

B) A los titulares de derechos y cargas

A tenor del art. 74.2 LN, "el Notario comunicará por los mismos medios, en su caso, la celebración de la subasta a los titulares de derechos y de las cargas que figuren en la certificación de dominio, así como a los arrendatarios u ocupantes que consten identificados en la solicitud. Si no pudiera localizarlos, le dará la misma publicidad que la que se prevé para la subasta".

Como señala el autor antes citado, "una notificación como ésta sólo tiene sentido si se trata de titulares de derechos o cargas que pueden verse afectados en su posición por la venta que tenga lugar en virtud de la subasta y por ello tienen interés en conocer que ésta va a tener lugar para, en su caso, participar si lo consideran conveniente para sus derechos. Pero esto es algo que solo tiene sentido en el caso de titulares de derechos que van a resultar «purgados» por efecto de esta venta. Y éste no es, desde luego, el caso respecto de todos los titulares de derechos o cargas que aparecen en la certificación de dominio y cargas (serán purgados sólo los derechos inscritos con posterioridad a la inscripción de la hipoteca o prenda inscribible que se ejecute, e incluso ninguno en aquellos casos en que la subasta no se promueve para la ejecución de una garantía real o un embargo). Por tanto, pese al tenor literal tan categórico de esta norma, parece que esta exigencia de notificación podría relativizarse en atención a esta posible eficacia limitada del expediente (el artículo 659.1 LEC sólo exige notificación a los titulares de cargas o derechos reales que consten en asientos posteriores al del derecho del ejecutante)". Por mi parte, entiendo que, dado que se exige por la norma, lo prudente es hacerla.

6. Oposición del titular o de un tercero.

El art. 74.4 LN prevé la posibilidad de que el titular del bien distinto del solicitante o un tercero que se considere con derecho a ello comparezcan en el expediente oponiéndose a la celebración de la subasta, pero esta oposición no suspende la tramitación del expediente.

El Notario hará constar esa oposición y las razones y documentos que para ello aduzcan con reserva de las acciones que fueran procedentes. La oposición sólo produce la suspensión del procedimiento cuando se justifique la interposición de la correspondiente demanda (hay que entender judicial), procediéndose a su reanudación si no se admitiera ésta.

"En los casos en que se formula una simple oposición sin que se acredite todavía la interposición de una demanda judicial, no parece que baste con que el notario haga constar esa oposición mediante una diligencia extendida en el acta de subasta, sino que también debería comunicar la existencia y contenido de esa diligencia al Portal de Subastas de la AEBOE al efecto de que se incluya en la información a disposición de todos los interesados en la subasta, para que éstos puedan conocer y valorar el riesgo que asumen de participar en una subasta que ha suscitado tal oposición. Lo cual a su vez presupone que esa constancia de oposición con reserva de acciones debería destruir la posible buena fe de los participantes en la subasta respecto de las circunstancias determinantes de esa oposición"[10].

VI. CELEBRACIÓN DE LA SUBASTA ELECTRÓNICA.

1. Inicio.

De acuerdo con el art. 75.1 LN, "la subasta electrónica se realizará con sujeción a las siguientes reglas:

1.ª La subasta tendrá lugar en el Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, a cuyo sistema de gestión estarán conectados los Notarios a través de los sistemas informáticos del Consejo General del Notariado. Todos los intercambios de información que deban realizarse entre los Notarios y el Portal de Subastas se realizarán de manera telemática".

Efectivamente, los notarios estamos conectados con el Portal de Subastas a través de SIGNO (Sistema Integrado de Gestión del Notariado). Es a través de este sistema como se realiza el intercambio y la recepción de información procedente de dicho Portal.

"2.ª La subasta se abrirá transcurridas, al menos, 24 horas desde la fecha de publicación del anuncio en el "Boletín Oficial del Estado", una vez haya sido remitida al Portal de Subastas la información necesaria para el comienzo de la misma.

3.ª Una vez abierta la subasta solamente se podrán realizar pujas electrónicas durante, al menos, un plazo de veinte días naturales desde su apertura. Su desarrollo se ajustará, en todo aquello que no se oponga al presente capítulo, a las normas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil que le fueren aplicables. En todo caso, el Portal de Subastas informará durante su celebración de la existencia y cuantía de las pujas".

10 González-Meneses García Valdecasas, M.: «El expediente de subasta notarial», ob. cit., p. 1.048.

La norma remite en lo aquí no previsto sobre desarrollo de la subasta electrónica a las normas de la LEC. Estas normas se encuentran en los artículos 648 y 649 LEC. El primero de los preceptos tras reiterar las reglas anteriores añade las siguientes reglas:

"- Una vez abierta la subasta solamente se podrán realizar pujas electrónicas con sujeción a las normas de esta Ley en cuanto a tipos de subasta, consignaciones y demás reglas que le fueren aplicables. En todo caso el Portal de Subastas informará durante su celebración de la existencia y cuantía de las pujas.

- Para poder participar en la subasta electrónica, los interesados deberán estar dados de alta como usuarios del sistema, accediendo al mismo mediante mecanismos seguros de identificación y firma electrónicos de acuerdo con lo previsto en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, de forma que en todo caso exista una plena identificación de los licitadores. El alta se realizará a través del Portal de Subastas mediante mecanismos seguros de identificación y firma electrónicos e incluirá necesariamente todos los datos identificativos del interesado. A los ejecutantes se les identificará de forma que les permita comparecer como postores en las subastas dimanantes del procedimiento de ejecución por ellos iniciado sin necesidad de realizar consignación.

- El ejecutante, el ejecutado o el tercer poseedor, si lo hubiere, podrán, bajo su responsabilidad y, en todo caso, a través de la oficina judicial ante la que se siga el procedimiento, enviar al Portal de Subastas toda la información de la que dispongan sobre el bien objeto de licitación, procedente de informes de tasación u otra documentación oficial, obtenida directamente por los órganos judiciales o mediante Notario y que a juicio de aquéllos pueda considerarse de interés para los posibles licitadores.

- Las pujas se enviarán telemáticamente a través de sistemas seguros de comunicaciones al Portal de Subastas, que devolverá un acuse técnico, con inclusión de un sello de tiempo, del momento exacto de la recepción de la postura y de su cuantía. El postor deberá también indicar si consiente o no la reserva a que se refiere el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 652 y si puja en nombre propio o en nombre de un tercero. Serán admisibles posturas por importe superior, igual o inferior a la más alta ya realizada, entendiéndose en los dos últimos supuestos que consienten desde ese momento la reserva de consignación y serán tenidas en cuenta para el supuesto de que el licitador que haya realizado la puja igual o más alta no consigne finalmente el resto del precio de adquisición. En el caso de que existan posturas por el mismo importe, se preferirá la anterior en el tiempo. El portal de subastas sólo publicará la puja más alta entre las realizadas hasta ese momento".

Por su parte, el art. 649 LEC establece:

"1. La subasta admitirá posturas durante un plazo de veinte días naturales desde su apertura. La subasta no se cerrará hasta transcurrida una hora desde la realización de la última postura, siempre que ésta fuera superior a la mejor realizada hasta ese momento, aunque ello conlleve la ampliación del plazo inicial de veinte días a que se refiere este artículo por un máximo de 24 horas.

En el caso de que el Secretario judicial [Notario] tenga conocimiento de la declaración de concurso del deudor, suspenderá mediante decreto la ejecución y procederá a dejar sin efecto la subasta, aunque ésta ya se hubiera iniciado. Tal circunstancia se comunicará inmediatamente al Portal de Subastas.

2. La suspensión de la subasta por un periodo superior a quince días llevará consigo la devolución de las consignaciones, retrotrayendo la situación al momento inmediatamente anterior a la publicación del anuncio. La reanudación de la subasta se realizará mediante una nueva publicación del anuncio como si de una nueva subasta se tratase".

Toda esta normativa no hace referencia alguna a la posibilidad de pujas a calidad de ceder el remate a un tercero lo que sí contemplaba el anulado artículo 220 RN y recoge hoy el art. 647.3 LEC ("Solo el ejecutante o los acreedores posteriores podrán hacer postura reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero. La cesión se verificará mediante comparecencia ante el Secretario judicial responsable de la ejecución, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla, y todo ello previa o simultáneamente al pago o consignación del precio del remate, que deberá hacerse constar documentalmente. Igual facultad corresponderá al ejecutante si solicitase, en los casos previstos, la adjudicación del bien o bienes subastados"). Debemos concluir que tal posibilidad no existe, esto es, los postores pujan por sí y no puede ceder su posición de rematante a un tercero. Opinión contraria mantiene López Cano[11].

Otra cuestión interesante es la inadmisión de posturas por debajo del tipo. De acuerdo con el art. 74.3 LN, "si la valoración no estuviere contractualmente establecida o no hubiera sido suministrada por el solicitante cuando éste pudiera hacerlo por sí mismo, será fijada por perito designado por el Notario conforme a lo dispuesto en esta Ley. El perito comparecerá ante el Notario para entregar su dictamen y ratificarse sobre el mismo. Dicha valoración constituirá el tipo de la licitación. No se admitirán posturas por debajo del tipo". Se está fijando así una subasta sólo al alza lo que, en la práctica, hace difícilmente viable la misma. Y es,

11 López Cano, J.: *Formularios notariales: Ley de jurisdicción voluntaria, subastas notariales y concordancia entre el catastro y el registro*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2015, p. 399.

desde luego, contrario a la regulación de la subasta electrónica de bienes muebles (el art. 650 LEC que regula la adjudicación en los supuestos de posturas inferiores al 50% del valor del avalúo) y de bienes inmuebles (el art. 670 LEC regula las posturas inferiores al 70% del valor de salida).

Este requisito del art. 74.3 LN de no admitir posturas por debajo del tipo de salida, que tiene su lógica en el contexto de la LN que no establece unos valores mínimos de adjudicación del bien subastado, plantea serios problemas en los supuestos de venta extrajudicial de acciones y otras formas de participación sociales ya que el art. 635.2 LEC establece que "si lo embargado fueren acciones o participaciones societarias de cualquier clase, que no coticen en Bolsa, la realización se hará atendiendo a las disposiciones estatutarias y legales sobre enajenación de las acciones o participaciones y, en especial, a los derechos de adquisición preferente. A falta de disposiciones especiales, la realización se hará a través de notario o corredor de comercio colegiado".

Aquí surgiría la duda respecto al ámbito de aplicación del Capítulo V de la LN sobre el expediente de subasta notarial ya que el art. 72.1 establece que "las subastas que se hicieren ante Notario en cumplimiento de una disposición legal se regirán por las normas que respectivamente las establezcan y, en su defecto, por las del presente Capítulo. Las subastas que se hicieren ante Notario en cumplimiento de una resolución judicial o administrativa, o de cláusula contractual o testamentaria, o en ejecución de un laudo arbitral o acuerdo de mediación o bien por pacto especial en instrumento público, o las voluntarias se regirán, asimismo, por las normas del presente Capítulo".

En estos casos entiendo preferente la aplicación del art. 650 LEC del que se deriva que no hay "postura mínima". Y ello porque no tiene sentido que las subastas judiciales y extrajudiciales en ejecución de garantías reales mobiliarias (como ocurre en las inmobiliarias) no se rijan por los mismos criterios.

Por otra parte, los mismos criterios que sigue la LEC de adjudicación en función del porcentaje del importe de la postura sobre el valor de salida se siguen en el art. 87, regla 6ª LHMPSD (redacción dada por la disposición final 13.3 de la Ley 15/2015, de 2 de julio) para los supuestos de ejecución mediante venta extrajudicial[12].

"4.ª Para poder participar en la subasta será necesario estar en posesión de la correspondiente acreditación para intervenir en la misma, tras haber consignado en forma electrónica el 5 por 100 del valor de los bienes o derechos".

12 *Vid.* Adan Domenech, F.: "La venta extrajudicial de la hipoteca mobiliaria", *Cuadernos de Derecho y Comercio* nº 64, diciembre 2015, pp. 13 y ss.

En materia de consignaciones hay que tener en cuenta el Real Decreto 1011/2015, de 6 de noviembre, por el que se regula el procedimiento para formalizar el sistema de consignaciones en sede electrónica de las cantidades necesarias para tomar parte en las subastas judiciales y notariales y la Resolución de 13 de octubre de 2016, conjunta de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, y de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se establecen el procedimiento y las condiciones para la participación por vía telemática en procedimientos de enajenación de bienes a través del portal de subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, modificada por Resolución de 28 de marzo de 2017.

La regla 4ª finaliza diciendo que "si el solicitante quisiera participar en la subasta no le será exigida la constitución de esa consignación. Tampoco le será exigida a los copropietarios o cotitulares del bien o derecho a subastar".

2. Cierre.

A tenor del art. 75.2 LN, "en la fecha de cierre de la subasta y a continuación del mismo, el Portal de Subastas remitirá al Notario información certificada de la postura telemática que hubiera resultado vencedora, así como, por orden decreciente de importe y cronológico en el caso de ser este idéntico, de todas las demás que hubieran optado por la reserva de postura.

El Notario extenderá la correspondiente diligencia en la que hará constar los aspectos de trascendencia jurídica; las reclamaciones que se hubieren presentado y la reserva de los derechos correspondientes ante los Tribunales de Justicia; la identidad del mejor postor y el precio ofrecido por él, las posturas que siguen a la mejor y la identidad de los postores; el juicio del Notario de que en la subasta se han observado las normas legales que la regulan, así como la adjudicación del bien o derecho subastado por el solicitante. El Notario cerrará el acta, haciendo constar en ella que la subasta ha quedado concluida y el bien o derecho adjudicado, procediendo a su protocolización.

Si no concurriere ningún postor, el Notario así lo hará constar, declarará desierta la subasta y acordará el cierre del expediente".

"En la fecha de cierre de la subasta" el Notario recibe en su correo corporativo un mensaje que le advierte del cierre y en la aplicación de SIGNO una certificación de "la postura telemática que hubiera resultado vencedora, así como por orden decreciente de importe y cronológico en el caso de ser este idéntico, de todas las demás que hubieran optado por la reserva de la postura". De aquí se deduce la posibilidad de posturas de idéntico importe, teniendo preferencia la realizada en

primer lugar. Esta referencia es importante para el caso en el que el primer postor no complete su puja.

Como señala González-Meneses, "la subasta que tiene lugar en virtud de estos expedientes notariales de subasta en realidad no es una «subasta notarial». La subasta, en sí misma, se realiza sin intervención del notario. El notario no tiene que hacer un seguimiento de la web donde se desarrolla, ni de las consignaciones para poder participar, ni de las pujas que se van realizando, ni de cuál ha sido la mejor postura y del orden de las restantes posturas. Todo esto, que es lo fundamental de una ceremonia de subasta, está fuera de la competencia y responsabilidad del notario y confiado a un sistema dotado de oficialidad pero que opera fuera del control tanto del notario individual que dirige el expediente como de la corporación notarial. La intervención del notario tiene lugar en la fase previa a la subasta, siendo su misión fundamental apreciar la legitimación de la persona que promueve el expediente y la legitimidad de su pretensión, así como en la fase subsiguiente al cierre de la subasta"[13].

El precepto continúa señalando que, recibida del Portal de Subastas la mencionada certificación, "el notario extenderá la correspondiente diligencia en la que hará constar los aspectos de trascendencia jurídica: las reclamaciones que se hubieran presentado y la reserva de los derechos correspondientes ante los Tribunales de Justicia...". Plantea dudas la referencia a las "reclamaciones". Parecería remitirse a las que menciona el art. 74.4 LN pero la diligencia a la que ahora nos referimos se extiende después del cierre de la subasta y a la vista de la certificación recibida del Portal de Subastas. Por el contrario, las reclamaciones del titular de los bienes o de un tercero interesado en los bienes y la correspondiente reserva expresa de acciones deben hacerse constar mediante una diligencia en el momento en que tiene lugar la correspondiente comparecencia ante él y debe ser notificada al Portal de Subastas para ser incluida en la información a disposición de los postores para que éstos puedan tenerla en cuenta a la hora de formular sus posturas y no puedan alegar buena fe.

La norma continúa exigiendo la constancia de "la identidad del mejor postor y el precio ofrecido por él, las posturas que siguen a la mejor y la identidad de los postores". Respecto al "juicio del notario de que en la subasta se han observado las normas legales que la regulan", como señala González-Meneses, "no tiene demasiado contenido, por cuanto la regulación legal de la subasta electrónica es bastante esquemática, como hemos visto, y la regularidad de dicho proceso electrónico descansa más en la fiabilidad del sistema y aplicación informática

13 González-Meneses García-Valdecasas, M.: «El expediente de subasta notarial», ob. cit., p. 1.051.

correspondiente y en lo certificado por el propio Portal de Subastas que en apreciación alguna por parte del notario interviniente"[14].

También deberá hacerse constar "la adjudicación del bien o derecho subastado por el solicitante". A este respecto hay que señalar que no es del todo correcta esta expresión, ya que la transmisión o atribución de la propiedad del bien o derecho subastado no se produce todavía ya que es necesario pagar la diferencia entre el su postura y el importe de la consignación; y, después, en si caso, se requerirá la consiguiente escritura pública. Por tanto, el contenido de la diligencia se limitará a la conservación de quien ha sido mejor postor y su postura.

Este precepto termina diciendo: "El Notario cerrará el acta, haciendo constar en ella que la subasta ha quedado concluida y el bien o derecho adjudicado, procediendo a su protocolización". A este respecto hay que señalar: primero, el Notario hará constar que "la subasta ha quedado concluida", pero, no queda concluido el expediente y, por tanto, no procede a cerrar el acta. Segundo, tampoco es correcta la referencia al "bien o derecho adjudicado" ya que, como hemos dicho anteriormente, no es propiamente adjudicación. Por último, en cuanto a la protocolización del acta, ya hemos dicho que esta formará parte del protocolo notarial desde el momento de su otorgamiento ya que el art. 74.1 LN exige la mención del número de protocolo en el anuncio. Las diligencias posteriores serán objeto de incorporación a dicha acta, pero esta queda incorporada al protocolo desde el primer momento.

Concluye este precepto señalando que "si no concurriere ningún postor, el Notario así lo hará constar, declarará desierta la subasta y acordará el cierre del expediente". Como se observa, la LN no contempla la posibilidad de que el acreedor, promotor del expediente de venta en subasta para la satisfacción de su crédito, pueda adjudicarse el bien en caso de quedar desierta la subasta, ya sea por el mismo tipo de la subasta o un determinado porcentaje de éste, ya sea por el importe de la deuda pendiente quedando ésta extinguida. Lo único que puede hacer el acreedor es intervenir en la subasta como postor, en cuyo caso, si resulta el único o mejor postor, podría compensar el precio por él ofrecido –como mínimo, el tipo de subasta– con el importe del crédito existente a su favor, abonando la diferencia, en su caso, al deudor.

Como es evidente, esta regulación genérica de la legislación notarial no es coincidente ni con lo dispuesto en la normativa sobre el procedimiento de venta notarial de bienes hipotecados, ni tampoco con la regulación de la venta notarial de bienes pignorados que, a este respecto, serán de aplicación preferente.

14 González-Meneses García-Valdecasas, M.: «El expediente de subasta notarial», ob. cit., p. 1.052.

3. Actuaciones posteriores al cierre.

De acuerdo con el art. 75.3 LN, "en diligencias sucesivas se harán constar, en su caso, el pago del resto del precio por el adjudicatario en el plazo de diez días hábiles en la entidad adherida al Portal de Subastas a disposición del Notario; la entrega por el Notario al solicitante o su depósito a disposición judicial o a favor de los interesados de las cantidades que hubiere percibido del adjudicatario; y la devolución de las consignaciones electrónicas hechas para tomar parte en la subasta por personas que no hayan resultado adjudicatarias.

La devolución de las consignaciones hechas para tomar parte en la subasta por personas que no hayan resultado adjudicatarias, no se efectuará hasta que no se haya abonado el total del precio de la adjudicación si así se hubiera solicitado por parte de los postores.

Si el adjudicatario incumpliere su obligación de entrega de la diferencia del precio entre lo consignado y lo efectivamente rematado, la adjudicación se realizará al segundo o sucesivo mejor postor que hubiera solicitado la reserva de su consignación, perdiendo las consignaciones los incumplidores y dándole a éstas el destino establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No obstante, se procederá a la suspensión provisional del remate o adjudicación hasta que haya transcurrido el plazo establecido para el ejercicio, en su caso, del derecho de adquisición preferente de los socios o, en su caso, de la sociedad".

Como señala este precepto, "en diligencias sucesivas se harán constar, en su caso, el pago del resto del precio por el adjudicatario en el plazo de diez días hábiles en la entidad adherida al Portal de Subastas a disposición del Notario". Tal vez esta expresión no sea del todo correcta ya que esta diferencia deberá expresarse en la cuenta bancaria especial de consignaciones que tiene abierta el Notario. De forma que, cerrada la subasta, el portal de subastas del BOE transferirá a la citada cuenta que con carácter obligatorio debe tener todo notario y que se hace constar en los datos de la aplicación, lo que hace pasados unos días, y se instrumenta a través de un pago realizado por la AEAT a través del Banco de España. La diferencia restante la transferirá directamente el postor a la citada cuenta de consignaciones.

La siguiente referencia, "la entrega por el Notario al solicitante o su depósito a disposición judicial o a favor de los interesados de las cantidades que hubiere percibido del adjudicatario", tampoco es del todo correcta ya que esta entrega se producirá una vez completada por el postor su postura y, en su caso, el ámbito del otorgamiento del oportuno documento público. Es más, me parece que este último es el lugar oportuno, también, para dejar constancia de la transferencia que se realice desde la cuenta de consignaciones del notario a la del solicitante de este.

Y en cuanto a "la devolución de las consignaciones electrónicas hechas para tomar parte en la subasta por personas que no hayan resultado adjudicatarias", ni la hará el notario, ni podrá dejar constancia de ello ya que dicha devolución se hace directamente por el Portal de Subastas a los postores. Como parece lógico, "la devolución de las consignaciones hechas para tomar parte en la subasta por personas que no hayan resultado adjudicatarias no se efectuará hasta que no se haya abonado el total del precio de la adjudicación si así se hubiera solicitado por parte de los postores". Esto exige que los postores deban manifestar su voluntad de "reserva de su consignación" para el caso de que el rematante no abone el importe de su postura. A falta de esta reserva expresa, el Portal de Subastas procederá a la devolución de las consignaciones.

Por otra parte, "si el adjudicatario incumpliere su obligación de entrega de la diferencia del precio entre lo consignado y lo efectivamente rematado, la adjudicación se realizará al segundo o sucesivo mejor postor que hubiera solicitado la reserva de su consignación, perdiendo las consignaciones los incumplidores y dándole a éstas el destino establecido en la ley de enjuiciamiento civil".

Entre los incumplidores se incluyen tanto el mejor postor que no paga el resto del importe de su postura, como todos aquellos sucesivos mejores postores que hayan hecho reserva expresa de su consignación y que tampoco lo hayan hecho. Hay que entender que para los sucesivos adjudicatarios rige el mismo plazo de diez días hábiles para completar el pago de su postura, plazo que deberá computarse desde que reciban la notificación del Notario que les informa que el primer remate ha quedado sin efecto por incumplimiento del anterior mejor postor.

En cuanto al destino de las consignaciones de estos postores, el art. 653.2 LEC, "los depósitos de los rematantes que provocaron la quiebra de la subasta se aplicarán […] a los fines de la ejecución, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 654 y 672, pero el sobrante, si lo hubiere, se entregará a los depositantes. Cuando los depósitos no alcancen a satisfacer el derecho del ejecutante y las costas, se destinarán, en primer lugar, a satisfacer los gastos que origine la nueva subasta y el resto se unirá a las sumas obtenidas en aquélla y se aplicará conforme a lo dispuesto en los artículos 654 y 672. En este último caso, si hubiere sobrante, se entregará al ejecutado hasta completar el precio ofrecido en la subasta y, en su caso, se le compensará de la disminución del precio que se haya producido en el nuevo remate; sólo después de efectuada esta compensación, se devolverá lo que quedare a los depositantes".

Y de acuerdo con el art. 672.1 LEC, "el remanente, si lo hubiere, se retendrá para el pago de quienes tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad al del ejecutante. Si satisfechos estos acreedores, aún existiere sobrante, se entregará al ejecutado o al tercer poseedor. En este último caso, si hubiere sobrante, se

entregará al ejecutado hasta completar el precio ofrecido en la subasta y, en su caso, se le compensará de la disminución del precio que se haya producido en el nuevo remate; sólo después de efectuada esta compensación, se devolverá lo que quedare a los depositantes".

Finaliza este art. 75.3 LN señalando que "no obstante, se procederá a la suspensión provisional del remate o adjudicación hasta que haya transcurrido el plazo establecido para el ejercicio, en su caso, del derecho de adquisición preferente de los socios o, en su caso, de la sociedad", lo que es una apelación a los arts. 109 (régimen de transmisión forzosa participaciones sociales) y 125 (transmisiones forzosas de acciones) LSC.

4. Título de propiedad del adjudicatario.

De acuerdo con el art. 75.4 LN, "en todos los supuestos en los que la ley exige documento público como requisito de validez o eficacia de la transmisión, subastado el bien o derecho, el titular o su representante, otorgará ante el Notario escritura pública de venta a favor del adjudicatario al tiempo de completar éste el pago del precio. Si el titular o su representante se negare a otorgar escritura de venta, el acta de subasta será título suficiente para solicitar del Tribunal competente el dictado del correspondiente auto teniendo por emitida la declaración de voluntad, en los términos previstos en el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

En los demás supuestos, la copia autorizada del acta servirá de título al rematante.

Respecto a qué supuestos exigen la forma de escritura pública habría que concretar aquellos en los que la transmisión accede a un Registro Público en los que se exija para ello dicha forma documental (así, bienes inmuebles, buques –art. 73 Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima-, Aeronaves –art. 13 Real Decreto 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles-) así como la transmisión de acciones y participaciones sociales.

Para el otorgamiento de la escritura pública hará falta el consentimiento el titular del bien lo que es harto difícil. Por ello, el precepto establece que "si el titular o su representante se negaren a otorgar escritura de venta, el acta de subasta será título suficiente para solicitar del Tribunal competente el dictado del correspondiente auto teniendo por emitida la declaración de voluntad, en los términos previstos en el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil". En estos casos no estamos ante una escritura de compraventa sino de adjudicación en la que la voluntad del vendedor resulta de un auto judicial.

"Cuando habla del titular o su representante, se está haciendo referencia al propietario del bien subastado. En cuanto al representante, puede ser su representante legal (padres, tutor, administrador concursal), o voluntario, sobre la base de un poder general que comprenda la facultad de venta o un poder especial para vender estos bienes, ya sea preexistente o conferido ad hoc para la ocasión. ¿También se está haciendo referencia con ello a un posible poder conferido en el mismo título de constitución de una garantía real a una persona designada por el acreedor o a este mismo, en la línea de lo que hemos visto que prevé la ley para la ejecución hipotecaria notarial? Parece que sí, siempre que ese apoderamiento se haya conferido precisamente en escritura pública (no en una simple póliza intervenida), porque esta norma lo que contempla es el otorgamiento de una escritura pública de venta por el representante. ¿También si se trata de un «pacto» de apoderamiento impuesto unilateralmente por el acreedor como condición general en un contrato de adhesión con un consumidor? ¿Se puede tener, sobre la base de este pacto, a ese apoderado como un verdadero representante a estos efectos del artículo 75.4 LN? Teniendo en cuenta que esta norma de la LN permite ahora esta salida consistente en que el juez dicte un auto teniendo por emitida la declaración de voluntad en los términos previstos en el artículo 708 LEC, quizá se podría ser más riguroso a la hora de apreciar el fundamento de la representación del otorgante de esta escritura"[15].

La escritura deberá otorgarse ante el mismo Notario que ha tramitado el expediente de subasta, su sustituto o sucesor. Y ello porque el contenido de la escritura exige la afirmación de hechos y actos que sólo pueden serlo por este Notario.

VII. SUSPENSIÓN DEL EXPEDIENTE.

Con carácter general para todo tipo de subastas (voluntarias y obligatorias), el expediente se suspende con la justificación de la interposición de una demanda judicial, reanudándose en el caso de inadmisión de la demanda.

En los supuestos de subastas obligatorias sólo podrán suspenderse en determinados supuestos. En efecto, de acuerdo con el art. 76 LN:

"1. La subasta notarial que cause una venta forzosa solo se podrá suspender, y en su caso cerrar el expediente, con base en las siguientes causas:

a) Cuando se presentare al Notario resolución judicial, aunque no sea firme, justificativa de la inexistencia o extinción de la obligación garantizada y en el caso de bienes o créditos registrables, certificación del registro correspondiente

15 González-Meneses García Valdecasas, M.: «El expediente de subasta notarial», ob. cit., pp. 1.060 y 1.061.

acreditativa de estar cancelada la carga o presentada escritura pública de carta de pago o de la alteración en la situación de titularidad o cargas de la finca.

El ejecutante deberá consentir expresamente en su continuación pese a la modificación registral del estado de cargas".

El primer supuesto de suspensión es la "resolución judicial" (aunque no sea firme) "justificativa de la inexistencia o extinción de la obligación garantizada". Hay que entender que es la obligación garantizada con el bien o derecho objeto de la subasta.

"Tratándose de bienes o créditos registrables", será suficiente la "certificación del registro correspondiente acreditativa de estar cancelada la carga o presentada escritura pública de carta de pago", que son también medios de acreditar la extinción de la carga o de la obligación garantizada.

Recordemos que para la ejecución hipotecaria judicial el art. 695.1.1ª LEC establece como supuesto de oposición la "extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía".

Entiendo que en estos supuestos de "bienes o créditos registrables" también se suspendería la subasta con la resolución judicial antes señalada. Sin perjuicio de la imprudencia que significaría continuar con un expediente de subasta existiendo una resolución judicial que extinga la causa de la venta forzosa, como señala González-Meneses, "hay una razón de interpretación sistemática y lógica: si, tratándose de bienes registrables, el único medio de suspensión relacionado con la inexistencia o extinción de la obligación es la certificación registral con alguno de los contenidos que indica esta norma, sería absurdo que una escritura pública de carta de pago presentada en el registro suspendiera ya el expediente y no una resolución judicial que podría estar ya presentada en el Registro pero no haber dado lugar todavía al correspondiente asiento cancelatorio o de alteración de la situación registral"[16].

Más dudas plantea que la certificación del registro correspondiente sea acreditativa "de la alteración en la situación de titularidad o cargas de la finca". No se entiende por qué un cambio de titularidad por una transmisión del bien o la constitución de una carga debe suspender el expediente de subasta. Ya habrá una nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas para que los potenciales adquirentes o a favor de quienes se constituyan garantías queden

16 González-Meneses García-Valdecasas, M.: «El expediente de subasta notarial», ob. cit., p. 1.063.

advertidos del riesgo que corren. Queda, eso sí, a voluntad del ejecutante que deberá consentir expresamente en su continuación pese a la modificación registral del estado de cargas.

"Tratándose de acciones, participaciones sociales o partes sociales en general, certificación, con firma legitimada notarialmente del administrador o secretario no consejero de la sociedad, acreditativa del asiento de cancelación del derecho real o embargo sobre los derechos del socio".

En este supuesto, existen respectivamente libros-registro de acciones nominativas o de socios con los que se puede acreditar la cancelación del derecho real o del embargo. También podríamos incluir algún otro supuesto como es la acreditación de que las acciones o participaciones objeto de la subasta no son los realmente pignorados o embargados. La referencia al "secretario no consejero", debe interpretarse como que el "secretario-consejero" se incluye en el concepto genérico de "administrador".

También debemos entender aquí aplicable como supuesto de suspensión del expediente de subasta una "resolución judicial, aunque no sea firme, justificativa de la inexistencia o extinción de la obligación garantizada" y también una escritura pública en la que conste la cancelación de la prenda o la extinción de la obligación en cuya garantía se constituye.

"b) Cuando se acredite documentalmente la existencia de causa criminal que pudiere determinar la falsedad del título en virtud del cual se proceda, la invalidez o ilicitud del procedimiento de venta. La suspensión subsistirá hasta el fin del proceso".

Vemos como en el supuesto de "causa criminal", la suspensión no requiere que haya una resolución judicial, sino que se acredite su existencia. Entiendo que no sería suficiente una querella criminal, sino que hará falta su admisión. La referencia a "la invalidez o ilicitud del procedimiento de venta" es tan amplia que parece suficiente que la causa penal sea sobre cualquier cuestión que pueda estar relacionada con los presupuestos o trámites del expediente de subasta notarial.

"c) Si se justifica al Notario la declaración de concurso del deudor o la paralización de las acciones de ejecución, en los supuestos previstos en la legislación concursal aunque ya estuvieran publicados los anuncios de la subasta del bien. En este caso solo se alzará la suspensión cuando se acredite, mediante testimonio de la resolución del Juez del concurso, que los bienes o derechos no están afectos, o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. También se alzará en su caso, cuando se presente la resolución judicial que homologue el acuerdo alcanzado o la escritura pública o la certificación que

cierre el expediente junto con su comunicación al Juez competente y al Registro Público Concursal".

A este respecto hay que recordar el art. 56.1 LEC, según el cual, "los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. En particular, no se considerarán necesarias para la continuación de la actividad las acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación, siempre que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas no suponga causa de resolución o modificación de las relaciones contractuales que permitan al concursado mantener la explotación del activo". Y el art. 57.1 LC: "El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda.

d) Si se interpusiera demanda de tercería de dominio, acompañando inexcusablemente con ella título de propiedad, anterior a la fecha del título en el que base la subasta. La suspensión subsistirá hasta la resolución de la tercería".

En el ámbito de la ejecución judicial, hay que recordar el contenido del art. 696 LEC: "1. Para que pueda admitirse la tercería de dominio en los procedimientos a que se refiere este capítulo, deberá acompañarse a la demanda título de propiedad de fecha fehaciente anterior a la de constitución de la garantía. Si se tratare de bienes cuyo dominio fuere susceptible de inscripción en algún Registro, dicho título habrá de estar inscrito a favor del tercerista o de su causante con fecha anterior a la de inscripción de la garantía, lo que se acreditará mediante certificación registral expresiva de la inscripción del título del tercerista o de su causante y certificación de no aparecer extinguido ni cancelado en el Registro el asiento de dominio correspondiente.

2. La admisión de la demanda de tercería suspenderá la ejecución respecto de los bienes a los que se refiera y, si éstos fueren sólo parte de los comprendidos en la garantía, podrá seguir el procedimiento respecto de los demás, si así lo solicitare el acreedor".

Ahora bien, entiendo que no es posible interponer tercería de dominio o de mejor derecho ante el notario, sino sólo ante un juez. Por ello, si la subasta

notarial tiene lugar en el marco de un procedimiento judicial de ejecución (p.e. art. 635 LEC), cabe una tercería de dominio en sentido propio. Cuando no sea así, "la interposición por un tercero de una demanda reivindicatoria o de declaración de dominio admitida por el juez correspondiente y basada en un título de fecha anterior a la del derecho que se ejecuta debería determinar la suspensión del expediente"[17].

"e) Si se acreditare que se ha iniciado un procedimiento de subasta sobre los mismos bienes o derechos. Siendo notarial, esta acreditación se realizará mediante copia autorizada o notificación de los sistemas informáticos del Consejo General del Notariado. Estos hechos podrán ponerse en conocimiento del Juzgado correspondiente, a juicio del Notario".

Esta norma parece más que razonable para intentar evitar la concurrencia de expedientes de subasta sobre un mismo bien. En el caso de bienes inmuebles parece más complicado ya que a la vista de la certificación de dominio y cargas y de información continuada del Registro se puede constatar esta concurrencia. Más complicado se antoja evitarla en el supuesto de bienes muebles no registrables.

La prudencia aconseja que en el momento en el que el Notario tenga conocimiento de la tramitación previa de otro expediente de subasta proceda a suspenderla.

"Por otra parte, se habla de una acreditación mediante notificación de los sistemas informáticos del Consejo General del Notariado, pero no se prevé, como sería congruente, la obligación previa de todo notario que admite un requerimiento para la tramitación de un expediente de subasta notarial de realizar la correspondiente notificación a su Colegio o al Consejo General. Parece que esta norma está inspirada en el sistema de las actas de notoriedad de declaración de herederos abintestato, donde también se pretende evitar que sobre una misma sucesión haya declaraciones de diferentes notarios y para ello se prevé la obligación de información al iniciar un acta y la comunicación de oficio por el Colegio Notarial correspondiente a cualquier otro notario que inicie un acta sobre la misma sucesión. Pero extender un sistema de este tipo a los expedientes de subasta notarial no es en absoluto procedente, porque la posible concurrencia de ejecuciones sobre unos mismos bienes es algo que no se puede resolver por la simple prioridad temporal en la incoación, por cuanto lo verdaderamente relevante es la prelación sustantiva de los derechos. De manera que, pretendiendo simplificar las cosas, lo que hace esta norma notarial es generar un verdadero lío"[18].

17 González-Meneses García-Valdecasas, M.: «El expediente de subasta notarial», ob. cit., p. 1.066.

18 González-Meneses García-Valdecasas, M.: «El expediente de subasta notarial», ob. cit., pp. 1.067 y 1.068.

La verdad es que ni el Consejo General ni el Colegio Notarial correspondiente pueden certificar nada ya que la relación con el Portal de Subastas electrónicas del BOE se hace directamente por cada Notario, aunque se haga a través de una aplicación informática de SIGNO.

En cuanto al último, puede entenderse como la aplicación del principio general según el cual si el Notario tiene conocimiento de algún hecho que pueda ser constitutivo de delito debe ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial.

Continúa el art. 76.2 LN diciendo que "en los casos precedentes, si la causa de la suspensión afectare sólo a parte de los bienes o derechos comprendidos en la venta extrajudicial, podrá seguir el procedimiento respecto de los demás, si así lo solicitare el acreedor o promotor del procedimiento", lo que parece razonable ya que no va a suspenderse el expediente en su totalidad si la causa de suspensión afecta sólo a determinado bien o derecho.

El art. 76.3 LN continúa señalando: "Para el caso de préstamos o créditos personales, o cualquier otro instrumento de financiación hipotecaria o no hipotecaria, sin perjuicio de lo previsto en su normativa especial, se suspenderá la venta extrajudicial cuando se acredite haber planteado ante el Juez competente el carácter abusivo o no transparente de alguna de las cláusulas que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible. Una vez sustanciada la cuestión y siempre que, de acuerdo con la resolución judicial correspondiente, no se trate de una cláusula abusiva o no transparente que constituya el fundamento de la ejecución o hubiera determinado la cantidad exigible, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor o promotor del mismo".

Este precepto tiene su parangón en materia de venta extrajudicial notarial de bienes inmuebles hipotecados en el art. 129.2.f) LH (redacción dada por disposición final 3 de la Ley 19/2015, de 13 de julio, que entró en vigor el 15 de octubre de 2015), que señala que "en todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el art. 684 LEC, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales".

Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la venta o que hubiera determinado la cantidad exigible (p.e. el interés de demora), el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor.

Obsérvese que el art. 76.3 LN, a diferencia del precepto de la LH no hace mención a que "cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del

préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento del deudor, del acreedor y en su caso, del avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos". No obstante, parece más que prudente hacerlo, para que sean los afectados quienes lo planteen ante el Juez competente.

Por otra parte, a tenor del art. 76.4 LN "la suspensión de la subasta por un periodo superior a 15 días llevará consigo la liberación de las consignaciones o devolución de los avales prestados, retrotrayendo la situación al momento inmediatamente anterior a la publicación del anuncio. La reanudación de la subasta se realizará mediante una nueva publicación del anuncio y una nueva petición de información registral como si de una nueva subasta de tratase".

Este art. 76 LN acaba señalando en su número 5 que "tratándose de bienes registrables, si la reclamación del acreedor y la iniciación de la venta extrajudicial tuvieran su base en alguna causa que no sea el vencimiento del plazo o la falta de pago de intereses o de cualquier otra prestación a que estuviere obligado el deudor, se suspenderá dicho procedimiento siempre que con anterioridad a la subasta se hubiere hecho constar en el Registro de la Propiedad o de bienes muebles la oposición al mismo, formulada en juicio declarativo. A este efecto, el Juez, al mismo tiempo que ordene la anotación preventiva de la demanda, acordará que se notifique al Notario la resolución recaída".

Como se ve, con carácter especial para las subastes de bienes registrables y sólo en aquellos casos en lo que "la reclamación del acreedor y la iniciación de la venta extrajudicial tuvieran su base en alguna causa que no sea el vencimiento del plazo o la falta de pago de intereses o de cualquier otra prestación a que estuviere obligado el deudor", hay que entender frente al acreedor ya que el vencimiento anticipado podría traer causa en otros incumplimientos (p.e. falta de pago de la prima del seguro de la finca hipotecada, del IBI o de los gastos de la comunidad), "se suspenderá dicho procedimiento siempre que con anterioridad a la subasta se hubiere hecho constar en el Registro de la Propiedad o de bienes muebles la oposición al mismo, formulada en juicio declarativo".

No queda claro qué debe entenderse por "siempre que con anterioridad a la subasta se hubiere hecho constar en el Registro…". Y ello porque la subasta electrónica no se produce en un momento determinado sino durante un plazo mínimo veinte días; por lo que queda la duda si se refiere a antes de su comienzo o hay que entender antes de su cierre. Lo más prudente y lo más respetuoso con los intereses del ejecutado es poder suspender la subasta antes del cierre; la subasta siempre puede repetirse, pero una vez cerrada y habiendo un rematante, la situación es irreversible.

Como concluye González-Meneses[19], "recapitulando, el esquema de la posible suspensión del expediente quedaría así:

i) La regla general, que se aplicaría a todos los expedientes de subasta notarial no comprendidos en el ámbito de alguna de las reglas especiales, es la que se encuentra en el artículo 74.4: suspensión si se acredita al notario la interposición de una demanda de oposición a la celebración de la subasta por el titular del bien no solicitante o por un tercero que se considere con derecho a ello, alzándose la suspensión si la demanda no es admitida. Por tanto, la regla general exige la demanda judicial (no hay suspensión sin pasar por el juzgado), pero esa demanda de oposición podría basarse en cualquier motivo, no están tasados los motivos de la oposición.

ii) Para las subastas que causan una venta forzosa, es decir, las que tienen un significado ejecutivo para la satisfacción de un acreedor, hay una regla especial; suspensión sólo por alguna de las causas del artículo 76.1. Esta enunciación de causas por una parte tiene un significado ampliatorio respecto de la regla general, porque hay causas que pueden operar extrajudicialmente, sin necesidad de acreditar una demanda judicial de oposición al expediente (la certificación registral acreditativa de la cancelación de la carga que se ejecuta o de la presentación de la escritura pública de carta de pago, o la certificación de cancelación de la carga en el libro registro de socios o de acciones emitida por el administrador de la sociedad). Pero también tiene un significado restrictivo: una demanda judicial de oposición por el titular o un tercero por cualquier motivo no conlleva la suspensión, incluso si se trata de una demanda de inexistencia o extinción de la obligación garantizada, porque en tal caso no basta con la interposición de la demanda y su admisión, sino que se requiere una sentencia judicial estimatoria, aunque todavía no sea firme. La única demanda judicial que de por sí suspende estos expedientes de subasta notarial es la que da lugar a la apertura de una causa criminal (y quizá, como veíamos antes, la demanda de reivindicación o declarativa del dominio basada en un título de fecha anterior al derecho que se está ejecutando).

Esta regla especial para las subastas que causan una venta forzosa tiene a su vez dos subreglas especiales, que amplían las posibilidades de suspensión:

– La regla del artículo 76.3, para la subasta en ejecución de instrumentos de financiación, que admite la suspensión si se acredita una demanda judicial de abusividad (sic) o no transparencia de alguna de las cláusulas que constituyen el fundamento de la venta o de la determinación de la cantidad exigible.

19 *Cfr.* González-Meneses García-Valdecasas, M.: «El expediente de subasta notarial», ob. cit., pp. 1.067-1.072.

– Y la regla del artículo 76.5, para la venta forzosa de bienes registrables por causas distintas del vencimiento de la obligación, el impago de intereses u otras prestaciones debidas al acreedor. En estos casos se restablece la regla general i) con una modalización: basta con formular judicialmente una oposición al expediente notarial por cualquier motivo, siempre y cuando el juez no sólo haya admitido la demanda, sino además haya ordenado su anotación preventiva en el Registro y esta anotación se haya practicado".

BIBLIOGRAFÍA.

ADAN DOMENECH, F.: "La venta extrajudicial de la hipoteca mobiliaria", *Cuadernos de Derecho y Comercio* nº 64, diciembre 2015

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: *Venta extrajudicial ante notario del inmueble hipotecado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M.: "El expediente de subasta notarial", en AA.VV.: *Jurisdicción Voluntaria Notarial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

JIMÉNEZ GALLEGO, C.: *Función Notarial y Jurisdicción voluntaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

LÓPEZ CANO, J.: *Formularios notariales: Ley de jurisdicción voluntaria, subastas notariales y concordancia entre el catastro y el registro*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2015.

EFECTOS REALES Y OBLIGACIONALES DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER VOLUNTARIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL*

REAL AND BINDING EFFECTS OF VOLUNTARY PROHIBITIONS OF DISPOSAL IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2836-2867

* El presente artículo se enmarca dentro del proyecto de investigación "Condiciones y negocios jurídicos mortis causa" (PGC 2018-094820-B-100) IPs: Dña. Ana Cañizares Laso y Dña. Rocío Diéguez Oliva, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Jesús
PALOMARES
BRAVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: El presente artículo aborda los efectos reales y obligacionales de las prohibiciones de disponer que tienen su origen en la voluntad de los particulares. Así, sean instituidas en negocios jurídicos gratuitos u onerosos, tendrán efectos reales y obligacionales respectivamente. Además, se ofrece alguna propuesta sobre la admisión de efectos reales en prohibiciones configuradas en negocios onerosos como ocurre en algún derecho civil autonómico en contraposición al Derecho Civil común.

PALABRAS CLAVE: Prohibición de disponer; efectos reales; efectos obligacionales; registro de la propiedad.

ABSTRACT: *This article addresses the real and mandatory effects of the prohibitions of disposing that have their origin in the will of individuals. Thus, whether they are instituted in free or onerous legal businesses, they will have real and mandatory effects, respectively. In addition, a proposal is offered on the admission of real effects in prohibitions configured in onerous businesses as occurs in some autonomous civil law as opposed to common Civil Law.*

KEY WORDS: *Prohibition of disposing; real effects; mandatory effects; property registration.*

SUMARIO.- I. CONCEPTO.- II. NATURALEZA JURÍDICA.- III. LAS PROHIBICIONES DE DISPONER DE ORIGEN VOLUNTARIO O VOLUNTARIAS.- IV. LOS EFECTOS DE LAS PROHIBICIONES VOLUNTARIAS DE DISPONER.- 1. EFICACIA ERGA OMNES O REAL.- 2. EFICACIA MERAMENTE PERSONAL U OBLIGACIONAL.- V. CONCLUSIONES.

I. CONCEPTO.

Debe partir el concepto de prohibición de disponer del análisis del poder de disposición. La facultad jurídica se trata de una posibilidad jurídica de actuación otorgada a una persona por ser integrante de una relación jurídica. Se trata de un concepto de gran utilidad para designar los diversos poderes inconcretos que por su naturaleza o su origen haya de tomar la relación jurídica. Una de las características a destacar de la facultad dispositiva es que no pueden ser enajenada, renunciada o prescripta de forma activa o pasiva, al estar unidas a la relación jurídica de la que dependen en tanto no se produzca una independencia formando un nuevo derecho subjetivo. Por el contrario, para ser ejercitadas no se requiere una titularidad concreta como los derechos y acciones, bastando el permiso, la mera posesión y el encargo[1]. El poder de disposición indica la posibilidad de provocar una modificación de la relación jurídica inherente, hacia el derecho sujeto a la disposición. Este poder será necesario para algunos negocios jurídicos.[2] Quien quiera que sus actos jurídicos tengan efectos en una determinada esfera jurídica ya sea de carácter personal o patrimonial, además de reunir el presupuesto de la capacidad de obrar, innegablemente ha de estar en relación con la esfera jurídica de ese derecho que se quiere disponer para que finalmente, ese acto jurídico de carácter dispositivo, surta efecto.[3] La esfera jurídica viene determinada por el derecho objetivo de que se trata, el cual dotará de contenido al derecho subjetivo en relación con el objeto jurídico integrante de esa relación. Todo ello nos lleva necesariamente a estar en la relación jurídica con el bien en tanto sujetos titulares de un derecho, y por tanto se nos presumirá, en principio, que ostentamos un poder y con carácter general la facultad de disposición.

1 De Castro y Bravo, F.: *Derecho Civil de España,* Parte general, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pp.672-673.

2 Ennecerus, L., Nipperdey, H.C..: *Tratado de Derecho Civil,* t.I-2.º, vol.1, traducción y notas por Pérez González y Alguer, Bosch, Barcelona, 1981, pp.50-51.

3 Von Thur, A.: *Teoría general del derecho civil alemán, vol. II los hechos jurídicos,* trad. por Tito Ravá, Marcial Pons, Madrid, 2005, p.331.

• Jesús Palomares Bravo
Personal Investigador Contratado Predoctoral, Universidad de Málaga. Correo electrónico: jpbravo@uma.es

En esta línea, de conformidad con el artículo 348.1 CC español[4], el derecho de propiedad lo integran esencialmente la facultad de goce y el poder de disposición. El poder de disposición es inherente al derecho de propiedad, situándonos ante el silencio del Código Civil español sobre que hemos de entender por facultad y poder de disposición, siendo diversas las construcciones dogmáticas sobre estos conceptos sobre los que se asienta la figura de la prohibición de disponer[5]. En este momento sin un afán reiterativo, rescatamos la definición dada por Díez-Picazo[6] quien entiende a la facultad de disposición como elemento integrador del derecho subjetivo propiedad definiéndola como "la posibilidad que tiene un titular de enajenar, ceder o transmitir a terceros su derecho, por vía negocial, de autolimitarlo, constituyendo otros derechos menores o, finalmente, de extinguirlo por medio de una renuncia". De lo que verdaderamente se trata es de aquella facultad jurídica que tiene el titular del derecho para efectuar actos que incidan a la sustancia o subsistencia del derecho de que se trate[7]. Usualmente, salvo casos donde se faculte a otra persona a disponer, la facultad o poder de disposición forma parte del contenido normal del derecho real, si bien puede quedar limitada. Aquella privación absoluta y completa del poder de disposición que le pertenece al titular del derecho va a ser caracterizada como prohibición de disponer y llevará consigo la imposibilidad de todo acto jurídico categorizado como dispositivo, en concreto, ceder o enajenar, o bien categorías de actos de gravamen o renuncia abdicativa o traslativa, o la constitución de derechos reales limitados.

Elaborar un concepto absoluto y completo sobre las prohibiciones de disponer es una tarea que se antoja complicada. Será el caso concreto quien marque la frontera. La doctrina más autorizada ha realizado esta labor conceptual, significando la dificultad que se les presenta ante la diversidad de supuestos en las que operan[8]. Radica la complejidad de la figura en discernir cuando una limitación al poder de

4 Artículo 348 Código Civil español: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes".

5 Existe en la doctrina registral clásica quien incluso propone la modificación del artículo 348 CC. Así Ríos Mosquera aun cuando no existían los vigentes artículos 26 y 27 de la LH, proponía como solución la modificación del CC. con la siguiente redacción: "La prohibición de enajenar establecida a perpetuidad será nula y se tendrá por no puesta. La temporal surtirá efectos, según su índole, siempre que se halle establecida en una ley o sea impuesta por el dueño con motivo de la transmisión del dominio. La impuesta en acto o contrato referente al crédito real será nula. En todo caso las prohibiciones para su validez, deberán ser conformes a lo determinado en la sección 3ª, cap. II, tit. 3º, libro 3, de este Código y no surtirán efectos, en los sesenta años precedentes, a menos que la prohibición siguiente sea consecuencia de una providencia judicial», destacamos en la propuesta el plazo de sesenta años para poder volver a instaurar una sucesiva prohibición de disponer, salvo que sea de origen judicial. Ríos Mosquera, A.: "La prohibición de enajenar en el Registro", *RCDI,* núm.4, año 1, abril, 1925, p.253.

6 Díez-picazo y Ponce de león, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* vol.III, Civitas, Madrid, 2008, p.917. El efecto del acto dispositivo es la salida de un derecho de la esfera patrimonial a la que pertenecía, siendo el efecto constitutivo de los derechos reales una consecuencia necesaria del poder de disposición, Fernández de villavicencio Arévalo, F.: "La facultad de disposición", *ADC*, III-IV, 1950, pp.1031-1032.

7 Díez-picazo y Ponce de león, L.: *Fundamentos de,* tomo III, cit., p.941.

8 González Martínez, J.: "Prohibiciones de disponer", *RCDI,* septiembre-octubre, 1925, p.674 y Caballero Lozano, J.M.: *Las prohibiciones de disponer. Su proyección como garantía de las obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1993, p.23. También la jurisprudencia, véase la STS 13 diciembre 1991 (RJ 1991\9713).

disposición es o no verdadera prohibición de disponer. De cuantas definiciones se han dado[9], rescatamos las que consideramos son las más acertadas y completas en nuestra doctrina, en especial la registral que inicia Jerónimo González[10] en el sentido de calificarlas como restricciones impuestas por mandato jurídico con el fin de ejercitar un derecho subjetivo, que limitan las facultades del titular del derecho sin atribución de otro derecho subjetivo en favor de persona determinada. En idéntica línea Sanz Fernández[11] incide en el carácter limitativo de las prohibiciones de disponer al poder de disposición que se deriva del dominio y de los derechos reales que impedirá ulteriormente la realización de actos dispositivos. Así, Roca Sastre[12] las define como "una privación o restricción del poder de disposición que lleva anejo un derecho subjetivo y que impide que éste pueda ser enajenado, gravado o de otro modo ser objeto de disposición, con mayor o menor amplitud o sin llenar determinados requisitos". Cañizares Laso[13] define la figura tomando como elemento central de la misma la restricción o cercenamiento del poder de disposición, como gravamen y que podrá ser más o menos amplio. Gómez Gálligo[14] las define como "restricción total o parcial de la facultad de disposición de los derechos transmisibles sin atribuir un correlativo derecho subjetivo al beneficiado por ellas determina la nulidad absoluta o excepcionalmente la mera anulabilidad -si así se ha previsto en el título constitutivo o en la Ley- del acto realizado en su contravención".

A nuestro juicio, la prohibición de disponer podemos considerarla como restricción o cercenamiento sobre la facultad dispositiva del titular de un derecho que tiene como consecuencia directa la limitación del ejercicio de dicha facultad.

9 Han sido numerosos los conceptos ofrecidos en la doctrina, así resultan de interés Ríos Mosquera, A.: "La prohibición", cit., p.246; González Martínez, J.: "Prohibiciones de", cit., pp.658-659; Ceres, L.: "Valor de las prohibiciones de disponer en el derecho español", *RDP*, marzo, 1946, p.179; Moxó Ruano, A.: "Propiedad limitada: Prohibiciones de disponer", en Colegio Notarial de Barcelona, *Propiedad y matrimonio. Conferencias de los cursillos de los años 1948 y 1949*, Barcelona, 1956, p.22; Alpañés Domínguez, E.: "Estudio de las prohibiciones de disponer", *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*, julio-agosto, 1950, pp.43 y 44; Martínez Vázquez de castro, L.: *Pago y transmisión de la propiedad (el artículo 1160 del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1990, p.85; Caballero Lozano, J.M.: *Las prohibiciones*, cit., p.24; Mingorance Gosálvez, M.C.: *Las prohibiciones testamentarias de disponer*, Academia Sevillana del Notariado, Sevilla, 1999, p.32; Cecchini Rosell, X.: *Eficacia de las prohibiciones de disponer. Causa y derechos de terceros*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2003, p.25; Cano Martínez de velasco, J.I..: *Las prohibiciones de disponer o la fuerza constitutiva del registro*, Bosch, Barcelona, 2006, p.149; López Maza, S.: *Prohibiciones de disponer: cuestiones generales y alguna que otra particular*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2019, pp.22-23; Chico Ortiz, J.M.: *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1967, p.581 y Cañizares Laso, A. y Rodríguez-Rosado Martínez-Echeverría, B.: "Las prohibiciones de disponer. El pacto de reserva de dominio", en Del rey Barba, S., y Espejo Lerdo de tejada, M., *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p.369.

10 González Martínez, J.: "Prohibiciones de", cit., p.659.

11 Sánz Fernández, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario,* Tomo II, Reus, Madrid, 1953, pp.440 y 442.

12 Roca Sastre, R.M., y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario,* tomo II, Bosch, Barcelona, 1979, p.702.

13 Cañizares Laso, A.: "Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias", *ADC*, 1991, p.1479.

14 Gómez Galligo, F.J.: "Comentario al artículo 26.1 de la Ley Hipotecaria", en Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (dirs.).: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo VII, Vol.4º, EDERSA, Madrid, 1999, p.181.

El establecimiento de estas prohibiciones no implica la atribución en favor de terceras personas de un derecho subjetivo. Según su configuración sus efectos serán la nulidad del acto dispositivo o la validez del acto con la obligación de indemnizar al perjudicado por la contravención. Así las instituidas en actos a título gratuito tendrán eficacia real al ser inscritas en el Registro de la Propiedad y, por tanto, la nulidad del acto que sea contrario a ellas salvo que los constituyentes establezcan un efecto distinto, y las instauradas en actos a título oneroso no tienen eficacia real, su infracción provoca la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados. Ello justifica un tratamiento normativo de acceso a los folios registrales diferenciado en la legislación hipotecaria. En definitiva, se trata de restringir o eliminar de forma absoluta la posibilidad de celebrar negocios o realizar actos de carácter dispositivo.

Dentro de la jurisprudencia registral, se destaca la consideración de las prohibiciones de disponer como carga registral, aun no teniendo asimilación o subsunción las prohibiciones de disponer en la categoría jurídica de los derechos reales no siendo ajenas a las cualidades del rango registral que conforme al consabido principio de prioridad les pudiera corresponder una vez anotadas. La Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado (en adelante, RDGRN)[15] 27 febrero 2019[16] concibe las prohibiciones de disponer no como derechos reales, sino restricciones impuestas a un titular sin atribución de un correlativo derecho a otras personas, limitando el ejercicio del poder dispositivo. Si bien no son un verdadero derecho real ni una estipulación en favor de tercero, si supone el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de un ámbito de poder a favor del beneficiado por la misma[17].

Por último, la jurisprudencia se ha encargado en no pocas ocasiones de abordar la figura de las prohibiciones de disponer y con ello ofrecer algunos rasgos sobre estas. La STS 30 diciembre 2011[18] conceptúa a la prohibición de disponer como privación o restricción del poder de disposición que forma parte del derecho subjetivo y que impide el acto de disposición con mayor o menor amplitud según haya sido previsto. Puede establecerse en todo acto a título gratuito, sea *mortis causa* o *inter vivos*, cuya constancia en el Registro de la Propiedad contempla el artículo 26.3 LH. El Alto Tribunal señala rasgos en función del origen de la prohibición, cuyos criterios clasificatorios tendremos ocasión de abordar más

15 En la actualidad Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJP).

16 RDGRN 27 febrero 2019 (RJ 2019, 963).

17 En idéntico sentido "RDGRN 20 diciembre 1929" en Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral*, tomo VI, 1925-1929, Bosch, Barcelona, 1953, pp.1015 y ss. y RRDGRN 13 octubre 2005 (RJ 2005, 7452), 25 junio 2013 (RJ 2013, 5779), 18 diciembre 2013 (RJ 2014, 1541), 16 junio 2015, y 2 noviembre 2018 (RJ 2018, 5211).

18 STS 30 diciembre 2011 (RJ 2012, 304), en especial fundamento jurídico 3°.

adelante. La STS 5 abril 1934[19] niega el carácter perpetuo de las prohibiciones de disponer, siendo válidas las prohibiciones de disponer que contengan prohibición temporal de enajenar y en su defecto tendrán igual valía y eficacia aquellas que no traspasen el límite del segundo grado ordenado por los artículos 785.2 y 781 CC, así como la inteligencia de determinación precisa de persona en cuyo favor se establezca. Así, la STS 13 diciembre 1991[20] proyecta su atención sobre las prohibiciones de disponer impuestas por la voluntad del particular o particulares. Dentro de las escasas manifestaciones del criterio jurisprudencial las define como un límite a una de las más normales y generalizadas facultades del *dominus*, la del *ius disponendi*, siendo su interpretación restrictiva con la referencia de la facultad que persigue aquel sujeto que establece la limitación, que puede abarcar las más diversas de las finalidades. Las prohibiciones de disponer, señala la STS (Sala 1º) 9 abril 2019[21] que en ningún caso pueden afectar los actos de disposición forzosa decretados por la autoridad judicial, ya que sería contrario al principio de responsabilidad universal de los bienes del deudor, solo impediría la prohibición las enajenaciones voluntarias del titular registral. Para los pactos de no enajenar, o prohibiciones de disponer con origen voluntario establecidas en negocios jurídicos onerosos *inter vivos,* son inadmisibles estos pactos o clausulas como señala la STS 25 junio 1945[22] que sean concebidos en términos absolutos basándose en el principio *pactum de non alienando res propria non valet,* si bien pueden configurarse como verdaderas obligaciones de no disponer. En cuanto a las prohibiciones de disponer que tengan su origen en la ley, estas son taxativas lo que resulta baladí hacer cualquier apreciación en estos momentos.

II. NATURALEZA JURÍDICA.

Caracterizar jurídicamente o bien realizar un intento de definir, delimitar, las prohibiciones de disponer es sin duda terreno resbaladizo y controvertido[23] dada la inseguridad doctrinal y jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de las prohibiciones de disponer[24]. Ello es resultado de tratar de definir con exactitud la figura, posiblemente por la inadecuada regulación[25] y el afán de nuestra doctrina por ofrecer un tratamiento doctrinal unitario a figuras de origen y finalidad distintos como son las prohibiciones de disponer. Esta disparidad se manifiesta al enfrentar aquellas que derivan de la propia ley o las procesales impuestas en

19 STS 5 abril 1934 (RJ 1934, 739), en especial considerandos 5° y 6°.

20 STS 13 diciembre 1991 (RJ 1991, 9713).

21 STS 9 abril 2019 (RJ 2019, 1365).

22 STS 25 junio 1945 (RJ 1945, 722).

23 Domenege Amer, B.: *Las prohibiciones voluntarias disponer,* Civitas, Madrid, 1996, p.207.

24 Cánovas Coutiño, G.: "Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de enero de 1963", *RCDI,* núm.420-421, mayo-junio, 1963, p.414.

25 STS 13 de diciembre 1991 (RJ 1991, 9713).

procesos judicial frente a las impuestas por la sola voluntad de los particulares o voluntarias, configuradas en actos jurídicos *inter vivos* o *mortis causa* bajo el paraguas de una misma definición, lo que advierte de la precariedad de un concepto unitario. A pesar de su origen, es incontrovertido que las prohibiciones de disponer tienen como elemento común a todas ellas la restricción del poder de disposición que normalmente atribuye un derecho subjetivo, gravámenes limitadores generalmente del derecho de propiedad, manifestada en la posibilidad de enajenación, gravamen y renuncia del mismo. Las discusiones doctrinales en cuanto a la naturaleza jurídica siempre se han circunscrito a si se trataba o no la prohibición de disponer se encontraba dentro de la categoría de los *ius in re aliena*. Esta discusión tiene su origen en plantear la hipótesis de que las prohibiciones de disponer establecidas por particulares (voluntariamente establecidas), podríamos plantearlas en orden a su extensión mediante el otorgamiento a un tercero de la facultad dispositiva o bien, pura y simplemente, autolimitando el *ius disponendi* por el titular originario, sin desmembración en favor de otra persona[26].

Dentro de estas discusiones doctrinales encontramos aquellas defendidas por buena parte de la doctrina, para las que resulta esencial la no atribución de un derecho subjetivo en favor de un sujeto determinado. Así, Alpañés[27] pone la nota en la inalienabilidad, no en la comerciabilidad de los bienes ya que las cosas *extra comercium* no pueden integrar el patrimonio de los particulares y las inalienables forman parte de él. No señala que sea necesario indicar un sujeto determinado sobre el que va a recaer la prohibición al definir las prohibiciones de disponer voluntarias[28]. El cercenamiento opera en el derecho subjetivo y dependerá de la intensidad de la prohibición que suspenderá o excluirá permanentemente el ejercicio del *ius disponendi*. En esta ausencia de correlación de establecimiento derecho subjetivo-sujeto al instaurar las prohibiciones de disponer se manifestó González Martínez **[29]** para quien las prohibiciones son restricciones impuestas por mandato jurídico para ejercitar un derecho subjetivo que conlleva una limitación de las facultades del titular, sin que sea necesaria la atribución de un derecho subjetivo a persona determinada. Para Moxó[30] consideradas las prohibiciones de disponer como impedimentos la suspensión de la facultad de disposición que limita las facultades de su titular no tiene la necesidad de creación de un derecho subjetivo correlativo. Este rasgo es significativo apunta Cánovas Coutiño[31] ya que la configuración de un contra-derecho correlativo con su respectivo titular, daría

26 Amorós Guardiola, M.: "Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente. Comentario a la STS de 12 de noviembre de 1963", *ADC*, fasc.4, 1965, p.965.

27 Alpañés Domínguez, E.: "Aportación al", cit., pp.43 y 44.

28 *Ibidem*, pp.69-70.

29 González Martínez, J.: "Prohibiciones de", cit., pp.658-659.

30 Moxó Ruano, A.: "Propiedad limitada", cit., p.22.

31 Cánovas Coutiño, G.: "Comentario a", cit., p.504.

lugar a una prohibición impropia o refleja[32] produciéndose una suspensión del *ius disponendi* y un funcionamiento parejo, como sucedería por ejemplo con la sustitución fideicomisaria. De esta forma, con la no atribución de un derecho subjetivo en favor de persona determinada se alcanza y facilita la distinción entre la prohibición y otras que tenían cierta relación como la citada[33]. La no atribución de un correlativo derecho subjetivo es propia de las prohibiciones de disponer puras, aquellas que contemplan supuestos de restricción de la facultad dispositiva sin atribución de la misma a ninguna persona. A diferencia de otros supuestos de indisponibilidad que se contienen en las sustituciones fideicomisarias, los tanteos, retractos donde sí se atribuye un correlativo derecho subjetivo, un derecho real, en favor de una persona para cumplir con una función de garantía, el cumplimiento de una finalidad preestablecida. La consecuencia de ello es la ausencia de la nota de la reipersecutoriedad en las prohibiciones de disponer, propia de los derechos reales[34].

En este momento resulta preciso recoger la teoría de Álvarez Bejiga[35] quien destaca el establecimiento de un derecho subjetivo en favor de persona determinada al establecer la prohibición de disponer, impugnando de este modo la no atribución de derecho subjetivo alguno predicada por la mayor parte de la doctrina. Lo hace especialmente al referirse a la constitución de prohibiciones de disponer administrativas y judiciales, así afirma que "la no atribución de un derecho subjetivo a persona alguna no es nota característica común aplicable a todas las clases de prohibiciones de enajenar, pues, aparte de que estas prohibiciones siempre existen una o varias personas favorecidas por ellas, algunas prohibiciones legales y todas las procesales de carácter objetivo, que son objeto de anotación preventiva, se establecen en beneficio exclusivo de la persona favorecida con la prohibición, creándose, en consecuencia, un auténtico derecho subjetivo, de tal manera que solamente ella puede instar la anulación del acto dispositivo, como también puede convalidarlo prestando su consentimiento al mismo". Además, defiende que las prohibiciones de disponer establecidas en contratos onerosos, si bien tienen eficacia personal y no coartan, con eficacia real, las facultades de libre disposición del sujeto, obligándole solo a resarcir en caso de incumplimiento el daño causado. Ello sí siempre y cuando se justifique (estas prohibiciones se pueden garantizar en forma real), sobre la misma cosa objeto de la prohibición la indemnización que proceda, a la persona en cuyo favor se haya pactado la

32 "RDGRN 23 de marzo 1926" en Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral,* tomo VI, cit., pp.220 y ss. y RDGRN 13 de diciembre 1951.

33 Chico y Ortiz, J.M.: "Comentario a la Resolución de 5 de septiembre de 1974", *ADC,* fasc.3, 1976, p.899.

34 Roca Trías, E.: "Comentario al artículo 117 de la Compilación Catalana", en Albadalejo García, M. (dir.).: *Comentarios del Código Civil y compilaciones forales,* tomo XXVIII, vol. 1, EDERSA, Madrid, 1982, p.289.

35 Álvarez Bejiga, M.: "Efectos civiles y registrales de las prohibiciones de enajenar. Conferencia pronunciada el día 24 de abril de 1974" en Colegio De Registradores.: *Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral,* tomo II, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 1975, p. 348.

prohibición, en este aspecto de resarcimiento de daños y perjuicios tales prohibiciones tienen trascendencia *adversus omnes* cuando se estipule esa garantía real, al menos en cuanto a la cantidad de dinero que se haya fijado como límite del resarcimiento de daños por incumplimiento que suelen asegurarse mediante la constitución de un derecho real de garantía como la hipoteca tal y como permite el artículo 27 LH[36].

Consideramos el planteamiento de Álvarez Bejiga erróneo por varias razones. En primer lugar, pensemos en la sustitución fideicomisaria donde el heredero fiduciario se ve compelido por una prohibición de disponer, pero no porque así se haya constituido, sino porque ese efecto le viene dado por la naturaleza de la situación jurídica del heredero fiduciario que se ve obligado *ex lege* a transmitir los bienes al fideicomisario, la indisponibilidad, la inalienabilidad del objeto deriva de la particular situación jurídica a la que se ve sometido[37]. Lo que se produce en esta teoría siguiendo a Chico[38] es una confusión de la esencia de la prohibición de disponer con la prohibición de disponer que se deriva como un efecto de ciertas situaciones jurídicas. La situación jurídica hace al objeto indisponible. En segundo lugar, lo mismo podríamos decir de las prohibiciones legales de disponer de carácter legal o judiciales en las que el derecho adquirido resulta total o parcialmente indisponible por la naturaleza del mismo y por el imperativo legal, así por ejemplo la adquisición de la herencia por los herederos del ausente. En este supuesto la indisponibilidad viene también avalada por la concreta situación jurídica que no hace que sea una prohibición de disponer en sentido técnico[39]. Esta limitación rebasa el cauce de la mera prohibición y la consecuencia es que provoca eficacia *erga omnes per se,* no teniendo acceso al Registro de la Propiedad ya que es el mandato legal, la norma civil la que le dota de eficacia frente a todos de forma automática. Las prohibiciones de carácter procesal, impuestas como consecuencia de la aplicación de la legislación procesal en el seno de un procedimiento judicial no se establecen en beneficio de la persona favorecida por la prohibición, sino que siempre que concurran los requisitos de carácter objetivo recogidos en la ley, subsidiariamente, se deriva el mandato judicial ordenando la inscripción registral de la misma[40] como

36 *Ibidem,* p.349.

37 Amorós Guardiola, M.: "Prohibición contractual", cit., p.961.

38 Chico y Ortiz, J.M.: "Comentario a", cit., p.900.

39 Amorós Guardiola, M.: "Prohibición contractual", cit., p.961, nota 8. El fiduciario es un propietario temporal que no puede disponer de los bienes fideicomitidos en perjuicio de la restitución, a no ser que el testador disponga otra cosa, es la sujeción de los bienes a la restitución la verdadera causa de la limitación temporal de la facultad dispositiva en cuanto exceda de esa sujeción, De la cámara, M.: "Partición, división y enajenación de los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria", *Revista de Derecho Privado,* vol.32, julio-agosto, 1948, p.648.

40 Así el demandante dentro de los procedimientos en los que se permite al magistrado ordenar una prohibición de disponer ha de solicitarlo en conexión con el principio de justicia rogada. Si procede el juez mediante providencia ordenará la anotación preventiva de la prohibición al Registrador de la Propiedad (artículo 42.4 LH). El mandamiento judicial que ordena al registrador la inscripción de la anotación goza de la naturaleza de medida cautelar para asegurar la eficacia la ejecución de la sentencia que pudiera recaer, que tendrá la forma de auto donde se recogerá la causa de la prohibición, el importe de la obligación que

consecuencia de la alegación de los derechos que se invoquen en el seno del proceso[41]. Para finalizar la objeción para las prohibiciones de disponer establecidas en actos o negocios jurídicos onerosos, configuradas como obligaciones de no disponer, es cierto que el artículo 27 LH establece la constitución de una garantía para su acceso al Registro mediante hipoteca o cualquier otra garantía real. Ahora bien, estas garantías no deben de desdibujar la auténtica naturaleza jurídica de la prohibición de disponer que es una figura negativa, de negación de facultades y que siguiendo esta perspectiva no pueden generar derecho subjetivo en favor de sujeto determinado. Situación distinta es la que opera si en caso de incumplimiento de la obligación negativa de no disponer, se ejercita el derecho de subjetivo de garantía anejo a la prohibición establecido conforme al precepto hipotecario para acceder al Registro. No podemos afirmar que sea consecuencia de la prohibición de disponer onerosa atribuyó un derecho subjetivo. Es la autonomía del derecho real de garantía quien goza de su propio derecho subjetivo y que, al ejercitarse por incumplimiento de la prohibición, despliega su eficacia de forma autónoma no siendo predicable de la prohibición de disponer instaurada a título oneroso[42]. Las prohibiciones de disponer podrán otorgar en determinadas ocasiones señala la RDGRN 5 de diciembre 1910[43] derechos eventuales a favor de personas inciertas y si señalare persona alguna favorecida ello se manifestaría en una legitimación especial para instar la nulidad del acto dispositivo del acto contrario a la prohibición y una situación de litis consorcio pasivo necesario en aquellos procesos en los que se pudiese ver involucrado el bien indisponible[44].

También a la hora de abordar la figura de las prohibiciones de disponer como figura negativa podemos ponerla en conexión con otros derechos reales, más en concreto con la naturaleza jurídica de las servidumbres negativas del artículo 533 del CC. Al no existir una apariencia posesoria, necesitan ser inscritas para su constitución requisito también predicable en la inscripción o anotación de las prohibiciones de disponer. La diferencia estriba en que la servidumbre negativa impedirá la realización de determinados actos sobre la cosa, mientras que en la prohibición se impedirá realizarlo sobre el derecho a la cosa sobre la que recae[45]. De ahí que necesita la fuerza registral por esta apariencia posesoria.

se refuerza con la prohibición de disponer para los casos de que se establezcan en negocios onerosos, el derecho afectado, las identidades de anotante y anotado además de cuantas circunstancias quieran hacerse constar (artículos 72 y 73 LH) siendo nula señala el artículo 75 LH cuando por ella no pueda venirse en conocimiento de la finca o derecho anotado, de la persona a quien afecte la anotación o la fecha de esta. No parece que sea nula si por otros medios podemos conocer la identidad del anotante, que no sea la propia anotación. Cano Martínez De Velasco, J.I.: *Las prohibiciones,* cit., pp.127-128.

41 Chico y Ortiz, J.M.: "Comentario a", cit., p.900.

42 Domenege Amer, B.: *Las prohibiciones,* cit., p.213.

43 "RDGRN 5 diciembre 1910" en Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral,* tomo IV, 1906-1916, Bosch, Barcelona, 1953, pp.617 y ss.

44 Gómez Gálligo, F.J.: *Las prohibiciones de disponer en el derecho español,* Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992, p.30.

45 Cano Martínez de velasco, J.I.: *Las prohibiciones,* cit., p.85.

En la servidumbre se limita el derecho de goce, el aprovechamiento de la cosa con mayor o menor intensidad, en la prohibición se suspende temporalmente la facultad dispositiva más no se produce una extracción del rendimiento del inmueble sometido con la prohibición de disponer[46]. Es cierta por tanto, la gran semejanza de las prohibiciones de disponer con los derechos reales las cuales, aun no siendo un derecho real, adquieren una eficacia real plena con su inscripción, si bien es la falta de atribución de la facultad positiva o poder de actuación señala Gómez Gálligo[47] lo que las excluye de la categoría de los derechos reales, lo que nos situaría no ante derechos sino ante una limitación del mismo que adquirirá la consideración de carga real negativa en el momento que acceda al Registro de la Propiedad.

No cabe duda de que la prohibición de disponer desde un plano interno, no crea un nuevo derecho, sino que la consecuencia es el cercenamiento, la obliteración o si se quiere la restricción del preexistente. Eso sí, se produce un reconocimiento de un interés legítimo, de protección patrimonial que conlleva un correlativo beneficio para alguien o para algo. El derecho originario o matriz del que deriva la prohibición de disponer continua en su integridad, siendo comprimido respecto a una de sus facultades gravada con la prohibición. La naturaleza jurídica podemos apreciarla desde dos planos. Desde un plano externo, la sola voluntad unilateral del particular se muestra impotente e inoperante para vincular derechos y facultades sobre bienes inmuebles que son de utilidad para el tráfico jurídico, el crédito territorial y en definitiva para la economía. Es por ello que el ordenamiento jurídico restringe al máximo la constitución de las prohibiciones de disponer, la oponibilidad de las prohibiciones que acceden al Registro se da en favor de un interés protegible[48], serio y legítimo, una verdadera negación de facultad o facultades, no en favor de un derecho positivo que se asiente sobre el inmueble. Esta situación supone el reconocimiento del ordenamiento jurídico de una situación jurídica protegida[49]. De esto resulta un ámbito de poder respecto al beneficiado por la prohibición, sin ser esta situación un verdadero derecho real. Lo que sí atribuye es una facultad negativa de respeto que el titular beneficiado por la prohibición puede exigir mediante la nulidad del acto jurídico que se realice en contravención de la prohibición inscrita registralmente. El beneficio de las prohibiciones de disponer radica en su efecto reflejo predicable de la norma jurídica, siguiendo a De Castro[50] al hablar de las situaciones jurídicas secundarias, la prohibición de disponer podríamos considerarla como posición jurídica en ventaja o beneficio de una persona que se protege (como jurídica) por el derecho, no

46 Caballero Lozano, J.M.: *Las prohibiciones,* cit., p.30.

47 Gómez Gálligo, F.J.: *Las prohibiciones,* cit., p.30.

48 Moxó Ruano, A.: "Propiedad limitada", cit., p.25.

49 Gómez Gálligo, F.J.: *Las prohibiciones,* cit., pp.29-30.

50 De Castro y Bravo, F.: *Derecho Civil,* cit., p.671.

atribuyendo un derecho subjetivo correlativo en favor de nadie, va a crear un régimen prohibitivo-cercenador sobre una facultad del derecho, la de realizar actos dispositivos. Nos situamos en definitiva ante una relación jurídica que grava o modifica otra que es la del derecho que se restringe.

Idéntica es la posición que ha seguido la jurisprudencia registral, fijar y mantener la negativa a categorizar las prohibiciones de disponer como derecho real, así como la no atribución de derecho subjetivo correlativo alguno. Son significativas en este sentido (entre otras) las RRDGRN 5 diciembre 1910[51], 23 marzo 1926[52], 20 diciembre 1929[53], 13 diciembre 1955, 13 octubre 2005[54], 25 junio 2013[55], 18 diciembre 2013[56], 16 junio 2015[57], 17 marzo 2017[58], 24 de enero 2018[59], 21 marzo 2018[60], 2 noviembre 2018[61], 27 febrero 2019[62] las cuales significan que "la prohibición de disponer no es un verdadero derecho real ni una estipulación a favor de tercero, sí supone el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de un ámbito de poder a favor del beneficiado por la misma".

III. LAS PROHIBICIONES DE DISPONER DE ORIGEN VOLUNTARIO O VOLUNTARIAS.

La clasificación más tradicional e importante es aquella que parte del origen o fuente de la prohibición de disponer, destacando por su habitual uso las prohibiciones de disponer establecidas por los particulares. Este tipo de limitaciones tienen una naturaleza objetiva al afectar a bienes determinados[63], siendo su origen la voluntad de los particulares. Esta afección puede tener origen en la voluntad negocial de los contratantes, es decir ser establecidas en negocios jurídicos *inter vivos* bien a título gratuito (donaciones) u oneroso; o bien ser testamentarias, establecidas en negocios jurídicos de última voluntad si nacen de la voluntad

51 "RDGRN 5 diciembre 1910" en Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral,* tomo IV, 1906-1916, Bosch, Barcelona, 1953, pp.617 y ss.

52 "RDGRN 23 de marzo 1926»" en Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral,* cit., pp.336 y ss.

53 "RDGRN 20 diciembre 1929" en *Ibidem*, pp.1015 y ss.

54 RDGRN 13 octubre 2005 (RJ 2005, 7452).

55 RDGRN 25 junio 2013 (RJ 2013, 5779).

56 RDGRN 18 diciembre 2013 (RJ 2014, 1541).

57 RDGRN 16 junio 2015 (RJ 2015, 4228).

58 RDGRN 17 marzo 2017 (RJ 2017, 1383).

59 RDGRN 24 enero 2018 (RJ 2018, 154).

60 RDGRN 21 marzo 2018 (RJ 2018, 1882).

61 RDGRN 2 noviembre 2018 (RJ 2018, 5211).

62 RDGRN 27 febrero 2019 (RJ 2019, 963).

63 De la rica y Maritorena, R.: "Limitaciones de disponer en el Registro de la Propiedad", *RCDI*, nº490, mayo-junio, 1972, p.532. Las legales son un mandato general sin especificación de bienes concretos, al igual que las judiciales o administrativas que en principio, su naturaleza es la efectividad de la resolución que se adopte.

testamentaria del causante. Tienen un radio de actuación amplísimo, no teniendo en principio mayor limite que no contravenir al artículo 1255 CC.[64], es decir, que no sean contrarias a la ley, la moral o el orden público, si bien, los artículos 26 y 27 de la LH que regulan la eficacia de las prohibiciones voluntarias de disponer. El Código Civil español autoriza las prohibiciones de disponer testamentarias en favor de personas vivas al tiempo del fallecimiento del causante testador, y en otro supuesto cuando no superen el segundo grado tal y como prevé el artículo 781 CC al tratar las sustituciones fideicomisarias. Ello supone la prohibición de aquellas prohibiciones de disponer que contengan una prohibición perpetua de disponer y las temporales que excedan el límite indicado (artículo 785.2 CC). Este criterio es el mismo que se aplica en sede de donaciones (artículo 640 CC), no previendo nuestro Código disposiciones especiales respecto de las prohibiciones de disponer negociales o paccionadas.

La vigente Ley Hipotecaria regula las prohibiciones de disponer de origen voluntario en los artículos 26.3 y 27. Así, el primer precepto recoge que "Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas: Tercero. Las impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito, serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez". De otro lado, el segundo precepto mencionado aborda las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos no comprendidos en el apartado precedente, las cuales tienen vedado el acceso al Registro de la Propiedad salvo que se garanticen mediante hipoteca o cualquier otra garantía real que asegure el cumplimiento de la obligación negativa. Por tanto, de conformidad con estos criterios registrales las prohibiciones de disponer voluntarias impuestas por el testador o donante, es decir, aquellas que se contienen en actos a título gratuito acceden al registro, no siendo inscribibles las prohibiciones de disponer de origen voluntario que se contengan en actos a título oneroso negociados o paccionados. Resulta la solución ofrecida por la legislación hipotecaria acertada, señala González Martínez[65] a estos efectos que la configuración negativa de estas limitaciones, las cuales no atribuyen derechos positivos a personas determinadas y "que solo por conjeturas parecen impuestas unas veces a favor del adquirente, otras a favor del disponente y otras en beneficio de terceros más o menos inciertos, se aviene mal con la necesidad de que todo derecho subjetivo tenga en el Registro su titular manifiesto". Razón que lleva al rechazo registral de la inscripción (que no a su admisibilidad)[66] de

64 Si mediante este principio se ampara y reconoce la licitud de pactos de no enajenar, más razonadamente cabe admitir las prohibiciones de disponer en aquellas transmisiones *mortis causa*. Vid. Mingorance Gosálvez, M.C.: *Las prohibiciones,* cit., p.36.

65 González Martínez, j.: "Prohibiciones de", cit., p.678.

66 En la doctrina son numerosos los partidarios de admitir las prohibiciones de disponer establecidas en actos y negocios jurídicos de origen voluntario a título oneroso. Señalaba Sánchez Román, F.: *Estudios*

las prohibiciones de disponer dispuestas en negocios jurídicos a título oneroso, apunta De la rica[67] que "no se deben de aprovechar de la indefinida potencialidad de la inscripción para entorpecer y restringir el comercio y crédito inmobiliario que no confieren derechos concretos a favor de titulares determinada", de ahí la diferenciación y respeto por la Ley Hipotecaria que les niega efectos reales en consonancia con los principios de libertad de contratación, desamortización de la propiedad y los principios y fundamentos registrales. Si bien, estas prohibiciones de disponer configuradas en negocios onerosos pueden ser al amparo del artículo 27 LH garantizadas con hipoteca u otra garantía real, pero ello no supone que se transforme la eficacia obligacional en real[68]. De ahí la distinción de la jurisprudencia registral entre prohibiciones con eficacia real o meramente personal tal y como verifican las RRDGRN 15 enero 1918[69], 14 abril 1921[70], 27 septiembre 1929[71], 21 abril 1949[72] y 13 diciembre 1955[73]. El fundamento de la garantía no es otro que asegurar el eventual incumplimiento de la obligación negativa. Esta facultad con una finalidad de aseguramiento no es del todo acertada[74], resulta cuasi imposible garantizar el cumplimiento de la prohibición de disponer que no accede al registro, por no ser objeto de inscripción. De ahí nuestra defensa en que puedan ser admitidas en su inscripción para tutelar intereses superiores, ser proyectadas como garantía de obligaciones. Solo el cierre registral produciría su cumplimiento,

de Derecho Civil, tomo III, 2° ed., Rivadeneyra, Madrid, 1910, p.106, "Ninguna limitación más legitima de las impuestas al dominio de un nuevo dueño o adquirente que aquellas que proceden de la voluntad del transmitente, que en uso de su pleno poder sobre las cosas de su dominio, le derivó o transmitió a favor de otra persona, imponiendo a esta nueva adquisición, y al derecho por ella creado de parte del adquirente, ciertas restricciones, con tal de que no estén prohibidas por la ley"; Amorós Guardiola, M.: "Prohibición contractual", cit., p.970, señala que la admisión de la posible validez de estas últimas atendiendo al interés licito protegido, la sanción legal resulta excesiva agrega que "no parece adecuado privar a los particulares de estas formas negociales, imponiéndoles necesariamente otros cauces más estrictamente tipificados para el cumplimiento de sus fines respectivos, cuando éstos son en sí mismos dignos de protección. Lo que importa es matizarse por el ordenamiento la licitud de estas estipulaciones, en función del fin perseguido y de la licitud de la causa, determinando en cada cao cuando deben estimarse válidas y dignas de protección y a partir de ahí sancionar su eficacia real a través del correspondiente medio técnico de publicidad". También Azurza y Ocoz, P.J.: "Capacidad y poder de disposición", *RGLJ,* 1948, pp.708-710.

67 De la rica y Maritorena, R.: "Limitaciones de", cit., p.532.

68 Cano Martínez de velasco, J.I.: *Las prohibiciones,* cit., p.100.

69 "RDGRN 15 enero 1918" en Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral*, tomo V, 1917-1924, Bosch, Barcelona, 1953, pp.164-167.

70 "RDGRN 14 de abril de 1921" en *Ibidem*, pp.537-541.

71 "RDGRN 27 septiembre 1929" en Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral*, tomo VI, cit., pp.916-921.

72 RDGRN 21 abril 1949 (RJ 1949, 546).

73 "RDGRN 13 de diciembre de 1955" en Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral*, tomo IX, 1951-1963, Bosch, Barcelona, 1967, pp.396-400.

74 De la rica y Arenal, R.: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario,* Tomo I, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1948, p.31. El artículo 57 RH establece como proceder cuando se produce el aseguramiento mediante hipoteca para el cumplimiento de las prohibiciones de disponer establecidas en actos o negocios jurídicos onerosos, y por tanto no inscribibles "Cuando mediante hipoteca se asegure el cumplimiento de las prohibiciones de disponer, a que se refiere el artículo 27 de la Ley, se inscribirán en un solo asiento el acto o contrato que las contenga y la hipoteca que se constituya y se hará constar que se deniega la inscripción de la prohibición de disponer". Señala Marqueño que la inscripción de la hipoteca no puede interpretarse como inscripción de la prohibición Vid. Marqueño de llano, M.: *Prohibiciones testamentarias de disponer,* Bosch, Barcelona, 2003., p.47.

como sucede en las prohibiciones de disponer voluntarias establecidas a título gratuito. La hipoteca o garantía real que se establezca solo respondería en el caso del incumplimiento generador de una cuantía indemnizatoria en concepto de daños y perjuicios.

Por último, señalar que cabría pensar que el origen último de este sistema de clasificación general con referencia en el origen de la prohibición, opera con el referente legislativo de los artículos 26 y 27 de la LH atribuyendo algunos autores como Sanz Fernández[75] el sustrato remoto de todas las prohibiciones la ley que es quien habilita a los particulares la ulterior constitución de las prohibiciones de disponer voluntarias. Es creencia errónea a nuestro juicio constituir que la ley es el origen remoto de toda prohibición de disponer al no ofrecernos ningún tipo de utilidad[76], en la ley fundamentamos, en general, dentro del ámbito privado la regulación de todas aquellas relaciones interpersonales que fundamenta todos los derechos, situaciones y relaciones de carácter jurídico.

IV. LOS EFECTOS DE LAS PROHIBICIONES VOLUNTARIAS DE DISPONER.

Conectando con el criterio que clasifica las prohibiciones de disponer según su origen en actos o negocios jurídicos gratuitos, o bien, en actos o negocios jurídicos onerosos, las primeras tienen acceso al Registro de la Propiedad y con ello, la producción de los efectos según su incumplimiento será diferente en un caso y en otro. Únicamente las primeras son objeto de inscripción registral, siendo verdaderas prohibiciones de disponer, al impedir de forma ineludible la transmisión de la cosa. Mientras que, en las segundas, el incumplimiento de la obligación negativa de no disponer determina la sola indemnización por los daños y perjuicios causados ante el incumplimiento de la obligación de no disponer en base al artículo 1101 CC. Las prohibiciones voluntarias establecidas a título gratuito que acceden al registro y las obligacionales, han de reunir una serie de requisitos como responder a una razón seria y lícita y no ser perpetuas[77]. Ambas tienden a proteger un interés particular merecedor de tutela por el ordenamiento. Es su constitución la que determina la posibilidad de producir efectos reales o *erga omnes* y beneficiarse de la fuerza del registro, o bien, tener solo un alcance meramente obligacional *inter partes*. A todo ello hemos de agregar la posibilidad de que la prohibición de disponer sea configurada en un contrato con causa mixta, mezclándose ambas tipologías (parte onerosa, parte gratuita), existiendo dos negocios conectados con autonomía propia pero que sirven a un fin común. Por tanto, los efectos provocan un régimen jurídico diferenciado que ha sido recogido por la DGRN

75 Sánz Fernández, A.: *Instituciones de,* Tomo II, cit., p.443.

76 Gosálvez, M.C.: *Las prohibiciones,* cit., p.36.

77 Roca Sastre, R.M., y Roca-sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario* tomo II, cit., p.733; Gómez Gálligo, F.J.: *Las prohibiciones,* cit., pp.60-66.

en numerosas ocasiones como en las RRDGRN 11 julio 2016[78], 9 de mayo[79] y 2 noviembre 2018[80]. Esta diferenciación normativa ha sido criticada en un periodo preconstitucional y constitucional por autores como Talón[81] o Cecchini[82] frente a la no admisión registral de las prohibiciones de disponer onerosas establecidas por la voluntad paccionada de los contratantes. Toman como base la función social de la propiedad al no existir una razón que sirva de base a admitir que por capricho del testador o donante se impida la circulación de bienes durante un periodo bastante longevo y en segundo lugar, no tiene sentido vedar las prohibiciones de disponer establecidas en actos a título oneroso ya que pueden cumplir una función de garantía sobre los acreedores sobre la obligación del pago del precio aun no realizada por el comprador, que pudieran responder a intereses jurídicos dignos de una protección más intensa de aquellas establecidas por capricho del donante o testador. Subyace la función de garantía de las obligaciones como elemento determinante para admitir su inscripción, a nuestro juicio, interés superior a tutelar en garantía de otros intereses legítimos que puedan concurrir. De esta forma se permite la permanencia del bien en el patrimonio del deudor.

Al margen de estas consideraciones doctrinales, el establecimiento de distintos regímenes normativos obedece a una serie de razones. Estas pasan en primer término por la casuística de que en las transmisiones patrimoniales onerosas el contratante que adquiere al pagar una remuneración, asume la obligación de no transmitir no con carácter principal, sino accesorio[83]. La segunda de las razones reside en que las limitaciones en los negocios jurídicos gratuitos, la prohibición se justifica porque el transmitente no recibe nada o el testador en contraprestación de los que transmite en la donación o testamento gratuitamente, es decir, si yo doy a cambio de nada puede tener sentido que ordene ese patrimonio, reduciéndolo mediante el establecimiento de una prohibición de disponer, mientras que en los negocios onerosos el legislador tiene una repulsa mayor a estas prohibiciones al no permitir la ley el aniquilamiento o muerte de la facultad de disponer de los derechos patrimoniales, apartándolos del tráfico jurídico[84]. Se explica señala

78 RDGRN 11 julio 2016 (RJ 2016, 4255).

79 RDGRN 9 mayo 2018 (RJ 2018, 2988).

80 RDGRN 2 noviembre 2018 (RJ 2018, 5211).

81 Talón Martínez, F.T.: "Prohibiciones convencionales de disponer", *RJC,* año LIII, núm.1, enero-febrero 1954, p.48: "Y así, a la teoría clásica que no atribuía a la propiedad ningún fin concreto ni determinado, como no fuese el de garantizar la libertad de los propietarios de la cosa, ha sucedido la de la doctrina moderna, según la cual el derecho de propiedad tiene un fin racional y una función social que cumplir, y este fin y esta función bastan, sin necesidad de derechos contrapuestos, para imponerle limitaciones".

82 Cecchini Rosell, X.: *Eficacia de,* cit., pp.18-19.

83 López Maza, S.: *Prohibiciones de,* cit., p.45.

84 Aun así, es criticado el excesivo radicalismo del artículo 27 LH al vetar la entrada al Registro de todas las prohibiciones voluntarias de disponer establecidas en actos a título oneroso, pudiera haber señalado prudentes límites al igual que lo hace con las establecidas a título gratuito Roca Sastre, R.M., y Roca-sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario,* tomo II, cit., p.742.

CANO[85] como reacción defensiva de la ley frente a las limitaciones de la libre circulación de la riqueza inmobiliaria.

1. Eficacia *erga omnes* o real.

Dentro de este grupo se localizan las prohibiciones de disponer contenidas en actos o negocios jurídicos gratuitos. La no disponibilidad recaerá sobre el derecho inscrito, lo que conlleva como efecto que, si el derecho inscrito cambiase de titular registral al operar un acto o negocio jurídico válido que no contravenga la prohibición inscrita, está subsistirá por lo que el nuevo adquirente deberá de soportarla. Pensemos que mediante testamento se prohíbe la transmisión de un determinado bien inmueble a persona determinada, si se vende a otra persona diferente de la citada, el nuevo comprador adquirirá el bien inmueble con la prohibición de no transmitirla a la persona mencionada en la prohibición de disponer establecida en el testamento.

La eficacia *erga omnes* o real, no es *per se* automática como pudiera suceder con las prohibiciones legales, las cuales no necesitan la fuerza registral por tener la adecuada publicidad en los boletines oficiales. Gozarán de eficacia siempre y cuando accedan al registro como prescribe el artículo 26.3 LH. Obtenido el acceso al Registro de la Propiedad podrá ser opuesta frente a cualquier tercero, con inclusión del tercero de buena fe que debió conocer el contenido del Registro. La inscripción conlleva como efecto la imposibilidad de la transmisión del bien, ante un posible negocio dispositivo realizado en su contravención el comprador tendrá la obligación de restituirlo porque la consecuencia es la nulidad del acto jurídico realizado en contravención de la prohibición. La razón de que la ley tolere las prohibiciones de los negocios gratuitos responde a la liberalidad del donante o testador, cabiendo perfectamente en base al artículo 1289 CC reduciendo el monto del beneficio obtenido o el provecho que se transmita[86]. Por exigencia del propio artículo 26.3 LH, las prohibiciones de disponer serán dispuestas en actos de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y cuantos otros actos lo sean a título gratuito impuestas por el testador o donante.

2. Eficacia meramente personal u obligacional.

Proscritas en el artículo 27 de la LH son distintas de las prohibiciones de disponer en actos a título gratuito. Conceptuadas están las prohibiciones de disponer onerosas como auténticas obligaciones de disponer por la extensión de sus efectos. La falta de eficacia real provoca que sus efectos sean los propios del incumplimiento contractual. Nos situamos ante obligaciones negativas que no

85 CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I.: *Las prohibiciones*, cit., pp.147-148.

86 *Ibidem*, p.95.

van a implicar cercenamiento alguno de las facultades que se deriven del derecho real inscrito. Podríamos pensar de esta forma, que las prohibiciones de disponer establecidas por la voluntad paccionada de los contratantes a título oneroso, pertenecen al ámbito del derecho de obligaciones. No es una limitación del derecho de propiedad si lo tomásemos como derecho real típico de referencia, sino una mera restricción que se deriva de la obligación negativa a la que se ve sometido el adquirente oneroso. La prohibición siempre implica una obligación de no disponer (totalmente o parcialmente) también en el caso de inscripción. El caso es que si hay inscripción la prohibición es oponible a todo el mundo y los actos de disposición son nulos. De la eficacia obligacional se deriva el no acceso a los folios tabulares, pues al Registro de la Propiedad acceden los actos con trascendencia jurídico-real, salvo excepciones a citar entre estas el derecho con opción de compra del artículo 14 RH. En caso de incumplimiento de la obligación, el acto jurídico o negocio, si reúne los requisitos será válido y eficaz generando una indemnización en concepto de daños y perjuicios ex. artículo 1101 CC[87] o bien la sanción contractual que se haya previsto. La excepción seria ante un adquirente de mala fe que conocía de su existencia, en este supuesto el acto si será ineficaz.

La eficacia real de las prohibiciones de disponer no solo depende de su acceso o no a los libros tabulares. No necesariamente las prohibiciones de disponer instituidas en actos jurídicos onerosos no puedan gozar de la prebenda de ser verdaderas prohibiciones de disponer. Así pensemos en un adquirente de mala fe que conociendo la prohibición establecida en el acto oneroso adquiere, le podrá ser opuesta[88] con toda la eficacia real de la obligación de no disponer (eficacia relativa), no teniendo porque relegarse la prohibición a una simple obligación de carácter negativo por el hecho de constituirse en un acto oneroso. La eficacia real relativa es el elemento central para ser conceptuadas en la doctrina como obligación de no disponer[89], pero como veremos no por ello deja de ser una verdadera prohibición, pues la intención de las partes puede pasar por querer darle un carácter real a la prohibición establecida en negocio jurídico oneroso. Al abordar la eficacia obligacional Egusquiza[90] centra la problemática de los efectos

87 Resulta de interés en este sentido la STS 30 diciembre 2011 (RJ 2012, 304) al tratarse de un supuesto donde se resuelve un contrato en el que se incluye la prohibición de no disponer configurada en negocio oneroso cuya eficacia es meramente obligacional por la negación de efectos reales del artículo 27 LH.

88 En contra Núñez Boluda, M.D.: *"Comentario a la STS de 4 de junio de 1990", CCJC,* núm.23, 1990, p.714. Esta autora entiende que la no inscripción implica la inafectación de la prohibición frente a terceros, incluidos los de mala fe.

89 Cañizares Laso, A.: "Eficacia de", cit., p.1499; García Rubio, M.P.: "Comentario a la STS de 26 de julio de 1993", *CCJC,* núm.886, 1993, p.997; Amorós Guardiola las categoriza como prohibición obligacional al no tener eficacia real Vid. Amorós Guardiola, M.: "Prohibición contractual", cit., p.971; Para Roca Sastre es una simple prohibición de disponer ineficaz, pero no frente a una obligación de no disponer pues no fue la intención de los contratantes al constituirla Vid. Roca Sastre, R.M., y Roca-sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario,* tomo II, cit., p.739; Para López Maza tan prohibición es la establecida a título gratuito como oneroso pues la prohibición no deja de serlo por el hecho de no acceder al Registro, pues la inscripción no es constitutiva, sino declarativa. Vid. López Maza, S.: *Prohibiciones de,* cit., p.47.

90 Egusquiza Balmaseda, M.A.: *La configuración jurídica de las obligaciones negativas,* Bosch, Barcelona, 1990, p.61: "Para llegar a una correcta solución del tema ha de tenerse presente que sólo cabe la imposición de las

en el carácter gratuito o no del negocio jurídico, reservando para las prohibiciones de disponer establecidas a título oneroso la categoría de obligación negativa de no disponer. Creemos que solo el hecho de que la prohibición de disponer se instaure en acto oneroso no debe de negar por si la condición de verdadera prohibición de disponer, en un sistema causalista como el nuestro, donde el juego de la autonomía de la voluntad tiene un mayor alcance en el derecho de obligaciones que en el de los derechos reales, hemos de examinar la intención de los contratantes al establecer la obligación negativa. Si quien la estableció quiso que la prohibición de disponer tuviera carácter real y fuera inscribible, aunque el ordenamiento jurídico no lo permita estaríamos ante una prohibición de disponer nula o ineficaz, no frente a una obligación de no disponer ya que no pierde la virtualidad intencional de ser constituida como verdadera prohibición de disponer. En estos supuestos, la norma hipotecaria transforma la intención de los contratantes modificando la voluntad de quien instaura la prohibición de disponer[91].

El excesivo radicalismo del artículo 27 LH que veta el acceso registral de todas las prohibiciones de disponer voluntarias configuradas en negocios y actos jurídicos onerosos, fue objeto en su momento de fuertes críticas con la reforma hipotecaria de 1944 que trajo la actual regulación. De la Rica[92] señaló que la legislación hipotecaria dio un paso más allá al negar de forma absoluta el acceso al Registro de las prohibiciones de disponer contractuales, olvidando la posible función de garantía y protección de intereses legítimos que pudieran desenvolver con significativa utilidad en no pocas ocasiones. Siguiendo esta línea, para Alpañés[93] la Ley Hipotecaria en un intento de evitar las complejidades de una prohibición de esta naturaleza podía provocar en el Registro opta el legislador por negarle la entrada, separándose de la inscripción del derecho de opción del artículo 14 RH que sí es un derecho personal que lleva inserto una obligación de no disponer a favor de sujeto distinto del optante durante el tiempo que tenga vigencia la opción. No olvidemos que este tipo de prohibiciones cumplen una finalidad digna de protección, por ello quizá el legislador las regula en el artículo 27 LH. La discusión debería centrarse en el interés protegible, de su licitud, y no tanto en el campo de los efectos (eficacia real y obligacional) por parte del legislador. Si es por la licitud no habría inconveniente en que podamos constituir un acto oneroso donde el legislador pueda darle efectos reales. Al igual que a las prohibiciones de disponer gratuitas, se les exige el requisito de la temporalidad

prohibiciones de enajenar en negocios de carácter gratuito, ya sean transmisibles "inter vivos" o "mortis causa" (art.26.3 LH). El carácter gratuito del negocio es el elemento central para su configuración como tales; en consecuencia, si la transmisión es a título oneroso, el acto vedado que se establezca no podrá ser una prohibición legal de disponer sino una obligación negativa de no disposición".

91 Roca Sastre, R.M., y Roca-sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario,* tomo II, cit., p.739.

92 De la rica y Arenal, R.: *Comentarios a la ley de reforma hipotecaria: supresiones, modificaciones e innovaciones que introduce en la legislación vigente,* M. Aguilar editor, Madrid, 1945, p.186.

93 Alpañés Domínguez, E.: "Aportación al", cit., pp.78 y 79.

pues nadie puede quedar obligado para siempre conforme al artículo 1583 CC. Además, obedecer a una causa lícita siendo nula aquella ilícita o contraria a las buenas costumbres (artículo 1275 CC). Aquí reside nuestra crítica, si son lícitas y cumplen los requisitos que se fijan para las establecidas a título gratuito, debe permitirse a los contratantes que la configuren bien como clausula obligacional de no disponer, o como una modificación interna del contenido del dominio o derecho real en cuyo caso estamos de acuerdo con Roca Sastre[94]. El legislador no debe negarle efectos jurídico-reales por afectar al ejercicio del poder de disposición, en cuyo caso han de ser admitidas y ser consideradas por los folios tabulares. Eso sí, insistimos, asegurándose que cumplen ciertos requisitos como los ya apuntados: temporalidad, interés legítimo y ventaja en favor de alguien. Paradigma de esta situación es la ley 482 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra aprobada mediante Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra que permite en actos a título oneroso además de la eficacia obligacional que no niega la Ley Hipotecaria que tenga efectos reales siempre que exista convenio expreso, y que inscrito en el Registro de la Propiedad tenga eficacia real durante el plazo máximo de cuatro años. Solución que podría perfectamente incorporarse al derecho común para reforzar la proyección que pudieran tener las prohibiciones de disponer establecidas a título oneroso como garantía en sentido amplio o de aseguramiento del pago obstaculizando la venta del bien inmueble si ha sido comprado por un precio que aún se adeuda. Es por ello que de *lege ferenda* sería posible admitir la conveniencia de las prohibiciones de disponer en ciertos supuestos de negocios onerosos[95] otorgándoles eficacia real.

Lejos de ello, la DGRN ha insistido en la eficacia obligacional de las prohibiciones de disponer establecidas en actos a título oneroso. Considerado el artículo 27 LH parece no haber alternativa, por lo que les niega eficacia real por ser contrarias al principio de libertad de circulación, uso y destino de los bienes y al propio crédito territorial (críticas por otro lado también predicables de las que gozan de eficacia real) como lo hace en las RRDGRN 15 enero 1918[96], 14 abril 1921[97], 25 noviembre 1935[98], 13 diciembre 1955[99], 4 noviembre 1968[100], 18 enero 1979[101],

94 Roca Sastre, R.M., y Roca-sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario,* tomo II, cit., p.743.

95 Gómez Gálligo, F.J.: *Las prohibiciones*, cit., pp.168-195.

96 "RDGRN 15 enero 1918" en Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral*, tomo V, 1917-1924, Bosch, Barcelona, 1953, pp.164-167.

97 "RDGRN 14 abril 1921" en *Ibidem,* pp.537-541.

98 RDGRN 25 noviembre 1935" en Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral*, tomo VII, 1930-1939, Bosch, Barcelona, 1953, pp.711-716.

99 "RDGRN 13 diciembre 1955" en Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral*, tomo IX, 1951-1963, Bosch, Barcelona, 1967, pp.396-400.

100 "RDGRN 13 diciembre 1955" en Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral*, tomo XI, 1964-1977, Bosch, Barcelona, 1967, pp.378-384.

101 RDGRN 19 enero 1979 (RJ 1979, 88).

27 enero 1986[102], 8 noviembre 1993[103], 9 octubre 2008[104], 1 octubre 2010[105], 4 noviembre 2010[106], 8 junio 2011[107], 25 junio 2013[108], 16 junio 2015[109], 10 noviembre 2016[110], 17 marzo 2017[111], 5 noviembre 2019[112] y 26 noviembre 2019[113]. Frente a la doctrina mayoritaria existen algunas excepciones si bien longevas en el marco de la jurisprudencia registral. La RDGRN 27 agosto 1912[114] consideró válida e inscribible una estipulación que limitaba la facultad de enajenar contenida en escritura de compraventa de finca y constitución de hipoteca al considerar que en "los contratos pueden establecer los contratantes todos los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente y que los derechos concedidos por las leyes son renunciables con tal de que la renuncia (acto dispositivo) no sea contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero como expresa el artículo 1255 CC". El pacto por tanto es válido e inscribible en aplicación del principio expuesto de libertad de contratación lo que supone contrariar el artículo 27 LH ya que la prohibición de enajenar o disponer se contiene en un contrato oneroso como el de constitución de una hipoteca inmobiliaria. Esta excepción a la doctrina registral hasta el momento expuesta, también la siguió la RDGRN 9 septiembre 1913[115] también se basó en la libertad de contratación y la fuerza de ley de los contratos entre las partes contratantes (artículos 1255 y 1091 CC, respectivamente). En este supuesto se trataba de una finca adquirida con la condición de no poderse gravar ni vender, ni por título alguno enajenar mientras que la adquirente no adquiriera la mayor edad, pacto que se consignó expresamente en la inscripción de la propiedad correspondiente. La DGRN declaró que la adquirente no habiendo cumplido la condición, no podía establecer gravamen alguno (hipoteca) sobre la finca adquirida, cuyo acto resultó no inscribible por contravenir la condición no teniendo facultades la titular para instar la inscripción. Con una técnica jurídica bastante acertada, pues se disfrazó la prohibición contractual de disponer de condición, se logró acceder al Registro de la Propiedad. Como observamos existe una fuerte consideración contra su admisión, la voluntad de los particulares es siempre más limitada en el ámbito de los derechos reales que en el de las

102 RDGRN 27 enero 1986 (RJ 1986, 1002).

103 RDGRN 8 noviembre 1993 (RJ 1993, 9114).

104 RDGRN 9 octubre 2008 (RJ 2009, 633).

105 RDGRN 1 octubre 2010 (RJ 2010, 5273).

106 RDGRN 4 noviembre 2010 (RJ 2011, 2461).

107 RDGRN 8 junio 2011 (RJ 2012, 3168).

108 RDGRN 25 junio 2013 (RJ 2013, 5779).

109 RDGRN 16 junio 2015 (RJ 2015, 4228).

110 RDGRN 10 noviembre 2016 (RJ 2016, 5690).

111 RDGRN 17 marzo 2017 (RJ 2017, 1383).

112 RDGRN 5 noviembre 2019 (RJ 2019, 4894).

113 RDGRN 26 noviembre 2019 (RJ 2019, 5460).

114 "RDGRN 27 de agosto 1912" en Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral,* tomo IV, 1906-1916, Bosch, Barcelona, 1953, pp.853-857.

115 "RDGRN 9 de septiembre 1913" en *Ibidem*, pp.988-990.

obligaciones, no pudiendo desnaturalizar los primeros. El apoyo del contrato en el artículo 1255 CC, solo puede afectar o referirse a las obligaciones, pero no a los efectos reales de la transmisión a los que dicho artículo no es aplicable[116]; además, las ya agregadas razones de orden público contrarias a su admisión[117][118].

Por su parte, el Tribunal Supremo ha destacado de igual forma la eficacia obligacional de las prohibiciones de disponer instituidas en negocios jurídicos de carácter oneroso. En la STS 4 junio 1990[119] al abordar una prohibición de no construir en una compraventa de bien inmueble la eficacia obligacional del artículo 27 LH al considerarla como una especie de prohibición de disponer el acceso de este pacto obligacional mediante garantía real adosada. Esta línea ha sido reiterada en las STS de 26 julio 1993, 17 abril 2002, 28 octubre 2002, 16 diciembre 2009, 30 diciembre 2011 y 21 julio 2016[120]. Si bien es cierto que la posición del Alto Tribunal ha sido vacilante a lo largo del tiempo no manteniendo un criterio uniforme. Así en la STS 25 junio 1945[121] se declara inscribible en el Registro de la Propiedad un pacto de indisponibilidad por entender que no iba contra preceptos de carácter prohibitivo o normas de orden público, razón de que con arreglo al artículo 14 RH, todo cuanto significa una restricción de la facultad de disponer de un inmueble tiene trascendencia real inmediata. Lo realiza tras recoger la tesis vigente por la cual los pactos de inalienabilidad, aunque obedezcan a interés legítimo carecen de eficacia real, no revocando la enajenación que se efectúe con la consecuente validez del acto e indemnización de daños y perjuicios. Décadas más tarde la STS 12 noviembre 1963[122] se muestra contraria a dotar de eficacia real a las cláusulas obligacionales de indisponibilidad, negándose eficacia real a un pacto por el cual el arrendador se comprometió a no vender la finca arrendada, salvo a la arrendataria. El Tribunal Supremo entendió que la cita clausula contiene una limitación a la facultad de enajenar por cierto tiempo, ya que

116 Sánz Fernández, A.: *Instituciones de,* Tomo II, cit., p.465.

117 Ya lo señalaba Jerónimo González que los Códigos modernos cada vez se muestran más refractarios a limitar las facultades dispositivas y dejan en pie solamente las obligaciones correspondientes a tales pactos. Con ello se atiende, en primer término, a evitar la amortización de la propiedad y las confabulaciones que tienen por objeto hacer inembargable un patrimonio, y en segundo lugar, se mantiene el carácter absoluto de los derechos reales, que siendo objetivamente enajenables, pierden por la eficacia real de la prohibición esta modalidad, y engendran situaciones jurídicas ambiguas. Vid. González Martínez, J.: "Prohibiciones de", cit., p.676.

118 Podríamos considerar según lo proscrito en el artículo 27 LH para conseguir el efecto real de la inscripción de la prohibición de disponer en el caso de los negocios onerosos el desechar su configuración como obligación de no disponer y constituir una servidumbre negativa en el contrato. De esta forma podríamos burlar la eficacia obligacional mediante la constitución de otro derecho real de contenido negativo. Sin embargo, la respuesta ha de ser negativa Al no existir una apariencia posesoria, necesitan ser inscritas para su constitución requisito también predicable en la inscripción o anotación de las prohibiciones de disponer. La diferencia estriba en que la servidumbre negativa impedirá la realización de determinados actos sobre la cosa, mientras que en la prohibición se impedirá realizarlo sobre el derecho a la cosa sobre la que recae.

119 STS 4 junio 1990 (RJ 1990, 47269).

120 SSTS 26 julio 1993 (RJ 1993, 6318), 17 abril 2002 (RJ 2002, 3115), 28 octubre 2002 (RJ 2002, 9310), 16 diciembre 2009 (RJ 2010, 702), 30 diciembre 2011 (RJ 2012, 304), 21 julio 2016 (RJ 2016, 3444).

121 STS 25 junio 1945 (RJ 1945, 722).

122 Amorós Guardiola, M.: "Prohibición contractual", cit., 1965, p.953-988.

concede preferencia en la adquisición del inmueble a la arrendataria. No obstante, carece de trascendencia real ya que si bien la prohibición de disponer obedece a un interés lícito y legitimo es establecida en acto a título oneroso y su infracción, como unánimemente defiende la doctrina solo producen para la persona afectada por la prohibición, la obligación de abonar los daños y perjuicios causados. La carestía del alcance real se basa en su no acceso a los folios tabulares y con ello, no es oponible a tercero hipotecario.

Criterio que fue continuado en la STS 3 noviembre de 1992[123] relativa a una prohibición de arrendar. Esta sentencia es significativa porque entró en juego un tercero de mala fe y no hubo consecuencias obligacionales ni reales ante la vulneración de la prohibición. En el supuesto, una cooperativa de propietarios establece en el pliego de condiciones que existen una serie de locales comerciales que no se pueden destinar a la actividad de farmacia, lo que el adquirente de los mismos debía de respetar la obligación de no instalar esta tipología de negocio ni permitir que tercero lo instalara so pena de resolución contractual. Asimismo, en las sucesivas disposiciones del local se tenía que incluir en el clausulado la prohibición contenida en el pliego de condiciones de adjudicación de pisos y locales comerciales. Se celebra un contrato a través de subasta en el cual una de las rematantes que adquiere un local comercial, asume la obligación de no dedicarlo a la actividad de farmacia durante quince años al adquirir unos de los locales afectos con la prohibición, aun cuando el colegio profesional concediera la licencia obligatoria. La rematante arrienda el local a uno de sus hijos con la condición, reiteramos de no dedicarlo a farmacia. El mentado hijo procedió a la apertura de una farmacia, siendo demandado por la cooperativa y el resto de propietarios de locales que no tenía prohibición de ser destinados a farmacia, para instar la resolución de la compraventa. El Tribunal Supremo absuelve al demandado al apreciar falta de legitimación de los actores y prescripción de la acción del artículo 1902 CC. Arguyó el Alto Tribunal que los efectos resolutorios puedan extenderse a terceros, al contrato que celebro la compradora con su hijo vulnerando la cláusula prohibitiva, no cabiendo asignar el carácter de estipulación de tercero. No importa que el arrendatario conociera la prohibición, no teniendo carácter asimilable su facultad de contratar al de un supuesto de abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo del artículo 7.2 CC. Aquí el tercero, arrendatario, conocía por su especial relación con la adquirente la cláusula obligacional prohibitiva, negándole eficacia *inter partes* a la cláusula resolutoria de la compraventa lo que supone una clara colaboración en la infracción de una cláusula contractual de no disponer que queda impune, prevaleciendo la mala fe. El problema fue no otorgar eficacia real a una prohibición que podría haber accedido como parte del título constitutivo del régimen de propiedad horizontal[124]. Por lo que una prohibición

123 STS 3 noviembre 1992 (RJ 1992, 9190).

124 Marqueño de llano, M.: *Prohibiciones testamentarias,* cit., p.272.

contractual de arrendar, queda incluso sin efectos *inter partes* por su configuración obligacional, lo que supone un caso sin duda alguna significativo en el cual, no se desplegaron ni efectos obligacionales ni mucho menos, reales.

Más próxima en el tiempo, la STS 21 julio 2016[125] aborda la obligación de no disponer como genuina prohibición de disponer establecida en contrato oneroso. Configurada en una serie de contratos de permuta y compraventa con garantía hipotecaria con prohibición de gravar y disponer una determinada finca, se produce una vulneración de la prohibición resolviéndose los contratos de compraventa y permuta. Así señala el Tribunal Supremo en el FD 2º de la citada STS: "Lo cierto es, además, que la Audiencia a quo desestimó las peticiones de resolución de los contratos de compraventa y de permuta deducidas por los actores, y que éstos han consentido su sentencia. No se ha llegado, pues, ni siquiera a producir el supuesto de que "se anule o resuelva el [derecho] del otorgante», que contempla el primer párrafo del artículo 34 LH y el artículo 27 LH demuestra que las prohibiciones de disponer voluntarias que tengan su origen en contratos onerosos carecen de eficacia jurídico-real: cabalmente por eso tales prohibiciones no tiene acceso al Registro [SSTS 840/1993, de 26 de julio (Rec. 267/1991) y 25/2001, de 17 de enero (Rec. 2889/1995)]".

Finalmente, cabría señalar que existe la posibilidad de que la infracción de la obligación de no disponer de lugar a la declaración de nulidad del acto dispositivo que contraviene la prohibición de disponer onerosa. Paradigma de ello es la STS 17 abril 2002[126] declara la nulidad del acto de disposición que contravino una prohibición de disponer obligacional establecida en un negocio jurídico oneroso. Mediante documento privado se autorizaba a la compradora de una vivienda a cumplir una obligación de no enajenar, y que únicamente en caso de necesidad podía enajenar el bien. Además, tampoco se le permitía la realización de negocios de disposición ficticios o simulados. El objeto del proceso fue la impugnación de una compraventa con precio simulado. En el inicial negocio jurídico de compraventa, antes de la celebración del negocio simulado, el vendedor pactó un derecho de opción a su favor. Al tener conocimiento del contrato de compraventa simulada ejercito este derecho y subsidiariamente ejercito acción por indemnización de daños y perjuicios en tanto que la prohibición de disponer era de origen contractual. De la prueba practicada se demostró que en la segunda compraventa no hubo ninguna entrega de dinero, lo que llevo a considerar al Alto Tribunal la enajenación como ficticia, declarándose la nulidad absoluta de la segunda compraventa por simulación. La consecuencia fue nulidad del acto dispositivo que contravenía la prohibición de disponer de origen contractual por ilicitud en la causa.

125 STS 21 julio 2016 (RJ 2016, 3444).

126 STS 17 abril 2002 (RJ 2002, 3115).

V. CONCLUSIONES.

De todo lo expuesto resulta evidente y manifiesto la cautela con que el ordenamiento jurídico y la doctrina aborda la figura de las prohibiciones de disponer. Verificamos la dispersión normativa existente y la falta de sistemática en la ley positiva que se limita a regular sus efectos reales u obligaciones en los artículos 26 y 27 de la LH, y señalar el límite temporal que se aplica en virtud de los artículos 781 y 785.2 del CC. Así las cosas, las prohibiciones de disponer que se constituyan en negocios jurídicos gratuitos tendrán abierto el acceso a los folios tabulares gozando de la eficacia real que estos les otorgan, mientras que si son configuradas en negocios jurídicos onerosos quedaran configuradas como obligaciones de no disponer. En ambas modalidades resulta esencial para que gocen de eficacia que cumplan con los requisitos de la temporalidad y que respondan a una justa causa que motive un interés digno de tutela, toda vez que estamos limitando el ejercicio del poder de disposición del titular del derecho subjetivo que se trate.

Que la eficacia real se verifique solo por el acceso al Registro de la Propiedad nos podría llevar a pensar, como han sostenido algunos autores que la inscripción sea constitutiva, de tal forma que sin la inscripción no habrá verdadera prohibición de disponer, sino una simple obligación de no disponer. Creemos que no es así, el donante o testador puede por su sola voluntad constituir sin necesidad del Registro prohibiciones voluntarias de disponer. Equiparar la prohibición de disponer a otros derechos reales como las servidumbres negativas dotándoles de carácter constitutivo es un error. En las servidumbres al no existir una apariencia posesoria, necesitan ser inscritas para su constitución requisito también predicable en la inscripción o anotación de las prohibiciones de disponer. La diferencia estriba en que la servidumbre negativa impedirá la realización de determinados actos sobre la cosa, mientras que en la prohibición se impedirá realizarlo sobre el derecho a la cosa sobre la que recae. De ahí que necesita la fuerza registral por esta apariencia posesoria. En la servidumbre se limita el derecho de goce, el aprovechamiento de la cosa con mayor o menor intensidad, en la prohibición se suspende temporalmente la facultad dispositiva más no se produce una extracción del rendimiento del inmueble sometido con la prohibición de disponer. Es cierta por tanto, la gran semejanza de las prohibiciones de disponer con los derechos reales las cuales, aun no siendo un derecho real, adquieren una eficacia real plena con su inscripción, si bien es la falta de atribución de la facultad positiva o poder de actuación lo que las excluye de la categoría de los derechos reales, lo que nos situaría no ante derechos sino ante una limitación del mismo que adquirirá la consideración de carga real negativa en el momento que acceda al Registro de la Propiedad. No cabría mantener una especie de convalidación de la prohibición de disponer por el simple hecho de que acceda o no al Registro.

Finalmente, admitimos la propuesta de que puedan adquirir eficacia real si bien con carácter restrictivo de algunas prohibiciones de disponer instituidas en negocios jurídicos a título oneroso. Si son lícitas y cumplen los requisitos que se fijan para las establecidas a título gratuito, debe permitirse a los contratantes que la configuren bien como clausula obligacional de no disponer, o como una modificación interna del contenido del dominio o derecho real. El legislador no debe negarle efectos jurídico-reales por afectar al ejercicio del poder de disposición, en cuyo caso han de ser admitidas y ser consideradas por los folios tabulares. Eso sí, insistimos, asegurándose que cumplen ciertos requisitos como los ya apuntados: temporalidad, interés legítimo y ventaja en favor de alguien. La diferencia de efectos no debe de estar tanto en la causa tal y como está configurada actualmente la figura en el derecho civil común, sino en la exigencia de su legalidad. Una posible referencia la podría aportar la ley 482 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra que permite en actos a título oneroso además de la eficacia obligacional, que no niega la Ley Hipotecaria, otorga efectos reales siempre que exista convenio expreso, y que inscrito en el Registro de la Propiedad tenga eficacia real durante el plazo máximo de cuatro años.

A la vista de lo analizado, la diáspora normativa y sistemática, y la propia falta de regulación en el Código Civil, sugiere una reforma que sistematice con mayor rigor la figura de la prohibición de disponer.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

ALPAÑÉS DOMÍNGUEZ, E.: "Estudio de las prohibiciones de disponer", *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*, julio-agosto, 1950.

ÁLVAREZ BEJIGA, M.: "Efectos civiles y registrales de las prohibiciones de enajenar. Conferencia pronunciada el día 24 de abril de 1974" en COLEGIO DE REGISTRADORES.: *Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral,* tomo II, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 1975.

AMORÓS GUARDIOLA, M.: "Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente. Comentario a la STS de 12 de noviembre de 1963", *ADC,* fasc.4, 1965.

AZURZA Y OCOZ, P.J.: "Capacidad y poder de disposición", *RGLJ,* 1948.

CABALLERO LOZANO, J.M.: *Las prohibiciones de disponer. Su proyección como garantía de las obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1993.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I.: *Las prohibiciones de disponer o la fuerza constitutiva del registro*, Bosch, Barcelona, 2006.

CÁNOVAS COUTIÑO, G.: "Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de enero de 1963", *RCDI,* núm.420-421, mayo-junio, 1963.

CAÑIZARES LASO, A. Y RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, B.: "Las prohibiciones de disponer. El pacto de reserva de dominio", en DEL REY BARBA, S., Y ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

CAÑIZARES LASO, A.: "Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias", *ADC*, 1991.

CECCHINI ROSELL, X.: *Eficacia de las prohibiciones de disponer. Causa y derechos de terceros*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2003.

CERES, L.: "Valor de las prohibiciones de disponer en el derecho español", RDP, marzo, 1946.

CHICO ORTIZ, J.M.: *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1967.

Chico Ortiz, J.M.: "Comentario a la Resolución de 5 de septiembre de 1974", *ADC,* fasc.3, 1976.

De Castro y Bravo, F.: *Derecho Civil de España,* Parte general, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.

De la cámara, M.: "Partición, división y enajenación de los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria", *Revista de Derecho Privado,* vol.32, julio-agosto, 1948.

De la rica y Arenal, R.: *Comentarios a la ley de reforma hipotecaria: supresiones, modificaciones e innovaciones que introduce en la legislación vigente,* M. Aguilar editor, Madrid, 1945.

De la rica y Arenal, R.: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario,* Tomo I, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1948.

De la rica y Maritorena, R.: "Limitaciones de disponer en el Registro de la Propiedad", *RCDI,* nº490, mayo-junio, 1972.

Díez-picazo y Ponce de león, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* vol. III, Civitas, Madrid, 2008. Fernández de villavicencio Arévalo, F.: "La facultad de disposición", *ADC*, III-IV, 1950.

Domenege Amer, B.: *Las prohibiciones voluntarias disponer,* Civitas, Madrid, 1996.

Egusquiza Balmaseda, M.A.: *La configuración jurídica de las obligaciones negativas,* Bosch, Barcelona, 1990.

Ennecerus, l., Nipperdey, H.C..: *Tratado de Derecho Civil,* t.I-2.º, vol.I, traducción y notas por Pérez González y Alguer, Bosch, Barcelona, 1981.

García Rubio, M.P.: "Comentario a la STS de 26 de julio de 1993", *CCJC,* núm.886, 1993, p.997.

Gómez Gálligo, F.J.: "Comentario al artículo 26.1 de la Ley Hipotecaria", en Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, s. (dirs.).: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo VII, Vol.4º, EDERSA, Madrid, 1999.

Gómez Gálligo, F.J.: *Las prohibiciones de disponer en el derecho español,* Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992.

González Martínez, j.: "Prohibiciones de disponer", *RCDI,* septiembre-octubre, 1925.

López Maza, S.: *Prohibiciones de disponer: cuestiones generales y alguna que otra particular*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2019.

Marqueño de llano, M.: *Prohibiciones testamentarias de disponer,* Bosch, Barcelona, 2003.

Martínez Vázquez de castro, L.: *Pago y transmisión de la propiedad (el artículo 1160 del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1990.

Mingorance Gosálvez, M.C.: *Las prohibiciones testamentarias de disponer*, Academia Sevillana del Notariado, Sevilla, 1999.

Moxó Ruano, A.: "Propiedad limitada: Prohibiciones de disponer", en Colegio Notarial de Barcelona, *Propiedad y matrimonio. Conferencias de los cursillos de los años 1948 y 1949*, Barcelona, 1956.

Núñez Boluda, M.D.: *"Comentario a la STS de 4 de junio de 1990"*, *CCJC,* núm.23, 1990.

Ríos Mosquera, A.: "La prohibición de enajenar en el Registro", *RCDI,* núm.4, año 1, abril, 1925.

Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral,* tomo IV, 1906-1916, Bosch, Barcelona, 1953.

Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral*, tomo V, 1917-1924, Bosch, Barcelona, 1953.

Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, j.: *Jurisprudencia Registral*, tomo VI, 1925-1929, Bosch, Barcelona, 1953.

Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral*, tomo VII, 1930-1939, Bosch, Barcelona, 1953.

Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral*, tomo IX, 1951-1963, Bosch, Barcelona, 1967.

Roca Sastre, R.M. y Molina Juyol, J.: *Jurisprudencia Registral*, tomo XI, 1964-1977, Bosch, Barcelona, 1967.

Roca Sastre, R.M., y Roca-sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario,* tomo II, Bosch, Barcelona, 1979.

ROCA TRÍAS, E.: "Comentario al artículo 117 de la Compilación Catalana", en ALBADALEJO GARCÍA, M. (DIR.).: *Comentarios del Código Civil y compilaciones forales,* tomo XXVIII, vol. 1, EDERSA, Madrid, 1982.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil,* tomo III, 2º ed., Rivadeneyra, Madrid, 1910.

SÁNZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario,* Tomo II, Reus, Madrid, 1953.

TALÓN MARTÍNEZ, F.T.: "Prohibiciones convencionales de disponer", *RJC,* año LIII, núm.1, enero-febrero 1954.

VON THUR, A.: *Teoría general del derecho civil alemán, vol. II los hechos jurídicos,* trad. por Tito Ravá, Marcial Pons, Madrid, 2005.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SOFTWARE A TRAVÉS DE LAS INVENCIONES IMPLEMENTADAS POR ORDENADOR

THE LEGAL PROTECTION OF SOFTWARE THROUGH COMPUTER-IMPLEMENTED INVENTIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2868-2897

Edgar SAIZ
AZNAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de octubre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Con el surgimiento del software como industria independiente a finales de los años sesenta, se inició un debate respecto de cuál era la mejor disciplina jurídica para su protección. El presente artículo parte del análisis crítico del estado actual de protección de los programas de ordenador mediante los derechos de autor y su eficacia para la protección de este tipo de activos. A continuación, se aborda el estudio de la posibilidad de proteger los programas de ordenador mediante las llamadas invenciones implementadas por ordenador, para concluir si es posible lograr una protección eficaz del software a través de este cauce y en qué medida las mismas pueden llegar a constituir una patente de software.

PALABRAS CLAVE: Programas de ordenador; invenciones implementadas por ordenador; patente de software; protección de la funcionalidad; requisitos de patentabilidad.

ABSTRACT: *With the emergence of software as an independent industry in the late 1960s, a debate began as to the best legal discipline for its protection. This article starts with a critical analysis of the current state of copyright protection of computer programs and its effectiveness for the protection of this type of asset. It then examines the possibility of protecting computer programs by means of so-called computer-implemented inventions, in order to conclude whether it is possible to achieve effective software protection through this channel and to what extent these inventions can constitute a software patent.*

KEY WORDS: *Computer programs; computer-implemented inventions; software patents; protection of functionality; patentability requirements.*

SUMARIO.- INTRODUCCIÓN.- II. LA PROTECCIÓN DEL SOFTWARE MEDIANTE LOS DERECHOS DE AUTOR. ¿SON LOS DERECHOS DE AUTOR UNA FORMA DE PROTECCIÓN ÓPTIMA?.- 1. Ineficiencias de la propiedad intelectual en la protección y gestión del software.- III. LA PATENTABILIDAD DEL SOFTWARE.- 1. Argumentos a favor de la patentabilidad.- 2. Argumentos en contra de la patentabilidad.- IV. LA PATENTABILIDAD DEL SOFTWARE EN EUROPA.- V. LOS REQUISITOS DE PATENTABILIDAD DE LAS INVENCIONES IMPLEMENTADAS POR ORDENADOR: LAS DECISIONES DE LA OFICINA EUROPEA DE PATENTES.- 1. Requisitos de patentabilidad e invenciones implementadas por ordenador.- 2. La patentabilidad del software a través de las invenciones implementadas por ordenador. Teoría del medio más función. La patente de conjunto.- 3. Los iniciales Caso VICOM (T208/84), Caso Kock & Sterzel (T26/86), Caso IBM (T1173/97) y Patente EP954909 sobre compresión audio mp3.- 4. Algunas patentes de invenciones implementadas por ordenador concedidas por la OEP y OEPM.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La expansión y uso de la tecnología está suponiendo una auténtica transformación de la práctica totalidad de los sectores productivos de la sociedad. Esta revolución tecnológica, o digitalización, se está viendo potenciada por criterios de eficiencia y productividad, así como por las nuevas formas de interacción sociales (redes sociales), lo que está promoviendo que parte de la inversión privada y pública, que antes se canalizaba a otros sectores, vea en el sector tecnológico y la sociedad de la información interesantes inversiones, con la consiguiente expansión de estas industrias.

Esta digitalización no sería posible sin el papel de las TIC, entendidas como el conjunto de servicios, aplicaciones y tecnologías que se transmiten a través de redes. Se calificaron como TIC la telefonía (fija y móvil), el correo electrónico, los sistemas de transferencia de archivos, y en especial Internet, como medio necesario para que todos los equipos puedan estar conectados (entendiéndose por equipos tanto los teléfonos, como los ordenadores) [1].

En el mundo de las TIC los programas informáticos se configuran como el conductor, el medio a través del cual las diferentes tecnologías ejecutan sus funcionalidades, por lo que se tornan uno de los elementos sustanciales en la nueva era de la digitalización, ya que sin los mismos no se podrían hacer funcionar éstas. De esta forma, el software, como elemento innovador, así como elemento

1 Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo: *Tecnologías de la Información y de la Comunicación en el ámbito del desarrollo. El papel de las TIC en la política comunitaria de desarrollo* COM (2001) 770 FINAL, 12/12/2001, publicado en el DOCE, ref: EURLEX 52001DC0770.

• Edgar Saiz Aznar
Prof. Derecho Mercantil, Universidad Internacional de Valencia (VIU), Abogado. Correo electrónico: edgar.saiz@sanzsolermann.com

necesario en muchas ocasiones para la consecución de estas invenciones, se torna un bien inmaterial digno de protección[2].

En el artículo 96.1 LPI se definió los programas de ordenador como: "toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquier que fuere su forma de expresión y fijación".

Es a juicio de este autor el incremento de valor que está experimentando el software, lo que hace necesario reabrir el debate en torno a la mejor forma de protección de este activo, y estudiar uno de los aspectos que parecía cerrado hasta este momento en la doctrina jurídica: la patentabilidad del software como forma de protección reforzada.

En este sentido, si bien es pacífico que el software está actualmente protegido por los derechos de autor, y excluida su patentabilidad por la LP y el CPE, la actual doctrina de la OEP en torno a la patentabilidad de las invenciones implementadas por ordenador, y su mayor laxitud en la aplicación restrictiva de las exclusiones de patentabilidad de los arts. 4 LP y 54 CPE, nos llevan a observar que es posible la protección de éste mediante la patentabilidad de las funciones o procesos que ejecuta. Esta protección podría calificarse como una protección indirecta, la cual, sin embargo, puede servir para obtener un monopolio exclusivo y excluyente sobre un software determinado.

II. LA PROTECCIÓN DEL SOFTWARE MEDIANTE LOS DERECHOS DE AUTOR. ¿SON LOS DERECHOS DE AUTOR UNA FORMA DE PROTECCIÓN ÓPTIMA?

En Europa, el reconocimiento expreso de la Propiedad Intelectual (PI) como medio para proteger el software no surgió hasta los debates con motivo de la aprobación del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT) en 1996. De esta forma, se recogió expresamente en el artículo cuarto WTC que los programas de ordenador estarán protegidos en cualquiera de sus formas como obras literarias, en el marco de los dispuesto en el artículo dos del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886. Es decir, escogió la PI como forma óptima, por el hecho de considerar que

2 Guerrero Gaitán, M.: "Aspectos globales de la patentabilidad de las invenciones implementadas por ordenador. estado actual y nuevas perspectivas", *Revista La Propiedad Inmaterial,* 2007, n. 10-11, p. 117-148: "Tampoco hemos de olvidar la rápida evolución de la industria del software en esta última década, que la ha convertido en uno de los intangibles de mayor utilización del mundo, y por ende de mayor valor económico. Los programas de ordenador constituyen una creación intelectual que debe ser protegida, y si bien los derechos de autor se han configurado como el sistema más idóneo, no en pocas ocasiones se ha intentado y se intenta la protección de estos a través de una patente de invención".

la plasmación del software a través del código fuente y objeto, era una expresión original, aún matemática, que lo hacía digno de ser considerado una obra[3]. Desde el principio esta decisión contó con fuertes críticas por parte de la doctrina[4].

Por su parte, el legislador europeo, siendo consciente de que los programas de ordenador no encajaban en el concepto tradicional de obra literaria, artística o científica, como paradigma de objeto de protección de la PI, centró sus esfuerzos en dotar a la PI de las reformas necesarias que la hicieran apta para la protección de los derechos de los creadores de software. Así pues, en el ámbito europeo se publicó la Directiva 91/250/CEE de 14 de mayo de 1991 sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, la cual fue objeto de transposición al ordenamiento jurídico español por la Ley 16/1993 de 23 de diciembre, que motivó la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987.

Así pues, los art. 4 del tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (WCT), y 10 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC-1) de la Organización Mundial del Comercio y 1 de la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, equiparan el software con las obras literarias protegidas por el derecho de autor[5].

1. Ineficiencias de la propiedad intelectual en la protección y gestión del software.

Para poder abordar el tema de la patentabilidad del software, es necesario exponer las ineficacias de la PI en la protección, posterior gestión y explotación de este tipo de activos. Y es que conforme lo dispuesto en el 3.2 LPI, los derechos de propiedad intelectual son compatibles con los de propiedad industrial que puedan recaer sobre la obra.

La primera crítica tiene que ver con la indisponibilidad de determinados derechos para los autores del software. El conjunto de derechos de PI está compuesto por dos tipos de derechos, los derechos patrimoniales o de explotación, y los derechos morales. Los derechos de explotación son expresamente reconocidos al titular de un programa de ordenador en el artículo 99 LPI, donde se reconocen

3 Esta decisión no estuvo exenta de críticas, y hoy en día siguen surgiendo voces discrepantes que consideran que la propiedad intelectual goza de ciertas ineficacias no solo en la protección del software frente a infracciones de terceros, sino también en lo que respecta a la explotación económica de estos derechos. De igual manera, existe parte de la doctrina que considera que los mismos están protegidos por esta disciplina casi de manera accidental, y se ha tenido que "forzar" mucho la PI para dar cabida como obra a los programas de ordenador, al presentar estos un carácter suigéneris muy diferente a las obras literarias o artísticas, por lo que son muchos los autores que se han mostrado partidarios de llevar a cabo una revisión del marco jurídico actual.

4 Entre otros, Castán Pérez-Gómez, A.: "Perspectivas actuales en la protección de los programas de ordenador", *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, núm. 1ª, pp. 15-130.

5 Sanjuan y Muñoz, E; Campuzano Laguillo, A B.: *Guía de Propiedad Industrial e Intelectual*, Sepin, 1ªed, Madrid, 2019.

los derechos de reproducción, transformación, y de distribución pública. Desde un inicio se planteó la duda en relación con la transmisión de tales derechos, la cual en el ámbito continental debe realizarse necesariamente a través del sistema de licencias, frente a la transmisión plena del derecho de explotación que sí existe en el ámbito anglosajón, cuestión especialmente problemática en relación con los programas de ordenador por encargo o a medida[6].

Con todo ello, es evidente que en este aspecto el sistema de patentes se torna mucho más eficiente para la explotación económica del software, en tanto que permite a su autor optar por la transmisión plena, la compraventa o la licencia. Y es que si partimos de la base de que el sistema de transferencia de derechos de PI se articuló sobre la base de que el autor es la parte débil[7], en el ámbito de software parece que tal consideración no encaja, puesto que los creadores de software son en su gran mayoría personas jurídicas, y en muchas ocasiones grandes corporaciones.

Otra de las cuestiones que no fueron aclaradas o matizada por el legislador, y que suscita dudas prácticas, es la existencia de derechos morales en los titulares de programas de ordenador, así como la delimitación del alcance que estos derechos tienen en los creadores de software. Los derechos morales son irrenunciables e inalienables por parte de sus titulares. Así lo establece el artículo 14 LPI. Esta indisponibilidad de los derechos morales, en el caso del software, se torna como una clara traba en la comercialización de estos productos, al no poder logar una desvinculación total, aún vía licencia, con el autor de éste.

La segunda de las críticas a destacar es la relativa al alcance de la protección otorgada por los derechos de autor. Los derechos de autor solo protegen la plasmación de las ideas, pero no las ideas en sí. Esto implica que una misma idea plasmada de forma diferente no tiene por qué implicar una violación de los citados derechos. A sensu contrario, el alcance de la patente en este aspecto es superior. Si bien la patente no protege tampoco las ideas, sí protege los procesos, medios, y formas en las cuales se alcanza un determinado resultado, es decir, impide el uso de la invención patentada, lo cual es un concepto mucho más amplio.[8]

Pero sin duda, la mayor ineficiencia de los derechos de autor en la protección del software que hace que se busque la protección de estos mediante otras disciplinas,

6 En los programas informáticos por encargo, que se crean a modo contrato de obra, surge la duda de si el comprador, adquiere a título originario, como pleno propietarios los derechos de propiedad intelectual, o si ha de ser considerado un licenciatario. En "STS de 12 diciembre de 1988", en un supuesto de encargo de un programa informático, se reconoció que el comprador era titular originario de los derechos de autor de este. Esta sentencia no ha sido replicada en ulteriores pronunciamientos.

7 Sanjuan y muñoz, E; Campuzano Laguillo, A B.: *Guía de Propiedad Industrial e Intelectual,* cit., p. 15.

8 Hart, R. Holmes, M.; Reid, J.: *The Economic Impact of the Patentability of Computer programs*, documento presentado por petición de la Comisión Europea e 19 de octubre de 2000. Disponible en http://www.cr-international.com/home 3787.html.

tiene que ver con el alcance de protección que otorga la PI a los programas de ordenador. La protección otorgada no alcanza a las funcionalidades de estos. La PI, al igual que el copyright, prohíben que se copie una solución existente, pero no prohíben un desarrollo independiente que alcance una solución alternativa para alcanzar esas funcionalidades[9] [10].

Por tanto, la PI no protege ideas ni funcionalidades, sino la plasmación en un soporte de un determinado código fuente, objeto, y manual explicativo, que en su conjunto constituyen el programa de ordenador. Al no proteger las funcionalidades como tal, por muy novedosas que las mismas resulten, cualquier tercero puede, mediante una programación diferente alcanzar funcionalidades idénticas. Para alcanzar este fin, incluso se puede observar el programa originario para extraer las ideas que lo conformaron[11].

Esta circunstancia es la que hace que las grandes corporaciones del software intenten en numerosas ocasiones la protección vía propiedad industrial, como complemento a la propiedad otorgada por los derechos de autor, y con la finalidad de conseguir una mayor protección de las funcionalidades del software, sobre todo si dicho software interacciona con una máquina externa tal como un teléfono móvil, un televisor, etc. Y es que la patente, a diferencia de los derechos de autor, sí que prohíbe que se pueda implementar de forma equivalente cualquier desarrollo técnico idéntico, es decir, imposibilita cualquier solución alternativa, lo que puede ser aprovechado como un monopolio bloqueante sobre determinadas funcionalidades.

III. LA PATENTABILIDAD DEL SOFTWARE.

Los debates surgidos en torno a la patentabilidad del software surgieron en EEUU por la década de los años sesenta. En Europa, el debate en torno a la patentabilidad del software surgió con posterioridad, con motivo de la aprobación de tres textos legales:

9 La SAP Madrid 18 Enero 2019 (Roj: SAP M 2366/2019), con remisión a la STJUE 22 diciembre 2010, Bezpecnostní softwarová asociace, C-393/09 y STJUE 2 de mayo 2012, SAS Institute Inc, C-406/10 , estableció que "el objeto de protección de los programas como PI lo encontramos en el artículo 96 LPI, y conforme al mismo, el objeto de la protección abarca el programa de ordenador en todas sus formas de expresión, tales como el código fuente y el código objeto, que permiten reproducirlo en diferentes lenguajes informáticos, añadiendo que el término programa de ordenador también designa el trabajo preparatorio de concepción que conduce al desarrollo de un programa, siempre que su naturaleza sea tal que más tarde pueda originar un programa de ordenador".

10 La STJUE 2 mayo 2012, SAS Institute Inc, C-406/10, estableció que "ni la funcionalidad de un programa de ordenador ni el lenguaje de programación o el formato de los archivos de datos utilizados en un programa de ordenador para explotar algunas de sus funciones constituyen una forma de expresión de tal programa en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 91/250", y es por ello que "carecen de la protección del derecho de autor sobre los programas de ordenador en el sentido de esta Directiva".

11 En este aspecto nos remitimos al límite de los derechos de autor recogido en el art. 100.3 LPI. El límite de ingeniería inversa, y la explicación efectuada.

En primer lugar, con motivo de las discusiones para la aprobación del CPE en 1978. En este primer texto se optó por cerrar la vía a la patentabilidad del software, mediante la introducción en el artículo 52.a del CPE, donde se establece que el software no es patentable al no considerarse una invención. Sin embargo, en el artículo 52.3 CPE se recogió una excepción, al establecer que solo quedaban exceptuados de patentabilidad si se pretendía la patentabilidad de éstos como tal. Surgen así las llamadas invenciones implementadas por ordenador. Esta excepción, fue trasladada a muchas legislaciones nacionales, como la española, donde aparece recogida en el art. 4 de la LP.

El segundo momento fue en las discusiones que se llevaron a cabo en la década de los ochenta, donde los delegados de los más de 150 países de la Unión de Berna, reunidos en Ginebra, debatieron al respecto. Ya en los primeros documentos, germen del tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT), se recogió el software como elemento protegible por los derechos de autor.

El tercer momento fue con motivo de los debates en torno a la propuesta de Directiva Europea de patentabilidad del software en el año 2002 antes expuesta.

Las voces en contra de la patentabilidad del software surgieron desde el inicio de los debates, a finales de los años ochenta, principios de los noventa, si bien tomaron mayor fuerza en el ámbito europeo con motivo del debate de la Directiva sobre patentes de software en el año 2002. Es en este momento cuando surgieron claramente las posiciones pro-patentes, y en contra de esta.

A favor de la patente encontramos a los siguientes operadores: la OEP-la cual ya venía admitiendo un importante número de patentes de software a través de las invenciones implementadas por ordenador-; asociaciones como Digital Europe constituida bajo el nombre European Information and Communications Technology Industry Association (EICTA) formado por grandes multinacionales de la industria digital, y que actúa como lobby en el marco de las instituciones europeas; CompTIA y algunos profesionales del ámbito de las patentes; Multinacionales de software (como Alcatel, Siemens, Thomson Multimedia, Dassault, Matra, Thales, Microsoft, e IBM), Unión de Industrias de la Unión Europea (UNICE), la Asociación Europea de la Industria de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (EICTA, los agentes de patentes, EEUU, y Japón. Todos estos reniegan de la escasa protección que otorgan a sus programas los derechos de autor, y miran al sistema de patentes como la forma idónea de protección, así como el medio para expandir su posición de dominio en el mercado del software.

En contra de la patentabilidad del software podemos destacar, entre otros: a la mayoría del mundo académico; profesionales del software, institutos académicos, y colegios profesionales como ATI, AI2, COEIC, RITSI, CCOO, PROSA, etc; las

patronales de PYMES como UEAPME o CEAPME; la mayoría política de la Comisión y del Parlamento Europeo; los defensores del software libre, FSF (FreeSoftware Fundation), FFII (Foundation for a Free Information Infrastructure),Hispalinux, Eurolinux Alliance, Comité de Regiones de la UE, ProInnova, etc. Estos, por lo contrario, ven la patentabilidad del software como un sistema que serviría para acabar con la creación e innovación de la industria, e implicaría que el mercado europeo, dominado por PYMES[12], pasará a manos de unas pocas multinacionales.

1. Argumentos a favor de la patentabilidad.

El primero de los argumentos esgrimidos a favor de permitir la patentabilidad del software es que el sistema de patentes otorga una protección más fuerte para su creador o titular de derechos. Esta mayor protección viene principalmente dada por que el objeto de protección es más amplio que en el sistema de propiedad intelectual, y parece ser más acorde al carácter sui generis del software. Y es que la PI, al igual que el copyright, prohíbe que se copie una solución existente, pero no prohíben un desarrollo independiente que alcance una solución alternativa para alcanzar esas funcionalidades. La patente, por el contrario, sí que prohíbe que se pueda realizar de forma semejante cualquier desarrollo técnico, es decir, impide cualquier solución alternativa.

El segundo de los motivos es el relativo a las invenciones generadas en el seno de una empresa. Si comparamos la regulación de la propiedad intelectual, y la de patentes, parece que el sistema de patentes es más acorde al carácter del software, en tanto que el artículo 15.1 LP establece de una manera más clara y directa, que las invenciones creadas por el trabajador pertenecen al empresario, restringiéndose sustancialmente los derechos del trabajador.

El tercero de los motivos, de gran peso, reside en el hecho de que en la normativa de propiedad industrial no existe restricción alguna a la libre explotación de la patente. La patente puede comprarse, venderse, licenciarse, y se puede conseguir una adquisición originaria sin que exista traba legal alguna. Por el contrario, la distinción en el sistema de PI de derechos morales, y derechos patrimoniales, y la indisponibilidad de estos derechos, dificulta la explotación económica. La LP otorga por tanto una mayor facilidad para transmitir los derechos de explotación, así como para ejercitarlos.

El cuarto de los motivos es el que advertimos anteriormente, y es que el título de propiedad industrial, al ser un título de propiedad otorgado por un Estado, goza de presunción de validez hasta que una autoridad, en este caso judicial,

12 Entendiendo por estas según definición efectuada en la Recomendación 2003/361/CE, de la Comisión de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas. *Diario Oficial de la Unión Europea de 20 de mayo de 2003*.

declare lo contrario. Esto implica situar al titular en una posición de fuerza en caso de conflicto, al recaer buena parte de la carga de la prueba en el infractor. Por el contrario, en el sistema de PI, al no existir título constitutivo, en caso de infracción por parte de terceros, es el titular de los derechos el que tiene que acreditar en primer lugar que su obra goza de los requisitos necesarios para ser protegida por la PI, y con posterioridad acreditarla infracción. El esfuerzo probatorio es por tanto doble.

2. Argumentos en contra de la patentabilidad.

En contra de la patentabilidad del software se fijaron muchos y muy sólidos motivos. Un primer bloque de dichos motivos es de carácter técnico, o jurídico, y ha sido la doctrina la encargada de ponerlos de relieve. Un segundo bloque se integra por motivos de carácter económico, o de política legislativa, los cuales han sido la pequeña industria y las asociaciones de software libre quienes los han divulgado. Nos centraremos con detalle en este segundo bloque, en tanto que, a juicio de este autor, fueron estos, y no tanto el carácter sui generis o próximo a las matemáticas del software, los que llevaron al legislador europeo, y posteriormente al legislador nacional, a restringir sustancialmente la patentabilidad del software.

Dentro de los motivos propiamente jurídicos, la doctrina ha venido destacando los siguientes: En primer lugar, la LP otorga periodos de protección más cortos que la PI. Y es que mientras la PI concede protección durante setenta años para el caso de personas jurídicas, contados a partir del uno de enero del año siguiente al de su divulgación lícita, o bien toda la vida del autor, y setenta años después de su muerte en el caso de que el autor sea persona física[13]; la LP solo concede el monopolio de explotación durante 20 años improrrogables[14].

El segundo de los motivos tradicionalmente expuesto por la doctrina tiene que ver con el coste de obtención y su mantenimiento, así como con el tiempo de obtención de la patente. Mientras que la protección por PI no requiere de concesión o registro alguno, al ser una protección otorgada legalmente que no requiere de concesión administrativa, la obtención de una patente suele demorarse unos tres años, y si bien si posteriormente es concedida tiene efectos retroactivos desde la solicitud, lo bien cierto es que no se goza de protección plena hasta que se produce la efectiva concesión de esta.

13 Art. 26 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Boletín Oficial del Estado de 22 de abril de 1996, núm. 97.

14 Art. 58 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes. Boletín Oficial del Estado de 26 de marzo de 1986, núm. 73, p. 11188.

La tercera de las cuestiones es la limitación geográfica de la protección en la patente. Esta limitación implica que, si una persona desea obtener una patente en más de un país, deberá realizar trámites de concesión en todos y cada uno de dichos países, con la consiguiente inversión económica y su demora en el tiempo.

Expuesto lo anterior, y como dijimos, la mayoría de los motivos en contra de la patentabilidad del software no son motivos jurídicos, sino económicos y de política legislativa. Quienes están en contra de la patente consideran que una mayor apertura a la patentabilidad potenciaría la concentración en grandes multinacionales, y desincentivaría la producción de software. En Europa se ve como una clara amenaza al sector de producción del software por parte de las multinacionales de EEUU. Y es que, si en EEUU existe una fuerte concentración empresarial, en la UE el mercado está dominado por PYMES, siendo un mercado muy atomizado.

Aquello que se posicionan en contra de la patentabilidad, parten su análisis de la finalidad de las patentes, para poner de relieve que, en el caso de software, los principios que justificaban los motivos de concesión de ese monopolio exclusivo no se daban en el caso de los programas de ordenador. Una patente tiene que servir para: 1) Incrementar el nivel de competitividad de una determinada industria, 2) Alcanzar una protección eficaz que proteja los resultados de una investigación en la que se ha invertido tiempo y recursos, 3) ser un elemento impulsor de la innovación tecnológica y la innovación, fomentando el desarrollo tecnológico[15].

Destacan igualmente que la industria del software es muy diferente a otros sectores en las cuales la patentabilidad se torna fundamental, como la industria farmacéutica, de automoción o aeronáutica. A diferencia de estas industrias, la del software tiene unos costes en investigación y producción sustancialmente más bajos, siendo el coste más alto que soporta el de desarrollo[16]. A esto se une el hecho de que los programas de ordenador nacen de las ideas, y pasan directamente al diseño y producción; asimismo que el software pertenece al mundo de lo abstracto, no físico; que un software puede tener cientos de utilidades; y que se trata de un mercado donde la innovación es mayor cuantos más programas se producen, otorgar monopolios exclusivos de explotación vía patentes, donde el alcance de protección cubre también la posibilidad de desarrollar alternativas funcionales a una misma utilidad, conllevaría consecuencias económicas desastrosas según los que mantienen esta posición.

15 Barrionuevo, A.: Comunicación: "Patentes de Software monopolio de ideas", *Fundación por una infraestructura de Información Libre* (FFII), 2005. Disponible en http://www.ub.edu/centredepatents/pdf/doc_dilluns_CP/barrionuevo_patentessoftware.pdf

16 Hardings, J.: "Efectos de las Patentes de Software", *Centro de Software Libre*, 2010. Disponible en: https://www.hardings.cl/publications/hardings2003patentes.pdf

Por último, se incluye un argumento situado en la órbita del Derecho de la Competencia atendiendo a los actores que integran el mercado del software: los pequeños productores, los grandes productores, y los parásitos de patentes -los cuales solamente se limitan a la obtención de patentes para su posterior venta o cesión-. Con esta fragmentación de mercado, y teniendo en cuenta la fuerte diferencia de recursos económicos entre pequeños productores y grandes productores, la patentabilidad del software conllevaría que los grandes productores neutralizaran las patentes de los pequeños productores. Los grandes productores centrarían sus esfuerzos en adquirir patentes de las pequeñas empresas, bien comprándolas, o pleiteando con ellas para conseguir una expulsión del mercado. Esto llevaría a una concentración en grandes empresas, con un fomento de las posiciones monopolísticas, y un hundimiento de los pequeños productores de software, los cuales carecen de fondos, de competencias jurídicas, y de cartera de patentes que intercambiar, lo que les imposibilitara competir en igualdad de condiciones con las grandes corporaciones[17].

Como se puede observar, aquellos que mantienen una posición en contra de la patentabilidad lo hacen no porque desde un punto de vista jurídico consideren que no es el medio idóneo, sino porque ven la patentabilidad de los programas de ordenador como una amenaza a la industria, a la pequeña y mediana industria, en favor de las grandes corporaciones del software, principalmente de EEUU y Japón.

IV. LA PATENTABILIDAD DEL SOFTWARE EN EUROPA.

La protección del software, al igual que las bases de datos, siempre ha sido objeto de estudio y discusión en el seno de la Unión Europea, y de sus instituciones. La importancia de esta industria fue puesta de manifestó por el impacto que ésta tiene en el seno de la UE, estimándose en el año 2017 por la Comisión Europea que solo en 2009 el impacto económico de esta industria fue de 229 billones de euros[18].

El primer problema respecto la patentabilidad del software fue si los programas pueden ser considerados invenciones o no. Las disposiciones de patentes no dan una definición al respecto de qué es una invención. El Tribunal Supremo de EEUU las definió como "una regla para una acción sistemática mediante la aplicación de las fuerzas de la naturaleza controlables para alcanzar un resultado perceptible

17 Hardings, J.: "Efectos de las Patentes de Software", *Centro de Software Libre*, cit., p. 7.

18 *Vid* https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/economic-and-social-impact-software-and-services-competitiveness-and-innovation

causal que sea la inmediata consecuencia de las fuerzas naturales controlables sin una etapa intermedia de la inteligencia humana"[19].

En un primer momento, y a diferencia de EEUU donde no existía una exclusión específica para el software como tal, en Europa se optó por establecer la exclusión de patentabilidad del software de forma expresa al considerar que no era una invención, y así se recogió en el artículo 52.2c) del CPE.

La exclusión del software se llevó a cabo por la vía de no considerarlo invención. Sin embargo, algunos autores consideraron que "la exclusión consagrada en el Tratado de Cooperación en materia de patentes (PCT) nada tenía que ver con la patentabilidad de las invenciones implementadas por ordenador, puesto que el PCT es meramente una herramienta de tipo formal para la simplificación de los trámites tendentes a la obtención de una patente en diferentes países. Se excluyó por considerar que existía una dificultad para llevar a cabo el examen de fondo"[20].Otros autores apuntaron que tal exclusión también fue establecida por la creencia de la doctrina jurídica europea de que el carácter singular del software, más parecido a una expresión matemática con carices literarios (código fuente, código objeto, etc.), debía ser protegido por los derechos de autor y no a través de patentes.

Esta situación europea de exclusión del software no tuvo un reflejo tan claro en el CPE. En su artículo 52 se excluyó la patentabilidad del software, si bien en el apartado 3 del referido artículo se estableció una salvaguarda que ha permitido y permite la patentabilidad de las invenciones implementadas por ordenador, y es que las exclusiones enumeradas solo quedan excluidas en tanto se intenten patentar como tales, pudiendo ser por tanto patentables si forman parte de un conjunto mayor que cumpla los requisitos de patentabilidad. Esta excepción a la exclusión es la que dio lugar a las llamadas invenciones implementadas por ordenador que son objeto de estudio en este artículo.

Por ello, a raíz del Libro verde sobre la patente comunitaria y el sistema de patentes de Europa del año 2000, la Comisión Europea, publicó en 2002 la Propuesta de Directiva Europea de patentabilidad del software.

La propuesta de Directiva tuvo una excelente acogida por parte de la Oficina Europea de Patentes, así como los profesionales, y las grandes empresas productoras de software. Sin embargo, encontró una fuerte oposición del

19 Coripio gil-delgado, M.R.: "Las reivindicaciones de patentes a la luz de la propuesta de Directiva sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas por ordenador", *Boletín de la facultad de derecho UNED*, núm. monográfico, 23, 2003.

20 Guerrero Gaitán, M.: "Aspectos globales de la patentabilidad de las invenciones implementadas por ordenador. Estado actual y nuevas perspectivas", cit., pp. 117-148.

movimiento de software libre, que consideraba que esta Directiva buscaba aproximar a la patentabilidad del software a EEUU, lo que en definitiva produciría monopolios que afectarían al desarrollo y creación de software en el mercado europeo.

La Directiva fue rechazada ampliamente por el Parlamento Europeo, en tanto que, a la propuesta inicial del Consejo, se formularon multitud de enmiendas que provocó que la redacción final resultase un texto muy diluido y poco adecuado, que no satisfacía siquiera a los partidarios de ésta, y por otro lado, tampoco agradaba a aquellos que estaban en contra, en tanto se mostraban contrarios a cualquiera texto que hablara de la patentabilidad del software.

Actualmente se puede decir que en Europa no existe una armonización legislativa que regule la patentabilidad del software, y si bien todas las legislaciones excluyen el software como invención patentable por haber adoptado la fórmula del CPE, algunos países, como España, permiten la patentabilidad de las invenciones implementadas por ordenador:

En concreto, el artículo 4.5 de la LP establece que las exclusiones indicadas solo lo son en la medida en que se intente patentar las mismas como tal. Por tanto, si una invención incluye una materia no patentable (tal como software) pero en su conjunto cumple los requisitos de novedad, actividad inventiva, y aplicabilidad industrial, de tal manera que la misma, aún ejecutada por un software, produce un efecto técnico adicional, el programa sería patentable, en la forma de patente de invención implementada por ordenador[21].

V. LOS REQUISITOS DE PATENTABILIDAD DE LAS INVENCIONES IMPLEMENTADAS POR ORDENADOR: LAS DECISIONES DE LA OFICINA EUROPEA DE PATENTES.

Por invención implementada por ordenador hemos de entender aquella en la que una o más de sus funciones se llevan a cabo total o parcialmente gracias a un programa de ordenador[22].

En Europa actualmente se siguen concediendo multitud de patentes de invenciones implementadas por ordenador, lo que, en la práctica, y en muchas ocasiones equivale a una concesión de patente sobre un software. En esta apertura juega un papel predominante la OEP, la cual lleva a cabo una interpretación

21 *Vid* apartado V.4, donde detallamos algunos ejemplos de patentes de invenciones implementadas por ordenador.

22 *Vid* Martin Perez, E.: "Protección de las invenciones implementadas en ordenador", Disponible en: http://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/ponen/CursoAPIS/g_ProteccionDeLasInvencionesImplementadasPorOrdenador.pdf

restrictiva de las exclusiones de patentabilidad del Artículo 52 (3) CPE. Según las directrices de la OEP, la materia o las actividades de la lista solo se excluirán si la solicitud de patente europea las tiene por objeto como tales. Esta posición de la OEP ha sido duramente criticada por aquellos que ven la patentabilidad como una amenaza, llegando incluso a admitir que la OEP está contraviniendo los textos legales[23].

Sin embargo, en 2005, la Organización Europea de Patentes (OEP) ya había concedido más de treinta mil patentes relacionadas con los programas informáticos y, actualmente, las invenciones implementadas en ordenador son objeto de aproximadamente el 35% de las solicitudes de patentes europeas[24].

1. Requisitos de patentabilidad e invenciones implementadas por ordenador.

A) Invención.

En primer lugar, el programa de ordenador debe ser una invención -o, formar parte de una invención-[25]. Uno de los problemas iniciales que surgieron fue el debate acerca de si los programas de ordenador pueden considerarse o no invenciones.

Dado el carácter inmaterial de los programas de ordenador, muy próximo a los algoritmos o fórmulas matemáticas, se argumentó que los mismos nunca podrían considerase invenciones, en tanto no actuaban sobre las fuerzas de la naturaleza. Este problema surgió en el debate de la frustrada Directiva de Patentes de Software, por lo que en su artículo 3 se obligaba a todos los estados a considerar que las invenciones implementadas por ordenador formaban parte de un campo de la tecnología[26]. Este bache ha sido salvado por las invenciones implementadas por ordenador, por cuanto que para que las mismas funcionen requieren de un ordenador, red u otro aparato, pasando de ser algo inmaterial, a convertirse en algo inmaterial capaz de interactuar con algo físico.

En este aspecto la OEP ha mostrado una posición bastante laxa, al considerar que todas las invenciones implementadas por ordenador tienen carácter técnico por cuanto todas ellas se ejecutan en una máquina[27].

23 Barrionuevo, A.: Comunicación: "Patentes de Software monopolio de ideas", cit.

24 Barrionuevo, A.: "Patentes de software, situación tras el rechazo europeo", *Novatica. Revista de la asociación de técnicos de informática*, 2006, núm. 179.

25 Por invención, como señalan Novoa, Botana y Otero (2017, p.101) debe entenderse: "una creación del intelecto humano consistente en una regla para el obrar técnico, no conocida, que indica determinados medios para la actuación sobre las fuerzas de la naturaleza y de la que deriva un resultado directamente aplicable en la industria"

26 Coripio Gil-Delgado, M.R.: "Las reivindicaciones de patentes a la luz de la propuesta de Directiva sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas por ordenador", cit., p. 327.

27 Decisión T-0931/1955 de 8 de septiembre de 2000.

B) Novedad.

Una invención implementada por ordenador será novedosa cuando, desde un punto de vista objetivo, no esté comprendida en el estado de la técnica. El análisis de novedad es diferente al de los derechos de autor, donde se analiza la originalidad desde un punto de vista subjetivo, es decir, que la obra sea creación intelectual de su autor, y no una copia de otra.

Por estado de la técnica hemos de considerar, conforme dispone el artículo 6.2 LP "todo lo que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente se ha hecho accesible al público en España o en el extranjero por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio".

Las anterioridades relevantes que puedan destruir el carácter novedoso de la invención solo serán aquellas en las cuales, la anterioridad, por si sola, sea suficiente para que un experto en la materia pueda poner en práctica la invención solicitada[28]. Esto lleva a que la anterioridad debe ser sustancialmente parecida, y que abarque por tanto idénticos elementos, funciones y resultados que la invención que se solicita[29].

C) Actividad inventiva.

Este quizá sea el requisito más difícil de apreciar, y a su vez el más sustancial en las invenciones implementadas por ordenador. Para que una invención implementada por ordenar se entienda que tiene actividad inventiva es necesario que forme parte de un proceso más amplio afectado por aquel, es decir, que implique un proceso técnico, y que el mismo revista una contribución al estado de la técnica actual, que no resulte de una manera evidente para un experto en la materia.

Aplicado a las invenciones implementadas por ordenador, si tenemos en cuenta que el programa de ordenador está formado por código fuente y código objeto, es difícil que el software como tal supere el requisito de actividad inventiva. El lenguaje de programación es bastante conocido y común entre los expertos entre la materia, por lo que, en la mayoría de los casos, fácilmente reproducible por un experto. En este aspecto, de las diferentes fases de elaboración del software, solo la segunda fase, la elaboración de un análisis orgánico que consiste en encontrar los medios que permitan responder a las necesidades, puede ser

28 En relación con la búsqueda de anterioridades relevantes, nos gustaría destacar que uno de los principales problemas que fue advertido de inicio, ya incluso en la jurisprudencia de EEUU sobre la materia, a la hora de conceder una patente que llevara software, es que no existía una base de datos como tal que recogiera o recopilara el software existente. Esto, unido a la escasa experiencia de los técnicos de las diferentes oficinas, llevaba a que no se pudiera llevar a cabo una búsqueda correcta de anterioridades relevantes. Este problema lo podemos dar hoy por superado por la excelente cualificación de los examinadores.

29 Fernández-Nóvoa, C., Otero, J.M. & Botana, M.: *Manual de la propiedad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

susceptible de presentar actividad inventiva. La primera fase, la determinación de las funcionalidades, y la tercera, la traducción en el lenguaje informático, no supondrían actividad inventiva por ser evidentes al estado de la técnica[30].

D) Aplicación industrial.

Este es el elemento diferenciador de las patentes con respecto otras disciplinas[31] La aplicación industrial debe ser convenientemente identificada y descrita por el solicitante en la propia solicitud de la patente. En la descripción se debe indicar el sector a que se refiere, y de qué manera es susceptible de aplicación industrial.

En España, inicialmente la doctrina vino tradicionalmente negando que los programas informáticos tuvieran carácter industrial en tanto que no eran una regla de obrar humano que implicaba las fuerzas de la naturaleza para llegar a un resultado material y concreto[32]. Esta posición doctrinal se vio superada a raíz de la aprobación de los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), de 15 de abril de 1994, en el seno de la Organización Mundial de Comercio. En el artículo 27 ADPIC se estableció que: "A los efectos del presente artículo, todo Miembro podrá considerar que las expresiones actividad inventiva y susceptibles de aplicación industrial son sinónimos respectivamente de las expresiones no evidentes y útiles". Por tanto, si analizamos la aplicación industrial desde el punto de vista de la utilidad, es evidente que los programas de ordenador cumplen el referido requisito.

2. La patentabilidad del software a través de las invenciones implementadas por ordenador. Teoría del medio más función. La patente de conjunto.

De los artículos 3, 96 y 104 de la LPI, así como del artículo 4.3 LP, podemos extraer el principio ya expuesto que, si bien el software no puede ser patentado en sí mismo, en combinación con otros elementos técnicos sí que puede serlo siempre que se cumplan los requisitos de patentabilidad. Podemos por tanto calificar las patentes de invenciones implementadas por ordenador como "patentes de conjunto"[33].

En este sentido, la patentabilidad del software, por su combinación mediante otros medios técnicos, implica el objeto de la patente no es el programa de ordenador, sino a la combinación de una serie de elementos (materiales e inmateriales) que constituyen una invención, novedosa, y con aplicación industrial.

30 Toubol, F.: *El Software: análisis jurídico,* Zavalía, Buenos Aires, 1990, cit., p. 57.

31 Fernández-nóvoa, C., Otero, J.M. & Botana, M.: *Manual de la propiedad industrial,* cit., p. 135.

32 Bercovitz Rodriguez-Cano, A.: *Los requisitos positivos de patentabilidad en el Derecho Alemán (con una referencia final al Derecho españ*ol, Imprenta Saez, Madrid, 1969.

33 Concepto acuñado por Erdozain, J.C.: "Un ensayo sobre algunos aspectos de la protección de los programas de ordenador y su consideración jurídica", *Revista de Propiedad Intelectual,* 2001, núm. 8, p. 64.

Es decir, la patente estará formada por un conjunto de medios más función, donde los dispositivos o elementos materiales serán los diferentes dispositivos, entre los que estará el software, y mediante los cuales se genera una determinada función, es decir, para lo que sirve la patente.

La patente de software se obtiene por tanto por la novedad funcional que aporta el conjunto de elementos técnicos, entre los que estará el software. Se analiza no el programa en sí, sino para lo que sirve, la funcionalidad que se consigue con éste, siendo este carácter técnico novedoso el resultado de la interacción entre el software y los otros medios técnicos.

Esta interacción entre el software y los medios técnicos es fundamental, en tanto que, si por medios técnicos entendemos solamente el mundo físico, nos moveremos en el sentido de entender que solo será patentable una invención implementada por software si interacciona con dispositivos físicos, tales como una máquina, o un proceso industrial. Es importante definir donde se pone el límite, y para esto es importante precisar cuándo se considera que es un programa como tal, o es algo más.

La posición de la OEP fue considerar que los programas de ordenador no solo serán patentables cuando controlen o manejen un proceso industrial, sino también en aquellos supuestos en los cuales el propio ordenador es capaz de producir un efecto técnico que va más allá de la mera interacción entre el equipo y el programa, y que produce una funcionalidad o efecto técnico novedoso, aun cuando no manejen una máquina o proceso industrial.

Este efecto técnico o funcionalidad es lo que algunos autores catalogaron como principio complementario de la patente[34]. El principio complementario implica que la interacción debe producir un determinado resultado, y éste debe revestir determinadas características para que la invención sea patentable. El resultado o función debe suponer una transformación de la realidad, que abarque más allá de la mera interacción del software con la máquina, debiendo trasformar algo existente o interactuar con ello.

3. Los iniciales Caso VICOM (T208/84), Caso Kock & Sterzel (T26/86), Caso IBM (T1173/97) y Patente EP954909 sobre compresión audio mp3.

La postura actual de la OEP en relación con las patentes de programas de ordenador se explica a la luz de las diferentes resoluciones que marcaron la corriente y directrices fijadas por la oficina hasta llegar a la posición actual.

34 Erdozain, J.C.: "Un ensayo sobre algunos aspectos de la protección de los programas de ordenador y su consideración jurídica", cit., p. 60.

La primera ocasión que tuvo la OEP de pronunciarse en relación con las invenciones implementadas por ordenador la encontramos en el caso VICOM. Este fue el asunto T 208/84 VICOM - Invención relacionada con la informática, de fecha 15 de julio de 1986. En esta decisión se analizó la solicitud de patente europea nº 79300903.6 (EP0005954) con el título "Método y dispositivo para el tratamiento mejorado de la imagen digital" y la fecha de solicitud del 22 de mayo de 1979. La invención objeto de esta solicitud de patente, que reivindicaba la prioridad de una anterior patente estadounidense, comprendía un método y un dispositivo para el procesamiento digital de imágenes en el que los puntos de una imagen se representaban en dos secuencias de imágenes bidimensionales que llevaban un método matemático y que, en particular, hacía más rápido el mencionado procesamiento. En esta resolución, la Cámara de apelaciones de la OEPM (TBA) analizaba un recurso interpuesto por el solicitante de la patente frente a la decisión de la oficina examinadora, que rechazó la patente al considerar que la invención consistía sustancialmente en un método matemático, y por tanto se encontraba excluida de patentabilidad.

En este caso, la TBA decidió que, aunque la idea subyacente a la invención consista en un método matemático, si ese método se utiliza en un proceso técnico y una reivindicación se dirige a ese mismo proceso en el que se utiliza el método, no puede considerarse que la invención consista en un método matemático como tal y que lo verdaderamente relevante en el estado de la técnica es la contribución técnica de la invención tal y como se define en las reivindicaciones consideradas en su conjunto. También dejó sentado que si lo que se reivindica es solo el programa informático, o el proceso matemático, en tales casos se entendería que se estaba intentando patentar un programa como tal, y sí que operaría la exclusión del art. 52.2.c) del CPE. Por tanto, lo sustancial a la hora de analizar la patente era ver si la reivindicación tenía carácter técnico.

En la decisión T 26/86 KOCH & STERZEL - Aparato de Rayos X, del 21 de mayo de 1987, la TBA determinó que los objetos que consisten en una combinación de características técnicas y no técnicas resultan patentables.

El requisito de "contribución técnica" acuñado en el caso VICOM fue esclarecido en las decisiones de los llamados casos IBM de 1998 y 1999. En el asunto T 1173/97 IBM - Producto de programa de ordenador, el objeto de la invención de la solicitud de patente europea nº 91107112.4 (EP0457112), del 2 de mayo de 1991, consistía en la resincronización asíncrona de un procedimiento de autorización. En esta solicitud se utilizaron por primera vez reivindicaciones de programas de ordenador como "a computer program producto". La TBA afirmó que un programa informático no tiene carácter técnico por el mero hecho de ser un programa informático, por lo que las modificaciones físicas del hardware

derivadas de la ejecución de instrucciones dadas por los programas informáticos no pueden, por sí mismas, constituir el carácter técnico requerido, ya que tales modificaciones son comunes a todos los programas informáticos, por lo que no serían susceptibles de distinguir un programa informático con carácter técnico de un programa informático como tal. La TBA estableció que, si ese efecto técnico común no puede revelarse, es necesario identificar un efecto técnico adicional, resultante de la ejecución de las instrucciones de un programa. Si este efecto técnico adicional tiene un carácter técnico o resuelve un problema técnico, la invención podría ser patentable. Por lo tanto, se podría conceder una patente, no sólo en el caso de una invención en la que un programa de ordenador genere, a través de otro ordenador, un proceso industrial o el funcionamiento de una máquina industrial, sino también en los casos en los que un programa de ordenador sea la única forma o un medio necesario para obtener un efecto técnico, por ejemplo, en el funcionamiento interno de un ordenador.

Esta decisión fue relevante porque se acuñaron por primera vez dos conceptos hoy ya muy asentados en materia de patentabilidad del software, que son: el requerido efecto técnico adicional, y el hecho de que el mismo no debe revestir necesariamente una interacción con el mundo físico exterior tal como el control de una maquina o proceso industrial, pudiendo circunscribirse este efecto técnico adicional al mundo de lo inmaterial.

Otra decisión relevante fue la T931/95 (Pensión Benefits System Partnership). En esta solicitud la invención reivindicaba una máquina, y un método por el cual la misma controlaba un programa de beneficios de una pensión. Esta fue rechazada porque en sustancia el proceso o contribución técnica consistía en materia excluida, al tratarse de un método de hacer negocios. En esta decisión, aparte de dejar claro la exclusión de patentabilidad de los métodos de negocio, por no aportar contribución técnica alguna, se estableció que la reivindicación solicitada debe contener siempre materia no excluida que sea nueva e implique actividad inventiva. Otro aspecto relevante de esta decisión fue el hecho de que la TBA estableció que si una reivindicación contiene materia excluida y no excluida (método de negocio y aparato) no debe rechazarse la misma de facto, y se debe entrar a analizar el proceso o contribución técnica que desarrolla para ver si cumple el criterio de efecto técnico adicional, y por tanto la misma puede tener actividad inventiva.

Por todo ello, es fundamental el referido efecto técnico adicional, entendiendo por éste que abarque más allá de la interacción del programa con la máquina. Podrá ser patentado si la contribución técnica obtenida (función o problema técnico solucionado), cumple a su vez los requisitos de novedad y actividad inventiva.

Otra de las cuestiones que hemos querido destacar es la posición por la cual se decantó la OEP en relación con dónde poner el límite de "transformación de la realidad" que debe ostentar el software para ser patentable. La OEP, quizá influenciada por las oficinas de Japón y de EEUU, vino a considerar que ese efecto técnico adicional que debe producir el software para ser patentable no tiene por qué circunscribirse necesariamente a interacciones con el mundo físico, tales como el control de dispositivos por un ordenador, control de máquinas, procesos industriales, etc. Si bien en estos casos la patentabilidad puede resultar más clara, no necesariamente será siempre así. Dentro de esta tipología de patentes, encontramos algunas paradigmáticas como el sistema de frenado ABS, o el programa que controla una bomba de insulina.

La OEP, ya desde la decisión IBM antes expuesta, ha venido concediendo numerosas patentes en las que el efecto técnico adicional se circunscribe al mundo de lo inmaterial, sin interacción con el mundo físico. Así, ha venido concediendo patentes de software en el ámbito del procesado de imágenes, codificación de vídeo, encriptación, software de manipulación de imágenes, inteligencia artificial, reconocimiento de voz, sistemas operativos, etc. Esta posición hizo que la TBA definiera dos tipos de patentes de invenciones implementadas por ordenador: aquellas que se reivindican para una entidad física (un producto o un aparato); y aquellas que se reivindican para una actividad (un proceso o un uso).

Esta aceptación de las patentes de software que operan en el mundo de lo inmaterial por parte de la OEP ha sido uno de los puntos de mayor crítica por parte de aquellos colectivos posicionados en contra de la patentabilidad. Y es que, mientras que el copyright o los derechos de autor prohíben que se explote una solución protegida, pero no prohíben que se desarrolle una solución alternativa al no proteger la funcionalidad de la obra, las patentes sí que prohíben o imposibilitan cualquier solución alternativa a una misma funcionalidad del programa patentado, lo que produce a juicio de estos, un "monopolio bloqueante"[35].

De esta forma, una patente garantiza un derecho exclusivo a utilizar una serie de componentes para promover una contribución técnica que resuelve un problema, o supone un avance al estado de la técnica actual. El problema surge por el hecho de que mientras en la ingeniería industrial la combinación de componentes que se utiliza puede ser muy diversa, en el ámbito del software la combinación de elementos es siempre la misma, un ordenador. Esto hace que, en el fondo, si se concede una patente de software respecto de una funcionalidad de un programa, en tanto que necesariamente el software debe ser ejecutado desde un ordenador, cualquier solución alternativa (programa) que resuelva ese mismo

35 Barrionuevo, A.: Comunicación: "Patentes de Software monopolio de ideas", cit.

problema o ejecute esa función infringiría la patente concedida, aun cuando la programación (código fuente y objeto) sea totalmente diferente.

Una de las primeras patentes de software concedidas por la OEP en el ámbito de las funcionalidades inmateriales fue la patente EP0954909 sobre compresión de datos mp3. La referida patente fue solicitada ante la OEP en fecha 13 de marzo de 1998 por un conjunto de inventores alemanes. En la misma se describió todo un proceso técnico, en virtud del cual, a través de un aparato (denominado decodificador) se conseguía la compresión de datos de audio eliminando información y ruidos que el oído humano no capta, y que eran por tanto prescindibles. Esta compresión era ejecutada dentro del decodificador a través de un programa.

El interés del referido caso, en contraposición con otros, subyace en el hecho de que en la referida patente no se reivindicaba el programa en sí, y tampoco se reivindicaba siquiera el decodificador, sino simplemente el proceso por el cual se llevaba a cabo la compresión. Esto evidencia -en contraste con otras patentes de invenciones de ordenador que fueron denegadas- que, en la patentabilidad de las invenciones implementadas por ordenador, debe tenerse un especial cuidado en la forma en que se describe el proceso, debe darse un especial énfasis a éste, y al efecto técnico adicional conseguido con la ejecución del programa, ya que en tales casos existe una mayor probabilidad de concesión.

Esta conclusión se ve reforzada como consecuencia del análisis de las patentes EP807891 (carrito de la compra en internet); EP689133 (tarjetas de índices tabuladas); y EP1283486 (edición de una tabla por columnas), que se expone en el apartado siguiente.

4. Algunas patentes de invenciones implementadas por ordenador concedidas por la OEP y OEPM.

La posición que ha mantenido la OEPM respecto de las invenciones implementadas por ordenador ha sido sustancialmente idéntica a la de la OEP[36]. Las diferencias entre la OEP y la OEPM se circunscriben fundamentalmente al procedimiento de examen, si bien el mismo conduce idéntico resultado. Mientras que la OEPM lleva a cabo el análisis del carácter técnico en el examen formal, antes del informe de búsqueda, de tal manera que si no lo tiene suspende o rechaza la solicitud; la OEP suele analizar el carácter técnico de la invención después del informe de búsqueda. Si no tiene características técnicas, o las diferencias con

36 *Vid* recurso de la OEPM disponible en: h*ttp://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/Folletos/FOLLETO_3_PATENTAR_SOFTWARE/017-12_EPO_software_web.html*

inventos anteriores son características no técnicas, no tendrá actividad inventiva y se rechazará la solicitud.

Expuesto lo anterior, entramos a analizar brevemente las patentes de invenciones implementadas por ordenador a las que antes se ha hecho referencia en el apartado anterior.

La patente europea EP807891 (carrito de la compra en internet), se trata de una patente solicitada en 1996 por Mycrosystems INC, en la cual se describe un proceso informático, a través de una red como internet, en el cual existe un usuario local, un servidor, un programa informático, que permite al usuario a través del navegador cargar productos a través de una lista de la compra, mantener los productos en dicha lista, e ir sumando los precios de todos ellos. El problema que solucionaba esa patente radicaba en que en el estado de la técnica al momento de la solicitud no existía ningún sistema por el cual los productos se mantuvieran en el carrito hasta que el usuario terminase la transacción. De la extensa descripción de la invención, así como de los dibujos, se puede observar que por parte del solicitante no se explica en qué consiste el programa informático que ejecuta esa funcionalidad. Se describe todo el proceso técnico que ejecuta el programa, y las funcionalidades que con el mismo se ejecutan, así como los problemas que se resuelven. Tampoco se hace mención ni se explica el código fuente. Podemos decir por tanto que lo que se describe es solo la funcionalidad del programa, y cómo esta funcionalidad se consigue a través de la interacción con los equipos (ordenador, servidor y red) que también es explicada extensamente. Es por tanto una patente funcional, y lo que se consigue con su concesión es el derecho exclusivo y excluyente al uso de esa función (mantenimiento de los productos cargados por el cliente en el carrito de la compra), independientemente de que sea ejecutado por un software u por otro.

La patente EP1283486 (edición de una tabla por columnas), fue una patente solicitada en el año 2002 por la entidad Addamark Tecnologías Inc. La invención consistía en un sistema de gestión de datos (a través de un software), por el cual se permite la selección de una columna como un todo y permite editar su contenido. Esta forma de tratamiento de los datos permitía una mayor compresión de datos, ahorrando espacio de almacenamiento. La descripción de la invención parte de una inicial explicación de la función conseguida, para después explicar en detalle la forma de realizar la invención en lenguaje de software informático, con remisión a los dibujos adjuntos. Se explica el software sin explicar el código fuente y objeto de este.

La siguiente patente es la EP689133 (tarjetas de índices tabuladas) solicitada por Adobe Inc en el año 1995, la cual viene a describir un software, o un método que permite mostrar en una misma pantalla de un ordenador múltiples conjuntos

de información. Los actuales menús flotantes, o barras de herramientas que están presentes en casi la totalidad de programas informáticos, y que permiten acceder y realizar las acciones del programa. La novedad de la presente invención radicaba en que Adobe había programado un software que creaba paletas flotantes, que podían moverse y ocultarse según deseara el usuario. Se consiguió por tanto por parte de Adobe una patente sobre una funcionalidad de un software (ventanas flotantes y movibles) dentro de una aplicación, que si bien no le permitían patentar el software en el cual se basaron para solicitar la patente (Adobe Photoshop) sí que le permitía que ningún competidor pudiera desarrollar una funcionalidad idéntica en un programa competidor.

La patente europea EP3128442 concedida a finales del año 2019 por la OEP a la empresa Amadeus SAS consiste en un programa informático que permite la implantación de una base de datos de texto libre que facilita provisionar sugerencias de viajes a los proveedores de servicios tales como las agencias y aerolíneas. El método genera una base de datos basada en las búsquedas del usuario, pondera automáticamente los datos en una base de datos de texto libre, y devuelve una o más propuestas de viajes basados en la petición de búsqueda inicial.

En la descripción se expone detalladamente la función, y el modo de alcanzar esa determinada funcionalidad, en el marco de aplicación del programa. El solicitante no lo denomina programa informático, sino método. Esto es muy recurrente en todas las solicitudes basadas en invenciones implementadas por ordenador en las cuales se reivindican en el fondo funcionalidades de un programa. El solicitante, intentando evitar una denegación, describe el funcionamiento del software como un proceso, y suele utilizar términos como método, proceso o función. No existen referencias expresas a un determinado programa, y en muchas ocasiones se establece en la descripción que esa función o contribución técnica se puede alcanzar mediante diferentes lenguajes de programación. La concreta designación de un programa informático implicaría que se pudiera entender que se está intentando patentar el mismo, por lo que operaría inmediatamente la exclusión del CPE.

Otra patente que hemos considerado destacar es la reciente patente ES2725128 concedida el 15 de julio de 2020 por la OEPM a la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, consistente en una patente sobre un método implantado por ordenador para simular el comportamiento de una mano que interactúa con objetos en un entorno virtual. Se trata de una invención inserta dentro del ámbito de las simulaciones en tiempo real del comportamiento de una mano humana. La invención, en síntesis, consiste en un método implantado por ordenador (programa) que simula en tiempo real una mano humana en interacción con un objeto, con un realismo y una estabilidad de la simulación (suavidad) muy superior

a los métodos que existen en el estado de la técnica al momento de la solicitud. El método se consigue mediante la creación de un esqueleto simulado de mano con articulaciones y huesos, al cual se le nutre de datos mediante la captura de datos por un dispositivo de seguimiento de una mano real. Esos datos recabados son computados por el programa, y se obtiene una configuración de la mano simulada.

La invención también permite simulaciones en tiempo real del esqueleto simulado en sincronía con la mano real, consiguiendo una interacción con objetos en mundos virtuales, con un realismo muy superior en cuanto a rozamiento cinético, agarre, etc.

Por último, nos gustaría destacar una solicitud de patente presentada recientemente en el seno de la OEPM por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), con número de publicación ES2774013, publicada el día 16 de julio de 2020. Se trata de un sistema para convertir una imagen digital de color a escala de grises. Es una invención que se enmarca en el campo del procesamiento de imágenes, y que puede ser implementada en software de procesamiento de imágenes. Es una patente funcional, que respecto del estado actual de la técnica en el procesado de imágenes permite unificar los criterios de conversión en diversas imágenes, y ajustar el resultado final. Destacamos la referida solicitud porque la misma describe el método de tratamiento de las imágenes, así como la técnica para llevarlo a cabo, a través de algoritmos y fórmulas matemáticas -materia no patentable- que son las que llevan a cabo el proceso, y las cuales pueden ser ejecutadas por un programa de edición de fotografía que se programe al efecto.

De nuevo nos encontramos ante una patente que revindica una función, que incluye materia no patentable, pero que quizá pueda ser concedida al formar parte de un proceso más amplio (invención) que resuelve un problema actual en el campo del procesamiento de imágenes.

VI. CONCLUSIONES.

Conforme dejamos sentado al inicio del presente artículo, la finalidad de este artículo es intentar concluir si los programas de ordenador pueden protegerse mediante las llamadas patentes de invenciones implementadas por ordenador.

Así, en primer lugar, puede afirmarse que la propiedad intelectual no es una forma óptima de protección del software. La propiedad intelectual sólo protege la plasmación exterior de una determinada obra, pero no los usos o funcionalidades que pueda tener la misma, como si hace, en cambio, la propiedad industrial. En el caso del software, la propiedad intelectual protege la determinada plasmación de esa obra que se lleva a cabo cuando el autor exterioriza el código fuente,

objeto y manuales, alcanzando también a los actos preparatorios del programa tal cual establece el art. 96 LPI, pero en ningún caso a las concretas funcionalidades que pueda desarrollar ese programa en su interacción con el medio, por muy novedosas que éstas sean.

En consecuencia, se puedan alcanzar por otros programas soluciones alternativas que desarrollen funcionalidades idénticas a las del programa originario, sin que este hecho suponga infracción de los derechos de autor del citado programa originario. Así, cualquier desarrollador, mediante otra programación independiente, y siempre que no haya existido acceso, copia o descompilación del código fuente, puede alcanzar iguales funcionalidades sin que ello suponga una infracción de los derechos de PI. Por tanto, solo una copia literal del código fuente y objeto del programa, o un desarrollo mediante acceso no autorizado al código fuente, supondría una infracción de los derechos de PI.

Esto hace que la protección otorgada por la PI para los productores de software sea escasa, lo que conlleva que el acervo jurisprudencial también lo sea, circunscribiéndose los pronunciamientos existentes únicamente a los supuestos de piratería, o utilización no autorizada de un programa.

En segundo lugar, la configuración de derechos propia de la PI genera ineficiencias en la explotación económica del software, entre otros, la indisponibilidad de los derechos morales. Esta titularización que en el caso de las obras artísticas se torna necesaria, en el caso de los programas de ordenador supone una traba evidente a la explotación económica de los mismos, al no permitirse una adquisición originaria del programa, por ejemplo, en los desarrollados expresamente por encargo. Esto lleva necesariamente a tener que articular la cesión de los derechos mediante complejos contratos de licencia, en los cuales se intenta neutralizar el ejercicio de estos derechos por parte de sus autores.

Como consecuencia, los productores de software han buscado alternativas de protección para el mismo a través del Derecho de patentes y, en concreto, mediante las invenciones implementadas por ordenador.

De acuerdo con las patentes concedidas por la OEP y OEPM analizadas, es posible conseguir la protección del software a través de la patentabilidad de las funciones, usos o procesos que estos desarrollan, aun cuando no suponga interacción con el mundo físico, y se trate de una funcionalidad o proceso que no vaya más allá de la interacción del programa con el ordenador. Simplemente es necesario que ese proceso, uso, o funcionalidad, suponga una contribución técnica adicional y cumpla los requisitos de patentabilidad.

En este sentido, la OEP, al igual que la OEPM, en relación con la patentabilidad del software, parte de una interpretación restrictiva de las exclusiones de patentabilidad del artículo 52 CPE y su equivalente en la normativa nacional española contenida en el artículo 4 de la LP. De esta forma, si dentro de las funcionalidades del software existe un proceso o uso, aunque el mismo se circunscriba al mundo de lo inmaterial, que vaya más allá de la interacción del programa con el ordenador, y que implique una contribución adicional al estado de la técnica, la patente podrá ser concedida siempre que se defina correctamente este proceso, uso o método, constituya éste el objeto de la patente, y el mismo cumpla con posterioridad los requisitos de novedad, actividad inventiva y aplicación industrial del artículo 52, 53 y 54 del CPE, y sus análogos 6, 8 y 9 de la LP.

Esta posición adoptada por las OEP y OEPM permite afirmar que en Europa y España existen patentes de software, lo que determina la patentabilidad de este en la medida que las funciones que desarrolla supongan una contribución técnica, son novedosas, y tienen aplicación industrial. En tales casos, simplemente habrá que tener un especial cuidado en cómo se describe la invención, debiendo intentar hacerlo de la manera más objetiva posible, y obviando las concretas explicaciones respecto la programación del software, no siendo necesario siquiera que se describa el código fuente y objeto en la solicitud.

BIBLIOGRAFIA

Arias De Rincon, M.I.: "La Protección Patrimonial de los Programas de Computación", *Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento*, 2008, Vol. 5, 2.

Barrionuevo, A.: "Patentes de software, situación tras el rechazo europeo", Novatica, *Revista de la asociación de técnicos de informática*, 2006, núm. 179.

Barrionuevo, A.: "Patentes de Software monopolio de ideas", *Fundación por una infraestructura de Información Libre. FFII*. 2005. Disponible en http://www.ub.edu/centredepatents/pdf/doc_dilluns_CP/barrionuevo_patentessoftware.pdf.

Bercovitz, R.: *Manual de propiedad intelectual,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Bercovitz Rodiguez-Cano, A.: *Los requisitos positivos de patentabilidad en el Derecho Alemán (con una referencia final al Derecho español)*, Imprenta Saez, Madrid, 1969.

Bustillo, M.M.: "Hacia la patentabilidad de los programas de ordenador: un diálogo particular entre el Derecho y la Economía (I)", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2007, núm. 15.

Bustillo, M.M.: "Hacia la patentabilidad de los programas de ordenador: un diálogo particular entre el Derecho y la Economía (II)", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnología*, 2008, núm. 16.

Castán Pérez-Gómez, A.: *Perspectivas actuales en la protección de los programas de ordenador. Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 1999.

Coripio Gil-Delgado, M.R.: "Las reivindicaciones de patentes a la luz de la propuesta de Directiva sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas por ordenador", *Boletín de la facultad de derecho UNED*, 2003, núm. 23.

Erdozain, J.C.: "Un ensayo sobre algunos aspectos de la protección de los programas de ordenador y su consideración jurídica", *Revista de Propiedad Intelectual*, 2001, núm. 8.

Fernández-Nóvoa, C., Otero, J.M. & Botana, M.: *Manual de la propiedad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

Guerrero Gaitán, M.: "Aspectos globales de la patentabilidad de las invenciones implementadas por ordenador. Estado actual y nuevas perspectivas", *Revista La Propiedad Inmaterial*, 30 nov. 2007 n. 10-11.

HARDINGS, J.: "Efectos de las Patentes de Software", *Centro de Software Libre*, 2010. Disponible en: https://www.hardings.cl/publications/hardings2003patentes.pdf

MASSAGUER FUENTES, J.: "La adaptación de la Ley de Propiedad Intelectual a la Directiva CEE relativa a la protección de los programas de ordenador", *Revista Derecho Mercantil*, 1991, núm.199-200.

RÍOS, W.R.: "El derecho de autor en la protección jurídica de los programas de ordenador - soporte lógico (software) y los bancos o bases de datos", *Revista de la Propiedad Inmaterial*, 2002, núm. 5.

SANJUAN Y MUÑOZ, E; CAMPUZANO LAGUILLO, A B.: *Guía de Propiedad Industrial e Intelectual*, Sepin, Madrid, 2019.

VIDAL-QUADRAS TRÍAS DE BES, M.: *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad, el alcance y la violación del derecho de patente*, Jose María Bosch Editor, Barcelona, 2005.

LA PUBBLICITÀ SANANTE: PROFILI APPLICATIVI E NUOVE PROSPETTIVE "DE IURE CONDENDO"

ADVERTISING HEALING: APPLICATION PROFILES AND NEW PERSPECTIVES "DE IURE CONDENDO"

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2898-2921

Massimo
SARACENO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il saggio, muovendo dall'analisi degli interessi sottesi alla disciplina della c.d. pubblicità sanante, ne indaga i profili applicativi, sia in relazione al diverso atteggiarsi delle patologie negoziali dalle quali il negozio nullo può essere affetto, solo in alcuni casi rilevabili dall'ispezione del titolo, sia in ordine ai limiti operativi derivanti dall'assunzione del requisito soggettivo della buona fede nell'accezione di mera ignoranza del vizio di nullità. In chiusura si prospetta, nell'ottica di privilegiare l'esigenza di speditezza nella circolazione giuridica rispetto alla tutela dell'alienante che sia rimasto inerte per un certo periodo di tempo senza far valere le proprie ragioni, una riformulazione dell'art. 2652 n.6 c.c.

PALABRAS CLAVE: Trascrizione; funzione; validità ed efficacia atti traslativi; buona fede.

ABSTRACT: *The essay, starting from the interests analysis underlying the discipline of s.c. regularizing publicity, investigates the application profiles, both in relation to the different attitude of the negotiation pathologies from which the null legal transaction can be affected, only in some cases detectable by the inspection of the deed, and in relation to the operational limits derived from the operating assumption of the subjective requirement of good faith in the sense of mere ignorance of the flawnullity. In closing it suggests, with a view favoring the need for speed in legal circulation over the protection of the transferor who has remained inactive for a certain period of time without asserting his reasons, a reformulation of Article 2652 no. 6 c.c.*

KEY WORDS: *Transcription; function; validity and effectiveness of deeds of transfer; good faith.*

SUMARIO.- I. LA C.D. "FUNZIONE" SANANTE DELLA TRASCRIZIONE.- II. LE NULLITÀ E I CASI DI ANNULLABILITÀ.- III. L'INEFFICACIA.- IV. LA BUONA FEDE E LE PROSPETTIVE "DE IURE CONDENDO".

I. LA C.D. "FUNZIONE" SANANTE DELLA TRASCRIZIONE.

Con disposizione normativa assente nel codice civile del 1865[1], l'art. 2652, n. 6, c.c. ha inteso, in chiave assiologica, trovare un punto di equilibrio fra il classico principio chiovendiano secondo il quale la durata del processo non può ritorcersi a danno dell'attore di un giudicato relativo a diritti immobiliari, che implicherebbe – nei casi di accoglimento della domanda di nullità o annullabilità – una rigorosa applicazione del brocardo romanistico resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis, e il valore dell'affidamento incolpevole riposto dal terzo avente causa dal convenuto sulla tenuta del proprio titolo di acquisto a fronte di una tardiva trascrizione della domanda giudiziale dell'attore[2].

Le ipotesi astrattamente contemplate dalla citata disposizione normativa sono tradizionalmente ricondotte a due nuclei di disciplina, profondamente diversi fra loro quanto ai presupposti di fatto, ma assimilabili sul piano degli effetti.

Si può, infatti, da un lato accomunare, in punto di disciplina applicabile, le ipotesi di nullità e di annullabilità per incapacità legale, qualunque sia il titolo di acquisto del terzo subacquirente, a quella dell'annullabilità per cause diverse dall'incapacità legale (ad esempio per incapacità naturale) ove l'acquisto del terzo sia a titolo gratuito, e porre dall'altro il caso di annullabilità per cause diverse dall'incapacità legale se l'acquisto del terzo sia a titolo oneroso.

1 Nel codice civile del 1865 era soltanto contemplata la trascrizione delle domande giudiziali di revocazione, di rescissione e di risoluzione: l'acquisto del terzo avente causa dal convenuto era, in questi casi, fatto salvo a patto che avesse data certa anteriore alla trascrizione della domanda, indipendentemente dalla data di trascrizione dell'atto di acquisto. Cfr. Ferri, L.: "Della trascrizione", in AA.VV.: *Commentario del codice civile* (a cura di A. Scialoja e G. Branca), Zanichelli, Bologna-Roma, 1995, p. 297.

2 Sebbene non possa sottacersi come il legislatore abbia altresì inteso sanzionare l'inerzia dell'interessato nel far valere il vizio che affetta l'atto disposizione, come ritenuto da Triola, R.: "Della tutela dei diritti. La trascrizione", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato*, (diretto da M. Bessone), IX, Giappichelli, Torino, 2012, p. 263, il valore da salvaguardare è piuttosto quello di consentire al terzo subacquirente di buona fede di far legittimo affidamento su una situazione di apparenza del proprio dante causa qualora tale apparenza non sia contrastata dall'iniziativa di colui che aveva interesse a rimuoverla entro un certo termine. In tal senso Nicolò', R.: *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile tenuto dal Prof. Rosario Nicolò*, Vol. III – "La trascrizione delle domande giudiziali. Dispense dal corso.", (a cura di D. Messinetti), Giuffrè, Milano, 1973, p. 117, richiamato da Orestano, A.: "La trascrizione delle domande giudiziali", in AA.VV.: *Trattato della trascrizione*, (a cura di E. Gabrielli e F. Gazzoni), II, Utet Giuridica, Torino, 2014, p. 164. A una sorta di sanzione a carico dell'attore in ragione della sua inerzia fa riferimento anche U. Natoli in Natoli, U. e Ferrucci, R.: "Della tutela dei diritti. Trascrizione – Prove", in AA.VV.: *Commentario del codice civile,* (redatto a cura di magistrati e docenti), VI, 1, Utet, Torino, 1971, p. 170, il quale tuttavia ravvisa la *ratio* della disposizione anche nella tutela della buona fede del subacquirente.

• Massimo Saraceno
Notaio in Roma e docente presso la Scuola di Notariato "Anselmo Anselmi" di Roma.

Nei primi due casi la tutela del terzo è meno intensa in quanto è previsto che la trascrizione della domanda giudiziale da parte dell'alienante[3] nel primo quinquennio[4] rispetto alla trascrizione del titolo nullo determini l'opponibilità del vizio che inficia il titolo al terzo avente causa dall'acquirente anche se l'atto di acquisto di quest'ultimo sia trascritto prima della trascrizione della domanda giudiziale, mentre nel terzo caso è sufficiente che il terzo subacquirente di buona fede trascriva il proprio atto di acquisto prima della trascrizione della domanda giudiziale, anche se questa è avvenuta nel primo quinquennio, per far salvo il proprio acquisto nei confronti dell'attore nel giudizio di annullabilità.

Su un piano del tutto diverso si colloca, in punto di fatto, l'altra ipotesi normativamente prevista della trascrizione invalida, che però sul piano disciplinare soggiace alla prima delle due regole dianzi richiamate.

Con espressione sintetica il meccanismo descritto all'art. 2652, n. 6, c.c. è stato definito una fattispecie complessa a formazione progressiva che si forma con il concorso dei seguenti elementi: i) trascrizione dell'atto nullo o annullabile; ii) mancata trascrizione, per un quinquennio dalla trascrizione dell'atto nullo o annullabile, della domanda di nullità o di annullabilità per incapacità legale o per cause diverse nell'ipotesi di acquisto a titolo gratuito da parte del subacquirente; iii) priorità della trascrizione del titolo "a valle" rispetto alla trascrizione della domanda giudiziale (nei soli casi di annullabilità per cause diverse dall'incapacità legale quando l'acquisto del subacquirente è a titolo oneroso); iv) buona fede del subacquirente.

L'inopponibilità della domanda giudiziale, tendente a far valere la nullità o l'annullabilità del titolo di acquisto, e dell'eventuale sentenza di accoglimento a certe condizioni al terzo subacquirente non vale, peraltro, ad assegnare a tale effetto, derivante da una fattispecie composta da una serie di coelementi costitutivi, alcuna funzione sanante.

È opinione consolidata[5], infatti, che tale inopponibilità non valga a sanare il vizio di nullità o di annullabilità del titolo impugnato, che rimane improduttivo di effetti nei

3 Non è esclusa, ovviamente, la legittimazione dell'acquirente a far valere il vizio che inficia il titolo, ma in questo caso la funzione conservativa non può operare, anche perché la trascrizione sarebbe da eseguirsi contro il medesimo attore (che è l'unico, in ipotesi, legittimato a poter disporre del bene) e, pertanto, la domanda non è soggetta a pubblicità. L'alienante avrà poi l'onere, in caso di accoglimento della domanda, di annotare a margine della trascrizione dell'atto nullo la sentenza di nullità agli effetti dell'art. 2655 c.c., per il rispetto del principio della continuità della trascrizione in ordine ai successivi trasferimenti dal medesimo alienante a terzi. In tal senso cfr. Nicolò', R.: "La trascrizione", cit., p. 121.

4 Il termine è di decadenza, non di prescrizione, come si desume dal fatto che esso decorre non dal momento in cui può essere fatto valere, ma dalla trascrizione dell'atto viziato e, quindi, non opera la sospensione.

5 Pugliatti, S.: *Trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, Giuffrè Editore, Milano, 1989, pp. 449 ss.; Mengoni, L.: *Gli acquisti "a non domino"*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 294; Baralis, G. e Metitieri, G.: "Pubblicità sanante, leggi speciali e responsabilità notarili. Note tratte da un'esperienza professionale", *Riv. not.*, 1992, I, p. 363.

rapporti inter partes (fra l'autore del titolo viziato e il suo dante causa), ma consenta "esclusivamente" che il vizio non si propaghi al titolo derivato da quello impugnato. Ne discendono almeno due corollari applicativi: i) nel conflitto fra due acquirenti, l'uno che ha acquistato dal proprio autore in base ad un titolo valido, anche se non trascritto o trascritto dopo, e l'altro che ha acquistato dal comune autore con un titolo invalido, pur se trascritto anteriormente, prevale il primo; ii) il terzo subacquirente acquista a titolo derivativo ma a non domino[6] perché il proprio dante causa non è titolare del diritto alienato.

Non si tratta, cioè, di un procedimento acquisitivo del diritto di proprietà (o di altro diritto reale) analogo all'usucapione abbreviata in cui l'acquisto a non domino è coelemento di una fattispecie complessa che, unitamente al possesso di buona fede, legittima un acquisto a titolo originario, e quindi con efficacia "purgativa" di eventuali vizi o gravami che affettavano il bene, ma di un acquisto derivato dalla posizione dell'acquirente in base al titolo nullo (alienante nel secondo titolo valido) e, pertanto, limitato dagli stessi eventuali pesi e/o gravami.

Il rilievo non è di scarsa rilevanza pratica sol che si consideri che l'eventuale ipoteca iscritta a carico dell'acquirente in base al titolo nullo sarà comunque opponibile al subacquirente quando si sia formata la fattispecie complessa della pubblicità sanante, sempre che quest'ultimo possa opporre il proprio acquisto all'attore nel giudizio di nullità o di annullabilità.

Altro aspetto direttamente connesso alla natura derivativa del titolo di acquisto del terzo subacquirente è la necessità del rispetto del principio della continuità delle trascrizioni ex art. 2650 c.c., in quanto è pacifico[7] che la "pubblicità sanante" non operi ove non siano stati trascritti anche i titoli precedenti a quello di chi dispone invalidamente del proprio diritto.

Inoltre, nell'usucapione abbreviata la buona fede dell'acquirente è fondata sull'idoneità del proprio titolo, che proviene a non domino, mentre nella "pubblicità sanante" la buona fede del subacquirente è riferita al titolo di acquisto invalido posto in essere dal proprio dante causa.

La nullità del titolo rimane, pertanto, circoscritta inter partes e, perfezionatasi la fattispecie descritta dall'art. 2652 n. 6 c.c., legittima l'acquirente a disporre del diritto altrui a non domino.

Una volta pronunciata la nullità del titolo, dovrebbero derivarne tutte le conseguenze previste dalla legge sul piano dei rimborsi e delle restituzioni.

6 Mengoni, L.: "*Gli acquisti*", cit., pp. 294 ss.

7 Bosetti, F. G.: "Spunti e osservazioni per un esame del problema della continuità delle trascrizioni", *Quadrimestre,* 1987, pp. 380-381, in nota.

Pertanto, nonostante l'acquirente non possa provvedere alla restituzione del bene in virtù dell'opponibilità del titolo del terzo subacquirente, l'alienante sarebbe astrattamente tenuto alla restituzione del prezzo, ma è evidente come tale conseguenza debba ritenersi aberrante sul piano della tutela degli interessi in gioco.

L'impossibilità, per l'acquirente in base a titolo nullo, di ripetere la prestazione effettuata, cioè il pagamento del prezzo, si fonda sui principi generali in materia di arricchimento senza causa, non potendosi consentire che l'acquirente in base a titolo nullo (alienante nel secondo titolo valido) possa da un lato conseguire il prezzo dal subacquirente e dall'altro ripetere il pagamento effettuato al proprio dante causa[8].

Più in generale, si è ritenuto che il vero titolare (cioè l'alienante in base al titolo nullo) mantiene la legittimazione ad esperire l'azione generale di arricchimento senza causa ex art. 2038 c.c. verso il proprio avente causa (alienante non dominus nel secondo trasferimento valido) a titolo oneroso ovvero nei confronti del subacquirente, se a titolo gratuito[9].

Sul piano della struttura dell'atto nullo, l'effetto sanante trova applicazione sia agli atti bilaterali che a quelli unilaterali, ove si ammetta che lo schema di cui all'art. 1333 c.c. sia idoneo a costituire valido titolo per la produzione di un effetto traslativo, indipendentemente dalla loro natura onerosa o gratuita.

II. LE NULLITÀ E I CASI DI ANNULLABILITÀ.

Nonostante sul piano letterale non esistano preclusioni in ordine ai tipi di nullità soggetti alla disciplina in esame, di guisa che nella disposizione normativa di cui all'art. 2652, n. 6, c.c. potrebbe leggersi, sia pure in forma di obiter dictum, l'inciso "da qualunque causa essa dipenda" dopo il sostantivo "nullità", non si è mancato di circoscriverne l'ambito di applicazione a quei casi di nullità che non siano posti a tutela di pregnanti interessi pubblici[10], non derivino dalla violazioni di limitazioni legali della proprietà[11] o non conseguano a difetto di forma o, ancora, non siano il risultato dell'inalienabilità del bene o del diritto oggetto dell'atto dispositivo.

8 Cfr. Cass., 3 maggio 1991, n. 4849, in un caso di locazione nulla in cui, a fronte del godimento dell'immobile da parte del conduttore, è stato inibito a costui di ripetere dal locatore i canoni versati. Del resto, anche a non voler far ricorso ai principi generali in materia di arricchimento senza causa, il venditore sarebbe comunque legittimato a far valere l'eccezione di inadempimento, in quanto a fronte della mancata restituzione del bene potrebbe opporre di non essere tenuto alla restituzione del prezzo.

9 Petrelli, G.: "Trascrizione immobiliare e Costituzione", *Riv. dir. civ.*, N. 1, 2014, p. 111; Trimarchi, P.: "Atti di disposizione di cosa altrui e arricchimento senza causa", in Aa.Vv.: *Studi in onore di Alberto Asquini*, V, Cedam, Padova, 1965, p. 2021.

10 Ragazzini, L.: "Nuovi orientamenti di dottrina, giurisprudenza e legislazione in tema di trascrizione", *Riv. not.,* 1989, p. 135.

11 Cass., 14 novembre 2000, n. 14731, in *Riv. not*., 2001, p. 704, con nota di Casu.

A ben vedere, l'espressione "pregnanti interessi pubblici" non ha una precisa valenza semantica, posto che qualsiasi nullità è posta a presidio di pubblici interessi e, non esistendo una graduazione normativa dell'interesse tutelato nella disciplina positiva delle nullità, per come essa risulta distribuita fra il codice e le leggi speciali, l'interprete non può farsi arbitro di una valutazione comparativa di tali interessi con quelli, di matrice parimenti pubblicistica, di tutela dell'affidamento del terzo di buona fede e di sicurezza della circolazione giuridica.

Ancora, è vero che la giurisprudenza della Corte di Cassazione[12] ha ritenuto inapplicabile il meccanismo della pubblicità sanante ai casi alienazione a terzi degli spazi per parcheggio dal riservatario degli stessi in violazione del diritto reale di uso costituito ope legis in favore degli acquirenti di appartamenti, ai sensi dell'art. 41 sexies della legge urbanistica (legge 1150/42), in virtù delle modifiche apportate dall'art. 18 della legge n. 765/67. Ma la ragione di tale inapplicabilità non risiedeva tanto nel motivo di nullità, cioè l'essere la nullità derivata dalla violazione di un limite legale della proprietà, ma nel fatto puramente tecnico che il diritto reale d'uso sugli spazi a parcheggio – secondo l'impianto giurisprudenziale consolidato – si costituiva automaticamente in favore degli acquirenti degli appartamenti, indipendentemente dalla trascrizione del relativo titolo ai registri immobiliari e, quindi, per l'impossibilità che la trascrizione del titolo nullo (avente ad oggetto la proprietà degli spazi a parcheggio in favore di terzi da parte del riservatario degli stessi) potesse costituire il primo segmento della fattispecie acquisitiva complessa oggetto di analisi, atteso che il diritto reale d'uso sul medesimo bene era di spettanza del proprietario dell'appartamento e l'alienazione sine titulo da parte di altri sarebbe stata inefficace in quanto atto dispositivo di un diritto (parzialmente) altrui[13].

Inoltre, anche la preclusione dell'applicabilità dell'art. 2652, n. 6, c.c. alla nullità per difetto di forma è stata affermata dallo stesso Autore che l'ha sostenuta[14], non tanto per un'astratta incompatibilità di tale peculiare vizio con la disciplina della pubblicità sanante, quanto per l'assenza di idoneità del titolo (nella particolare ipotesi di cessione immobiliare in forma orale) ai fini della trascrizione ex art.2657 c.c..

Se, infatti, la nullità per difetto di forma dipendesse non tanto dall'assenza del documento trascrivibile, ma dall'inosservanza della forma pubblica ad substantiam, come sarebbe il caso della donazione o delle convenzioni matrimoniali con effetti traslativi tra coniugi (compreso l'atto costitutivo del fondo patrimoniale) stipulate

12 Cfr. Cass., n. 14731/2000, cit.

13 Sull'inapplicabilità dell'art. 2652, n. 6, c.c. agli atti inefficaci, ove l'inefficacia dipenda dalla carenza del potere di disporre, si rinvia al successivo § 3.

14 Nicolò', R.: "La trascrizione", cit., p. 123, il quale si riferisce alla fattispecie di atto nullo per difetto di forma nell'ipotesi di cessione immobiliare in forma orale.

per scrittura privata autenticata o per atto pubblico in assenza dei testimoni, in violazione degli artt. 782 e 162 c.c. nonché dell'art. 48 l. 89/1913, e il Conservatore dei registri immobiliari non esercitasse il controllo sulla validità formale del titolo ex artt. 2657 e 2674 c.c., non dovrebbe ritenersi in tali casi esclusa l'operatività del meccanismo della "pubblicità sanante". Anche l'ipotesi dell'inalienabilità del bene o del diritto oggetto dell'atto di disposizione nasconde un equivoco di fondo.

Se, infatti, il bene oggetto dell'atto di disposizione fosse un bene demaniale, non sarebbe tanto l'intensità del vizio di nullità a precludere l'ammissibilità del ricorso all'art. 2652, n. 6., c.c. quanto la propagazione dello stesso vizio anche sul titolo "a valle", che risulterebbe del pari nullo e, per tale motivo, impedirebbe il perfezionamento della fattispecie complessa oggetto della presente analisi per difetto di uno dei suoi elementi essenziali, e cioè la validità dell'atto di alienazione posto in essere dall'avente causa in base a titolo nullo.

Di guisa che, ove il bene fosse stato medio tempore (cioè fra la stipula dell'atto nullo e il successivo atto dispositivo) sdemanializzato, non potrebbe aprioristicamente escludersi la paralizzazione dell'opponibilità del vizio di nullità ai terzi subacquirenti. Nella stessa logica può affermarsi che, se la nullità discende dalla circostanza che l'atto dispositivo ha avuto ad oggetto un diritto di abitazione[15] in sé inalienabile ex art. 1024 c.c., ma il successivo atto di disposizione ha ad oggetto l'intera piena proprietà perché successivi alienanti sono congiuntamente sia l'habitator che il titolare della proprietà[16], ovvero in quanto il diritto di abitazione si è estinto per morte dell'habitator, la nullità del primo titolo può del pari diventare inopponibile ai terzi subacquirenti nel concorso di tutte le altre condizioni di legge.

Non può, pertanto, aprioristicamente affermarsi che alcuni tipi di nullità siano esclusi dall'ambito di operatività dell'istituto della "pubblicità sanante", essendo l'unico limite piuttosto costituito dall'incidenza che il vizio di nullità del primo titolo possa avere in concreto sul secondo atteso che, ove detto vizio sia rimosso e non si propaghi sul titolo a valle, nulla impedisce che la fattispecie complessa in parola possa, nel concorso di tutti i suoi elementi costitutivi, perfezionarsi.

In chiave applicativa, possono distinguersi i vizi di nullità che siano rilevabili dall'ispezione del titolo nullo da quelli che, invece, derivano dall'impiego di strumenti formalmente leciti per il conseguimento di finalità vietate, come la frode alla legge (art. 1344 c.c.) o il collegamento negoziale illecito, che suppongono accertamenti

15 Sull'inapplicabilità della "pubblicità sanante" alla nullità per l'alienazione di diritti indisponibili come il diritto di uso o l'abitazione, Nicolò', R.: "La trascrizione", cit., p. 123.

16 Sulla validità dell'atto di alienazione che abbia ad oggetto il diritto di abitazione congiuntamente alla proprietà Ruotolo, A. e Caccavale, C.: *Il diritto di abitazione nella circolazione dei beni*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato, 22 giugno 1999.

giudiziari, spesso complessi, e che conseguentemente sfuggono alla conoscibilità sia del terzo subacquirente ma anche del professionista dallo stesso incaricato.

Nell'ambito del primo gruppo di nullità rientrano senza dubbio quelle di carattere formale, ad esempio quelle richiamate dall'art. 58 l. 89/13[17], le nullità per mancanza delle cc.dd. menzioni urbanistiche ex art. 40 l. 47/85 e artt. 30 e 46 D.P.R. 380/2001 (salva la conferma, prevista espressamente dalle disposizioni citate), ovvero le nuove nullità formali per violazione dell'art. 29, comma 1 bis, della legge 52/85 (menzioni sulla conformità catastale) e dell'art. 6 del D.lgs. 192/2005 (mancata allegazione dell'APE nel periodo dal 4 agosto 2013 al 24 dicembre 2013)[18].

È da rilevare che la norma di cui all'art. 46, comma 3, del D.P.R. 380/01 costituisce lex specialis rispetto a quella di cui all'art. 2652, n. 6, c.c. nel senso che i diritti di garanzia o di servitù acquisiti in base ad un atto iscritto o trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda di nullità (quando la nullità dipenda dall'omissione delle cc.dd. menzioni urbanistiche), anche se non siano trascorsi i cinque anni dalla trascrizione dell'atto nullo e indipendentemente da qualsiasi stato soggettivo psicologico del creditore iscritto o del soggetto a favore del quale venga trascritta la servitù (e in ciò si apprezza il carattere speciale della norma) non sono pregiudicati rispetto alle ragioni dell'attore nel giudizio di nullità[19].

Il che vuole dire, in altri termini, che per la costituzione di una valida ed efficace garanzia ipotecaria da parte di chi abbia acquistato in base a titolo nullo per carenza formale nelle menzioni urbanistiche non occorre attendere cinque anni

17 Si potrebbe sostenere che il richiamo contenuto nell'art. 58 l. not. all'art. 1316 c.c del 1865 (ora art.2701 c.c.), nel significare che alla nullità dell'atto notarile consegua la conversione dello stesso in scrittura privata, comporti l'inapplicabilità del meccanismo della c.d. "pubblicità sanante" per difetto del titolo idoneo alla trascrizione ex art. 2657 c.c. Ma il punto è un altro: se il Conservatore dei registri immobiliari rilevi la nullità del titolo e, quindi, rifiuti di ricevere la formalità, è evidente che non si potrà neanche attivare un procedimento complesso che approda all'inopponibilità della sentenza che accoglie la domanda giudiziale al terzo subacquirente di buona fede per difetto di uno dei coelementi costitutivi, cioè la trascrizione del titolo nullo. Ma se il Conservatore ometta erroneamente di eseguire tale controllo e proceda comunque alla trascrizione del titolo nullo, non v'è ragione per escludere la possibilità del perfezionamento della fattispecie complessa al vaglio; infatti, anche a voler sostenere l'invalidità della trascrizione (eseguita sulla base di titolo inidoneo), la disciplina rimane sempre quella di cui all'art. 2652, n. 6, prima parte c.c.

18 È vero che anche per la mancata allegazione dell'attestato di prestazione energetica (APE) nel periodo considerato (dal 4 agosto 2013 al 24 dicembre 2013) è prevista una sanatoria dall'art. 1 comma 8 del D.L. 23 dicembre 2013 n. 145, convertito con modificazioni nella legge 21 febbraio 2014 n. 9, secondo cui "Su richiesta di almeno una delle parti o di un suo avente causa, la stessa sanzione amministrativa di cui al comma 3 dell'articolo 6 del decreto legislativo n. 192 del 2005 si applica altresì ai richiedenti, in luogo di quella della nullità del contratto anteriormente prevista, per le violazioni del previgente comma 3-bis dello stesso articolo 6 commesse anteriormente all'entrata in vigore del presente decreto, purché la nullità del contratto non sia già stata dichiarata con sentenza passata in giudicato"; ma, a parte che non è previsto il modo in cui detta sanatoria debba operare, non può escludersi che - non essendosi avvalse le parti di tale facoltà – decorsi i cinque anni dalla trascrizione dell'atto nullo possa operare il meccanismo della pubblicità sanante, nel concorso di tutte le condizioni di legge.

19 Cosa diversa è la sanatoria di diritto prevista dall'art. 2 comma 57 legge 662/96, che consegue al rilascio del titolo abilitativo in sanatoria, il quale vale a sanare la nullità dell'atto avente ad oggetto il trasferimento di immobile abusivo. Per l'applicabilità della disposizione, oltre che al secondo e al terzo condono, anche al primo condono cfr. Casu, G.: *Condono edilizio e art. 2, comma 57, legge 662/1996*, risposta a quesito CNN n. 356/2007

dalla trascrizione dell'atto nullo, né occorre procedere ad alcun atto di conferma, purché l'ipoteca sia iscritta anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale, e ciò anche se il terzo sia a conoscenza del vizio di nullità.

Sono da ritenersi ricomprese nell'ambito di applicazione della pubblicità sanante anche quelle nullità sostanziali, dipendenti dall'assenza di uno dei requisiti essenziali del contratto ex art. 1325 c.c. ovvero dalla violazione di termini di inalienabilità (art. 28 l. 513/77; art. 3, comma 14, del D.L. 351/2001, convertito nella l. 410/2001; art. 11 l. 817/71, come modificato dall'art. 11 comma 4 D.lgs. 228/2001; art. 7 D.lgs. 99/2004) o, ancora, dalla violazione di vincoli di pertinenzialità ex art. 9 legge 122/89.

Sulla violazione dei termini di inalienabilità parte della dottrina[20] ha ritenuto che nelle ipotesi in cui la nullità discenda dalla particolare natura soggettiva del divieto, volto ad evitare che l'acquirente tragga un illecito vantaggio dalla rivendita dell'immobile ottenuto con particolari facilitazioni sul prezzo di acquisto, come accade nella fattispecie di cui all'art. 28 l. 513/77 (rivendita degli alloggi acquistati dagli Istituti autonomi case popolari) e ora in quella di cui all'art. 3, comma 14, del D.L. 351/2001, convertito nella l. 410/2001 (acquisti dagli Istituti di previdenza), la sanzione civilistica della nullità non si applichi nel caso di rivendita successiva da parte del secondo acquirente (cioè da parte di chi ha acquistato dal beneficiario delle agevolazioni) che sia parimenti intervenuta nel periodo di inalienabilità, alla quale pertanto sarà pienamente applicabile, proprio perché si tratterebbe di titolo valido, l'art. 2652, n. 6, c.c.

Non si può, peraltro, trascurare che il tenore letterale delle disposizioni esaminate deponga per una portata oggettiva del divieto, senza alcuna distinzione a seconda di chi sia l'alienante, cioè il beneficiario delle agevolazioni o il suo avente causa, e pertanto nel caso di seconda vendita l'art. 2652, n. 6, c.c. troverà applicazione solo nell'ipotesi in cui essa sia valida e, quindi, sia intervenuta una volta decorso il periodo di inalienabilità.

Sulla violazione del vincolo di pertinenzialità ex art.9 della legge 122/89, che determinava - vigente il testo del detto art. 9 prima della riformulazione ad opera dell'art. 10 D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, come modificato dalla legge di conversione 4 aprile 2012, n. 35 - la nullità del trasferimento del box senza l'appartamento di cui esso costituiva pertinenza, è da rilevarsi che, prima della detta modifica normativa, la nullità del primo trasferimento era inevitabilmente destinata a riflettersi sui trasferimenti a cascata, in quanto la successiva circolazione del box senza il bene principale era senz'altro affetta dal medesimo vizio che inficiava il primo titolo di

20 Baralis, G. e Metitieri, G.: "Pubblicità sanante", cit., p. 377.

acquisto e, pertanto, la pubblicità sanante era destinata a non trovare concreta applicazione.

Non così a seguito della novella del 2012, in quanto il secondo o i successivi trasferimenti rispetto al titolo nullo possono ben essere validi, se il subacquirente destini il box a pertinenza di appartamento su cui lo stesso vanti diritti reali nel medesimo Comune (box Tognoli cc.dd. privati) ovvero se l'alienazione separata sia prevista nella convenzione con il Comune o l'alienante riesca comunque ad ottenere un'autorizzazione comunale all'alienazione (box Tognoli cc.dd. pubblici).

In linea di principio, la regola di cui all'art. 2652, n. 6, c.c. dovrebbe coerentemente trovare applicazione anche alle cc.dd. nullità di protezione previste dal codice del consumo (art. 36 del D.lgs. 206/2005), caratterizzate dalla peculiare disciplina della legittimazione relativa a far valere l'azione di nullità riservata alla sola parte protetta e dalla necessaria parzialità della sanzione di nullità, nel senso che il vizio sarebbe destinato a rimanere 'naturalmente' circoscritto alla clausola nulla essendo precluso all'interprete quel giudizio prognostico previsto dall'art. 1419, comma 1, c.c. volto a verificare se i contraenti avrebbero concluso il contratto pur in presenza della clausola nulla per farne discendere, in caso di esito negativo, la propagazione del vizio all'intero regolamento contrattuale.

Pertanto, pur se astrattamente coinvolte nel meccanismo della pubblicità sanante, le nullità di protezione sono destinate concretamente ad esserne solo marginalmente investite nelle sole ipotesi in cui l'assetto d'interessi divisato dalle parti con il contratto nullo concerna diritti reali immobiliari soggetti a trascrizione e la nullità della clausola sia idonea a riflettersi sulla validità dell'intero contratto, come potrebbe accadere nel caso in cui la clausola vessatoria sia relativa all'oggetto del contratto o al corrispettivo pattuito e non sia formulata "in modo chiaro e comprensibile" ex art. 34, comma 2, D.lgs. 206/2005[21].

Su un piano del tutto diverso in ordine alla conoscibilità del vizio di nullità, non direttamente desumibile dall'ispezione del titolo, si collocano quelle nullità sostanziali che derivano dall'uso di strumenti negoziali leciti per il conseguimento di finalità vietate, come nel caso di frode alla legge o dell'illiceità del collegamento negoziale.

21 In tal senso Orestano, A.: "La trascrizione", cit., p. 169; Monticelli, S.: "Dall'inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (Note a margine dell'art. 1469 quinquies commi 1 e 3)", *Rass. dir. civ.,* 1997, II, p. 434; in senso contrario Castronovo, C.: "Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive", *Europa dir.priv.*, 1998, I, 5, pp. 37 ss., secondo il quale anche quando la clausola affetta da nullità di protezione dovesse riguardare l'oggetto dell'obbligazione o il corrispettivo, cioè una clausola essenziale, l'interprete dovrebbe compiere il massimo sforzo al fine di colmare la lacuna del regolamento contrattuale, anche mediante l'applicazione di norme dispositive, per rispettare al massimo il principio di necessaria parzialità.

Si ipotizzi, ad esempio, il caso di una vendita con patto di riscatto in cui l'alienante sia debitore dell'acquirente ed entrambi convengano con patto separato che, in caso di adempimento dell'obbligazione, l'alienante possa esercitare il diritto di riscatto: è evidente che il contratto sia nullo per violazione del patto commissorio ex art. 2744 c.c., ma dall'atto traslativo in sé non risulta alcuna finalità illecita, essendo quest'ultima piuttosto rinvenibile dal collegamento negoziale con il separato accordo che condiziona l'esercizio del diritto di riscatto all'adempimento dell'obbligazione.

Non è dubbio che, anche in tali ipotesi, dissimili dalle altre in punto di rilevabilità del vizio, il meccanismo della pubblicità sanante sia parimenti destinato ad operare. All'irrilevanza delle cause di nullità ai fini dell'operatività del meccanismo in parola corrisponde, specularmente, una spiccata rilevanza delle cause di annullabilità sul piano della disciplina applicabile, profondamente diversa a seconda che il vizio dipenda dall'incapacità legale dell'alienante o da altre cause.

Nel primo caso, costituito dall'annullabilità per incapacità legale, qualunque sia il titolo di acquisto del terzo subacquirente, la disciplina è identica a quella della nullità e, quindi, la tutela del terzo meno intensa, il che si spiega facilmente con la circostanza che il vizio di annullabilità per incapacità legale è conoscibile attraverso l'ispezione dei registri dello stato civile (minore età, interdizione, inabilitazione). Alla stessa disciplina possono essere ricondotte le ipotesi in cui l'atto, pur essendo stato compiuto dal rappresentante legale o con l'assistenza del curatore, non sia stato attuato con le forme abilitative richieste (autorizzazione del Giudice Tutelare o del Tribunale o da parte di giudici incompetenti per materia o per territorio) oppure sia stato posto in essere in conflitto di interesse senza l'osservanza delle cautele previste dalla legge per la rimozione del conflitto[22] medesimo.

Alla stessa disciplina soggiacciono, pur non trattandosi in senso tecnico di annullabilità per incapacità legale, gli atti compiuti dal beneficiario dell'amministrazione di sostegno senza le autorizzazioni prescritte o in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico (art. 412 c.c.).

Per gli altri casi di annullabilità, diversi dall'incapacità legale, la disciplina è invece differenziata a seconda che l'acquisto del terzo subacquirente sia a titolo gratuito o oneroso.

Nel primo, nella valutazione comparativa degli interessi in gioco è stata preferita la posizione dell'attore nel giudizio di annullabilità rispetto al terzo subacquirente a titolo gratuito dal convenuto nel medesimo giudizio, nel senso che il primo prevale sul secondo anche se abbia trascritto la domanda giudiziale dopo la trascrizione

22 Orestano, A.: "La trascrizione", cit., p. 171; Nicolò', R.: "La trascrizione", cit., p. 125.

dell'atto di acquisto del terzo, purché la trascrizione della domanda giudiziale sia avvenuta entro cinque anni dalla trascrizione dell'atto nullo. Nel caso, invece, di acquisto a titolo oneroso, trova piena applicazione la disciplina della seconda parte del secondo comma dell'art. 2652, n. 6, c.c. e, quindi, prevarrà chi per primo procederà a trascrivere: l'attore la domanda giudiziale e il terzo subacquirente il proprio titolo di acquisto, anche ove la domanda giudiziale sia trascritta nei primi cinque anni dalla trascrizione dell'atto annullabile.

Alle ipotesi di annullabilità per cause diverse dall'incapacità legale sono riconducibili i casi di annullabilità per incapacità naturale e di conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato, nella quale ultima ipotesi rientra anche il caso di contratto con sé stesso[23].

Si è sostenuto[24] che, mentre nei casi di nullità e di annullabilità per incapacità legale l'operatività del meccanismo della pubblicità sanante presuppone necessariamente la trascrizione dell'atto nullo o annullabile, in quanto da tale data decorre il quinquennio per la trascrizione della domanda giudiziale (che prevale in ogni caso, ove compiuta in tale lasso temporale, sulla trascrizione del titolo del subacquirente), nelle ipotesi di annullabilità per cause diverse dall'incapacità legale la prevalenza della posizione del subacquirente su quella dell'attore nel giudizio di annullabilità potrebbe essere affermata in ragione della semplice priorità delle trascrizioni, indipendentemente dalla trascrizione del titolo annullabile, perché non prevista dalla norma e non desumibile dal principio di continuità delle trascrizioni, che in ipotesi varrebbe a risolvere conflitti tra due aventi causa da un comune autore che non abbia provveduto a trascrivere il proprio titolo acquisto, e non anche a risolvere il conflitto tra l'alienante di un atto annullabile e il suo subacquirente.

In realtà, l'applicazione del principio di continuità delle trascrizioni è incondizionata nel meccanismo della pubblicità sanante, nel senso che se non è osservata la trascrizione del titolo annullabile non può operarsi un'efficace trascrizione del subacquisto[25] e, quindi, a nulla varrebbe una tempestiva trascrizione di quest'ultimo rispetto alla trascrizione della domanda giudiziale.

23 Secondo Nicolo', R.: "La trascrizione", cit., p. 125, rientrerebbe nel caso di annullabilità per cause diverse dall'incapacità legale anche il caso dell'atto compiuto dagli amministratori di una società in base a una delibera nulla ex art. 2377 c.c. o annullabile ex art. 2379 c.c. Alla luce del nuovo art. 2384 comma 2 c.c. sembra più corretto ritenere che la nullità o l'annullabilità della delibera assembleare non siano idonee a spiegare alcun riflesso sulla validità o efficacia dell'atto, salvo che i terzi non abbiano intenzionalmente agito a danno della società.

24 Triola, R.: "Della tutela", cit., p. 269.

25 In tal senso Ferri, L. e Zanelli, P.: "Della trascrizione", in Aa.Vv.: *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, (a cura di F. Galgano), Zanichelli, Bologna-Roma, 1995, p. 245.

III. L'INEFFICACIA.

Molto più problematica è la delimitazione dell'ambito dell'applicabilità della disposizione di cui all'art. 2652, n. 6, c.c. nelle ipotesi di inefficacia dell'atto traslativo. Muovendo dall'assegnazione di una funzione sociale alla tutela codicistica degli acquisti a non domino basati sulle risultanze dei registri immobiliari, legittimata sul piano costituzionale sia dalla funzione sociale della proprietà ex art. 42 Cost., che giustificherebbe l'imposizione da parte del legislatore ordinario di limiti al diritto di proprietà e la regolamentazione dei relativi modi di acquisto, sia dai limiti all'iniziativa economica privata ex art. 41 Cost., riferiti non solo all'attività di impresa ma anche a quella di godimento e disposizione del proprietario, una recente dottrina[26] ha ripreso con particolare vis argomentativa il ragionamento - già autorevolmente svolto negli anni Settanta da Luigi Mengoni[27] - della non eccezionalità delle norme che disciplinano gli acquisti a non domino e della suscettibilità della loro estensione analogica ad altre ipotesi non espressamente disciplinate.

A tale stregua si è sostenuto che l'art.2652, n.6, c.c. sarebbe applicabile anche agli atti traslativi inefficaci, trascorsi i cinque anni dalla relativa trascrizione, non previsti dalla norma solo perché al momento della codificazione la categoria dell'inefficacia in senso stretto non aveva ancora avuto un'autonoma precisa connotazione[28].

Per meglio cogliere il diverso modo di operare della disposizione normativa, ove applicabile agli atti inefficaci, conviene distinguere, da un lato, fra i casi in cui l'inefficacia dipenda da una carenza del potere di disporre in capo all'alienante, come nell'ipotesi del falsus procurator, alla quale – ad avviso di chi scrive – dovrebbero essere equiparati i casi di procuratore munito di procura nulla[29] o procura falsa, o di disposizione di diritti altrui, o ancora di disposizione di beni gravati da vincoli di pignoramento o sequestro e, dall'altro, i casi di inefficacia stricto sensu, imputabili ad esempio al mancato rilascio di un'autorizzazione e cioè di mancato verificarsi di una condicio iuris.

26 Petrelli, G.: "Trascrizione immobiliare", cit., pp. 112 ss.

27 Mengoni, L.: "*Gli acquisti*", cit., p. 31.

28 Baralis, G. e Metitieri, G.: "Pubblicità sanante", cit., p. 371.

29 È stato autorevolmente osservato (Nicolò', R.: "La trascrizione", cit., p. 122) che nell'ipotesi di atto posto in essere in base a una procura nulla l'art. 2652 n.6 c.c. potrebbe trovare applicazione in quanto anche l'atto stipulato sulla base di una procura nulla sarebbe del pari nullo. Tale tesi è stata condivisibilmente criticata da Gabrielli, G.: "La pubblicità immobiliare", in Aa.Vv.: *Trattato di diritto civile - La parte generale del diritto civile*, (diretto da R. Sacco), 4, Utet Giuridica, Torino, 2012, p. 143, nota 59, secondo il quale oggetto di pubblicità non è in tal caso un titolo nullo, ma un titolo privo di effetto nei confronti di colui del quale è stato speso il nome, né può dirsi che gli effetti sananti della pubblicità investano anche la procura, sanandone il vizio, in quanto gli atti accessori (come la procura) non sono oggetto di trascrizione, che è limitata al solo titolo principale.

È evidente che, ove la pubblicità sanante fosse applicabile ai casi di inefficacia dipendente da una carenza del potere di disporre in capo all'alienante, tutti accomunati dalla presenza di circostanze che, a vario titolo, impediscono l'immediato effetto traslativo per effetto della manifestazione del consenso da parte dell'alienante, il vero titolare del diritto, cioè il dominus nei casi di falsus procurator o di disposizione di diritti altrui, oppure il creditore pignoratizio o sequestratario, avrebbero un vero e proprio onere periodico di consultazione dei registri immobiliari per verificare il compimento di atti traslativi da parte di altri (o del debitore in caso pignoramento o sequestro) in quanto, decorsi i cinque anni dalla trascrizione dell'atto inefficace, l'eventuale trascrizione al subacquirente in buona fede dell'atto di alienazione da parte dell'avente causa (o da parte del debitore) renderebbe assolutamente inopponibile al terzo il diritto reale del vero titolare (o del creditore pignoratizio o sequestratario) Conclusione, quest'ultima, per quanto paradossale, giudicata da tale dottrina non particolarmente gravosa, anche in chiave costituzionale, avendo la Corte Costituzionale in più occasioni rammentato che ravvicinate ispezioni nei registri immobiliari (perfino due nell'arco di sei mesi) non possono considerarsi un onere eccessivamente gravoso[30].

In contrario è sufficiente constatare che, nella funzione riequilibratrice degli opposti interessi evidenziati, il meccanismo della pubblicità sanante è stato previsto anche quale "sanzione" per l'inerzia, protratta per cinque anni, nei confronti dell'autore del titolo nullo o annullabile che non abbia fatto valere il vizio in tale lasso di tempo; inerzia ragionevolmente sanzionabile solo nei confronti di colui che ha partecipato all'atto invalido e che avrebbe avuto, pertanto, la possibilità di conoscere l'esistenza del vizio.

Non così nei confronti del soggetto falsamente rappresentato o dell'effettivo proprietario nei casi di disposizione del diritto altrui, che siano rimasti completamente estranei al perfezionamento del titolo invalido e che subirebbero, a loro insaputa, un effetto ablativo del proprio diritto reale.

Inoltre, ove si volesse ritenere applicabile il meccanismo di cui all'art. 2652, n. 6, c.c. anche all'atto inefficace per carenza del potere di disposizione da parte dell'alienante, rimarrebbe svuotato di contenuto l'art. 1159 c.c., che assegna alla trascrizione del titolo di acquisto a non domino il ruolo di un coelemento di una fattispecie acquisitiva complessa che, solo con il concorso del possesso di buona fede e del decorso di dieci anni, legittima l'acquisto (tra l'altro a titolo originario e non derivativo) della proprietà.

30 In particolare, Cass., 19 agosto 1989, n. 3734; Corte Cost., 8 maggio 1990, n. 228, entrambe statuenti la non illegittimità costituzionale del termine semestrale (decorrente dalla trascrizione dell'atto posto in essere in violazione del diritto di prelazione del conduttore) per l'esercizio del diritto di riscatto ex art. 39 della legge 392/78.

Appare, pertanto, maggiormente corretto ritenere che esulino dall'ambito di applicazione della pubblicità sanante tutti i casi di inefficacia dell'atto dispositivo per carenza del potere negoziale di disposizione, sia che dipendano da un difetto di potere rappresentativo, come nei casi del falsus procurator, della procura nulla o della procura falsa, sia che siano ascrivibili a una mancanza di legittimazione negoziale, come nella vendita o donazione di cosa altrui[31].

Una questione particolarmente problematica si pone nei casi di annullabilità dell'atto di disposizione di beni della comunione legale posto in essere da un coniuge senza il consenso dell'altro ai sensi dell'art. 184 c.c.; disposizione per la quale la Corte Costituzionale ha ritenuto non fondata[32] la questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice a quo proprio per l'asserita minor tutela riservata al coniuge non alienante con l'azione di annullamento rispetto alla sanzione di inefficacia che conseguirebbe, invece, all'atto di alienazione di un bene in comunione ordinaria compiuto solo da uno dei comproprietari.

Si tratta, cioè, di verificare se l'affermazione secondo la quale il consenso del coniuge non formalmente intestatario del bene nei registri immobiliari "non essendo un negozio (unilaterale) autorizzativo nel senso di atto attributivo di un potere, ma piuttosto un atto che rimuove un limite all'esercizio di un potere e, pertanto, un requisito di regolarità del procedimento di formazione dell'atto di disposizione, la cui mancanza, ove si tratti di bene immobile o mobile registrato, si traduce in un vizio del negozio" sia sufficiente a giustificare la piena applicabilità del meccanismo della pubblicità sanante (come in ogni altro caso di annullamento) e, quindi, la piena prevalenza delle ragioni del terzo subacquirente a titolo oneroso di buona fede rispetto al coniuge pretermesso, anche prima del decorso del termine di prescrizione di un anno dalla trascrizione, qualora l'atto di alienazione posto in essere dall'avente causa del coniuge alienante sia trascritto prima della trascrizione della domanda giudiziale di annullamento.

In effetti, sul piano sostanziale, la posizione del coniuge non alienante non è dissimile, quanto alla conoscibilità dell'atto di alienazione da parte del proprio coniuge, da quella di ogni altro comproprietario, e quindi dovrebbe affermarsi

31 Per Cass., 9 maggio 2009, n. 10356, la donazione di beni altrui sarebbe in realtà nulla perché assimilabile alla donazione di beni futuri ex art. 771 c.c., ma la sanzione della nullità - ove si condivida il citato orientamento giurisprudenziale - non fa venir meno la plausibilità della soluzione operativa proposta, e probabilmente sarebbe l'unico caso in cui alla nullità dell'atto dispositivo non consegua l'applicabilità del meccanismo della pubblicità sanante. La donazione di cosa altrui sarebbe, invece, titolo per l'operatività dell'usucapione abbrevia ricorrendo i presupposti di cui all'art. 1159 c.c.; così, chiaramente, anche Bianca, M.: *Responsabilità del notaio* e *pubblicità sanante,* Relazione al convegno di Genova del 13 marzo 2015 su "Le responsabilità del notaio tra disciplina vigente e prassi sanzionatoria", reperibile su http://elibrary.fondazionenotariato.it/indice.asp?pub=47&mn=3 secondo la quale l'atto stipulato dal "falsus procurator" non è soggetto alla pubblicità sanante in quanto "tutto il meccanismo della pubblicità sanante si fonda sull'onere del soggetto di rimuovere l'apparenza del contratto e tale onere non può essere esercitato se l'atto non è imputabile al soggetto come nell'ipotesi della falsa rappresentanza".

32 Corte Cost., 17 marzo 1988, n. 311.

la stessa intensità di protezione. Tuttavia, la tutela più affievolita riconosciuta al coniuge pretermesso non formalmente intestatario del bene, a cui corrisponde - rispetto alla prescrizione dell'azione di annullamento - un'abbreviazione del termine quinquennale di cui all'art. 1442 c.c., si spiega con l'esigenza di evitare che il mancato assolvimento da parte del terzo dell'onere di consultazione dei registri dello stato civile, oltre che dei registri immobiliari, costituisca un intralcio alla speditezza della circolazione immobiliare.

Solo in questa prospettiva si giustifica eccezionalmente la non illegittimità costituzionale dell'onere del coniuge non intestatario "di eseguire periodiche ravvicinate ispezioni dei registri immobiliari" per evitare che eventuali atti di alienazione divengano a lui opponibili nel breve termine stabilito.

In definitiva, nella fattispecie di cui all'art. 184 c.c., limitatamente ai casi di alienazione da parte dell'unico coniuge intestatario nei registri immobiliari di un bene in realtà appartenente anche all'altro coniuge in regime di comunione legale dei beni[33], non v'è alcuna deviazione dalla regola generale prevista dall'art. 2652, n. 6, c.c. per i casi di annullabilità per cause diverse dall'incapacità legale e, pertanto, il coniuge pretermesso non potrà opporre l'eventuale sentenza di annullamento al terzo subacquirente di buona fede a titolo oneroso ove quest'ultimo abbia trascritto il proprio titolo prima della trascrizione della domanda di annullamento.

Il meccanismo della pubblicità sanante torna ad essere pienamente operante nei casi in cui, invece, l'inefficacia dipenda dalla mancanza di un elemento obiettivo per la produzione degli effetti dell'atto di disposizione, come la mancanza di un'autorizzazione ex art. 56 D.lgs. 42/2004[34].

IV. LA BUONA FEDE.

Altro coelemento del meccanismo della "pubblicità sanante" è la buona fede del subacquirente, intesa nell'accezione di cui all'art.1147 c.c., adattata alla peculiarità della fattispecie in esame, in cui la consapevolezza di ledere l'altrui diritto si sostanzia nell'ignoranza del vizio che affetta il titolo del proprio dante causa. A differenza che nell'art. 534 c.c., cioè nella disciplina degli acquisti dall'erede apparente, in cui al terzo, per disposizione eccezionale, è imposto l'onere di provare la propria buona fede, qui la buona fede è presunta fino a prova contraria[35]

33 Non così nell'ipotesi in cui dai registri immobiliari risultino intestatari entrambi i coniugi in regime di comunione legale dei beni: in questi casi si è ritenuto che l'atto di alienazione posto in essere da uno dei coniugi in assenza dell'altro sia inefficace (CORSI, F.: "Il regime patrimoniale della famiglia", in *Trattatto Cicu-Messineo*, [continuato da L. Mengoni], I, Milano, 1979, p. 141) e, pertanto, non troverebbe applicazione il meccanismo della pubblicità sanante. Nel senso dell'applicabilità della pubblicità sanante ai casi di annullamento ex art. 184 c.c. cfr. Cass., sezioni unite, 28 ottobre 2009, n.22755.

34 Così Gabrielli, G.: "La pubblicità immobiliare", cit., p. 143.

35 In giurisprudenza Cass., 24 febbraio 1954, n. 534; Cass., 12 maggio 1973, n. 1301.

in virtù del principio generale di presunzione della buona fede desumibile dall'art. 1147 c.c., applicabile, secondo l'orientamento dominante[36], anche al di fuori della materia del possesso.

È stato, peraltro, autorevolmente sostenuto[37] che la presunzione di buona fede non si fondi tanto sull'applicabilità analogica dell'art. 1147 c.c. che, disciplinando non la buona fede in sé ma il possesso di buona fede, non troverebbe applicazione tutte le volte in cui la buona fede non sia un elemento costitutivo di tale possesso, quanto da un'autonoma analisi, condotta in concreto, per verificare se la buona fede funga da fatto costitutivo del diritto e, quindi, debba essere oggetto di prova da parte chi l'allega ovvero se, al contrario, la mala fede costituisca un fatto impeditivo dell'acquisto medesimo.

Da tale analisi in concreto emerge, ad esempio, che nell'acquisto dall'erede apparente la buona fede rappresenta un fatto costitutivo dell'acquisto, tant'è che è richiesto espressamente l'assolvimento dell'onere della prova della buona fede in capo al terzo acquirente, mentre nella simulazione la regola generale (art. 1415 c.c.) è quell'inopponibilità della simulazione ai terzi acquirenti di buona fede, dal che si evince chiaramente che la mala fede è un fatto impeditivo dell'acquisto del terzo, il quale pertanto sarà esonerato dalla prova positiva della buona fede.

Nell'art. 2652 n. 6 c.c. l'affidamento riposto dai terzi subacquirenti sulla trascrizione dell'atto invalido non contraddetta, per cinque anni, da alcuna domanda giudiziale trascritta consente, anche in questo caso, di apprezzare lo stato soggettivo del terzo solo in chiave negativa, cioè nelle ipotesi di mala fede impeditiva dell'acquisto, con conseguente esonero, per converso, dall'onere di provare in positivo la buona fede.

Il silenzio dell'art. 2652 n. 6 c.c. circa la rilevanza della scusabilità dell'ignoranza o dell'errore relativi al difetto di conoscenza del vizio non deve indurre a ritenere che la buona fede sia esclusa dalla colpa grave[38].

A favore della soluzione negativa, che porta ad escludere che l'ignoranza colpevole possa impedire il perfezionamento della fattispecie, depongono le ragioni del formalismo giuridico[39], nel senso che la trascrizione dell'atto invalido, accompagnata dall'inerzia del titolare e dalla trascrizione del successivo atto valido,

36 Ferri, L. e Zanelli, P.: "Della trascrizione", cit., p. 334, nota 3; nicolo', R.: "La trascrizione", cit., p. 16; gabrielli, G.: "La pubblicità immobiliare", cit., p. 135; in giurisprudenza Cass., 25 febbraio 1954, n. 534, cit., c. 550; Cass., 12 maggio 1973, n. 1301; Cass., 4 marzo 2002, n. 3102.

37 Mengoni, L.: "*Gli acquisti*", cit., p. 354.

38 Come riportato da Mengoni, L.: "*Gli acquisti*", cit., p. 350, l'espressione contenuta nel progetto della Commissione, che subordinava la salvezza dei diritti dei terzi alla condizione che fossero stati acquistati "ignorando senza colpa i vizi dell'atto (impugnato)" è stata volutamente abbandonata nel testo del codice. In senso contrario Nicolò, R.: "La trascrizione", cit., p. 117.

39 Così Mengoni, L.: "*Gli acquisti*", cit., p. 352.

determinano un effetto analogo a quello della "pubblica fede" e costituiscono indici atti a comporre uno strumento di protezione dell'affidamento del terzo, che è destinato a venire meno solo nel caso di "oggettiva" conoscenza del vizio dell'atto.

L'irrilevanza dell'ignoranza colpevole in subiecta materia si apprezza nel parallelismo con la disciplina degli acquisti dall'erede apparente, in cui l'apparenza del diritto del dante causa non solo impone al terzo di provare - come detto - la buona fede, ma gli fa correre il rischio che gli indici da cui ha concretamente inferito la qualità di erede del proprio dante causa non siano ex post apprezzati dal giudice come circostanze idonee a integrare una situazione obiettiva di apparenza di diritto, cioè il rischio che il suo errore sia giudicato oggettivamente inescusabile.

E ciò in quanto, a differenza della buona fede desunta dai pubblici registri immobiliari, che è riconnessa ad una situazione formale tipizzata dalla legge come fonte di affidamento, l'apparenza di diritto appartiene a un ordine di fenomeni opposto, essendo integrata da un complesso di circostanze di fatto, elastiche e non tipizzate, dalle quali il terzo inferisce, attraverso indici meno sicuri e quindi contestabili, la situazione di apparenza.

Tale questione, seppur non completamente svuotata di contenuti, riveste un'importanza per lo meno attenuata per gli acquisti immobiliari in cui il notaio ha l'obbligo di ispezionare il titolo di provenienza e di informare il subacquirente circa gli eventuali vizi del titolo medesimo.

La misura della diligenza professionale richiesta al notaio e il dovere di informazione che permea il contratto d'opera professionale con il cliente fanno sì che, tutte le volte in cui sia rilevato dal notaio il vizio di nullità del titolo c.d. di provenienza, può ritenersi venuta meno la buona fede del subacquirente, tanto che si può ragionevolmente affermare che la buona fede del subacquirente dipenda in concreto dal comportamento del notaio rogante.

Qui, evidentemente, soccorre la distinzione dianzi accennata fra i vizi di nullità rilevabili dall'ispezione del titolo e quelli invece da rinvenirsi aliunde, per effetto di una frode alla legge o di un collegamento negoziale illecito, nel senso che solo per i primi la buona fede del subacquirente sarà mediata dal comportamento del notaio e non anche per i secondi, in cui la buona fede del subacquirente verrà meno molto più difficilmente, in quanto la mala fede sarà correlata alla conoscenza di circostanze estranee all'atto di acquisto del proprio dante causa.

L'eventuale inadempimento dell'obbligo di informazione a carico del notaio rogante nei confronti del subacquirente circa la cause di invalidità del primo titolo esporrebbe il professionista alla responsabilità civile ove, per qualsiasi motivo, il

meccanismo della pubblicità sanante non si perfezionasse, anche dopo i cinque anni dalla trascrizione del titolo nullo, se l'autore di quest'ultimo provvedesse a trascrivere la domanda giudiziale prima della trascrizione del titolo "a valle" valido[40].

La buona fede del subacquirente relativa ai vizi del titolo di acquisto del proprio dante causa deve sussistere al momento in cui si compie il proprio acquisto, cosicché non rileverà successivamente la buona o la malafede dell'avente causa dal terzo subacquirente, in quanto appunto la buona fede deve sussistere quale coelemento di perfezionamento della fattispecie al momento in cui il subacquirente compie il proprio acquisto; una volta perfezionata la fattispecie l'avente causa dal subacquirente acquista a domino e quindi la sua malafede sarà irrilevante.

Ne consegue che, in termini operativi, la pubblicità sanante sarà destinata più facilmente ad operare: i) nei casi in cui l'invalidità del primo titolo non derivi da vizi rilevabili dall'ispezione del titolo; ii) dall'acquisto dell'avente causa dal subacquirente in poi, proprio per l'irrilevanza dell'elemento soggettivo.

Una rivalutazione dell'istituto non può che passare, de iure condendo, da una proposta di modifica normativa dell'art. 2652, n. 6, c.c. nell'ottica di privilegiare l'esigenza di speditezza nella circolazione giuridica rispetto alla tutela dell'alienante che sia rimasto inerte per un certo periodo di tempo senza far valere le proprie ragioni.

In effetti, la mera conoscenza del vizio del titolo del dante causa del proprio alienante non può di per sé paralizzare la circolazione immobiliare quando chi poteva far valere il vizio stesso è rimasto inerte, a meno che il terzo subacquirente non agisca in base ad un accordo fraudolento con il proprio alienante per frodare le ragioni del remoto dante causa[41].

Potrebbe, cioè, ripercorrersi, ai fini di una migliore riformulazione del concetto di buona fede contenuto nell'art. 2652 n. 6, c.c., lo stesso iter logico che ha portato il legislatore della riforma delle società di capitali ad abrogare l'art. 2384 bis c.c., che prevedeva l'inopponibilità dell'estraneità dell'atto all'oggetto sociale ai terzi di buona fede, e a riformulare l'art. 2384 c.c. che, nel nuovo testo, limita l'opponibilità

40 In Baralis, G. e Metitieri, G.: "Pubblicità sanante", cit., p. 397, si pone il problema dell'ammissibilità dell'azione di responsabilità civile verso il notaio anche prima del decorso del quinquennio e lo si risolve nel senso che, poiché gli effetti della "sanatoria" restano sospesi fino al compimento del quinquennio, la domanda di risarcimento del danno è immediatamente proponibile, anche se ai fini della determinazione del danno il notaio potrà eccepire che la liquidazione potrà effettuarsi solo se ed in quanto di verifichi nel termine di legge il fatto impeditivo (trascrizione della domanda giudiziale) del perfezionamento della fattispecie acquisitiva.

41 Secondo Bianca, M.: "*Responsabilità del notaio*", cit., "già de iure condito l'art. 2652 n. 6 dovrebbe interpretarsi, "accogliendosi la distinzione dottrinale fra buona fede in senso formale e buona fede in senso sostanziale, nel senso che il soggetto non è in buona fede non quando è informato (dal notaio) del vizio del titolo di provenienza, ma solo quando è consapevole di ledere la posizione del dante causa. Deve infatti rilevarsi che la buona fede in senso sostanziale è la specifica ignoranza di ledere l'altrui diritto".

delle limitazioni del potere di rappresentanza risultanti dallo statuto ai soli terzi che abbiano intenzionalmente agito a danno della società, cioè quindi sostituendo un criterio basato sul dolo intenzionale del terzo e quello della mera conoscenza dell'estraneità dell'atto all'oggetto sociale.

In questa prospettiva, nella nuova formulazione dell'art. 2652 n. 6 c.c. potrebbe: 1) aggiungersi l'inciso "da qualunque causa la nullità dipenda" dopo il sostantivo nullità per fugare qualsiasi dubbio che tutte le cause di nullità ricadano nell'ambito applicativo della norma; 2) estendere l'ambito di applicazione della disposizione ai casi di inefficacia che non siano dipendenti dalla carenza del potere di disporre dell'alienante; 3) modificare il requisito soggettivo positivo dalla buona fede con un elemento psicologico negativo, nel senso che la fattispecie acquisitiva, nel concorso degli altri elementi obiettivi, sarebbe comunque da intendersi perfezionata "a meno che i terzi non abbiano intenzionalmente agito a danno del dante causa del proprio alienante".

BIBLIOGRAFIA

Baralis, G. e Metitieri, G.: "Pubblicità sanante, leggi speciali e responsabilità notarili. Note tratte da un'esperienza professionale", *Riv. not.*, 1992, I, p. 363.

Bianca, M.: *Responsabilità del notaio e pubblicità sanante*, Relazione al convegno di Genova del 13 marzo 2015 su "Le responsabilità del notaio tra disciplina vigente e prassi sanzionatoria", reperibile su http://elibrary.fondazionenotariato.it/indice.asp?pub=47&mn=3.

Bosetti, F.G.: "Spunti e osservazioni per un esame del problema della continuità delle trascrizioni", *Quadrimestre,* 1987, pp. 380-381.

Castronovo, C.: "Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive", *Europa dir. priv.*, 1998, I, 5, pp. 37 ss.

Casu, G.: *Condono edilizio* e *art. 2, comma 57, legge 662/1996*, risposta a quesito CNN n. 356/2007.

Corsi, F.: "Il regime patrimoniale della famiglia", in *Trattatto Cicu-Messineo*, [continuato da L. Mengoni], I, Milano, 1979, p. 141.

Ferri, L. e Zanelli, P.: "Della trascrizione", in Aa.Vv.: *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, (a cura di F. Galgano), Zanichelli, Bologna-Roma, 1995, p. 245.

Ferri, L.: "Della trascrizione", in AA.VV.: *Commentario del codice civile* (a cura di A. Scialoja e G. Branca), Zanichelli, Bologna-Roma, 1995, p. 297.

Gabrielli, G.: "La pubblicità immobiliare", in AA.VV.: *Trattato di diritto civile - La parte generale del diritto civile*, (diretto da R. Sacco), 4, Utet Giuridica, Torino, 2012, p. 143.

Mengoni, L.: *Gli acquisti "a non domino",* Giuffrè, Milano, 1968, p. 294.

Monticelli, S.: "Dall'inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (Note a margine dell'art. 1469 quinquies commi 1 e 3)", *Rass. dir. civ.,* 1997, II, p. 434.

Natoli in Natoli, U. e Ferrucci, R.: "Della tutela dei diritti. Trascrizione – Prove", in AA.VV.: *Commentario del codice civile,* (redatto a cura di magistrati e docenti), VI, 1, Utet, Torino, 1971, p. 170.

NICOLO', R.: *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile tenuto dal Prof. Rosario Nicolò*, Vol. III – "La trascrizione delle domande giudiziali. Dispense dal corso.", (a cura di D. Messinetti), Giuffrè, Milano, 1973, p. 117.

ORESTANO, A.: "La trascrizione delle domande giudiziali", in AA.VV.: *Trattato della trascrizione*, (a cura di E. Gabrielli e F. Gazzoni), II, Utet Giuridica, Torino, 2014, p. 164.

PETRELLI, G.: "Trascrizione immobiliare e Costituzione", *Riv. dir. civ.*, N. 1, 2014, p. 111.

PUGLIATTI, S.: *Trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, Giuffrè Editore, Milano, 1989, pp. 449 ss.

RAGAZZINI, L.: "Nuovi orientamenti di dottrina, giurisprudenza e legislazione in tema di trascrizione", *Riv. not.,* 1989, p. 135.

RUOTOLO, A. e CACCAVALE, C.: *Il diritto di abitazione nella circolazione dei beni*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato, 22 giugno 1999.

TRIMARCHI, P.: "Atti di disposizione di cosa altrui e arricchimento senza causa", in AA.VV.: *Studi in onore di Alberto Asquini*, V, Cedam, Padova, 1965, p. 2021.

TRIOLA, R.: "Della tutela dei diritti. La trascrizione", in AA.VV.: *Trattato di diritto privato*, (diretto da M. Bessone), IX, Giappichelli, Torino, 2012, p. 263.

LE IPOTESI "TIPICHE" DI CESSAZIONE DEL FONDO PATRIMONIALE

"TYPICAL" CASES OF TERMINATION OF THE PROPERTY FUND

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2922-2951

Giuseppe
TRAPANI

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: L'indagine è diretta a definire la portata dell'art.171 c.c. nella parte in cui definisce le fattispecie che conducono alla cessazione del fondo patrimoniale ed a valutare l'estensione applicativa di ciascuna di esse, definendo di volta in volta gli interessi in gioco di rango privatistico (dei coniugi, dei figli , dei creditori), ed anche di rango pubblicistico.

PALABRAS CLAVE: Fondo patrimoniale; cessazione; ccioglimento; morte; morte presunta; assenza; annullamento del matrimonio; scioglimento del matrimonio; autonomia privata.

ABSTRACT: *Typical hypothesis in the dissolution of a family asset fund*

The study is aimed to assess the scope of art. 171 of the civil code in the part that defines the cases in point that lead to the dissolution of an asset fund and to assess the scope to the application of each case, by defining, each time, interests both of private (of the spouses, of the offspring, of the creditors) and of public scope.

KEY WORDS: *Asset fund; closure; dissolution, death, death presumption, absence, wedding annulment, wedding dissolution, private autonomy.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE E DEFINIZIONE DELLA RICERCA. - II. INDIVIDUAZIONE DELLE FATTISPECIE. - III. LA DISTINZIONE TRA LE IPOTESI DI CESSAZIONE E LE IPOTESI DI SCIOGLIMENTO DEL FONDO PATRIMONIALE. - IV. LA MORTE DI UNO O DI ENTRAMBI I CONIUGI. - V. LA MORTE PRESUNTA. - VI. L'ASSENZA. - VII. L'ANNULLAMENTO DEL MATRIMONIO. - VIII. LO SCIOGLIMENTO DEL MATRIMONIO. - IX. LIMITI ALLA REGOLAZIONE PATTIZIA DELLA CESSAZIONE DEL FONDO ED INDIVIDUAZIONE DELLE NORME APPLICABILI.

I. INTRODUZIONE E DEFINIZIONE DELLA RICERCA.

La legge 19 maggio 1975, n.151 che ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico la figura del fondo patrimoniale, disponendo un'allocazione sistematica delle norme regolatrici dell'istituto del tutto identica a quella delle disposizioni che disciplinavano il patrimonio familiare, contiene una specifica disposizione transitoria che statuisce che "le doti ed i patrimoni familiari costituiti prima dell'entrata in vigore della presente legge continuano ad essere disciplinati dalle norme anteriori".

Una siffatta norma, se da una parte impedisce la costituzione di nuovi patrimoni familiari, pur lasciando che le norme ormai abrogate continuino a regolare quelli già formati, lascia del tutto impregiudicata la vexata quaestio dei rapporti tra quest'ultimo istituto e il fondo patrimoniale[1].

Si tratta, in particolare, del "regime di cogestione di uno o più beni vincolati ai bisogni della famiglia"[2].

L'art.167 c.c. dispone, infatti, che il fondo patrimoniale consiste nella imposizione convenzionale da parte di uno dei coniugi o di entrambi o di un terzo di un vincolo in forza del quale determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri, o titoli di credito, sono destinati a far fronte ai bisogni della famiglia (ad sustinenda onera matrimonii) nucleare[3].

1 Sul patrimonio familiare si segnalano, tra i numerosi studi antecedenti la novella del 1975, n.151: Azara, A.: "Patrimonio familiare" in Nuovo Digesto Italiano, Utet, Torino, XVII, 1939, p.572;
Santosuosso, F.: "Patrimonio familiare" in Novissimo Digesto Italiano, XII, Utet, Torino, 1957, p.652; e tra le opere monografiche risalenti al medesimo arco di tempo: Degni, F.: *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*, Cedam, Padova, 1943, p.266; Morvidi, L.: *Il patrimonio familiare*, Udine, 1941; Santosuosso, F.: *Il matrimonio* e *il regime patrimoniale della famiglia*, Utet, Torino, 1965, p.520 e ss..
In particolare, sui problemi di diritto intertemporale: Cian, G. e Casarotto, G.: "Patrimonio familiare (Regime transitorio)" in Novissimo Digesto Italiano, appendice V, Utet, Torino, 1980, p.784; Pinto Borea, M. C.: "Patrimonio familiare e fondo patrimoniale: caratteri comuni e note differenziali", *Giurisprudenza Italiana,* 1989, I, 1, p. 873. Sullo scioglimento convenzionale si ricorda l'efficace studio di Nigro, A.: "Il fondo patrimoniale tra modifica del contenuto e scioglimento" in *Notariato*, 2013, 1, 39.

2 Efficacemente, Bianca, C. M.: *Istituzioni di diritto privato*, Giuffré, Milano, 2018, p.774.

3 Bianca, C. M.: *Istituzioni di diritto privato*, cit., p.774.

• Giuseppe Trapani
Notaio, già magistrato. E-mail: gtrapani@notariato.it

Tale strumento permette la realizzazione di un duplice scopo: innanzi tutto, dà maggiore forza e concretezza alla fruizione da parte della comunità familiare dei beni conferiti nel fondo e dei frutti degli stessi; inoltre, accanto alla previsione di un vincolo di inalienabilità, convenzionalmente definibile nel suo contenuto e, pertanto, attenuabile, la statuizione di una rigorosa forma di inespropriabilità a tutela delle pretese dei creditori familiari (secondo criteri appresso descritti), consente da una parte di porre i beni oggetto del fondo al di fuori dei rischi discendenti da non oculata gestione delle vicende patrimoniali dei coniugi e, dall'altra, di agevolare la possibilità di accedere al credito per la soddisfazione di esigenze di tipo strettamente familiare[4].

Va, a tale riguardo, però sottolineato, in senso contrario, che "l'endemica sottocapitalizzazione del patrimonio"[5] delle aziende è causa del disfavore con il quale il sistema bancario è indotto a ridurre le linee di credito erogate nei confronti dell'imprenditore che abbia validamente costituito ed annotato un fondo patrimoniale nel quale ha conferito i beni destinati in modo specifico alla soddisfazione delle esigenze familiari[6].

Inoltre, il ricorso abusivo alla fattispecie del fondo patrimoniale da parte di costituenti animati dall'esclusivo obiettivo di sottrarre un bene ai creditori personali agevola la sensazione diffusa dell'appannamento delle intenzioni del legislatore che lo aveva disegnato quale strumento idoneo alla realizzazione delle esigenze familiari.

Tali considerazioni conducono l'interprete ad esaminare le cause di cessazione in senso tecnico dell'istituto, diverse dallo scioglimento di esso per mutuo consenso o dalla cessazione del vincolo per effetto della sua alienazione, proprio per il rilievo che la diffusa valutazione negativa della fattispecie ha nella circolazione dei beni che ne possono formare oggetto, in specie di natura immobiliare.

4 Il vincolo costituisce in tal modo per un verso "peculium" familiare e per altro garanzia espressa per i creditori, in questo senso, Corsi, F.: *Il regime patrimoniale della famiglia*, in Trattato di diritto civile e commerciale a cura di A. Cicu e F. Messineo, Giuffré, Milano, 1979 p.88; De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, Giuffré, Milano, 1991, III, p.30). E' da ricordare il disfavore con il quale gli istituti bancari guardano alle nuove costituzioni di fondi patrimoniali, perché sovente alla loro formazione si accompagna l'intenzione dei coniugi conferenti di non soddisfare i creditori. Invero, tale preoccupazione è infondata soprattutto per i crediti destinati alla realizzazione dei bisogni della famiglia.

5 L'espressione è di Tassinari, F.: "Patrimoni e destinazioni a tutela della famiglia" in "Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative", studi raccolti dal Consiglio Nazionale del Notariato, Giuffré, Milano, 2003, p. 65.

6 Tassinari, F.: "Patrimoni e destinazioni a tutela della famiglia", cit. p. 65. L'Autore ricorda che la costituzione di un fondo patrimoniale costituisce normalmente fonte di futuri problemi per i rapporti bancari e quindi un "fatto fortemente dissuasivo per un utilizzo preventivo e non distorto dell'istituto".

II. INDIVIDUAZIONE DELLE FATTISPECIE.

L'art.171, 1° comma, c.c. recita che "la destinazione del fondo termina a seguito dell'annullamento o dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio".

E' evidente, innanzi tutto, dalla semplice lettura di tale disposizione che il legislatore, essendo il fondo patrimoniale una convenzione matrimoniale, abbia necessariamente ancorato le vicende estintive di quest'ultimo alla persistenza del legame matrimoniale[7].

Il venir meno del matrimonio importa, allora, conseguentemente, di norma, anche la cessazione del fondo patrimoniale stesso, fatta eccezione per l'ipotesi di presenza di figli minori.

La peculiarità dell'istituto del fondo patrimoniale è rappresentata esattamente dalla funzionalizzazione a favore della soddisfazione delle esigenze della famiglia di tutte le utilità che dai beni in esso immessi, è possibile trarre.

Ed è proprio per tale sua specificità che in ipotesi in cui tutti i figli non abbiano raggiunto la maggiore età e, conseguentemente, ma non necessariamente, l'autonomia patrimoniale[8], nonostante l'estinzione sopravvenuta del matrimonio, il fondo patrimoniale è eccezionalmente ultravigente[9].

Prima di affrontare l'esame delle regole che presiedono allo scioglimento del fondo patrimoniale, senza dubbio, disciplinato da una norma più chiara, in gran parte, dell'omologo art.175 c.c. abrogato[10], che prevedeva la regolamentazione

7 De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, cit., III, p.127.
Gabrielli, G.: e Cubeddu, M. G.: *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Giuffrè, Milano, 1997, p.288 segnalano che la cessazione del fondo vuol significare estinzione del vincolo di destinazione, ed è indipendente dall'appartenenza dei beni in questione.
Demarchi, P. G.: *Fondo patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2011, p.400 sottolinea che in occasione della cessazione del fondo patrimoniale si pone il problema proprio di tutte le comunioni, della divisione dei beni conferiti nel fondo patrimoniale, con la presenza di un correttivo che tiene conto delle peculiarità della fattispecie, diretta alla soddisfazione dei bisogni familiari: in particolare è possibile che il giudice attribuisca una quota dei beni del fondo in proprietà o godimento ai figli.

8 L'autonomia patrimoniale, come si vedrà non costituisce requisito di vigenza o meno del vincolo di destinazione.

9 In presenza di figli minori è preferibile ritenere che sia possibile effettuare nuovi conferimenti di beni nel fondo eccezionalmente ultravigente allo scopo esclusivo di reintegrare "l'originaria consistenza economica" patrimoniale; in tal senso, Auletta, T.: *Il fondo patrimoniale Artt.167-171*, in "Il Codice Civile Commentato" diretto da Schlesinger P., Giuffré, Milano, 1992, p. 204 e ss cit., p. 349, nota 2.

10 L'art.175 c.c. in materia di patrimonio familiare statuiva: "1. Il vincolo sui beni costituenti il patrimonio familiare cessa con lo scioglimento del matrimonio, se non vi sono figli o se questi hanno tutti raggiunto la maggiore età. 2. In caso diverso il vincolo dura fino al compimento della maggiore età dell'ultimo figlio. Tuttavia, se alla morte del coniuge proprietario dei beni, questi fanno parte della quota di legittima, l'autorità giudiziaria, qualora ricorrano ragioni di necessità o utilità evidente per i figli maggiorenni, può disporre che sia parzialmente sciolto il vincolo, così che i detti figli conseguano la parte loro spettante sulla quota di legittima." Sul punto, De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, cit., III, p.128; Demarchi, P. G.: *Fondo patrimoniale*, cit. p.400.

della cessazione del vincolo derivante dalla costituzione del patrimonio familiare, è opportuno valutare se tale istituto cessi esclusivamente per effetto delle fattispecie estintive del matrimonio esattamente individuate nel ricordato art.171 , 1° comma, c.c. o se vi sia spazio per l'ingresso, in via interpretativa, in tale elenco di altre ipotesi; al riguardo, va tenuto, comunque, ben presente che gli interessi che il legislatore ha inteso preservare sono rappresentati dal rispetto della parità coniugale e, dall'altro, dalla salvaguardia del soddisfacimento dei bisogni dei figli, in specie minori, per i quali è possibile attingere alle utilità tratte dai beni conferiti.

Un primo indirizzo dottrinale[11], ormai risalente nel tempo, ha fornito al proposito, una lettura combinata dell'art.171, commi 1° e 4°, c.c. [12]; secondo tale impostazione, è necessario, innanzi tutto, prima di esaminare la questione della tassatività o meno delle cause estintive del fondo patrimoniale, valutare se la relatio espressa dall'ultimo comma dell'art.171 c.c. debba essere interpretata quale richiamo alle cause di scioglimento della comunione legale o solo alla mera regolamentazione delle procedure che vi presiedono o ad entrambi.

Invero, è da escludere che il suddetto rinvio sia stato formulato dal legislatore con riguardo a regole procedurali dal momento che esse o non hanno ragione di essere applicate (art.194 c.c.) o appaiono inapplicabili al caso de quo (artt.195-197 c.c.) o ancora riguardano ipotesi che non sono specifiche del momento della cessazione del fondo patrimoniale (come ad esempio, l'art.192 c.c. che regola i rimborsi e le restituzioni al tempo dello scioglimento della comunione legale).

Per tale ragione, un tale rinvio o non ha alcun significato o piuttosto meglio concerne, invece, l'individuazione mera delle cause di scioglimento.

In tal modo, le cause estintive vanno ricercate in parte nel dettato del 1° comma dell'art.171 c.c. ed in parte nelle cause di scioglimento della comunione legale alla quale il 4° ed ultimo comma fa espresso richiamo.

L'assenza di figli alla quale, poi, si riferisce l'art.171, 4° comma c.c., in virtù di un esame complessivo della disposizione in esame, riguarderebbe esclusivamente i figli minori. Insomma, secondo tale opinione, il primo comma della ricordata norma contiene un elenco testuale delle cause di scioglimento, ed il quarto comma, allo stesso proposito, formula un richiamo relazionale al regime della comunione.

11 Cian, G. e Casarotto, G.: *Fondo patrimoniale della famiglia* in *Nov. Dig. It.*, appendice III, Utet, Torino, 1982, p.837.

12 L'art.171, 4° comma c.c. dispone: "Se non vi sono figli, si applicano le disposizioni sullo scioglimento della comunione legale".

L'elencazione delle cause di cessazione del fondo patrimoniale contenuta nell'art.171 c.c. non è, seguendo le indicazioni di una tale impostazione, dunque, tassativa.

L'applicazione estensiva delle cause di cessazione che il legislatore ha previsto espressamente per la comunione legale al fondo patrimoniale non può, allora, che essere sottoposta ad un complessivo giudizio di compatibilità, sulla base anche dell'ampio richiamo all'autonomia negoziale.

Secondo questo indirizzo dottrinale, è del tutto impossibile estendere al fondo patrimoniale quali cause estintive l'assenza (attesa la sua reversibilità) e il fallimento (in considerazione della tutela prevalente della famiglia)[13]; il giudizio di compatibilità, sarebbe invece positivo per la morte presunta (parificata dall'ordinamento alla morte effettiva), per la separazione personale dei coniugi,(sia essa consensuale o giudiziale[14]), per la separazione giudiziale, ed infine per la convenzione matrimoniale o per l'atto dispositivo che (munito nei casi in cui sia necessario delle relative autorizzazioni tutorie) alieni tutti i beni oggetto del vincolo di destinazione, svuotando, per così dire, il fondo stesso del suo contenuto oggettivo[15] o ancora più in generale per effetto delle vicende che danno luogo all'esaurimento dei beni che ne compongono l'oggetto.

Una tal opinione non può essere condivisa.

Deve, in contrario, innanzi tutto, segnalarsi che la tecnica impiegata dal legislatore nella formulazione del dettato dell'ultimo comma dell'art.171 c.c.,

13 Contra Santosuosso F.: *Beni e attività economica della famiglia*, Utet, Torino, 1995, p.271, il quale reputa che non possa ammettersi una permanenza meramente astratta e formale del fondo patrimoniale. Carresi, F.: "Del fondo patrimoniale", in *Commentario al diritto italiano della famiglia* (a cura di G. Cian, V. Oppo e A. Trabucchi, 3, Cedam, Padova, 1992), p.66 affermano che il fallimento di uno dei coniugi può solo permettere l'attribuzione del potere di gestione all'altro coniuge.
Auciello, A., Badiali, F., Iodice, C. e Mazzeo, S.: *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Giuffré, Milano, p.360, Carresi, F.: "Fondo patrimoniale", *Enc. Giur.Treccani*, XIV, Treccani, Roma, 1989, p.5; Dogliotti, M. e Figone, A.: "Il fondo patrimoniale", *Tratt. di dir. priv. Bessone*, IV, II, Giappichelli, Torino, 1998, p.590; Galasso, A. e Tamburello, M.: "Del fondo patrimoniale", in Commentario del codice civile a cura di V. Scialoja e G. Branca, I, Zanichelli, Bologna – Roma, 1999, p.323, nello stesso senso.
Marmo, F.: "Lo scioglimento del fondo patrimoniale" in *Il Notaro* 2002, n.18-19-20, p.102, afferma essere preferibile la tesi secondo la quale il fondo resta insensibile al fallimento.

14 Cian, G. e Casarotto, G.: *Fondo patrimoniale della famiglia,* cit., p.838, rilevano che tale soluzione è di gran lunga preferibile nonostante sia consapevole della contrarietà dell'orientamento prevalente formatosi a proposito del patrimonio familiare. In modo critico, diffusamente sul punto, Del Prete M.: "Il fondo patrimoniale nella crisi della famiglia", in *Notariato* 1999, 1, p.49, attesa la funzione e la storia dell'istituto del fondo patrimoniale. Inoltre, la separazione personale incide sulla comunione legale ma non sul fondo patrimoniale proprio perché la prima non giustifica più la eguale partecipazione alle "fortune della famiglia". Segnala infine quest'ultimo Autore il potere del giudice dell'art.155 c.c. di dettare regole di amministrazione (p.150), che possono giungere sino all'esclusione di un coniuge dall'esercizio dei poteri gestori. Va ricordato che così come nessuna difficoltà si frappone alla possibilità dei coniugi personalmente separati di costituire un fondo patrimoniale è evidente che a contrario la separazione personale consensuale o giudiziale non può essere causa dello scioglimento del fondo medesimo.

15 Cian, G. e Casarotto, G.: *Fondo patrimoniale della famiglia,* cit., p.838, segnalano che i coniugi potrebbero, comunque, sempre alienare tutti i beni oggetto del fondo patrimoniale e farlo cessare sia pure in modo mediato.

ricorda l'analoga statuizione contenuta nell'art.168, 3° comma, c.c., in materia di gestione dei beni oggetto del fondo patrimoniale.

Si tratta, in ambedue le fattispecie, di norme, per così dire, di chiusura.

Il dato positivo individua, infatti, esattamente le regole essenziali dell'istituto de quo, limitandosi, tuttavia, al ricorso alla relatio per i soli profili non analiticamente regolati.

Secondo un'acuta impostazione dottrinale[16], il legislatore ha voluto disciplinare espressamente nell'art.171 c.c. le conseguenze sul fondo patrimoniale di eventi che avrebbero potuto determinare dei dubbi interpretativi: si tratta, infatti, di fattispecie nelle quali viene meno il vincolo matrimoniale e l'influenza sul fondo medesimo è indiretta.

Non viene in esame, insomma, una condotta dei coniugi, ma piuttosto "un accadimento che influisce sul presupposto di esistenza"[17] del fondo medesimo. Inoltre, continua l'Autore, l'art.171 c.c. richiama la "cessazione della destinazione del fondo patrimoniale": invero, il termine "fondo" è utilizzato in modo improprio, atteso che è la destinazione speciale dei beni a cessare, non quella del fondo, essendo una contraddizione in termini la previsione di un fondo patrimoniale privo di specifica destinazione. La norma disciplina, insomma, un caso nel quale i beni che compongono il fondo ancora esistono, del tutto diverso dal caso del cd. esaurimento dell'oggetto, che non trova qui la sua regolamentazione.

E' preferibile affermare che le cause di cessazione del fondo patrimoniale enunciate esclusivamente nell'art.171 c.c. sono puntuali e tassative, proprio perché dipendono soltanto dalla mancata sopravvivenza del vincolo matrimoniale[18].

La tesi della tassatività del dettato dell'art.171 c.c. trova riscontro, altresì, non solo negli obiter dicta di recente giurisprudenza di merito, sia pure in pronunce non

16 Demarchi, P. G.: *Fondo patrimoniale*, cit., p.417.

17 L'espressione è di Demarchi, P. G.: *Fondo patrimoniale*, cit., p. 418, il quale ribadisce che non può esistere un fondo patrimoniale privo di beni.

18 Sono per la tesi della tassatività Auciello, A., Badiali, F., Iodice, C. e Mazzeo, S.: *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p.359; Auletta, T.: *Il fondo patrimoniale Artt.167-171*, cit., p. 341; Auletta, T.: "Il fondo patrimoniale", in *Il diritto di famiglia*, II, "Il regime patrimoniale della famiglia" a cura di G. Bonilini e G. Cattaneo, Utet, Torino, 2007, p.403; Carresi, F.: "Fondo patrimoniale" , cit., p.66; Galletta, F.: *I regolamenti patrimoniali tra i coniugi*, Jovene, Napoli, 1990, p.155; Cenni, M. L.: "Il fondo patrimoniale", in *Trattato di diritto di famiglia* (a cura di P. Zatti, vol.III), "Regime patrimoniale della famiglia", a cura di F. Anelli e M. Sesta, Giuffré, Milano, 2002, p.625; De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, cit., III, p.129; Dogliotti, M. e Figone, A.: "Il fondo patrimoniale", cit., p.590; Gabrielli, G.: "Patrimonio familiare e fondo patrimoniale", in *Enc. Dir.*, XXXII, Giuffré, Milano, 1982, p.318; Gabrielli, G.: e Cubeddu, M. G.: *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., p.288; Galasso, A. e Tamburello, M.: "Del fondo patrimoniale", cit., p.319; Lorefice, P.: *Brevi considerazioni sugli artt.169 c.c. e 171 c.c.* in *La volontaria giurisdizione Casi e materiali,* Giuffré, Milano, 1997, p.332; Mandes, E.: "Il fondo patrimoniale", *Riv. not. 1990*, p.695.
Esprime dubbi al riguardo, pur senza prendere posizione Grasso, B.: "Il fondo patrimoniale", *Trattato di diritto privato* a cura di P. Rescigno, 3, Utet, Torino, 1986, p.432.

aventi ad oggetto lo specifico problema[19], ma anche in alcuni rari provvedimenti espressi sul punto[20].

Il legislatore, insomma, ha collegato direttamente le cause estintive del fondo patrimoniale di cui all'art.171 c.c. alla caducazione del vincolo matrimoniale.

E' preferibile[21] ritenere, in particolare, a tale specifico riguardo, che la separazione personale, sia essa giudiziale o consensuale, non può rappresentare, allora, una causa di cessazione del fondo patrimoniale attesa la facoltà pacificamente riconosciuta ai coniugi, anche in costanza di una crisi coniugale, di costituirne uno ex novo.

Anzi, in tali peculiari casi, il fondo patrimoniale può addirittura essere uno strumento tecnico adeguato a mantenere il tenore di vita matrimoniale, senza ricorrere ad un assegno di mantenimento, costituendo addirittura la concreta modalità di adempimento dell'obbligo alimentare o di mantenimento che in siffatte ipotesi può spettare o essere imposto ad un coniuge nei riguardi dell'altro[22].

In siffatta ipotesi, l'interesse dei coniugi ad ottenere la liberazione dal vincolo di destinazione appare indubbiamente meno degno di tutela dell'interesse dei figli al suo permanere vigente, allo scopo di poter continuare ad ottenere con le utilità da esso tratte, il soddisfacimento dei bisogni ed il mantenimento di un certo tenore di vita[23].

La separazione, peraltro, non è neppure una vicenda irreversibile nella vita coniugale, ben potendo ad essa fare seguito la riconciliazione.

Lo stato di separazione personale che non è, quindi incompatibile né con la permanenza del vincolo destinatorio di un fondo patrimoniale già costituito o la sua

19 Trib. Genova 26 gennaio 1998, in *Vita Notarile,* 1999, 1, p.81, con nota critica di Giletta, A.: "Obbligo di reimpiego nel fondo patrimoniale" anche in *Nuova giurisprudenza civile commentata* 1999, 1, p.215; Trib. Min. di Venezia decreto 17 novembre 1997 in *Rivista del Notariato* 1998, 1-2, p.223, con nota di Vianello, A.: "Lo scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale in presenza di minori"; Trib. Catania 12 dicembre 1990 in *Diritto di famiglia* e *delle persone,* 1991, 1013 cit. (sia pure a proposito del patrimonio familiare); Trib. Vicenza 10 giugno 1985 in *Rivista del Notariato* 1985, p.1200, cit.; Trib. Roma decr. 27 giugno 1979 in *Rivista del Notariato* 1979, p.952.

20 Trib. Savona, 24 aprile 2003, in *Famiglia* e *diritto*, 2004, p.67, cit., secondo il quale la separazione personale dei coniugi non produce lo scioglimento del vincolo matrimoniale; Trib. Min. Perugia del 25 gennaio 2003 in *Diritto di famiglia e delle persone,* 2004 p.126; Trib. Alba in Gius 2002, 2477; Trib. Minorenni Perugia decr. 20 marzo 2001 in *Rivista del Notariato* 2001, p.1189.

21 Del Prete, M.: "Il fondo patrimoniale nella crisi della famiglia", cit., p.47; Nicolini, A.: "Fondo patrimoniale", *Notariato 1998*, 5, p.443, nota 8; Auletta, T.: *Il fondo patrimoniale Artt.167-171*, cit., p.67; Galasso, A. e Tamburello, M.: "Del fondo patrimoniale", cit., p.150; Demarchi, P. G.: *Fondo patrimoniale*, cit., p.409. In giurisprudenza in tal senso, Trib. Savona, 24 aprile 2003, in *Famiglia* e *diritto*, 2004, p.67, secondo la quale la separazione personale dei coniugi non produce lo scioglimento del vincolo matrimoniale. In contrario, Cian, G. e Casarotto, G.: *Fondo patrimoniale della famiglia,* cit., p.837.

22 Auletta, T.: *Il fondo patrimoniale Artt.167-171*, cit., p.67.

23 Cian, G. e Casarotto, G.: *Fondo patrimoniale della famiglia,* cit., p.838 affermano che, comunque, una tale convenzione non produrrebbe effetti prima del raggiungimento della maggiore età di tutti i figli.

modulazione convenzionale né con una nuova costituzione di fondo patrimoniale, pone tuttavia un problema di conformazione delle regole dell'amministrazione coniugale in funzione delle speciali esigenze poste dalla peculiarità del caso, ma non un'inconciliabilità assoluta tra la stipulazione della convenzione in sé e la posizione giuridica dei coniugi personalmente separati : sarà, infatti, compito del giudice dettare le regole più idonee alla bisogna[24], sulla base del combinato disposto dell'art. 168 c.c. e dell'art. 155 c.c. e dell'art. 337 ter c.c..

In particolare, va ricordato che il secondo comma di quest'ultima disposizione statuisce che compete al giudice adottare i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa, valutando prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilendo a quale di essi i figli sono affidati, determinando i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli, ed infine prendendo atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori.

Nonostante il peculiare stato personale dei coniugi per effetto della separazione personale, la gestione del fondo patrimoniale è fondata sull'accordo: se tuttavia l'amministrazione compete inderogabilmente ad entrambi i coniugi, non può essere certamente precluso il potere del giudice competente di dettare le più idonee disposizioni concrete al proposito[25].

Anche in ipotesi in cui vi fossero dei figli maggiorenni, non autonomi sotto l'aspetto economico, in effetti non vi è ragione, insomma, per dichiarare cessato il fondo patrimoniale a causa della mera separazione giudiziale o personale dei coniugi o ancora per il fallimento di uno di essi, atteso che nessuna di tali cause incide sulla persistenza del matrimonio[26].

Può, dunque, affermarsi che allo scioglimento della comunione tra i coniugi per le cause suddette si accompagna di regola la permanenza del vincolo di destinazione: in ipotesi, ad esempio, di separazione giudiziale, non sembra che la gestione del fondo patrimoniale possa subire una paralisi, dal momento che i nuovi conferimenti dipendono, comunque, dalla scelta volontaria di colui che assume l'iniziativa e che il legislatore consente il ricorso a peculiari strumenti che superino eventuali impasse; in ipotesi di separazione personale, è evidente che durante la crisi coniugale, per sua natura reversibile, il fondo patrimoniale può costituire idonea misura per il mantenimento di una situazione economica inalterata; in ipotesi di fallimento, la

24 Demarchi, P. G.: *Fondo patrimoniale*, cit., p.409, in questo senso.

25 Demarchi, P.G.: *Fondo patrimoniale*, cit., p.410.

26 Più esattamente parlano di sussistenza della famiglia De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, cit., III, p.129; Auletta, T.: *Il fondo patrimoniale Artt.167-171*, cit., p.353.

cessazione del fondo patrimoniale finirebbe per ripercuotersi negativamente sul coniuge non imprenditore, che vedrebbe oltrepassato il vincolo per cause non pertinenti le esigenze stesse della famiglia.

E' stato altresì posto il problema dell'effetto sul fondo patrimoniale dell'eventuale declaratoria di interdizione di uno dei coniugi ed in particolare della possibilità di applicare alla fattispecie in esame l'ultimo comma dell'art.183 c.c. in tema di esclusione dall'amministrazione dei beni oggetto della comunione legale; tale disposizione recita che "l'esclusione opera di diritto riguardo al coniuge interdetto e permane sino a quando non sia cessato lo stato di interdizione".

Tale ultima norma deve in realtà essere interpretata non nel senso che l'interdizione è causa di scioglimento del fondo patrimoniale e di dissoluzione consequenziale del vincolo che da esso discende, bensì in virtù del richiamo contenuto nell'art.168 c.c. è semplicemente causa di esclusione del coniuge interdetto dalla gestione dei beni in esso conferiti.

Una tale regola non è, comunque, applicabile in modo automatico al coniuge per il quale sia stato nominato un amministratore di sostegno.

III. LA DISTINZIONE TRA LE IPOTESI DI CESSAZIONE E LE IPOTESI DI SCIOGLIMENTO DEL FONDO PATRIMONIALE.

Diversa dalle ipotesi di cessazione legalmente previste dall'art.171 c.c. è la fattispecie dello scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale, nei limiti in cui è ammissibile, ipotesi che sarà approfondita più avanti.

Non vi è alcuna contraddizione, peraltro, tra una tale ultima scelta convenzionale espressione dell'autonomia patrimoniale dei coniugi, venuto meno il principio di immodificabilità ed il sopra dichiarato principio della tassatività delle cause di cessazione del fondo patrimoniale di cui all'art. 171 c.c. che concerne invece le diverse fattispecie che sono esattamente individuate dal legislatore e che danno luogo alla cessazione del vincolo destinatorio di cui all'art.167 c.c. in via indiretta o mediata per effetto della caducazione del matrimonio.

Il dato testuale supporta una tale soluzione: l'art.171 c.c. sotto la rubrica "Cessazione del fondo" dispone al primo comma che il vincolo di destinazione del fondo "termina a seguito dell'annullamento dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio", facendo in definitiva riferimento a casi nei quali il "termine" o la "cessazione" del fondo dipende da un evento diverso che opera su un piano squisitamente personale.

Nel caso dello scioglimento convenzionale la dissoluzione del vincolo dipende, invece, dal ricorso dei coniugi al disposto dell'art.163 c.c., in virtù del quale coloro che sono state parti delle convenzioni matrimoniali o i loro eredi, possono modificarle.

Non vale neppure osservare, a tale ultimo proposito, che in ogni caso i coniugi, nel rispetto dello statuto peculiare della gestione, ben potrebbero alienare l'unico bene o tutti i beni costituiti in fondo patrimoniale, ottenendo il medesimo risultato concreto: anche quest'ultima, come è evidente, è una fattispecie del tutto autonoma rispetto a quelle esattamente e testualmente indicate nell'art.171 c.c.

Né vale aggiungere che il bene oggetto del vincolo di destinazione potrebbe venir meno anche per effetto di cause indipendenti dalla volontà dei coniugi costituenti (quali in via esemplificativa, l'espropriazione, il furto, lo smarrimento o la distruzione) o del vittorioso esperimento di azioni giudiziarie particolarmente incisive da parte di soggetti estranei lesi nelle loro ragioni dai coniugi titolari dei beni conferiti nel fondo patrimoniale.

Possono essere, insomma, distinte, da una parte, alcune fattispecie tipiche e tassative rientranti complessivamente nella specie definibile quale "cessazione del fondo patrimoniale" (di cui all'art.171 c.c.): si tratta di cause di cessazione, in senso tecnico, del fondo patrimoniale che, incidendo sulla permanenza stessa del rapporto matrimoniale stesso, caducano il presupposto logico giuridico delle convenzioni matrimoniali (e del fondo patrimoniale come costituito), dando luogo ad una sorta di loro travolgimento. Tutte tali fattispecie, esattamente individuate dal legislatore del 1975, ove verificatesi, non danno automaticamente luogo all'estinzione del vincolo destinatorio, se si è in presenza di figli minori dei coniugi costituenti.

Dall'altra, possono essere individuate alcune ipotesi definibili come casi di "scioglimento del fondo patrimoniale", in senso specifico, espressione di principi o di regole aventi una valenza ed un campo applicativo ben più ampio della materia peculiare in esame: si tratta, in particolare, di fattispecie nelle quali la dissoluzione del vincolo destinatorio è l'effetto dell'esercizio dell'autonomia privata mediante l'incisione sul vincolo medesimo in sé (attraverso una modifica convenzionale) o sull'oggetto del fondo (mediante uno specifico atto dispositivo che concerna beni peculiari da parte dei coniugi medesimi) o ancora l'effetto di un atto (o di un fatto) indipendente dalla volontà dei coniugi costituenti stessi che ne determina la caducazione (cd. esaurimento dell'oggetto).

Va, a tale proposito, ricordato che tali ultime fattispecie – per le quali non operano le eccezionali condizioni di ultrattività in presenza dei figli minori che il legislatore impone per le ipotesi di cessazione in senso tecnico del fondo

patrimoniale - non devono però subire una colorazione negativa, in quanto in ogni caso potenzialmente lesive degli interessi che l'istituto in esame è diretto a salvaguardare.

L'estinzione del vincolo di destinazione alla soddisfazione delle esigenze familiari quale effetto immediato della volontà dei coniugi (o dei costituenti più in generale)[27] nell'esercizio dell'autonomia negoziale loro devoluta nella forma dello scioglimento convenzionale importa sempre la permanenza della titolarità dei diritti in capo ai costituenti.

Si tratta proprio dell'ipotesi nella quale allo scioglimento del fondo patrimoniale, non fa seguito necessariamente l'atto dispositivo del bene che ne ha formato l'oggetto; i coniugi, in definitiva, non vogliono assolutamente svuotare il fondo patrimoniale, ma semplicemente vogliono dissolvere un vincolo destinatorio che appare eccessivo ed esuberante rispetto alle necessità loro e della famiglia.

Né può affermarsi che la possibilità di scioglimento convenzionale del vincolo di destinazione per effetto di alienazione dell'unico o di tutti i beni conferiti nel fondo patrimoniale importi, comunque, aprioristicamente un danno per i beneficiari delle utilità del fondo patrimoniale medesimo.

L'ordinamento giuridico prevede, infatti, in tutti i suddetti casi nei quali la volontà dei costituenti sia determinante nella caducazione del vincolo (definibili quali ipotesi appunto di scioglimento del fondo patrimoniale), idonei strumenti per sanzionare eventuali violazioni delle regole di buona amministrazione, facendo salva anche la possibilità di chiedere il risarcimento del danno subito, sia per la lesione dell'interesse del coniuge non agente, sia per la lesione dell'interesse dei figli[28].

Allo stesso modo i coniugi (con il concorso del terzo che assume con loro l'iniziativa) non possono prevedere in sede di costituzione, o di sua modifica successiva, clausole risolutive o termini finali da apporre alla convenzione matrimoniale de quo agitur[29].

Tali considerazioni non conducono, tuttavia, ad una totale esclusione dall'applicazione al campo del fondo patrimoniale di altre disposizioni previste in modo specifico per la comunione legale, che riguardino in particolare il procedimento estintivo di quest'ultima. Invero, ad esempio, l'art.194 c.c. (che disciplina la divisione

27 Va sempre, comunque, ricordato il ruolo del terzo costituente anche nella fase di estinzione del fondo patrimoniale.

28 E' evidente che il ricorso al risarcimento del danno può essere stato determinato dalla lesione concorrente di entrambi tali interessi.

29 De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, cit., III, p.129.

dei beni della comunione) deve essere considerato perfettamente estendibile all'ipotesi di scioglimento del fondo patrimoniale[30], così come anche le norme che disciplinano i rimborsi e le restituzioni[31].

L'individuazione delle cause che importano la dissoluzione del fondo patrimoniale non può, dunque, allontanarsi dal dettato testuale dell'art.171, 1° comma, c.c., che vanno pertanto ad una ad una esaminate.

IV. LA MORTE DI UNO O DI ENTRAMBI I CONIUGI.

La morte di uno dei coniugi a norma dell'art.149, comma primo, c.c. è causa tipica dello scioglimento del matrimonio.

In tale ipotesi, qualora il fondo patrimoniale abbia ad oggetto la proprietà di beni spettanti in tutto o in parte al coniuge defunto, è evidente che debba comunque essere rispettata la disciplina successoria legittima o testamentaria.

Qualora la presenza di figli minori importi anche la ultrattività del vincolo di destinazione ed i beni che ne sono oggetto siano attribuiti mortis causa in proprietà a soggetti terzi, i beneficiari delle utilità del fondo patrimoniale come già costituito – dal momento dell'apertura della successione – avranno esclusivamente il godimento dei beni stessi.

Il peculiare meccanismo previsto dall'art.171, 3° comma c.c., che permette in considerazione delle condizioni economiche dei genitori e dei figli e di ogni altra circostanza rilevante di attribuire ai figli in godimento o in proprietà una quota dei beni del fondo stesso, non è automatico, ma opera solo a seguito di un'espressa richiesta avanzata al giudice in tale senso, lasciando altrimenti spazio esclusivo ai normali strumenti successori[32].

E' altrettanto chiaro che la ultrattività del fondo patrimoniale quale ora delineata, permane anche nel caso in cui la morte del coniuge superstite sia sopraggiunta durante l'eccezionale permanenza del vincolo di destinazione verificatasi per effetto dello scioglimento per qualsiasi causa del legame matrimoniale. Il fondo patrimoniale in tal caso cesserà solo, comunque, con il raggiungimento della

30 De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, cit., III, p.129, il quale afferma essere tale norma "essenzialmente" applicabile.

31 De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, cit., III, p.129. Tale interpretazione collima con l'analisi svolta dalla dottrina a proposito delle cause di cessazione del patrimonio familiare come ricorda Auletta, T.: *Il fondo patrimoniale Artt.167-171*, cit., p.352.

32 Cian, G. e Casarotto, G.: *Fondo patrimoniale della famiglia,* cit., p.835 affermano che è errato individuare nell'art.171, 2° comma c.c. un'ipotesi di successione anomala e che non vi sono ostacoli a sostenere che il giudice possa svincolare i beni "trapassati per via successoria in nuda proprietà ai figli in quanto eredi o legittimari rispetto agli stessi". Un tale potere di svincolo non incontra oggi più i limiti di cui al sopra ricordato art.175 c.c. previgente.

maggiore età da parte di tutti i figli, anche addirittura in caso di decesso di entrambi i coniugi.

La morte di entrambi i coniugi lascia infatti sopravvivere il vincolo di destinazione sino a quando i figli di costoro non abbiano raggiunto la maggiore età.

Le considerazioni ora svolte valgono anche nella fattispecie della costituzione del fondo con riserva di proprietà. In tale ipotesi, infatti, la continuazione del fondo patrimoniale, nonostante la morte di uno o entrambi i coniugi, prescinde del tutto dal fatto che la successione non certo potrà riguardare evidentemente il vincolo di destinazione.

Un siffatto limite, eccezionalmente ultrattivo, continuerà, in realtà, a permanere per effetto del disposto dell'art.171, 2° comma c.c., indipendentemente dal decesso di uno o entrambi i coniugi costituenti, sino al raggiungimento della maggiore età da parte di tutti i figli minori[33].

Né una tale affermazione comporta l'effetto artificioso di configurare "un diritto senza titolare o una personificazione del fondo" come ha sostenuto, invece, parte della dottrina[34].

Il vincolo di destinazione nella fattispecie della costituzione del fondo patrimoniale con riserva di proprietà, è, infatti, inalienabile ed inespropriabile e non può formare autonomo oggetto di un rapporto successorio.

La sua eccezionale ultravigenza è, insomma, dovuta al peculiare statuto della cessazione del fondo, ma non è certo conseguenza della particolare sua configurazione giuridica quale ius in re aliena, che qui, invece, non si accoglie.

V. LA MORTE PRESUNTA.

E' stato autorevolmente sostenuto[35] che la morte presunta, non inserita tra le cause di estinzione del fondo patrimoniale in modo espresso, non possa in alcun modo essere considerata tale. Pertanto, in caso di ritorno del presunto morto

33 L'ipotesi de quo si differenzia dalla fattispecie nella quale muoia il costituente riservatario del diritto di proprietà o più in generale dalle fattispecie relativa alle vicende traslative del diritto del riservatario, ipotesi del tutto neutrali rispetto alle vicende che concernono il vincolo di destinazione.

34 Cian, G. e Casarotto, G.: *Fondo patrimoniale della famiglia,* cit., p.836, i quali ritengono piuttosto che il diritto di godimento si concentri in capo al coniuge superstite o in caso di morte di entrambi i coniugi in capo ai figli. Una tale soluzione, non suffragata da alcuno spunto testuale, come gli stessi Autori rilevano, urta contro la norma che devolve la successione legittima in concorso a favore del coniuge e dei figli, ove questi ultimi vi siano e non solo nel caso in cui entrambi i coniugi siano premorti. Inoltre, tale configurazione discende dall'accoglimento della tesi che siffatto godimento ha natura di diritto reale, alla quale invece si preferisce non accedere.

35 Auletta, T.: *Il fondo patrimoniale Artt.167-171*, cit., p. 359; Galasso, A. e Tamburello, M.: "Del fondo patrimoniale", cit., p.324.

o di accertamento successivo della sua esistenza in vita, il vincolo matrimoniale riprende ad operare ex tunc e con esso anche il vincolo di destinazione del fondo patrimoniale, senza alcun bisogno di stipulare una nuova convenzione, fatti salvi i diritti dei terzi.

Non sembra che possa accogliersi una tale impostazione[36].

L'art.63 c.c. dispone che per effetto della eseguibilità della sentenza che pronuncia la morte presunta, coloro che hanno ottenuto l'immissione temporanea nei beni dell'assente o i loro successori "possono disporre liberamente dei beni".

E' evidente, allora, che, in ipotesi di mancanza di figli minori, il coniuge erede esclusivo del bene già vincolato a favore della famiglia, può disporne in modo libero.

La tesi che qui si oppone, finirebbe, in realtà, per provare troppo. Si tratterebbe, insomma, se si seguisse una tale impostazione che invece si avversa, di un fondo patrimoniale che per effetto del passaggio in giudicato della sentenza di morte presunta, debitamente annotata nei registri dello stato civile, resterebbe allo stato in tutto latente, senza estinguersi, salvo una sua eccezionale reviviscenza in caso di ritorno del presunto morto.

Può, invero, ragionevolmente sostenersi in contrario che il potere di libera disposizione concesso agli eredi immessi nel possesso temporaneo non può essere coartato dalla presenza di un vincolo virtuale, unico residuo di una situazione giuridica ormai conclusa.

Sarebbe infatti del tutto peculiare una situazione giuridica nella quale il coniuge del morto presunto, il cui vincolo matrimoniale è venuto meno tanto che può contrarre nuove nozze – fatti salvi, comunque, gli effetti di cui all'art.68 c.c. – resti in ogni caso in modo latente, ma particolarmente pregnante, vincolato nel patrimonio.

Il coniuge del morto presunto, dichiarata eseguibile la sentenza che ne dichiara la morte presunta, a norma dell'art.65 c.c., riacquista lo stato libero e potrà

36 Reputano che la morte presunta sia causa estintiva del fondo patrimoniale: Auciello, A., Badiali, F., Iodice, C. e Mazzeo, S.: *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, cit. , p.360; Casu, G.: "Fondo patrimoniale", *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, (a cura di C. Falzone, e A. Alibrandi) Roma, Aggiornamento alla VII edizione, Roma 1993, p.345; Del Prete M.: "Il fondo patrimoniale nella crisi della famiglia", cit., p.49; Demarchi, P. G.: *Fondo patrimoniale*, cit., p.407; De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, cit., III, p.131; Dogliotti, M. e Figone, A.: "Il fondo patrimoniale", cit., p.590; Galletta, F.: *I regolamenti patrimoniali tra i coniugi*, cit.,p.155; Jannuzzi A. e Lorefice P.: *Manuale della volontaria giurisdizione*, Giuffré, Milano, 2002, p.509; Gabrielli, G.: "Patrimonio familiare e fondo patrimoniale", cit., p.318; Gabrielli, G.: "Regime patrimoniale della famiglia", *Dig. disc. priv.* XVI, Utet, Torino, 1997 p.391; Grasso, B.: "Il fondo patrimoniale", cit., p.432; Marmo, F.: "Lo scioglimento del fondo patrimoniale", cit., p.102; Santarcangelo, G.: "La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale, IV, Regime patrimoniale della famiglia", Giuffré, Milano, 1989, p.656; Santosuosso, F.: *Beni e attività economica della famiglia*, cit., p.271.

allora non solo contrarre nuove nozze, ma anche un costituire un nuovo fondo patrimoniale avente ad oggetto anche gli stessi beni già sottoposti alla convenzione, ormai estinta, stipulata con il morto presunto stesso.

Il ritorno o l'accertamento dell'esistenza in vita del coniuge morto presunto determina la nullità del nuovo matrimonio dell'altro coniuge e conseguentemente il travolgimento dell'eventuale fondo patrimoniale stipulato a seguito di tale ultimo rapporto matrimoniale, ma certo non la reviviscenza delle convenzioni matrimoniali che accedevano al primo matrimonio e tra esse del fondo patrimoniale[37]. I coniugi, in tal caso, fatti salvi i diritti dei terzi, potranno procedere alla stipulazione di una nuova convenzione matrimoniale costitutiva del vincolo di destinazione ormai caducato.

L'eccezionale reviviscenza del primo matrimonio e la nullità del secondo matrimonio discendono invero da un'espressa disposizione normativa (art.68 c.c.), del tutto carente circa la regolamentazione della sorte delle convenzioni matrimoniali che il morto presunto abbia stipulato.

Tale ultima norma infatti si limita esclusivamente a far salvi gli effetti civili del secondo matrimonio nullo, lasciando piuttosto aperti ampi spazi interpretativi.

VI. L'ASSENZA.

La conclusione è del tutto diversa per la dichiarazione di assenza.

In tale ipotesi, infatti, il rapporto coniugale non si estingue e conseguentemente neppure la convenzione costitutiva del fondo patrimoniale[38].

Non può neppure postularsi l'esistenza di un diritto alla quota dell'assente vincolata a favore della famiglia, da parte degli immessi nel possesso temporaneo, fatta salva l'ipotesi di lesione di legittima, ove si aderisca all'impostazione che lo consente[39].

37 De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, cit., III, p.131. Contra Auletta, T.: *Il fondo patrimoniale Artt.167-171*, cit., p. 343. Va comunque segnalato che la caducazione del secondo matrimonio per effetto del ritorno del morto presunto o del suo accertamento di esistenza in vita non determina in ogni caso la caducazione del fondo patrimoniale costituito con il secondo coniuge: in tal caso, in ipotesi di presenza di figli minori, argomentando ex art. 171 c.c., il vincolo di destinazione sui beni costituenti oggetto del fondo patrimoniale permane sino al raggiungimento della maggiore età da parte dell'ultimo dei figli. Sul punto, sia pure brevemente, Demarchi, P. G.: *Fondo patrimoniale*, cit., p.408.

38 Carresi, F.: "Fondo patrimoniale", cit., p.5; Demarchi, P. G.: *Fondo patrimoniale*, cit., p.408-409.

39 Auletta, T.: *Il fondo patrimoniale Artt.167-171*, cit., p. 360, il quale rileva che, comunque, per tutta la durata del fondo gli eredi non possono far valere il diritto alla restituzione, per la prevalenza della destinazione a favore della famiglia. Demarchi, P. G.: *Fondo patrimoniale*, cit., p.409 afferma che va verificato se gli eredi hanno pretese da avanzare sulla quota dell'assente vincolata al fondo patrimoniale.

L'esclusione di un siffatto potere in capo ai legittimari va poi del tutto comunque ribadita nella fattispecie di costituzione del fondo patrimoniale con riserva di proprietà, atteso che in tal caso le vicende degli aventi causa dal coniuge assente[40], sono assolutamente autonome rispetto alla permanenza in essere del vincolo di destinazione.

VII. L'ANNULLAMENTO DEL MATRIMONIO.

La destinazione del fondo patrimoniale termina, inoltre, a seguito dell'annullamento del matrimonio: si tratta di un'espressione certamente comprensiva del richiamo a tutte cause di nullità o di annullabilità del matrimonio.

La caducazione del vincolo di destinazione è, quindi, effetto della semplice cessazione del rapporto di coniugio, indipendentemente dalla causa che lo determina in concreto, ivi compreso, in via esemplificativa, il matrimonio nullo contratto in mala fede dai coniugi o l'ipotesi della caducazione della trascrizione del matrimonio concordatario o ancora la sentenza di nullità pronunciata dai tribunali ecclesiastici e, poi, dichiarata efficace su richiesta delle parti o anche di una sola di esse dalla Corte di Appello.

In tali casi, infatti, l'esigenza di salvaguardare le ragioni dei figli nati da un matrimonio dichiarato invalido, appare ancor più pressante, legittimando la prosecuzione del vincolo di destinazione sui beni oggetto del fondo patrimoniale.

La tutela di questi ultimi, allora, prescinde in modo assoluto dallo stato soggettivo eventuale dei loro genitori[41], il cui rapporto di coniugio è stato caducato.

Il permanere in vita dell'istituto de quo, infatti, non dipende in alcun modo dal vizio che ha dato luogo, in concreto, all'invalidità stessa: la sopravvivenza del fondo patrimoniale in caso di presenza di figli minori, insomma, non è impedita per nulla dal fatto che il figlio sia incestuoso o adulterino[42].

E' discusso in dottrina ed in giurisprudenza quale sia il tempo dell'efficacia del provvedimento giudiziale che dichiara l'annullamento del matrimonio e conseguentemente quale il momento in cui valutare la sorte del fondo patrimoniale, come costituito.

40 Al pari delle vicende degli aventi causa dal terzo riservatario.

41 Auletta, T.: *Il fondo patrimoniale Artt.167-171*, cit., p. 363, ricorda che proprio in questa prospettiva l'ordinamento giuridico attribuisce alla prole nata da matrimonio invalido, anche se i genitori fossero in mala fede, lo stato di filiazione legittima, sia pure con alcune eccezioni. Sulla stessa questione diffusamente, Demarchi, P. G.: *Fondo patrimoniale*, cit., p.403.

42 Auletta, T.: *Il fondo patrimoniale Artt.167-171*, cit., p. 363.

Un primo indirizzo[43] reputa che sarebbe opportuno optare per la retroattività della sentenza almeno nel caso della mala fede dei coniugi, sin dal tempo della celebrazione del matrimonio; il matrimonio si considererebbe, secondo una tale impostazione, in definitiva mai celebrato, salvi i diritti dei terzi di buona fede[44]; l'adesione ad un siffatto indirizzo non importerebbe, tuttavia, né la caducazione ex tunc del vincolo di destinazione né lo scioglimento del fondo in presenza di figli minori; si tratta, infatti, di una regola peculiare dello statuto del fondo patrimoniale che non subisce alcun tipo di alterazione dipendente dall'atteggiamento psicologico dei coniugi.

Un diverso orientamento[45] accoglie, invece, la tesi dell'irretroattività, in quanto conforme ai principi generali che regolano la nullità del negozio, tesi a circoscrivere la portata effettuale di una siffatta dichiarazione; va criticata, infatti, l'opposta impostazione poiché giunge ad ancorare al concreto atteggiarsi della fattispecie la valutazione del grado della retroattività, con conseguenze poco rispettose di un canone di certezze ed inoltre, in quanto risente della ricostruzione teorica della canonistica del matrimonio quale sacramento, secondo la quale in presenza di un impedimento il matrimonio deve considerarsi come se non fosse mai stato celebrato[46].

La disciplina del matrimonio putativo conforta tale ricostruzione: l'art. 128 c.c. statuisce che rispetto ai coniugi il matrimonio invalido produce gli effetti del matrimonio valido sino alla data della sentenza che ne dichiara l'invalidità in favore del coniuge o dei coniugi che lo hanno contratto in buona fede o che comunque non è responsabile della sua celebrazione poiché il suo consenso è stato estorto con violenza o è stato determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne.

Inoltre, le convenzioni matrimoniali non sono collegate al matrimonio quale negozio, ma piuttosto al rapporto da esso originato: la convenzione patrimoniale tra i coniugi stipulata in costanza di matrimonio trova la sua ragion "d'essere nel mero fatto che i diritti di coabitazione, fedeltà ed assistenza morale pur cessando

43 Auletta, T.: *Il fondo patrimoniale Artt.167-171*, cit., p. 363; Gabrielli, G.: "Patrimonio familiare e fondo patrimoniale", cit., p.318.

44 Demarchi, P. G.: *Fondo patrimoniale*, cit., p.404, pur aderendo all'impostazione avversa, ricorda che per determinare l'esito retroattivo della pronuncia andrebbe, comunque, distinto l'un caso dall'altro in relazione ad elementi di fatto quali la durata della convivenza, il contributo personale e patrimoniale di ognuno dei coniugi e le rispettive responsabilità in ordine alla dichiarazione di nullità o ancora, limitando ulteriormente un siffatto effetto si potrebbe ammettere l'efficacia retroattiva solo nelle fattispecie nelle quali l'annullamento sia accompagnato dalla separazione personale in pendenza del giudizio.

45 Galasso, A. e Tamburello, M.: "Del fondo patrimoniale", cit., p.186. In giurisprudenza, Trib. Catania 9 febbraio 2001 in *Giurisprudenza di merito*, 2001, p.1236.

46 Si tratterebbe insomma come se la pronuncia di annullamento fosse una sorta di accertamento dell'inesistenza del matrimonio stesso e non la pronuncia del suo scioglimento.

con la declaratoria di nullità abbiano posto in essere una situazione irreversibile"[47]; insomma, per il tempo in cui il matrimonio è esistito, non è possibile ipotizzare delle forme di risoluzione delle convenzioni esistenti per difetto della causa, proprio a tutela dei coniuge e dei terzi in buona fede.

E' preferibile, allora, reputare che la cessazione del fondo patrimoniale è effetto immediato del provvedimento giudiziale di annullamento del matrimonio a far tempo dalla sua annotazione nei registri dello stato civile, fatta salva la prorogatio dei suoi effetti destinatori in presenza di figli ancora minori, nei confronti dei quali non può certamente valere né la caducazione del matrimonio né l'atteggiamento psicologico dei propri genitori, in coerenza con il sistema ordinamentale e in specie con il dettato del ricordato art.128 c.c. in tema di matrimonio putativo[48].

Non solo le ragioni della salvaguardia dei figli presiedono, tuttavia, ad un siffatto statuto giuridico del fondo patrimoniale, in ipotesi di annullamento del matrimonio.

L'ultravigenza del vincolo di destinazione, in presenza di figli minori, consente di tutelare, altresì, anche il coniuge che sia in difficoltà per dover affrontare, a seguito della dichiarata invalidità del legame matrimoniale, gli oneri del mantenimento quotidiano della prole.

Il fondo patrimoniale diviene, in tal modo, da istituto teso alla propulsione dei bisogni della famiglia, anche strumento di garanzia delle ragioni dei soggetti che – a seguito delle vicende sfavorevoli familiari – siano divenuti economicamente più deboli.

Una tale funzione, che sovente non tenuta in considerazione, esalta il carattere del fondo, svilito quale mezzo di elusione maliziosa delle ragioni dei creditori estranei alle esigenze della famiglia.

Va infine ricordato che la morte di uno o entrambi i coniugi, il cui vincolo matrimoniale sia stato annullato, lascia comunque sopravvivere il vincolo di destinazione familiare già costituito di cui all'art.167 c.c. sino a quando i figli di costoro non abbiano raggiunto la maggiore età.

47 L'espressione è di Demarchi, P. G.: *Fondo patrimoniale*, cit., che a sua volta la ha tratta da Trib. Catania 9 febbraio 2001 in *Giurisprudenza di merito,* 2001, p.1236, cit..

48 Secondo la pronuncia della Corte di appello di Lecce del 20 marzo del 2001 in *Archivio Civile* 2002, p.1207 il figlio che abbia comunque conservato lo status di figlio legittimo a norma dell'art.128 c.c. pur dopo l'annullamento ecclesiastico del matrimonio del proprio genitore non può vantare diritti sul fondo patrimoniale da quest'ultimo costituito all'atto della celebrazione del nuovo matrimonio, ma solo agire esecutivamente sulla quota di spettanza del medesimo ove risulti inadempiuto l'obbligo di mantenimento a lui spettante.

VIII. LO SCIOGLIMENTO DEL MATRIMONIO.

La cessazione degli effetti civili del matrimonio per effetto del divorzio che produce ovviamente lo scioglimento del fondo patrimoniale.

Tale causa di cessazione si verifica con il passaggio in giudicato della sentenza e l'annotazione nei registri dello stato civile.

E', comunque, evidente che qualora vi siano figli minori il fondo patrimoniale può continuare sino al raggiungimento della maggiore età da parte di tutti[49].

La questione, oggi indiscussa, era stata già affrontata con riferimento al patrimonio familiare e alla disciplina richiamata dall'art.175 c.c. previgente e risolta in modo positivo. In tal modo, il patrimonio familiare cessa, allorquando ricorra il duplice requisito del raggiungimento della maggiore età dei figli e della cessazione degli effetti civili per effetto del divorzio[50], non essendovi in realtà alcuna ragione concreta per mantenerlo in vita.

Il divorzio è, dunque, causa di cessazione degli effetti civili del matrimonio e conseguentemente estintiva ex tunc di qualunque regime patrimoniale e di qualunque convenzione matrimoniale, non importa se anteriore o posteriore alla novella di riforma del diritto di famiglia.

L'effetto della caducazione del fondo patrimoniale a causa dell'annullamento o della cessazione del matrimonio si produce inoltre nei confronti di tutti gli interessati e dei terzi solo dal momento dell'annotazione del provvedimento giudiziale nei registri dello stato civile[51].

L'eccezionale ultrattività del fondo patrimoniale pone in evidenza la possibilità di un eventuale conflitto tra il vincolo di destinazione ancora vigente ed il nuovo

49 Va ricordato che la morte di uno o entrambi i coniugi, il cui matrimonio sia stato dichiarato cessato agli effetti civili, lascia comunque sopravvivere il vincolo di destinazione familiare di cui all'art.167 c.c. già esistente sino a quando i figli di costoro non abbiano raggiunto la maggiore età.

50 Trib. Catania decr. 3 marzo 1987, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1988, p.916.

51 De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, cit., III, , p.132 afferma che le cause di cessazione incidono sull'atto, non sugli effetti e possono solo produrre l'effetto della perenzione solo ex tunc. Nello stesso senso di recente, Marmo, F.: "Lo scioglimento del fondo patrimoniale", cit., p.102, afferma che l'effetto della cessazione si verifica al tempo della sentenza (rectius del passaggio in giudicato di detta sentenza) e che l'opponibilità ai terzi dipende invece dall'annotazione nei registri dello stato civile. Contra Auletta, T.: *Il fondo patrimoniale Artt.167-171*, cit., p. 360, sostiene che l'unica differenza tra le cause di nullità può essere solo ed esclusivamente sul piano della decorrenza degli effetti. In particolare l'Autore afferma che è preferibile sostenere il verificarsi l'estinzione del fondo con effetto retroattivo allorquando la causa di annullamento del matrimonio abbia un simile effetto (p.361-362), perché maggiormente in linea con i principi dell'invalidità del matrimonio contratto dai coniugi in mala fede. Inoltre, tale soluzione salvaguardia al meglio gli interessi del costituente proprietario originario che ritornerebbe ad esserlo senza alcuna difficoltà. Non vanno evidentemente restituiti i frutti goduti durante la convivenza, poiché in concreto rivolti alla loro destinazione funzionale. In quest'ultimo senso anche Galasso, A. e Tamburello, M.: "Del fondo patrimoniale" , cit., p.326.

fondo che potrebbe esser costituito dal coniuge sopravvissuto o da uno qualunque dei coniugi che – a seguito del venir meno del primo matrimonio – abbia contratto nuove nozze.

Il limite è, comunque, in tale fattispecie, evidente: sino alla completa e definitiva estinzione del fondo patrimoniale per effetto del raggiungimento della maggiore età da parte dell'ultimo dei figli, sui beni sottoposti al primo vincolo di destinazione non potrà essere imposto il vincolo ulteriore discendente da una successiva convenzione di fondo patrimoniale, stipulata a seguito delle nuove nozze contratte da uno dei coniugi originari, che sia proprietario dei beni stessi già conferiti e oggi conferendi.

La fruizione delle utilità da parte del primo nucleo familiare, impone, insomma, che il coniuge che si risposa, dovrà, prima di imporre il nuovo vincolo di destinazione, attendere la definitiva e completa dissoluzione del fondo patrimoniale originario eccezionalmente ultravigente, per effetto del raggiungimento della maggiore età da parte dell'ultimo dei figli minori.

L'ultimo comma dell'art.171 c.c. statuisce che in caso di scioglimento del matrimonio si applichino le regole previste dal legislatore per lo scioglimento della comunione legale, eccezion fatta per il caso di presenza di figli minori. In tale ultima ipotesi, infatti, la eccezionale ultravigenza del fondo patrimoniale impone che tale disciplina troverà spazio solo allorquando l'ultimo dei figli avrà raggiunto la maggiore età.

IX. LIMITI ALLA REGOLAZIONE PATTIZIA DELLA CESSAZIONE DEL FONDO ED INDIVIDUAZIONE DELLE NORME APPLICABILI.

I coniugi costituenti possono, peraltro, anche individuare convenzionalmente le regole operative per il tempo dello scioglimento del fondo patrimoniale.

In difetto di regolamentazione pattizia, l'analogia tra la conformazione sintattica di tale ultima disposizione del codice civile e l'art.168, 3° comma c.c., impongono anche in questa sede, l'effettuazione di un giudizio di compatibilità tra il regime dello scioglimento del fondo e le poche regole dettate specificamente in tema di fondo patrimoniale.

Non sono evidentemente applicabili al fondo patrimoniale gli articoli 191 c.c. (che detta le regole di scioglimento della comunione, che per nulla incidono sulla sopravvivenza del vincolo di destinazione a favore della famiglia) e 193 c.c. (che

disciplina gli effetti della separazione giudiziale sulla comunione legale, che nessun effetto di caducazione importano sul fondo patrimoniale)[52].

L'art.194, 2° comma, c.c., che statuisce l'usufrutto giudiziale sui beni già comuni per le necessità della prole e l'affidamento di essa, è in realtà inapplicabile proprio perché espressamente superato dalla previsione speciale di cui all'art.171, 3° comma c.c.[53], che consente una peculiare tutela delle ragioni dei figli minori.

Gli articoli 195, 196 e 197 c.c. neppure trovano spazio in materia di fondo patrimoniale per la ragione che essi presuppongono, invero, una presunzione di contitolarità tra i coniugi che confligge con il regime del fondo patrimoniale[54].

Appaiono del tutto compatibili piuttosto con lo statuto del fondo patrimoniale, invece, gli articoli 192 e 194, 1° comma c.c. La divisione dei beni oggetto del fondo patrimoniale si effettuerà, allora, ripartendo in parti eguali l'attivo e il passivo, fatta eccezione per il caso in cui siano dovuti rimborsi o restituzioni[55].

La caducazione del fondo patrimoniale importa, infine, la dissoluzione del vincolo di destinazione imposto sui beni conferiti. In tal modo, nel caso di costituzione con riserva della proprietà, il costituente riacquista la disponibilità delle utilità del bene, che non dovranno più essere dirette a soddisfare le esigenze della famiglia[56].

I beni della comunione legale rientrano nell'alveo di tale particolare regime, qualora la causa estintiva del fondo non ne abbia comportato lo scioglimento[57], o nell'ambito della comunione ordinaria (con la pedissequa applicazione della relativa disciplina)[58], a meno che non appartengano in proprietà esclusiva ad uno dei coniugi o ad un terzo.

52 De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, cit., III, p.140; Auletta, T.: *Il fondo patrimoniale Artt.167-171*, cit., p. 367; Santosuosso, F.: *Beni e attività economica della famiglia*, , cit.,p.273.

53 De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, cit., III, p.140; Auletta, T.: *Il fondo patrimoniale Artt.167-171*, cit., p.367; Santosuosso, F.: *Beni e attività economica della famiglia*, cit., p.273; Corsi, F.: *Il regime patrimoniale della famiglia*, II, cit. p.106.

54 Corsi, F.: *Il regime patrimoniale della famiglia,* II, cit. p.106; Auletta, T.: *Il fondo patrimoniale Artt.167-171*, cit., p.368, esclude l'applicazione di tali norme per la ragione che hanno ad oggetto beni mobili dal momento che anche il fondo patrimoniale può avere ad oggetto beni mobili, seppur del tutto particolari.

55 Auletta, T.: *Il fondo patrimoniale Artt.167-171*, cit., p. 368; Corsi, F.: *Il regime patrimoniale della famiglia,* II, cit. p.106; Santosuosso, F.: *Beni e attività economica della famiglia*, cit.,p.272; De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, cit., III, p.140, segnala che ciascuno dei coniugi è tenuto ai rimborsi per le somme prelevate per fini diversi da quelli della soddisfazione delle obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia e può chiedere la restituzione delle somme prelevate dal patrimonio personale ed impiegate in spese per la cura dei beni immessi nel fondo patrimoniale.

56 Auletta, T.: *Il fondo patrimoniale Artt.167-171*, cit., p.369 afferma che il godimento si consolida con la nuda proprietà; Gabrielli, G.: "Patrimonio familiare e fondo patrimoniale", cit., p.318.

57 L'unica fattispecie configurabile è quella dello scioglimento convenzionale, nei limiti in cui è ammesso.

58 Milone, L.: "Appunti per uno studio sul fondo patrimoniale", *Dir. fam. e pers.* 1976, p.1772 afferma che l'ultimo comma dell'art.171 c.c. si applica solo allorquando non vi sia stata riserva di proprietà. Sul punto, Casu, G.: "Fondo patrimoniale", *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, cit. p.345.

Per i creditori familiari vengono, da ultimo, meno anche le peculiari garanzie delle loro ragioni nei confronti del patrimonio separato, rispetto ai creditori familiari.

BIBLIOGRAFIA

Arceri, A. e Bernardini, M.: *Il regime patrimoniale della famiglia* Maggioli, Rimini, 2009; Auciello, A., Badiali, F., Iodice, C. e Mazzeo, S.: *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Giuffré, Milano, 2001;

Auletta, T.: "Il fondo patrimoniale", in *Il diritto di famiglia*, II, *Il regime patrimoniale della famiglia* a cura di G. Bonilini e G. Cattaneo, Utet, Torino, 2007;

Auletta, T.: "Il fondo patrimoniale Artt.167-171", in *Codice civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Giuffré, Milano, 1992;

Azara, A.: "Patrimonio familiare", *Nuovo Digesto Italiano,* Utet, Torino, XVII, 1939;

Barchiesi, L.: "Del fondo patrimoniale", *Cod. civ. annotato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di P. Perlingieri, Jovene, Napoli, 1991;

Bassetti, R.: *Convenzioni matrimoniali*, Jovene, Napoli, 1992;

Bellantoni, L. e Pontorieri, F.: *La riforma del diritto di famiglia*, Jovene, Napoli, 1976;

Benetti, G.: "Natura e pubblicità del fondo patrimoniale", *Contratti 2000, n.8/9*;

Bianca, C. M.: *Diritto civile La famiglia. Le successioni*, 2, Giuffré, Milano, 1985; Bianca, C. M.: *Istituzioni di diritto privato*, Giuffré, Milano, 2018;

Bonilini, G.: *Manuale di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 1998;

Bronzini, M.: "La famiglia. La costituzione del fondo patrimoniale", *Archivio civile 1991*; Bulgarelli, A.: "L'insostenibile irretrattabilità del fondo patrimoniale", *Notariato*, 2002, 1; Calvosa, L.: *Fondo patrimoniale e fallimento,* Giuffré, Milano, 2003;

Carresi, F.: "Del fondo patrimoniale", in *Commentario al diritto italiano della famiglia* (a cura di G. Cian, V. Oppo e A. Trabucchi, 3, Cedam, Padova, 1992);

Carresi, F.: "Fondo patrimoniale", *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XIV, Roma, 1989;

Casu, G.: "Fondo patrimoniale", *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, (a cura di C. Falzone, e A. Alibrandi) Roma, Aggiornamento alla VII edizione, Roma 1993;

Carusi, P.: *Il negozio giuridico notarile*, I, Giuffré, Milano, 1980;

Cenni, M. L.: "Il fondo patrimoniale", *Trattato di diritto di famiglia* (a cura di P. Zatti, vol.III), "Regime patrimoniale della famiglia" (a cura di F. Anelli e M. Sesta, Giuffré, Milano, 2002); Cian, G. e Casarotto, G.: "Patrimonio familiare (Regime transitorio)", *Novissimo Digesto Italiano*, appendice V, Utet, Torino, 1980;

Cian, G. e Casarotto, G.: "Fondo patrimoniale della famiglia", *Novissimo Digesto Italiano*, appendice III, Torino, 1982;

Corsi, F.: "Il regime patrimoniale della famiglia", *Trattato di diritto civile e commerciale* (a cura di A. Cicu e F. Messineo), VI, tomo II, sez.2, Giuffré, Milano, 1984;

Degni, F.: *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*, Cedam, Padova, 1943;

Dell'anno, P.: *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, Utet, Torino, 2009;

Demarchi, P. G.: "Fondo patrimoniale" Milano, 2005;

Del Prete M.: Il fondo patrimoniale nella crisi della famiglia" in *Notariato* 1999, 1, p.47;

Del Vecchio, B.: "Contributo all'analisi del fondo patrimoniale costituito dal terzo" *Rivista del Notariato,* 1980;

De Paola, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia*, Giuffré, Milano, II, 1995 e III, 1996 (2002);

DI Sapio, A.: "Fondo patrimoniale: l'alienazione dell'unico bene costituito, l'estinzione per esaurimento, lo scioglimento (volontario), il lar familiaris ed il mito di Calipso", *Diritto di famiglie e delle persone* 1999;

Dogliotti, M.: "Regime patrimoniale della famiglia", *Riv. dir. civ.*, 1994, II;

Dogliotti, M. e Figone, A.: "Il fondo patrimoniale", *Trattatto di diritto privato* a cura di M. Bessone, IV, II, Torino, 1998;

Doria, G.: "Atti di disposizione tra coniugi e "causa" familiare", *Vita Notarile 2001, 2*; Ferrando, G.: "Comunione convenzionale, separazione dei beni, fondo patrimoniale", *Giurisprudenza del diritto di famiglia casi e materiali* (a cura di M. Bessone), II, Milano, 1994; Finocchiaro, A. e Finocchiaro M.: *Diritto di famiglia*, I, Giuffré, Milano, 1984;

FORTINO, M.: *Diritto di famiglia. I valori, i princìpi, le regole*, Giuffré, Milano, 1997;

Gabrielli, G.: "Patrimonio familiare e fondo patrimoniale", in *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Giuffré, Milano, 1982;

Gabrielli, G.: "Regime patrimoniale della famiglia", *Digesto discipline privatistiche* XVI, Utet, Torino, 1997;

Gabrielli, G.: e Cubeddu, M. G.: "Il regime patrimoniale dei coniugi", Giuffré, Milano, 1997; Galasso, A. e Tamburello, M.: "Del fondo patrimoniale", *Commentario del codice civile* a cura di V. Scialoja e G. Branca, I, Zanichelli, Bologna – Roma 1999;

Galletta, F.: *I regolamenti patrimoniali tra i coniugi*, Jovene, Napoli, 1990;

Galletta, F. e Patti, S.: "Del fondo patrimoniale", *Comm. al codice civile* a cura di P. Cendon, I, Utet, Torino, 1991;

Genghini, L.: *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Cedam, Padova, 2010; Giletta, A.: "Obbligo di reimpiego nel fondo patrimoniale", *Vita Notarile,* 1999, 1, p.81; Grasso, B.: "Il fondo patrimoniale", in *Trattato di diritto privato* a cura di P. Rescigno, 3, Utet, Torino, 1986;

Jannuzzi A. e Lorefice P.: *Manuale della volontaria giurisdizione*, Giuffré, Milano, 2002;

Lener, G.: "Convenzione matrimoniale e collegamento negoziale", *Vita Notarile, 2001, 2*;

Lenzi, R.: "Struttura e funzione del fondo patrimoniale", *Rivista del Notariato,* 1991;

Lorefice, P. *Brevi considerazioni sugli artt.169 c.c. e 171 c.c.* in *La volontaria giurisdizione Casi e materiali,* Giuffré, Milano, 1997;

Macri', A.: "Fondo patrimoniale", *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del seminario di studi svolto a Bologna nei giorni 5, 6, 7 settembre 1975, (a cura del Comitato Regionale dei Consigli Notarili dell'Emilia Romagna), Roma, 1975;

Mandes, E.: "Il fondo patrimoniale", *Rivista del Notariato* 1990;

Marmo, F.: "Lo scioglimento del fondo patrimoniale" in *Il Notaro* 2002, n.18-19-20, p.102; Mazzocca, A.: *I regimi patrimoniali tra coniugi nel nuovo diritto di famiglia*, Pirola Editore –Milano, 1976;

Milone, L.: "Appunti per uno studio sul fondo patrimoniale", *Diritto di famiglia e delle persone,* 1976; Morelli, M. R.: *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Cedam, Padova, 1996;

Morozzo Della Rocca, P.: "Pubblicità ed opponibilità del fondo patrimoniale", *Diritto di famiglia e delle persone,* 1988;

Morvidi, L.: "Il patrimonio familiare", Udine, 1941;

Nigro, A.: "Il fondo patrimoniale tra modifica del contenuto e scioglimento" in *Notariato*, 2013, 1, 39;

Nicolini, A.: "Fondo patrimoniale", *Notariato 1998*, 5;

Oppo, G.: "In tema di autonomia del fondo patrimoniale", *Persona e famiglia, Scritti giuridici*, V, Cedam, Padova, 1992;

Oppo, G.: "Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica", *Rivista di diritto civile*, 1989 (al quale verranno fatti tutti i riferimenti, pubblicato anche in *Rivista del Notariato*, 1988, 831);

Perchinunno, R.: "Obbligazioni e garanzie nei rapporti con i terzi", *Convegno sulla riforma del diritto di famiglia (su iniziativa del Comitato Regionale dei Consigli Notarili della Puglia) in Rosa Marina*, 13 settembre 1975, Bari, 1976;

Perlingieri, P.: "Sulla costituzione del fondo patrimoniale su "beni futuri", *Diritto di famiglia e delle persone,* 1977; Pino, A.: *Diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 1998;

Pinto Borea, M. C.: "Patrimonio familiare e fondo patrimoniale: caratteri comuni e note differenziali", *Giurisprudenza Italiana,* 1989, I,I;

Ragazzini, L.: *La revocatoria delle convenzioni matrimoniali*", Maggioli, Rimini, 1987;

Rossano, D.: "Fondo patrimoniale e fondi destinati: spunti di riflessione", *Notariato, 2003*; Russo, E.: "Il fondo patrimoniale", in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia,* Giuffré, Milano, 1983;

Russo, E.: "L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali", in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Giuffré, Milano, 1983, e *Vita Notarile*, n.3-4; Russo, E.: "Ripetizione dell'indebito nei rapporti tra i coniugi, convenzioni matrimoniali e pubblicità del fondo patrimoniale", *Vita Notarile,* 2001, 2;

Santarcangelo, G.: *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, IV, *Regime patrimoniale della famiglia*, Giuffré, Milano, 1989;

Santosuosso, F.: *Beni e attività economica della famiglia*", Torino, 1995 (2002 II ed.);

Santosuosso, F.: *Il matrimonio e il regime patrimoniale della famiglia*, Utet, Torino, 1965; Santosuosso, F.: "Patrimonio familiare", *Nov. Dig. It.*, XII, Utet, Torino, 1957;

Serioli, A: "Scioglimento convenzionali del fondo patrimoniale", *Familia,* 2002;

Tassinari, F.: "Patrimoni e destinazioni a tutela della famiglia", *AA.VV. Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative,* Giuffré, Milano, 2003;

Tondo, S.: "Note sul fondo patrimoniale", approvato dalla Commissione studi del Consiglio Nazionale del Notariato il 26 maggio 1998, recante il n.1994, *Studi e materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, 6.1, Milano, 2001;

Trapani, G.: "Obbligazioni familiari e fondo patrimoniale: i limiti all'esecuzione", *studio CNN n.2384*, approvato dalla Commissione studi civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 22 giugno 1999 pubblicato su CNN Notizie del 3 agosto 1999, n.149, nonché *AAVV Studi e materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 2002, 6.1;

Trapani, G.: "La costituzione del fondo patrimoniale da parte di una società studio n. 2527", approvato dalla Commissione studi civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 13 settembre 2000, *Studi e Materiali 6.2. 1998 –2000* e *Vita Notarile 2001*, p. III-VII;

Trapani, G.: "La costituzione del fondo patrimoniale con riserva di proprietà studio n. 2637" approvato dalla Commissione studi civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 13 settembre 2000, *Studi e Materiali 6.2.*;

Trapani, G.: "La costituzione del fondo patrimoniale ed il regime delle menzioni e delle allegazioni obbligatorie studio n.3851", approvato dalla Commissione studi civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 23 aprile 2002 in Studi e Materiali 2002, n. 2;

Trapani, G.: "Il vincolo di destinazione dei beni oggetto del fondo patrimoniale ed i limiti all'autonomia privata dei costituenti destinato alla pubblicazione negli atti del Convegno "I patrimoni separati fra tradizione e innovazione" organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, che ha avuto luogo in Firenze il 28 ottobre 2005, Torino, 2007, p.23-80;

TRAPANI, G.: "Fondo patrimoniale: limiti alla modulazione convenzionale del vincolo di destinazione, all'alienazione dei beni ed alla cessazione del fondo", *Vita Notarile,* 2009, p.1051.

VIANELLO, A.: "Lo scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale in presenza di minori", *Rivista del Notariato* 1998, 1-2, p.223.

SUI LEGATI DISPOSTI IN FAVORE DEI LEGITTIMARI

ON LEGACIES IN FAVOUR OF LEGITIMATE PERSONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2952-2977

Davide
ACHILLE

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il contributo, muovendo dalle varie configurazioni delle disposizioni a titolo particolare in favore dei legittimari e prendendo in considerazione il principio di invariabilità delle quote di riserva affermato nella giurisprudenza di legittimità, intende offrire una lettura razionale con il sistema delle disposizioni normative in tema di legati ai legittimari.

PALABRAS CLAVE: Successione ereditaria; successione necessaria; legittimari; legati; quota di riserva.

ABSTRACT: *The contribution, starting from the various configurations of the provisions in particular in favor of the legitimate holders and taking into consideration the principle of invariability of the reserve shares stated in the jurisprudence of legitimacy, intends to offer a rational reading with the system of regulatory provisions on the subject legitimate.*

KEY WORDS: *Hereditary succession; necessary succession; legitimaries; legates; reserve share.*

SUMARIO.- I. AUTONOMIA TESTAMENTARIA E SUCCESSIONE NECESSARIA: IL SISTEMA DEI LEGATI AI LEGITTIMARI.- II. IL LEGATO IN SOSTITUZIONE DI LEGITTIMA.- III. IL LEGATO IN SOSTITUZIONE DI LEGITTIMA CON DIRITTO AL SUPPLEMENTO.- IV. IL LEGATO IN CONTO DI LEGITTIMA.- V. L'INVARIABILITA' DELLE QUOTE DI RISERVA.- 1. (Segue): …Ed il suo impatto sul sistema dei legati ai legittimari.

I. AUTONOMIA TESTAMENTARIA E SUCCESSIONE NECESSARIA: IL SISTEMA DEI LEGATI AI LEGITTIMARI.

Tra le disposizioni testamentarie a titolo particolare una peculiare rilevanza assumono quelle destinate ad incidere sulla posizione successoria dei legittimari, intesi quale soggetti cui la legge riserva una quota di eredità anche contro la volontà del *de cuius*. L'apparente contraddittorietà insita nell'assunto per cui, da un lato, l'ordinamento – in ossequio ad un principio di solidarietà familiare[1] – garantisce l'intangibilità della quota riservata ai legittimari e, dall'altro lato, ammette la manifestazione di autonomia privata testamentaria tramite i legati disposti in favore di tali soggetti viene superata dalla espressa previsione dei legati ai legittimari nel codice civile[2].

Il riferimento è in particolare al legato in sostituzione di legittima – con o senza diritto al supplemento – e al legato (e la donazione) in conto di legittima, fattispecie quest'ultima cui si affiancano il prelegato e il legato in conto della disponibile. Si tratta di figure eterogenee, che richiedono una puntuale delimitazione, specie

1 Circa il fondamento solidaristico della successione necessaria non si riscontrano uniformità di vedute in dottrina. Ci sembra tuttavia da condividere la considerazione circa l'attualità, anche nella presente realtà, della successione necessaria da considerare quale «logica prosecuzione degli obblighi di assistenza reciproca e contribuzione che derivano dal rapporto familiare» (Delle Monache, S.: "Abolizione della successione necessaria?", *Riv. not.*, 2007, p. 815 ss.; *contra* Amadio, G.: "La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di revisione", *Riv. not.*, 2007, p. 803 ss., il quale ritiene l'obsolescenza della successione in parola alla luce sia degli strumenti di accumulazione della ricchezza che nella mutata configurazione del modello familiare). Sul fondamento della successione necessaria vd. Gatt, L.: "*Memento mori.* La ragion d'essere della successione necessaria in Italia", *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 540 ss. È altresì interessante rilevare che di recente la Corte costituzione tedesca (BVerfG 19 aprile 2005, in *JZ*, 2005, p. 1007), riferendosi agli art. 6 e 14 della *Grundgesetz*, ha ritenuto che la legittima sia «Ausdruck einer Familiensolidarität, die in grundsätzlich unauflösbarer Weise zwischen dem Erblasseer un seine Kindern bestehet» (espressione di una solidarietà familiare, che in modo fondamentale e inscindibile sussiste tra l'ereditando e i suoi figli). Sul dibattito attorno alla successione necessaria vd. i saggi raccolti in Aa. Vv.: "Diritto ereditario, la prassi e le prospettive di riforma (con speciale riguardo alla successione necessaria", *Giur. it.*, 2012, p. 1941 ss. e p. 2195 ss. ed in particolare i contributi di Rescigno, P.: "Le possibili riforme del diritto ereditario" e di Amadio, G.: "Le proposte di riforma della successione necessaria"; nonché Paradiso, M.: "Sulla progettata abrogazione della successione necessaria", in *Scritti in onore di Marco Comporti*, III, Giuffré, Milano, 2008, p. 2066 ss.

2 Rileva Ferri, L.: "Dei legittimari (art. 536-564)", in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981, p. 126 s., che il legato fatto ad un legittimario può rivestire diverse forme. Più di recente Iudica, G.: "Il legato in conto di legittima nel sistema dei legati in favore dei legittimari", *Familia*, 2003, p. 288, afferma che «è convincimento diffuso che la disposizione a titolo particolare in favore del legittimario potrebbe assumere […] forme diverse e distinte».

• Davide Achille
Ricercatore di diritto privato, Università del Piemonte Orientale. E-mail:davide.achille@uniupo.it

laddove si consideri che la qualificazione del legato di cui è beneficiario un legittimario viene tradizionalmente inteso come un accertamento di fatto inerente alla interpretazione della volontà del disponente[3].

È quindi necessario, specie in ragione delle implicazioni sottese a ciascuna delle figure richiamate, individuarne i tratti caratterizzanti, in ciò tenendo conto della recente opera di risistemazione della materia successoria che a fronte dell'inadeguatezza degli interventi normativi più recenti è stata avviata dalla dottrina e dalla giurisprudenza[4], anche al fine di coordinare tra loro le varie disposizioni normative di volta in volta richiamate[5].

II. IL LEGATO IN SOSTITUZIONE DI LEGITTIMA.

Seguendo la sistematica del codice civile, la prima fattispecie di disposizione a titolo particolare fatta in favore dei legittimari che si pone all'attenzione dell'interprete è costituita dal legato in sostituzione della quota di legittima che, a differenza di quanto si registra nel vigore del codice del 1865[6], il legislatore ha espressamente considerato all'art. 551 c.c.[7].

3 In questo senso vd. Cass. 15 giugno 1999, n. 5918, *Giur. it.*, 2000, p. 1174. Secondo quanto comunemente affermato, in mancanza di indicazioni contrarie, il legato fatto al legittimario deve essere qualificato come legato in conto di legittima (in giurisprudenza vd. Cass. 17 marzo 1953, n. 653, *Foro it.*, 1953, I, c. 787 e *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, IV, p. 220; App. Napoli 11 gennaio 1950, *Foro pad.*, 1950, I, c. 808; App. Palermo 31 ottobre 1957, *Giur. sic.*, 1958, p. 422; Trib. Messina 26 luglio 1963, *Foro pad.*, 1964, 1210; Cass. 15 novembre 1982, n. 6098, *Giur. civ.*, 1983, I, p. 49; Cass. 19 novembre 2019, n. 30082, *DeJure*; Cass. 31 maggio 2018, n. 13868, *Riv. not.*, 2018, p. 1216 ss.; Cass. 9 settembre 2011, n. 18583, *Riv. not.*, 2012, p. 461 (s.m.); in dottrina vd. Cicu, A.: *Le successioni*, Giuffré, Milano, 1947, p. 244; Stolfi, G.: "In tema di lasciti al legittimario", *Foro it.*, 1953, I, c. 811; Id.: "Appunti sull'art. 551 codice civile", *Giur. it.*, 1964, I, 2, c. 608; Ferri, L.: *Dei Legittimari*, cit., p. 130; Bianca, C.M.: *Diritto civile. 2.2. Le successioni*, Milano, 2015, p. 193). In particolare, come affermato perentoriamente in giurisprudenza «per ammettersi che un legato sia in sostituzione anziché in conto di legittima è necessario che risulti una manifestazione certa ed univoca del testatore nel senso che determinati beni debbano essere attribuiti al legittimario e che tale attribuzione se accettata esaurisca le ragioni ereditarie del medesimo» (Cass. 26 maggio 1998, n. 5232, *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Successione*, n. 79).

4 Il riferimento è in particolare alla riforma degli artt. 561 e 563 c.c. ad opera del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in l. 14 maggio 2005 n. 80, come anche all'introduzione del patto di famiglia (artt. 768-*bis* ss. c.c.) con la l. 14 febbraio 2005, n. 55.

5 Dal contesto che ci occupa si deve tenere parzialmente distinto il problema della rilevanza del prelegato, atteso che con riguardo ai legati ai legittimari i beneficiari vengono in considerazione esclusivamente come legittimari, qualifica che assume rilevanza determinante nella manifestazione dell'autonomia testamentaria, mentre il richiamo alla figura del prelegato presuppone che tale qualifica non sia stata assunta come determinante dal testatore, avendo questi assunto i beneficiari come eredi.

6 La fattispecie, ignorata anche nel codice civile francese, è prevista invece dal codice tedesco (*Vermächtniss statt Pflichtteil*: § 2307 BGB), dove il legittimario può rifiutare il legato e domandare la legittima intera; mentre, se accetta il legato, può domandare *ex lege* l'integrazione ove il valore di questo sia inferiore a quello della legittima. In questo la disciplina del nostro codice si distacca da quella del codice tedesco.

7 La sua regolamentazione nel codice vigente deriva, oltre che dall'interesse manifestato per la fattispecie – di ampio utilizzo nella pratica d'inizio novecento – mediante la quale il testatore attribuiva al legittimario beni determinati al fine di soddisfare i suoi diritti sulla quota di riserva, dalle differenti posizioni assunte dalla giurisprudenza dell'epoca (cfr. in particolare: Cass. Torino, 4 febbraio 1968, *Legge*, 1868, I, p. 292; Cass. Palermo 25 settembre 1890, *Giur. tor.*, 1891, p. 94; App. Cagliari 26 novembre 1903, *Giur. sarda*, 1903, p. 36; Cass. Palermo 4 marzo 1909, *Giur. it.*, 1909, I, c. 582; Cass. 21 dicembre 1927, *ivi*, 1928, I, c. 135; Cass. Torino 28 luglio 1988, *Giur. tor.*, 1988, p. 594; Cass. Torino, 7 febbraio 1896, *ivi*, 1896, p. 270; Cass. Torino 1° luglio 1921, *Giur. it.*, 1922, c. 1206).

Pur mancando all'interno del codice previgente una disposizione normativa specificatamente dedicata al legato in sostituzione di legittima la figura era comunemente ammessa ancorché con una marcata divisione in dottrina circa la ricostruzione della fattispecie[8]. Tra le varie teorie proposte[9], quelle più accreditate si contrapponevano affermando, da un lato, che l'accettazione del legato sostitutivo non faceva perdere la qualità di erede ma determinava in capo allo stesso soggetto il cumulo dei titoli successori e*x testamento* ed e*x lege*, potendosi tale qualità perdere solo tramite una rinunzia espressa[10], e, dall'altro lato, quella maggiormente seguita in dottrina, che il lascito in esame doveva essere qualificato come legato «condizionato sospensivamente all'adesione del legittimario alla privazione della quota o, come si dice, alla rinunzia della legittima», dove il destinatario del legato in sostituzione era ammesso ad una scelta in virtù della quale poteva reclamare la quota di legittima, assumendo la qualità di erede, ovvero accettare il legato, perdendo tale qualità[11].

Disciplinando la figura del legato in sostituzione di legittima all'art. 551 c.c.[12], il legislatore ha ammesso espressamente che il testatore, nell'esercizio della sua autonomia testamentaria, possa attribuire uno o più determinati beni ad un legittimario in sostituzione e a tacitazione dei suoi diritti di legittima[13]. Una tale attribuzione, qualora non venga rifiutata[14], si concretizza in capo al beneficiario, il quale non acquista, come effetto e*x lege*, la qualifica di erede ma non perde per ciò stesso quella di legittimario[15]. In altri termini, tramite una attribuzione a

8 Una ampia indagine sull'origine del legato in sostituzione di legittima si trova in Ruggiero, D.G.: "Legati in favore dei legittimari e successione *ad intestato*", *Dir. fam. pers*., 2003, p. 744 ss.

9 Oltre alle teorie menzionate nel testo si ricorda quella che considerava sotteso al legato in sostituzione di legittima un *modus* (Vocino, C.: "Quali le conseguenze dell'accettazione, da parte del legittimario, di un legato a tacitazione della legittima", *Sinossi giur.*, 1932, f. 501, p. 49).

10 Ferrara, F.: "Il legato a tacitazione di legittima", *Riv. dir. civ.*, 1922, p. 417; analogamente Salis, L.: *La successione necessaria nel diritto italiano,* Cedam, Padova, 1929, p. 255.

11 Santoro Passarelli, F.: "Legato privativo di legittima", *Riv. dir. civ.*, 1935, p. 264.

12 Cass. 31 agosto 2018, n. 21480, *DeJure*, ha affermato che il vigente art. 551 c.c. ha carattere interpretativo e non innovativo, essendo quindi applicabile anche alle successioni aperte sotto il vigore del codice del 1865.

13 Sotto il codice previgente si contrapponeva la posizione di chi riconosceva la possibilità di tacitare tramite legato i diritti dei legittimari (vd. Ferrara, F.: "Il legato", cit., p. 432; Salis, L.: "La successione", cit., p. 258) alla posizione di chi, invece, escludeva tale possibilità (vd. Filomusi Guelfi, F.: *Diritto ereditario*, I, E. Loescher, Roma, 1909, p. 275; Venezian, G.: *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, I, E. Marghieri-Un. Tip. Editrice Torinese, Napoli-Torino, 1931, n. 187).

14 Con riferimento alla rinuncia del legato in sostituzione di legittima, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che la rinuncia ad un legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto beni immobili richiede la forma scritta (Cass., Sez. un. 29 marzo 2011, n. 7098, *Foro it*., 2011, I, c. 2390 ss.; nello stesso senso, più di recente, Cass. 4 agosto 2017, n. 19646, *Foro it*., 2018, I, c. 1008 ss.). Al riguardo, sia consentito rinviare a Achille, D.: "Legato in sostituzione di legittima e forma della rinunzia (in presenza di diritti reali immobiliari)", *Riv. dir. civ*., 2011, II, p. 598 ss.

15 Il conseguimento del legato in sostituzione di legittima preclude al beneficiario di diventare erede a qualunque titolo, sia testamentario che legittimo (Cass. 12 febbraio 2000, n. 1573, *Guida al dir*., 2000, n. 16, p. 75; vd., inoltre, le considerazioni implicite in Cass. 15 giugno 1999, n. 5918, *Foro it.*, 2000, I, c. 3284). Diversamente, sotto il codice previgente, che come visto non disciplinava il legato tacitativo, la dottrina maggioritaria riteneva compatibile il legato in parola con la delazione legittima (*contra* Santoro Passarelli, F.: "Legato privativo", cit., p. 248). Di recente si è osservato che «il legato in sostituzione di legittima è diretto solo a precludere al legittimario (che lo consegue) di agire per la riduzione […] e che di per sé

titolo particolare in sostituzione di legittima, il testatore impedisce al legittimario beneficiario di agire in riduzione, salvo che quest'ultimo rinunzi a detta attribuzione[16].

Così individuati i tratti caratterizzanti del legato in sostituzione di legittima, questo è stato inteso dalla giurisprudenza di legittimità, in ciò prestando adesione all'autorevole opinione dottrinale emersa già sotto il codice previgente e alla quale si è dinnanzi fatto riferimento, come «una disposizione a titolo particolare sottoposta a condizione risolutiva, nel senso che l'eventuale rinuncia determina il venire meno della sostituzione e consente al legittimario di reclamare la quota di riserva spettantegli per legge sui beni ereditari»[17].

A fronte dei dubbi risolti dal legislatore con l'introduzione dell'art. 551 c.c., in particolare per quanto riguarda la riferibilità del legato posto a tacitazione della legittima alla quota disponibile o alla quota indisponibile, posto che espressamente si prevede che «il legato in sostituzione della legittima grava sulla porzione indisponibile» salvo che ecceda il valore della quota spettante al beneficiario, nel qual caso l'eccedenza graverà sulla disponibile[18], la disposizione normativa in questione ha generato maggiori interrogativi circa i profili connessi all'accettazione del legato[19]. In particolare, ci si è chiesti se sia applicabile al legato in sostituzione

non contiene una volontà di diseredazione diretta ad escluderlo anche dalla operatività della successione legittima (Ruggiero, D.G.: "Legati in favore dei legittimari", cit., p. 786 s.).

16 Marinaro, G.: "La successione necessaria", in *Tratt. dir. civ. CNN* diretto da P. Perlingieri, ESI, Napoli, 2009, p. 222.

17 Cass. 27 giugno 2013, n. 16252, *Riv. not.*, 2014, p. 769 (s.m.).

18 Sulla base di tale disposizione trae spunto la qualificazione che la dottrina fa del legato tacitativo in termini di quota di riserva (Marinaro, G.: *La successione*, cit., p. 223) e da cui deriva l'applicabilità allo stesso del divieto di apporre pesi o condizioni alla quota dei legittimari. In tal senso, tra tutti, Mengoni, L.: "Successioni per causa di morte. Successione necessaria", in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo continuato da Mengoni, Giuffré, Milano, 2000, p. 162; *contra* Calcinai, S.: "Brevi note in tema di legato in sostituzione di legittima ed art. 549 c.c.", *Vita not.*, 1999, p. CLXI; Schiavone, G.: "Il legato in sostituzione di legittima: modalità di acquisto e ambito della funzione sostitutiva", *Familia*, 2006, p. 222.

19 Altro profilo con riguardo al quale si rilevano dubbi interpretativi è costituito dal legato tacitativo di legittima in favore del coniuge superstite avente ad oggetto la casa familiare, vale a dire quanto attribuito *ex lege* al coniuge dall'art. 540 c.c., con riferimento al quale ci si può domandare se il legato in sostituzione di legittima possa produrre i suoi effetti tacitativi anche in relazione ad i diritti di uso e di abitazione riconosciuti al coniuge superstite (in argomento vd. Barone, R., Ioli, G., Mambretti, E.: "Posizione giuridica del coniuge superstite", in *La successione del coniuge dopo la riforma del diritto di famiglia: problemi vecchi e nuovi - Nuovi quaderni di Vita not.*, n. 5, Palermo, s.a. ma 1985, p. 49). Mentre parte della dottrina è escluso in radice la possibilità di un problema del genere, negando che i diritti di abitazione e di uso passano costituire una riserva speciale in favore del coniuge superstite (Grassano, N.: "Legato al coniuge in sostituzione di legittima", *Riv. not.*, 1990, p. 413), la restante dottrina ha variamente risolto il problema (cfr. Mengoni, L.: *Successione necessaria*, cit., p. 127, n. 51; Schiavone, G.: "Il legato", cit., p. 216). A noi sembra che la soluzione al caso in questione che ritiene la necessità di capitalizzare dei diritti di abitazione e di uso della casa familiare per assegnarli in termini monetaria al coniuge beneficiario di un legato che include giuridicamente i menzionati diritti (in dottrina vd. Gabrielli, G.: "Dei legittimari", in *Comm. dir. it. fam.* (a cura di Cian-Oppo-Trabucchi), V, Cedam, Padova, 1992, p. 72; in giurisprudenza vd. Cass. 6 aprile 2000, n. 4329 *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2198) non possa, pur a fronte della recente giurisprudenza di legittimità che ha opinabilmente assimilato il legato *ex* art. 540 c.c. al prelegato (il riferimento è a Cass., Sez. un., 27 febbraio 2013, n. 4847, *Giur. it.,* 2013, p. 1779, con nota critica di Barba, V.: "Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro"), condividersi se si valuta attentamente la *ratio* dei diritti attribuiti sulla casa familiare, da individuarsi nel collegamento tra il bene (casa familiare) ed il soggetto beneficiario (il coniuge). In altri termini crediamo che la ricostruzione che ritiene di dover assegnare al coniuge l'equivalente dei diritti sulla casa familiare a seguito di capitalizzazione finirebbe per frustrare la *ratio* dell'art. 540 c.c. individuabile nell'esigenza di garantire al coniuge il godimento della casa e dei mobili

di legittima la regola valevole per i legati in generale e contenuta nell'art. 649 cod. civ. secondo cui, ferma la possibilità di rinunciare, non è necessario un atto di accettazione del legato.

L'interrogativo in parola sorge in base al rilievo che il legato in sostituzione di legittima si caratterizzerebbe, diversamente rispetto a quanto avviene per i legati in generale, dal produrre i propri effetti nei confronti della successione necessaria e, di conseguenza, sull'acquisto della qualità di erede[20], dando luogo a opinioni dottrinali contrastanti. Da parte di alcuni autori si è sostenuta la necessità di un atto di accettazione[21] o, diversamente, di preferenza[22], da parte del legittimario beneficiario; al contrario, secondo l'orientamento maggioritario, il beneficiario di un legato in sostituzione di legittima non è tenuto ad accettarlo, salva la rinunzia nel caso in cui intenda agire in riduzione[23].

A bene vedere, non sembra che con riguardo al legato in sostituzione di legittima sussistano esigenze in grado di giustificare una soluzione differente rispetto a quelle valida per i legati in generale, dovendosi quindi ritenere che, pur non essendo necessario un atto di accettazione, quest'ultimo varrà tuttavia ad eliminare lo stato d'incertezza, operando con valore confermativo dell'acquisto che come preclusione definitiva a conseguire la quota di riserva[24]. In altri

anche con sacrificio della disponibile. Si può in tal senso rilevare che qualora il coniuge abbia già ricevuto a tacitazione della propria legittima la casa familiare e non vi rinunci non vi è ragione di imporre ai successibili un sacrificio che è strumentale ad assicurare al coniuge il godimento di beni che gli sono già stati assegnati dal testatore.

20 Vd. al riguardo Patti, S.: "La rinuncia al legato in sostituzione di legittima", *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 64 ss.

21 Per la necessità di un atto di accettazione, secondo alcuni espresso mentre secondo altri anche tacito, del legato in sostituzione di legittima vd. Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Giuffré, Milano, 1962, p. 531; Ferri, L.: *Dei legittimari*, cit., p. 134; Criscuoli, G.: "Il testamento. Norme e casi", Cedam, Padova, 1995, p. 494; Cicu, A.: "Legato in conto o in sostituzione di legittima ed usufrutto del coniuge superstite", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, p. 284, il quale ritiene che «l'art. 551 non esige, dal legatario che accetti, la rinunzia all'eredità: esige l'accettazione del legato a differenza di ciò che dispone l'art. 649»; Micheli, P.: "Pubblicità del legato in sostituzione di legittima come implicita rinuncia all'eredità contenente beni immobili", *Riv. not.*, 1948, p. 484.

22 Per la difforme concezione che ritiene indispensabile un diverso atto negoziale di preferenza vd. Morello, U.: "Accettazione o preferenza del legato in sostituzione di legittima al coniuge", *Foro it.*, 1964, I, c. 1210. Cfr. inoltre Trabucchi, A.: "Forma necessaria per la rinuncia al legato immobiliare e rinuncia al legato sostitutivo", *Giur. it.*, 1954, I, 1, c. 914, il quale ritiene che «la fattispecie va meglio vista come il riconoscimento […] di una *facultas* alternativa, che si attua con il diritto di scelta»; in altri termini secondo tale ultima ricostruzione l'atto di accettazione deve essere ricondotto alla categoria dei negozi di scelta.

23 Mengoni, L.: *Successione necessaria*, cit., p. 120; Di Mauro, N.: "Legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto diritti reali immobiliari e forma della rinunzia", *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1509. In giurisprudenza cfr. Cass. 16 febbraio 1954, n. 381, *Giur. it.*, 1954, I, 1, p. 812.

24 Cass. 22 luglio 2004, n. 13785, *Giust. civ. mass.*, 2004, p. 7; Cass. 27 maggio 1996, n. 4883, *Mass. Foro it.*, 1996.

termini, l'accettazione del legato in sostituzione di legittima[25], non necessaria ma volontariamente resa, impedisce la possibilità di agire in riduzione[26].

III. IL LEGATO IN SOSTITUZIONE DI LEGITTIMA CON DIRITTO AL SUPPLEMENTO.

Una variante del legato in sostituzione di legittima si ha quando il testatore, *ex* art. 551, 2° co., c.c., ha «attribuito al legittimario la facoltà di chiedere il supplemento». Siffatta facoltà, riconosciuta tramite l'espressa previsione della cd. clausola suppletoria, consente al beneficiario di chiedere, oltre a quanto attribuitogli con il legato, il *quod deest* della sua quota di riserva.

Per mezzo di questa previsione il legislatore ha consentito che il testatore possa garantire al legittimario la possibilità di ottenere integralmente quanto la legge gli attribuisce a titolo di legittima, e ciò anche al fine di incrementare la possibilità di realizzare il suo intento, visto che il legittimario, rinunziando al legato e chiedendo la sua quota di riserva, non otterrebbe, in termini quantitativi, nulla di più rispetto a quanto disposto dal testamento integrato dal supplemento.

In relazione all'ipotesi in esame si sono riscontrate interpretazioni contrastanti sulla reale portata dell'art. 551 c.c. laddove considera «la facoltà di chiedere il supplemento».

Secondo una prima tesi, invero maggioritaria, il legato in sostituzione di legittima con diritto al supplemento si concretizzerebbe in un legato in conto di legittima[27]. I sostenitori di siffatta ricostruzione sono tuttavia divisi per quanto riguarda i rimedi attraverso cui il legittimario può chiedere l'integrazione: secondo alcuni egli dovrebbe esperire l'azione di riduzione[28]; secondo altri è da escludere la necessarietà di tale ultima azione, evidenziando le analogie con la cautela sociniana,

25 Si tenga presente che secondo quanto comunemente affermato l'atto di accettazione del legato sostitutivo è annullabile per violenza o dolo ma non anche errore (Cass. 17 maggio 1968, n. 1554, *Foro it.*, 1968, I, c. 2558; Cass. 20 giugno 1951, n. 1706, *Foro pad.*, 1952, c. 22; vd., tuttavia, Cass. 17 febbraio 1965, n. 261, *Foro it.*, 1966, I, c. 1052, che sembra ammettere implicitamente la rilevanza dell'errore per il legato nullo in quanto il bene che lo costituiva era già di proprietà del legittimario. In dottrina, per la rilevanza dell'errore Morello, U.: "Accettazione e", cit., p. 1210; Di Stefano, C.: "In tema di errore nell'accettazione del legato in sostituzione di legittima", *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, III, p. 653. In argomento vd. di recente Ferrario Hercolani, M.: "Il legato in sostituzione di legittima", in *Tratt. delle successioni* e *donazioni* diretto da G. Bonilini, III. *La successione legittima*, Giuffré, Milano, 2009, p. 331).

26 Bianca, C.M.: *Le successioni*, cit., p. 193.

27 Cicu, A.: "Legato in", cit., p. 282; Ferri, L.: "Dei legittimari", cit., p. 127; Azzariti, G.: *Successione dei legittimari* e *successione legittima*, Utet, Torino, 1989, p. 175; Di Mauro, N.: "Legato in sostituzione di legittima e legato in conto di legittima", *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2793; Tamburrino, G.: "Successione necessaria", *Enc. del dir.*, XLIII, Giuffré, Milano, 1990, p. 1365; Parodi, F.: "Legato in conto di legittima", *Vita not.*, 1991, CLXXVII. Per la dottrina anteriore al codice civile vigente cfr. Santoro Passarelli F.: "Dei legittimari", in *Comm. c.c. D'Amelio-Finzi*, Barbera ed., Firenze, 1941, p. 302; Cicu, A.: *Successione legittima* e *dei legittimari*, Giuffré, Milano, 1941, p. 218. Di recente, una piena identificazione del legato in sostituzione di legittima con supplemento e del legato in conto di legittima si rinviene in Ruggiero, D.G.: "Legati in", cit., p. 780 e p. 782.

28 Azzariti, G.: *Successione dei*, cit., p. 175; Ferri, L.: "Dei legittimari", cit., p. 127.

e l'applicazione della relativa disciplina[29]; infine, secondo un'isolata concezione che parte dalla considerazione del beneficiario quale erede testamentario la cui quota è determinata dallo stesso testatore, il legittimario dovrebbe esperire la petizione di eredità[30].

Un'opposta interpretazione qualifica il legato in questione come legato in sostituzione di legittima, cui il testatore non ha collegato la perdita di agire in riduzione[31]. Secondo tale impostazione il positivo esperimento dell'azione di riduzione farebbe conseguire al legittimario la qualità di erede limitatamente al supplemento, con la conseguente preclusione di concorrere ad una eventuale successione *ab intestato,* avendo egli ricevuto l'intera quota di riserva.

Autorevole dottrina, prendendo le mosse da una diversità tra la «facoltà di chiedere il supplemento», contenuta nell'art. 551 c.c., ed il «diritto di chiedere il supplemento», che si concretizza nel diritto che chiedere la legittima e che resta precluso al legittimario che preferisce trattenere il legato, afferma l'erroneità di una qualificazione della disposizione in esame a priori[32]. In tal senso, la facoltà collegata alla clausola suppletoria può avere ad oggetto o l'azione di petizione e di divisione dell'eredità, nel caso in cui il testatore abbia voluto effettuare un legato in conto di legittima, oppure una mera azione obbligatoria con cui si fa valere un diritto di credito, nel qual caso si deve ritenere che il testatore era intenzionato a disporre un legato in luogo di legittima[33]. In altre parole, la reale portata della disposizione a titolo particolare connessa alla clausola suppletoria sottenderebbe un'interpretazione della volontà testamentaria da preferire rispetto ad una qualificazione che tenga in considerazione unicamente il dato normativo.

La dottrina da ultimo richiamata esclude inoltre che il beneficiario del legato tacitativo a cui sia stata data la possibilità di chiedere il supplemento possa esperire l'azione di riduzione visto che questa è essenzialmente un'azione di impugnativa del testamento, logicamente incompatibile con l'accettazione del lascito testamentario in sostituzione di legittima[34].

Se questo è il quadro delle opinioni offerte in dottrina sull'argomento non crediamo che sia discutibile la diversità tra il legato tacitativo con clausola suppletoria ed il legato in conto di legittima, giacché il primo, contrariamente al secondo, è una disposizione testamentaria che – pur facendo perdere il diritto di agire in riduzione

29 Messineo, F.: *Manuale di*, cit., p. 531.

30 Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, Giuffré, Milano, 2002, I, p. 294.

31 Pino, A.: *La tutela*, cit., p. 112.

32 Mengoni, L.: *Successione necessaria*, cit., p. 128.

33 Secondo questa dottrina il diritto di credito *de quo* sarebbe assimilabile all'*actio ad supplendam legitimam*, deferito al legittimario per incrementare le probabilità di accettazione del legato (Mengoni, L.: *op. loc. ult. cit.*).

34 Mengoni, L.: *op. loc. ult. cit.*

per il beneficiario – comporta l'obbligo dell'erede o dell'onerato di corrispondere quanto eventualmente necessario per integrare il valore della quota spettante al legittimario tacitato. Diversamente, il legato in conto di legittima costituisce una mera anticipazione della quota di legittima che dovrà essere integrata con quanto necessario per raggiungere il valore della quota stessa prevista dalla legge[35].

In altre parole, la clausola suppletoria è ben compatibile con l'intenzione del testatore di attribuire un legato tacitativo, escludendo la possibilità di esperire l'azione di riduzione ma garantendo le prerogative economiche che la legge garantisce al legittimario[36]; potendosi ulteriormente rilevare che se la clausola suppletoria prevista in tema di legato tacitativo deve, ai sensi della previsione codicistica, essere espressamente prevista, mentre non altrettanto è richiesto per il legato in conto di legittima, che deve, come detto, comunque essere mantenuto distinto rispetto al primo[37].

In tal senso sembra pertanto da accogliere l'opinione recentemente emersa in dottrina secondo cui, ferma la distinzione con il legato in conto di legittima, il legato in sostituzione di legittima con diritto al supplemento deve essere inteso come una disposizione con cui si attribuiscono al beneficiario due legati, il primo sostitutivo e il secondo avente ad oggetto beni per un valore determinato in misura pari alla differenza tra valore della quota di legittima spettante al legatario e il valore del primo legato[38]. Da tale qualificazione ne consegue che il beneficiario di un legato in sostituzione di legittima con supplemento, ferma la possibilità di rinuncia anche solo al supplemento, acquisterà automaticamente – in applicazione della regola valevole per i legati in generale – il diritto di chiedere la differenza in questione senza necessità di accettazione.

IV. IL LEGATO IN CONTO DI LEGITTIMA.

Oltre al legato in sostituzione di legittima, nel sistema dei lasciti in favore dei legittimari, è configurabile il legato (e la donazione) in conto di legittima, vale a dire quell'attribuzione da imputare alla quota di legittima del beneficiario senza

35 Una recente ricostruzione dottrinale – che mira a qualificare la legittima quale attribuzione patrimoniale policausale – ritiene che tramite il legato in sostituzione di legittima con supplemento «la quota di legittima viene ad essere composta dal concorso di una disposizione a titolo particolare con una disposizione a titolo universale» (Magliulo, F.: "La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una teoria della successione necessaria", *Riv. not.*, 2010, p. 533, nota n. 52).

36 Si è altresì avuto modo di precisare come il legato tacitativo con clausola suppletoria sia composto in realtà da due legati «uno, attuale, concernente il bene attribuito e l'altro, mediato, sottoposto alla doppia condizione che il primo si riveli inferiore alla quota di legittima e che il supplemento sia richiesto» (così Cataldo, M.: "Considerazioni sul legato in sostituzione di legittima – Art. 551 c.c.", *Vita not.*, 1981, p. 1175).

37 Bianca, C.M., "Invariabilità delle quote di legittima: il nuovo corso della Cassazione e suoi riflessi in tema di donazioni e legati in conto di legittima", *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 211 ss.

38 Così Barba, V.: *La successione dei legittimari*, Esi, Napoli, 2020, p. 259 ss. In senso adesivo Di Mauro, E.W.: "La facoltà di chiedere il supplemento nel legato in sostituzione di legittima e l'interpretazione del testamento", *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 557 ss.

precludergli di agire in riduzione per l'eventuale differenza, che il legislatore, disciplinandone un particolare profilo, ha considerato all'art. 552 c.c.[39].

Pur intendendo comunemente il legato in conto di legittima come attribuzione a titolo particolare da imputare alla quota di riserva del beneficiario che non preclude allo stesso di ottenere l'eventuale differenza, non si riscontrano tuttavia uniformità di vedute circa la natura giuridica di tale figura. Alcuni ritengono che si tratti di una disposizione a titolo particolare che comporta per il legittimario beneficiario la facoltà di conseguire il legato e, mediante l'azione di riduzione, ottenere anche il *quod deest* della sua quota di riserva[40]; altri affermano che nella disposizione in esame è implicita l'istituzione ereditaria nella quota di riserva, la quale sarà formata dall'oggetto del legato in conto e dall'eventuale supplemento[41]. Infine, altra dottrina, ritiene che il legittimario-legatario in conto di legittima sia contestualmente istituito erede, ma soltanto per l'eventuale differenza tra il valore del legato e quello della quota di riserva a lui spettante[42].

Al riguardo, tenendo presente la già rilevata differenza intrinseca che sussiste tra il legato in sostituzione di legittima con diritto al supplemento e il legato in conto di legittima, ed intendendo quest'ultimo come attribuzione in favore del legittimario da imputare alla quota di riserva del beneficiario, non sembra possibile sminuire la differenza tra il legato in sostituzione di legittima e quello in conto di legittima considerandoli entrambi quali lasciti attraverso i quali il testatore può soddisfare il legittimario e che consentono, tramite la rinuncia al legato, di conseguire la legittima per la sua interezza[43].

Occorre infatti tener presente che i legati (come anche le donazioni) in conto di legittima, vale a dire da imputare alla quota di riserva, sono quelle attribuzioni che, a differenza del legato in sostituzione di legittima, non sono predisposte dal testatore in regime di alternatività con la quota di riserva, bensì implicano la possibilità del legittimario di chiedere una aggiunta per il caso in cui il valore dell'attribuzione sia inferiore alla porzione legittima.

Si può quindi affermare che la caratteristica della figura in esame è che il beneficiario di un legato in conto di legittima non perde, per il solo fatto di essere destinatario della disposizione a titolo particolare, la veste di legittimario e i diritti a questo attribuiti[44]. Infatti, secondo quanto si è già accennato, le attribuzioni in

39 Rileva correttamente Barba, V.: "Il legato in conto di legittima", *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 444, che «l'art. 552 c.c. non reca la disciplina del legato in conto di legittima, ma soltanto la disciplina di uno specifico profilo».

40 Ferri, L.: "Dei legittimari", cit., p. 136.

41 Capozzi, G.: *Successioni* e, cit., p. 305; Cicu, A.: "Legato in", cit., p. 283; Mengoni, L.: *Successione necessaria*, cit., p. 136.

42 Pino, A., *La tutela*, cit., p. 112.

43 Ferri, L.: "Dei legittimari", cit., p. 127.

44 Messineo, F.: *Manuale di*, cit., p. 533.

conto di legittima sono attribuzioni che vanno imputate alla quota di legittima del beneficiario, senza precludergli di agire in riduzione per l'eventuale differenza. Il legittimario che consegue il legato può far valere il suo diritto di legittima qualora il legato, o la donazione, risultino insufficienti, e cioè se il loro valore non fosse tale da eguagliare quello della quota di riserva, potendo in tal caso chiedere la differenza necessaria a coprire la sua quota.

Si deve quindi considerare, quale elemento caratterizzante di distinzione tra le due figure, che nel legato in sostituzione di legittima il legittimario tacitato non consegue la quota di eredità che gli è riservata per effetto della conformazione alla volontà del testatore di privarlo della quota di riserva, mentre tale volontà non sussiste nel legato in conto di legittima. In altri termini, solo il legato in sostituzione di legittima ha, nell'intento del *de cuius*, una funzione vicaria della quota di legittima, mentre il legato in conto di legittima ha una funzione di concretizzazione e determinazione della quota di riserva.

Pertanto, il legato è in conto, e non in sostituzione, quando il testatore ha inteso disporre che l'attribuzione faccia parte della quota riservata senza porre al beneficiario l'alternativa di accettare il legato perdendo la qualità di erede o di rinunziare al lascito conservando tale qualità[45].

Si può quindi affermare, con riguardo al concreto operare del legato in conto di legittima, che il beneficiario di una tale disposizione ha una triplice possibilità di scelta[46].

Da un lato potrà rifiutare il legato e far valere il suo diritto di legittimario per la quota di eredità riservatagli[47]. Diversamente, potrà accettare il lascito in conto senza rinunciare alla quota a lui riservata, con conseguente esclusione della rappresentazione e attribuzione del diritto a conservare il legato nella sua integrità nel caso in cui questo abbia un valore superiore a quello della legittima, mentre nel caso in cui il legato abbia un valore inferiore a quello della legittima potrà ricevere dall'asse un'aggiunta ad integrazione per effetto dell'esercizio dell'azione di riduzione[48]. Infine, potrà accettare il lascito e rifiutare la sua quota di riserva, perdendo così i relativi diritti di legittimario e rientrando così nella previsione dell'art. 552 c.c., il quale prevede la specifica ipotesi in cui il beneficiario del lascito

45 Trib. Messina 26 luglio 1963, *Foro pad.*, 1964, I, c. 1210 e *Giur. sic.*, 1964, p. 243.

46 In questo senso già Criscuoli, G.: *Il testamento*, cit., p. 496.

47 Rileva Barba, V.: "Il legato in", cit., p. 446, che in questa ipotesi «il legittimario acquista la qualità di erede per effetto dell'azione di riduzione, mentre il legato essendo stato rifiutato non pone alcun problema».

48 In questo caso però, secondo quanto stabilito dall'art. 564, 2° comma, c.c. il legatario deve imputare alla sua porzione legittima le donazioni ed i legati a lui fatti salvo che ne sia stato espressamente dispensato. Diversamente, qualora vi sia stata la dispensa dall'imputazione e dalla collazione l'attribuzione sarà da qualificare come legato in conto della disponibile, inteso quale attribuzione fatta al legittimario con cui viene conferito «un vantaggio ulteriore rispetto alla stessa quota di legittima» (Bianca, C.M.: *Le successioni,* cit., p. 199).

in conto non intende conseguire la quota di legittima pur volendo trattenere il lascito come disposizione a titolo particolare[49].

V. L'INVARIABILITÀ DELLE QUOTE DI RISERVA.

In ragione degli effetti sulla quota di riserva astrattamente spettante a ciascun beneficiario, il tema dei legati ai legittimari risulta intimamente connesso a quello della legittima quale quota fissa e, quindi, della relativa estraneità del principio di variabilità della quota nel sistema della successione necessaria.

La questione ha trovato una recente presa di posizione da parte delle Sezioni unite della Corte di cassazione, le quali hanno affermato il principio della invariabilità delle quote di legittima[50] ritenendo che la «posizione del legittimario rispetto al nucleo familiare del *de cuius* […] è insensibile alle vicende successorie all'apertura della successione, che non alterano quella porzione»[51]. In altre parole, è stato chiarito che ciascun legittimario ha diritto a una determinata frazione della quota di riserva fin dall'inizio spettantegli e non potenzialmente all'intera quota, o comunque ad una frazione più ampia di quella che gli spetterebbe se tutti gli altri non facessero valere il loro diritto.

È stata quindi disattesa la soluzione in precedenza sostenuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza secondo cui con riguardo alla successione necessaria trova applicazione il principio della quota mobile e, quindi, per la determinazione della quota riservata alle differenti categorie di legittimari occorrerebbe considerare gli eventi successivi all'apertura della successione i quali, o ritenendo operante l'accrescimento[52] oppure ipotizzando la rideterminazione della quota

49 Ciò non vuole dire, come sostenuto in dottrina (cfr. gli autori indicati *retro* alla nota n. 27) che la disciplina generale del lascito in questione sia contenuta nel secondo comma dell'art. 551 c.c.

50 Il riferimento è a Cass., Sez. un., 12 giugno 2006, n. 13524, in *Giur. it.*, 2007, I, c. 1116 ss., che ribadisce quanto già affermato pochi giorni prima da Cass., Sez. un., 9 giugno 2006 n. 13429, in *Foro it*., 2006, I, c. 2727. Su tali decisioni, tra i vari commenti pubblicati, vd. Ceolin, M.: "La determinazione della quota riservata e alcune considerazioni in tema di rinunzia all'azione di riduzione, rinunzia all'eredità e accrescimento", *Riv. not.*, 2008, p. 201; Stefini, U.: "Determinazione della quota di riserva in presenza di legittimari rinunzianti all'azione di riduzione", *Corr. giur.*, 2006, p. 1717; Loffredo, F.: "La determinazione della quota di riserva spettante ai legittimari nel caso in cui uno di essi rinunci all'eredità ovvero perda, per rinuncia o prescrizione, il diritto di esperire l'azione di riduzioni", *Notariato*, 2006, p. 671 ss.; De Belvis, E.: "Mancato esercizio dell'azione di riduzione ed espansione della quota riservata", *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 733 ss.; Grandi, M.: "Conseguenze applicative, in tema di legati ai legittimari, delle «sentenze gemelle» a Sezioni unite del 9 e 12 giugno 2006", *Fam., pers. e succ.*, 2008, p. 795 ss. Più di recente l'invariabilità delle quote di riserva è stata affermata da Cass. 15 novembre 2017, n. 27259, *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1452 ss., con nota di Perriello, L.E.: "Rinuncia del legittimario all'eredità e cristallizzazione delle quote di riserva", la quale, invero, sembra spingersi oltre rispetto a quanto affermato in precedenza dalle Sezioni unite laddove estende il principio di invariabilità anche al caso della rinunzia all'eredità.

51 Bianca, C.M.: "Invariabilità", cit., p. 212.

52 In questo senso, secondo Barbero, D.: *Sistema istituzionale di diritto privato italiano*, II, Utet, Torino 1965, p. 1038 ss., troverebbe applicazione l'art. 522 c.c., configurandosi una forma di accrescimento in senso tecnico. Questa impostazione si rinviene anche in Cariota Ferrara, L.: *La successione per causa di morte*, I. Parte generale, II, Jovene, Napoli, 1958, p. 98 ss.; Piras, S.: *Successioni per causa di morte*, Parte generale. Successione necessaria, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, II.3, Giuffré, Milano, 1965,

indisponibile[53], determinerebbero la variazione delle quote di riserva in concreto spettanti a ciascun legittimario[54].

Superata la tesi dell'accrescimento in senso tecnico[55], la quale – oltre a risultare affetta da una intrinseca contraddittorietà laddove, da un lato, considera il rinunziante come non venuto alla successione e, dall'altro lato, lo computa per determinare la quota (accresciuta) spettante agli altri legittimari – renderebbe operante l'accrescimento in mancanza di una chiamata ereditaria congiunta e senza che vi sia una quota vacante[56], ben maggiore consistenza è stata tradizionalmente riconosciuta alla tesi della rideterminazione della quota di riserva.

In particolare, a tale ultimo fine, è stata invocata l'efficacia retroattiva della rinuncia, in ciò richiamando quanto espressamente previsto per la successione legittima dall'art. 521 c.c. e ritenendo quindi che per il calcolo della legittima il rinunziante non fa numero essendo estraneo alla successione[57]. In sostanza, secondo tale impostazione, il rinunziante non deve essere considerato per il calcolo della quota indisponibile, assumendo a tal fine rilevanza solamente coloro che effettivamente vengono alla successione.

Si tratta, tuttavia, di un riferimento che non risulta pienamente convincente, potendosi rilevare che la retroattività in parola concerne la rinunzia dell'eredità, la quale comporta che ad essere ricalcolate saranno le quote ereditarie, mentre non è possibile dare per scontato che la norma assuma rilevanza anche per la

p. 204 ss. In giurisprudenza, in questo senso, vd. Cass. 24 gennaio 1957, n. 221, *Rep. Foro it.*, 1957, voce *Successione*, n. 57; Cass. 11 maggio 1962, n. 949, *Foro it.*, 1963, I, c. 194; Cass. 26 ottobre 1976, n. 3888, *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Successione ereditaria*, n. 95

53 Secondo tale impostazione, il legittimario rinunziante non deve essere computato, con conseguente rideterminazione e/o espansione delle quote di riserva (in questo senso, in dottrina, vd. L. Mengoni, *Successione necessaria*, cit., p. 162; Ferri, L.: "Dei legittimari", cit., p. 31 ss.; Cicu, A.: *Le successioni*, cit., p. 252; Masi, A.: "Del diritto di accrescimento (art. 674-678)", in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2005, p. 12 s. Sotto il vigore del codice del 1865, vd. Santoro Passarelli, F.: *Dei legittimari*, cit., p.1941, p. 275; D'Avanzo, W.: *Delle successioni*, II, Barbera ed., Firenze, 1941, p. 442. In giurisprudenza vd. Cass. 11 maggio 1962, n. 949, *Foro it.*, 1963, I, c. 194; Cass. 9 marzo 1987, n. 2434, *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2117, con nota di Azzariti, G.: "Criteri per il calcolo della riserva nel caso di rinunzia da parte di alcuni degli aventi diritto"; Cass. 11 febbraio 1995, n. 1529, *Gisut. civ.*, 1995, I, p. 2117 ss., con nota di Di Mauro, N.: "Effetti della rinunzia alla legittima da parte di uno degli eredi necessari: rideterminazione delle quote di riserva o accrescimento?").

54 Come rileva Loffredo, F.: "La determinazione", cit., p. 680, le due tesi sono accomunate dal fatto che la quota di riserva viene considerata variabile in funzione della rinuncia ed è quindi sensibile agli eventi successivi all'apertura della successione.

55 La tesi dell'accrescimento è stata autorevolmente criticata da Mengoni, L.: *Successione necessaria*, cit., p. 162, il quale rileva che «come nella successione legittima intestata così nella successione necessaria la rinunzia di uno dei chiamati in concorso non dà luogo ad accrescimento in senso tecnico (fenomeno peculiare della successione testamentaria), bensì a un incremento della partecipazione ereditaria degli altri chiamati nella misura risultante dalle norme che determinano la quota riservata in relazione alle varie categorie di legittimari e alle varie ipotesi di concorso». Per un'analoga impostazione critica vd. Scarlattelli, S.: "Il diritto di accrescimento tra volontà e legge", *Vita not.*, 1994, p. III, p. CLXXXVII; Id.: "Sugli effetti della rinunzia alla quota legittima nella successione necessaria", *Giur. it.*, 1996, I, p. 1140.

56 Bianca, C.M.: "Invariabilità", cit., p. 212.

57 Mengoni, L.: *Successione necessaria*, cit., p. 161.

determinazione delle quote di riserva che «non sono considerate quote di eredità e *prescindono dalla qualità di erede del legittimario*»[58].

In questa prospettiva, è piuttosto da condividere la posizione della giurisprudenza di legittimità più recente cui si è dinnanzi riferimento, secondo la quale, esigenze di certezza, la mancanza nella successione necessaria di una chiamata congiunta ad una quota globalmente considerata e le previsioni degli artt. 537, 1° co., 538, 1° co., 542, 1° e 2° co., c.c., che attribuiscono rilevanza ai legittimari che il defunto lascia alla sua morte, e non al numero di legittimari che vengono, di fatto, all'eredità, cristallizzando quindi le quote di riserva al momento dell'apertura della successione[59], inducono ad escludere l'operatività dell'accrescimento delle quote di riserva o l'espansione delle stesse per effetto della rinunzia di un legittimario[60].

In virtù di tali argomenti si comprende quindi che «per l'individuazione della quota di riserva spettante alle singole categorie e ai singoli legittimari occorre far riferimento alla situazione esistente al momento dell'apertura della successione e non a quella che si viene a determinare per effetto del mancato esperimento (per rinunzia o prescrizione) dell'azione di riduzione da parte di taluno dei legittimari»[61].

1. (*Segue*): …ed il suo impatto sul sistema dei legati ai legittimari.

Nel contesto che ci occupa, si può ritenere che la regola della invariabilità della quota di riserva trovi una conferma proprio con riguardo alla disciplina dei legati in sostituzione di legittima, laddove l'art. 551 c.c. prevede che il legato in sostituzione di legittima grava sulla indisponibile e per l'eccedenza sulla disponibile, il che comprova che la quota del beneficiario del legato in sostituzione di legittima «dev'essere conteggiata pur se il rinunziante sia considerato come mai chiamato all'eredità»[62].

Sempre con riferimento al legato in sostituzione di legittima, non sembra che una volta affermata la tesi dell'invariabilità delle quote di riserva possa essere accolta l'impostazione secondo cui nel caso in cui il legato in sostituzione sia di

58 Bianca, C.M.: "Invariabilità", cit., p. 213.

59 In passato, una posizione per certi versi analoga a quella accolta dalla giurisprudenza più recente sembra rinvenibile in Ferrari, S.: "L'accrescimento", in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 6, II, Utet, Torino, 1997, p. 295 ss.

60 A ciò si aggiungano gli inconvenienti pratici che la teoria dell'espansione delle quote di riserva produrrebbe nella successione necessaria. In particolare, come osservato dalla Suprema Corte, soggiacendo l'esercizio dell'azione di riduzione all'ordinario termine di prescrizione decennale e non essendo prevista una *actio interrogatoria,* all'apertura della successione ogni legittimario potrebbe esperire l'azione di riduzione solo con riferimento alla porzione del patrimonio del *de cuius* che gli spetterebbe in base alla situazione familiare di quest'ultimo a tale momento. E solo dopo la rinuncia all'esercizio dell'azione di riduzione da parte degli altri legittimari (o del beneficiario del lascito in conto), o maturata la prescrizione in danno degli stessi, potrebbe agire per ottenere un supplemento di legittima con l'incertezza *medio tempore* in ordine alla sorte di una quota di beni di cui il *de cuius* ha disposto per donazione o per testamento a favore di terzi.

61 Così Cass., Sez. un., 12 giugno 2006, n. 13524, cit., nonché Cass., Sez. un., 9 giugno 2006 n. 13429, cit.

62 Bianca, C.M.: "Invariabilità", cit., p. 213.

valore inferiore rispetto alla quota astrattamente spettante al beneficiario dello stesso la differenza «rimane nella riserva»[63], quanto piuttosto che rimanendo comunque invariate le quote di riserva l'eventuale differenza andrà a costituire un maggior valore dell'eredità, senza che ciò comporti una variazione delle quote come originariamente determinate.

Peraltro, accolto il principio di invariabilità della quota di riserva, perde di consistenza l'opinione secondo cui qualora il legittimario rinunziante sia beneficiario di un legato in conto di legittima questi potrà trattenere i lasciti soltanto nei limiti della quota disponibile, con conseguente perdita dell'eccedenza rispetto a tale porzione, che andrà, invece, ad incrementare le quote degli altri legittimari accettanti[64].

In particolare, proprio richiamando l'art. 552 c.c. ed evidenziando le differenze rispetto a quanto disposto dall'art. 551 c.c., si è ritenuto che, prevedendo tale norma che in caso di rinunzia il lascito in conto di legittima debba essere ridotto in via preferenziale rispetto alle altre disposizioni, si debba ritenere che tali attribuzioni possano essere disposte unicamente nei limiti della porzione disponibile, da ciò traendo l'ulteriore conseguenza che nel nostro sistema successorio trovi applicazione la regola della legittima quale quota mobile[65].

Al di là delle perplessità che tale impostazione suscita laddove dal disposto dell'art. 552 c.c. si traggono implicazioni non direttamente rinvenibili dal dato normativo, in particolare per quanto riguarda la rideterminazione della quota indisponibile per effetto della rinunzia di un legittimario, non sembra che la ricostruzione secondo cui i lasciti in conto di legittima in favore del legittimario rinunziante possano essere trattenuti nei limiti della porzione disponibile possa essere condivisa, non potendosi certamente invocare utilmente il disposto dell'art. 1003 c.c. del 1865, con il quale si è recepita l'interpretazione in precedenza prevalsa in Francia all'esito di un pluridecennale dibattito[66] e che oltre a non essere

63 L. Mengoni, *Successione necessaria*, cit., p. 161.

64 Ferri, L.: "Dei legittimari", cit., p. 141; Azzariti, G.: *Successione dei*, cit., p. 195. Di recente, in questo senso, Tatarano, M.C., "La successione necessaria", in R. Calvo e G. Perlingieri (a cura di),*Diritto delle successioni e donazioni*[2], I, Esi, Napoli, 2013, p. 557.

65 Ferri, L.:*op. ult. cit.*, p. 142. In questo senso, pur dopo la più recente posizione delle Sezioni unite cui si è fetta riferimento, sembra porsi Tantillo, G.: "Sulla quota mobile: una *querelle* mai terminata", *juscivile.it*, 2020, p. 764 ss.

66 Sul punto, anche al fine di evidenziare la netta differenza rispetto al nostro ordinamento, vd. Mazeaud, L.-Mazeaud, J.-Chabas, F.: *Leçon de droit civil, IV, Successions-Libéralités*, LGDJ, Paris, 1999, p. 872 ss., il quale ricorda che con riferimento alle c.d. *avancements d'hoire*, per il caso che *l'héritier réservataire gratifié renonce a la succession*, si sono poste due problematiche specifiche – da un lato quella della riduzione delle liberalità fatte all'erede e, dall'altra, se il lascito originariamente attribuito in anticipazione incida sul riparto tra quota disponibile ed indisponibile – per la soluzione delle quali la dottrina francese ha richiamato l'art. 785 c.c. il quale afferma(va) che «*l'heretiér qui renonce, est censè n'avoir j'amais été héritier*», ritenendo quindi che il beneficiario tratterrà il lascito non a titolo di eredità, ma di attribuzione a titolo particolare. In seguito, le *Chambres Reunies de la Cour de Cassation* il 27 novembre 1863, ponendo fine alla frattura sorta sulle posizioni configgenti della *Chambre civile* e della *Chambre Requêtes*, decisero che il rinunciante non potesse trattenere il legato e la donazione in conto se non nei limiti della quota disponibile. Il fondamento

riprodotto nel codice vigente[67], non sembra assumere i connotati di un principio implicitamente espresso dal sistema successorio[68].

Si deve invece ritenere che la riduzione preferenziale del legato in conto di legittima di cui all'art. 552 c.c. trovi applicazione a prescindere dagli effetti della rinunzia alla quota di riserva e, piuttosto, proprio per i casi in cui l'attribuzione del legittimario rinunziante, tenuto conto della porzione indisponibile in astratto determinata, sia lesiva della quota di riserva degli altri legittimari, quota che – come detto – non subisce variazioni per effetto della rinunzia del legittimario.

Ritenendo fondato l'assunto secondo cui è «più rispondente alla lettera e alla *ratio* della legge la tesi che include tra i legittimari, per il computo della quota di riserva, anche il rinunziante»[69], si deve ritenere che nel legato in conto di legittima,

dell'assunto è stato trovato, nelle argomentazioni della Corte, sul fatto che la riserva costituisce una quota globale e non individuale: «*que la riserve n'est autre chose que la succession elle-méme, diminuée de cette portino (quotité disponible), s'il en a été disposé*». In sostanza il tutto si basa sul fatto che la riserva è considerata una *pars hereditatis*; di conseguenza la citata sentenza del 1863 non poteva non riconoscere che «*le donatarie […] s'il renonce, il ne peut le retenir qu'à titre de donatarie et jusqu'a concurrence de la quotité disponible; que si le don excéde cette quotité, il ne peut y avoir lien de l'imputer d'abort sur la port du donatarie dans la riserve et subsidariement sur la portion disponible, puisque, suivantl'article 785, le donatair renonçant n'a plus la qualità d'héritier*». L'interpretazione della Cassazione francese data l'incertezza legislativa, ha ritenuto assorbente più che il dato normativo, il quale sembrava propendere per la soluzione opposta, l'intenzione di voler limitare la possibilità per il *de cuius* di avvantaggiare uno dei legittimari a scapito degli altri. Tale interpretazione è stata poi positivizzata con la *loi n° 71-523 du 3 juillet 1971*, affermando che «*la donation faite en avancement d'hoire à un héretier réservataire qui renonce à la succession est traitée comme une donation préciputaire*» (art. 864 *code civil*, successivamente abrogato per effetto dalla riforma di diritto successorio operata dalla *loi n° 2006-728 du 23 juin 2006*, la quale ha inserito l'art. 919-1 *code civil* il quale prevede che «*La donation faite en avancement de part successorale à un héritier réservataire qui renonce à la succession est traitée comme une donation faite hors part successorale. Toutefois, lorsqu'il est astreint au rapport en application des dispositions de l'article 845, l'héritier qui renonce est traité comme un héritier acceptant pour la réunion fictive l'imputation et, le cas échéant, la réduction de la libéralité qui lui a été consentie*»), ossia come un qualche cosa di diverso e distinto dalla riserva, che può essere attribuita solo nei limiti della disponibile.

67 L'art. 1003 del codice del 1865, prevedeva che «l'erede che rinunzia alla successione, può ritenere la donazione e domandare il legato a lui fatto fino alla concorrenza della porzione disponibile; ma non può ritenere o conseguire nulla a titolo di legittima». Tale previsione fu riprodotta nell'art. 338 del progetto preliminare del libro delle successioni, ma in seguito ai rilievi e agli inconvenienti che la stessa poneva (vd. la Relazione del Prof. Nicolò alle proposte in tema di riforma del codice civile in *Osservazioni e proposte sul progetto del libro terzo. Successioni e Donazioni*, Tip. delle Mantellate, Roma, 1937, II, p. 339, ove si legge che il problema maggiore relativo alla suddetta disposizione era «una collusione fra il discendente donatario e i suoi coeredi discendenti, a danno degli istituiti nella disponibile») e ritenendo tali rilievi fondati (Relazione al re sul progetto definitivo di codice civile, § 270), non venne riprodotta nel codice civile vigente.

68 Secondo parte della dottrina la disposizione riproduttiva del vecchio art. 1003 venne soppressa perché superflua (in questo senso vd. Santoro Passarelli , F.: *Osservazioni e proposte della facoltà di giurisprudenza sul terzo libro del progetto di codice civile*, Cedam, Padova, 1936, p. 56, secondo il quale la disposizione dell'art. 1103 «non è, a rigore necessaria. Il corrispondente articolo 1103 del codice vigente ha una ragione puramente storica»; Cicu, A.: "Legato in ", cit., p. 283). Diversamente, si deve ritenere che dalla constatazione che il codice vigente ha riprodotto la disposizione secondo cui il legittimario rinunziate non può ritenere o conseguire nulla a titolo di legittima, «l'interprete deve […] rilevare che il presupposto di quella disposizione, ossia la nozione di legittima quale quota di eredità, non ha riscontro nel nostro diritto vigente» (così Bianca, C.M.: "Invariabilità", cit., p. 217), dovendosi quindi escludere che il dettato dell'art. 1003 del codice previgente sia, ancora oggi, presente come principio informatore della materia successoria.

69 Metitieri, G.: "Rinuncia all'eredità",cit., p. 136, il quale giunge a tale conclusione «considerando che la retroattività della rinunzia non elimina tutti gli effetti della vocazione; che dal sistema legislativo appare evidente l'intento del legislatore di contenere in un determinato ambito le modificazioni dell'assetto successorio conseguenti alla rinunzia; che l'azione di riduzione è un'azione individuale; che la preterizione di un legittimario potrebbe causare gravi intralci alla sistemazione dei rapporti successori; che da situazioni analoghe (legato sostitutivo e legato in conto) possono derivare effetti diversi».

ai fini della salvaguardia delle assegnazioni fatti sulla disponibile, «è del tutto irrilevante che il legittimario rinunziante conservi la sua quota di legittima, *posto che la conservazione della legittima da parte di un legittimario lascia immutata la quota della disponibile*»[70].

È quindi possibile affermare che l'interpretazione tradizionale, basata sull'equiparazione tra legittima e quota di eredità, non trova giustificazione, da ciò derivando che l'art. 552 c.c. deve essere inteso nel senso che il legatario (o il donatario) che ha ricevuto l'attribuzione in conto di legittima e che rinunzia a questa può trattenere i legati (e le donazioni) nei limiti in cui sia rispettata la quota di riserva degli altri legittimari e senza pregiudizio per le assegnazioni fatte sulla disponibile che non sarebbero state suscettibili di riduzione qualora il legittimario avesse accettato l'eredità.

In tale contesto, quando l'art. 552 c.c. parla di «integrare la legittima spettante agli eredi» non si riferisce a quella legittima accresciuta della quota cui ha rinunciato il legittimario beneficiato di un lascito in conto, ma alla legittima che sarebbe loro spettata nel momento di apertura della successione, da ciò derivando che la "pre-riduzione" cui è assoggettato il legittimario rinunziante si ha solo quando la posizione degli altri legittimari sia stata sin da principio lesa, vale a dire indipendentemente dalla rinuncia del legittimario, la quale, come detto, non modifica le quote di riserva degli altri legittimari rispetto a quanto determinabile al momento di apertura della successione.

Si tratta di una interpretazione dell'art. 552 c.c. che oltre a risultare coerente con il sistema della quota fissa, consente di attribuire un senso alla disposizione in questione, evitando letture che comportano una sua sostanziale inutilità[71], e risultando senz'altro maggiormente rispettosa dell'autonomia testamentaria. Ritenendo infatti che il beneficiario del lascito in conto di legittima, rinunziante alla sua quota di riserva, possa trattenere il lascito unicamente nei limiti della disponibile si determinerebbe una violazione dell'autonomia privata del testatore, posto che non attribuire quanto ricompreso nella legittima finirebbe ed equivarrebbe a disattendere la volontà del disponente, il quale intendeva conferire un lascito da imputare alla legittima del beneficiario non precludendo allo stesso di ottenere l'eventuale integrazione necessaria a compensare il minor valore del lascito rispetto alla quota di riserva[72].

70 Bianca, C.M.: "Invariabilità", cit., p. 220.

71 In questo senso Barba, V.: "Il legato in", cit., p. 465, il quale giunge a tale conclusione affermando la priorità logica dell'azione di riduzione rispetto alla collazione. Non dissimili gli esiti cui giunge Loffredo, F.: "La determinazione", cit., p. 682. Reputano «fuori dal sistema» l'art. 552 c.c. Matera, A.-Romano, C.: "Cristallizzazione" della quota di riserva, rinunzia all'eredità e nuove prospettive applicative, *Notariato*, 2018, p. 503.

72 Bianca, C.M.: "Invariabilità", cit., p. 216.

In questa prospettiva perde quindi di concretezza anche l'impostazione recentemente emersa in dottrina secondo cui la previsione relativa al legato in conto di legittima contenuta nell'art. 552 c.c. assume i connotati di una sanzione a carico del legittimario che ne viene beneficiato[73]. La conclusione viene tratta sostenendo che tale tipologia di legati, in caso di rinuncia del beneficiario-legittimario alla quota a lui riservata, subiscono una riduzione preferenziale, individuando quindi la sanzione nelle conseguenze negative per il legittimario beneficiario di attribuzioni in conto di legittima cui, in seguito alla rinunzia, non sarebbero applicabili le ordinarie regole della riduzione delle disposizioni lesive dalla legittima di cui agli artt. 558 e s. c.c., trovando piuttosto applicazione la previsione dell'art. 552 c.c. che sancisce la regola della "pre-riduzione".

Tale qualificazione del legato in conto di legittima non sembra condivisibile, neppure in termini descrittivi, ma certamente anche ai fini qualificatori o tali da consentire una caratterizzazione della fattispecie.

Si deve infatti rilevare che le conseguenze pregiudizievoli per il legittimario rinunziante non derivano automaticamente da una manifestazione di volontà del testatore[74] e neppure risultano automaticamente conseguenti all'applicazione del dato normativo, ma presuppongono sempre e comunque una manifestazione di volontà del legittimario che si concretizza nella rinunzia e a cui solo consegue l'applicazione dell'art. 552 c.c. In altri termini, il pregiudizio consistente nell'assoggettare il legittimario rinunziante alla riduzione preferenziale consegue pur sempre ad una sua scelta, il che impone di fuoriuscire della logica sanzionatoria, potendosi piuttosto fornire una lettura della previsione coerente con il sistema successorio e della successione necessaria.

In tal senso, si deve ritenere che a tutela della libertà di disporre nei limiti della disponibile, il legislatore ha impedito che per effetto della rinuncia e della conseguente inoperatività della collazione cui sussistendone i presupposti sarebbe stato tenuto il legittimario rinunziante, sia pregiudicata la volontà del testatore di disporre liberamente della quota disponibile, in ciò consentendo di escludere il meccanismo della "pre-riduzione" a fronte di una dispensa dall'imputazione in un contesto in cui l'imputazione sarebbe in concreto inoperante proprio per la

73 Iudica, G.: "Il legato in", cit., p. 310. Più di recente, vd. Barba, V.: "Il legato in", cit., p. 461, il quale ritiene che la «norma prevede […] una sorta di sanzione nei confronti del legittimario destinatario di un legato (o di una donazione), che non abbia accettato l'eredità, disponendo una deroga a suo sfavore sul criterio con il quale operare la riduzione». Si tratta di un rilievo che sembra riprendere gli spunti già offerti dalla dottrina più risalente, la quale aveva evidenziato il differente trattamento del legatario in sostituzione di legittima rispetto al beneficiario di una attribuzione in conto di legittima (il riferimento è a Santoro Passarelli, F.: *Dei legittimari*, cit., p. 304 s.; Mengoni, L.: *Successione necessaria*, cit., p. 151).

74 Sul tema vd. di recente l'ampio studio di Nonne, L.: *Le disposizioni rafforzative della volontà testamentaria*, Jovene, Napoli, 2018, *passim*, il quale, condivisibilmente, ritiene «sconsigliabile ricorrere ad espressioni come "disposizioni a titolo di pena" o "sanzioni testamentarie"» (p. 7). In argomento, da ultimo, Barba, V.: "Le disposizioni testamentarie rafforzative della volontà testamentaria", *Dir. succ. fam.*, 2021, p. 1 ss.

rinuncia del legittimario. D'altronde, non si spiegherebbe diversamente proprio il riferimento alla dispensa dall'imputazione che viene fatto nell'art. 552 c.c., la quale consente al *de cuius* di poter garantire i vantaggi sottesi a tale dispensa pur a fronte della rinunzia del beneficiario, impostazione questa che trova una ulteriore conferma nell'espresso richiamo alle regole in tema di rappresentanza, tra le quali assume in particolare rilevanza l'art. 564, co. 3, c.c. che impone ai rappresentati di imputare i legati e le donazioni fatte al rappresentato.

La previsione dell'art. 552 c.c., tutelando gli assegnatari sulla disponibile rispetto al legittimario rinunziante, intende salvaguardare prioritariamente l'autonomia testamentaria di disporre liberamente della quota disponibile del proprio patrimonio[75], libertà questa che si rinviene dal dato normativo tramite una lettura in negativo dell'art. 457, 3° co., c.c. e che trova una espressa consacrazione anche nell'art. 42 Cost. e nell'art. 17 della Carta di Nizza[76].

Esclusa la natura sanzionatoria del legato in conto di legittima, si deve piuttosto intendere la disciplina di cui all'art. 552 c.c., che – salvo dispensa dall'imputazione – importa la riduzione prioritaria in deroga agli ordinari criteri di cui agli artt. 558 e s. c.c., quale previsione attraverso la quale il legislatore ha inteso garantire il rispetto dell'autonomia testamentaria e la libertà di disporre nei limiti della disponibile salvaguardando, salvo diversa volontà del disponente manifestata mediante la dispensa dall'imputazione, le attribuzioni fatte a tale titolo e senza per ciò potersi ritenere, in mancanza di una espressa disposizione normativa in tal senso, che il legatario rinunziante alla legittima non possa trattenere l'eccedenza rispetto alla disponibile.

Quanto detto, oltre ad offrire una interpretazione maggiormente aderente e rispettosa della volontà del disponete, consente di rendere coerente il sistema dei legati ai legittimari con il principio della invariabilità delle quote di riserva il quale, in definitiva, rispecchia la *ratio* alla base della successione necessaria, da considerare quale limite all'autonomia testamentaria che si concretizza nell'aspettativa

75 Vd. Bianca, C.M.: "Invariabilità", cit., p. 219, secondo il quale la «conseguenza negativa a carico del legittimario rinunziante manifesta la finalità della norma di evitare che il legittimario alteri il contesto successorio divisato dal testatore con pregiudizio per le assegnazioni da questo fatte sulla disponibile». Più di recente, approva il principio di invariabilità delle quote di riserva in quanto idoneo a salvaguardare la libertà di disporre senza pregiudicare la solidarietà sottesa alla successione necessaria Perriello, L.E.: "Rinuncia", cit., p. 1474.

76 Con riguardo alla funzione sociale del fenomeno successorio vd. Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema itali-europeo delle fonti*[4], III. Situazioni soggettive, Esi, Napoli, 2020, p. 427 ss., il quale afferma che «La funzione sociale della successione *mortis causa* appare rappresentata sì dalla necessità nel contesto sociale di garantire la continuità nelle situazioni giuridiche del defunto, ma soprattutto dall'esigenza di realizzare la libertà di disporre e, ad un tempo, la solidarietà familiare» (p. 430). In argomento vd. altresì Bonilini, G.: "Autonomia testamentaria, fondamenti costituzionali e bilanciamento di principi", in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria* (Atti dell'XI Convegno Nazionale SISDiC), Esi, Napoli, 2017, p. 17 ss.; Perlingieri, P.: "La funzione sociale del diritto successorio", *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 131 ss. Sia altresì consentito rinviare a Achille, D.: *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Jovene, Napoli, 2012, p. 11 ss.

successoria garantita ai congiunti sul patrimonio del defunto il cui ammontare è stabilito «in ragione della posizione del legittimario rispetto al nucleo familiare del *de cuius* ed è pertanto insensibile alle vicende successive all'apertura della successione, che non alterano quella porzione»[77].

77 Bianca, C.M.: "Invariabilità", cit., p. 211 ss.

BIBLIOGRAFIA

Aa. Vv.: *Osservazioni e proposte della facoltà di giurisprudenza sul terzo libro del progetto di codice civile*, Cedam, Padova, 1936.

Aa. Vv.; *Osservazioni e proposte sul progetto del libro terzo. Successioni e Donazioni*, Tip. delle Mantellate, Roma, 1937.

Achille, D.: "Legato in sostituzione di legittima e forma della rinunzia (in presenza di diritti reali immobiliari)", *Riv. dir. civ.*, 2011, II, p. 598 ss.

Achille, D.: *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Jovene, Napoli, 2012.

Amadio, G.: "La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di revisione", *Riv. not.*, 2007, p. 803 ss.

Amadio, G.: "Le proposte di riforma della successione necessaria", *Giur. it.*, 2012, p. 1942 ss.

Azzariti, G.: "Criteri per il calcolo della riserva nel caso di rinunzia da parte di alcuni degli aventi diritto", *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2117.

Azzariti, G.: *Successione dei legittimari e successione legittima*, Utet, Torino, 1989.

Barba, V.: "Il legato in conto di legittima", *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 444 ss.

Barba, V.: "Le disposizioni testamentarie rafforzative della volontà testamentaria", *Dir. succ. fam.*, 2021, p. 1 ss.

Barba, V.: *La successione dei legittimari*, Esi, Napoli, 2020.

Barba, V.: "Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro", *Giur. it.,* 2013, p. 1781 ss.

Barbero, D.: *Sistema istituzionale di diritto privato italiano*, II, Utet, Torino 1965.

Barone, R., Ioli, G., Mambretti, E.: "Posizione giuridica del coniuge superstite", in *La successione del coniuge dopo la riforma del diritto di famiglia: problemi vecchi e nuovi - Nuovi quaderni di Vita not.*, n. 5, Palermo, s.a. ma 1985, p. 23 ss.

Bianca, C.M.: "Invariabilità delle quote di legittima: il nuovo corso della Cassazione e suoi riflessi in tema di donazioni e legati in conto di legittima", *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 211 ss.

Bianca, C.M.: *Diritto civile. 2.2. Le successioni*, Milano, 2015.

Bonilini, G.: "Autonomia testamentaria, fondamenti costituzionali e bilanciamento di principi", in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria* (Atti dell'XI Convegno Nazionale SISDiC), Esi, Napoli, 2017, p. 17 ss.

Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, Giuffré, Milano, 2002.

Cariota Ferrara, L.: *La successione per causa di morte*, I. Parte generale, II, Jovene, Napoli, 1958.

Cataldo, M.: "Considerazioni sul legato in sostituzione di legittima – Art. 551 c.c.", *Vita not.*, 1981, p. 1175.

Ceolin, M.: "La determinazione della quota riservata e alcune considerazioni in tema di rinunzia all'azione di riduzione, rinunzia all'eredità e accrescimento", *Riv. not.*, 2008, p. 201 ss.

Cicu, A.: "Legato in conto o in sostituzione di legittima ed usufrutto del coniuge superstite", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, p. 277 ss.

Cicu, A.: *Le successioni*, Giuffré, Milano, 1947.

Cicu, A.: *Successione legittima e dei legittimari*, Giuffré, Milano, 1941.

Criscuoli, G.: "Il testamento. Norme e casi", Cedam, Padova, 1995.

D'Avanzo, W.: *Delle successioni*, II, Barbera ed., Firenze, 1941, p. 442.

De Belvis, E.: "Mancato esercizio dell'azione di riduzione ed espansione della quota riservata", *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 733 ss.

Delle Monache, S.: "Abolizione della successione necessaria?", *Riv. not.*, 2007, p. 815 ss.

Di Mauro, E.W.: "La facoltà di chiedere il supplemento nel legato in sostituzione di legittima e l'interpretazione del testamento", *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 557 ss.

Di Mauro, N.: "Effetti della rinunzia alla legittima da parte di uno degli eredi necessari: rideterminazione delle quote di riserva o accrescimento?", *Gisut. civ.*, 1995, I, p. 2119 ss.

Di Mauro, N.: "Legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto diritti reali immobiliari e forma della rinunzia", *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1509.

Di Mauro, N.: "Legato in sostituzione di legittima e legato in conto di legittima", *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2788 ss.

Di Stefano, C.: "In tema di errore nell'accettazione del legato in sostituzione di legittima", *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, III, p. 653.

Ferrara, F.: "Il legato a tacitazione di legittima", *Riv. dir. civ.*, 1922, p. 432 ss.

Ferrari, S.: "L'accrescimento", in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 6, II, Utet, Torino, 1997.

Ferrario Hercolani, M.: "Il legato in sostituzione di legittima", in *Tratt. delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, III. *La successione legittima*, Giuffré, Milano, 2009.

Ferri, L.: "Dei legittimari (art. 536-564)", in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981.

Filomusi Guelfi, F.: *Diritto ereditario*, I, E. Loescher, Roma, 1909.

Gatt, L.: "*Memento mori.* La ragion d'essere della successione necessaria in Italia", *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 540 ss.

Grandi, M.: "Conseguenze applicative, in tema di legati ai legittimari, delle «sentenze gemelle» a Sezioni unite del 9 e 12 giugno 2006", *Fam., pers. e succ.*, 2008, p. 795 ss.

Iudica, G.: "Il legato in conto di legittima nel sistema dei legati in favore dei legittimari", *Familia*, 2003, p. 287 ss.

L.E. Perriello, "Rinuncia del legittimario all'eredità e cristallizzazione delle quote di riserva", *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1452 ss.

Loffredo, F.: "La determinazione della quota di riserva spettante ai legittimari nel caso in cui uno di essi rinunci all'eredità ovvero perda, per rinuncia o prescrizione, il diritto di esperire l'azione di riduzioni", *Notariato*, 2006, p. 671 ss.

Magliulo, F.: "La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una teoria della successione necessaria", *Riv. not.*, 2010, p. 533 ss.

Marinaro, G.: "La successione necessaria", in *Tratt. dir. civ. CNN* diretto da P. Perlingieri, ESI, Napoli, 2009.

Masi, A.: "Del diritto di accrescimento (art. 674-678)", in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2005.

Matera, A.-Romano, C.: "Cristallizzazione" della quota di riserva, rinunzia all'eredità e nuove prospettive applicative, *Notariato*, 2018, p. 503.

Mazeaud, L.-Mazeaud, J.-Chabas, F.: *Leçon de droit civil, IV, Successions-Libéralités*, LGDJ, Paris, 1999.

Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Giuffré, Milano, 1962.

Metitieri, G., "Rinuncia all'eredità e calcolo della legittima", in *La successione del coniuge dopo la riforma del diritto di famiglia: problemi vecchi e nuovi - Nuovi quaderni di Vita not.*, n. 5, Palermo, s.a. ma 1985, p. 125 ss.

Micheli, P.: "Pubblicità del legato in sostituzione di legittima come implicita rinuncia all'eredità contenente beni immobili", *Riv. not.*, 1948, p. 420.

Morello, U.: "Accettazione o preferenza del legato in sostituzione di legittima al coniuge", *Foro it.*, 1964, I, c. 1210.

Nonne, L.: *Le disposizioni rafforzative della volontà testamentaria*, Jovene, Napoli, 2018.

Paradiso, M.: "Sulla progettata abrogazione della successione necessaria", in *Scritti in onore di Marco Comporti*, III, Giuffré, Milano, 2008, p. 2066 ss.

Parodi, F.: "Legato in conto di legittima", *Vita not.*, 1991, III, p. CLXXVII.

Perlingieri, P.: "La funzione sociale del diritto successorio", *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 131 ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*[4], III. Situazioni soggettive, Esi, Napoli, 2020.

Piras, S.: *Successioni per causa di morte*, Parte generale. Successione necessaria, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, II.3, Giuffré, Milano, 1965.

Rescigno, P.: "Le possibili riforme del diritto ereditario", *Giur. it.*, 2012, p. 1941 s.

Salis, L.: *La successione necessaria nel diritto italiano,* Cedam, Padova, 1929.

Santoro Passarelli F.: "Dei legittimari", in *Comm. c.c. D'Amelio-Finzi*, Barbera ed., Firenze, 1941.

Santoro Passarelli, F.: "Legato privativo di legittima", *Riv. dir. civ.*, 1935, p. 249 ss.

Scarlattelli, S.: "Il diritto di accrescimento tra volontà e legge", *Vita not.*, 1994, p. III, p. CLXXXVII.

Scarlattelli, S.: "Sugli effetti della rinunzia alla quota legittima nella successione necessaria", *Giur. it.*, 1996, I, p. 1140.

Schiavone, G.: "Il legato in sostituzione di legittima: modalità di acquisto e ambito della funzione sostitutiva", *Familia*, 2006, p. 215 ss.

Stefini, U.: "Determinazione della quota di riserva in presenza di legittimari rinunzianti all'azione di riduzione", *Corr. giur.*, 2006, p. 1717.

Stolfi, G.: "Appunti sull'art. 551 codice civile", *Giur. it.*, 1964, I, 2, c. 698.

Stolfi, G.: "In tema di lasciti al legittimario", *Foro it.*, 1953, I, c. 811.

Tamburrino, G.: "Successione necessaria", *Enc. del dir.*, XLIII, Giuffré, Milano, 1990, p. 1348 ss.

Tantillo, G.: "Sulla quota mobile: una *querelle* mai terminata", *juscivile.it*, 2020, p. 764 ss.

Tatarano, M.C.: "La successione necessaria", in *Diritto delle successioni e donazioni*[2], (a cura di R. Calvo e G. Perlingieri), Esi, Napoli, I, 2013.

Trabucchi, A.: "Forma necessaria per la rinuncia al legato immobiliare e rinuncia al legato sostitutivo", *Giur. it.*, 1954, I, 1, c. 914.

Venezian, G.: *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, I, E. Marghieri-Un. Tip. Editrice Torinese, Napoli-Torino, 1931.

Vocino, C.: "Quali le conseguenze dell'accettazione, da parte del legittimario, di un legato a tacitazione della legittima", *Sinossi giur.*, 1932, f. 501, p. 49.

REPERCUSIONES CIVILES POR LA FALTA AL DEBER DE PRESENTACIÓN DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO*

CIVIL IMPLICATIONS FOR THE BREACH OF DUTY TO PRESENT THE HOLOGRAPHIC WILL

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2978-3009

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación de Referencia "De Iure" (S26_20R), financiado por el Gobierno de Aragón y FEDER, y del Proyecto de Investigación "Autonomía privada y formas y efectos de la litigación civil en una sociedad de masas" (PID2019-108844-RB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España, del que son IP J.F. Herrero Perezagua y J. López Sánchez, Catedráticos de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.

Aurelio BARRIO GALLARDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: La fase de confinamiento estricto decretado por el Gobierno para hacer frente a la pandemia Covid-19 supuso un incremento exponencial en el otorgamiento de testamentos ológrafos debido a la imposibilidad de los ciudadanos para desplazarse a un despacho notarial. Fallecido el causante, el tenedor o depositario disponen de diez días a contar desde el siguiente al que tuvieran noticia del deceso para presentar el testamento ante notario competente a fin de que pueda procederse a su adveración. Este trabajo estudia qué consecuencias se derivan de no respetar dicho mandato legal, con especial detenimiento en la responsabilidad civil en que puede incurrir el infractor, así como hasta qué punto cabe reputar indigno para suceder a quien haya incumplido dolosamente lo dispuesto en el art. 690 del Código Civil español.

PALABRAS CLAVE: Testamento ológrafo; plazo de presentación; responsabilidad por daños; indignidad sucesoria.

ABSTRACT: *The strict confinement phase decreed by the Government to deal with the Covid-19 pandemic represented an exponential increase in the granting of holographic wills due to the impossibility of citizens to go to a notarial office. Once the deceased passed away, the holder or depositary will have ten days counting from the day after they had news of the death to present the will before a competent notary so that it can be confirmed. This work studies what consequences are derived from not respecting said legal mandate, with special attention to the civil liability that the infringer may incur, as well as the extent to which it can be considered unworthy to succeed whoever had willfully breached the provisions of the sec. 690 of the Spanish Civil Code.*

KEY WORDS: *Holographic will; will submission deadline; liability for damages; unworthiness to inherit.*

SUMARIO.- EL PLAZO LEGAL DE PRESENTACIÓN DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO.- 1. Presentación y no mera comunicación.- 2. Plazo concreto de presentación.- 3. Día inicial del cómputo.- A) Conocimiento de la muerte del testador.- B) Declaración de fallecimiento.- 4. Cómo computar el plazo.- 5. Valoración del plazo de presentación.- A) Brevedad del plazo y crítica doctrinal.- B) Falta de armonización con el RGAUV.- II. EL INCUMPLIMIENTO DE LO PREVISTO EN EL ART. 690.1.1ª CC.- 1. El art. 690.1 abarca cualquier clase de incumplimiento.- 2. Subsistencia del deber en los casos de dilación.- 3. Distinción entre dolo y culpa.- 4. Rechazo de su calificación como obligación ex lege.- 5. ¿Y en el caso del depositario?- III. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE PRESENTACIÓN DEL TESTAMENTO.- 1. Aplicación de los principios generales de Derecho de Daños.- A) Introducción.- B) Antijuridicidad.- C) Daño resarcible.- D) Causalidad.- E) Culpabilidad.- 2. Otros elementos subjetivos del tipo.- 3. Estudio particular de la infracción dolosa del art. 690.1 CC.- A) La actuación u omisión dolosa del infractor.- B) ¿Es preciso causar un daño deliberado? ¿Y obtener provecho propio?- C) Graduación de la responsabilidad ex art. 1107 CC.- D) La carga de la prueba.- a) Regla general.- b) Conductas dolosas en sí mismas.- c) Destrucción o sustracción involuntaria del testamento.- D) La tentativa.- a) Equiparación de efectos entre ejecución perfecta e imperfecta.- b) Matices en torno a posibles sanciones civiles.- E) Otras consecuencias civiles distintas de la prevista en el art. 690.1.2ª.- a) La indignidad para suceder ex art. 713 CC.- b) Rechazo de su interpretación extensiva y analógica.- c) Posible subsunción dentro de las causas generales de indignidad.

I. EL PLAZO LEGAL DE PRESENTACIÓN DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO.

1. Presentación y no mera comunicación.

Desde la entrada en vigor del Código Civil (CC), el mandato recogido en el art. 690.1 CC lo es de presentar el testamento ológrafo ante la autoridad competente para su adveración en vez de limitarse a dar noticia de su existencia a los posibles favorecidos, como sucedía con su antecedente más conocido, al que bastaba con ponerlo en noticia de las personas interesadas para cumplir rectamente con esta previsión legal[1]. Conforme al Derecho hoy vigente, se antoja claro, en cambio, que el deber estriba en la presentación y no en la simple comunicación, para lo que cualquiera que se encuentre en posesión del testamento cuenta con el exiguo plazo de diez días a tenor de lo dispuesto en el actual art. 690.1.1ª CC: "La persona que tenga en su poder un testamento ológrafo deberá presentarlo ante Notario competente en los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador".

2. Plazo concreto de presentación.

El malogrado Proyecto de 1851 no establecía en cambio un plazo concreto para cumplir tal encomienda limitándose a señalar que ésta había de realizarse

1 *Vid.* art. 571.1 del Proyecto isabelino de 1851.

• Aurelio Barrio Gallardo
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: abarrio@unizar.es

"con toda la brevedad posible" quedando, por tanto, al prudente arbitrio judicial, único apreciador de los hechos, determinar si el tenedor había obrado o no con suficiente diligencia. García Goyena ofrecía la siguiente explicación a esta indeterminación temporal: "un plazo fijo sería inaplicable a todos los casos y circunstancias"[2]. La estela de la discrecionalidad parece haber establecido una pauta que ha guiado con posterioridad la pluma del legislador procesal en el Real Decreto de 3 de febrero de 1881 (LECA), como se sabe anterior al Código, cuyo art. 1956 no marcaba ningún plazo concreto[3]: "El que tenga en su poder algún testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente, tan luego como sepa el fallecimiento del otorgante". Sin embargo, el CC prefirió abandonar tal exigencia de inmediatez al establecer una suerte de plazo de gracia de diez días[4], recogido para la presentación tanto del testamento cerrado como del ológrafo en sus arts. 712 y 690 CC respectivamente.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) no se pronunció al respecto ni hizo ninguna salvedad dejando subsistente, por tanto, la regulación del Código sobre este particular al par que dicho plazo tampoco se ha visto afectado por el tránsito a la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJC) que termina por derogar la parte subsistente del Libro III de la LECA[5]. Es más, la nueva redacción que confiere a los arts. 57.2 (cerrado) y 61.2 (ológrafo) de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (LN) contiene una remisión expresa al Código Civil en esta materia. Así pues, en la actualidad se fija un plazo concreto de presentación, que continúa siendo el mismo: el testamento ológrafo deberá presentarse "en los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador" (art. 690.1 CC).

3. Día inicial del cómputo.

A) Conocimiento de la muerte del testador.

Nótese cómo el *dies a quo*, frente a lo que acontece con el plazo quinquenal de caducidad ex art. 689.1 CC, no se inicia a partir de la defunción del testador –a pesar de que el art. 61.2 LN, en apariencia, pudiera sugerir lo contrario-, sino que su cómputo debe partir del conocimiento real de tal hecho. Es este un criterio que se podría calificar de tradicional al haberse mantenido incólume a lo largo del

2 García Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Cometa, SA, Zaragoza, 1974, p. 310.

3 Albaladejo García, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo García), IX-2, *Artículos 706 a 743*, Edersa, Madrid, 1983, p. 81.

4 Así, Rivas Martínez, J.J.: *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 523.

5 En virtud de la Disposición Derogatoria Única, apartado núm. 1, de la LJV, "quedan derogados los artículos 4, 10, 11, 63, 460 a 480, 977 a 1000, 1811 a 1879, 1901 a 1918, 1943 a 2174 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881".

tiempo -eliminando un estilo en la redacción que, de conservarse, quizá habría resultado arcaizante- desde el art. 571 del Proyecto de García Goyena hasta el día de hoy, pasando por el art. 1956 LECA ("tan luego como sepa el fallecimiento del otorgante") y la versión originaria del precepto cuando entró en vigor el Código donde se aludía a que la persona en cuyo poder se hallase depositado debía presentarlo "luego que tenga noticias de la muerte del testador".

B) Declaración de fallecimiento.

Lo habitual es que la referencia temporal venga marcada por el óbito del testador, pero habida cuenta que la presunción del deceso produce muchos de sus efectos, entre ellos, la apertura de la sucesión de quien es dado por muerto[6], aunque con algunas precauciones (*cfr.* art. 196 CC), no hay inconveniente para que el deber de presentación se origine igualmente a partir del día siguiente a la declaración de fallecimiento. Se trata de una opinión que se remonta a autores del siglo pasado en una tradición de rancio abolengo[7] sobre la que no existe actualmente ninguna discrepancia[8]. El medio idóneo de acreditar tanto el óbito como la muerte presunta, así como la identificación y demás datos relativos del causante (art. 61.2 LN), será a través del Registro Civil (arts. 198 CC, 62 y 78 LRC 2011, 77 LJV 2015): certificado de defunción y declaración del fallecimiento, que adopta la forma de un decreto dictado por el letrado de la administración de justicia (art. 74 LJV).

4. Cómo computar el plazo.

De acuerdo con la regla general preceptuada en el art. 5.1 CC, al señalar la norma un plazo en días ha de entenderse que el inicial del cómputo o *dies a quo* es el siguiente a haberse tenido noticia de la defunción. Por tanto, el término comenzará a correr desde las cero horas del día siguiente a aquel en el que el tenedor del testamento tiene conocimiento del fallecimiento del testador, como hoy mantiene sin fisuras la doctrina española[9], y acabará igualmente a las veinticuatro horas pero del décimo día. No obstante, así como existe unanimidad en dar entrada al art.

6 Con la declaración de fallecimiento "pierde primacía la protección del desaparecido y pasa a primer término la consideración de los derechos de sus presuntos herederos". También cambia la naturaleza del patrimonio del desaparecido que pasa de estar en custodia o conservación (en defensa del desaparecido) a la condición de herencia, abriéndose la sucesión. *Vid.* Cabanillas Sánchez, A.: "Artículo 74. Declaración de fallecimiento", *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria* (dir. A. Fernández de Buján, coord. Á. Serrano de Nicolás), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 414-415.

7 *Vid.* Sánchez Román, F.: *Estudios de Derecho civil*, VI-1, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910, pp. 469-470; Scaevola, Q.M.: *Código Civil comentado*, XII, Reus, Madrid, 1950, p. 606; De Buen, D.: Notas al *Curso de Derecho Civil* de A. Colin y H. Capitant, VIII, Reus, Madrid, 1951, p. 295; Manresa y Navarro, J.M.: *Comentarios al Código Civil español*, V, Reus, Madrid, 1951, p. 618; Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español, común y foral*, VI-2 (rev. A.M. Román García), Reus, Madrid, 2015, p. 100.

8 *Vid*., por todos, Martínez Espín, P.: "Del testamento ológrafo", *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5327.

9 Ossorio Morales, J.: *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 125; Albaladejo García, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 82; Martínez Espín, P.: "Del testamento ológrafo",

5.1 CC, hay más disparidad de opiniones acerca del segundo apartado de esta misma norma. La aplicación del art. 5.2 CC reduciría significativamente y de forma drástica el plazo al impedir la exclusión en el cómputo de los días inhábiles, contra el criterio mantenido por el legislador en los arts. 185 LOPJ y 133 LEC.

Es poco frecuente entre la doctrina científica pronunciarse acerca de si el plazo es procesal o civil -aunque quizá el silencio venga dado por la presuposición de que es civil una vez reclamada la aplicación al caso del art. 5.1 CC-, y los escasos autores que lo han hecho expresamente se han inclinado a favor de la primera opción, tal vez con el ánimo benevolente de ampliarlo[10]. Con arreglo a un criterio estrictamente formal, dado que el plazo se contiene en una norma de Derecho sustantivo, habría de ser civil si bien es cierto que, a diferencia del testamento cerrado, a la regulación del ológrafo anterior a la LJV se le ha atribuido carácter procesal[11], en particular la naturaleza de un expediente de jurisdicción voluntaria, pero no lo es menos que el art. 690.I, a salvo de otras correcciones, ha permanecido intacto en esta materia, y el art. 61.2 LN contiene una remisión al CC, que debe entenderse hecha a su citado art. 690.I, lo que de por sí ya resulta bastante elocuente.

No cabe esgrimir en pro de la tesis procesalista el art. 61 LN, pues no constituye una redundancia respecto del art. 690.I CC desde el instante en que la referencia al plazo de diez días no lo es en propiedad a la entrega, sino para instar su presentación –un acto procesal- por parte del interesado en cuyo poder no obre el testamento. Este hecho se prueba porque la regla notarial fija como *dies a quo* no el haber tenido noticias del fallecimiento, sino la propia defunción. Por tanto, el sentido del art. 61.2 LN es servir de cauce a la pretensión del art. 690.II CC, a la manera que antaño sucediera con la aplicación analógica del art. 1957 LECA. Con ello se elimina la posibilidad de que el destinatario del requerimiento notarial pueda pretextar por más tiempo ignorancia en la posesión del testamento o del fallecimiento de su otorgante, cuyo conocimiento conjunto resulta indispensable para poder incurrir en responsabilidad.

Comentarios al Código Civil (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 853; Martínez Espín, P.: *Comentarios*, IV, 2013, cit., p. 5414.

10 Habida cuenta del establecimiento de un plazo tan perentorio, Espino Bermell se inclina a considerar que dicho plazo es procesal y, por tanto, dichos días han de entenderse como hábiles, excluyéndose los sábados, domingos y festivos (*cfr. El testamento ológrafo: su adveración y protocolización*, Reus, Madrid, 2017, p. 138).

11 Esta disparidad, consistente en que los trámites de adveración y protocolización del testamento cerrado se encontraran en la LECA, en tanto que los del ológrafo permanecieran en el CC, se explica porque la Ley rituraria, al ser anterior en el tiempo, nada pudo prever al respecto. *Vid.* Fernández Hierro, J.M.: *Los testamentos*, 2ª ed., Comares, Granada, 2005, p. 209.

5. Valoración del plazo de presentación.

A) Brevedad del plazo y crítica doctrinal.

La aplicación analógica del art. 1956 LECA ("tan luego como sepa el fallecimiento del otorgante"), dada la razonable identidad de razón entre el testamento cerrado y ológrafo, implicaba que el deber de presentación de este último fuera exigible desde luego, como corresponde a un deber jurídico puro, que no está sujeto a plazo. Por eso, desde que se tuviera noticia del deceso y de que se tiene consigo el documento era preciso dar cumplimiento al mandato legal. Pero, aun perdida la inmediatez propia del régimen anterior, la doctrina actual conviene en criticar, con razón, la brevedad del plazo establecido[12] cuya premura suele justificarse, aunque solo en parte, en la misma naturaleza del testamento ológrafo primando la seguridad frente al posible peligro de extravío o hurto del documento[13]. Cuanto menor sea el tiempo transcurrido, menor será también lógicamente el riesgo de que desaparezca o se haga desaparecer el testamento, amén de evitar perjuicios a los interesados en una sucesión regida indebidamente bajo un título diferente.

Pero el plazo es demasiado corto y puede plantear problemas cuando el conocimiento de la muerte del testador haya sido instantáneo[14] y en época actual se considera un apresuramiento excesivo tener que presentar el testamento en diez días. La reclamación de que fuera ampliado, una propuesta bastante extendida entre los autores[15], por ahora ha sido en vano porque la sugerencia no se ha visto atendida por el legislador, cuando tuvo ocasión de hacerlo, al conferir nueva redacción al art. 690.1 CC después de aprobarse la LJV 2015. Las apreciaciones críticas encuentran, además, un fundamento sólido en la descoordinación existente entre las normas codiciales y la legislación notarial que requerirían una mejor armonización. En particular, se destaca la disfunción que genera este plazo con el sancionado para obtener el certificado de últimas voluntades que, según ordena el Reglamento Notarial, no puede solicitarse hasta transcurridos quince días desde la muerte del testador (art. 5.3 Anexo II). Cabría añadir que el plazo previsto, al ser administrativo en lugar de civil, excluirá de su cómputo los días inhábiles (art. 30.2 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [LPACAP]), sin perjuicio, además, de los trámites previos necesarios (v.gr. obtención del certificado de defunción o declaración de

12 Torres García, T.F.: "Del testamento ológrafo", *Comentario del Código Civil* (dir. C. Paz-Ares Rodríguez *et al.*), I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 1746.

13 *Vid.* Garrido Melero, M.: "De la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos ológrafos (arts. 61 a 63 LN)", en Brocá-Maja, Corbal, *Jurisdicción Voluntaria, Aspectos procesales, notariales, registrales, mercantiles y marítimos*, Bosch, Barcelona, 2016, p. 855.

14 Garrido Melero, M.: "El testamento y sus formas", *Instituciones de Derecho Privado* (dir. V.M. Garrido de Palma), V-3, Civitas, Pamplona, 2018, p. 257.

15 *Cfr.* p. ej. Torres García, T.F.: *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977, p. 398; Albaladejo García, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 83.

fallecimiento y abono de la tasa), así como el aguardar pacientemente la resolución del Registro cuya respuesta, en teoría, no debería demorarse más allá de diez hábiles desde la presentación de la instancia correspondiente[16].

B) Falta de armonización con el RGAUV.

El Derecho deja así en una posición delicada al ciudadano diligente, atrapado entre dos plazos, de la que no puede escapar airoso. La única solución razonable a esta disfunción sería entender que el plazo ex art. 690.I CC no empiece a correr hasta que no se haya emitido el certificado registral de esta oficina pública. Así lo propuso y defendió, en su día, Torres García: "en atención al contenido de dichas certificaciones lo lógico sería que ese plazo empezara a contarse una vez transcurridos los 15 días a que se alude en referido precepto"[17]. Cierto es, como explica Martínez Espín, que ambos plazos no eran de por sí incompatibles ya que la presentación del testamento no significaba que después pudiera acreditarse que estaba derogado[18].

Sin embargo, después de la LJV, el vigente art. 61.2 LN parece exigir que se aporte el certificado del RGAUV para comprobar qué otras disposiciones testamentarias pudo haber otorgado el causante, si bien la existencia de un testamento posterior en nada debería empecer al inicio o prosecución del expediente de adveración porque no existe obstáculo a la perfecta convivencia de dos o más testamentos, salvo el caso de absoluta contradicción material entre sus contenidos[19]. Otra cosa es que, sospechada su posible revocación, decaiga el interés del potencial promotor del expediente si piensa que el testamento ológrafo no le reportará ya ningún beneficio sino tan solo pechar con los gastos -aprox. 300 €- que acarree su adveración (art. 8 LJV).

II. EL INCUMPLIMIENTO DE LO PREVISTO EN EL ART. 690.I.1ª CC.

1. El art. 690.I abarca cualquier clase de incumplimiento.

El recogido en el art. 690.I.1ª constituye un verdadero deber jurídico en la medida que su contravención desencadena la imposición de una *sanción* -en

16 Según la página web del Ministerio de Justicia, "cuando la solicitud se realiza presencialmente, el certificado se emite normalmente en el momento. No obstante, es necesario prever que en determinados casos puede ser necesario un periodo mayor, en general no superior a 3 días hábiles. El plazo que la Administración tiene para dicha expedición es de 10 días hábiles desde su presentación". Sin embargo, afirma Espino que, al cierre de su tesis doctoral, en verano de 2017, las peticiones estaban tardando casi un mes (*El testamento*, cit. p. 138). *Cfr.* acerca de la consulta telemática, Instrucción de la DGRN 22 enero 2008 (BOE núm. 27, 31 enero); RDGRN 17 julio 2009 (RAJ 5553); RDGRN 20 julio 2009 (RAJ 5554); RDGRN 13 enero de 2011 (BOE núm. 15, 18 enero).

17 Torres García, T.F.: *El testamento ológrafo*, cit., p. 398.

18 Martínez Espín, P.: *Comentarios*, IV, 2013, cit., pp. 5414-5415.

19 *Vid.* STS 1 febrero 1988 (RAJ 581); STS 7 mayo 1990 (RAJ 3687); STS 14 mayo 1996 (RAJ 3910); STS 12 junio 2002 (RAJ 8581); STS 28 julio 2009 (RAJ 4578); STS 25 noviembre 2014 (RAJ 6006).

principio- de naturaleza civil, consistente en resarcir los daños y perjuicios irrogados (art. 690.I.2ª CC). Como se puede apreciar, esta reparación está presente en ambas redacciones de la norma, anterior y posterior a la reforma operada en 2015: "La persona en cuyo poder se halle depositado dicho testamento deberá presentarlo al Juzgado luego que tenga noticias de la muerte del testador, y, no verificándolo dentro de los diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la *dilación*"[20]. "La persona que tenga en su poder un testamento ológrafo deberá presentarlo ante Notario competente en los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador. El *incumplimiento* de este deber le hará responsable de los daños y perjuicios que haya causado"[21].

Sin embargo, en la versión previa a la entrada en vigor de la LJV, el precepto parecía limitar la reclamación indemnizatoria a una suerte de cumplimiento extemporáneo de la obligación: los daños y perjuicios que se causen por la *dilación*, es decir, los derivados de la entrega a deshora del testamento, mientras que en la actualidad se parte, con mejor criterio, de cualquier clase de incumplimiento: no solo la entrega tardía, sino el incumplimiento absoluto, esto es, que nunca llegue a presentarse el documento ante el notario competente. Se retoma así, con acierto, lo prescrito por el art. 571 del Proyecto de CC de 1851: "el que *dejare de cumplir* o *retardare el cumplimiento* de lo dispuesto en este artículo, será responsable de los daños y perjuicios que por su culpa se ocasionaren"[22].

2. Subsistencia del deber en los casos de dilación.

Conviene aclarar que el hecho de que el tenedor del testamento haya incurrido en una suerte de mora automática o *ex lege*, si se cumplen el resto de los requisitos descritos más adelante, será responsable frente a los damnificados, pero no hará que quede liberado, sino que seguirá vigente su obligación de presentar el testamento con posterioridad al transcurso de esos diez primeros días[23]. Dicho incumplimiento inicial, que no exonera al infractor de presentarlo en el futuro, al margen de la responsabilidad en que haya incurrido, no tiene por qué afectar necesariamente a la eficacia del testamento ológrafo mientras se respete el plazo quinquenal de caducidad establecido en el art. 689 CC, frente a lo que sucede en el cerrado que nunca caduca a falta de previsión expresa del legislador (art. 743 CC)[24].

20 Art. 690.I CC, en su versión original de 1889 (cursiva del autor).

21 Art. 690.I CC, en la redacción dada por la LJV (cursiva del autor).

22 García Goyena, F.: *Concordancias,* cit. p. 310.

23 En el mismo sentido, Albaladejo García, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 82; Torres García, T.F.: "Otras formas testamentarias: el testamento ológrafo en el Código civil", *Tratado de Derecho de Sucesiones* (dir. M.C. Gete-Alonso y Calera, coord. J. Solé Resina), I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2016, p. 487.

24 *Cfr.* RDGRN 5 diciembre 1945 (RAJ 106).

El del art. 690.1.1ª CC no es un plazo de caducidad, ni una ampliación extraordinaria o graciosa de los cinco años sancionados en el art. 689 CC, sino más bien la sujeción a un plazo (*dies certus an, incertus quando*) para cumplir un deber jurídico -y para otros, los menos, una obligación *ex lege*[25]-. El plazo no corre fatalmente, sino que, ante la concurrencia de causas legítimas (caso fortuito, fuerza mayor o estado de necesidad), quedará interrumpido, habiéndose de volver a computar, una vez que dichas circunstancias exógenas, adversas e impeditivas de la presentación hayan desaparecido por completo. En recto entendimiento, no puede afirmarse que los sucesos del art. 1105 CC siempre exoneren de responsabilidad, pues, si acaso lo hacen, tan solo liberarán de modo transitorio al tenedor mientras el plazo esté interrumpido, deviniendo después otra vez exigible la presentación del testamento tras el cese de dichos imponderables, salvo que sin culpa del tenedor se haya destruido o de otra forma quedado inservible para regir la sucesión.

3. Distinción entre dolo y culpa.

A diferencia de cuanto acontece en el caso del testamento cerrado, a cuyo propósito el propio Código Civil diferencia entre el incumplimiento culposo, fruto de la negligencia del obligado, que conduce a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados (art. 712 CC), y el doloso, que encuentra origen en una conducta intencional del sujeto (art. 713 CC), el art. 690 no hace distingos en tal sentido, aunque la realidad enseña que ambos supuestos bien pudieran darse por igual con ocasión del testamento ológrafo. Partiendo de este presupuesto, cabe discutir cuál es la fuente de la obligación resarcitoria preceptuada en el art. 690.1 CC, habida cuenta de que el infractor puede ser tanto el detentador del testamento, persona distinta a aquel a quien el causante confió su custodia -p. ej. el hallador-, como el depositario del mismo, que asumió voluntariamente la obligación de conservarlo hasta la apertura de la sucesión.

4. Rechazo de su calificación como obligación *ex lege*.

La doctrina mayoritaria en nuestro país rechaza la conceptuación del deber impuesto en la norma como una obligación *ex lege*, aunque el único apoyo a dicha tesis es la escasa y antigua jurisprudencia recaída sobre el art. 690.1 CC, cuya consulta nos retrotrae al período histórico de la II República. El TS ha precisado que, en los casos de negligencia, no nos encontramos ante una obligación *ex lege*, sino ante otra derivada de la comisión de un ilícito civil, en cuyo caso el origen del deber de resarcimiento se encontraría en la culpa aquiliana del art. 1902 CC.

25 Como matiza Lasarte Álvarez, siguiendo a Lacruz Berdejo, "no se deben confundir las obligaciones a término (que fijan el momento en el que debe cumplirse la prestación) y las obligaciones a plazo (donde éste consiste en el lapso de tiempo dentro del cual debe realizarse la prestación)" (Lasarte Álvarez, C.: "Artículo 1125", *Comentarios del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 101).

Así pues, cuando la falta de presentación obedece: "a la circunstancia de haberse ocultado[26], destruido o extraviado culposa o negligentemente dicho documento, con pérdida de su sustancia formal y de sus sagradas declaraciones «in fine», es claro que la calificación jurídica de tal evento excede del ámbito de una mera obligación concreta «ex lege» para recaer en el campo anormal del hecho ilícito, cuya acción civil se extrae genéricamente del contenido inscrito en el art. 1902 de dicho Cuerpo Legal"[27].

Se trata de un parecer que resulta concordante con la opinión que en su día manifestara García Goyena al glosar el art. 571 de su Proyecto: "el que dejare de cumplir: esta responsabilidad civil, aún no expresada aquí, tendría lugar por lo dispuesto en el art. 1900"[28], que se corresponde con el actual art. 1902 CC. La mayoría de expertos en nuestro país se adhieren a las tesis del ilustre jurista navarro y defienden un origen extracontractual en la obligación resarcitoria del art. 690.I.2ª, frente a la corriente doctrinal minoritaria que aprecian en la violación del art. 690.I CC un incumplimiento contractual, al par que enfatizan la aplicación al caso, entre otros, de los arts. 1101, 1103 y 1107 CC. Hay que afirmar, según mantiene el primer grupo de autores, que la ley considera que la no presentación es un caso de hecho ilícito, aunque literalmente parezca que es el incumplimiento de una obligación de presentar el testamento[29].

Para ello, y so pena de no contradecir abiertamente, quizá no tanto el espíritu, pero sí el tenor literal del art. 690.I CC -que a la letra haría inclinar la balanza a favor de la configuración de una obligación *ex lege*- es preciso entender que el legislador está cualificando el nivel de diligencia exigible, y reputando negligente la actuación de quien posee el testamento cuando en su presentación se ha superado esta suerte de plazo legal de gracia que el CC añadió al art. 1956 LECA. Dicho de otro modo, el art. 690.I CC precisa cuándo se entiende que ha mediado culpa por quien tenga en su poder el testamento. En este sentido, aclara Albaladejo, a propósito del testamento cerrado, pero sin duda extensible también al ológrafo: "lo que ocurre es que la ley ha previsto en particular que en el caso presente pueda existir una omisión culpable y dañosa y que impone el deber de presentar porque quiere evitar que se dé el hecho, posiblemente dañoso, de no hacerlo, y precisa cuándo se estima que ese hecho es negligente: si la presentación no se efectúa en los diez días"[30].

26 El hecho nada desdeñable de que la sentencia haga alusión a la ocultación del testamento ya presupone, como se explicará más adelante, un elemento intencional en la actuación del tenedor suficiente para reputar su conducta dolosa, lo que representa un auxilio adicional a la tesis que defiende que toda la vulneración del art. 690.I constituye la comisión de un ilícito civil (art. 1902 CC).

27 STS 16 noviembre 1932 (RAJ 1289).

28 García Goyena, F.: *Concordancias,* cit. p. 310.

29 Entre otros, Albaladejo García, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 88; Martínez Espín, P.: *Comentarios*, IV, 2013, cit., p. 5415.

30 Albaladejo García, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., pp. 87-88.

5. ¿Y en el caso del depositario?

Restaría, sin embargo, por dilucidar qué sucede en aquellos otros supuestos en los que media una relación contractual previa entre el testador y aquella persona a la que este último encomendó la conservación del testamento ológrafo, pues resulta lógico pensar que el incumplimiento de la obligación de custodia genera una responsabilidad *ex deposito* de conformidad con el art. 1766 CC. Esta posibilidad, nada infrecuente en la práctica, conduce de nuevo a la reaparición de la responsabilidad contractual, que se había abandonado tras el rechazo del Alto Tribunal a conceptuar la infracción del art. 690.1 CC como el incumplimiento de una obligación *ex lege* (STS 16 noviembre 1932 [RAJ 1289]). En esta materia descuella la aportación de Otero Crespo, autora que defiende que no puede ser idéntica la responsabilidad del notario u otra persona a quien el testador haya confiado el testamento, que habría de responder ex art. 1101 CC ante el incumplimiento de una obligación anterior, que la de quien lo posee accidentalmente, sin vinculación previa con el autor del escrito testamentario, que debe hacerlo con arreglo al art. 1902 CC[31].

Con todo, tal vez habría de tenerse presente que en la constitución del depósito, una vez fallecido el testador, se puede haber previsto la devolución de la "*res deposita*" a favor de un tercero, p. ej. albacea u otro interesado en una sucesión, o, en su defecto, ser reclamada por los herederos del depositante, pero no tiene por qué haberse establecido en el contrato su entrega a un notario competente. De ahí, la necesidad de una norma como el art. 690.1 CC que prevé algo distinto al art. 1766 CC y, en su calidad de "*lex specialis*", lo desplaza cuando la obligación de guarda recaiga sobre un testamento. Bien pudiera darse una suerte de incumplimiento concatenado si el depositario no ha cumplido fielmente su encargo y entrega el testamento p. ej. a persona no legitimada para recibirlo, en lugar de a los herederos del depositante, y quien posee el testamento deja, a su vez, de presentarlo en plazo señalado de diez días. Los dos sujetos habrían de incurrir en responsabilidad, aun cuando fuera por conceptos distintos: el primero por conculcar las obligaciones *ex deposito* y el segundo por violentar lo dispuesto en el art. 690.1 CC[32].

31 *Vid.* Otero Crespo, M.: "Artículo 712. Deber de entrega del testamento", *Código Civil Comentado* (dir. A. Cañizares Laso *et al.*), II, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 502.

32 En sentido similar, Albaladejo García, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 79. Quizá otra solución posible, tal vez más respetuosa con el tenor de la norma, y consecuente con el parecer doctrinal mayoritario de entender que el art. 690.1 CC obliga tanto al depositario como al tenedor, sería apreciar una concurrencia de culpas y reputar a ambos sujetos responsables solidarios por la comisión de un hecho ilícito.

III. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE PRESENTACIÓN DEL TESTAMENTO.

1. Aplicación de los principios generales de Derecho de Daños.

A) Introducción.

Calificar la infracción del art. 690.I CC como un hecho ilícito civil es la opinión más extendida entre la comunidad científica española, según una postura heredada de nuestra tradición jurídica, que ya fue mantenida por egregios estudiosos al tiempo de entrar en vigor el Código Civil[33]. Tratar la omisión o dilación en la presentación del testamento ológrafo, interviniendo culpa en sentido estricto, como una falta de diligencia cualificada legalmente en el art. 690.I CC implica su sometimiento, en cuanto al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, a los principios generales en esta materia. Así pues, para que se origine la citada responsabilidad extracontractual, habrán de concurrir en la falta de presentación los elementos subjetivos, objetivos y causales colegidos habitualmente ex art. 1902 CC[34], pero a ellos habrán de añadirse, además, los presupuestos contemplados legalmente por la propia norma jurídica.

B) Antijuridicidad.

Que se está ante un proceder antijurídico va de suyo desde el momento en que el tenedor del testamento está violando un deber consignado legalmente, en este caso, exceder el plazo señalado en el art. 690.I CC para presentarlo ante notario competente. Sin embargo, aunque dicho requisito se siga del propio precepto legal, al contener un mandato expreso en tal sentido, han de tenerse en cuenta los elementos del tipo previstos por la norma. Su concurrencia opera a modo de presupuesto indispensable para que pueda prosperar la acción indemnizatoria y cuya prueba, en principio, será de cuenta del damnificado: el tenedor ha de conocer el fallecimiento del testador y saber que aquello que posee es precisamente un testamento. Sin ellos, no puede reputarse la omisión culposa, aunque cabría discutir hasta qué punto el tenedor del testamento ha observado la diligencia exigible –salvo que se trate de un profesional, la de un buen padre de familia (art. 1104.II CC)[35]- y si no debería haberse cerciorado, cuando menos, del último de los extremos mencionados.

33 Sánchez Román, F.: *Estudios*, cit., p. 466; Manresa y Navarro, J.M.: *Comentarios,* cit., p. 617.

34 *Vid.* Martínez Espín, P.: *Comentarios*, IV, 2013, cit., p. 5415. *Cfr.*, entre otras muchas, STS 22 abril 1987 (RAJ 2723); STS 18 mayo 1998 (RAJ 3377); STS 13 julio 1999 (RAJ 5046); STS 21 enero 2000 (RAJ 225); STS 14 mayo 2002 (RAJ 4444); STS 29 octubre 2008 (RAJ 5801).

35 *Vid*., para el depósito, STS 19 abril 1991 (RAJ 2724) y STS 14 marzo 2001 (RAJ 5977).

C) Daño resarcible.

El capítulo de los daños indemnizables puede ser muy variado; entre los más habituales a raíz de la presentación a deshora podrían contarse los derivados de la falta de posesión de los bienes hereditarios, su ausencia de disfrute durante el lapso temporal que media entre el momento en que debió presentarse el testamento y el día que se hizo efectivamente, con la consiguiente pérdida de frutos, naturales o civiles, y demás rendimientos. También cabe exigir el reembolso de aquellos gastos y expensas que hayan generado las operaciones particionales en una sucesión sujeta por la ley o un testamento anterior, revocado en todo o en parte por el ológrafo, así como las expensas de administración hereditaria innecesarias, pues, de haberse conocido a tiempo la última voluntad del difunto merced a la aparición del testamento ológrafo, han podido devenir ahora en buena parte superfluas.

Igualmente son indemnizables –en opinión de algunos autores- los perjuicios causados a los favorecidos por no haber podido disponer de los bienes de la herencia, en la medida en que se trata de un daño cierto y directo[36]. Es de interés recalcar que, frente al cerrado, el hecho de que el testamento ológrafo sí esté sujeto a un plazo de caducidad (art. 689 CC) puede desembocar en su completa ineficacia y, con ella, provocar la extinción de los derechos sucesorios[37]. En caso de que la demora en la presentación exceda en cinco años la defunción del causante, se habrá producido un daño mucho más grave, cual es la pérdida p. ej. de la condición de heredero o legatario de quienes resultaban favorecidos por el testamento[38].

Tanto la acreditación del daño efectivamente causado como su cuantificación económica recaen sobre quien los padece[39]. Si la no presentación en tiempo debido no ha producido daños, no nacerá la obligación de resarcirlos, pues puede que el retraso sea leve y el daño entonces nimio o acaso inexistente. Del mismo modo, si quien alega haberlos sufrido no logra probar su existencia o que la infracción del art. 690.I le ha supuesto un perjuicio de cuantía superior al logrado acreditar, tampoco se dará la reparación o no la habrá por el montante más elevado, todo

36 Así, Martínez Espín, P.: *Comentarios*, IV, 2013, cit., p. 5415.

37 *Vid*. STS 27 abril 1940 (RAJ 303); STS 26 noviembre 1968 (RAJ 5542); STS 19 enero 1973 (RAJ 44); STS 14 mayo 1996 (RAJ 3910).

38 Tras señalar que la prueba del nexo entre hecho y daño también son de cargo del reclamante, apunta Albaladejo García que "aunque de verdad, a la vista de lo que sea, tal prueba podrá probablemente deducirse sin más dificultad de ver en qué cosa fue dañosa la no presentación (así p. ej. un legatario no tomó el legado que se le deja al ignorar que se le deja)" (Albaladejo García, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 85).

39 *Vid*. Albaladejo García, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 85; Martínez Espín, P.: "Del testamento ológrafo", 2009, cit., p. 874.

ello según la doctrina establecida con ocasión de la culpa aquiliana[40]. Los daños y perjuicios irrogados a consecuencia de la ausencia de presentación, así como también los motivados por la entrega extemporánea del testamento al notario, no serán valorados por el fedatario público, sino que son de exclusiva competencia judicial por quien conozca de la acción resarcitoria al depurarse la responsabilidad ex art. 1902 CC[41].

D) Causalidad.

No solo ha de demostrarse que el daño efectivamente existe y a cuánto asciende su reparación, sino que el perjuicio económico sufrido obedece justamente al retraso en la presentación, es decir, que procede de la omisión de aquella persona en cuyo poder obraba el testamento ológrafo. Ha de concurrir, por consiguiente, una relación de causalidad entre la no entrega a tiempo del testamento por quien lo posea materialmente y el daño sufrido por el perjudicado. También compete al damnificado, según los principios generales rectores de la responsabilidad extracontractual, acreditar dicho nexo causal debiendo demostrar que la pasividad del obligado ex art. 690.I CC, no entregando el testamento o presentándolo demasiado tarde, le ha ocasionado una lesión (pérdida de los frutos de los bienes hereditarios, gastos administrativos innecesarios…) susceptible de reparación económica.

E) Culpabilidad.

Para concluir con las directrices preceptuadas por doctrina y jurisprudencia a la luz de la interpretación del art. 1902 CC, es necesaria la presencia del elemento subjetivo de la responsabilidad extracontractual desde el instante en que la cláusula legal general exige la intervención de culpa o negligencia, en este caso, en la omisión o dilación del tenedor al presentar el testamento. Por tanto, y en último término, la falta de entrega del testamento al notario competente debe obedecer a una acción u omisión achacable al tenedor material del testamento, es decir, que sea debida a dolo o negligencia.

La interpretación del art. 1902 CC ha ido allanando progresivamente el terreno a una inversión de la carga de la prueba de este concreto presupuesto del ilícito extracontractual mediante la creación de una presunción legal de culpabilidad[42]. Dentro de este marco general de la culpa aquiliana pergeñado por la jurisprudencia, parece que debe reputarse *per se* negligente la falta de presentación excediéndose

40 Cabe apreciar una tendencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a corregir el criterio subjetivista del art. 1902 CC a través del principio de inversión de la carga de la prueba. *Cfr.*, entre otras, STS 15 febrero 1995 (RAJ 851); STS 11 diciembre 1996 (RAJ 9015); STS 27 febrero 2003 (RAJ 2152); STS 30 noviembre 2005 (RAJ 2006/81); STS 16 noviembre 2006 (RAJ 8128).

41 En el mismo sentido, Rivas Martínez, J.J.: *Derecho de sucesiones,* cit., p. 426.

42 *Vid.* p. ej. STS 7 abril 1997 (RAJ 2743); STS 19 febrero 1998 ([RAJ 636); STS 27 enero 2005 (RAJ 1828).

el plazo legal establecido en el art. 690.I CC. Dicho de otro modo, si el testamento ológrafo obra en poder de un sujeto por cualquiera que sea el motivo y no cumple con lo preceptuado por el Código Civil, se ha de entender que la omisión o la dilación han sido fruto de un descuido que, en principio, le resultará achacable, salvo que el tenedor sea capaz de justificar lo contrario.

El esfuerzo de los adalides de apreciar en el art. 690.I CC una responsabilidad de carácter extracontractual por justificar una inversión de la carga de la prueba sobre este particular es notable, para así igualar las consecuencias de aplicar el art. 1902 CC, a las generales previstas en el art. 1183 CC, comprendidas en la remisión genérica que contiene el art. 1766.II CC, en cuya virtud, si se pierde el testamento en poder de quien lo custodia, se ha de reputar que ha sido por su culpa. En tal sentido se afirma que "la prueba de que la no presentación se debe a culpa de quien tiene el testamento, no le corresponde a quien pretende el resarcimiento, sino que, de acuerdo con la jurisprudencia reciente del TS en materia de responsabilidad civil, no es el perjudicado quien ha de probar que el acto de quien ocasionó el daño es culpable, sino que se presume que lo es hasta que este pruebe que no"[43].

Gracias a la presunción de culpabilidad del causante del daño se logran aminorar los distingos entre la responsabilidad contractual y extracontractual, a efectos del art. 690.I CC. Así lo explica Albaladejo con ocasión del art. 712.I CC, pero válido igualmente para el caso del testamento ológrafo: "Mas que se piense una u otra cosa es lo mismo, ya que, de cualquier modo, aunque se estime que el espíritu del precepto no es presumir negligente la falta de presentación […] sino pedir que exista una conducta negligente […] las cosas no varían porque […] que existe esa conducta negligente se presume aplicando la doctrina correspondiente al 1902 CC"[44]. Mayor complicación supone, en cambio, reducir o tratar de igualar el plazo prescripción de las acciones para exigir responsabilidad, *ex contractu* (art. 1964.2 CC) y derivada de hecho ilícito, a pesar de la bienvenida decisión del legislador de acortarlo en el primer caso dejándolo reducido de quince a cuatro años (art. 1968.II CC)[45].

2. Otros elementos subjetivos del tipo.

Más allá de las directrices generales de la culpa aquiliana, y aun admitiendo que se trate de la cualificación legal de una responsabilidad de dicha naturaleza por imprudencia, cuya pretensión de extenderse a todos los casos –también a la del depositario no es pacífica-, el mismo Código incorpora dos elementos

43 López Burniol, J.J.: "Artículo 713", *Comentario del Código Civil* (dir. C. Paz-Ares Rodríguez *et al.*), I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 1794.

44 Albaladejo García, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., pp. 85-86.

45 *Vid.* DF1ª de la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

subjetivos del tipo en el propio art. 690.I CC que sirven para valorar si se ha de responsabilizar al sujeto por la no entrega del testamento y graduar el montante de la indemnización si viniera al caso. La norma prescribe: "la persona que tenga en su poder un testamento ológrafo deberá presentarlo ante Notario competente en los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador".

Para verse obligado a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por negligencia, el testamento debe obrar en poder del sujeto, mas, en la opinión prevalente entre los autores, debe ser consciente de ello. Esta premisa podría llevar a exonerar o mitigar la responsabilidad de quien tiene en su poder el testamento, pero no lo sabe[46]. Las causas de dicha ignorancia podrían obedecer a múltiples razones. Cabe que el interesado simplemente no sepa que está en posesión del testamento porque conserva la documentación del difunto, p. ej. varias cajas de archivo, pero ignora que entre ellas se encuentra en particular el testamento. Puede p. ej. igualmente saber que el sobre cerrado que ha encontrado contiene un texto manuscrito, pero desconoce que se trata de un negocio jurídico mortis causa, lo que sin duda se dará en otras modalidades testamentarias que exigen para su validez su introducción en una cubierta, cerrada y sellada (art. 707 CC), pero que no resulta imprescindible en el caso del ológrafo. No obstante, nada impide que pueda conservarse en una plica, si bien tal vez sea más raro -aunque nunca imposible- que no exista ningún vestigio externo que anuncie tal condición testamentaria.

Si el que tiene en su poder el testamento lo ignora o no tiene conocimiento del fallecimiento del testador, no puede exigírsele responsabilidad. Se trata de dos hechos procedentes de la realidad objetiva de los que, sin embargo, debe estar al tanto el infractor del art. 690.I CC para originarse el deber de pechar con el resarcimiento de los daños en la cuantía acreditada. Ha de darse, por tanto, una ignorancia inculpable de parte del poseedor, sin la cual no se puede exigir la rendición de cuentas ante los damnificados por tal motivo. Sin ellas, no habrá depuración de responsabilidades resarcitorias ni posible entrega aun extemporánea del testamento que –recordemos- continúa siendo exigible a pesar de haber transcurrido el lapso legal de los diez días. Es este un parecer arraigado entre los estudiosos, quienes sostienen la necesidad de que el reclamante de daños y perjuicios justifique la posesión del testamento por parte del tenedor, así como su conocimiento del fallecimiento de su otorgante[47]. Quien alegue ambos extremos –tenencia material del documento y que se ha tenido noticia del deceso

46 *Cfr.* Lacruz Berdejo, J.L. y Sancho Rebullida, F.: *Derecho de Sucesiones*, I, Bosch, Barcelona, 1971, pp. 398 y 420.

47 *Vid.* Albaladejo García, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 82; Martínez Espín, P.: "Del testamento ológrafo", 2009, cit., p. 874.

del testador- deberá acreditarlo según las reglas generales en materia probatoria en caso de que la contraparte no lo acepte.

Cuestión conexa, siempre presente -discutible y discutida en materia de responsabilidad civil- es hasta qué punto un deber de cuidado medio -la diligencia de un buen padre de familia, como gusta decir a nuestro Código (art. 1104.II CC)- no obliga a quien dispone p. ej. de los archivos o la documentación del difunto "a enterarse de lo que se posee o, al menos, a ser responsable de los daños que cause no haberse enterado"[48]. Se ha de estimar que aquel en cuyas manos obre el documento manuscrito, una vez acreditado por los interesados que tiene el testamento, será, en principio, el único culpable de no haberlo presentado a tiempo y, salvo que él logre probar lo contrario, incurrirá en responsabilidad por negligencia. En cambio, si la concurrencia de un imponderable real y demostrado -p. ej. caso fortuito o estado de necesidad- le impide hacerlo, tales circunstancias podrían llegar a mitigarla o incluso exonerar de responsabilidad en ciertos casos al poseedor del testamento.

Es una opinión doctrinal ampliamente asentada en nuestro país que "la prueba de que la no presentación se debe a culpa de quien tiene el testamento, no le corresponde a quien pretende el resarcimiento, sino al causante del daño cuando su actuación haya sido culpable"[49]. Ahora bien, suscita alguna duda que esta conclusión pueda extraerse directamente de la letra de la Ley, ni de lo preceptuado por el art. 712.1 CC para el testamento cerrado ni de su análogo en materia de testamento ológrafo (art. 690.1 CC), sino más bien, de las reglas del *onus probandi* sentadas a raíz de la interpretación jurisprudencial del art. 1902 CC. Parece así más razonable a las circunstancias del caso concreto entender que el tenedor material era sabedor de que aquello que poseía era un testamento en vez de partir de la premisa opuesta y hacer recaer la prueba sobre los interesados, a quienes bastará con acreditar que obraba en poder del primero[50].

3. Estudio particular de la infracción dolosa del art. 690.1 CC.

A) La actuación u omisión dolosa del infractor.

Si cuanto queda dicho en último lugar concierne, sobre todo, a una omisión culposa, la ausencia de presentación del testamento ológrafo puede venir motivada no solo por negligencia, sino también a causa de la actuación u omisión presidida

48 Albaladejo García, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 86.

49 *Cfr.* Martínez Espín, P.: "Del testamento ológrafo", 2009, cit., p. 874; Martínez Espín, P.: *Comentarios*, IV, 2013, cit., p. 5416; Albaladejo García, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 85.

50 Desplazar la carga de la prueba en estos casos a los perjudicados sería situarlos en una posición casi inasumible desde una perspectiva procesal obligándoles a realizar denodados esfuerzos. *Vid.* acerca del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), STS 8 febrero 2001 (RAJ 2048); STS 18 junio 2013 (RAJ 4376); STS 13 mayo 2016 (RAJ 2040).

por un ánimo doloso. Cabe que la infracción del art. 690.1 CC se haya realizado p. ej. con la aviesa finalidad de privar de eficacia la última voluntad manuscrita del difunto, pretendiendo de forma intencionada perjudicar a los favorecidos por el testamento ológrafo. Es posible que el depositario o el tenedor se abstengan a propósito de presentarlo o se muestren renuentes a hacerlo para ocultarlo y que su existencia continúe pasando desapercibida a terceros, p. ej. porque son conocedores de su contenido y saben que las disposiciones contenidas en él perjudican sus intereses. El dolo, en su prístina acepción, supone la intención deliberada de causar daño a otro[51] y, en este caso, pasaría por "simular una muerte intestada o la subsistencia de un testamento derogado posteriormente por el sustraído"[52].

De tal actuación premeditada ofrece numerosos ejemplos la disciplina legal del testamento cerrado en el art. 713.2 CC que, sin embargo, no encuentra parangón en la regulación del ológrafo, aunque podrían haber aparecido compendiadas v.gr. a continuación del art. 690 CC[53]. Esta falta de correspondencia no supone un obstáculo para que p. ej. el poseedor cometa actos de mayor gravedad, más allá de la ocultación que dejaría intacto el documento, llegando p. ej. a inutilizar o destruir el testamento ológrafo, arruinando con ello una posible indagación de lo verdaderamente deseado por el difunto si no se ha conservado ninguna copia.

B) ¿Es preciso causar un daño deliberado? ¿Y obtener provecho propio?

Sin embargo, una parte importante de doctrina mantiene que no es necesario que se pretenda un resultado tan abyecto, sino que basta con constatar la intención de dejar de presentar el testamento, como sugiere el art. 713 CC cuando principia "el que con dolo deje de presentar el testamento que obre en su poder…". El fin perseguido por el infractor del art. 690.1 CC, aunque pudiera ser merecedor de una mayor reprobación social, no es relevante a efectos jurídicos, seguramente porque con la no presentación a propósito del testamento ya se entiende deseado el resultado que, sin ser intencionadamente perseguido, aparece como consecuencia necesaria de tal omisión: privar de eficacia a las disposiciones testamentarias.

En quien conculca dolosamente lo dispuesto en los arts. 690.1 y 712.1 CC no tiene por qué apreciarse un *animus nocendi*; es decir, no es preciso albergar la intención deliberada de perjudicar al sucesor testamentario o a otros interesados. Es suficiente con que la mala fe se dé en la acción u omisión, mas no en el resultado, para que se sigan igualmente las consecuencias indemnizatorias o, en su caso,

51 *Vid*. Albaladejo García, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 87.

52 Rivas Martínez, J.J.: *Derecho de sucesiones,* cit., p. 426.

53 "En esta misma pena incurrirán el que sustrajere dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador o de la persona que lo tenga en guarda o depósito y el que lo oculte, rompa o inutilice de otro modo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que proceda" (art. 713.2 CC).

sucesorias –indignidad- previstas por el Código[54]. Que sea innecesario pretender hacer daño no obsta, empero, a que se imponga a este infractor una reparación más completa de los perjuicios irrogados merced al art. 1107.II CC, como se verá después.

El Derecho civil hace abstracción de los motivos subjetivos sin entrar a valorarlos, luego también es irrelevante que de la ausencia de presentación del testamento se derive o no algún rédito económico para el infractor por dejar de cumplir voluntaria y conscientemente lo que le incumbe según los arts. arts. 690.I y 712.1 CC. Da igual, por tanto, que quien así se conduce en su actuar obtenga un beneficio hereditario, como -p. ej. mejorar su posición en la sucesión-, o la promesa de recibir algún tipo de dádiva, sea económica o de otra clase, que le pueda servir de estímulo, si es que llega finalmente a lograr el objetivo de corromperlo para faltar a su deber de presentar el testamento ológrafo.

C) Graduación de la responsabilidad ex art. 1107 CC.

En cualquier caso, dado que el reproche culpabilístico en el hecho ilícito causado dolosamente es más elevado que aquel que radica en una dilación negligente, también debería serlo el "castigo", aunque se trate de una reparación económica. La responsabilidad en ambos grados de culpa es diferente viéndose acrecentada por quien deliberadamente deja de cumplir lo que le incumbe según el art. 690.I CC. La infracción dolosa de la norma modifica comparativamente la responsabilidad agravándola frente la pasividad imputable o la mera desidia. Y para ello, no existe obstáculo a que entre en juego la distinción prevista en el art. 1107 CC, precepto aplicable a toda clase de obligaciones con independencia de su origen contractual o extracontractual[55].

Mientras que en la omisión simplemente culposa o negligente el infractor será responsable por los daños de producción previsible y que sean consecuencia necesaria de tal falta de cuidado (art. 1107.I CC), quien deja de entregarlo aposta comete un acto ilícito doloso, y habrá de indemnizar todos los daños que conocidamente deriven de la falta de presentación (art. 1107.II CC), esto es, aquellos deducibles de una relación de causalidad pura mientras tales consecuencias dañinas

54 En el mismo sentido, Albaladejo García, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., pp. 87 y 89. No parece, en cambio, compartir plenamente esta visión Rivas Martínez cuando sostiene que para componer el concepto de dolo en el art. 713 CC ha de unirse a la circunstancia de la no presentación dentro del término legal, que por sí sola constituye la omisión característica de toda negligencia, el propósito o intención indudable por parte del que no presenta el testamento de causar daño o perjuicio a los que resultaren en ella (*Derecho de sucesiones,* cit., p. 425).

55 *Vid*., en este sentido, Cristóbal Montes, A.: "El enigmático artículo 1107 del Código Civil", *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 567-569; Yzquierdo Tolsada, M.: "Comentario del artículo 1107 del Código Civil", *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, I, JM Bosch, Barcelona, 1992, pp. 861 y 867.

estén relacionadas con la acción u omisión dolosa del tenedor testamentario, lo cual procurará una reparación casi plena o integral de todos perjuicios irrogados[56].

En los supuestos de destrucción material o física que impiden la consulta o lectura del testamento ológrafo, se hará entonces verdaderamente complicado reconstruir la última voluntad del difunto sin que parezca adecuado adentrarse en el terreno conjetural y aventurar cómo habría ordenado hipotéticamente el testador su sucesión. Lo resarcible, en puridad, son los daños que ocasiona la inaplicación del testamento ológrafo, difícilmente determinables o previsibles de antemano. Una persona podrá sospechar que fue instituido legatario, quizá por los comentarios realizados en vida por el propio testador, pero se enfrentará a la tarea ardua de intentar demostrarlo, muchas veces sin éxito, con el agravante de que en el proceso de adveración testamentaria no se admitirán documentos distintos del original, como p. ej. una fotocopia[57], lo que imposibilitará, entonces, reclamar el derecho sucesorio *in natura*, esto es, p. ej. la entrega del legado, sin perjuicio de valerse de dicha prueba para exigir el resarcimiento de la pérdida económica que haya padecido tras ser privado de su condición hereditaria.

D) La carga de la prueba

a) Regla general.

La intención de no presentar el testamento, reteniéndolo indebidamente en su poder, sea o no al objeto de ocasionar un daño aún mayor -p. ej. restar completa eficacia al testamento provocando su caducidad ex art. 689 CC- no es un elemento subjetivo que pueda beneficiarse de una inversión de la carga de la prueba. La alteración del *onus probandi* habitual solo se produce en casos de negligencia porque es un principio general de nuestro sistema que esa voluntad aviesa no se da por supuesta ("*dolus non praesumitur*"), cuya concurrencia ha de justificarse por quien la aduzca. La buena fe se presume, la mala, nunca; por consiguiente, tampoco en el caso que ahora nos ocupa ha de estimarse procedente partir de tal asunción, sino que ha de ser demostrada[58]. No es suficiente entonces con haber acreditado que se poseía el testamento y conocía la defunción de su autor, sino que el tenedor resolvió dejar de presentar el testamento, aunque en dicha abstención no se obrara con malicia. Estimar que la omisión vulneradora del art. 690.I CC fue consciente y voluntaria exige un mayor esfuerzo probatorio frente al supuesto de quien incumple la norma fruto de un descuido.

56 *Vid*., p. ej., STS 19 junio 1984 (RAJ 3250), aunque se trata de una tesis criticada por parte de la doctrina que considera estas consecuencias resarcitorias excesivas.

57 STS 3 diciembre 1985 (RAJ 6518).

58 *Vid.* Sánchez Román, F.: *Estudios*, cit., p. 468; Manresa y Navarro, J.M.: *Comentarios,* cit., p. 616; Albaladejo García, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., pp. 86 y 89; Martínez Espín, P.: "Del testamento ológrafo", 2009, cit., p. 874.

b) Conductas dolosas en sí mismas.

Otra cosa es que existan comportamientos que por sí mismos implican un atentado a la libertad testamentaria del causante en la medida que ya incluyen dicho elemento intencional. Habrá algunas conductas en las que el dolo se halla implícito como p. ej. la de la hurtar el documento, mientras que, en otras, como p. ej. la destrucción, pudieran haber sido tanto accidentales –v.gr. fruto de un incendio- como deliberadas u orquestadas, tales como la ruptura o inutilización del testamento. Con razón se argumenta que calificar la sustracción referida en el art. 713.II CC como dolosa no deja de resultar redundante porque, en realidad, no hay sustracción que no lo sea[59].

Ese factor intencional se encuentra ya presente en la práctica totalidad de las acciones descritas en el art. 713.II CC reproducibles en el acontecer real con ocasión del ológrafo. Guardan entre sí un denominador común, a saber: se caracterizan por ser conductas antijurídicas conscientes y voluntarias y en muchas de ellas anida la mala fe del sujeto que con su actuación aspira a provocar daño. Así pues, ofrece escasas dudas que la rotura, ocultación e inutilización del testamento por quien lo tenga en custodia o simplemente en su poder son todas conductas tan dolosas como la sustracción y ello a pesar de que el CC no las califique expresamente como tales. No es extraño que en el sentir común de la doctrina se manifieste que tales acciones ya implican dolo, por lo que este las acompaña siempre[60].

c) Destrucción o sustracción involuntaria del testamento.

Se podría dar, no obstante, algún caso en el que se destruyera el testamento sin ser consciente de ello, como si p. ej. en un arrebato de ira uno de los hijos coherederos discutiendo con sus hermanos acerca del reparto hereditario rompe todos los papeles, entre los que se contaba, sin saberlo, el testamento ológrafo. No hay tal designio de privarlo de eficacia ni tampoco voluntad de causar daño sino acaso irreflexión y escaso comedimiento, sin reparar en las consecuencias de los propios actos. E incluso cabría imaginar hipótesis en las que la sustracción no obedeciera al pérfido propósito de borrar los efectos de la disposición por causa de muerte, como v.gr. el caso en que se produzca un robo en el domicilio donde se encontraba físicamente el documento, sin que se pretendiera la sustracción del testamento en cuanto tal ni impedir su presentación ante el notario competente. No puede afirmarse que en este caso exista la aspiración de violentar la voluntad del testador, aunque de hecho se produzca dicho resultado.

59 *Cfr.* Rivas Martínez, J.J.: *Derecho de sucesiones,* cit., p. 426.

60 Sánchez Román, F.: *Estudios*, cit., p. 468; Scaevola, Q.M.: *Código Civil comentado*, p. 612; Manresa y Navarro, J.M.: *Comentarios,* cit., p. 620.

No parece, en particular en este último supuesto, que quepa ampararse frente a la producción de un resultado contrario al art. 690.I CC en la comisión de un hecho ilícito y aun delictivo. El depositario o tenedor del testamento podrá aducir la concurrencia de una situación impeditiva: caso fortuito -robo en su domicilio- o fuerza mayor -p. ej. asalto a punta de pistola forzándole a entregarlo-, mas, en cuanto al malhechor, aun cuando pudiera demostrar que no albergaba un propósito anti-testamentario, quizá habría de preguntarse si el daño no habría de quedar cubierto por la responsabilidad e*x delicto.* No es imaginable que el ladrón presente el testamento después de haber examinado el botín, ni se le exija responsabilidad por no hacerlo con apoyo en el art. 690.I CC, sino, una vez detenido e identificado, habrá de indemnizar los daños derivados de la comisión de un hecho delictivo sobre la base del art. 1092 CC y concordantes del Código Penal.

E) La tentativa.

a) Equiparación de efectos entre ejecución perfecta e imperfecta.

Cabe cuestionarse si la mera tentativa, p. ej. de destrucción o inutilización del testamento –v.gr. ser sorprendido *in fraganti* pero sin llegar a culminar su propósito, p. ej. arrojando el documento a la chimenea que es rescatado de las llamas en el último momento- debe deparar idénticas consecuencias a la ejecución perfecta cuando se ha frustrado el fin perseguido por el infractor por causas ajenas a su voluntad. Que no llegue a consumarse la fechoría no resta un ápice de culpabilidad a quien ha pretendido con su actuación privar eficacia a la voluntad testamentaria ajena, pero no ha conseguido su objetivo, no por retractarse a tiempo, sino por la concurrencia de un hecho externo impeditivo, sea este natural o humano.

Parece segura la posibilidad de depurar la responsabilidad civil con arreglo al art. 690.I CC, sin que, a diferencia de la pasividad negligente, quepa aquí moderación alguna ex art. 1103 CC. En cambio, la ejecución incompleta sí tiene alguna repercusión práctica porque el hecho de haberse conservado intacto el testamento puede resultar de utilidad a la hora de estimar el montante al que asciende la indemnización con arreglo al art. 1107.II CC. El hecho de que aún pueda presentarse el testamento permitirá conocer la verdadera voluntad del difunto sin acudir a disquisiciones cabalísticas, las más de las veces carentes de sentido, y ello supone una ventaja para quien reclama el resarcimiento en la medida que los daños reales ocasionados serán más fácilmente demostrables ante los tribunales.

b) Matices en torno a posibles sanciones civiles.

En todo caso, la discusión acerca de la tentativa gira más bien en torno a la aplicación al caso de castigos, también civiles, que reprenden el comportamiento

de quien ha evidenciado su intención, mas sin llegar a completar el resultado pretendido; en concreto, la pena de reputar a su autor incapaz para suceder a ese concreto testador. La generalidad de los autores defiende igualmente la procedencia de la sanción consistente en considerar *ipso iur*e a su autor indigno ante actos tan censurables. Bastará entonces con que el acto revelador de un propósito abyecto, contrario a la libertad testatoria, aunque haya sido meramente intentado al margen de conseguir o no su objetivo[61]. Se trata de un parecer que queda encuadrado en la tesis general acerca de las causas generales de indignidad del art. 756 CC sobre la que existe un amplio consenso doctrinal[62].

F) Otras consecuencias civiles distintas de la prevista en el art. 690.I.2ª.

a) La indignidad para suceder ex art. 713 CC.

Las causas de indignidad lo son para suceder *ex testamento* o *ab intestato*[63], mas, en obsequio a una razón basada en un sentimiento de moralidad social, la privación al indigno comprende cualquier derecho de naturaleza sucesoria, incluida la legítima, y ello aunque no hubiese ninguna expresión al respecto por parte del testador[64]. Esta consecuencia, consistente en la pérdida de la condición de legitimario, podría inferirse del art. 761 CC[65], pero es más evidente si cabe tras la LJV[66], habiendo sido subrayada por la jurisprudencia en más de una ocasión. Las causas de indignidad, que alcanzan por igual a todos los sucesores, sean legatarios o herederos, ya voluntarios ya abintestato, según tiene declarado el TS, "privan a quien en ellas incurra del derecho a suceder al agraviado, aunque sea heredero forzoso, porque la incapacidad, si es relativa con relación al *de cuius*, es absoluta por lo que afecta su patrimonio"[67].

61 *Cfr.* Albaladejo García, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., pp. 90-91; Díaz Alabart, S.: "Artículo 756", *Comentario del Código Civil* (dir. C. Paz-Ares Rodríguez *et al.*), I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1865; Otero Crespo, M.: "Artículo 713. Deber de entrega del testamento", *Código Civil Comentado* (dir. A. Cañizares Laso *et al.*), II, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 505; Martínez Espín, P.: *Comentarios*, IV, 2013, cit., p. 5417; Rivas Martínez, J.J.: *Derecho de sucesiones,* cit., p. 426.

62 *Vid*., por todos, Trujillo Díez, I.J. y Marín López, J.J.: "De la capacidad para suceder por testamento y sin él", *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 915.

63 *Cfr.* STS 11 febrero 1946 (RAJ 121).

64 STS 28 febrero 1947 (RAJ 337).

65 "Si el excluido de la herencia por incapacidad fuera hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima".

66 En la antigua redacción del art. 756 CC la privación expresa de la legítima únicamente aparecía contemplada de modo expreso en su ordinal segundo ("si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima" [art. 756.2º.II CC]), lo que podría conducir, dada la naturaleza punitiva de la indignidad, a excluir la extensión de dicho castigo a otras conductas distintas. Sin embargo, el hecho de que la LJV, en su DF1ª.68, haya suprimido tal alusión, unida a la existencia del art. 761 CC, que la doctrina mayoritaria ya entendía aplicable a todos los supuestos del art. 756 CC, ha llevado finalmente a disipar cualquier duda en la actualidad: la indignidad también implica la pérdida de los derechos legitimarios.

67 STS 28 febrero 1947 (RAJ 337).

Cuando el grado de ejecución de la conducta censurable no alcanza la consumación, sino que queda inclusa, habría que considerar si el castigo civil debe ser igual de grave. Quizá se pueda preguntar el jurista si la indiferencia en el trato entre el acto perfecto e imperfecto respeta el criterio de proporcionalidad en la aplicación de la pena que, si bien más propio de disciplinas ajenas al Derecho civil, parecería responder a un elemental principio de justicia. Sin embargo, la traslación de la teoría del delito al ilícito civil no puede realizarse sin estridencias, ante la ausencia de una previsión normativa específica que aborde la tentativa ni disponer el juez civil, como el penal, de un marco abstracto dentro del cual graduar la sanción en función de la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes de la responsabilidad.

Otra solución conduciría al intérprete a caer en un absurdo o en la incongruencia de permitir que el autor en grado de tentativa conservara su legítima o limitara su cuota hereditaria a la mitad o a un tercio de lo que habría podido corresponderle en el abintestato. Como en su día explicara Albaladejo, "el castigo no va a ser –porque parece ser incongruente con la situación o repugnar al caso- pena, pero inferior en grado, como si dijésemos ser incapaz no totalmente, sino, por ejemplo, para recibir tres cuartos de la sucesión que le correspondiese"[68].

Se está ante un veto punitivo interpuesto jurídicamente entre el indigno y el causante en cuya virtud se reputa al primero inepto para recibir mortis causa titularidades procedentes de un concreto *de cuius*, cuya operatividad resulta absoluta, al tener lugar una exclusión de la delación sucesoria, sin que quepa una apreciación parcial ni moderada para quien intenta impedir sin éxito que se cumplan los designios del testador. Se consideraría irrelevante, además, que el testamento no llegara después a adverarse, fuera nulo o revocado por otro posterior; no es posible por tanto que se aminoren las consecuencias negativas de la acción indigna frustrada. El espíritu de la Ley es abarcar también la tentativa, y no únicamente la consumación, del acto reprobable pese a no existir una mención normativa específica orientada a tal fin.

b) Rechazo de su interpretación extensiva y analógica.

La finalidad del art. 713 CC es claramente punitiva, en vez de resarcitoria, pues se pretende castigar al indigno con independencia del perjuicio ocasionado, mientras que la reparación del daño tiene reservada una vía específica y diferente (art. 712 CC). En la actuación dolosa acontece una yuxtaposición entre la sanción consistente en la pérdida de los derechos hereditarios del indigno y la

68 Albaladejo García, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 90.

indemnización ex art. 690.I.2ª CC[69]. Pero, así como el art. 690.I CC encuentra su homólogo en art. 712 CC, con el que comparte una evidente identidad de razón, el art. 713 CC es una regla jurídica prevista solo para el testamento cerrado, que no conoce precepto equivalente en la regulación del testamento ológrafo. Esta falta de unificación de regímenes se antoja casi inexplicable pudiendo llegar incluso a repugnar a la lógica cuando la contravención del deber de presentación se lleva al límite, p. ej. con la sustracción o destrucción intencional del testamento ológrafo.

Bien es cierto que ha sido frecuente colmar las carencias del régimen jurídico del testamento ológrafo acudiendo al establecido para el cerrado, con el que guarda abundantes similitudes, tanto es así que aconsejan incluso su conversión -o cuando menos, la preservación de la eficacia de la manifestación de voluntad a través de otra forma testamentaria más simple, si se cumplen sus requisitos (*cfr.* art. 715 CC)-. Tal ha sido el caso de supuestos sobradamente conocidos de integración de algunas lagunas, como p. ej. a través del recurso al art. 1957 LECA, siempre defendido por la doctrina de nuestro país[70], ante la insuficiencia de una disciplina procesal propia fuera del CC, y lo mismo cabría decir de responsabilizar de la falta de presentación a cualquiera que tenga en su poder el testamento, como siempre ha rezado el art. 712 CC y, por el contario, no recogía el art. 690.I CC en su versión originaria, hasta que fue corregido en la redacción que le otorgó la LJV 2015[71]. Sin embargo, a consecuencia de la orientación del art. 713 CC, que posee una evidente vocación punitiva, su eventual aplicación al ológrafo resulta, cuando menos, controvertida, aunque haya sido defendida por un cualificado sector de la comunidad científica[72].

Existe un amplio consenso doctrinal en considerar la consecuencia descrita en el art. 713 CC como una causa particular de indignidad, añadida a las ya previstas por el Código Civil, donde, en opinión de Martínez Espín y Otero Crespo, el "dolo" mencionado en la norma sería equivalente al "fraude" del art. 756.5º CC[73]. Por tanto, a fin de valorar si es posible o no colmar la supuesta laguna en la

69 Resulta evidente del tenor del art. 713 cuando se indica que la indignidad juega además de la responsabilidad prevista en el art. 712 CC: "El que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder dentro del plazo fijado en el artículo anterior, *además de la responsabilidad que en él se determina*, perderá…" (cursiva del autor). *Cfr.* también, López Burniol, J.J.: *Comentario del Código Civil*, cit., pp. 17994-1795; Martínez Espín, P.: *Comentarios*, IV, 2013, cit., p. 5417.

70 *Vid.*, entre otros, Puig Peña, F.: *Tratado de Derecho Civil español*, V-1, Edersa, Madrid, 1958, pp. 254-255; Lacruz Berdejo, J.J. y Sancho Rebullida, F.: *Derecho de Sucesiones*, I, cit., p. 419; Espín Cánovas, D.: *Manual*, cit., p. 276.

71 Resulta también indicativo de estas concomitancias que el Proyecto de García Goyena tratara de forma conjunta -y, por tanto, pareja- en un único precepto el deber de presentación (el art. 571), aunque sin destinar a esta particular causa de indignidad sucesoria ningún ordinal de la referida norma, más allá de las preceptuadas en su art. 617, que encuentra su correspondencia actual con el art. 756 CC.

72 *Vid.* Albaladejo García, M.: *Curso de Derecho Civil*, V, Bosch, Barcelona, 1982, p. 85 y "Comentario al artículo 756", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo García), X-I, Edersa, Madrid, 1987, pp. 208-209 y 238; Díaz Alabart, S.: "Artículo 756", cit., p. 1864. Se inclina en cambio por una respuesta negativa, Espino Bermell, C.: *El testamento*, cit., pp. 191-192.

73 Martínez Espín, P.: *Comentarios*, IV, 2013, cit., p. 5417; Otero Crespo, M.: "Artículo 713", cit., p. 504.

disciplina jurídica del testamento ológrafo, conforme a lo dispuesto en la mentada regla jurídica, debería aplicarse la doctrina general sentada con ocasión de esta incapacidad relativa para suceder. Dado que las consecuencias descritas en el art. 756 CC –así como en el art. 713 CC- son claramente sancionadoras, también son merecedoras de una interpretación taxativa, sin que quepa, por tanto, su ampliación a hechos diversos de los expresamente contemplados por la norma. Así lo ha entendido el TS al realzar el carácter excepcional del art. 756 CC que, en definitiva, se traduce en una sanción o pena civil que se ha de interpretar restrictivamente[74]. Y ha añadido más tarde que "en materia de interpretaciones de las causas de indignidad para suceder, debe utilizarse un criterio restrictivo, y en caso de duda, debe estarse a favor del supuesto indigno"[75].

Esta anomía en sede del testamento ológrafo atentatoria del espíritu de su regulación tampoco puede ser corregida mediante el recurso a la analogía so pena de contrariar el mandato contenido en el art. 4.2 CC donde se impide aplicar las leyes penales a supuestos distintos de los expresamente comprendidos en ellas. Más allá de la acepción estricta que la identifica con la represión de la criminalidad, esta técnica hermenéutica integradora de lagunas queda vedada no solo en el ejercicio efectivo del *ius puniendi* estatal[76], sino también en aquellas sanciones del ordenamiento jurídico privado informadas por el principio de tipicidad, donde se contenga un elenco cerrado de casos. Este carácter taxativo de conductas objeto de castigo cabe predicarlo de las causas de desheredación[77], mas también de las de indignidad, que son en parte coincidentes con aquellas e implican la pérdida de derechos[78] -sucesorios y muchas veces previos- con independencia de que para reconstruir el listado mencionado se deba acudir a diversos preceptos diseminados por el Código Civil (arts. 756, 713, 111[79]…). En cuanto al art. 713 CC no es dable entonces su ampliación ni la aplicación analógica a casos distintos de los ordenados por el CC[80].

74 STS 11 febrero 1946 (RAJ 121); STS 26 marzo 1993 (RAJ 2394).

75 STS 23 abril 2018 (RAJ 1753). *Vid*., además, STS 2 julio 2019 (RAJ 3141).

76 En contra de la STC 14 diciembre 1988 (RTC 239), que lo limita a ese ámbito, mantiene Gullón Ballesteros que la ratio del art. 4.2 CC impone no dar al calificativo "penal" una identificación exclusiva con el Derecho penal ("Artículo 4", *Comentario del Código Civil* (dir. C. Paz-Ares Rodríguez *et al.*), I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 30).

77 *Vid.* Gullón Ballesteros, A.: "Artículo 4", cit., p. 30; Peña López, J.M.: "Artículo 4", *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 53; Ataz López, J.: "Artículo 4", *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 129.

78 STS 30 marzo 1987 (RAJ 1839).

79 En apoyo de esta tesis es de interés recalcar que, a propósito de este último precepto, el TS señaló "que las conductas tipificadas en el art. 111 CC están incluidas en este ámbito restrictivo -del art. 4.2 CC- (…) ya que el calificativo penal debe interpretarse extensivamente comprendiendo la penalidad civil -disposición transitoria 3ª CC-" (STS 23 julio 1987 [RAJ 5809]).

80 Espín Cánovas, D.: *Manual de Derecho Civil español*, V, Edersa, Madrid, 1978, p. 64; Martínez Espín, P.: "Del testamento ológrafo", 2009, cit., p. 913.

c) Posible subsunción dentro de las causas generales de indignidad.

Tal vez se trate de un resultado poco satisfactorio, en relación con el testamento ológrafo, expuesto por su propia naturaleza a un mayor riesgo de sustracción o destrucción, siempre denunciado por la doctrina[81]. Pero en recta técnica jurídica, no parece que exista otra respuesta diferente, amén de que tal conclusión se acomoda a la perfección a la prohibición dispuesta en el art. 4.2 CC. No ha lugar así a dar entrada al art. 713 CC al considerarse improcedente la interpretación tanto extensiva como analógica de la causa de indignidad recogida en él. Que no quepa tal razonamiento no significa, en cualquier caso, impedir que la conducta del infractor doloso pueda verse subsumida dentro de la causa general de indignidad del art. 756.6ª CC en su última previsión *in fine*, con la que la del art. 713 se solapa parcialmente[82], y arrojar la mancha del indigno sobre quien "suplantare, ocultare o alterare otro (testamento) posterior"[83], entiéndase sin emplear los medios anteriores, referidos en el art. 756.5ª CC, es decir, al margen del empleo de la amenaza, la violencia o el fraude.

81 *Cfr.* Romero Coloma, A.M.: "El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 94, 2015, pp. 61 y ss.

82 Afirma M. Otero que "el art. 173 no es más que una modalidad de lo dispuesto en el art. 756.6, en conexión con apartado 5º del mismo artículo" (Otero Crespo, M.: "Artículo 713", cit., p. 505).

83 Conviene precisar que, a pesar de la literalidad del precepto, la conducta del infractor del art. 690.1 CC puede tener por objeto ora un testamento posterior, ora el único que hubiera otorgado el causante, como p. ej. si su intención fue dejar expedito el camino a la sucesión legal.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M.: *Curso de Derecho Civil*, V, Bosch, Barcelona, 1982.

Albaladejo García, M. *et al.*: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo García), IX-2, *Artículos 706 a 743 del Código Civil*, Edersa, Madrid, 1983.

Albaladejo García, M. *et al.*: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. Albaladejo García), X-1, *Artículos 744 a 773 del Código Civil*, Edersa, Madrid, 1987.

Ataz López, J.: "Artículo 4", en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 126-133.

Cabanillas Sánchez, A.: "Artículo 74. Declaración de fallecimiento", en *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria* (dir. A. Fernández de Buján, coord. Á. Serrano de Nicolás), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 413-420.

Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, VI-2 (rev. A.M. Román García), Reus, Madrid, 2015.

Cristóbal Montes, Á.: "El enigmático artículo 1107 del Código Civil", en *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 559-575.

De Buen, D.: Notas al *Curso de Derecho Civil* de A. Colin y H. Capitant, VIII, Reus, Madrid, 1951.

Díaz Alabart, S.: "Artículo 756", en *Comentario del Código Civil* (dir. C. Paz-Ares Rodríguez *et al.*), I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1863-1865.

Espín Cánovas, D.: *Manual de Derecho Civil español*, V, Edersa, Madrid, 1978.

Espino Bermell, C.: *El testamento ológrafo: su adveración y protocolización*, Reus, Madrid, 2017.

Fernández Hierro, J.M.: *Los testamentos*, 2ª ed., Comares, Granada, 2005.

García Goyena, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de 1852, al cuidado del Prof. Lacruz Berdejo, Cometa, SA, Zaragoza, 1974.

GARRIDO MELERO, M.: "De la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos ológrafos (arts. 61 a 63 LN)", en *Jurisdicción Voluntaria, Aspectos procesales, notariales, registrales, mercantiles y marítimos* (dir. BROCÁ-MAJA, CORBAL), Bosch, Barcelona, 2016, pp. 871-883.

GARRIDO MELERO, M.: "El testamento y sus formas", en *Instituciones de Derecho Privado* (dir. V.M. GARRIDO DE PALMA), V-3, Civitas, Pamplona, 2018, pp. 41-430.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Artículo 4", en *Comentario del Código Civil* (dir. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.*), I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 29-31.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho de Sucesiones*, I, Bosch, Barcelona, 1971.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: "Artículo 1125", en *Comentarios del Código Civil* (dir. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.*), II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 100-102.

LÓPEZ BURNIOL, J.J.: "Artículo 713", en *Comentario del Código Civil* (dir. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.*), I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 1794-1795.

MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil español*, V, Reus, Madrid, 1951.

MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "Del testamento ológrafo", en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 849-857.

MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "Del testamento ológrafo", en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5309-5338.

OSSORIO MORALES, J.: *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

OTERO CRESPO, M.: "Artículos 712-713", en *Código Civil Comentado* (dir. A. CAÑIZARES LASO *et al.*), II, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 500-505.

PEÑA LÓPEZ, J.M.: "Artículo 4", en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 51-55.

PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho Civil español*, V-1, Edersa, Madrid, 1958.

Rivas Martínez, J.J.: *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Romero Coloma, A.M.: "El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 94, 2015, pp. 61-74.

Royo Martínez, M.: *Derecho sucesorio* mortis causa, Edelce, Sevilla, 1951.

Sánchez Román, F.: *Estudios de Derecho civil*, VI-1, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910.

Scaevola, Q.M.: *Código Civil comentado*, XII, Reus, Madrid, 1950.

Torres García, T.F.: *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977.

Torres García, T.F.: "Del testamento ológrafo", en *Comentario del* Código Civil, (dir. C. Paz-Ares Rodríguez *et al.*), I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 1737-1752.

Torres García, T.F.: "Otras formas testamentarias: el testamento ológrafo en el Código civil", en *Tratado de Derecho de Sucesiones* (dir. M.C. Gete-Alonso y Calera, coord. J. Solé Resina), I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2016, pp. 473-495.

Trujillo Díez, I.J. y Marín López, J.J.: "De la capacidad para suceder por testamento y sin él", en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 902-920.

Yzquierdo Tolsada, M.: "Comentario del artículo 1107 del Código Civil", en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, I, JM Bosch, Barcelona, 1992, pp. 843-868.

UN DEBATE ABIERTO: ¿MODIFICACIÓN O SUPRESIÓN DEL RÉGIMEN DE LEGÍTIMAS EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL?

AN OPEN DEBATE: MODIFICATION OR SUPPRESSION OF THE LEGITIMATE REGIME IN THE SPANISH CIVIL CODE?

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3010-3039

Salvador
CARRIÓN
OLMOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de junio de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: En el trabajo se realiza una revisión crítica del sistema de legítimas contenido en el Código civil español.

PALABRAS CLAVE: Legítimas; parentesco; matrimonio.

ABSTRACT: *In the essay, a critical review of the legitimate regime contained in the Spanish Civil Code is carried out.*

KEY WORDS: *Legitimate; relationship; marriage.*

SUMARIO.- I. PARENTESCO Y LEGÍTIMAS: NECESIDAD DE UNA REFLEXIÓN.- 1. Planteamiento introductorio.- 2 ¿Posibles propuestas de reforma?.- 3. Cuantía de la cuota legitimaria de hijos y descendientes.- A) Consideraciones generales.- B) A propósito del llamado "tercio de mejora".- C) Legitimarios en situación de discapacidad.- D) Terminología.- E) Sustitución fideicomisaria de residuo.- 3) Legítima de ascendientes.- III. MATRIMONIO Y DERECHO DE SUCESIONES.- 1. Precisiones introductorias.- 2. Situaciones de normalidad y situaciones patológicas o de crisis.- 3. Legítima del cónyuge supérstite y llamamiento de este a la sucesión intestada. Referencia al llamamiento a los parientes colaterales.

I. PARENTESCO Y LEGÍTIMAS. NECESIDAD DE UNA REFLEXIÓN.

1. Planteamiento introductorio.

Supuesta la necesidad, a lo que parece ineludible, de una reforma legislativa en materia de legítimas en el Código civil español, la premisa previa a considerar no puede ser otra sino la de la disyuntiva entre modificar su régimen u optar por su supresión[1].

La segunda de las opciones debe excluirse. Varias y consistentes son las razones que inclinarían la balanza en ese sentido. El peso de la tradición legislativa, aun no siendo decisivo, presenta consistencia. Pasar, pues, de un sistema de legítimas complejo y minucioso a su contrario, el de absoluta libertad de testar, sería posible, pero distaría mucho de ofrecerse aconsejable. Un cambio de este calibre, supuesto se llevare a cabo, debería hacerse gradualmente por razones de elemental prudencia.

De otra parte, en nuestro país, pese a los profundos cambios acontecidos en el marco de las relaciones familiares, y de modo similar a lo que cabría predicar de los demás países latinos, diríase que las estructuras familiares siguen siendo relativamente fuertes. Con todas las matizaciones que se quieran, la familia sigue ofreciendo (al menos mayoritariamente) un ámbito seguro, de acogida y refugio, a sus miembros en la práctica totalidad de las vicisitudes de la vida[2]. Las graves situaciones sociales y económicas provocadas para miles de personas en nuestro

1 Se aborda primeramente aquí la problemática de la legítima de descendientes y de ascendientes, haciéndose objeto de consideración posterior la del cónyuge viudo. El/la viudo/a es legitimario, pero a nadie se le oculta que la especificidad de su legítima hace aconsejable una consideración separada de aquella. De una parte, el viudo no es pariente del causante; de otra, su legítima se encuadra en una realidad convivencial específica, como lo es la constituida por el matrimonio.

2 "La familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables" *Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* (BOE, del 3 de junio).

• Salvador Carrión Olmos
Profesor Emérito. Departamento de Derecho Civil. Universidad de Valencia (Estudio General). Salvador.Carrion@uv.es

país, primero, por la crisis económica y financiera, y después por la pandemia del Covid-19, y el papel fundamental desempeñado por las estructuras familiares en orden a paliar sus terribles consecuencias bastan sobradamente para acreditarlo.

Además, de la circunstancia de que el patrimonio del causante no tenga en la actualidad esa función familiar que tuvo en otro tiempo, de protección de las expectativas de los denominados en el Código (siquiera con escasa precisión técnica) "herederos forzosos" (descendientes, ascendientes ,cónyuge), "para que no resulten vanas las expectativas legales" que a aquellos les correspondían sobre el patrimonio del pródigo) (DE CASTRO[3]), no cabría inferir que esa misma función haya desaparecido por completo.

El viraje que en esta materia se produjo con la reforma del CC por la Ley de 24 de octubre de 1983 sin duda fue profundo. La figura de la prodigalidad se configuraría enfocada preferentemente desde luego a la protección del derecho de alimentos, y, por tanto, del derecho a la vida. Cambió en lo sustancial el ámbito protegido de modo directo e inmediato, que ya no será el de los derechos sucesorios, pero con todo inferir de lo anterior la completa desaparición del nexo entre sucesión forzosa y una porción al menos de la herencia no resulta admisible.

La reducción sensible de la importancia de la legítima habría de verse acrecentada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y en esta misma línea, la Ley 8/2021, de 2 de junio, incide asimismo en esta materia, modificando la anterior regulación (siquiera con alcance al que se hará referencia posteriormente), pudiendo llegar a convertir casi en una ficción la legítima de los coherederos forzosos que concurran con aquél/ aquellos que se encontrare/n en una situación de discapacidad[4].

Parece, pues, prudente inclinarse en línea de principio por la conservación del sistema de legítimas. Otra cosa es en qué medida resulte aconsejable esa conservación.

3 De Castro y Bravo, F: *Derecho Civil de España, Tomo II, Derecho de la* Persona, Cívitas, edición facsimilar, Madrid, 1984, Introducción de Luís Diez Picazo, p. 338.

4 La incidencia sobre la cuestión a que se hace referencia en texto, de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE del 3, como consecuencia de la nueva redacción de los artículos 782, 808, 813.2, 822 y 1041 del Código civil, será objeto de consideración más adelante.
La Ley a que acaba de hacerse referencia, entró en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE, de conformidad con su Disposición final tercera.

2. ¿Posibles propuestas de reforma?

Por el momento, no existe en tramitación, ni tampoco en fase previa a ella, proyecto alguno de reforma del CC en materia sucesoria[5]. Se cuenta sí con una *Propuesta de Código Civil*, elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil[6] (y consultable en la propia página de la ADPC), de tinte netamente conservador[7] (en cuanto escasamente novedosa) en la materia que nos ocupa, y ello porque las novedades que (en la hipótesis de que se convirtiera en Derecho vigente) aportaría serían las sobradamente esperadas[8], y sobre las cuales el consenso es prácticamente unánime: reducción de la cuantía de las legítimas (art. 467-3), fijándola para los descendientes en "la mitad del caudal fijado conforme a las reglas contenidas en el art. 467-6. Sin embargo, el causante puede aplicar una cuarta parte del caudal como mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o incluso de descendientes más alejados en grado". Para el caso de que existiere un solo descendiente, "su legítima es de un tercio". También aquí no se va más allá de llevar al texto de la *Propuesta* la posibilidad, admitida sin controversia alguna desde la promulgación del CC, e incluso con anterioridad, de la posibilidad de mejorar a los nietos aun viviendo sus padres, legitimarios inmediatos del abuelo.

En cuanto a lo que se acaba de decir, la Exposición de Motivos de la *Propuesta* se manifiesta en los siguientes términos: "Conforme a lo que constituye unánime tendencia actual, se ha procedido a una significativa reducción de las legítimas y a una consiguiente ampliación de la libertad dispositiva del causante, pues una parte

5 Con todo, procedería hacer una mención del Borrador del Anteproyecto de Ley /2009, de la Generalitat, Valenciana de Sucesiones, que, aunque obviamente en vía muerta por razones que, por de sobra conocidas, estaría de más traer aquí a colación, quizá fuere digno de ser tenido en cuenta en una hipotética reforma del Código Civil. El art. 125, párrafo primero, del citado *Anteproyecto* fijaba en una cuarta parte del valor del patrimonio relicto la legítima de los hijos y descendientes si el número de ellos fuere de uno o dos, y en una tercera parte del mismo si el número de hijos fuere de tres o más.
Asimismo, el art. 126 del *Anteproyecto* a que se hace referencia venía referido a la "Legítima especial de los hijos o descendientes discapacitados".
En cualquier caso, los criterios adoptados en el texto del *Anteproyecto*, a buen seguro podrían resultar de gran utilidad en una hipotética y futura reforma del Código: reducción sensible de la cuota legitimaria, y establecimiento de una adecuada solución asistencial en los supuestos de discapacidad, poniendo así fin a los "parches" legislativos actuales cuando de hijos o descendientes discapacitados se trata, que arrancan en lo fundamental de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. "Parches", en definitiva, en cuanto la solución se trata de encontrar haciendo un diríase "encaje de bolillos": a) atribución al discapacitado de lo que por legítima estricta o corta le corresponda, en concurrencia con los restantes hijos o descendientes; b) atribución asimismo a aquél de la totalidad del tercio libre, y del de mejora, c) establecimiento además de una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, "siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos" (art. 808, apartado tercero, CC), y 822, segundo párrafo).

6 *Propuesta de Código Civil. Asociación de Profesores de Derecho Civil,* Tecnos, Madrid, 2018, pp. 597 y ss.

7 "La primera advertencia que conviene hacer en este punto – se afirma en la exposición de motivos, y en referencia al régimen sucesorio – es que no ha de esperarse ruptura o quiebra alguna respecto del actual régimen, puesto que el criterio seguido en orden a su revisión ha sido, en todo momento, el de mínima intervención", *Propuesta de Código Civil,* cit., p. 188.

8 Escaso o nulo comentario merecen las correcciones llevadas a cabo en cuanto se refiere a la definición misma del instituto de la legítima por el art. 467-1 de la *Propuesta* respecto del art. 806 CC vigente., ni la mención de las personas con derecho a legítima (p. 597).

reservada tan amplia como la establecida por el Código carece hoy de sentido[9]. Incluso se optado por establecer una legítima de extensión variable, de modo que resulte aún más corta cuando el legitimario concurrente (descendiente o ascendiente) sea uno solo. Pero también se ha procedido a un cierto debilitamiento de la figura a través de otros expedientes técnicos. Entre ellos cabe resaltar el establecimiento de un límite temporal en orden al cómputo de las liberalidades entre vivos, regla que, además, simplifica el cálculo de la legítima y evita engorrosos problemas de prueba y valoración de actos realizados tiempo ha" (*Propuesta*, cit., p. 192)[10]

No cabe apreciar asimismo variaciones sustanciales en cuanto a la posición del cónyuge viudo en la sucesión del premuerto, de una parte, porque, tratándose de

9 Ciertamente que el tema de la desigualdad entre ciudadanos españoles, según sea su vecindad civil, en lo atinente al ámbito mayor o menor de libertad dispositiva del causante, raya casi en lo sangrante, si se compara el régimen del Código con el propio de los Derechos civiles autonómicos. Así, País Vasco (Ley 5/2015, de 25 de junio, art. 49 "La cuantía de la legítima de los hijos o descendientes es de un tercio del caudal hereditario"); Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio, art. 243, "Constituye la legítima de los descendientes la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido que, determinado conforme a las reglas de esta Sección, se dividirá entre los hijos o sus linajes); Baleares (Decreto Legislativo 79/1.990, de 6 de septiembre, art. 42, párrafo primero, "Constituye la legítima de los hijos, por naturaleza y adoptivos y, en representación de los premuertos, de sus descendientes de las clases indicadas, la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad si excedieren de este número"; Navarra (Ley 1/1.973, de 1 de marzo, Ley 267, párrafo primero, "La legítima navarra, tradicionalmente consistente en la atribución de "cinco sueldos "febles" o "carlines" por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles", no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero". 2. "La atribución de la "legítima navarra" con esta sola denominación u otra semejante a los legitimarios designados de forma individual o colectiva en el acto de disposición cumple las exigencias de su institución formal"; Cataluña (Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones), art. 451-5, "La cuantía de la legítima es la cuarta parte de la cantidad base que resulta de aplicar las siguientes reglas"; únicamente el "Código del Derecho Foral de Aragón" (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas)) se halla en la línea de la *Propuesta de Código* de la APDC, al señalar en su art. 486. Legítima Colectiva, apartado primero: "La mitad del caudal fijado conforme al art. 489 debe recaer en descendientes, de cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios", con la importante particularidad señalada en el apartado segundo "Esta legítima colectiva puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo. Si no se ha distribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida entre los legitimarios de grado preferente conforme a las reglas de la sucesión legal".

10 La referencia hay que entenderla hecha al art. 467-6, apartado 2, de la *Propuesta*, relativa al caudal computable, con el siguiente texto: "Al valor líquido de los bienes hereditarios se agrega el de los bienes donados o enajenados por cualquier título gratuito por el causante *durante los veinte años precedentes a su muerte*, excluidos los que hayan sido objeto de liberalidades de uso. No obstante, el valor de los bienes que han sido objeto de atribuciones gratuitas imputables a la legítima debe computarse con independencia de la fecha de su realización".
Con todo, se trata de una norma de limitado alcance. Una reducción del *donatum* que no parece quepa calificar de sustancial, y que conlleva la restricción de la computación a las donaciones hechas en los últimos veinte años de vida, excluyendo, en consecuencia, del caudal computable aquellas liberalidades realizadas con anterioridad, con tal de que no fueren imputables a la legítima. La regla, tomada del Derecho catalán y con la misma finalidad práctica, difiere no obstante en el plazo. La norma catalana restringe la computación a las donaciones hechas en los últimos diez años de vida. El texto de la *Propuesta* eleva este plazo a los veinte años precedentes a la muerte, con lo que obviamente se refuerza la legítima, yendo así en sentido contrario al perseguido por la norma catalana.
Se trata en definitiva de (usando una licencia del lenguaje) de hacer "borrón y cuenta nueva", o como dice la propia exposición de motivos de la *Propuesta*, se trata de evitar "engorrosos problemas de prueba y valoración de actos realizados tiempo ha", excluyendo asimismo que el límite de los veinte años se haya adoptado de forma caprichosa, y explicándolo "por la elevada esperanza de vida de que disfrutan los españoles".

sucesión intestada, la anteposición del viudo/a a los ascendientes del premuerto es ya un valor entendido, que en consecuencia, no cabría calificar de novedosa: (art. 466-12.1. "A falta de hijos y descendientes sucede en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente que no esté separado legalmente o de hecho") (p. 595); y de otra parte, porque en cuanto a los derechos del viudo/a como legitimario, "No se ha observado – se dice en la citada *Exposición de Motivos* – inconveniente alguno para el mantenimiento de la legítima en usufructo del cónyuge viudo, tal y como aparece prevista en el Código (con ciertas mejoras de regulación y una pequeña reducción)", *Exposición de Motivos de la Propuesta,* cit., pp. 193-194. Lo que viene luego contradicho por la regulación concreta que para aquella se prevé (art. 467-5.2 y 3: "Cuando concurra a la sucesión con descendientes el usufructo será de una cuarta parte, y se imputará a la porción de mejora del caudal. Cuando concurra con un solo descendiente el usufructo será de una tercera parte, y se imputará a la porción de libre disposición". Mientras que, en la actualidad, la circunstancia de que el viudo concurra con más de un descendiente no implica mengua alguna en la cuantía de su legítima, que se mantiene en el usufructo de una tercera parte del caudal. Tampoco cabría calificar de novedad la posibilidad, ahora objeto de permisibilidad expresa, pero sobradamente consagrada ya en la práctica, de ampliación de la legítima del viudo/a "a voluntad del causante y aun gravando la legítima de los descendientes" Lo que los autores de la Propuesta no pueden menos de reconocer: " Sobradamente conocida es la frecuencia práctica con la que en los testamentos sometidos al Código el otorgante *casado* adjudica al *cónyuge supérstite*, a título de legado, el usufructo universal de toda la herencia (echando mano de la *cautela socini*)[11], *Exposición de Motivos de la Propuesta,* cit., pp. 193-194, recogiéndose en el art. 467-19.3 la citada regla permisiva: "No comporta vulneración de la regla de intangibilidad de la legítima el legado de usufructo recayente sobre ella cuyo beneficiario sea el cónyuge viudo".

11 Sobre el tema, recientemente, la destacada aportación de Sánchez Hernández, A: *El usufructo universal vidual y el artículo 820.3 del CC*, prólogo de José Antonio Cobacho Gómez, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, en especial, pp. 79 y ss. "Son diversas las fórmulas con las que los notarios han dado forma a esta modalidad de *"Cautela Socini"* integrándola en el testamento mediante una cláusula en la que el testador instituye herederos y descendientes – en su caso --, a los que grava con un legado de usufructo vitalicio de la herencia a favor del cónyuge supérstite, rogándoles que respeten su voluntad, pues de lo contrario, instituye heredero al cónyuge supérstite del tercio de libre disposición, amén del usufructo legal del tercio de mejora". Con todo, la estructura misma de la *Cautela* bascula, además, con el juego que el testador puede llevar a cabo, a fin de lograr su propósito benefactor del cónyuge sobreviviente, con el llamado "tercio de mejora". Obviamente, éste no puede ir a parar (en propiedad) al supérstite, pero sí puede ser utilizado como "instrumento disuasorio" ante la virtual oposición al establecimiento de la *Cautela* por parte de alguno/s de los hijos o descendientes: "El testador dispone del tercio íntegro de mejora a favor de los legitimarios que se muestren conformes con el usufructo universal, puesto que los que se hubieren negado a aceptar tal legado solo percibirán su haber en el tercio de legítima estricta".
Claro es no obstante que en el caso de que la oposición a la *Cautela* provenga de todos los legitimarios inmediatos, y no únicamente de alguno/s de ellos, las posibilidades de que el testador se sirviere del tercio de mejora como "instrumento disuasorio" se verán sensiblemente reducidas aunque no del todo: ya no será posible la atribución en pleno dominio del tercio de mejora, y en su totalidad, al legitimario o legitimarios "conformes" con la voluntad del testador, sino que, existiendo legitimarios de grado ulterior, la solución pasaría por la atribución íntegra del mismo, y en pleno dominio, a tales legitimarios (nietos, bisnietos, en su caso). No existiendo esa posibilidad, la "sanción" del testador a esa oposición a la *Cautela* no podría ir más allá de la exclusión de aquellos del tercio de libre disposición.

3. Cuantía de la cuota legitimaria de hijos y descendientes.

A) Consideraciones generales.

Presupuesta la conservación de las legítimas, la cuestión nuclear a resolver es la relativa a su cuantía. Una efectiva ampliación de la libertad dispositiva del causante, en lo que a la legítima de hijos y descendientes se refiere, parece demande una reducción de aquella en cuantía sensiblemente superior a la contenida, por ejemplo, en la *Propuesta de Código* de la APDC, que la fija en la mitad del caudal, calificando no obstante de "sensible reducción" el paso de una cuantía de dos terceras partes del caudal hereditario a la de la mitad de aquél.

Si se tienen en cuenta las consideraciones sociales y económicas existentes en la sociedad española, no parece descabellado sostener que la cuantía de la legítima de descendientes debiera fijarse en una tercera parte del caudal. No hay razones de peso, si lo que se pretende es ampliar la libertad dispositiva del causante, para fijar esa cuantía en un tercio sólo en el caso de que exista un único descendiente. Es evidente que si hay pluralidad de legitimarios inmediatos (que sucedan por derecho propio, y por partes iguales, en la mitad del caudal o, en su caso, por derecho de representación, en tal caso por estirpes, percibiendo entre todos la porción que hubiere correspondido a su padre si viviera)[12], la cuantía a percibir será superior a si lo hacen en *un tercio.* Con todo, una fijación de la cuota en la mitad del caudal parece responda aun al arrastre de circunstancias sociales y económicas que, de un lado, tiempo ha dejaron de ser las propias de la sociedad española, y, de otro, sigue haciendo prevalecer en exceso sin duda el criterio del parentesco sobre el de la libertad dispositiva. En la confrontación entre ambos principios, de no fácil armonización desde luego, y presupuesta la necesidad de optar por una cierta prevalencia de alguno de ellos, quizá la balanza deba inclinarse hacia el segundo: el de la libertad testamentaria.

Llama la atención que en la *Propuesta* a que se ha hecho referencia se opte, de un lado, por fijar la legítima de descendientes en la mitad del caudal, y pasar a invocar, de otro, en pro de esa reducción, la Ley 5/2015, de 25 de junio, del Derecho Civil Vasco, cuyo art. 49 la fija precisamente en un tercio[13]. Claro es que la ley vasca puede servir, y sirve, de punto de apoyo para esa reducción, pero, aun trayéndola a colación, los autores de la *Propuesta* diríase han preferido "no llegar tan lejos", manteniéndola en la mitad. No acaban de verse, como se ha dicho, las razones justificativas de esa fijación.

12 Con todo, la circunstancia del apreciable descenso en el número de hijos en el marco de las sociedades occidentales, y la nuestra desde luego no es excepción, parece debiera jugar asimismo en pro de esa sensible reducción en la cuantía de la legítima de descendientes, fijándola como máximo en una tercera parte del caudal.

13 Sobre el tema, Galicia Aizpurúa, G: "Notas a la Ley 5/2015, de 25 de junio, del Derecho Civil Vasco", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, pp. 303 y ss.

B) A propósito del llamado "tercio de mejora".

Reducida así la legítima de descendientes a un tercio del caudal computable, la consecuencia terminológica primera e inmediata, sería la desaparición de las (terminologías) de "legítima estricta" o "corta", y "legítima larga", resultante de sumar al primer tercio el llamado "tercio de mejora", ya en su integridad, ya en la porción de la que el testador no se hubiere servido para "mejorar" a hijos o a descendientes de grado ulterior, de conformidad con el viejo adagio según el cual el llamado "tercio de mejora" solo es "mejora" cuando el testador se haya servido de él para "mejorar" efectivamente.

Y es que la pregunta que quizá debiera formularse aquí respecto a la figura misma del llamado "segundo tercio" o "tercio de mejora", dando ya por presupuestas las especificidades de este[14], sería la de si su misma función podría alcanzarse reduciendo a un tercio la legítima de descendientes y, simplemente, haciendo jugar el principio de libertad de testar en cuanto al resto del caudal.

¿Qué utilidad aporta entonces la existencia de ese segundo tercio[15]? Sin duda, que una utilidad "cuantitativa" al aumentar la legítima de descendientes, por cuanto el juego de la *libertas testandi* respecto del mismo viene limitada en cuanto ha de ir a parar, necesariamente, en todo o en parte, a hijos o descendientes de ulterior grado. Pero ello nos hace volver de nuevo al problema inicial, el de la cuantía misma de la legítima de aquellos, respecto del cual la necesidad de su reducción (a un tercio) parece se ofrezca como premisa difícilmente cuestionable.

Lo anterior parece nos haga recalar entonces en esa otra "ventaja" que tradicionalmente se le ha venido reconociendo a "la mejora". El maestro Federico De Castro se refería (en una consideración clásica, repetida prácticamente sin excepción en aportaciones posteriores) al estricto sistema de legítimas del Código, calificándolo no obstante de "templado" por la típica institución de la mejora"[16].

Ninguna duda cabe en cuanto a qué deba entenderse por carácter "templado" de la mejora. Se trata de la posibilidad (permitida por la ley al testador) de distribuir

14 Que si el testador no se sirviere de él, se sumaría al tercio de legítima "estricta" o "corta", dando así lugar a los "dos tercios", a repartir entonces por cabezas entre los legitimarios inmediatos, o por cabezas y por estirpes, en el caso de que descendientes de ulterior grado sucedieren por derecho de representación; que si el testador se sirviere solo en parte de ese tercio "segundo", la parte del mismo de la que no hubiere dispuesto se sumará al tercio de legítima "estricta", a repartir entonces por partes iguales entre legitimarios inmediatos que sucedan por cabezas, o en su caso, legitimarios de grado ulterior, que sucedan por representación, percibiendo entonces entre todos la porción que hubiere correspondido a su padre si viviera; que cabe asimismo que el testador se sirva de ese tercio para "mejorar" a descendientes de grado ulterior, aun viviendo sus padres; y, finalmente, que solo cabe hablar de en puridad de "tercio de mejora", cuando el testador se hubiere servido de él en todo o en parte para, efectivamente, "mejorar" a alguno/s de los hijos o descendientes.

15 Y dando asimismo por supuesto que se está hablando de categorías puramente contables.

16 De Castro y Bravo, F: *Derecho Civil de España,* cit., p. 207. La cursiva es mía.

desigualmente entre sus hijos o descendientes uno de los dos tercios de los que constituyen la llamada legítima "larga".

Se trata, pues, "en sentido técnico, de una *facultad* atribuida a todo causante que, *ad nutum* o sin necesidad de justificarlo, prefiera que sus legitimarios le sucedan en forma desigual" (Lasarte Álvarez).

El alcance entonces de ese carácter "templado" hay que verlo pues en esa posibilidad de "calibrar", "modular", "ajustar" en definitiva, esa distribución de la legítima, tomando en consideración cualesquiera factores que, con independencia de la que objetivamente merezcan, resulten no obstante importantes (subjetivamente) para el causante. Así pues, frente al criterio riguroso e imperativo de la distribución por partes iguales entre los legitimarios inmediatos del llamado "tercio de legítima estricta o corta", respecto del cual esa posibilidad de "ajuste" o "modulación" no es posible, tratándose del "tercio de mejora", esa "modulación" no solo es posible sino que, además, con cargo a aquél cabe disponer a favor de descendientes que no lo son inmediatos y que, precisamente por ello, vienen excluidos de la legítima "estricta" o "corta" viviendo sus progenitores.

Como se acaba de decir, el cúmulo de circunstancias que pueden llevar al causante a servirse de ese tercio a favor de alguno/s de sus hijos o descendientes de grado ulterior, resulta sencillamente inimaginable (mayores dosis de afecto demostradas hacia aquél, necesidad de atender o cubrir necesidades específicas de alguno de los hijos, por hallarse este en peor situación económica, o simplemente haberse sentido más próximo al mismo por razones de carácter, aficiones o cualesquiera otras circunstancias, predilección especial por uno de los nietos, orfandad de alguno o algunos de estos últimos, etc.).

Ese carácter "templado" vendría asimismo a ponerse de manifiesto en el caso de que el testador simplemente "no quiera desigualar", pese a poder hacerlo, incluso deseándolo, a fin de evitar rencillas, discordias, o hipotéticas situaciones de enfrentamiento, entre sus hijos. En tal caso, y cabría decir que salomónicamente, el importe de ese tercio se adiciona al de legítima "estricta", repartiéndose por partes iguales entre los legitimarios más próximos en grado (a salvo, claro es, el juego del derecho de representación y la consiguiente sucesión por estirpes propia de aquél).

Ahora bien, dicho lo anterior, cabría preguntarse si esa posibilidad de "modulación" o de "ajuste" no podría conseguirse igualmente, reduciendo la cuota legitimaria a un tercio del caudal, y haciendo jugar el principio de la *libertas testandi* respecto del resto, excepción hecha, en su caso, de la existencia de cónyuge

viudo, cuya legítima debiera ser de un tercio del caudal y, desde luego, en pleno dominio[17]. La respuesta afirmativa es más que evidente.

C) Legitimarios en situación de discapacidad.

Quedaría desde luego la necesidad de búsqueda de una adecuada solución legislativa de carácter asistencial para hijos o descendientes discapacitados, la que no siempre resultará fácil de armonizar con la cuantía legitimaria de los restantes[18].

En la actualidad, esas medidas de carácter (al menos en alguna medida) como se ha dicho *asistencial*, iniciadas ya en profundidad, por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, acentuadas ahora (siquiera con alteraciones de relieve) por la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se han tratado de encontrar a través de la reforma de preceptos concretos, de un lado, y, de otro, presuponiendo el juego de las reglas generales en materia de sucesión testamentaria, por cuanto se refiere al tercio de mejora y al llamado tercio libre[19].

Los artículos del CC objeto de reforma por la Ley 8/2021, y en lo que aquí particularmente atañe, son el 782 y 808[20]. Alguna referencia merece además la

17 El mantenimiento en usufructo de la legítima del viudo constituye, a lo que creo, una doble inconsecuencia: de una parte, por la misma circunstancia de que no ya la disolución del vínculo por divorcio extinga el derecho a la legítima, sino también la separación legal o de hecho, con lo cual la quiebra de la relación de convivencia en toda su amplitud acarrea esa extinción. Quiérese decir que, aun atribuida aquella en pleno dominio, su conservación presupone necesariamente una relación matrimonial estable, e incluso quizá prolongada en el tiempo, lo que parece asimismo haría merecedor al sobreviviente de esa atribución de la misma en pleno dominio y no ya simplemente en usufructo, con la consiguiente problemática que ello conlleva en la inmensa mayoría de casos con los titulares de la nuda propiedad; de otra parte, la atribución en usufructo de la legítima del supérstite se sigue presentando como resabio de la vieja concepción de la sucesión *mortis causa* en el Código, haciéndola bascular básicamente sobre el parentesco de sangre, lo que no parece asimismo entronque del todo con la realidad sociológica, innegable desde luego, del claro predominio de la llamada "familia nuclear".

18 Orientativa al menos la regulación contenida en el *Borrador del Anteproyecto de Ley /2009, de la Generalitat, Valenciana de Sucesiones,* art. 126. Legítima especial de los hijos o descendientes discapacitados: "El crédito legitimario de los hijos o descendientes discapacitados que reúnan las condiciones establecidas en el artículo siguiente consistirá en un capital o pensión alimenticia que les permita cubrir sus necesidades del modo como lo eran antes del fallecimiento del causante conforme a las nuevas circunstancias de la familia, sin que se supere, por cada hijo discapacitado, el límite de una cuarta parte del valor del patrimonio relicto, *aunque con ello se supere el límite del valor de la legítima de los hijos y descendientes establecidos en el artículo anterior*". . (La cursiva es mía).

19 En cuanto a la primera de las vertientes, la reforma de los arts. 808, apartado tercero, 813, apartado segundo y 822, segundo párrafo; y en cuanto al juego de las reglas generales en materia de legítima de hijos y descendientes, y en cuanto al tercio de libre disposición, la posibilidad abierta al testador de adjudicar, en su totalidad, al hijo discapacitado, el tercio libre y el llamado tercio de mejora.
De tal modo, y actuando de manera jurídicamente impecable, el resultado que ello arrojaría sería desde luego sumamente favorable para ese hijo discapacitado: atribución en su favor de las dos terceras partes del caudal computable (tercios de mejora y libre) y establecimiento asimismo en su favor de una sustitución fideicomisaria sobre la totalidad del tercio de legítima estricta, siendo fideicomisarios los coherederos forzosos (art. 808, apartado tercero).

20 Quedan fuera del marco que aquí interesa las leves alteraciones de redacción llevadas a cabo en el art. 1041, reducidas a la supresión del término "equipo ordinario", contenido en la redacción anterior, y ahora suprimida en la nueva redacción.

supresión del art. 776 (que albergaba la llamada sustitución *cuasi pupilar*), sobre la que se vuelve en la Disposición transitoria cuarta ("Sustituciones realizadas en virtud del artículo 776 del Código Civil")[21].

En lo que se refiere a los llamados "tercio de mejora" y "tercio libre", la situación no cambia lo más mínimo. Sobre el tercio "libre", el testador podrá operar como le plazca. En cuanto al de "mejora", tampoco hay alteración alguna: la redacción del párrafo segundo del art. 782 es casi literalmente coincidente con la precedente, sin más modificación que el empleo del singular frente al plural de la anterior redacción ("Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora solo podrá establecerse a favor de los descendientes …), frente a la de "Si recayeren (esas sustituciones) sobre … sólo podrán hacerse a favor de los descendientes". De otra parte, el empleo del término "establecer" parece resulte técnicamente más correcto que el de "hacerse", tratándose de la constitución de una sustitución sobre una parte de la legítima.

En cuanto al 782, en relación al 808, se asiste a un extraño maridaje por cuanto se refiere al empleo de las expresiones "hijo/s del testador que se encuentren en una situación de discapacidad" (art. 782), de un lado, frente a la de "alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad" (art. 808, apartado cuarto), de otro.

De otra parte, la circunstancia de no ser la colación una institución destinada a la protección de la legítima, justificaría aún más la no necesidad de una mayor atención.

21 El art. 776 CC en su redacción anterior establecía: "El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.
La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón".
Ninguna duda cabe en cuanto a que las sustituciones *pupilar* y cuasi *pupilar*, son instituciones arcaicas que no merecen conservación, y que sólo tienen sentido en tanto en cuanto se las asimile a un testamento que el ascendiente hace por el descendiente, tratando así de evitar la sucesión intestada de este. En cualquier caso, la desaparición de la figura arrastrará como lógica consecuencia aspectos controvertidos, como el del ámbito mismo de los bienes sobre los que aquella debiera proyectarse, y que parece debiera resolverse a favor de la tesis amplia con apoyo en el 777.
Sea de ello lo que fuere, la Disposición transitoria cuarta establece: "Cuando se hubiere nombrado sustituto en virtud del artículo 776 del Código Civil, en el caso de que la persona sustituida hubiera fallecido con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se aplicará lo previsto en esta y, en consecuencia, la sustitución dejará de ser ejemplar, sin que pueda suplir el testamento de la persona sustituida. No obstante, la sustitución se entenderá como una sustitución fideicomisaria de residuo en cuanto a los bienes que el sustituyente hubiera transmitido a título gratuito a la persona sustituida".
Así pues, si el fallecimiento del sustituido acontece tras la entrada en vigor de la ley, se aplica lo en ella previsto ("la sustitución dejará de ser ejemplar"), llama la atención lo que sigue: "sin que pueda suplir el testamento de la persona sustituida" (¿). Y es que lo único que sabemos es que la persona sustituida ha fallecido con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, pero ¡inferir de esta circunstancia que la persona sustituida testó, y que por ello, la sustitución (que deja de ser ejemplar) ya no podrá sustituir ese hipotético testamento, resulta cuanto menos curioso¡ además de que si ese testamento existiere, por su propia existencia dejaría sin efecto la sustitución misma, a tenor de los dispuesto en el párrafo segundo del anterior art. 776.
La referencia en cuanto a la sustitución fideicomisaria de residuo parece haya que conectarla, de una parte, a la circunstancia de que los efectos de la sustitución *cuasi pupilar* son alcanzables al amparo de una sustitución fideicomisaria condicional; y, de otra, a la prevalencia de la tesis jurisprudencial que ve en el *fideicomiso de residuo* una variante de la sustitución fideicomisaria condicional. .

Hay que estar desde luego a lo dispuesto en el 808[22], apartado cuarto, y ello por disponerlo así expresamente el 782, pero se reduce el círculo de los beneficiados por la disposición. Mientras el 808, apartado tercero, anterior redacción, vinculaba la posibilidad del establecimiento de la sustitución fideicomisaria a la circunstancia de que *"alguno de los hijos o descendientes hubiera sido judicialmente incapacitado"*, el apartado cuarto del 808 surgido de la reforma de 2021 se refiere a la de que *"alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad"*. Así, mientras en la redacción de 2003, el favorecido por la sustitución no había de ser, necesariamente, legitimario (no lo son del abuelo los descendientes de grado ulterior, nietos, viviendo los hijos), en la de 2021, el gravamen de la legítima estricta que, para los demás legitimarios sin discapacidad, implica el establecimiento de la sustitución, se conecta, y se justifica, sólo en el caso de que "alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad".

Así pues, parece se imponga llegar a la conclusión de que, aun protegiéndose la situación de discapacidad, no es esta sola la que justifica el gravamen de la legítima estricta de los demás legitimarios, y ello por cuanto este precisa, para su establecimiento y justificación, de la circunstancia de que el beneficiado por él no sea únicamente discapacitado sino, asimismo, legitimario.

En la regulación anterior, resultaba posible favorecer a un descendiente judicialmente incapacitado, aun no concurriendo en el él la condición de legitimario del abuelo al vivir su padre, en la ahora surgida de la reforma, esa posibilidad desaparece por cuanto el legislador se refiere exclusivamente a legitimarios, aunque lo sean de grado ulterior, pero legitimarios al fin y a la postre. La sola discapacidad, como se ha dicho, no unida además a esa condición, no le ha parecido suficiente al legislador para gravar de modo tan intenso la legítima estricta de los demás legitimarios como lo implica el establecimiento de una sustitución fideicomisaria.

Como consecuencia, pues, de la prevalencia del 808, apartado cuarto, sobre el 782, la referencia contenida en este último a los "hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad", hay que entenderla siempre subordinada a la más amplia de "legitimarios" que se encontraren en una situación

22 En cuanto al art. 808, la reforma consiste en la supresión de su párrafo tercero ("Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer un sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos"), pasando a ocupar ese lugar el párrafo cuarto del precepto en la redacción de 2003 ("La parte restante será de libre disposición"), y añadiéndose dos nuevos párrafos, los párrafos cuarto y quinto, en los términos siguientes:
"Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquél disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa".
"Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique".

de discapacidad, sean pues hijos o descendientes de grado ulterior, con tal de que como se ha dicho ostenten esa condición.

En cualquier caso, es indudable que la nueva redacción tiende a proteger en mayor medida la intangibilidad de la legítima estricta de los demás legitimarios no incapacitados, por cuanto eleva la exigencia respecto de los hipotéticos beneficiarios del establecimiento de esa sustitución, junto a la circunstancia de "encontrarse en una situación de discapacidad", la de ostentar la condición de legitimario, lo que excluye al nieto discapacitado cuyo padre viva, lo que no lo hace "legitimario" de su abuelo.

El art. 808 en su nueva redacción presenta, asimismo, otras alteraciones que exigen alguna consideración: en tanto que en la redacción anterior, el párrafo tercero se refiere a la posibilidad de "establecer una sustitución fideicomisaria *sobre el tercio de legítima estricta* (expresión esta que indudablemente hay que entender referida a la totalidad de aquél), en la redacción de la ley 8/2021 no se dice exactamente lo mismo: "el testador podrá disponer a su favor (el del legitimario en situación de discapacidad) *de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad*".

La referencia no puede, pues, entenderse hecha ya a la totalidad del tercio de legítima "estricta" o "corta", sino únicamente a la porción del tercio que corresponda a los restantes legitimarios, excluido claro está la (porción) del afectado por una situación de discapacidad.

La sustitución fideicomisaria que, en su caso, se establezca no afectará a la porción de la legítima "corta" correspondiente al legitimario en situación de discapacidad, porque no grava todo el tercio, sino una parte (la más importante cuantitativamente, lo que será así cuando los demás legitimarios sean más de uno, o varios).

El objetivo perseguido, pues, resulta enteramente lógico: se trata de no poner cortapisas que redunden asimismo en mengua de la libertad patrimonial del legitimario discapacitado respecto de la porción misma del tercio de legítima "estricta" que a él le corresponda, y que, obviamente, resultará de dividir la cuantía de ese tercio entre el número de legitimarios (ya sucedan estos por derecho propio o, en su caso, por derecho de representación). Esa porción no vendrá gravada. Y es que lo contrario, rayaría en el absurdo por cuanto la existencia del gravamen afectaría a aquél a quien se trata de beneficiar.

No se quiere decir con lo anterior que esa solución no fuera posible en el marco del apartado tercero del anterior art. 808. Y es que, tratándose de una disposición testamentaria, nada impedía que el establecimiento de esa sustitución

no fuere total sino parcial, gravando con ella únicamente la porción de legítima estricta de los demás, y dejando fuera la correspondiente al "judicialmente incapacitado", pero con la nueva redacción queda aún más claro que el gravamen no podrá afectar a la porción de legítima de "alguno o varios de los legitimarios" (que) se encontraren en una situación de discapacidad".

Atribución en pleno dominio de su porción al legitimario en situación de discapacidad, y atribución con gravamen a los demás legitimarios sin discapacidad de la que les corresponda.

D) Terminología.

Las imprecisiones terminológicas de algunos de los artículos que han recibido nueva redacción por la ley a que se hace referencia no pueden pasar desapercibidas.

La utilización indistinta de los términos "hijos" (que se encuentren en situación de discapacidad); "legitimarios" (que se encontraren en una situación de discapacidad), como si su alcance fuere del todo equivalente, revela escasa precisión técnica, máxime tratándose (como es el caso) de conceptos de suma elementalidad en el marco del Derecho sucesorio. Precisamente por ello, no parecen necesarias mayores consideraciones.

E) Sustitución fideicomisaria de residuo.

El inciso segundo del párrafo cuarto del art. 808 viene redactado en los siguientes términos:

"En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquél disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa"[23].

La nueva redacción presenta diferencias con el texto al que viene a sustituir (contenido en el párrafo tercero del anterior art. 808.

Quizá se haya tratado de mejorar un tanto esa redacción sustituyendo la fórmula: el testador "podrá establecer una sustitución fideicomisaria. . . .", por la quizá también más precisa técnicamente de: "el testador podrá *disponer a su favor* de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad" (art. 808, párrafo cuarto, inciso primero, en la redacción de 2021), añadiéndose a continuación que, en el caso de que efectivamente, el testador dispusiere, el alcance concreto de ese

23 Novedosa, aunque quizá del todo innecesaria, la redacción del quinto y último apartado del citado art. 808: "Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique".

acto (que efectivamente lo es de disposición)[24], será el señalado inmediatamente después: "lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta. . . . . ."

Varias son las puntualizaciones que cabe hacer aquí: de un lado, se repite, como se apuntó, ese extraño, e incomprensible, maridaje terminológico "hijo" /"legitimarios", cuando lo cierto es que el/ o los/legitimarios no tienen por qué ser necesariamente "hijos", cabría incluso concurriesen "hijos" con "nietos" (hijos del hijo premuerto), y que como consecuencia del fallecimiento de su progenitor pasen a ser legitimarios inmediatos del abuelo (siquiera sucediéndole por representación, y cabría asimismo que la situación de discapacidad afecte a uno de los nietos, y no a todos. . . . .

Resulta del todo impensable que el designio legislativo haya tratado de ir más allá, y en un afán de tratar de proteger al máximo la legítima de los hijos no discapacitados, haya identificado con carácter excluyente (siquiera a los efectos de lo dispuesto en los preceptos de referencia) la condición de "hijo" con la de "legitimario", excluyendo así del marco protector al "legitimario" en situación de discapacidad que no sea sin embargo "hijo" del testador.

En ese afán del legislador por tratar de conciliar intereses de suyo contrapuestos (como lo son, el del legitimario o legitimarios "que se encontraren en una situación de discapacidad", de un lado, y el de aquellos otros legitimarios que "ven afectada su legítima estricta", de otro), se ha optado por acotar y circunscribir esa referencia general a la figura de la sustitución fideicomisaria contenida en el párrafo tercero del 808 (redacción de 2003) a aquella otra, sin duda de más reducido ámbito, como lo es el llamado *fideicomiso de residuo*, cuya naturaleza de verdadera sustitución no se ofrece desde luego exenta de dudas.

Es claro desde luego que de lo que el legislador ha querido huir es del problema de la disposición libre, planteable en el marco de la sustitución fideicomisaria, pero implanteable a su vez en el del *fideicomiso de residuo*. Al fiduciario se le faculta para disponer sólo *inter vivos* y a título oneroso. Este es literalmente el alcance del párrafo cuarto, inciso final, del 808 en su nueva redacción. Los bienes de los que el fiduciario no hubiese dispuesto (*"el residuo"*) pasarán (a la muerte de este) a aquellos que "hubieren visto afectada su legítima estricta".

Con todo, como es sabido, el llamado *fideicomiso de residuo* puede adoptar dos modalidades (*si quid supererit,* "si queda algo"; y *de eo quod supererit* "de aquello

24 Ninguna duda cabe que el término "acto de disposición" engloba (junto a la enajenación), la constitución de gravámenes (como lo será, en su caso, el establecimiento de una sustitución fideicomisaria.

que deba quedar". Parece claro que la opción legislativa lo ha sido por la primera de las modalidades ("si queda algo"), puesto que, si bien el "hijo beneficiado" no podrá disponer de los bienes "ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*", es claro que podrá hacerlo a título oneroso. Y, previsiblemente, deberá hacerlo a fin de subvenir a sus mismas necesidades originadas por la propia situación de discapacidad en la que se encuentra, lo cual obliga a concluir que la premisa a tener en cuenta no es la de "bienes que deban quedar", sino la de "si quedan bienes", estos pasarían a los que hubieren visto afectada su legítima.

4. Legítima de ascendientes.

Si la existencia misma de la legítima de descendientes no se presenta exenta de problemas, es manifiesto que la problemática aun lo será en mayor grado respecto de la que a los ascendientes corresponde[25].

Ya no se trata solo de defender (como no podría ser de otro modo) la subsidiariedad de la legítima de los ascendientes, resaltando así la existencia de una radical incompatibilidad entre descendientes y ascendientes respecto a la legítima, porque ello no sería sino constatar la realidad normativa vigente. Se trataría de ir más allá planteándose la cuestión de si, en esa hipotética reforma del Código en el marco de la sucesión por causa de muerte, debiera o no mantenerse la legítima de los ascendientes.

Los argumentos en contra de esa subsistencia de derechos legitimarios para los ascendientes son numerosos. Quizá el primero y más importante el de que por "ley de vida", raramente los ascendientes sobreviven a sus descendientes. E incluso cuando tal circunstancia se da, y aun saliéndonos del marco de lo jurídico, no cabe sino considerarla como una inmensa desgracia[26] para el/los progenitor/es.

La reducción del grupo convivencial desde una familia extensa a otra estrictamente nuclear, se presenta asimismo como factor decisivo en el tema que nos ocupa. Las relaciones entre los miembros de la familia pertenecientes a generaciones distintas dejan de tener lugar bajo un mismo techo. Surge así la

25 "Constituye la legítima de los padres o ascendientes – dice el art. 809 CC – la mitad del haber hereditario de los hijos o descendientes, salvo en el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia".
Como es sabido, la cuestión de si en el caso de que el cónyuge del descendiente renuncie a la herencia, la legítima de los ascendientes continúa reducida a la tercera parte o vuelve a ser de la mitad, parece deba resolverse en este último sentido.
De otra parte, y a diferencia de la legítima de descendientes, la de ascendientes no se presenta con el mismo carácter indubitado, *cfr.* al respecto las consideraciones de Derecho histórico que recogían los Profesores Lacruz Berdejo, J.L. y Sancho Rebullida, F. de A., en *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de sucesiones, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981,* Bosch, Barcelona, 1981, p. 469.

26 En el sentir común la muerte de un hijo/a en vida de sus padres suele considerarse el más cruel acontecimiento que puede experimentar un ser humano, y que de alguna manera cabe considerar "antinatural" (sin que haga falta precisar que el calificativo, obviamente, se emplea aun cuando el fallecimiento del hijo lo haya sido por causas naturales).).

llamada "intimidad en la distancia". Y mírese como se quiera, resulta innegable que tal circunstancia origina un cierto distanciamiento.

De otro lado, la sugerencia de la supresión de la legítima de los ascendientes, a salvo desde luego atribuciones asistenciales, no es un tema novedoso en materia de legítimas, ni se trata de una opción legislativa desconocida en nuestro país[27]. Ya en las XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (*"Derecho de Sucesiones. Presente y Futuro"*), celebradas en Santander del 9 al 11 de febrero de 2006), el Prof. Delgado Echeverría (siquiera a título de sugerencia, aunque recogiendo un punto de vista no minoritario) se inclinaba por la supresión de la legítima de ascendientes, con la antedicha excepción de atribuciones asistenciales[28].

En definitiva, en ese equilibrio entre libertad testamentaria y legítimas, se trataría de determinar si la primera deba experimentar un recorte sustancial a favor de los ascendientes en el marco de un Estado social, que provee a las necesidades vitales de sus ciudadanos mediante un adecuado sistema público de pensiones, complementado además por las ayudas a la dependencia. No se ignora desde luego que en los tiempos que corren la afirmación que se acaba de hacer, sin duda, peque de excesivamente optimista, y resulte aun más problemática en un contexto de crisis del sistema público de pensiones, con reducción sensible del número de cotizantes y aumento exponencial de los individuos con derecho a la percepción de aquellas, pero con todo quizá cuando se aborda esta temática y sus propuestas de reforma, la óptica que se adopte no sea del todo correcta sencillamente porque no seamos capaces de percibir las sustanciales diferencias (sociales, económicas) existentes entre la época en que el Código se promulgó y la actual.

Quiérese decir que en el tratamiento de la legítima de ascendientes no cabe adoptar como enfoque preponderante, casi exclusivo, el paso de la familia extensa a la estrictamente nuclear, y el quizá consiguiente debilitamiento de los vínculos afectivos entre hijos y padres, descendientes y ascendientes[29], y ese enfoque no

27 Art. 238 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, del Derecho Civil de Galicia.

28 Delgado Echeverría, J: "Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte", en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander 9 a 11 de febrero de 2006,* Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, 2006, p. 170.

29 Y situados en esta perspectiva, quizá cupiera asimismo preguntarse si resulta del todo lógico el mantenimiento de una legítima de ascendientes (subsidiaria ciertamente, pero atribuida en propiedad), frente a una legítima del viudo/a en usufructo vitalicio, y todo ello en el marco de una familia estrictamente nuclear, de la que los padres y ascendientes ya no forman parte.
Presupuesto ese carácter "nuclear" estrictamente de la familia, la anteposición de los ascendientes al cónyuge viudo en la sucesión intestada carece de toda explicación lógica, y, siquiera en menor medida, también carece de ella la atribución de una legítima a los ascendientes en pleno dominio, y en usufructo vitalicio al viudo. No creo que esa inconsecuencia desaparezca del todo por el carácter "subsidiario" de la legítima de los ascendientes frente a la circunstancia de que el viudo sea legitimario siempre (presupuesta, claro es, la inexistencia de separación legal o de hecho).
La desaparición de la legítima de padres o ascendientes, no podría menos de incidir favorablemente en la del cónyuge viudo), sin que proceda entrar aquí en mayores consideraciones.

puede ser exclusivo porque se revela incompleto. Si la legítima de los ascendientes "se cuestiona", ese cuestionamiento no parece pueda venir separado de algo tan elemental como la de la diversa realidad social y económica existente entre la España que vio nacer al Código (finales del XIX) y la actual (transcurridas ya dos décadas del XXI). Si no se tiene en cuenta esa realidad, la actual, tan radical y profundamente distinta de la existente al tiempo de su promulgación, el análisis resultará fallido[30].

Se trata pues de determinar si sigue teniendo sentido, aquí y ahora, la existencia de una limitación, importante ciertamente[31], a la libertad testamentaria del causante que carece de descendientes (por inexistencia o premoriencia de aquellos)[32], o si por el contrario, deba prevalecer el principio de libertad de testar[33].

30 Quizá bastara recordar la circunstancia de que en la España que vio nacer al CC, máxime entre las clases sociales menos favorecidas, era corriente que al alcanzar los padres o ascendientes una edad avanzada, sin poder ya continuar en el trabajo, y careciendo de un sistema público de pensiones mínimamente adecuado, tuvieren los hijos que asumir el mantenimiento de sus padres, incluso llevándolos consigo, hasta su fallecimiento. Asimismo, solía ser frecuente que, previendo los padres la llegada de tal situación, donaren la nuda propiedad de inmuebles, reservándose el usufructo vitalicio de los mismos. Se trataba así de garantizar de algún modo la subsistencia al llegar a una edad avanzada.
Ninguna duda parece quepa en cuanto a que la legítima de ascendientes que el Código estableció tuviera mucho que ver con esta situación.

31 Aun siendo de cuantía variable, las cuantías son importantes: la *mitad del haber hereditario de los hijos o descendientes*, no existiendo cónyuge viudo, y concurriendo con éste, *una tercera parte de la herencia*.
La Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, mantiene la legítima de los ascendientes siquiera con una reducción de sus cuantías. El art. 467-4.1 viene redactado así: "Constituye la legítima de los progenitores o ascendientes la tercera parte del caudal fijado conforme a las reglas contenidas en el artículo 467-6, salvo los casos en que concurra uno solo más próximo en grado o en que, existiendo varios, concurran con el cónyuge viudo del descendiente causante, supuestos en los que es de un cuarto".
En cualquier caso, en la exposición de motivos no solo no se cuestiona lo más mínimo la legítima de los ascendientes, sino que incluso se echa mano de su conservación para "justificar" la anteposición del cónyuge viudo a los ascendientes en el marco de la sucesión intestada. ¿Resultaba necesaria esa "justificación"? Llama la atención esa necesidad de explicar o fundamentar una alteración en el orden de llamamientos en el *abintestato* que debió llevarse al Código en la reforma de aquél por la Ley 13 mayo 1.981, y que, tímidamente, se limitó a colocarlo por delante de los parientes colaterales. Transcurridos cuarenta años de aquella reforma, que a todas luces quedó corta, ¡aún se siente la necesidad de justificar en la exposición de motivos de la *Propuesta* esa anteposición del cónyuge a los ascendientes, y, de paso, sin cuestionar lo más mínimo (excepción hecha de esa reducción de las cuantías a que se ha hecho referencia) la legítima de ascendientes!
"En cuanto a esta última (la sucesión legal), la novedad más importante consiste precisamente en la anteposición del llamamiento del cónyuge viudo a los ascendientes, sin perjuicio, claro está, de la legítima que pueda corresponderles. En cualquier caso, los efectos de esta preferencia quedan suavizados por la confluencia de dos factores: en primer lugar, como se ha apuntado, por la legítima de los ascendientes; y, en segundo lugar, por el mantenimiento del retorno de liberalidades que contempla el artículo 812 del Código, si bien circunscrito precisamente a la sucesión legal". *Propuesta de Código Civil*, cit., p. 191.

32 Como es sabido, la legítima de los ascendientes vendría excluida en el caso en que los descendientes llamados a la legítima hayan incurrido en causa de indignidad o desheredación o hayan repudiado la legítima. "Llevando esta interpretación a sus últimos extremos – afirma Lasarte, recogiendo el parecer de Vallet de Goytisolo, "en el caso de repudiación de todos los hijos y descendientes, no son legitimarios los padres y ascendientes, sino que toda la herencia queda de libre disposición", Lasarte Álvarez, C: *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho Civil* Tomo Séptimo, 7ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 226.

33 Ninguna duda puede caber en cuanto a que la supresión de la legítima de ascendientes había de traducirse en un ámbito sensiblemente mayor de la libertad testamentaria del causante, y, como consecuencia en la posibilidad de favorecer en un grado sensiblemente mayor al cónyuge supérstite, al que cabría atribuir la totalidad del caudal y en pleno dominio (presupuesta la inexistencia de hijos o descendientes). En el régimen vigente, la concurrencia de los ascendientes con el cónyuge merma ciertamente la legítima de aquellos (de la mitad a un tercio), pero con todo se trata de un tercio del caudal hereditario que queda sustraído a la *libertas testandi* del causante.

La opción por la segunda de las alternativas parece más segura. La supresión en consecuencia de la legítima de los ascendientes[34] (a salvo atribuciones asistenciales), se presenta como defendible, y como opción a considerar en una futura reforma del articulado del CC en materia sucesoria, al margen ahora del tema de la reserva lineal y la reversión clásica (arts. 811 y 812 CC)[35].

34 En este sentido, el art. 238 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, del Derecho Civil de Galicia, elimina del carácter legitimario a los padres y ascendientes.

35 La opción por la supresión de la legítima de ascendientes plantea la cuestión de si, pese a dicha supresión, debiera conservarse la reversión clásica y la reserva lineal (arts. 812 y 811 CC, preceptos ambos enclavados en sede de legítima de ascendientes). En línea de principio, la supresión de la legítima de los ascendientes parece compatible con la conservación de la reversión del 812 y de la reserva lineal del 811. En cuanto a la reversión clásica, parece opción más segura inclinarse por la conveniencia de su subsistencia, aun presupuesta la supresión de la legítima de ascendientes, puesto que ese derecho de reversión es independiente de su legítima. Dándose los supuestos previstos en el 812, el ascendiente tendrá derecho a los bienes sobre los que se proyecta la reversión, bienes que no se computarán en orden al cálculo de la legítima que le corresponda. Ello lleva necesariamente a concluir existe independencia entre la legítima de los ascendientes y el supuesto específico previsto en el 812, independencia que vendría a abonar el parecer según el cual la supresión de la legítima de ascendientes no debería "arrastrar" necesariamente en su caída el derecho de reversión del citado artículo. "Parece como si a la muerte del descendiente donatario – afirma De la Cámara, recogiendo un punto de vista no propio –se abrieran dos sucesiones distintas e independientes". De la Cámara Álvarez, M: *Compendio de Derecho Sucesorio*, Segunda edición actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez Radio, La Ley, Madrid, 1999, p. 245.
Tampoco la *ratio* misma del precepto parece tenga naturaleza estrictamente legitimaria. Y es que éste no estaría contemplado estrictamente un valor patrimonial, que también, sino además un componente adicional, un "valor de afección" de esas mismas cosas, que, sin ser excluyente del primero, vendría a matizarlo. Inclinaría quizá a esta última consideración el mismo lenguaje legislativo ("cosas dadas por ellos" (los ascendientes), "objetos donados").
Cual deba ser el planteamiento respecto de la reserva del 811 adolece quizá de menor grado de claridad, y ello por el mecanismo mismo de aquella: una primera transmisión a título lucrativo (herencia, legado, donación) de bienes que el transmisor intermedio recibe de un ascendiente o de un hermano; una segunda transmisión, por ministerio de la ley, a favor de un ascendiente del que recibió los bienes en virtud de la primera transmisión. Segunda transmisión que ha de ser por ministerio de la ley, y que, obviamente, sólo se producirá si el transmisor intermedio fallece sin descendencia.
La reserva surge al morir el descendiente y adquirir el ascendiente por sucesión.
No cabe duda en cuanto a la mala prensa de la norma contenida en el art. 811, dificultades interpretativas sin cuento, además claro es de traba a la libre circulación de los bienes. Con todo, quizá la cuestión principal tenga que ver con la/s finalidad/es principales que cumpla la norma. Y esa finalidad primordial radica en impedir que bienes procedentes de una línea pasen a línea distinta, impedir que pasen los bienes a parientes pertenecientes a línea distinta de donde los bienes proceden, y ello a favor de parientes en determinado grado de parentesco, y pertenecientes a la línea de donde los bienes proceden.
Siendo esto así, y parece lo sea, no resulta congruente la opción acogida en la *Propuesta de Código Civil de la APDC*, en el sentido de suprimir por completo la reserva troncal (art. 811 CC). "Nótese – se apunta en la exposición de motivos – que, antepuesto en la sucesión legal el cónyuge viudo a los ascendientes, la preservación de la reserva troncal arrojaría un elevado grado de incoherencia. Pues si los bienes procedentes de los ascendientes pueden recaer directamente en el cónyuge por ministerio de la ley, ningún sentido tendría mantener una reserva cuya finalidad primordial consiste en evitar cambios indirectos en la adscripción familiar de aquellos mismos bienes; más concretamente, los que acaecerían cuando, en vez de heredarlos el viudo *recta vía*, los haya obtenido al suceder abintestato a un hijo habido con el ascendiente origen" (p. 192).
La argumentación presenta flancos a la crítica, en cuanto ignora la finalidad primordial de la norma a que se ha hecho referencia, finalidad primordial que es una finalidad esencial negativa.
Diríase que esa finalidad primordial no sea tanto "evitar cambios indirectos en la adscripción familiar de los bienes", como impedir que bienes procedentes de una línea pasen a línea distinta. Y si ese paso de bienes de una línea a otra sigue siendo posible, aun presupuesta esa alteración en el orden de suceder *abintestato*, no acaban de verse las razones de su supresión.
Es claro que en el Derecho vigente la reserva se origina por la sucesión legal de un ascendiente en bienes recibidos por ministerio de la ley de un descendiente, siempre que se trate de bienes que este descendiente haya recibido a si vez de un ascendiente o de un hermano. Antepuesto entonces, en una futura reforma del orden de suceder *abintestato*, el cónyuge viudo a los ascendientes, no se ve por qué no quepa seguir distinguiendo en el patrimonio del descendiente causante aquellos bienes respecto de los cuales no hay obligación de reservar, de aquellos otros recibidos de un ascendiente o hermano, y respecto de los que la obligación de reservar seguiría teniendo sentido "a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden".

III. MATRIMONIO Y DERECHO DE SUCESIONES.

1. Precisiones introductorias.

El matrimonio es un modelo convivencial "tipo", que cuenta nada menos que con el respaldo expreso de la Constitución. Garantía institucional reconocida por la norma fundamental del Estado (art. 32.1[36]).

La incidencia del Derecho sucesorio en el ámbito del matrimonio presenta sin duda especificidades. Los cónyuges son familia, pero no son parientes de sangre[37], pese a lo cual son recíprocamente legitimarios. De otra parte, como es sabido, la legítima del cónyuge supérstite no lo es en propiedad sino en usufructo vitalicio, caracterizándose además por serlo en cuantía variable según los parientes con quienes concurra. Especificidad asimismo la de su posibilidad de conmutación prevista en el art. 839, destinada desde luego a evitar engorrosos problemas de coexistencia entre los restantes legitimarios y el supérstite.

Junto a la llamada "sucesión forzosa" o legitimaria[38], la proyección del Derecho sucesorio en el matrimonio presenta, asimismo, otro flanco de importancia: el

Establecer entonces diferencias, y por cuanto se refiere a la finalidad fundamental de la norma, entre el supuesto en el que el viudo hereda esos bienes *recta vía* y aquél otro en el que aquél los haya obtenido al suceder *abintestato* a un hijo habido con el ascendiente origen, no resulta convincente.
La cuestión entonces sería la de si, presupuesto un cambio a todas luces procedente, como lo es el de anteponer al cónyuge a los ascendientes en el orden de suceder *abintestato*, esa finalidad esencial negativa siga existiendo y teniendo razón de ser, o si por el contrario esa anteposición del cónyuge a los ascendientes deba acarrear la supresión de la reserva. Sostener que, presupuesta esa alteración en el orden de la sucesión intestada, la reserva carezca de razón de ser, no parece sea un punto de vista defendible. Que, lógicamente, cambiaría la persona obligada a reservar, que ya no sería el ascendiente que hereda al descendiente, es obvio por evidente, pero ello no privaría de utilidad a la norma en estudio. Obvio resultaría asimismo un cambio en el tenor del precepto.
Que ampliar el supuesto de hecho de la reserva (para solucionar una "contradicción" que no acaba de verse), no resulte oportuno, máxime tratándose de una norma "de contornos dudosos y que impone severas trabas a la libertad económica y al tráfico jurídico") es "harina de otro costal".

36 Lo anterior al menos desde una perspectiva teórica. Otra cosa es que esa antedicha calificación de "realidad institucional" venga sensiblemente debilitada por la regulación concreta de la unión matrimonial en la legislación ordinaria, y, en concreto, por el sumo debilitamiento de la idea misma de "compromiso" que da base a la institución. En la actualidad, el consentimiento matrimonial es, sin duda, el más endeble de todos, puesto que queda confiado a la voluntad de cada uno de los cónyuges. Es de sobra conocido el argumento, asimismo constitucional, con el que se trata de dar cobertura misma a esa endeblez, y que no es otro sino el del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (albergado en el art. 10.1 CE), y de conformidad con él, se arguye que la persona unida en matrimonio deberá estarlo "mientras quiera". No hay tipo alguno de "barrera" más allá de esa: su soberana voluntad de permanecer en tal situación, insisto, mientras quiera. El argumento es lapidario, pero, con todo, plantea múltiples problemas de fondo, entre otros, los de coordinación con el contenido mismo del art. 32.2 de la propia Constitución, que hace expresa referencia a "derechos y deberes de los cónyuges", juridificándolos y dándoles así rango constitucional, en tanto que en el plano de la legislación ordinaria no cuenten con más garantía que la de la voluntad de cada cónyuge.

37 A salvo, claro es, la circunstancia de que exista entre ellos parentesco biológico o por adopción, en grado en el que quepa el matrimonio obtenido la correspondiente dispensa. (grado tercero entre colaterales).

38 Ocioso resulta quizá cualquier referencia a lo inapropiado del término "sucesión forzosa o legitimaria", en cuanto presupuesto que la legítima pueda "pagarse" por "cualquier título" (vgr., donaciones hechas en vida e imputables a la cuota que le corresponda por legítima al "heredero forzoso"), cabe perfectamente que el legitimario que haya recibido ya su legítima en vida del causante, por ejemplo, mediante donaciones hechas a aquél por el progenitor, se encontrará con su legítima "pagada" ya a la muerte del causante, y, en consecuencia no será siquiera sucesor *mortis causa*.

relativo a la posición del cónyuge supérstite en la sucesión intestada del cónyuge premuerto, en la cual el llamamiento al supérstite lo es por detrás del de los padres o ascendientes, precediendo este únicamente a los parientes colaterales del causante intestado.

Obviamente, la situación es por completo distinta cuando, no existiendo descendientes ni ascendientes, el supérstite sea llamado a la totalidad de la herencia del premuerto, en pleno dominio.

2. Situaciones de normalidad y situaciones patológicas o de crisis.

El tratamiento del fenómeno sucesorio en el marco matrimonial exige diferenciar dos planos: de un lado, la que cabría denominar situación de normalidad entre los cónyuges; y, de otro, aquellas otras que cabría calificar de "patológicas[39]" o de "crisis"[40]. A su vez, del ámbito de estas segundas vendría excluido el supuesto de la disolución por divorcio, por la sencilla razón de que en tal caso el vínculo dejó de existir "desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87" (art. 89 CC). Disuelto el matrimonio, desaparecen lógicamente los derechos sucesorios recíprocos existentes con anterioridad, tanto por cuanto se refiere a la legítima, como en lo atinente al llamamiento a suceder *abintestato.* Ningún derecho de esta naturaleza ostento respecto de "mi ex", y a su vez, "mi ex" tampoco lo ostenta respecto a mí[41]. Aquí la caída de derechos sucesorios por quiebra de la *affectio maritalis*

39 Aun advirtiendo que, en el plano sociológico de nuestros días, el término de "crisis matrimonial" o, más simplemente, "crisis de pareja", va perdiendo adeptos ante el avance "imparable" (según algunos), de que la ruptura entre los miembros de la pareja (incluida por supuesto la pareja matrimonial) pertenece digamos "al orden natural de las relaciones humanas". En consecuencia, el apelativo de "patologías" o de "crisis de pareja", se presenta inadecuada por cuanto implica colgar un sambenito (de algún modo peyorativo) sobre una realidad normal o natural. Las personas rompen una relación de pareja, e inician otra, o no inician ninguna tras la ruptura de la anterior, pero en cualquier caso estaríamos en el terreno de "lo normal" en el acontecer vital de los seres humanos. El término "crisis" debería, pues, quedar reservado a situaciones "anormales" (?)
En este mismo contexto, no faltan sociólogos que vaticinan que, en la sociedad del futuro inmediato, casi ya en la actual, el modelo de familia "recompuesta", "reconstruida", o "reconstituida", será el predominante

40 Tratamiento aparte merece sin duda el supuesto de la nulidad matrimonial (civil o canónica), y que, en cuanto a los derechos sucesorios, ha de entenderse que "si el fallecimiento ocurre antes de la declaración de nulidad el supérstite ha adquirido ya el *ius delatinnis*, sea *ope legis*, sea en virtud de testamento, y debe conservarlo, pero el fallecimiento posterior a la sentencia se producirá cuando ha dejado de tener la cualidad de cónyuge.
Si la buena fe es unilateral, sólo el que la ostente podrá reclamar los derechos enumerados en el párrafo anterior (en lo que aquí, interesa), reclamar los derechos sucesorios en la forma indicad), mientras que el de mala fe perderá tales beneficios o no podrá reclamarlos", García Cantero, G: "Comentario al art. 79 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* (dirigidos por Manuel Albaladejo), tomo II. Artículos 42 a 107 del Código Civil, Madrid, Edersa, 1982, p. 245.

41 Otra cosa es, como es obvio, que también entre quienes fueron "cónyuges", y ya no lo sean, quepa el otorgamiento de disposiciones testamentarias a favor de uno o de otro, en el ejercicio puro y simple, de la *libertas testandi,* y siempre claro es dentro de los límites para disponer por testamento de un sujeto que hubiere estado casado, y tuviere a su vez legitimarios cuyas cuotas legitimarias deba respetar.
Un sujeto divorciado, pero que sigue enamorado de la que fue su mujer, y que tiene hijos o descendientes, llevado de ese amor, atribuye enteramente el tercio libre a aquella. El ejemplo quizá sea escasamente frecuente, pero no por ello imposible, ni siquiera excepcional.

viene de alguna manera englobada o comprendida en una realidad que la abarca y trasciende: la de la disolución por divorcio del vínculo matrimonial.

Innecesariamente declara el art. 88.2 CC que "la reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales", a salvo claro es la extraña posibilidad de que los divorciados contraigan entre sí nuevo matrimonio, y que obviamente nada tiene que ver con una reconciliación entre cónyuges separados.

La situación no es desde luego la misma en los supuestos de separación conyugal (legal o de hecho). Ambos presuponen la subsistencia del vínculo, y ambos asimismo la desaparición de *affectio maritalis*, de ese elemento subjetivo e intencional sobre el que, indudablemente, bascula y se apoya el matrimonio en nuestro Derecho vigente, y que, de algún modo, se plasma en un estado sostenido (momento a momento) por la continuidad de la *affectio*.

En tales supuestos, la carencia o desaparición de la *affectio*, y por cuanto a los derecho sucesorios se refiere, prevalece sobre la existencia o subsistencia de un vínculo matrimonial no disuelto, pero que el legislador español considera vacuo o vacío de contenido, en cuanto no informado ya por la *affectio*, difícil ciertamente de diferenciar del sentimiento amoroso, del enamoramiento, o de cualquier otro término similar[42].

Que el legislador no se haga eco de esta terminología, no podría hacerlo, no empece a considerar que, de algún modo, sean esas realidades las que subyacen tras lo que el preámbulo de la ley 15/2005 denomina "la sola voluntad de no continuar casado con el otro".

La consecuencia legislativa entonces es clara desde luego, y, además, sumamente simplificadora: entre cónyuges separados legalmente, o de hecho, no existen

Todo lo anterior, parece conduzca necesariamente a otra cuestión a la que se hará referencia después: la suerte que deban correr disposiciones testamentarias otorgadas por un cónyuge a favor del otro, cuando posteriormente el matrimonio venga disuelto por divorcio. ¿Deberán mantenerse tales disposiciones? ¿Hay que entender, por el contrario, que se hicieron en atención a la condición de cónyuge del beneficiado por ellas y que, consecuentemente, desaparecido tal carácter del beneficiario, deberían venir afectadas de ineficacia?
Ninguna duda cabe en cuanto a que se trata de un problema de interpretación testamentaria, que no siempre será fácil.

42 Tratar de concretar de algún modo que haya que entender por *affectio maritalis* no resulta sencillo. Es evidente que se trata, como se ha dicho, de un elemento subjetivo o intencional que debe informar la vida matrimonial, y de tal importancia (también desde luego para el legislador) que hizo desaparecer por completo el sistema causal vigente con anterioridad en materia de separación y divorcio contenciosos.
Lógicamente, la *affectio* como tal carece de traducción jurídica. Ninguna referencia a la misma cabe encontrar en el articulado del Código. Sin duda alguna, se refiere a ella la exposición de motivos de la Ley 15/2005, de modificación del CC en materia de separación y divorcio ("tanto la continuación de esa convivencia, como su vigencia, depende de *la voluntad constante de ambos*"), aunque lógicamente sin llamarla por su nombre. En conclusión, la *affectio* es el elemento informador, pero, jurídicamente, lo relevante es *la voluntad* de no permanecer en la relación. E legislador digamos "no puede descender más": ha de quedarse en esa "voluntad" contraria a la permanencia de la convivencia, por parte de ambos cónyuges o de uno solo de ellos.

derechos sucesorios, ni en cuanto a la legítima ni en lo atinente a la sucesión intestada. El cónyuge separado legalmente o de hecho será "saltado" en el orden de suceder *abintestato,* con lo que presupuesta la inexistencia de parientes que le anteceden (hijos o descendientes, padres y ascendientes), y excluido (como se ha dicho) el llamamiento al cónyuge separado, el llamamiento se hará a favor de los parientes colaterales del causante[43].

3. Legítima del cónyuge *supérstite* y llamamiento de éste a la sucesión intestada. Referencia al llamamiento a los parientes colaterales.

Presupuesta por el contrario una situación de normalidad matrimonial, diríase que la problemática sucesoria presenta, al menos prioritariamente, dos aspectos a considerar: de un lado, la naturaleza misma y cuantía de la legítima del cónyuge *supérstite*; de otro, el llamamiento de éste a la sucesión intestada del cónyuge `premuerto.

Comenzando por el segundo, es ya un valor entendido que, en una futura reforma del Código, el orden de llamamientos ha de cambiar. A diferencia del sistema aún vigente en el que el llamamiento a padres y ascendientes del causante precede al del cónyuge, en esa hipotética reforma el llamamiento al cónyuge deberá serlo, al menos mínimamente[44], con carácter inmediatamente posterior al de los hijos o descendientes. Esto debió haberse llevado a cabo ya en la reforma por la ley de 13 mayo 1981. El legislador de la época no se atrevió a dar ese paso, quizá entre otras razones porque el carácter "acelerado" que aquella reforma mostraba, en cuanto a materia sucesoria se refiere, se presentaba, en lo fundamental, como "efecto reflejo" de la llevada a cabo en materia de Derecho de familia. Urgía y mucho, reformar el sistema de legítimas por la equiparación de filiaciones, pero el tema de los llamamientos en la intestada no se presentaba con ese carácter. Podía esperar. Y efectivamente se optó por aplazarlo a otro momento, aun afrontando así críticas más que severas por la circunstancia de dejar pasar esa oportunidad, máxime en comparación con el régimen contenido en algunos[45] Derechos civiles

43 A salvo, claro es, la posibilidad de reconciliación entre cónyuges separados, art. 84 CC.

44 Mínimamente al menos, por cuanto no faltan ciertamente pareceres que defienden ir más allá en cuanto al llamamiento al cónyuge sobreviviente, y que parecen defendibles, desde luego. *Cfr.* Delgado Echeverría, J: "Propuesta de Conclusiones", 31 enero 2006, recogida en "Una Propuesta de Política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte", en *Derecho de Sucesiones. Presente y Futuro, XII Jornadas de la APDC,* cit., pp. 170, y ello en el sentido no ya de anteponer al viudo respecto de los ascendientes, sino de incluirlo ya en el primer llamamiento junto a los descendientes del causante, en la porción de un tercio.
Este punto de vista, defendible desde luego, por de pronto se ofrecería coherente con la ya tan manida argumentación de preponderancia de la familia estrictamente nuclear sobre la familia extensa; de otra parte, situaría al viudo en el marco del primer llamamiento, incrementando así sus posibilidades de percibir una porción importante del caudal hereditario del difunto, y en pleno dominio, en tanto que de ser llamado en segundo lugar, con la lógica anteposición de los descendientes, tal posibilidad se alejaría sensiblemente.

45 En aquellas CCAA con Derecho civil propio, la anteposición del cónyuge a los ascendientes en los llamamientos de la sucesión intestada del premuerto, presenta, con todo, variaciones. Así, el art. 441-2.1. del Libro IV del CC de Cataluña (Lay 10/2008) dispone que "En la sucesión intestada, la ley llama como herederos del causante a los parientes por consanguinidad y por adopción y al cónyuge viudo o

autonómicos, e incluso con la misma realidad social española del momento, que con toda probabilidad hubiera aceptado de buen grado la anteposición del cónyuge a los ascendientes.

En este sentido, la exposición de motivos de la *Propuesta de Código Civil de la APDC*, justifica así la ya escasamente novedosa propuesta de anteponer el viudo a los ascendientes[46]:

"En cuanto a esta última (la sucesión legal), la novedad más importante consiste en la anteposición del llamamiento del cónyuge viudo al de los ascendientes, sin perjuicio, claro está, de la legítima que pueda corresponderles. La solución viene justificada ante todo por la reducción del grupo convivencial desde una familia extensa a otra estrictamente nuclear y por ser ajustada a los deseos de un causante tipo (a salvo, obviamente, situaciones de crisis familiar)"[47].

Cabe esperar, pues, que esa hipotética reforma del Código en materia sucesoria vaya por esos derroteros, anteponiendo desde luego el llamamiento del cónyuge viudo al de los ascendientes del premuerto[48]

Aunque el tema no sea de este lugar, es incuestionable que el tratamiento de los parientes colaterales, por cuanto a la sucesión *abintestato* se refiere, presenta complejidad. No parece quepa equiparar a los hermanos (colaterales en segundo

al conviviente en pareja estable superviviente. En el Derecho civil del País Vasco (Ley 5/2015, de 25 de junio), la posposición de los ascendientes respecto del viudo cuando de bienes no troncales se trata, viene establecida en el art. 112.2 de la citada Ley 5/2015, criterio este, el de anteposición del cónyuge a los ascendientes, que es asimismo el propio del Derecho civil navarro tratándose de bienes no troncales (Ley 304.2, Ley 1/1.973, de 1 de marzo).
En una posición diferente se presentan los Derechos civiles de Galicia, Aragón y Baleares. En cuanto al primero, el art. 267 de la Ley 2/2006, sitúa a los ascendientes por delante del viudo; en el Derecho civil Aragonés (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo), tratándose de bienes recobrables y troncales, el art. 517.2.1. señala que "En defecto de descendientes, los bienes recobrables y los troncales se defieren a las personas con derecho de recobro y a los parientes troncales, respectivamente".
En cuanto a los bienes no recobrables ni troncales, y también éstos si no hay parientes con derecho preferentes, "se defieren, sucesivamente, a los ascendientes, al cónyuge, a los colaterales hasta el cuarto grado y a la Comunidad Autónoma o, en su caso, al Hospital de Nuestra Señora de Gracia" (art. 517.2.2).
Tratándose del Derecho civil de Baleares, el art. 53 del Decreto Legislativo 79/1.990, remite en cuanto a la sucesión intestada a lo dispuesto en el Código civil.

46 Cabría añadir incluso que, en la actualidad, la anteposición del cónyuge a los ascendientes en la intestada, "quedase corta", por cuanto no faltan pareceres que van más allá, mostrándose partidarios de incluir al cónyuge en el primer llamamiento, "junto a los descendientes del causante, en la porción de un tercio", *Cfr.* Delgado Echeverría, J: "Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte", en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro,* cit., p. 170.

47 Con todo, la citada exposición de motivos siente aun la necesidad de "justificar" esa anteposición del cónyuge. "En cualquier caso, los efectos de esta preferencia quedan suavizados por la confluencia de dos factores: en primer lugar, por la legítima de los ascendientes; y, en segundo lugar, por el mantenimiento del retorno de liberalidades que contempla el art. 812 del Código, si bien circunscrito precisamente a la sucesión legal". *Propuesta de Código Civil,* cit, p. 191.
El texto del art. 466-12.1 de la *Propuesta* viene redactado así: "A falta de hijos y descendientes sucede en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente que no esté separado legalmente o de hecho, sin perjuicio en su caso de la legítima de los ascendientes y del derecho de reversión de liberalidades regulado en el apartado siguiente".

48 Sin alteración alguna en cuanto al resto: el/la viudo/a sucedería en la totalidad del caudal, y en pleno dominio.

grado), sobrinos y tíos carnales (tercer grado), y primos hermanos, tíos segundos (hermanos del abuelo), y sobrinos segundos (nietos de hermanos) (cuarto grado). El marco de relaciones del difunto con cada una de las categorías de parientes a que se ha hecho referencia, podría variar hasta el infinito, desde familias en las que esas relaciones han sido estrechísimas hasta aquellas otras en las que son prácticamente inexistentes, o que fueron intensas en un tiempo, quebrándose después por motivos de muy diversa naturaleza.

En este sentido, la reducción al grado tercero (inclusive) del llamamiento a los parientes colaterales en la intestada quizá resultare procedente[49]. Es innegable que en la actualidad, con unos niveles de cultura jurídica en los ciudadanos incomparablemente superiores a los existentes al tiempo de la promulgación del Código, el *abintestato* no se presenta con frecuencia[50]. El bajo coste en el otorgamiento de un testamento notarial abierto, la ventaja de contar en tal caso con el asesoramiento de un profesional experto en materia sucesoria como lo es el Notario, son factores decisivos para optar por la sucesión testamentaria (al menos en parte del caudal, art. 658 CC), frente a la intestada, en la que el legislador no puede calibrar afectos, sentimientos, preferencias, limitándose a establecer un orden de llamamientos con apoyo en lo que, presumiblemente, hubiere dispuesto el difunto de haber otorgado testamento.

Pero con todo, el carácter subsidiario del *abintestato,* puede acarrear el efecto de hacer llegar los bienes a personas cuya vinculación real con el causante sea mínima, o incluso prácticamente inexistente, fuera claro está de la impuesta por el grado de parentesco.

Quizá entonces cabría preguntarse sobre la "justicia" misma de ese resultado: que paradójicamente podría ser ni querido realmente por el causante, ni quizá "merecido" por sus destinatarios.

En lo que se refiere a la naturaleza y cuantía de la legítima del cónyuge *supérstite*, no es tampoco una temática exenta de controversia. Que el cónyuge viudo no recibe un tratamiento favorable en el Código es manifiesto. El predominio del parentesco de sangre llevó al legislador (en la redacción originaria de aquél) no solo a situar al viudo en la sucesión intestada por detrás de los parientes colaterales,

49 De otra parte, si ya en el año 1928 del pasado siglo se redujo al cuarto grado el derecho de suceder *abintestato* en línea colateral (art. 954 CC, redacción dada por RDLEY de 13 de enero 1928, no parece desproporcionado sostener ahora una reducción al grado tercero, máxime teniendo en cuenta la profundidad de los cambios acontecidos en la misma estructura familiar en nuestro país desde ese año (1928) hasta el actual.

50 Resulta al menos raro encontrarse con personas, máxime de cierta edad, que no hayan otorgado testamento notarial abierto, y carezcan de toda preocupación por el futuro destino de sus bienes, pensando que ya lo resolverá la ley.
Afortunadamente, la elevación en los niveles culturales ha contribuido decisivamente a la eliminación de atávicas creencias que de algún modo relacionaban el hecho de otorgar testamento con el acercamiento del fallecimiento, y, a contrario, la circunstancia de no testar con una prolongación de la vida.

sino a atribuirle una legítima llena de particularidades, y ninguna de ellas favorable (atribución en usufructo, y no en pleno dominio, cuantía variable en función de su concurrencia con hijos o descendientes, y padres o ascendientes, amén de una posibilidad de conmutación respecto de la cual la decisión de llevarla a cabo viene atribuida, con carácter general, a los herederos (art. 839 CC) y, excepcionalmente al viudo/a, cuando la concurrencia lo sea con hijos sólo del causante, y aun en este caso, quedando a elección de aquellos la asignación al viudo/a de "un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios" (art. 840 CC).

La necesidad de "sacar" la legítima del viudo/a del marco al que acaba de hacerse referencia es más que evidente. Una opción razonable podría ser la de mantener su legítima en un tercio, con atribución de aquella en pleno dominio. ¿Acaso es descabellado sostener que la legítima del viudo haya que "situarla" ya extramuros del marco de los derechos reales de goce, atribuyéndosela en propiedad? Presupuesta asimismo la reducción a un tercio de la de descendientes, subsistiría el llamado "tercio libre", que seguiría permitiendo al testador "modular" el fenómeno de su sucesión, mediante su atribución íntegra a algún hijo, a varios, o a todos ellos, por partes iguales o no, a un ascendiente o a varios, o al cónyuge *supérstite,* en todo o en parte, con lo que, de alguna manera, se asimilaría en su alcance y función a la que en el Derecho vigente cumple al segundo tercio (el llamado "tercio de mejora"), siquiera con sensibles diferencias que, por conocidas, no precisan mayores referencias[51].

De otro lado, presupuesta la reducción a un tercio del caudal de la legítima de descendientes, la posición del/a viudo/a mejoraría sensiblemente: de un lado, porque atribuyéndosele un tercio de aquel, ya no le vendría conferido en usufructo sino en pleno dominio (haciendo así desaparecer de paso los engorrosos problemas de conmutación del usufructo del viudo); de otro, porque no experimentaría alteración alguna la posibilidad de que el testador, tal y como acontece en la actualidad, pudiere asimismo disponer de una tercera parte del caudal (el llamado "tercio libre") a favor del cónyuge sobreviviente.

Más problemática resultaría entonces adoptar una postura favorable a la subsistencia, y admisibilidad, del usufructo universal a favor del viudo/a. La desaparición de tal posibilidad vendría justificada quizá con apoyo en un doble argumento: de una parte, la mejora sustancial en la posición del viudo (un tercio en pleno dominio), situación que aún podría resultar más favorable si el testador

51 La propia naturaleza de esa tercera parte del caudal, y el consiguiente ejercicio sobre el mismo, en toda su amplitud, de la *libertas testandi*, implicarían que el remanente (cuando las disposiciones del testador no lo agotaren en plenitud) no aumentarían la legítima de descendientes, ni tampoco lógicamente la del viudo/a, con lo que, por aplicación de las reglas generales, procedería la apertura de la sucesión *abintestato* respecto de la porción de la que no se hubiere dispuesto, o de toda ella, en el caso de que no se hubiere dispuesto en absoluto.

atribuyese a aquél el tercio "libre"; de otra parte, la mengua asimismo sustancial de la legítima de descendientes (reducida a un tercio).

Con todo, no habría inconveniente en el establecimiento de un usufructo vitalicio a favor del cónyuge sobre el tercio de legítima de descendientes, presupuesto claro es el consentimiento de los legitimarios inmediatos, y de quienes lo fueren por derecho de representación, "a cambio" de la atribución en pleno dominio a aquellos que consintieren del tercio "libre".

¿Tiene sentido acaso seguir hablando, por activa y pasiva, del paso de la familia extensa a la estrictamente "nuclear" y, al tiempo, mantener aun una legítima de ascendientes (subsidiaria, ciertamente), pero que cuando entra en juego viene atribuida en pleno dominio, de un lado, y, de otro, mantener en el ámbito de los derechos reales limitados (atribución en usufructo) la que corresponde al viudo/a? ¿Resultan congruentes y armónicas ambas premisas, o más bien se muestran como carentes de encaje recíproco?

En cuanto a la temática que ahora se trata, la *Propuesta de Código Civil de la APDC* es otra buena muestra de ese exceso de conservadurismo al que se aludió anteriormente, y que parece constituya un hilo conductor de la totalidad del Título VI ("De las sucesiones) Libro IV de la *Propuesta*[52]

En cuanto a los derechos del viudo/a como legitimario, "No se ha observado – se dice en la citada *Exposición de Motivos* – inconveniente alguno para el mantenimiento de la legítima en usufructo del cónyuge viudo, tal y como aparece prevista en el Código (con ciertas mejoras de regulación y una pequeña reducción)", *Exposición de Motivos Propuesta,* cit., pp. 193-194. Lo que viene luego contradicho por la regulación concreta que para aquella se prevé (art. 467-5.2 y 3: "Cuando concurra a la sucesión con descendientes el usufructo será de una cuarta parte, y se imputará a la porción de mejora del caudal. Cuando concurra con un solo descendiente el usufructo será de una tercera parte, y se imputará a la porción de libre disposición". Mientras que, en la actualidad, la circunstancia de que el viudo concurra con más de un descendiente no implica mengua alguna en la cuantía de su legítima, que se mantiene en el usufructo de una tercera parte del caudal. Tampoco cabe calificar de novedad la posibilidad, que se hace objeto en la *Propuesta* de permisibilidad expresa, pero sobradamente consagrada ya en la práctica, de ampliación de la legítima del viudo/a "a voluntad del causante y aun gravando la legítima de los descendientes" Lo que los autores de la *Propuesta* no pueden menos de reconocer: " Sobradamente conocida es la frecuencia práctica con la que en los testamentos sometidos al Código el otorgante *casado*

52 "La primera advertencia que conviene hacer en este punto – exposición de motivos, p. 188 – es que no ha de esperarse ruptura o quiebra alguna respecto del actual régimen, puesto que el criterio seguido en orden a su revisión ha sido, en todo momento, el de mínima intervención".

adjudica al *cónyuge supérstite*, a título de legado, el usufructo universal de toda la herencia (echando mano de la *cautela socini*), *Exposición de Motivos*, cit., pp. 193-194, recogiéndose en el art. 467-19.3 la citada regla permisiva: "No comporta vulneración de la regla de intangibilidad de la legítima el legado de usufructo recayente sobre ella cuyo beneficiario sea el cónyuge viudo".

Tampoco cabe hallar novedades significativas en cuanto al pago de la legítima del viudo (art. 467-18 de la *Propuesta).* La referencia a que la legítima de aquél pueda venir satisfecha mediante la atribución por el causante de bienes en propiedad nada nuevo añade al régimen vigente, en cuanto se configura como una facultad del causante ("puede satisfacer"), que en nada cambia la naturaleza misma de la legítima del viudo; la facultad de conmutación se mantiene en términos similares a los actuales, correspondiendo como regla general la iniciativa "a los herederos, legatarios y donatarios gravados con el usufructo", y al cónyuge viudo únicamente "cuando concurra a la sucesión con hijos que lo sean solo del causante".

BIBLIOGRAFIA

De la Cámara Álvarez, M: *Compendio de Derecho Sucesorio*, Segunda edición actualizada por Antonio de la Esperanza Martínez Radio, La Ley, Madrid, 1999.

Delgado Echeverría, J: "Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte", en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander 9 a 11 de febrero de 2006,* Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, 2006, pp. 13-172.

Galicia Aizpurúa, G: "Notas a la Ley 5/2015, de 25 de junio, del Derecho Civil Vasco", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, pp. 303-320.

García Cantero, G: "Comentario al art. 79 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* (dirigidos por Manuel Albaladejo), tomo II. Artículos 42 a 107 del Código Civil, Madrid, Edersa, 1982, pp. 239-247.

Lacruz Berdejo, J.L. y Sancho Rebullida, F. de A.: *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de sucesiones, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981,* Bosch, Barcelona, 1981.

Lasarte Álvarez, C: *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho Civil* Tomo Séptimo, 7ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2011.

Sánchez Hernández, A: *El usufructo universal vidual y el artículo 820.3 del CC*, prólogo de José Antonio Cobacho Gómez, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

DERECHOS DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE EN LA *SUCESIÓN MORTIS CAUSA:* PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL*

RIGHTS OF THE SUPERSTITE PARTNER IN THE MORTIS CAUSA SUCCESSION: PROPOSAL TO REFORM THE CIVIL CODE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3040-3069

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "La modernización del Derecho de Familia a través de la práctica jurisprudencial" (AICO/2021/090), financiado por la Conselleria d'Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital, de la Generalitat Valenciana, del que es Investigador Principal el profesor José Ramón de Verda y Beamonte.

María Dolores
CERVILLA
GARZÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: En este trabajo se analiza la posición del conviviente supérstite en la sucesión mortis causa en el Código civil y en los derechos forales, con el fin de valorar su adecuación a la realidad social y jurídica. Se concluye con dos propuestas de reforma del Código civil cuyo contenido respeta los límites constitucionales del art. 32.

PALABRAS CLAVE: Conviviente supérstite; sucesión intestada; derecho de uso a la vivienda familiar, parejas de hecho.

ABSTRACT: *This paper analyzes the position of the surviving cohabitant in the mortis causa succession in both Civil Code and autonomic laws, in order to assess its adequacy to the social and legal reality. It concludes with two proposals for the reform of the Civil Code whose content respects the constitutional limits of art. 32.*

KEY WORDS: *Surviving cohabitant; intestate succession; right to use the family home; domestic partner.*

SUMARIO.- I. PRELIMINARES: DERECHOS DEL CONVIVIENTE EN LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA Y EL MARCO CONSTITUCIONAL.- II. LA IGNORANCIA DEL CONVIVIENTE EN EL CÓDIGO CIVIL.- III. LOS DERECHOS DEL CONVIVIENTE EN EL DERECHO FORAL.- 1. El conviviente como heredero intestado.- 2. El conviviente supérstite como beneficiario del derecho ex lege a usar la vivienda familiar.- A) El inconstitucional art. 13 de la Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre y el declarado inconstitucional art. 12.2 de la Ley valenciana de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas.- B) El art. 311.2 del Código de Derecho foral aragonés aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo y el art. 54 de la Ley 5/2015, de Derecho civil vasco: su escasa conflictividad.- C) La naturaleza jurídica del derecho ex a usar la vivienda familiar en la legislación autonómica.- IV. PRIMERA PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL: LA NECESARIA INCLUSIÓN DEL CONVIVIENTE EN EL ORDEN DE LOS LLAMADOS EN LA SUCESIÓN INTESTADA.- V. SEGUNDA PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL: EL DERECHO A USAR LA VIVIENDA FAMILIAR DEL CONVIVIENTE SUPERSTITE.- VI. REFLEXIÓN FINAL.

I. PRELIMINARES: DERECHOS DEL CONVIVENTE EN LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA Y EL MARCO CONTITUCIONAL.

Es para mí un honor (y un placer) participar con esta modesta aportación en el monográfico de la Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana, dirigida por mi querido compañero José Ramón de Verda Beamonte, dedica al insigne jurista profesor Cesare Massimo Bianca. Tuve la oportunidad de conocerlo personalmente en Valencia, en la Universidad Católica, aunque ya lo "conocía académicamente" desde mis inicios en la investigación jurídica. Todas mis condolencias a su hija Mirzia Bianca, Profesora Ordinaria de Derecho Civil en la Universidad Sapienza de Roma, quien ha heredado el saber de su progenitor y su amor y dedicación por el Derecho.

Este trabajo es el último de una línea de investigación a la que me he dedicado el último año, sobre la oportunidad de reformar las normas que el Código civil dedica a la sucesión mortis causa, entre otros aspectos, incluyendo al conviviente entre los llamados en la sucesión intesta y reconociéndole el derecho a usar la vivienda familiar de forma semejante a como lo hace el legislador autonómico. En él se contienen, de forma ordenada, las premisas, argumentos y conclusiones a los que hemos llegado en otros trabajos previos, publicados o pendientes de publicación, presentándolos de forma unificada. Por ese motivo, desde ya, y con carácter general, remito al lector que precise una información más puntual o detallada a dichos textos[1].

1 En particular, "La sucesión intestada en el actual Derecho civil. Algunas propuestas de *lege ferenda*", en la obra colectiva *El derecho de sucesiones contemporáneo: aspectos civiles y fiscales*, dirigida por Carlos

• María Dolores Cervilla Garzón
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Cádiz. Correo electrónico: dolores.cervilla@uca.es. http://orcid.org/0000-0001-8221-9222, http://www.researcherid.com/rid/H-7070-2016, https://scholar.google.es/citations?user=GLJmMK8AAAAJ&hl=es

Plantearse el reconocimiento de derechos al conviviente solo se justifica desde su consideración de familia, única causa iuris que así lo permite. En este sentido, dado el concepto amplio de "familia" de nuestra constitución, como consecuencia de la generosa interpretación del mismo por parte del Tribunal Constitucional[2], el hecho de no existir vínculos matrimoniales entre los miembros de la pareja no supone un obstáculo para el reconocimiento de una posición jurídica del conviviente que le hace valedor de una serie de derechos (y sufridor de obligaciones) en múltiples facetas o situaciones de su vida cotidiana.

Ahora bien, en relación a los miembros de la pareja, que su unión goce de protección por ser "familia" no implica que dicha protección (o, mejor dicho, "consideración") deba ser idéntica a la dispensada a los cónyuges. Pues, cierto es que entre ambas realidades no se aprecia identidad de razón[3] que justifique

Lasarte, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 211-228; "El derecho a usar la vivienda familiar del conviviente supérstite", en la obra colectiva *Tratado sobre la vivienda familiar"*, dirigida por Pedro Chaparro, Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa) y "Planteamiento de una reforma de la sucesión intestada", en la obra colectiva, *Dolencias del Derecho de sucesiones,* dirigida por Pilar Estellés, Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa).

2 Sobre el concepto de familia Salar Sotillos, M.J.: "La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. extra 8, 2, 2018, págs. 196-22

3 La jurisprudencia es unánime en este punto. Como muestra STS 30 octubre 2008 (Tol 1432563): " Es, pues, esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio, y la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra ínsita en la convivencia *more uxorio*, la que explica el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por *analogia legis* de las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial; lo que no empece a que puedan éstas, y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, ser aplicadas, bien por pacto expreso, bien por la vía de la *analogia iuris* - como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado-, cuando por *facta concludentia* se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común, pues los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen, por ese mero hecho, comunes a los convivientes, sino que pertenecen a quien los ha adquirido, salvo que, de forma expresa o por medio de hechos concluyentes se evidencie el carácter común de los mismos. Conforme al criterio jurisprudencial expuesto, se debe rechazar a límine la aplicación analógica - analogia legis - de las normas reguladoras de las consecuencias jurídico-patrimoniales del cese de la convivencia marital, habida cuenta de la falta de identidad de razón entre el matrimonio y las uniones estables de pareja que permita dicha extensión normativa". O la STS 16 junio 2011 (Tol 2153790) "La analogía se pretende entre matrimonio y pareja de hecho, lo que ha sido objeto de discusiones en los diversos tribunales que se han ocupado de la cuestión. La más reciente decisión corresponde a la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 10 febrero 2011, en el asunto Korosidou vs Grecia, resuelto por la sección primera del citado Tribunal. En esta sentencia se niega la asimilación pedida con el siguiente argumento: "las consecuencias jurídicas de un matrimonio de una pareja civil -en la cual dos personas deciden expresa y deliberadamente comprometerse- distingue esta relación de otras formas de vida en común. Más allá de la duración o del carácter solidario de la relación, el elemento determinante es la existencia de un compromiso público, que conlleva un conjunto de derechos y de obligaciones de orden contractual. De manera que no puede haber analogía entre una pareja casada y un partenariado civil, y por otro lado, una pareja heterosexual u homosexual, donde los miembros han decidido vivir juntos sin devenir esposos o partenarios". En esta Sala ha negado desde hace tiempo que entre el matrimonio y la pareja de hecho exista una relación de analogía. La STS 611/2005, de 12 septiembre, del Pleno de esta Sala, dice claramente que la configuración de la unión de hecho "[...] aparece sintéticamente recogida en la sentencia de 17 de junio de 2003 , cuando dice que las uniones *more uxorio* , cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos -constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial- han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe transponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos. La conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, entre ellos el de la extinción". Los argumentos se fundamentan asimismo en la doctrina del TC, que se cita en la sentencia y se omite aquí para mayor claridad en la redacción. Uno de los aspectos que no se admiten

la aplicación analógica del "pack normativo" que nuestro ordenamiento jurídico tiene preparado para los cónyuges. En la actualidad, podemos afirmar que a los convivientes de hecho se les reconocen un conjunto de derechos, en atención a la proximidad y afecto que existe (o se presume existe) entre ellos, pero que es menor a los que están diseñados para los cónyuges. Ya que, en otro caso, se produciría una "matrimonialización" de la convivencia de hecho contraria a la libertad entre contraer matrimonio o no contraerlo que consagra en el art. 32 de la Constitución.

Estos derechos de los que gozan los convivientes no son idénticos en todos los territorios que componen el Estado español pues las legislaciones autonómicas con competencias en Derecho foral han regulado las parejas de hecho y las han dotado de estatutos jurídicos propios y completos cuasi matrimoniales. No así el legislador estatal quien, con carácter general, las ha ignorado (como debe de ser), dedicándole normas puntuales o expresas en las que les otorgan determinados derechos. Desde un punto de vista objetivo, sin entrar a valorar su conveniencia u oportunidad y a grandes rasgos, en Derecho común los convivientes carecen del derecho de alimentos, de regímenes matrimoniales ni de derechos sucesorios.

Aunque he mantenido mi posición favorable a distinguir entre ambos tipos de uniones, sobre la base que, de esta forma, defiendo la libertad del sujeto para elegir una u otra forma de vivir sus relaciones afectivas de pareja, eso no me impide reflexionar sobre la conveniencia de, al igual que ha sucedido en otras parcelas del privado, en el derecho de sucesiones también sea tenido. Y esa tarea es la que me propongo abordar a continuación centrando mi análisis en los dos únicos aspectos que considero ello pudiera acontecer. Lo hago con las cautelas propias que me sugiere el texto constitucional para no traspasar los límites del art. 32 y no vulnerar el derecho a contraer matrimonio (y a no contraerlo).

Entendiendo que los derechos legitimarios solo deben ser atribuidos al cónyuge, así como otros posibles derechos derivados o conectados con el régimen económico matrimonial (y, también, algunos como el establecido en el art. 831 CC), el espacio donde pudiera cuestionarse su inclusión se ubica en la sucesión intestada. En segundo lugar, también pudiera debatirse sobre la oportunidad de instaurar un derecho de uso a la que fuera vivienda familiar, al modo de como se expresa en algunas normativas autonómicas.

Inicio, pues, el discurso e invito al lector a acompañarme en estas reflexiones en las que la legislación autonómica (como precursora) goza de un importante protagonismo. Espero que nos conduzca al "buen puerto" de la justicia y equidad,

en la jurisprudencia de esta Sala es la existencia de un régimen económico matrimonial en las parejas no casadas, salvo que se haya pactado por los convivientes una comunidad de bienes u otro sistema."

en la búsqueda del mejor marco jurídico que posibilite la protección más adecuada delas relaciones familiares y de los intereses en conflicto, teñidos de afecto y emociones.

II. LA IGNORANCIA DEL CONVIVIENTE EN EL CÓDIGO CIVIL.

A diferencia de otras parcelas del Derecho, en materia sucesoria el legislador patrio se ha mostrado muy "rácano" a la hora de conceder derechos de este tipo al conviviente como consecuencia del fallecimiento de su pareja. Ello se materializa en la exclusión del conviviente de la herencia, equiparado a un extraño, que, a mi juicio, no se encuentra justificada en todo caso, como parece entender el legislador. La realidad social caracterizada porque las parejas de hecho se presentan como una opción alternativa al matrimonio, demanda una consideración hacia el conviviente en algún aspecto de la sucesión mortis causa, que, en principio, solo pudiera tener su acogida en la sucesión intestada. Ya que en este escenario el legislador debe suponer cual hubiera sido la voluntad del fallecido, que no ha podido o no ha querido (sea por los motivos que sea, y, en muchos casos ligados a la "pereza" de realizar trámites o al tabú que para muchos tiene pensar en la muerte) expresar en la forma solemne del testamento. Desde esta perspectiva, es lógico pensar que el conviviente del fallecido es la familia más cercana, junto con los hijos, y como tal debe reflejarse en la consideración de sus herederos ab intestato (no así cando la sucesión es testamentaria, pues en ese instrumento puede expresar el testador sus preferencias patrimoniales y disponer a su favor de la cuota correspondiente; de tal forma que si lo omite es, simplemente, porque esa era su voluntad).

El hecho de atender a la convivencia real como dato a tener en cuenta a la hora de establecer los sujetos llamados, tiene un precedente en la reforma de la ley 11/1981, al negarle el derecho a la herencia al cónyuge separado de hecho al momento del fallecimiento. Derecho que recupera si se reconcilia tras la separación legal. De ello se desprende que es la convivencia, sumada al parentesco, la que justifica el derecho del cónyuge en la sucesión intestada. Pues, no olvidemos, que los cónyuges son parientes, circunstancia que no concurre entre convivientes o ex cónyuges.

Es patente la ignorancia del legislador nacional de forma que el conviviente queda preterido sin que ostente derecho hereditario alguno si su pareja no tuvo la precaución de otorgárselo en el testamento. Así, puede suceder que los sobrinos del finado (con los que carezca de relación afectiva o convivencial) hereden sus bienes y que la persona con la que convivía al momento de fallecer no reciba nada.

Con alguna excepción[4], las veces que nuestros Tribunales han debido de pronunciarse en este sentido lo han hecho negando "la mayor", y manteniendo, como no podía ser de otra forma y de acuerdo con la legislación vigente, la inexistencia de derechos de este tipo, fuera de los que expresamente se deriven de la voluntad testamentaria de su pareja. El argumento radica en la inadmisibilidad de la aplicación analógica de las normas que, en materia de derecho de sucesiones, se contienen en nuestro CC reconociéndole derechos al cónyuge viudo sobre la herencia del causante[5]

4 La única sentencia de la que he tenido noticia que estime la aplicación analógica de las normas de la sucesión intestada a un conviviente de hecho es la SAP Alicante, Sección 7.ª, sede en Elche, núm. 167/2002, de 24 de julio, que en 2002, comentada por García Cantero, G.: en "Sucesión intestada a favor de convivientes (una resolución sorprendente de la Audiencia Provincial de Alicante)", *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 43, julio-septiembre 2002, pp. 305-334.

5 En este sentido, SAP Valladolid 6 noviembre 2001 (Tol 1454104l) y SAP Madrid 11 junio 2007 (Tol 7421168). Extractamos el síguete fragmento de la última de las resoluciones muy clarificador del argumento del Tribunal: "Lo que antecede no resulta desvirtuado mediante las alegaciones vertidas por la parte apelante. Así, la interpretación según la realidad social actual de la norma contenida en el artículo 944 del Código Civil, que establece que "en defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente", no permite reconocer la cualidad de heredero abintestato a quien no es viudo y sólo mantuvo una relación fáctica de pareja con el causante, máxime si se tiene en consideración que la última reforma legislativa operada en esta materia de sucesión intestada (concretamente, en el artículo 945 del Código Civil) fue introducida mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, por lo que si el legislador lo hubiera estimado conveniente podría haber efectuado entonces la correspondiente modificación para adecuar la regulación en el sentido propugnado por la apelante. Además, la aplicación de la analogía *iuris* en relación con los principios de justicia y equidad no puede comportar, sin más, la tergiversación de la clara dicción literal del citado precepto, extendiendo sus consecuencias a sujetos a los que el legislador no ha querido atribuir la herencia abintestato. Por último, tampoco por la vía de la analogía *legis* puede llegarse a semejante resultado, por no darse los requisitos jurisprudencialmente exigidos para la aplicación analógica de la norma regulada en el artículo 4.1 del Código Civil. Así, en sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1993 se declaró que "la aplicación analógica de un precepto a un supuesto de hecho no regulado en el mismo (analogía *legis*), requiere inexcusablemente que entre éste (el no regulado) y aquél que contempla la norma exista una 'semejanza' o 'identidad de razón' (*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*)", y en resolución del mismo Alto Tribunal de 21 de noviembre de 2000, con cita de otras precedentes, se expuso que "la Exposición de Motivos del Decreto 31 de mayo de 1974 que aprobó el Texto Articulado del Título Preliminar del Código Civil, refiriéndose a la analogía dice que 'no presupone la falta absoluta de una norma, sino la previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto'; se condiciona así la aplicación del método analógico a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, debiendo acudirse para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados (sentencia 20 febrero 1998); la sentencia de 18 de mayo de 1992 hace mención de su aplicación necesaria 'ya que su empleo viene impuesto de manera determinada a la presente controversia, pues no obstante tratarse de una operación jurídica muy delicada que exige mesura, ponderación, meditado y cuidado uso, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1988, ante el problema de anomia que el tema presenta, al no ser el ordenamiento jurídico previsor, la analogía evidentemente es la técnica adecuada ante una realidad social que se presenta dinámica y con profusión en los tiempos actuales'; por su parte, dice la sentencia de 10 de mayo de 1996 que 'la jurisprudencia ha interpretado esta norma (se refiere al art. 4.1 del Código Civil) exigiendo para la aplicación de la analogía que exista semejanza entre el supuesto de hecho no regulado y el regulado, entendiéndose que existe esta semejanza cuando en el primero están los elementos sobre los que descansa la regulación del segundo; debiendo traducirse este principio en las siguientes circunstancias: a) Que la norma no contemple un supuesto especifico, pero sí otro semejante. b) Que entre ambos se aprecie la identidad de razón. c) Que no se trate de leyes penales o de ámbito excepcional". Alumbrado el caso de autos por la doctrina jurisprudencial transcrita, se alcanza la conclusión de que, en efecto, no cabe aplicar la analogía propuesta por la parte apelante porque ni se da una semejanza o identidad de razón ni concurre la laguna legal exigida jurisprudencialmente, pues, por un lado, no puede parangonarse automáticamente y a todos los efectos la posición jurídica de un cónyuge con la de quien simplemente mantiene una convivencia de hecho, ya que ni *inter vivos* ni *mortis causa* ostentan uno y otro los mismos derechos y obligaciones a tenor de las normas que contiene nuestro ordenamiento jurídico, mientras que, por otro lado, la regulación de la sucesión intestada en el Código Civil es completa y no presenta laguna alguna que haya de ser cubierta mediante la analogía *legis*, de modo

No obstante, la sensibilidad de los operadores jurídicos a una realidad que no casa con el texto de la norma, subyace en el reconocimiento de derechos patrimoniales sobre la herencia de su pareja por la aplicación del "socorrido" principio general de enriquecimiento injusto.

Así sucedió con la sentencia del TS de 17 de junio de 2003[6] en la que por esa vía el Alto Tribunal estimó que la pareja de hecho supérstite, tras 53 años de convivencia con el fallecido, tenía derecho a recibir parte del haber hereditario de su compañero. La resolución judicial, si bien puede ser calificada de "justa", en la medida que se adecúa a los principios sobre los que se sustenta el actual derecho de familia (entre ellos el de protección del conviviente perjudicado por la ruptura), no es digna de elogios si se analiza asépticamente desde la pura técnica jurídica. Con buen acierto, se rechazan los argumentos esgrimidos por la defensa de la recurrente en orden a fundamentar las pretensiones indemnizatorias en la responsabilidad civil *ex* art. 1902 CC y en el derecho a percibir una pensión compensatoria *ex* art. 97 CC, cuya aplicación analógica invoca. Pues, como bien señala nuestro TS, ni ha existido un acto ilícito (presupuesto ineludible para que entre en funcionamiento el mecanismo resarcitorio del art. 1902 CC), ni tampoco una ruptura unilateral de la pareja, no siendo el fallecimiento, presupuesto, en ningún caso, para el derecho a percibir una pensión compensatoria en las uniones conyugales. Sin embargo, aprecia la concurrencia de los requisitos consagrados en la jurisprudencia para que surja un derecho a ser indemnizado como consecuencia de haber sufrido un enriquecimiento injusto el obligado a ello (en este caso, a cargo del haber hereditario); esta argumentación precisa afinar los conceptos "empobrecimiento" e "enriquecimiento" adaptándolo a los hechos y estimando que se enriquece, no solo el que aumenta su patrimonio, sino, también, el que no lo disminuye, y que debe ser considerado empobrecido, no solo aquel cuyo patrimonio disminuye, sino aquel que pierde expectativas laborales o profesionales

que se reconoce como herederos abintestato a quien el legislador ha estimado oportuno, y si tal cualidad se predica del cónyuge viudo y no de quien sólo convivió *more uxorio* sin contraer nupcias es debido a la voluntad del legislador pero no a un olvido u omisión del mismo, hasta el punto de que ni siquiera en la relativamente reciente reforma legislativa de 2005 se introdujo la equiparación pretendida por la apelante". Contundente este fragmento de la SAP Granada 2 febrero 2004 (Tol 2728944) "En definitiva, no es posible el reconocimiento de ningún derecho sucesorio civil -salvo el derecho a subrogarse después de la muerte del arrendatario en el arrendamiento de la vivienda habitual *ex* artículo 16.1 b) LAU- a favor del conviviente supérstite, como han tenido ocasión de señalar en casos parecidos las SSAP Madrid 27 octubre 1998, Tarragona 3 febrero 2000 y Vizcaya 27 julio 2000). Decía Pantaleón, después de rectificar su postura sobre la posible inconstitucionalidad de nuestro ordenamiento jurídico, que creo que es cruel no conceder derechos sucesorios *ab intestato* al conviviente extramatrimonial, pero creo que no es inconstitucional no hacerlo" (en "Régimen jurídico-civil de las uniones de hecho", en *Uniones de hecho*, Lleida, 1998, pg. 75). Por todas estas razones, esta Sala sólo puede confirmar la sentencia de instancia". En Galicia, cuyo ordenamiento foral equipara a la pareja de hecho a la matrimonial, siempre que se encuentre inscrita en el Registro, el TSJG ha expresado la irretroactividad de dicha disposición aplicable a las parejas inscritas tras su entrada en vigor, en la STSJG 31 mayo 2012 (Tol 3571385) que versaba sobre la equiparación en relación a la sucesión intestada. Finalmente, a STS 27 marzo 2008 (Tol 1354577) le niega a la ex conviviente el derecho a permanecer en la que fuera vivienda familia tras el fallecimiento de su pareja, por no estar reconocido legamente tal derecho.

6 STS 17 junio 2003 (Tol 285652).

por su dedicación en beneficio de otro [7]. En cualquier caso, y probablemente para evitar la crítica fácil de estar asumiendo competencias legislativas que no le corresponden, se encarga de puntualizar el Tribunal que no se trata de conceder derecho sucesorio alguno a favor del conviviente, ya que, de todos es sabido, que solo el legislador puede reconocerlos y, hasta ahora, ha decidido que no sea así. Finalmente, esta sentencia tiene su punto débil en la estimación del daño causado y que debe ser resarcido; tarea ardua difícil y que resuelve, disminuyendo la cuantía fijada en la sentencia de instancia que pasa a una cuarta parte de los bienes que constituyen el haber hereditario (con excepción de los inmuebles sito en una localidad palentina), el ajuar doméstico y el derecho a usar la vivienda familiar de forma vitalicia.

Para comprender el fallo es necesario tener presente los hechos que lo generan, pues no se trata, simplemente, de consolidar una línea jurisprudencial por la que, de forma encubierta se disfracen pretensiones sucesorias (lo que, ciertamente, vulneraría el derecho a no contraer matrimonio consagrado en el art. 32 de la Constitución), sino de dar respuesta a una concreta situación de convivencia, no libremente elegida, sino "impuesta" al no permitirse en España en 1943, fecha de inicio de la relación, el divorcio del matrimonio previo del conviviente. En consecuencia, la convivencia de hecho no se produjo en el marco de libertad del art. 32 de la Constitución, por razones obvias, lo que, en cierta medida, justifica la

7 "Camila durante los cincuenta y tres años de convivencia con D. Inocencio se dedicó en exclusiva a la atención del mismo y del hogar familiar prestándole total ayuda moral y material, lo que repercutió positiva y significativamente en la formación del patrimonio de aquel, al tiempo que acarreó un desentendimiento de su propio patrimonio, pues tal dedicación no solo no le supuso ninguna retribución o compensación económica, sino que le impidió obtener beneficios privativos mediante el desarrollo de otra actividad en provecho propio. La sentencia de instancia niega la existencia de base adecuada para sentar la concurrencia de una comunidad de bienes o de una sociedad irregular, y tal conclusión es aceptada por la parte recurrente y deviene incólume para este Tribunal, pero, por el contrario, a lo que en dicha resolución se razona, no cabe negar que de la composición fáctica expresada se desprenda una situación de enriquecimiento injusto. Esta situación tiene lugar cuando se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece careciendo de justificación o de causa (base) que lo legitime, de tal manera que surge una obligación cuya prestación tiende a eliminar el beneficio del enriquecimiento indebido (*in quantum locupletiores sunt*). El enriquecimiento, como ya advierte la mejor doctrina, se produce, no solo cuando hay un aumento del patrimonio, o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*). El empobrecimiento no tiene porqué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro. La correlación entre ambos es la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamente la situación. La causa (en el sentido de o suficiente) no es, desde el punto de vista jurídico, otra cosa - como sostiene un importante sector doctrinal- que un concepto-válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo, y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado. Una excesiva generalización de la doctrina del enriquecimiento injusto puede crear riesgos para la seguridad jurídica, pero su aplicación a supuestos concretos y a concretos intereses, otorgando en favor de un sujeto concreto una acción de restitución constituye un postulado de justicia insoslayable. La comunidad de vida, o el haber gozado de una consideración social y material equiparada a la de su compañero (a que se hace referencia en la resolución de la instancia), no constituyen justificación del desequilibrio patrimonial producido en virtud de las respectivas actividades y circunstancias específicas del caso, sumamente significativas. Bueno es apuntar finalmente que se está haciendo referencia a un enriquecimiento producido en el patrimonio del Sr. Inocencio, que genera una obligación resarcitoria ya nacida en vida del mismo, y en absoluto compensada. No se hace referencia a ningún derecho sucesorio, ni se toma en cuenta el enriquecimiento de la demandada".

excepcionalidad del tratamiento de una situación que no va a volver a repetirse. Pues, en otro caso, estimo que el planteamiento no sería correcto, y no debería abordarse de idéntica manera si la convivencia tuvo su raíz en un acto de libertad de los sujetos protagonistas.

De forma semejante, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2004[8] concede derechos patrimoniales a la conviviente de hecho tras el fallecimiento de su pareja con la que había convivido durante diecisiete años, recurriendo para ello al principio de enriquecimiento injusto, una vez que excluye la aplicación analógica de normas propias de los regímenes económicos matrimoniales[9], tras detectar el perjuicio causado a la reclamante[10].

III. LOS DERECHOS DEL CONVIVIENTE EN EL DERECHO FORAL.

La ignorancia del legislador común que hemos puesto de manifiesto en el epígrafe precedente no se corresponde con una actitud idéntica del legislador foral[11]. Como se ha convertido, ya, en una forma normal de proceder y en consonancia con su postura proactiva a la hora de responder a las demandas de colectivos no atendidas desde el Parlamento nacional, el escenario descrito no tiene lugar en los territorios donde los parlamentos autonómicos gozan de competencia civil al existir el famoso "punto de conexión" que le dota de legitimación para ello. En este sentido, el conviviente se convierte en titular de derechos sucesorios equiparados a los del cónyuge en algunas comunidades autónomas, tal y como exponemos a continuación[12]. Ello comporta el reconocimiento de derechos sucesorios en todos los ámbitos, incluido el de la sucesión intestada que es el que hemos seleccionado para el análisis. En otras ocasiones, les concede el derecho a usar la vivienda familiar por un periodo temporal (limitado o indefinido).

8 STS 23 noviembre 2004 (Tol 538271).

9 "Lo que, respecto a la normativa, ha declarado reiteradamente esta Sala es que no es aplicable a la unión de hecho la regulación del régimen económico-matrimonial (sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 20 de octubre de 1994, 24 de noviembre de 1994, 30 de diciembre de 1994, 4 de marzo de 1997)".

10 "Con lo cual, la cuestión clave queda planteada: tras una larga convivencia, no puede quedar una de las partes en situación absolutamente desfavorable respecto a la otra, en el sentido de que todos los bienes hayan sido formalmente adquiridos por uno solo, como si el otro no hubiera colaborado con su atención personal y colaboración en trabajo fuera o dentro de casa; en otro aspecto, se trata, no tanto de imponer una normativa a una situación de hecho, sino de evitar el perjuicio injusto a la parte más débil de una relación".

11 También en Derecho comparado existen ordenamientos jurídicos que reconocen derechos sucesorios a los convivientes en paridad con el cónyuge, como detalla Martínez Martínez, M.: *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reformas*, BOE, Madrid, 2016, pp. 340-341. El CC suizo condiciona la existencia de tales derechos a la inscripción de la pareja en el Registro correspondiente. *Vid.* Pereña Vicente, M.: "La obsolescencia no programada de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Código civil español," *LA LEY Derecho de familia*, núm. 22, abril-junio, 2019 monográfico dedicado a *Cuestiones actuales del Derecho Sucesorio*, pp. 1-37, concretamente la cita es a la p.14

12 Un tratamiento detallado sobre las distintas normativas forales en Martín Azcano, E.M.: "Derechos sucesorios del conviviente supérstite", *LA LEY Derecho de familia*, núm. 22, abril-junio, 2019 monográfico dedicado a *Cuestiones actuales del Derecho Sucesorio*, pp. 1-26.

1. El conviviente como heredero intestado.

Como quiera que es nuestra intención proponer alguna fórmula que posibilite el reconocimiento de derechos sucesorios en la sucesión intestada, la primera etapa de la búsqueda de un argumentario y/o un modelo nos lleva a recabar en las normas autonómicas en las que, por una u otra vía, ya existe este derecho.

En Cataluña, el reconocimiento de derechos sucesorios al conviviente tiene lugar no sólo en el ámbito de la sucesión intestada, sino que dicha equiparación se establece con carácter general en todas las normas que regulan la sucesión mortis causa a favor del cónyuge, pues, no existe diferencias entre cónyuge y conviviente. El conviviente, al igual que el cónyuge, y, naturalmente condicionado al mantenimiento de la convivencia en ambas situaciones[13], tiene derecho a la "cuarta viudal" si se dieran los presupuesto para ello[14], derecho de usufructo universal si concurre con descendientes (art. 442.3), derecho de predetracción del ajuar familia y de los objetos personales (art. 231.30) y derecho a continuar en la vivienda familiar un año después del fallecimiento de su pareja (art.231.31).

Incluso, es posible observar el reconocimiento de consecuencias patrimoniales sucesorias fuera del ámbito estrictamente familiar en las relaciones cuasi-familiares de ayuda mutua. Tal y como se expresan en el art. 240-7 del Código civil catalán al regular la pensión alimenticia periódica que puede nacer como consecuencia del fallecimiento de uno de los convivientes, y siempre que concurran los requisitos a los que dicho derecho se encuentra conectado[15].

Ya en el orden de llamamientos de la sucesión intestada, el conviviente se ubica en el mismo lugar del cónyuge, lo que le permite heredar a su pareja en defecto de descendientes, aunque conservando los ascendientes su legítima (art. 442.3.2 CCC). Asimismo, si concurre con descendientes se le reconoce un derecho de

13 Art. 422-13. Ineficacia sobrevenida por crisis matrimonial o de convivencia. "1. La institución de heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgados, los cónyuges se separan de hecho o legalmente, o se divorcian, o el matrimonio es declarado nulo, así como si en el momento de la muerte hay pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo reconciliación.2. Las disposiciones a favor del conviviente en pareja estable devienen ineficaces si, después de haber sido otorgadas, los convivientes se separan de hecho, salvo que reanuden su convivencia, o se extingue la unión por una causa que no sea la defunción de uno de los miembros de la pareja o el matrimonio entre ambos".

14 Art. 452-1. Derecho a la cuarta viudal. "1. El cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable que, con los bienes propios, los que puedan corresponderle por razón de liquidación del régimen económico matrimonial y los que el causante le atribuya por causa de muerte o en consideración a esta, no tenga recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades tiene derecho a obtener en la sucesión del cónyuge o conviviente premuerto la cantidad que sea precisa para atenderlas, hasta un máximo de la cuarta parte del activo hereditario líquido, calculado de acuerdo con lo establecido por el artículo 452-3".

15 Art. 240-7 CCC Pensión periódica en caso de defunción "1. En caso de extinción de la convivencia por defunción de uno de los convivientes, el conviviente o convivientes que sobrevivan, que eran mantenidos total o parcialmente por el premuerto durante el año previo a la defunción y que no tengan medios económicos suficientes para mantenerse, tienen derecho a una pensión alimentaria, a cargo de los herederos de aquel, por un período máximo de tres años".

usufructo de origen legal sobre la totalidad del patrimonio del causante[16] y que no se pierde si, posteriormente, el beneficiario contrae nuevo matrimonio o inicia una nueva relación de pareja.

En Galicia, la DA 3ª de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia equipara al matrimonio la pareja de hecho inscrita en el Registro[17]. Ello implica que ocupa idéntico lugar que el cónyuge viudo en la sucesión intestada; es decir, después de hijos y descendientes y de los ascendientes, con una cuota usufructuaria de una cuarta parte, si concurre con descendientes y de la mitad si la concurrencia es con los ascendientes (art. 253 y 254 de la Ley). Dicho usufructo puede conmutarse por voluntad de los herederos y del *supérstite* por cualquier propiedad, cantidad económica, renta o pensión, pero, con carácter preferente el beneficiario (cónyuge o conviviente) tiene la posibilidad de hacerlo efectivo sobre la vivienda habitual o el local de negocio donde se desarrolle su actividad profesional o se ubique la empresa[18].

En idéntica línea, el Derecho navarro según lo dispuesto en la Ley Foral 6/2000, de 23 de abril, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra, no distinguía entre conviviente y cónyuge en el orden de suceder en la sucesión intestada para los bienes no troncales ni sujetos a reservas. De conformidad con la citada ley, el conviviente se ubicaba, junto al cónyuge viudo, en quinto lugar, precediéndole los hijos, los hermanos, medio hermanos y ascendientes.

La referida norma fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, que se pronunció en la STC 93/2013 de 23 de abril[19], declarando la inconstitucionalidad de la ley foral en cuanto reconocía iguales derechos al conviviente y al cónyuge. El argumento en el que se sustenta la resolución se ubica en el art. 10.1 de la Constitución, en relación con el libre desarrollo de la personalidad, que dice el TC se vulnera al imponer unas consecuencias patrimoniales a la ruptura de la convivencia por causa de la muerte no acordadas, pues el conviviente fallecido, ni pactó tales

16 Art. 442-3. Sucesión del cónyuge viudo y del conviviente en unión estable de pareja superviviente. "1. El cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable superviviente, si concurre a la sucesión con hijos del causante o descendientes de estos, tiene derecho al usufructo universal de la herencia, libre de fianza, si bien puede ejercer la opción de conmutación que le reconoce el artículo 442-5".

17 "1. A los efectos de la aplicación de la presente ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges. 2. Tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio".

18 Art. 257. "1. En tanto no exceda de su cuota usufructuaria, el cónyuge viudo podrá optar por hacerla efectiva sobre la vivienda habitual, el local en donde ejerciera su profesión o la empresa que viniera desarrollando con su trabajo".

19 BOE 23 mayo 2013 (Tol 3711269).

consecuencias ni tampoco realizó testamento alguno donde se materializase dicha voluntad. La imperatividad[20] de la normativa sucesoria *ab intestato,* estima el Tribunal, vulnera el aludido precepto, no bastando el consentimiento previo o inicial, existente, naturalmente, al inicio de la unión y mantenido hasta su disolución por muerte, en la medida que los convivientes eran pareja cuando tuvo lugar el óbito. Se exige, pues, un doble consentimiento para que puedan imponerse las normas sucesorias que sitúan al conviviente en el mismo lugar que al cónyuge[21]; sin que el consentimiento en el que trae causa la unión sea suficiente, cuando sí lo es para las relaciones conyugales.

Considero, a diferencia del Tribunal, que la constitucionalidad de la aplicación de normas previstas para el matrimonio a las uniones de parejas, no debe residenciarse en el art. 10.1, pues no es, a mi juicio, el derecho al libre desarrollo de la personalidad el que pudiera verse afectado, sino el derecho a contraer matrimonio. La alusión al consentimiento, como manifestación de la voluntad del individuo, no puede menos que ser calificada como "desafortunada", pues es obvio que el conviviente, no solo quiere iniciar la unión, sino que es su deseo mantenerla, ya que no se encuentra (ni debe encontrarse) condicionado por consecuencias impuestas y que dificulten su ruptura, como sí es característico del matrimonio.

He mantenido en otras ocasiones, que no se aprecia, con carácter general, "identidad de razón" entre la pareja de hecho y el matrimonio, lo que impide la aplicación "en bloque" la normativa que regula la institución matrimonial. Incluso aunque esta situación de plena igualdad entre ambas realidades tuviera su fundamento en una decisión del legislador, pues esa hipotética ley sería a todas luces inconstitucional por infringir el derecho a contraer matrimonio que reconoce nuestra Carta Magna a todo ciudadano (art. 32). Ello no es impedimento para que puedan reconocerse algunos efectos similares al matrimonio, sobre todo cuando se disuelve la unión, y siempre, claro está, no sean de tal entidad que dificulten la libre ruptura, rasgo esencial y característico de las uniones de hecho. En cualquier caso, dichas consecuencias patrimoniales deben tener su fundamento en un interés público, como el del menor o el interés del cónyuge más desfavorecido por la ruptura.

20 "En consecuencia, hemos de concluir que la regulación discutida responde básicamente a un modelo imperativo, bien alejado del régimen dispositivo que resultaría acorde a las características de las uniones de hecho, y a las exigencias del libre desarrollo de la personalidad recogido en el art. 10.1 CE. El carácter preceptivo implica que el régimen estatuido se impone obligatoriamente a las parejas estables que reúnan las condiciones previstas en los dos primeros supuestos del párrafo primero del art. 2.2, lo cual debe conducirnos, sin duda, a reiterar aquí la inconstitucionalidad de tales supuestos; asimismo debemos declarar la inconstitucionalidad del párrafo segundo de dicho art. 2.2, en cuanto que se refiere al cómputo del plazo de un año de convivencia previsto en el párrafo anterior".

21 Beriain Flores, I.: "Las uniones no matrimoniales y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril)", *Derecho Privado y Constitución,* núm. 28, enero-diciembre 2014, pp. 137-172, concretamente la cita es a la p. 147.

Es más que evidente que la norma sucesoria comentada no afecta a la libre ruptura por lo que, de entrada, debería proceder un juicio propicio a su constitucionalidad. Esta afirmación se refuerza desde el sentido de las normas que rigen la sucesión intestada que, en el caso del matrimonio, tiene su fundamento en la convivencia de los cónyuges. El legislador entiende que si un cónyuge fallece sin testamento y a falta de determinados herederos consanguíneos (descendientes y ascendientes), si no se ha producido separación de hecho (es decir, si no hay convivencia), es el cónyuge superstite el llamado a sucederle en todo su patrimonio. Semejante argumento es válido para posicionar al conviviente en idéntico lugar del cónyuge. Máxime cuando en estas relaciones, al existir plena libertad para romper, la convivencia es signo de afecto y cercanía, suficiente para situarlo en tal lugar. Presuponer que este es el deseo del fallecido no es "`presuponer demasiado", cuando, además, en caso contrario le hubiera bastado con testar a favor de otros, ya que el conviviente en ningún modo tiene carácter de legitimario. El argumento en el que el Tribunal Constitucional sustenta la incontitucionalidad es precisamente el que refuerza su constitucionalidad: existe consentimiento por la mera convivencia, sin que sea necesario solicitar una declaración de voluntad extra para que el conviviente se coloque en el lugar del cónyuge a falta de voluntad testamentaria del fallecido.

El País Vasco ha sido particularmente generoso con el conviviente de hecho, ubicándolo en una posición idéntica a la del cónyuge viudo, no solo en el orden de los llamamientos, sino, a todos los efectos, incluido el derecho de usufructo por legítima y el derecho de habitación con carácter vitalicio de la que fuera vivienda familiar. Siempre que la pareja se encontrare inscrita como tal en el Registro administrativo correspondiente. Así los arts. 52 a 54 de la Ley 5/2015, de Derecho civil vasco.[22] También lo fue la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana, declarada parcialmente inconstitucional

22 "Art. 52. La legítima del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho.1. El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho tendrá derecho al usufructo de la mitad de todos los bienes del causante si concurriere con descendientes.2. En defecto de descendientes, tendrá el usufructo de dos tercios de los bienes Art. 53. Conmutación del usufructo viudal o del miembro superviviente de la pareja de hecho.1. Los herederos podrán satisfacer al cónyuge viudo o al miembro superviviente de la pareja de hecho su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.2. Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho.3. Si el usufructo del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho recae sobre dinero o fondos de inversión, sean éstos acumulativos o no, se rige, en primer lugar, por las disposiciones del causante y por los acuerdos entre el usufructuario y los nudos propietarios. En segundo lugar, en defecto de dichos acuerdos, el usufructuario de dinero tiene derecho a los intereses y demás rendimientos que produce el capital, y el usufructuario de participaciones en fondos de inversión tiene derecho a las eventuales plusvalías producidas desde la fecha de constitución hasta la extinción del usufructo. Los rendimientos y plusvalías eventuales se regularán por las reglas de los frutos civiles. Art. 54. Derecho de habitación del cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho. El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, además de su legítima, tendrá un derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, mientras se mantenga en estado de viudedad, no haga vida marital ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho".

por la STC 9 junio 2016[23], que en el art. 14[24] equiparaba el cónyuge al conviviente a todos los efectos en la sucesión mortis causa de su pareja

En consecuencia, con el panorama normativo desplegado en casi todos los Derechos forales españoles en orden a reconoceré una posición jurídica al conviviente de hecho, la Ley de Jurisdicción Voluntaria, con buen acierto, modifica el art. 55 de la Ley del Notariado atribuyendo al Notario competencia para tramitar declaraciones ab intestato en las que concurra el conviviente. De esta forma dejaba zanjada una polémica sobre este tema al no contener dicha previsión la ley modificada

El único ordenamiento foral que no reconoce derechos sucesorios en la sucesión intestada al conviviente es el Derecho foral aragonés (y el navarro tras la sentencia del TC). No obstante, establece a favor del conviviente supérstite el derecho de predetracción del ajuar familia y de los objetos personales y derecho a continuar en la vivienda familiar un año después del fallecimiento de su pareja[25], al igual que las leyes sobre parejas de hecho de otras comunidades autónomas con competencia para ocuparse de ello.

2. El conviviente supérstite como beneficiario del derecho *ex lege* a usar la vivienda familiar.

Como hemos apuntado, la legislación autonómica no se queda en reconocer derechos sucesorios al conviviente con carácter general, sino que, en algunos territorios, también establece un derecho a continuar residiendo en la que fuera la vivienda familiar, que pudiera, también, importarse a la legislación nacional.

Este derecho de uso se caracteriza porque no se integra en el haber hereditario del beneficiado, lo que lo protege frente a los derechos de legitimarios que pudieran reducirlo o cercenarlo. Digamos que actúa igual que el derecho de predetracción que sobre el ajuar concede el CC al cónyuge viudo (art. 1321 CC)[26]. En cualquier caso, obviamente, el causante debe ostentar la titularidad dominical

23 STC 110/2016, de 9 de junio (Tol 5753921).

24 "Si durante la unión de hecho formalizada tuviere lugar la muerte o la declaración de fallecimiento de alguna de las personas convivientes, quien sobreviva ocupará en la sucesión la misma posición que corresponde legalmente al cónyuge supérstite".

25 Art. 311. Derechos en caso de fallecimiento de uno de los convivientes. "1. En caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el supérstite tendrá derecho, cualquiera que sea el contenido de la escritura de constitución, del testamento o de los pactos sucesorios, al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con exclusión solamente de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar. 2. Asimismo, el supérstite podrá, independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyeran, residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año".

26 "Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor".

sobre la vivienda o, al menos, la cotitularidad, siempre que el otro propietario lo fuera el beneficiario. No cabe, pues, el derecho de uso sobre la vivienda de un tercero, entiendo, que, ni siquiera en el caso de que el tercero fuera titular de una parte del inmueble. Pues no existe causa iuris que justifique la privación del uso a un sujeto que es extraño a la relación de afectividad que unía al finado con su pareja. Tampoco cuando el derecho que sobre el inmueble ostentase el causante (en caso de no ser el propietario), finalizara con la muerte de su titular (derecho de usufructo vitalicio o derecho de habitación, por ejemplo).

Vaya por delante que las normas forales que han dedicado algún precepto a establecerlo, han tenido muy poco éxito (todo hay que decirlo). Ahora bien, en la medida que esta normativa supone el embrión o el primer atisbo de una reforma que considero necesaria (como argumentaré más adelante), soslayaré la escasa o nula repercusión en la práctica y me emplearé, a continuación, a exponer su contenido y sus particularidades.

A) El inconstitucional art. 13 de la Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre y el declarado inconstitucional art. 12.2 de la Ley valenciana de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas.

Nos sorprende la Ley andaluza con un precepto, el art. 13 denominado "Derechos en caso de fallecimiento" que textualmente dice: "En el supuesto de no existencia de pacto, en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el que sobreviva tendrá derecho, independientemente de los hereditarios que se atribuyan, a residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año". Y digo nos sorprende porque el legislador andaluz, carente de competencia alguna para en Derecho civil, sin el menor pudor decide otorgar derechos *mortis causa* al conviviente supérstite consistente en el derecho de uso de la que fuera la vivienda familiar durante un año.

De acuerdo con el texto transcrito este derecho legal tiene un carácter subsidiario, pues dice "en defecto de pacto", de lo que se infiere que los convivientes están legitimados para excluir dicho derecho. Un acuerdo que no debe ser calificado como "pacto sucesorio", ya que el derecho de uso no se integra en el haber hereditario. Simplemente, se trataría de un contrato aleatorio cuyo efecto, para uno u otro o para ambos, tiene lugar cuando suceda un acontecimiento futuro tal cual es el fallecimiento de uno de los firmantes (o de ambos si la renuncia es recíproca). Tampoco se exige la reciprocidad de la renuncia por lo que es admisible que sea solo uno de ellos el que la lleve a cabo, aunque, eso sí, con el concurso de ambos. En esta línea argumentativa podemos afirmar que carecería de validez la renuncia del derecho previa al fallecimiento del conviviente; tanto por tratarse de un derecho futuro como por el hecho de no concurrir ambas voluntades.

No es admisible la exclusión del derecho por vía testamentaria, en la medida que el testamento es un negocio jurídico unilateral en el que no tiene cabida la voluntad de los beneficiados (o, en este hipotético caso, perjudicado).

En orden a la naturaleza jurídica, queda claro que no es un derecho integrado en el haber hereditario del causante, lo que lo aparta del régimen jurídico del CC; no se encuentra afectado, pues por las normas relativas a las legítimas ni, tampoco, debe estar presente en la partición de la herencia. Estamos pues, frente a un derecho que nace de la ley que surge como consecuencia del fallecimiento de un sujeto concreto. Es temporal, y su plazo es de caducidad, no pudiendo extenderse más allá del año, ni siquiera si así se hubiera pactado.

Evidentemente, si el conviviente hubiera establecido en el testamento un legado a favor de su pareja, consistente en el derecho a usar la vivienda familiar por un plazo superior al año, o, incluso, con carácter vitalicio, entiendo que en este caso el derecho de uso se integraría en el haber hereditario a todos los efectos. También si otorga un derecho de mayor extensión (por ejemplo, la titularidad dominical del inmueble) que subsuma el derecho de uso. Ahora bien, dado que el conviviente supérstite es titular por imperativo legal del derecho de uso anual, a la hora de realizarse la partición de la herencia deberá detraerse el derecho de uso durante el primer año, integrándose en el haber el tiempo que supere a dicho periodo que se calificaría como un legado y, como tal, se le aplicarían las normas del CC que así lo contemplan.

Como quiera que la ley andaluza no se ha recurrido ante el Tribunal Constitucional, el precepto se encuentra vigente, aunque su conflictividad sea escasa. En este sentido, solo en dos ocasiones se han referido las Audiencias Provinciales andaluzas al citado precepto. El primero de los pronunciamientos tuvo lugar en la SAP Granada, el 2 de febrero de 2004[27], y, aunque el supuesto de hecho no versaba sobre el derecho de uso del art. 13, la sentencia a modo de *obiter dicta* se permitió realizar una serie de reflexiones sobre el contenido de esta norma que concluye no es de aplicación al haber transcurrido más de un año desde el óbito. En su virtud, califica de "derecho sucesorio especial" el derecho de uso, excluyéndolo del haber hereditario; calificación que no me parece ajustada pues, como he argumentado, considero que es un derecho legal de uso que surge como consecuencia del fallecimiento de uno de los convivientes, sin que exista el efecto "sustitutivo" que caracteriza a los derechos sucesorios dada su limitación temporal que establece la propia ley y no depender de la voluntad del finado. Además, lo denomina "derecho de habitación" identificándolo con el así llamado en nuestro CC con el que presenta muchas semejanzas, por lo que estimo adecuada tal identificación. Finalmente, el citado texto afirma, con buen

27 SAP Granada 2 febrero 2004 (Tol 2728944).

acierto, la no exigencia del requisito de la inscripción (o, mejor dicho, formalización de la unión) en el Registro correspondiente[28].

La SAP Huelva 14 noviembre 2018[29] versa sobre el derecho reconocido en el art. 13 al conviviente que califica de "derecho de uso" y que reconoce ostentaba la demandada en el juicio de instancia; sin embargo, dado el transcurso del tiempo, la AP falla declarando su inexistencia y aseverando que, en ningún caso, puede convertirse, tal y como lo califica "usufructo vitalicio", con clara referencia que no se puede extender más allá del plazo marcado[30].

De Andalucía pasamos a la Comunidad Valenciana, a la Ley 5/2012, de 15 de octubre, parcialmente declarada inconstitucional por la STC 110/2016, de 9 de junio de 2016[31]. Entre los preceptos afectados por dicha declaración se encuentra el art. 12 que regulaba el derecho de uso de la vivienda familiar a favor del conviviente supérstite en los siguientes términos:

"1. Al fallecimiento de un o una conviviente se adjudicarán a la persona sobreviviente los bienes que constituyen el ajuar doméstico de la vivienda habitual de la unión de hecho formalizada, no computándose en su haber hereditario. No

28 "En cuanto al caso de autos, cabe reseñar el artículo 13 de la Ley andaluza, el cual establece un efecto para después de la muerte cuando fallezca uno de los convivientes: En el supuesto de no existencia de pacto, en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el que sobreviva tendrá derecho, independientemente de los hereditarios que se atribuyan, a residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año. Se trata de una norma de protección, aunque muy limitada, a favor del conviviente supérstite para poder ocupar la vivienda habitual. No es una norma sucesoria (en todo caso, sería un supuesto más dentro del elenco de supuestos llamados sucesión especial, con la particularidad de crear un derecho de habitación de singular naturaleza). El precepto debe ser también de aplicación -a nuestro juicio- cuando la pareja de hecho no está inscrita en el Registro correspondiente, siempre y cuando conviva de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, según señala el artículo 3.1 de la mentada Ley andaluza. Sin embargo, en el caso de autos ya ha transcurrido el año por lo que no es de aplicación el artículo 13".

29 SAP Huelva 14 noviembre 2018 (Tol 7021486).

30 "Este Tribunal hace una lectura distinta de la normativa que está conforme con la que se recogía en el rollo de apelación 45/14 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial, en el que se declaró que existía derecho posesorio o de continuidad en el uso de la vivienda merced a la aplicación del artículo 13 de la citada Ley 5/2002 de 16 de diciembre de parejas de hecho. (En el supuesto de no existencia de pacto, en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el que sobreviva tendrá derecho, independientemente de los hereditarios que se atribuyan, a residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año). Es viable efectivamente, y así además debe aceptarse en virtud del dictado de la citada resolución judicial, que la demandada pudiera continuar entonces en la posesión de la vivienda, pero no desde luego entender que existe un derecho de usufructo vitalicio ya que es totalmente inconcuso que no puede una mera relación estable, sin matrimonio, convertir a la pareja del fallecido en viuda a efectos sucesorios. Lo que el artículo 13 de la citada Ley recoge es exclusivamente la posibilidad de residir en una vivienda habitual de la que no se es dueño y sí lo fue la persona con la que se formó una unión more uxorio o pareja de hecho análoga a la conyugal, durante un año tras el fallecimiento del propietario, y no otra cosa. Pretender ahora que con aplicación de una normativa de Derecho Civil común puede dejarse sin efecto esa otra Ley especial, que naturalmente no puede incidir en materia estrictamente civil sucesoria al carecer la Comunidad Autónoma de competencia en esa materia (como admite la exposición de motivos de la norma al reseñar que es desarrollo de la "competencia sobre orientación familiar que el artículo 13.22 del mencionado Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía, puesto que, con respeto en todo caso a la legislación civil"), y que otorgue, no sólo- yendo más allá de su letra- el derecho a continuar haciendo uso de la vivienda durante más de un año, sino un verdadero derecho real de usufructo sobre la vivienda cuestionada, es contrario a ambas normas, autonómica y estatal".

31 STC 110/2016, de 9 de junio de 2016 (Tol 5753921).

se incluyen los objetos de extraordinario valor, en relación con el caudal relicto de la persona causante y con el nivel de vida de la pareja. 2. Quien sobreviva tendrá derecho al uso de la vivienda habitual de la unión durante un año a contar desde el fallecimiento de su pareja. En caso de arrendamiento, se aplicará la legislación en materia de arrendamientos urbanos".

De la lectura del precepto se colige que el legislador valenciano otorga igual régimen jurídico al derecho de predetracción sobre el ajuar que concede al conviviente en idénticos términos del establecido en el art. 1321 CC a favor del cónyuge, que al derecho de uso. Aunque no lo dice expresamente, la interpretación de la norma nos invita a extender la frase "no computándose en su haber hereditario" del párrafo primero en relación al ajuar al derecho de uso establecido en el segundo párrafo. No hace referencia, con buen acierto, a la posibilidad de excluir el derecho a virtud de pacto, como sí hacía el legislador andaluz.

Al igual que acaecía en la legislación andaluza el carácter imperativo de la norma impide que el testador pudiera limitar temporalmente el derecho o someterlo a condición o algún otro gravamen, pero sí ampliar su duración y extensión. Nos remitimos, pues, las consideraciones realizadas en párrafos precedentes en orden a su valoración y cómputo en el haber hereditario y en la partición de la herencia.

La sentencias del Alto Tribunal, 110/2016, con idénticos argumentos a su predecesora, declara inconstitucional la Ley 5/2012 de 15 de octubre sobre uniones de hecho en el articulado donde se establecen y regulan los efectos civiles de la unión[32], con expresa mención al art. 12, dejando, en cambio, aquellos preceptos dedicados a otros aspectos administrativos y formales de esta realidad. El motivo se ubica en la interpretación de la expresión "allí donde existan" del art. 149, 1, 8ª, pues se considera que alude a la previa existencia de un Derecho civil propio, al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sin que sea lícito remontarse a cualquier otro momento anterior. Pues el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, tanto en su redacción primigenia como en la

32 "En consecuencia, el carácter indisponible e irrenunciable de las competencias tanto estatales como autonómicas obliga a comprobar uno a uno el contenido de los preceptos de la Ley para restringir la declaración de nulidad, por este motivo, solamente de los que tengan carácter civil. a) Tienen esta naturaleza, por regular derechos y obligaciones de los miembros de la unión de hecho formalizada según lo expuesto más arriba en el fundamento jurídico tercero, los siguientes artículos de la Ley: el art. 6, que bajo la rúbrica "Efectos de la extinción de la unión de hecho formalizada" dispone en tal caso la "revocación automática de los poderes que cualquiera de sus miembros hubiera otorgado a favor del otro"; el art. 7, que establece la "Libertad de regulación" de las "relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia"; el art. 8 ("Gastos comunes de la unión de hecho formalizada"); el art. 9, que regula el "Derecho de alimentos" entre los convivientes; el art. 10 ("Disposición de la vivienda habitual de la unión de hecho"); el art. 11 ("Responsabilidad patrimonial"); el art. 12, que regula el destino del "Ajuar doméstico y uso de la vivienda" tras el fallecimiento de uno de los convivientes; el art. 13 ("Representación legal de la persona conviviente"); y el art. 14 ("Derechos de la persona conviviente supérstite en la sucesión de la persona premuerta"). Todos estos preceptos, al contener normas para las que la Comunidad Valenciana no ostenta competencia, son inconstitucionales y deben ser declarados nulos".

reciente reforma (de 2006), asume idéntica competencia sobre el Derecho civil valenciano pero tal competencia legislativa sólo puede versar sobre las probadas y subsistentes costumbre forales que se hayan observado en determinadas zonas del territorio autonómico, siendo vetado a la Comunidad autónoma valenciana crear un Derecho civil ex-novo en una materia, como las uniones de hecho[33], sobre la que no es posible apreciar "punto de conexión".

No podemos menos que sorprendernos ante la situación descrita. En ella se posibilita que una norma semejante se encuentre en vigor en una Comunidad Autónoma, en la que nunca hubo Derecho foral, por la inacción de los llamados a recurrirla (por lo que su parlamento es incompetente para legislar sobre materia alguna de Derecho privado); y, en una Comunidad Autónoma, en la que hubo Derecho foral de carácter consuetudinario que permitió la existencia de normas de Derecho privado emanadas de su Parlamento, se aparte la norma por inconstitucional, tras no apreciarse competencia del Parlamento en esa concreta materia. La crítica no va dirigida a la STC 110/2016, cuyos fundamentos son acordes con la doctrina del propio TC, sino a la incongruencia que supone la pervivencia del art. 13 de la ley andaluza.

B) El art. 311.2 del Código de Derecho foral aragonés aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo y el art. 54 de la Ley 5/2015, de Derecho civil vasco: su escasa conflictividad.

De forma muy semejante a como lo hiciera la ley valenciana, el art. 311 del Código de Derecho Foral Aragonés establece lo siguiente:

"1. En caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el supérstite tendrá derecho, cualquiera que sea el contenido de la escritura de constitución, del testamento o de los pactos sucesorios, al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con exclusión solamente de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar. 2. Asimismo, el supérstite podrá, independientemente de los derechos

33 "Y es claro que la unión de hecho no es un órgano de la Administración de la Comunidad Valenciana, ni ejerce función pública alguna, ni depende de ella; al contrario, es una institución netamente privada y conformada por dos personas que voluntariamente conviven en atención al sentimiento -definido por la Ley como de "afectividad análoga a la conyugal"- que uno y otro se profesan. Por eso, este Tribunal ha tenido ya ocasión de señalar que la regulación de los efectos jurídicos que se atribuyen a la situación fáctica de convivencia en pareja, que es lo que hace la Ley 5/2012, de la Comunidad Valenciana, "se inserta de lleno en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil" (STC 81/2013, de 11 de abril, FJ 4, sobre la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho). Según razonaba dicha Sentencia, los efectos personales y patrimoniales que se atribuyen a esa situación de convivencia por razón de afectividad son simple trasunto de las establecidas en el Código civil -y, en su caso, en los Derechos civiles forales o especiales- para el matrimonio (v. gr. pactos entre los miembros de esa unión, régimen económico -derechos, obligaciones, cargas y responsabilidades- de la misma, pensión compensatoria en caso de separación, derechos sucesorios del supérstite, etc...) y ello supone, por tanto, la regulación de una relación y, en consecuencia, de una institución civil, como ya había *interprivatos* declarado la STC 28/2012, de 1 de marzo, FJ 5, citada también en aquella sentencia".

hereditarios que se le atribuyeran, residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año."

Dada la similitud de ambas normas, poco más tengo que añadir a los comentarios sobre el contenido y su interpretación vertidos en el epígrafe anterior, a los que me remito.

En los años de vigencia se ha generado muy poca litigiosidad, habiendo localizado solo dos pronunciamientos. Uno de la AP de Zaragoza, 30 de marzo 2005[34], que versa sobre el periodo de duración del derecho precisando que el periodo de un año debe contarse desde el fallecimiento del conviviente[35], el otro del TSJ de 7 de abril 2015, relativo al carácter de derecho *per relationem* del derecho de uso a favor del conviviente supérstite[36]. En su virtud, y al igual que acaece en el derecho a usar la vivienda consecuencia de su atribución en las crisis familiares, si el derecho[37], si los ocupantes fase de armonía tenían el carácter de precaristas, la atribución del uso no puede otorgar un título al beneficiario del que carecía su

34 SAP Zaragoza 30 marzo 2005 (Tol 621677).

35 "El argumento relativo al art. 9 de la Ley de Parejas aún es mas insostenible, pues la lectura del indicado art. No puede tener otra interpretación que la que de su contenido literal se deduce, es decir, que el año gratuito de residencia en la vivienda habitual se contará desde el fallecimiento del conviviente, las otras consideraciones personales que se exponen en el recurso no pueden ser atendidas judicialmente sino a través de otras instituciones, pues obviamente la situación particular de la recurrente no puede perjudicar a la demandante, que ha solicitado el amparo judicial para la defensa de sus derechos y que los tribunales deben otorgar (art. 24 de la C.E.) procede confirmar íntegramente la Sentencia apelada".

36 STSJ 7 abril 2015 (Tol 5753921).

37 Dicho todo lo anterior podemos continuar la averiguación del sentido que haya de ser dado al art. 311 CDFA. Su objeto es regular los derechos atribuidos por ministerio de la ley al supérstite de la pareja extramatrimonial cuando su extinción se produce por fallecimiento del otro. De entre los derechos que la ley atribuye al cónyuge viudo, el legislador aragonés optó por no otorgar a la pareja no matrimonial derecho hereditario alguno en la ley 1/1999, de sucesiones por causa de muerte [hoy del libro tercero del CDFA], que perseguía una regulación completa del mismo, pese a que tal formula de convivencia sí fue contemplada en la discusión de esta ley, en la que se presentaron sin éxito sendas enmiendas para incluirla dentro de la regulación de las causas de indignidad y de desheredación (enmiendas 36 y 319). Siguió el mismo criterio en la L 6/1999, pues así se desprende de su tramitación, y de la marginación de todo derecho hereditario en los derechos que el hoy art. 311 CDFA atribuye a aquel de la pareja que sobrevive, como resulta de las expresiones "cualquiera que sea el contenido....., del testamento o de los pactos sucesorios" (párrafo 1º), e "independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyeran" (párrafo 2º). Los derechos de que se trata se derivan, pues, de la constitución misma de la unión estable extramatrimonial, como ocurre las predetracciones y aventajas de que disfruta el cónyuge viudo, tienen la misma naturaleza que ellas y persiguen la misma finalidad de protección del supérstite, por lo que al igual que aquellas deben ser referidos únicamente a los bienes existentes en la pareja al tiempo del fallecimiento, y establecidos con el fin de excluirlos de la liquidación del haber común y de la sucesión del premuerto. En definitiva, lo que se pretende con la norma es dejar a salvo el derecho de ocupación anual de los derechos adquiridos por quienes suceden al fallecido, como claramente se desprende de la dicción legal. Si esto es así, no cabe sino referir este derecho de prorrogar la ocupación de la vivienda común al derecho en virtud del cual ésta tenía lugar antes de la extinción de la pareja, del mismo modo que el derecho "al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual" de que se ocupa el primer párrafo del precepto en cuestión ha de referirse a los existentes en la pareja antes de su desaparición, lo que excluye toda posibilidad de que el supérstite tenga un mejor título de ocupación de la vivienda que el existente antes de la extinción, como con toda razón arguyen las sentencias ambas instancias. La propia mención a la herencia del difunto que contiene el precepto en sus dos párrafos abona esta idea, en cuanto pone el énfasis en ella con el fin excluir los derechos del supérstite del régimen a que pueda estar sujeta. En consecuencia, si la ocupación de la vivienda se llevaba a cabo durante la convivencia sin título que diera derecho a ella, fenecido aquél a quien se le consentía, el otro no puede pretender ostentar derecho para continuarla que pueda ser opuesto con éxito a la acción de desahucio por precario a que se ha dado lugar en la instancia".

predecesor. De igual modo, cuando el uso se atribuye *ex lege* al conviviente, nada impide a los actuales titulares (sucesores *mortis causa* del causante) interponer acción de desahucio en precario antes de que finalice el periodo de un año.

Finalizamos este recorrido por las leyes forales recabando en el art. 54 de la Ley 5/2015, sin duda el más original y de mayor contenido de los existentes en las normas autonómicas. Dice el referido precepto: "El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, además de su legítima, tendrá un derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, mientras se mantenga en estado de viudedad, no haga vida marital ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho".

La norma transcrita se ubica en un ordenamiento jurídico que determina la igualdad plena entre cónyuge y conviviente, de ahí el inició de la frase donde queda patente dicha equiparación con la partícula disyuntiva "o" que así lo expresa. Asimismo, la referencia a "además de su legítima" indica que el conviviente es legitimario en idéntica medida que el cónyuge.

Esta vez el legislador califica el derecho como "derecho de habitación" (al igual que lo hiciera la AP Granada, el 2 de febrero de 2004[38]), atribuyéndole tal naturaleza jurídica que es, en definitiva, la que mejor se corresponde con su singularidad. Asimismo, le otorga una duración indefinida, a diferencia de la anual de los demás textos autonómicos comentados, aunque la vincula a una serie de circunstancias que de, sucederse, operan con efecto extintivo del derecho. La referencia a hechos tales como el inicio de una nueva relación afectiva del beneficiario o la maternidad/paternidad debe ponerse en conexión con el concepto de "nueva familia" instaurado a partir de la STS 20 noviembre 2018[39]. Efectivamente, el TS consideró que el derecho de uso atribuido como consecuencia de la crisis se extinguía si la beneficiaria convivía con un tercero, aun cuando el interés del menor, causa que motivó la atribución *ex* art. 96.1 CC no se viera afectado[40]. El argumento se sustenta en el concepto de "familia", no en vano la vivienda se atribuye por ser la "familiar", carácter que pierde cuando entra a convivir un tercero, pues se estima que con ello se inicia una nueva familia que no justifica la desposesión del uso al titular o cotitular[41].

38 SAP Granada 2 febrero 2004 (Tol 2728944).

39 STS 20 noviembre 2018 (Tol 6921906).

40 Para un mayor detalle de la sentencia, *vid.* Chaparro Matamoros, P.: "La pérdida del carácter "familiar" de la vivienda en la que se había desarrollado la convivencia conyugal. Comentario a la STS núm. 524/2017, de 27 de septiembre", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, 2018, págs. 620-635.

41 "El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (sentencia 726/2013, de 19 de noviembre). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder

Si leemos con detenimiento las circunstancias mencionadas como generadoras de la extinción del derecho de habitación, en todas ellas apreciamos que, por su acontecer, se modifica la familia que reside en el inmueble (compuesta hasta entonces por el beneficiario), surgiendo un nuevo núcleo familiar al incorporar un tercero (marido, conviviente o hijo) que no justifica que conviviente *superstite* continue gratuitamente en el uso habitacional de un inmueble que no le pertenece (al menos íntegramente). Desde otra perspectiva, los herederos del finado (en todo o en parte de la vivienda) no deben de ser privados del uso de un bien que del que son titulares, cuando el supérstite ha rehecho su vida.

Hasta aquí el comentario al art. 54 que, lamentablemente, no puede ir acompañado de ninguna alusión a pronunciamiento jurisprudencial pues no he encontrado sentencia alguna que lo interprete.

C) La naturaleza jurídica del derecho ex a usar la vivienda familiar en la legislación autonómica.

Cuando el derecho a usar la vivienda familiar tiene como causa una disposición testamentaria, única posibilidad excepto en Andalucía, Aragón y País Vasco, la naturaleza jurídica vendrá determinada por la interpretación de la voluntad del testador. La anterior afirmación merece un matiz ya que existe otro ordenamiento jurídico foral que, de forma indirecta, garantiza el derecho del conviviente a residir en la vivienda familiar. Así, en Derecho gallego, donde cónyuge y conviviente se encuentran equiparados, se le concede a ambos en la sucesión intestada la posibilidad de hacer recaer la cuota usufructuaria que como legitimario le corresponde sobre la que fuera vivienda familiar. Contenido más amplio que el mero uso habitacional pues no lleva implícita la obligación la obligación de residir y comporta las facultades de uso y disfrute propias de este derecho.

En consecuencia, nos platearemos en este epígrafe la naturaleza jurídica del derecho de uso cuando este se genera por disposición legal, de modo semejante a como lo contempla el art. 96 CC en sede de crisis familiar. Buscando paralelismos entre ambos derechos, podemos afirmar que el derecho de uso es un derecho-deber y que se configura como una medida protectora del beneficiario. Con una diferencia importante, para que proceda la aplicación de los criterios del art. 96 debe probarse el supuesto de hecho y, en cambio, para el conviviente viudo basta la existencia de tal circunstancia. Digamos que es automático en Derecho foral, y solo lo es en las crisis familiares cuando concurren hijos menores y la custodia la asumiera en exclusiva el ex cónyuge o ex conviviente[42]. En cualquier caso, la

a la vivienda su antigua naturaleza "por servir en su uso a una familia distinta y diferente", como dice la sentencia recurrida".

42 En caso de custodia compartida el escenario no se ha previsto en el CC, por lo que no procede la aplicación del art. p. 96,1. Sobre la casuística y su resolución por los Tribunales "La atribución del derecho de uso de

aplicación de los criterios del art. 96 CC deja un mayor margen de discusión, de ahí su acusada conflictividad, que no concurre en el derecho de uso del conviviente supérstite.

Pueden calificarse como derechos gratuitos y temporales, aunque estas circunstancias no se aprecian con igual intensidad en ambos supuestos. Pues la gratuidad digamos que es mayor en el derecho de uso generado por el fallecimiento del titular o cotitular del inmueble ya que, en ningún caso, entra a formar parte del haber hereditario, única sede donde pudiera ser evaluado y computado. La estricta temporalidad (solo un año) del derecho en Andalucía y Aragón (y como lo fuera antes de su declaración de inconstitucionalidad en Valencia), así lo justifica, en la medida que el detrimento que pudieran sufrir los herederos se compensa por la escasa duración y la imposibilidad de prórroga, dado que el plazo lo es de caducidad. Más discutible el derecho de uso que establece la ley vasca que por ser indefinido carece del argumento de la temporalidad del que no hemos valido para mantener su oportunidad. Ciertamente, pudiera parecer excesivo hacer soportar a los herederos de un usuario indefinido y gratuito de un bien que han adquirido por sucesión *mortis causa* (testamentaria o legal), lo que le impide de *facto* disfrutarlo o disponer de él. No obstante, y mirándolo desde otra perspectiva, también los hederos lo son a título gratuito y, en definitiva, el usuario es la persona con la que el causante convivía con una relación de afectividad. Además, el heredero lo es solo si acepta la herencia y, de ser un legatario, siempre tiene la vía de la repudiación. Por lo que, a mi juicio, la ponderación de intereses es adecuada y la opción del legislador vasco es viable jurídicamente.

Completando el argumento, aunque el derecho de uso del art. 96 CC no implica ninguna remuneración por parte del usuario, ciertamente, goza de repercusión en las partidas económicas que genera la crisis incidiendo de forma indirecta en ellas[43]. De ahí la afirmación de una mayor gratuidad del derecho de uso del conviviente supérstite que carece de reflejo patrimonial alguno.

la vivienda familiar" en los casos de custodia compartida, Chaparro Matamoros, P.: *Actualidad civil,* núm. 2, 2019.

43 Cuena Casas, M.: "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, num. 2 (abril-junio 2014), pp. 9-39, donde, además, apunta fórmulas para calcular su valor; Verdera Izquierdo, B.: "Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La necesidad de vivienda", *InDret* 1/2016, pp. 1-57, concretamente pp. 22-28; Tamayo Carmona, J.A.: "El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro", en *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 19, enero 2015, pp. 264-291, concretamente pp. 286-287; de Verda Beamonte, J.R.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el Derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 9-43, concretamente la cita es a la p. 13 entre otros. En mi obra *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Valencia 2005, pp. 157-167, me manifesté, sobre la vía de la que llamé "compensación indirecta como la mejor fórmula para repercutir el valor del uso en otras prestaciones económicas derivadas de la crisis. Mantengo, pues, dicha tesis; ahora con un mayor respaldo, pues es la que siguen, en la actualidad, la mayoría de la doctrina, así como alguna legislación autonómica. En este sentido, art. 233-20, regla 7 del Código Civil de Cataluña: "La atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria

El hecho de que la legislación vasca no introduzca un límite temporal (como tampoco lo hace el art. 96.1 CC) implica una conexión entre su duración y la existencia de la misma familia que le dio a la vivienda tal carácter. Ello tiene como consecuencia la afirmación de que, en ambos derechos de uso, pueda predicarse su naturaleza de derecho familiar[44] (lo que no impide que, a su vez gocen de naturaleza patrimonial), y no así en los establecidos en las leyes andaluzas y aragonesas.

Finalmente, llegamos a la eterna disquisición, ¿derecho real *versus* derecho personal? En orden a la naturaleza del derecho de uso en sede de crisis familiar ya me he manifestado y no voy a repetirme[45], calificándolo como derecho personal en la medida que el art. 96.4 exige el consentimiento dual para disponer del inmueble. Sin embargo, el derecho de uso a favor del conviviente supérstite tal y como se encuentra regulado en las normativas forales que a ello se dedican, se configura como un auténtico derecho real oponible *erga omnes* en cualquier escenario. De ahí que no sea necesario que el usuario consienta a la disposición de los herederos, titulares del inmueble, pues los adquirentes deberán soportar al usuario mientras este derecho se extienda.

En los supuestos de derecho legal de uso limitado a un año, entiendo que no deben generarse importantes o numerosos conflicto; pues el plazo es corto y el gravamen que comporta para los titulares no es de entidad. Ahora bien, el derecho de uso indefinido de la ley vasca sí propicia una situación extendida en el tiempo en la que pueden tener lugar las tensiones propias entre usuario/titular, semejantes a las que tienen lugar entre ex cónyuge o ex conviviente con su ex pareja titular o cotitular de la vivienda. Para resolverlas, se acudirán a los criterios

que eventualmente devengue el otro cónyuge". En el País Vasco, la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores establece lo siguiente , en orden a la incidencia del uso de la vivienda en la prestación de alimentos debida a los hijos menores: En relación al contenido mínimo del convenio regulador el Art. 5 c): " La atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro miembro de la pareja, hayan sido utilizadas habitualmente en el ámbito familiar, cuando no se les hubiera dado un destino definitivo, y la duración, el cese y la repercusión que tal atribución haya de tener sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la pensión por desequilibrio económico". Y si no existiera acuerdo dice el Art. 10 3. "Para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los hijos e hijas, los recursos económicos de cada miembro de la pareja, el tiempo de permanencia de los hijos e hijas con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos e hijas y la contribución a las cargas familiares, en su caso". Sobre la normativa de la Ley Vasca en relación a la vivienda familiar, *vid.* Seisdedos Muiño, A.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 5/2015, del Parlamento vasco", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* num. 3 bis, noviembre 2015, pp. 145-163.

44 STS 14 enero 2010 (Tol 1840576), entre otras, reitera el carácter de derecho familiar del derecho a usar la vivienda familiar del art. 96, que es extrapolable al contenido en el art. 54 Ley vasca. "De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009)".

45 En mi trabajo "Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día", *Indret*, núm. 4, 2017.

de imputación de gastos consolidados en nuestra jurisprudencia que pueden resumirse en la premisa: gastos generados por el uso serán a cargo del usuario, gastos generados por la titularidad dominical a los titulares del bien.

Asimismo, para determinar la responsabilidad por el deterioro del inmueble como consecuencia del uso (o del mal uso) y el abono de las obras o mejorar realizadas por el usuario, se aplicarán las normas del CC dedicadas a la liquidación del estado posesorio una vez que el derecho finalice y, con él, el estado posesorio del beneficiario (arts. 451 y ss. CC).

IV. PRIMERA PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL: LA NECESARIA INCLUSIÓN DEL CONVIVIENTE EN EL ORDEN DE LOS LLAMADOS EN LA SUCESIÓN INTESTADA.

Con el firme convencimiento de que el legislador nacional debería proceder a reformar el Código civil, a fin de a incluir al conviviente en el orden de los llamados, nos atrevemos a proponer un texto alternativo para la redacción de los preceptos que deberían verse afectados por la reforma.

Debo aclarar que dicha redacción no solo afecta al conviviente, equiparado con el cónyuge en la sucesión intestada, sino que incluye, también, otra modificación que he defendido y argumentado en otros trabajos: la modificación de la posición del cónyuge y conviviente previa a los ascendientes. Y, por consiguiente, la eliminación de la legítima del cónyuge viudo cuando concurre con estos (y el reconocimiento a los ascendientes de una cuota legal usufructuaria cuando concurre con cónyuge o conviviente). Remito al lector a estos trabajos para un mayor detalle de los argumentos y su justificación[46].

Obsérvese que la equiparación entre cónyuge y conviviente se sugiere solo en cuanto a su posición en el orden de los llamados, no en relación a los posibles derechos que como legitimario reconoce el CC al cónyuge no separado (el conocido como usufructo viudal). Dicha inclusión, solo en los términos propuesto, supone el reconocimiento del carácter familia de la unión, en consonancia con la interpretación del término "familia" llevada a cabo por nuestro Alto Tribunal, sin sobrepasar los límites de nuestra Carta Magna en orden a dotar de un trato diferente a las uniones matrimoniales frente a otras uniones convivenciales.

Art. 913:

46 "La sucesión intestada en el actual Derecho civil. Algunas propuestas de *lege ferenda*", en la obra colectiva *El derecho de sucesiones contemporáneo: aspectos civiles y fiscales*, dirigida por Carlos Lasarte, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 211-228;) y "Planteamiento de una reforma de la sucesión intestada", en la obra colectiva, *Dolencias del Derecho de sucesiones,* dirigida por Pilar Estellés, Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa).

"A falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda o a la persona con la que a la fecha del fallecimiento mantenía una relación de análoga afectividad y al Estado".

Art. 943:

"A falta de las personas comprendidas en las dos Secciones que preceden, heredarán el cónyuge o a la persona con la que a la fecha del fallecimiento mantenía una relación de análoga afectividad y los parientes colaterales por el orden que se establece en los artículos siguientes."

Art. 944:

"En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge o a la persona con la que a la fecha del fallecimiento mantenía una relación de análoga afectividad sobreviviente."

Sección Segunda

De la sucesión del cónyuge y de la persona con la que mantenía el difunto una relación de análoga afectividad

Art. 935

"A falta de descendientes heredará el cónyuge o la persona con la que al tiempo del fallecimiento mantenía una relación de análoga afectividad."

Art. 936

(Sin contenido. El texto de este precepto, siguiendo el orden del CC se corresponde con el actual art. 944 que debe suprimirse))

Art. 937

"No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado legalmente o de hecho. Tampoco si se hubiera roto la convivencia con la persona con la que mantenía una relación de análoga afectividad"

Art. 938

1. "A falta descendientes, de cónyuge o de persona con relación de análoga afectividad le heredarán sus ascendientes.

2. No obstante, si a falta de descendientes resultare heredero ab intestado el cónyuge o la persona que al tiempo del fallecimiento del causante mantuviera una relación de análoga afectividad, los ascendientes tendrán derecho de usufructo sobre la mitad del haber hereditario.

3. Los herederos podrán satisfacer a los ascendientes su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.

4. Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda a los ascendientes"

A continuación, los arts. 939 a 945 cuyo texto se corresponde con los actuales 936 a 942. Se incluye una Sección Cuarta dedicada a "la sucesión de los colaterales integrada por los arts. 946 a 955, que permanecen con idéntico contenido y número. Finalmente, la actual Sección Cuarta dedicada a la sucesión del Estado pasa a ser Sección Quinta".

V. SEGUNDA PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL: EL DERECHO *EX LEGE* A USAR LA VIVIENDA FAMILIAR DEL CONVIVIENTE SUPERSTITE.

La inclusión del conviviente en el orden de los llamados, en los términos que he defendido, no atiende a esa necesidad habitacional del conviviente en la que fuera su vivienda familiar. Necesidad que debe interpretarse de forma amplia, y no solo constreñida a los aspectos patrimoniales; pues, qué duda cabe, el hogar, como sede donde se ha desarrollado la vida de la pareja, presenta una carga sentimental para el sobreviviente que justificaría el establecimiento de un derecho a continuar residiendo en ella, al menos durante un tiempo.

Simplificando lo expuesto sobre los regímenes jurídicos del derecho de uso *ex lege* a favor del conviviente dispuesto en las normas de derecho foral analizadas, podemos afirmar que se aprecian dos modelos en los que el derecho presenta distinta naturaleza jurídica. En primer lugar, el derecho de uso con un plazo temporal de caducidad breve (un año), gratuito, y que no se integra en el haber hereditario. En segundo lugar, un derecho indefinido (también gratuito y no integrado en el haber hereditario) pero de carácter familiar, que se extingue cuando el beneficiario inicia una nueva relación familiar como consecuencia de la convivencia en la vivienda con otros sujetos (nuevo hijo y/o pareja matrimonial o convivencial).

En verdad, ninguna de las dos opciones me parece adecuada para servir al interés señalado del conviviente supérstite. La primera por su brevedad, la segunda, por lo contrario; pues, un derecho de uso indefinido al conviviente pudiera ubicarlo (dependiendo del patrimonio del causante y/o del valor del inmueble) en una posición mejor que la del cónyuge, lo que, a todas luces, vulnera el art. 32 de la Constitución. Esta premisa nos conduce a optar por un derecho, limitado temporalmente, aunque dotado de un plazo mayor (de entre tres a cinco años); aunque, eso sí, pudiendo extinguirse previamente si el conviviente inicia una nueva relación afectiva o tuviera descendencia, al modo del art. 54 de la Ley vasca.

VI. REFLEXIÓN FINAL.

Con estas dos propuestas doy por finalizado el discurso. Espero haber despertado la sensibilidad del legislador ante la orfandad que padece en la sucesión mortis causa el conviviente supérstite, con el que el causante mantuvo una unión familiar protegida por nuestra Constitución, que no casa con la visibilidad con que se le dota en otras parcelas del Derecho privado.

Con independencia de los motivos jurídicos hasta aquí expuestos y la compatibilidad de las reformas propuestas con los límites constitucionales es posible apreciar un argumento más, a la vista del análisis de las normas autonómicas. Desde esta perspectiva, y dado el tratamiento que el Derecho foral le dispensa al conviviente (equiparado, incluso, al cónyuge en algunos ordenamientos jurídicos), se justifica, aún menos, la preterición del Derecho común.

Invito al legislador a que tome las medidas oportunas para dotar de algunos derechos sucesorios al conviviente supérstite, sea en la dirección marcada en estas reflexiones o en otra. Pues, lo importante no es el camino, sino andar (como dijera Machado).

IL LEGATO DEL DIRITTO DI USO O DI ABITAZIONE A FAVORE DEL CONVIVENTE

RTHE BEQUEST OF THE RIGHT OF USE OR HABITATION IN FAVOR OF THE COHABITANT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3070-3097

Alessandro DE DONATO

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il saggio analizza il legato di uso o di abitazione a favore del convivente. Partendo dall'analisi storica dell'istituto, si esamina l'evoluzione normativa e sociale del legato di uso o di abitazione a favore del convivente anche in relazione alla Legge n.76/2016.

PALABRAS CLAVE: Legato di uso o di abitazione; convivenza more uxorio; unione civile.

ABSTRACT: *The essay analyzes the legacy of use or dwelling in favor of the cohabitant. Starting from the historical analysis of the institution, it examines the normative and social evolution of the legacy of use or dwelling in favor of the cohabitant also in relation to the Law n.76/2016.*

KEY WORDS: *Legate of use or residence; more uxorio cohabitation; civil union.*

SUMARIO.- I. L'ART.636 C.C. E LA CONDIZIONE DI CELIBATO/NUBILITO O DI VEDOVANZA.- II. ART.1, COMMA 42°, LEGGE 20 MAGGIO 2016, N.76.- III. IL LEGATO DEL DIRITTO DI USO O DI ABITAZIONE A FAVORE DEL CONVIVENTE.- IV. L'ATTRIBUZIONE AL CONVIVENTE PER IL TEMPO IN CUI NON VIVA UNA RELAZIONE STABILE.

I. L'ART.636 C.C. E LA CONDIZIONE DI CELIBATO/NUBILITO O DI VEDOVANZA.

Il codice del 1865 (art. 850, terzo comma) riconosceva validità alla c.d. condizione di vedovanza[1].

Già nel progetto preliminare dell'attuale codice, il terzo comma dell'art. 850 del codice Pisanelli venne soppresso; nella Relazione della Commissione reale (p. 52) prevalsero i dubbi sulla linearità di questa eccezione rispetto alla regola generale. Sono stati invece sostanzialmente riprodotti il primo ed il secondo comma dell'art. 850 (art. 204 del progetto).

La proposta, avanzata in sede di discussione, di operare una distinzione fra il celibato ed il nubilato e, in assonanza, tra la vedovanza dell'uomo e della donna[2], e così di riservare la validità alla condizione in esame solo ove fosse legataria la donna nubile o vedova, fu opportunamente disattesa.

I compilatori della versione definitiva, accantonata la predetta proposta e quella di sopprimere del tutto la norma, nella Relazione del Ministro Guardasigilli (Grandi) presentata all'udienza del 16 marzo 1942 per l'approvazione del testo del Codice Civile (Libro II – Delle Successioni) al n. 311 affermarono che, nel secondo comma, il limite dell'efficacia del legato d'usufrutto, d'uso, d'abitazione collegata

1 Il terzo comma recitava testualmente: "*Ha pure effetto la condizione di vedovanza apposta in qualunque disposizione testamentaria di un coniuge a favore dell'altro*". La validità della condizione di vedovanza era prevista sia nell'ipotesi che vi fossero figli sia in quella che non ve ne fossero; la dottrina, all'epoca, si divise tra coloro che ritenevano che la norma avesse un fondamento logico e quelli che negavano lo avesse; alcuni Autori (Gangi, C.: *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1952, p. 192) ritenevano meritevole di protezione la volontà del testatore che poneva al coniuge vedovo il divieto di nuove nozze quando esistevano figli, valutando che il divieto tutelasse gli stessi, "la cui condizione in molti casi non si sarebbe certo avvantaggiata dal nuovo matrimonio". Cfr. inoltre, per tutti, Ricci, F.: *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. III, *Delle successioni*, Utet, Torino, 1893, p. 546; l'Autore, in relazione al fondamento giuridico dell'ultimo capoverso dell'art. 850, precisa che si può trovarne la ragione "nei nostri usi e nelle nostre abitudini, che il patrio legislatore ha voluto rispettare".

2 La motivazione addotta era che l'uomo non dovesse perdere il lascito avuto proprio quando aveva più bisogno di mezzi economici, dando vita ad una nuova famiglia; cfr., sul punto, anche Pugliese, G.: "Usufrutto, uso e abitazione", *Trattato di diritto civile italiano*, (a cura di F. Vassalli), vol. IV, T.V, Utet, Torino 1954, p. 193 nota 4; per una valutazione della norma dell'art. 850, secondo comma, codice 1865, cfr. Venezian, G.: "Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione", *Il Diritto civile italiano*, (a cura di P. Fiore – continuato da B. Brugi), Eugenio Marghieri e Utet, Napoli-Torino 1931/1936, vol. I, p. 350 ss..

• Alessandro de Donato
Notaio e Presidente del Consiglio Notarile in Santa Maria Capua Vetere.

alla durata del celibato o della vedovanza, salvava la linearità del sistema: "si tratta di lasciti di natura precaria che si deve logicamente presumere che siano fatti dal testatore non già per imporre il celibato o la vedovanza, ma in contem-plazione del celibato o della vedovanza, come eventualità possibili, e per provvedere ai bisogni della persona finché si trovi in queste condizioni".

Il primo comma fissa la illiceità della condizione di celibato/nubilato o di vedovanza[3]; la naturale aspirazione di ogni essere umano a dare un assetto ai propri beni per il tempo successivo alla morte e proiettare così se stesso di là dalla propria morte, non può spingersi a condizionare la vita affettiva dei propri successori. La libertà di realizzare i propri bisogni emotivi e le proprie aspirazioni vede nella libertà di legare il proprio destino a quello di un'altra persona una declinazione assoluta della personalità umana. Sono gli individui ed i loro spazi vissuti il confine che nessun plesso normativo può travolgere; la sovranità assoluta del singolo sul proprio destino, in campo affettivo, è l'imperativo che governa il rapporto tra il Sé e l'Altro all'interno di una relazione. L'art. 636 c.c. codifica in modo palese, in assonanza con la regola generale fissata dall'art. 634 c.c., una specifica ipotesi di condizione illecita[4].

La dottrina tradizionale[5] e la giurisprudenza risalente[6] ritengono nulla la condizione solo quando la risoluzione dell'attribuzione è subordinata all'evento

3 Cfr., Rescigno, "Condizione (Dir.Vig.)", in *Enciclopedia del Diritto*., vol. VIII, Giuffrè, Milano, s.d., ma 1961, p. 762 ss., spec. p. 792 s.; Cicu, A.: *Testamento*, Giuffrè, Milano, 1969, rist. anast. II ed., p. 204 ss.; Bigliazzi Geri, L.: *Il testamento,* I, *Profilo negoziale dell'atto. Appunti delle lezioni*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 278 ss.; Andrini, M.C.: "La condizione nel testamento", *Le successioni testamentarie* (coord. C.M. Bianca), *Giurisprudenza sistematica di diritto civile* e *commerciale*, (fondata da W. Bigiavi), Utet, Torino, s.d., ma 1983, p. 120 ss.; Gardani Contursi Lisi, L.: *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali. Art. 633-648*, *Commentario al codice civile*, (a cura di A. Scialoja-G. Branca-F. Galgano), Zanichelli - Società Editrice del Foro Italiano, Bologna - Roma, 1992, p. 90 ss.; Cirillo, F.: *Disposizioni condizionali* e *modali, Successioni* e *donazioni* (a cura di P. Rescigno), vol. I, Cedam, Padova, 1994, (p. 1058 ss.), p. 1066 ss.; Bonilini, G.: *Il testamento, Lineamenti*, Cedam, Padova, 1995, p. 52; Di Mauro, N.: "Condizioni illecite e testamento", in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, p. 94 ss.; Toti, B.: *Condizione testamentaria* e *libertà personale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 325 ss. V. anche Regni, M.: "Le condizioni limitative della libertà personale nella donazione e nel testamento", *Vita notarile*, 1982, p. 1388 ss. . Per una serie di formule, v. Bonilini, G. - Coppola, C.: "La condizione di non contrarre matrimonio", *Formulario notarile commentato* (a cura di G. Petrelli), VII, II, *Successioni e donazioni. Le successioni a causa di morte*, dir. da G. Bonilini, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1224 ss..

4 Bonilini, G.: "Condizione di non contrarre matrimonio e legato per il tempo del celibato e della vedovanza", *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (dir. da G. Bonilini), vol. II, *La successione testamentaria*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 1176 .

5 Azzariti, F.S.-Martinez, G.-Azzariti, G.: *Successioni per causa di morte e donazioni*, Cedam, Padova, 1953, p. 548; Cicu, A.: *Testamento*, cit., pp. 204-205; Giannattasio, C.: *Delle successioni, Successioni testamentarie*, in *Commentario al codice civile* , a cura di magistrati e docenti, Utet, Torino, 1961, p. 229; Capozzi, G.: *Successioni e donazioni,* Giuffrè, Milano, 2008, Tomo I, p. 885.

6 Cass., 6 agosto 1953, n. 2672; Cass., 26 luglio 1943, n. 1943; Cass., 27 febbraio 1942, n. 568. Per una interpretazione restrittiva del primo comma dell'art. 636 c.c., cfr. Cass., 21 febbraio 1992, n. 2122. V. anche Cass., 11 gennaio 1986, n. 102, con nota di Dall'ongaro, F.: "Sulla condizione testamentaria che fa divieto all'istituito di sposare donna di classe sociale inferiore" *Diritto di famiglia* e *delle persone*, 1988, p. 110 ss.; con nota di Azzariti, G.: "Disposizioni testamentarie *sub condicione*", *Giustizia civile*, 1986, I, p. 1009; con nota di Schermi, A.: "Disposizione testamentaria sottoposta alla condizione del matrimonio dell'istituito con una donna della sua stessa classe sociale; illiceità per contrarietà all'ordine pubblico" *Giustizia civile*; 1987, I, p. 188 ss., per tale ultima decisione è valida la condizione testamentaria che subordina l'acquisto di diritti ereditari alla condizione che il chiamato, fratello della testatrice, si decida a sposare "una signorina

"nozze" in generale, con riguardo così a qualsiasi matrimonio; se il divieto è relativo e/o determinato e circoscritto la condizione sarebbe valida, non incidendo sulla libertà individuale di determinare il proprio futuro affettivo; nel caso di divieto relativo la liceità riposerebbe sul carattere moralmente condiviso in quel contesto sociale del perimetro del divieto[7].

La dottrina più attenta al rispetto della libertà di autodeterminazione della persona[8], ritiene illeciti anche i c.d. divieti relativi di nozze; per trovare un punto di raccordo fra il testo, nato in un contesto dominato dal favor matrimonii, ed il tessuto sociale attuale, che tende a salvaguardare il focolare umano di là dalla sua ritualizzazione, si deve dare preminenza a quella voce della coscienza collettiva che non tollera, oramai, interferenze nella libertà individuale. Deve, così, ritenersi nulla ogni condizione che subordini all'esito di una scelta matrimoniale o di vita l'efficacia di una disposizione testamentaria; qualsiasi divieto, assoluto o relativo, riferito a tutti i soggetti o anche solo a particolari soggetti finisce con essere in contrasto con una libertà costituzionalmente garantita. Lo stato di concordanza di ogni singola scelta del legislatore con l'intero quadro ordinamentale resta così in armonia con l'ambiente sociale mutato, a maggior ragione quando il sistema abbia già recepito i nuovi valori di una società, dando rango normativo allo spirito del tempo (*Zeitgeist*).

I vincoli di vita e il matrimonio devono essere sempre frutto di una determinazione autonoma e libera, il cui rango costituzionale (arg. artt. 2 e 29 Cost.) è nel breviario dei nostri valori riconosciuti[9].

appartenente alla loro classe sociale". Sul tema cfr., inoltre, Mirabelli, G. – Scanzano, G.: "Testamento - Clausola limitativa delle nozze – Clausola attributiva di prelazione nella vendita di bene ereditario", *Rivista di diritto civile*, 1986, II, p. 479 ss.; Gardani Contursi Lisi, L.: "Controllo sulle disposizioni testamentarie condizionali e ricerca della volontà del testatore", *Rivista di diritto civile*, 1986, II, p. 297 ss.; Galappini, A.: "Condizione testamentaria e pari dignità sociale", *Diritto di famiglia e delle persone*, 1989, p. 735 ss. .

7 Sarebbe nulla comunque, anche per i sostenitori della tesi restrittiva, una condizione che discrimini per razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali (arg. art. 3 Cost.).

8 Bianca, C.M.: *Diritto civile. La famiglia. Le successioni*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1985, p. 620; l'illustre Autore sottolinea (nota 208) come la condizione sia risolutiva con effetto non retroattivo e richiama la giurisprudenza della Cassazione sulla irrilevanza di ogni indagine sulle benevoli intenzioni del testatore. Anche per Cicu, A. (*Testamento*, cit. p. 205) deve ritenersi irrilevante l'intenzione del testatore. Cfr., inoltre, Cara-Mazza, G.: "Delle successioni testamentarie", in *Commentario teorico-pratico* (diretto da V. De Martino), Istituto Geografico De Agostini, Novara, 1982, p. 270-271; l'Autore sostiene la nullità di ogni condizione risolutiva in cui l'evento dedotto in condizione sia un divieto assoluto o relativo delle prime o delle ulteriori nozze.

9 Il diritto di contrarre matrimonio è tutelato altresì dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (Parigi, 1948), dall'art. 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Roma, 1950) e dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Nizza, 2000); per una rassegna degli interventi della Corte Costituzionale sul diritto di contrarre matrimonio cfr. Lomonaco, C. – Metallo, S.: "Quesito civilistico n. 117-2018/c. Donazione con condizione risolutiva delle nuove nozze. Limiti all'ammissibilità.", in *Quesiti e Materiali*, Consiglio Nazionale Notariato 13/02/2020. Usa la dizione "uno dei diritti più sacri dell'uomo, qual è quello di contrarre o meno matrimonio" Cass., 21 febbraio 1992 n. 2122.

In armonia con la legge n. 76/2016, deve considerarsi del pari nulla la condizione che sia diretta ad impedire una unione civile.

La condizione illecita vitiatur sed non vitiat, secondo il principio della regola sabiniana fissato nell'art. 634 c.c.[10] e, pertanto, deve considerarsi come non apposta[11].

La libertà di pensare, esprimersi e agire senza costrizioni, anche nella sfera sessuale[12] (rectius emotiva) è un valore assoluto rivendicato dal comune sentire di una collettività che, se organizzata giuridicamente, deve pretenderne il rispetto dalla parola scritta della legge. Così è illecita non solo la condizione che pone un divieto assoluto di sposarsi, ma anche quella che stabilisce di sposare solamente una determinata persona[13].I

Se il primo comma è stilisticamente impreciso nella dizione "condizione che impedisce le nozze[14]", il secondo comma inizia con un tono che ne evidenzia il carattere di particolarità rispetto ad una regola generale. Inizia infatti con una preposizione avversativa concessiva "Tuttavia[15]" e prosegue con una distinzione tra il caso della vedovanza ed il tempo della vedovanza (o del celibato/nubilato).

10 La valenza corruttrice della condizione illecita vide contrapporsi, nel diritto romano, due scuole di giureconsulti, quella dei Sabiniani (Masurio Sabino – 15 a.C.) e quella dei Proculiani (fondata da Labeone); Giustiniano accolse l'opinione dei Sabiniani che escludeva che l'illiceità della condizione contagiasse l'attribuzione testamentaria. La regola del diritto romano, veicolata dal codice francese, fu fatta propria dal nostro codice del 1865; ripudiata nell'epoca moderna dal codice svizzero (art. 482: gli oneri e le condizioni immorali od illecite rendono nulla la disposizione), la regola sabiniana fu accolta dal codice sassone (§ 2125 e 2129), dal codice portoghese (art. 900) e dal codice spagnolo (art. 792). Il paragrafo 700 del codice civile austriaco prevede la nullità della clausola testamentaria che subordini l'acquisto o la conservazione dell'eredità alla condizione, rispettivamente sospensiva o risolutiva, che l'erede non contragga matrimonio.

11 V., per tutti, Barassi, L.: *Le successioni per causa di morte*, Giuffrè, Milano, 1941, p. 267 .

12 La Corte Suprema (Cass., 6 agosto 1953, n. 2672) parla di illiceità della condizione con la quale si tende ad indirizzare la libertà sessuale dell'onorato.

13 Cfr. Cass., 30 maggio 1953, n. 1633; Cass., 25 luglio 1952, n. 2359. In relazione alla asserita liceità della "condizione di contrarre matrimonio" o di "non contrarre matrimonio con una determinata persona", cfr. Cass., 19 gennaio 1985, n. 150, con nota critica di Miserocchi, M.: "Considerazioni sull'interpretazione di una originale disposizione testamentaria", *Rivista notarile*, 1987, p. 585.
In senso contrario, richiamando la trama costituzionale tessuta negli artt. 2 e 29 della Costituzione e, così, la garanzia nella nostra società di una assoluta libertà matrimoniale, la Suprema Corte ha affermato l'illiceità della "condizione testamentaria di contrarre matrimonio: Cass., 15 aprile 2009, n. 8941, con nota di Di Mauro, N.: "Illiceità della condizione testamentaria di contrarre matrimonio: la Cassazione apre alla drittvirkung per le successioni mortis causa", *Famiglia Persone e Successioni pers. e succ.*, 2009, p. 595. Concorda con l'impostazione della citata sentenza n. 8941/2009, Tacconi, U.: "Successione: condizione *ad nuptias* nel testamento, differenze con la donazione obnuziale", *Vita notarile*, 2009, p. 777 ss. . Cfr., in senso contrario, sulla validità della condizione *si nupserit*, Giannattasio, C.: *Delle successioni*, cit., p. 229, sulla base di considerazioni, però, *datate*: "il matrimonio … è lo stato normale della persona umana e attraverso di esso si realizza un duplice fine: quello della propagazione della specie nella forma più perfetta della filiazione legittima e quello della mutua assistenza materiale e morale".

14 Nessuna condizione può impedire le nozze! La condizione può solo risolvere l'attribuzione nel caso di nuove o ulteriori nozze.

15 Di equivalente valore semantico è l'avversativo "*però*" del testo dell'art. 850 del codice civile 1865.
A volte la prima parola di una norma del codice civile, nell'ambito delle successioni, soprattutto se ha un carattere sanzionatorio, ne condiziona la lettura, evidenziando un significato che colora l'intera disposizione; ad esempio gli articoli: 596 – 597 – 598: sono nulle; 628 – 631 – 632: è nulla; 636: è illecita; 679: è valida; 699: non si può. Anche la prima parola dell'Iliade (μῆνιν - ira) racchiude in sé il cuore dell'intero

Il caso della vedovanza (o del celibato/nubilato) è un'ipotesi che non può che riguardare, come riferimento soggettivo, una persona diversa dal testatore, il cui coniuge non potrà che essere vedovo; la previsione di un evento futuro ed incerto deve avere come parametro la situazione personale di una terza persona che, al momento della morte del testatore, potrebbe essere o non essere vedova. Il legatario, divenuto vedovo, acquista il diritto reale limitato o la pensione o altra prestazione periodica, e la conserva per tutta la durata della situazione personale presa in esame dalla norma.

La raffigurazione plastica del valore assoluto del rispetto della libertà matrimoniale vede nella interpretazione giurisprudenziale del secondo comma dell'art. 636 c.c. la sua modalità operativa più concreta. Se il rapporto tra regola e sua declinazione è lineare, può dirsi che anche la condizione risolutiva di celibato o di nubilato o della vedovanza deve piegarsi a rispettare lo spirito del principio generale.

Nell'interpretazione dei testamenti è "preminente la ricerca della volontà effettiva del testatore, comunque espressa, volontà che si desume dalle singole disposizioni e dal loro complesso, non fermandosi unicamente sulle espressioni letterali, ma sul loro reale ed effettivo significato, in guisa da trarne l'intendimento del testatore"[16]. La dottrina e la giurisprudenza[17] concordano, conformemente ai lavori preparatori del codice[18], nel ritenere che per valutare la liceità o la illiceità di una condizione "occorre aver riguardo non soltanto al fatto obiettivo dedotto in condizione, ma anche all'intenzione del testatore, allo scopo cioè che egli si è proposto con la disposizione"[19].

Affermata, in modo netto, la nullità della condizione risolutiva di "non contrarre matrimonio", nullità desumibile in ogni caso dal sistema ordinamentale[20], per omogeneità interpretativa, deve del pari ritenersi nulla la condizione risolutiva di celibato o nubilato ogni qualvolta si sia voluta coartare la volontà del beneficiato, costretto a scegliere tra beni e affetti. La valutazione, ancorata alle caratteristiche sociali dell'ambiente in cui è vissuto il testatore, deve in ogni caso dare rilievo

poema, come la prima parola dell'Infinito di Leopardi (Sempre) detta la metrica d'approccio all'intera poesia.

16 Vedi Cass., 24 giugno 1959, n. 1990, cit..

17 Cass., 30 maggio 1953, n. 1633; Trib. Brescia 8 febbraio 1954; Ganci, C.: *La successione*, cit., p. 190; Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino,1950, pp. 523 e 524. Sulla condizione di celibato, in genere, vedi Barbero, D.: "Condizione" (Dir. Civ.), in *Nuovissimo Digesto Italiano,* Utet, Torino, 1959, vol. IV, p. 1097 (1101, 1103); Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. 3°, parte II, Giuffrè, Milano, 1952, p. 135.

18 Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, n. 310 .

19 Il principio vitiatur sed non vitiat non trova, così, applicazione nel caso in cui l'attribuzione, per volontà del testatore, sia inscindibilmente legata all'avveramento della condizione.

20 Sul tema della donazione con condizione risolutiva delle nuove nozze, cfr. Fava, P.: *Successioni* e *donazioni*, Milano 2017, p. 2465; l'Autore precisa, con coerenza, che per la predetta condizione coartante "valgono gli stessi principi enucleati … in merito alle condizioni nel testamento".

all'idoneità di una conditio viduitatis a influire sulla libera determinazione del beneficiato, per le condizioni personali ed economiche dello stesso, anche in considerazione dell'entità dell'attribuzione condizionata[21].

Il carattere "assistenziale", che trova la sua fonte in una relazione d'aiuto, è il sicuro alveo nel quale si incanala l'attribuzione di un diritto reale limitato o di una pensione, per il tempo del celibato o della vedovanza. La previsione, del resto, di una pensione[22] sorregge l'idea di un gesto, dettato da affetto e non da egoismo[23].

In tal senso la Cassazione[24], collegando indissolubilmente il secondo al primo comma dell'art. 636 c.c., afferma che, nell'ipotesi di una condizione di vedovanza apposta ad un legato in favore del coniuge superstite, si determini l'illiceità della condizione "se risulti che la condizione tenda ad impedire le nozze", mentre si avrà liceità "ove sia accertato che il testatore abbia voluto giovare al beneficiato, assicurandogli, per il tempo della vedovanza, i mezzi economici per affrontare meglio quello stato, senza alcuna intenzione di imporre una sanzione di carattere patrimoniale per il caso di ulteriori nozze".

La prima osservazione sulla norma riguarda la scelta operata dal legislatore che àncora il congegno giuridico a due presupposti:

- il primo è il carattere dell'attribuzione *mortis causa*;

- il secondo è il contenuto dell'attribuzione *mortis causa* .

Da un punto di vista letterale e sistematico, la norma richiede un'attribuzione mortis causa a carattere particolare; diversa da un punto di vista sia giuridico che operativo è la posizione dell'erede rispetto a quella del legatario. Il carattere dell'attribuzione è, del resto, inevitabilmente avvinta al contenuto della stessa, che prevede diritti reali limitati di godimento e prestazioni periodiche. Sono di là dall'ombrello protettivo del secondo comma sia l'istituzione d'erede che il legato di proprietà.

L'essenza che, in una varianza di sottotoni, è il fulcro della norma è la temporaneità, che tinteggia una durata limitata nel tempo. In un quadro sistematico

21 Trib. Napoli, 21 dicembre 1967; la sentenza napoletana ha ritenuto illecita la condizione apposta all'attribuzione di un usufrutto al coniuge del de cuius "finchè vedovo".

22 La memoria, qui, ci riporta a quella "erogazione di somme determinate" che nell'art. 699 c.c. si pone come eccezione alla generale invalidità di attribuzioni mortis causa a più soggetti in ordine successivo.

23 Il carattere razionale e non egoistico della volontà che determina un'attribuzione condizionata, è già presente negli studi di Coviello, N.: *Corso completo del diritto delle successioni*, Alvano Editore, Napoli, 1915, n. 1, p.713.

24 Cass., 4 marzo 1966, n. 641, con nota di Cassisa, G.: "Sul legato di usufrutto per il caso o per il tempo della vedovanza" *Giustizia civile*, 1966, I, p. 1355.

sia il titolo d'erede che la stabilità di un assetto proprietario contraddicono la trama che sorregge la validità di simili condizioni.

Il parametro interpretativo deve così ancorarsi alla regola generale consacrata nell'art. 634 c.c. che esclude dal novero delle condizioni lecite quelle contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume e così tutte quelle in ogni modo limitative della libertà di ogni individuo di costruire il proprio mondo degli affetti senza condizionamenti esterni[25].

L'attribuzione mortis causa è, così, testualmente lecita quando non sia stata formulata per influire sulle scelte di vita del beneficiato, ma allo scopo di provvedere alle sue esigenze, per tutta la durata del celibato[26].

In tal senso, deve essere vista con sfavore anche la coartazione indiretta della volontà del beneficiato che il testatore può perseguire con un vantaggio economico che si ponga in alternativa alla libera determinazione della scelta del proprio destino affettivo.

La dottrina e la giurisprudenza[27] si sono divise, infine, sulla rilevanza della ricerca della volontà del testatore nell'ipotesi prevista dal secondo comma dell'articolo in esame. Il carattere limitato nel tempo, per previsione normativa, dei diritti attribuiti al legatario, sembra sganciare l'attribuzione dalla reale intenzione del testatore, sempre che la clausola del testamento non finisca con il ricadere nel perimetro del primo comma. L'angolo di visuale offerto dalla norma all'interprete non ha come punto di ingaggio la configurazione del secondo comma come eccezione al divieto generale fissato nel primo comma o, all'opposto, l'essere il secondo comma una fattispecie distinta ed autonoma rispetto al primo comma; è nella realtà delle cose che la condizione "impeditiva" delle nozze sia cosa diversa da un'attribuzione "per il tempo" del celibato/nubilato o della vedovanza.

Anche in assenza del disposto normativo, non si potrebbe dubitare della liceità di un legato di un diritto reale di godimento o di prestazioni periodiche che, di là dal divieto di future nozze, miri al diverso fine di garantire un vantaggio economico per la durata del permanere di uno stato personale; la norma non è, però, superflua perché limita il campo applicativo a diritti con una "data di scadenza" e attribuisce all'eventuale avveramento della condizione efficacia ex nunc e non ex tunc. La

25 Risultano ancora illuminanti alcune riflessioni d'antan: cfr. Portalis, J.E.M.: *Discorso preliminare al primo progetto del codice civile*, (traduzione a cura di R. Calvo), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli/Roma 2013, p. 142 "*subordonnent les intérêts du peuple vivant aux capricês du peuple mort* (p. 76 subordinano l'interesse dei vivi ai capricci dei morti)".

26 Cass., 21 febbraio 1992, n. 2122, con nota di Di Mauro, N.: "Brevi considerazioni in tema di condizioni testamentarie illecite", *Giustizia Civile*, 1992, p. 1753 ss. e *Rivista notarile*, 1992, p. 917 ss., con nota di Serino, R.

27 Per la necessità di indagare in ogni caso l'effettiva volontà del testatore, cfr. Cass., 4 marzo 1966, n. 641, cit.; in senso contrario, cfr. Cass., 26 giugno 1973, n. 1834, *Foro it*., 1974, I, c. 172 con nota di Lipari, N. e Trib. Lucca, 12 agosto 1992.

disposizione contenuta nel secondo comma non deroga al principio fissato nell'art. 634 c.c. e specificato, per una determinata ipotesi, nel primo comma dell'art. 636 c.c.; un usufrutto limitato al tempo della vedovanza è cosa diversa da un usufrutto subordinato alla condizione risolutiva delle nuove nozze; solo nel secondo caso vi è limitazione, diretta o indiretta, della libera determinazione della persona beneficiata.

Il "caso" ed il "tempo" del celibato o della vedovanza fanno riferimento ad ipotesi diverse, ma in entrambi i casi le future nozze sono un evento incertus an et incertus quando[28] .

II. ART.1, COMMA 42°, LEGGE 20 MAGGIO 2016, N.76.

Il comma 42° dell'art. 1 della legge n. 76/2016 prevede che "*in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa*" per un periodo predeterminato.

La novella del 2016 da un lato ha configurato una nuova forma di comunione di vita (comma 1: istituisce l'unione civile) dall'altro ha recepito, strutturandola, un'onda lunga presente nella società (le convivenze)[29].

28 Cfr. Cass., 26 giugno 1973, n. 1834: "l'evento delle nozze del legatario realizza non la scadenza di un termine, ma il verificarsi di una condizione risolutiva"; in senso contrario Bonilini, G.- Coppola, C.: "Le disposizioni sottoposte alla condizione di non contrarre matrimonio", in *Temi notarili – Le disposizioni testamentarie* (collana diretta da G. Bonilini, coord. da V. Barba), Utet, Torino, 2012, p. 970; gli Autori, data la natura temporanea dei diritti deducibili ad oggetto del legato, ritengono che non vi sia incertezza relativamente all'*an* e che, pertanto, nell'ipotesi esaminata il mezzo tecnico sia quello del termine finale: "la vedovanza, in relazione alla quale è contemplato il legato, non essendo imposta dal testatore come corrispettivo del vantaggio patrimoniale divisato, è considerata come stato obiettivo di fatto, che il testatore ha tenuto presente per venire in aiuto al legatario; quindi, non è condizione". Cfr., in tal senso, anche Bonilini, G.: "Condizione di non contrarre matrimonio e legato per il tempo del celibato o della vedovanza", *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, (dir. da G. Bonilini), vol. II, in *La successione testamentaria*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 1190 . Parlano di termine finale incerto Cirillo, F.: *Disposizioni condizionali*, cit., p. 1068 e di termine risolutivo fino al quale il legato deve essere prestato Azzariti, G.: *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del codice civile*, Jovene, Napoli, 1990, p. 573. In relazione all'incertezza come requisito che caratterizza la condizione in contrapposizione ai coelementi futuri ma certi, cfr., per tutti, Falzea, A.: *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1941, p. 170 ss..

29 Sul punto, *ex multis*, cfr. AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge* (a cura di P. Rescigno, V. Cuffaro), *Giurisprudenza italiana*, 2016; Ferrando, G.: "Le unioni civili: la situazione in Italia", *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1771 ss.; Balestra, L.: "Unioni civili, convivenze di fatto e modello matrimoniale: prime riflessioni", *Giurisprudenza italiana.,* p. 1779 ss.; Sesta, M.: "Unione civile e convivenza: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia", *Giurisprudenza italiana,* p. 1792 ss.; Spadafora, A.: "I rapporti paraconiugali dinanzi alla legge", *Giurisprudenza italiana.,* p. 1808 ss.; Alpa, G.: "La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 1718 ss.; Amadio, G.: "La crisi della convivenza", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 1765 ss.; Auletta, T.: "Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (L. 20 maggio 2016, n. 76)", *Le nuove leggi civili commentate*, 2016, p. 367 ss.; Azzarri, F.: "Unioni civili e convivenze (diritto civile)", *Enciclopedia del diritto*, Annali, Giuffè, Milano, 2017, p. 291 ss.; Bianca, C.M.: *Diritto civile, II-1, La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2017; Blasi, M. – Campione, R. – Figone, A. – Oberto, G.: *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Giappichelli, Torino, 2016; Bona, C.: "La disciplina delle convivenze nella l. 20 maggio 2016 n. 76", *Foro italiano*, 2016, c. 2093; Delle Monache, S.: "Convivenza *more uxorio* e autonomia contrattuale (alla soglia della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)", *Rivista di diritto civile*, 2015, p. 944 ss.; Patti, S.: "La convivenza di fatto tra normativa di tutela e regime opzionale", *Foro italiano*, 2017, c. 301; Romeo, F.: "Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76", *Le nuove leggi civili commentate*, 2016, p. 665

Circoscrivendo il perimetro di una delle possibili forme di convivenza, la norma detta una definizione nell'ottica delle disposizioni di cui ai commi da 37° a 67°. La normativa sui rapporti di coppia informali fissa coordinate di riconoscibilità della figura, ancorandola a concetti di immediata percezione: realtà affettiva – stabilità – assistenza morale e materiale. Dopo una lunga rincorsa, il diritto ha assorbito le istanze sociali e la multiforme colorazione della passione umana[30]. La convivenza, disseminata di pulsioni diverse che non ne fanno evaporare la connotazione unitaria, ha così solo di recente visto una regolamentazione, parziale, degli interessi patrimoniali che ne connotano la dimensione; la accezione ''di fatto'' ancòra maldestramente fissata nella norma, non deve fuorviare l'interprete; la convivenza non è relegata tra i rapporti di fatto; tale qualificazione ne fotografa solo il momento iniziale non formale; resta comunque opinabile l'aggettivazione scelta dal legislatore che, nel momento stesso in cui la disciplina, dopo averne circoscritto l'operatività, sul piano lessicale la definisce in modo incoerente alla sua giuridicità formale. La rilevanza polimorfa[31] di vari aspetti, anche successori, del vivere insieme ha nella legge ordinaria in commento una dignità giuridica che ne nega la degradazione a mero ''fatto''; la fissazione di forme di tutela di interessi assunti oramai come meritevoli di tutela lascia sul campo solo un nome svuotato oramai di senso[32]. Mutazioni sociali, cambiamenti di valori fondanti e trasformazioni di gesti e atteggiamenti hanno, ineludibilmente, ''suscitato'' nel legislatore nuovi assetti normativi. Le stesse modalità ricognitive di accertamento della convivenza e la fissazione di elementi connotativi della stessa non ne circoscrivono il perimetro di riconoscimento in termini assoluti e, di là da tale perimetro, esiste un universo di ipotesi socialmente considerate come convivenza[33] .

ss. Dogliotti, M.: "Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto", *Fam. dir., 10/2016* , p. 868 ss.; Balestra, L.: "La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione", *Famiglia e diritto*, 10/2016, p. 919 ss.; Lenti, L.: "Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri", *Famiglia e diritto*, 10/2016, p. 931 ss.; Oberto, G.: "La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza", *Famiglia e diritto*, 10/2016, p. 943 ss.; Al Mureden, E.: "Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze", *Famiglia e diritto*, 10/2016, p. 966 ss. . Per una visione della convivenza allargata al contesto europeo, cfr. Ragni, C.: "La disciplina della convivenza in Europa alla prova del pluralismo dei modelli familiari", *Persone e famiglia* (a cura di P. De Cesari), vol. II, *Tratt. dir. priv. Un. Eur.* (a cura di G. Ajani – G.A. Benacchio), Cedam, Torino, 2008, p. 349 ss. .

30 Paradiso, M.: "*sub* commi 36° - 37°", *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze* (a cura di S. Patti), in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano* (a cura di G. De Nova), Zanichelli, Bologna, 2020, p. 473, parla di "stabile comunione di vita, intessuta di legami affettivi e animata da mutua assistenza morale e materiale, che sia socialmente conosciuta".

31 Schlesinger, P.: "La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze", *Famiglia e diritto*, 10/2016, p. 846 nota come "oggi esistono plurime forme, eterogenee per struttura ed effetti, attraverso le quali una relazione affettiva di coppia può acquisire rilevanza giuridica e divenire fondamento di una famiglia".

32 Per gli strumenti negoziali di tutela dei conviventi prima della novella, cfr. Balestra, L.: "L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010, p. 1118 ss.; Gazzoni, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Key Editore, Milano, 1983; Oberto, G.: *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1991; Trabucchi, A.: "Pas par cette voie s'il vous plait!", *Rivista di diritto civile*, p. 350; AA.VV.: *Le convivenze familiari. Diritto vivente e proposte di riforma* (a cura di F. Bocchini), Giappichelli, Torino, 2006; per l'impostazione dogmatica, prima della riforma, cfr. per tutti Falzea, A.: "Problemi attuali della famiglia di fatto", in AA.VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Esi, Napoli, 1988, p. 51 ss..

33 Per Rizzi, G.: "La convivenza di fatto e il contratto di convivenza", *Notariato*, 1/2017, p. 13, "la disciplina dettata dalla L. n. 76/2016 non si applica a qualsiasi forma di convivenza, ma solo a quei rapporti di

Il regime successorio dei conviventi di fatto, nella legge in esame, prevede il diritto del convivente superstite di continuare ad abitare nella casa di comune residenza per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e, comunque, non oltre i cinque anni. Al convivente non è stata, così, riconosciuta la qualità di erede legittimo né quella di legittimario.

La dottrina si è divisa sulla qualificazione di tale attribuzione e sulla natura reale o obbligatoria di tale diritto. Alcuni Autori[34] sostengono la natura successoria dell'attribuzione, nell'ambito di una speciale vocazione anomala, configurando un legato ex lege. Altri Autori[35] propendono per la previsione di un acquisto iure proprio in occasione della morte.

La mancanza di una chiara vocazione ereditaria[36], la temporaneità dell'attribuzione e la natura del diritto attribuito inducono a valutare criticamente l'affermazione della natura ereditaria di legato ex lege.

La norma pone su di un gradino più alto e, così, preferenziale l'applicabilità dell'art. 337 c.c.; la nuova disciplina dovrà, pertanto, in ogni caso essere coordinata operativamente con l'assegnazione della casa familiare, operata tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli.

La valutazione sociale, fatta propria dal legislatore, mira a preservare il focolare domestico, a conservare la memoria del defunto nelle cose e nell'ambiente che furono del defunto e la testimonianza del suo "essere" resa da colui che quell'abitazione e quegli oggetti ha condiviso[37]. La casa di abitazione rappresenta così il "luogo della memoria"[38] e, per simbolo, l'essere nella casa; pertanto, non solo un luogo fisico ma anche una presenza emotiva. L'etimo di abitazione ci riporta del resto ad habere ed alla connessione tra soggetto e oggetto; il nomen

convivenza per i quali ricorrano i presupposti indicati nel comma 36° ". Usa l'espressione "convivenza Cirinnà" o "convivenza registrata" Mecenate, F.: "Comunione legale, contratto di convivenza e circolazione dei beni dopo la legge Cirinnà", Studio civilistico n. 196-2017/c, approvato dalla commissione studi civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 24/01/2018. Per Gazzoni, F.: "La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla recente legge", *www.personaedanno.it* è preferibile usare l'espressione convivenza more uxorio per le persone che preferiscono "continuare a non incasellare la propria vita affettiva" nel modello disciplinato dalla legge n.76/2016 .

34 V., per tutti, Padovini, F.: "sub commi 42° - 43° - 44°", *Regolamentazione delle unioni civili,* cit., p. 519 ss. . Parla di legato ex lege anche Rizzi, G.: "La convivenza di fatto", cit., p. 19 .

35 V., per tutti, Frezza, G.: "*sub* commi 42 – 43", *Le unioni civili e le convivenze*, (a cura di C.M. Bianca,), Giappichelli, Torino, 2017, p. 547 ss. .

36 Sul tema della chiamata ereditaria come presupposto di un acquisto *mortis causa*, cfr. PALAZZO, A.: *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, (a cura di G. Iudica e P. Zatti), Giuffrè, Milano, 2000, p. 23; Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 658 .

37 L'interesse abitativo è stato definito dalla Corte Costituzionale (Corte Cost. 7 aprile 1988, n. 404) come diritto del singolo, "requisito essenziale caratterizzante la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione".

38 Cubeddu, M.G.: *La casa familiare*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 205; nel predetto testo l'espressione è riferita, però, alla famiglia fondata sul matrimonio.

abitazione non disegna solo una dimensione spaziale ma anche una funzione volta a fare di una casa un'area protetta e conchiusa in un cerchio affettivo[39], un ''nido''.

La situazione giuridica soggettiva di appartenenza orbita nella sfera dei diritti personali di godimento: un diritto di natura obbligatoria avente ad oggetto il godimento di un bene. La locuzione utilizzata, ''continuare ad abitare'', si contrappone nettamente a quella utilizzata dall'art. 540, comma 2°, c.c.: ''diritto di abitazione'', e la differente terminologia non può non avere una valenza nell'ottica dell'inquadramento del diritto[40]; la stessa durata limitata nel tempo e predeterminata e la cessazione del diritto nelle ipotesi fissate dal comma 43° depongono per il carattere obbligatorio; sul piano letterale, anche il verbo ''continuare'' postula una situazione già preesistente al decesso del de cuius che continua con la stessa tonalità che, prima dell'evento morte, certo non aveva i caratteri della realità[41].

Il dibattito ripercorre, per certi versi, quello dell'assegnazione, ad uno dei coniugi in sede di separazione, della casa familiare con provvedimento giudiziale[42].

III. IL LEGATO DEL DIRITTO DI USO O DI ABITAZIONE A FAVORE DEL CONVIVENTE.

La natura del diritto attribuito e, in primo luogo, il suo carattere temporaneo portano con certezza ad individuare nel testamento il solo veicolo di una attribuzione mortis causa che abbia carattere di stabilità e di opponibilità.

Il legislatore, con la scarsa coerenza sistematica propria della lunga contrapposizione politica che ha portato a tante soluzioni di compromesso, ha tuttavia assunto il bisogno abitativo del convivente superstite a parametro di tutela, senza confezionarne comunque una dimensione che garantisca nel tempo la

39 Abitare è la forma frequentativa del latino *habere* (avere) e chi abita continua ad avere.

40 Cfr., in tal senso, Frezza, G.:, "*sub* commi 42 – 43", cit., p. 553; Padovini, F.:, "*sub* commi 42° - 43° - 44°", cit., p. 523; Lenti, L.: "Convivenze", cit., p. 939. Parla di legato *ex lege* di abitazione, adombrando il carattere reale di tale diritto, Romano C.: "Unioni civili e convivenza di fatto: una prima lettura del testo normativo", *Notariato*, 4/2016, p. 344 .

41 Per i regimi di opponibilità e di gestione, cfr., per tutti, Frezza, G.: op. cit., p. 554; e Padovini, F.: op. cit., p. 524

42 Cfr., per tutti, per la qualificazione come diritto analogo al diritto reale di abitazione, Bianca, C.M.: *Diritto civile*, II, Giuffrè, Milano, 1985, p. 161 (ora 2005, p. 161). Per la qualificazione come diritto personale di godimento, in giurisprudenza, cfr. Cass., 16 marzo 2007, n. 6192; Cass., 3 marzo 2006, n. 4719; Cass., 8 aprile 2003, n. 5455; parla di diritto personale atipico di godimento, Cass., 17 settembre 2001, n. 11630. In dottrina, cfr., Finocchiaro, A.: *Del matrimonio*, II, *Commentario del codice civile*, (a cura di A. Scialoja e G. Branca), Zanichelli e Società Editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1993, 424; Finocchiaro, A.: "Natura non reale dell'assegnazione della casa familiare ad uno dei coniugi, nel corso di separazione personale, e pretesa inopponibilità di tale assegnazione al terzo acquirente dell'immobile", *Giustizia civile*, 1986, 73; Zatti, P.: *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato*, (diretto da P. Rescigno), Utet, Torino, 1996, 261 ss.; Oberto, G.: "L'assegnazione consensuale della casa familiare nella crisi coniugale", *Famiglia e diritto*, 1998, 463 ss.; Gazzoni, F.: "Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale", *Famiglia e diritto*, 2008, 742 ss..

permanenza nel luogo di vita della coppia. Di là dalla timidezza di tale impostazione, è sicuramente corretto aver lasciato all'autonomia testamentaria la scelta che, per ogni singola coppia, confezioni le modalità concrete adottate per salvaguardare la posizione successoria del convivente superstite.

In tale ottica è apprezzabile anche aver tarato il minimo di legge in parametri temporali di durata contenuti: se il convivente defunto non ha inteso tutelare il proprio partner, la norma deve sacrificare gli interessi degli eredi per quella sola tempistica che consenta al convivente superstite di ripensare organizzativamente la propria esistenza.

Il diritto reale di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare ed il diritto reale di uso dei mobili che la corredano, previsti dall'art. 540 c.c., hanno natura giuridica di legati ex lege; la titolarità viene acquisita immediatamente al momento dell'apertura della successione, senza bisogno di accettazione, secondo la regola propria di tutti i legati di specie; per l'automaticità dell'acquisto e per le caratteristiche dell'attribuzione, sopravvive nel caso di rinunzia all'eredità[43].

Il diritto di abitazione e quello di uso previsti dall'art. 540 c.c. non si estinguono in caso di abbandono dell'immobile da parte del coniuge superstite, che trasferisca altrove la propria residenza e neppure nel caso di nuove nozze dello stesso, in applicazione degli artt. 1014, 1015 e 1026 c.c.; la tassatività delle cause estintive dei diritti reali di godimento in *re aliena* non consente infatti forzature[44].

La scelta testamentaria può consentire al convivente di organizzare e tutelare il bisogno abitativo del convivente superstite con modulazioni e tonalità che, nel rispetto dei diritti dei legittimari[45], assicurino la preservazione della "memoria del cuore".

43 Sulle caratteristiche, in generale, del diritto di abitazione, cfr. Barbero, D.: *L'usufrutto* e *i diritti affini*, Giuffrè, Milano, 1952; Bianca, C.M.: *Diritto civile. La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1999; Bigliazzi - Geri, L.: *Usufrutto, uso* e *abitazione*, in *Trattato di diritto civile* e *commerciale*, a cura di A. Cicu – F. Messineo), Giuffrè, Milano, 1979; Bonilini,, G.: *Il diritto reale di abitazione*, sez. I, *Usufrutto, uso, abitazione* (a cura di G. Bonilini), Tomo II, *Diritti Reali, Nuova giurisprudenza di diritto civile* e *commerciale*, 2010; De Martino.: *Dell'usufrutto, dell'uso* e *dell'abitazione*, *Commentario Scialoja Branca*, cit., 3^ ed., Bologna Roma, 1961; Orlando Cascio, S.: "Abitazione", in *Enciclopedia del diritto*, I, Giuffrè, Milano, p. 97; Palermo, G.: *L'uso* e *l'abitazione*, in *Trattato di diritto privato*, (diretto da P. Rescigno), VII, Utet, Torino, 1984, p. 150, VIII, 2^ ed., Utet, Torino, 2002; Pugliese, G.: *Usufrutto*, cit; Venezian, G.: *Dell'usufrutto*, cit. . Sulla varietà di situazioni e sulla frammentazione in tanti statuti giuridici diversi del diritto di abitazione, cfr. Trapani, G.: "Profili soggettivi del diritto di abitazione", *Rivista notarile*., 2005, p. 981 ss.; Musolino, G.: *Uso, abitazione* e *servitù irregolari*, Zanichelli, Bologna, 2012; Lomonaco, C. - Metallo, S. - Musto, A.: "Dal diritto di abitazione ai diritti di abitazione", *Focus 6/2015* (a cura dell'Ufficio Studi, settore pubblicistico), CNN Notizie del Consiglio Nazionale del Notariato n. 189 del 16 ottobre 2015.

44 Musolino, G.: "I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite", *Rivista notarile*, 2005, p. 642. In giurisprudenza, cfr. Corte Appello Bari, 20 maggio 1953; con espresso riferimento al tema della non configurabilità di una rinunzia tacita, Trib. Verona, 12 dicembre 1989.

45 Dopo la riforma del diritto di famiglia (legge 19 maggio 1975, n. 151), la riforma della filiazione (d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154), la riforma dell'art. 563 c.c. (legge n. 80/2005 – legge n. 263/2005), l'introduzione del patto di famiglia (art. 768 *bis* ss. c.c.) è l'ennesima occasione persa dal legislatore per rimeditare le categorie

La scelta di abitare insieme, di vivere uno spazio che racconta storie e frammenti di vita affettiva è un comportamento fondamentale della persona; ha sì una natura "fattuale", ma si caratterizza per una forte matrice di comunione di vita e assume il valore dell'espressione di un pensiero simbolico teso a dare effettività alla quotidianità domestica di una aggregazione familiare.

La casa familiare assume una valenza dissimile dalla semplice somma di tutti i suoi elementi materiali e può essere intesa come un "complesso di beni funzionalmente attrezzato per assicurare l'esistenza domestica della comunità familiare'[46]. A volte il diritto svolge una funzione solo vicaria rispetto al voluto delle persone e "nel valutare i problemi concernenti la famiglia di fatto occorre ribaltare l'impostazione incentrata sulla tutela della famiglia e prendere in considerazione la tutela della persona che vive il rapporto familiare'[47].

E' così la volontà del testatore la sola, vera, garanzia affinchè anche nel rapporto di convivenza, di fatto o *more uxorio*, il luogo degli affetti e delle abitudini di vita possa avere continuità, di là dagli angusti ambiti fissati dal comma 42° [48].

Il convivente può attribuire in forma testamentaria, relativamente alla casa in cui si è svolta la propria relazione affettiva:

- un legato di usufrutto;

- un legato di uso o di abitazione.

E' evidente che, ove la volontà navighi in tale direzione, il bene possa essere attribuito in piena proprietà; i diritti reali di godimento consentono di limitare alla sola vita del beneficiato l'attribuzione del bene, senza che il bene stesso sia poi attratto nel meccanismo della successione del convivente superstite.

L'usufrutto tende a rendere, in tal caso, il convivente superstite titolare di una posizione più ampia, potendo far fronte non solo al proprio bisogno abitativo, ma anche, se del caso, a monetizzare la fruibilità del bene.

Il diritto di uso consente all'usuario di utilizzare il bene legato in tutti i modi in cui sia materialmente possibile, nel rispetto della destinazione economica, purchè in modo diretto, essendogli precluso ogni godimento indiretto; può detenere la

dei legittimari, le quote riservate agli stessi e per risolvere il problema della circolazione degli immobili di provenienza donativa.

46 Così Corte cost., 27 luglio 1989, n. 454.

47 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 2, 1, *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 21 .

48 Per la Suprema Corte (Cass., Sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603) anche nel rapporto di convivenza, la casa (oggi diremmo di comune residenza) è centro di aggregazione dei soggetti che vi dimorano e di unificazione dei beni funzionalmente organizzati per assicurare la vivibilità delle persone.

cosa integralmente e compiere gli atti tutti finalizzati a custodia, amministrazione e riparazioni.

La percezione dei frutti[49], limitata ai bisogni suoi e della sua famiglia, ed il carattere generale della facoltà di utilizzazione del bene rendono il diritto di uso plasmabile su specifiche esigenze concrete.

Il diritto di abitazione è di respiro più limitato e consente di servirsi della cosa per provvedere al solo bisogno abitativo; si estende, come del resto il diritto di uso, ad accessori e pertinenze (balconi, terrazze, verande, rimesse, giardini, autorimesse), necessari ai bisogni dell'habitator. La facoltà di servirsi del bene è ristretta da due limiti, che mancano nel diritto di uso:

1. l'habitator può utilizzare il bene solo come dimora;

2. l'habitator può servirsi del bene soltanto nella misura occorrente per far fronte ai bisogni suoi e della sua famiglia.

Il potere di godimento dell'habitator è così più ridotto rispetto a quello dell'usuario.

L'art. 1023 c.c. elenca, in modo non tassativo, i soggetti che possono comprendersi in quel concetto di famiglia che limita il godimento nel diritto di abitazione e la percezione dei frutti nel diritto di uso.

Il rapporto della cosa con la soddisfazione diretta dei bisogni dell'usuario serve a determinare, in concreto, la misura dell'utilità che può ritrarsi dal bene.

Nonostante la dizione datata[50], il convivente more uxorio rientra nel cerchio conchiuso fissato dalla norma, come in generale vi rientrano tutti i componenti della famiglia di fatto[51].

Il diritto d'uso e d'abitazione si esercitano e possono essere esercitati dal titolare solo con il godimento diretto sulla cosa; sono personali, non sono cedibili, né locabili, né alienabili e, perciò, sono anche insequestrabili.

49 E' superata per dato testuale la regola ulpinianea (Ulp. D. 7,8,2) secondo la quale l'usuario uti potest, frui non potest .

50 Il codice recita "le persone che convivono con il titolare del diritto per prestare a lui o alla sua famiglia i loro servizi".

51 Cfr. in tal senso, Palermo, G.: *L'uso*, cit., p. 164; Bigliazzi Geri, L.: *Usufrutto*, cit., 11 .

E' possibile, per entrambi i predetti diritti reali di godimento, l'attribuzione congiunta a più soggetti, anche con diritto di accrescimento a favore del più longevo[52].

Può così, ad esempio, essere legato il diritto reale di uso al convivente superstite ed ai figli dello stesso generati con altra persona; la situazione di contitolarità del diritto (couso) è regolata dalla legge (norme dettate per la comunione, in quanto compatibili); il testatore può anche prevedere che, alla morte di uno dei titolari, la sua quota si accresca agli altri, anziché consolidarsi con la proprietà (uso congiuntivo)[53].

Nel caso in cui il diritto di uso o di abitazione spettino a più soggetti, il godimento di ciascuno sarà commisurato alla quota "proporzionalmente determinata sulla base dei bisogni di ciascuno di essi e delle rispettive famiglie"[54].

IV. L'ATTRIBUZIONE AL CONVIVENTE PER IL TEMPO IN CUI NON VIVA UNA RELAZIONE STABILE.

L'attribuzione mortis causa a titolo di legato di un diritto reale limitato consente di sterilizzare la provvisorietà, l'incertezza e le cause specifiche estintive fissate dalla norma.

Il legato di usufrutto, di uso o di abitazione può essere, ovviamente, sia per un determinato periodo di tempo (ad es. 5/10 anni) sia per tutta la durata della vita del beneficiario.

L'ipotesi più interessante è quella della possibilità di articolare il diritto reale di godimento secondo le modalità fissate nel secondo comma dell'art. 636 c.c. .

52 Nelle fonti romane (Paul. D. 7,8,19) si prevedeva usus pars legari non potest …. uti pro parte non possumus. Ammette espressamente la comunione di abitazione Cass., 22 marzo 1933. Sul c.d. dogma dell'indivisibilità dell'uso cfr., per tutti, Pugliese, G.: *Usufrutto*, cit., p. 737 ss..

53 Per un'autentica comunione dei diritti di uso o di abitazione e per la possibilità dell'accrescimento fra più legatari, cfr. Pugliese, G.: *Usufrutto*, cit., p. 751 . Sul punto cfr. Pretura Gela, 28 settembre 1949, con nota adesiva di Distaso, N.: "Il diritto di accrescimento nel legato di uso e di abitazione", *Foro italiano*, 1950, I, c. p. 959; il Pretore siciliano ha deciso che al legato di un diritto di uso o di abitazione è applicabile il diritto di accrescimento previsto per il legato di usufrutto, nei limiti però dei bisogni dell'usuario o dell'habitator. Sul fenomeno dell'accrescimento in materia di usufrutto cfr. Masi, A.: *Accrescimento,* in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, (a cura di F. Galgano), Zanichelli - Società Editrice del Foro italiano, Bologna - Roma, 2005; l'Autore ritiene che nel caso di legato di abitazione a due soggetti, sorgono due separati diritti reali per ciascuno dei legatari e, alla morte di uno dei collegatari, il legato dell'altro non si estende per accrescimento. Ammette la comunione di abitazione Branca, G.: *Della comunione*, in *Commentario al codice civile*, (a cura di A. Scialoja-G. Branca), Società Editrice del Foro italiano, Roma, 1982, p. 144. Per Trapani, G.: "Profili soggettivi", cit., p. 1021 il diritto di accrescimento è applicabile ai coabitatori; cfr., in tal senso, anche Lupo, M.: "I bisogni dell'habitator e della sua famiglia", AA.VV.: *Usufrutto, uso, abitazione* (a cura di G. Bonilini), Tomo II, *Diritti reali, Nuova giurisprudenza di diritto civile* e *commerciale*, p. 1839 .

54 Bigliazzi Geri, L.: *Usufrutto*, cit., p. 314 .

La norma, sulla base di un'interpretazione sistematica, pur nel silenzio del comma 21°, si applica anche alle parti di una unione civile, con l'equiparazione dello scioglimento dell'unione civile per morte di una delle parti alla vedovanza[55].

L'attribuzione testamentaria ha per oggetto, nella citata previsione codicistica, lasciti di natura predeterminata e limitata nel tempo; la disposizione che la contempla, in quel ristretto ambito, è sicuramente applicabile per volontà testamentaria, come schema astratto lecito, ai conviventi mirando ad assicurare al beneficiato una maggiore tranquillità economica nel tempo in cui non sia vincolato stabilmente ad altra persona.

La gradazione e le sfumature della passione non consentono una lettura che vieti al testatore, nel disegno della sistemazione dei suoi interessi terreni, di tutelare di là dalla propria morte quella reciproca assistenza morale e materiale che anche nella convivenza ha dignità sociale. Il testatore, nella libera disponibilità della quota non riservata ai legittimari, può provvedere ai bisogni che incombono nella fase della solitudine affettiva, tarando la durata dell'attribuzione al permanere di tale stato; il risultato, socialmente meritevole, utilizza un mezzo tecnico duttile che può essere commisurato in concreto alle esigenze da salvaguardare. La precarietà del legato e la sua temporaneità garantiscono la possibilità di applicazione anche fuori dall'ambito matrimoniale preso in esame dal codice civile.

L'evento risolutivo preso in considerazione dal testatore fa venir meno il legato ex nunc, cioè solo per il tempo successivo al suo verificarsi, mentre gli effetti precedenti restano definitivamente acquisti al legatario.

E' possibile infine modulare il carattere risolutivo dell'attribuzione anche ad una sola delle ipotesi astrattamente configurabili e così solo, ad esempio, alle nozze; nel caso di una nuova stabile convivenza dovrà essere il testatore ad individuare i meccanismi di verifica del nuovo legame.

L'ipotesi in esame è quella relativa al legato di usufrutto, uso o abitazione per il tempo in cui il legatario non intrecci una nuova stabile relazione e così si caduchi quando il convivente superstite convoli a nozze o istituisca una unione civile o inizi una stabile convivenza.

Le ipotesi configurabili in astratto, sono:

1. un lascito testamentario nel quale sia palese il fine di ostacolare una nuova relazione di coppia, mediante la risoluzione dell'attribuzione;

55 In tal senso, cfr. Barba, V.: "Trasformazioni della famiglia e successioni *mortis causa*", *Rivista di diritto privato*, 2017, p. 536 ss.; Barba, V.: "Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria", *Diritto famiglia e successioni*, 2018, p. 114 ss.. Sul tema specifico dell'applicabilità dell'art. 636 c.c. alle unioni civili, cfr. Bonilini, G.: "*sub* comma 21", *Le unioni civili*, cit., p. 44 ss..

2. un lascito testamentario nel quale la nuova relazione comporti una limitazione dell'attribuzione (ad esempio: la sostituzione dell'oggetto del legato);

3. un lascito testamentario nel quale la nuova relazione costituisca il termine di una attribuzione a carattere di sostegno, di supporto, con una colorazione solidaristica nel ricordo di ciò che è stato, del tempo e dei progetti condivisi (ad esempio: per il tempo).

Il carattere impeditivo, dal sapore vagamente punitivo, della prima ipotesi, non può non condurre l'interprete ad applicare il primo comma dell'art. 636 c.c. .

Anche nella seconda ipotesi, sempre nel caso che la struttura dell'attribuzione cerchi di coartare la volontà del beneficiato, il minor beneficio per il verificarsi della condizione limitativa della libertà induce a ritenere come non scritta la detta condizione.

Ogni legato di natura temporanea assorbito nei parametri previsti dalla terza ipotesi e così disposto per il caso o per il tempo della "solitudine", può ritenersi disposto per tale circostanza (e per la durata di tale circostanza) non certo per imporla.

Il giorno delle nozze è comunque un dies incertus an et quando, essendo in ogni caso dubbio se si realizzi nel corso del tempo; requisito essenziale del termine è la certezza del verificarsi dell'evento futuro, anche se incertus quando. La morte del beneficiato in ogni caso caduca l'attribuzione, come avviene tipicamente per i diritti di usufrutto, uso e abitazione che si estinguono con la morte; l'evento che, prima della morte, risolverebbe in ogni caso l'attribuzione testamentaria, nel caso in esame, è comunque incertus an.

Non è tanto il carattere di eccezione alla norma generale fissata nel comma 1° dell'art. 636, quanto la circostanza che le condizioni restrittive della libertà apposte ad un negozio giuridico sono illecite proprio nella misura in cui inducono quella pressione psicologica che la legge vieta. Decisiva non è l'intenzione del testatore, a volte irrilevante[56], ma la struttura insita nel meccanismo che ne colora la possibile operatività.

La memoria del cuore, la volontà di non intrappolare una persona nel suo passato e, così, tessere una trama di sostegno morale e materiale significa dare nome alle cose e consegnarsi al tempo con un volto che esprime solidarietà e, in ogni caso, vicinanza. Il tempo acquisisce valore e l'esperienza della durata del

56 Sostengono l'opinione che le condizioni siano sempre lecite, senza guardare l'intenzione del legislatore, Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, cit., p. 480; Gardani Contursi Lisi, L.: *Delle disposizioni condizionali*, cit., p. 130 . Per un quadro di sintesi sulle criticità dell'art. 636 c.c., cfr. Tatarano, M.C.: *Il testamento*, *Tratt. dir. civ. CNN* (diretto da P. Perlingieri), VIII, 4, Esi, Napoli, 2003, p. 315 ss.

supporto dato con un'attribuzione testamentaria consente di comprendere quel "non può goderne …. che durante" ed amare rende il tempo durata, salvando il focolare umano dall'anarchia del tic tac delle lancette dell'orologio.

L'attribuzione del beneficio, visto come sostegno economico e affettivo del senso di abbandono conseguente alla morte del compagno/a di una vita, rende irrilevante l'indagine sulle intenzioni del testatore nella misura in cui ci si pieghi al messaggio sotteso alla norma, il cui carattere assistenziale è in fondo evidente.

A favore del convivente di fatto o more uxorio può disporsi, per il tempo in cui non inizi una nuova vita di coppia:

- un legato di rendita vitalizia;

- un legato di prestazioni periodiche, con espressa previsione della rivalutabilità;

- un legato di comodato;

e, infine,

- un legato di usufrutto o di uso o di abitazione.

Per concludere, con un esempio, nessuno può dubitare della liceità di una disposizione testamentaria così redatta: lego al/alla mio/a convivente …. il diritto di abitazione sull'appartamento sito in …. per tutto il tempo in cui non inizi una nuova stabile convivenza o sino al giorno delle sue nozze (unione civile).

Il tempo, come pars aeternitatis, è di per sé indefinito: può essere anno, mese, giorno; qui esprime una durata considerata nella sua interezza, nel suo durare e nella sua continuità, raccogliendo nel tempo l'esecuzione delle utilità retraibili dal legato.

L'accertamento dell'instaurarsi di una nuova comunione di vita materiale e spirituale può essere individuata dal testatore, per la convivenza, secondo varie possibili modalità di accertamento (coabitazione, dichiarazione anagrafica) e può anche essere rimessa alla valutazione di un esecutore testamentario o di un arbitratore (art. 1349 c.c.).

L'abitazione, come luogo di coagulo che attira verso di sé sentimenti e ricordi, una rendita che dia un aiuto economico, sono "segni" che per quel "tempo" realizzano la definizione sociale di un momento di passaggio che non suoni come abbandono.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Le convivenze familiari. Diritto vivente e proposte di riforma* (a cura di F. Bocchini), Giappichelli, Torino, 2006.

AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge* (a cura di P. Rescigno, V. Cuffaro), *Giurisprudenza italiana*, 2016.

Al Mureden, E.: "Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze", *Famiglia e diritto*, 10/2016, p. 966 ss.

Alpa, G.: "La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 1718 ss.

Amadio, G.: "La crisi della convivenza", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 1765 ss.

Andrini, M.C.*:* "La condizione nel testamento", *Le successioni testamentarie* (coord. C.M. Bianca), *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, (fondata da W. Bigiavi), Utet, Torino, s.d., ma 1983, p. 120 ss.

Auletta, T.: "Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (L. 20 maggio 2016, n. 76)", *Le nuove leggi civili commentate*, 2016, p. 367 ss.

Azzariti, F.S.-Martinez, G.-Azzariti, G.: *Successioni per causa di morte e donazioni*, Cedam, Padova, 1953, p. 548.

Azzariti, G.: "Disposizioni testamentarie *sub condicione*", *Giustizia civile*, 1986, I, p. 1009.

Azzariti, G.: *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del codice civile*, Jovene, Napoli, 1990, p. 573.

Azzarri, F.: "Unioni civili e convivenze (diritto civile)", *Enciclopedia del diritto*, Annali, Giuffè, Milano, 2017, p. 291 ss.

Balestra, L.: "Unioni civili, convivenze di fatto e modello matrimoniale: prime riflessioni", *Giurisprudenza italiana.,* p. 1779 ss.

Balestra, L.: "L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive", *Rivista trimestrale di diritto eprocedura civile,* 2010, p. 1118 ss.

Balestra, L.: "La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione", *Famiglia e diritto*, 10/2016, p. 919 ss.

Barassi, L.: *Le successioni per causa di morte*, Giuffrè, Milano, 1941, p. 267.

Barba, V.: "Trasformazioni della famiglia e successioni *mortis causa*", *Rivista di diritto privato*, 2017, p. 536 ss.

Barba, V.: "Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria", *Diritto famiglia e successioni*, 2018, p. 114 ss.

Barbero, D.: *L'usufrutto e i diritti affini*, Giuffrè, Milano, 1952.

Barbero, D.: "Condizione" (Dir. Civ.), in *Nuovissimo Digesto Italiano,* Utet, Torino, 1959, vol. IV, p. 1097 (1101, 1103).

Biagiazzi - Geri, L.: *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu – F. Messineo), Giuffrè, Milano, 1979.

Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino,1950, pp. 523 e 524.

Bianca, C.M.: *Diritto civile. La famiglia. Le successioni*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1985, p. 620.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, II, Giuffrè, Milano, 1985, p. 161 (ora 2005, p. 161).

Bianca, C.M.: *Diritto civile. La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1999.

Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 2, 1, *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 21.

Bianca, C.M.: *Diritto civile, II-1, La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2017.

Bigliazzi Geri, L.: *Il testamento,* I, *Profilo negoziale dell'atto. Appunti delle lezioni*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 278 ss.

Blasi, M. – Campione, R. – Figone, A. – Oberto, G.: *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Giappichelli, Torino, 2016.

Bona, C.: "La disciplina delle convivenze nella l. 20 maggio 2016 n. 76", *Foro italiano*, 2016, c. 2093.

Bonilini, G.: *Il testamento, Lineamenti*, Cedam, Padova, 1995, p. 52.

Bonilini, G.: "Condizione di non contrarre matrimonio e legato per il tempo del celibato e della vedovanza", *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (dir. da G. Bonilini), vol. II, *La successione testamentaria*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 1176.

Bonilini,, G.: *Il diritto reale di abitazione*, sez. I, *Usufrutto, uso, abitazione* (a cura di G. Bonilini), Tomo II, *Diritti Reali*, *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, 2010.

Bonilini, G. - Coppola, C.: "La condizione di non contrarre matrimonio", *Formulario notarile commentato* (a cura di G. Petrelli), VII, II, *Successioni e donazioni. Le successioni a causa di morte*, dir. da G. Bonilini, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1224 ss.

Bonilini, G.- Coppola, C.: "Le disposizioni sottoposte alla condizione di non contrarre matrimonio", in *Temi notarili – Le disposizioni testamentarie* (collana diretta da G. Bonilini, coord. da V. Barba), Utet, Torino, 2012, p. 970.

Bonilini, G.: "Condizione di non contrarre matrimonio e legato per il tempo del celibato o della vedovanza", *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, (dir. da G. bonilini), vol. II, in *La successione testamentaria*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 1190.

Branca, G.: *Della comunione*, in *Commentario al codice civile*, (a cura di A. Scialoja-G. Branca), Società Editrice del Foro italiano, Roma, 1982, p. 144.

Capozzi, G.: *Successioni e donazioni,* Giuffrè, Milano, 2008, Tomo I, p. 885.

Capozzi, G.: *Successioni e donazioni*, I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 658.

Caramazza, G.: "Delle successioni testamentarie", in *Commentario teorico-pratico* (diretto da V. de Martino), Istituto Geografico De Agostini, Novara, 1982, p. 270-271.

Cassisa, G.: "Sul legato di usufrutto per il caso o per il tempo della vedovanza" *Giustizia civile*, 1966, I, p. 1355.

Cicu, A.: *Testamento*, Giuffrè, Milano, 1969, II ed., p. 204 ss.

Cirillo, F.: *Disposizioni condizionali e modali, Successioni e donazioni* (a cura di P. Rescigno), vol. I, Cedam, Padova, 1994, (p. 1058 ss.), p. 1066 ss.

Coviello, N.: *Corso completo del diritto delle successioni*, Alvano Editore, Napoli, 1915, n. 1, p.713.

Cubeddu, M.G.: *La casa familiare*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 205.

Dall'ongaro, F.: "Sulla condizione testamentaria che fa divieto all'istituito di sposare donna di classe sociale inferiore" *Diritto di famiglia e delle persone*, 1988, p. 110 ss.

Delle Monache, S.: "Convivenza *more uxorio* e autonomia contrattuale (alla soglia della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)", *Rivista di diritto civile*, 2015, p. 944 ss.

De Martino.: *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, *Commentario Scialoja Branca*, cit., 3^ ed., Bologna Roma, 1961.

Di Mauro, N.: "Brevi considerazioni in tema di condizioni testamentarie illecite", *Giustizia Civile*, 1992, p. 1753 ss.

Di Mauro, N.: "Condizioni illecite e testamento", in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, p. 94 ss.

Di Mauro, N.: "Illiceità della condizione testamentaria di contrarre matrimonio: la Cassazione apre alla drittvirkung per le successioni mortis causa", *Famiglia Persone e Successioni pers. e succ.*, 2009, p. 595.

Distaso, N.: "Il diritto di accrescimento nel legato di uso e di abitazione", Foro italiano, 1950, I, c. p. 959.

Dogliotti, M.: "Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto", *Fam. dir., 10/2016* , p. 868 ss.

Falzea, A.: *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1941, p. 170 ss.

Falzea, A.: "Problemi attuali della famiglia di fatto", in AA.VV.,*Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Esi, Napoli, 1988, p. 51 ss.

Ferrando, G.: "Le unioni civili: la situazione in Italia", *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1771 ss.

Finocchiaro, A.: "Natura non reale dell'assegnazione della casa familiare ad uno dei coniugi, nel corso di separazione personale, e pretesa inopponibilità di tale assegnazione al terzo acquirente dell'immobile", *Giustizia civile*, 1986, 73.

Finocchiaro, A.: *Del matrimonio*, II, *Commentario del codice civile*, (a cura di A. Scialoja e G. Branca), Zanichelli e Società Editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1993, 424.

Frezza, G.: "*sub* commi 42 – 43", *Le unioni civili e le convivenze*, (a cura di C.M. bianca,), Giappichelli, Torino, 2017, p. 547 ss.

Galappini, A.: "Condizione testamentaria e pari dignità sociale", *Diritto di famiglia e delle persone*, 1989, p. 735 ss.

Gangi, C.: *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1952, p. 192.

Gardani Contusi Lisi, L.: "Controllo sulle disposizioni testamentarie condizionali e ricerca della volontà del testatore", *Rivista di diritto civile*, 1986, II, p. 297 ss.

Gardani Contursi Lisi, L.: *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali. Art. 633-648*, *Commentario al codice civile*, (a cura di A. Scialoja-G. Branca-F. Galgano), Zanichelli - Società Editrice del Foro Italiano, Bologna - Roma, 1992, p. 90 ss.

Gazzoni, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Key Editore, Milano, 1983.

Gazzoni, F.: "La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla recente legge", www.personaedanno.it.

Gazzoni, F.: "Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale", *Famiglia e diritto*, 2008, 742 ss.

Giannattasio, C.: *Delle successioni, Successioni testamentarie*, in *Commentario al codice civile* , a cura di magistrati e docenti, Utet, Torino, 1961, p. 229.

Lenti, L.: "Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri", *Famiglia e diritto*, 10/2016, p. 931 ss.

Lomonaco, C. - Metallo, S. - Musto, A.: "Dal diritto di abitazione ai diritti di abitazione", *Focus 6/2015* (a cura dell'Ufficio Studi, settore pubblicistico), CNN Notizie del Consiglio Nazionale del Notariato n. 189 del 16 ottobre 2015.

Lomonaco, C. – Metallo, S.: "Quesito civilistico n. 117-2018/c. Donazione con condizione risolutiva delle nuove nozze. Limiti all'ammissibilità.", in *Quesiti e Materiali*, Consiglio Nazionale Notariato 13/02/2020.

Lupo, M.: "I bisogni dell'habitator e della sua famiglia", AA.VV.: *Usufrutto, uso, abitazione* (a cura di G. Bonolini), Tomo II, *Diritti reali, Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, p. 1839.

Masi, A.: *Accrescimento,* in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, (a cura di F. Galgano), Zanichelli - Società Editrice del Foro italiano, Bologna - Roma, 2005.

Mecenate, F.: "Comunione legale, contratto di convivenza e circolazione dei beni dopo la legge Cirinnà", *Studio civilistico n. 196-2017/c*, approvato dalla commissione studi civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 24/01/2018.

Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. 3°, parte II, Giuffrè, Milano, 1952, p. 135.

Mirabelli, G. – Scanzano, G.: "Testamento - Clausola limitativa delle nozze – Clausola attributiva di prelazione nella vendita di bene ereditario", *Rivista di diritto civile*, 1986, II, p. 479 ss.

Miserocchi, M.: "Considerazioni sull'interpretazione di una originale disposizione testamentaria", *Rivista notarile*, 1987, p. 585.

Musolino, G.: *Uso, abitazione e servitù irregolari*, Zanichelli, Bologna, 2012.

Musolino, G.: "I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite", *Rivista notarile*, 2005, p. 642.

Oberto, G.: *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1991.

Oberto, G.: "L'assegnazione consensuale della casa familiare nella crisi coniugale", *Famiglia e diritto*, 1998, 463 ss.

Oberto, G.: "La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza", *Famiglia e diritto*, 10/2016, p. 943 ss.

Orlando Cascio, S.: "Abitazione", in *Enciclopedia del diritto*, I, Giuffrè, Milano, p. 97.

Palazzo, A.: *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, (a cura di G. Iudica e P. Zatti), Giuffrè, Milano, 2000, p. 23.

Palermo, G.: *L'uso e l'abitazione*, in *Trattato di diritto privato*, (diretto da P. Rescigno), VII, Utet, Torino, 1984, p. 10, VIII, 2^ ed., Utet, Torino, 2002.

Paradiso, M.: "*sub* commi 36° - 37°", *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze* (a cura di S. Patti), in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano* (a cura di G. De Nova), Zanichelli, Bologna, 2020, p. 473.

Patti, S.: "La convivenza di fatto tra normativa di tutela e regime opzionale", *Foro italiano*, 2017, c. 301.

Portalis, J.E.M.: *Discorso preliminare al primo progetto del codice civile*, (traduzione a cura di R. Calvo), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli/Roma 2013, p. 142.

Pugliese, G.: "Usufrutto, uso e abitazione", *Trattato di diritto civile italiano*, (a cura di F. Vassalli), vol. IV, T.V, Utet, Torino 1954, p. 193.

Ragni, C.: "La disciplina della convivenza in Europa alla prova del pluralismo dei modelli familiari", *Persone e famiglia* (a cura di P. De Cesari), vol. II, *Tratt. dir. priv. Un. Eur.* (a cura di G. Ajani – G.A. Benacchio), Cedam, Torino, 2008, p. 349 ss.

Rescigno, "Condizione (Dir.Vig.)", in *Enciclopedia del Diritto*., vol. VIII, Giuffrè, Milano, s.d., ma 1961, p. 762 ss.

Ricci, F.: *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. III, *Delle successioni*, Utet, Torino, 1893, p. 546.

Rizzi, G.: "La convivenza di fatto e il contratto di convivenza", *Notariato*, 1/2017, p. 13.

Romano C.: "Unioni civili e convivenza di fatto: una prima lettura del testo normativo", *Notariato*, 4/2016, p. 344.

Romeo, F.: "Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76", *Le nuove leggi civili commentate*, 2016, p. 665 ss.

Schermi, A.: "Disposizione testamentaria sottoposta alla condizione del matrimonio dell'istituito con una donna della sua stessa classe sociale; illiceità per contrarietà all'ordine pubblico" *Giustizia civile*; 1987, I, p. 188 ss.

Sesta, M.: "Unione civile e convivenza: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia", *Giurisprudenza italiana,* p. 1792 ss.

Spadafora, A.: "I rapporti paraconiugali dinanzi alla legge", *Giurisprudenza italiana.,* p. 1808 ss.

Tatarano, M.C.: *Il testamento*, *Tratt. dir. civ. CNN* (diretto da P. Perlingieri), VIII, 4, Esi, Napoli, 2003, p. 315 ss.

Toti, B.: *Condizione testamentaria* e *libertà personale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 325 ss.

Tacconi, U.: "Successione: condizione *ad nuptias* nel testamento, differenze con la donazione obnuziale", *Vita notarile*, 2009, p. 777 ss.

Schlesinger, P.: "La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze", *Famiglia e diritto*, 10/2016, p. 846.

Trabucchi, A.: "Pas par cette voie s'il vous plait!", *Rivista di diritto civile*, p. 350.

Trapani, G.: "Profili soggettivi del diritto di abitazione", *Rivista notarile*., 2005, p. 981 ss.

Venezian, G.: "Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione", *Il Diritto civile italiano*, (a cura di P. Fiore – continuato da B. Brugi), Eugenio Marghieri e Utet, Napoli-Torino 1931/1936, vol. I, p. 350 ss.

Zatti, P.: *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato*, (diretto da P. Rescigno), Utet, Torino, 1996, 261 ss.

REQUISITOS Y LÍMITES DEL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE TESTAR POR LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

REQUIREMENTS AND LIMITS OF THE EXERCISE OF THE ABILITY TO GRANT A WILL BY PEOPLE WITH DISABILITIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3098-3125

Isabel ZURITA MARTÍN

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: El objetivo de este trabajo se centra en el análisis de las modificaciones introducidas en el Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en materia de ejercicio de la facultad de testamentifacción. En este estudio se analizan particularmente las condiciones para otorgar testamento por la persona con discapacidad, así como los límites a su libertad de testar en favor de curadores y cuidadores.

PALABRAS CLAVE: Persona con discapacidad; testamento; capacidad para testar; libertad testamentaria; curadores; cuidadores.

ABSTRACT: *The aim of this paper focuses on the analysis of the modifications introduced in the Civil Code by Law 8/2021, June 2nd., which reforms the civil and procedural legislation for the support of people with disabilities in the exercise of their legal capacity, in matters related with the ability of granting will. This study particularly analyzes the conditions that are required of people with disabilities to grant a will, as well as the limits to their freedom to do so in favour of guardians and caregivers.*

KEY WORDS: *Person with disabilities; will; ability to grant a will; freedom of will; guardians; caregivers.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. REQUISITOS PARA EL OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 1. La capacidad general para testar.- 2. La evaluación por el Notario de la aptitud para testar. - A) El distinto régimen del incapacitado y del incapaz natural derivado del antiguo artículo 665 del Código Civil.- B) El juicio notarial sobre la aptitud de la persona con discapacidad para otorgar testamento en el nuevo artículo 665 del Código Civil.- 3. La utilización de los medios técnicos, materiales o humanos adecuados.- III. LIMITACIONES PARA TESTAR EN FAVOR DE CIERTAS PERSONAS.- 1. Las disposiciones en favor de los curadores.- 2. Las disposiciones en favor de los cuidadores del testador.- IV. ÚLTIMA REFLEXIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Como no podía ser de otra forma, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha incidido en la regulación del Código Civil atinente a distintos aspectos relacionados con la facultad de testamentifacción.

Es obvio que la eliminación de la incapacitación y de la figura de los tutores como representantes del incapacitado hacía necesario, indefectiblemente, plasmar en el texto de nuestro Código las consecuencias que ello trae consigo en el terreno del otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad. La reforma interviene aquí básicamente en dos ámbitos: el de la capacidad para otorgar testamento y el de las limitaciones para testar a favor de ciertas personas, aspectos ambos sobre los que se había llamado la atención por distintas causas en los últimos años. El primero, en particular, venía siendo objeto de señalada controversia, habiéndose reclamado desde distintos sectores una reforma legal urgente, atemperada a las exigencias de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (en adelante, Convención de Nueva York).

Como es por todos conocido, el art. 12 del citado texto internacional proclama que las personas con discapacidad gozan de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. A estos efectos, el mencionado precepto ordena a los Estados Partes garantizar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida. Esta última referencia resulta particularmente relevante a los efectos del estudio que aquí vamos a abordar, en tanto las medidas de apoyo a la

• Isabel Zurita Martín
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Cádiz. Correo electrónico: isabel.zurita@uca.es

persona con discapacidad habrán de hacerse compatibles con el ejercicio libre de su facultad testamentaria.

Asunción previa al tratamiento de esta materia, como la de cualesquiera otras afectadas por la reforma, debe ser, en todo caso, la consideración de la persona con discapacidad como sujeto ejerciente de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones a las demás. Esta apreciación servirá de parámetro, en las líneas que siguen, para evaluar finalmente la procedencia de las aportaciones introducidas por la Ley 8/2021 en la regulación existente en relación al otorgamiento de testamento por parte de las personas que padecen algún tipo de discapacidad, ya sea física o psíquica.

II. REQUISITOS PARA EL OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

1. La capacidad general para testar.

Hemos, sin duda, de tomar como punto de partida de este estudio el art. 662 del Código Civil, en cuya virtud pueden testar "todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente". Y, siendo así, inmediatamente después el art. 663 CC anterior a la reforma distinguía las personas a las que se consideraba incapacitadas para ello: 1º. Los menores de catorce años de uno u otro sexo; y 2º. El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

Era más que evidente que la letra de la anterior norma no podía considerarse muy digna de alabanza en nuestros días, y no únicamente en lo concerniente a la persona con discapacidad; de ahí que el legislador haya incidido no solo en su segundo apartado sino también en el primero, suprimiendo en este la referencia al sexo del otorgante para aludir simplemente a la persona menor de catorce años.

Nuestra atención se ha de centrar aquí, obviamente, en el segundo número del art. 663 CC, que ha sido reescrito con el siguiente contenido: "La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello". La nueva redacción del precepto, además de resultar más respetuosa con la dignidad de la persona con discapacidad –eliminando la alusión al "cabal juicio" del sujeto-, se ajusta más adecuadamente al sentir de la reforma en su conjunto, que, partiendo de la consideración de la persona con discapacidad como sujeto plenamente capaz, pone el acento en las medidas de apoyo del sujeto y no en las instituciones representativas que sustituían la voluntad de la persona incapacitada.

En este sentido, la eliminación de la incapacitación hace desaparecer automáticamente la posibilidad que reconocía el art. 665 CC de que la sentencia que la constitutía se pronunciara sobe la capacidad para testar, circunstancia esta que había provocado un desfavorable clamor doctrinal[1], en tanto flagrante violadora de los postulados de la Convención de Nueva York. La oportunidad de aquella redacción del art. 665 CC se había puesto en entredicho por distintos sectores doctrinales, considerándose en aquel momento, efectivamente, contraria a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Dicha eventualidad, sin embargo, no se hallaba prevista inicialmente en este precepto, sino que fue introducida por la reforma operada sobre el Código Civil en materia testamentaria por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, que añadió de forma expresa en el art. 665 CC la posibilidad de que la sentencia de incapacitación se pronunciara sobre la falta de capacidad del incapacitado para otorgar testamento. Esta declaración privaba a este de su facultad de testamentifacción, por cuanto, al tratarse de un acto personalísimo, la declaración de la falta de capacidad de una persona para otorgar testamento le imposibilitaba realizar disposiciones de última voluntad por medio de representante[2].

Debe precisarse que el texto del art. 663 CC fue perfilado en el Congreso de los Diputados a través de la enmienda núm. 170, en la búsqueda de la redacción que más respetuosa resultase con la voluntad del discapaz. La redacción original de la norma prevista en el Proyecto de Ley se refería a la persona que en el momento de testar tuviera "afectadas las facultades necesarias para hacerlo". Más cercanos a esta redacción del art. 663 CC son el art. 421-4 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña (CCCat), y el art. 408 del Código del Derecho Foral de Aragón (CFA) -que consideran incapaces para testar a quienes no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento-, así como la Ley 184 del Fuero Nuevo de Navarra (FN), que hace una regulación

1 De Amunátegui Rodríguez, C. la califica de "infausta medida", que ha propiciado llegar a situaciones que atentaban contra la dignidad de las personas, al negarles el ejercicio de derechos personalísimos e, incluso, a sentencias que apuntaran la posibilidad de otorgar testamento con la asistencia del curador: en De Amunátegui Rodríguez, C. y Martínez Martínez, M.: *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas*, Colección Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2020, p. 55.

2 En este sentido se han manifestado, siguiendo a Albaladejo, Gómez Laplaza, M. C. y Díaz Alabart, S., que reclaman una reforma del art. 665 CC que no vaya en contra de la dignidad de la persona y de la Convención de Nueva York: "La capacidad testamentaria de los incapacitados", en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Sucesiones. "Liber amicorum" Teodora F. Torres García* (dir. A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio), La Ley, Madrid, 2014, p. 537. También Guilarte Martín-calero, C.: "La capacidad para testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código Civil a la luz de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *Estudios de Derecho de Sucesiones,* cit., pp. 615 y ss. Para esta autora, los arts. 663 y 665 CC deben ser reformulados para adaptarse a la Convención de Nueva York. El art. 663 CC debe incidir en la concurrencia de la capacidad natural en el momento del otorgamiento, de modo y manera que, en ningún caso, podrá la ley o, en su caso, la autoridad judicial, pronunciarse sobre una hipotética capacidad o incapacidad de testar *ad futurum,* p. 629. Para Rodríguez Guitián, A.M., en cambio, una vez que se ha establecido un sistema flexible en el que la sentencia de incapacitación fija la extensión y límites de esta, no hay problema en prescindir de una norma que reconozca al incapacitado la posibilidad de testar en intervalo lúcido: "Comentario al art. 665 CC", en AA.VV.: *Código Civil Comentado*, vol. II (coord. A. Cañizares y otros), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 279.

acorde a la realidad actual de la persona con la capacidad modificada judicialmente y la posibilidad de que pueda testar si en el momento de hacerlo tiene la suficiente capacidad de entender y de querer, sin perjuicio de lo dispuesto judicialmente sobre la misma; este precepto, no obstante, fue modificado recientemente por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, eliminando la referencia que, en sintonía con el Código Civil, hacía al "cabal juicio". A pesar de esta cercanía, la redacción otorgada inicialmente al art. 663 CC se acomodaba mejor que estas normas a la filosofía de la Convención, al orillar la referencia a la "falta de capacidad natural" o a la "insuficiente capacidad de entender y querer", relativas a personas de las que se predica la plena capacidad como cualquier otra. El texto finalmente resultante obvia incluso la alusión a la afección de las facultades mentales del testador, acogiendo la redacción sugerida en la Propuesta articulada de la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, de 13 de junio de 2012, y recogida en el Informe del Consejo Fiscal.

En todo caso, la utilización de unos u otros términos no desfigura el resultado práctico de la norma, en el raciocinio de que por capacidad natural ha de estimarse la suficiente para entender y querer, esto es, la aptitud para comprender el alcance y consecuencias del acto que se realiza. Bajo este prisma, puede entenderse que esto es lo que había sido trasladado al texto originario del art. 663 CC -al exigir que no se hallen afectadas las facultades necesarias para realizar el acto de testar-, y, a la postre, al definitivo, al comprenderse que carece de tales facultades o aptitud, la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello. Cierto es, no obstante, que la literalidad de esta última redacción de la norma se manifiesta aún más concluyente que la anterior, mostrándose como más restrictiva de la posibilidad de cercenar la facultad de testamentifacción de la persona con discapacidad; a la par que abarca –al hablar de medios y apoyos- un abanico subjetivo más amplio de personas, comprendiéndose tanto a los discapaces psíquicos como físicos.

Entre los dos preceptos comentados ha quedado intacto, sin embargo, el texto del art. 664 CC, que establece que "el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido". La norma, aunque inocua, parece obsoleta, en tanto de lo preceptuado con anterioridad es claro que la validez del testamento reside en que el testador no tenga afectadas las facultades necesarias para realizar el otorgamiento; parece obvio que el testamento otorgado antes de la merma de esas facultades ha de considerase, "a priori", por completo válido. Por lo demás, la referencia a la "enajenación mental" tampoco casa bien con el ideario de la reforma, que sí se ha cuidado con esmero en la letra de los arts. 663 y 665 CC.

En definitiva, la persona que no pueda conformar o expresar su voluntad no podrá otorgar testamento. Al hilo de esta aseveración, las cuestiones que se

suscitan tienen que ver básicamente tanto con la valoración de cuáles han de ser esas facultades necesarias del disponente para conformar o expresar su voluntad, como con las obligaciones del Notario para asegurar o acreditar su existencia.

2. La evaluación por el Notario de la aptitud para testar.

A) El distinto régimen del incapacitado y del incapaz natural derivado del antiguo artículo 665 del Código Civil.

Teniendo como fundamento la incapacitación, de la antigua regulación del Código Civil debía extraerse la distinción entre incapaz natural e incapacitado para determinar los requisitos necesarios para la testamentifacción. Tanto unas personas como las otras podían otorgar testamento si en el momento del otorgamiento se hallaban en su cabal juicio, si bien para las personas incapacitadas judicialmente se requería la intervención de dos facultativos que respondieran de su capacidad, siempre que la sentencia de incapacitación no contuviera pronunciamiento negando la misma.

Efectivamente, a tenor del anterior art. 665 CC, cuando el incapacitado pretendiera otorgar testamento el Notario debía designar dos facultativos que previamente lo reconocieran, no autorizando el testamento hasta tanto estos respondieran de su capacidad. A falta de sentencia de incapacitación, pues, quedaba en manos del Notario pronunciarse sobre la capacidad del testador, de ahí que se pudiera hablar de dos regímenes distintos en relación al incapacitado y al incapaz natural respectivamente.

A esta función notarial se refiere el art. 685 CC, que no ha sido objeto de modificación alguna. Como regla general, este precepto dispone que el Notario deberá asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar, especificando los arts. 696 y 707 CC para los testamentos abiertos y cerrados respectivamente, que el Notario hará constar dicha circunstancia. Por "capacidad legal necesaria" debe entenderse, por tanto, aquella que resulte del dictamen favorable de los expertos designados por el Notario, a la vista de las fundadas dudas que a este le había suscitado la situación en la que se encontraba la persona no incapacitada que deseaba otorgar testamento.

Sobre la base de estos tres preceptos, la doctrina ha distinguido entre un requisito sustantivo o material –el Notario debe asegurarse de la capacidad legal necesaria para otorgar testamento- y uno formal, pues debe hacer constar en el testamento que, a su juicio, el testador se halla con capacidad legal[3].

3 Cobacho Gómez, J.A.: "Sobre la intervención notarial sobre la capacidad legal para testar", en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Sucesiones,* cit., p. 302; Rivas Martínez, J.J.: "Comentario al art. 685", en AA.VV.: *Código Civil Comentado,* vol. II, Civitas, Madrid, 2011, p. 359; y Blanquer Uberos, R.: "Comentario al art. 696

En el contexto de la anterior distinción entre incapacitados e incapaces naturales, se entendía que el requisito material obligaba al Notario a observar una actitud diligente en la apreciación del cabal juicio del testador, referido a la aptitud de este para formar voluntad testamentaria, libre y consciente; a tal fin podía contar con la ayuda de facultativos, cuya intervención solo era preceptiva en el caso de incapacitación. En este supuesto, se ha sostenido doctrinalmente que el Notario podía negarse al otorgamiento del testamento aun con el informe favorable de los facultativos si, a su juicio, el testador no disponía de la capacidad suficiente a estos efectos[4].

El hecho de que una persona no incapacitada judicialmente sufriera intervalos de lucidez o existieran indicios de incapacidad, aconsejaba al Notario ayudarse de personal técnico para formar lo más acertadamente posible su juicio de capacidad (como expresamente prevé el art. 421-9.1 CCCat); aunque -como advertía la doctrina- este apoyo reforzaría la seriedad y justificación del juicio del Notario, pero no lo sustituía ni suplía[5]. En cualquier caso, la apreciación notarial positiva de capacidad podía ser destruida ante los tribunales demostrando que el testador no se hallaba en su cabal juicio en el momento de otorgar testamento, por lo que cuanto más reforzada se hallara dicha apreciación, más difícil sería contradecirla; no se trataría solo de desvanecer la presunción general de capacidad (art. 662 CC), en tanto el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido (art. 664 CC), teniendo en cuenta que la aseveración del Notario autorizante, como reiteradamente ha puesto de relieve la jurisprudencia[6], reviste especial relevancia de certidumbre[7].

La doctrina también se ha ocupado de interpretar la formalidad que requiere esta constancia del juicio notarial, entendiendo mayoritariamente que no se ha de requerir una fórmula concreta o ritual, sino que basta con que del texto del testamento se infiera sobradamente que el Notario considera al testador con

CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil,* T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1766. Para Torres García, T., la manifestación del Notario se hará constar en forma de diligencia, sirviendo el juicio notarial para integrar una presunción *iuris tantum*, a la que habrá que estar mientras no se demuestre la incapacidad del testador: "Comentario al art. 685 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil,* T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1728. En el mismo sentido, De Zulueta Sagarra, M.: "Comentario al art. 685 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Madrid, 2010, p. 805.

4 De esta opinión es Corvo López, F.M.: "La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual", *Revista de Derecho Civil,* vol. VI, núm. 4 (octubre-diciembre, 2019), p. 146; también Núñez Núñez, M.: "La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial", en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida: Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (coord. G. Díaz Pardo y M. Núñez Núñez; dir. M. Pereña Vicente), 2018, p. 518. En contra, Torres Escámez, S.: "Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad", *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 34, abril-junio 2000, p. 236; y Berrocal lanzarot, A.I.: "La capacidad y voluntad de testar dos pilares fundamentales en la sucesión testada", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 770, p. 3356.

5 Como apunta Blanquer Uberos, R.: "Comentario al art. 696 CC", cit., p. 1767.

6 Véase, por todas, STS 18 mayo 1998 (RJ 2018, 3376).

7 Blanquer Uberos, R.: "Comentario al art. 696 CC", cit., p. 1767; Vicente Domingo, E.: "Comentario al art. 665 CC", cit., p. 786.

suficiente capacidad para testar[8]. De la misma postura se ha manifestado la jurisprudencia[9].

La cuestión es que para los incapaces se requería solo la constancia del Notario, mientras que para los incapacitados, en virtud de lo ordenado por el art. 665 CC, debían intervenir dos facultativos. La mayoría de la doctrina consideraba aplicable este precepto únicamente en el caso de testamento notarial abierto, entendiéndose que la persona incapacitada por una resolución judicial se veía afectada por una presunción de incapacidad, que podía destruirse cuando los facultativos respondieran en el dictamen de su capacidad[10]. Así lo prevé expresamente, como se ha señalado, el art. 421-9.2 CCat.

El distinto tratamiento de incapacitados e incapaces naturales no era justificable. A nuestro modo de ver, el hecho de que el juez no se manifestara sobre la facultad de otorgar testamento en la sentencia de incapacitación podía considerarse más bien como una presunción de capacidad del eventual testador. En esta línea, el Tribunal Supremo ha sostenido que, de acuerdo con el antiguo art. 665 CC, podrá otorgar testamento toda persona que, a tenor de la sentencia de modificación de su capacidad de obrar, precise de la intervención de un curador para realizar actos de disposición; se basa para ello en el principio de presunción de capacidad[11].

En parecida situación debía considerarse a la persona que no había sido judicialmente incapacitada, ya que ha de partirse de la presunción general de capacidad de las personas mayores de edad. Desde esta perspectiva, debían

8 Rivas Martínez, J.J.: "Comentario al art. 685", cit., p. 366; Martínez Espín, P.: "Comentario al artículo 696", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil,* T. IV, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5354. Para Blanquer Uberos, R., aunque la ley no requiere una forma o fórmula especial para que el Notario haga constar su juicio, será suficiente que resulte expreso: "Comentario al art. 696 CC", cit., p. 1767. No es preciso -señala Martínez Espín, P.-, que la manifestación del Notario consigne las palabras precisas e insustituibles de "a su juicio", bastando que, de cualquier otro modo, exprese la idea con claridad. "Sí es necesario, bajo sanción de nulidad, que figure en el testamento la opinión del Notario respecto a la capacidad del testador, juicio valorativo que, aunque no tenga por qué aceptarse como certidumbre absoluta, debe figurar como una observancia inexcusable derivada de norma de *ius cogens"*: "Comentario al artículo 696", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 860.

9 Cobacho Gómez, J.A., lo evidencia así en su comentario a la STS 20 marzo 2013: "Sobre la", cit., p. 307.

10 Desde este ángulo, Puig Ferriol, L., sostiene que se restituye así al incapacitado la presunción general de capacidad para testar *ex* art. 662 CC: "Comentario al art. 665 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil,* T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1674. Ante la duda sobre la aplicación del art. 665 CC al testamento cerrado, para Lacruz Berdejo, J.L., y otros, la respuesta debe ser afirmativa, pues a ella parece también orientarse el art. 707.5 en relación con el 698 CC: *Elementos de Derecho Civil, V. Sucesione*s, Dykinson, Madrid, 2009, p. 164.

11 STS 15 marzo 2018 (RJ 2018\1090). En esta resolución, el Tribunal Supremo señala que la disposición de bienes "mortis causa" no puede equipararse a los actos de disposición "inter vivos", concluyendo que la limitación sobre la facultad de disponer de la persona incapaz que se establezca en una sentencia exigiendo la asistencia de un curador no puede extenderse a su facultad para otorgar testamento. Comentando esta sentencia, Guilarte Martín-Calero, C. critica la imposición en algunas resoluciones de la figura del curador para la disposición "mortis causa": "Capacidad para testar de persona sometida a curatela: contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar y alcance del artículo 665 del Código Civil. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (146/2018)", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (coord. M. Yzquierdo Tolsada), Vol. 10, Dykinson, Madrid, 2018, p. 460.

exigirse los mismos requisitos en uno y otro caso para el otorgamiento válido de testamento, esto es, la intervención obligatoria de dos facultativos que certificaran la capacidad del testador, ante las dudas razonables sobre su plenitud. De este modo, lo que queda en manos del Notario es enjuiciar, no la capacidad de la persona para otorgar testamento, sino la necesidad del concurso de los peritos por entenderse que existen indicios suficientes de incapacidad. La duda del Notario sobre la capacidad del testador se solventaría así requiriendo la intervención obligatoria de dos facultativos, evitándose que la sola apreciación notarial, bien prive al incapaz de su facultad de testamentifacción, o bien permita a este otorgar testamento con posibles vicios de nulidad[12]. Esta alternativa fue la adoptada por el derogado Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, Ley 40/1991, de 30 de diciembre, cuyo artículo 116 disponía: "Cuando el testador tenga habitualmente disminuida su capacidad natural por cualquier causa, esté o no incapacitado, podrá otorgar testamento notarial abierto en intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el notario certifican que el testador tiene, en el momento de testar, bastante lucidez y capacidad para hacerlo. Los facultativos harán constar su dictamen en el propio testamento y lo firmarán junto con el notario y, en su caso, los testigos"[13].

B) El juicio notarial sobre la aptitud de la persona con discapacidad para otorgar testamento en el nuevo artículo 665 del Código Civil.

Al desaparecer la incapacitación, la lógica llevaba a asumir la antedicha solución al problema, y así quedó reflejado en el texto del art. 665 CC previsto por el Proyecto de Ley, en cuya virtud si el que pretendiera hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo este debía designar dos expertos que previamente lo reconocieran y dictaminaran favorablemente sobre dicha aptitud. Con la previsión de esta norma seguía recayendo sobe el Notario una tarea de valoración de la capacidad, ahora con carácter general para cualquier persona que quiera otorgar testamento, una vez desaparecida la incapacitación y, con ella, la

12 En opinión de Guilarte Martín-Calero, C., sería aconsejable en estos casos que el Notario se auxiliase de algún facultativo, si bien su intervención no será fácil de lograr, por temor a una posible responsabilidad. Ante esta situación, entiende esta autora que "sería mucho más sencillo denegar su ministerio, denegación que no generaría responsabilidad alguna pues estaría dentro de los límites razonables. La consecuencia sería, sin embargo, que la persona con discapacidad se vería privada del derecho a otorgar testamento. A su situación, de por sí limitativa, se añadiría una limitación más": "La capacidad", cit., p. 632.

13 Gómez Garzás, J.: "El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimer y otros trastornos afines", en AA.VV.: *La protección de las personas mayores,* (coord. C. Lasarte Álvarez, M.F. Moretón Sanz y P. López Peláez), Tecnos, Madrid, 2007, p. 225. A este respecto señala Garrido Melero, M., que la nueva norma catalana tiene mejor criterio, al dejar la intervención de los facultativos a la decisión del Notario; exigir y protocolizar el dictamen en el testamento no añade nada y, en la práctica, puede llegar a deducirse que el Notario alberga dudas y no lo tiene claro. Un testamento de una persona con un dictamen incorporado lo incita a discutir sobre su capacidad más que un testamento sin más y provoca el pleito: *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña,* Tomo primero, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2009, p. 210.

obligatoriedad de acudir a dos facultativos que examinen al incapacitado. En este escenario, sin embargo, la labor notarial se limitaba a valorar si, dada la situación en la que se encuentra el eventual testador, se debe designar a dos expertos que previamente lo reconozcan y dictaminen favorablemente sobre su aptitud para otorgar testamento. Era necesario a tal fin que el Notario tuviera dudas fundadas sobe dicha aptitud. Si anteriormente se exigía al Notario una actitud diligente en la apreciación de la capacidad de la persona para otorgar testamento libre y conscientemente, ahora la exigencia de dicha diligencia debe considerarse subsistente, entendida sobre la base de una valoración personal que lleve al fedatario público a despejar sus dudas fundadas sobe la aptitud del testador. En definitiva, aunque la letra primigenia del art. 665 CC parece resultar más restrictiva en cuanto a la actitud valorativa del Notario, lo cierto es que en la práctica su función se desarrollaría de la misma manera que con anterioridad a la reforma en el supuesto de la persona no incapacitada. Esto es, en caso de duda sobre la aptitud de quien pretende otorgar testamento, el Notario designaría dos expertos que lo reconozcan, y solo en el caso de que estos dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud, este autorizaría el otorgamiento.

Este texto original del art. 665 CC fue modificado como resultado de las enmiendas propuestas por varios grupos parlamentarios, que comúnmente sugerían la supresión del dictamen de los expertos, quedando en último término con el siguiente tenor literal: "La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que estime necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias". Es evidente que el legislador ha optado por el régimen más respetuoso con la consideración de la persona con discapacidad como sujeto con capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, tal proclama el art. 12 de la Convención de Nueva York. Esta consideración es la que ha pesado para haberse enmendado, también en este precepto, la letra de la redacción originaria del Proyecto de Ley, al alejarse del modelo médico. El Notario se convierte, así, en la figura de apoyo que requiere la persona con discapacidad para el otorgamiento de su última voluntad[14].

14 A ello se refiere específicamente la doctrina, considerando que la propia función notarial constituye la medida de apoyo que precisa la persona con discapacidad. En este sentido, Corvo López, F.M.: "La capacidad", cit., p. 165. Para Carol Rosés, F., el Notario es el apoyo ideal para las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en el sentido del art. 12 de la Convención de Nueva York: "Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 764, p. 3249. Igualmente, comentando el texto del anteproyecto de ley, García Rubio, M.P. sostiene que la intervención notarial constituye un "genuino apoyo en el sentido exigido por el artículo 12 CDPD". Por otra parte, en su opinión, aunque los sectores más partidarios de una interpretación radical de la Convención consideren que el texto del anteproyecto mantenía resabios de la concepción médica de la discapacidad que debían ser eliminados, en él quedaba claro que el ejercicio de la capacidad de testar corresponde a todas las personas en igualdad de condiciones: "Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo

En cualquier escenario, pues, ahora queda totalmente en manos del Notario la evaluación de la aptitud mínima que debe tener una persona para otorgar válidamente testamento, entendiéndose esta como la facultad para comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. La falta de alusión expresa a la asistencia de expertos que dictaminen sobre la aptitud del eventual testador nos lleva a cuestionar la viabilidad de tal opción. De hecho, las enmiendas propuestas por otros dos grupos parlamentarios sí hacían factible dicha posibilidad en el entorno de una redacción más amplia de la norma. Así, el Grupo Vasco y el de Ciudadanos proponían el siguiente texto: "Para asegurarse de la aptitud del testador para otorgar testamento, el Notario podrá acudir a cualquier medio de asistencia, apoyo o ajuste razonable para emitir su juicio de discernimiento, lo que hará constar expresamente". Tales enmiendas se justificaban sobre la base de que "las personas con discapacidad deben quedar sujetas a las mismas reglas que los demás en lo que al juicio de discernimiento se refiere, y no circunscribirlo a «dos expertos» que recuerdan al modelo médico de discapacidad". Obsérvese que este precepto –más abierto- es sensiblemente diferente al finalmente aprobado, en tanto se centra más en la conformación del juicio del Notario, al referirse a los medios de asistencia o apoyo a los que este podrá acudir para emitir "su juicio de discernimiento" sobre la aptitud del testador para otorgar testamento. Por otra parte, la norma enlaza expresamente con lo previsto en los arts. 696 y 707 CC, que establecen la obligación del Notario de hacer constar que el testador se halla con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

El nuevo art. 665 CC centra su atención en dos funciones notariales: a) la de valorar, según su propio juicio, la aptitud de la persona con discapacidad para comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones; y b) la de apoyar con los medios necesarios a la persona con discapacidad para que pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, facilitándole su comprensión y la expresión de su voluntad, deseos y preferencias. En ningún momento se refiere la norma a la posibilidad de que el Notario acuda a dos expertos que le ayuden a conformar su juicio de valoración de la aptitud del testador. No es, por tanto, obligatorio que lo haga, según preveían las normas anteriores; y debe considerarse, además, que el recurso a los expertos es una opción que queda a la decisión del Notario solo si cuenta con la aquiescencia de la persona con discapacidad. Podría suceder que si el Notario considera que en la persona con discapacidad no concurre la aptitud necesaria para realizar el otorgamiento, esta quisiese solicitar el dictamen de un experto que certifique su capacidad a dichos fines. Obviamente, si el Notario autorizara el testamento en estos términos, este dictamen no impedirá

modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, p. 176. En opinión de Barrón arniches, P., el apoyo al otorgamiento de testamento lo debería asumir la figura del asistente, no contemplada en el proyecto de ley de reforma del Código Civil español, pero sí regulada en el CCCat. (arts. 226-1 a 7): "Personas con discapacidad y libertad para testar", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 12, febrero 2020, pp. 467-468.

la impugnación, como ya hemos comentado al amparo de la anterior normativa, pero sí servirá como medio de prueba ante la misma.

La competencia del Notario para valorar la aptitud del testador ha sido apreciada muy positivamente por la doctrina, en tanto persona experta en materia de contenido testamentario. Ciertamente, el grado de discernimiento requerido al causante podrá ser diferente en función de la dificultad que conlleve el entendimiento de la institución sucesoria que desee incluir en su testamento[15], lo que es utilizado por los tribunales para enjuiciar la nulidad del acto[16]. Sin embargo, ha de admitirse de igual forma que el fedatario público no es, obviamente, especialista en problemas psíquicos que afecten a dicha capacidad de discernir[17]. Eliminar, pues, la facultad del Notario de solicitar la intervención de expertos en la materia no parece, creemos, la mejor opción para la protección de los intereses en juego[18].

En cualquier caso, a nuestro modo de ver, sería más aconsejable que solo fuera viable otorgar testamento abierto por la persona con discapacidad sometida a instituciones judiciales de apoyo, en tanto el Notario no puede enjuiciar la capacidad del testador en el momento de la redacción del testamente cerrado[19]. Del articulado del Código Civil lo que se desprende, sin embargo, es la preponderancia del momento del otorgamiento (el art. 666 CC atiende al momento de otorgar testamento para apreciar la capacidad del testador; y los

15 Explica Núñez Núñez, M. que lo que debe examinarse es el nivel de comprensión y voluntad de una persona para que su testamento pueda ser eficaz, a cuyos efectos el sujeto ha de comprender el tipo de acto que se va a realizar, sus consecuencias, características y efectos, a quiénes ha de afectar, los sujetos a los que puede referirse y sobre quiénes se va a aplicar. A tal fin, deberá tenerse en cuenta la capacidad intelectual del testador como la complejidad del contenido del testamento. De este modo, la capacidad para testar será diferente en cada caso: "La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial", en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida: Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (coord. G. Díaz Pardo y M. Núñez Núñez, dir. M. Pereña Vicente), 2018, p. 522. En este sentido también, Ramón Fernández, F.: "El testamento y la futura reforma del Código Civil en materia de discapacidad: algunas reflexiones", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 10 *bis*, junio 2019, p. 359.

16 Corvo López, F.M.: "La capacidad", cit., p. 157.

17 A este respecto ha puesto de manifiesto la doctrina que el juicio del Notario es falible, y que no podría serle atribuida responsabilidad por ello. Véase Núñez Núñez, M.: "La persona", cit., p. 525.

18 En contra se manifiesta Pérez gallardo, L.B, para quien no es convincente considerar el dictamen de los facultativos como una salvaguardia, en cuanto no son controladores del apoyo, resultando suficiente la intervención del Notario, que es quien actúa como verdadera salvaguarda para evitar captaciones de voluntad o influencias indebidas por el apoyo o los apoyos frente al testador: "El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 782, pp. 3643-3644.

19 De esta opinión es Guilarte Martín-Calero, C., pues en el caso de permitirse el testamento cerrado "la función notarial no agotaría, entonces, la doble función tuitiva que se le encomienda, de garantizar que la voluntad del testador es libre y no está sometida a influencias externas e indebidas, tal como prevé la Convención de Nueva York": "Capacidad para", cit., p. 464. Por su parte, Zurlla Cariñana, M.A. observa que el cumplimiento de los requisitos del art. 665 CC induce a pensar que las únicas formas para que el incapacitado testase válidamente serían mediante testamento abierto y cerrado, pues en ambas se precisa la intervención del Notario. No obstante, aunque el momento de otorgar testamento corresponde con la extensión del acta por el Notario, se excluye la forma cerrada puesto que el fedatario público no puede certificar la aptitud de la persona en el momento de haber redactado el testamento, pues esto lo hizo con anterioridad al otorgamiento: "Comentario al artículo 665 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 829.

arts. 696 y 707 CC, referidos a la verificación de la capacidad por el Notario en los testamentos abierto y cerrado, respectivamente)[20].

3. La utilización de los medios técnicos, materiales o humanos adecuados.

La Ley 8/2021 introduce también una serie de modificaciones en otros preceptos del Código Civil relativos al otorgamiento de testamento abierto o cerrado por personas con ciertas discapacidades. Como se ha indicado, no solo se ha de pensar en la persona con discapacidad como aquella que adolece de falta de aptitud psíquica, sino también de impedimentos físicos que pueden dificultar el ejercicio de su facultad de testamentifacción. Se persigue, entonces, garantizar este ejercicio en condiciones de igualdad a través de la utilización de los medios técnicos actualmente disponibles.

Así, en el caso del testamento abierto, para paliar los problemas que pueda tener el testador con dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario deberá asegurarse, a tenor del nuevo párrafo tercero del art. 695 CC, de que, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, aquel ha entendido la información y explicaciones necesarias y conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad. El aseguramiento de estos medios conduce a la supresión del ordinal 2º del art. 697 CC, que exigía la presencia de dos testigos idóneos en el acto de otorgamiento del testamento por persona que, aun pudiendo firmarlo, fuera ciega, o declarase que no sabe o no puede leerlo por sí; se suprime igualmente la obligación de lectura del testamento por los dos testigos en el caso de que la persona que no sepa o no pueda leer sea enteramente sorda. Con esta supresión se elimina el tratamiento diferenciado –y estigmatizador- que estas personas debían recibir en el momento de expresar su última voluntad. La obligada presencia de los dos testigos tan solo queda supeditada, pues, a los casos en que el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento y a aquellos otros en que el propio testador o el Notario lo soliciten (art. 697.3º CC).

Por lo que respecta al testamento cerrado, se introducen igualmente modificaciones en los arts. 706 y 708 CC, a los fines de incorporar la viabilidad de firmar electrónicamente el testamento, y de añadir la posibilidad de que las personas con discapacidad visual puedan testar de esa forma, al poder utilizar medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, y siempre que se observen los restantes requisitos de validez exigidos por el propio Código. La referencia a las personas con discapacidad visual –suprimida la de las personas ciegas que hacía el Proyecto de Ley-, se completa con un nuevo párrafo en el art.

20 Sobre ello se apoya la doctrina que admite ambos modelos de testamento. Ver sobre ambas posiciones Rodríguez Guitián: "Comentario al art. 665 CC", cit., pp. 279-280.

709 CC, que ordena a estas, al hacer la presentación del testamento, expresar en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de la misma se contiene su testamento, expresando tanto el medio empleado como que está firmado por ellas.

Resumidamente, estos nuevos textos tan solo introducen mejoras que tienen por efecto el reconocimiento de la persona con discapacidad como sujeto que ejerce sus derechos en igualdad de condiciones que los demás, tal como reza el Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, y en introducir los medios más adecuados para garantizar que ello suceda, dados los avances tecnológicos existentes que así lo facilitan. La Ley 8/2021 sigue la estela de la Ley 6/2019, de 23 de octubre, de modificación del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial, afectando a sus arts. 421.8, 421.10, 421.11 y 421.14. Esta norma, sin embargo, se manifiesta de forma más amplia –igualando también a las personas con estas discapacidades en cuanto a actuar como testigos-, además de más explícita y descriptiva, refiriéndose a "la utilización del braille, la lengua de signos, la lectura labial u otros medios lingüísticos o técnicos que permitan suplir la discapacidad sensorial que afecte a la comprensión oral, la lectura o la escritura" (disposición adicional).

III. LIMITACIONES PARA TESTAR EN FAVOR DE CIERTAS PERSONAS.

1. Las disposiciones en favor de los curadores.

Tradicionalmente, el Código Civil ha establecido limitaciones, condicionantes o, incluso, prohibiciones para disponer "mortis causa" a favor de ciertas personas que, por la especial relación que las une con el causante, se encuentran en una situación particularmente privilegiada o presumiblemente proclive a influir en su voluntad en su propio beneficio; con este sentido, el Derecho se ha venido refiriendo a los confesores, notarios o tutores del testador (arts. 752-754 CC, y 412-5.1 CCCat).

De entre todas las disposiciones previstas en el Código Civil, la Ley 8/2021 ha incidido tan solo en la recogida en el art. 753, referente al tutor o curador del testador, en tanto las previsiones de los arts. 752 y 754, atinentes respectivamente al sacerdote que confiese al testador en su última enfermedad y al Notario que autorice el testamento, no se ciñen a la situación especial de la persona con discapacidad, sino a la de la generalidad de los disponentes en aquella contingencia. No obstante, habría sido conveniente, aun por razones ajenas a la discapacidad, actualizar estos preceptos al modo en que lo hizo el Código Civil de Cataluña (art. 412-5), extendiendo la prohibición a la pareja con quien convive establemente el

Notario y a los religiosos que asistan al testador con independencia de la orden, comunidad, institución o confesión a la que pertenezcan.

En virtud del antiguo art. 753 CC, la validez de la disposición testamentaria realizada en favor de quien sea tutor o curador del testador quedaba supeditada a la aprobación definitiva de las cuentas o, en el caso en que no tuviese que rendirse estas, a la extinción de la tutela o curatela. Sin embargo, se excepcionaban, por especificación del párrafo segundo, las disposiciones hechas en favor del tutor o curador que sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador. Estas previsiones son objeto de una severa reforma por medio de la Ley 8/2021, en dos sentidos en cierta forma contradictorios: por un lado, restringiéndose la prohibición en relación al curador; y, por otro, ampliándose las limitaciones a los cuidadores de la persona con discapacidad.

El nuevo art. 753 CC resulta un tanto confuso, en buena medida por la inclusión de dos nuevos párrafos entre los dos anteriormente existentes. A fin de seguir más fácilmente el hilo argumental que vamos a exponer, resulta de suma utilidad la reproducción literal del texto completo de la norma:

"Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela.

Será nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos.

Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto.

Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder *ab intestato*".

Por lo que respecta a la primera cuestión anunciada –la restricción de la prohibición relativa al curador-, el art. 753 CC, por una parte, dispone en su primer párrafo que no surtirá efecto la disposición testamentaria "en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela". Desaparece, pues, la alusión a la rendición de cuentas del curador, de modo que bastará el cese de la curatela para dar validez a la disposición testamentaria en favor del curador, sin necesidad de esperar a la

rendición de la cuenta general justificada de su administración a la que se refiere el nuevo art. 292 CC. Por otra, el último párrafo del mismo artículo prevé que serán, sin embargo, válidas, las disposiciones hechas en favor del tutor, cuidador o curador que sea pariente con derecho a suceder "ab intestato". En este caso, se amplía el círculo de personas que pueden heredar válidamente al causante, al no quedar restringidos los beneficiarios a los ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge de este, siendo más extenso el orden de personas posiblemente llamadas a suceder en defecto de testamento.

La cuestión es que este párrafo cuarto, heredero del anterior párrafo segundo del antiguo precepto, hace dudar sobre las personas a las que va dirigida la norma y crea confusión en cuanto a los favorecidos por ella. Así, por un lado, es claro que la prohibición del apartado primero se refiere únicamente al curador representativo, no a los demás curadores. Pero, por otro lado, el mencionado párrafo cuarto alude –además de a los tutores, reservados ahora solo para los menores-, tanto a los curadores en general como a los cuidadores, lo que puede hacer cuestionar si esta norma solo se relaciona con los párrafos segundo y tercero -que regulan las restricciones para otorgar testamento a favor de los cuidadores-, o a todos los nombrados a lo largo del precepto.

Estas disposiciones de la nueva norma merecen más de un comentario, sin duda poniendo de alguna manera en relación unas con otras. En primer lugar, a nuestro juicio, la inclusión de la previsión referida a la ineficacia del testamento otorgado a favor del curador representativo puede considerarse superflua, dadas las características de esta institución de apoyo. Efectivamente, si, como se desprende de la letra del art. 269 CC -"Solo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad"-, el curador representativo se configura como una institución de apoyo por completo excepcional, las personas sometidas a este tipo de guarda carecerán de la aptitud suficiente para otorgar testamento. Piénsese que estos supuestos se reducirían a las personas que carecen del mínimo juicio o capacidad de discernimiento para realizar este tipo de actos jurídicos; en realidad, debe tratarse de supuestos de carencia persistente de discernimiento, tales como el de la persona aquejada de una parálisis cerebral profunda o el de un enfermo de Alzheimer en estado final, o, como se ejemplifica por algunos autores, el de personas que se encuentran en estado de coma[21]. La previsión, pues, carece de relevancia práctica, por cuanto, si en el momento del otorgamiento la persona con discapacidad se encuentra bajo la

21 Torres Costas, M.E.: *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del estado, Madrid, 2020, p. 292.

guarda de un curador representativo, no se llegaría a producir la situación para la que se ha previsto la norma; si no se encuentra sometida al mismo en el momento de testar, no nos encontramos en el supuesto de hecho descrito por ella. Por lo demás, a los efectos de enjuiciar la aptitud del eventual testador, el art. 665 ya prevé las funciones que debe desplegar el Notario autorizante, en los términos antes analizados.

En segundo lugar, debe llamarse la atención nuevamente sobre la distinción que realizan los párrafos primero y cuarto del art. 753 CC, respectivamente, entre curador representativo y curador sin mayor cualificación. Si nos ceñimos a la literalidad de la norma, y entendemos que solo en el caso del curador representativo se produce la ineficacia de la disposición testamentaria a su favor, hemos de concluir que a él no se le aplicaría la salvedad de las disposiciones en beneficio del pariente con derecho a suceder "ab intestato"; estas solo serían atinentes a los tutores, curadores sin facultad de representación y a los cuidadores de la persona con discapacidad a los que se refieren los párrafos segundo y tercero del propio precepto. De modo que tanto los guardadores de hecho como los curadores sin facultades de representación pueden ser beneficiarios del testamento del guardado; por el contrario, el curador representativo que sea a su vez pariente "ab intestato" del causante no podría tampoco ser beneficiado por el testador. Todo ello teniéndose presente que difícilmente pueda darse este último caso, dada la falta de aptitud de la que debe adolecer la persona con discapacidad sometida a este modelo excepcional de institución de apoyo.

La interpretación alternativa que cabría realizar es entender que la alusión a los curadores que se incluye en el párrafo cuarto es omnicomprensiva de toda la institución de la curatela, sea representativa o no. Siendo así, ¿debe entenderse que los curadores que no sean parientes "ab intestato" de la persona con discapacidad tampoco pueden ser beneficiados por una disposición testamentaria de este? Ello parece una contradicción, y nos podría llevar a pensar que el párrafo cuarto solo se refiere a los supuestos de los dos anteriores apartados, que regulan la situación de los cuidadores, lo que resulta igualmente absurdo dada la llamada general que realiza a tutores, curadores y cuidadores.

Todo lo reflexionado nos lleva a pensar que estas diatribas no se deben sino a un defecto técnico de la norma. El párrafo cuarto debería referirse al curador representativo, en tanto el simple curador queda fuera de la prohibición del párrafo primero. Ello sin perjuicio de que en su persona se reúna la doble condición de curador y cuidador, en cuyo caso quedaría igualmente amparado por la excepción de este último apartado del art. 753 CC.

2. Las disposiciones en favor de los cuidadores del testador.

Los párrafos segundo y tercero del art. 753 CC introducen una nueva previsión antes desconocida en el ordenamiento común, aunque ya prevista en el Código Civil catalán y en otros ordenamientos europeos, extendiendo a los cuidadores de las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia las limitaciones para testar de que se ocupa la norma. El tratamiento que reciben en cada una de ellas resulta, no obstante, diverso.

El legislador francés y el alemán son los que han reaccionado más restrictivamente en relación a disposiciones testamentarias a favor de instituciones de protección de mayores. Concretamente, el art. 909 del *Code* establece en su último párrafo que los mandatarios judiciales de protección de mayores y las personas morales a nombre de las que ejercen su función, no pueden beneficiarse de disposiciones *inter vivos* o testamentarias de las personas protegidas, admitiendo, no obstante, excepciones para ciertas disposiciones remuneratorias y para las universales a favor de los parientes hasta el cuarto grado. En el Derecho alemán, el §14 de la *Heimgesetz* prohíbe a los directores y empleados de los centros asistenciales públicos recibir ventajas patrimoniales de los residentes; prohibición que ha tenido reflejo en el seno de los tribunales[22].

Por su parte, el CCCat solventa la cuestión con una previsión menos taxativa, al permitir la designación de los cuidadores en la sucesión siempre que esta se realice por medio de testamento notarial abierto o pacto sucesorio. De este modo, el art. 412-5.2 CCCat, después de referirse a la inhabilidad sucesoria, establece en su apartado segundo que las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio[23]. A pesar de su ubicación sistemática, esta previsión solo contempla una cautela formal previa para proteger al testador vulnerable, sin constituir causa de inhabilidad sucesoria.

Obsérvese que, si atendemos a la obligación del Notario de enjuiciar la capacidad del testador para otorgar testamento válido, esta previsión de la norma catalana parece constituir un refuerzo de aquella previsión; es, como apunta la

22 García Rubio, M.P.: "Relaciones de cuidado y Derecho sucesorio: algunos apuntes", en *Estudios de Derecho de Sucesiones. "Liber amicorum" Teodora F. Torres García* (dir. A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio), La Ley, Madrid, 2014, pp. 484-485.

23 Vaquer Aloy, A. llama la atención sobre la solución del Derecho Civil catalán, que es, en su opinión, más flexible en este sentido que la del Derecho alemán, pues no contempla la nulidad de la disposición, sino que la limita a realizarse a través de testamento notarial: "Libertad de disponer y testador vulnerable", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa* (coord. Anguita Villanueva, Cuena Casas y Ortega Doménech), Dykinson, Madrid, 2013, p. 1811.

doctrina, un mecanismo de protección "ex ante"[24]. Debe destacarse, en cualquier caso, que esta normativa habrá de ser objeto de reforma para ser adaptada también a los postulados de la Convención de Nueva York, en cuanto aún subsiste en ella la figura de la incapacitación y la distinción entre incapacitado e incapaz natural. En el caso de la norma catalana, tanto uno como otro solo pueden otorgar testamento abierto. Ello puede deducirse del apartado tercero del art. 421-9 CCCat, cuando ordena que los facultativos, en los casos a los que se refieren los apartados primero (incapacitados) y segundo (incapaces naturales) deben hacer constar su dictamen en el "propio testamento".

Debe presumirse que la protección de estos testadores por el art. 412-5.2 CCCat se implementa por considerárseles vulnerables, en el sentido de manipulables, por las personas de sus cuidadores; esta manipulabilidad de su voluntad ha de derivarse, necesariamente, de una situación de presunta incapacidad, que lo convierte en testador vulnerable. De lo contrario no sería preciso esta norma específica, que, por un lado, proscribe el otorgamiento de testamento ológrafo a favor de las personas de los cuidadores[25] y, por otro, confirma la necesidad de testamento notarial abierto que se deriva de la normativa general sobre la capacidad para testar. Siendo así, en realidad hubiese bastado con prohibir expresamente el testamento no notarial. A nuestro juicio, sin embargo, no debería dejarse esta cuestión en manos de la interpretación de las normas en juego.

Tema distinto es la determinación de las personas a las que alude el art. 412-5.2 CCCat, que parece concretarse –ha entendido la doctrina- en los cuidadores profesionales y las personas que están ingresadas en establecimientos geriátricos[26], al mencionar a los cuidadores que dependen de las personas físicas o jurídicas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual. De la literalidad de la norma, sin embargo, no puede extraerse que solo haya de aplicarse a las personas ingresadas en centros residenciales; aunque parecen quedar excluidos de la prohibición los cuidadores no profesionales, de la letra del precepto puede derivarse lo contrario, pues la persona física que está unida al testador por una relación contractual cualquiera puede ser su cuidador o asistente personal no profesional, siendo, de hecho, la persona que, por su cercanía, con más facilidad puede manipular su voluntad. Verdaderamente, la norma lo que refleja es mayor desconfianza del legislador respecto del cuidador que se encuentra vinculado con el testador por

24 García Rubio, M.P.: "La protección de la voluntad del testador vulnerable en Derecho inglés", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel,* Izur Menor, 2014, p. 1500.

25 Concluye Vaquer Aloy, A. que lo que hace el Derecho catalán es prohibir directamente que se beneficie en un testamento no notarial a los cuidadores profesionales. Debe ser posible, a su juicio, una interpretación extensiva del precepto, en atención a la finalidad perseguida por el legislador, a los allegados del cuidador profesional: "Libertad de", cit., p. 1810.

26 Así lo observa Vaquer Aloy, A.: "La protección del testador vulnerable", *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc. II, pp. 347-348.

una relación contractual que del que carece de ella, lo que parece tener poca lógica[27], especialmente teniendo en cuenta que, en caso de testamento notarial, el testador vulnerable queda amparado por un vehículo también previo de protección –el juicio de capacidad que debe realizar el Notario-, y con un mecanismo de protección "ex post" a través de la posibilidad de impugnación del testamento, con el que en todo caso cuenta en supuestos de testamento no notarial.

El nuevo art. 753 CC viene a solucionar estos interrogantes, en la medida en que distingue entre los cuidadores de las personas que se encuentren internadas por razones de salud o asistencia (párrafo segundo) y las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante (párrafo tercero), otorgándoles un tratamiento por completo distinto. En el primer caso, será nula la disposición hecha a favor tanto de los cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que el testador estuviese internado, como la realizada a favor del propio establecimiento. La norma es tan amplia –titulares, administradores o empleados-, que cualquier persona que trabaje en el centro asistencial será incapaz de suceder. Esto considerando que en cualquiera de ellos se reúne la condición de "cuidador", atendiendo a un concepto amplio del término, no al restrictivo que se refiriera a la persona que atiende de modo "personalizado o íntimo" al causante. ¿El médico que trata al enfermo puede ser considerado "cuidador" a estos efectos? Parece que sí, pues no tendría sentido que se aludiera a los titulares y administradores del establecimiento.

En el segundo caso, las demás personas físicas que presten servicios de cuidado solo podrán ser favorecidas por testamento notarial abierto. En ese apartado también se puede plantear la duda sobre los sujetos a los que se refiere la norma, si a los cuidadores de las personas internadas que no sean empleados del establecimiento asistencial o de salud, o a todas las personas que atienden a quienes necesitan cuidados, sea en un entorno asistencial o en su propio domicilio. A nuestro parecer debe atenderse a esta última consideración, pues el cuidador, profesional o no, puede asistir al enfermo en su entorno habitual o en los citados establecimientos.

27 En opinión de García Rubio, M.P. no tiene mucho sentido que el supuesto de hecho de la norma se limite al caso de que entre causante y cuidador haya mediado una relación contractual que, "al menos según el tenor literal del precepto, no tiene por qué ser onerosa": "Relaciones de cuidado y derecho sucesorio: algunos apuntes", cit., p. 486. Arroyo i Amayuelas, E. cuestiona que la norma solo contemple la asistencia prestada en virtud de una relación contractual, dejando fuera, sin motivo aparente, a las entidades públicas o benéficas: "Cambios sin rupturas en el nuevo Derecho de sucesiones catalán", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa, cit.,* p. 1711. Para Vaquer Aloy, A., en estos casos habría igualmente contrato, pues es difícilmente imaginable un servicio atendido exclusivamente por voluntariado que no reciba ningún tipo de remuneración: "La protección", cit., p. 348. Asimismo choca, en opinión de Arroyo i Amayuelas, E., que el legislador catalán dejara en vigor después de la aprobación del libro IV del CCCat, la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de acogimiento de personas mayores, que, si se da el requisito de convivencia durante los cuatro años inmediatamente anteriores al fallecimiento, atribuye derechos sucesorios a los cuidadores, tanto en la sucesión testada como en la intestada: "Cambios sin", cit., p. 1711.

Sea como fuere, a nuestro juicio el distinto tratamiento que merecen los cuidadores en función de que se trate de empleados o no de establecimiento de salud o asistenciales carece de justificación, por distintas razones. En primer lugar, tanto pueden influir los unos como los otros en la voluntad de la persona enferma. Y, en segundo lugar, y más importante, no nos parecen adecuadas estas previsiones y cautelas en el marco de la filosofía de la reforma operada por la Ley 8/2021, que se sustenta sobre la consideración de la persona con discapacidad en los mismos términos que las demás. De este modo, si ha quedado en manos del Notario enjuiciar la aptitud de la persona para otorgar testamento, bastaría con exigir el testamento notarial abierto como medida preventiva de posibles abusos de voluntad testamentaria de las personas que se encuentran en un estado especialmente vulnerable –sometidas al apoyo de un curador o con necesidad de asistencia por enfermedad-, por ser más fácilmente manipulable su voluntad, y no invadir e, incluso, anular la facultad de testamentifacción que a dicha persona debe corresponder como a cualquier otra.

IV. ÚLTIMA REFLEXIÓN.

Como se anunció al inicio de estas páginas, el análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021 en la regulación existente en relación al otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad, había de partir de la asunción de la consideración de las mismas como sujetos que ejercen la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás. Sin duda, la reforma propiciada por esta norma sobre el Código Civil en materia testamentaria se dirige a dar cumplimiento a lo así preconizado por el art. 12 de la Convención de Nueva York.

En este sentido, la reformulación del art. 665 CC, eliminando la posibilidad de privar al discapacitado de su facultad de testamentifacción, ha venido a refrendar una reclamación social y doctrinal tan anhelada como imprescindible, una vez desaparecida la figura de la incapacitación. El afán por tratar a la persona con discapacidad en esta igualdad de condiciones, lleva asimismo al legislador a eliminar la intervención obligada de los facultativos habitualmente llamados a dictaminar sobre las facultades intelectivas del testador, a los efectos de dejar en el pasado el modelo médico, con vestigios de carácter estigmatizador. Por su parte, todas las modificaciones relacionadas con la adaptación del proceso de otorgamiento de testamento por parte de personas con ciertas discapacidades físicas, no hacen sino incorporar las debidas adaptaciones de nuestra legislación a los avances tecnológicos en este terreno.

No obstante, a pesar de la bienvenida que hemos de dar a las reformas introducidas en el Código Civil en pro de la consideración y tratamiento de la persona con discapacidad en el marco de lo exigido por el art. 12 de la Convención,

como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo no todas las medidas adoptadas en el ámbito que aquí tratamos nos parecen las más adecuadas en cada caso, pudiéndose considerar algunas, incluso, contradictorias entre sí.

En primer lugar, dado el trascendental papel que se le otorga al Notorio en la evaluación de la aptitud del eventual testador, debería dejarse a su buen criterio la opción de solicitar la intervención de expertos médicos que puedan contribuir a la conformación de su juicio sobre la capacidad testamentaria del sujeto. Cierto es que nadie mejor que el Notario cuenta con los conocimientos específicos sobre la envergadura jurídica del acto que se pretenda realizar en cada caso, pero no menos verdad parece que no dispone de los conocimientos médico-forenses que en ocasiones pueda necesitar para llegar a evidenciar la aptitud mental del causante para comprender su alcance. Hubiese sido preferible, a nuestro entender, la redacción más abierta del art. 665 CC propuesta por la mencionada enmienda de algunos grupos parlamentarios, que habilitaba al Notario a "acudir a cualquier medio de asistencia, apoyo o ajuste razonable para emitir su juicio de discernimiento". A pesar de ello, vislumbramos que, en la práctica, los fedatarios públicos alcanzarán un acuerdo con el testador a estos fines.

En segundo lugar, reiteramos la oportunidad de haber optado por un sistema de testamento notarial únicamente abierto para las personas sometidas al apoyo de un curador, en tanto la protección ante influencias indebidas queda fuera del alcance de la apreciación notarial en el testamento cerrado, lo que no casa bien con el papel preponderante que al fedatario público se le atribuye en el enjuiciamiento de la capacidad del causante. Las personas que sufran de alguna discapacidad, pero que no se encuentren sometidas a la intervención de un curador sino bajo los cuidados de un guardador de hecho, tan solo cuentan, como cualquier otra, con el instrumento de protección "a posteriori" que supone la posibilidad de impugnar el testamento, una vez hayan fallecido, por parte de las personas legitimadas para ello; no existiendo ya posibilidad de averiguar con certeza cuál hubiese sido la voluntad del testador.

Por otro lado, llama especialmente la atención –al margen de su falta de técnica legislativa-, la reforma operada en el art. 753 CC, tanto en lo concerniente al curador como, sobre todo, en lo relativo a la incorporación de las limitaciones a la libertad testamentaria referida a los cuidadores de las personas internadas por razones de salud o asistencia. No parece coherente querer respetar la voluntad de la persona con discapacidad en toda ocasión y que se interfiera de esta forma en su libertad para decidir su última voluntad en relación a ciertas personas que, por lo demás, quizás sean quienes más merezcan ser sus beneficiarias. El legislador parte de una "presunción de influencia indebida" que se constituye, en los casos de los cuidadores de personas internadas, en una presunción "iuris et de iure", al

quedar eliminada para ellos su capacidad sucesoria. El mecanismo de protección ideado parece consistir, pues, en asimilar lo más posible la facultad testamentaria de la persona con discapacidad a la de cualquier otra persona –desterrando la intervención médica, dejando en manos del Notario el enjuiciamiento de sus facultades mentales y permitiéndole otorgar testamento tanto abierto como cerrado-, para al mismo tiempo cercenar su libertad testamentaria eliminando la posibilidad de poder testar en favor de ciertas personas, que, de seguro, podrían ser a las que la persona con discapacidad más le gustaría beneficiar. Si lo ordenado por la Convención es respetar – incluso adivinar, en ocasiones - la voluntad y deseos de la persona con discapacidad, es claro que, anulando preventivamente la voluntad del testador –al asumirse la influencia indebida de sus cuidadores-, no parece que aquel mandato se haya cabalmente obedecido.

Para llegar a este resultado, a nuestro juicio, habría sido más eficiente para proteger los intereses en juego –especialmente la voluntad de la persona con discapacidad-, permitir la intervención de los facultativos que puedan dictaminar sobre sus facultades mentales como apoyo al juicio jurídico del Notario, y vedar el otorgamiento de testamento cerrado a todas las personas con discapacidad sometidas a la guarda de un curador. En el caso del curador representativo, las precauciones previstas carecen de virtualidad práctica, en tanto debe asumirse que la persona sometida a esta modalidad de apoyo no alcanzará la capacidad necesaria para testar; y, en cualquier caso, a tal control se destina la función notarial. Por su parte, las personas con discapacidad bajo los cuidados de un guardador de hecho deberían encontrarse en la misma situación que todas las demás personas, quedando siempre abierta al Notario la posibilidad de acudir al auxilio de un facultativo como apoyo a la conformación de su enjuiciamiento. Finalmente, en todos los escenarios, queda abierta la posibilidad de impugnar el testamento, ya haya contado el Notario con el apoyo de un facultativo para ello o no.

BIBLIOGRAFÍA

Arroyo i Amayuelas, E.: "Cambios sin rupturas en el nuevo Derecho de sucesiones catalán", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa,* (coord. (coord. Anguita Villanueva, Cuena Casas y Ortega Doménech), Madrid, Dykinson, 2013, pp. 1699-1720.

Berrocal lanzarot, A.I.: "La capacidad y voluntad de testar dos pilares fundamentales en la sucesión testada", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 770, pp. 3339-3371.

Barrón arniches, P.: "Personas con discapacidad y libertad para testar", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 12, febrero 2020, pp. 448-471.

Blanquer Uberos, R.: "Comentario al art. 696 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil,* T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1763-1767.

Carol Rosés, F.: "Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 764, pp. 3242-3265.

Cobacho Gómez, J.A.: "Sobre la intervención notarial sobre la capacidad legal para testar", en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Sucesiones. "Liber amicorum" Teodora F. Torres García* (dir. A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio), La Ley, Madrid, 2014, pp. 293-308.

Corvo López, F.M.: "La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual", *Revista de Derecho Civil,* vol. VI, núm. 4 (octubre-diciembre, 2019), pp. 135-170.

De Amunátegui Rodríguez, C., en De Amunátegui Rodríguez, C. y Martínez Martínez, M.: *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas*, Colección Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2020.

De Zulueta Sagarra, M.: "Comentario al art. 685 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Madrid, 2010, pp. 816-825.

García Rubio, M.P.: "La protección de la voluntad del testador vulnerable en Derecho inglés", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel,* Izur Menor, 2014, pp. 1499-1521.

García Rubio, M.P.: "Relaciones de cuidado y derecho sucesorio: algunos apuntes", en *Estudios de Derecho de Sucesiones. "Liber amicorum" Teodora F. Torres*

García (dir. A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio), La Ley, Madrid, 2014, pp. 479-504.

García Rubio, M.P.: "Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 173-197.

Garrido Melero, M.: *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña,* Tomo primero, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2009.

Gómez Garzás, J.: "El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimer y otros trastornos afines", en AA.VV.: *La protección de las personas mayores* (coord. C. Lasarte Álvarez, M.F. Moretón Sanz y P. López Peláez)*,* Tecnos, Madrid, 2007, pp. 216-233.

Gómez Laplaza, M. C. y Díaz Alabart, S.: "La capacidad testamentaria de los incapacitados", en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Sucesiones. "Liber amicorum" Teodora F. Torres García* (dir. A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio), La Ley, Madrid, 2014, p. 529-546.

Guilarte Martín-Calero, C.: "Capacidad para testar de persona sometida a curatela: contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar y alcance del artículo 665 del Código Civil. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (146/2018)", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (coord. M. Yzquierdo Tolsada), Vol. 10, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 453-466.

Guilarte Martín-Calero, C.: "La capacidad para testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código Civil a la luz de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *Estudios de Derecho de Sucesiones. "Liber amicorum" Teodora F. Torres García* (dir. A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio), La Ley, Madrid, 2014, pp. 615-634.

Lacruz Berdejo, J.L., y otros: *Elementos de Derecho Civil, V. Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2009.

Martínez Espín, P.: "Comentario al artículo 696", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil,* T. IV, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5354 y ss.

Núñez Núñez, M.: "La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial", en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida:*

oportunidades, riesgos y salvaguardias (coord. G. Díaz Pardo y M. Núñez Núñez; dir. M. Pereña Vicente), 2018, pp. 511-527.

Pérez gallardo, L.B: "El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 782, pp. 3625-3671.

Puig Ferriol, L.: "Comentario al art. 665 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil,* T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1673-1676.

Ramón Fernández, F.: "El testamento y la futura reforma del Código Civil en materia de discapacidad: algunas reflexiones", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 10 bis, junio 2019, pp. 346-373.

Rivas Martínez, J.J.: "Comentario al art. 685", en AA.VV.: *Código Civil Comentado,* vol. II, Civitas, Madrid, 2011, pp. 351-2367.

Rodríguez Guitián, A.M.: "Comentario al art. 665 CC", en AA.VV.: *Código Civil comentado*, vol. II (coord. A. Cañizares y otros), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 275-281.

Torres Costas, M.E.: *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del estado, Madrid, 2020.

Torres Escámez, S.: "Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad", *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 34, abril-junio 2000, pp. 205-248.

Torres García, T.: "Comentario al art. 685 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil,* T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1725-1728.

Vaquer Aloy, A.: "Libertad de disponer y testador vulnerable", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa* (coord. Anguita Villanueva, Cuena Casas y Ortega Doménech), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1801-1812.

Vaquer Aloy, A.: "La protección del testador vulnerable", *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc. II, pp. 327-369.

Vicente Domingo, E.: "Comentario al art. 665 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. Domínguez Luelmo), pp. 781-786.

ZURLLA CARIÑANA, M.A.: "Comentario al artículo 665 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 829 y ss.

ZURITA MARTÍN, I.: La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límite*s (coord. A. VAQUER ALOY, M.P SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 83-112.

RIFLESSIONI CRITICHE SULL'AZIONE INIBITORIA COLLETTIVA NELLA NUOVA FORMULAZIONE INTRODOTTA NEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE

CRITICAL REFLECTIONS ON COLLECTIVE INJUNCTION IN THE NEW WORDING INTRODUCED IN THE CODE OF CIVIL PROCEDURE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3126-3141

Alessandra
BELLELLI

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il lavoro analizza la nuova disciplina dell'azione inibitoria collettiva introdotta, quale azione avente carattere generale, nel codice di procedura civile (art. 840 sexiesdecies) dalla l. 12 aprile 2019, n. 31. Si evidenziano nel saggio, in chiave critica, le rilevanti e radicali modifiche normative, che sollevano dubbi sulla stessa natura collettiva del rimedio, comportano rischi riguardanti la eventuale utilizzazione abusiva dell'azione e contrastano con le indicazioni provenienti dall'UE nel settore della tutela della categoria dei consumatori.

PALABRAS CLAVE: Azione inibitoria collettiva; carattere generale; tutela dei consumatori.

ABSTRACT: *The paper analyzes the new discipline of the collective inhibitory injunction provided by the law 2019, n. 31 and introduced in the Code of civil procedure (art. 840 sexiesdecies). The essay highlights, in a critical key, the relevant and radical legislative changes, which raise doubts about the collective nature of the remedy, involve risks regarding the possible abusive use of the action and contradict the indications from the EU on consumer rights and protection.*

KEY WORDS: *Collective inhibitory injunction; general procedural action; consumer protection.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE E PROSPETTIVE DELL'INDAGINE.- IL CARATTERE GENERALE DELL'AZIONE INIBITORIA COLLETTIVA SECONDO LA NUOVA DISCIPLINA.- II. LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE.- III. RIFLESSI SULL' EFFICACIA SOGGETTIVA DEL GIUDICATO.- IV. GLI INTERESSI TUTELATI.- V. IL NECESSARIO COORDINAMENTO CON LA NORMATIVA EUROPEA.

I. INTRODUZIONE E PROSPETTIVE DELL'INDAGINE. IL CARATTERE GENERALE DELL'AZIONE INIBITORIA COLLETTIVA SECONDO LA NUOVA DISCIPLINA.

Caro Professore, che ne pensa della nuova formulazione dell'azione inibitoria collettiva introdotta nel codice di procedura civile?

E' questa la domanda che mi sorge spontanea dopo tanti anni di colloquio scientifico e di intensa collaborazione con il Professore. Ho avuto la fortuna, anzi il privilegio, di conoscerlo nel 1974, appena arrivato all'Università La Sapienza di Roma, dove io, ventiduenne, avevo da poco conseguito la laurea in Giurisprudenza con una tesi in Diritto civile. E' stato non solo per me, ma anche per tutti gli altri Suoi numerosissimi allievi, Maestro di scienza e di vita, sempre disponibile ed attento con grande umanità e generosità, sempre stimolante e illuminante sul piano giuridico con riguardo ad ogni più vario argomento del diritto civile.

Mi piace quindi pensare che il colloquio con il Professore, che per me idealmente non si è mai interrotto, continui su un tema a Lui particolarmente caro, quello dell'azione inibitoria collettiva, che ha costituito non solo oggetto di progetti di ricerca[1], di incontri di studio [2] e di lezioni realizzati insieme, ma è stato anche il tema del mio primo lavoro sotto la Sua guida, inserito in un'opera collettanea sulle condizioni generali di contratto da Lui coordinata[3]. A questa opera hanno fatto seguito nel tempo altri volumi a cura del Professore, in cui sono tornata ad

1 V. il progetto di ricerca interuniversitario cofinanziato dal Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca scientifica (COFIN 2003), in materia di azione inibitoria, al quale hanno partecipato l'Università "La Sapienza" di Roma, l'Università degli Studi di Perugia e l'Università degli Studi di Siena.

2 V., in particolare, il Convegno "*Azione inibitoria e interessi tutelati*" ed anche il Convegno "*Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*", svoltisi entrambi nell'Università degli Studi di Perugia, rispettivamente, il 14-15 aprile 2005 e il 10 aprile 2008.

3 Cfr. Bellelli, A.: "L'inibitoria come strumento di controllo delle condizioni generali di contratto", in C. M. Bianca (a cura di), *Le condizioni generali di contratto,* Milano, 1981, vol. II, p. 305 ss. In questo lavoro fu allora ipotizzata e verificata la possibilità di introdurre nel nostro ordinamento un'azione inibitoria collettiva a tutela degli aderenti e, principalmente, della categoria dei consumatori a fronte di condizioni generali vessatorie. Questo risultato è stato raggiunto solo molti anni dopo con l'emanazione della legge 6 febbraio 1996, n. 52, la quale, in attuazione della direttiva 93/13/ CEE, aveva introdotto nel codice civile il Capo XIV *bis* "Dei contratti del consumatore" che comprendeva gli artt. 1469 *bis* – 1469 *sexies,* di cui l'ultimo relativo all'azione inibitoria nella dimensione collettiva quale mezzo per impedire l'utilizzazione di condizioni generali abusive. Questa normativa è poi rifluita nel codice del consumo all'art. 33 e seguenti.

• Alessandra Bellelli
Ordinario di Diritto Privato, Università degli Studi di Perugia. E-mail: alessandra.bellelli@unipg.it

occuparmi dell'azione inibitoria collettiva dopo la introduzione di questo rimedio nel nostro ordinamento, seguendo la incessante evoluzione normativa che la caratterizza[4].

Quindi la scelta del tema per questo scritto in ricordo del Professore è stata naturale e immediata, alla luce delle profonde modifiche alla disciplina dell'azione inibitoria collettiva apportate dall'art. 840 *sexiesdecies,* introdotto nel codice di procedura civile dalla l. 12 aprile 2019, n. 31. Questa legge, ai sensi dell'art. 1, ha inserito nel predetto codice, nel Libro quarto, un nuovo Titolo VIII-*bis*, che comprende gli artt. 840 *bis- sexiesdecies*

relativi all'azione di classe e all'azione inibitoria collettiva, le cui disposizioni sono di recente entrate in vigore[5]. Al contempo è stata sottratta al codice del consumo la regolamentazione di tali rimedi attraverso l'abrogazione degli artt. 139, 140, 140 *bis* cod. cons. (art. 5, l. cit.)[6].

Si è introdotto un nuovo modello di azione inibitoria collettiva. Mentre l'evoluzione normativa di tale rimedio si era sviluppata esclusivamente all'interno del diritto dei consumi, a partire dall'iniziale e minimale configurazione di cui all'art. 1469 *sexies* c. c., in materia di condizioni generali di contratto vessatorie, per poi arricchirsi di contenuti e acquistare il carattere della generalità sempre nell'ambito della tutela dei consumatori, attraverso *steps* successivi, generalmente sollecitati dall'Unione europea e conformi alle indicazioni da essa provenienti[7], ora, invece, lo

4 V. Bellelli, A.: "La tutela inibitoria", in C. M. Bianca e F. D. Busnelli (a cura di), *Commentario al capo XIV* bis *del codice civile: dei contratti del consumatore*, *Art. 1469 bis – 1469 sexies*, Cedam, Padova, 1999, *sub* art. 1469-*sexies*, p. 931 ss.; Id., "La tutela inibitoria collettiva", in C. M. Bianca (a cura di), *La vendita dei beni di consumo*, Cedam, Padova, 2006, p. 235 ss.

5 La l. 12 aprile 2019, n. 31, come modificata dal d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, ha previsto che le disposizioni in essa contenute entrassero in vigore decorsi venticinque mesi dalla pubblicazione della legge in Gazzetta Ufficiale , ovvero il 19/05/2021, (art. 7, comma 1) e che si applichino alle condotte illecite poste in essere successivamente alla data della sua entrata in vigore, mentre alle condotte illecite poste in essere precedentemente continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti anteriormente (art.7, comma 2).

6 Non è, invece, stato abrogato l'art. 37 cod. cons., relativo all'azione inibitoria collettiva in materia di condizioni generali di contratto abusive. E' da rilevare, però, a conferma della imprecisione e frettolosità della tecnica legislativa adoperata per la nuova disciplina, come risulterà con evidenza dal prosieguo dell'indagine, che l'art. 37, ult. comma, cod. cons. rinvia, per quanto non previsto nell'articolo e con riguardo alle azioni promosse dalle associazioni dei consumatori, alle disposizioni dell'art. 140 cod. cons., che ora è invece abrogato dalla legge in esame. In via interpretativa è da ritenere che l'art. 140 cod. cons., in qualsiasi norma tuttora richiamato, debba intendersi sostituito dall'art. 840 *sexiesdecies* c. p. c.
Sul sistema bipolare di tutela inibitoria già presente nel codice del consumo (v. cod. cons. art. 37, che trova applicazione solo con riguardo alle condizioni generali di contratto vessatorie, e artt. 139 – 140, che prevedono invece un'azione inibitoria generale a protezione dei diritti dei consumatori), bipolarità che permane anche ai sensi della legge n. 31 del 2019, e sulla irrazionalità della scelta, cfr. Minervini, E.: "La tutela collettiva dei consumatori e la l. 12 aprile 2019, n. 31", *Nuove leggi civ. comm.,* 2020, p. 348 ss. Osserva l'a. che la legge avrebbe invece potuto rappresentare l'occasione giusta per eliminare la duplicazione normativa, la quale, nell'attuale rapporto tra l'art. 840 *sexiesdecies* c. p. c. e l'art. 37 cod. cons., "ha rilevanti ricadute pratiche ed operative".

7 V., principalmente, la direttiva 93/13/ CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, e la direttiva 98/27/ CE relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, poi sostituita dalla direttiva 2009/22/CE.

strumento processuale è stato, come si è detto, deconsumerizzato[8] e si allontana dai caratteri originari di matrice europea.

L'azione inibitoria collettiva diviene uno strumento processuale generale, esperibile per la tutela non solo degli interessi della categoria dei consumatori, ma di qualsiasi interesse superindividuale fatto valere nei confronti di un imprenditore. La legittimazione passiva è riconosciuta infatti esclusivamente alle imprese e agli enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività (art. 840 *sexiesdecies,* comma 2, c. p. c.). All'imprenditore sarà rivolto, in caso di accoglimento dell'azione, l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta lesiva degli interessi giuridicamente protetti, che costituisce l'oggetto della domanda giudiziale (art. 840 *sexiesdecies,* comma 1, c. p. c.).

La nuova disciplina è, quindi, applicabile in via generale ad ogni settore, negli ambiti più diversi (dalla protezione dell'ambiente alla protezione dei dati personali, dalla tutela della concorrenza alla tutela della categoria dei lavoratori o della categoria dei piccoli imprenditori, ecc.), mentre, precedentemente, l'azione inibitoria collettiva era esperibile nel nostro ordinamento, oltre che in materia di *consumerism,* solo nelle singole ipotesi espressamente previste dalla legge.

Ciò implica, da un lato, un potenziamento nella protezione degli interessi collettivi, che potranno godere indistintamente della tutela preventiva offerta dallo strumento processuale in esame, diretta ad inibire la commissione dell'attività illecita e/o la sua prosecuzione nel futuro. D'altro lato, il superamento della tipicità del rimedio a livello collettivo rappresenta un passo in avanti verso l'auspicato riconoscimento della generalità dell'azione inibitoria in ogni sua applicazione, vale a dire anche nella dimensione individuale della protezione delle situazioni giuridiche soggettive facenti capo al singolo. Su questo versante, mentre la giurisprudenza, pur con qualche timida apertura attraverso il ricorso all'analogia, si mostra sostanzialmente fedele al principio di tipicità dell'azione[9], la dottrina[10], invece,

Sull'evoluzione normativa dell'azione inibitoria collettiva nel nostro ordinamento sia consentito rinviare a Bellelli, A.: "La tutela inibitoria collettiva", *Nuove leggi civ. comm.,* 2006, p. 471 ss., in particolare pp. 474-475; Id.: " L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie vent'anni dopo", *Nuovo dir. civ.,* 2016, p. 39 ss.

8 Carratta, A.: " I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura", *Giur. it.,* 2019, p. 2297.

9 V., ampiamente motivata, Cass. 25 luglio 1986, n. 4755, in *Nuova giur. civ. comm*., 1987, I, p. 386 ss., con nota di Libertini, M.

10 Si registra in dottrina la tendenza crescente al superamento, attraverso percorsi diversi, del principio tradizionale di tipicità dell'azione inibitoria. Vedi Bianca, C. M.: *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, III ed., Giuffrè, Milano, 2021, pp.756-757, il quale afferma che "il giudice può sempre imporre l'osservanza di ciò che è già imposto dalla legge, convertendo il precetto astratto in precetto concreto rivolto alle parti" e quindi l'azione inibitoria, essendo volta a colpire un illecito, non ha bisogno di essere di volta in volta prevista da specifiche disposizioni normative. Cfr. anche Trimarchi, P.: voce "Illecito", *Enc. dir.*, XX, s.d., ma Milano, 1970, p. 107; Proto Pisani, A.: "Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria", *Foro it.,* 1983, V, c. 132; Rapisarda, C.: *Profili della tutela civile inibitoria,* Cedam, Padova, 1987; Di Majo, A.: *La tutela civile dei diritti,* III ed. riv., Giuffrè, Milano, 2001, p. 155. Per l'impostazione volta a tracciare i confini di estensione dell'azione inibitoria in funzione degli interessi sostanziali che richiedono tutela, superando

è giunta a riconoscere carattere generale all'azione inibitoria, la quale, come già si è osservato[11], costituisce l'unico strumento presente nel sistema giuridico avente funzione specifica preventiva di tutela delle posizioni soggettive e compito dell'ordinamento è non solo reprimere l'illecito, ma, ancor prima e principalmente, prevenirlo.

Se, pertanto, il carattere generale attribuito all'azione inibitoria collettiva è certamente da approvare e risponde anche a precise indicazioni suggerite dall'Unione europea, volte ad un sempre maggiore e più efficace utilizzo di questo strumento processuale sia all'interno dei singoli Paesi membri che in chiave transfrontaliera[12], molteplici sono invece le perplessità che sorgono, sotto vari altri profili, dall'analisi del testo normativo.

Una prima, centrale questione, che sarà esaminata specificamente nel presente contributo, riguarda la natura collettiva del rimedio. Nonostante la denominazione "Dei procedimenti collettivi" attribuita al Titolo VIII-*bis* del Libro quarto c. p. c.[13], in realtà sembra che non possa definirsi quale procedimento collettivo né l'azione di classe, secondo quanto sostenuto già in passato [14], e neppure, ora, l'azione inibitoria in tutte le declinazioni della sua nuova formulazione, in particolare qualora l'interesse minacciato o leso non riguardi una categoria di soggetti e/o non sia fatto valere da un ente esponenziale riconosciuto come adeguatamente rappresentativo della categoria, bensì da un singolo individuo che propone la domanda giudiziale.

Sebbene la rubrica della norma in esame, "Azione inibitoria collettiva", rechi l'espresso riferimento alla dimensione collettiva del rimedio inibitorio, si

la tradizionale tipicità del rimedio, v. Bellelli, A.: "Introduzione", in A. Bellelli (a cura di), *Azione inibitoria e interessi tutelati*, Esi, Napoli, 2007, p. 5 ss.

11 Bellelli, A.: "L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito", *Riv. dir. civ.,* 2004, I, p. 607 ss., in particolare p. 615 ss.

12 Vedi Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'UE del 26 luglio 2013, relativa ai meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria a tutela dei diritti conferiti da norme dell'Unione europea. La Commissione, prendendo atto di tradizioni giuridiche molto diverse nei singoli Stati membri, si è limitata nella Raccomandazione alla definizione di una serie di principi basilari comuni che i sistemi nazionali di ricorso collettivo dovrebbero rispettare, nella prospettiva di una maggiore coerenza tra gli ordinamenti e allo scopo di agevolare l'accesso alla giustizia non solo a tutela dei consumatori, ma con riguardo a qualsiasi violazione di diritti garantiti da norme dell'Unione europea.

13 Nel codice del consumo, nella Parte V, il Titolo II, comprendente, oltre che gli artt. 139-140, anche l'art. 140 *bis* sull'azione di classe, era, invece, più correttamente, denominato "Accesso alla giustizia".

14 Nel senso di escludere la natura collettiva dell'azione di classe, v. Bellelli, A.: "Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva", *Nuova giur. civ. comm.,* 2009, II, p. 211 ss. e "Introduzione", in A. Bellelli (a cura di), *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, *Quaderni Riv. dir. civ.,* Cedam, Padova, 2009, p. 3 ss.; Id., "Introduzione", in L. Mezzasoma e F. Rizzo (a cura di), *L'art. 140 bis del codice del consumo. L'azione di classe*, Esi, Napoli, 2011, p. 7 ss. In particolare si è osservato in questi scritti, con riguardo alle precedenti formulazioni del rimedio, che l'azione di classe, in quanto diretta a risarcire i danni seriali individualmente subiti in conseguenza di un medesimo fatto illecito imprenditoriale, non tutela un interesse collettivo attribuibile indistintamente alla categoria dei consumatori, bensì tutela solo le posizioni giuridiche dei singoli consumatori danneggiati, profilandosi, pertanto, come strumento di protezione superindividuale, ma non propriamente collettiva.

ha l'impressione che l'azione di classe, alla quale principalmente è stata rivolta l'attenzione del legislatore, sovrasti l'azione inibitoria, incidendo sulla sua configurazione e sulla sua natura. Quest'ultima, a differenza dell'azione di classe la cui disciplina è contenuta nei primi numerosi articoli che compongono quasi l'intero Titolo VIII-*bis*, è regolata in un solo articolo, l'ultimo del Titolo stesso, con una inversione, anche sotto il profilo della collocazione sistematica, rispetto al codice del consumo nel quale l'ampia normativa sull'azione inibitoria collettiva (artt. 139 e 140 cod. cons.) precedeva, invece, quella dell'azione di classe introdotta successivamente (art. 140 *bis* cod. cons.).

La regolamentazione dell'azione inibitoria collettiva risulta "ridimensionata" nella sua portata[15] e non solo non risolve i problemi, rimasti già precedentemente insoluti a livello normativo, tra i quali, in primo luogo, quello riguardante l'estensione degli effetti soggettivi del giudicato collettivo, ma pone anche ulteriori dubbi e perplessità. In particolare, come vedremo nelle pagine che seguono, il "prevalere" dell'azione di classe nell'attuale regolamentazione ha conformato per alcuni aspetti l'azione inibitoria a suo modello, creando un ibrido nel quale la natura collettiva non sempre è riscontrabile ed anche gli altri caratteri propri del rimedio inibitorio, tradizionalmente inteso quale strumento di tutela preventiva e astratta, appaiono, nella nuova versione, offuscati.

Mentre nella sua prima formulazione l'azione di classe era stata modellata, specularmente, sull'azione inibitoria, in quanto veniva prevista una prima fase collettiva di accertamento dell'illecito che costituiva il presupposto per una seconda fase propriamente risarcitoria, ora, invece, assistiamo ad un processo inverso. E' la disciplina dell'azione di classe, che nelle successive elaborazioni normative si è distaccata dall'impostazione iniziale per seguire il modello della *class action* statunitense, a incidere su quella dello strumento inibitorio collettivo modificandola a propria immagine e trasferendo ad essa le proprie caratteristiche, pur con la differenza fondamentale che l'una guarda al passato per risarcire danni seriali concretamente prodotti e l'altra si volge al futuro per inibire una condotta illecita lesiva degli interessi di una pluralità di soggetti.

15 Varie disposizioni normative presenti nell'art. 140 cod. cons. non sono state riprodotte nella nuova disciplina. Tra queste v. la disposizione che imponeva, quale condizione di ammissibilità dell'azione, la diffida a cessare il comportamento lesivo rivolta dall'associazione dei consumatori all'imprenditore (art. 140, comma 5, cod. cons.) e le previsioni normative relative alla conciliazione (art. 140, commi 2-4 e 6, cod. cons.), che offrivano strumenti preventivi-alternativi al giudizio inibitorio, volti ad evitarlo o a farlo cessare per privilegiare soluzioni stragiudiziali più rapide e meno costose, la cui efficacia, però, era pur sempre legata alla presenza di un'azione inibitoria e alla sua forza deterrente. Non compaiono nell'art. 840 *sexiesdecies* c. p. c. neppure la disposizione sulla inibitoria cautelare di cui al comma 8 dell'art. 140 cod. cons. e quella, contenuta nel comma 9, diretta a regolare, sebbene in modo non del tutto chiaro, né esaustivo, i rapporti tra l'azione collettiva e le azioni individuali.

II. LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE.

La legittimazione ad agire, ai sensi dell'art. 840 *sexiesdecies,* comma 1, c. p. c., viene attribuita a "chiunque abbia interesse alla pronuncia di una inibitoria di atti e comportamenti…" ed inoltre sono legittimate all'azione "le organizzazioni o le associazioni senza scopo di lucro i cui obiettivi statutari comprendano la tutela degli interessi pregiudicati dalla condotta", purché iscritte nell'elenco pubblico di cui all'art 840 *bis,* comma 2, c. p. c., istituito presso il Ministero della Giustizia.

Con riguardo a queste ultime, al fine di garantirne l'indipendenza e l'adeguata rappresentatività dell'interesse fatto valere, è richiesta l'iscrizione nell'elenco di cui sopra, che, secondo quanto dispone l'art. 196 *ter* disp. att. c. p. c., presuppone il controllo di una serie di requisiti, ovvero "la verifica delle finalità programmatiche, dell'adeguatezza a rappresentare e tutelare i diritti omogenei azionati e della stabilità e continuità delle associazioni e delle organizzazioni stesse, nonché la verifica delle fonti di finanziamento utilizzate".

Nessun requisito, invece, è previsto nella norma relativamente alla legittimazione attiva del singolo individuo, se non l'interesse ad agire, e pertanto la sua idoneità ad essere rappresentativo sul piano superindividuale dovrà necessariamente essere rimessa all'accertamento ampiamente discrezionale del giudice[16].

L'attribuzione della legittimazione ad agire in via inibitoria a "chiunque" costituisce un'assoluta novità introdotta dalla legge in esame, novità che mal si concilia con la natura collettiva sempre riconosciuta al rimedio in esame[17], la quale, secondo la tradizione europea delle associazioni, richiede che l'interesse di categoria sia fatto valere da un ente esponenziale rappresentativo dell'interesse stesso. Concetto centrale è quello della rappresentatività, dell'idoneità, cioè, dell'ente a farsi interprete e portatore dell'interesse collettivo ovvero dell'interesse di una collettività, offrendo, al tempo stesso, garanzie di indipendenza e imparzialità.

Nessuna garanzia di adeguata tutela dell'interesse collettivo è, invece, prevista, come già detto, con riguardo al singolo che agisca in via inibitoria. La disciplina sul punto si discosta, inspiegabilmente, non solo da quanto normativamente richiesto per la legittimazione attiva all'azione inibitoria delle organizzazioni e associazioni

16 Cfr. Pagni, I.:" L'azione inibitoria collettiva", *Giur. it.*, 2019, p. 2329. L'a., pur condividendo la scelta legislativa della legittimazione attiva del singolo, ritiene tuttavia che la formula utilizzata, la quale fa semplicemente riferimento all'interesse ad agire "chiunque vi abbia interesse", sia imprecisa ed eccessivamente ampia, dovendo invece necessariamente trattarsi di diritti "seriali", ovvero diritti suscettibili di essere lesi da illeciti di massa che colpiscono una pluralità di individui.

17 Vedi De Santis, A. D.: "L'azione inibitoria collettiva", *Foro it.,* 2019, V, c. 389, il quale, propriamente, definisce l'azione inibitoria promossa dal singolo quale azione individuale con finalità collettiva.

senza scopo di lucro[18], ma anche dal modello dell'azione di classe per la quale è disposto il "filtro" del giudizio di ammissibilità[19].

La scelta legislativa presenta, inoltre, ulteriori e gravi rischi nei confronti del legittimato passivo. Il rimedio, posto al di fuori del codice del consumo, avendo assunto il carattere della generalità ed essendo esperibile anche da un singolo imprenditore, potrebbe costituire strumento di facili abusi in pregiudizio del convenuto e produrre effetti distorsivi della concorrenza[20]. E' da sottolineare che la stessa proposizione di un'azione giudiziale nei confronti di un'impresa può nuocere gravemente alla sua immagine e gettarle discredito, pure nell'ipotesi in cui la domanda venga successivamente ritenuta infondata e respinta dal giudice.

Se volgiamo lo sguardo al passato, fin dal suo primo apparire nel codice civile come strumento di controllo delle condizioni generali nei contratti con i consumatori (art. 1469 *sexies,* cod. civ., successivamente rifluito, con modifiche, nel codice del consumo, all' art. 37, che è tuttora vigente non essendo stato abrogato dalla l. n. 31/2019), l'azione inibitoria collettiva risulta strettamente finalizzata alla tutela di un interesse di categoria. La legittimazione ad agire per inibire l'utilizzazione di condizioni generali di cui sia accertata giudizialmente la vessatorietà veniva infatti riconosciuta alle associazioni rappresentative dei consumatori, alle associazioni rappresentative dei professionisti e alle camere di commercio, queste ultime quali enti istituzionalmente preposti alla tutela degli interessi dei consumatori[21].

Nella successiva evoluzione normativa dell'azione inibitoria collettiva, divenuta azione generale in materia di *consumerism,* sono esclusivamente le associazioni rappresentative dei consumatori, dotate dei rigorosi requisiti stabiliti dalla legge e iscritte presso il Ministero dello Sviluppo economico (già Ministero delle attività produttive e, ancor prima, Ministero dell'industria, commercio e artigianato), a poter agire nei confronti dell'imprenditore per tutelare gli interessi collettivi della categoria (v. art. 5, l. 30 luglio 1998, n. 281,"Disciplina dei diritti dei consumatori

18 Cfr. Stella, M.: "La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840 sexiesdecies c. p. c., tra tradizione e promesse di deterrenza, *Corr. giur.,* 2019, p. 1456 e Alfano, G.: *Rappresentatività e democraticità delle associazioni di consumatori*, Esi, Napoli, 2020, p. 155 s., i quali rilevano che la difformità di trattamento tra individui ed enti esponenziali sia ingiustificata e, quindi, potenzialmente in contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

19 Carratta, A.: "I nuovi ", cit.,p.2297.

20 Gli Stati membri, secondo la Raccomandazione della Commissione del 2013, precedentemente citata, sono tenuti ad adoperarsi affinché i procedimenti collettivi siano equi e dotati di garanzie processuali che evitino l'uso abusivo. V. anche la recente direttiva UE del 25 novembre 2020, n. 1828, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, della quale si tratterà specificamente nell'ultimo paragrafo di questo lavoro.
Con riguardo ai rischi derivanti dall'attribuzione al singolo della legittimazione ad agire in via inibitoria , v., in dottrina, Ruffolo, U.: "Interessi collettivi (e diffusi), azione inibitoria collettiva e misure idonee correttive", in U. Ruffolo (a cura di), Class action e *azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31,* Giuffrè, Milano, 2021, p. 233 ss., in particolare pp. 238-239.

21 La previsione della legittimazione delle camere di commercio è stata successivamente eliminata dal testo dell'art. 37 cod. cons. ad opera del d. lgs. 25 novembre 2016, n. 219, art. 5, comma 4.

e degli utenti", che ha costituito un anticipato recepimento della direttiva 98/27/CE relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, e, successivamente, nel codice del consumo, che ha abrogato la suddetta legge, v. il combinato disposto degli artt. 137 e 139-140.), rimanendo ferma la più ampia legittimazione in materia di condizioni generali abusive, ma pur sempre riconosciuta ad enti esponenziali di interessi di categoria[22].

Anche al di fuori del settore della tutela dei consumatori, nelle varie applicazioni legislative dell'azione inibitoria, l'interesse collettivo deve sempre essere fatto valere da un ente rappresentativo, portatore dell'interesse di categoria.

Cosi, per la tutela collettiva degli investitori nei confronti dell'intermediario o emittente finanziario, la legittimazione ad agire è attribuita alle associazioni dei consumatori iscritte nell'elenco (art. 32 *bis,* introdotto nel Testo unico della finanza dal d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164), sebbene per investitori siano da intendere non solo consumatori, ma anche persone giuridiche o enti di fatto oppure persone fisiche le quali non agiscano come consumatori, ma concludano contratti di investimento finanziario per fini rientranti nell'attività imprenditoriale o professionale svolta.

Con riguardo all'azione inibitoria collettiva prevista a favore delle imprese medie e piccole e degli artigiani nel d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231 sui pagamenti nelle transazioni commerciali contro le condizioni generali gravemente inique relative al termine di pagamento e alle conseguenze del ritardo (art. 8), sono esclusivamente le associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel CNEL a poter promuovere l'azione.

Contrariamente, quindi, ad un'esperienza consolidata di matrice europea, il legislatore, nella norma in esame, affida la protezione in via inibitoria al singolo, oltre che alle associazioni, conformandosi al modello dell'azione di classe, a sua volta mutuato dalla tradizione statunitense della *class action.* Ma quest'ultimo strumento processuale non ha natura collettiva, non emerge in esso l'interesse di una categoria, quanto, piuttosto, si riscontra una aggregazione superindividuale di diritti individuali omogenei, ovvero dei diritti dei singoli soggetti danneggiati in conseguenza di uno stesso fatto lesivo. La trasposizione appare, pertanto, incongrua, non in linea con il carattere collettivo dell'azione inibitoria, che viene, così, snaturata.

22 La più ampia legittimazione si giustifica in quanto il controllo sull'attività imprenditoriale di predisposizione ed utilizzazione delle condizioni generali di contratto in funzione di operazioni contrattuali eque e corrette risponde agli interessi del mercato e di tutti coloro che in esso agiscono, non solo dei consumatori, ma anche degli imprenditori concorrenti.

III. RIFLESSI SULL' EFFICACIA SOGGETTIVA DEL GIUDICATO.

La legittimazione ad agire attribuita al singolo incide sul problema, mai definitivamente risolto a livello normativo, dell'efficacia soggettiva del giudicato, aggravandolo. Si fa riferimento, in particolare, come si vedrà, al giudicato che respinge l'azione.

Con riguardo al giudicato che, invece, accoglie la domanda giudiziale, si è sostenuto in passato che, data la natura collettiva della pronuncia inibitoria, gli effetti favorevoli devono prodursi a vantaggio dell'intera categoria e non essere limitati all'associazione che abbia promosso l'azione, altrimenti sarebbero frustrate le finalità di tutela collettiva perseguite attraverso il rimedio[23]. Si può ritenere, anche con riguardo alla nuova normativa, data la natura superindividuale dell'interesse fatto valere in giudizio, che non trovi applicazione la regola di impostazione individualistica di cui all'art. 2909 c. c., la quale limita gli effetti della sentenza civile alle parti, ma che gli effetti favorevoli si estendano, invece, direttamente, ai soggetti titolari dello stesso interesse, indipendentemente dall'assunzione della qualità di parte nel processo[24]. Costoro potranno infatti giovarsi, a livello individuale, dell'accertamento giudiziale dell'antigiuridicità della condotta imprenditoriale, che costituisce il presupposto della sentenza di condanna inibitoria, qualora l'ordine impartito dal giudice non venga osservato dall'imprenditore che continui nell'attività illecita. In caso contrario, l'osservanza da parte dell'imprenditore del comando giudiziale di cessare la condotta illecita comporta che a beneficiare della sentenza inibitoria siano, di fatto, indistintamente, tutti coloro che avrebbero potuto essere lesi dalla prosecuzione di tale condotta.

Più complessa è la soluzione nel caso in cui gli effetti della pronuncia siano sfavorevoli. In passato si sono contrapposti due orientamenti diversi. Da un lato, si è ritenuto che, una volta determinata dalla legge con criteri rigorosi la rappresentatività a livello nazionale delle associazioni dei consumatori, il potere di azione "si consumi" quando un'associazione, inserita nell'elenco, abbia proposto la domanda inibitoria. Secondo questa via interpretativa, un'altra associazione non potrebbe agire contro lo stesso imprenditore, facendo valere lo stesso illecito oggetto del giudicato.

23 V. Bellelli, A.: "La tutela " cit., p. 949 ss., dove si è sostenuto (p. 951) che, in materia di interessi collettivi, se con una pronuncia inibitoria venga accertata l'illiceità dell'attività imprenditoriale, tale giudizio di antigiuridicità deve valere a favore della generalità dei soggetti titolari della medesima situazione giuridica protetta dalla norma violata, sebbene costoro non siano stati parti nel processo.
Per una conferma in questo senso v. Corte di Giustizia europea, sez. I, 26 aprile 2012, causa C-472/10, la quale ha affermato che, qualora il carattere abusivo di una condizione generale di contratto venga accertato nell'ambito di un giudizio inibitorio collettivo promosso contro un imprenditore, l'accertamento della nullità della clausola produce effetti nei confronti di tutti i consumatori che abbiano stipulato con lo stesso imprenditore contratti ai quali si applicano le medesime condizioni generali.

24 *Contra*, per una netta separazione tra giudicato collettivo e giudizio individuale e, quindi, per l'inestensibilità degli effetti della pronuncia collettiva, sia che il giudicato respinga, sia che accolga la domanda inibitoria, v. Stella, M.: "La nuova ", cit.,p.1456.

D'altro lato, si è rilevato che una soluzione di questo tipo incontrava gravi ostacoli nel diritto di difesa, costituzionalmente garantito (art. 24, co. 2°, cost.), che sarebbe stato certamente violato, qualora si fosse ammessa l'estensione del giudicato sfavorevole nei confronti di chi non era stato parte del processo e non si era, quindi, potuto difendere. Su questa linea si è quindi proposto di applicare il principio del giudicato *secundum eventum litis*, per il quale si estendono gli effetti della sentenza se favorevoli, mentre, in rispetto del diritto di difesa, non si estendono gli effetti del giudicato qualora sia negativo.

Essendo, ora, legittimato ad agire "chiunque", si pone più gravemente il problema. Se si adotta la prima soluzione forte è il rischio che un'azione, promossa da un attore improvvisato ed inesperto, precluda la tutela inibitoria, consumando il potere di agire nei confronti dello stesso imprenditore e contro il medesimo illecito.

Non soddisfa, però, neppure la seconda soluzione che può comportare per l'imprenditore, dato l'allargamento della legittimazione attiva, il rischio di doversi difendere in una serie innumerevole di giudizi aventi lo stesso oggetto.

Su questo profilo, di estrema importanza, il legislatore dovrà necessariamente intervenire ed offrire soluzioni adeguate.

IV. GLI INTERESSI TUTELATI.

Anche sul piano delle situazioni giuridiche tutelate si rinviene un accostamento all'azione di classe e un distanziamento dall'azione inibitoria collettiva, così come era stata nel tempo costruita.

Il testo normativo fa riferimento agli "atti e comportamenti posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti". Al riguardo si deve osservare che più individui o più enti non necessariamente individuano una categoria: riecheggia qui l'impostazione propria dell'azione di classe, attraverso la quale si tutelano i singoli diritti omogenei che fanno capo ad una molteplicità di soggetti. L'azione inibitoria, invece, nella dimensione collettiva, come si è visto, è stata sempre diretta a tutelare la posizione giuridica propria di una categoria, quale, principalmente ma non esclusivamente, quella dei consumatori.

Inoltre, il participio passato utilizzato "posti in essere", riferito agli "atti e comportamenti", potrebbe indurre, letteralmente, ad intendere che l'interesse collettivo venga tutelato solo qualora la condotta illecita sia stata già attuata dall'imprenditore. Deve ritenersi, in senso contrario, che questa lettura possa essere superata in via interpretativa, in quanto non si concilia con la natura

preventiva tradizionalmente riconosciuta all'azione, che è volta al futuro ed esperibile anche allorquando l'attività illecita non sia stata ancora realizzata, ma si teme, fondatamente, che possa prodursi. I tratti precipui dell'azione inibitoria quale tutela collettiva-preventiva sembrano comunque sbiadire nel dettato normativo per avvicinarsi a quelli propri dell'azione di classe che appresta una tutela multipla-successiva.

A maggior ragione è improprio riferirsi al "pregiudizio", che guarda al passato e dal quale in sede inibitoria si prescinde, rilevando non il danno concretamente arrecato, il cui risarcimento è riservato all'azione di classe, ma la condotta lesiva di situazioni giuridiche protette dall'ordinamento, che deve essere giudizialmente inibita per il futuro. L'"astrattezza" è carattere peculiare dell'azione inibitoria e sta appunto a significare che l'azione non è diretta ad accertare l'effettiva e concreta produzione di un danno, bensì è volta ad impedire, in una prospettiva futura, la pratica imprenditoriale costituente violazione di interessi giuridicamente tutelati[25].

V. IL NECESSARIO COORDINAMENTO CON LA NORMATIVA EUROPEA.

La recente direttiva europea 25 novembre 2020, n. 1828, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, che abroga la direttiva 2009/22/CE, nell'intento di assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori in un mercato sempre più globalizzato e digitalizzato, dove una stessa pratica illecita può colpire un ampio numero di soggetti, è volta a rafforzare le procedure superindividuali per renderle efficaci ed efficienti, e ad armonizzarle. L'obiettivo è che in ogni Stato membro sia presente almeno un meccanismo procedurale, conforme alla direttiva stessa, che consenta agli enti legittimati di promuovere azioni rappresentative al fine di ottenere provvedimenti sia inibitori che risarcitori.

I caratteri fondamentali dell'azione inibitoria, riconosciuti e consolidatisi in ambito europeo in materia di diritto dei consumi, vengono essenzialmente riconfermati nella direttiva in esame.

Nelle definizioni di cui all'art. 3, al n. 3), per interessi collettivi dei consumatori si intendono gli interessi generali dei consumatori e, solo ai fini dei provvedimenti risarcitori, gli interessi tutelati sono limitati ad un gruppo di consumatori. Pertanto la tutela inibitoria riguarda gli interessi dell'intera categoria dei consumatori ed, infatti, come già detto, del provvedimento inibitorio, data la sua naturale vocazione collettiva, possono beneficiare tutti coloro che verranno in contatto con

25 Cfr. Pagni, I.:" L'azione inibitoria ", cit.,p.2329 secondo la quale non è la lesione a determinare il sorgere di una posizione soggettiva, bensì è la sussistenza di una posizione soggettiva suscettibile di pregiudizio ad imporne la protezione.

l'imprenditore, consistendo il beneficio nella cessazione dell'attività imprenditoriale costituente violazione degli interessi stessi.

Con riguardo alla legittimazione attiva, si prevede che le azioni rappresentative possono essere intentate da enti legittimati (associazioni private o enti pubblici) designati a questo scopo dagli Stati membri, i quali ne garantiscono l'idoneità (art. 4, paragrafi 1 e 2). Nell'effettuare la designazione, con particolare riguardo agli enti legittimati a promuovere azioni rappresentative transfrontaliere, gli Stati membri devono osservare i puntuali e rigidi requisiti fissati dalla direttiva, che intende assicurare la rappresentatività, l'assenza di scopo di lucro, l'indipendenza e l'efficienza degli enti stessi per i quali è richiesta la personalità giuridica conformemente al diritto nazionale (art. 4, paragrafo 3).

Degli enti legittimati ad agire deve essere fornita informazione alla Commissione, che provvederà a redigere apposito elenco pubblico, e si richiede inoltre un monitoraggio periodico per verificare la permanenza dei requisiti previsti (art. 5).

"Oggetto e scopo" della direttiva è non solo stabilire norme volte a garantire che una procedura di azione rappresentativa per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori sia disponibile in tutti gli Stati membri, il funzionamento della quale sia efficace, ma anche predisporre adeguate garanzie per evitare l'abuso del contenzioso (art. 1). La direttiva intende infatti contribuire, attraverso la protezione dei consumatori, al corretto funzionamento del mercato interno, ponendo particolare attenzione per impedire le liti non fondate o che si protraggano a lungo nel tempo ed evitare, così, i relativi danni all'immagine dell'impresa convenuta, nonché i riflessi sulla concorrenza. A questi fini è richiesto che l'organo giurisdizionale o l'autorità amministrativa, cui è rivolta l'azione rappresentativa, valutino l'ammissibilità dell'azione stessa (art. 7, paragrafo 3) e che "siano in grado di decidere di respingere i casi manifestamente infondati il prima possibile" (art. 7, paragrafo 7).

Vengono imposte, quindi, dalla direttiva, per la tutela inibitoria, regole diverse dalle norme precedentemente esaminate introdotte nel nostro codice di procedura civile, con riguardo a vari profili, tra i quali, principalmente, l'individuazione degli interessi tutelati che fanno capo ad una generalità, ovvero alla categoria dei consumatori, la legittimazione ad agire, l'esigenza di porre idonee garanzie contro eventuali abusi dello strumento inibitorio.

In sede di recepimento della direttiva, che deve essere attuata entro il 25 giugno 2023, si dovrà, pertanto, quantomeno relativamente al settore consumeristico, rimettere mano alla normativa interna per conformarsi alle indicazioni dell'Unione europea: l'azione inibitoria, nella sua incessante evoluzione, rimane un cantiere aperto.

BIBLIOGRAFIA

Alfano, G.: *Rappresentatività e democraticità delle associazioni di consumatori*, Esi, Napoli, 2020, p. 155 s.

Bellelli, A .: " L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie vent'anni dopo", *Nuovo dir. civ.,* 2016, p. 39 ss.

Bellelli, A: "La tutela inibitoria collettiva", in C. M. Bianca (a cura di), *La vendita dei beni di consumo*, Cedam, Padova, 2006, p. 235 ss.

Bellelli, A.: "Introduzione", in A. Bellelli (a cura di), *Azione inibitoria e interessi tutelati*, Esi, Napoli, 2007, p. 5 ss.

Bellelli, A.: "L'inibitoria come strumento di controllo delle condizioni generali di contratto", in C. M. Bianca (a cura di), *Le condizioni generali di contratto,* Milano, 1981, vol. II, p. 305 ss.

Bellelli, A.: "L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito", *Riv. dir. civ.,* 2004, I, p. 607 ss.

Bellelli, A.: "La tutela inibitoria collettiva", *Nuove leggi civ. comm.,* 2006, p. 471 ss.

Bellelli, A.: "La tutela inibitoria", in C. M. Bianca e F. D. Busnelli (a cura di), *Commentario al capo XIV* bis *del codice civile: dei contratti del consumatore*, *Art. 1469 bis – 1469 sexies*, Cedam, Padova, 1999, *sub* art. 1469-*sexies,* p. 931 ss.

Bianca, C. M.: *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, III ed., Giuffrè, Milano, 2021, pp.756-757.

Carratta, A.: " I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura", *Giur. it.,* 2019, p. 2297.

De Santis, A. D.: "L'azione inibitoria collettiva", *Foro it.,* 2019, V, c. 389.

Di Majo, A.: *La tutela civile dei diritti,* III ed. riv., Giuffrè, Milano, 2001, p. 155.

Libertini, M.: "Cass. 25 luglio 1986, n. 4755" , *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 386 ss.

Minervini, E.: "La tutela collettiva dei consumatori e la l. 12 aprile 2019, n. 31", *Nuove leggi civ. comm.,* 2020, p. 348 ss.

Pagni, I.:" L'azione inibitoria collettiva", *Giur. it*., 2019, p. 2329.

Proto Pisani, A.: "Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria", *Foro it.,* 1983, V, c. 132.

Rapisarda, C.: *Profili della tutela civile inibitoria,* Cedam, Padova, 1987.

Ruffolo, U.: "Interessi collettivi (e diffusi), azione inibitoria collettiva e misure idonee correttive", in U. Ruffolo (a cura di): Class action e *azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31,* Giuffrè, Milano, 2021, p. 233 ss.

Stella, M.: "La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840 sexiesdecies c. p. c., tra tradizione e promesse di deterrenza", *Corr. giur.,* 2019, p. 1456.

Trimarchi, P.: voce "Illecito", *Enc. dir*., XX, s.d., ma Milano, 1970, p. 107.

DESARMONIZACIÓN DE LA TUTELA DEL CONSUMIDOR EN LOS VIAJES COMBINADOS: INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO COMPARADO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

DISHARMONISATION OF CONSUMER PROTECTION IN PACKAGE TRAVEL: INTERACTION BETWEEN COMPARATIVE LAW AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3142-3183

Alfredo
FERRANTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de diciembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 12 de febrero de 2022

RESUMEN: Se realiza un análisis comparativo de los ordenamientos italiano y español que permite observar cómo la Directiva núm. 2015/2302 no ha logrado armonizar la tutela efectiva del sujeto, si bien se prefijó una armonización máxima. Al mismo tiempo, se destaca la función del Derecho comparado como mecanismo de comprensión tanto del Derecho internacional como nacional.

PALABRAS CLAVE: Viajes combinados; consumidor; viajero; Derecho Comparado; Reglamento Roma I; Roma II; Derecho Internacional; Directiva núm. 2015/2302.

ABSTRACT: *A comparative analysis of the Italian and Spanish legal systems shows that Directive n. 2015/2302 has not managed to harmonize the effective protection of the subject, although maximum harmonization has been established. At the same time, the function of comparative law as a mechanism for understanding both international and national law can be observed.*

KEY WORDS: *Package travel; consumer; traveler; Comparative Law; Legal Comparison; Roma I; Roma II; International Law; Directive núm. 2015/2302.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.- II. LA NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN SISTEMATIZADA CON RESPECTO AL REGLAMENTO ROMA I EN EL CASO DE VIAJES COMBINADOS EN RELACIÓN CON LA LEY APLICABLE.- III. DIFERENTE ENFOQUE DE LA DIRECTIVA NÚM. 2302/2015 RESPECTO A LA DIRECTIVA NÚM. 90/314/CEE: LA PROTECCIÓN NO ABARCA SÓLO AL CONSUMIDOR.- 1. El concepto de viajero y la ampliación del ámbito subjetivo.- 2. …y la consecuente ampliación hacia nuevas tipologías de contratos.- IV. SUJETOS RESPONSABLES: PERSISTENCIA DE DIFERENCIAS INTERNAS Y EXTERNAS.- V. DIFERENTES TUTELAS PARA EL VIAJERO RESPECTO AL APARATO REMEDIAL.- 1. El sistema remedial originariamente enfocado principalmente sobre la indemnización. - 2. Persistencias de diferencias remediales y fisuras desarmonizadas.-3. Prescripción de las acciones en favor de la tutela del viajero.- A) Duración del plazo. – B) …y Dies a quo.- VI. UN GUIÑO A ROMA II Y A LA DIFUMINACIÓN DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL. - VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.

La Unión Europea quiso armonizar la normativa sobre los viajes combinados[1], no solamente gracias a una Directiva surgida en los años noventa - la Directiva núm. 90/314/CEE [2] - sino también a partir de 1982, momento en el que manifestó las primeras intenciones de proporcionar una política comunitaria sobre el turismo[3] y

1 La bibliografía es amplísima; con anterioridad a la Directiva núm. 2015/2302: *v.gr.* Silgardi, G., Morandi, F.: *La vendita di pacchetti turistici*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 1998; Monticelli, S., Gazzara, F.: *I contratti di viaggio*, en AA.VV.: *I contratti del consumatore* (ed. E. Gabrielli, E. Minervini), Utet, Torino, 2005, AA..VV.: *Attività alberghiera e di trasporto nel pacchetto turistico all inclusive: le forme di tutela del turista consumatore*, Università degli Studi di Trento, Trento 2006; AA.VV.: *Paquetes dinámicos: problemas y soluciones jurídicas desde una perspectiva internacional* (dir. A. Paniza Fullana), Madrid, Dykinson, 2014.
Posteriormente, *v.gr. vid.* AA.VV.: *Turismo y daños* (coord. L. Mezzasoma, M.ª J. Reyes López), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019; AA.VV.: *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio. La direttiva 2015/2302/UE e le prospettive della sua attuazione nell'ordinamento italiano* (ed. A. Finessi), Jovene, Napoli, 2017; Finessi, A.: "La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio", *Nuove Leggi civile e commentate*, 2018, vol. 41, núm. 6, p. 1307 y ss.; Santagata, R.: *Diritto del Turismo*, 4ª ed., Utet, Torino, 2018, p. 151 y ss. y p. 267 y ss.; Romano, B. N., Criscione, C.: *Diritto del turismo. L'evoluzione dal Consumatore al viaggiatore*, Giappichelli, Torino, 2019; varias contribuciones en el núm. 2 de 2020 de *Europa e Diritto Privato*; Marco Arcalá, L.A., Zuribi De Salinas, M.: *El nuevo régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia 2020; Alvarado Herrera, L.: "Nuevas formas de protección del consumidor en la contratación electrónica de servicios turísticos: los servicios de viajes vinculados", *Revista de Estudios jurídicos y criminológicos*, 2021, núm. 3, p. 103 y ss.; Márquez Lobillo, P.: "El consumidor en la contratación electrónica de servicios turísticos", *Revista de Derecho Mercantil*, 2011, núm. 282, p. 187 y ss.; González Fernández, M. B.: "Redefiniciones y armonización en materia de viajes combinados", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 297, 2019, p. 171 y ss.; para algunas reflexiones en relación con la crisis sanitaria Berti De Marinis, G.: "Contratti, mercati ed emergenza sanitaria: nuove disposizioni e princípi del codice civile", *Corti Umbre*, 2020, núm. 1, p. 49 y ss.

2 Directiva núm. 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, *Diario Oficial* n.° L 158 de 23 junio de 1990, p. 59.

3 Sobre un recorrido y evolución del turismo tanto en Italia como en la Unión Europea *v.gr.* Grisi, G., Mazzamuto, S.: *Diritto del Turismo*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2018, p. 1 y ss.; Romano, B. N., Criscione, C.: *Diritto del turismo…"*, cit., p. 1 y ss.; Mariotti, P., Caminiti, R., Bidetti, C.: *La nuova disciplina dei pacchetti turistici e il danno da vacanza rovinata*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 1 y ss. Para España *v.gr.* AA.VV.: *Manual de contratación turística* (dir. J. Franch Fluxá), 2ª ed., Atelier, Barcelona, 2019; AA.VV.: *Manual de derecho privado del turismo*, (Dir. E. Ortega Burgos, T. Echevarría de Rada), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed. 2020, AA.VV.: *Manual de derecho privado del turismo*, (dir. S. Diaz Alabart), 2ª ed. Reus, Madrid, 2017.

• Alfredo Ferrante
Professore associato di diritto comparato, Università di Pavia. Correo electrónico: alfredo.ferrante@unipv.it.

poner en evidencia, de esta manera, la consecuente importancia de regular tanto los viajes - que en aquellos momentos llamaba a "forfait" – como, en general, toda la materia, de una manera más amplia y adecuada[4].

En este sentido, los ordenamientos nacionales siguieron una cierta coherencia sistemática. Así, por ejemplo, se observa que el ordenamiento italiano y español se comportaron según patrones similares, puesto que, tras de haber incorporado el texto comunitario de 1990 mediante una legislación especial[5], decidieron refundirla y sistematizarla en un único texto dedicado al consumidor, dando lugar al *Codice di consumo*[6] o al Texto Refundido sobre consumidores y usuarios (en adelante TRLCU)[7].

Por esta razón, la normativa se movía siguiendo una cierta armonía con respecto a la tipología de contrato tomado en consideración y en relación con el contratante, es decir: tomaba como referencia el consumidor y la relación B2C[8].

Sin embargo, la necesidad de ofrecer un rol más protagónico al sistema turístico produjo en Italia[9] - a diferencia de lo sucedido en el ordenamiento español - la creación, desde 2011, de un *Codice del turismo* (en adelante CT)[10] que ha flanqueado el *Codice di consumo*, circunstancia que, en parte, inició el quebrantamiento de la coherente sistematización originaria, dado que el legislador italiano extirpó la normativa sobre viajes combinados del Código de consumo

4 *Vid.* Comunicación de la Comisión al Consejo, *A Community policy on tourism. Initial guidelines*. de fecha 1 de julio de 1982, *DOCE*, C 164, 1 de julio de 1982). El texto fue posteriormente publicado de nuevo, también en español y portugués en 1984: *Primeras orientaciones para una política comunitaria del turismo*, *DOCE* 115/1984, de 30 de abril de 1984, serie C.

5 La Directiva se incorporó respectivamente por la Ley núm. 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados, *BOE*, núm. 161/1995, de 7 de julio) y el Decreto Legislativo núm. 111/1995, de 17 de marzo, *Gazzetta Ufficiale*, núm. 88/1995, de 14 de abril.

6 Los ahora derogados arts. 82 y ss. Decreto Legislativo, núm. 206/2005, de 6 de septiembre, *Gazzetta Ufficiale*, núm. 235/2005, de 8 de octubre (en adelante *Codice di Consumo*).

7 Incorporándose en el título IV del RD núm. 1/20007, *BOE* núm. 287/2007, de 30 de septiembre (arts. 150 y ss.).

8 Incluso el art. 3.3 letra g) de la Directiva núm. 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, *DOUE*, L 304, de 22 de noviembre de 2011, p. 64) dejaba claro que se aplicaba en relación con los viajes combinados a los contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor.

9 Sobre derecho privado y público en la relación de turismo: Santagata, R.: *Diritto del Turismo*, cit., AA.VV.: *Manuale del diritto del turismo* (ed. V. Franceschelli, F. Morandi), Giappichelli, Torino, 2019, sobre los contratos del turista: Grisi, G., Mazzamuto, S.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 123 y ss.; Santagata, R.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 161 y ss. Para España *v.gr.* AA.VV.: *Manual de contratación turística* (dir. J. Franch Fluxá), cit.; AA.VV.: *Manual de derecho privado del turismo*, (dir. E. Ortega Burgos, T. Echevarría de Rada), cit., AA.VV.: *Manual de derecho privado del turismo*, (dir. S. Diaz Alabart), cit.

10 Esto se ha aprobado con Decreto legislativo núm. 79/2011, de 23 de mayo, *Gazzetta Ufficiale* num. 129/2011, de 6 de junio. En España, esencialmente existe un "Código de turismo" elaborado por el BOE con la supervisión del estudio jurídico Garrigues que sistematiza las varias normativas nacionales y autonómicas y que puede consultarse en la página oficial del Boletín oficial del estado.

para ubicarla en el Código de turismo[11]. Nótese pues que esta era la situación existente con anterioridad a la trasposición de la Directiva núm. 2015/2302[12].

Con posterioridad a su incorporación, debe observarse que los dos ordenamientos, desde el punto de vista sistemático, se han encauzado de manera parecida. Así las trasposiciones de la Directiva se llevaron a cabo en ambos países en 2018[13] sustituyendo el implante anterior con un aparato normativo nuevo, realizándose solo la suplantación de la parte correspondiente[14].

El mantenimiento de esta sistematización no es óbice para que se logren cambios efectivos y, de esta manera, conseguir los nuevos resultados que se prefija la Directiva, para así obtenerse una "armonización máxima" de la normativa, tal y como se define en su art. 4.

Efectivamente, el hecho de que la Directiva núm. 90/314/CEE fuera de mínimo, producía algunas diferencias sustanciales, no solamente entre estos dos países, sino en general en la Unión Europea. En esta situación encuentra su raíz la necesidad de realizar una armonización máxima. En efecto, el sistema anterior "hizo que la elección del consumidor de las ofertas de contratos extranjeros fuera más bien infrecuente [...] de ahí el obstáculo de la oferta transfronteriza"[15], en ese sentido, la normativa anterior a la Directiva núm. 2015/2302 desincentivaba la adquisición viajes combinados en otro país[16].

Por ello, con la Directiva núm. 2015/2302 se pretende optar por una Directiva de máximo, estableciéndose como objeto[17] tres aspectos claves: 1) "contribuir al buen funcionamiento del mercado interior", 2) "la consecución de un nivel de protección de los consumidores elevado" y 3) (la consecución de una protección) "lo más uniforme posible" [18].

11 *V.gr.vid.* Berti De Marinis, G.: "La tutela del turista-consumatore nella disciplina contrattuale del codice del turismo", *Corti Umbre*, 2014, núm. 3, p. 3 y ss.

12 Directiva (UE) núm. 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo, *DOUE* L 326, 11 de diciembre de 2015, p 1 y ss.

13 La transposición se ha operado en Italia por el *Decreto Legislativo* núm. 62/2018, de 21 de mayo (*Gazzetta Ufficiale*, núm. 129/2018, de 6 de junio, y, en España por Real Decreto-ley núm. 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de Directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados (*BOE* núm. 312/2018, de 27 de diciembre), que modifica el libro cuarto TRLCU, arts. 150 y ss.

14 La normativa se mantuvo en el mismo lugar y, por lo tanto, en España en la misma ubicación del texto refundido (art. 151 y ss. TRLCU) y, en Italia, en el *Codice del turismo* (art. 32 y ss.).

15 Santagata, R.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 271.

16 Grisi, G., Mazzamuto, S.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 198-199.

17 La Directiva núm. 2015/2302, cit., habla literalmente en su art. 1 de "objeto" cuando más bien en concreto es su "objetivo" como se afirma en su considerando núm. 51.

18 Estos se fijan en el Art. 1 Directiva núm. 2015/2302.

Si bien la doctrina ha constatado este pasaje hacia una armonización máxima valorando esta transición positivamente con respecto al enfoque típico de mínimo que existía en las Directivas de los años ochenta y noventa, debe observarse que se ha preocupado también por destacar algunos aspectos críticos y algunas fisuras que la normativa ha dejado abierta[19]. En estas páginas se considera necesario complementar estas críticas, queriéndose valorar si se han logrado efectivamente estos objetivos en el fondo y en la sustancia, al menos en estos dos países de referencia.

El problema se presenta porque a pesar de que la Directiva núm. 2015/2302 - que deroga la anterior Directiva núm. 90/314/CEE – pretenda lograr una armonización aún mayor[20], deja abiertos algunos márgenes de acción a los Estados Miembros. En este sentido, estos podrán fijar un régimen diferente de responsabilidad del minorista en la ejecución del viaje (Art. 13.1 Directiva) o limitar algunos aspectos importes relativos a los daños y perjuicios en relación con las eventuales limitaciones que puedan surgir en relación con los límites de los importes derivados de convenios internacionales (Art. 14.4 Directiva). Incluso pueden llegar a preverse diferentes plazos de prescripción de la acción indemnizatoria, si bien en todos los casos, como mínimo, debe garantizarse un plazo de 2 años (art. 14.6 Directiva).

Aunque se armonizan varios aspectos relevantes, esto parece vacilar, por un lado, por la introducción de un concepto amplio de viajero y, por otro, debido a la parcial remodelación operada en el aparato remedial.

La hipótesis en la que se basa este estudio se centra en el hecho de que los objetivos de la Directiva no se han cumplido totalmente, principalmente en lo que se refiere a los aspectos relacionados con la protección efectiva del sujeto, debiéndose asimismo esto a la interacción de las normativas de carácter nacional con las de carácter internacional. Al mismo tiempo en este estudio se demostrará que el Derecho comparado[21] no solo se interrelaciona con el Derecho internacional privado, sino que también - en algunos casos como éste - el primero

19 Importantes son las observaciones críticas de De Cristofaro, G.: "La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio (dir. 2015/2302/UE) e le prospettive del suo riconoscimento nell'ordinamento italiano", en AA.VV.: *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio. La direttiva 2015/2302/UE e le prospettive della sua attuazione nell'ordinamento italiano* (ed. A. Finessi), Jovene, Napoli, 2017, p. 5 y ss. En este sentido, críticamente se evidencia que el proceso puede producir fisuras sobre la posible disfasia relativa al plazo del *ius poenitendi ad nutum ex* art. 12.5 Directiva, o al silencio expreso sobre la cuantificación del daño moral, si bien se perciba la necesidad de indemnizarlo (considerando 34). El autor evidencia también la total libertad en relación con la validez y la formación del contrato (art. 2.3 Directiva núm. 2015/2302).

20 Como establece el art. 4 Directiva núm. 2015/2302, cit.

21 En otras circunstancias se han identificado algunos matices entre derecho extranjero y Derecho comparado. Aquí se utiliza el término Derecho comparado como sinónimo de comparación jurídica. Sin embargo, *vid.* más tecnicamente (también con referencias bibliográficas más amplías) se remite a Ferrante, A.: "Entre el Derecho comparado y Derecho Extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica", *Revista chilena de Derecho*, 2016, vol. 43, núm. 2, p. 601 y ss.; Ferrante, A.: "Trasplante y formante: hermanos, pero no gemelos. Hacia una mejor comprensión de la metodología en la comparación jurídica", *Actualidad Jurídica*

cumple la función de elemento facilitador de la comprensión de determinados aspectos no solo del segundo, sino también del proprio Derecho nacional. Este hecho permite observar una interrelación entre el Derecho comparado y el Derecho internacional privado como entidades diferenciadas pero relacionadas al mismo tiempo, aspecto que se pone en evidencia en Unidroit[22] o en el ISDC[23], por ejemplo. En este sentido, se abordarán asimismo tangencialmente algunos aspectos de Derecho internacional privado sin profundizar su análisis detallado si no para demostrar que la efectiva armonización de la Directiva sobre los viajes combinados vacila, no sólo en relación con una comparación realizada entre diferentes tipos de viajes nacionales, sino que también se complejiza aún más en aquellos casos en los que el viaje sea internacional[24].

Para comprender todos estos aspectos planteados, resulta necesario sistematizar previamente los tipos de viajes combinados que pueden existir y observar que, esencialmente, pueden presentarse tres tipos: un viaje nacional, un viaje dentro de la UE o un viaje fuera de la UE.

Si se cumplieran los objetivos de la Directiva, un viajero español[25] que viaja a Italia y un viajero italiano que viaja a España debieran tener tutelas jurídicas lo más uniformes posible, dado que el fin último es la protección del sujeto, independientemente de adónde viaje dentro de la Unión Europea[26].

El supuesto de los viajes combinados ha sido considerado particularmente relevante por la Unión Europea hasta el punto de que el Reglamento Roma I sobre

Iberoamericana, 2021, núm. 14, en particular, p. 171 y ss.; y, para todos, Gorla, G.: "Diritto comparato e diritto straniero", *Enciclopedia Giuridica*, XI, Treccani, Milano, 1980, *ad vocem*.

22 La interrelación entre Derecho comparado y Derecho extranjero ya se puede observar, dado que Unidroit para lograr la unificación del derecho privado y también para obtener su armonización, se prefija en su Estatuto como medio para conseguirlo, entre otros, el de "realizar estudios de derecho privado comparado" (art. 1 letra c), puesto que, si bien están íntimamente relacionados entre sí, son diferentes: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), *Estatuto orgánico* (con la incorporación de la enmienda al artículo 6, párrafo 1,entrada en vigor el 26 de marzo de 1993), 1993, disponible en https://www.isci.institute/cms/uploads/content/files/1487121994-unidroit.pdf

23 La diferencia entre Derecho internacional y Derecho comparado se evidencia, por ejemplo, en el hecho que estos dos, junto con el derecho extranjero son los campos de estudio y análisis del Instituto Suizo de Derecho Comparado: Art. 2 Estatuto del Instituto Suizo de Derecho Comparado: *Loi fédérale sur l'Institut suisse de droit comparé* (LISDC), de 28 de septiembre de 2018.

24 En este sentido, se tratarán sólo algunos aspectos generales de los Reglamentos Roma I y II y también en relación con el consumidor en una óptica internacional. Para algunos aspectos de Derecho internacional y los Reglamentos Roma I y II, para todos: AA.VV.: *Rome Regulations: Commentary* (ed. G.-P. Calliess, M. Renner), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 3ª ed 2020; AA.VV., "Regolamento CE n. 593/2008 del parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ('Roma I')" (ed. F. Salerno, P. Franzina), *Nuove leggi civili commentate*, 2009, Vol. 32, núm. 3/4, p. 521-954: para un análisis en relación con el consumidor: Espiniella Menéndez, A.: *La protección de los consumidores*, Rasche, Madrid, 2015.

25 Técnicamente no de nacionalidad española o italiana sino con "residencia habitual", respectivamente, en España o Italia, es decir, no técnicamente.

26 El problema es aún más concreto, dado que la actual normativa se aplica también a los viajes combinados contratados por internet, por ejemplo, en los casos en los que junto con el vuelo se contrate también el hotel. En este sentido, véase por ejemplo Santagata, R.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 271-272.

la ley aplicable a las relaciones contractuales le hace una expresa referencia[27]. Por ello, no solamente se ha dedicado un apartado *ad hoc* para la tutela de los consumidores[28], sino que también se ha aclarado que en este ámbito se deben incluir expresamente los aspectos relativos a la Directiva núm. 90/314/CEE[29].

Sin embargo, las evoluciones en el ámbito subjetivo de la Directiva núm. 2015/2302 con respecto a la Directiva núm. 90/314/CEE requieren volver a preguntarse cómo debe reinterpretarse ese expreso reenvío que el Reglamento Roma I hace a la Directiva núm. 90/314/CEE, y si este reenvío, *mutatis mutandis*, debe operar de igual manera - o con algunas limitaciones - respecto a la actual Directiva núm. 2015/2302. Por ello, para verificar si efectivamente se ha logrado una mejor normativa con la nueva Directiva, es oportuno comprobar la interacción entre el Reglamento Roma I y la Directiva núm. 2015/2302. Esto ayudará asimismo a identificar algunas de las relaciones o interacciones que el Derecho comparado y Derecho internacional pueden tener.

Para dar una respuesta a estos aspectos se deberá comprobar si: 1) la nueva normativa en términos de tutela del sujeto es más uniforme con respecto a la anterior (con respecto al propio Derecho nacional) y si, efectivamente, 2) las normativas nacionales se han acercado, armonizándose más aún; 3) cuál es la consecuencia de la interacción de la normativa de los viajes combinados con el Reglamento Roma I.

Analizando la interacción entre los ordenamientos italiano y español, se procederá en estos términos: en primer lugar, se aclararán algunos aspectos en relación con el Reglamento Roma I (*sub* II), aplicativo subjetivo y sustancial de la Directiva núm. 90/314/CEE y de la Directiva núm. 2015/2302[30] (*sub* III), para, a continuación, observar las diferencias o similitudes que pueden darse en relación con la tutela del sujeto allá dónde podría haber márgenes de acción por parte de los Países Miembros[31] (*sub* IV y V), para finalizar con algunas reflexiones y conclusiones (*sub* VI y VII).

27 Art 6.4 b) Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), en *DOCE* L 177, 4 de julio de 2008, p. 6.

28 Estos se fijan en el Art. 1 Directiva núm. 2015/2302, cit.

29 Art 6.4 b) Reglamento núm. 593/2008, cit.

30 Para una panorámica general comparativa con respecto a la normativa anterior *vg.r.* De Cristofaro, G.: "La nuova disciplina europea…", cit., p. 1 y ss.; Berenguer Albaladejo, C.: "Luces y sombras de la nueva Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados", *Internacional Journal of Scientific Management Tourism*, 2016, vol. 2, núm. 2, p. 33 y ss.

31 No se abordará aquí el derecho de receso debido a modificaciones del contrato o previo al viaje, sino aquellas situaciones en las que el viajero ha emprendido su viaje y ha iniciado la ejecución de la prestación.

II. LA NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN SISTEMATIZADA CON RESPECTO AL REGLAMENTO ROMA I EN EL CASO DE VIAJES COMBINADOS EN RELACIÓN CON LA LEY APLICABLE.

La Directiva núm. 90/314/CEE nace concibiendo un concepto de turismo aún no evolucionado y que, además, no tenía en consideración el abaratamiento de los viajes y las facilitaciones logísticas que los actuales medios de transporte pueden proporcionar. Como ejemplo, piénsese no solamente en la mayor cantidad de redes de conexiones aéreas existentes hoy en día, sino también en los trenes de alta velocidad, que en la actualidad conectan los países de Europa.

Una Directiva que inicialmente tenía como objetivo armonizar las normativas nacionales de los viajes combinados los cuales se realizaban mayoritariamente a escala nacional, ahora debe enfrentarse con la posibilidad de otros tipos de viajes que se han convertido en más comunes y que se efectúan en la Unión Europea, o también fuera de ella. Esto hace entrar en juego de forma inevitable la interacción entre la Directiva y los Reglamentos de la ley aplicable, como es el caso de Roma I[32].

El haber aumentado el abanico de posibles sujetos que entran en el supuesto de viajero, junto con la ampliación de la portada de la nueva Directiva (*sub* III y IV), conlleva que el contratante no sea necesariamente un consumidor y que, por lo tanto, tenga que reinterpretarse la referencia a la Directiva núm. 90/314/CEE que el Reglamento Roma I hace para enmarcarla[33] dentro de los contratos de consumo.

Efectivamente, gracias a la nueva regulación podrá suceder que el viajero sea un consumidor o que, por el contrario, no lo sea. Por ello, en algunos casos, se le deberá aplicar la referencia a la ley aplicable para los consumidores, y en otros casos no. En el caso de que sea un consumidor, además podrá elegir su foro de residencia a la hora de entablar un contencioso, a tenor del Reglamento Bruselas I *bis*[34].

La ampliación del concepto de consumidor operada por el Reglamento Roma I[35], respecto a la visión del consumidor esencialmente pasivo contenida en la

32 Para algunas reflexiones sobre el Reglamento Roma II, *vid. sub* VI.

33 Art. 6.4 letra b) Reglamento núm. 593/2008, cit.

34 Efectivamente, el consumidor podrá, como demandante, elegir entre su foro o el de la contraparte; en cambio, la competencia será necesariamente la del juez de su residencia habitual: Art. 18 Reglamento núm. 1215/2012, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en material civil y mercantil, *DOCE* L 351, de 20 de diciembre de 2012, que plasma la regulación ya contenida en el derogado art. 15 Reglamento núm. 41/2001, de 22 de diciembre, *DOCE* L 012, 16 de enero de 2001

35 En este sentido, la extensión en este ámbito se ha definido "revolucionaria": Calvo Caravaca, A. L., "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas", *Cuadernos*

normativa anterior, elimina algunos aspectos de coordinación entre el concepto de consumidor "internacional" y aquel previsto por las Directivas Comunitarias en ámbito de Derecho Civil interno. Efectivamente, según la normativa del Convenio de Roma de 1980, las aptitudes pasiva o activa del consumidor eran relevantes a efectos de determinar el ámbito de aplicación de la Ley aplicable[36].

En el supuesto analizado, como regla general, la ley aplicable será la de su residencia habitual[37], como norma presumiblemente más favorable para el consumidor[38].

En la situación contraria – en caso de un viajero no consumidor – la ley aplicable será la del país donde la parte que realiza la prestación[39] tenga su residencia habitual. Si bien es verdad que, aunque en este último caso, las partes pueden libremente decidir la ley aplicable[40], la esencial tipología del contrato de adhesión fijado limita concretamente dicha posibilidad[41].

Esta situación conduce a una aplicación de diferentes normativas en un viaje combinado. La solución que podría decidirse como norma general será la siguiente: suponiendo que un residente en Italia realice un viaje combinado en España, se le aplicará su ley nacional, es decir, la italiana sobre viaje combinado si en ese caso es consumidor; en el caso de que no sea consumidor, se utilizará la ley la española. Esto se debe a que por "prestador de servicio" puede identificarse quien ofrece la prestación hotelera u otras prestaciones relacionadas. Se efectúa el mismo razonamiento, *mutatis mutandis*, en el caso de que fuera un viaje realizado de España hacia Italia.

---

de Derecho Transnacional, 2009, vol. 1, núm. 2, p. 55 y 86 y ss.

Da acto de esta ampliación respecto al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 también por ejemplo Juaréz Pérez, P.: "La ley rectora de los contratos internacionales de consumo: el sistema del Reglamento núm. 593/2008 («Roma I»)", *Estudios de Deusto*, 2010, vol. 58, núm. 1, p. 47 y ss.

36 Como se puede constatarse en relación al art. 5 del Convenio de Roma de 1980 y al art. 6 del Reglamento Roma I: Cortese, B., "Articolo 11 – Validità Formale en Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ('Roma I')" (ed. F. Salerno, P. Franzina), *Nuove leggi civili commentate*, 2009, Vol. 32, núm. 3/4, p. 816.

37 *Vid.* art. 6 Reglamento núm. 593/2008, *v.gr.* Pizzolante, G., "Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ('Roma I')" (ed. F. Salerno, P. Franzina), *Nuove leggi civili commentate*, 2009, Vol. 32, núm. 3/4, p. 727 y ss.; AA.VV..: *Rome Regulations: Commentary*, cit.

38 Esta designación objetiva puede ser modificada por la autonomía de la voluntad aunque limitada por las disposiciones imperativas sobre protección del consumidor, contenidas en la ley de su Estado de residencia habitual: Juaréz Pérez, P.: "La ley rectora de los contratos internacionales de consumo: el sistema del Reglamento núm. 593/2008 («Roma I»)", *Estudios de Deusto*, 2010, vol. 58, núm. 1, p. 47 y ss.
La doctrina acoge favorablemente la normativa europea sobre consumidor con respecto a aquella de América Latina: Rösler, H.: "Conflicto de leyes en casos B2C - El enfoque Europeo", *Revista ius et veritas*, núm. 47, 2013, p. 66 y ss.

39 Vid. Art. 4 Reglamento núm. 593/2008, cit. debe considerarse que las normas relativas solamente al contrato de transportes no coinciden con las del viaje combinado, dado que para estas obligaciones podría regir la residencia habitual del pasajero (*vid.* art. 5).

40 Art. 3 Reglamento núm. 593/2008, cit.

41 Esta autonomía conflictual dependiente podría solo modificarse en algunos casos únicamente si favorable al consumidor, cf. art. 3.5 y 10 Reglamento núm. 593/2008, cit.

Sin embargo, dado que el viaje combinado tiene varias tipologías de servicios podrían de la misma manera presentarse casos diferentes[42]. Como consecuencia de estas consideraciones surge la necesidad de realizar algunas observaciones de naturaleza comparada para poder comprender de forma clara cómo opera la Directiva en esta tipología de viajes centrándose en primer lugar en los viajes realizados dentro del territorio nacional.

III. DIFERENTE ENFOQUE DE LA DIRECTIVA NÚM. 2302/2015 RESPECTO A LA DIRECTIVA NÚM. 90/314/CEE: LA PROTECCIÓN NO ABARCA SÓLO AL CONSUMIDOR.

Seguidamente se analizará el enfoque diferente que la Directiva núm. 2302/2015 proporciona con respecto a la normativa anterior, para detenerse sobre la ampliación del subjetivo (III.1) y de la ampliación de los contratos asociables con los viajes combinados (III.2).

1. El concepto de viajero y la ampliación del ámbito subjetivo.

Hace unas décadas, al no existir aún una materia de turismo que podía tener bases independientes, se permitía que se realizara una asimilación entre los tres conceptos – viajero, turista y consumidor - como sinónimos.

De esta manera, la Comisión de la Unión Europea trataba "viajero" y "turista" como sinónimos[43]. La Directiva núm. 90/314/CEE lo hacía con respecto al "consumidor" y al "turista"[44], proporcionado una definición de consumidor de carácter más amplio que aquella proporcionada según los estándares de las otras Directivas existentes sobre consumidor, englobando expresamente "contratante

42 Se abría el interrogante de si pudiera o no aplicarse la letra a) del art. 6.4 del Reglamento Roma I a la Directiva núm. 2005/2302, cit. Si así fuera, este sería el supuesto en el que un residente en España contrate con una agencia española y realice toda la prestación fuera de su territorio, por ejemplo, contratando un servicio hotelero y una actividad lúdica en extranjero, pero no realizando ninguna actividad en el propio país (no contratándose, por ejemplo, el vuelo desde España hasta Italia). En este caso, encontraría aplicación la norma italiana y no la española.

43 "Otro campo en el que se debe garantizar la protección del turista es en el de los viajes todo incluido. Esta fórmula, que comprende diversas prestaciones (viaje, alojamiento, comidas, servicios auxiliares) es, muy a menudo, arriesgada por el hecho de que —al haber pagado el precio global— el viajero ya no tiene demasiado margen de acción cuando, al llegar al lugar de destino, se da cuenta de que las informaciones que recibió no son exactas o que no se han respetado los términos del contrato. De acuerdo con los datos recogidos por la Comisión en un estudio sobre este tema, el porcentaje de personas". Comunicación de la Comisión presentada al Consejo el 31 de enero de 1986, en *DOCE*, Suplemento 4/86). (Subrayado añadido).

44 Así, además de dar la definición de consumidor, en su art. 2.4 se afirma que "el turismo desempeña un papel cada vez más importante en la economía de los Estados miembros; considerando que los viajes combinados constituyen una parte fundamental de la actividad turística". (Considerando séptimo). Directiva núm. 90/314/CEE, cit.

principal", "beneficiario" y "cesionario"[45], definición mantenida separada de aquella general de consumidor[46].

Sin embargo, era evidente que la contratación estaba finalizada a un contrato turístico, por las razones arriba evidenciadas. Por si quedaran dudas con respecto a este aspecto, precisamente la finalidad turística es la que había conducido a la jurisprudencia italiana a proporcionar mayor tutela al sujeto. Por ello, el derecho *vivente* había identificado en la finalidad turística del contrato la causa concreta de la contratación realizada. Por esta razón, la tutela del sujeto se anclaba a la "finalidad turística del viaje" y a la posibilidad/imposibilidad de su fruición[47].

Sin embargo, el nuevo concepto de viajero mina esta concepción, dado que indirectamente se prevé que la nueva Directiva proteja también otras tipologías de viajes que no tienen necesariamente afán turístico. En consecuencia, expresamente el mismo texto comunitario de la Directiva núm. 2302/2015 pretende huir de la definición de consumidor adoptada en el pasado, ya que ahora la considera desorientadora[48].

En este sentido, la doctrina ha observado unánimemente la progresiva ampliación desde el "consumidor" al "viajero"[49], evidenciándose que no hay rastro[50] de la finalidad turística, resultando así el término "viajero"[51] más neutro, por el cual puede observarse que la Directiva núm. 2302/2015 se esfuerza en prescindir de la finalidad de diversión o vacación[52]. Por ello, se ha observado con acierto que esto impone una revisión de algunos aspectos en las relaciones contractuales que pueden dar lugar, incluso, a escenarios complejos[53].

45 Art. 2.4 Directiva núm. 90/314/CEE, cit.

46 Que se reproducía en los derogados art. 151 letra g), TRLCU y art. 83.1 letra c) *Codice di consumo* diferenciándola de la definición de consumidor general (art. 3 TRLCU, art. 3.1 letra f) *Codice di consumo.*

47 En este sentido, Cass. Civ., sec. 3ª, núm. 16315/2007, de 24 de julio, *Foro it. 2009*, núm. 1, I, p. 214*; Dir.* e *prat. soc.* 2008, núm. 4, p. 87*;* Cass. Civ., sec. 3ª, núm. 26958/2007, de 20 de diciembre, *Giust. civ. Mass.*, 2007, núm. 12; Cass. Civ., sec. 3ª, núm. 18047/2018, de 10 de julio, *Diritto & Giustizia* de 11 de julio de 2018; *Guida al diritto*, 2018, núm. 32, p. 35.

48 *Arg. a contrario* del Considerando núm. 7 Directiva núm. 2015/2302, cit. Este Considerando conduce también a la aplicación de los viajes con finalidades profesionales: Grisi, G., Mazzamuto, S.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 204.

49 Un claro recorrido puede verse en Mezzasoma, L., "El Contratante protegido en los contratos de turismo organizado: del consumidor al viajero", en AA.VV.: *Turismo y daños*, cit., p. 153 y ss.

50 Esto lo observa en relación con el DL núm. 62/2018, cit.: Grisi, G., Mazzamuto, S.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 203.

51 El art. art. 3 6) Directiva núm. 2015/2302, cit. lo define como "toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene un derecho a viajar con arreglo a un contrato celebrado en el ámbito de aplicación de la presente Directiva"; vid. en sentido esencialmente idéntico art. 33 letra g) CT.

52 Santagata, R.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 273, en sentido sustancialmente análogo: De Cristofaro, G.: "La nuova disciplina europea…", cit., p. 15.

53 Rossi Carleo, L.: "Il turista viaggiatore", *Europa e Diritto Privato*, 2020, núm. 2, p. 632. La autora considera que la cualidad de consumidor pierde su identidad, mezclándose con aquella de viajero, turista, pasajero, huésped (*op. cit.*, p. 633).

Si se piensa con detenimiento, la introducción de las informaciones precontractuales[54] dentro del contenido del contrato asume coherencia en este nuevo escenario, ya que da protección también al sujeto usuario o consumidor material[55], el cual no ha contratado el viaje, pero sí se beneficia de la prestación.

2. …y la consecuente ampliación hacia nuevas tipologías de contratos

Hay más. La nueva definición de viajero no solamente se identifica con la de turista, sino que, como corolario, provoca una ampliación de los contratos *B2B* sometibles a la normativa los cuales no estaban previstos por la anterior Directiva. La interpretación conjunta de concepto de viajero y del ámbito de aplicación de la Directiva de 2015, fijado en su art. 2, conduce a esta situación.

Efectivamente, la *tmesis* entre el contratante y el sujeto tutelado era posible incluso por la Directiva núm. 90/314/CEE y, por ello, se podía pensar también en la posibilidad de aplicación de la normativa tanto a los contratos *B2B* como a los *B2C*. Sin embargo, de la misma manera, es cierto que estos quedaban vinculados con la protección del consumidor o usuario o del consumidor material.

Con la nueva regulación se abren las puertas también a contratos *B2B* no necesariamente vinculados con un consumidor[56], y que, asimismo, dan protección a un viajero, que puede ser incluso un profesional. Esto es debido a que, por el art. 2 de la Directiva núm. 2015/2302, se aplica a todos los viajes realizados por profesionales contratados por una empresa o incluso por un profesional. Piénsese, por ejemplo, el caso de un abogado que celebre un contrato actuando con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión. En este sentido, ayuda también la interpretación *a contrario* de aquella disposición[57] que excluye la aplicación en estos casos solo a condición de que exista un convenio general entre los contratantes. Además, la aplicación de esta disposición, en aquellas situaciones

54 Sobre los deberes informativos *v.gr. vid.* Cuffaro, V.: "Gli obblighi di informazione", *Europa e Diritto Privato*, 2020, núm. 2, p. 545 y ss.; Boiti, C.: *Trasparenza e contratti del turismo organizzato*, ESI, Napoli, 2019, en particular p. 23 y ss.; Romeo, F.: "Il processo informativo nella commercializzazione dei contratti di viaggio", en AA.VV.: *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio. La direttiva 2015/2302/UE e le prospettive della sua attuazione nell'ordinamento italiano* (ed. A. Finessi), Jovene, Napoli, 2017, p. 29 y ss.; Ramón Fernández, F.: "La transparencia e información en los contratos turísticos: viaje combinado y servicio de viaje vinculado"; en AA.VV.: *Turismo y daños*, cit., p. 245 y ss.; Feliu Rey, M. I.: "La información y publicidad en la Directiva 2015/2302 de viajes combinados y servicios de viajes vinculados: del folleto informativo al hipervínculo", en AA.VV.: *Turismo y daños*, cit., p. 45 y ss.; Camacho Pereira, C.: "La información precontractual en el ámbito de los viajes combinados tras la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados", *Revista de Derecho Uned,* 2016, núm. 19, , p. 581 y ss.

55 En relación con el consumidor material se configura también la posibilidad de contratar, por parte de empresas, los viajes premio o incentivo: Santagata, R.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 275-276.

56 Algunos contratos, también bajo la anterior normativa, venían celebrados por una persona jurídica pero dirigidos a consumidores materiales, como en el caso de viajes premio o incentivo: Santagata, R., *Diritto del Turismo*, cit., p. 274.

57 Art. 2.1 letra c) Directiva núm. 2015/2302, cit. Esta posibilidad es confirmada en fase de incorporación de la Directiva tanto en Italia (art. 32.2 letra c) CT), como en España (art. 150 letra c) TRLCU)

en las que se trate de instituciones públicas, queda limitada por la necesidad de deber cotizar los precios previos a varias agencias o proveedores, para garantizar el sistema de competencia perfecta.

Por esta razón, desde un punto de vista técnico, el haber mantenido[58] la normativa solamente en el Código de consumo (para España) o en el Código de turismo (para Italia), sin especificar expresamente esta mayor apertura, no sería apropiado, dado que la nueva definición de viajero permite incluir (y tutelar) incluso a un profesional, ampliando la legitimación activa y las tipologías de contrato aplicables. En este sentido, pueden comprenderse, por lo tanto, las remisiones que la normativa italiana hace expresamente al Código civil[59] afirmando, sin embargo, que, con carácter general, se aplica de manera supletoria la normativa de consumo[60], dado que, en la mayoría de los casos, la relación entre viajero y consumidor se mantiene muy cercana[61].

En consecuencia, según los aspectos abordados anteriormente se observa una unificación del ámbito subjetivo en los ordenamientos español e italiano e, indirectamente, del abanico contractual, ampliando su margen de actuación por las razones arriba evidenciadas. La protección, ahora, puede abarcar también sujetos diferentes del consumidor y, en relación con los viajes combinados, sujetos que se encuentran alejados de la finalidad turística, a diferencia de la concepción existente en los años noventa. Además, ahora la normativa podrá encontrar aplicación, por ejemplo, frente al caso de un profesional que contrata un viaje combinado por razones exclusivamente laborales.

Si bien en la preponderante mayoría de los casos, el binomio viajero/turista se verificará, no se excluyen por lo tanto otras situaciones aplicativas. Este aspecto parece solo parcialmente asumido por los ordenamientos que trasponen la normativa, dado que se sigue pensando en la regla general (donde por excepción deben entenderse estos casos que, si bien son limitados, se manifiestan).

Por lo tanto, a la luz de todo lo visto, se constata un primer aspecto que puede quebrantar la inicial interacción entre el Reglamento Roma I y su expresa referencia a la regulación de los viajes combinados (identificados en la Directiva núm. 90/314/CEE), dado que la Directiva de 2015, a la que sustituye, amplía el enfoque

58 Sobre algunas de las posibles colocaciones sistemáticas que se hubieran realizado De Cristofaro, G.: "La nuova disciplina europea", cit., p. 20 y ss.

59 Así se refiere expresamente al art. 1455 *Codice civile*.

60 Así no sólo lo establece el art. 32.3 CT.

61 De esta manera se entiende que la normativa, por ejemplo, en determinados casos se remite expresamente a la normativa de consumo, presuponiendo por lo tanto que no necesariamente se aplica (solamente) al consumidor. Existen también remisiones explícitas a algunas normas del Código de consumo, a tenor del art. 2.2. DL núm. 62/2018, cit.

inicialmente centrado sobre el consumidor y abre la puerta, en consecuencia, a la posibilidad de nuevas tipologías de contratos.

Sin embargo, esta situación no parece haber sido tomada en cuenta por el legislador, dado que la Directiva de 2015 mantiene firme en sus Considerandos[62] la aplicación del Reglamento Roma I, sin decidir realizar ninguna modificación o aclaración adicional.

Como se observará, esto produce una desestabilización del sistema y quiebra en parte los objetivos que pretende fijar la Directiva de 2015, al menos en los casos de viajes internacionales.

IV. SUJETOS RESPONSABLES: PERSISTENCIA DE DIFERENCIAS INTERNAS Y EXTERNAS.

Es interesante constatar una evolución con respecto a la normativa anterior en lo referente a los sujetos responsables en caso de "no ejecución o mala ejecución del contrato" [63] o más bien, como se verá, en caso de falta de conformidad[64].

La Directiva núm. 90/314/CEE, que recuérdese era una Directiva de mínimo, dejaba abierta la opción de implementar de manera diferente la responsabilidad de los sujetos en juego para que la responsabilidad recayera en el organizador y/o el detallista, manteniendo abierta de esta manera la posibilidad de predisponer un sistema de responsabilidad solidaria o no[65].

Tanto el legislador italiano como el español, se había decantado por un sistema de responsabilidad mancomunada entre ellos, si bien la redacción de la normativa en algunos casos era más clara que en otros. Por ello, habían aparecido interpretaciones diferentes que iban a posicionar los dos ordenamientos en una solución tendencialmente divergente. Así, si bien la normativa italiana en su literalidad se decantaba por esta postura[66], los formantes doctrinario y

62 *Vid.* las referencias al Reglamento núm. 593/2008, cit., operados por los Considerandos núm. 49 y 50 Directiva núm. 2015/2302, cit.

63 Esta era la terminología utilizada en la Directiva núm. 90/314/CEE.

64 *Vid. v.gr.* Grisi, G., Mazzamuto, S.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 208 y ss.; Reyes López, M.ª J.: "La falta de conformidad en los servicios turísticos y el resarcimiento del daño", en AA.VV.: *Turismo y daños*, cit., p. 257 y ss.; Pucci, M.: "Ejecución incorrecta de los servicios incluidos en el contrato de viaje combinado y responsabilidad del organizador", en AA.VV.: *Turismo y daños*, cit., p. 203 y ss. *Vid. sub* V.2.

65 Art. 5.2 Directiva núm. 90/314/CEE, cit.

66 El sistema de la responsabilidad parciaria esencialmente venía establecido también en Italia con eventual repetición ("rivalsa") frente a los efectivos responsables (anterior art. 14 DL núm. 111/1991, cit.; art. 93 *Codice di consumo*, cit. "secondo le rispettive responsabilità".
Sin embargo, en la migración de la normativa, en 2011, en el *Codice del turismo* (según la originaria redacción del art. 43 CT) se procedía a eliminar un inciso "*se non provano che il mancato o inesatto adempimento è stato determinato da impossibilità della derivata da causa a loro non imputabile*". Y contextualmente, se reforzaban los deberes publicitarios (incluso antes de la incorporación de la Directiva núm. 2015/2302, cit.)

jurisprudencial resultaban polivalentes[67]. La normativa española - que no se destacaba por su claridad desde su primera redacción[68]- progresivamente adopta un formante legislativo diferente cuando, a la hora de trasponer dicha normativa en el Texto Refundido de Consumidores y Usuarios, toma de nuevo una posición críptica pero más proclive a la solidaridad[69], aspecto que luego será consolidado y aclarado definitivamente pocos años después por parte de la jurisprudencia, la cual, unificando su doctrina, despeja cualquier duda frente a la interpretación ambivalente y toma una clara y decidida postura a favor de la responsabilidad solidaria[70].

La nueva Directiva mantiene la figura del organizador, mientras que la figura del detallista se identifica con la del minorista, añadiéndose un concepto más amplio de empresario.

El legislador comunitario – no obstante la Directiva es de máximo - decide también en esta ocasión dejar abierta la posibilidad de otorgar la flexibilidad de

con el inciso "s*i considerano inesatto adempimento le difformità degli standard qualitativi del esercizi promessi o pubblicizzati*", *vid*. Pucci, M.: "Ejecución incorrecta…", cit., p. 207 y ss.

67 Efectivamente, una parte de la jurisprudencia se había decantado a favor de una responsabilidad solidaria (*v.gr. Cass. Civ.* 23 abril 1997, *Foro Italiano*, 1997, I, p. 2108, Tribunale Milano, 27 enero 2004, *Diritto del Turismo*, núm. 1, 2006, p. 49), mientras que otra había optado, en algunos casos, por la solidaridad (*Cass. Civil,* sec. 3ª, núm. 2713/2005, de 10 de febrero, *Diritto del Turismo*, 2005, núm. 1, p. 337). En relación con la normativa anterior se observa también *Cass civ*., sec. 3ª, núm. 8124/2020, de 23 de abril, que además considera que la diligencia de ambos debe ser la de un profesional y conduce a una obligación de resultado: Cass. Civ., sec. 3ª, núm. 8124/2020, de 23 de abril, *Dir. Giust.* 24 abril 2020, anotada por Savoia, R.: "La responsabilità solidale di venditore e organizzatore del pacchetto turistico", también en *Guida al Diritto*, 2020, núm. 34-35, p. 66.
En el ámbito doctrinal, en cambio, la posición mayoritaria se decantaba por la responsabilidad mancomunada (v.gr. a favor de esta última criticando la sentencia recién mencionada: Bailetti, G.: "Responsabilità solidale del venditore e dell'organizzatore?", *Diritto del turismo*, núm. 4, 2005, p. 337 y ss.). Se reenvía a Rossi Carleo L., Dona, M.: *Il contratto di viaggio turistico*, Esi, Napoli, 2010, p. 141 y ss.

68 Efectivamente, en el momento de su primera trasposición de la Directiva núm. 90/314/CEE, la inicial solución era críptica, lo que permitía, en algunos casos, interpretar la responsabilidad no como mancomunada, sino como solidaria. Así el art. 11 de la Ley núm. 21/1995, en su primer inciso, predisponía un sistema por el cual los organizadores y los detallistas responderán mancomunadamente "en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado, del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato". Sin embargo, seguidamente establecía que "la responsabilidad será solidaria cuando concurran conjuntamente en el contrato diferentes organizadores o detallistas, cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos", responden por la "no ejecución o ejecución deficiente del contrato" conduciendo esto a tener diferente visiones doctrinarias y jurisprudenciales.

69 Así que, si bien se mantiene el primer aparte del art. 11 de la Ley núm. 21/1995, su segunda parte del art. 11 es sustituida por "la responsabilidad frente al consumidor será solidaria de cuantos empresarios, sean organizadores o detallistas, concurran conjuntamente en el contrato cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos": (art. 162 primer inciso TRLCU en su versión anterior incorporación a la Directiva núm. 2015/2302, cit.).

70 En ese sentido, el carácter solidario de la responsabilidad se consolida con STS núm. 870/2010, de 20 de enero (Identificador V-Lex_77165580). Para todos y una reconstrucción previa *vid.* Gómez Calle, E.: "Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2010. La responsabilidad solidaria de organizador y detallista frente al consumidor en el contrato de viaje combinado", *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, 2010, Vol. 4, p. 511 y ss.; Martínez Espín, P.: "Responsabilidad en el contrato de viaje combinado: la solución definitiva. Comentario a la STS de 20 de enero de 2010", *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, 2010, núm. 2, p. 126 y ss.; Algaba Ros, S.: "La responsabilidad solidaria de organizadores y detallistas frente al consumidor en el contrato de viaje combinado, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2010, núm. 25, p. 237 y ss.

ampliar la responsabilidad a otros sujetos, a condición de que siga quedando firme la responsabilidad del organizador[71].

Esta flexibilidad mantiene la disgregación anteriormente presente en relación con la posibilidad de demandar una responsabilidad diferente frente a los sujetos involucrados. Por ello, la nueva Directiva no consigue llegar a lograr los objetivos prefijados, dado que las nuevas regulaciones nacionales son divergentes. De esta manera, si en España el legislador positiviza el formante jurisprudencial, consolidado con la unificación de la doctrina, relativo a la normativa anterior y se decanta por una responsabilidad solidaria entre minorista y organizador, la solución es bien diferente en el caso italiano. En este último caso, esencialmente se mantiene una tipología enfocada sobre la responsabilidad del organizador, y solo limitada y eventual del minorista (*venditore* según la normativa italiana). En ese sentido, se habla de una "repartición rigurosa"[72] o "canalización"[73] de la responsabilidad[74] entre el organizador y el minorista[75]. Por ello en Italia, en ese sentido, la responsabilidad principal durante el viaje combinado se centra en el organizador. Por esta razón, el minorista ("*venditore*") es responsable con respecto al mandato que le ha conferido el viajero, sin embargo, su responsabilidad será asimilable a la del organizador solamente en caso de incumplimiento de determinados deberes informativos, como por ejemplo puede ser la entrega del formulario que la normativa predispone *ad hoc*[76], o también todas las veces en las que el organizador esté fuera de la Unión Europea, incluso en estos casos la responsabilidad del vendedor es asimilable a la del organizador[77]. En este sentido, la responsabilidad del minorista es considerablemente limitada, excepto en los dos supuestos recién evidenciados[78].

71 Cf art. 3 n. 7-9; arts. 13.1, 14.4 Directiva núm. 2015/2302, cit.

72 La doctrina define dicha repartición como "rigurosa" hablando de un "desdoblamiento" ("sdoppiamento") de las dos responsabilidades: Romano, B. N.: "La direttiva 2015/2302/UE como punto di arrivo di un lungo ed elaborato percorso evolutivo", en Romano, B. N., Criscione, C.: *Diritto del turismo*…, cit., p. 108 y ss.).

73 Grisi, G., Mazzamuto, S.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 216.

74 A favor de una responsabilidad solidaria en el ordenamiento italiano también después la nueva Directiva: Pucci, M.: "Ejecución incorrecta…", cit., p. 223.

75 Para el ordenamiento español *vid.* Reyes López, M.ª J.: "La falta de conformidad…", cit., p. 269 y ss.; para Italia Pucci, M.: "Ejecución incorrecta…", cit., p. 213 y ss.; Romano, B. N.: "La direttiva 2015/2302/UE…", cit., p. 111 y ss.; Grisi, G., Mazzamuto, S.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 200.

76 *Vid.* art. 51 *bis* CT.

77 *Vid.* art. 51 *ter* CT.

78 Aquí la responsabilidad será según el patrón de la diligencia profesional, que se manifiesta en una eventual *culpa in eligiendo* frente al *tour operator,* aunque será limitada al contrato de mandato que debe actuar. Así, Santagata, R.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 309-310.
El estándar elevado de diligencia se debe a que el contrato de intermediación se enmarca en el mandato: Romano, B. N.: "La direttiva 2015/2302/UE…", cit., p. 118. Sobre el punto Savanna, L.: *Contratti di viaggio e responsabilità. Il danno da vacanza rovinata*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 101 y ss.

Tanto organizador como minorista responderán asimismo por sus auxiliares como terceros, existiendo en ambos casos un derecho de regreso[79], aunque parecería pudiera excluirse solo en el primer caso la responsabilidad por acuerdo de las partes (en este caso viajero y organizador), debido a la remisión expresa que se hace al art. 1228 CC[80], remisión que no está presente en el caso del minorista[81].

Sustancialmente diferente es la situación en el ordenamiento español donde definitivamente con la nueva normativa se consolida una responsabilidad solidaria entre organizador y minorista, que esta vez resulta claramente expresada[82]. El rasgo común entre los dos ordenamientos se halla en que en este caso se responderá también por los auxiliares o terceros, existiendo un derecho de repetición sobre estos [83].

Como puede observarse, la reorganización normativa legitimada por la Directiva contribuye a que los ordenamientos se alejen aún más con respecto a la situación existente en la normativa anterior, puesto que los actuales implantes difícilmente son proclives a interpretaciones más flexibles o amplias, tal y como sucedía en la normativa de los años noventa.

Esta situación conduce a tutelas considerablemente divergentes para el consumidor, dado que, en el supuesto español, el viajero tiene un abanico de sujetos responsables mucho más elevado. Y este aspecto indudablemente resulta válido en el caso de viajes dentro del propio territorio nacional: la protección de un viajero español que contrate un viaje combinado en España es superior frente a aquel viajero italiano que lo contrate en Italia. No es baladí constatar que esta divergencia se amplía en caso de viajes combinados internacionales. Frente a esta

79 Art. 51 *quinquies* CT. Anteriormente en Italia, por ejemplo, se había condenado el organizador por retraso de un vuelo que obligaba a partir el día posterior dejando a las personas concernidas debiendo pasar una noche insomne (Cass Civ. sec. III, núm. 5531/2008, de 29 de febrero, *Foro it.* 2009, núm. 1, 1, p. 214) o en relación con los percances y daños que puede derivar del hecho que el vuelo aterrice en otra ciudad (Cass. Civ., núm. 22619/2012, de 11 de diciembre, *Responsabilitá Civile e Previdenza*, 2013, núm. 2, p. 639 y ss.; *Diritto dei trasporti*, 2013, núm. 2, p. 525 y ss. anotada por Chiofalo.
También se condena al organizador por pérdida de equipaje a como daño de *vacanza rovinata*, previamente a la incorporación de la norma *ad hoc*: *Cass. Civ.*, sec. 3ª, núm. 17724/2018, de 6 de julio, *Giustizia Civile*, 2018, anotada por Agnino, F.: "Danno da vacanza rovinata risarcibile solo se si supera la soglia della tolleranza". Sobre la pérdida de equipaje *vid*. también *Cass. Civ.* núm. 2544/2019, 12 febrero, *Ridare,* 11 de abril de 2019 anotada por Mariotti, P., Caminiti, R., "Smarrimento del bagaglio: condizioni e limitazioni convenzionali della responsabilità del vettore aereo internazionale".
El organizador es condenado también por daños provocados en ocasión de una excusión: *Cass. Civ.,* 24044/2009, de 13 de noviembre (*Resp. civ. e prev.* 2010, núm. 6, p. 1314 nota di Grazıuso, E.: "Il danno da vacanza rovinata tra vecchi orientamenti e nuove prospettive"; también en *Giustizia Civile*, 2010, núm. 7-8, I, p. 1683.

80 Art. 42.1 CT. Efectivamente, el art. 1228 CC deja la posibilidad de excluir dicha responsabilidad por acuerdo entre las partes.

81 Art. 50.1 CT. En contra y a favor siempre que exista la imposibilidad del acuerdo de exclusión en ambos casos: Santagata, R.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 311.

82 Así: "los organizadores y los minoristas de viajes combinados responderán de forma solidaria frente al viajero": art. 161.1 TRLCU.

83 El art. 161.1 TRLCU.

tipología, por lo tanto, se suponga que un italiano (con residencia habitual en Italia) contrate con un minorista italiano (una agencia de viajes italiana) para realizar un viaje combinado en España en el que el organizador sea español.

En el supuesto de ser consumidor, el Reglamento Roma I en las obligaciones contractuales haría aplicable la normativa italiana[84]. Por ello, el sujeto no sabría que, *de facto*, sin perjuicio de la responsabilidad del operador español, su agencia de viajes italiana responderá solo en caso violación de determinadas obligaciones del mandato y no de manera más general frente al incumplimiento del contrato de viaje combinado, salvo las dos excepciones que se han visto más arriba. En este sentido, claramente es una normativa que tutela a los minoristas italianos y reduce considerablemente el sujeto respecto al análogo caso del sujeto español que quiere viajar a Italia. Por ello, el consumidor italiano, si bien pueda estar cubierto por la tutela del foro del consumidor (vid. *supra*), deberá acudir a citar en juicio (solamente) al organizador extranjero, salvo algunas consideraciones que se harán en breve. Según la normativa actual, encontraría más protección si contratara un viaje combinado fuera de la Unión Europea que dentro, dado que, si lo realizara fuera, podría aplicarse la responsabilidad solidaria de organizador y minorista. Si esto es cierto, la Directiva tampoco cumpliría con su objetivo de "contribuir al buen funcionamiento del mercado interior" [85], dado que ha logrado en el caso italiano fomentar, jurídicamente, viajes contratados en el mercado de fuera de la Unión Europea.

Totalmente antitético es el supuesto especular en que un consumidor español decide viajar a Italia: en este caso, tanto minorista español como el organizador italiano serían solidariamente responsables con amplia tutela a favor del viajero, ya que además podrá citarlos en el foro de su residencia española[86]. Por esta razón, en lo referente a los sujetos responsables, se debería concluir que la normativa española tutela más al viajero respecto a lo que lo hace la italiana.

Más aún. El discurso es más amplio, dado que el viajero no necesariamente es consumidor. Si no es consumidor, por el Reglamento Roma I[87], la Ley aplicable no será la de su residencia habitual, sino la del organizador, que será generalmente la

84 Ahora bien: recuérdese que de interpretarse que la letra a) del art. 6.4 se aplique también a los viajes combinados, lo que se acaba de afirmar sería válido solo a condición de que se realice una parte de prestación en Italia. De lo contrario, si toda la prestación se realizara en España, la normativa podrá ser la española aunque se haya contratado con una agencia de viajes italiana: Cfr. las letras a) y la letra b) Art. 6.4 Reglamento núm. 593/2008, cit. En las siguientes páginas se considerará el caso en que la letra a) no se considere aplicada a los contratos de prestación servicios enmarcables en la Directiva núm. 2015/2015, cit.

85 Estos se fijan en el Art. 1 Directiva núm. 2015/2302, cit.

86 Además, para un consumidor español, la tutela de un viaje combinado nacional o dentro de la Unión Europea será idéntica. Y así lo es también para el italiano, sin embargo, para este último será preferible realizar el viaje combinado en Italia, dado que el organizador se encuentra en su territorio nacional.

87 Claramente se está asumiendo que la relación existente es aquella contractual a las que resulta aplicable como regla general el Reglamento Roma I (vid. Art. 57 Ley núm. 218/1995, de 31 de mayo, *Gazzetta Ufficiale* núm. 128/1995, de 3 de junio, Suppl. Ordinario n. 68).

misma de ejecución del contrato[88]. Por ello, si es consumidor, el profesional italiano que contratara un viaje combinado en España quedaría sometido a la legislación española. De esta manera, se llega a la paradoja que, en este caso, el profesional italiano queda más tutelado con respecto al consumidor al poder demandar más sujetos[89]. En este sentido, la legislación italiana no contribuye a lograr los objetivos de la Directiva. Además, coadyuva a tutelar más ampliamente al profesional italiano que contrate un viaje combinado para viajar a España respecto a un viaje combinado a Italia, dado que solo en el primer caso, como regla general, tendrá la responsabilidad solidaria tanto del organizador y como del minorista.

Consideración diferente deberá realizarse, en cambio, en el caso del profesional español, ya que *mutatis mutandis*, debiéndose someter a la legislación italiana, efectivamente, tiene una tutela inferior al consumidor, al no poder beneficiarse de un abanico de legitimados pasivos en un régimen solidario.

Como puede observarse en relación con los sujetos pasivos tutelados, la Directiva no cumple con los objetivos que se prefija, incluso llega a quebrantar en parte el buen funcionamiento del mercado interior.

Por esta razón, este problema, ya presente antes de la Directiva 2015, persiste y adquiere mayor complejidad, si se considera su interacción con el Reglamento Roma I.

V. DIFERENTES TUTELAS PARA EL VIAJERO RESPECTO AL APARATO REMEDIAL.

La Directiva núm. 2302/2015 ha cambiado radicalmente el aparato remedial en el caso de inejecución del viaje combinado: se observe la situación anterior (V.1) y la actual (V.2), incluso en relación con la prescripción (V.3) para constatar, efectivamente, los efectos prácticos que se han producido.

1. El sistema remedial originariamente enfocado principalmente sobre la indemnización.

El implante remedial pensado por la Directiva núm. 90/314/CEE frente a la no ejecución o mala ejecución de un contrato puede considerarse bastante minimalista y preveía esencialmente la indemnización de los daños sufridos, salvo que las faltas de la ejecución del contrato no fueran imputables al consumidor, a un tercero

88 Salvo que se haya elegido una ley diferente, cfr. art. 3 y 4.3 Reglamento núm. 593/2008, cit.

89 Si viajara fuera de la Unión Europea, el art. 51 *ter* CT encontraría aplicación solamente en el caso de viajero no consumidor, dado que la aplicación del Reglamento Roma I la convertiría en inaplicable, ya que en estos casos se aplicaría la normativa extranjera. En este sentido, la solidaridad o no del minorista quedaría supeditada a la normativa extranjera aplicable.

ajeno o tuvieran un carácter imprevisible o insuperable[90], haciéndose expresas referencias a un estándar de diligencia, no solamente para garantizar la ejecución del contrato, sino también para asegurar la prestación de asistencia al consumidor[91], incluso para encontrar soluciones adecuadas[92] frente a las reclamaciones relativas a la prestación, las cuales se preveía que debieran comunicarse por parte del consumidor "lo antes posible" [93].

El remedio resolutorio, por lo tanto, se disponía de forma expresa únicamente en las situaciones anteriores a la ejecución contractual, sea esta por cancelación del viaje, sea por alteración sustancial del precio del contrato o de sus términos del contrato, previéndose también antes de la salida[94] un derecho de retracto por parte del consumidor.

Lo que es realmente interesante destacar reside en el hecho de que en el supuesto "después de la salida", se preveía esencialmente un remedio indemnizatorio. En la eventualidad de que "una parte importante de los servicios previstos" no se pudieran suministrar, se predisponía la posibilidad de que el organizador adoptara "otras soluciones adecuadas para la continuación del viaje", no disponiéndose expresamente un remedio resolutorio[95]. Estos efectos no venían regulados, previéndose exclusivamente que, en caso de que el consumidor no aceptara por razones válidas las soluciones propuestas, o en caso de soluciones inviables, se facilitara el regreso gratuito al país u a otro lugar concertado más la atribución de una indemnización[96].

En definitiva, no se disponía una regulación expresa de imposibilidad parcial o sobrevenida, como puede existir, en cambio, en el Derecho común nacional.

A la hora de la incorporación de las normativas, tanto en España como en Italia, los legisladores se habían mantenido fieles a la normativa, confirmado la acción indemnizatoria y no proporcionando mayores tutelas de manera expresa, siendo el remedio resolutorio previsto expresamente solamente en casos de cancelación del viaje imputable o siendo factible un posible derecho de cancelación previo a

90 Art. 5.2 Directiva núm. 90/314/CEE.

91 Art. 5.2 Directiva núm. 90/314/CEE. Esto es confirmado y consolidado en la Directiva (art. 16 Directiva, art. 45 CT; art. 163 TRLCU).

92 Art. 6 Directiva núm. 90/314/CEE.

93 Art. 5.4 Directiva núm. 90/314/CEE. Incluso la Directiva afirma que esta obligación debe mencionarse de forma clara en el contrato.

94 Art. 4.3-4.6 Directiva núm. 90/314/CEE.

95 Art. 4.7 Directiva núm. 90/314/CEE.

96 Art. 4.7 Directiva núm. 90/314/CEE.

la salida, pero no en otras situaciones, o tampoco posteriormente a que el viaje haya iniciado[97].

Con toda evidencia, esto no significa que la jurisprudencia no haya ofrecido tutelas restitutorias. De esta manera, en Italia se procedía, con carácter más amplio en los casos en los que la prestación no se haya podido beneficiar desde el inicio, a conceder la devolución total de los importes pagados en caso de que hubiera fallecido el cónyuge con quien se iba a realizar el viaje[98], o en aquellas situaciones en los que advenga una enfermedad[99], o efectos parecidos, aunque se verifica parcialmente en el caso de un rebrote de dengue en el lugar en que se debía realizar la estancia[100], frustrando un interés enfocado sobre la finalidad turística del viaje y su disfrute, razonamientos que solo en parte pueden utilizarse con la nueva normativa, dado que la tipología del viaje que se va realizar no es necesariamente de tales características, al permitirse también viajes con finalidad no turística.

En relación con el *quantum* indemnizatorio, ambos ordenamientos coincidían en aceptar la posibilidad de que la Directiva núm. 90/314/CEE diera a los Estados la posibilidad de limitar eventualmente los daños mediante los tratados internacionales[101], limitación que se convierte en firme con la actual Directiva[102].

Sin embargo, previamente a la Directiva núm. 2015/2302 existían algunas diferencias que caracterizaban a ambos ordenamientos. Por ejemplo, por lo que concierne a los daños patrimoniales, el ordenamiento español recibió el dictado europeo e identificó la cuantificación de la indemnización con la diferencia entre

97 Cf. respectivamente para España art. 8-9 Ley núm. 21/1995, cit.; art. 157-160 TRLCU (redacción anterior incorporación Directiva núm. 2015/2302, cit.) y para Italia, Art. 11-13, Decreto Legislativo núm. 111/1995; Arts. 90-92 *Codice di consumo*; Art. 40-42 CT (anterior a la incorporación de la Directiva núm. 2015/2302, cit.).

98 Cass. Civ., sec. 3ª, núm. 26958/2007, de 20 de diciembre, *Giust. civ. Mass.*, 2007, núm. 12.

99 Cass. Civ., sec. 3ª, núm. 18047/2018, de 10 de julio, *Diritto & Giustizia* de 11 de julio de 2018*; Guida al diritto*, 2018, núm. 32, p. 35.

100 Cass. Civ., sec. 3ª, núm. 16315/2007, de 24 de julio, *Foro it. 2009*, núm. 1, I, p. 214*; Dir.* e *prat. soc.* 2008, núm. 4, p. 87.

101 Así se adoptan dichas limitaciones conformemente a las convenciones internacionales. Para España art. 162.3 TRLCU anterior a la Directiva núm. 2015/2302, cit.; el derogado art. 11.3 Ley núm. 21/1995, en Italia, si antes se indicaban expresamente los convenios a los cuales se debía remitirse (anteriores art. 15 DL núm. 111/1991, cit.; art. 94 *Codice di consumo*, cit.; art. 44 CT antes de la incorporación de la Directiva núm. 2015/2302).

102 Art. 15.5 Directiva 2302/2015; la situación con la nueva normativa queda sustancialmente inalterada. En Italia con el actual art. 44 CT se sustituye el reenvío expreso a determinados tratados con un reenvío de carácter general a todas las convenciones internacionales de las cuales Italia y la UE forman parte. Este aspecto se invierte en España, de forma que, si antes existía un reenvío general, ahora se detallan solamente aquellos Reglamentos de la UE indicados por la Directiva: (art. 162.5 letra a-e TRLCU) añadiéndose la referencia a los convenios internacionales (art. 162.5 letra f).

las prestaciones previstas y las suministradas[103], en cambio, en Italia se hace caso omiso de este aspecto.

Por lo que respecta a la indemnización del daño no patrimonial, los enfoques y puntos de partida eran parcialmente diferentes. En Italia, la indemnización del daño no patrimonial[104], antes denegada por una tipificación extrema del daño no patrimonial basada en el art. 2059 *Codice civil*e, y posteriormente superada[105] - más tarde fomentada también bajo el impulso de la interpretación de la Corte de Justicia[106] - se consolida y positiviza en el *danno da vacanza rovinata*, con una norma *ad hoc*[107] incorporada desde la creación en 2011 del Código de turismo. De esta manera, se ha abandonado la concepción patrimonial del daño por vacaciones frustradas, que en parte se había concebido como una lesión de un bien jurídico en sí[108], llegando a ser entendido como un daño no patrimonial contractual.

Por otro lado, el ordenamiento español, fuertemente anclado en la concepción del derecho a la indemnización como un derecho básico del consumidor (art. 10 TRLCU), lo concebía también bajo su vertiente no patrimonial, ya que, si bien no

103 Cf Art. 4.7 Directiva núm. 90/314/CEE, en España: Art. 10 Ley núm. 21/1995, cit.; art. 161 TRLCU (redacción anterior incorporación de la Directiva núm. 2015/2302, cit.).

104 Sobre el debate inicial entre naturaleza contractual y extracontractual del *danno da vacanza rovinata*: Savanna, L.: *Contratti di viaggio e responsabilità. Il danno da vacanza rovinata*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 142 y ss.; Mariotti, P., Caminiti, R., Bidetti, C.: *La nuova disciplina …"*, cit., p. 90-91.

105 Claves han sido en el ordenamiento italiano las sentencias núm. 8827 y 8828/2003. Sobre *il danno da vacanza rovinata* y su panorama evolutivo la bibliografía es amplísima. *Vid. v.gr.* anteriormente a la reforma Savanna, L.: *Contratti di viaggio e responsabilità*…, cit., p. 135 y ss.; Murgolo, G.:, *Il danno da vacanza rovinata*, Esi, Napoli, 2016; Malgieri, G.: "Il punto sul danno da vacanza rovinata: certezze, novitá, questioni aperte", *Danno e responsabilità*, 2014, núm. 3, p. 237 y ss.; Caterbi, S.: "Il danno esistenziale da vacanza rovinata", *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, núm. 6, p. 1401 y ss., Palmerini, E., *"Il danno da vacanza rovinata e le altre fattispecie tipizzate",* AA.VV.: *I danni non patrimoniali* (a cura di E. Navarretta), Giuffrè, Milano, 2004, p. 475 y ss, Spangaro, A, "Il danno non patrimoniale da contratto: l'ipotesi del danno da vacanza rovinata", *Responsabilità civile e previdenza,* 2007, núm. 3, p. 719 y ss.; Campione, R.: "Il danno da vacanza rovinata alla luce della nuova concezione del danno non patrimoniale", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2007, Vol. 61, núm. 3, p. 977 ss.; Nocco, L., "Il danno da vacanza rovinata", *Danno e responsabilità*, 2007, Vol. 12, núm. 6, p. 623 y ss., posteriormente, Bacciardi, E.: "Il `nuovo´ danno da vacanza rovinata. Quando (e quanto) é risarcibile la delusione del viaggiatore", *Responsabilità civile e previdenza*, 2020, núm. 1, p. 272 y ss.; Boiti, C., "Daños por vacaciones frustradas", en AA.VV.: *Turismo y daños*, cit., p. 25 y ss.; Giobbi, M.: "Indemnización por Daños y perjuicios y prescripción", en AA.VV.: *Turismo y daños*, cit., p. 73 y ss.; Grisi, G., Mazzamuto, S.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 217 y ss.

106 Clave es la interpretación a favor del daño no patrimonial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativo al art. 5.2 de la Directiva núm. 90/314/CEE y ahora consolidado en la indemnización de "cualquier daño" en la Directiva núm. 2015/2302, cit. (art. 14). Vid. TJUE, 12 marzo 2002, C 168/00, *Danno e responsabilità*, 2002, p. 1099, *v.gr.* para un comentario: Carassi, C.: "L'interpretazione da parte della Corte di Giustizia CE delle norme comunitarie", *Foro Italiano*, 2002, IV, p. 329 y ss.; Fragola, M.: "Tutela del turista e danno risarcibile, la Corte di Giustizia riconosce la risarcibilità del danno da vacanza rovinata alla luce dell'ordinamento comunitario", *Rassegna di diritto civile*, 2003, vol. 24, núm. 3, p. 633 y ss.

107 Su regulación pasa del art. 47 al 46 CT. En este sentido, se ancla su procedibilidad al patrón de referencia con la no escasa importancia según el patrón general del derecho común (art 1455 CC).

108 Vid. Zeno Zencovich, V.: "Il danno da vacanza rovinata: questioni pratiche e prassi applicative", *Nuova giurisprudenza civile e commmentata*, 1997, I, núm. 6, p. 889; Molfese, F.: *Il contratto di viaggio e le agenzie turistiche*, Cedam, Padova, 2006, p. 658. En Alemania se preveía también una especie de patrimonialización este tipo de daño en la ley de la incorporación de la Directiva núm. 90/314/CEE: Pardolesi, R., "Turismo organizzato e tutela del consumatore: la legge tedesca sul contratto di viaggio", *Rivista di Diritto Civile*, 1981, núm. 1, p. 59 y ss., para pasar posteriormente a aquella no patrimonial.

existía una norma específica relacionada con los viajes combinados, si encontraba cabida en la norma general[109].

Aunque ambas normas se alinean sobre la posibilidad de conceder la indemnización, la limitación relativa al *quantum* indemnizatorio que caracteriza la normativa italiana no aparece en el sistema español[110].

2. Persistencias de diferencias remediales y fisuras desarmonizadas.

La Directiva núm. 2015/2018 se alinea sobre la progresiva reestructuración remedial previendo una responsabilidad por la inejecución del viaje combinado asociada a una "falta de conformidad" [111] que se basa en la influencia de la Convención de Viena o de la Directiva núm. 1999/44, seguidas por las actuales Directivas núm. 2019/770 y 2019/771.

Contextualmente, se encuentra la ponderación del coste desproporcionado[112] como limitante de la ejecución de la prestación (y a la subsanación de la falta de conformidad), teniéndose en cuenta la gravedad de ésta (falta de conformidad) y el valor del servicio afectado[113] o si esta resulta imposible. En este sentido, *mutatis mutandis*, se prevé una especie de *right to cure*[114] similar a otros instrumentos legislativos anteriores (*v.gr.* en la Convención de Viena; o en la compraventa sobre bienes de consumo), con la concesión de un plazo para la subsanación establecido por el perjudicado (salvo negativa del organizador o en el caso de que se requiera una solución inmediata), que presenta la peculiaridad que, frente a la no subsanación cuando esta sea posible y de no haberse efectuado, los remedios que resultan posibles para el sujeto son reducción del precio y la indemnización

109 Art. 128 TRLCU, en ese sentido, la jurisprudencia es clara: v.gr. STS 8 abril 2016 (RJ 2016/3657), STS 217/2012, 13 abril (RJ 2012/3556), requiriéndose la gravedad (STS 553/2000, de 31 mayo 2000 (RJ 2000/5089). Vid. con amplia panorámica jurisprudencial Reyes López, M.ª J.: "La falta de conformidad…", cit., p. 283 y ss.

110 El daño *da vacanza rovinata* es mantenido en la actual normativa y se identifica con un daño relevante con una indemnización que debe cuantificarse en relación con el tiempo de la vacación inútilmente realizado y a la irrepetibilidad de la ocasión perdida. El hecho de que el art. 47 CT fija este límite de cuantificación, ha hecho plantearse a la doctrina si, efectivamente, se trata de una responsabilidad contractual o más bien de un sistema de seguridad con fines sociales: Grisi, G., Mazzamuto, S.: *Diritto del Turismo*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2018, p. 217 y ss.
Se ha observado también la posible tendencia a intentar cumular con otras tipologías de daño. Por ejemplo, con el *danno esistenziale* ex art. 2059, aspecto que la doctrina excluiría a condición de que no se demuestre que este último sea permanente. Esto podría ser posible en casos excepcionales. En este sentido, se aporta el ejemplo en el caso en el que el viaje coincida con una ocasión única como la celebración de una boda o una licenciatura: Santagata, R.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 399 y ss. Aquí se analiza también la posible compatibilidad del *danno da vacanza rovinata* con el *danno biológico*.

111 *Vid. v.gr.* art. 13.2 Directiva; art. 43.2; art. 162.2 TRLCU.

112 Interesante es constatar que, en la versión italiana, al introducir la terminología de "*eccesivamente oneroso*" esencialmente se viene a producir un paralelismo con el art. 1467-1469 CC siguientes, aunque el abanico remedial resulta más amplio para los viajes combinados.

113 *Vid. v.gr.* Art. 13.3 b) Directiva; art. 42.3; art. 161.3 TRLCU.

114 Se ha evidenciado que, a diferencia de la normativa anterior, la obligación de subsanar el viaje ya no es cumulativa con la compensación de daño, sino alternativa : Pucci, M.: "Ejecución incorrecta…", cit., p. 219-220. Cf. art. 46.2 CT en su formulación anterior con art. 42.3 CT.

de daños[115] y, en caso de afectación sustancial de la prestación, la terminación del contrato[116]. En este sentido, tanto la normativa española como la italiana proceden a ampliar la posibilidad remedial.

Sin embargo, gracias a un análisis más detallado, se observa que esta situación se verifica de una manera sustancialmente distinta, y la remodelación del sistema remedial produce tutelas diferentes relativas a la reducción del precio y a los daños y perjuicios. Efectivamente, la Directiva afirma[117] que en las situaciones arriba planteadas se puede "poner fin al contrato (…) y, solicitar en su caso, una reducción del precio y/o una indemnización por daños y perjuicios". De esto se deduce que la resolución podría ser eventualmente compatible con la reducción del precio o con la indemnización, y estos últimos medios de tutela parecerían acumulables entre sí. Esta interpretación halla su coherencia en la incorporación de la normativa en España al afirmarse[118] que se puede "poner fin al contrato (…) y, solicitar en su caso, tanto una reducción del precio como una indemnización por daños y perjuicios". Sin embargo, cuanto afirmado no parecería producirse en el ordenamiento italiano, puesto que se afirma[119] que se puede solicitar la resolución del contrato[120] o, en su caso, una reducción del precio, *salvo comunque l'eventuale risarcimento dei danni*. De esta manera, si la normativa italiana deja claro que la acción de daños y perjuicios es, en todo caso, una tutela ejercitable de forma independiente[121], que se puede ejercitar cumulativamente a la reducción del precio, no obstante, parecería excluir expresamente la acumulación entre resolución y la reducción del precio. Efectivamente, la disyuntiva "o" une sintácticamente el elemento "resolución" con los otros elementos, creando una alternativa entre ellos. Aspecto totalmente diferente del que proporciona de la conjunción "y" adoptada por la solución española, la cual más bien permitiría acumular la resolución con la reducción y/o los daños y perjuicios.

Por ello, si en la solución española y en la de la Directiva incluso podría llegarse a solicitar los tres remedios contemporáneamente, la solución italiana dejaría abierta la posibilidad de solicitar como máximo dos de tres, donde la resolución

115 En este sentido, deliberadamente el legislador europeo abraza un modelo diferente del modelo en que daños y perjuicios se podrían fusionar en aras de un único remedio, como ocurre tradicionalmente en los sistemas de *common law*, piénsese en el americano, o los Principios Unidroit, que prescinden de la reducción del precio: vid. ampliamente Ferrante, A.: La *reducción del precio en la compraventa*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013, p. 81 y ss.

116 Cf. arts.13.3 y 14 Directiva; art. 42-43; art. 161-162 TRLCU.

117 Art. 13.6 Directiva núm. 2015/2302, cit.; y en relación con los daños y perjuicios de conformidad con el art. 14 (subrayado arriba añadido).

118 Art. 161.6 TRLCU, cit.; y en relación con los daños y perjuicios de conformidad con el art. 162 (subrayado arriba añadido).

119 Art. 42.5 TRLCU, cit.; y en relación con los daños y perjuicios de conformidad con el art. 43 (subrayado arriba añadido).

120 Aquí se prefiere dicha expresión a la española de "término del contrato".

121 Esto se debe a la expresión "*salvo comunque*" relativa al ejercicio de la acción de daños y perjuicios respecto a la resolución y a la reducción del precio.

excluiría la reducción. Esta situación dejaría abiertas algunas posibilidades sobre la naturaleza jurídica de la acción de reducción del precio y sobre la valoración de si se puede catalogar como resolución parcial o no[122].

Asimismo, existe otro factor que, conforme a la normativa italiana, igualmente diferencia la reducción del precio de la condición de aplicabilidad de los daños y perjuicios[123]: la posibilidad de solicitarla incluso en caso de que la imputabilidad derive de terceros o en caso de que la situación sea imprevisible y extraordinaria[124]. Es decir, la única condición de improcedencia de la acción de reducción se presenta sólo cuando la imputabilidad sea del viajero. En este sentido, si el organizador puede exonerarse de la acción de daños y perjuicios cuando sea imputable a terceros o a fuerza mayor (situación imprevisible u ordinaria), no sería exonerable de reducir el precio de una manera adecuada. Esto encuentra clara justificación en la regulación específica de los dos casos que son regulados de manera independiente (cf. arts. 43.1 y 43.2 CT), y deducible del hecho de que la Directiva presupone solamente la exclusión solamente de la acción de daños y perjuicios (y no de la reducción del precio) en su art. 14.3. Esta misma situación se repite en el caso de la resolución que no procede en los casos de imposibilidades sustanciales que no son imputables a la organización (art. 42.8 y 42.10 CT) y que, por lo tanto, procede sólo en caso de incumplimiento imputable al organizador o a alguien relacionado con este (o en aquellos casos en los que, por ejemplo, el minorista se equipare al organizador).

En este espacio no pueden analizarse todos los remedios en sus aspectos más específicos y resulta imposible estudiar con detalle las aristas que puede generar

122 Sobre estos aspectos también en relación con la función de ambas vid. ampliamente Ferrante, A.: *La reducción del precio en la compraventa*, cit., p. 33 y ss. Para poder entender la solución italiana, debe observarse que, efectivamente, las condiciones de procedibilidad de la resolución del contrato y las de la reducción del precio son diferentes. Claramente la resolución puede solicitarse en situaciones de falta de conformidad de no escasa importancia, y, por ello, la reducción tiene una aplicación más amplia en este sentido.

123 *Vid.* las importantes reflexiones sobre el paralelismo del incumplimiento en esta normativa y el del *Codice civile*: Grisi, G., Mazzamuto, S.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 208 y ss.

124 *Vid*. Pepe, A.: "Circostanze eccezionali ed esonero da responsabilità del tour operato nella nuova direttiva di viaggi", en AA.VV., *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio. La direttiva 2015/2302/UE e le prospettive della sua attuazione nell'ordinamento italiano* (ed. A. Finessi), Jovene, Napoli, 2017, p. 163 y ss.; Macioce, F.: "Difetto di conformità, sopravvenuta impossibilità e responsabilità dell'organizzatore di viaggi", *Europa e Diritto Privato*, 2020, núm. 2, p. 695 y ss.

la indemnización de daños y perjuicios[125] o la resolución del contrato[126], pero sí debe constatarse que, una vez, más no se cumplen los objetivos de máximo de la Directiva, puesto que la tutela sustancial permanece *de facto* con diferencias. En este sentido, nuevamente la normativa española parece más favorable con respecto a la italiana en relación con el abanico de los medios de tutela accionables y, por ello, (con el importante matiz ya evocado sobre la acción de reducción del precio) es posible repetir las consideraciones más arriba realizadas (*vid. supra* IV).

Por último, es importante dedicar cierta atención a valorar si el plazo de ejercicio de la acción coincide o no en los dos ordenamientos.

3. Prescripción de las acciones en favor de la tutela del viajero.

Sin duda alguna la Directiva núm. 2015/2018 opera una mejora sustancial, dado que si la Directiva núm. 90/314/CEE no hacía una referencia al plazo de prescripción relativo a la tutela del sujeto, ésta afirma una regla de mínimo, por la cual el plazo de prescripción no puede ser inferior a dos años[127].

Ahora bien, considerando que el objetivo es la armonización, debe observarse si, efectivamente, el haber fijado un plazo mínimo ha sido una elección efectiva para el fin prefijado. De nuevo se llega a la solución negativa, puesto que los dos ordenamientos siguen contraponiendo un sistema diferente (un sistema mono-prescripcional *versus* un sistema pluri-prescripcional), el cual, además, en determinados casos difiere por su duración.

125 Interesante evidenciar cómo se intenta poner un límite a los daños y perjuicios correspondiente al triple de precio total del viaje combinado: limitación no aplicada para los daños corporales o perjuicios causados de forma intencionada y por negligencia: (art. 14.4 Directiva; art. 43.5 CT; art. 162.4 TRLCU). Parte de la doctrina ha manifestado que la cláusula que previera la superación de dicho límite debería reconducirse a este límite y no preverse la nulidad-sanción: Grisi, G., Mazzamuto, S.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 215.
Los daños y perjuicios y reducción del precio son compatibles con los derechos de otra normativa comunitaria eventualmente aplicable (art. 14.5 Directiva; art. 43.6 CT; art. 162.5 TRLCU).
Recuérdense también las limitaciones aplicables en virtud de las convenciones internacionales (art. 14.4 Directiva; art. 43.4 CT; art. 162.4 TRLCU). La redacción del *danno da vacanza rovinata* prevé la compatibilidad de esta indemnización con la acción de resolución del contrato. Efectivamente, se afirmaba que se podía solicitar "*oltre ed indipendentemente dalla risoluzione del contratto*" incluso en el art. 47 CT en la redacción original.
Claramente, ahora el *danno da vacanza rovianata* se aplicará solo en los casos en que el viajero es turista, así a pesar de la literalidad de la norma (que se refiere a viajero) se debe entender en esos términos: en este sentido véase Santagata, R.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 275.

126 Por ejemplo, en la regulación italiana debe observarse que la resolución debe ser de derecho y con efecto inmediato ("di *diritto y con effetto immeditato*") haciendo expresa referencia al estándar de gravedad previsto por la resolución del derecho común (la de "*non scarsa importanza*" del art. 1455 CCit). Sin embargo, sustancialmente se llega a la misma solución en el derecho español. En general, v.gr. cf. Paladini, M.: *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Giappichelli, Torino, 2013; Cubeddu, M.ª G.: *L'importanza dell'adempimento*, Giappichelli, Torino, 1995, Rodríguez Rosado, B.; *Resolución y Sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013, Clemente Meoro, M.: *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.

127 Art. 14.6 Directiva núm. 2015/2302, cit.

Primeramente, se realizarán algunas reflexiones sobre el plazo de prescripción en sí (V.3.a), para luego hacer ciertas consideraciones sobre su *dies a quo* (V.3.b).

A) Duración del plazo.

La implementación de la normativa europea de 1990 hizo que el ordenamiento español decidiera no realizar una remisión al plazo de prescripción general, sino que introdujera un plazo *ad hoc* de 2 años[128].

En cambio, el ordenamiento italiano se había caracterizado por ser más minucioso y por evolucionar continuamente. De esta manera, inicialmente, a la hora de trasponer la Directiva, no solo opta por predisponer un plazo *ad hoc* para estas tipologías de acciones, sino que, además, considera oportuno predisponer diferentes plazos de prescripción: uno para los daños corporales y otro para los no corporales.

En el caso de daños corporales, la implementación originaria de la Directiva núm. 90/314/CEE fijaba un plazo de tres años, con la excepción de un tiempo más corto para las prestaciones relativas al trasporte, determinando para este caso un arco temporal establecido entre doce y dieciocho meses, dependiendo si se tratase de un viaje dentro o fuera de la Unión Europea y aplicando, en este sentido, el plazo del art. 2951 *Codice Civile*[129]. Además, se preveía que la indemnización para los demás daños prescribía en un plazo más corto, esto es, un año[130]. Asimismo, daba actuación a la posibilidad prevista por la Directiva de limitar los daños no corporales y la consentía expresamente[131]. Esto es confirmado sustancialmente a la hora de trasponer la normativa al interior del *Codice di consumo*[132] y, posteriormente, al introducirlo en la primera redacción del *Codice del turismo*, si bien añade una ulterior referencia: aquella relativa a la limitación que puede derivar en los casos del contrato de hospedaje[133]. Por ello, con toda evidencia, la situación anterior a la incorporación de la Directiva núm. 2302/2015 era sustancialmente diferente en los dos ordenamientos.

128 Art. 13 Ley núm. 21/1995, cit.; art. 154 ñ y 164 TRLCU (redacción anterior incorporación de la Directiva núm. 2015/2302, cit.).

129 Art. 15.2 DL núm. 111/1991.

130 Art. 16.4 DL núm. 111/1991,

131 Prevista por el art. 5.2 Directiva núm. 90/314/CEE. Interpretándose el límite razonable como el importe fijado por el art. 13 Convenio Internacional de Bruselas de 1970 sobre contrato de viaje y su relación con la responsabilidad del trasporte aéreo de 23 abril 1970. Dicho convenio se ratificó en Italia con Ley núm. 1084/1977 (*Gazzetta Ufficiale* núm. 48/1978, de 17 de febrero) posteriormente abrogada contextualmente a la aprobación del *Codice di turismo*. Aunque se ha constatado que esto sería efectivo desde la notificación apropiada a los demás países: vid. Pasquili, R.: *La prestazione dell'organizzatore nel contratto di viaggio*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 30 y ss.

132 *Vid*. los derogados arts. 94.2 y 95 *Codice di Consumo*.

133 Así los arts. 44 y 45 del *Codice di turismo*, en su redacción originaria, retoman los derogados art. 94.2 y 95 *Codice di Consumo*, se añade la referencia a las limitaciones procedentes por los art. 1783 y 1784 *Codice Civile* del contrato de hospedaje.

Sin embargo, una vez más, los cambios producidos por la incorporación de la nueva Directiva no contribuyen a una mejor convergencia de las normativas respecto a la situación originaria. Efectivamente, en el ordenamiento español la normativa permanece inalterada[134], mientras que existen profundos cambios en el ordenamiento italiano los cuales, sin embargo, poco contribuyen a facilitar una mejor armonización.

Efectivamente si, por un lado, existe esta necesidad en aumentar de uno a dos años el plazo relativo a las acciones relacionadas con los daños no corporales (ahora también aplicable a la acción de reducción del precio) [135]; por otro lado, se depura la complejidad de los plazos al desaparecer el plazo de prescripción relativo al contrato de transporte y las limitaciones del contrato de hospedaje. Se mantiene un plazo de prescripción de tres años para los daños corporales[136]. Dichos plazos son aplicables a la responsabilidad del organizador, y también al minorista, en las dos excepciones que se han visto, es decir, cuando ha incumplido, en caso de no haber entregado la información prevista o cuando el organizador esté fuera del Espacio Económico Europeo[137].

Un idéntico plazo de prescripción - tanto para el organizador como para el vendedor - se verifica también en el caso de reclamación por daño por *vacanza rovinata*, fijándose este en tres años[138], así uniformando un término de prescripción, el cual antes era bipartito dependiendo si era asociable a un daño corporal o no corporal[139].

Sin embargo, habiéndose identificado una responsabilidad diferente entre organizador y minorista, para este último se fija una responsabilidad con un plazo menor de dos años[140], plazo que se aplicará a las acciones de responsabilidad relativa al contrato de mandato.

Como puede observarse, el hecho de que la Directiva se haya limitado a garantizar solo un plazo mínimo de dos años no ha incentivado una armonización

134 Así se mantiene un único termino de prescripción de dos años para cualquier acción sin definir el *dies a quo* (art. 169 TRLCU).

135 Art. 43.7, art. 51 *quater* CT.

136 Art. 43.8 CT.

137 Arg. arts. 51 *bis*, 51 *ter*, 51 *quater* CT.

138 Salvo que el viaje combinado prevé un plazo más amplio para los daños a la persona: Arts. 46.2, art. 51 *quater* CT.

139 Inicialmente, en su introducción en 2011, el plazo se asociaba al plazo de uno o tres años dependiente de si se asociara a los *danni a la persona* o no: *Arg.* art. 46 en relación con los art. 44 y 45 de la originaria redacción del *Codice del Turismo*. *Vid. v.gr.* Sacchettini, V.E.: "Vacanza Rovinata: la prescrizione si allunga a tre anni", *Guida al Diritto*, 2018, núm. 28/30, p. 55 y ss.; Santagata, R.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 406; Giobbi, M.: "Indemnización por daños y perjuicios ", cit., p. 82 y ss.; Mariotti, P., Caminiti, R., Bidetti, C.: *La nuova disciplina*", cit., p. 127 y ss.

140 Art. 51 *quater* CT.

efectiva, dado que las diferencias han persistido, con particular atención a los daños corporales y al daño no patrimonial por vacaciones frustradas.

No obstante, el hecho de que los plazos de prescripción, en términos absolutos, sean diferentes, no significa necesariamente que la tutela no pueda coincidir, ya que estos plazos deben relacionarse también con el día desde el cual se computan. Por ello, el hecho de tener diferente cómputo podría hacer coincidir, o por lo menos reducir, los plazos, los cuales en términos absolutos son diferentes.

B) …y Dies a quo.

La horquilla de un año, debido a la duración del plazo en términos absolutos (la diferencia entre los tres y los dos años de algunos plazos entre España o Italia como evidenciado arriba), puede persistir o no persistir, dependiendo de la interacción conjunta entre estos y el momento desde el cual se computan: su *dies a quo*.

La normativa española no había procedido nunca a identificarlo: ni previamente a la incorporación de la Directiva núm. 2302/2015[141], ni después de su incorporación[142].

Sin embargo, el ordenamiento italiano, esencialmente, siempre ha sido coherente y ha previsto un plazo idéntico, incluso en la incorporación de la primera Directiva[143], que se computaba desde la fecha de regreso del viajero al lugar de partida[144].

En este caso resulta necesario preguntarse si en algún momento ese *dies a quo* ha podido coincidir o no, contribuyendo a reducir, o no, esa horquilla de un año que diferencia el plazo de prescripción entre las acciones, en términos absolutos, en los ordenamientos español e italiano

El plazo prescripcional italiano, desde su primera incorporación, era coherente, dado que, a diferencia del ordenamiento español, si bien debía notificarse "*ogni mancanza nell'esecuzione*" y "*senza ritardo*", se daba de todos modos la posibilidad de reclamarlo dentro de los diez días desde la fecha de regreso del viaje mediante el envío de una carta certificada[145], esta coherencia se mantiene aún más ya que desaparecen estas referencias en la actual normativa.

141 Art. 13 Ley núm. 21/1995, cit.; art. 154 ñ) y 164 TRLCU (redacción anterior incorporación de la Directiva núm. 2015/2302, cit.).

142 Actual art. 169 TRLCU.

143 Art. 15.2, art. 16.4 DL núm. 111/1991; 94.2 y 95.4 *Codice di Consumo*; arts. 44 y 45 CT, en su redacción originaria. Salvo las referencias a las acciones relativas a los arts. 1783 y 1784 *Codice Civile*.

144 Art. 46.2 43.8, 43.9, 51 *quater* CT.

145 Art. 18 DL núm. 111/1991, cit.; art. 98 *Codice di consumo*, cit., art. 49 inicial redacción CT.

Sin embargo, en el ordenamiento español, el plazo de prescripción nunca hubiera podido hacerse comenzar de la misma manera que en Italia, dado que la normativa española preveía un silencio-consentimiento al no haberse reclamado las incorrectas prestaciones *in situ,* ya que preveía que "si el consumidor continúa el viaje con las soluciones dadas por el organizador se considerará que acepta tácitamente dichas propuestas"[146]. Por ello, indudablemente los *dia a quo* no podían coincidir con anterioridad a la implantación de la Directiva núm. 2015/2302. Consecuentemente, el hecho de que el plazo de prescripción en España se computaba desde antes de la llegada a destino, fomentaba aún más la divergencia de la horquilla diferencial entre el plazo de dos años español y el plazo italiano de tres años.

En la actualidad, con la incorporación de la Directiva, en ambas normativas las referencias mencionadas desaparecen, y aparece la necesidad de informar de eventuales faltas de conformidad "sin demora indebida"[147], es decir, poner al corriente al organizador de la situación cuanto antes posible, incluso utilizando como medio el minorista[148]. Puesto que en el derecho italiano la acción prescribe desde el día de la llegada, este plazo podría considerarse como un plazo de garantía para que posteriormente pueda ejecutarse la reclamación[149].

En Italia, la necesidad de informar cuanto antes debe realizarse expresamente como una actuación del principio de buena fe y lealtad[150] para poder permitir el ofrecimiento de una prestación alternativa o remediar a la falta de conformidad[151]. Este aspecto se justifica también sobre la posibilidad de proporcionarse una auto-tutela con posterior derecho de reembolso de algunos gastos que hayan sido ocasionados en el caso de que el vendedor no se haya activado en el plazo prefijado por el vendedor[152].

El implante normativo español consiente llegar a una solución parecida sobre el deber de comunicación, pero no permite obtener aclaraciones sobre una posible identificación del *dies a quo,* dado que la referencia al momento del cómputo del plazo puede aplicarse tanto antes como después del regreso al país[153].

146 Art. 10.1 Ley núm. 21/1995, cit.; art. 161.1 RD 1/2007 (redacción anterior a la incorporación de la Directiva núm. 2015/2302, cit.).

147 Art. 161.2 TRLCU; en Italia el término es "tempestivamente" 42.2 CT.

148 Art. 44.1 CT.

149 De manera similar podría operar la norma parecida contenida en el art. 49.1 CT (en su anterior redacción), que complementaba el segundo inciso por el cual se podría enviar la carta certificada en el plazo de 10 días desde la fecha de regreso.

150 Así, el art. 42.2 CT hace referencia a los arts. 1175 y 1375 *Codice civile*.

151 Por parte de otra doctrina, en cambio, la no comunicación privaría la indemnización y se fundamentaría sobre el deber de mitigar el daño *ex* art. 1227 CC Grisi, G., Mazzamuto, S.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 213.

152 Art. 42.4 CT, Pucci, M.: "Ejecución incorrecta", cit., p. 220-221.

153 Aquí cabe recordar que "a efectos del cumplimiento de los términos o plazos de prescripción, el acuse de recibo por el minorista de los mensajes, peticiones o quejas se considerará acuse de recibo por el

En este sentido, incluso después de la incorporación de la Directiva núm. 2015/2302, las diferencias persisten no solamente si se realiza una comparación absoluta de los plazos de prescripción, sino también en una comparación conjunta con el *dies a quo* aplicable.

Los elementos enunciados anteriormente permiten concluir que, en relación con este punto, la protección de la tutela es mayor dentro de la normativa italiana que la española en relación con el plazo de la reclamación de los daños corporales y daños no patrimoniales por *vacanza rovinata*, mientras que es inferior en determinados casos frente a la responsabilidad del minorista y por lo que se refiere a los daños no corporales, donde se prevé un plazo idéntico correspondiente a dos años. La ventaja se debe al diferente (y mayor) arco temporal provocado por las divergencias del *dies a quo*: cuanto más larga sea la estancia, más posibilidad de disfasia temporal existirá, sobre todo si la reclamación se produce los primeros días de la estancia en España.

VI. UN GUIÑO A ROMA II Y A LA DIFUMINACIÓN DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL.

Se ha analizado cómo el Reglamento Roma I hace referencia expresa a la normativa sobre viajes combinados que en aquel momento se encontraba identificada con la Directiva de 1990, del mismo modo que la Directiva núm. 2015/2302 hace alusión explícita a Roma I. Sin embargo, la normativa de los viajes combinados y el Reglamento Roma II relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales no hacen en su contenido una referencia expresa entre sí.

Es cierto que la relación del viajero con el minorista o con el organizador es más bien contractual, poniéndose de relieve el contrato de intermediación o de organización[154]. Ahora bien, dependiendo del supuesto, tampoco podría excluirse en algunos casos una responsabilidad extracontractual. Efectivamente, por un lado, *a contrario*, esto puede deducirse del hecho de que tanto organizador como minorista pueden responder de hecho de terceros[155], y por otro lado, en el contexto italiano, se ha visto que la responsabilidad del minorista se amplía a las obligaciones relativas al contrato relativo del organizador, en las dos excepciones analizadas (vid. *supra*). Por ello, en la eventualidad de que el viaje tenga una naturaleza internacional permitiría que entrara en juego también la normativa de Roma II, complejizando ulteriormente la situación frente a posibles responsabilidades de naturaleza no contractual. Efectivamente, en caso de que se produjese el daño extracontractualmente, el perjudicado podría, en algunos casos, acudir a la

organizador". Art. 163.1 TRLCU, al que corresponde el art. 44.2 CT.

154 Sobre estos aspectos se reenvía a Santagata, R.: *Diritto del Turismo*, cit., p. 279 y ss.

155 Arts. 42.1, 50 y 51 *quinquies* CT; El art. 161.1 TRLCU.

aplicación de los reglamentos de Roma I y/o Roma II y, consecuentemente, podría elegir, si procedente, acudir a la normativa italiana o española[156].

Asimismo, no debe olvidarse que estas reflexiones pueden tener consecuencias aún más amplias si se tiene en consideración el carácter universal de los Reglamentos Roma I y II[157] y, por ello, resultando estos aplicables en situaciones que se puedan presentar y no estén relacionadas con viajes en la Unión Europea.

VII. CONCLUSIONES.

Habitualmente el Derecho internacional tiene una función unificadora y los Tratados y Convenios contribuyen de forma efectiva a unificar los sistemas. En el caso aquí estudiado esta unión aún no se logra[158] debido a las interacciones entre la normativa comunitaria y, en particular, como consecuencia de la concepción limitada del viaje combinado que se realiza en la Directiva núm. 2015/2302. Esto se debe a que no se ha otorgado particular relevancia al hecho de que los viajes combinados tienen también una especial importancia en una esfera que no sólo es de carácter nacional sino también internacional, que encuentra sus fronteras fuera y dentro de la Unión Europea, y que por ello, hace que resulte necesario coordinar las relevantes interacciones que los instrumentos comunitarios pueden tener, no sólo dentro de los contextos nacionales, sino también entre sí. En este sentido, la referencia expresa que el Reglamento Roma I hace a los viajes combinados, que en aquel momento estaban identificados con la Directiva del año 1990, debe necesariamente reinterpretarse, asumiendo cánones y patrones diferentes.

La comparación jurídica realizada entre el ordenamiento español e italiano ha permitido observar que el Derecho comparado cumple la importante función de facilitador de la comprensión, no solamente de la normativa nacional y su mayor o menor eficacia, sino también de su interacción, allá donde resulte necesario, al interrelacionarse en un contexto internacional o comunitario.

Si bien la Directiva núm. 2015/2302 es más detallada que la anterior[159], no consigue de manera sólida lograr una armonización máxima ni tampoco alcanza sus objetivos[160], al menos de una manera completa. Es cierto que se ha conseguido

156 No es objetivo de este escrito analizar con detalle las interacciones de las relaciones internacionales o de las aplicaciones de los dos Reglamentos. *Vid. vg.r.* AA.VV.: *Rome Regulations: Commentary*, cit.

157 Art. 2 Reglamento núm. 593/2008, cit.; art. 3 Reglamento núm. 864/2007, cit.

158 Esto quizás podría mejorarse, si bien necesitará de una nueva reestructuración, incluso con la aprobación de la futura convención internacional de protección del turista. Sobre una panorámica sobre el proyecto de las Naciones Unidas de *Convention on the Protection of Tourists and on the Rights and Obligations of Tourism Service Providers vid.* Morandi, F., "Verso un nuovo ordine internazionale della tutela dei turisti e dei diritti ed obblighi dei fornitori nei servizi turistici", *Diritto Marittimo*, 2018, núm. 3, p. 564 y ss.

159 Como destaca De Cristofaro, G.: "La nuova disciplina europea…", cit., p. 11.

160 *Vid.* Art. 1 Directiva núm. 2015/2302.

una "estandarización de la información"[161] la cual ha contribuido a que, en todos los países, la información precontractual sea parte integrante del contrato y que por ello se relacione con la eventual responsabilidad que derive de su incumplimiento[162].

Sin embargo, este aspecto sigue resultando deficiente al omitirse importantes informaciones que se repercuten sobre la tutela efectiva del viajero. Por ello, existe una profunda carencia a la hora de proporcionar una debida información sobre las implicaciones que conlleva realizar un viaje dentro y fuera del propio país, y sobre los escenarios de responsabilidad que pueden producirse. Por mucho que la Directiva haya reforzado los deberes informativos y los haya incorporado al contrato, siguen existiendo profundas fisuras en este sentido que no hacen percibir al viajero - sobre todo si es consumidor - aspectos relevantes relacionados con su protección jurídica, allá donde se verifique una patología en la ejecución del viaje combinado privándosele de la información sobre los efectos que pueden derivar del incumplimiento, la cual resulta aún más necesaria en un viaje realizado fuera del propio país.

Por mucha información que deba proporcionarse de forma obligatoria, parece que se carece de ciertas informaciones que podrían considerarse de alta importancia. Así, por ejemplo, se encuentra entre estos elementos primordiales la necesidad de la comprensión de las diferentes aristas jurídicas que pudieran proyectarse a la hora de contratar un viaje combinado al extranjero o la necesidad de conocer las efectivas limitaciones de responsabilidad que tienen determinados actores en juego. La actual regulación mantiene lagunas informativas relevantes sobre la tutela efectiva que pueden aparecer en una situación patológica. Es aconsejable, por ejemplo, que en el caso de un viaje combinado se proporcione al consumidor una clara información sobre la Ley aplicable en el caso específico sobre el foro competente y sobre la eventual diferencia que pudieran tener organizador y minoristas. Esto contribuiría también al mejor funcionamiento del mercado interior, dado que permitiría una mayor capacidad crítica a la hora de contratar el viaje combinado, y eventualmente una diferente valoración de cómo y dónde contratarlo, aspecto que indirectamente beneficiaría la aparición de un mejor sistema de competencia perfecta en el ámbito comunitario.

En relación con la tutela efectiva que debe proporcionarse frente a la falta de conformidad, si bien se ha observado una ampliación del abanico remedial, en muchos aspectos, la nueva normativa no logra una mayor armonización, tanto en una comparación entre normativas nacionales (en la confrontación de un viaje combinado dentro del propio territorio nacional), como en el caso de un viaje realizado fuera del propio país.

161 Boiti, C.: *Trasparenza e contratti del turismo organizzato*, cit., p. 30.

162 Art. 6 Reglamento núm. 2015/2302, cit..

La comparación jurídica ha permitido destacar la diferente tutela que el viajero español puede recibir frente a al italiano y observar algunas paradojas que, en algunos casos, proporcionarían una tutela menor al consumidor respecto al viajero no turista. Aspecto este que hace quebrar, al menos en el contexto aquí analizado, el esencial objetivo de lograr un nivel de protección elevado para el consumidor.

Las presentes páginas se escriben en honor de un gran jurista y hombre que con constancia y pasión ha proporcionado siempre valores añadidos e innovadores al Derecho. Ojalá que este escrito haya logrado aportar algo a esta disciplina, tal y como el Profesor Cesare Massimo Bianca lo ha hecho en cualquiera de sus escritos[163].

163 En relación con la posibilidad de la elección de una ley extranjera más o menos protectora del consumidor, el Profesor Bianca ya había observado (aspecto que asume aún más relevancia en el contexto aquí analizado) la necesaria confrontación crítica que debe existir entre la normativa interna relativa a un contrato no internacional y el Reglamento Roma I y, en concreto, entre el segundo inciso del art. 6 Reglamento núm. 2005/2302, cit. y el quinto inciso del art. 36 *Codice di Consumo*: Bianca, C.M.: *Diritto Civile 3- Il contratto*, 3ª Ed., Giuffrè, Milano, 2019, p. 365.

BIBLIOGRAFÍA

AA..VV.: *Attività alberghiera e di trasporto nel pacchetto turistico all inclusive: le forme di tutela del turista consumatore*, Università degli Studi di Trento, Trento 2006.

AA.VV.: "Regolamento CE n. 593/2008 del parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ('Roma I')", (ed. F. Salerno, P. Franzina), *Nuove leggi civili commentate*, 2009, Vol. 32, núm. 3/4, p. 521 y ss.

AA.VV.: *Manual de derecho privado del turismo*, (dir. S. Diaz Alabart), 2ª ed. Reus, Madrid, 2017.

AA.VV.: *Paquetes dinámicos: problemas y soluciones jurídicas desde una perspectiva internacional* (dir. A.Paniza Fullana), Madrid, Dykinson, 2014.

AA.VV.: *Manual de contratación turística* (dir. J. Franch Fluxá), 2ª ed., Atelier, Barcelona, 2019.

AA.VV.: *Manuale del diritto del turismo* (ed. V. Franceschelli, F. Morandi), Giappichelli, Torino, 2019.

AA.VV.: *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio. La direttiva 2015/2302/UE e le prospettive della sua attuazione nell'ordinamento italiano* (ed. A. Finessi), Jovene, Napoli, 2017.

AA.VV.: *Turismo y daños* (coord. L. Mezzasoma, Mª. J. Reyes López), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

AA.VV.: *Manual de derecho privado del turismo*, (dir. E. Ortega Burgos, T. Echevarría de Rada), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed. 2020.

AA.VV.: *Rome Regulations: Commentary* (ed. G.-P. Calliess, M. Renner), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 3ª ed 2020.

Agnino, F.: "Danno da vacanza rovinata risarcibile solo se si supera la soglia della tolleranza", *Giustizia Civile.com*, 2018.

Algaba Ros, S.: "La responsabilidad solidaria de organizadores y detallistas frente al consumidor en el contrato de viaje combinado, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2010, núm. 25, p. 237 y ss.

Alvarado Herrera, L.: "Nuevas formas de protección del consumidor en la contratación electrónica de servicios turísticos: los servicios de viajes vinculados", *Revista de Estudios jurídicos y criminológicos*, 2021, núm. 3, p. 103 y ss.

Bacciardi, E.: "Il `nuovo´ danno da vacanza rovinata. Quando (e quanto) é risarcibile la delusione del viaggiatore´, *Responsabilità civile e previdenza*, 2020, núm. 1, p. 272 y ss.

Bailetti, G.: "Responsabilità solidale del venditore e dell'organizzatore?", *Diritto del turismo*, núm. 4, 2005, p. 337 y ss.

Berenguer Albaladejo, C.: "Luces y sombras de la nueva Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados", *Internacional Journal of Scientific Management Tourism,* 2016, vol. 2, núm. 2, p. 33 y ss.

Berti De Marinis, G.: "Contratti, mercati ed emergenza sanitaria: nuove disposizioni e princípi del codice civile", *Corti Umbre*, 2020, núm. 1, p. 37 y ss.

Berti De Marinis, G.: "La tutela del turista-consumatore nella disciplina contrattuale del codice del turismo", *Corti Umbre*, 2014, núm. 3, p. 3 y ss.

Bianca, C.M., *Diritto Civile 3- Il Contratto*, 3ª Ed., Giuffrè, Milano, 2019.

Boiti, C.: "Daños por vacaciones frustradas", AA.VV.: *Turismo y daños* (coord. L. Mezzasoma, Mª. J. Reyes López), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 25 y ss.

Boiti, C.: *Trasparenza e contratti del turismo organizzato*, ESI, Napoli, 2019.

Calvo Caravaca, A. L., "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, vol. 1, núm. 2, p. 52 y ss.

Camacho Pereira, C.: "La información precontractual en el ámbito de los viajes combinados tras la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, *Revista de Derecho Uned,* 2016, núm. 19, p. 581 y ss.

Campione, R.: "Il danno da vacanza rovinata alla luce della nuova concezione del danno non patrimoniale", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2007, Vol. 61, núm. 3, p. 977 y ss.

Carassi, C.: "L'interpretazione da parte della Corte di Giustizia CE delle norme comunitarie", *Foro Italiano*, 2002, IV, p. 329 y ss.

Caterbi, S.: "Il danno esistenziale da vacanza rovinata", *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, núm. 6, p. 1401 y ss.

Clemente Meoro, M.: *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.

Cortese, B., "Articolo 11 – Validità Formale en Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ('Roma I')" (ed. F. Salerno, P. Franzina), *Nuove leggi civili commentate*, 2009, Vol. 32, núm. 3/4, p. 809 y ss.

Criscione, C.: *Diritto del turismo. L'evoluzione dal Consumatore al viaggiatore*, Giappichelli, Torino, 2019.

Cubeddu, Mª. G.: *L'importanza dell'adempimento*, Giappichelli, Torino, 1995.

Cuffaro, V.: "Gli obblighi di informazione", *Europa e Diritto Privato*, 2020, núm. 2, p. 545 y ss.

De Cristofaro, G.: "La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio (dir. 2015/2302/UE) e le prospettive del suo riconoscimento nell'ordinamento italiano", en AA.VV.: *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio. La direttiva 2015/2302/UE e le prospettive della sua attuazione nell'ordinamento italiano* (ed. A. Finessi), Jovene, Napoli, 2017, p. 5 y ss.

Espiniella Menéndez, A.: *La protección de los consumidores*, Rasche, Madrid, 2015.

Feliu Rey, M. I., "La información y publicidad en la Directiva 2015/2302 de viajes combinados y servicios de viajes vinculados: del folleto informativo al hipervínculo", AA.VV.: *Turismo y daños* (coord. L. Mezzasoma, Mª. J. Reyes López), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 45 y ss.

Ferrante, A.: *La reducción del precio en la compraventa*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013.

Ferrante, A.: "Entre el Derecho comparado y Derecho Extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica", *Revista chilena de Derecho*, 2016, vol. 43, núm. 2, p. 601 y ss.

Ferrante, A.: "Trasplante y formante: hermanos, pero no gemelos. Hacia una mejor comprensión de la metodología en la comparación jurídica," *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2021, núm. 14, p. 168 y ss.

Finessi, A.: "La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio", *Nuove Leggi civile e commentate*, 2018, vol. 41, núm. 6, p. 1307 y ss.

Fragola, M.: "Tutela del turista e danno risarcibile, la Corte di Giustizia riconosce la risarcibilità del danno da vacanza rovinata alla luce dell'ordinamento comunitario", *Rassegna di diritto civile*, 2003, vol. 24, núm. 3, p. 633 y ss.

Giobbi, M.: "Indemnización por daños y perjuicio y prescripción", AA.VV.: *Turismo y daños* (coord. L. Mezzasoma, Mª. J. Reyes López), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 73 y ss.

Gómez Calle, E.: "Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2010. La responsabilidad solidaria de organizador y detallista frente al consumidor en el contrato de viaje combinado", *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, 2010, Vol. 4, p. 511 y ss.

González Fernández, M. B.: "Redefiniciones y armonización en materia de viajes combinados", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 297, 2019, p. 171 y ss.

Gorla, G.: "Diritto comparato e diritto straniero", *Enciclopedia Giuridica*, XI, Treccani, Milano, 1980, *ad vocem*

Graziuso, E.: "Il danno da vacanza rovinata tra vecchi orientamenti e nuove prospettive", *Resp. civ. e prev.* 2010, núm. 6, p. 1316 y ss.

Grisi, G., Mazzamuto, S.: *Diritto del Turismo*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2018.

Juaréz Pérez, P.: "La ley rectora de los contratos internacionales de consumo: el sistema del Reglamento núm 593/2008 («Roma I»)", *Estudios de Deusto*, 2010, vol. 58, núm. 1, p. 47 y ss.

Macioce, F.: "Difetto di conformità, sopravvenuta impossibilità e responsabilità dell'organizzatore di viaggi", *Europa e Diritto Privato*, 2020, núm. 2, p. 695 y ss.

Malgieri, G.: "Il punto sul danno da vacanza rovinata: certezze, novitá, questioni aperte", *Danno e responsabilità*, 2014, núm. 3, p. 237 y ss.

Marco Arcalá, L.A., Zuribi De Salinas, M.: *El nuevo régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia 2020.

Mariotti, P., Caminiti, R., "Smarrimento del bagaglio: condizioni e limitazioni convenzionali della responsabilità del vettore aereo internazionale", *Ridare* 11 de abril de 2019.

Mariotti, P., Caminiti, R., Bidetti, C.: *La nuova disciplina dei pacchetti turistici e il danno da vacanza rovinata*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 1 y ss.

Márquez Lobillo, P.: "El consumidor en la contratación electrónica de servicios turísticos", *Revista de Derecho Mercantil*, 2011, núm. 282, p. 187 y ss.

Martínez Espín, P.: "Responsabilidad en el contrato de viaje combinado: la solución definitiva. Comentario a la STS de 20 de enero de 2010", *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, 2010, núm. 2, p. 126 y ss.

Mezzasoma, L., "El Contratante protegido en los contratos de turismo organizado: del consumidor al viajero", AA.VV.: *Turismo y daños* (coord. L. Mezzasoma, Mª. J. Reyes López), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 153 y ss.

Molfese, F.: *Il contratto di viaggio e le agenzie turistiche*, Cedam, Padova, 2006.

Monticelli, S., Gazzara, F.: *I contratti di viaggio*, en AA.VV.: *I contratti del consumatore* (ed. E. Gabrielli, E. Minervini), Utet, Torino, 2005.

Morandi, F., "Verso un nuovo ordine internazionale della tutela dei turisti e dei diritti ed obblighi dei fornitori nei servizi turistici", *Diritto Marittimo*, 2018, núm. 3, p. 564 y ss.

Murgolo, G.: *Il danno da vacanza rovinata*, Esi, Napoli, 2016.

Nocco, L., "Il danno da vacanza rovinata", *Danno e responsabilità*, 2007, Vol. 12, núm 6, p. 623 y ss.

Paladini, M.: *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Giappichelli, Torino, 2013.

Palmerini, E., "Il danno da vacanza rovinata e le altre fattispecie tipizzate", AA.VV.: *I danni non patrimoniali* (a cura di E. Navarretta), Giuffrè, Milano, 2004, p. 475 y ss.

Pardolesi, R., "Turismo organizzato e tutela del consumatore: la legge tedesca sul contratto di viaggio", *Rivista di Diritto Civile*, 1981, núm. 1, p. 59 y ss.

Pasquili, R.: *La prestazione dell'organizzatore nel contratto di viaggio*, Giappichelli, Torino, 2012.

Pepe, A.: "Circostanze eccezionali ed esonero da responsabilità del tour operator nella nuova direttiva di viaggi", en AA.VV., *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio. La direttiva 2015/2302/UE e le prospettive della sua attuazione nell'ordinamento italiano* (ed. A. Finessi), Jovene, Napoli, 2017.

Pizzolante, G., "Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ('Roma I')", (ed. F. Salerno, P. Franzina), *Nuove leggi civili commentate*, 2009, Vol. 32, núm. 3/4, p. 727 y ss.

Pucci, M.: "Ejecución incorrecta de los servicios incluidos en el contrato de viaje combinado y responsabilidad del organizador", AA.VV.: *Turismo y daños* (coord. L. Mezzasoma, Mª. J. Reyes López), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 203 y ss.

Ramón Fernández, F.: "La transparencia e información en los contratos turísticos: viaje combinado y servicio de viaje vinculado"; AA.VV.: *Turismo y daños* (coord. L. Mezzasoma, Mª. J. Reyes López), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 245 y ss.

Reyes López, Mª J.: "La falta de conformidad en los servicios turísticos y el resarcimiento del daño", AA.VV.: *Turismo y daños* (coord. L. Mezzasoma, Mª. J. Reyes López), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 257 y ss.

Rodríguez Rosado, B.; *Resolución y Sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

Romano, B. N., Criscione, C.: *Diritto del turismo. L'evoluzione dal Consumatore al viaggiatore*, Giappichelli, Torino, 2019.

Romeo, F.: "Il processo informativo nella commercializzazione dei contratti di viaggio", en AA.VV.: *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio. La direttiva 2015/2302/UE e le prospettive della sua attuazione nell'ordinamento italiano* (ed. A. Finessi), Jovene, Napoli, 2017, p. 29 y ss.

Rösler, H.: "Conflicto de leyes en casos B2C - El enfoque Europeo", *Revista ius et veritas*, núm. 47, 2013, p. 66 y ss.

Rossi Carleo, L., Dona, M.: *Il contratto di viaggio turistico*, Esi, Napoli, 2010.

Rossi Carleo, L.: "Il turista viaggiatore", *Europa e Diritto Privato*, 2020, núm. 2, p. 619 y ss.

Sacchettini, V.E.: "Vacanza Rovinata: la prescizione si allunga a tre anni", *Guida al Diritto*, 2018, núm. 28/30, p. 55 y ss.

Santagata, R.: *Diritto del Turismo*, 4ª ed., Utet, Torino, 2018.

Savanna, L.: *Contratti di viaggio e responsabilità. Il danno da vacanza rovinata*, Giappichelli, Torino, 2008.

Savoia, R.: "La responsabilità solidale di venditore e organizzatore del pacchetto turistico", *Dir. Giust.*, 24 abril 2020.

Silgardi, G., Morandi, F.: *La vendita di pacchetti turistici*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 1998.

Spangaro, A.: "Il danno non patrimoniale da contratto: l'ipotesi del danno da vacanza rovinata", *Responsabilità civile e previdenza,* 2007, núm. 3, p. 719 y ss.

Zeno Zencovich, V.: "Il danno da vacanza rovinata: questioni pratiche e prassi applicative", *Nuova giurisprudenza civile e commmentata*, 1997, I, núm. 6, p. 879 y ss.

LOS CRITERIOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DE CONFORMIDAD EN LA VENTA DE BIENES DE CONSUMO

SUBJECTIVE AND OBJECTIVE REQUIREMENTS IN CONSUMER'S GOODS SALE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3184-3229

Gonzalo
MUÑOZ
RODRIGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Tras la promulgación de la Directiva 2019/771, de 20 de mayo, y su posterior trasposición al ordenamiento español por el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, se han introducido considerables modificaciones al régimen jurídico de las garantías y servicios postventa de la compraventa de bienes de consumo. En ese sentido, el presente estudio tiene como finalidad analizar pormenorizadamente los nuevos criterios de conformidad que deberán seguir los bienes vendidos desde la entrada en vigor de dicha regulación el pasado enero.

PALABRAS CLAVE: Deber de conformidad, falta de conformidad, criterios de conformidad, criterios subjetivos, criterios objetivos, bienes de consumo, compraventa, bienes digitales, actualizaciones, instalación, funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad, durabilidad.

ABSTRACT: *Following the publication of Directive 2019/771, of 20 May, and its subsequent transposition into Spanish law by Royal Decree-Law 7/2021, of 27 April, considerable modifications have been made to the legal regime of guarantees and post-sale services for the consumer's goods sale. In this regard, the purpose of this study is to analyse in detail the new conformity requirements that must be met by goods that have been sold since the entry into force of this regulation last January.*

KEY WORDS: *Duty of conformity, lack of conformity, conformity requirements, subjective requirements, objective requirements, consumer goods, sale and purchase, digital goods, updates, installation, functionality, compatibility, compatibility, interoperability, durability.*

SUMARIO.- I. LA FALTA DE CONFORMIDAD EN LA DIRECTIVA 2019/771, 20 DE MAYO. - II. LA CONFORMIDAD MATERIAL.- 1. Criterios subjetivos.- A) Que los bienes sean acordes a la descripción, tipo, calidad, cantidad y demás características comprometidas.- B) Que los bienes sean acordes a los fines específicos solicitados por el consumidor y aceptados por el vendedor.- C) Que los bienes se acompañen de los accesorios, así como de las actualizaciones según disponga el contrato. - 2. Criterios objetivos.- A) Que los bienes sean aptos para los fines a los que normalmente se destinen bienes del mismo tipo.- B) Que los bienes se correspondan a la muestra o modelo facilitado por el vendedor.- C) Que los bienes se entreguen junto con accesorios, embalaje e instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir.- D) Que los bienes presenten la cantidad, cualidades y otras características que el consumidor pueda razonablemente esperar según la naturaleza de los bienes y teniendo en cuenta las declaraciones públicas realizadas.- E) La no vinculación de las declaraciones públicas.- F) La obligación de proporcionar actualizaciones para mantener los bienes en conformidad y la exoneración de responsabilidad en caso de no instalación por parte del consumidor.- G) Hacia una mayor objetivación de la responsabilidad: La información del vendedor que el bien no cumple alguno de los requisitos de conformidad.- H) Incorrecta instalación de los bienes. - III. LA CONFORMIDAD DIGITAL. - IV. LA CONFORMIDAD JURÍDICA.

I. LA FALTA DE CONFORMIDAD EN LA DIRECTIVA 2019/771, 20 DE MAYO.

Tras la trasposición de la Directiva 2019/771, de 20 de mayo[1] al ordenamiento jurídico español por el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril[2], que ha modificado por enésima vez el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU), se han incorporado al mismo las novedades que la norma europea introducía en materia de ventas al consumo. No en vano, se ha reformado en profundidad el Título IV sobre Garantías y Servicios Postventa.

El objeto del presente artículo va a consistir en un análisis pormenorizado de los criterios de conformidad que introduce la Directiva 2019/771, si bien es cierto que muestra grandes similitudes con los antiguos criterios de conformidad provenientes de la Directiva 1999/44/CE[3]. De esta forma, partiendo de la clasificación con la que unánimemente aborda la cuestión la doctrina podemos diferenciar tres tipos de conformidad que deben presentar los bienes: la conformidad maaterial, la

1 Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE.

2 Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, de trasposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

3 Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

• Gonzalo Muñoz Rodrigo
Investigador Predoctoral (FPU) Derecho Civil de la Universidad de Valencia. Correo electrónico: gonzalo.munoz@uv.es

conformidad jurídica y la conformidad digital. Las cuáles serán estudiadas en los subsiguientes epígrafes.

La principal novedad de la Directiva 2019/771 y así lo afirma parte de la doctrina[4], es lo que llamaríamos "conformidad digital de los bienes". En ese sentido, la conformidad material de los bienes no se limita a cuestiones físicas ("hardware") de los bienes entregados. Sino que se extiende a cuestiones relacionadas con el propio contenido digital de los mismos ("software"), en el caso que lo presenten.

Junto con ello, la Directiva también diferencia entre requisitos objetivos de conformidad y requisitos subjetivos de conformidad[5] (aunque gran parte de sus elementos ya se encontraban presentes en los anteriores textos, sería la llamada conformidad material de los bienes). Esta diferenciación viene a poner de manifiesto, que los requisitos objetivos son aquellos que deben presentar los bienes independientemente de cualquier otra consideración, en función de las características que se esperan de ellos por ser bienes del mismo tipo, así como aquellas que se hayan declarado por el propio vendedor, por la publicidad o el etiquetado. Mientras que los subjetivos, más específicos, se refieren a las características que deben presentar porque así lo disponga el contrato de compraventa o por haber sido requeridas por el consumidor y que el vendedor haya aceptado[6].

Antes de detenernos a analizar detalladamente cada uno de los criterios de conformidad en el contrato de compraventa de bienes de consumo, surgen una serie de preguntas en orden a su aplicación. La primera sería si son una lista cerrada o *numerus clausus;* la segunda si hay que seguir un orden de aplicación con los mismos, es decir, si hay una especie de jerarquía entre ellos; y la última, si son cumulativos, esto es, si cabe aplicar varios a la vez o si son de aplicación independiente en el caso que correspondan.

4 Morais Carvalho, J.: "Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y Suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770). Ámbito de aplicación y grado de armonización", *Cuadernos de Derecho Trasnacional*, núm.1, Vol. 12, 2020, p. 937.

5 Es especialmente significativo que tanto la Directiva como la Transposición de la misma hablen de "requisitos de conformidad", desterrando definitivamente la idea de que el TRLGDCU introducía "presunciones de conformidad". Habida cuenta que ahora se confirma que son criterios de integración del contrato, no se trataba de reglas para presumir la existencia de faltas de conformidad (lo que nos podía hacer pensar que eran reglas relativas a la carga de la prueba), sino que sirven para colmar el contenido del contrato. Esto es, se entiende que las partes han querido que los bienes tengan dichos requisitos. En este sentido, *vid*. Marín López, M. J.: "Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE", *Diario La Ley,* núm. 9461, Sección Doctrina, 22 julio 2019, Wolters Kluwer, pp. 4-5.

6 Ortí Vallejo, A.: "La Directiva 1999/44/CE: un nuevo régimen para el saneamiento por vicios en la compraventa de consumo", *Revista del poder judicial*, núm. 66, 2002, p. 59, se inclinaba por afirmar que: "por criterios subjetivos o concretos, podemos entender los especificados por las partes, en tanto que los criterios objetivos toman como referencia los estándares de normalidad de los bienes en un sentido general o derivados de la reglamentación jurídica de ciertas características de los mismos -como, por ejemplo, la utilidad normalmente desempeñada en el tráfico por bienes del mismo tipo, las exigencias derivadas de normas técnicas, contenido exigible del etiquetado, etc."

Por lo que se refiere a la primera pregunta, no hay motivo para señalar que son *numerus clausus,* esto se debe a que, al corresponder la conformidad con adecuación contractual de la prestación efectuada, como ya se ha puesto de manifiesto, existen múltiples motivos por los que se podría producir el incumplimiento contractual. Las razones por las que habría falta de conformidad no deben reducirse exclusivamente a una lista cerrada y rígida, ya que, al final, los criterios de conformidad no son más que un apoyo ante la falta de formalismo que suele haber en las compras de consumo y de esa forma, que aspectos tales como la muestra o modelo, los usos habituales, etc.; se integren en el contenido contractual.

En cuanto a la segunda pregunta, tampoco se puede afirmar que exista una jerarquía en la aplicación de los criterios. Obviamente, los criterios subjetivos si se antepondrán a los objetivos, en la medida que los subjetivos hacen directamente referencia al contenido contractual y, por el contrario, los objetivos tienen otras funciones secundarias (integrar el contrato, suplir la voluntad de las partes…). Pero, una vez que nos encontramos en cada uno de los grupos, la aplicación de cualquiera de los criterios no tiene más importancia que cualquier otro. Pues cada uno se centra en diferentes aspectos de los bienes, unos en las funciones, otros en su calidad, otros en el embalaje y los accesorios, etc.

La respuesta a la segunda pregunta se encuentra muy relacionada con la tercera, a saber, si se pueden aplicar cumulativamente varios criterios. La respuesta debe ser también afirmativa, habida cuenta que, si los criterios responden a diferentes aspectos de los bienes se podrán siempre aplicar en su totalidad, salvo alguna excepción como el relativo los usos específicamente requeridos, que lógicamente, no tendrá lugar cuando no haya habido ninguna aplicación de los mismos. De esta forma, será posible comprobar la conformidad de los bienes acudiendo a diferentes criterios contemplados en los mismos, como también será posible que un bien adolezca de falta de conformidad no solo por incumplir uno de ellos, sino varios de ellos. Es perfectamente plausible que un bien no sea conforme por no poder usarse para uno de los fines a los que habitualmente se destinan bienes del mismo tipo, y al mismo, tiempo que tampoco lo sea por no tener la calidad o no corresponderse con la muestra o modelo previamente mostrada al consumidor.

II. La conformidad material.

1. Criterios subjetivos.

La disposición que introduce los criterios subjetivos en la Directiva 2019/771, es el art. 6, cual reza del siguiente modo:

"Para estar en conformidad con el contrato de compraventa, los bienes, en particular, cuando sea de aplicación:

a) Serán acordes a la descripción, el tipo, la cantidad y la calidad y poseerán la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características según disponga el contrato de compraventa;

b) Serán aptos para los fines específicos para los que el consumidor los necesite y que este haya puesto en conocimiento del vendedor como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el vendedor haya expresado su aceptación;

c) Se entregarán junto con todos los accesorios e instrucciones, también en materia de instalación, según disponga el contrato, y

d) Se suministrarán con actualizaciones según disponga el contrato de compraventa".

Finalmente, este artículo ha tenido su trasposición en el art. 115 TRLGDCU:

"Los bienes, los contenidos o servicios digitales que el empresario entregue o suministre al consumidor o usuario se considerarán conformes con el contrato cuando cumplan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos que sean de aplicación siempre que, cuando corresponda, hayan sido instalados o integrados correctamente, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 117".

Luego, concretamente el art. 115 bis recoge los criterios subjetivos:

"Para ser conformes con el contrato, los bienes y los contenidos o servicios digitales deberán cumplir, en particular y cuando sean de aplicación, los siguientes requisitos:

a) Ajustarse a la descripción, tipo de bien, cantidad y calidad y poseer la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características que se establezcan en el contrato.

b) Ser aptos para los fines específicos para los que el consumidor o usuario los necesite y que este haya puesto en conocimiento del empresario como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el empresario haya expresado su aceptación.

c) Ser entregados o suministrados junto con todos los accesorios, instrucciones, también en materia de instalación o integración, y asistencia al consumidor o usuario en caso de contenidos digitales según disponga el contrato.

d) Ser suministrados con actualizaciones, en el caso de los bienes, o ser actualizados, en el caso de contenidos o servicios digitales, según se establezca en el contrato en ambos casos."

Para seguir un cierto orden, vamos a analizar el art. 6 de la Directiva 2019/771 con su homólogo, el art. 115 bis TRLGDCU, punto por punto. Asimismo, se va a hacer referencia al viejo art. 116 TRLGDCU para observar cómo ha sido su evolución. Cabe destacar, que, como ya se ha observado antes, la nueva Directiva diferencia entre criterios subjetivos y criterios objetivos, mientras que el antiguo art. 116 simplemente establecía una única lista, dónde convivían tanto criterios que se referían directamente al acuerdo contractual como otros que, en cambio, si venían a integrar el contrato.[7] Si bien esto ha merecido el favor de la doctrina, hay también quién apunta que hubiera sido mucho mejor refundirlos en un solo artículo pues, al final, están haciendo referencia al mismo aspecto de la contratación, pero desde perspectiva diferentes[8]. Es decir, no habría hecho falta elaborar dos listas diferentes (una sobre criterios subjetivos u otra sobre objetivos), ya que sería perfectamente posible fijar con claridad esa distinción sirviéndose solo de una lista.

A) Que los bienes sean acordes a la descripción, tipo, calidad, cantidad y demás características comprometidas.

Si empezamos con el art. 6.a) (art. 115bis.a) TRLGDCU) lo primero que podemos observar es que resulta completamente novedoso, pues no se puede encajar con ninguno de los preceptos del antiguo art. 116. Llama la atención aquí que, sí se hace referencia directamente al contrato de compraventa como fuente principal para determinar la conformidad, cosa que antes no se hacía o, al menos, no quedaba del todo claro. De todos modos, las referencias a conceptos como

7 Avilés García, J.: "La nueva conformidad contractual de los bienes con elementos digitales en las compraventas de consumo (hacia un mercado único digital europeo)", en AA.VV.: *Derecho y nuevas tecnologías* (coord. L. A. Fernández Villazón), Thomson-Reuters Aranzadi, 1ªed., Cizur Menor, 2020, p. 537. La doctrina viene identificando desde hace tiempo los criterios de conformidad como criterios de integración del contrato: "el deber de entregar un bien exento de defectos materiales se integra ahora en el contenido mismo del contrato, por lo que la existencia en la cosa de un defecto que suponga la ausencia en ella de una cualidad pactada o presupuesta por la partes, es considerada como un supuesto de cumplimiento defectuoso, concediéndose, en consecuencia, al comprador las acciones típicas a que, en general, da lugar el incumplimiento, entre las que está la de cumplimento forzoso", De Verda Y Beamonte, J.R.: "Del saneamiento por vicios ocultos al deber de conformidad: un examen de la cuestión en el derecho comunitario a la luz de las recientes propuestas de Directiva en materia de consumo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 770, 2018, p. 2942.

8 Castilla Barea, M.: *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: Estudio de la Directiva (UE) 2019/771 y su trasposición por el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 1ªed, 2021, p. 104, hace referencia a los paralelismos que existen entre el art. 6 y 7 de la Directiva 2019/771.

la descripción, la calidad o el tipo, no resultan innovadoras. Por el contrario, es la nueva referencia a la cantidad como criterio de conformidad[9], lo que no deja de ser sorprendente pues, en definitiva, ya es una cuestión de interpretación si se considera que no entregar la cantidad pactada (entendemos, inferior a la debida) es un supuesto de falta de entrega o de entrega inexacta.[10] Siendo la falta de entrega, en principio, una eventualidad que como hemos señalado estaría fuera de la órbita de la conformidad de los bienes con el contrato. Dicho con otras palabras, algo que no regula la Directiva 2019/771 y que no estaría sometido al régimen de garantías que establece la misma.

Eso sí, ahora no se puede negar que entregar una cantidad inferior a la debida es un supuesto de falta de conformidad pues es bastante taxativo el precepto. Lo que vendría a confirmar algo que un sector de la doctrina ya ponía de manifiesto[11], y obligaría al consumidor a seguir el régimen previsto para la falta de conformidad en caso de recibir una cantidad de bienes inferior a la debida, dado que la Directiva es de armonización máxima. Parece bastante dudoso que los Estados Miembros puedan, en este caso, conceder la posibilidad de acudir a la resolución del contrato ex art.1124 CC (si hablamos de España), de hecho, en el caso de la trasposición española no hay ninguna referencia a esta posibilidad. Salvo que si hubieran admitido la posibilidad que concedía el art. 3.7 Directiva 2019/771 de optar por la resolución contractual ante defectos precoces que se manifiesten en el plazo de 30 días desde la entrega.

Sentado que la entrega de una cantidad inferior a la debida es un supuesto de falta de conformidad, queda ahora despejar una serie de interrogantes que se

9 Considerar que la introducción de la cantidad como criterio de falta de conformidad es una novedad es bastante relativo, pues no es la primera vez que aparece en textos legales. De hecho, el art. 35.1 CV ya lo contemplaba junto con la calidad y tipo como criterios de conformidad que pueden determinarse contractualmente (es decir, lo que vendría a ser un requisito subjetivo de conformidad). Incluso el art. 99.1.a) CESL contemplaba la cantidad como criterio de conformidad, eso sí, lo limitaba a la estipulación contractual, de la misma forma que también lo hace la Convención de Viena. La controversia aquí, radica en que la Directiva 2019/771 no solo lo introduce respecto de los criterios de conformidad subjetivos (lo que parece lo más normal teniendo en cuenta que es uno de los extremos que el contratante suele fijar de manera expresa), sino que también lo hace respecto de los criterios objetivos, como se analizará en el apartado correspondiente, lo que hace plantearse serios interrogantes.

10 En la doctrina española, Carrasco Perera, A.: "Plazo suplementario para la entrega por parte del empresario vendedor (art. 66 bis TRLGDCU)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14, 2015, p. 169, señala que el art. 18 de la Directiva 2011/83/UE, solo debe interpretarse en el sentido de la falta absoluta de entrega, por lo que ante una falta de entrega inexacta, como es una entrega parcial o falta de entrega configurada como accesoria o secundaria, se remite al régimen general de la resolución contractual. Habida cuenta de la falta de regulación de ese supuesto en la legislación de consumo. No obstante, con la nueva regulación parece lógico que el consumidor no podría acudir al régimen contenido en el art. 1124 CC, sino que deberá pasar por el régimen de garantías al ser considerado directamente por el legislador de la Unión Europea como un supuesto de falta de conformidad.

11 Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E. y Martínez Espín, P.: "Trasposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo", *Estudios sobre consumo*, núm. 52, 2000, p. 127, ya señalaban que la entrega parcial debía ser tratada como un supuesto de falta de conformidad. Por el contrario, Martínez Velencoso, L. M.: *La falta de conformidad en la compraventa de bienes*, Barcelona, Bosch, 2007, p. 7, se inclinaba por apuntar que a falta de previsión expresa sobre la cantidad como criterio de conformidad, debía acudirse a las normas internas sobre incumplimiento contractual.

plantean a su alrededor. El primero y más lógico es que el régimen relativo a la falta de conformidad casa mal con la naturaleza de una entrega parcial de los bienes[12], es decir, no parece que tenga mucho sentido afirmar que ante una entrega parcial de los bienes lo que procede es la "reparación" o la sustitución". No obstante, desde mi punto de vista, y desde un criterio de interpretación expansivo del principio de conformidad como nuevo paradigma de la contratación actual, hay que considerar a la "puesta en conformidad" desde un sentido amplio, de forma que, la "reparación" o la "sustitución" no solo debe ser entendida en su sentido estricto de la palabra (cambiar las piezas de un producto, corregirlo, etc.) sino también puede ser completar la prestación, la cual es incompleta o inexacta, esto es, *rectius* reparar la prestación.[13] No olvidemos que ya la Directiva 1999/44, al definir el remedio de la reparación indicaba que se correspondía con "[…] poner el bien de consumo en un estado que sea conforme al contrato de venta" (art. 1.2.f). En ese sentido, prescindía de un significado meramente utilitarista del concepto.

El segundo de ellos, sería que pasa cuando no estamos ante una venta de bienes en grupo, sino una venta de bienes en sucesivo. A saber, se compra un conjunto de bienes, pero su suministro es progresivo, porque ante la falta de entrega de uno de ellos ¿estaríamos ante un supuesto de falta de entrega absoluto?, o por el contrario ¿estaríamos ante el supuesto de una entrega parcial de los bienes? Para evitar un agravio comparativo cuando la entrega en conjunta en un solo momento debemos concluir que también sería de aplicación lo analizado en este punto[14].

El tercero de ellos, sería si es posible servirse de otros remedios ante esta situación que escapan del ámbito de la Directiva 2019/771. Concretamente, si ante una entrega parcial se le podría imponer al acreedor un pago parcial o si el consumidor podría rechazar la entrega de los bienes. Teniendo en cuenta que nada se dice sobre esto en la Directiva y la cláusula vierta que de algún modo se erige el último inciso del art. 3.7 Directiva 2019/771, tal y como señala cierta doctrina[15] podemos pensar que de aplicar las normas nacionales no se podría compeler al acreedor el pago parcial (art. 1169 CC), pero del mismo modo tampoco se le

12 En términos similares, se pronuncia Arnau Raventós, L.: "Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones", en AA.VV.: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dirs. E. Arroyo Amayuelas y S. Cámara Lapuente), Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 87.

13 En este sentido, comparto el planteamiento de un sector de la doctrina que, si bien, ya ponía de relieve el poco encaje que podía tener el régimen de garantías con una entrega parcial, al mismo tiempo indicaba que "salvo que esta última expresión [la sustitución] se entienda en el sentido de que debe reemplazarse la prestación ejecutada por la pactada en el contrato", Marín López, M.J.: "Comentario al artículo 116", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Pamplona, Thomson Reuters, 2009, p. 1442. Por otro lado, también esta quién, más cercano a mí postura, señalaba que la reclamación de la parte restante "equivale a solicitar la reparación", Arroyo Amayuelas, E.: "La propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia", en *InDret,* núm. 3/2016, pp. 9-10.

14 Arnau Raventós, L.: "Remedios", cit. p. 89.

15 *Ibid*., p. 86.

podría compeler al consumidor aceptar una entrega inexacta[16]. En este sentido, parece ser que, ante el escenario de recibir una entrega incompleta, el consumidor tendría dos opciones: Por un lado, aceptar los bienes que ha recibido y exigir la "reparación" del resto, esto es, que se complete la prestación, o, por otro lado, directamente rechazar la entrega y exigir que esta se realice correctamente en su totalidad.

Del mismo modo, el empresario no debería verse obligado a recibir un pago parcial, entendemos solo por los bienes que ha entregado. Caso distinto será cuando sea imposible completar la prestación o el empresario se niegue en rotundo, en cuyo caso, se abrirían los remedios subsidiarios de la resolución o la reducción del precio.

El siguiente y relacionado con el anterior sería como se procedería ante una entrega excesiva, pues tampoco se dice nada al respecto, pero por los mismos argumentos que derivan del art. 3.7 Directiva 2019/771, podemos concluir que el consumidor no se vería obligado al recibir más de lo debido y podría rechazar el exceso. Si no lo hace en el momento, tampoco creemos que hubiera motivos para considerar que ha habido una novación contractual, y podría igualmente pretender que se retire el exceso que ha recibido.[17] Otra cosa sería que el comprador acepte quedarse el exceso, en cuyo caso si el vendedor está acuerdo podría tener lugar una novación contractual que daría lugar a la determinación de un nuevo precio.

Para terminar estas consideraciones, simplemente toca hacer referencia a una obviedad y que ya se profundizará en el apartado correspondiente. Y es el distinto régimen jurídico que desencadenará la entrega parcial si se considera como un supuesto de falta de conformidad y no como un supuesto de falta de entrega. Pues como ya se ha puesto de manifiesto en relación con el *Nachfrist,* la falta de entrega lleva aparejado un régimen distinto consistente en la concesión de un plazo adicional razonable por parte del consumidor, mientras que la falta de conformidad se estructura entorno a la jerarquía de remedios primarios y subsidiarios. Siendo posible como se estudiará acudir directamente a la resolución contractual en caso de defectos graves, la cuestión que entonces también se abre es si la entrega parcial es un defecto grave que legitimaría directamente al consumidor a solicitar la resolución o, si la respuesta es negativa, en qué medida la entrega parcial habilitaría al consumidor solicitar la resolución del contrato.

16 Esto contrasta con la solución que abría el art. 130.2 CESL, el cual, si permitía imponer al acreedor un pago parcial, salvo que tuviere un interés legítimo en ello.

17 En términos similares, se pronuncia Arnau Raventós, L.: "Remedios", p. 90. Asimismo, el art. 130.3 CESL, permitía al comprador poder aceptar o rechazar el exceso, si lo aceptaba se entendía que había tenido lugar una novación contractual y el comprador debía pagar el nuevo precio.

Cambiando de tercio, otro de los nuevos términos que nos introduce el artículo 6.a) Directiva 2019/771 es la referencia al "tipo". Claramente, la referencia a la descripción realizada en el contrato de compraventa no entraña mucho misterio, pues simplemente habrá que estar a la descripción que efectivamente se haya realizado sobre el mismo. Sin embargo, la palabra "tipo" no puede ser más ambigua[18], en la media que tipo suele hacer referencia a la designación de una categoría, pero que puede ser más o menos amplia. Es decir, una chaqueta de cuero es un tipo de chaqueta, pero al mismo tiempo es un tipo de prenda de vestir, un descapotable deportivo es un tipo de automóvil, pero al mismo tiempo es un tipo de vehículo en su más amplia concepción[19]. Por lo que, no queda claro dónde se debe poner el límite. También es nueva la referencia a la calidad en el contrato, si bien esto no debería suponer ningún problema interpretativo pues será la calidad en relación con lo dispuesto en el contrato, por lo que será relativamente sencillo comprobar la misma.

Este precepto también resulta interesante por introducir algunos sustantivos al concepto de conformidad, como son la "funcionalidad", "compatibilidad" y "interoperabilidad". Cabe señalar que dichas propiedades, en principio, solo se podrán predicar de bienes con elementos digitales pues no será posible que un bien "no digital" pueda definir su conformidad con base en dichas características, habida cuenta de la definición que se hace de dichos términos en la Directiva 2019/771. De hecho, es bastante evidente que el legislador pensaba en estos bienes cuando los introdujo. Sin embargo, la doctrina considera que la "funcionalidad" también podría exigirse de un bien sin elementos digitales[20] y, aunque el planteamiento es razonable, en verdad si un bien no cumple su función principal prevista en el contrato es clara su falta de conformidad, sin necesidad de hacer referencia a la "funcionalidad". Lo que pretende dicha expresión a mi modo de ver es recalcar la importancia de la variedad de funciones que pueden contener esa clase de bienes y que el vendedor se compromete a proporcionar.

Por lo que respecta al primero, se define funcionalidad como "la capacidad de los contenidos o servicios digitales de realizar sus funciones teniendo en cuenta su finalidad" (art. 2.9 Directiva 2019/771). El contrato podrá comprometerse a garantizar muchas características, como las funciones que presente el bien (múltiples cuando hablamos de bienes inteligentes como relojes, pulseras, dispositivos electrónicos de toda clase). De modo que, si alguna de estas funciones no es incluyen finalmente, existiría una falta de conformidad, aún en el caso de que el bien rinda a la perfección.

18 Twigg-Flesner, C.: "Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services", en AA.VV.: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dirs. E. Arroyo Amayuelas, y S. Cámara Lapuente), Marcial Pons, 1ª ed., 2020, p. 60.

19 Twigg-Flesner, C.: "Conformity of Goods", cit., p. 60.

20 Castilla Barea, M.: *La nueva regulación*, cit., p. 112.

El siguiente término es su "compatibilidad", algo ciertamente olvidado por la legislación de consumo, pero de una importancia capital en la sociedad digital, en la medida que un bien caro y valioso puede convertirse en complemente inservible si no resulta compatible con otros dispositivos que poseemos. Véase unos auriculares "noise-cancelling" o "wireless" que mayormente contienen "software" y precisan de su instalación o también de su emparejamiento con otros bienes informáticos[21]. El art. 2.8 Directiva 2019/771, lo define como: "la capacidad de los bienes de funcionar con los aparatos (*hardware*) o programas (*software*) con los cuales se utilizan normalmente los bienes del mismo tipo, sin necesidad de convertir los bienes, aparatos (*hardware*) o programas (*software*)".

Diferenciado de la compatibilidad, pero muy relacionado con ella, también se introduce el término "interoperabilidad", en la medida que algunos de estos dispositivos-accesorios funcionen con otros según se haya previsto. La cuestión aquí será que mientras la compatibilidad tiene que ver con la capacidad de los bienes de funcionar con otros dispositivos o programas con los que se usan normalmente bienes del mismo tipo, la interoperabilidad hace referencia a la capacidad "de funcionar con aparatos (*hardware*) o programas (*software*) distintos de aquellos con los cuales se utilizan normalmente los bienes del mismo tipo" (art. 2.10 Directiva 2019/771).

B) Que los bienes sean acordes a los fines específicos solicitados por el consumidor y aceptados por el vendedor.

El siguiente criterio subjetivo contenido en el art. 6.b) de la Directiva 2019 se corresponde con una posibilidad un tanto peculiar y es que el consumidor haya requerido un uso especial al vendedor[22] y este haya aceptado el mismo. Lo primero que se nos puede venir a la cabeza es que resulta bastante extraño que los bienes de consumo puedan tener otros fines distintos para los que están diseñados, además es normal que se indique por distintos medios (publicidad, etiquetado, etc.) los diferentes usos de los mismos. Por lo que si el fin que pretende obtener el consumidor no está previamente recalcado lo más habitual será que no lo contemple el bien. No olvidemos que los productos de consumo se fabrican generalmente en masa o en serie, de modo que salvo que se trate de una obra mueble (hecha bajo las indicaciones del consumidor y que también se

21 Los ejemplos son muy variados, es común que determinadas pulseras o relojes inteligentes tengan unos concretos requisitos de compatibilidad. De los que tendrá que informar el vendedor de manera clara y precisa, por ejemplo, el reloj inteligente de una famosa empresa de ordenadores y teléfonos móviles solo es compatible con el móvil de su misma marca. Por ello, será algo que deberá informar claramente en su respectiva publicidad y etiquetado.

22 "Serán aptos para los fines específicos para los que el consumidor los necesite y que este haya puesto en conocimiento del vendedor como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el vendedor haya expresado su aceptación".

contempla en la directiva), el consumidor poco tendrá que ver en la configuración del contrato en cuestión[23].

Por lo demás, el correcto cumplimiento de este criterio de conformidad, como señala la doctrina, plantea principalmente un problema de prueba[24]. Dada la naturaleza de las compras de consumo, que se desarrollan en un espectro de dinamismo y poca formalidad, parece inverosímil que el consumidor pueda probar que informó al vendedor sobre un determinado fin y este aceptó, a menos que este fin tenga luego reflejo en el contrato de compraventa (porque se incorpore, o porque, en realidad, ya estaba previsto). Lo que nos lleva otra vez al contrato de obra mueble como el mejor lugar para que se desarrolle este criterio de conformidad. De todos modos, a mi modo de ver, la inclusión de este criterio de conformidad parece un tanto innecesaria, pues si se trata de una característica prevista en el contrato de compraventa, su no materialización final se podrá reclamar vía art. 6.a) como un supuesto claro de falta de conformidad subjetiva por no cumplir lo dispuesto en el contrato de compraventa.

C) Que los bienes se acompañen de los accesorios, así como de las actualizaciones según disponga el contrato.

Siguiendo la misma argumentación que el punto anterior, los puntos c) y d) plantean el cumplimiento de otras previsiones contractuales. En este caso, de los accesorios, instrucciones y también en materia de instalación, como también de las actualizaciones según prevea el contrato de compraventa.

Como se puede ver, nos encontramos igual que antes, es decir, en definitiva, dichos preceptos se refieren a concretos pactos contractuales, que deben tener un reflejo en el contrato (al menos algún tipo de prueba de los mismos), valga la redundancia. De lo contrario, poco recorrido pueden tener estos criterios subjetivos de conformidad, lo que, al mismo tiempo, también pone en evidencia su reiteración, esto es, todos se podrían reconducir al 6.a), en la medida que cualquier desviación del programa prestacional es un supuesto de falta de conformidad.

Estos criterios no plantean mucho más misterio, más allá de señalar que por lo que se refiere a los accesorios el art. 1097 CC, señala que: "La obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados". Y, por lo que se refiere a las actualizaciones, entendemos que los bienes, siempre y cuando así lo prevea el contrato y sean susceptibles de

23 En efecto, parece que la inclusión de este criterio tiene mucho que ver con los contratos de obra mueble contemplados en el art. 3.2 Directiva 2019/771.

24 Castilla Barea, M.: *La nueva regulación*, cit., pp. 114-115, la autora señala que la Directiva tampoco profundiza mucho en la forma de verificar el pacto, si son necesarias declaraciones expresas o, por el contrario, bastarían actos concluyentes.

ejecutar programas informáticos, deberán recibir actualizaciones durante un plazo a fijar por el vendedor.

2. Criterios objetivos.

Expuestos los criterios subjetivos de conformidad toca el turno de los criterios objetivos de conformidad, es decir, los requisitos que deben presentar los bienes para ser considerados conformes independientemente de cualquier otra consideración sobre el contrato o los acuerdos de las partes. Es aquí dónde podemos observar la relación que existe entre ambos criterios, pues si bien son complementarios y no existe una jerarquía como tal en su aplicación tal y como se ha desarrollado anteriormente, no podemos desconocer que irremediablemente los criterios subjetivos desplazarán a los objetivos en algunos casos, si existe un pacto expreso que de alguna forma deje sin efecto alguno de los objetivos.

El mejor ejemplo de ello es el art. 7.5 que indica que: "No habrá falta de conformidad en el sentido de lo dispuesto en los apartados 1 o 3 cuando, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los bienes se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad establecidos en los apartados 1 o 3 y el consumidor hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia en el momento de la celebración del contrato de compraventa". En realidad, lo que tenemos aquí no es más que un criterio de conformidad subjetivo (un pacto entre las partes) que está desplazando la aplicación de un criterio objetivo de conformidad.

Dicho esto, vamos a proceder a analizar uno por unos los criterios de conformidad objetivos, que en definitiva son los más interesantes desde un punto de vista interpretativo, por el reto que suponen al práctico del derecho. Simplemente indicar que, al mismo tiempo que vamos a estudiar los criterios objetivos tomando como referencia el texto de la Directiva 2019/771, procederemos a señalar su resultado final en la trasposición española.

A) Que los bienes sean aptos para los fines a los que normalmente se destinen bienes del mismo tipo.

El primer precepto a analizar es el art. 7.1.a)[25], el cual reza del siguiente modo:

25 El art. 7 de la Directiva 2019/771 encuentra su homólogo en el nuevo art. 115 ter TRGLDCU. Concretamente, el art. 7.1.a) se corresponde con el 115 ter. 1.a) e indica que:
"1. Además de cumplir cualesquiera requisitos subjetivos para la conformidad, los bienes y los contenidos o servicios digitales deberán cumplir todos los siguientes requisitos:
a) Ser aptos para los fines a los que normalmente se destinen bienes o contenidos o servicios digitales del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector."

1. Además de cumplir cualesquiera requisitos subjetivos para la conformidad, los bienes:

a) serán aptos para los fines a los que normalmente se destinen bienes del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente de la Unión o nacional, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector;

Antes que nada, se puede ver su similitud con el antiguo art. 2.2.c) de la Directiva 1999/44, de hecho, no introduce nada nuevo, salvo el cambio terminológico de hablar de "fines" en lugar de "usos" y la referencia a "toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector" a lo que nos referiremos en breve.

La doctrina ya ha puesto de manifiesto que, a pesar de estar separados en dos criterios distintos, tanto los "usos" como los "fines" (en otras palabras, el aspecto funcional de los bienes, por mucho que al legislador le guste cambiar de palabras) tiene una íntima relación con las "cualidades y otras características" de los bienes (art. 7.1.d))[26], a lo que yo añadiría también la "calidad" de los bienes (art. 7.1.b)). Y, perfectamente, podrían encontrarse refundidos en un mismo apartado. Pues, como ya ha indicado autorizada doctrina de la que hace cita[27], "la falta de conformidad relativa al uso o utilidad es, a su vez, falta cualitativa y, además, la más importante y la de mayor frecuencia en la práctica".[28]

Como se puede observar la trasposición respeta perfectamente el contenido de la Directiva, no es de extrañar teniendo en cuenta que la misma es de máximos. Lo único a destacar es que el legislador español ha optado por refundir en un mismo artículo, y, en general, por lo que respecta a otros aspectos, el régimen aplicable a los bienes de consumo y a los contenidos y servicios digitales, pues en la mayoría de casos comparten la misma regulación. Solo se diferencia en algunos artículos el régimen que es aplicable a cada a una de las categorías cuando corresponde.

26 Castilla Barea, M.: *La nueva regulación*, cit., p. 117.

27 Ortí Vallejo, A.: "La Directiva 1999/44/CE", cit., p. 81, este autor, sigue diciendo: "que la utilidad es lo más importante, lo pone de manifiesto el hecho de que le legislador decimonónico solo considerara relevantes los defectos funcionales (art. 1484 CC)". En efecto, si observamos la jurisprudencia del Supremo en relación con los vicios ocultos, solo los defectos que influían en la utilidad de los bienes son los que obtenían una sentencia estimatoria, y aquellos de poca relevancia que no provocaban una pérdida del interés contractual (la cosa no se volvía inútil para el fin a la que se desatinaba) se les consideraba irrelevantes. De todos modos, esta circunstancia ya no ocurre en el ámbito de los bienes de consumo y, tal vez, sea la razón por la que el legislador ha optado por separar dichos criterios. A diferencia de lo que se ha indicado antes cuando se ha analizado la diferencia existente entre vicios ocultos y falta de conformidad, a efectos del TRLGDCU un defecto estético, una imperfección, por mucho que sea poco relevante puede dar lugar a la falta de conformidad. El requisito de gravedad ha desaparecido.

28 Este autor también pone de manifiesto que la relación entre la inhabilidad y la falta de calidad es tan cercana que, en realidad, el único defecto que se le ocurre que pueda ser de calidad y no afecte a los fines del bien deberá ser un defecto de pureza de los materiales. Ortí Vallejo, A.: "La Directiva 1999/44/CE", cit., p. 83, véase una joya, claramente si un diamante o una pieza de oro tiene menos quilates de los ofertados, habrá una falta de conformidad, aunque a simple vista parezca conforme y pueda cumplir perfectamente su función de accesorio de moda.

Centrándonos ya en su hermenéutica, la doctrina señala que es un criterio que "suscita no pocas cuestiones interpretativas"[29], en la medida que resulta bastante abstracto. Es decir, hay que identificar la clase de los bienes y asignarles unas "funciones razonablemente esperables" en relación con dicha clase. Por ese motivo, se dice que hay que tomar como referencia "la realidad del tráfico sobre los bienes"[30]. Este criterio, en verdad, no es nada nuevo, pues ya tenía su antecedente en el art. 2.2.c) de la Directiva 1999/44 que, a su vez, tomaba como referencia el art. 35.2.a) de la Convención de Viena, el cual indicaba que: "Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: a) Que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo".[31]

De todos modos, esto al final no resuelve nada, porque el concepto de "tipo" como ya se ha analizado en ámbito de los criterios subjetivos, es muy ambiguo y como señala la doctrina extranjera es completamente *contex-dependent*[32]. Asimismo, poner el foco en la perspectiva del consumidor no ayuda nada, pues es posible que un determinado bien de consumo sea usualmente utilizado para un fin distinto para el que fue creado[33]. El legislador lo suaviza después indicando que a estos efectos se tendrá en cuenta: "toda norma vigente de la Unión o nacional, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector". Lo que parece que busque una interpretación desde el punto de vista del vendedor.[34] De todos modos, ante la duda siempre será posible realizar una interpretación *pro consumatore*, lo que puede dar lugar a resultados muy inseguros. No es lo mismo que se interprete como "los fines a los que normalmente [los consumidores] destinen bienes del mismo tipo", que "los fines a los que normalmente [los vendedores] destinen bienes del mismo tipo".

29 Castilla Barea, M.: *La nueva regulación*, cit., p. 118.

30 *Ibid*., p. 118.

31 En ese sentido, la doctrina que ha analizado la Convención de Viena ha puesto de manifiesto que debe poder establecerse: "una correspondencia entre las mercaderías vendidas y un tipo de tráfico". Morales Moreno, A.M.: "Art. 35", en AA.VV.: *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dir. L. Díez Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, p. 300.

32 Twigg-Flesner, C.: "Conformity of Goods", cit., p. 60.

33 *Ibid.,* cit., pp. 60-61, pone un ejemplo bastante curioso, señala que los destornilladores se usan muchas veces para abrir botes de pintura, a falta de un abrelatas. Aunque el fin para el que fueron creados es quitar y poner tornillos. En realidad, lo que quiere poner de relieve es la poca finura del legislador de la Unión Europea a la hora de redactar el precepto, que lo hace demasiado enfocado en la perspectiva del consumidor cuando en realidad, debería poner la atención en el lado del proveedor *"supplier"*. Esto contrasta con la *UK's Consumer Rights Act,* que en su art. 9.3.a) se pone en la perspectiva del "*supplier"* cuando dice *"purposes for which the goods are usually supplied"*.

34 Avilés García, J.: "La nueva conformidad", cit. 543, indica que esto supone que "la normativa sectorial reguladora de la naturaleza y características propias sobre determinados bienes, materiales o componentes pasan a formar parte de los criterios adyacentes para esclarecer determinadas faltas de conformidad en sectores relevantes, como pueden ser, por ejemplo, el sector de la automoción o los electrodomésticos, al que va unido un mercado creciente de piezas digitalizadas, cada vez en mayor número y complejidad".

Ante esta situación tenemos dos límites. Por un lado, el criterio de "normalidad", nunca podrá relacionarse a un bien con un fin poco común, por mucho que haya bienes de la misma clase que sean capaces de hacerlo. Por otro lado, contemplado lo anterior, el vendedor siempre podrá guardarse las espaldas haciendo uso del art. 7.5 que ya hemos puesto de manifiesto, en el supuesto de que sepa que un determinado bien que comercializa no responde a un fin al que normalmente se destinan bienes de la misma clase. Poniendo un ejemplo menos extraño, si un vendedor comercializa *Smartphones,* sabrá que estos dispositivos no se usan normalmente solo para comunicarse, sino también para descargarse otras *apps* o juegos que nada tienen que ver con la comunicación, hacer fotografías, *selfies*, etc. Por tanto, si su móvil no tiene cámara tendrá que indicarlo. Al final, todo esto se reduce a una buena comunicación con el consumidor, de forma que, mediante, la publicidad, el etiquetado, etc.; el consumidor esté bien informado de las características de los productos y no se lleve ninguna "sorpresa" cuando adquiera los mismos con una idea en mente.

B) Que los bienes se correspondan a la muestra o modelo facilitado por el vendedor.

El siguiente criterio de conformidad es el relativo a la muestra o modelo:

"b) cuando sea de aplicación, poseerán la calidad y corresponderán a la descripción de la muestra o modelo que el vendedor hubiese facilitado al consumidor antes de la celebración del contrato;"[35]

Lo primero que llama la atención es la similitud del precepto con el art. 327 CCom, pues este artículo ya hacía referencia a que:

"Si la venta de hiciere sobre muestras o determinando calidad conocida en el comercio, el comprador no podrá rehusar el recibo de los géneros contratados, si fueren conformes a las muestras o la calidad prefijada en el contrato.

En el caso de que el comprador se negare a recibirlos, se nombrarán peritos por ambas partes que decidirán si los géneros son o no de recibo. Si los peritos declarasen ser de recibo, se estimará consumada la venta, y en el caso contrario, se rescindirá el contrato, sin perjuicio de la indemnización a que tenga derecho el comprador"

35 El art. 7.1.b), encuentra su equivalente en el art. 115 ter.1. b): "Cuando sea de aplicación, poseer la calidad y corresponder con la descripción de la muestra o modelo del bien o ser conformes con la versión de prueba o vista previa del contenido o servicio digital que el empresario hubiese puesto a disposición del consumidor o usuario antes de la celebración del contrato." Aquí podemos también observar como en la trasposición se ha fusionado la regulación de los bienes de consumo con la de los contenidos y servicios digitales. En este caso, no haciendo referencia a la muestra o modelo sino a la versión de prueba o vista previa. De todos modos, las consideraciones que se hagan para unos también serán de aplicación para los otros.

Por lo que podríamos concluir que, de alguna forma, la conformidad ya estaba prevista en la regulación del Código de Comercio. De todos modos, hay que hacer ciertas precisiones, este artículo permitiría al comprador rechazar el género si no se corresponde lo recibido con lo contratado (con base en, un modelo antes mostrado) en el momento de entrega. Es decir, si el comprador advierte la discrepancia entre el modelo antes mostrado y el bien o bienes recibidos cuando se efectúa la entrega podrá rechazarlo, en cambio, si acepta la entrega no podrá rehusarlos después.

Por el contrario, cuando nos encontramos en una venta de consumo, el funcionamiento de los criterios de conformidad consistiría, en teoría, en que dicha discrepancia es imperceptible y se manifiesta después en el plazo de garantía. Sin embargo, a mi modo de ver, nada impediría que se pudiera rechazar la entrega si justo en el momento en que se sirven los bienes se percata el comprador de la discrepancia. Incluso, como ya he desarrollado anteriormente, entiendo que el comprador no estaría obligado a advertir la falta de conformidad en el momento de recibir los bienes, aunque estuviera a la vista, pudiendo posteriormente reclamar la puesta en conformidad siempre y cuando se diesen los requisitos para ello. En resumen, considero que no hay una obligación de diligencia específica de comprobar y examinar el bien a su riesgo, en este tipo de compraventas.

Esto vendría a demostrar que la ''venta de muestra'', tal y como la ha definido la doctrina[36] no es atípica en nuestro derecho. Si no que ya tiene ejemplos como los vistos. Entonces, queda por fijar cuál es el valor que puede tener la muestra o modelo a efectos de determinar el cumplimiento del contrato o no. Especialmente, cuando en la venta de consumo tenemos otros parámetros y no solo ese para establecer la conformidad con el contrato.

A este respecto entendemos, que los otros criterios no son excluyentes y todos vendrían a estar interrelacionados. Efectivamente, si el vendedor le entrega una muestra al comprador, este último podrá exigir al primero que todas las características observadas en ella se cumplan en el bien definitivamente entregado[37]. Pero del mismo modo, el vendedor vía otros criterios de conformidad podrá ajustar la configuración del contrato y que no se circunscriba exclusivamente a dicho modelo. Por ejemplo, a través del etiquetado que haga del bien, de su descripción, de sus propias declaraciones, etc. Claramente, esto puede ser tanto negativo,

36 Marín López, M. J.: "La muestra o modelo como parámetro de conformidad del bien vendido", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 4, 2012, p. 214. Se trata de una compraventa que "se caracteriza por la forma especial de determinación del género al que ha de pertenecer la cosa que se entregue".

37 Morales Moreno, A. M.: "Art. 35", cit., p. 303, llama a esta cualidad la "función atributiva" de la muestra. La cual vendría a obligar al vendedor a entregar bienes que se correspondan con ella tanto por lo que respecta al tipo como a la calidad. Asimismo, la muestra puede jugar a favor del vendedor en el sentido de que el comprador no podrá exigir ninguna característica que estuviera presente en el bien cuando se lo mostró. Esto es lo que el citado autor denomina "función excluyente" de la muestra o modelo.

como positivo. De modo que, tanto se puedan añadir nuevas características como quitar algunas que estaban presentes en la muestra o modelo.

Lo que no puede suplir la muestra o modelo es el funcionamiento de los criterios de conformidad con carácter general. Como indica cierta autora, la muestra o modelo puede servir para representar el bien que se va a entregar con posterioridad al comprador, pero no sirve para entender cumplido el contrato cuando se entregan varios bienes[38]. Dicho en otras palabras, no excluiría la comprobación de conformidad, el hecho que se entregue un bien conforme del lote para que el consumidor acepte la conformidad de la totalidad.

Para terminar, la doctrina se ha hecho eco de los evidentes problemas de prueba que puede generar este tipo de compraventa[39]. Por un lado, por lo complicado que puede resultar acreditar que la compraventa se ha celebrado usando una muestra o modelo, salvo que se indique en el contrato. Por otro lado, porque aun entendiendo que la compraventa responde a este esquema, el consumidor va a tener graves dificultades para poder servirse de la misma como prueba, concretamente porque el modelo lo tendrá el vendedor, así que la única solución consistiría en su consignación cuando se celebra el contrato. Pero parece algo completamente excesivo para el tipo de tráfico del que hablamos, en definitiva, hoy en día parece mucho más relevante la referencia a la publicidad, al etiquetado y a las descripciones del vendedor teniendo en cuenta las tendencias actuales de marketing, que, a su vez, garantizan una mayor seguridad a efectos de prueba (véase un anuncio, ya sea en la web, en redes sociales, la vía pública, etc.) Por mucho, que nada impida al vendedor hacer uso de modelos en su tienda física de cara al consumidor, al final, los criterios están interrelacionados y unos no excluyen a los otros.

C) Que los bienes se entreguen junto con accesorios, embalaje e instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir.

El siguiente criterio a analizar es el art.: 7.1.c):

"c) cuando sea de aplicación, se entregarán junto con los accesorios, en particular el embalaje, y las instrucciones de instalación o de otro tipo que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir,"[40]

38 Castilla Barea, M.: *La nueva regulación*, cit., p. 121.

39 Morales Moreno, A.M.: "Art. 35", cit., p. 311, este autor también indica que dadas las peculiaridades probatorias de este extremo tendrá que ser el que alegue la falta de concordancia quien pruebe la utilización de la muestra o modelo.

40 Como viene siendo habitual este artículo encuentra su reflejo en el art. 115 ter.1.c): "Cuando sea de aplicación, entregarse o suministrarse junto con los accesorios, en particular el embalaje, y las instrucciones que el consumidor y usuario pueda razonablemente esperar recibir."

Este artículo viene a ser prácticamente una copia del 6.c), pero referido a los requisitos objetivos. Por tanto, en este caso no estamos analizando, por ejemplo, aquellos accesorios que el vendedor se ha obligado a entregar. Pues los requisitos objetivos no se refieren a los acuerdos expresos de las partes, sino a lo que razonablemente puede esperar el consumidor recibir que también integra el deber de conformidad como se ha analizado. El problema radicaría en cómo se puede objetivamente determinar qué es lo que el consumidor puede esperar recibir al contrato, algo a lo que nos hemos referido ya con anterioridad cuando se analizaban las funciones de los bienes en el apartado a), pero en ese supuesto referido a la "normalidad".

La Directiva 2019/771, nos ayuda un poco en su Considerando 24 cuando dice: "Con el fin de equilibrar el requisito de seguridad jurídica con una flexibilidad adecuada de las normas legales, cualquier referencia en la presente Directiva a lo que se puede esperar de una persona o a lo que una persona puede esperar debe entenderse como una referencia a lo que se pueda razonablemente esperar. El criterio de razonabilidad debe ser objetivamente determinable teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas."

Por tanto, lo que razonablemente puede esperar el consumidor debe ir básicamente en la línea de lo que sea típico en dicho contrato, lo habitual en las prácticas y usos del sector. De lo contrario no se podría determinar de forma objetiva lo esperable en este extremo. En consecuencia, si no es habitual recibir un paquete reciclable, no se podrá exigir, diferente será que en ese ámbito sí que sea habitual o sean las prácticas comunes.[41] También nos podemos plantear si es razonable o no que el consumidor pueda esperar recibir un manual de instrucciones o un cargador en el caso de un teléfono móvil. Pues bien, si las prácticas en el sector cambian y es habitual no incluirlos en pro de una mejora medioambiental, el consumidor tampoco podrá esperar recibirlo[42].

41 Twigg-Flesner, C.: "Conformity of Goods", cit., p. 64, para poner de manifiesto lo controvertido de esta determinación plantea que lo que razonablemente puede esperar el consumidor siempre tendrá cierta subjetividad, y pone como ejemplo que el consumidor espere recibir un paquete o embalaje reciclable. Sin embargo, como sostengo, creo que esa exigencia podrá comprobarse atendiendo a lo que sea habitual en el ámbito o sector de que se trate.

42 Esta pregunta puede surgir en relación con la nueva práctica de cierta empresa tecnológica de no incluir el cargador de su teléfono móvil. Obviamente, esto podría dar lugar a una falta de conformidad, pero si se indica cuidadosamente en su publicidad, etiquetado, descripciones o declaraciones que hace el vendedor en ningún momento podría el consumidor alegar que no se le informó de dicha carencia. Pero, como digo, si se convierte en una práctica habitual en el sector el consumidor no podrá ni siquiera esperar que se vaya a incluir. Esto recuerda a la eliminación de los manuales de instrucciones que antaño acompañaban a los videojuegos. En los años 90 y 00, era habitual que los videojuegos incluyesen en su carátula un pequeño manual de instrucciones en el cual se exponía de que trataba el videojuego, se explicaban los controles, se daban consejos para superarlo, etc. No obstante, desde hace años con el objeto de reducir costes, posiblemente también por cuestiones ambientales y, sin lugar a dudas, por la explosión de páginas web en las cuales era posible consultar guías de los videojuegos (ya fueran oficiales o no), se decidió prescindir de los pequeños manuales. Por lo que, hoy en día, cuando un jugador compra un videojuego físico no espera

De todos modos, ante la duda el vendedor siempre tiene una herramienta a su disposición en caso de que pueda pensar que el consumidor va a esperar recibir un elemento que ya no quieren incluir en el bien. Esto es, la advertencia del art. 7.5 a la que hecho referencia cuando hablaba del criterio de conformidad de art. 7.1.a), consistente en simplemente indicar al consumidor que no se incluirá un concreto accesorio o embalaje.

D) Que los bienes presenten la cantidad, cualidades y otras características que el consumidor pueda razonablemente esperar según la naturaleza de los bienes y teniendo en cuenta las declaraciones públicas realizadas.

Si continuamos analizando la norma, el siguiente precepto es el 7.1.d) que vendría a cerrar los requisitos objetivos de conformidad. Y, asimismo, es el que más dudas interpretativas plantea:

"d) presentarán la cantidad y poseerán las cualidades y otras características, en particular respecto de la durabilidad, funcionalidad, compatibilidad y seguridad, que presentan normalmente bienes del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los bienes y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el vendedor, o en su nombre, por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado.'[43]

Como se puede observar, a la dificultad interpretativa de todos los términos que se incluyen en el artículo, se añade el hecho que, para el cumplimiento de este extremo, se podrá tener en cuenta cualquier "declaración pública" que haga el vendedor (pero también en su nombre otros sujetos en la cadena, como puede

recibir un manual de instrucciones. De hecho, la nostalgia por ellos es tal, que actualmente los viejos manuales cotizan en mercados de internet a precios muy altos.

43 Este artículo se corresponde con el nuevo art. 115 ter.1. d) TRLGDCU:
"Presentar la cantidad y poseer las cualidades y otras características, en particular respecto de la durabilidad del bien, la accesibilidad y continuidad del contenido o servicio digital y la funcionalidad, compatibilidad y seguridad que presentan normalmente los bienes y los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los mismos y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado. El empresario no quedará obligado por tales declaraciones públicas, si demuestra alguno de los siguientes hechos:
1.º Que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión.
2.º Que, en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo o similar modo en el que había sido realizada.
3.º Que la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir el bien o el contenido o servicio digital."
Tal y como se desprende del artículo, se pueden detectar dos decisiones que ha tomado el legislador español en la trasposición. La primera que, como ya estamos comprobando, incluye a los contenidos y servicios digitales en el mismo artículo, pues también son de aplicación los criterios objetivos a este tipo de contratos. La segunda, ha sido incluir en el mismo precepto el art. 7.2 de la Directiva 2019/771, pues se refiere directamente a las exclusiones aplicativas de las "declaraciones públicas" que se incluyen en el art. 7.1.d). De todos modos, por claridad en el análisis nos referiremos a dichas exclusiones en el siguiente epígrafe, y seguiremos, por tanto, el *iter* normativo por el que opta la Directiva 2019/771.

ser el productor), sin concretar exactamente que será esa declaración pública a la que se refiere y que, por lógica podrá ser algo distinto a la publicidad o etiquetado, en la medida que se dice "especialmente". También nos puede surgir la duda si una declaración, en realidad, no formaría parte del contrato y debería tratarse de un criterio subjetivo. De todos modos, esta duda se puede disipar rápidamente, pues justamente la función de estos criterios es integrar el contrato, de forma que no es necesario que exista un acuerdo expreso entre las partes para tengan aplicación. Es ahí donde se ve la diferencia clara con los criterios subjetivos de conformidad, en la medida que son igualmente contenido contractual. Habida cuenta que una declaración publicitaria puede vincular exactamente igual que una cláusula negociada entre las partes.

Así, hay que diferenciar dos partes en este precepto. Para en primer lugar, "presentarán la cantidad y poseerán las cualidades y otras características, en particular respecto de la durabilidad, funcionalidad, compatibilidad y seguridad, que presentan normalmente bienes del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los bienes". Este recurso consistente en hacer referencia a lo que el consumidor puede "razonablemente esperar" según la naturaleza de los bienes es muy similar al del art. 7.1.a), y, en consecuencia, entraña la misma dificultad, y es categorizar a los bienes según un tipo o, en este caso, una naturaleza[44]. Si bien, podemos pensar que vendría a ser lo mismo y podría jugar como un sinónimo de tipo. Igualmente, el criterio de "razonabilidad" se puede corresponder con el de "normalidad".

Por lo que se refiere a cualidades y otras características, sorprende su inclusión, pues como ya se ha dicho con anterioridad[45], podría haberse refundido con lo señalado en el art. 7.1.a), en la medida que funciones y cualidades o características de los bienes, están íntimamente relacionados. Es decir, el defecto de cualitativo por excelencia suele coincidir con la inhabilidad del objeto para su función o alguna de sus funciones. De hecho, resulta también un tanto redundante que además se haga referencia a la "funcionalidad", cuando es evidente que presentar la "funcionalidad" que se espera del bien es prácticamente lo mismo que "ser apto para los fines" a los que destina. Si bien, como he señalado en un aparatado anterior[46], "lo que pretende dicha expresión a mi modo de ver es recalcar la importancia de la variedad de funciones que pueden contener esa clase de bienes [digitales] y que el vendedor se compromete a proporcionar". Esto es, vendría a destacar la multiplicidad de funciones que pueden incluir los bienes con elementos digitales. Aunque, en este caso no son las que el vendedor se compromete

44 Twigg-Flesner, C.: "Conformity of Goods", cit., p. 65.

45 Ver epígrafe art. 7.1.a).

46 Ver epígrafe art. 6.a).

expresamente a proporcionar, sino las que el consumidor puede esperar teniendo en cuenta la naturaleza del bien en cuestión.

Esto nos lleva a la problemática de abstracción que generan todos estos términos cuando los relacionamos con requisitos objetivos de conformidad. Si seguimos con ellos, el primero que llama la atención es la "cantidad". No parece que tenga mucho sentido incluir la cantidad como requisito objetivo de conformidad cuando se corresponde con algo que el consumidor escoge expresamente. De hecho, es una de las pocas cosas que el comparador puede elegir a su antojo en la compraventa de consumo. Salvo que se refiera a algo más profundo, es decir, que algunos bienes se suelen vender en ciertas cantidades y no tiene mucho sentido comprar uno solo. Por ejemplo, cuando se adquiere una caja de tapones para los oídos, la caja incluye varios pares, tal vez, en total diez tapones. De todos modos, volveríamos a lo mismo, seguramente la caja ya indica que dentro hay diez tapones, por lo que, en verdad, no sería algo que solamente consumidor espera por ser propio de este tipo de bienes, sino porque lo ha leído en la caja.

No obstante, los cambios no acaban ahí pues también se indica que los bienes deberán poseer "durabilidad" y "seguridad". En ese sentido, también nos podemos plantear en qué medida podemos fijar la durabilidad de los bienes y, más aún, como puede el vendedor o productor informar sobre ella de una forma transparente, habida cuenta del fenómeno de "obsolescencia programada" que muchos conocemos.[47] Lo que sí que es seguro es que los bienes presentarán una mayor durabilidad a causa del aumento del plazo de garantía de los mismos, habida cuenta que si estos deben ser conformes durante el nuevo plazo de 3 años su calidad deberá ser bastante alta. Si bien, el aumento tan radical del plazo de conformidad de los bienes nos puede hacer pensar en qué medida se va a poder diferenciar cuando nos encontramos ante un defecto de conformidad causado por un incorrecta "durabilidad del bien" o, por el contrario, nos encontramos con un degaste producido por un uso normal o, incluso indebido del bien[48].

Lo primero que me viene a la cabeza es el impacto de las baterías de litio en la durabilidad de los bienes. Que ya no solo se incluyen en *smartphone*s o *laptop*s, sino también en vehículos, y son famosas por su deterioro constante en la medida que se usa el bien. Por tanto, en qué forma se puede fijar la degradación de la batería como un defecto de conformidad o como algo inherente al uso normal

47 Sobre esta cuestión es interesante recordar lo apuntado por el Parlamento Europeo en 2017 cuando abogaba: "por una mayor transparencia en lo que respecta a la evolución, las actualizaciones de seguridad y la durabilidad, todos ellos aspectos necesarios para el funcionamiento tanto de los programas como del soporte físico". *Vid.* Resolución del PE sobre "La vida útil más larga para los productos: ventajas para los consumidores y las empresas", 4 julio 2017, considerandos 37 y 38, C 334/67 (DOCE 19 agosto 2018).

48 De todos modos, no hay que desconocer que el Considerando 32 señala la necesidad de: "un mantenimiento razonable de. los bienes, como la revisión periódica o el cambio. De los filtros de un vehículo, y de cualquier declaración realizada por cualquier persona que constituya. Una fase en la cadena de transacciones, o por cuenta de ella".

de bien, cuando es relativamente fácil que una batería de móvil no alcance una duración de tres años. Lo que hace pensar que el aumento de la garantía puede no ser más que una declaración de buenas intenciones en algunos casos, habida cuenta que este problema puede ser el más habitual que presenten los bienes transcurridos los dos primeros años de garantía.

Respecto de la seguridad, llama especialmente la atención si pensamos en bienes con elementos digitales, puesto que eso implicaría que necesariamente que el vendedor deberá proporcionar actualizaciones de seguridad ya lo prevea el contrato o no. Al menos, durante el plazo de garantía legal. Debido a que, sin dichas actualizaciones es muy seguro que el dispositivo en cuestión sea víctima de "malware" como virus, troyanos, "spyware", etc. Con carácter general, entendemos que los bienes deberán presentar las medidas de seguridad necesarias para que estos no dañen al usuario o a sí mismos por un uso normal y adecuado.

El siguiente término es la compatibilidad, la cual también plantea un problema de abstracción pues lo lógico será que sea algo que el vendedor indique expresamente, para que el consumidor pueda conocer con seguridad cuáles con los bienes con los que el bien que ha comprado es compatible, y no algo que deba imaginarse el comprador. De todos modos, podemos entender que, si es habitual que cierta clase de auriculares *bluetooth* sean compatibles con una gama amplia de dispositivos, el consumidor pueda esperarlo.[49] En cambio, si cierta clase de *smartwatches* solo son compatibles con los móviles de su compañía y no es posible emparejarlos con otros *smartphones*, el consumidor no podrá esperar algo distinto. Claro está, al vendedor siempre le queda el recurso de excluir la aplicación de este requisito de conformidad con una declaración en contrario, por lo que, en definitiva, la aplicación de este criterio de conformidad puede quedar muy limitada en la práctica. Lo habitual como vengo diciendo será que el vendedor describa con precisión cuales son las compatibilidades del dispositivo en cuestión.

Por último, es interesante señalar que ha desaparecido cualquier referencia a la interoperabilidad en los criterios objetivos, si presente en cambio en el apartado relativo a los criterios subjetivos. La distinción tiene sentido desde el momento en que por definición la interoperabilidad se define como: "la capacidad de funcionar con aparatos (*hardware*) o programas (*software*) distintos de aquellos con los cuales se utilizan normalmente los bienes del mismo tipo" (art. 2.10 Directiva 2019/771). En este sentido, sería absolutamente incoherente que la interoperabilidad fuese un criterio objetivo de conformidad cuando la interoperabilidad consiste justamente en la capacidad de operar con dispositivos con los que normalmente no funciona esa clase o tipo de bien.

49 Si definimos a la compatibilidad según el art. 2.8 Directiva 2019/771 como: "la capacidad de los bienes de funcionar con los aparatos (*hardware*) o programas (*software*) con los cuales se utilizan normalmente los bienes del mismo tipo, sin necesidad de convertir los bienes, aparatos (*hardware*) o programas (*software*)."

En segundo lugar, el presente precepto pone en valor la incorporación de la publicidad, el etiquetado, así como, cualquier declaración pública, en el acuerdo contractual. Esto es, no cabe duda del papel de integración del contrato presente en este aspecto. Si la primera parte hacía referencia a las características que el consumidor puede razonablemente esperar dada la naturaleza de los bienes, aunque no existan referencias expresas a ella. Esta segunda parte, señala que también habremos de tener en cuenta las declaraciones públicas, la publicidad y el etiquetado para fijar la conformidad de los bienes. Aunque en el contrato no se incluyesen expresamente, he ahí el valor integrador del contrato.

Antes que nada, conviene poner de relieve, como ya se ha adelantado antes, lo enigmático que puede resultar la referencia a las "declaraciones públicas". Pues, cuesta mucho imaginar un tipo de declaración pública capaz de integrar el contrato que sea distinto a la publicidad o, incluso, al etiquetado.[50] Eso sí, como mínimo, este tipo de declaraciones públicas nunca se podrán referir (en verdad, si lo podrían hacer, pero no tendrían ningún valor) a cuestiones ajenas a las cualidades o características de los bienes en los términos señalados en las páginas anteriores. Pues es evidente como la letra de la ley lo limita a estos extremos. En ese sentido, este artículo no alcanzaría a cuestiones como el precio o las condiciones de venta del producto, que tendrán sus propias vías legales.[51] Para terminar, no haría falta señalar que para que dichas declaraciones públicas puedan ser vinculantes para el vendedor deberán también guiarse por un criterio de "razonabilidad", es decir, deberán ser capaces de generar una confianza justificada en el consumidor que sea digna de protección por el principio de buena fe.[52]

50 Esa misma pregunta se plantea Castilla Barea, M.: *La nueva regulación*, cit., p. 128, ya que, tal y como está redactado el precepto, parece que existan otras declaraciones públicas distintas a la publicidad y el etiquetado capaces de provocar el mismo efecto. Si bien, lo habitual para dirigir una declaración a un público indeterminado es el uso de la publicidad, como la prensa, la radio, la televisión, ahora también, añadiría yo, ciertos portales como YouTube o Twitch. Entonces, sigue diciendo la autora que, quizás, se pueda encuadrar en "afirmaciones a viva voz de un vendedor ambulante", si bien concluye que no cree que el legislador de la Unión Europea estuviera pensando en ello cuando redactó el precepto. En definitiva, lo más plausible es que estas divagaciones no tengan mucho recorrido, pues ante la dificultad discernir a qué podría estar refiriéndose la norma la mayoría de la doctrina opina que no sería más que una forma amplia de referirse a distintos tipos de publicidad, pero que no estría incluyendo nada nuevo. *Cfr.* Sanz Valentín, L. A.: "La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo", *Actualidad Civil*, núm. 35, 27 de septiembre a 3 de octubre de 1999, pp. 1081-1082, Corral García, E.: "La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: un nuevo régimen de saneamiento en la compraventa de bienes muebles", *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, 2000, pp. 532-533, y Ortí Vallejo, A.: "La Directiva 1999/44/CE", cit., p. 67.

51 Tanto Pino Abad, M.: "La relevancia negocial de la publicidad comercial: integración publicitaria del contrato celebrado con consumidores" en AA.VV.: *La defensa de los consumidores y usuarios* (dirs. M. Rebollo Puig e M. Izquierdo Carrasco), Iustel, Madrid, 2011, como Font Galán, J. I.: "Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales y publicitarias", en AA.VV.: *La defensa de los consumidores y usuarios* (dirs. M. Rebollo Puig e M. Izquierdo Carrasco), Iustel, Madrid, 2011, ponen de relieve, que el precio dista mucho de ser una cualidad intrínseca del bien, circunstancia a la que se refiere el art. 7.1.d) Directiva 2019/771, pues se trata de una cuestión económica que depende de las variables que rigen el mercado, concretamente la oferta y la demanda.

52 Castilla Barea, M.: *La nueva regulación*, cit., p. 130.

Dicho esto, toca referirse al elemento más importante en la práctica, la publicidad. Para empezar, teniendo en cuenta que esta se encuentra ya regulada y definida por nuestro ordenamiento jurídico y no habiendo motivos para considerar que esta regulación sea contradictoria con lo dispuesto en la Directiva 2019/771, vamos a partir de este acervo previo para analizar que trascendencia tiene su inclusión como criterio de conformidad[53].

Que la publicidad es vinculante para el vendedor es algo de lo que no cabe ninguna duda, ya no solo a efectos particulares de la compraventa de consumo (desde la Directiva 1999/44/CE, se incluye a la publicidad como fuente del deber de conformidad), sino también desde el prisma general de la contratación de consumo a tenor del art. 61 TRLGDCU[54]. La cuestión como dice autorizada doctrina, no es ya que la publicidad integre el contrato, sino en qué modo lo hace[55].

Primeramente, la doctrina suele recalcar primero el fundamento por el cual la publicidad integraría el contrato y, posteriormente, cuando se puede entender incluida la misma en el contrato pues también tiene sus límites y no siempre lo hará.

Por lo que respecta a su fundamento, como he indicado antes, en el caso de la compraventa de consumo, en general, partiría directamente del art. 61 TRLGDCU, si bien, más concretamente del presente art. 7.1.d) Directiva 2019/771. Pues el primero trata del valor de publicidad como integradora del contrato y el segundo más específico ya lo relaciona expresamente con la conformidad objetiva del bien o producto en cuestión. No obstante, también se plantea por la doctrina si la integración de la publicidad con el contrato vendría dada por dichos artículos más concretos, sino por efecto de lo que se conoce como buena fe

53 La definición de publicidad se contiene como es sabido en la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, cuyo artículo 2 reza del siguiente modo: "Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones." Esta definición trae causa del art. 2º.1) de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, cuya trasposición se llevó a cabo en la antedicha Ley General de Publicidad. Cabe destacar que hay ligeras variaciones respecto del texto original, pues la Directiva señalaba que: "A los fines de la presente Directiva, se entenderá por: 1) Publicidad, toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones".

54 El art. 61 TRLGDCU señala que: "1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación. 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad". Este artículo se complementa con lo dispuesto en el art. 65 TRLGDCU que viene a manifestar el principio de integración de los contratos con el principio de la buena fe objetiva.

55 Morales Moreno, A.M.: "Declaraciones públicas y vinculación contractual [Reflexiones sobre una Propuesta de Directiva]", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 52, 1, 1999, p. 274.

objetiva, esto es, derivado del principio de buena fe *ex* arts. 65 TRLGDCU (para el ámbito del consumo exclusivamente) y 1258 CC (como cláusula general). No obstante, la doctrina es unánime en considerar que, siempre que cumpla ciertos requisitos, la publicidad forma parte de la oferta contractual[56] y no depende de las consideraciones que se puedan hacer en el caso concreto en atención al principio de buena fe.[57] Por lo que, como señala cierta autora carece de consecuencias prácticas su distinción.[58]

En cuanto a la integración de la publicidad en el contrato, debemos tener claro que no toda afirmación publicitaria podrá tener como consecuencia su integración en el contrato, sino que será necesario que cumpla ciertos presupuestos[59]. Para empezar, deberá realizarse por el vendedor, o por cualquier otra persona que durante la cadena de transacciones hable en su nombre, como puede ser su representante comercial, pero también el propio artículo incluye al productor y, en segundo lugar, para poder desplegar el deber de conformidad con el contrato, no podrá referirse a cualquier circunstancia, sino que deberá centrarse en las concretas características o cualidades del bien.[60] No obstante, no hay que olvidar que, si bien la primera condición si aparece en el texto legal, la segunda no se explicita en el texto, por lo que *a priori* no podríamos excluir, en todo caso, cualquier tipo de declaración que se refiera al bien y, por consiguiente, deberemos actuar caso por caso[61]. Todo esto, nos lleva otra vez al fundamento de la protección jurídica de la publicidad, que es la confianza que deposita el consumidor en las declaraciones publicitarias para llevar a término su compra. De modo que, solo cuando se refiera a características concretas de los bienes y pueda generar una

56 En ese sentido, se pronuncian Morales Moreno, A.M.: "Declaraciones públicas", cit., pp. 269-270, Corral García, E.: *La oferta de contrato al público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 215, y Menéndez Mato, J.C.: *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 94. Si bien, este último autor recalca que, aun así, es sorprendente como el Tribunal Supremo sigue justificando en ocasiones el fundamento de la integración de la publicidad en el contrato con base en la buena fe.

57 Lo que obviamente no resta a que se pueda hacer uso de la misma ante lagunas contractuales, pues en último término el principio de buena fe complementaría siempre aquello que se espera del contrato. De hecho, como he comentado en epígrafes precedentes la buena fe presenta ciertas similitudes con la conformidad del contrato, al indicir necesariamente en aquello que tácitamente el contratante espera en atención con el tipo o naturaleza de lo que adquiere. En otras palabras, en la protección de aquella confianza que despliega el contrato.

58 Castilla Barea, M.: *La nueva regulación*, cit., p. 133, con cita a nota 137.

59 Para Morales Moreno, A.M.: "Declaraciones públicas", cit., pp. 272-274, los presupuestos que se deben cumplir son los siguientes: "a) Que la afirmación publicitaria provenga del vendedor, del productor o de su representante; b) Que la afirmación publicitaria se refiera a cualidades del objeto que incidan en la conformidad del mismo; c) Que la declaración pública genere una confianza justificada en el consumidor acerca de las cualidades del bien; d) Que la atribución de características al bien sea concreta".

60 La doctrina es unánime al considerar que no cualquier tipo de declaración puede ser relevante a efectos del deber de conformidad, véase Sanz Valentín, L. A.: "La Directiva 1999/44/CE", cit., p. 1082 y Castilla Barea, M.: *La nueva regulación*, cit., p. 135. Esta autora, pone de manifiesto la diferencia entre la publicidad meramente persuasiva y la publicidad informativa. Entendiendo que la primera se corresponde con un tipo de publicidad que no puede vincular al vendedor dado que simplemente tiene como finalidad incitar a la venta, pero en ningún caso atribuye una característica verosímil al bien.

61 En términos similares, se pronuncia Ortí Vallejo, A.: "La Directiva 1999/44/CE", cit., p. 67.

expectativa razonable en el vendedor podremos considerar que la publicidad a vinculado al vendedor.

A esta conclusión nos pueden llevar varias alusiones del texto legal. Primero, nos podemos fijar en la referencia a lo que el consumidor "pueda fundadamente esperar" contenida en el art. 7.1.d). Que de alguna forma está haciendo referencia a que la publicidad genere en el consumidor una creencia de que lo mostrado es real y se va a cumplir en la práctica. Por este motivo, el anuncio de una colonia en el cual se mostrase que al ponérsela todas las personas se fijaran en ti, sería algo completamente inverosímil. No se podría reclamar como falta de conformidad el que dicha colonia no causase ese efecto en los demás.

En segundo lugar, aunque aún no nos hemos referido a él, el art. 7.2 en su letra c) señala que el vendedor no se verá obligado por declaraciones públicas si demuestra que no pudieron influir en la decisión de adquirir los bienes, lo que evidentemente se centra de forma innegable en la necesidad de que la publicidad incida en la decisión del consumidor de adquirir los bienes.

Aunque después de esta exposición parece bastante claro que la publicidad ha tenido que incidir de modo determinante en el contrato y tiene que haber impulsado al vendedor a contratar. De hecho, los argumentos son de peso y suelen ser esgrimidos por la doctrina. Pero, para cierta autora, los motivos que han llevado al consumidor a contratar deben ser "absolutamente irrelevantes"[62] y que, en verdad, la redacción de la norma comunitaria es "desafortunada" y lo que quería decir era otra cosa diferente.[63] Esto es, no que para que la publicidad cause un efecto vinculante debe indicir en las concretas características de los bienes y necesariamente provocar la decisión de contratar de los consumidores (pues como bien dice la autora los motivos deben ser indiferentes, en efecto, difícil prueba pueden tener), sino que el vendedor podrá liberarse de la responsabilidad por falta de conformidad si prueba que la característica anunciada y que es la que causa la falta de conformidad en el contrato fue irrelevante para el consumidor en el momento de contratar.[64]

Dicho esto, quedarían por ver cuáles son los límites que tendría la publicidad. Obviamente, siempre cabría formular las consideraciones anteriores a contrario. Pero hay un elemento al que no se refiere directamente la Directiva y que ha causado cierto debate doctrinal, se trata de la exclusión voluntaria de las declaraciones publicitarias en el acuerdo contractual. Claramente, *a priori*, si

62 Castilla Barea, M.: *La nueva regulación*, cit., p. 137.

63 Nos referimos a la redacción del art. 7.2 de la Directiva 2019/771, que coincide plenamente con el viejo art. 2.4 de la Directiva 1999/44/CE, y que la trasposición en el art. 115.ter.1.d) TRLGDCU ha mantenido completamente.

64 Castilla Barea, M.: *La nueva regulación*, cit., 140.

tenemos en cuenta el art. 7.5 de la Directiva, el vendedor siempre podría liberarse de su responsabilidad si indica que el bien no va a responder de cierto defecto de conformidad, pues como ya es sabido los criterios de conformidad del 7.1 son objetivos, en defecto de pacto específico. Sin embargo, no podemos olvidarnos del art. 61.3 TRLGDCU que trata la integración de la publicidad por el contrato, de modo que esta solo puede verse superada por cláusulas más favorables contenidas en el contrato.

De todos modos, la solución, a mi parecer[65], no es tanto el qué, sino el cómo. Lo que no puede hacerse desde un punto de vista de protección al consumidor es presentarle un contrato por el cual el vendedor se libera de cualquier responsabilidad por las declaraciones publicitarias realizadas en cualquier forma y, más aún, que el consumidor no sea plenamente consciente de ello. Pues, en ese caso, se estaría claramente actuando de forma desleal y habría que ver si también de forma poco trasparente. Por lo que, sí que es posible desligarse de una declaración publicitaria, pero se ha de demostrar que "la alteración del contenido publicitario ha sido aceptada consciente y voluntariamente por el consumidor al celebrar el contrato"[66]. La cuestión, será entonces cuando podrá entenderse que dicha alteración ha sido realizada de forma voluntaria y consciente. Ante esto, la doctrina señala que podrá hacerse de dos vías.[67] O bien, que por la forma en que se ha hecho no pueda negarse que el consumidor era consciente de la exclusión, imaginemos que se refiere a un elemento esencial de la contratación o que se esté haciendo una rebaja del precio atendiendo al defecto que presenta el bien. O, por el contrario, el empresario deberá demostrar de alguna forma que el consumidor consintió la modificación. De todos modos, parece que la segunda de las vías es la más acertada desde un punto de vista legal, pues el art. 7.5 exige que la divergencia con los requisitos objetivos de conformidad debe ser aceptada de forma expresa y por separado.

La otra cara de la moneda sería una previsión más favorable en el contrato que la contenida en la publicidad. En este caso, estaríamos otra vez en el ámbito probatorio, si el consumidor prueba que hay una claúsula más beneficiosa en el contrato, podría reclamar por dicha vía la falta de conformidad, pero no ya por el art. 61.3 TRLGDCU sino específicamente por tratarse de un criterio subjetivo de conformidad. Lógicamente, al vendedor le interesará indicar que en la publicidad

65 Como también por parte de la doctrina, encabezada por Castilla Barea, M.: *La nueva regulación*, cit., p.139-140, y Morales Moreno, A.M.: "Declaraciones públicas", cit., pp. 274-276. En cambio, otro sector de la doctrina considera que los contenidos publicitarios solo pueden ser excluidos por vía contractual cuando presenten condiciones más favorables, Corral García, E.: *La oferta*, cit., p. 211-212.

66 Santos Morón, M.J.: "Formación precontractual, forma y prueba del contrato", en AA.VV.: *Curso sobre protección jurídica de los consumidores* (coord. por G. A. Botana García y M. Ruiz Muñoz), McGraw-Hill, 1999, pp. 142.

67 Santos Morón, M.J.: "Formación precontractual", cit., pp. 142-143.

no se contenía dicha previsión, por tanto, será cuestión de que el consumidor consiga probar la mejora contractual.

Por último, puede surgir la cuestión de qué sucede cuando la publicidad contradiga algunos criterios de conformidad como podría ser el referido a un uso especial requerido por el consumidor. Pues ya se ha dicho que los criterios no deben cumplirse cumulativamente ni hay una jerarquía entre ellos, otra cosa distinta es que directamente uno se encuentre en contraposición con el otro. Aunque no se pueden dar soluciones generales, podemos decantarnos por la de seguir el criterio que más precisión tenga, es decir, en un caso en que la publicidad exponga de forma amplía los usos para los que viene indicado el producto en cuestión, por ejemplo, mostrando en imágenes las diferentes funciones que puede llegar a cumplir. Si luego el consumidor sugiere un uso especial no previsto y el vendedor acepta, en consecuencia, el vendedor no podrá alegar después que en la publicidad esa función no se contenía. En otro orden, siempre quedará el principio *in dubio pro consumatore* para resolver estos problemas de integración.

El otro elemento que queda por analizar para terminar este apartado, es el referido al valor del etiquetado. Sobre el mismo cabe decir que hoy en día ha adquirido un carácter precontractual, esto se debe a que desde normativa sectorial se viene exigiendo que los bienes de consumo tengan un correcto etiquetado que permita a los consumidores poder adquirir los bienes con la mayor información posible. Sin detenernos en este apartado, desde la normativa de consumo con carácter general se exige que el etiquetado no induzca a error a los consumidores y, en consecuencia, permitirles obtener "de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente, sobre sus características esenciales"[68].

68 Esta norma se encuentra contenida en el artículo 18 TRLGDCU, cuando señala que: "1. El etiquetado y presentación de los bienes y servicios y las modalidades de realizarlo deberán ser de tal naturaleza que no induzca a error al consumidor y usuario, especialmente:
a) Sobre las características del bien o servicio y, en particular, sobre su naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, duración, origen o procedencia y modo de fabricación o de obtención.
b) Prohibiendo ambigüedades sobre su contenido, y en especial respecto a los alérgenos alimentarios, debiendo ser el etiquetado claro y riguroso en la información exacta del contenido.
c) Atribuyendo al bien o servicio efectos o propiedades que no posea.
d) Sugiriendo que el bien o servicio posee características particulares, cuando todos los bienes o servicios similares posean estas mismas características.
2. Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente y de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, que prestarán especial atención a las personas consumidoras vulnerables, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán ser de fácil acceso y comprensión, ofrecidos en formatos que garanticen su accesibilidad y, en todo caso, incorporar, acompañar o, en último caso, permitir obtener, de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz, suficiente y accesible sobre sus características esenciales, en particular sobre las siguientes:
a) Nombre y dirección completa del productor.
b) Naturaleza, composición y finalidad.
c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial, si la tienen.
d) Fecha de producción o suministro y lote, cuando sea exigible reglamentariamente, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad.
e) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, así como la correcta gestión sostenible de sus residuos, advertencias y riesgos previsibles.
f) Información sobre los servicios de información y atención al cliente, así como los procedimientos de interposición de quejas y reclamaciones.

Eso sí, toda aquella información que, al igual que pasaba con la publicidad, venga referida a concretas características o cualidades de los bienes vinculará al vendedor por *mor* del art. 7.1.d), pues se trata de una descripción de los mismos que podrá exigir el consumidor como parte integrante del deber de conformidad.

E) La no vinculación de las declaraciones públicas.

El siguiente precepto a analizar es el artículo 7.2 de la Directiva[69], que viene a excepcionar la vinculación de las declaraciones públicas en algunos casos:

"2. El vendedor no quedará obligado por las declaraciones públicas a que se refiere el apartado 1, letra d), si demuestra que:

a) desconocía tal declaración pública y no cabía razonablemente esperar que la conociera;

b) en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo modo en el que había sido realizada o de modo similar, o

c) la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir los bienes."

Lo primero que hay que poner de manifiesto en este apartado es que efectivamente las "declaraciones públicas" vinculan al vendedor, siguiendo el tradicional esquema previsto para la conformidad de los bienes en el contrato desde la Directiva 1999/44. Pues, como se ha repetido ya incansablemente, el deber de conformidad es para con el vendedor. No obstante, esto no quita que, a este respecto, otros agentes puedan influir en la configuración de las declaraciones públicas que se tienen en cuenta para determinar la conformidad del bien con el contrato. Concretamente, el productor, que según el art. 7.1.d) puede también realizar declaraciones públicas que afectarían a fijar aquello que "razonablemente puede esperar el consumidor", pero también cualquier otra persona en la cadena de transacciones.

3. Sin perjuicio de las excepciones previstas legal o reglamentariamente, las indicaciones obligatorias del etiquetado y presentación de los bienes o servicios comercializados en España deberán figurar, al menos, en castellano, lengua española oficial del Estado.

69 Aunque ya lo hemos transcrito antes, el texto de la trasposición queda así:
"El empresario no quedará obligado por tales declaraciones públicas, si demuestra alguno de los siguientes hechos:
1.º Que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión.
2.º Que, en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo o similar modo en el que había sido realizada.
3.º Que la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir el bien o el contenido o servicio digital"
Lo único destacable es el añadido de contenido o servicio digital, en la línea que ha tenido la transposición de la misma. Si bien, es interesante decir, que el número 2º del 115.1.ter TRLGDCU, al igual que la letra b) del art. 7.2 de la Directiva han añadido la mención de corregir la declaración pública "del mismo o similar modo en el que había sido realizada". Respecto del anterior texto proveniente de la Directiva 1999/44.

Por lo que respecta al "vendedor" y "productor", es bastante claro quiénes son. Sin embargo, mucho más misterio hay entorno a la figura de la persona en la cadena de transacciones que, en nombre del vendedor, realiza declaraciones públicas sobre las características del bien. Y el problema es, que justamente su figura es la que más interés puede despertar a la hora de analizar el art. 7.2.a). Esto se debe a que, por motivos obvios, el vendedor nunca podrá alegar que desconocía una declaración hecha por sí mismo, también puede ser complicado exonerarse de responsabilidad sobre una declaración hecha por el productor, quién seguramente desplegará importantes campañas de publicidad e incluso dará indicaciones sobre los bienes en el embalaje y el etiquetado. Por el contrario, este tercero es justamente el que puede ser interesante a efectos del art. 7.2.a). Lo que, al mismo tiempo, protege al vendedor quién siempre podrá alegar que desconocía las declaraciones vertidas por este tercero.

Este primer punto, también pone de relieve el difícil matrimonio que existe en torno a la publicidad y el etiquetado, por mucho que se empeñe el legislador en regularlos conjuntamente en la Directiva (véase, art. 7.1.d), pues mientras este tipo de excepciones tienen mucho sentido por lo que respecta a la publicidad, lo carecen por cuanto se refiere al etiquetado. Es decir, el vendedor nunca podrá alegar que desconocía una descripción contenida en el etiquetado, si, en cambio, una declaración que no había realizado él.

Igualmente, la doctrina extranjera ha criticado el poco acierto del legislador comunitario a la hora de redactar el apartado segundo del art. 7, al señalar que el "vendedor no quedará obligado por las declaraciones públicas", cuando siguiendo el criterio que marca el art. 7.1.d) las declaraciones públicas lo que vienen es a construir las "razonables expectativas del consumidor". De modo que, si esa serie de declaraciones públicas han generado una expectativa protegible legítimamente en la persona del consumidor, no tiene mucho sentido que, posteriormente, con base en un elemento que está completamente desconectado, como puede ser el hecho de que el vendedor pueda o no conocer tales declaraciones, pueda exonerarse de responsabilidad[70].

La siguiente letra indica que el vendedor también se puede exonerar de responsabilidad si demuestra que la declaración había sido corregida de la misma forma o de modo similar. Con esto volvemos otra vez a la relación entre publicidad y etiquetado, esta exclusión tiene sentido y mucho, cuando hablamos de declaraciones publicitarias, pero no en el caso del etiquetado, pues difícilmente el consumidor podrá ignorar lo que se indica en el mismo. De hecho, en una economía de consumo, el etiquetado se puede erigir en uno de los pilares entorno al cual gira la contratación. Si, en cambio, tiene sentido que se pueda corregir

70 Twigg-Flesner, C.: "Conformity of Goods", cit., pp. 67-68.

una declaración publicitaria, como un anuncio por redes sociales, por otro mismo anuncio por redes sociales.

La tercera letra señala que el vendedor podrá exonerarse de responsabilidad si demuestra que el consumidor no tuvo en cuenta a la hora de contratar la declaración pública en cuestión. De modo que, existiendo una falta de conformidad objetiva, pues no coincide el bien con alguna de las declaraciones públicas vertidas sobre el mismo, el vendedor no deberá poner el bien en conformidad, pues el consumidor no tuvo en cuenta esa circunstancia a la hora de contratar (véase una función que desconocía el consumidor). Estas consideraciones no resisten un mero debate crítico. Primero, porque introducirnos en los motivos internos del consumidor no debería tener la menor relevancia y, segundo, porque si bien el consumidor no ha contratado por ese motivo, posteriormente puede echar en falta dicha función que descubre posteriormente y, a mi parecer, estaría perfectamente legitimado a exigir.[71] Estas son las razones por las cuales la doctrina española aboga por la supresión de esta causa de exoneración.[72]

F) La obligación de proporcionar actualizaciones para mantener los bienes en conformidad y la exoneración de responsabilidad en caso de no instalación por parte del consumidor.

El siguiente precepto introduce la obligación del vendedor de proporcionar actualizaciones necesarias para mantener los bienes en conformidad. Mientras que el 7.4, concreta las consecuencias de que el consumidor no instale las actualizaciones. Evidentemente, este requisito de conformidad solo será aplicable a los bienes con elementos digitales:

"3. En el caso de los bienes con elementos digitales, el vendedor velará por que se comuniquen y suministren al consumidor las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener dichos bienes en conformidad, durante el período:

a) que el consumidor pueda razonablemente esperar habida cuenta del tipo y la finalidad de los bienes y los elementos digitales, y teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del contrato, cuando el contrato de compraventa establezca un único acto de suministro del contenido digital o servicio digital, o

b) señalado en el artículo 10, apartado 2 o apartado 5, según corresponda, cuando el contrato prevea el suministro continuo del contenido digital o servicio digital durante un período."

71 En términos similares, Morales Moreno, A.M.: "Declaraciones públicas", cit., p. 278.

72 Castilla Barea, M.: *La nueva regulación*, cit., p. 150.

Concretamente, el apartado 3 (art. 7 Directiva) hace referencia al plazo por el cual el vendedor deberá proporcionar actualizaciones de seguridad. La letra a), señala que será aquel que "pueda [el consumidor] razonablemente esperar habida cuenta del tipo y la finalidad de los bienes y los elementos digitales, y teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del contrato, cuando el contrato de compraventa establezca un único acto de suministro de contenido o servicio digital o una serie de actos de suministro separados". La literalidad del precepto resulta poco clara, pues no sabemos de qué forma se puede deducir un plazo si no se muestra de manera expresa. Sin lugar a dudas, hubiese sido mucho mejor establecer un plazo mínimo concreto, aunque también se puede interpretar que, en defecto de pacto, deberá ser el de garantía legal de dos años, teniendo en cuenta que, al menos, los bienes deben ser conformes durante el plazo de garantía legal[73]. De todos modos, si lo relacionamos con la trasposición definitiva al ordenamiento jurídico español debemos concluir que el plazo será de tres años, habida cuenta que, el legislador español ha optado por ampliar el plazo de garantía hasta los tres años aprovechando la habilitación otorgada por la Directiva (se mantendrá en dos años en el caso de contenidos o servicios digitales).

Por otro lado, la letra "b", señala que cuando se prevea un suministro continuo de contenido o servicio digital, será el que se comprometa el vendedor en el contrato. En todo caso, lo expuesto en este párrafo también quedará matizado por lo recogido en el apartado 5 (del art. 7 Directiva como art. 115 ter TRLGDCU), en la medida que no habrá falta de conformidad si el vendedor informa al consumidor de manera expresa de que el bien adolece de una falta de requisitos objetivos de conformidad y el consumidor acepta.

Cabe destacar que la obligación se limita solamente a señalar aquellas actualizaciones que sean necesarias para mantener los bienes en conformidad o que el vendedor también se haya obligado a proporcionar por vía contractual. Por lo que este artículo no comprendería aquellas actualizaciones o descargas adicionales para añadir una característica nueva en el bien en cuestión. O, en el caso de servicios o contenidos digitales, se trate de un contenido adicional que no estaba previsto contractualmente.

El texto definitivo del art. 115 ter. 2[74], previsiblemente se limita a indicar lo mismo en el punto a). En cambio, en el punto b), sí que señala que cuando se deba

73 Coincide Twigg-Flesner, C.: "Conformity of Goods", cit., p. 50.

74 "En el caso de contratos de compraventa de bienes con elementos digitales o de suministro de contenidos o servicios digitales, el empresario velará por que se comuniquen y suministren al consumidor o usuario las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener la conformidad, durante cualquiera de los siguientes períodos:
a) Aquel que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar habida cuenta del tipo y la finalidad de los bienes con elementos digitales o de los contenidos o servicios digitales, y teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del contrato, cuando el contrato establezca un único acto de suministro o una serie de actos de suministro separados, en su caso.

suministrar durante un plazo continuo el suministro digital en bienes digitales, si este es igual o inferior a tres años, el período de responsabilidad será de tres años a partir del momento de la entrega del bien.

Seguidamente, el apartado 4, del mismo artículo 7 (Directiva), tiene que ver con la ausencia de responsabilidad del vendedor, en el supuesto de que las actualizaciones no se instalen por el consumidor. Bajo dos condiciones, que: "a) el vendedor hubiese informado al consumidor acerca de la disponibilidad de la actualización y de las consecuencias en caso de que el consumidor no la instalase" y "b) el hecho de que el consumidor no instalase la actualización o no lo hiciese correctamente y no se debiera a deficiencias en las instrucciones de instalación facilitadas al consumidor". Vid. art. 115 ter. 3 TRLGDCU[75].

"4. En caso de que el consumidor no instale en un plazo razonable las actualizaciones proporcionadas de conformidad con el apartado 3, el vendedor no será responsable de ninguna falta de conformidad causada únicamente por la ausencia de la correspondiente actualización, siempre que:

a) el vendedor hubiese informado al consumidor acerca de la disponibilidad de la actualización y de las consecuencias en caso de que el consumidor no la instalase, y

b) el hecho de que el consumidor no instalase la actualización o no lo hiciese correctamente no se debiera a deficiencias en las instrucciones de instalación facilitadas al consumidor."

Como se puede observar en ningún momento el vendedor tiene obligación de instalar por sí mismo las actualizaciones, por lo que su obligación queda únicamente circunscrita a informar al vendedor de su existencia y proporcionarle medios para que la pueda instalar. En ese sentido, bastaría con un e-mail o una mera notificación de la disponibilidad de la misma, con las instrucciones para su descarga como puede ser un link. Eso sí, como señala igualmente la letra a),

b) Aquel en el que deba suministrarse el contenido o servicio digital con arreglo al contrato de compraventa de bienes con elementos digitales o al contrato de suministro, cuando este prevea un plazo de suministro continuo durante un período de tiempo. No obstante, cuando el contrato de compraventa de bienes con elementos digitales prevea un plazo de suministro continuo igual o inferior a tres años, el período de responsabilidad será de tres años a partir del momento de la entrega del bien".

75 "En caso de que el consumidor o usuario no instale en un plazo razonable las actualizaciones proporcionadas de conformidad con el apartado anterior, el empresario no será responsable de ninguna falta de conformidad causada únicamente por la ausencia de la correspondiente actualización, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:
a) El empresario hubiese informado al consumidor o usuario acerca de la disponibilidad de la actualización y de las consecuencias de su no instalación; y
b) El hecho de que el consumidor o usuario no instalase la actualización o no lo hiciese correctamente no se debiera a deficiencias en las instrucciones facilitadas.
4. Cuando el contrato prevea el suministro continuo de contenidos o servicios digitales a lo largo de un período, estos serán conformes durante todo ese período.

es preciso que el vendedor informe al consumidor de las consecuencias que se derivan de la no instalación de la actualización o de lo contrario nunca podría exonerarse de responsabilidad. Asimismo, si las instrucciones son erróneas, el link no funciona, etc.; el vendedor tampoco podría exonerarse de responsabilidad por una falta de conformidad que se debiera a la no instalación de la actualización por parte del consumidor.

Vendría a cerrar este punto el art. 115 ter. 4 TRLGDCU que incorpora una aclaración no presente en el texto de la Directiva, cuando señala que cuando: "el contrato prevea el suministro continuo de contenidos o servicios digitales a lo largo de un período, estos serán conformes durante todo ese período". Algo que parece bastante lógico, y no debería necesitar una concreción ulterior en el texto de la trasposición. Si el contrato de servicios o contenidos digitales se estipula por un período concreto, es evidente que durante ese período deberán ser conformes contenidos y se deberán proporcionar los ajustes o actualizaciones necesarias para que así sean. De lo contrario, podríamos llegar al absurdo de contratar un servicio digital por el plazo de 5 años, y que los tres últimos no estuvieran cubiertos por el plazo de garantía legal, al ser este solo de 2 años.

Para terminar, sería conveniente incluir en este punto lo previsto el art. 115 ter. 6 TRLGDCU, que indica que: "Salvo que las partes lo hayan acordado de otro modo, los contenidos o servicios digitales se suministrarán de conformidad con la versión más reciente disponible en el momento de la celebración del contrato." Por consiguiente, podemos concluir que si el vendedor suministra contenidos o servicios digitales desactualizados habría incurrido en una falta de conformidad. Nada dice de los bienes con contenidos digitales, pero es bien sabido que estos también funcionan con una versión de *software* que se va actualizando progresivamente. Posiblemente, la elección del legislador tenga sentido, en la medida que no ha querido cargar al vendedor de bienes con elementos digitales con la obligación de suministrarlos siempre con la última versión disponible, pues esto afectaría a los *stocks* listos para la venta. Eso sí, una vez adquiridos el vendedor sí que deberá proporcionar todas las actualizaciones necesarias para mantener los bienes en conformidad durante el plazo que el consumidor "pueda razonablemente esperar". Que como hemos dicho deberá ser de, al menos, tres años. De hecho, suele ser común cuando se adquiere ese tipo de dispositivos que estos vengan con el software desactualizado, pero que, si, por ejemplo, ya hay disponible una actualización de seguridad o de otro tipo esta se notifique para que el consumidor pueda cuanto antes le sea posible si lo desea poder actualizar el dispositivo.

G) Hacia una mayor objetivación de la responsabilidad: La información del vendedor que el bien no cumple alguno de los requisitos de conformidad.

Por lo que respecta al art. 7.5 de la Directiva, se regula un aspecto que ya hemos tenido ocasión de precisar y es, concretamente, el relativo a la posibilidad que tiene el vendedor de señalar que el bien en cuestión se aparta de alguno de los requisitos objetivos de conformidad. Sin embargo, como también se ha analizado, no basta con que el contrato de desdiga de todo aquello que el consumidor podría razonablemente esperar teniendo en cuenta el tipo de bien o las declaraciones públicas que se han vertido en relación con las características de los bienes. Sino que el consumidor deberá aceptar de forma expresa y por separado que, dicho bien, por ejemplo, no incorpora una determinada función que, en atención a todas las circunstancias que rodea el contrato podría exigir.

"5. No habrá falta de conformidad en el sentido de lo dispuesto en los apartados 1 o 3 cuando, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los bienes se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad establecidos en los apartados 1 o 3 y el consumidor hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia en el momento de la celebración del contrato de compraventa."[76]

Para acabar, llama la atención la falta de un precepto similar al 2.3 que tenía la Directiva 99/44, según el cual la responsabilidad objetiva del vendedor queda excluida cuando el consumidor conoció el defecto del bien al tiempo de comprarlo o no pudo "fundadamente ignorarlo"[77]. Ahora nos tendremos que atener al ya indicado apartado 5 del artículo 7, de modo que la responsabilidad objetiva del vendedor quedará limitada cuando "el consumidor hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los bienes se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad establecidos en los apartados 1 o 3 y el consumidor hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia en el momento de la celebración del contrato".[78]

76 El art. 115.ter.5 TRLGDCU viene a reproducir prácticamente en exactos términos la dicción de la Directiva: "No habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad en el sentido de lo dispuesto en los apartados 1 o 2 cuando, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor o usuario hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los bienes o de los contenidos o servicios digitales se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad establecidos en los apartados 1 o 2 y el consumidor o usuario hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia."

77 Lo evidencia en sentido crítico Arroyo Amayuelas, ob. cit., p. 12, en relación con la PDirCL.

78 Esta solución también se aleja de la que aparecía en el PDirCOM, aunque era similar, pues entonces no se hacía referencia a una aceptación expresa, lo que nos llevaba a interpretar que la aceptación podía ser tácita.

De todos modos, el cambio acontecido por la Directiva 2019/771, me parece acertado pues va en línea de una mayor objetivación de la responsabilidad del vendedor, es decir, la cuestión no es tanto si el consumidor ignoraba o no la falta de conformidad, sino si el vendedor informó expresamente al consumidor y, por tanto, puede probar que dicho bien no cumplía los requisitos objetivos de conformidad. A mi parecer, es absurdo probar si el consumidor conocía o no la falta de conformidad al tiempo de comprarlo, pues en definitiva estaríamos ante una *probatio diabolica,* más adecuado, en cambio, resulta exigir al vendedor informar sobre una desviación de los requisitos de conformidad. A mayor abundamiento, entiendo que, de lo contrario, el vendedor siempre sería responsable por entregar un bien que adolezca de una falta de conformidad, y muy difícilmente podría exonerarse de dicha responsabilidad. En otras palabras, ya no se exige al consumidor el despliegue de una diligencia media para percatarse de las faltas de conformidad que pudiera percibir, habida cuenta que antes era necesario que las ignorase efectivamente. Por lo que cabe la posibilidad que el vendedor sea responsable de un defecto que el consumidor sea capaz de conocer en el momento de entrega, si no le ha informado de su existencia. De hecho, a mi parecer, esta idea participaría de las actuales tendencias en el comercio de consumo, dónde no tiene mucho sentido hacer disquisiciones entorno al estado de la cosa en el momento de contratar, habida cuenta que el consumidor cuando adquiere un bien muchas veces lo hace con base en lo observado en un anuncio en la pantalla de su ordenador (con una descripción, una imagen, las características del mismo, etc.) y lo que le llega finalmente es un paquete con el bien dentro.

H) Incorrecta instalación de los bienes.

El art. 8 de la Directiva 2019/771 al igual que ya hacía su predecesora equipara la incorrecta instalación de los bienes con una falta de conformidad. Igualmente, opta por una solución similar, esto es, la incorrecta instalación de los bienes podrá venir dada tanto si esta era a cargo del vendedor. Como también si esta, aunque no era a cargo del vendedor y, en consecuencia, debía hacerla el consumidor, este no ha conseguido realizarla correctamente por deficiencias en las instrucciones.

"Toda falta de conformidad derivada de una instalación incorrecta de los bienes será considerada una falta de conformidad de los bienes, si:

a) la instalación formaba parte del contrato de compraventa y fue realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, o

b) estaba previsto que la instalación la realizase el consumidor, fue realizada por este y la instalación incorrecta se debió a deficiencias en las instrucciones de instalación proporcionadas por el vendedor o, en el caso de bienes con elementos

digitales, proporcionadas por el vendedor o por el proveedor de los contenidos o servicios digitales."[79]

La primera pregunta que surge en relación a esto es que se puede entender por incorrecta instalación de los bienes. Habida cuenta que nada se dice, podemos pensar que la incorrecta instalación de los bienes será aquella que produzca alguna de las faltas de conformidad que se deriven tanto de criterios objetivos como de criterios subjetivos. Esto es, debido a instalación defectuosa por parte del empresario o a su cargo, el bien en cuestión no puede realizar alguna de las funciones que tenía previstas contractualmente, algún uso requerido por el consumidor y aceptado por el vendedor, etc. Llama la atención que existen diferencias en las distintas versiones de la Directiva, por ejemplo, mientras que en la versión española solo se habla de "instalación" la versión alemana se refiere al "montage oder installierung". Algo que me parece más preciso pues, si somos puristas no todos los bienes que requieren un se instalan, como podría ser una televisión en la pared. Muchas veces lo que hay es un "montaje" como el propio de determinados muebles de una conocida marca dedicada al hogar.

En segundo lugar, también puede plantearse una duda sobre cuando podemos calificar una instalación como defectuosa teniendo en cuenta que se trata de una prestación de servicios. Es decir, una obligación de medios paradigmática en el contrato de prestación de servicios se rige por la diligencia propia que se exige en ese ámbito en cuestión, muchas veces llamada *lex artis* cuando nos movemos en una profesión como la médico o abogado[80]. Por tanto, podría darse la circunstancia de que, por motivos ajenos a la ejecución de la misma, el resultado es que adolece de una falta de conformidad. Nada se especifica sobre el estándar de diligencia que haya que seguir en la instalación de los bienes[81]. Si bien, teniendo presente el tono que sigue la Directiva podemos concluir que el vendedor asumiría una obligación cuasi de resultados, pues salvo que se demuestre que, por culpa del consumidor dicha instalación no llegó a buen puerto, lo que razonablemente espera el consumidor es que esta se realice correctamente y pueda disfrutar del

79 La trasposición definitiva al ordenamiento español se ha concretado en el art. 115 quáter TRLGDCU, que sigue un mismo esquema que lo recogido por la Directiva, salvo por la inclusión, como viene siendo habitual de los servicios y contenidos digitales en un mismo artículo. En ese caso, en lugar de hablar de instalación, el legislador opta por la palabra integración mucho más acorde con la naturaleza de esa clase de bienes: "La falta de conformidad que resulte de una instalación incorrecta del bien o integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales en el entorno digital del consumidor o usuario se equiparará a la falta de conformidad, cuando se de alguna de las siguientes condiciones: a) La instalación o integración incorrecta haya sido realizada por el empresario o bajo su responsabilidad y, en el supuesto de tratarse de una compraventa de bienes, su instalación esté incluida en el contrato. b) En el contrato esté previsto que la instalación o la integración la realice el consumidor o usuario, haya sido realizada por éste y la instalación o la integración incorrecta se deba a deficiencias en las instrucciones de instalación o integración proporcionadas por el empresario o, en el caso de bienes con elementos digitales, proporcionadas por el empresario."

80 El art. 49 de la UK's Consumer Rights Act 2015, señala que los servicios se deben llevar a cabo solamente con el "reasonable care and skill" (cuidado y diligencia razonable).

81 La diligencia que se exigiría según la ley nacional española sería la propia del empresario en cuestión.

bien en cuestión en su plenitud. De modo que, a mi parecer, poco margen le quedaría al vendedor si la instalación corre a su cargo[82].

En tercer lugar, queda por analizar el supuesto de que la instalación sea a cargo del consumidor, pero deba seguir las instrucciones del vendedor. En ese supuesto, la problemática puede surgir entorno a cómo consideramos si las instrucciones son correctas o no, pues si no lo son, a pesar de que el consumidor instale el bien de forma defectuosa no tendría responsabilidad y podría exigir la falta de conformidad al vendedor. A este respecto, es favorable para los intereses del consumidor el cambio de términos que ha tenido lugar en la Directiva 2019/771, pues ahora se habla de "deficiencias en las instrucciones", mientras que en el texto antiguo se manejaba el término de "error en las instrucciones". Claramente al consumidor le interesa este cambio, pues parece mucho más amplio y ventajoso. Anteriormente, se podría discutir que, pese a que las instrucciones fuesen muy complejas para un consumidor medio, estas no presentaban objetivamente ningún error, por lo que el vendedor podría exonerarse con más facilidad de la responsabilidad en los casos en los cuales la instalación corría a cargo del consumidor.

III. LA CONFORMIDAD DIGITAL.

Si bien la hemos separado como si se tratase de una conformidad con entidad propia diferenciada de la conformidad material, esta sigue los mismos esquemas que presenta la conformidad material de los bienes y, por tanto, nos podemos servir de los mismos criterios para determinar si el bien es conforme digitalmente. No existen unos criterios de conformidad propios para el apartado digital de los bienes de consumo.

La cuestión aquí radica en que la conformidad digital solo se refiere a los contenidos digitales que presenten los bienes y, en consecuencia, su punto de mira se centrará en aspectos muchas veces distintos de los tradicionales que afectan a la conformidad material. Es decir, en este estadio será dónde cobrarán especial importancia los novedosos criterios relativos a la funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad de los bienes, como también de seguridad de sus actualizaciones.

Por este motivo, un bien de consumo que no contenga elementos digitales tal y como los hemos definido en el epígrafe correspondiente relativo al ámbito objetivo, no será susceptible de ser afectado por este tipo de conformidad. Puesto

82 Este precepto sigue el principio de que solo el mal uso que sea imputable al consumidor podría no generar responsabilidad, por lo que es razonable seguir ese argumento. En sentido inverso, y referido a las instrucciones de instalación Lete Achirica, J.: "La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 25 de mayo de 1999 y su trasposición en el Derecho español", *Actualidad Civil*, núm. 4, 1999, p. 1375, indica justamente que una instalación a cargo del consumidor, pero con instrucciones erróneas, en puridad es un mal uso por parte del consumidor pero que no le sería imputable. A causa de ello, el vendedor si tendría responsabilidad.

que si solo hay elementos materiales en él, como es lógico solo se podrá ver afectado por la conformidad material o, en su caso por la conformidad jurídica.

Lo que, si es destacable a este respecto, es la responsabilidad del vendedor por lo que se refiere a la conformidad digital. Podríamos pensar que no tiene mucho sentido hacer responsable al vendedor cuando no sea él el "fabricante" de los elementos digitales, de hecho, hoy en día es muy común, por ejemplo, en el ámbito del mercado de *Smartphone*s que no coincidan el productor del bien y el sumistrador del contenido digital necesario para su correcto funcionamiento. Sin embargo, si seguimos lo que se desprende los arts. 3.3, 7.3, 10.2, 11.1, 11.3 de la Directiva 2019/771, parece bastante evidente que seguirá siendo el vendedor el responsable de poner los bienes en conformidad, aunque no sea él el causante de dicha falta de conformidad. Habida cuenta que nada cambia por cuanto se refiere a poner al vendedor como principal responsable de garantizar la adecuación de los bienes al contrato.

IV. LA CONFORMIDAD JURÍDICA.

En cuanto a la conformidad de los bienes, aunque no es propiamente una novedad de la Directiva 2019/771, porque la Propuesta ya lo incluía[83]. Es de resaltar la llamada conformidad jurídica, que vendría a dar una vuelta de tuerca al clásico sistema de responsabilidad por evicción cuando nos encontramos en bienes de consumo. Esto es, indica que, si hay una restricción de su uso por derechos de terceros, en particular propiedad intelectual "los Estados miembros velarán por que el consumidor pueda exigir las medidas correctoras por falta de conformidad previstas en el artículo 13, salvo que el Derecho nacional prevea en estos casos la nulidad o la rescisión del contrato de compraventa." Ahora se refleja en el art. 117.2 TRLGCU.

Pero, a pesar de ello, sorprende la forma en que la Directiva definitiva plasma esta idea, ya que la coletilla "salvo que el Derecho nacional prevea en estos casos la nulidad o la rescisión del contrato de compraventa" resulta un tanto desconcertante. Habida cuenta que, no hay que perder de vista que una cosa es que el ordenamiento jurídico plantee ciertos remedios para solucionar tales cuestiones y otra muy distinta es en qué forma y bajo qué condiciones[84]. Está

83 No obstante, tenía una redacción distinta, ya que el artículo 7 señalaba que: "los bienes deberán estar libres de cualesquiera derechos de terceros, incluido por motivos de propiedad intelectual de forma que los bienes puedan utilizarse de conformidad con el contrato".

84 No hay tampoco una definición de que se entiende por vicios jurídicos, de modo que, tal y como se ha referenciado caben muchos supuestos tales como la venta de bienes ajenos, la evicción, la vulneración de derechos de propiedad intelectual o industrial, incluso derechos personales o reales de terceros (reservas de dominio, condiciones resolutorias, hipotecas inmobiliarias, etc.) y otros más. *Vid*., en este sentido, Castilla Barea, M.: *La nueva regulación*, cit., 95. Por tanto, como sigue diciendo la autora habrá que hacer una labor de "decantación" de los supuestos que entrarían en la órbita del artículo 9 a la hora de

claro que el Código Civil Español no contempla un problema relativo a derechos de propiedad intelectual cuando regula la compraventa[85], pero sí que habla con carácter general del saneamiento por evicción (art. 1475 y ss.), como la privación "por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra de todo o parte de la cosa comprada", así como de los gravámenes ocultos en el art. 1483 CC (si bien, los incluye como un supuesto de evicción parcial), aunque los refiere solamente a fincas, "con alguna carga o servidumbre no aparente, de tal naturaleza que deba presumirse no la habría adquirido el comprador si la hubiera conocido, podrá pedir al rescisión del contrato, a no ser que prefiera la indemnización correspondiente" (art. 1483 CC).

Igualmente, los remedios que plantea el Código Civil para estos supuestos son bastante peculiares, especialmente en el caso del saneamiento por evicción, sobre el que la doctrina ya ha señalado desde hace tiempo su naturaleza alambicada, hasta el punto que es complicado encontrar sentencias que lo traten[86]. Ante el hecho de la evicción, se articula una indemnización regulada en el art. 1478 CC que incluye varios conceptos, en el caso de que la evicción sea parcial (art. 1479 CC) se habla de "rescisión del contrato (…) con obligación de devolver la cosa sin más gravámenes que los que tuviese al adquirirla", pero sobre la cual la doctrina tiene dicho que ni es una verdadera indemnización por daños y perjuicios, ni tampoco una rescisión. Más bien se corresponde con una resolución contractual[87]. De la misma forma, aun cuando en art. 1483 CC referido a los gravámenes ocultos llega a hablar de "rescisión", según la misma doctrina[88] no lo es realmente al no tener encaje en los supuestos del art. 1291 CC y tampoco sería una indemnización de daños y perjuicios *strictu sensu,* la segunda alternativa que da para el caso que haya trascurrido un año. Todo lo contrario, el primer supuesto tendría más similitud con una resolución contractual[89] y el segundo con la *actio quanti minoris.* Ni que hablar de la absoluta falta de armonía de los plazos previstos para los gravámenes ocultos con el régimen general de prescripción del Código Civil, como tampoco coinciden con los previstos para los vicios ocultos. Eso sí, en el supuesto de la

trasponerlos a los ordenamientos nacionales, lo que, en definitiva, va a provocar divergencias regulatorias en los Estados miembros.

85 Tampoco la legislación específica existente sobre propiedad intelectual trata el problema y no contempla la posibilidad de atacar la validez del negocio jurídico de compraventa por una infracción de tales derechos.

86 Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *IV, Las particulares relaciones obligatorias*, Thomson-Civitas, Madrid, 2010, p. 129, llega a decir "que solo puede achacarse a la dificultad procedimental, ya que no es creíble que la mayor parte de los compradores o de los vendedores hayan sido santos varones". Entre otros motivos, se debe principalmente a que una vez recibida la demanda el comprador deberá solicitar en el plazo para contestar la demanda que se notifique al vendedor/es, para que este/os coadyuven al comprador en el litigio (art. 1481 y 1482 CC). Al final, solo habrá derecho al saneamiento una vez recaiga sentencia firme que prive al comprador del bien (art. 1480 CC).

87 Llamas Pombo, E.: *La compraventa*, La Ley (Wolters Kluwer), Madrid, 2014, p. 478.

88 *Ibid*., pp. 489 y 490.

89 Aunque cierta doctrina habla de "supuesto especial de nulidad" o "acción de desistimiento", García Cantero, G.: "Comentario a los artículos 1445 a 1541 del CC", en AA. VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo García), T. XIX, Edersa, 1980, p. 323

evicción, lo único bueno es la presupuesta concordancia con el plazo de ahora 5 años del art. 1964.2 CC[90].

Por todo ello, entendemos que tanto la evicción, la evicción parcial, como los gravámenes ocultos (aunque estos se refieren a bienes inmuebles) no son eventualidades que encajen en la recisión del contrato y, por descontado, no se corresponden con la nulidad contractual. Hubiese sido mucho más fácil si, por ejemplo, se hubiera mantenido el texto de la Propuesta de Directiva de 2017 que sencillamente rezaba "los bienes deberán estar libres de cualesquiera derechos de terceros, incluido por motivos de propiedad intelectual de forma que los bienes puedan utilizarse de conformidad con el contrato" (art. 7). El texto definitivo de trasposición, por el contrario, indica que: "Cuando, a consecuencia de una vulneración de derechos de terceros, en particular de los derechos de propiedad intelectual, se impida o limite la utilización de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, el consumidor o usuario podrá exigir igualmente, en el supuesto de su falta de conformidad, las medidas correctoras previstas en el apartado anterior, salvo que una ley establezca en esos casos la rescisión o nulidad del contrato."

90 García Cantero, G.: "Comentario", cit., p. 297, indica que, a la vista del silencio del legislador sobre el plazo de la acción para reclamar responsabilidad por evicción, tanto doctrina como jurisprudencia coinciden en considerar que se debe aplicar el plazo general de prescripción de las acciones personales del art. 1964 CC.

BIBLIOGRAFÍA.

Arnau Raventós, L.: "Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones", en AA.VV.: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dirs. E. Arroyo Amayuelas y S. Cámara Lapuente), Marcial Pons, Madrid, 2020.

Arroyo Amayuelas, E.: "La propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia", en *InDret,* núm. 3/2016.

Avilés García, J.: "La nueva conformidad contractual de los bienes con elementos digitales en las compraventas de consumo (hacia un mercado único digital europeo)", en AA.VV.: *Derecho y nuevas tecnologías* (coord. por L. A. Fernández Villazón), Thomson-Reuters Aranzadi, 1ªed., Cizur Menor, 2020.

Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E. y Martínez Espín, P.: "Trasposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo", *Estudios sobre consumo*, núm. 52, 2000.

Carrasco Perera, A.: "Plazo suplementario para la entrega por parte del empresario vendedor (art. 66 bis TRLGDCU)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14, 2015.

Castilla Barea, M.: *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: Estudio de la Directiva (UE) 2019/771 y su trasposición por el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 1ªed, 2021.

Corral García, E.: "La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: un nuevo régimen de saneamiento en la compraventa de bienes muebles", *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, 2000.

Corral García, E.: *La oferta de contrato al público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

De Verda y Beamonte, J.R.: "Del saneamiento por vicios ocultos al deber de conformidad: un examen de la cuestión en el derecho comunitario a la luz de las recientes propuestas de Directiva en materia de consumo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 770, 2018.

Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, IV, Las particulares relaciones obligatorias*, Thomson-Civitas, Madrid, 2010.

Font Galán, J. I.: "Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales y publicitarias", en AA.VV.: La defensa de los consumidores y usuarios (dirs. M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco), Iustel, Madrid, 2011.

García Cantero, G.: "Comentario a los artículos 1445 a 1541 del CC", en AA. VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo García), T. XIX, Edersa, 1980.

Llamas Pombo, E.: *La compraventa*, La Ley (Wolters Kluwer), Madrid, 2014.

Lete Achirica, J.: "La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 25 de mayo de 1999 y su trasposición en el Derecho español", *Actualidad Civil*, núm. 4, 1999.

Marín López, M. J.: "Comentario al artículo 116", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Pamplona, Thomson Reuters, 2009.

Marín López, M. J.: "La muestra o modelo como parámetro de conformidad del bien vendido", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 4, 2012.

Marín López, M. J.: "Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE", *Diario La Ley,* núm. 9461, Sección Doctrina, 22 julio 2019, Wolters Kluwer.

Martínez Velencoso, L. M.: *La falta de conformidad en la compraventa de bienes*, Barcelona, Bosch, 2007.

Menéndez Mato, J. C.: *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

Morais Carvalho, J.: "Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y Suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770). Ámbito de aplicación y grado de armonización", *Cuadernos de Derecho Trasnacional*, núm. 1, Vol. 12, 2020.

Morales Moreno, A. M.: "Art. 35", en AA.VV.: *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dir. L. Díez Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998.

Morales Moreno, A. M.: "Declaraciones públicas y vinculación contractual [Reflexiones sobre una Propuesta de Directiva]", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 52, 1, 1999.

Ortí Vallejo, A.: "La Directiva 1999/44/CE: un nuevo régimen para el saneamiento por vicios en la compraventa de consumo", *Revista del poder judicial*, núm. 66, 2002.

Pino Abad, M.: "La relevancia negocial de la publicidad comercial: integración publicitaria del contrato celebrado con consumidores" en AA.VV.: *La defensa de los consumidores y usuarios* (dirs. M. Rebollo Puig e M. Izquierdo Carrasco), Iustel, Madrid, 2011.

Santos Morón, M. J.: "Formación precontractual, forma y prueba del contrato", en AA.VV.: *Curso sobre protección jurídica de los consumidores* (coord. por G. A. Botana García y M. Ruiz Muñoz), McGraw-Hill, 1999.

Sanz Valentín, L. A.: "La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo", *Actualidad Civil*, núm. 35, 27 de septiembre a 3 de octubre de 1999.

Twigg-Flesner, C.: "Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services", en AA.VV.: *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dirs. E. Arroyo Amayuelas y S. Cámara Lapuente), Marcial Pons, 1ª ed., 2020.

LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR*

THE EVOLUTION OF THE CONSUMER CONCEPT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3230-3257

* Este trabajo se corresponde parcialmente con el realizado en el libro en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos, de futura publicación en la editorial Tirant lo Blanch.

María José
REYES LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 3 de marzo de 2022

RESUMEN: El concepto de consumidor ha evolucionado respecto a su inicial interpretación que era de carácter finalista y restrictiva. Ello ha sido el resultado de un proceso que se ha fraguado en el ámbito del derecho interno auspiciado por la normativa comunitaria y su concreción en los pronunciamientos emitidos por el TJUE, conduciendo a un concepto unitario de consumidor para todos los países integrantes de la UE, que permite integrar a determinados entes siempre que actúen sin ánimo de lucro.

PALABRAS CLAVE: Consumidor; entidades sin ánimo de lucro.

ABSTRACT: *The concept of consumer has evolved from its initial interpretation. This has been the result of a process that has been forged in the field of domestic law sponsored by community regulations and its concretion in the pronouncements issued by the Court of EU, leading to a unitary concept of consumer for all member countries of the EU, that allows to integrate certain entities as long as they act non-profit.*

KEY WORDS: *Consumer; non-profit entities.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.- II. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR.- 1. El consumidor y usuario a efectos de la LGDCU.- 2. Noción de consumidor en el TRLGDCU.- 3. Las personas jurídicas como consumidoras.- III. EL CONCEPTO COMUNITARIO DE CONSUMIDOR. IV. EL CONSUMIDOR VULNERABLE COMO NUEVA CATEGORÍA.- 1. Concepto de vulnerabilidad.- 2. Concepto de consumidor vulnerable. Antecedentes comunitarios.- 3. Concepto de consumidor vulnerable en el TRLGDCU.- A) Ámbito objetivo de aplicación.- B) Ámbito subjetivo de aplicación.- C) Condiciones de vulnerabilidad.- V. A MODO DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

El concepto de consumidor ha evolucionado respecto a su inicial interpretación que era de carácter finalista y restrictiva. Ello ha sido el resultado de un proceso que se ha fraguado en el ámbito del derecho interno auspiciado por la normativa comunitaria y su concreción en los pronunciamientos emitidos por el TJUE, conduciendo a un concepto unitario de consumidor para todos los países integrantes de la UE, que permite integrar a determinados entes siempre que actúen sin ánimo de lucro.

Entre los factores que han influido en este proceso cabe destacar el tránsito hacia una interpretación más flexible de esta figura, que pone el acento en la finalidad del acto de consumo realizado, al tiempo que la valoración de nuevos elementos definitorios que residen en las especiales condiciones de cada persona, como puedan ser circunstancias personales, sociales…, posibilitan reconocer en la vulnerabilidad el nacimiento de una nueva clase de consumidor.

II. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR.

El empleo del término consumidor ha sido utilizado en textos de distinto alcance. Unos son de carácter programático y otros de desarrollo, pero, en general, se utiliza en los textos legales para designar a las personas que merecen ser tuteladas por una normativa especial en esta materia. No obstante, no todos los textos lo recogen de la misma manera, ni con el mismo alcance.

En el ordenamiento jurídico interno dicho calificativo fue empleado por vez primera en el art. 51 CE, que configuró este principio general de protección de los consumidores y usuarios, pero no definió sus sujetos. Como la mención que hace este precepto a los consumidores y usuarios no encuentra referencia en ningún texto anterior de derecho interno, hubo que recurrir inicialmente al art. 1 de la LGDCU, que concretó dicho concepto, si bien posteriormente fue revisado

• María José Reyes López
Catedrática de Derecho civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: maria.j.reyes@uv.es

en el RD Legislativo, 1/2007, de 16 de noviembre, que pasó a ofrecer una visión más precisa, a la que tras la última reforma del TRLGDCU operada por el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, se suma como nueva categoría la figura del consumidor vulnerable, en el segundo párrafo de su art. 3.

1. El consumidor y usuario a efectos de la LGDCU.

El art. 1.2 LGDCU expresaba lo siguiente: "A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden".

Esta definición permitía deducir los rasgos que requiere la condición de consumidor o de usuario al tiempo que la exigencia de unos requisitos previos ponía de relieve que la cualidad de consumidor o de usuario no se encuentra implícita en la persona, sino que se halla íntimamente vinculada con la finalidad del acto que se realice y el destino que se le asigne en relación al mercado.

El primero de los presupuestos exigidos por la norma es la celebración de un acto de consumo. Ello significa que la realización de cualquier actuación que implique el uso o disfrute de un producto o servicio debe hacerse para satisfacer una necesidad de carácter privado o, lo que es lo mismo, para uso o utilización de carácter personal al margen del mercado. De ahí se infiere que queda excluida cualquier acción que ponga de manifiesto el propósito de reintegrar posteriormente el producto o servicio en un proceso de industrialización, distribución o comercialización.

Íntimamente vinculado con ello se encuentra la segunda exigencia, consistente en que no medie ánimo de lucro, lo que supone que dicho acto no debe realizarse para obtener un beneficio económico, a corto o largo plazo, sino para satisfacer necesidades de carácter doméstico, ajenas a la actividad mercantil.

En consecuencia, los rasgos que delimitan el concepto son: actuar sin ánimo de lucro y dedicar el servicio o producto a un destino de carácter privado.

La pretensión de la Ley se centraba, por tanto, en tutelar las relaciones de quienes adquieran del mercado, no de aquéllos que intervienen en el proceso de producción, fabricación o comercialización del mismo con finalidad lucrativa, porque ello es lo que justifica precisamente la posición de inferioridad que merece ser tutelada.

Quienes cumplan ambos presupuestos gozarán de dicha condición, bien se trate de personas físicas o jurídicas.

Durante la vigencia de dicha norma, los pronunciamientos emitidos por la Sala 1ª del Tribunal Supremo fueron restrictivos a la hora de interpretar el ámbito de aplicación de la Ley, así como los sujetos que quedaban afectos a su protección. En este sentido excluyeron de manera reiterada la aplicación de la LGDCU a los contratos celebrados entre sociedades multinacionales por entender que su relación no es la que media entre usuario y proveedor[1]; a los empresarios que no se constituyen en destinatarios finales del objeto comprado por integrarlos de nuevo en un proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, como sostiene, entre otras, la STS 17 marzo 1998[2], al considerar que: "presupuesto de aplicación de la ley, es que se esté ante persona individual o jurídica que tenga la calificación legal de consumidor y el artículo 1 de la Ley establece que son consumidores las personas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles..., y que no tienen la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, utilizan los bienes, integrándoles en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros..."; y, a los prestatarios de préstamos hipotecarios para adquisición de locales u oficinas comerciales[3].

Sin embargo, ello no permitía concluir que siempre que el adquirente fuese un empresario o un profesional debía privársele automáticamente de la protección de esta ley. Muestra de ello fue, entre otras, la SAP Madrid 5 marzo 2004[4], a propósito de la petición de sustitución a la vendedora de un ordenador, que no llegó nunca a funcionar bien, ni siquiera tras tres reparaciones, en la que la pretensión se basaba en la normativa de protección al consumidor. Esta sentencia rechazó la condición de consumidor por parte de la empresa que adquirió dicho ordenador al entender que no podía considerarse un destinatario final por dedicarse al desempeño de una actividad empresarial, según resultaba de la declaración sobre el impuesto de actividades económicas.

En consecuencia, quedó patente que la norma dejaba situaciones por resolver o suscitaba, al menos, alguna duda sobre la condición de consumidor. Entre ellas, se cuestionaba cuál era la protección que merecía el profesional cuando adquiría un bien para su consumo dentro del sector en el que desempeñaba su actividad.

1 STS 24 febrero 1997 (*Tol 3730570*).

2 STS 17 marzo 1998 (*Tol 12955*).

3 STS 26 noviembre 1996 (*Tol 8403289*).

4 SAP Madrid 5 marzo 2004 (*Tol 8397900*).

Igualmente se discutió si debía calificarse de consumidor al que comprase bienes en el ámbito de su empresa sin estar directamente relacionados con su actividad última por no ir destinados de forma inmediata al proceso de producción o la valoración que merecía quien adquiriese bienes para emplearlos en fines, tanto de índole personal como empresarial[5].

2. Noción de consumidor en el TRLGDCU.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, supuso la derogación de dicha Ley que fue sustituida por el TRLGDCU. Dicho texto ofrece una definición mucho más parca que la anterior, justificado en el uso de la terminología comunitaria, si bien ha respetado las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las personas jurídicas, que sigue incluyendo y, abandonó el criterio del destino final de los bienes o servicios que recogía la LGDCU para adoptar el de la celebración del contrato en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

Como explica su Exposición de Motivos, el consumidor y usuario que contempla esta norma es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Por ello, su art. 3 califica de consumidores o usuarios a las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Se pretende con ello delimitar la normativa de consumo a las relaciones que se establezcan en el mercado entre consumidor y empresario, porque se parte de la premisa de que el consumidor es el sujeto más desfavorecido de la relación. A ello responde precisamente su art. 2, que limita su aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios. Como destaca la SAP Segovia 17 noviembre 2011[6], "lo relevante es el fin que se le dé al objeto del contrato y si éste forma parte de su actividad empresarial …". En este mismo sentido, como señaló el AAP de Madrid 16 marzo 2012, concertar una operación financiera con la intención de ampliar el préstamo con garantía hipotecaria constituida sobre bienes integrados en el patrimonio de la sociedad, se entiende inmersa en la actividad propia de la empresa, lo que excluye la condición de consumidor.

5 Reyes López, M. J.: *Manual de derecho privado de consumo*, La Ley, Madrid, 2012; Cámara Lapuente, S.: "El concepto legal de «consumidor» en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 84-117.

6 SAP Segovia 17 noviembre 2011 (*Tol 2338235*).

Con todo, aunque esta definición ofrece un planteamiento más conciso, seguían planteándose dudas con relación a aquellas actuaciones en las que el sujeto intervenía en su doble condición de profesional y particular.

Inicialmente, una interpretación restrictiva, que sería la más acorde con los textos comunitarios, obligaría a desechar cualquier acto vinculado, aunque fuera indirectamente, con el mercado; otra más laxa permitiría cuestionar si este término hay que vincularlo únicamente con actividades directamente encaminadas al mercado, de forma que no quedarían excluidos los actos realizados sin tener una salida directa al mismo. Este último criterio fue el mantenido en la SAP Jaén 10 octubre 2011[7], que estima la condición de consumidor del dueño de un tractor adquirido para realizar labores en su propia finca, sin incluirlo en ningún proceso de transformación y, con anterioridad en la SAP Santa Cruz de Tenerife 11 octubre 2010[8], con relación a la adquisición de una vivienda para uso privado, entre otras. En este mismo sentido, como recuerda la STS 18 junio 2012[9], la normativa de consumo de transposición de las Directivas europeas, ahora integradas en el citado Real Decreto de 16 de noviembre de 2007, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de consumidor, como cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, adoptó la remisión al concepto desarrollado por la Ley General de 1984 (artículos 1, 2 y 3), combinándose de esta forma un criterio positivo de consumidor como "destinatario final", con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios "para integrarlos en procesos relacionados con el mercado", si bien el texto refundido de 2007 en su Exposición de Motivos ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de "destinatario final", en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder "a fines privados". Sin embargo, las posteriores SSTS 10 marzo y 7 abril 2014[10]; 15 diciembre 2015[11]; 3 junio 2016[12]; 16 enero, 5 abril[13] y 7 noviembre 2017[14] recogen de manera explícita el criterio marcado por el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, que contribuye a clarificar la duda de sí, en los denominados contratos mixtos en los que la persona actúa con una doble finalidad, se debe otorgar la condición de consumidor.

7 SAP Jaén 10 octubre 2011 (*Tol 2296986*).

8 SAP Santa Cruz de Tenerife 11 octubre 2010 (*Tol 2142811*).

9 STS 18 junio 2012 (*Tol 2652597*).

10 SSTS 10 marzo y 7 abril 2014 (*Tol 4264715*).

11 STS 15 diciembre 2015 (*Tol 5632662*).

12 STS 3 junio 2016 (*Tol 5746753*).

13 STS 5 abril 2017 (*Tol 6033775*).

14 STS 7 noviembre 2017 (*Tol 6427745*).

De manera especialmente relevante esta situación queda analizada en la STS 3 junio 2019[15], que excluye la condición de consumidor porque el prestatario era una sociedad mercantil, que destinó el dinero del préstamo a financiar la construcción de una nave industrial para el desarrollo de su actividad mercantil en el ámbito empresarial. Sin perjuicio de que anteriormente, en similares términos, se hubiese pronunciado la STS 5 abril 2017[16], en la que el actor contrajo un préstamo hipotecario para la reconstrucción de edificios que había en el recinto de una finca –que había adquirido, previamente, mediante donación de su madre-, al que dedica, en su integridad, a la explotación en régimen de alquiler por habitaciones. En ella, el TS establece que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato. En el caso en concreto se desestima dicha condición porque el destino del profesional del préstamo no fue marginal o residual, sino prevalente.

En esta última sentencia, además, el Tribunal Supremo se pronunció por primera vez sobre si puede ser calificado de consumidor el individuo que adquiere un bien o servicio para destinarlo a una doble finalidad, particular y empresarial. Hasta ese momento, la doctrina española mayoritaria venía defendiendo la aplicación a este tipo de casos de la doctrina mantenida en la STJUE 20 enero 2005[17], abogando por restringir la aplicación del concepto de consumidor a aquellos supuestos en los que los individuos actuaban principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial. Predominaba, por tanto, el fin particular y, además, el destino comercial era mínimo o insignificante en relación con el destino particular. Por ello, el criterio adoptado supuso alejarse de dicha interpretación al defender que, en los contratos mixtos, la noción de consumidor deberá determinarse a partir del criterio del fin predominante, siendo suficiente a tales efectos que el fin personal predomine sobre el comercial para atribuir aquella condición.

Otro aspecto también controvertido es la valoración de si el ánimo de lucro es un elemento determinante para que una persona reciba el calificativo de consumidora o no, fue objeto de especial apreciación en las SSTS 16 enero 2017[18] y 4 octubre 2019[19]. En ambas, relativas a un contrato de aprovechamiento por turno, se concluye que el ánimo de lucro no es incompatible con el concepto de consumidor.

15 STS 3 junio 2019 (*Tol 7271498*).

16 STS 5 abril 2017 (*Tol 6033775*).

17 Johann Gruber c. Bay Wa AG - C-464/01.

18 STS 16 enero 2017 (*RJ 2017, 22*).

19 STS 4 octubre 2019 (*Tol 7531326*).

En la primera de estas sentencias resultaba controvertida la condición de consumidora de una persona física, que había suscrito un acuerdo de adhesión a un club que le daba determinados derechos vacacionales en diversos destinos, con facultades de reventa, a los efectos de su legislación específica, entendiendo que, el ánimo de lucro en un contrato con posibilidad de reventa de los derechos adquiridos no excluye necesariamente la condición de consumidor de dicha persona, si bien este pronunciamiento no contó con la unanimidad de la Sala.

La posterior STS 4 octubre 2019, que toma como premisa las argumentaciones expuestas en la STS 16 enero 2017, con ocasión de si los contratos objeto del recurso estaban sujetos a la Ley 42/1998, de aprovechamiento por turno, y de la condición de consumidores de los demandantes, también reitera, con cita de la doctrina jurisprudencial comunitaria, el criterio de que el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física, si bien precisa que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si actúa con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de desempeñar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario conforme establece el art. 1.1.º CdeCom.

También la doctrina jurisprudencial se ha pronunciado sobre la condición de los garantes como consumidores, estableciendo un punto de inflexión el criterio fijado por el TJUE a partir de su ATJUE 19 noviembre 2015[20], dado que, el sentado anteriormente por parte de las Audiencias Provinciales era atender a la naturaleza de empresarios o profesionales que tenían los deudores del contrato garantizado, siguiendo los fiadores la misma condición que los obligados principales.

Particular relevancia en este extremo tiene la STS 7 noviembre 2017[21], que versa sobre un matrimonio, en el que el esposo, en el marco de su actividad empresarial, firmó un préstamo hipotecario para refinanciar las deudas surgidas del desempeño de su gestión, del que se impugna la cláusula suelo de dicho contrato basándose en la condición de consumidora de la esposa, así como la posterior STS 28 mayo 2018[22], en la que se reclama la nulidad de la cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés incluida entre las condiciones del préstamo suscrito, por causar un grave desequilibrio entre los derechos y obligaciones de

20 Asunto C- 74/15.

21 STS 7 noviembre 2017 (*Tol 6427745*). Álvarez Olalla, P: "Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por resolución judicial contraria a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el concepto de consumidor", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 32, enero-junio 2018, pp. 95-132.

22 STS 28 mayo 2018 (*Tol 6621258*).

ambas partes y no haber sido informados debidamente la prestataria y los fiadores de las consecuencias de su inclusión.

El primero de estos fallos judiciales, fijándose en el objetivo de la operación, no aprecia la condición de consumidora en la esposa fiadora mientras que, el segundo, ateniéndose a la finalidad del préstamo, entiende que sí lo es una garante, porque no se pudo probar que fuera socia ni administradora. No se aplicó este mismo criterio a los socios fiadores que eran los administradores de la sociedad por apreciar que mantenían una vinculación funcional con la empresa prestataria.

3. Personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica como consumidoras.

Una de las cuestiones que inicialmente suscitó dudas fue la referente a si las personas jurídicas también podían ostentar la condición de consumidoras o de usuarias.

A diferencia del derecho comunitario, que excluye dicha condición para las personas jurídicas, nuestro ordenamiento jurídico mantiene la posibilidad de que puedan serlo, tanto en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, como en los diversos Estatutos o Leyes protectoras de los derechos de los consumidores y usuarios de las Comunidades Autónomas, y, finalmente en la Ley 7/98, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación.

Dicho reconocimiento, aun siendo significativo, obligaba, sin embargo, a tener que establecer, de forma similar a la implantada para las personas físicas, criterios para determinar cuándo podían gozar de dicha condición puesto que nada se decía al respecto. En este sentido es significativa la SAP Asturias 7 noviembre 2002[23], que estimó la condición de consumidora de una empresa constructora que compró un vehículo todoterreno, al entender que lo hizo, no como instrumento de trabajo sino para servicio del personal. Al respecto, entre sus argumentaciones hay que destacar la matización que establece de que: "Si bien es cierto que la sociedad demandada se dedica a la construcción, no por ello el Todo-Terreno de que se sirve para desplazarse y visitar clientes o realizar otros singulares menesteres debe integrarse, por la sola utilización del mismo para dichos servicios, en el pretendido proceso empresarial a que se dedica aquélla, por tener ésta y el vehículo de referencia destinos distintos y finalidades opuestas, dada la dispar actividad de ambos, pues si en una es empresarial en el otro, habitualmente, lo es para uso privado y no como un instrumento de trabajo sino para servicio personal, por lo que no puede negársele, respecto del vehículo que utiliza, la condición de consumidor o usuario, al serlo por las circunstancias del caso con total independencia del proceso productivo, y por ello mismo, no relacionado con

23 SAP Asturias 7 noviembre 2002 (*JUR 2003, 110722*).

el giro y tráfico propio de la empresa, la que, lo cual aún como persona jurídica, no lo adquirió para proceso de comercialización sino principalmente para todo lo contrario; y no puede llevarnos a así estimarlo, por el sólo hecho de poseerlo una empresa como parte integrante de su especifica actividad al distar en mucho de la exclusiva finalidad de uso para el que fue adquirido; ha de tenerse, pues a la empresa demandada como consumidora, respecto a dicho bien, a los efectos de la LCU y a fin de que pueda ejercitar, aún como tal persona jurídica, los derechos que atribuye a los consumidores o usuarios en cuanto que su situación es equiparable a la de una persona física al utilizarlo en relación totalmente ajena al mercado".

También es relevante la SAP Girona 23 octubre 2006, que declara la condición de destinataria final del bien adquirido a una sociedad patrimonial que no desarrollaba ninguna actividad empresarial, para lo que se basó en que la prueba practicada puso de manifiesto que la sociedad demandante no estaba dada de alta desde su constitución en el año 2002, en el censo de impuestos sobre actividades económicas, entendiendo que se trataba de una sociedad sin actividad empresarial, lo que le legitimaba para verse amparada por la normativa de protección al consumidor.

En sentido contrario, con relación a la condición de usuaria, la STS 3 octubre 2005[24], declaró la inexistencia de este reconocimiento a una compañía aérea a la que se prestaban servicios integrados en su propio negocio de transporte, que alegaba el carácter abusivo de una cláusula de exoneración de responsabilidad por culpa establecida en beneficio de las dos compañías contratantes en un contrato de "handling".

Inicialmente, con relación a la definición contenida en la LGDCU se planteó la duda de si las entidades mercantiles podían serlo cuando la actividad que realizaban no estaba conectada directamente con el mercado sino que se trataba de un acto intermedio, habiendo partidarios de entender que si los actos que se realizaban no estaban encaminados como objetivo primordial al mercado se podría hacer valer dicha condición. Así, en sentido restrictivo se pronunció la STS 21 septiembre 2004[25] que desestimó la condición de usuaria alegada por una cooperativa en la adquisición de un tractor.

En la actualidad sin embargo la definición propiciada en el art. 3 del TRLGDCU acabó con dicha polémica al incluir las personas jurídicas de modo expreso así como a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

24 STS 3 octubre 2005 (*RJ 2005, 6909*).

25 STS 21 septiembre 2004 (*Tol 501569*).

Dicha conclusión deriva además de la interpretación conjunta de los arts. 3 y 4 del TRLGDCU. A este respecto, la SAP A Coruña 25 marzo 2008, si bien aplica la LGDCU, alude al concepto de consumidor recogido en el TRLGDCU, dictaminando que no es consumidora la empresa que adquirió una furgoneta para la realización de trabajos en la misma, alegando que con dicha manifestación la demandante reconoce que adquirió el bien para integrarlo en procesos de producción, comercialización o prestación de servicios a terceros sin perjuicio de que posteriormente intentase alegar que se había adquirido para trasladar a sus trabajadores.

Significativa es, en este ámbito, la STJUE 2 abril 2020[26], que partiendo del tenor del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 admite que las legislaciones nacionales pueden ampliar el concepto de consumidor e incluir a personas que, sin ser personas físicas, celebren el contrato sin una finalidad profesional o empresarial y la STS 29 abril 2021[27]. Esta última, con cita de numerosa jurisprudencia comunitaria y del propio Tribunal Supremo, dictaminó que la prestataria – un club náutico- era una asociación deportiva y, el hacho de que dedicara el préstamo a la mejora de sus instalaciones no implica ánimo de lucro, pues entraba dentro de sus finalidades no lucrativas el mantenimiento de sus propiedades, por lo que estaba legitimada para instar la nulidad de una cláusula suelo por considerarla abusiva en su condición de consumidora.

Finalmente, en la STS 13 abril 2021[28], aunque el alto tribunal reconoce la condición de consumidora a una comunidad de propietarios, no consideró contraria a la legislación de consumidores una cláusula de prohibición de concurrencia prevista para la finalización de un contrato de arrendamiento de servicios[29].

III. EL CONCEPTO COMUNITARIO DE CONSUMIDOR.

El derecho comunitario también se caracteriza por no ofrecer un concepto jurídico único de consumidor, justificado en que la publicación de normas comunitarias en esta materia no responde a planteamientos generales sino a necesidades de carácter sectorial, que se ha traducido en una falta de coordinación y sistematización entre ellas.

Inicialmente fue significativa la doctrina que el TJUE aportó sobre el concepto de consumidor a propósito de la interpretación sobre normativa de derecho

26 STJUE 2 abril 2020 (*Tol 7855395*), Asunto C-329/19 Condominio di Milano.

27 STS 29 abril 2021 (*Tol 8416556*).

28 STS 13 abril 2021 (*Tol 8410214*).

29 Berrocal Lanzarot, A. I.: "La condición de consumidora de la comunidad de propietarios. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2021 (JUR 2021,129929)", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial,* núm. 55, 2021.

convencional o derivado. En su sentencia de 19 enero de 1993[30], sobre el concepto de consumidor determinó que: "... de la redacción y de la función de estas disposiciones resulta que éstas sólo se refieren al consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales". En idénticos términos se pronunció la STJCE 3 julio 1997[31], que dictaminó que su interpretación debe hacerse de forma restringida y con relación a la actividad que, en concreto, dé paso a cuestionarse si se ostenta dicha condición, precisando que es consumidor final privado quien no participe en actividades comerciales o profesionales.

Este parecer quedó complementado en otros pronunciamientos que adicionaron el recurso al consumidor medio, como pauta de referencia de la normal diligencia que se debe prestar. Así, en las conclusiones relativas al asunto C-385/96, la STJCE 14 julio 1998[32], con referencia a lo dispuesto en el art. 14 de la Directiva 79/112/CEE, el Abogado General lo definió como "… un consumidor con una conducta típica y previsible, desprovisto de conocimientos o exigencias muy especiales".

Al consumidor medio también recurre la STJCE 16 julio 1998[33], que declaró que para determinar si una mención en el etiquetado, cuyo objetivo era fomentar las ventas de huevos, podía inducir a error al comprador, infringiendo el art. 10.2 (e) del Reglamento núm. 1907/90 relativo a la comercialización de los huevos, debía tomarse como referencia la expectativa que con respecto a dicha mención se presumiera en un consumidor medio. También la STJUE 4 abril 2000[34], con relación a la utilización de la mención puramente natural para una confitura de fresas que contenía pectina y restos o residuos de plomo, cadmio y plaguicidas, confirmó que, para verificar el posible carácter engañoso de una denominación, de una marca o de una indicación publicitaria, debía tomarse en consideración la expectativa que presumiblemente tiene el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

Sin embargo, la línea evolutiva seguida en los pronunciamientos judiciales más recientes se ha guiado por aplicar una interpretación menos restrictiva y más flexible de la cualidad de consumidor, que se ha alejado progresivamente del criterio subjetivista para poner el punto de inflexión en el carácter objetivo del acto que tiene lugar, como queda reiterado en los pronunciamientos más recientes. Así, la doctrina asentada en el ámbito europeo se ha mostrado partidaria de

30 STJCE 19 enero 1993 (*TJCE 1993, 7*), C-89/1991.

31 STJCE 3 julio 1997 (*TJCE 1997, 142*), Asunto Francesco Benincasa contra Dentalkit Srl.

32 STJCE 14 julio 1998 (*TJCE 1998, 167*).

33 STJCE 16 julio 1998 (*TJCE 1998, 174*), Asunto C-210/96, Gut Springenheide GmbH y Rudolf Tusky contra Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt.

34 STJUE 4 abril 2000 (*TJCE 2000, 70*), Asunto C-465/98, Caso Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV contra Adolf Drbo AG.

sostener que el ánimo de lucro no debe ser siempre una nota decisiva para excluir la condición de consumidor de una persona física.

La valoración de si el consumidor debe actuar siempre sin ánimo de lucro fue afrontada en la STJUE 10 abril 2008[35] y posteriormente en la STJUE 14 febrero 2019[36], con ocasión de la celebración de un contrato de crédito celebrado por un deudor para realizar obras de renovación en un bien inmueble, que era su domicilio, con el fin, en particular, de prestar en éste, servicios de alojamiento turístico. El Tribunal considera que el deudor podrá beneficiarse de la condición de consumidor solamente en caso de que el vínculo entre el contrato suscrito y la actividad profesional sea tan tenue que resulte evidente que el referido contrato persigue esencialmente fines privados. Con este pronunciamiento, el TJUE se aleja del criterio establecido en la anterior STJUE 25 enero 2018[37], que fundamentó su decisión en la condición subjetiva de la persona para determinar el fuero aplicable, entendiendo que éste solamente se aplica, en principio, en el supuesto de que el contrato celebrado entre las partes tenga por objeto un uso que no sea profesional del bien o servicio de que se trate. También considera que, dado que esta condición se define por oposición al de operador económico y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate disponga realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios, ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de dicha condición.

En similares términos se pronuncia la STJUE 3 octubre 2019[38], a propósito de sí, el art. 17.1º del Reglamento 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que una persona física que, en virtud de un contrato CFD celebrado con una sociedad de corretaje, efectúa operaciones en el mercado FOREX a través de dicha intermediaria, puede ser calificada de consumidora a los efectos de la citada disposición, y si para esta valoración son pertinentes factores como: el valor de las operaciones efectuadas en virtud de tales contratos, la importancia de los riesgos de pérdidas económicas que implica suscribir esos contratos, los eventuales conocimientos o experiencia de dicha persona en el sector de los instrumentos financieros o su comportamiento activo en la realización de tales operaciones, así como el hecho de que el artículo 6 del Reglamento Roma I no sea aplicable a los instrumentos financieros o que esa persona sea un «cliente minorista» en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 12, de la Directiva 2004/39.

35 STJUE 10 abril 2008 (*Tol 1279301*), C-412/06.

36 STJUE 14 febrero 2019 (*Tol 7058708*), C-630/19.

37 STJUE 25 enero 2018 (*Tol 6483457*), C- 498/16.

38 STJUE 3 octubre 2019 (*Tol 7515375*), C-208/18.

En este fallo, siguiendo el criterio establecido en anteriores pronunciamientos, se entendió que el concepto de consumidor en el sentido de los artículos 17 y 18 del Reglamento n.º 1215/2012 debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con su situación subjetiva, dado que una misma persona puede ser considerada consumidora respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras, como señaló la ya citada STJUE 25 enero 2018. Por tanto, solo a los contratos celebrados independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Reglamento para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, a lo que añade que ni siquiera en aquellos casos en que el ejercicio de dicha actividad esté prevista para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta a su naturaleza profesional.

Finalmente, la STJUE 10 diciembre 2020[39] vuelve a replantear la delimitación del concepto de consumidor con ocasión de la interpretación de la competencia judicial internacional del artículo 15, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, al cuestionar si un jugador de póker puede ser encuadrado dentro de la categoría de consumidor[40].

En el concreto caso, un particular domiciliado en Eslovenia celebró un contrato de adhesión con una empresa maltesa. El contrato incluía un acuerdo de sumisión a los tribunales de Malta. El jugador dedicaba el tiempo propio de una jornada laboral a esta actividad, que había convertido en su medio de vida, de la que obtuvo 227.000 euros en menos de 10 meses.

La empresa le retuvo dicha cantidad alegando que el jugador había creado una cuenta adicional a nombre de otro usuario, lo que constituía una práctica prohibida. En 2013 el jugador reclamó dicha cantidad ante los tribunales eslovenos sobre la base del art. 16 RBI, que es la norma de competencia judicial internacional que habilita al consumidor a demandar ante los tribunales del domicilio del demandado o ante los de su propio domicilio. La empresa excepcionó la competencia de los tribunales eslovenos en favor de la competencia de los tribunales malteses contractualmente pactada, sosteniendo que dicho jugador era un profesional y, por tanto, no le era de aplicación el régimen de consumidores invocado.

39 STJUE 10 diciembre 2020 (*Tol 8228420*), C-774/1.

40 Cuartero Rubio, M. V.: "¿Puede ser el consumidor un profesional (del póker on-line)? A propósito del Asunto Personal Exchange International, C-774/19", 20 enero 2021, *http://centrodeestudiosdeconsumo.com*.

El pronunciamiento de dicha sentencia, que se apoya en el criterio anteriormente asentado en las SSTJUE 25 enero 2018 y 3 octubre 2019, determinó que: "El artículo 15, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que una persona física domiciliada en un Estado miembro que, por una parte, ha celebrado con una sociedad establecida en otro Estado miembro un contrato para jugar al póker en Internet que contiene condiciones generales determinadas por esta última y, por otra parte, no ha declarado oficialmente tal actividad ni ha ofrecido dicha actividad a terceros como servicio de pago, no pierde la condición de consumidor a efectos de esta disposición aunque dedique a ese juego un gran número de horas al día, posea amplios conocimientos y obtenga de dicho juego considerables ganancias". Por tanto, aunque el Tribunal alude a que la regularidad de la actividad podría ser un elemento determinante, lo descarta porque no ofreció servicios a terceros, ni dicha actividad había sido reconocida oficialmente, alejándose una vez más del factor subjetivo, atendiendo su calificación a la delimitación objetiva de la actividad.

Finalmente, también el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre si los garantes pueden ser consumidores. El criterio quedó establecido en el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 ya citado, que precisó que la Directiva 93/13/CEE define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional, como mecanismo para garantizar el sistema de protección establecido por la Directiva. En este caso, el TJUE considera, apelando a la STJCE 17 marzo 1998[41], que, si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal del que emana la deuda que garantiza, desde el punto de vista de las partes contratantes se presenta como un contrato diferente ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal, por lo que el Tribunal concluye entendiendo que la condición de consumidor debe apreciarse, no en el contrato principal, sino en el contrato de garantía o fianza.

La doctrina contenida en este ATJUE de 19 de noviembre 2015 fue reiterada en el posterior ATJUE 14 septiembre 2016[42], que se pronuncia respecto a si el artículo 1, apartado 1, y el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre personas físicas y una entidad de crédito, entendiendo que en este caso dicha Directiva se aplica para garantizar las obligaciones que la sociedad mercantil ha asumido contractualmente en virtud de un contrato de

41 STJCE 17 marzo 1998 (*TJCE 1998, 52*).

42 ATJUE 14 septiembre 2016 (*Tol 5823442*), Asunto C-534/15.

crédito, cuando esas personas físicas actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la misma.

IV. EL CONSUMIDOR VULNERABLE COMO NUEVA CATEGORÍA.

A esta evolución de carácter expansivo del concepto tradicional de consumidor, dejando al margen la figura del prosumidor, propia de la economía colaborativa, hay que añadir otro término que ha sido incorporado en la última reforma del TRLGDCU, mediante el RDL 1/2021, de 19 de enero, cuyo texto añade un nuevo párrafo al art. 3 de dicha norma en el que define y amplía el ámbito de protección a esta nueva modalidad específica, cual es, el nuevo concepto de consumidor vulnerable.

Los términos en los que queda descrito quién debe reputarse consumidor vulnerable permiten establecer los requisitos de esta figura, que se exponen a continuación.

1. Concepto de vulnerabilidad.

El concepto de vulnerabilidad no es utilizado por vez primera en esta disposición. En concreto, a ella atiende el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica, si bien, las medidas que se contemplan en dicha norma se remiten a criterios de carácter económico. Posteriormente, entre las que se adoptaron durante la primavera y el verano de 2020, esta fue objeto de especial atención para la aplicación de las pautas contempladas en el RD-Ley 8/2020, que básicamente se centró en dotar de una especial protección a los colectivos vulnerables y a los servicios esenciales, garantizando inicialmente la cobertura de colectivos vulnerables en el ámbito del suministro de servicios públicos esenciales, del agua, gas natural y electricidad. Dicha medida prontamente quedó ampliada en el RD-Ley 11/2020, que estableció, en lo que afecta al suministro de energía eléctrica que, durante la vigencia del estado de alarma, no podría suspenderse el suministro a consumidores domésticos en su vivienda habitual, por motivos distintos a la seguridad del suministro, de las personas y de las instalaciones, aunque constase dicha posibilidad en los contratos de suministro o acceso suscritos por los consumidores.

Con relación a las medidas tomadas para proteger a los prestatarios, el RD-Ley 8/2020 dotó de protección específica a los consumidores con préstamos hipotecarios en situación de vulnerabilidad económica, regulando las situaciones que permitían solicitar una prórroga extraordinaria en los contratos de arrendamiento de vivienda habitual y moratorias en el pago de la renta arrendaticia. Aunque

inicialmente sólo se contempló la posibilidad de solicitar esta última a los préstamos garantizados con hipoteca, el posterior RD-Ley 11/2020 amplió dicha oportunidad a cualquier tipo de préstamo, incluidos los préstamos al consumo, que el Real Decreto-Ley 19/2020 hizo extensiva a los contratos de arrendamiento financiero o "leasing", si bien los plazos de estas modalidades fueron ampliados después en el Real Decreto-Ley 26/2020, de 7 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y, en el Real Decreto-Ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes.

La primera de las disposiciones citadas introdujo además el concepto de consumidor en riesgo de exclusión social, al que califica como consumidor vulnerable severo, para el que establece especiales deberes de protección.

En todas estas medidas, el rasgo básico se asienta en que el concepto de vulnerabilidad se hace depender de criterios basados en la situación económicamente desfavorable para el consumidor con relación a determinados sectores específicos[43]. Sin embargo, dicho criterio no es el que va a quedar reflejado en el TRLGDCU, que se limita a dar un concepto genérico de consumidor vulnerable, de forma similar a como queda expresado en los textos comunitarios, presentando un alcance inclusivo con relación a los posibles sectores de la población que se encuentren en una especial situación de desprotección y operando con carácter subsidiario respecto a las regulaciones sectoriales que lo contengan.

Antes, no obstante, de pasar a analizar los presupuestos que el texto requiere, conviene referirse, siquiera brevemente, a los antecedentes surgidos a instancias de las iniciativas comunitarias, que constituyen el germen que ha impulsado la configuración de esta figura.

2. Concepto de consumidor vulnerable. Antecedentes comunitarios.

El concepto de consumidor vulnerable en la UE no es nuevo. Se ha ido fraguando a través de diversas normas comunitarias que han prestado una especial atención a determinados colectivos que, debido a sus condiciones económicas, sociales o personales podían encontrarse en una situación de particular desprotección respecto al resto de consumidores a la hora de realizar actividades en el ámbito de consumo. Como ejemplo de ello, el apartado tercero del artículo 5 de la Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con

43 Mellado Ruíz, L.: "La protección de los consumidores vulnerables en tiempos de covid-19", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 9, núm. 1, 2021, pp. 11-29.

los consumidores en el mercado interior, ya contemplaba de forma expresa el comportamiento del comerciante cuando se dirigiese a consumidores vulnerables, estableciendo que las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido en que el comerciante pueda prever razonablemente el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo.

También queda contemplado de manera particular en la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, en la que se hace referencia a la protección de los clientes vulnerables; a la necesidad de que todos los consumidores, en particular los vulnerables, puedan beneficiarse de la competencia y de precios justos; a que cada uno de los Estados miembros definirá el concepto de cliente vulnerable que podrá referirse a la pobreza energética y, entre otras cosas, a la prohibición de desconexión de la electricidad a dichos clientes en períodos críticos[44], así como en la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE48, que utiliza una terminología y consagran principios muy parecidos, sino idénticos, a los que figuran en la Directiva 2009/72/CE, sin perjuicio todo ello, de que, en relación con los alimentos, ya se señalase a los niños o mujeres embarazadas como consumidores especialmente vulnerables, como en el Reglamento (CE) nº 1881/2006 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2006, por el que se fija el contenido máximo de determinados contaminantes en los productos alimenticios, a los que se refiere la STJUE 29 abril 2010[45], relativa a una cuestión prejudicial sobre las vitaminas y minerales que pueden utilizarse en la fabricación de complementos alimenticios.

Sin embargo, de forma especialmente influyente en lo que afecta a la modificación introducida en el TRLGDU, interesa destacar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 13 de noviembre de 2020, para una Nueva Agenda del Consumidor, de 2020 a 2025, cuya finalidad es reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible, y armonizarse con las actuaciones proyectadas en la agenda comunitaria, para los próximos años, así como, con carácter previo, la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo

44 STJUE 23 octubre 2014 (*TJCE 2020, 53*), Caso Alexandra Schulz y Otro contra Technische Werke Schussental GmbH und Co.KG y Otros. *TJCE 2014\415*. STJUE 2 abril 2020, Caso Stadtwerke Neuwied GmbH contra RI.

45 STJUE 29 abril 2010 (*TJCE 2010, 124*), Caso Solgar Vitamin's France y otros contra Ministre d l'Économie, des Finances et de l'Emploiy otros, C-446/08.

de 2012 sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables, que se publicó con el propósito de tener en cuenta las necesidades específicas de este colectivo y reforzar sus capacidades y, que contiene una mención explícita a los diferentes criterios y colectivos que deben considerarse vulnerables, estableciendo como fin primordial velar, en particular, para que los consumidores vulnerables tengan acceso a la información sobre bienes y servicios a fin de que exista igualdad de oportunidades para elegir de manera libre e informada, habida cuenta de que los consumidores vulnerables pueden tener dificultades para acceder a la información al consumidor y para comprenderla.

Igualmente, cabe destacar el Reglamento 254/2014, de 26 de febrero de 2014, sobre el Programa plurianual de consumidores para el período 2014-2020, que apostó claramente por la protección de las personas consumidoras vulnerables a través de la inclusión de previsiones legislativas especiales[46].

Entre todas estas disposiciones las mayormente significativas fueron las consideraciones que estableció la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, que, en su considerando "D", precisa que el concepto "se basa en la noción de vulnerabilidad endógena y hace referencia a un grupo heterogéneo compuesto por aquellas personas consideradas de forma permanente como tales, por razón de su discapacidad mental, física o psicológica, su edad, su credulidad o su género…".

Dicha Resolución menciona además determinados "sectores especialmente problemáticos", entre los que destacan los siguientes:

- los consumidores que tienen una movilidad reducida.

- los consumidores que tienen dificultades para comprender las opciones de las que disponen, no conocen sus derechos, se encuentran con más problemas y se muestran reticentes a tomar medidas cuando surgen problemas.

- los niños y los jóvenes, que sufren cada vez más las consecuencias del sedentarismo y la obesidad, puesto que son más sensibles a la publicidad de alimentos con alto contenido en grasas, sales y azúcares, etc. Además, los niños y los adolescentes no son sólo especialmente vulnerables a la publicidad y a las prácticas comerciales agresivas, sino que, a menudo, se encuentran indefensos ante el uso y el abuso de las tecnologías de la comunicación, como los teléfonos inteligentes y los juegos en línea.

46 González Vaqué, L.: "La protección de los consumidores vulnerables en el derecho del consumo de la UE [El programa plurianual para el período 2014-2020]", *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 10, 2014, *http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco.*

- las mujeres embarazadas.

- los usuarios de los mercados financieros, cuya complejidad implica que, en potencia, cualquier consumidor puede llegar a ser vulnerable.

- los usuarios de los medios de transporte, puesto que, pese a la legislación existente, los consumidores siguen teniendo a menudo dificultades cuando viajan y frecuentemente se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, sobre todo en caso de cancelación o retraso de su viaje, lo cual se agrava cuando el viajero sufre alguna discapacidad.

- los consumidores o usuarios potenciales de los servicios digitales en los casos en los que, por diversos motivos, no les sea posible acceder a Internet o hacer uso de la red, lo que implicaría encontrarse en una situación de vulnerabilidad, ya que no podrían aprovechar las ventajas del comercio en línea y, por lo tanto, quedarían excluidos de una parte importante del mercado interior, teniendo que pagar más por los mismos productos o dependiendo de la ayuda de otras personas.

Sobre lo expuesto, la última Comunicación de la Comisión de 13 de noviembre de 2020 se asienta en la necesidad de responder a los profundos trastornos sociales y económicos causados como consecuencia de la pandemia de COVID-19, al mismo tiempo que señala que los cambios experimentados en el comportamiento del consumidor supone un nuevo reto que obliga a afrontar las reformas necesarias para establecer los mecanismos de defensa y protección adecuados, pasando de forma expresa a reconocer que, en esta crisis, determinadas situaciones pueden ser particularmente vulnerables y necesitar salvaguardias específicas.

Con ello, el concepto comunitario de consumidor se distancia en la configuración de esta figura de criterios meramente económicos, integrando los factores externos que pueden contribuir a ello, así como sus interacciones con el mercado.

3. Concepto de consumidor vulnerable en el TRLGDCU.

Tras la reforma operada, a instancias del RD-Ley 1/2021, el art. 3.2 TRLGDCU establece un concepto genérico de consumidor vulnerable, partiendo de la consideración de que las relaciones de consumo están diseñadas sin tener en cuenta las necesidades y circunstancias de determinados colectivos de personas que se enfrentan a especiales obstáculos a la hora de desenvolverse y ejercer sus derechos en condiciones de igualdad.

Como deriva del propio enunciado de este segundo párrafo hay que entender que se trata de un concepto de carácter programático puesto que remite a la

regulación y tratamiento especificado en cada una de las distintas normativas reguladoras de cada sector, determinando que, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad. Igualmente cabe interpretar que se trata de una modalidad de consumidor, que se encuentra sometido a unas especiales circunstancias en el momento de realizar un concreto y determinado acto de consumo[47].

Dicho RD-Ley 1/2021 es especialmente significativo porque su exposición de motivos explica de forma minuciosa los criterios que se han seguido para incorporar esta nueva categoría.

A) Ámbito objetivo de aplicación.

La condición de persona consumidora vulnerable queda referenciada con relación a actos concretos de consumo. Dichos actos habrá que vincularlos a su vez con las particulares condiciones del consumidor. Sin embargo, la mera circunstancia de tratarse de una persona física, no quiere decir que automáticamente se convierta en consumidora, puesto que, como señala la STJUE 14 marzo 2013[48], ser persona física no basta para determinar la condición de consumidor, por lo que es necesario establecer una relación de consumo.

B) Ámbito subjetivo de aplicación.

Sólo puede ser consumidor vulnerable la persona física, pudiendo actuar de forma individual o colectiva.

A diferencia del criterio establecido en el anterior párrafo, esta mención excluye tanto a las personas jurídicas como a determinados entes sin personalidad a los que la interpretación doctrinal y jurisprudencial ha atribuido dicha condición. Por el contrario, en el ámbito comunitario, tanto la jurisprudencia como las normas, con carácter general, sólo reconocen como consumidores a "las personas físicas que adquieren bienes o servicios sin un fin que pueda considerarse comprendido en sus actividades comerciales o profesionales, sino como consumidores finales

47 Marín López, M. J.: "El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios", 29 enero 2021, *http://centrodeestudiosdeconsumo.com.*

48 STJUE 14 marzo 2013 (*Tol 3297919*).

privados"[49], sin perjuicio de que establezca que compete a cada Estado la posibilidad de reconocer a otras entidades como consumidoras en su ámbito interno.

Dicha persona puede actuar de forma individual o también de forma colectiva pero siempre debe estar inserta en el ámbito de relaciones concretas de consumo.

La relación de consumo se concreta en la naturaleza del acto realizado con la finalidad de adquirir bienes o servicios de un empresario. Pero no sólo ello, puesto que de ser así bastaría recurrir al concepto de consumidor o usuario definido en el párrafo anterior. Requiere que se vincule a las circunstancias personales que pueden afectar a esa persona con relación al acto en de consumo en concreto.

C) Condiciones de vulnerabilidad.

Dicho sujeto debe además de realizar dicho acto encontrarse en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección.

Como señala la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, de forma particular, la probabilidad de que una persona consumidora obtenga resultados negativos en sus relaciones de consumo vendrá condicionada por aspectos tales como la dificultad para obtener o asimilar información, una menor capacidad para comprar, elegir o acceder a productos adecuados, o una mayor susceptibilidad a dejarse influir por prácticas comerciales.

La existencia de situaciones de vulnerabilidad ha existido siempre, repercutiendo de forma negativa sobre el consumidor, que ve agravada su realidad en esa concreta relación de consumo, como puso de manifiesto, con anterioridad al Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, la SAP de Madrid (Sección 2ª), de 29 de mayo de 2012, a propósito de los problemas que se le causaron a una persona con dificultades de movilidad durante la realización de un viaje combinado.

En dicho caso se valoró la existencia de incumplimiento contractual por parte de un hotel adaptado a personas minusválidas como consecuencia de la caída por parte de la actora por unas escaleras cuando la demandante intentaba acceder con su silla de ruedas a una habitación no habilitada para ello, que fue la que se le facilitó al no estar disponibles las ofertadas en el folleto, que describía que el hotel tenía un ala adaptada para minusválidos, y que algunas de las habitaciones del hotel

49 STJUE 23 diciembre 2015 (*Tol 5592750*).

estaban habilitadas para ellos, con zonas comunes también adaptadas[50]. Pero, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, se ha tomado conciencia normativa de la realidad de estas situaciones. La propia Exposición de Motivos establece los factores sobre los que debe basarse el concepto de vulnerabilidad, entre los que se señala con referencia a los estudios realizados en el mundo académico, los siguientes:

En primer lugar, se asume que la situación de vulnerabilidad no deriva de circunstancias estrictamente personales, sino que hay que considerar aspectos de origen demográfico, social e, incluso, relacionados con cada entorno de mercado concreto.

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, hay consenso general en que las condiciones que predisponen a la vulnerabilidad en las relaciones de consumo excedan el plano de lo estrictamente económico, tradicionalmente aproximado con indicadores del nivel de renta.

En tercer lugar, los estudios académicos conciben la vulnerabilidad en el ámbito del consumo como un concepto dinámico, en el sentido de que no define a las personas o a los colectivos como vulnerables de una forma estructural ni permanente. De esta forma, una persona puede ser considerada vulnerable en un determinado ámbito de consumo, pero no en otros. Además, esa condición de vulnerabilidad podrá variar a lo largo del tiempo según puedan hacerlo las condiciones que la determinan, tanto las de tipo personal como las sociales o de contexto, bien se produzcan en el ámbito territorial, sectorial o temporalmente.

En consonancia con esta aproximación teórica y conceptual, se significa que la normativa europea conmina a proteger a las personas consumidoras vulnerables, no solo en relación con aspectos económicos, como tradicionalmente se ha hecho en la normativa sectorial, sino también en relación con aquellas otras circunstancias, como por ejemplo la edad, sexo, origen nacional o étnico, lugar de procedencia, personas alérgicas o con algún tipo de intolerancia alimenticia, las víctimas de violencia de género, las familias monoparentales, las personas desempleadas, las personas con algún tipo de discapacidad, las personas enfermas, las minorías étnicas o lingüísticas, las personas desplazadas temporalmente de su residencia habitual, la población migrante o solicitante de protección internacional, así como las personas con carencias económicas o en riesgo de exclusión, o cualesquiera otras circunstancias que puedan incidir, generando desventaja, en sus relaciones

50 Reyes López, M. J.: "Turismo sostenible y accesible en España: estado de la cuestión", en *Turismo y sostenibilidad* (coord. L. Mezzasoma y M. J. Reyes López), Aranzadi, 2018, pp. 207-230; Trujillo Villamor, E: "Reforma de la ley de consumidores: especial atención a los consumidores vulnerables", 4 de marzo 2021, *http://centrodeestudiosdeconsumo.com*.

de consumo. Este espectro que contempla, de contenido muy amplio, es el que se reproduce en el ámbito interno.

Por último y, acorde con la introducción de esta figura, se reforman algunos preceptos del TRLGDCU con el fin de facilitar la viabilidad práctica de este reconocimiento, demandando una especial atención cuando se informe a algún consumidor en situación de vulnerabilidad, debiendo hacerse en términos claros, comprensibles, veraces y en un formato fácilmente accesible, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses, garantizando en su caso la asistencia necesaria, de forma que permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses (art. 17, 20 y 60); se reclama que todos los bienes y servicios que se pongan a su disposición sean de fácil acceso y comprensión y, en todo caso, incorporen, acompañen o, en último caso, permitan obtener de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales (art. 18).

Otro aspecto que también cabe reseñar es que se hace hincapié en que las políticas públicas que inciden en el ámbito del consumo y las prácticas comerciales orientadas a estas personas se destinen a prever y remover, siempre que sea posible, las circunstancias que generan la situación de vulnerabilidad, así como a paliar sus efectos y, en particular, en relación con las comunicaciones comerciales o información precontractual facilitada, la atención post contractual o el acceso a bienes o servicios básicos (art. 19).

V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

El concepto de consumidor no es una noción estática sino dinámica, como pone de manifiesto la importante aportación jurisprudencial tanto por parte del TJUE como del TS, que refleja que en la actualidad los tribunales se decantan por realizar una interpretación flexible y menos restrictiva del término, sustentada en la naturaleza de la relación de consumo, que se hace extrapolable a las personas jurídicas y entidades sin ánimo de lucro.

Partiendo de dicha concepción se ha configurado otra categoría específica de consumidor que pone el acento en aquellas especiales circunstancias que pueden ser las causantes de provocar situaciones de indefensión o desequilibrio en un concreto acto de consumo.

La reforma que introduce la nueva categoría jurídica de consumidor vulnerable responde a la necesidad de armonización con los criterios establecidos en la Comunicación de la Comisión de 13 de noviembre de 2020-2025, así como a su anterior agenda y pretenden paliar, entre otros motivos, los graves efectos

generados por la pandemia del Covid-19 especialmente en colectivos a los que esta crisis ha golpeado de manera más directa, junto a los problemas que se han generado como consecuencia de los cambios de comportamientos en el consumo, como pueda ser la necesidad de utilizar las nuevas tecnologías y de entrar en el mercado digital por personas de edad avanzada.

Como las causas, tanto endógenas como exógenas, que pueden situar a una persona en situación de vulnerabilidad en sus relaciones de consumo son numerosas, se ha querido reconocer un concepto de consumidor que incorpore un planteamiento acorde a las especiales circunstancias que le rodeen en el momento de realizar actos de consumo, no basado exclusivamente en circunstancias económicas sino acorde con los criterios y valores compartidos en la actual sociedad en la que el consumidor no sólo es considerado un elemento más del mercado sino un protagonista activo dentro del mismo.

BIBLIOGRAFÍA.

Álvarez Olalla, P: "Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por resolución judicial contraria a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el concepto de consumidor", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 32, enero-junio 2018, pp. 95-132.

Berrocal Lanzarot, A. I.: "La condición de consumidora de la comunidad de propietarios. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2021 (JUR 2021,129929)", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial,* núm. 55, 2021.

Cámara Lapuente, S.: "El concepto legal de «consumidor» en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 84-117.

Cuartero Rubio, M. V.: "¿Puede ser el consumidor un profesional (del póker on-line)? A propósito del Asunto Personal Exchange International, C-774/19", 20 enero 2021, *http://centrodeestudiosdeconsumo.com.*

González Vaqué, L.: "La protección de los consumidores vulnerables en el derecho del consumo de la UE [El programa plurianual para el período 2014-2020]", *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 10, 2014, *http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco.*

Marín López, M. J.: "El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios", 29 enero 2021, *http://centrodeestudiosdeconsumo.com.*

Mellado Ruíz, L.: "La protección de los consumidores vulnerables en tiempos de covid-19", *Ars Iuris Salmanticensis,* vol. 9, núm. 1, 2021, pp. 11-29.

Reyes López, M. J.: *Manual de derecho privado de consumo,* La Ley, Madrid, 2012.

— "Turismo sostenible y accesible en España: estado de la cuestión", en *Turismo y sostenibilidad* (coord. L. Mezzasoma y M. J. Reyes López), Aranzadi, 2018, pp. 207-230.

Trujillo Villamor, E: "Reforma de la ley de consumidores: especial atención a los consumidores vulnerables", 4 de marzo 2021, *http://centrodeestudiosdeconsumo.com.*

THE ROLE PLAYED BY 'GRANULAR LEGAL NORMS' IN THE PROTECTION OF VULNERABLE CONSUMERS

EL PAPEL DESEMPEÑADO POR LAS "NORMAS LEGALES GRANULARES" EN LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES VULNERABLES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3258-3289

Pietro SIRENA

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Este ensayo destaca cómo el impacto de las nuevas tecnologías en el comercio de servicios financieros es considerablemente alto hoy y está destinado a aumentar en el futuro. El desarrollo de la ley algorítmica tiene como objetivo idear nuevos procedimientos que permitan a las empresas y consumidores realizar transacciones, diseñados para que sean transparentes, confiables y convenientes. El advenimiento del análisis de Big Data, así como de las nuevas tecnologías predictivas, se ve como un cambio de una tipificación "en bruto" a una personalización "granular" de la ley.

PALABRAS CLAVE: Tecnologías; consumidores; ley.

ABSTRACT: *This essay highlights how the impact of new technologies on trade in financial services is considerably high today and destined to increase in the future. The development of the algorithmic law is aimed at devising new procedures that allow businesses and consumers to perform transactions, designed to be transparent, reliable and convenient. The advent of Big Data analysis, as well as new predictive technologies, is seen as a change from a "raw" typing to a "granular" personalization of law.*

KEY WORDS: *Technologies; consumers, law.*

SUMARIO.- I. THE ADVENT OF A DIGITAL LAW.- II. THE TREND TOWARDS THE PERSONALIZATION OF PRIVATE LAW: FROM THE 'AVERAGE CONSUMER ' TO THE ' IMAGES OF THE CONSUMER '.- III. THE DISCOURSE ON GRANULAR LEGAL NORMS (PARTICULARLY WITH REGARD TO THE DUTIES OF DISCLOSURE PROVIDED BY EUROPEAN CONTRACT LAW).- IV. THE PERSONALIZATION OF FINANCIAL SERVICES: THE KNOW- YOUR- CUSTOMER RULE IN INVESTMENT SERVICES.- 1. The know-your-customer rule in insurance services. - 2. The know-your-customer rule in credit banking.- V. SOME FINAL REMARKS.

I. THE ADVENT OF A DIGITAL LAW.

The impact of new technologies on the trade of financial services is already considerably high today and is likely to increase in the future. Robot trading and artificial intelligence systems are responsible for a growing share of financial transactions, even when executed by retail investors[1]. In the high-speed trading of financial products, contracts are often concluded on the basis of algorithms, which elect the terms to be offered to or accepted by the other party.[2] It would be hard to deny that these new techniques for entering into a contract and setting its terms will challenge many of the tenets of private law; [3] they could eventually undermine the paradigm of contract as an agreement based on the parties' free will.[4]

1 Under European law, an express definition of 'algorithmic trading' is provided by art 4, para 1, n 39), European Parliament and Council Directive 2014/65/ of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/1/EU [2014] OJ L173/349 (hereinafter also referred to as MiFID II). This provision stipulates that in algorithmic trading 'a computer algorithm determines individual parameters of orders such as whether to initiate the order, the timing, price or quantity of the order or how to manage the order after its submission, with limited or no human intervention; and does not include any system that is only used for the purpose of routing orders to one or more trading venues or for the processing of orders involving no determination of any trading parameters or for the confirmation of orders or the post-trade processing or executed transaction'. 'Algorithmic trading' is purportedly ruled by art 17 MiFID II, which is complemented by arts 18-20, Commission delegated Regulation (EU) 2017/565 of 25 April 2016 supplementing Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council as regards organisational requirements and operating conditions for investment firms and defined terms for the purposes of the Directive [2017] OJ L 87/1 (hereinafter also referred to as MiFIR).

2 According to recital 61 MiFID II, 'high frequency algorithmic trading' occurs when 'a trading system analyses data or signals from the market at high speed and then sends and updates large number of orders within a very short time period in response to that analysis. In particular, high-frequency algorithmic trading may contain elements such as order initiation, generating, routing, and execution which are determined by the system without human intervention for each individual trade or order, short-time frame for establishing or liquidating positions, high daily portfolio turnover, high order-to-trade ratio intraday and ending the trading day at or close to a flat position'.

3 For an overall account, see Busch, C., De Franceschi, A.: "Granular Legal Norms: Big Data and the Personalization of Private Law", in Mak,V., Tjong, E.,Tai ,T., Berlee, A.(eds):*Research Handbook in Data Science and Law* ,Edward Elgar Publishing 2019,408ff; Hacker, P.: "Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates", *25 European Review of Private Law 651*,2017.

4 Twigg-Flesner, C.: "Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law", in De Franceschi, A. (ed): *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the*

• Pietro Sirena
Professor of Civil Law, European Private Law, and Comparative Private Law at Bocconi University. E-mail: pietro.sirena@unibocconi.it

Unprecedented and demanding challenges are thus cast upon law and upon lawyers. Particularly, the risk of new kinds of discrimination appears,[5] e.g., with regard to the prices set by suppliers on e-commerce platforms.[6] Privacy concerns inevitably arise as well, regarding the massive use of data analytics for monitoring individuals and groups.[7] Furthermore, digital contracting reflects novel asymmetries of information and power[8].

The development of marketing and contracting techniques that is driven by new technologies eventually points to the abandonment of law, which is silently assumed to represent a nuisance to everyday life and to be a potential hurdle to trade. It would be hard to deny that law is based upon techniques of social control that incur a high cost both for parties to a litigation and for society as a whole. This high cost is due mainly to the inner characteristics of legal procedures for settling social conflicts (formalism) and to the role played by actors entrusted with their management (judges, attorneys, etc.). The involvement of these legal professionals makes such procedures considerably lengthy and costly; furthermore, the resulting judgments are necessarily uncertain since human interpretation of law is – by definition – subjective and, therefore, mutable if not unpredictable; the more human decision-makers are involved, the less predictable judgments become.

More generally, law is moulded on the remnants of a pre-modern and analogic rationality, which, although secularized through the Enlightenment of the late 18th century, was bequeathed to it by religion. This rationality model is based on the invocation of non-negotiable principles that are to be applied to any single case through a bundle of formalized rituals, whose observance vouches for the justice of judgments. For modern law, it is the means that are paramount and that legitimize judgments, irrespective of a purported goal; conversely, no goal can determine whether the 'right' decision was reached in any single case.

Digital Revolution, Intersentia 2017, 21ff. See also the essays collected in Grundmann, S. (ed): *European Contact Law in the Digital Age*, Intersentia, 2018.

5 Wagner, G., Eidenmüller, H.: "Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences: Regulating the Dark Side of Personalized Transactions", *University of Chicago Law Review*, 2019, vol.86, p .581. Bar-Gill, O.:"Algorithmic Price Discrimination. When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)perceptions", *University of Chicago Law Review* ,2019, vol. 86. p. 217; Busch, C., De Franceschi, A.: "Granular Legal", cit., p. 423f.

6 Resta, G.: "Digital platforms and the law: contested issues", *Media Laws*, 2019, issue 1, p. 231. From an antitrust perspective, see Maggiolino,M.: "Personalized Prices in European Competition Law", *Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2984840 "https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2984840" accessed 30 May 2019*; Maggiolino, M.: *I Big Data e il diritto antitrust*,Egea,2018;Maggiolino,M.:"Big data e prezzi personalizzati", *Concorrenza e mercato, numero speciale, Big Data e concorrenza*, 2016, vol. 23, p.95.

7 Busch, C.: "Implementing Personalized Law: Personalized Disclosures in Consumer Law and Data Privacy Law", *University of Chicago Law Review 309*, 2019; Busch, C., De Franceschi, A.: "Granular Legal", cit., p. 422f.

8 Daly, A.: *Private Power, Online Information Flows, and EU Law: Mind the Gap*, Hart, 2016. See also the essays collected in Devolder, B. (ed): *The Platform Economy. Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*, Intersentia, 2019.

By contrast, digital rationality underpinned by new technologies legitimizes any solution on the basis of a purported goal, whilst the procedures do not matter as such; all that is required is that they shrink to the minimum. If confronted with the alternative between 0 and 1, i.e. the bulk of digital rationality, the panoply of formalistic devices that are deployed by jurists to tackle social problems and sort them out looks like a repertoire of magic spells cast by a medieval alchemist.

A central issue of the 'disruptive' impact of new technologies on law is that they purport to do without lawyers,[9] in order to eliminate the cost and the uncertainty resulting from their subjective interpretation. To that extent, it is dealt with a well-known phenomenon that affects each layer of social and professional experience: new technologies perform a general 'disintermediation' of the access to services and immaterial goods (including knowledge), which become more and more directly attainable by their final users.

The development of what may be called an algorithmic law – or a digital law, or also cyber law or robot law – is (i) aimed at devising new procedures enabling businesses and consumers to execute transactions and (ii) designed to be fully transparent, reliable and cost-saving. The purpose of such law is annulling the risk of deceit, opportunistic behavior, etc.; its goal is sweeping legal professionals away[10].

In the essence, however, removing legal professionals means removing law as such. Without judges and lawyers committed to its interpretation and application, law is destined to wither away and become an empty shell of procedures pointing to nowhere. The illusion of instrumentalizing technology as a more suitable and efficient means to apply law (*law is code*) soon turns out to be a gradual but unstoppable replacement of law with technology (*code is law*).[11]

The 'computational turn' is thus not going to change the law;[12] it will instead eventually sweep it away. The announcement that rules and standards are (almost) dead represents a step towards that end.

Initially, predictive and communicative technologies were depicted as a means to personalize the duty of care upon which civil liability is based. Particularly, it has been advocated that the pattern of tort should be shaped upon a personalized standard of diligence, which should reflect not the 'reasonable person' of any non-

9 Verstein, A.: "Privatizing Personalized Law", 86 *University of Chicago Law Review*, 2019, p. 551.

10 Casey, A.J., Niblett, A.: "Framework for the New Personalization of Law",*86 University of Chicago Law Review*, 2019, p. 335.

11 Path-breaking was Lessig, L.: *Code and Other Laws of Cyberspace,* Basic Books, 1999.

12 Hildebrandt, M., De Vries, K. (eds): *Privacy, Data Process and the Computational Turn: The philosophy of law meets the philosophy of technology,* Routledge, 2013.

distinct member in a given pool (encompassing, for instance, the average diligence of doctors in cases of malpractice) but the 'reasonable you' of each individual.[13]

That step taken, however, it is inevitable to take another one in the same direction, and yet another, until, as has already been prophesized, law could (or should) be replaced by micro-directives, communicated to every user simultaneously through their online devices.[14] Even if all that could (or should) happen under the control of a public agency, or official, it would be hard to deny that a shift of power would occur from law to technology, and, therefore, from legal professionals to engineers, data scientists, etc.

II. THE TREND TOWARDS THE PERSONALIZATION OF PRIVATE LAW: FROM THE 'AVERAGE CONSUMER' TO THE 'IMAGES OF THE CONSUMER'.

Since World War II, the traditional typification of legal rules has been increasingly questioned, thus triggering the trend toward a gradual personalization of law.

A fundamental tenet of juridical and political culture of the Enlightenment was enshrined in the generality and abstractness of the State's law, which was thus empowered to overcome the legal particularism that had characterized the feudal order of the *Ancien Régime*. The State's law was predicated on being general because it had to be applied to all citizens irrespective of the social classes they belonged to; the State's law was predicated on being abstract because it had to be applied to any case irrespective of when and where a contract was entered into or a wrong was committed. The precept of equal treatment was therefore paramount (treat like cases alike).

From a political perspective, the State was thus entrusted with the monopoly of law production through the enactment of legislative measures, these being aimed at achieving a rational mediation between non-negotiable principles of natural law and the political needs of civil society, as advocated by Hegel.[15] In a State under the rule of law (*Rechtsstaat*), generality and abstractness of law ensure the equal treatment of citizens by the State and guarantee that general decisions will be taken through standardized procedures – and not captured by the interests of individuals or groups.

13 Ben-Shahar, O., Porat, A.: "Personalizing negligence law", *New York University Law Review*, 2016, p. 627. For further reference, see Busch, C., De Franceschi, A.: "Granular Legal", cit., p. 417ff.

14 Casey, A. J., Niblett, A.: "The Death of Rules and Standards", *Indiana Law Journal*, 2017, vol. 92, p. 1401.

15 Hegel, G, W.F.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (first published 1821) § 211.

Generality and abstractness of law was explicitly categorized and advocated by Kant, who, together with Hegel, may for good reason be acknowledged as the initiator of modern philosophy of law.

Kant posited the 'general principle of law',[16] according to which: 'law is any action that, either directly, or through its formulation, is able to make the arbitrary liberty of each individual coexist with that of any other according to a universal regulation'.[17] Such a universal regulation was laid down by Kant himself in the following terms: 'Act in the outside world so as the free avail of your judgment may coexist with the liberty of anyone else'.[18] That way, law could be set out as a 'pure' concept, although directed to practice, i.e., to its application to cases experienced in the outside world.[19]

Kant's philosophy of law is undeniably the starting point and the source of inspiration for the 'pure theory of law' developed by Kelsen. Together with the milder version elaborated by Hart, the 'pure theory of law' is the cultural manifesto of legal positivism, what was to become the predominant doctrine of general theory and philosophy of law during most of the 20th century. According to Kelsen's depiction, law is a system of general and abstract rules that are to be styled as hypothetical propositions (legal norms); the 'pureness' of his theory is given not only by the strict seclusion of law, deemed to be isolated from religion, ethics, and any other field of human knowledge, but also by its insensitivity towards the particular issues of each case.

Within this conceptual framework, therefore, the legal subject is any undifferentiated member of society, meeting the same characteristics of generality and abstractness that are paramount for legal norms.[20] Legal subjects are classified by law into categories, just like legal facts are; for example, individuals are divided into those of age that hold the capacity to act, and those that are underage that do not hold such capacity. This typification has also a general and abstract character, because it is not sensitive to the concrete traits of each legal subject that is thus classified; for example, a minor is generally devoid of the capacity to act even if she is endowed with discernment and expertise exceeding those of a person of age, and vice versa. The capacity to act is achieved after attaining a certain age (e.g.,

16 Kant, I.: *Die Metaphysik der Sitten* (first published 1797, Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken) 230, § C: 'Allgemeines Princip des Rechts'.

17 ibid: 'Eine jede Handlung ist Recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann'.

18 Kant, I.: *Die Metaphysik,* cit., p. 231, § C: 'handle äußerlich so, daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen könne'.

19 Kant, I.: *Die Metaphysik,* cit., p. 205, *Vorrede*: 'der Begriff des Rechts [ist] […] ein reiner, jedoch auf die Praxis (Anwendung auf in der Erfahrung vorkommende Fälle) gestellter Begriff'.

20 In this line of reasoning, see Falzea, A.: *Il soggetto come fattispecie*, Giuffrè, Milano,1939.

eighteen years) that is the same for any individual and that disregards her specific characteristics of education, intelligence, experience, etc.

Inevitably, however, typifications resorted to by private law tend to become increasingly refined over time. With regard to the division between legal subjects who are under age and those of age, for instance, German law came to accept that the capacity to act is progressively gained by individuals while growing up, so that also a minor is able to exercise some rights to personality;[21] furthermore, the newly enacted § 105a BGB stipulates that even one who is devoid of the capacity to act (like a minor) can perform legal transactions of everyday life (Geschäfte des täglichen Lebens).[22] After the reform of French law of contract and obligations passed in 2016-2018[23], a similar rule is provided by art. 1148 Code civil[24].

During the 20th century, moreover, the shift from a liberal State to a welfare State changed the understanding of the principle of equal treatment, which became aimed not only at formal but also at substantive equality.[25] It thus prompted the tendency towards a 'materialization' of (private) law (Materialisierung)[26], the purpose of which is to have account of the socio-economic or relational weakness of the addressees of legal rules. Under German law, § 138, para 2, BGB traditionally mandates the voidness of a contract by means of which one contracting party exploits the situation of need, inexperience, economic distress or mental weakness of the other, inducing the latter to give, or promise to give, a consideration that is grossly disproportionate to the performance[27]. Furthermore, a wide application of general clauses, like that of good faith, allowed German courts and scholarship to expand the law, adding solutions induced by moral values that require a 'contextualization' and a 'flexibilization' of rules enacted by legislators.[28] A renowned judgment issued by the German constitutional court (Bundesverfassungsgericht) did not refrain from declaring void a guarantee surety

21 Wolf, M., Neuner, J.: *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, CH Beck, 2016,11th edn, 128ff.

22 See Herrler, S.: "Sub § 105a ",*Staudingers Kommentar zum BGB* ,de Gruyter 2017; Spickhoff, A.: "Sub § 105a ",*Münchener Kommentar zum BGB* ,CH Beck, 2018.

23 See the essays collected in Cartwright, J., Fauvarque-Cosson, B., Whittaker, S. (eds): *La réécriture du code civil : le droit français après la réforme de 2016* ,Société de législation comparée 2018,; and those collected in Bien, F., Borghetti, J.S.(eds):*Die Reform der französischen Vertragsrechts. Ein Schritt zu mehr europäischer Konvergenz?*,Mohr Siebeck, 2018.

24 See Dehayes, O., Genicon, T., Laithier, Y.M.: *Réforme du droit des contrats, du regime general et de la prevue des obligations: Commentaire article par article* , Lexis Nexis ,2018,2nd edn, 266ff.

25 Habermas, J.: *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, 1992, p. 498.

26 Canaris, C.W.: "Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner "Materialisierung", *20 Archiv für die civilistische Praxis*,2000, p273; Wagner, G.: 'Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?', in Blaurock ,U.,Hager ,G.(eds):*Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*,Nomos 2010,13ff. In the same vein, see Medicus, D.:*Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?: Erscheinungsformen, Gefahren, Abhilfen* ,O Schmidt, 1994.

27 See Fischinger, P.S.: " Sub §138 ", *Staudingers Kommentar zum BGB* , de Gruyter ,2017; Armbrüster, C.: " Sub §138 ", *Münchener Kommentar zum BGB,* CH Beck ,2018.

28 Auer, M.: *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit,* Mohr Siebeck, 2005.

that was issued by a dependant of the debtor who, due to her young age and her inexperience, was deemed to have taken a risk unbearably high relative to her patrimonial and financial situation.[29]

In the framework of the European Union's law, most directives governing contract law are targeted at business-to-consumer transactions, which are thus legally differentiated from peer-to-peer transactions, be they amongst consumers or businesses.

European law aims more at the establishment and the functioning of the single market than at the protection of consumers as weaker contracting parties.[30] Therefore, the division of businesses and consumers is not of a social or economic nature but is merely relational, and the subjective scope of the norms is shaped on the concrete relation that is entered into by the contracting parties. The same legal subject can conclude some contracts while acting like a consumer and others while acting like a professional; provided that she acts like a consumer, she can enter into a contract with another consumer or with a professional. The legal rules governing contracts change in accord not only with the abstract type of legal subject, but also with the concrete aim that is pursued by each of the contracting parties while performing the transaction. This technique is streamlined by the regulatory function that characterizes European contract law;[31] the latter is in fact deprived of much of the traditional autonomy it enjoys in national laws and is instead carved out to achieve some institutional goals of the European Union, starting with the establishment and the functioning of the European single market.[32]

29 BVerfG, 5 August 1994 - 1 BvR 1402/89.

30 However, see Mak, V.: "The Consumer in European Regulatory Private Law", in Leczykiewicz,D.,Stephen Weatherhill, S.(eds):*The Images of the Consumer in EU Law. Legislation, Free Movement and Competition Law*, Hart Publishing,2016, 381ff, who distinguishes between European general law, targeted at a 'rational consumer', and European regulatory private law, aimed at protecting the consumer as the weaker party (or 'Calimero consumer').

31 Amongst many, see Grundmann, S.: "Privatrecht und Regulierung", in Auer, M., Grigoleit, H.G., Hager,J. and others (eds):*Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80.*,de Gruyter, Geburstag 2017,907ff; Brownsword, R., Rob, A.J., Van,G., Micklitz, H.W. (eds):*Contract and Regulation. A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law* ,Edward Elgar, 2017; Comparato, G., Micklitz, H.W., Svetiev, Y.: "The regulatory character of European private law", in Twigg-Flessner, C. (ed):*Research Handbook on EU Consumer and Contract Law* ,Edwar Elgar Publishing ,2016, 35ff.; Mezzanotte, F.: "L'appartenenza come tecnica di regolazione (a proposito di "Regulatory Property Rights")", *Rivista critica di diritto privato*, 2016,p. 635; Svetiev, Y.: "European Regulatory Private Law: From Conflicts to Platforms", in Purnhagen, K.,Rott, P.(eds): *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Springer 2014,153ff.; Micklitz, H.W.: " The Visible Hand of European Regulatory Private Law-The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation", *28 Yearbook of European Law 3,*2009.

See also the essays collected in Micklitz, H.W., Svetiev, Y.(eds): "A Self-sufficient European Private Law: A Viable Voncept? ",*EUI Working Paper Law*, 2012,issue n 31;and those collected in Micklitz, H.W., Svetiev,Y., Comparato, G. (eds):" European Regulatory Private Law – The Paradigm Tested ", *EUI Working Paper Law*, 2014, issue n 04. Among the monographs, see Hellgarth, A.: *Regulierung und Privatrecht: Staatliche Verhaltenssteurung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung*, Mohr Siebeck, 2016; Poelzig, D.: *Normdurchsetzung durch Privatrecht,* Mohr Siebeck, 2015.

32 Schmid, C.: *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union. Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung* , Nomos, 2010.

Although showing a considerable degree of novelty towards traditional contract law, however, European contract law is based on a typification technique that does not challenge radically the generality and abstractness of legal norms, instead combining them with the subjective quality of the contracting parties.

The scope of the rules belonging to European private law was determined by the European Court of Justice (ECJ) through the concept of the 'average consumer',[33] defined as a consumer that is 'reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect'.[34] This definition was subsequently crystallized in the directive enacted by the European Union in the field of contract law. Only sporadically is European legislation instead addressed to particular groups of consumers: the most important case of this kind is that of the Unfair Commercial Practices Directive (UCPD).[35]

Pursuant to Art. 5, paragraph 2, lit. (b), UCPD, the assessment of unfairness of commercial practices is treated differently when it is targeted to 'a particular group of consumers', instead of the 'average consumer'.[36]

Moreover, Art. 5, paragraph 3, UCPD acknowledges that commercial practices may be 'likely to distort the economic behavior only of a clearly identifiable group of consumers who are particularly vulnerable to the practice or the underlying product because of their mental or physical infirmity, age or credulity'. The paradigm of the 'vulnerable consumer', which had already been used by the European legislature in directives governing universal service with regard to the supply of energy and telecommunication,[37] was thus introduced into European private law.[38]

33 Weatherhill, S.: "Who is the average consumer?", in Weatherhill, S., Bernitz, U.(eds): *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29,* Hart Publishing, 2007, 115ff; Mak, V.: "The "average consumer" of EU law in domestic litigation: Examples from consumer credit and investment cases", *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series*, 2012, issue n 4, 5.

34 Case 210/96 *Gut Springenheide GmbH and Rudolf Tusky v Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt – Amt für Lebensmittelüberwachtung* [1988] ECR I-4657; Case 385/01 *Commission v Spain* [2003] ECR I-13143, n. 53. Already earlier, the ECJ had clearly mentioned the 'reasonably circumspect consumers' as a point of reference for applying European private law: Case 470/93 *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV v Mars GmbH* [1995] ECR I-1923, para 24.

35 European Parliament and Council Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and the Council [2005] OJ L 149/22.

36 Cartwright, P.: "The consumer image within EU law", *Twigg-Flessner* ,199ff.; Poncibò, C.: "The average consumer, the unfair commercial practices directive and the cognitive revolution", *Journal of Consumer Policy,*2007, vol. 30, p.21.

37 Reich, R., Micklitz, H.W.: "Economic law, consumer interests, and EU integration", in Reich, N., Micklitz H.W., Rott, P., Tonner, K.: *European Consumer Law*, Intersentia ,2014, 2nd edn,46f.

38 Reich, N.: "Vulnerable consumers in EU Law", in Leczykiewicz, D., Weatherhill, A.(eds): *The Images of the Consumer in EU Law. Legislation, Free Movement and Competition Law*, Hart Publishing,2016,139ff.

This given, it should nevertheless be pointed out that this more nuanced approach does not detract the assessment of unfairness of commercial practices from being conducted along the standard of the 'average consumer', which is, however, to be identified with regard to the specific group at which such practices are targeted or with regard to the group of vulnerable consumers.

Subsequently, a (limited) reference to the 'vulnerable consumer' was made by the Consumer Rights Directive (CRD)[39]. Recital 34 CRD sets out that, in providing information with regard to arrangements by means of which the consumer is to pay a deposit to the trader, the latter 'should take into account the specific needs of consumers who are particularly vulnerable because of their mental, physical or psychological infirmity, age or credulity in a way which the trader could reasonably be expected to foresee'. Nevertheless, it is immediately afterwards specified that: 'taking into account such specific needs should not lead to different levels of consumer protection'.

More recently, the European legislature has addressed the 'vulnerable consumer' in order to encourage her access to services that are deemed essential for participating in the internal market and benefiting from its advantages. With regard to the retail banking market in particular, payment accounts with basic features must be offered to clients so as to include also 'unbanked vulnerable consumers'.[40]

Such varieties of legislative references led scholarship to advocate in favor of spelling out different 'images of the consumer' (*Verbraucherleitbilder*),[41] which could (and should) be based on different traits of behavior or personality characterizing individuals. Attention was therefore drawn to vulnerable consumers; hasty consumers; consumers with inferior bargaining power; and uninformed consumers.[42] Along a different taxonomy, the following consumer images were to be set out: the fully informed consumer; the information seeker; the passive glancer; the snatcher; the irrational consumer; and the consumer without choices.[43]

39 European Parliament and Council Directive 2011/83/EU of 25 October 2011 on consumer rights amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council [2011] OJ L304/64.

40 European Parliament and Council Directive 2014/92/EU of 23 July 2014 on the comparability of fees related to payment accounts, payment account switching and access to payment accounts with basic features [2014] OJ L 257/214. In detail, see art 18, para 4, and art 20, para 1, as well as recitals 3, 46, 48, 49, and 54.

41 See the essays collected in Leczykiewicz, D., Stephen Weatherhill, S.(eds): *The Images of the Consumer in EU Law. Legislation, Free Movement and Competition Law*, Hart Publishing, 2016; and those collected in Klinck, F., Riesenhuber, K.(eds): *Verbraucherleitbilder.Interdisziplinäre und europäische Perspektive,* de Gruyter, 2015. Furthermore, see Schüller, B.: "The definition of consumers in EU law", in Devenny, J., Kenny, M.(eds): *European Consumer Protection: Theory and Practice,* CUP, 2012, p.123.

42 For some references, see Grundmann, S.: "Targeted Consumer Protection", in Leczykiewicz, D., Weatherhill, S. : *The Images,* cit.,p. 225f.

43 Wilhelmsson, T.: "Twelve Essays on Consumer Law and Policy"*, University of Helsinki*, 1996,p. 105ff.

III. THE DISCOURSE ON GRANULAR LEGAL NORMS (PARTICULARLY WITH REGARD TO THE DUTIES OF DISCLOSURE PROVIDED BY EUROPEAN CONTRACT LAW).

The advent of Big Data analytics, as well as new predictive and communicative technologies, is seen as prompting a radical shift from a 'crude' typification to a 'granular' personalization of law,[44] a change that would tremendously accelerate the trend towards a lessening and eventual abandonment of the generality and abstractness of legal norms.

Unlike other threads of 'contextualization' of law (e.g., the doctrine of *Materialisierung*),[45] the design of 'granular norms' would be prospectively based on a combination of individual characteristics that do not (necessarily) have a social dimension. Therefore, it would not be aimed at protecting social classes or groups, but at differentiating to the utmost amongst single individuals and emphasizing the idiosyncratic preferences of each. The expected goal is not only to inform private parties (especially consumers) more accurately, but also to drive their behavior so as to more effectively comply with the policies implemented by legislators;[46] in this line, the theory of 'granular norm' is aligned with some tenets of 'liberal paternalism' that advocate for a new theory (and design) of law based on 'nudging'.[47]

As to mandatory norms,[48] the process of personalization seems not to question the existence of legal prohibitions or impositions as such, but points to design and implementation of a process of continuous and automatic adjustment of their content, so as to ascertain how they should be applied in any discrete case. This scenario poses many novel questions as to the limits of civil, criminal, and administrative liability, and even leads one to wonder whether the divide between rules and standards is doomed to be overwhelmed by the advent of 'granular norms'.[49]

The theory of 'granular norms', however, has been developed particularly with regard to mandatory norms that do not provide a prohibition, or imposition, of a substantive nature (e.g., stipulating the voidness of contractual terms) but to those that enshrine information rules. Most typically, this is the case of rules stipulating

44 Porat, A., Strahilevitz, L.J.: "Personalizing default rules and disclosure with big data", *112 Michigan Law Review*, 2014, p. 1421.

45 See para 2.

46 Hacker, P.: "Personalizing EU", cit.,p.651.

47 Hacker ,P.: "Nudge 2.0 – The Future of Behavioural Analysis of Law, in Europe and Beyond", *24 European Review of Private Law* ,2016,p.297. For an insightful account of behavioral perspectives on private law, see Micklitz, H.W., Sibony, A.L., Esposito, F.: *Research Methods in Consumer Law: A Handbook*, Edward Elgar,2018; Hacker, P.: *Verhaltensökonomik und Normativität* ,Mohr Siebeck, 2017.

48 Ben-Shahar, O., Porat, A.: "Personalizing Mandatory Rules in Contract Law", *86 Chicago University Law Review*, 2019, p.255.

49 See para 1.

the duty of a professional to disclose information to a (prospective) client or customer, especially if a consumer.[50]

Imposing disclosure duties on traders (vis-à-vis consumers) is a technique of regulating markets that has been widely resorted to by European legislators.[51] This disclosure strategy has been long and sharply criticized.[52] Particularly, it has been pointed out that a great amount of standardized information engenders an informational overload that proves not only useless but even harmful to consumers, and therefore it has been advocated that the disclosure technique should be abandoned as such.[53] According to a milder version, disclosures should be abandoned solely insofar as undifferentiated, but their defects could be cured by the advent of 'granular legal norms':[54] in other words, these authors argue for the adoption and implementation of 'smart disclosures'.[55] In fact, information duties could, and should, be rejuvenated and adapted to the insights from behavioral and psychological research,[56] which have drawn increasing attention to the problems of bounded rationality and bounded attention.[57] These techniques would allow a curing of the defects of information overload in that they would reduce the information flow to consumer and increase the salience (i.e. the cognitive accessibility) of key information.[58]

It is, however, to be wondered whether the argument for a personalization of disclosures might be conveniently conveyed through the theory of 'granular norms'

As a matter of substance, personalizing disclosures of information means a personalization of duties of disclosure in respect of their content, not the rules

50 Even where the provider of financial services is obliged to abstain from trading (particularly due to conflicts of interests), disclosure remains available as an alternative to her and, that way, the doors to contract are still opened. Significantly, many a national law interprets the European rule of 'disclosure or abstain' in the sense that if the provider of financial services does not disclose a conflict of interests and the contracting client does not waive such conflict, the contract concluded between them is nevertheless valid, although the provider may be liable for damages.

51 For an insightful overview, see Busch, C.: "The future of pre-contractual information duties: from behavioural insights to big data", *Twigg Flessner*, (n 31), 224ff.

52 Bar-Gill, O., Sharar, O.B.: "Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Contract Law", *50 Common Market Law Review*, 2013, p. 109.

53 Ben-Shahar, O., Schneider, C.E.: "More Than You Wanted to Know*", Princeton UP*, 2014, 5f,110;Ben-Shahar,O.: "The Myth of the "Opportunity to Read" in Contract Law", *5 European Review of Contract Law 1*,2009. Ben-Shahar, O., Schneider, C.E.: "Coping with the failure of mandated disclosure", *11 Jerusalem Review of Legal Studies*, 2015, pp.83-93; Marotta-Wurgler ,F.: "Even more than you wanted to know about the failures of disclosure", *11 Jerusalem Review of Legal Studies*,2015,p. 63.

54 Porat, A., Strahilevitz, L.J.: "Personalizing default", cit. p. 1417.

55 Bar-Gill, O.: "Defending (smart) disclosure: A comment on More Than You Wanted to Know", *11 Jerusalem Review of Legal Studies*, 2015, p. 75.

56 Helleringer, G., Sibony, A. L.: "European Consumer Protection Through the Behavioral Lens", *23 Columbia Journal of European Law*, 2017, p. 621ff.

57 Busch, C.: "The future", cit. p. 230.

58 Busch, C.: "The future", cit. p. 231; Hacker, P.: "Personalizing EU" ,cit. p. 666ff.

governing them. To put it differently, personalizing disclosures of information has little in common with embarking on empirical research by means of guinea pigs, or similar experiments, aiming to ascertain the default rules which would better mimic the individual preferences of the different addressees of a norm.[59] By contrast, personification of information disclosures is pursued by obliging the more informed party, i.e. the business, to inquire of the less informed party, i.e. the consumer, about her personal characteristics and, consequently, to tailor information which most suits her profile and to present her with this tailored information. Therefore, the personalization of default norms pertains to legislation and is a job to be done by legislators, while the personalization of information disclosures pertains to business of conduct rules and is to be done by the parties themselves or, more accurately, by the more informed side, i.e. the business.

In the context of European contract law, uniform information is not properly aimed exclusively at the protection of the weaker party, or her awareness of contracts terms; rather, and maybe even to a greater extent, it also seeks to create a 'level playing field' for businesses of many different home countries, each of them compliant with a different national law.[60] To some extent, therefore, uniformity is paramount for the establishment of a single European market, given that it is confronted with twenty-seven national markets.

In the field of regulated financial services, particularly, European law promotes uniformity of information to overcome the national fragmentation of markets and legal systems.[61] From the viewpoint of private enforcement, uniformity of information enables consumers to compare on the same basis offers by suppliers of different nationalities and to assess and select the preferable one; it is intended to remedy adverse selection by consumers and moral hazard by professionals. From the viewpoint of public enforcement, uniformity of information is paramount for supervision by public authorities on the market, particularly when it stretches over transparency of contracts and fairness of conduct by traders.

With regard to credit services, the most important devices that European private law applies to convey uniform information are the following: 1) pre-contractual advertising and contractual indication of the annual percentage rate of charge (APR) for any credit arrangement, to represent the total costs of the

59 Porat, A., Strahilevitz, L.J.: "Personalizing default", cit. p. 1433 ff. For further reference, Busch, C., De Franceschi, A.: "Granular Legal",cit.p.420f.; Hacker, P.: "Personalizing EU",cit.p.670ff.

60 Grundmann, S.: "Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law", *Common Market Law Review* ,2002, vol.39, p. 269.

61 For an overall view, see Mak, V.: "The Consumer", cit. p. 314ff.; Colaert, V.: "Investor Protection in the Capital Market Union", in Busch, D., Avgouleas, E., Ferrarini, G. (eds) *Capital Market Union in Europe,* OUP, 2018, p. 342.

credit, including any fees, expenses, etc.';[62] APR constitutes a comprehensive score for the credit arrangement that must be calculated according to the mathematic formula provided in Annex II of both the Consumer Credit Directive and the Mortgage Credit Directive; 2) a standardized document that spells out the items of information indicated in these Annexes: in the Consumer Credit Directive such document is titled the Standard European Consumer Credit Information (SECCI);[63] in the Mortgage Credit Directive it is titled the European Standardised Information Sheet (ESIS).[64]

Yet, uniform information must be accompanied by some personalized disclosures. Particularly, the Mortgage Credit Directive stipulates expressly that pre-contractual information is to be 'personalized';[65] particularly, it has to 'include adequate specific risk warnings, for instance about the potential impact of exchange rate fluctuations on what the consumer has to repay and, where assessed as appropriate by the Member States, the nature and implications of taking out a security'.[66]

Moreover, the ESIS must have a user-friendly structure and indicate an illustrative amortization;[67] it must be drawn up with simple and understandable language.[68]

With regard to investment and insurance services, the provider must inform (prospective) clients about conflicts of interest.[69]

After summarizing some key-points of the European law on financial services, one may wonder whether the plea for personalized information is really of core importance for improving and sharpening consumer protection (or the functioning of the market). A tentative answer should move from the assumption that information about financial services, however simplified and/or personalized it may be, is too complex for clients, even if professionals. This assumption explains one of the reasons why these services may be provided exclusively by authorized

62 European Parliament and Council Directive 2008/48/EC of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC Directive 2008/48/EC [2008] OJ L 133/66 (hereinafter also referred to as the Consumer Credit Directive), art 5; European Parliament and Council Directive 2014/17/EU of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010 [2014] OJ L 60/34 (hereinafter also referred to as the Mortgage Credit Directive), art 11.

63 Consumer Credit Directive, annex II.

64 Mortgage Credit Directive, annex II.

65 Mortgage Credit Directive, art 14, para 1.

66 Mortgage Credit Directive, recital 22 and art 11.

67 Mortgage Credit Directive, recital 40.

68 Mortgage Credit Directive, recital 41.

69 MiFID II, art 23; European Parliament and Council Directive (EU) 2016/97 of 20 April 2016 on insurance distribution [2016] OJ L 26/19 (hereinafter also referred to as IDD), art 28.

intermediaries that are also subject to a system of supervision by public authorities, thereby ensuring not only their financial stability (prudential supervision) but also the transparency of their contracts and the fairness of their commercial practices. In fact, authorized intermediaries also play the role of honest brokers who explain information and make it more digestible to clients, especially when consumers.

It is therefore fully understandable that the European legislature aimed to achieve the personalization not of information as such, but of financial services contracts.[70]

To pursue this goal, European legislators applied two main types of devices: 1) with regard to investment and insurance services, pre-contractual tests of suitability or appropriateness of the contract in relation to the profile of the (prospective) client or customer;[71] 2) with regard to credit services, there is a pre-contractual assessment regarding the creditworthiness of the (prospective) client.[72]

The movement towards achieving a personalization of financial services contracts is specifically intertwined with the nature of such services. In fact, a fiduciary relation arises between the provider of financial services and its (prospective) clients.[73]

Generally, clients are not sufficiently acquainted with financial instruments or credit agreements and, therefore, they are *de facto* compelled to rely on the competence and professionality of the providers whom they trust. On the other side, the providers compete on the market by calling for the trust of their clients, who can make a choice based only on the competence and professionality of authorized intermediaries.

The fiduciary nature of the legal relation between the parties implies that the provider of financial services has a duty of loyalty and confidence towards the client. This duty, which is added to the bundle of obligations provided for by the common law of agency between the parties, has been 'translated' into a corpus of 'conduct of business rules', which have been laid down by self-regulatory organizations or public authorities responsible for the supervision of financial markets and traders of financial services.

70 On the personalized contracts at which European law on financial services aims, see Imbruglia, D.: *La regola di adeguatezza e il contratto,* Giuffrè , Milano,2017.

71 See paras 4.1. and 4.2.

72 See para 4.3.

73 Plato-Shinar, R., Weber, R. H.: "Three Models of the Bank's Fiduciary Duty", Law and Financial Markets Review, 2008, vol. 2, 422ff.

IV. THE PERSONALIZATION OF FINANCIAL SERVICES: THE KNOW-YOUR- CUSTOMER RULE IN INVESTMENT SERVICES.

Amongst the conduct of business rules that characterize the performance of investment services, one of the most important is that mandating the provider of such services to act in the best interest of the client.[74]

Up until the Great Depression of 1929 (Black Tuesday), the broker was granted full autonomy as to the choice of the investment that the client was to underwrite. The seriousness of this historical financial crisis taught, however, a lesson that had to be learnt by legislators and policymakers, obviously starting with those based in the United States of America. Thus, the rule was created according to which the broker could give advice on or perform only those financial services that she found suitable to her client's profile (suitability rule).

After being enacted by the United Kingdom (particularly through the 1986 Financial Services Act), the best interest rule spread to other legal systems and eventually became one of the tenets of European law on investment services.[75]

Pursuant to the rules provided by MiFID II,[76] the suitability test is required for the performance of investment services; for the other investment services listed in Annex I of the directive, a test of appropriateness is required instead. Both tests were streamlined in accord with the subjective categories into which the European legislature subdivided clients:[77] the main division is that between retail and professional clients, to which a further category was added, that of eligible counterparties. Moreover, professional clients are further subdivided into clients that are professional *per se* and clients that are elective professionals, i.e., those non-professional clients who, under given conditions, are allowed 'to waive some of the protections afforded by the conduct of business rules'.[78]

The least protected category of clients under MiFID II is that of eligible counterparties, which may be chosen by each Member State among the following subjects: investment firms, credit institutions, insurance companies, undertakings for collective investments in transferable securities (UCITS) and their management

74 MiFID, art 24, para 1, and recitals 91-97. See Enriques, L., Gargantini, M.: "The Overarching Duty to Act in the Best Interest of the Client", in Busch,D., Ferrarini, G. (eds): *Regulation of the EU Financial Markets. MiFID II and MiFIR*, OUP, 2017, 85ff.

75 See ESMA, "Final Report. Guidelines on certain aspects of the MIFID II suitability requirements", 28 May 2018, ESMA35-43-869.

76 MiFID II, art 25.

77 Kruithof, M.: "A Differentiated Approach to Client Protection: The Example of MiFID",in Grundmann, S., Atamer, Y.M.(eds) :*Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law: Failure and Challenges of Contracting* ,Wolters Kluwer, 2011,105ff.

78 MiFID II, annex II, part II.1. Particularly, this may be the case of public sector bodies, local public authorities, and municipalities, as well as of private individual investors.

companies,[79] pension funds and their management companies, other financial institutions authorized or regulated under Union law or under the national law of a Member State, national governments and their corresponding offices (including public bodies that deal with public debt at national level), central banks and supranational organizations.[80] Transactions concluded between investment firms and eligible counterparties are not generally subject to the suitability test,[81] unless the contracting eligible counterparty requests, either on a general form or on a trade-by trade basis, to be treated as a client whose business with the investment firm is subject to the suitability test.[82]

Compared to MiFID I, MiFID II significantly raised the degree of legal protection provided to eligible counterparties. This is due to the fact that financial crisis has in fact shown that also non-retail clients are exposed to significant risks when contracting with investment firms, since they do not always have the capacity to assess the characteristics of financial products.[83] For that reason, MiFID II extended to eligible counterparties certain duties of information and reporting of the contracting investment firm, which MiFID I had provided only towards retail and professional clients.

A peculiar case is that of municipalities and local public authorities, which suffered high financial losses due to swaps contracts they were advised to enter into in order to make fast cash (instead of reducing the exchange rate risk). A large litigation between such public entities and the contracting banks thus arose in the United Kingdom and several other member States of the European Union (credit default swaps litigation). For this reason, such public entities have been taken out of the category of eligible counterparties, nor are they considered as professional clients unless, as already pointed out, they request to be treated as such (elective professionals).

Apart from eligible counterparts, the division of clients between the categories of professional and retail is paramount; an investment firm's information duties are differentiated accordingly, being, of course, broader and deeper in respect of retail clients.[84]

The suitability test is foreseen in the event the services to be provided are investment advice and portfolio management. This test requires that the investment firm involved obtains from the client the necessary information regarding: 1) the

79 About UCITS products, see Mak (n 30) 330f.

80 MiFID II, art 30, para 2.

81 MiFID II, art 30, para 1.

82 MiFID II, art 30, para 2, subpara 1.

83 MiFID II, recital 104.

84 MiFID, art 24; MiFIR, arts 44-51.

client's financial experience and knowledge; 2) her financial situation, including her ability to bear losses; 3) her investment objectives, including her risk tolerance.[85]

However, the duty of the investment firm involved to obtain such information is relaxed if the service is to be provided to a professional client. In that case, in fact, it is to be generally assumed that such a client possesses the necessary level of financial experience and knowledge regarding the envisaged products, transactions, and services;[86] particularly, if it is deal with a client that is a *per se* (and not an elective) professional, it is also to be generally assumed that she is financially able to bear any related investment risk.[87]

A specific report is due by investment firms providing investment advice to a retail client; the report is to include an outline of the advice given and how the recommendation provided is suitable for the client.[88] Before the transaction is concluded, the investment firm is, on a durable medium, to provide the retail client with a statement on suitability specifying how that advice meets her preferences, objectives, and other characteristics.[89]

Where such information is not provided, an investment firm is prohibited from recommending investment services or financial instruments to a (prospective) client;[90] the same applies in the event none of the services or instruments are suitable for the client.[91]

For other investment services, a test of appropriateness is foreseen whereby the investment firm involved is required to have obtained solely the necessary information regarding the client's financial knowledge and experience.[92]

However, an investment firm is entitled to assume that a professional client has the experience and knowledge needed to understand the financial risk at stake.[93]

By contrast, none of the 'know-your-customer' tests have to be applied to 'execution only' transactions, which consist of the mere reception and transmission of client orders (whether or not accompanied by any of the ancillary services

85 MiFID II, art 25, para 2.

86 MiFIR, art 54, para 3, subpara 1.

87 MiFIR, art. 54, para 3, subpara 2. By contrast, as stated in MiFID II, annex II, part II.1., elective professional clients will not 'be presumed to possess market knowledge and experience comparable to that' of *per se* professional clients.

88 MiFIR, art 54, para 12, subpara 1.

89 MiFID, art 25, para 6, subpara 2, and recital 82.

90 MiFIR, art 54, para 8.

91 MiFIR, art. 54, para 10.

92 MiFID II, art 25, para 3.

93 MiFIR, art 56, para 1, subpara 2.

specifically listed in the directive).[94] In order to be exempted, however, such services must fulfil three criteria: 1) they involve non-complex financial instruments, like shares and simple bonds;[95] 2) they are provided at the initiative of the client; 3) the latter must be informed that no 'know-your-customer' obligations apply.

However, it should be observed that the suitability regime tends to be pervasive, since European and national supervising authorities, including the Committee of European Securities Regulators (CESR), put a strong emphasis on individual advice and define it in a very broad way.[96] Particularly, even spot advice on a single product, where an 'execution only' transaction is accomplished, is considered by regulatory authorities to qualify as individual advice such that the suitability regime is deemed applicable.[97]

The ECJ has spelled out that the exclusion of suitability and appropriateness tests prior to the performance of investment services must be understood as exceptional since the tests constitute the bulk of MiFID II regulations; instances where such tests are excluded are therefore to be considered under strict and narrow interpretation.[98]

1. The know-your-customer rule in insurance services.

Also regarding the performance of insurance contracts, the European legislature has provided tests on suitability and appropriateness that are aligned with those required in the field of investment services; also stipulated are reporting duties to customers.[99]

2. The know-your-customer rule in credit banking.

The rules enacted by the European Union with regard to contracts for credit services are centered upon an assessment of creditworthiness that must be conducted and communicated to the (prospective) client before she is bound by any credit agreement.

94 MiFID II, art 25, para 4.

95 An indicative list of non-complex financial instruments is given by MiFID II, art 25, para 4, lit. (a). The criteria for assessing which financial instruments are to be considered as non-complex are spelt out by art. 57 MiFIR. For indications of compliant implementation, see ESMA, 'MiFID II Supervisory briefing. Appropriateness and execution-only', 4 April 2019, ESMA35-36-1640.

96 See also MiFID II, recital 85, in that it excludes that a service may be considered as provided at the initiative of the client insofar as 'the client demands it in response to a personalized communication from or on behalf of the firm to that particular client, which contains an invitation or is intended to influence the client in respect of a specific financial instrument or specific transaction'.

97 CESR, 'MiFID complex and non-complex financial instruments for the purposes of the Directive's appropriateness requirements', 3 November 2009, CESR/09-559.

98 Case 604/11 *Genil 48 SL and Comercial Hostelera de Grandes Vinos SL v Bankinter SA and Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, ECLI:EU:C:2013:344. For a comment, see Grundmann, S.: "The Bankinter Case on MIFID Regulation and Contract Law", *9 European Review of Contract Law*, 2013, p. 267.

99 IDD, art 30.

The Consumer Credit Directive of 2008 assigned great importance to creditworthiness assessment, which aims to hinder irresponsible commercial lending practices by creditors.[100] Similarly, major emphasis was put on such assessment by the Mortgage Credit Directive of 2014[101], which was adopted in the wake of the big financial crisis[102]: the subprime loan vicissitudes on the U.S. banking market had in the meantime taught the lesson that extending credit when the value of the mortgage that serves as a collateral is below the threshold required to cover the debt of the borrower, or when the overall burden of the debt is disproportionate to the borrower's overall financial situation, means creating a risk that may spread to the overall financial system, and in any case risks undermining the trust of consumers in such a system.[103]

In order to promote practices of responsible lending, therefore, the Mortgage Credit Directive applies two main devices: 1) an appropriate evaluation of residential immovable property;[104] 2) an assessment of creditworthiness that is made prior to the conclusion of any credit arrangement.[105] Furthermore, European legislators have required the Member States to support financial education of consumers, an idea that equally serves the purpose of promoting responsible lending practices by creditors.[106]

Under the Mortgage Credit Directive, assessment of responsible lending must be conducted by taking into consideration all necessary and relevant factors that can influence a consumer's ability to repay the credit over her lifetime.[107] In particular, in order to rank a prospective borrower as creditworthy, it does not suffice that the value of the residential immovable property exceeds the amount of the credit; even less compelling is the assumption that such property's value will increase.[108] Furthermore, the capacity of the consumer to transfer part of the

100 Atamer, Y.M.: "Duty of Responsible Lending: Should the European Union Take Action?", in Grundmann, S., Atamer, Y.M. (eds)*Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law: Failure and Challenges of Contracting*, Wolters Kluwer, 2011, p. 179. Onyeka, K.O.: "Responsible Lending: Consumer Protection and Prudential Regulation Perspectives", in Karen Fairweather, K., O'Shea, P., Grantham, R. (eds): *Credit, Consumers and the Law: After the Global Storm,* Routledge 2017,62ff.

101 Anderson,M.,Arroyo Amayuelas, E.: "The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe: Contrasting Views from Member States"*, Europa Law Publishing* ,2017.

102 Schmidt, J., Esplugues, C., Arenas, R.: *EU Law after the Financial Crisis,* Intersentia, 2016.

103 Mortgage Credit Directive, Recital 3.,

104 Mortgage Credit Directive, art 19 and recital 26.

105 Mortgage Credit Directive, art 18 and recitals 55-61.

106 Mortgage Credit Directive, art 6 and recital 29. Even if it is dealt with just one article, it is significant that it has been placed in an autonomous chapter, the second, of the directive; this choice of the European legislature is due to the importance it attributes to the financial education of consumers. See. Patti, F.P.: "L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relative a beni immobili residenziali)" ,*Contratto* e *impresa* ,2015,p.1423.

107 Mortgage Credit Directive, art 18, para 1, recital 55.

108 Mortgage Credit Directive, art 18, para 3, recital 55.

credit risk to a third party should not lead the creditor to ignore the conclusions of the creditworthiness assessment.[109]

The source of information on which creditworthiness is to be assessed is the prospective borrower herself,[110] although the creditor has the duty to verify the information appropriately, including through reference to independently verifiable documentation when necessary.[111] In order to conduct such an evaluation, the creditor has the right to access credit databases, operated either by private credit bureaus or by credit reference agencies, and public registers.[112]

With regard to the Consumer Credit Directive, the ECJ stated: 'Notwithstanding the pre-contractual information which must be provided [...], the consumer may, before entering into the credit agreement, still need additional assistance in order to decide which credit agreement is the most appropriate for his needs and his financial situation'.[113] Although all obligations envisaged are pre-contractual and no indication about the chronological order of their fulfillment was given by the legislature, it was held that 'the assessment of creditworthiness means that the adequate explanations provided need to be adapted and that those explanations must be communicated to the consumer in good time before the credit agreement is signed, without this, however, requiring a specific document to be drawn up'.[114]

Although both European directives on credit services clearly set out that the creditor is obliged to give 'adequate information' to a prospective client,[115] they did not go so far as stipulating that the creditor is required to provide advice to the consumer. In particular, therefore, the creditor is not obliged to advise the consumer as to the credit agreement that is best suited to her interests, nor does the creditor have a duty to refrain from entering into a credit agreement that proves inappropriate in light of the consumer's interests (e.g., when it puts the consumer in a situation of over-indebtedness). Advice is governed by the credit service directives as a financial service in its own right.[116]

109 Mortgage Credit Directive, recital 57.

110 Mortgage Credit Directive, art 18 and recital 58.

111 False or inaccurate information as such does not entitle the creditor to terminate the contract (Mortgage Credit Directive, recital 58), unless it is demonstrated that the consumer knowingly withheld or falsified it (Mortgage Credit Directive, art 20, para 3, subpara 2).

112 Mortgage Credit Directive, art 21 and recital 59.

113 Case 449/13, *CA Consumer Finance SA v Ingrid Bakkaus, Charline Bonato (née Savary) and Florian Bonato*, ECLI:EU:C:2014:2464, para 41.

114 Case 449/13 (n 113) para 41.

115 Consumer Credit Directive, art 5, para 6; Mortgage Credit Directive, art 16 and recital 48.

116 Mortgage Credit Directive, art 22 and recitals 63-65.

Such an obligation of advising the consumer had been provided by the first proposal for the Consumer Credit Directive,[117] but it was later abandoned in the modified proposal of 2005.[118] This amendment was explained by the European Commission by saying that, in response to a request by the banking sector and some of the Member States, it was compelled to declare that it is the consumer who is ultimately responsible for her final decision whether or not to enter into a given credit agreement.[119] The duty of the creditor is, therefore, to put the consumer in a position to adequately assess the advantages and disadvantages of a credit agreement and to strike the appropriate balance.

This framework is consistent with the rules enacted by European legislators with regard to financial services. The MiFID II directive designates advice as an autonomous service;[120] the same applies to insurance services.[121]

Nevertheless, the ECJ came to the conclusion that the Consumer Credit Directive does not prevent a national legislation (like the Belgian one) from stipulating that the creditor and the credit intermediary are obliged to ascertain amongst the credit agreements that they usually offer or intermediate the type and amount of credit most suitable (i) to the overall financial situation of the consumer at that moment and (ii) to the objective pursued by the contract.[122]

Moreover, according to article 18, paragraph 5, lit. (a), of the Mortgage Credit Directive, the creditor is to refrain from entering into a credit contract where the result of the creditworthiness assessment indicates that the consumer is not likely to meet in the required manner the obligations prospectively arising from the credit agreement.

On the contrary, the Consumer Credit Directive 'does not contain any provision regarding the course of action to be taken by the creditor in case of doubts as to the creditworthiness of the consumer'. Based on its Recital 26 it has been tentatively assumed that, where the assessment of creditworthiness is negative, the creditor has to warn the consumer but is not obliged to refrain from entering into a credit arrangement with her.[123]

117 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning credit for consumers, COM (2005) 443 final.

118 Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on credit agreements for consumers amending Council Directive 93/13/EC, COM (2005) 483 final.

119 Case 377/14 *Ernst Georg Radlinger and Helena Radlingerová v Finway a.s.*, ECLI:EU:C:2015:769, para 64; Case 58/18 *Michel Schyns v Belfius Banque SA*, ECLI:EU:C:2019:467, para 34.

120 MiFID II, art 24.

121 IDD, art 20.

122 Case 58/18 (n 119) paras 35-36.

123 Rott, P.: "Consumer credit", cit.,p.199; Mak, V.: "The Consumer",cit.,p.322.

Yet, the ECJ came to the conclusion that the Consumer Credit Directive does not prevent a national legislation (like the Belgian one) from imposing such an obligation on the creditor 'if he cannot reasonably take the view, following the check of the consumer's creditworthiness, that the consumer will be able to fulfill the obligation arising from the proposed agreement'.[124]

V. SOME FINAL REMARKS.

In summation, the trend fostered by European law towards a personalized contract is dependent on the fiduciary obligation which is characteristically assigned to the traders of financial services; it impinges on the duty to act in the best interest of the client.[125]

Accordingly, the same trend is not to be broadened to general contract law, where no duties of confidence or trust bind one contracting party, even if a professional, towards the other one, even if a consumer. Although most European countries may wish to adhere to good faith requirements in negotiations and the performance of a contract, this cannot imply an obligation to act in the best interest of the other party and to advise the latter prior to and during the performance of contract.

The starting point is that European contract law has been designed and enacted as a technique to overcome the fragmentation of national markets and to construct a single market. From a constitutional viewpoint, the conferral of legislative competence to the Union on private law is aimed at the establishment and functioning of the internal market and solely to this extent does the European Union have an undisputed competence to adopt legislative measures for the approximation of national laws, at least where the ordinary legislative procedure is followed[126].

In other words, the primary goal of European contract law is that of creating a 'level playing field' for businesses and, therefore, to remove national hurdles and barriers to cross-border transactions.

It is undeniable that consumer protection should be conceived against the backdrop of a continuum of weaker parties,[127] which may eventually encompass small and medium-sized enterprises. However, the justifications for such protection

124 Case 58/18 (n 119) para 49.

125 See para 4.1.

126 Cfr. Gutman, K.: *The Constitutional Foundations of European Contract law: A Comparative Analysis*, Oxford University Press,UK,2014,277ff. and Kaupa, C.: *The Pluralistic Character of the European Economic Constitution,* Hart, Ebook, 2016.

127 Grundmann, S.: "Targeted Consumer", cit. p. 224.

must be consistent with the foundations of European contract law, a framework that is fashioned not only by the multi-levelled interplay with the national laws of Member States but also by its institutional goal of securing the establishment and functioning of an internal market (article 114 and article 26 TFEU).[128]

As has been demonstrated[129], the weakness of consumers as such is deemed to justify consumer protection only insofar as it creates the risk of a failure of internal market; in that case, European legislators and policymakers are called upon to enact appropriate legislative regulations that aim at neutralizing the risk. By contrast, if consumers are affected by individual and subjective weaknesses – on account of cognitive errors and bias (like most factors vitiating contractual will)[130] – justification for legislative regulation is not self-evident. Instead, each measure of the kind must be supported and justified by mandatory reasons of public good, that have to be demonstrated by the European legislator.

Insofar as cognitive errors and bias expose the consumer to the risk of an economic loss, the loss is going to be suffered by that individual herself and no regulatory intervention by European legislators would be justified. Different is the case where cognitive errors and bias expose the consumer to the risk of an existential loss.

A loss may be deemed existential not only when health and human life or other inviolable rights of the person are endangered, but also when a threat is posed to interests, albeit economic interests, that may affect other existential aspects of the consumer.[131] This is generally the case of financial services – not only because they may well create the danger of an economic loss much higher than that which may be incurred day-to-day and therefore affect the consumer for the rest of her life, but also because this kind of service may involve pensioning funds and other resources ensuring financial security at later stages of life.

Secondly, to better serve the purpose of personalizing financial services contracts, greater personalization of information rules (particularly of disclosure) may be welcome, but it is not likely to represent a significant innovation.

In fact, information is too complex to be personalized in a way that can actually enable the client (particularly the consumer) to master it. The role of intermediaries as 'honest brokers' is still paramount.

128 See para 2.

129 Grundmann, S.: "Targeted Consumer, cit. p. 224.

130 Patti, F.P.: "Fraud' and 'Misleading Commercial Practices": Modernising the Law of Defects in Consent", *12 European Review of Contract Law*, 2016, p. 307.

131 Grundmann, S.: "Targeted Consumer", cit. p. 232.

Therefore, such intermediaries should be explicitly obliged to provide in the pre-contractual stage fitting advice for any prospective clients. Particularly, they should be held liable in damages in the event clients enter into a contract that creates over-indebtedness.

BIBLIOGRAPHY

ANDERSON, M., ARROYO AMAYUELAS, E.: *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe: Contrasting Views from Member States,* Europa Law Publishing, 2017.

ARMBRÜSTER, C.: "Sub §138 ", *Münchener Kommentar zum BGB*, CH Beck, 2018.

ATAMER, Y.M.: "Duty of Responsible Lending: Should the European Union Take Action?", in GRUNDMANN, S., ATAMER, Y. M. (eds): *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law: Failure and Challenges of Contracting*, Wolters Kluwer, 2011, p.179.

AUER, M.: *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit,* Mohr Siebeck, 2005.

BAR-GILL, O.: "Defending (smart) disclosure: A comment on More Than You Wanted to Know", *11 Jerusalem Review of Legal Studies*, 2015, p. 75.

BAR-GILL, O., SHARAR, O.B.: "Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Contract Law", *50 Common Market Law Review*, 2013, p. 109.

BAR-GILL,O.: "Algorithmic Price Discrimination. When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)perceptions" *University of Chicago Law Review*, 2019, Vol. 86, p. 217.

BEN-SHAHAR, O., SCHNEIDER, C.E.: *More Than You Wanted to Know,* Princeton UP, 2014, 5f,110.

BEN-SHAHAR, O., PORAT, A.: "Personalizing Mandatory Rules in Contract Law", *86 Chicago University Law Review*, 2019, p. 255.

BEN-SHAHAR, O., PORAT, A.: "Personalizing negligence law", *New York University Law Review*, 2016, p. 627.

BEN-SHAHAR, O.: "The Myth of the "Opportunity to Read" in Contract Law', *5 European Review of Contract Law 1*, 2009.

BEN-SHAHAR, O., SCHNEIDER, C.E.: "Coping with the failure of mandated disclosure", *11 Jerusalem Review of Legal Studies* ,2015, pp.83-93.

BIEN,F., BORGHETTI J.S.: *Die Reform der französischen Vertragsrechts. Ein Schritt zu mehr europäischer Konvergenz?*, Mohr Siebeck, 2018.

BROWNSWORD, R., ROB, A.J., VAN,G., MICKLITZ, H.W. :*Contract and Regulation. A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law*, Edward Elgar, 2017.

Busch, C., De Franceschi, A.: "Granular Legal Norms: Big Data and the Personalization of Private Law", in Mak, V., Tjong, E., Tai, T., Berlee, A. (eds): *Research Handbook in Data Science and Law*, Edward Elgar Publishing 2019, 408ff.

Busch, C.: "Implementing Personalized Law: Personalized Disclosures in Consumer Law and Data Privacy Law", *University of Chicago Law Review 309*, 2019.

Busch, C.: "The future of pre-contractual information duties: from behavioural insights to big data", *Twigg Flessner*, (n 31) 224ff.

Canaris, C.W.: "Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner "Materialisierung", *20 Archiv für die civilistische Praxis* , 2000, p 273.

Cartwright, P.: "The consumer image within EU law", *Twigg-Flessner* (n 31), 199ff.

Cartwright, J., Fauvarque-Cosson, B., Whittaker , S. (eds): *La réécriture du code civil : le droit français après la réforme de 2016* , Société de législation comparée, 2018.

Casey, A.J., Niblett, A.: "Framework for the New Personalization of Law", *86 University of Chicago Law Review*, p. 335.

Casey, A. J., Niblett, A.: "The Death of Rules and Standards", *Indiana Law Journal*, 2017, vol. 92, p.1401.

Colaert, V.: "Investor Protection in the Capital Market Union", in Busch, D., Avgouleas, E., Ferrarini,G. (eds):*Capital Market Union in Europe,* OUP, 2018,p. 342.

Comparato, G., Micklitz ,H.W., Svetiev, Y.: "The regulatory character of European private law", in Twigg-Flessner, C.(ed):*Research Handbook on EU Consumer and Contract Law* ,Edwar Elgar Publishing ,2016,35ff.

Daly, A.: *Private Power, Online Information Flows, and EU Law: Mind the Gap*, Hart, 2016.

Dehayes O, Genicon, T., Laithier, Y.M.: *Réforme du droit des contrats, du regime general et de la prevue des obligations: Commentaire article par article* , Lexis Nexis, 2018,2nd edn,266ff.

Devolder, B.(ed): *The Platform Economy. Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries,* Intersentia, 2019.

Enriques, L., Gargantini, M.: "The Overarching Duty to Act in the Best Interest of the Client", in Busch, D., Ferrarini, G.(eds):*Regulation of the EU Financial Markets. MiFID II and MiFIR*,OUP,2017, 85ff.

Falzea, A.: *Il soggetto come fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1939.

Fischinger, P.S.:"Sub § 138 ",*Staudingers Kommentar zum BGB* ,de Gruyter, 2017.

Grundmann, S.: "Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law", *Common Market Law Review*, 2002, vol. 39, p. 269.

Grundmann, S.: "Privatrecht und Regulierung", in Auer, M., Grigoleit, H.G., Hager,J. and others (eds):*Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag,* de Gruyter 2017, 907ff.

Grundmann, S.: "The Bankinter Case on MIFID Regulation and Contract Law", *9 European Review of Contract Law*, 2013, p. 267.

Grundmann, S. (ed): *European Contact Law in the Digital Age*, Intersentia, 2018.

Gutman, K.: *The Constitutional Foundations of European Contract law: A Comparative Analysis* , Oxford University Press,UK,2014, 277ff.

Habermas, J.: *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, 1992, p. 498.

Hacker, P.: "Nudge 2.0 – The Future of Behavioural Analysis of Law, in Europe and Beyond", *24 European Review of Private Law*, 2016, p. 297.

Hacker, P.: "Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates", *25 European Review of Private Law 651*, 2017.

Hacker, P.:*Verhaltensökonomik und Normativität*, Mohr Siebeck, 2017.

Hegel, G,W.F.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (first published 1821) § 211.

Helleringer, G., Sibony, A. L.: "European Consumer Protection Through the Behavioral Lens", *23 Columbia Journal of European Law*, 2017, 621ff."

Hellgarth,A.: *Regulierung und Privatrecht: Staatliche Verhaltenssteurung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung*, Mohr Siebeck, 2016.

Herrler S,:"Sub § 105a ", *Staudingers Kommentar zum BGB*, de Gruyter, 2017.

Hildebrandt M.,De Vries, K.(eds).: *Privacy, Data Process and the Computational Turn: The philosophy of law meets the philosophy of technology,* Routledge, 2013.

Imbruglia, D.: *La regola di adeguatezza* e *il contratto,* Giuffrè, Milano, 2017.

Kant, I.: *Die Metaphysik der Sitten* (first published 1797, Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken) 230, § C: 'Allgemeines Princip des Rechts'.

Kaupa, C.: *The Pluralistic Character of the European Economic Constitution,* Hart, Ebook, 2016.

Klinck,F.,Riesenhuber,K.:*Verbraucherleitbilder. Interdisziplinäre und europäische Perspektive,*de Gruyter, 2015.

Kruithof, M.: "A Differentiated Approach to Client Protection: The Example of MiFID", in Grundmann, S., Atamer, Y.M.(eds):*Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law: Failure and Challenges of Contracting* ,Wolters Kluwer, 2011,105ff.

Lessig, L.: *Code and Other Laws of Cyberspace,* Basic Books, 1999.

Maggiolino, M.: "Personalized Prices in European Competition Law", *Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2984840 "https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2984840" accessed 30 May 2019.*

Maggiolino, M.: *I Big Data* e *il diritto antitrust,* Egea, 2018.

Maggiolino,M.: "Big data e prezzi personalizzati",*Concorrenza* e *mercato, numero speciale, Big Data* e *concorrenza*, 2016, vol. 23, p.95.

Mak,V.: 'The "average consumer" of EU law in domestic litigation: Examples from consumer credit and investment cases', *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series*, 2012, issue n 4, 5.

Mak,V.: "The Consumer in European Regulatory Private Law", in Leczykiewicz,D.,Stephen Weatherhill,S.(eds):*The Images of the Consumer in EU Law. Legislation, Free Movement and Competition Law*, Hart Publishing, 2016, 381ff.

Marotta-Wurgler,F.: "Even more than you wanted to know about the failures of disclosure" , *11 Jerusalem Review of Legal Studies*,2015, p. 63.

Medicus, D.: *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?: Erscheinungsformen, Gefahren, Abhilfen*, O Schmidt, 1994.

Mezzanotte ,F.: "L'appartenenza come tecnica di regolazione (a proposito di "Regulatory Property Rights")", *Rivista critica di diritto privato*, 2016, p. 635.

Micklitz, H.W., Svetiev,Y.,Comparato,G.: "European Regulatory Private Law – The Paradigm Tested," *EUI Working Paper Law*, 2014.

Micklitz,H.W., Svetiev,Y.(eds): "A Self-sufficient European Private Law: A Viable Voncept?", *EUI Working Paper Law*, 2012, issue n 31.

Micklitz,H.W.,Sibony,A.L.,Esposito,F.:*Research Methods in Consumer Law: A Handbook*,Edward Elgar, 2018.

Micklitz, H.W.: "The Visible Hand of European Regulatory Private Law-The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation", *28 Yearbook of European Law 3,* 2009.

Onyeka,K.O.: "Responsible Lending: Consumer Protection and Prudential Regulation Perspectives", in Karen Fairweather, K., O'Shea, P., Grantham, R. (eds) :*Credit, Consumers and the Law: After the Global Storm,* Routledge 2017, 62ff.

Patti, F.P.: "L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relative a beni immobili residenziali)", *Contratto e impresa*, 2015, p. 1423.

Patti, F.P.: "Fraud' and 'Misleading Commercial Practices": Modernising the Law of Defects in Consent", *12 European Review of Contract Law*, 2016, p. 307.

Plato-Shinar, R., Weber, R.H.: "Three Models of the Bank's Fiduciary Duty", *Law and Financial Markets Review*, 2008, vol. 2, 422ff.

Poelzig, D.: *Normdurchsetzung durch Privatrecht,* Mohr Siebeck, 2015.

Poncibò,C.: "The average consumer, the unfair commercial practices directive and the cognitive revolution",*Journal of Consumer Policy*, 2007, vol. 30, p. 21.

Porat,A.,Strahilevitz,L.J.: "Personalizing default rules and disclosure with big data", *112 Michigan Law Review*, 2014, p. 1421.

Reich, R., Micklitz, H.W.: "Economic law, consumer interests, and EU integration", in Reich, N., Micklitz, H.W., Rott, P., Tonner, K.: *European Consumer Law*, Intersentia, 2014, 2nd edn,46f.

Resta, G.: "Digital platforms and the law: contested issues", *Media Law*s, 2019, issue 1, p. 231.

Schmid, C.:*Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union. Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung,* Nomos, 2010.

Schmidt, J., Esplugues, C., Arenas, R.: *EU Law after the Financial Crisis,* Intersentia, 2016.

Schüller, B.:"The definition of consumers in EU law", in Devenny, J., Kenny, M.(eds):*European Consumer Protection: Theory and Practice,* CUP, 2012, p.123. Spickhoff, A :" Sub § 105a ", *Münchener Kommentar zum BGB* ,CH Beck ,2018.

Svetiev, Y.: "European Regulatory Private Law: From Conflicts to Platforms", in Purnhagen, K.,Rott,P.(eds):*Varieties of European Economic Law and Regulation*, Springer, 2014, 153ff.

Twigg-Flesner, C.: "Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law", in De Franceschi,A. (ed): *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, 2017,21ff.

Verstein, A.: "Privatizing Personalized Law", 86 *University of Chicago Law Review*, 2019, p. 551.

Wagner G., Eidenmüller, H.: "Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences: Regulating the Dark Side of Personalized Transactions", *University of Chicago Law Review*, 2019, vol. 86, p. 581.

Wagner, G.:"Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie? ", in Blaurock, U., Hager, G.(eds): *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, Nomos, 2010, 13ff.

Weatherhill, S.: "Who is the average consumer?", in Weatherhill, S., Bernitz, U. (eds): *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29,* Hart Publishing, 2007, 115ff.

Wilhelmsson, T.: "Twelve Essays on Consumer Law and Policy", University of Helsinki, 1996, 105ff.

Wolf, M., Neuner, J.: *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, CH Beck 2016,11th edn,128ff.

CONSUMATORE E PROSUMERISMO ENERGETICO NEL QUADRO REGOLATORIO EUROPEO

CONSUMERS AND ENERGY PROSUMERISM IN THE EUROPEAN REGULATORY FRAMEWORK

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3290-3317

Lucia RUGGERI

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Comprendere l'evoluzione della definizione di consumatore permette di individuare in quale modo operi il prosumerismo nel mercato energetico.Il prosumer costituisce il punto di arrivo di un'evoluzione delle esigenze di protezione dei contraenti c.dd. deboli in mercati quali quello bancario e finanziario dove la giurisprudenza della Corte europea, utilizzando l'arma dell'interpretazione funzionale, ha piano piano ampliato l'ambito di tutela. Si pensi all'elaborazione della categoria dei "contratti a duplice scopo" e all'applicazione delle tutele del consumatore anche quando sia presente un'attività professionale purché "marginale".Il prosumer, consumatore che produce l'energia che utilizza, è al centro del nuovo quadro regolatorio europeo quale attore chiave del nuovo mercato energetico decentralizzato. Le Direttive europee n. 2001 del 2018 e n. 944 del 2019, recepite dall'Italia rispettivamente con i d.lg. 199 e 210 del 2021, affinano la protezione del cliente energetico con una tutela differenziata che tiene conto sia delle modalità di consumo (individuale o collettivo) e di produzione (comunità energetiche), sia della vulnerabilità dei consumatori energetici.

PALABRAS CLAVE: Consumatore; prosumatore; mercato; energetico; comunità energetica; contratto.

ABSTRACT: *To understand who the consumer is helps us to identify how prosumerism operates in the energy market. The prosumer constitutes the arrival point of the defense of the weaker party in markets, such as the banking and financial ones, where the Court of Justice's case-law used the weapon of the "functional interpretation" to gradually enlarge the object of the protection. The main steps of this path are constituted by the category of "dual purpose contracts" and the application of consumer protection even where there is a professional activity provided that it is "marginal". The energy prosumer is at the hearth of the new European regulatory framework; he is a key player in the new decentralized energy market. The EU Directives 2001/2018 and 944/2019, in Italy respectively implemented by the Legislative Decree 199 and 210/2021, modulated the protection through a multi-level approach on the basis of the types of energy consumption (individual or collective) and energy production (energy communities) and level of vulnerability of each energy consumer.*

KEY WORDS: Consumer; Prosumer; Energy Market; Energy community; Contract.

SUMARIO.- I. DAL CONSUMATORE AL CLIENTE.- II. EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI CONSUMATORE IN CHIAVE FUNZIONALE. DAL CONTRAENTE DEBOLE AL CONTRAENTE VULNERABILE.- III. IL DUPLICE SCOPO DELL'ATTO DI CONSUMO. IL PROBLEMA DELLA "MARGINALITÀ" DELL'ATTIVITÀ PROFESSIONALE. LA SOLUZIONE DEL GSE.- IV. IL CONSOLIDAMENTO DELL'ESTENSIONE DELLA TUTELA CONSUMERISTICA NELLE DIRETTIVE N. 770 E N. 771 DEL 2019. IL PROSUMERISMO ENERGETICO.- V. I NUOVI SOGGETTI GIURIDICI DELLA TRANSIZIONE ENERGETICA: PROSUMER E PROSUMAGER, COMUNITÀ ENERGETICHE.- 6. PLURALITÀ DI FONTI, DELEGIFICAZIONE E RUOLO DELL'INTERPRETE.

I. DAL CONSUMATORE AL CLIENTE.

La normativa europea in materia di mercato energetico può essere, a ragione, considerata un interessante punto di osservazione per comprendere l'evoluzione del consumerismo nell'Unione europea[1]. È proprio in questo mercato che, prima e meglio di altri, si è verificato un ripensamento della nozione di consumatore[2], non piú categoria monolitica, bensí nozione operativa e dinamica, ricavabile, di volta in volta, dal contesto in cui il consumatore opera[3].

La legislazione in materia di consumo, sviluppatasi massimamente a partire dagli anni '90, aveva condotto ad una sorta di sclerotizzazione del concetto di consumatore individuato da un lato sulla base della tipologia di attività giuridica compiuta (l'acquisto di un bene o di un servizio), dall'altro avendo riguardo all'assenza di nessi con l'eventuale attività professionale svolta[4]. Il complesso e articolato sistema di tutele messo progressivamente in campo dall'Unione europea aveva anche condotto ad una delimitazione del concetto giuridico di consumatore che veniva identificato esclusivamente nella persona fisica che compiva l'atto di consumo[5].

1 In argomento v. Perlingieri, P.: "La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam", in Perlingieri, P. e Caterini, E. (a cura di): *Il diritto dei consumi*, I, Rende-Napoli, 2005, p. 18 ss.; Reich, N., Micklitz, H.-W., Rott, P. e Tonner, K.: *European Consumer Law*, Cambridge, 2014, *passim* ed Lombardi, E.: "Il consumerismo italiano in una visione d'insieme: del 'prendere coscienza dei mutati e mutevoli umori delle cose?'", *Studium iuris*, 2011, p. 613 ss. Con specifico riguardo al consumatore energetico v. Giobbi, M.: *Il consumatore energetico nel prisma del nuovo quadro regolatorio italo-eurounitario*, Napoli, 2021, p. 42 ss.

2 In argomento si rimanda a Tenreiro, M.: "Un code de la consommation ou un code autour du consommateur? Quelques réflexions critiques sur la codification et la notion du consommateur", in Krämer, L., Micklitz, H.-W. e Tonner, K. (a cura di): *Law and diffuse Interests in the European Legal Order. Liber amicorum Norbert Reich*, Baden-Baden, 1997, p. 349.

3 Per un esame delle principali innovazioni legislative v. Rizzo, V.: "La riforma del codice del consumo nel prisma delle fonti", *Le Corti umbre*, 2015, p. 412 ss.

4 In argomento v., per tutti, Agrifoglio, G.: "Professionisti e consumatori nella società liquida: dagli "status" agli stati, ovvero da Diocleziano a Bauman", *Pol. dir.*, 2020, p. 205 ss.

5 La dottrina si è ampiamente occupata dell'impatto delle regole europee sul diritto nazionale in materia di protezione del consumatore. Per tutti v. Rizzo, V.: *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Camerino-Napoli, 1994, *passim*; Id., *Trasparenza e «contratti del*

• Lucia Ruggeri
Professore ordinario di dirito privato, Università de Camerino. E-mail: lucia.ruggeri@unicam.it

Di recente, però, le esigenze di protezione sono divenute talmente evidenti che a mano a mano questa rigida classificazione ha finito per ammorbidirsi[6]. In alcuni mercati, come ad esempio il mercato bancario e quello finanziario[7], si è fatto ricorso alla categoria giuridica del «cliente»[8] in grado di ricomprendere al suo interno non solo persone fisiche, ma anche persone giuridiche e, piú in generale, professionisti. Sulla stessa linea nel mercato energetico è presente il concetto di "cliente" che trascende la categoria del consumatore inteso come persona fisica giungendosi ad elaborare protezioni a carattere generalizzato[9].

Tanto i mercati bancario e finanziario quanto il mercato energetico sono caratterizzati dalla presenza di grandi operatori professionali nei cui confronti lo spazio lasciato alla libertà di negoziare contenuti contrattuali risulta davvero limitato[10]. Non è pertanto un caso che in queste tipologie di mercato si sia scelto di tarare la protezione in modo generalizzato per qualunque tipo di cliente cosí da ricomprendere anche professionisti e non solo persone fisiche[11].

Si pensi, ad esempio, alla definizione di "cliente idoneo" operante sia nel mercato dell'energia elettrica che in quello del gas naturale. Esso può essere

consumatore» (la novella al codice civile), Camerino-Napoli, 1997, *passim*; Alpa, G.: *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1999, *passim*; Minervini, E.: *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, *passim*; Chinè, G.: "Il consumatore", in Lipari, N. (a cura di): *Tratt. dir. priv. eur.*, 2ª ed., I, Cedam, Padova, 2003, p. 435 ss.; Calvo, R.: "I contratti del consumatore", in Galgano, F. (a cura di): *Tratt. dir. comm.*, XXXIV, Padova, 2005, *passim*; Zoppini, A.: "Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza", *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 536 ss.; Capobianco, E. e Perlingieri, G. (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009, *passim*; Granelli, C.: "Il codice del consumo a cinque anni dalla sua entrata in vigore", *Obbl. contr.*, 2010, p. 731 ss.; Rizzo, V., Caterini, E., Di Nella, L. e Mezzasoma, L. (a cura di): *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, Napoli, 2010, *passim*; Rossi Carleo, L. (a cura di): *Diritto dei consumi*, Torino, 2012, *passim*; Pagliantini, S.: *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, *passim*; Zorzi Galgano, N.: "Il contratto di consumo e la libertà del consumatore", in Galgano, F. (a cura di): *Tratt. dir. comm.*, Padova, 2012, *passim*; Mezzasoma, L.: "Il consumatore e il professionista", in Recinto, G., Mezzasoma, L. e Cherti, S. (a cura di): *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 13 ss.; Chiarella, M.L. (a cura di): *I contratti del consumatore e dell'utente tra diritto comune e codificazioni di settore*, Napoli, 2016, *passim* e Barenghi, A.: *Diritto dei consumi*, Padova, 2017, *passim*.

6 Per un esame della legislazione consumeristica con attenzione al ruolo delle nozioni in esso contenute v. Luna Serrano, A.: "Le norme che contengono concetti elastici nella legislazione di consumo", *Le Corti umbre*, 2017, p. 501 ss.

7 In argomento v. Mezzasoma, L.: "Meritevolezza e trasparenza nei contratti finanziari", *Banca borsa tit. cred.*, 2018, I, p. 180 ss. e Di Raimo, R.: "Ufficio di diritto privato e carattere delle parti professionali quali criteri ordinanti delle negoziazioni bancaria e finanziaria (e assicurativa)", *Giust. civ.*, 2020, p. 321 ss.

8 In argomento v., con riguardo al mercato finanziario, v. Giobbi, M.: "Protezione del cliente e meritevolezza dell'accordo di profilatura dell'investitore alla luce della Mifid II", *Le Corti umbre*, 2015, p. 352 ss. e con riferimento al mercato bancario cfr. Candian, A.: "Tutela del consumatore nei rapporti bancari", in Llamas Pombo Eugenio, E., Mezzasoma, L., Rana, U. e Rizzo, F. (a cura di): *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (Profili internazionali)*, Napoli, 2020, p. 35 ss. e Lemme, G.: "Attualità della nozione di «cliente della banca»", *Riv. dir. bancario*, 2021, p. 267 ss.

9 Per un esame dell'evoluzione dei modelli di *business* e delle tutele con riguardo all'utente di servizi v. Adamo, E.: "Un nuovo modo di fare impresa: sharing economy e nuove istanze di tutela del consumatore-utente", *Tecn. dir.*, 2020, p. 381 ss.

10 V., in argomento, Solinas, C.: "La tutela del consumatore nei contratti di fornitura di energia elettrica", *Contr. impr.,* 2015, fasc. 2, pp. 435 ss.

11 In argomento v. le riflessioni di Maugeri, M.: "Elementi di criticità nell'equiparazione, da parte dell'AEEGSI [Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico], dei «prosumer» ai «consumatori» e ai «clienti finali»", *Nuova giur. civ. comm.,* 2015, p. 406 ss.

sia una persona fisica che una persona giuridica abilitata a stipulare contratti di fornitura con qualsiasi fornitore di propria scelta (produttore, distributore, grossista)[12]. Anche la nozione di "cliente finale" è improntata all'unitarietà della protezione. Ciò emerge con evidenza nella regolamentazione contenuta nel codice di condotta commerciale dedicato alla vendita di energia elettrica e di gas naturale adottato dall'ARERA[13] con lo scopo di salvaguardare la posizione del cliente finale e di chiarire i rapporti tra questo e le imprese distributrici di energia. Restano nel codice differenziazioni della disciplina contrattuale operate sulla base dell'uso domestico o meno dell'energia acquistata[14], ma le stesse paiono funzionali al differente uso e ben armonizzate in un sistema che ormai guarda unitariamente al cliente finale.

II. EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI CONSUMATORE IN CHIAVE FUNZIONALE. DAL CONTRAENTE DEBOLE AL CONTRAENTE VULNERABILE.

Il possibile squilibrio contrattuale, la probabile iniquità del rapporto e, piú in generale, l'esigenza che il contenuto contrattuale siano impostati su parametri di giustizia[15], conducono ad una progressiva estensione delle protezioni destinate ai consumatori in una prospettiva attenta ad attuare i princípi che informano il diritto contrattuale[16]. In questo scenario alcuni provvedimenti normativi, quali

12 A seguito di delibera AEEG 107/04, dal 1° luglio 2004, sono idonee tutte le persone fisiche o giuridiche che acquistano energia elettrica non destinata al proprio uso domestico, inclusi i produttori e i clienti grossisti. Dal 1° luglio 2007 tutti i clienti sono idonei. A partire dal 1° gennaio 2005 i clienti idonei hanno diritto ad acquistare energia direttamente in borsa.

13 V. ARERA, *Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica* e *di gas naturale ai clienti finali*, Allegato A alla deliberazione 366/2018/R/COM - Testo coordinato con le integrazioni e modifiche apportate dalla deliberazione 109/2019/R/EEL, dalla deliberazione 426/2020/R/COM e dalla deliberazione 97/2021/R/com, valido dal 1° luglio 2021, consultabile al seguente indirizzo *www.arera.it/allegati/docs/21/CCC21.pdf* (consultato il 3 gennaio 2021).

14 La tutela costituita da un insieme di obblighi di informazione e dal rispetto del principio di trasparenza è accordata *tout court* al cliente finale a prescindere dall'uso domestico o non domestico. Sussistono specifiche regole per taluni profili della disciplina contrattuale. Si pensi ad esempio alla disciplina relativa alla variazione unilaterale delle condizioni contrattuali. V. al riguardo art. 13, comma 3, lett. *ii* specificamente dedicata al cliente che faccia un uso non domestico dell'energia.

15 Sulla giustizia del contratto cfr., fra gli altri, Vettori, G.: "Autonomia privata e contratto giusto", *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 20 ss.; Perfetti, U.: *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, *passim* e Volpe, F.: *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, *passim*.

16 Ampio è il dibattito sulla possibile codificazione di princípi contrattuali internazionali ed europei e diverse sono le elaborazioni proposte da accademici o da centri studi internazionali. Tra gli altri si menzionano il *Draft Common Frame of Reference*, i *Principles of European Contract Law* (PECL) e i *Princípi Unidroit*. In argomento v. Castronovo, C.: "I «princípi di diritto europeo dei contratti» e l'idea di codice", *Riv. dir. comm.*, 1995, I, p. 21 ss.; Alpa, G.: "I Principles of European Contract law predisposti dalla Commissione Lando", *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 483 ss. e Marrella, F.: "La nuova lex mercatoria. Princípi Unidroit ed usi del commercio internazionale", in Galgano, F. (diretto da): *Tratt. dir. comm. econ.*, XXX, Padova, 2003, *passim*; Veneziano, A. e Finazzi Agrò, E.: "The use of the Unidroit principles in order to interpret or supplement national contract law", *Annuario dir. comp.*, 2018, pp. 39 ss. e Garro, A. e Moreno Rodríguez, J. A. (a cura di): *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, New York, 2021, *passim*. Sul tema dei princípi contrattuali nel diritto europeo v., anche, Navarretta, E.: "Princípi dell'Unione europea, politiche economiche e diritto privato", *Osservatorio del diritto civile* e *commerciale*, 2020, pp. 409 ss.

quelli adottati in materia di subfornitura industriale[17] o in materia di ritardo dei pagamenti[18], possono essere considerati non piú come eccezionali interventi sul contenuto di contratti tra professionisti, ma strumenti funzionali ad una armonica implementazione dei princípi del diritto contrattuale.

In questo contesto si collocano previsioni che aprono all'estensione delle tutele del consumatore anche a contratti tra professionisti: si pensi, al riguardo, all'art. 10 della direttiva sul commercio elettronico[19] che introduce obblighi di informazione. La norma è concepita come derogabile da parte dei professionisti nei contratti che li riguardano, ma per derogarvi occorre che vi sia un'espressa previsione. La direttiva, attuata dall'Italia con il d.lg. 70 del 2003[20], ha segnato, pertanto, un importante punto di svolta nella visione del contratto[21]: anche i professionisti possono, infatti, fruire di quelle informazioni e godere conseguentemente di quella protezione primariamente ipotizzata per i consumatori e, solo una espressa volontà manifestata dai professionisti nel contratto, può abbassare il livello di protezione che la direttiva altrimenti offre in via generalizzata. Questa tendenza è confermata dalla lettura giurisprudenziale offerta dalla Corte di Giustizia con riguardo a contratti quali la fideiussione. La garanzia personale è, infatti, connotata da un'accessorietà che ha reso difficile utilizzare la rigida tassonomia contrattuale originariamente adottata dall'Unione europea. Il contratto principale, infatti, può essere un contratto tra professionisti, ma può anche essere un contratto tra un consumatore e un professionista e, in una prima lettura giurisprudenziale, l'accessorietà del contratto di fideiussione aveva finito per appiattire la protezione del garante facendo sì che la stessa fosse ricavata in automatico sulla base della qualifica rivestita dal debitore garantito. Con una evoluzione giurisprudenziale che ha avuto un significativo impatto anche sulla giurisprudenza italiana elaborata dalla Corte di Cassazione e dall'Arbitro Bancario, di recente, però, si è superato questo rigido automatismo addivenendo ad una qualificazione che guarda alla situazione in concreto del fideiussore[22]. Se, infatti, questi agisce al di fuori di un'attività

17 Evidenziano la portata sistematica della disciplina sulla subfornitura Prosperi, F.: *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002, *passim* e Mantucci, D.: *Profili del contratto di subfornitura*, Napoli, 2005, *passim*.

18 In argomento Gnes, M.: "La nuova disciplina sui ritardi dei pagamenti. Commento a d.lg. 9 novembre 2012, n. 192", *Gior. dir. amm.*, 2013, p. 115 ss.

19 Si tratta della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("direttiva sul commercio elettronico").

20 Si fa riferimento al d.lg. 9 aprile 2003, n. 70, Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico, in GU n. 87 del 14 aprile 2003, S.O. n. 61.

21 In argomento v. Ruggeri, L.: "Mercato telematico ed autonomia privata: un nuovo ruolo per la lex mercatoria", *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 303 ss.

22 In argomento si rimanda a Ruggeri, L.: "Contratti di garanzia e tutela del contraente debole", in Caterini, E., Di Nella, L., Flamini, A., Mezzasoma, L. e Polidori, S. (a cura di): *Scritti in onore di Vito Rizzo*, II, Napoli, 2017, p. 2040 s.

professionale può beneficiare delle tutele proprie del consumatore anche se il debitore per il quale presta garanzia è un professionista.

La forza espansiva della protezione giustifica anche letture peculiari. Una decisione meritevole di segnalazione è senz'altro quella resa nel 2015 dalla Corte di Giustizia nel caso Costea[23]: in questa decisione la Corte esamina una questione davvero interessante dato che è chiamata a pronunciarsi circa la possibilità di escludere la protezione propria del consumatore ad una persona fisica che in concreto disponga di esperienza e di informazioni sufficienti per autotutelarsi. Il sig. Costea è infatti un avvocato che ha stipulato un contratto di credito con una banca ponendo come garanzia un'ipoteca su un immobile appartenente al suo studio legale individuale. Il mutuo è chiesto per scopi estranei all'attività professionale di avvocato e per questa ragione la Corte applica la protezione contenuta nella direttiva sulle clausole abusive[24] anche se, nel caso di specie, il tipo di professione svolto dal sig. Costea potrebbe farlo considerare un soggetto non debole.

Il caso è interessante perché permette di comprendere come opera la categoria del "contraente debole"[25]: essa è ravvisabile, secondo la giurisprudenza della Corte[26], anche in presenza di persone che in concreto potrebbero avere conoscenze e competenze[27] perché essa è funzionale a dare una protezione in contratti in cui spesso manca il potere negoziale e conseguentemente la effettiva competenza e la presenza di una conoscenza approfondita non salvaguardia dalla stipulazione di contratti contenenti clausole abusive.

Nel mercato energetico l'adozione del concetto di cliente e l'introduzione del prosumerismo hanno reso necessario un affinamento delle strategie di tutela dei consumatori energetici che è sfociato nell'adozione di un concetto normativo

23 Si tratta di Corte giust, 3 settembre 2015, *Costea*, C-110/14, EU:C:2015:538. Per alcuni commenti a questa decisione v. Intravaia, M.: "Il restyling della nozione di consumatore", *Nuova giur. civ. comm*., 2016, 3, p. 385 ss.; Daniel, E.: "Protection des consommateurs", *Europe*, 2015, 11, p. 44 ss.; Moracchini-Zeidenberg, S.: "Consommateur ou professionnel: double qualification selon l'objet de l'opération", *La Semaine Juridique-entreprise et affaires*, 2015, n. 49, p. 1599 s. e Terryn, E.: "Consumers, by Definition, Include Us All'… But Not for Every Transaction", *European Review of Private Law/Revue européenne de droit privé/Europäische Zeitschrift für Privatrecht*, 2016, p. 271 ss

24 Si tratta della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, GUCE 21/04/1993 L 095/29. A partire dal 28 maggio 2022 gli Stati membri sono tenuti ad applicare le regole di modifica alla direttiva introdotte dalla direttiva 2019/2161/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori.

25 Sulla debolezza della parte contrattuale v., tra gli altri, Marinelli, F.: "La tutela civile dei soggetti deboli", *Giust. civ.*, II 1994, p. 166 ss.; Stanzione, P. : *La tutela dei soggetti deboli*, Milano, 2004, *passim*.

26 Cfr. Corte giust., 21 febbraio 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11, EU:C:2013:88, punto 19.

27 In Corte giust. 15 gennaio 2015, Šiba, C-537/13, EU:C:2015:14, il giudice eurounitario ha rilevato che "[g]li avvocati dispongono (…) di un elevato livello di competenze tecniche che i consumatori non necessariamente possiedono". In argomento v. Pollastro, I.: *Avvocato e cliente nella normativa a tutela del consumo*, *Giur. it.*, 2015 p.1636 ss.

nuovo costituito dalla vulnerabilità[28]. Già nel 2015[29] la Commissione europea con una Comunicazione dedicata all'adozione di strategie per un'Unione dell'energia resiliente individuava nella vulnerabilità energetica un problema la cui soluzione non poteva essere elusa: le tariffe energetiche impattano su persone in povertà in modo consistente con conseguenze rilevanti anche su diritti fondamentali quale quello alla salute. Con la direttiva n. 944 del 2019 la vulnerabilità trova una definizione normativa e si individuano possibili soluzioni in un approccio integrato di politiche sociali ed energetiche, quali, ad esempio, l'efficientamento energetico di edifici di residenzialità pubblica, la mitigazione dei costi energetici per chi è in povertà, ponendo questi temi come ineludibili da parte degli Stati membri[30]. La direttiva segna un punto di svolta perché coniuga e armonizza gli obiettivi dell'Agenda Onu 2030 che contemplano non solo un'energia pulita, ma anche un'energia accessibile con un impegno comune nella lotta alla povertà[31]. La vulnerabilità del cliente del mercato energetico è qualcosa di piú e di diverso rispetto alla debolezza contrattuale[32]. Il cliente vulnerabile è quello che per condizioni reddituali e per il costo dell'energia non riesce a fruire dell'energia, bene che è funzionale all'effettivo godimento di una pluralità di diritti c.dd. fondamentali. Il concetto introdotto nell'ordinamento italiano dall'art. 11 del d.lg. n. 199 del 2021 evidenzia una nuova sensibilità verso situazioni di vulnerabilità la cui elencazione ricomprende in via generale ogni consumatore energetico che si trovi in condizioni economicamente svantaggiate o che abbia un'età superiore a 75 anni. Anche le peculiari condizioni di salute del cliente o dei suoi familiari rendono possibile ravvisare una vulnerabilità determinata dalla necessità di un uso continuo di apparecchiature medico-terapeutiche alimentate dall'energia elettrica, necessarie per il loro mantenimento in vita. Del pari si riscontra vulnerabilità energetica in quelle persone affette da disabilità grave[33] o in quelle persone le cui utenze sono collocate in isole minori non interconnesse oppure ancora in strutture abitative emergenziali a seguito di calamità. L'elenco effettuato dall'art. 11 non sembra possa essere inteso come una serie chiusa, ma è una esemplificazione di fattispecie nelle quali la vulnerabilità giustifica l'attenzione delle pubbliche autorità e interventi

28 Nella dottrina la vulnerabilità è stata in via generale individuata quando la persona si trova in condizioni di fragilità dovute ad esempio alla minore età o alla età anziana. In argomento v. fra gli altri, Fusaro, A.: "Il negozio della persona vulnerabile e il linguaggio delle invalidità", *Ars Interpretandi*, 2019, p. 39 ss.

29 Si fa riferimento a Comunicazione della Commissione del 25 febbraio 2015 dal titolo "*Una strategia quadro per un'Unione dell'energia resiliente, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici*".

30 Cfr. considerando 60 e art. 5, comma 2 e 3 della direttiva n. 944 del 2019.

31 L'art. 29 della direttiva espressamente contempla la povertà energetica e prevede l'obbligo per gli Stati membri di individuare criteri quali il basso reddito, l'elevata spesa per l'energia rispetto al reddito disponibile e la scarsa efficienza energetica per individuare le famiglie in condizioni di povertà. In argomento v. Lowitzsch, J.: "The Consumer at the Hearth of the Energy Markets?", in Lowitzsch, J. (a cura di): *Energy Transition. Financing consumer co-ownership in renewables*, Frankfurt, 2019, p. 68 ss.

32 In argomento v. Ruggeri, L. e Giobbi, M.: "Vulnerabilità economica tra diritto emergenziale e contrattuale", *Actual. jur. iberoam.*, 2020, p. 340 ss.

33 La definizione di disabilità grave è contenuta nell'art. 3 della l. 5 febbraio 1992, n. 104.

mirati[34]. Indubbiamente, però, si rendono necessari strumenti di indagine conoscitiva sul fenomeno della vulnerabilità che tengano presente che essa non si esaurisce nella povertà economica, ma che si caratterizza per una condizione di fragilità talora determinata da fattori di tipo non economico. Per questa ragione misure come l'istituzione dell'Osservatorio nazionale sulla povertà energetica[35] possono essere considerate indispensabili perché non solo occorre monitorare il fenomeno, ma anche approntare strumenti adeguati di contrasto alla vulnerabilità. Essi possono essere costituiti da misure che siano funzionali a mitigare la specifica vulnerabilità: ad esempio se il cliente o un suo familiare necessita di macchine salva-vita alimentate elettricamente per essi sarà necessario vietare l'interruzione della fornitura di energia elettrica nei periodi critici. Se in una determinata area si costituisce una comunità energetica sia essa di cittadini o una comunità rinnovabile occorre che siano adottate specifiche misure per consentire l'inclusione in essa anche di soggetti vulnerabili eventualmente presenti come disposto dall'art. 11, comma 7 del d.lg. n. 210 del 2021[36] e dall'art. 31, comma 1 lett. *d*, del d.lg. n. 199 del 2021.

Dalla regolamentazione del mercato energetico viene, pertanto, un nuovo stimolo per un diverso approccio al consumerismo. Il sistema di tutela può dirsi effettivo non soltanto quando appresta strumenti che mitigano la debolezza di una parte contrattuale mettendola in condizione di essere informato, di recedere, di avere strumenti di risoluzione delle controversie rapidi e poco costosi, ma una protezione è tale se viene dispiegata per includere. È questo un approccio diverso improntato a princípi internazionali sempre piú attenti a realizzare una transizione energetica improntata all'inclusione e all'equità[37]. La categoria della vulnerabilità non può infatti essere compresa e interpretata alla luce della c.d. *just transition*[38] e sotto l'egida dell'inclusività.

34 La vulnerabilità è diventata un tema molto attuale a seguito della pandemia. Per un esame della normativa emergenziale e del suo impatto sui rapporti contrattuali del mercato energetico v. Ruggeri, L.: "Morosità e tutela dei clienti tra nuova regolamentazione del mercato energetico e gestione dell'emergenza pandemica", in Llamas Pombo, E., Mezzasoma, L. e Rizzo, V. (a cura di): *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del Covid-19*, Napoli, 2021, p. 627 ss.

35 L'istituzione dell'Osservatorio è prevista dall'art. 11, comma 5 del d.lg. n. 210 del 2021.

36 Nel recepire la direttiva n. 944 del 2019 l'Italia ha espressamente previsto che il Gestore dei servizi energetici s.p.a., nell'àmbito dei servizi di assistenza territoriale a favore dei comuni, metta a disposizione servizi informativi dedicati, come guide informative e strumenti di simulazione.

37 Sulla transizione energetica v. Giurato, L.: "Il percorso della transizione energetica: da un'economia basata sull'energia pulita alla "rivoluzione verde e transizione ecologica" del «Recovery Plan»", *ambientediritto.it*, 2021, p. 841 ss.

38 In argomento, tra gli altri, v. Pennasilico, M.: "Contratto, ambiente e giustizia dello scambio nell'officina dell'interprete", *Pol. dir.*, 2018, p. 3 ss.; Ruggeri, L.: "Legislative Policies and Jurisprudence on Climate Change: New Tools for Removing the Barriers to New Forms of Energy Consumptions", in Ruggeri, L. (a cura di): *Needs and Barriers of Prosumerism in the Energy Transition Era*, Madrid, 2021, p. 98 ss.

III. IL DUPLICE SCOPO DELL'ATTO DI CONSUMO. IL PROBLEMA DELLA "MARGINALITÀ" DELL'ATTIVITÀ PROFESSIONALE. LA SOLUZIONE DEL GSE.

In questa visione unitaria dell'ordinamento le norme di recepimento delle direttive europee possono essere ben applicate soltanto se gli istituti da esse contemplati beneficino di una interpretazione sistematica e assiologica che ne permetta di comprendere non soltanto la "*ratio*" o l'origine, ma soprattutto consenta un'applicazione adeguata. A questo proposito merita approfondimento il concetto di attività professionale «prevalente» o «principale» ricorrente in àmbito consumeristico e rilevante anche nel mercato energetico quale discrimine per la partecipazione a comunità energetiche o per la gestione di impianti produttivi.

In talune ipotesi il consumo avviene per finalità estranee all'attività professionale eventualmente svolta, ma potrebbe, in concreto, essere difficile escludere totalmente la presenza di attività professionale. Si è, pertanto, individuata la categoria di elaborazione giurisprudenziale, ma utilizzata anche in àmbito legislativo dei contratti con duplice scopo e si è fatto ricorso al concetto di «marginalità» dell'attività professionale eventualmente svolta.

Il concetto di "duplice scopo" è, ad esempio, presente nella direttiva n. 83 del 2011[39] che al considerando 17 stabilisce che «nel caso di contratti con duplice scopo, qualora il contratto sia concluso per fini che parzialmente rientrano nel quadro delle attività commerciali della persona e parzialmente ne restano al di fuori e lo scopo commerciale sia talmente limitato da non risultare predominante nel contesto generale del contratto, la persona in questione dovrebbe altresì essere considerata un consumatore». Alla «marginalità» dell'eventuale attività professionale rispetto alla complessiva operazione economica si richiama, invece, la Corte di Giustizia nel caso Gruber incentrato sulla nozione di consumatore nella Convenzione di Bruxelles. La Corte utilizza il criterio della marginalità stabilendo che l'interessato non può far valere le specifiche regole di competenza relative ai consumatori contenute nella Convenzione «a meno che l'uso professionale sia talmente marginale da avere un ruolo trascurabile nel contesto globale dell'operazione di cui trattasi, essendo irrilevante a tale riguardo il fatto che predomini l'aspetto extraprofessionale».

La rilevanza di un "duplice scopo" al cui interno sia «marginale» il ruolo svolto dall'attività professionale testimonia la crescente importanza di una lettura in chiave funzionale della nozione di "professionista" che alla luce di un'attenta

39 Si tratta della direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, in GUUE L 304/64 del 22 novembre 2011.

considerazione del caso concreto può giustificare o, al contrario, escludere l'applicazione delle tutele consumeristiche. Questa interpretazione è ormai costantemente ribadita dalla Corte di Giustizia la quale individua nella nozione di professionista "una nozione funzionale che comporta la necessità di valutare se il rapporto contrattuale si inserisca nell'àmbito delle attività che una persona svolge a titolo professionale"[40].

Desta, pertanto, perplessità l'approccio «semplificatorio» dato a questo rilevante tema nel settore energetico italiano dove la questione della marginalità della professionalità in quanti vogliono far parte di una comunità energetica è affrontata dal GSE con lo strumento della FAQ. Nel sito[41] del GSE compare, infatti, questo chiarimento "Per il soddisfacimento del requisito relativo al fatto che la partecipazione alla comunità di energia rinnovabile non deve costituire l'attività commerciale e/o industriale principale, è necessario che il codice ATECO prevalente dell'impresa privata sia diverso dai codici 35.11.00 e 35.14.00[42]". Al pari di altri mercati l'implementazione della normativa in concreto è affidata a FAQ in un processo di "delegificazione" che presenta luci e ombre e che, soprattutto, evidenzia l'importanza di una riflessione approfondita sul ruolo di autorità e, in questo caso di società per azioni in mano pubblica, nel processo regolatorio. Se, infatti, in altri mercati la questione del ruolo principale o meno dell'attività professionale svolta è stata oggetto di interpretazione quantomai attenta ad estendere le tutele del consumatore, nel settore energetico non si può non tener conto dell'avvento del prosumerismo. La possibilità che un soggetto sia all'un tempo consumatore e produttore dell'energia rende necessaria una valutazione del caso concreto che da un lato favorisca al massimo la formazione di comunità energetiche quali soggetti-chiave della transizione energetica ed ecologica[43], dall'altro eviti che questi soggetti possano in qualche modo essere "sfruttati" da produttori dell'energia. Certamente il ricorso ai codici ATECO risponde ad una logica di semplificazione e di rapidità, ma dubbi permangono sulla rigidità della soluzione e sul fatto che essa sia adottata all'interno di FAQ al di fuori di un processo regolatorio «ordinario».

40 Cosí testualmente Corte giust., 17 maggio 2018, *Karel de Grote- Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW*, C-147/16, EU:C:2018:320, par. 55. Per un commento v. Daniel, É.: "Protection des consommateurs - Notion de professionnel", *Europe*, 2018, *Comm.* 7, p. 33 s.

41 La FAQ è consultabile nella sezione "Assistenza clienti" del sito del GSE al seguente indirizzo *https://supportogse.servicenow.com/csm?id=faq&sys_id=b11592acdb15a410de116f35b9619ef* (consultato il 3 gennaio 2021).

42 I due codici ATECO riguardano imprese impegnate nella «Produzione di energia elettrica» e nel «Commercio di energia elettrica».

43 In argomento v. Cusa, E.: "Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche", *Orizzonti dir. comm.*, 2020, p. 71 ss.

IV. IL CONSOLIDAMENTO DELL'ESTENSIONE DELLA TUTELA CONSUMERISTICA NELLE DIRETTIVE N. 770 E N. 771 DEL 2019. IL PROSUMERISMO ENERGETICO.

Il cammino legislativo e giurisprudenziale in materia di estensione delle tutele comporta inevitabilmente un superamento della lettera della legge[44]. Il processo evolutivo in atto è reso evidente dalla recente giurisprudenza elaborata dalla Corte di Giustizia in materia di condominio[45]. Il condominio non è una persona fisica[46], ma una comunità costituita da una pluralità di proprietari che spesso sono persone fisiche: ebbene sulla base di questa constatazione si è arrivati ad accordare anche al condominio la protezione propria del consumatore prevista dalla normativa europea in materia di clausole abusive[47]. Un indubbio impulso all'estensione della tutela è venuto dal considerando 13 della direttiva n. 83 del 2011 secondo cui gli Stati membri possono decidere di estendere l'applicazione delle norme della direttiva anche alle persone giuridiche o fisiche che non siano consumatori. Sulla scorta di questo criterio la Corte di Cassazione italiana che nel caso di specie aveva sollevato la questione interpretativa pregiudiziale può applicare la normativa europea in materia di clausole abusive anche al condominio anche se questo soggetto non può essere definito persona fisica. L'obiettivo di innalzare il livello di tutela dei consumatori giustifica il superamento della lettera della legge e autorizza i giudici nazionali a elaborare soluzioni che favoriscono la protezione delle persone a prescindere dalla tassonomia consumeristica[48].

44 L'interpretazione richiede una costante ricerca della «ratio» delle disposizioni, ma la «ratio» deve essere individuata nel momento in cui la disposizione viene attuata ricorrendo non a criteri di lettura letterale o storica, ma utilizzando strumenti di valutazione funzionali ad un'applicazione ragionevole e razionale della disposizione. In argomento v. Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4ª ed., II, Napoli, 2020, p. 362.

45 Si fa riferimento a Corte giust., 2 aprile 2020, *Condominio di Milano, via Meda* c. *Eurothermo s.p.a.*, C-329/19, EU:C:2020:263. Per un commento v. De Cristofaro, G.: "Diritto dei consumatori e rapporti contrattuali del condominio: la soluzione della Corte di Giustizia UE", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 842 ss. e Abenhaïm, M.: "Protection des consommateurs-Copropriété", *Europe*, 2020, 6, c. 203. In argomento v. Viterbo F.G., "Variabilità e relatività dei rapporti condominiali", Napoli, 2021, p. 183 ss. Sulla nozione di condominio v. Bianca C.M., "Diritto civile", 4, "L'obbligazione", Milano, 1993, p. 774 ss. Con riguardo alla protezione dei condomini nella disciplina del mercato energetico italiano v. Ruggeri, L.: "Morosità", cit., p. 632.

46 In un precedente caso la Corte giust., il 22 novembre 2001, *Cape Snc* e *Idealservice Srl* C-541/99 e C-542/99 , EU:C:2001:625 aveva stabilito che una persona diversa da una persona fisica, che stipula un contratto con un professionista, non può essere considerata consumatore. La decisione è stata oggetto di un ampio dibattito dottrinale. Per tutti v. Fiorio, P.: "Professionista e consumatore, un discrimine formalista?", *Giur. it.*, 2002, c. 543 ss.; Bernardeau, L.: "La notion de consommateur en droit communautaire (à la suite de l'arrêt de la C.J.C.E. du 22 novembre 2001, Idealservice, aff. jointes C-541/99 et C-542/99)", *Revue européenne de droit de la consommation*, 2002, p. 341 ss. Questa pronuncia va ora coordinata con altre decisioni nelle quali è, invece, emersa la possibilità per i giudici nazionali di applicare la protezione del consumatore a soggetti che pur non essendo persone fisiche siano tali da risultare meritevoli di protezione.

47 In argomento v. Bosso, P.: "I contratti del condominio e il condominio come consumatore. Introduzione e princípi generali", *Archivio loc. cond.,* 2017, p. 4 ss.

48 In argomento v. Corte giust., 7 agosto 2018, *Banco Santander* e *Escobedo Cortés*, C-96/16 e c-94/17, EU:C:2018:643, punto 69. Per un commento v. Argelich Comelles, C.: "El alcance de la nulidad de los intereses moratorios a la luz de la jurisprudencia europea", *Rev. gen. der. eur.*, 2019, p. 193 ss.

Questo filone ermeneutico, sviluppatosi sulla direttiva del 1993 in materia di clausole abusive[49], sembra poter avere un seguito anche dopo l'adozione di recenti strumenti normativi quali, ad esempio, la direttiva sui contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali[50] e la direttiva sui contratti di vendita di beni[51] che contemplano clausole di armonizzazione[52] che impediscono agli Stati membri di mantenere o adottare nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla normativa eurounitaria, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso. A ben vedere, infatti, nei considerando[53] di queste direttive emerge una conferma della possibilità per gli Stati membri di mantenere la facoltà di estendere la protezione accordata ai consumatori dalla presente direttiva anche alle persone fisiche o giuridiche che non sono consumatori, quali le organizzazioni non governative, le *start-up* o le PMI.

La direttiva richiama la categoria dei contratti con duplice scopo e permette l'applicazione della protezione del consumatore qualora il contratto sia concluso per fini che rientrano soltanto parzialmente nell'àmbito delle attività commerciali della persona e parzialmente ne restano al di fuori, laddove lo scopo commerciale sia talmente limitato da non risultare predominante nel contesto generale del contratto.

Ben si comprende, pertanto, come possa avere trovato inquadramento giuridico il fenomeno del prosumerismo energetico in uno scenario normativo e giurisprudenziale ormai ben propenso ad una lettura ermeneutica attenta al caso concreto e propensa al superamento di rigide tassonomie classificatorie. La produzione dell'energia non è piú appannaggio di professionisti, ma può diventare attività svolta da persone fisiche in forma individuale o collettiva. I crescenti timori per un cambiamento climatico, che rischia di porre fine alla stessa esistenza della vita umana sul pianeta, hanno condotto all'adozione di normative a livello internazionale che mirano sia alla riduzione dell'emissione di gas serra, sia alla promozione di politiche di transizione energetica che conducano all'abbandono del fossile e all'uso massivo di energie rinnovabili[54]. L'impatto delle politiche energetiche sugli

49 In argomento v. Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sull'interpretazione* e *sull'applicazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Bruxelles, 2019, p. 6 ss.

50 Si ha riguardo alla direttiva 2019/770/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, GUUE L 136/1 del 22 maggio 2019.

51 Si tratta della direttiva 2019/771/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE, GUUE L 136/28 del 22 maggio 2019.

52 Si fa riferimento all'art. 4 della direttiva n. 770 del 20 maggio 2019.

53 Si tratta dei considerando 20 e 21 della direttiva n. 771 del 2019 e dei considerando 16 e 17 della direttiva n. 770 del 2019.

54 Sul tema delle rinnovabili in Italia la letteratura è amplissima. V., fra gli altri, Amorosino, S.: "Impianti di energia rinnovabile e tutela dell'ambiente e del paesaggio", *Riv. giur. amb.*, 2011, p. 753; Napolitano, G. e Zoppini, A. (a cura di): *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, *Annuario di diritto dell'energia*, 2013; Cocconi,

ordinamenti nazionali è ancor piú rilevante nell'Unione europea dal momento che le convenzioni e gli accordi internazionali sul clima hanno condotto a un intensivo intervento normativo sviluppatosi in direttive dedicate al riassetto del mercato energetico e all'uso delle energie rinnovabili. Si fa riferimento, in particolare, alle direttive n. 2001 del 2018, c.d. RED II[55] e n. 944 del 2019[56], c.d. IEM, dedicate alla promozione dell'uso delle fonti di energia rinnovabile e alla riorganizzazione del mercato energetico, le quali hanno posto al centro della transizione soggetti giuridici che, nell'ordinamento italiano, hanno finalmente trovato un quadro regolatorio con il recepimento delle due direttive avvenuto a fine 2021[57].

V. I NUOVI SOGGETTI GIURIDICI DELLA TRANSIZIONE ENERGETICA: *PROSUMER* E *PROSUMAGER*, COMUNITÀ ENERGETICHE.

Le due direttive contemplano quali protagonisti della transizione i consumatori attivi, gli autoconsumatori di energia rinnovabile[58], le comunità energetiche per le quali definiscono composizione, scopi e interazione con gli altri attori del mercato. La comunità energetica dei cittadini (di qui in avanti: CEC) in base all'art. 16 è configurata come una formazione sociale aperta[59] alla partecipazione su base volontaria di ogni cittadino o ente interessato e connotata nella sua organizzazione e funzionamento dal rispetto dei princípi di non discriminazione, equità e trasparenza. Ad analoghi princípi è ispirata la comunità di energia rinnovabile (di qui in avanti: CER) che, secondo la direttiva n. 2001 del 2018, può avere come azionisti o membri non solo persone fisiche, ma anche PMI o autorità locali, quali, ad esempio, amministrazioni comunali.

L'idea di puntare su unioni di cittadini, magari anche coinvolgendo enti privati e pubblici costituisce una profonda innovazione che ben si coniuga con i princípi e i valori propri del nostro ordinamento. Con la riforma del Titolo V della Costituzione l'Italia ha espressamente introdotto il principio di sussidiarietà, sulla base del quale

M.: "Programmazione e regolazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile", *Dir. econ.*, 2014, p. 131 ss. Sul problema degli accordi aventi per oggetto *royalties* a favore di enti pubblici per compensazioni ambientali v. Corte cost., 23 marzo 2021, n. 46, *DeJure online*. Per un commento a questa decisione v. Paire, A.: "Fonti rinnovabili e compensazioni ambientali, ultimo atto: la Consulta «salva» la sanatoria del 2018. Spunti per una ricostruzione (critica) del sistema", *federalismi.it*, 2021, p. 50 ss.

55 Si tratta della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, GUUE L 382/82 del 21 dicembre 2018.

56 Si tratta della direttiva 2019/944/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE, GUUE L 158/125 del 14 giugno 2019.

57 Si fa riferimento ai decreti legislativi adottati l'8 novembre 2021, n. 199 e n. 210 che hanno recepito rispettivamente la direttiva n. 2001 del 2018 e 944 del 2019.

58 Definiti dall'art. 2, n. 14 della direttiva n. 2001 del 2019 e ora in Italia.

59 Per interessanti rilievi critici sulle *energy community* quali entità aperta alla partecipazione v. Jasak, M.: "Energy Communities in the EU. Challenges for the Implementation of the EU Legal Framework", in Roggenkamp, M.M. e Banet, C. (a cura di): *European Energy Law Report*, XIV, 2021, p. 204 ss. In argomento v., anche, Roberts, J.: "What energy communities need from regulation", *Eur. Energy Journ.*, 2019, 8, p. 28 s.

è valorizzata l'iniziativa dei cittadini che è funzionale alla realizzazione di attività di interesse generale. In questo scenario si inseriscono ulteriori attori che agiscono in forma collettiva: gli autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente e consistono in un gruppo di almeno due soggetti che, operando in propri siti, producono energia per il proprio consumo oppure la immagazzinano oppure ancora la vendono. In caso di vendita, però, l'autoconsumatore, se diverso da un nucleo familiare, non deve svolgere tale vendita nel contesto di un'attività commerciale o professionale che possa essere qualificata come principale. Evidente è l'influenza su questa disposizione dell'orientamento giurisprudenziale elaborato dalla Corte di Giustizia in materia di contratti con duplice scopo e del criterio della marginalità funzionale dell'attività professionale. Il *prosumer*[60] non è una creazione improvvisa, ma è frutto di un'evoluzione normativa che con sempre maggiore realismo individua livelli di protezione adeguati al caso concreto.

Si pensi alla figura dell'autoconsumatore di energia rinnovabile come disciplinato dall'Italia in sede di recepimento della direttiva. Esso è un cliente finale che, quindi, può essere tanto una persona fisica quanto una persona giuridica che produce energia utilizzando impianti di produzione propri o altrui. Perché operino le protezioni e le agevolazioni accordate all'autoconsumatore l'ordinamento italiano richiede che anche laddove ci sia una gestione della produzione affidata ad un terzo resti comunque sempre l'autoconsumatore colui che individua strategicamente ogni fase della produzione energetica. Si assiste, pertanto, ad una ulteriore evoluzione dei criteri che delimitano l'operare delle protezioni consumeristiche stabilendo che colui che gestisce l'impianto produttivo non potrà mai essere considerato consumatore bensí sarà un professionista al servizio dell'autoconsumatore[61]. Nella direttiva sul mercato energetico, per contro, viene disciplinato il cliente attivo quale soggetto che non solo produce energia, ma che svolge altre attività quali, ad esempio, il suo immagazzinamento. Anche in questo caso il sistema di protezione e incentivazione dei clienti attivi si fonda sulla valutazione della professionalità prevalente: recita infatti l'art. 2, n. 8 della direttiva che tali attività non debbono costituire le principali attività svolte dal cliente professionalmente. Sotto le etichette degli autoconsumatori energetici, dei clienti attivi e delle *energy community* trova rilevanza giuridica la figura del *prosumer*[62] che, per ben essere compresa, non può che essere valutata caso per caso, declinandosi in tante differenti figure differentemente normate[63].

60 La figura del *prosumer* desta un crescente interesse nella letteratura giuridica. In argomento v., fra gli altri, Pamphilis, M.: "I contratti di consumo tra esigenze di armonizzazione e nuovi modelli negoziali", *Archivio giur. F. Serafini*, 2019, p. 411 ss. e Maugeri, M.R.: "«Smart contracts», «smart grids» e «smart meters»: i nuovi orizzonti nel mercato dell'energia e la tutela del consumatore/«prosumer»", *Studi senesi*, 2020, p. 85 ss.

61 Cosí espressamente l'art. 30 del d.lg. n. 199 del 2021.

62 In argomento v. le riflessioni di Jasak, M.: *Challenges for the Implementation of the EU Legal Framework*, cit., p. 197.

63 In argomento v. Giobbi, M.: "Autoconsumo, mercato energetico e protezione del consumatore", *Le Corti umbre*, 2020, p. 304 ss. e Meli, M.: "Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di «energy sharing»,

Il nuovo quadro regolatorio europeo apre le porte anche in Italia alla figura del *prosumager*, un consumatore che non solo consuma e produce energia, ma che è abilitato a stoccarla moltiplicando cosí le possibilità di scambio anche con altri consumatori[64].

Anche la nozione di comunità energetica risente del criterio della marginalità dell'attività professionale: in base al considerando 44 della direttiva n. 944 del 2019 «i poteri decisionali all'interno di una comunità energetica dei cittadini dovrebbero essere riservati a quei membri o soci che non esercitano un'attività commerciale su larga scala e per i quali il settore energetico non costituisce uno degli ambiti principali dell'attività economica». Sulla stessa falsariga l'art. 22 della direttiva n. 2001 del 2018 stabilisce che gli Stati membri assicurano che le imprese private possano partecipare ad comunità energetiche purché "la loro partecipazione non costituisca l'attività commerciale o professionale principale".

Già da questa elencazione dei nuovi attori del mercato energetico si comprende quanto gli ordinamenti nazionali debbano rimodellare nozioni, istituti e disciplina per renderli funzionali a un mutato approccio delle politiche energetiche sempre piú basato sul coinvolgimento dei cittadini chiamati a realizzare obiettivi di interesse generale con un approccio sempre piú *bottom-up*.

Il *fil rouge* che lega i nuovi protagonisti della transizione energetica è costituito dal perseguimento non solo di scopi mutualistici, ma dall'abbinamento di scopi "altruistici". Sia le CEC che le CER sono, infatti, costruite come comunità in cui i proventi dell'attività economica non si trasformano in «dividendi», ma sono «esternalizzati» a vantaggio, ad esempio, del territorio in cui operano. Si comprende, pertanto, quanta sinergia possa essere operata tra forme di comunità o di autoconsumo collettivo e strutture negoziali collaudate nel tempo quali cooperative, consorzi, ma anche nuove tipologie di impresa o di enti del Terzo settore. Grazie al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 è stata introdotta una nuova disciplina degli enti senza scopo di lucro che pare davvero proficuamente utilizzabile per creare e sviluppare comunità energetiche in quanto pienamente assonante con le finalità esplicitate dalle direttive ora richiamate. In base all'art. 1 del d.lg. n. 117 del 2017 gli enti senza scopo di lucro hanno come fondamento quello di sostenere l'autonoma

Commento a dec. legge 30 dicembre 2019 n. 162 (Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica) art. 42-bis", *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 630 ss.

64 In argomento v. Schill, W-P., Zerrahn, A. e Kunz, F.: "Solar Prosumage: An economic Discussion of Challenges and Opportunities", in Lowitzsch, J. (a cura di): *Energy Transition. Financing consumer co-ownership in renewables*, cit., p. 703 ss.; Bauknecht, D., Bracker, J., Flachsbarth, F., Heinemann, C., Seebach, D. e Vogel, M.: "Customer stratification and different concepts of decentralization", in Sioshansi, F. (a cura di): *Consumer, Prosumer, Prosumager. How Service Innovations will Disrupt the Utility Business Model*, Cambridge, Massachusetts, 2019, p. 331 ss. Sullo scambio tra pari dell'energia v. Favaro, T.: "Può la tecnologia regolare? «Blockchain» e «scambio tra pari» di energia rinnovabile", *Riv. regolaz. merc.*, 2019, p. 294 ss. In generale sui rapporti *peer to peer* v. Quarta, A.: " Il diritto dei consumatori ai tempi della «peer economy». Prestatori di servizi e «prosumers»: primi spunti", *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 667 ss.

iniziativa dei cittadini. Questi ultimi, anche in forma associata, perseguono finalità quali la realizzazione del bene comune, l'innalzamento dei livelli di cittadinanza attiva, la coesione e la protezione sociale. Si comprende quanto il tema degli attori del nuovo mercato energetico sia collegato ad una tavola valoriale fortemente orientata al rispetto e alla promozione della persona, in un contesto improntato al principio di democrazia, di uguaglianza e di inclusione. In questo senso, il riassetto del mercato energetico, le politiche di sviluppo e promozione del prosumerismo costituiscono un importante *test* per tutti i Paesi membri chiamati al rispetto di princípi e diritti consacrati nelle loro tradizioni costituzionali, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali.

VI. PLURALITÀ DI FONTI, DELEGIFICAZIONE E RUOLO DELL'INTERPRETE.

Il recepimento italiano della direttiva n. 2001 del 2018 è stato oltremodo lento tanto da giustificare l'apertura di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea. Ora che il decreto di recepimento è stato varato l'implementazione è ancora incompleta in quanto sono previsti decreti di attuazione la cui adozione richiederà ulteriori mesi. Quasi paradossalmente, mentre l'Italia finalmente implementa nel suo territorio la direttiva, a livello europeo si sta già lavorando ad una revisione della direttiva appena adottata. Dopo l'adozione del c.d. *Green Deal*, la Commissione ha adottato un pacchetto di riforme[65] che contempla, tra l'altro, la revisione della direttiva RED II per rendere la normativa maggiormente in linea con i nuovi obiettivi di lotta al cambiamento climatico. In questo contesto complicato non è di aiuto il complesso intreccio di competenze normative offerto dal sistema delle fonti italiano complicato dalla convivenza di poteri normativi statali, regionali e dell'autorità che regola il mercato energetico. La Corte Costituzionale italiana ha piú volte tentato di ricondurre la materia ad un quadro organico elaborando princípi, quale quello della massima diffusione delle energie rinnovabili posto alla base di decisioni[66], che cercano di risolvere il caotico e spesso disordinato intervento normativo. A ciò si aggiunga che il quadro normativo italiano è attualmente ancora connotato dal cambiamento e si presenta alquanto articolato dato che fino all'adozione dei decreti attuativi resta operativo il sistema sperimentale introdotto dall'art. 42 *bis* del d.l. n.. 162 del 2019 (c.d. decreto Milleproroghe)[67]. Con questo strumento normativo connotato dalla provvisorietà

65 Si tratta del *Fit for 55 Package* adottato il 14 luglio 2021.

66 Per tutte v. Corte cost., 19 giugno 2019, n. 148, secondo cui dalla disciplina internazionale, europea e nazionale emerge un "deciso favor per le fonti energetiche rinnovabili al fine di eliminare la dipendenza dai carburanti fossili". Nello stesso senso, precedentemente, si era espressa Corte cost. 12 aprile 2012, n. 85. Per un commento a questo orientamento giurisprudenziale v. Buratti, V.: "*Il principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili e l'illegittimità di divieti assoluti nella giurisprudenza* costituzionale", *Riv. giur. amb.*, 2019, p. 635 ss.

67 Si tratta del d. l. 30 dicembre 2019, n. 162 recante "Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica (c.d. Milleproroghe)", convertito con legge 28 febbraio 2020, n. 8.

si è dato avvio a una fase sperimentale di implementazione della direttiva n. 2001 del 2018 consentendo forme di autoconsumo collettivo e CER al fine di effettuare un monitoraggio utile per la definitiva implementazione delle direttive europee. L'approccio normativo italiano risponde a indicazioni e suggerimenti provenienti dalla *Bridge Horizon Task Force 2020*[68]: in quegli Stati che non hanno esperienza di iniziative dei cittadini nel mercato energetico sarebbe stato auspicabile adottare gradualmente il nuovo paradigma di decentralizzazione dell'energia e di prosumerismo. La sperimentazione era però sottoposta a restrizioni temporali e condizioni transitorie, ad esempio la possibilità che l'impianto di produzione di energia fosse di un terzo, e anche se il MISE interveniva adottando un apposito decreto per incentivare impianti di produzione, il quadro regolatorio restava nel suo complesso non in linea con scopi e ambizioni delle politiche eurounitarie.

In questo contesto, utile punto di riferimento è costituito dalla delibera dell'ARERA del 4 agosto 2020 che introduce una specifica disciplina per la regolazione economica dell'energia elettrica condivisa[69] in edifici o condomini e nell'àmbito di comunità di energia rinnovabile[70]. Come avviene in altri mercati, anche in quello energetico, l'attuazione di princípi e di valori passa anche attraverso la regolamentazione delle Autorità indipendenti con importanti conseguenze: attribuzione di poteri normativi rilevantissimi ad autorità che la Costituzione vigente non contempla, necessità, alquanto dibattuta[71], di sottoporre a sindacato di costituzionalità queste regole, impatto delle regolamentazioni su libertà e diritti, quali ad esempio l'iniziativa economica e la tutela dei diritti degli utenti e dei consumatori. La situazione provvisoria è destinata a essere sostituita dall'adozione di entrambe le direttive come previsto dalla legge di delegazione europea 2019-2020 che adottano criteri per il Governo chiamato ad adottare gli strumenti di recepimento. In questa fase prodromica al completo recepimento delle direttive rilevante è il contributo del GSE, quale soggetto incaricato di predisporre le Regole tecniche che in una prima stesura sono state adottate a dicembre 2020 e che sono state oggetto di riesame attraverso una procedura di consultazione avviata nel marzo 2021.

68 Sul punto v. il *Report Bridge Horizon 2020, Energy Communities in the EU: Task Force Energy Communities*, 2019, p. 26, *sub section* 3.1. Il documento è leggibile al seguente indirizzo: *www.h2020-bridge.eu/wp-content/uploads/2020/01/D3.12.d_BRIDGE_Energy-Communities-in-the-EU-2.pdf* (consultato il 3 gennaio 2021).

69 Su condivisione e mercato v. Cappelli, V.: "Il mercato dell'energia alla prova della «sharing economy»", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 6, pp. 1398-1406

70 Si tratta della delibera 318/2020/R/EEL, con cui l'ARERA ha disciplinato le modalità e la regolazione economica relative all'energia elettrica oggetto di condivisione in edifici o condomini da parte di un gruppo di autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente oppure nell'àmbito di comunità di energia rinnovabile.

71 Il tema delle autorità indipendenti è affrontato, tra gli altri, da Angelone, M.: "Diritto privato «regolatorio», conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities", *Nuove autonomie*, 2017, p. 441 ss. e, piú diffusamente, Id., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2021, *passim*. In argomento v., anche, Perlingieri, P.: "Diritto dei contratti e dei mercati", *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 890 ss. Con riguardo al mercato energetico v. Di Bona, L.: *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, Napoli, 2008, *passim*. e S. Zuccarino, *Il contratto "conformato" quale statuto normativo del mercato energetico*, Camerino-Napoli, 2021, p. 64 ss.

In questo scenario in cui norme europee il cui recepimento è in fase di completamento convivono con norme adottate in via sperimentale[72] la cui attuazione è affidata a una molteplicità di autorità regolatorie e amministrative, il GSE funge a sua volta da attore del processo normativo supportando con interpretazioni il cammino di quanti vogliono utilizzare le nuove possibilità di autoconsumo in forma collettiva rappresentato dalla creazione di comunità energetiche.

È evidente che la costruzione di sistemi regolatori connotati da una molteplicità di livelli rende difficile l'attività ermeneutica, ma non per questo esime da un controllo accurato delle prassi interpretative anche avuto riguardo alla funzione strategica dell'energia per lo sviluppo della società e per il benessere delle persone[73]. Occorre, pertanto, prestare attenzione nell'implementazione delle nuove regole italiane di recepimento della direttiva alle Regole tecniche del GSE, alle delibere dell'ARERA, alle circolari dell'Agenzia delle Entrate, alle FAQ e alle circolari interpretative perché in concreto ad esse verrà affidata gran parte della effettiva implementazione. Il compito dell'interprete delle regole del mercato energetico è pertanto oltremodo arduo perché connotato da una continua valutazione delle regole di dettaglio alla luce dei princípi che di volta in volta operano nel caso concreto. Si pensi, ad esempio, al principio di «massima diffusione delle energie rinnovabili» e alla sua dialettica coniugazione con la promozione di nuove e diverse forme di energia che nel Pacchetto *Fit for 55* entreranno in gioco quali ad esempio l'uso dell'idrogeno. Nello stesso autoconsumo collettivo le comunità energetiche non necessariamente sono esclusivamente fondate sull'uso delle rinnovabili dato che il d.lg. n. 210 del 2021 prevede la CEC come strumento possibile di autoconsumo collettivo. In questo scenario soltanto un'interpretazione non letterale potrà dare risposte soddisfacenti alle istanze di quanti *consumer*, *prosumer*, autorità locali o territoriali, imprese vogliano percorrere la strada di un'energia autoprodotta e venduta a scopo non lucrativo.

Come insegna la politica legislativa europea in materia di protezione dei consumatori, l'esemplificazione delle fattispecie non conduce alla massima protezione possibile. Talora, invero, una legislazione per princípi accompagnata da un'interpretazione assiologica può condurre piú lontano nella realizzazione degli obiettivi posti dalla transizione energetica. Di conseguenza sembra apprezzabile

72 La disciplina introdotta dall'art. 42-*bis* del Milleproroghe opera per gli impianti di produzione o porzioni di impianti di produzione alimentati da fonti rinnovabili, entrati in esercizio dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. 162 del 2019 (ovvero a partire dal 1° marzo 2020) ed entro i sessanta giorni successivi alla data di entrata in vigore del provvedimento di recepimento della direttiva n. 2001 del 2018.

73 Sul punto v. Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, cit., p. 69, ove una lucida affermazione del permanere dell'unitarietà dell'ordinamento anche quando quello nazionale sia integrato da norme provenienti dall'esterno o sia comunque connotato da un pluralismo di fonti.

l'ampliamento delle tipologie di soggetti che possono partecipare a una comunità energetica e il superamento della limitazione alle sole "autorità locali" del Testo unico degli enti locali[74], vale a dire comuni, province, città metropolitane, comunità montane, comunità isolane e unioni di comuni. La partecipazione di amministrazioni comunali, enti di ricerca e formazione, enti religiosi, enti del terzo settore e di protezione ambientale espressamente prevista dall'art. 31, lett. *b* del d.lg. n. 199 del 2021[75], non può che dare slancio a iniziative e permetterne una maggiore probabilità di successo.

Resta nella disciplina di recepimento dedicata alla CER un ancoraggio al concetto di condominio. Forse, per favorire l'uso delle energie da fonti rinnovabili, sarebbe auspicabile poter applicare le regole dell'autoconsumo collettivo anche quando vi siano edifici frazionati in unità immobiliari di proprietà esclusiva ma in cui vi sia una fruizione di spazi comuni.

In questo senso si propone l'applicazione dell'art. 1117 *bis* c.c. che appunto estende anche a tali situazioni la disciplina codicistica del condominio. Anche il documento preparatorio della revisione delle regole tecniche del GSE ipotizza un'estensione delle regole del condominio a ipotesi in cui una pluralità di edifici siano di proprietà di una sola persona: il tema non è nuovo e lo si è riscontrato anche in altri ambiti, sebbene ancora non si possa dire formato un orientamento sicuro.

Si pensi alla legislazione in materia di ricostruzione post-sisma e alla possibilità di ottenere aumenti di contributo statale qualora gli edifici si «aggregano». Tale incentivo è considerato non fruibile se la proprietà è di un'unica persona, anche se, a ben vedere, la ragione del "premio" può essere individuata nella migliore organizzazione del cantiere e nei risparmi che l'aggregato produce. Si assiste cosí, anche in materia energetica, ad un allargamento dell'area dell'incertezza del diritto determinata da una concentrazione di temi e problemi già presenti e non ancora adeguatamente affrontati e risolti. Soltanto superando i micro-sistemi e collegando regole tecniche al sistema ordinamentale complessivo[76] potrà svilupparsi una cultura davvero favorevole al prosumerismo.

74 Si tratta del d.lg. 18 agosto 2000, n. 267 recante il "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali", pubblicato in G.U. n. 227 del 28 settembre 2000.

75 In base all'art. 31, lett. *b* del d.lg. 199 del 2021 possono fare parte della CER anche le amministrazioni locali contenute nell'elenco delle amministrazioni pubbliche redatto dall'ISTAT, secondo quanto previsto all'art. 1, comma 3, della l. 31 dicembre 2009, n. 196 e che sono situate nel territorio degli stessi comuni in cui sono ubicati gli impianti per la condivisione di energia.

76 Coglie nel segno Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, cit., p. 57, quando osserva che "discorrere di decodificazione relativamente al codice vigente non implica assolutamente la perdita di un fondamento unitario dell'ordinamento".

BIBLIOGRAFIA

Adamo, E.: "Un nuovo modo di fare impresa: sharing economy e nuove istanze di tutela del consumatore-utente", *Tecn. dir.*, 2020, p. 381 ss.

Agrifoglio, G.: "Professionisti e consumatori nella società liquida: dagli "status" agli stati, ovvero da Diocleziano a Bauman", *Pol. dir.*, 2020, p. 205 ss.

Alpa, G.: *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1999.

Alpa, G.: "I Principles of European Contract law predisposti dalla Commissione Lando", *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 483 ss.

Amorosino, S.: "Impianti di energia rinnovabile e tutela dell'ambiente e del paesaggio", *Riv. giur. amb.*, 2011, p. 753;

Angelone, M.: *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2021.

Angelone, M.: "Diritto privato «regolatorio», conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities", *Nuove autonomie*, 2017, p. 441 ss.

Argelich comelles, C.: "El alcance de la nulidad de los intereses moratorios a la luz de la jurisprudencia europea", *Rev. gen. der. eur.*, 2019, p. 193 ss.

Barenghi, A.: *Diritto dei consumi*, Padova, 2017.

Bauknecht, D., Bracker, J., Flachsbarth, F., Heinemann, C., Seebach, D. e Vogel, M.: "Customer stratification and different concepts of decentralization", in SIOSHANSI, F. (a cura di): *Consumer, Prosumer, Prosumager. How Service Innovations will Disrupt the Utility Business Model*, Cambridge, Massachusetts, 2019, p. 331 ss.

Bianca, C.M., *Diritto civile*, 4, "L'obbligazione", Milano, 1993.

Bernardeau, L.: "La notion de consommateur en droit communautaire (à la suite de l'arrêt de la C.J.C.E. du 22 novembre 2001, Idealservice, aff. jointes C-541/99 et C-542/99)", *Revue européenne de droit de la consommation,* 2002, p. 341 ss.

Bosso, P.: "I contratti del condominio e il condominio come consumatore. Introduzione e princípi generali", *Archivio loc. cond.*, 2017, p. 4 ss.

Buratti, v.: "Il principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili e l'illegittimità di divieti assoluti nella giurisprudenza costituzionale", *Riv. giur. amb.*, 2019, p. 635 ss.

Calvo, R.: "I contratti del consumatore", in GALGANO, F. (a cura di): *Tratt. dir. comm.*, XXXIV, Padova, 2005.

Candian, A.: "Tutela del consumatore nei rapporti bancari", in Llamas Pombo, E., Mezzasoma, L., Rana, U. e Rizzo, F. (a cura di): *La tutela del consumatore nella moderna realtà bancaria (Profili internazionali)*, Napoli, 2020, p. 35 ss.

Cappelli, V.: "Il mercato dell'energia alla prova della «sharing economy»", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 6, pp. 1398-1406

Capobianco, E. e perlingieri, G. (a cura di): *Codice del consumo annotato con la dottrina* e *la giurisprudenza*, Napoli, 2009.

Castronovo, C.: "I «princípi di diritto europeo dei contratti» e l'idea di codice", *Riv. dir. comm.*, 1995, I, p. 21 ss.

Chiarella, M.L. (a cura di): *I contratti del consumatore* e *dell'utente tra diritto comune* e *codificazioni di settore*, Napoli, 2016.

Cocconi, M.: "Programmazione e regolazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile", *Dir. econ.*, 2014, p. 131 ss.

Cusa, E.: "Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche", *Orizzonti dir. comm.*, 2020, p. 71 ss.

Daniel, E.: "Protection des consommateurs", *Europe*, 2015, 11, p. 44 ss.

Daniel, E.: "Protection des consommateurs - Notion de professionnel", *Europe*, 2018, Comm. 7, p. 33 s.

Di Bona, L.*: Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, Napoli, 2008.

Di Raimo, R.: "Ufficio di diritto privato e carattere delle parti professionali quali criteri ordinanti delle negoziazioni bancaria e finanziaria (e assicurativa)", *Giust. civ.*, 2020, p. 321 ss.

Favaro, T.: "Può la tecnologia regolare? «Blockchain» e «scambio tra pari» di energia rinnovabile", *Riv. regolaz. merc.*, 2019, p. 294 ss.

Fiorio, P.: "Professionista e consumatore, un discrimine formalista?", *Giur. it.*, 2002, c. 543 ss.

Fusaro, A.: "Il negozio della persona vulnerabile e il linguaggio delle invalidità", *Ars Interpretandi*, 2019, p. 39 ss.

Garro, A. e moreno rodríguez, J. A. (a cura di): *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, New York, 2021.

Giobbi, M.: "Protezione del cliente e meritevolezza dell'accordo di profilatura dell'investitore alla luce della Mifid II", *Le Corti umbre*, 2015, p. 352 ss.

Giobbi, M.: "Autoconsumo, mercato energetico e protezione del consumatore", *Le Corti umbre*, 2020, p. 304 ss.

Giobbi, M.: *Il consumatore energetico nel prisma del nuovo quadro regolatorio italo-eurounitario*, Napoli, 2021.

Giurato, L.: "Il percorso della transizione energetica: da un'economia basata sull'energia pulita alla "rivoluzione verde e transizione ecologica" del «Recovery Plan»", *ambientediritto.it*, 2021, p. 841 ss.

Gnes, M.: "La nuova disciplina sui ritardi dei pagamenti. Commento a d.lg. 9 novembre 2012, n. 192", *Gior. dir. amm.*, 2013, p. 115 ss.

Granelli, C.: "Il codice del consumo a cinque anni dalla sua entrata in vigore", *Obbl. contr.*, 2010, p. 731 ss.

Intravaia, M.: "Il restyling della nozione di consumatore", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 3, p. 385 ss.

Jasak, M.: "Energy Communities in the EU. Challenges for the Implementation of the EU Legal Framework", in Roggenkamp, M.M. e Banet, C. (a cura di): *European Energy Law Report*, XIV, 2021, p. 204 ss.

Lemme, G.: "Attualità della nozione di «cliente della banca»", *Riv. dir. bancario*, 2021, p. 267 ss.

Lombardi, E.: "Il consumerismo italiano in una visione d'insieme: del 'prendere coscienza dei mutati e mutevoli umori delle cose?", *Studium iuris*, 2011, p. 613 ss.

Lowitzsch, J.: "The Consumer at the Hearth of the Energy Markets?", in ID. (a cura di): *Energy Transition. Financing consumer co-ownership in renewables,* Frankfurt, 2019, p. 68 ss.

Luna Serrano, A.: "Le norme che contengono concetti elastici nella legislazione di consumo", *Le Corti umbre*, 2017, p. 501 ss.

MANTUCCI, D.: *Profili del contratto di subfornitura*, Napoli, 2005.

MARINELLI, F.: "La tutela civile dei soggetti deboli", *Giust. civ.*, II, 1994, p. 166 ss.

MARRELLA, F.: "La nuova lex mercatoria. Princípi Unidroit ed usi del commercio internazionale", in GALGANO, F. (diretto da): Tratt. dir. comm. econ., XXX, Padova, 2003.

MAUGERI, M.: "Elementi di criticità nell'equiparazione, da parte dell'AEEGSI [Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico], dei «prosumer» ai «consumatori» e ai «clienti finali»", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 406 ss.

MAUGERI, M.R.: "«Smart contracts», «smart grids» e «smart meters»: i nuovi orizzonti nel mercato dell'energia e la tutela del consumatore/«prosumer»", *Studi senesi*, 2020, p. 85 ss.

MELI, M.: "Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di «energy sharing», Commento a dec. legge 30 dicembre 2019 n. 162 (Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica) art. 42-bis", *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 630 ss.

MEZZASOMA, L.: "Il consumatore e il professionista", in RECINTO, G., MEZZASOMA, L. e CHERTI, S. (a cura di): *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 13 ss.

MEZZASOMA, L.: "Meritevolezza e trasparenza nei contratti finanziari", Banca borsa tit. cred., 2018, I, p. 180 ss.

MINERVINI, E.: Tutela del consumatore e clausole vessatorie, Napoli, 1999.

MORACCHINI-ZEIDENBERG, S.: "Consommateur ou professionnel: double qualification selon l'objet de l'opération", *La Semaine Juridique-entreprise et affaires*, 2015, n. 49, p. 1599 s.

NAPOLITANO, G. e ZOPPINI, A. (a cura di): *Regole e mercato delle energie rinnovabili, Annuario di diritto dell'energia*, 2013.

NAVARRETTA, E.: "Princípi dell'Unione europea, politiche economiche e diritto privato", *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2020, pp. 409 ss.

PAGLIANTINI, S.: *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012.

Paire, A.: "Fonti rinnovabili e compensazioni ambientali, ultimo atto: la Consulta «salva» la sanatoria del 2018. Spunti per una ricostruzione (critica) del sistema", *federalismi.it,* 2021, p. 50 ss.

Pamphilis, M.: "I contratti di consumo tra esigenze di armonizzazione e nuovi modelli negoziali", *Archivio giur. F. Serafini*, 2019, p. 411 ss.

Pennasilico, M.: "Contratto, ambiente e giustizia dello scambio nell'officina dell'interprete", *Pol. dir.,* 2018, p. 3 ss.

Perfetti, U.: *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005.

Perlingieri, P.: "La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam", in Perlingieri, P. e Caterini, E. (a cura di): *Il diritto dei consumi*, I, Rende-Napoli, 2005, p. 18 ss.

Perlingieri, P.: "Diritto dei contratti e dei mercati", *Rass. dir. civ.,* 2011, p. 890 ss.

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4a ed., II, Napoli, 2020.

Pollastro, I.: "Avvocato e cliente nella normativa a tutela del consumo", *Giur. it., 2015, p.1636 ss.*

Prosperi, F.: *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002.

Quarta, A.: "Il diritto dei consumatori ai tempi della «peer economy». Prestatori di servizi e «prosumers»: primi spunti", *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 667 ss.

Reich, n., micklitz, h.-w., rott, p. e tonner, K.: *European Consumer Law*, Cambridge, 2014.

Rizzo, V.: *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Camerino-Napoli, 1994.

Rizzo, V.: *Trasparenza e «contratti del consumatore» (la novella al codice civile)*, Camerino-Napoli, 1997.

Rizzo, V., Caterini, E., Di nella, L. e Mezzasoma, l. (a cura di): *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, Napoli, 2010.

Rizzo, V.: "La riforma del codice del consumo nel prisma delle fonti", *Le Corti umbre*, 2015, p. 412 ss.

Roberts, J.: "What energy communities need from regulation", *Eur. Energy Journ.*, 2019, 8, p. 28 s.

Rossi Carleo, L. (a cura di): *Diritto dei consumi*, Torino, 2012.

Ruggeri, L.: "Mercato telematico ed autonomia privata: un nuovo ruolo per la lex mercatoria", *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 303 ss.

Ruggeri, L.: "Contratti di garanzia e tutela del contraente debole", in Caterini, e., di Nella, l., Flamini, a., Mezzasoma, l. e Polidori, s. (a cura di): *Scritti in onore di Vito Rizzo,* II, Napoli, 2017, p. 2040 s.

Ruggeri, L. e Giobbi, M.: "Vulnerabilità economica tra diritto emergenziale e contrattuale", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, p. 340 ss.

Ruggeri, L.: "Morosità e tutela dei clienti tra nuova regolamentazione del mercato energetico e gestione dell'emergenza pandemica", in Llamas Pombo, E., Mezzasoma, L., Rana, U. e Rizzo, F. (a cura di): *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del Covid-19*, Napoli, 2021, p. 627 ss.

Ruggeri, L.: "Legislative Policies and Jurisprudence on Climate Change: New Tools for Removing the Barriers to New Forms of Energy Consumptions", in ID. (a cura di): *Needs and Barriers of Prosumerism in the Energy Transition Era*, Madrid, 2021, p. 98 ss.

Schill, W-P., zerrahn, A. e Kunz, F.: "Solar Prosumage: An economic Discussion of Challenges and Opportunities", in Lowitzsch, J. (a cura di): *Energy Transition. Financing consumer co-ownership in renewables,* Frankfurt, 2019, p. 703 ss.

Solinas, C.: "La tutela del consumatore nei contratti di fornitura di energia elettrica", *Contr. impr.*, 2015, fasc. 2, pp. 435 ss.

Stanzione, P. : *La tutela dei soggetti deboli*, Milano, 2004.

Tenreiro, M.: "Un code de la consommation ou un code autour du consommateur? Quelques réflexions critiques sur la codification et la notion du consommateur", in Krämer, L., Micklitz, H.-W. e Tonner, K. (a cura di): *Law and diffuse Interests in the European Legal Order. Liber amicorum Norbert Reich*, Baden-Baden, 1997, p. 349.

Terryn, E.: "Consumers, by Definition, Include Us All'… But Not for Every Transaction", *European Review of Private Law/Revue européenne de droit privé/ Europäische Zeitschrift für Privatrecht*, 2016, p. 271 ss

VENEZIANO, A. e FINAZZI AGRÒ, E.: "The use of the Unidroit principles in order to interpret or supplement national contract law", *Annuario dir. comp.*, 2018, pp. 39 ss.

VETTORI, G.: "Autonomia privata e contratto giusto", *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 20 ss.

VITERBO, F.G.: *Variabilità e relatività dei rapporti condominiali*, Napoli, 2021.

VOLPE, F.: *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato,* Napoli, 2004.

ZOPPINI, A.: "Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza", *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 536 ss.

ZORZI GALGANO, N.: "Il contratto di consumo e la libertà del consumatore", in GALGANO, F. (a cura di): *Tratt. dir. comm.*, Padova, 2012.

ZUCCARINO, S.: *Il contratto "conformato" quale statuto normativo del mercato energetico*, Camerino-Napoli, 2021.

MATERNITÀ SURROGATA, LE RAGIONI DEL DIVIETO E LE PROPOSTE DI REGOLAMENTAZIONE: UN CERCHIO CHE NON SI CHIUDE

SURROGACY, THE REASONS FOR THE BAN AND PROPOSALS FOR REGULATION: A CIRCLE THAT DOESN'T CLOSE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3318-3341

Lucia BOZZI

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il contributo affronta il tema della maternità surrogata interrogandosi sulle ragioni del divieto della stessa. In questa prospettiva, la riflessione si sofferma sulla esigenza di tutelare la autodeterminazione della donna e sul "rimedio" rappresentato, de iure condendo, dalla ammissibilità della surrogazione effettuata a titolo gratuito, mettendo in luce limiti e contraddizioni dell'impostazione. Un cenno è infine dedicato al problema della tutela dei soggetti nati da tale pratica.

PALABRAS CLAVE: Maternità surrogata; autodeterminazione della donna; maternità surrogata "altruistica"; genitorialità; tutela del minore.

ABSTRACT: *This article addresses the issue of surrogacy by questioning the reason for its prohibition. In this perspective, the analysis focuses on the need to protect the self-determination of women and on the "remedy", de iure condendo, to allow the non commercial surrogacy, highlighting the limits and contradictions of the approach. Finally, a mention is dedicated to the problem of the protection of children born from this practice.*

KEY WORDS: Surrogacy; woman self; determination; altruistic surrogacy; parenthood; child protection.

SUMARIO.- I. PRECISAZIONI TERMINOLOGICHE. IL DIVIETO NORMATIVO E IL RUOLO DELLA CONSULTA.- II. LA AUTODETERMINAZIONE DELLA DONNA UNICA RAGIONE DEL DIVIETO? IL "RIMEDIO" DELLA SURROGAZIONE SOLIDARISTICA E I SUOI (MOLTI) LIMITI.- III. POSSIBILI RAGIONI "ALTRE" DEL DIVIETO.- IV. RIPENSARE IL "SENTIMENTO" DELLA GENITORIALITÀ?.- V. TUTELARE IL NATO IN SEGUITO A SURROGAZIONE DI MATERNITÀ E DISINCENTIVARE LA PRATICA: LA QUADRATURA DI UN CERCHIO?

I. PRECISAZIONI TERMINOLOGICHE. IL DIVIETO NORMATIVO E IL RUOLO DELLA CONSULTA.

La problematicità della maternità surrogata (da ora, anche ms) emerge già sul piano terminologico[1]. Qualificare il fenomeno in cui una donna porta avanti una gravidanza per conto di altri come maternità surrogata, come gestazione per altri (da ora, anche gpa) o come, più crudamente, utero in affitto non è affatto equivalente. La mancata equivalenza risulta con chiarezza nel confronto della espressione utero in affitto – che nella sua brutalità sottintende una valutazione negativa del fenomeno, legata alla sua "commercialità – rispetto alle altre due, che tuttavia, a ben vedere, non sembrano tra loro completamente "interscambiabili". La scelta di una locuzione piuttosto che dell'altra significa infatti "enfatizzare" un profilo del fenomeno e, per l'effetto, implicitamente eclissarne un altro. Parlare di gpa sottolinea il "distacco" del profilo gestazionale da quello più in generale riproduttivo, laddove ms sembra invece piuttosto evocare una sostituzione nella maternità stessa, senza tuttavia isolare con nettezza il momento gestazionale.

Difficile dire quale espressione possa considerarsi più "neutrale" e quindi più idonea a costituire il punto di partenza quanto (più) possibile asettico per una indagine quanto (più) possibile "spre-giudicata" sul tema. Muovendo da tale consapevolezza si parlerà del fenomeno (prevalentemente) come di "ms", in quanto formula (forse) più semplicemente descrittiva ed evocativa di un approccio privo di preconcetti verso il fenomeno stesso, e quindi più appropriata per valutarne (senza pregiudizi) la compatibilità con il sistema. Così come, per le medesime ragioni, il soggetto o i soggetti per cui la gestazione è svolta saranno qualificati genitori "di intenzione" e non "committenti", lemma che già esprime una valutazione negativa.

Accennati ragioni e limiti delle scelte "terminologiche", per un corretto inquadramento del tema della ms sembra opportuno muovere dalla premessa che lo stesso ne interseca molti altri – dalla genitorialità dei singles e delle coppie formate da soggetti dello stesso sesso alla questione dello status dei bambini "già nati" in seguito a tale pratica –, rispetto ai quali non è sempre possibile, né

• Lucia Bozzi
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università di Foggia. E-mail: lucia.bozzi@unifg.it

forse davvero auspicabile, qualora si voglia riflettere davvero su di esso, "isolarlo". Divieti e proposte (più o meno parziali) di abolizione degli stessi nonché di regolamentazione (più o meno "condizionate") si inseriscono infatti in questo contesto fortemente "interconnesso" e la fondatezza delle rispettive giustificazioni può essere indagata solo guardando al fenomeno nella sua complessità.

Il dettato normativo non sembrerebbe per la verità lasciare molto spazio a discussioni circa la ammissibilità della ms. L'art. 12, c. 6, della l. 40/2004 afferma infatti con chiarezza che "Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro". Il divieto è stato poi, in più di una occasione, ribadito anche dalla Corte costituzionale. Già nella sentenza n. 162 del 2014, nel dichiarare la illegittimità del divieto al ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in presenza di una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, la Corte precisava che la norma che vieta la ms "in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia conservando quindi perdurante validità ed efficacia". Tuttavia, secondo la Consulta la scelta della coppia di "diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi... le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (…). La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera".

Si potrebbe osservare che riferire la autodeterminazione – principio ontologicamente individuale – alla coppia è quanto meno eccentrico, ed ancor più eccentrico, forse, riferirla al procedimento procreativo, che per sua natura "implica il trascendimento dei soggetti che ne sono autori, sia con riguardo all'estraneo che deve fornire il gamete sia con riguardo al figlio"[2]. Soprattutto, si potrebbe osservare che la Consulta si limita a indicare tra gli "interessi di pari rango" che potrebbero giustificare limitazioni alla fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi

2 Castronovo, C: "Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale", *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1117 ss., par. 3 Salanitro, U.: "I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1364, osserva che in realtà i dubbi circa il rilievo della autodeterminazione possono essere superati "se si assume che il diritto all'autodeterminazione non rappresenta altro che una formula locale che riprende, e intende ricondurre nel nostro ordinamento, il diritto alla vita privata e familiare sancito dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo". Sul punto v. anche Renda, A: "La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio", *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 415 ss., par. 2.

a cui è riconducibile il diritto di diventare genitori solo il rischio di danni psichici alla salute del nato a causa della mancanza di un rapporto genetico con i genitori, sottolineandone peraltro l'irrilevanza alla luce della indiscussa legittimità della disciplina dell'adozione[3]. Al di là di tali rilievi, in ogni caso, è indubitabile che si tratta di affermazioni molto "dense", che sembrerebbero evocare quasi un "diritto alla genitorialità" potenzialmente in grado di mettere in discussione l'assolutezza del divieto di ms[4].

Un cenno alla ms è contenuto anche nella pronuncia n. 272 del 2017, che la stigmatizza in quanto "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane". L'argomentazione è poi ampiamente ripresa dalla recente sentenza n. 33 del 2021. In essa la Corte rileva che "gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita. Tali preoccupazioni stanno verosimilmente alla base della condanna di «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali» espressa dal Parlamento europeo nella propria Risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015 (2016/2009-INI) (paragrafo 82)". Non vengono evocati altri interessi - in particolare riferibili al minore - che potrebbero risultare lesi dal ricorso a tale pratica e anzi l'interesse del minore viene giustapposto allo "scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità", come se si trattasse di interessi contrapposti da bilanciare. L'iter argomentativo, sebbene non "rivoluzionario", sollecita una riflessione più approfondita.

II. LA AUTODETERMINAZIONE DELLA DONNA UNICA RAGIONE DEL DIVIETO? IL "RIMEDIO" DELLA SURROGAZIONE SOLIDARISTICA E I SUOI (MOLTI) LIMITI.

Nella motivazione della Consulta, la ragione "essenziale" del divieto di ms è individuata, come detto, nel rischio di sfruttamento della vulnerabilità delle donne che tale pratica presenterebbe. Implicitamente, quindi, ne viene messa in discussione la assolutezza e a ben vedere anche la fondatezza con riguardo al modello cd altruistico, non essendo certo che possa valutarsi negli stessi termini il caso in cui una donna accetti, in cambio di denaro, di portare a termine la

3 Salanitro, U.: "I requisiti soggettivi", cit., p. 1361 ss.

4 Scalisi, V.: "Maternità surrogata: come «far cose con regole»", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1100, "Non si intravvede … per quale singolare ragione la stessa genitorialità, non conseguibile (al pari che nella fecondazione eterologa) per assoluta sterilità o infertilità della coppia, non possa trovare realizzazione anche attraverso un'altrui gestazione".

gravidanza nell'interesse di altri e quello in cui la stessa si offra gratuitamente di farlo[5]. Nulla, come detto, di particolarmente nuovo. Da tempo, infatti, parte della dottrina ha proposto di legittimare il ricorso alla ms cd solidaristica[6], sia perché reputata compatibile con il sistema valoriale sia per evitare il "turismo procreativo" e garantire davvero adeguata tutela alla gestante.

Il modello non viene declinato in modo univoco e le differenze non sono certo di dettaglio. Alcuni si limitano a ritenere sufficiente per tutelare l'autonomia della donna che la stessa non riceva alcun corrispettivo, ma un semplice "rimborso"[7], oltre al pagamento di tutte le spese sanitarie, da corrispondere indipendentemente dal raggiungimento del "risultato", che non le sia imposto un particolare comportamento da tenere – per esempio non fumare, o evitare alcuni cibi, durante tutto il periodo della gravidanza – ma la donna rimanga "arbitra" del proprio corpo[8]. Altri ritengono che la gestante dovrebbe poter decidere autonomamente circa l'interruzione volontaria della gravidanza e, eventualmente, le dovrebbe essere consentito di scegliere al termine della gestazione di tenere con sé il bambino, senza naturalmente essere per questo penalizzata dal punto di vista economico[9]. Differenze, come detto, non di dettaglio, che riflettono la difficoltà

5 Salanitro, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *Nuova giur. civ. comm*., 2019, p. 740; Grasso, A.: "Per una interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata",Teoria e critica della regolazione sociale, 2/2018, spec. p.182 ss.; Ruggeri, A.- Salazar, C.: "«Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone", *Consulta on line*, 2017, p. 143 ss.

6 Scalisi, V.: "Maternità surrogata", cit., p. 1100, rileva che non si può "in siffatta ipotesi ravvisare né un atto dispositivo vietato del proprio corpo ex art. 5 c.c. e neppure un atto lesivo della dignità della gestante, il cui corpo, …, assumerebbe anzi l'alto valore simbolico di una umana abnegazione. Non si vede per quale ragione, almeno in questi casi e in questi casi soltanto, alla coppia dovrebbe restare la sola alternativa genitoriale dell'adozione"; Grasso, A.: "Per una interpretazione", cit., p. 170; Barba, V.: "Ordine pubblico e gestazione per sostituzione, nota a Cass. Sez. Un., 8.5.2019, n. 12193", *GenIUS*, 2019, n. 2, p. 19 ss. In giurisprudenza, emblematica di tale impostazione, l'ordinanza di remissione della Corte di Appello di Milano, 25.7. 2016, n. 273, cui ha fatto seguito la citata sentenza della Corte cost. 18.12.2017, n. 272. Secondo la Corte milanese "potrebbe non ravvisarsi lesione della dignità della donna qualora alla stessa fosse consentito, con scelta libera e responsabile, di accedere e dare senso, in condizioni di consapevolezza, alla pratica «relazionale» della gestazione per altri, in un contesto regolamentato in termini non riducibili alla logica di uno scambio mercantile e che, sempre e comunque, le garantisse un «ripensamento», ossia la possibilità di tenere per sè e riconoscere il bambino, non potendo imporsi alla donna per contratto (né per legge) di usare il proprio corpo a fini riproduttivi e di essere, o non essere, madre".

7 Pezzini, B.: "Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri", *Costituzionalismo.it*, 2017, p. 227, afferma "La gratuità …esclude, … qualsiasi remunerazione di attività di intermediazione (e, forse, più radicalmente la configurabilità di attività di intermediazione … a carattere professionale), mentre potrebbe non essere incompatibile con un riconoscimento di una copertura delle spese connesse alla gravidanza". Capulli, E.: "Gestazione per altri: corpi riproduttivi tra biocapitale e biodiritto", *BioLawJournal*, 2021, p. 134 ritiene che "la possibilità di regolamentare la GPA nella forma professionale vada considerato".

8 Pezzini, B.: "Nascere da un", cit., p. 227, "Resta tuttavia assolutamente fermo che tutte le decisioni in ordine alla gestione della gravidanza (interruzione, trattamenti, stile di vita) sono esclusivamente affidate alla madre biologica".

9 Danna, D.: "«It's not their pregnancy». L'aborto nei contratti di maternità surrogata statunitensi", *AG-AboutGender, International Journal of Gender Studies*, 2014, v. 3, n. 5, p. 147 "un accordo preso prima di rimanere incinta non può avere più forza di ciò che la donna matura con l'esperienza vissuta". Nello stesso senso Pezzini, B.: "Nascere da un corpo", cit., p. 225 ss., "Il momento di maturazione definitiva della volontà viene individuato dalla nascita, o più esattamente da un congruo breve termine successivo alla nascita che completi la separazione e garantisca l'avvenuto distacco".

(che dovrebbe affrontare il legislatore che eventualmente decidesse di regolare la materia) di individuare il giusto (o, per lo meno un accettabile) bilanciamento tra i vari interessi coinvolti.

Al di là di tali differenze, per valutare la compatibilità della ms solidaristica (e non solo) con il sistema ordinamentale (e valoriale) occorre in via preliminare interrogarsi su quale sia l'interesse che si vuole davvero tutelare vietandola e, in via speculare, quale si vorrebbe realizzare consentendola, sia pure, come accennato, solo nella "versione" gratuita, peraltro sovente qualificata come altruistica o solidaristica, quasi a sottolinearne la riconducibilità ad una dimensione "donativa", implicitamente evocativa di "positività".

Ammettendo che il possibile sfruttamento della donna rappresenti davvero la ragione ultima del divieto, occorre chiedersi se questo possa essere effettivamente evitato limitando il divieto stesso alla ms commerciale ma consentendo quella gratuita. Sulla base della massima di esperienza secondo cui nessuno può ragionevolmente considerarsi spinto dal bisogno economico a compiere una azione da cui non ricava alcun guadagno, si ritiene che la gratuità della gestazione sia in grado di garantire alla donna quella autonomia decisionale che potrebbe risultare offuscata qualora questa agisse spinta dal bisogno economico, evitandone così lo sfruttamento[10]. Sulla efficacia della soluzione è possibile per la verità nutrire qualche perplessità.

Tutte o quasi le proposte di legittimare la ms nella sua forma gratuita, e tutti i o quasi i modelli normativi che la consentono, prevedono che il genitore intenzionale, o la coppia di genitori intenzionali, provvedano al pagamento non solo delle spese mediche ma anche di un rimborso alla gestante. Tuttavia, se le spese mediche (e, eventualmente, quelle "documentabili", come, per esempio, di vestiario) sono integralmente pagate dai genitori intenzionali, il "rimborso" assume una valenza in senso lato compensativa, che sembra in qualche modo contaminare la dimensione del dono, con la sua carica implicita di positività, in cui si vorrebbe ricomprendere la maternità surrogata gratuita. Se da un lato attribuire alla gestante, impossibilitata per nove mesi a svolgere una attività lavorativa, o per lo meno limitata in tale svolgimento, può apparire equo e rispondente a un comune senso di giustizia[11], dall'altro distinguere in modo netto tra rimborso e

10 Ma sul punto v. le puntuali considerazioni di Calderai, V.: "Breaking out of the Regulatory Delusion. The Ban to Surrogacy and the Foundations of European Constitutionalism", *Global Jurist*, 2020, 20190062 e Niccolai, S.: "Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia", *GenIUS*, 2017, n. 2, p. 50 ss., che definisce la distinzione tra gpa altruistica e commerciale "falsante".

11 Saraceno, C.: "Dilemmi intorno alla maternità surrogata", *Giudicedonna*, 2017, n. 1, "la questione è non solo il rimborso delle spese mediche, dell'abbigliamento, ecc., ma anche del tempo. … Dovrebbe esserci una certa regolazione dell'ammontare del rimborso e di che cosa dovrebbe essere rimborsato. Ma il divieto totale in nome dell'altruismo è anch'esso una forma di sfruttamento delle donne. La situazione è diversa da quella della donazione di sangue, poiché richiede molto più tempo e coinvolge il corpo della donatrice. Questo –…– vale anche per le donatrici degli ovuli".

corrispettivo si presenta tutt'altro che agevole[12]. Né sembra sufficiente a tracciare un discrimen chiaro e sicuro parametrare l'entità dell'importo ai guadagni dichiarati dalla donna negli anni immediatamente precedenti la gestazione (per esempio, come nella proposta presentata da talune associazioni, gli ultimi due anni[13]). Non è infatti possibile escludere che i passati guadagni si inseriscano in una "congiuntura" particolarmente favorevole che la donna ritiene (ragionevolmente) irripetibile. E tanto meno sembra sufficiente limitare l'entità dell'importo del rimborso stesso. A meno che si tratti di un importo puramente simbolico, l'attrattività dello stesso varia infatti a seconda delle circostanze in cui si trova chi la valuta e può significativamente divergere tra chi lo stabilisce, chi lo paga, chi lo riceve. Anche cifre di entità relativamente modesta potrebbero, in taluni contesti - una giovane donna disoccupata, o con una occupazione instabile e poco retribuita -, rappresentare movente sufficiente per intraprendere una gpa. Del resto, anche il "bisogno economico", che potrebbe compromettere l'autonomia decisionale della donna, spingendola a scelte che altrimenti non farebbe, quale la gpa, appare a ben vedere nozione piuttosto sfuggente. Si dovrebbe considerare in stato di bisogno economico, e quindi economicamente "ricattabile" e "sfruttabile" una donna con una occupazione stabile ma a basso reddito, che aspirasse a un incremento dello stesso, per esempio per frequentare l'università o concedersi qualche piccolo lusso e per questo fosse disponibile a portare avanti una o gravidanza per conto di altri?[14]

12 Niccolai, S.: "Alcune note", cit., p. 51, "anche laddove la legge consente la surrogacy solo se gratuita i rimborsi o i ristori costituiscono un compenso, una foglia di fico che nasconde le motivazioni economiche che, nella maggior parte dei casi, spingono una donna a sottoporsi a una esperienza di questa natura".

13 Associazione Luca Coscioni e altri, proposta di legge Disciplina della gravidanza solidale e altruistica, art. 5, (Forma e effetti dell'accordo e tutele), c. 7, "Sono a carico del Genitore Singolo o della Coppia tutte le spese sanitarie dirette, integrate da un ulteriore rimborso delle spese indirette sostenute dalla Gestante a causa della gestazione fino a sei mesi successivi al parto, che tenga conto dell'impegno fisico ed emotivo profuso dalla Gestante nel corso della gravidanza, ed anche della perdita di capacità reddituale a cui va incontro la Gestante durante il periodo che precede la gestazione, nel corso della stessa e successivamente, nel periodo previsto per legge in materia di astensione obbligatoria dal lavoro per gravidanza (maternità). Nella determinazione delle spese indirette si dovrà, altresì, tenere conto, nel caso in cui la Gestante sia lavoratrice autonoma o lavoratrice atipica, del danno economico derivante dalla differenza tra il reddito percepito nell'anno precedente a quello in cui la stessa ha intrapreso il percorso di Gravidanza solidale e altruistica e l'anno in cui porta avanti la gestazione; tale differenza dovrà essere integrata dal Genitore Singolo o dalla Coppia, così da evitare qualsiasi ipotesi di impoverimento o arricchimento da maggior guadagno per la Gestante" (15.1.2021, reperibile sul sito dell'Associazione).

14 Nella proposta di legge presentata dalla Associazione Luca Coscioni e altri, sopra citata, si prevede all'art. 4, Requisiti della Gestante, Controlli Medici e Luogo della gestazione, c. 3, che "La condizione economica della Gestante, non dovrà essere inferiore al doppio dei limiti di cui agli artt. 76, commi primo, secondo e terzo, e 77, D.P.R. 115/2002. Come parametro temporale di riferimento, dovranno essere presi in considerazione almeno i due anni precedenti alla sottoscrizione dell'accordo". Il citato art. 76 fissa il limite (salvo adeguamenti biennali) di euro 11.746,68, quindi la potenziale gestante dovrebbe avere un reddito imponibile di circa 24.000 euro, non certamente poco, ma che potrebbe essere ritenuto dalla stessa insufficiente a garantire il tenore di vita desiderato. Diposizioni analoghe sono previste nel disegno di legge Disposizioni in materia di regolamentazione della surrogazione di maternità, presentato da art. 29, reperibile sul sito omonimo (cfr. art. 7 ter, Limiti soggettivi, c. 1, "La gestante …non deve versare in condizioni economiche inferiori al doppio dei limiti indicati dagli articoli 76, primo, secondo e terzo comma e 77, d.p.r. 20 maggio 2002 n. 115, con riferimento almeno ai due anni anteriori alla sottoscrizione del patto").

Per superare l'impasse si potrebbe o ipotizzare di limitare il ricorso alla ms alla sola cerchia familiare, così da presumerne, salvo prova contraria, la gratuità[15] (e circoscriverne, per l'effetto, oltremodo il rilievo dal punto di vista numerico). Oppure ipotizzare di consentirla solo a donne con stabile occupazione e a reddito alto e medio alto (non facile da fissare), per le quali non sussista cioè il seppur minimo dubbio che il bisogno economico non è certo il movente del loro agire. O, posto che anche per tali donne si potrebbe in astratto immaginare una sia pur minima attrattività economica del rimborso, si potrebbe addirittura escludere ogni forma di rimborso qualora il periodo di astensione dal lavoro fosse comunque retribuito.

Non è improbabile, per onestà bisogna riconoscerlo, che il drappello delle aspiranti gestanti per altri finirebbe con il ridursi sensibilmente[16]. E che forse, qualora si preveda il diritto della gestante di "ripensarci" e tenere con sé il bambino[17], beninteso, senza nessuna conseguenza sul piano economico - e quindi, non solo senza dovere pagare alcuna "penale" ma senza neanche dovere restituire l'importo delle spese, mediche o di altro genere, sostenute dagli aspiranti genitori - si ridurrebbe anche quello degli aspiranti genitori. Non solo, infatti, questi sarebbero potenzialmente esposti al "ricatto" della gestante, ma soprattutto, il padre (genetico o meno) non potrebbe comunque sottrarsi alla propria responsabilità genitoriale, che si troverebbe quindi a condividere con un soggetto diverso dal proprio o dalla propria partner. Ed è quindi altresì possibile che l'obiettivo di evitare il turismo procreativo risulti frustrato, dal momento che non è affatto irragionevole immaginare che non pochi genitori di intenzione, "spaventati" dalle molte restrizioni, finirebbero con il rivolgersi comunque verso mete che consentono il raggiungimento del risultato sperato senza tanti vincoli.

Sulla idoneità della ms in versione solidaristica a rappresentare un efficace disincentivo al turismo procreativo si avrà modo di tornare, ma forse occorre da subito domandarsi se il bisogno economico – nozione, come visto, oltremodo sfuggente – rappresenti davvero l'unico elemento in grado di influenzare la autonomia decisionale della donna e se, di conseguenza, la necessaria gratuità rappresenti un rimedio efficiente al problema. In realtà, se il valore che si intende

15 Ruggeri, A.- Salazar, C.: "«Non gli è »", cit., p. 145; Ruggeri, A.: "La maternità surrogata, ovverosia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore", *GenIUS*, 2017, n. 2, p. 64.

16 Scrive Pozzolo, S.: "Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista", BioLaw Journal, 2016, p. 106, "I dati ci dicono che la delocalizzazione avviene verso paesi dove ci sono tassi di povertà importanti, …, oppure in …luoghi dove comunque si intercettano …donne la cui condizione economica è tale per cui si genera l'offerta. Ciò che emerge …è la condizione di relativa povertà e bisogno delle donne che «scelgono» di offrirsi per la surroga di maternità. Non si trovano donne a Beverly Hills che prestano il proprio utero, ma solo donne che comprano l'uso di un'altra disposta ad affittarlo in cambio di denaro". Nello stesso senso Rizzuti, M.: "Maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori", *BioLaw Journal*, 2015, p. 91.

17 Saraceno, C.: "Dilemmi intorno alla", cit., p. 5 reputa il diritto per la madre surrogata "di cambiare idea e di tenere il bambino" più importante dell'altruismo che dovrebbe caratterizzare la gestazione.

proteggere con il divieto di ms è l'autodeterminazione della donna[18], onde evitare il suo sfruttamento, è forse necessario reimpostare i termini della questione.

Se infatti unica cifra interpretativa e valutativa è la garanzia della autonomia decisionale della donna la gratuità è rimedio insufficiente da un lato – in quanto, a tacer d'altro, il rimborso non è facilmente distinguibile dal corrispettivo e il bisogno economico è nozione sfuggente e, soprattutto, "soggettiva"[19] – ed eccessivo dall'altro, perché priva la donna della possibilità di scegliere una fonte di guadagno che lei reputa più dignitosa di altre[20]. La autodeterminazione della donna non sembra cioè di per sé compromessa dalla previsione di un corrispettivo e se è vero che alcune (forse molte) potrebbero essere indotte a scegliere di portare avanti una gravidanza per conto di altri spinte dal bisogno economico è pur vero che questo potrebbe per loro tradursi in una fonte di legittimo guadagno, che loro stesse (a loro insindacabile giudizio, esercitando la loro autonomia decisionale) potrebbero ritenere preferibile ad altre ritenute (sempre da loro) più degradanti.

Quasi inevitabile a questo punto il sospetto che la contrarietà verso la ms effettuata a fonte del pagamento di un corrispettivo sia, almeno parzialmente, ascrivibile a ragioni che trascendono l'esigenza di tutela della autodeterminazione della donna e coinvolgono la (diffusa e) istintiva avversione a "tradurre" in termini economici, ad attribuire cioè un valore economico e quindi inevitabilmente a mercificare, quello che, o almeno alcuni profili di quello che riguarda il corpo e che non a caso nel linguaggio comune è non di rado qualificato "senza prezzo".

III. POSSIBILI RAGIONI "ALTRE" DEL DIVIETO.

In realtà, se vietare a taluno un certo comportamento, una volta accertato che questo non lede altri interessi, per garantirne l'autodeterminazione è in sé contraddittorio, allora sancire il divieto di ms a tutela della autodeterminazione della donna appare in fondo espressione di un vetero-paternalismo che la

18 Sul punto Flamigni, C., dissenso espresso riguardo alla "Mozione sul cosiddetto affitto d'utero approvata a maggioranza il 18 marzo", in Comitato Nazionale per la Bioetica, mozione "Maternità surrogata a titolo oneroso", 18 marzo 2016. F. vede nella maternità sostitutiva, che sarebbe meglio per lui definire "gestazione per altri" o "dono del grembo", un "potenziale strumento di autodeterminazione, non solo per i genitori che la commissionano, ma anche per le donne che volontariamente acconsentono al dono, o alla vendita, della loro capacità generativa, il che significa che la cosa principale che deve essere discussa riguarda il diritto alla gestione del proprio corpo e la liceità o la convenienza di porle dei limiti persino nei casi in cui è assolutamente rispettosa dei diritti degli altri e non produce danni di sorta" (p. 4).

19 Pozzolo, S.: "Gestazione per altri", cit., p. 106 "non possiamo nasconderci dietro un dito e non considerare le condizioni della scelta, nonché gli effetti potenzianti i razzismi di classe e di razza".

20 Sul punto anche Pozzolo, S: "Gestazione per altri", cit., p. 102, "le donne che si prestano per la surroga di maternità commerciale ne ricevono un guadagno che per loro è fondamentale, e probabilmente considerano quest'attività meno lesiva della loro dignità rispetto ad altre a loro disposizione". Per Capulli, E: "Gestazione per altri", cit., 2021, p. 137, "la soluzione non deve essere quella di neutralizzare …l'autodeterminazione con un divieto, ma piuttosto l'elaborazione di regole…. si è trovato un utile riferimento nel modello di GPA professionale, che intende superare la dicotomia altruistico/commerciale spostando l'attenzione sulle modalità in cui il rapporto di gestazione dovrebbe essere costruito".

considera sempre e comunque una vittima[21], un soggetto manipolabile e come tale non autonomo e la espropria quindi, per il suo bene, della propria libertà di scelta.

In questa prospettiva, ci si potrebbe forse domandare se e fino a che punto gli eventuali interrogativi sulla consistenza delle ragioni poste a fondamento del divieto di bigamia e incesto – beninteso una volta accertata con assoluta sicurezza la autonomia decisionale, cioè la autodeterminazione di tutti i soggetti coinvolti – possano qualificarsi una mera provocazione. Si tratta infatti di fattispecie che non procurano danno ad alcuno (nell'incesto, quando un danno è configurabile, come nel caso in cui uno dei due partner sia minore di età, scattano altre incriminazioni)[22]. Tuttavia, la questione di legittimità costituzionale dell'incesto ha avuto esito negativo[23], nonostante si tratti di un reato di fatto mai perseguito e la legalizzazione della poligamia non sembra avere molti seguaci: incesto e bigamia continuano ad essere reati. E sorge il dubbio che lo siano perché si ritiene, magari cedendo a spinte emotive piuttosto che razionali e a retaggi ormai superati, che siano posti a tutela di un valore che non può essere identificato solo con la autodeterminazione dei soggetti coinvolti, che la trascende e quindi può considerarsi leso anche qualora questa sia rispettata.

Dubbi analoghi sorgono anche rispetto al divieto di ms e inducono a chiedersi se anche in questo caso sia possibile rinvenire ragioni del divieto ulteriori rispetto all'esigenza di garantire la autodeterminazione della gestante, ragioni che potrebbero cioè sussistere indipendentemente dalla circostanza che questa non sia in stato di bisogno economico, che non le sia stato pagato un prezzo e anche se traesse dalla gravidanza stessa una sua propria gratificazione non economica[24].

In primo luogo occorre chiedersi se il rispetto della autodeterminazione della gestante che in piena liberta scelga di condurre una gestazione per altri valga di per sé a escludere la possibile lesione della dignità delle donne[25]. O se a tale

21 Pezzini, B.: "Nascere da un corpo di donna", cit., p. 222, "L'evocazione di una necessità di tutela della donna la identificherebbe –…– come soggetto (…) debole in ragione dell'appartenenza al suo sesso, mentre credo che il …problema di individuare ed assicurare le condizioni che possono garantire la libertà del consenso della madre biologica, liberandola dalla subordinazione e dallo sfruttamento, debba essere affrontato nello specifico" (c.vo dell'A.); Capulli, E.: "Gestazione per altri", cit., p. 136, "appare poco fondata e di scarsa utilità la presunzione in base alla quale l'autodeterminazione espressa riguardo alla GPA sia viziata a priori. Le narrative fondate sul concetto di sfruttamento ritraggono la donna come vittima delle circostanze, incapace di fare una scelta realmente autonoma e mossa da una condizione di povertà".

22 Corte cost., 25.11.2000, n. 518, "Quale sia il «bene giuridico» protetto dalla norma è oggetto di discussione già dal momento dell'elaborazione del codice penale".

23 Sul punto Corte cost., 25.11.2000, n. 518, cit., "L'art. 564 del codice penale, … in corrispondenza a un ethos le cui radici si perdono lontano nel tempo, mira a escludere i rapporti sessuali tra componenti della famiglia diversi dai coniugi: un'esclusione determinata dall'intento di evitare perturbazioni della vita familiare e di aprire alla più vasta società la formazione di strutture di natura familiare".

24 Niccolai, S.: "Alcune note", cit., p. 56, "non c'è una surrogacy buona (da permettere) e una cattiva (da continuare a vietare); e …non è esatto vedere al fondo del divieto di surrogacy in Italia la sola, …, dignità della donna. Il divieto di *surrogacy* non protegge le donne dalla mercificazione, ma ogni essere umano dalla manipolazione del suo sé".

25 Renda, A.: "La surrogazione di maternità", cit., par. 2.

comportamento, in quanto contribuirebbe a diffondere la percezione della madre gestante come mero contenitore[26], non sia attribuito (o attribuibile) un rilievo non esclusivamente individuale.

In ogni caso, pur ammettendo che non vi sia spazio nel nostro ordinamento per limitare la autodeterminazione di un soggetto in considerazione della eventuale lesione di un interesse generale, occorre comunque chiedersi se questo "procedimento" di filiazione possa in qualche modo ledere la dignità del bambino, che è cosa ben diversa dal paventare il rischio di danni psicologici o richiamare il suo diritto a conoscere le proprie origini. È possibile che il nato in seguito a tale pratica non risenta per questo alcun particolare danno psicologico. Ed è fuori discussione che si tratti di un bambino oltremodo desiderato e che quindi sarà con molta probabilità amorevolmente accudito e circondato di cure e attenzioni. Quanto a garantire il suo diritto a conoscere le proprie origini potrebbe essere sufficiente prevedere in via normativa il divieto di anonimato per i soggetti coinvolti, donatori e gestante. La questione è se sussiste un interesse del bambino a non interrompere l'unica relazione finora instaurata, ovverossia quella con colei che lo ha portato in grembo[27]. E se, soprattutto, il solo fatto di essere oggetto di uno "scambio", sia pure avvenuto a titolo gratuito – ma in genere, anche se non inevitabilmente, comunque inserito in un "circuito" lucrativo[28] – e con finalità "donative", non rappresenti in ogni caso una lesione della sua dignità[29].

L'obiezione che la surrogazione deve in realtà essere considerata finalizzata allo svolgimento di un servizio (la gestazione) e non al "trasferimento"[30], sia pure a titolo gratuito, di un bambino appare intrisa di formalismo in quanto il "servizio

26 Pozzolo, S.: "Gestazione per altri", cit., p. 105, "la GPA determina … un enorme svantaggio per le donne come gruppo…, giacché il movimento di eguagliamento che si verifica veicola, o contribuisce a creare e diffondere, la percezione della madre biologica quale mero contenitore".

27 Bianca, C.M.: "*Diritto civile 2.1. La famiglia",* 6° ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 445, "è la gestazione che crea l'essenziale e concreto rapporto materno in cui si realizza l'accoglienza dell'essere umano. La forzata sottrazione del minore alla madre uterina appare quindi inammissibile in ragione del preminente interesse del minore a mantenere il rapporto materno già naturalmente costituito e vissuto"; Niccolai, S.: "Alcune note", cit., p. 56. Contra Pezzini, B.: "Nascere da un corpo di donna", cit., p. 222-223, "il richiamo di un superiore e prevalente interesse del nascituro/a alla garanzia di una continuità della relazione materna si fonderebbe su astratte petizioni di principio".

28 Niccolai, S.: "Alcune note", cit., p. 51, "la distinzione tra surrogazione gratuita e commerciale non toglie che anche qualora la donna operi 'gratuitamente', qualcuno che lucra sui suoi 'servizi gestazionali' c'è comunque... Perciò, è possibile ritenere che ciò che rende la surrogazione 'commerciale' sia il suo avvenire in un contesto di mercato, e non, … il fatto in sé che la donna sia pagata invece che rimborsata."

29 Bianca M.: "La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite: Ordine pubblico versus interesse del minore?", *Familia*, 2019, p. 373 e ss.; Renda, A.: "La surrogazione di maternità", cit., par. 2, parla di "reificazione dei soggetti coinvolti ed in specie —…— del bambino".

30 Gattuso, M.: "Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40", *Giudicedonna*, 2017, n. 1, p. 17, "Nella GPA in senso stretto o gestazionale, oggetto della prestazione non è …la cessione ai genitori intenzionali di un bambino…, ma la gestazione di un bambino che è figlio dei genitori intenzionali (ed è così emozionalmente percepito da tutte le parti…), i quali lo hanno voluto, lo hanno concepito (provvedendo a formare il suo patrimonio genetico) e, in ragione della loro impossibilità materiale di portare avanti la gravidanza, hanno fatto ricorso ad una tecnica di procreazione medicalmente assistita".

di gestazione" si caratterizza in tale ipotesi proprio per essere finalizzato non solo a far nascere ma a "consegnare" un bambino[31]. Il momento della "consegna" rappresenta un tratto caratterizzante della figura e il fatto che si possa (e per alcuni si debba) prevedere che spetti alla gestante il diritto di ripensare e tenere infine con sé il nato, paradossalmente (per la stessa necessità di prevedere come una sorta di deroga quello che naturalmente avviene), enfatizza la centralità della "consegna" piuttosto che sminuirla.

Né sembra sufficiente replicare che in caso di gpa gestazionale non vi sarebbe in realtà alcuna "cessione" del nato ai genitori intenzionali, ma una mera presa d'atto, una semplice constatazione che genitori del bambino sono coloro che hanno espresso sin dall'inizio la volontà di assumerne la responsabilità genitoriale e non la gestante che ha invece espressamente dichiarato una volontà contraria[32]. La qualificazione giuridica di tale "constatazione" potrebbe suscitare qualche interrogativo ma, soprattutto, da un lato il ruolo della gestante sarebbe ridotto a quello di una mera incubatrice, in ipotesi sostituibile anche da una macchina, dall'altro l'assunzione della responsabilità genitoriale dipenderebbe esclusivamente dalla volontà dei potenziali genitori, non dal fatto della nascita. Implicazioni non da poco, e (forse) non solo per i soggetti coinvolti.

IV. RIPENSARE IL "SENTIMENTO" DELLA GENITORIALITÀ?

Al di là delle potenziali lesioni dei soggetti coinvolti, rimane infatti da domandarsi se il divieto di ms non sia a ben vedere posto a presidio del "sentimento" ("pregiuridico" e forse persino irrazionale) della genitorialità[33].

La ms sfida i limiti biologici della procreazione e la scinde totalmente dalla filiazione, "scardina" cioè l'idea di genitorialità per come – se non da sempre quanto

31 Oppo, G., "Diritto di famiglia e procreazione assistita", *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 334, molto incisivamente, "La partoriente dovrà però «restituire il nato» a coloro che le hanno affidato l'embrione mentre nessun rapporto familiare si costituisce tra questi soggetti e la surrogata". E, altrettanto incisivamente, Bianca, C.M.: "Diritto civile 2.1.", cit., p. 445, "deve anzitutto escludersi la validità di qualsiasi accordo che preveda la gestione dell'altrui concepimento e l'obbligo della madre di «restituire il figlio partorito»". Sul punto anche Poli, L.: "Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale", *BioLaw Journal*, 2015, p. 17; Pozzolo, S.: "Gestazione per altri", cit., p. 101 ss.; Olivito, S.: "Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale", *Rivista AIC*, 2/2018, p. 23.

32 Gattuso, M.: "Gestazione per altri", cit., p. 17 ss. Oppo, G.: "Procreazione assistita e sorte del nascituro", Riv.dir.civ., 2005, p. 104, "Alla donna che si è prestata alla sostituzione -…- non può riconoscersi una maternità che manca del suo presupposto essenziale. Potrà riconoscersi, …, un diritto per avere ospitato e cresciuto un figlio altrui", v. però Bianca, C.M.: *Diritto civile 2.1*., cit., p. 445, "Del concepito non si può …disporre già per l'assorbente rilievo che qui l'atto dispositivo avrebbe ad oggetto il futuro stato familiare del nascituro".

33 Cfr. Corte cost. 18.12.2017, n. 272, "la maternità surrogata, … offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane". Sul punto v. Cecchini, S.: "Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale", *BioLaw Journal*, 2019, p. 19 ss.

meno da lungo tempo[34] – istintivamente percepita e ne impone un ripensamento radicale[35]. Il rapporto relazionale tra mamma e bambino[36], un rapporto ancestrale e terribilmente "fisico", forse talvolta mitizzato ma sicuramente molto saldamente ancorato nell'immaginario collettivo, viene obliterato e favore di una genitorialità unicamente fondata sulla volontà[37].

Non giova alla reale comprensione del fenomeno il paragone con la adozione, che prevede a fondamento della costituzione del rapporto genitoriale la volontà. L'adozione è infatti istituto finalizzato a garantire una famiglia a un bambino (già nato) che ne è privo[38]. E in questa prospettiva il legislatore ha predisposto, a tutela del minore, un meccanismo per valutare l'adeguatezza degli aspiranti genitori ed individuare quelli più idonei.

Né sembra pertinente richiamare la possibilità per la donna di partorire in anonimato, che al contrario consente alla donna di non volere essere madre (e che potrebbe altresì consentire di realizzare comunque una ms[39], beninteso senza alcuna tutela normativa per la gestante, che potrebbe dovere sostenere da sola tutte le spese legate alla gravidanza, né per gli aspiranti genitori, esposti al rischio di un "ripensamento" della gestante stessa). Ratio della possibilità di partorire in anonimato è infatti, come emerge chiaramente dalle pronunce della Corte costituzionale, "tutelare la gestante che – in situazioni particolarmente difficili dal punto di vista personale, economico o sociale – abbia deciso di non

34 Saraceno, C.: "«Dignità relazionale». Un concetto non solo giuridicamente complesso", *Questione Giustizia*, 2019, p. 11, "la ricerca antropologica è ricca di esempi di come, …, le funzioni genitoriali possano essere distribuite diversamente non solo tra uomini e donne, ma tra soggetti diversi da quelli procreativi e non coincidere necessariamente (anzi, quasi mai) con quelle del modello della famiglia nucleare".

35 Corte cost. 23.10.2019, n. 221, per la quale "la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori […] di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti» (…). Essa dev'essere, …, bilanciata con altri interessi costituzionalmente protetti: e ciò particolarmente quando si discuta della scelta di ricorrere a tecniche di PMA, le quali, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono scenari affatto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, attorno ai quali è evidentemente costruita la disciplina degli artt. 29, 30 e 31 Cost., suscitando inevitabilmente, con ciò, delicati interrogativi di ordine etico". Niccolai, S.: "Alcune note", cit., p. 54.

36 Pezzini, B.: "Nascere da un corpo di donna", cit., p. 191, "proprio nella sfera giuridica …emerge e si rivela una fatica particolare a riconoscere la dimensione relazionale della gravidanza, che sfugge ai parametri ed alle categorie con cui il diritto considera abitualmente le relazioni inter-soggettive".

37 S. Niccolai, S.: "Alcune note", cit., p. 55, "Nascere da un corpo di donna fa di un essere umano un certo qualcuno: il figlio di lei. Mater semper certa è un principio anti-volontarista che ferma la capacità di ogni dispositivo – di legge o di contratto – di manipolare l'identità e la storia di un essere umano facendone il 'costrutto' di quel dispositivo".

38 Bianca, C.M.: *Diritto civile 2.1*., cit., p. 453-4: "Diritto fondamentale del minore è quello di crescere nella propria famiglia, ma quando la famiglia risulta irrimediabilmente inidonea a prendersi cura del figlio, la permanenza in essa non risponde più al suo interesse".

39 S. Niccolai, S.: "Alcune note", cit., p. 51, "Il carattere commerciale della surrogazione è escluso, …, soltanto quando il contesto di mercato non c'è, ovverosia quando essa ha luogo in quelle situazioni, dette 'di prossimità', che non presuppongono alcun tipo di intermediazione perché nascono spontaneamente in concrete relazioni personali". Sul punto v. anche Calderai, V.: "Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale", *Nuova giur. civ. comm*., 2017, p. 993, "in assenza di incentivi di tipo economico e di meccanismi di enforcement servono legami affettivi e una fiducia profonda. L'esistenza di questi rapporti, …, rende superfluo il diritto statuale".

tenere con sé il bambino, offrendole la possibilità di partorire in una struttura sanitaria appropriata e di mantenere al contempo l'anonimato nella conseguente dichiarazione di nascita: e in tal modo [si] intende – da un lato – assicurare che il parto avvenga in condizioni ottimali, sia per la madre che per il figlio, e – dall'altro – distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest'ultimo ben più gravi" [40].

Adozione e parto anonimo non "scardinano" la genitorialità, non sovvertono la regola che, a ben vedere, "marginalizza" il ruolo della volontà nel procedimento di filiazione, perché ambedue rappresentano "rimedi" o a una situazione di irreversibile abbandono o a una decisione abortiva (che l'ordinamento giudica peggiore e vuole evitare). Né adozione né parto anonimo impongono, al contrario della ms, un ripensamento della genitorialità.

Un ripensamento della genitorialità potrebbe invece apparire necessario in caso fecondazione eterologa. Anche la fecondazione eterologa, infatti, sfida i limiti biologici della filiazione. Tuttavia, in una misura indubbiamente assai meno radicale che non la maternità surrogata. E non solo perché, almeno nella pronuncia della Consulta è relegata all'ipotesi in cui "sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili"[41] e quindi non altera i presupposti soggettivi previsti dalla l. 40 ad instar naturae: una coppia, eterosessuale, di età potenzialmente fertile. La fecondazione eterologa, almeno nell'immaginario collettivo (che sarebbe davvero miope snobisticamente disprezzare), consente di instaurare un rapporto di filiazione attraverso il ricorso a "materiale genetico" estraneo alla coppia ma non frantuma l'immagine archetipica del nascere non solo da un corpo di donna[42], ma dal corpo della propria madre, non stravolge la comune percezione della genitorialità. Non ne impone, al contrario della ms, un radicale ripensamento.

Un ripensamento così radicale che per taluni non dovrebbe arrestarsi al momento costitutivo ma continuare, consentendo alla gestante di intessere comunque una relazione con il nato[43], anche se relegata nell'orizzonte di una

40 Corte cost. 25.11.2005, n. 425. Tale ratio non è posta in discussione dalla successiva sentenza n. 278 del 2013, che censura solo la "irreversibilità del segreto". In altra prospettiva, Pezzini, B.: "Nascere da un corpo di donna", cit., p. 219, scrive "A differenza del parto anonimo, la gravidanza per altri comporta, …, l'esplicita e consapevole intenzione di saldare un determinato progetto riproduttivo di maternità con un altrettanto determinato progetto genitoriale a cui la madre biologica resterà estranea".

41 Corte cost. 10.6.2014, n. 162.

42 Pezzini, B.: "Nascere da un corpo di donna", cit., p. 191, "Si viene al mondo per il tramite di un corpo di donna. E non è un fatto circoscrivibile e riducibile ad un processo biologico. … La gravidanza deve essere considerata come un'esperienza relazionale complessa" (c.vo nel testo).

43 Scalisi, V.: "Maternità surrogata", cit., pp. 1107-1108, "di fronte a una realtà umana e sociale così complessa quale quella sottesa al fenomeno della surrogazione di maternità, …, non è da escludere che siano sperimentabili possibili forme di genitorialità condivise, aperte e flessibili, che, oltre al preminente e superiore interesse del minore, siano in grado di realizzare il giusto equilibrio e la giusta proporzionalità tra tutti gli interessi dei soggetti coinvolti", Saraceno, C.: "«Dignità relazionale»", cit., "il criterio di accettabilità [della gpa], al netto della esclusione delle forme di sfruttamento e di negazione di diritti della gestante, non dovrebbe passare tanto dalla distinzione – dai confini incerti – tra gestazione commerciale

"relazionalità parentale" minore. Una relazionalità "parentale" totalmente da definire, priva di qualifica, non solo giuridica ma finanche sociale e lessicale: come qualificare la gestante nella relazione con il bambino da lei partorito ma figlio di altri? zia (sottolineando in tal modo il legame biologico)? Madrina (locuzione che oblitera il profilo biologico ma che, al netto di ogni evocazione religiosa, deriva direttamente dal termine madre)?

Anche limitando il ripensamento della genitorialità alla fase costitutiva, non c'è dubbio che si tratterebbe di un sovvertimento non da poco di un "ordine" procreativo finora costruito in modo quanto più possibile corrispondente a quello biologico e in generale percepito, a torto o a ragione, come "naturale", e che l'ordinamento, a torto o a ragione sembra (o almeno è finora sembrato) considerare un "valore", tanto da "mimarlo" nell'adozione. Per sovvertire tale ordine procreativo e il valore che esso rappresenta è necessario individuare un "controvalore" di rango uguale o superiore. Tale "controvalore", a meno di non voler considerare tale il semplice "fatto compiuto", potrebbe essere identificato a ben vedere (solo) con l'esigenza di garantire il "diritto alla genitorialità". Un "diritto" controverso (a dir poco), che la Consulta ha qualificato "espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi" ma ha escluso possa "possa esplicarsi senza limiti"[44].

o altruistica. Piuttosto, dovrebbe basarsi sulla esplicita disponibilità di tutti i soggetti adulti coinvolti … a stare in relazione tra loro e, soprattutto, con colui o colei che da questa relazione nasce: per restituirgli/le appieno la complessa relazionalità entro cui è stato concepito ed è diventato figlio/a". Gattuso, M.: "Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino", *Questione giustizia*, 2019, "La relazione di gravidanza che lega la gestante al nato non perde di significato e di rilevanza giuridica dopo il parto, ma permane …come relazione di natura familiare. Tale relazione …, merita …adeguata protezione…, non come relazione genitoriale (la quale sarebbe imposta contro la volontà della donna e contro l'interesse superiore del minore), ma come diritto di visita, il quale va assicurato, anche contro la volontà dei genitori, nell'interesse del minore. Tale diritto di visita e di contatto implicherebbe, …, il diritto del nato di conoscere l'identità della donna …, e il diritto della donna ad avere conoscenza del luogo ove vive il minore e a mantenere, se lo vuole, una relazione di visita, secondo le modalità concordemente determinate con i genitori o, in mancanza di accordo, secondo le determinazioni …date dal giudice, nell'esclusivo interesse del minore…. Tale prospettiva…, avrebbe il non trascurabile effetto di spingere le parti, … già al momento della ricerca dei partner con cui intraprendere un percorso di GPA (…), a tenere conto che ha così inizio una relazione che continuerà per tutto il corso della vita del nascituro e dunque della loro stessa famiglia" (c.vo dell'A.). Ruggeri, A.: "La maternità surrogata", cit., p. 64, "per effetto del ricorso alla tecnica della surrogazione, viene a determinarsi un contesto di poligenitorialità… Anche per ciò, a me pare che sia consigliabile circoscrivere l'ambito entro il quale consentire alla surrogazione di maternità alla sola cerchia familiare della coppia committente (e, segnatamente, della donna). Molti problemi…, potrebbero trovare più agevole e non traumatica soluzione". Pezzini, B.: "Nascere da un", cit., p. 221, "Ci sarà … bisogno di configurare una dimensione giuridica del «nome della madre» (vale a dire del riconoscimento della specificità della fondamentale relazione di gravidanza che si conclude con il parto) che vada oltre la dimensione delle categorie consolidate e tradizionali. Si tratta di pensare ad una figura giuridica interamente nuova, che garantisca alla madre biologica la presenza sulla scena del progetto riproduttivo-genitoriale, necessariamente diversa dalla maternità tradizionale in continuità di progetto".

44 Corte cost., 162/2014. Sul punto Bianca, M.: "La genitorialità d'intenzione e il principio di effettività. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 230/2020", *Giustizia insieme*, 2020, p. 3 ss., la quale sottolinea che "la negazione dell'esistenza di un diritto alla genitorialità, più che fondarsi su un mero presupposto ideologico, è il risultato di un complesso di norme che, così come sono applicate dalla giurisprudenza interna ed europea, evidenziano che la genitorialità non biologica non può fondarsi sul mero elemento volontaristico, né può essere instaurata in modo automatico in mancanza di elementi che ne giustificano *a priori* l'esistenza L'impostazione adultocentrica che rivendica l'esistenza di un diritto alla genitorialità deve essere ridimensionata da una prospettiva che fonda ogni decisione sull'instaurazione di modelli di

In questa prospettiva, legittimare la maternità surrogata, sia pure solo se effettuata a titolo gratuito potrebbe costituire un "risultato" significativo, anche se (per ora, soprattutto o esclusivamente) sul piano simbolico, che sarebbe però miope e snobistico sottovalutare[45]. La maternità surrogata (autenticamente) solidale rimarrebbe, probabilmente, un fenomeno numericamente marginale, il cui rilievo (questo, invece, tutt'altro che marginale) risiederebbe soprattutto nel conferire legittimità al fenomeno non soltanto sul piano giuridico ma anche su quello della morale sociale (così da eventualmente consentirne, in futuro, una estensione). Uno scenario che è legittimo considerare desiderabile ma che certamente appare discutibile nascondere dietro l'immagine "pietosa e irresistibile"[46] del best interest of the child[47].

V. TUTELARE IL NATO IN SEGUITO A SURROGAZIONE DI MATERNITÀ E DISINCENTIVARE LA PRATICA: LA QUADRATURA DI UN CERCHIO?

Non sembra infatti che l'esigenza di assicurare adeguata tutela ai nati in seguito a procedimento di maternità surrogata possa rappresentare un "controvalore" credibile alla legittimazione della pratica, sia pure solo nella "versione" solidaristica. Ammettere e regolamentare la maternità surrogata in forma altruistica, infatti, non risolverebbe affatto il "problema" dei nati al di fuori del modello normativo eventualmente accolto (che sarebbero probabilmente in numero uguale se non addirittura maggiore dei nati "secondo le regole"). Non si può infatti certo escludere che, anche in ragione degli incisivi "paletti" che una maternità surrogata regolata nel nostro ordinamento inevitabilmente presenterebbe – divieto di "intrusione" nelle scelte individuali, come per esempio smettere di fumare, o sottoporsi o meno a una determinata terapia; possibilità di decidere autonomamente di ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza, possibilità di

genitorialità non biologica solo dopo un attento controllo di quello che è *in concreto* l'interesse del minore" (p. 7-8, c.vo dell'A.).

45 Pozzolo, S.: "Gestazione per altri", cit., p. 107, "credo che non vada sottovalutata la performatività del diritto, soprattutto da parte di chi propone una regolamentazione della GPA, giacché, …, si può incentivarne la normalizzazione e la diffusione, dandole un'aura positiva solo perché regolata, senza alcuna seria riflessione e discussione sui valori e i soggetti coinvolti".

46 Busnelli, F.D.: "Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti", *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 1467.

47 Pozzolo, S.: "Gestazione per altri", cit., p. 107-108, "Le Corti non procedono a un bilanciamento dei principi: l'urgenza della soluzione, …, si risolve con un classico «all thing considered» che pondera fra loro il mero rispetto di una norma di ordine pubblico e quello dell'interesse del minore, la donna ancora una volta scompare.". S. Olivito, "Di alcuni fraintendimenti", cit., p. 22, osserva che quando l'interesse del minore è "chiamato in causa nell'intento di avvalorare la tesi secondo cui l'Italia dovrebbe dotarsi di una legge sulla maternità surrogata, ciò dimostra come tale interesse sia il facile schermo degli interessi e dei desideri dei committenti. La legge che disciplinasse tale pratica riguarderebbe, …, bambini che ancora non sono qui e il cui interesse (a nascere ovvero a essere concepiti?) è una proiezione (solitaria) di un alquanto problematico «diritto alla genitorialità» dei committenti". Senigaglia, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere", *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 952 ss., par. 5, "Il pericolo …è che sotto le sembianze della tutela del superiore interesse del fanciullo si celi la tutela *prevalente* della volontà, del *desiderio* tramutato in *diritto*, di un soggetto di realizzare l'interesse individuale alla genitorialità" (c.vo dell'A.).

"ripensarci" e decidere di tenere il bambino –, nonché in ragione della sua stessa gratuità (che, basandosi sulla esperienza della donazione di ovociti si può supporre che probabilmente renderebbe le aspiranti gestanti poco numerose), molti, coppie e singles, continuerebbero a ricorrere al turismo procreativo[48]. Anche in questa ipotesi, "punire" i nati per via del loro concepimento sarebbe inaccettabile e condivisibilmente si riterrebbe discriminatorio non equiparare il loro status a quello dei nati in seguito alla pratica effettuata secondo le regole eventualmente previste.

L'esigenza di individuare una soluzione appagante per garantire ai nati in seguito a maternità surrogata – in ipotesi effettuata dietro pagamento di un corrispettivo o sfruttando la gestante – adeguata tutela si proporrebbe quindi anche legittimando il modello solidaristico. Ed è una esigenza che, in effetti, non può essere accantonata[49].

La giurisprudenza, con ragioni in buona parte fondate sullo stigma verso la maternità surrogata e quindi nel timore di avallare tale pratica, aveva finora per lo più preferito al riconoscimento automatico dell'atto straniero[50] (non irragionevolmente ritenuto poco rispondente all'obiettivo di disincentivarla[51]) lo strumento della adozione in casi particolari. Il minore era cioè riconosciuto come figlio dal genitore biologico e adottato dall'altro ai sensi dell'art. 44 della l.

48 In tal senso anche Niccolai, S.: "Alcune note", cit., p. 54. In senso contrario, Trilha Schappo, K.: "La maternità surrogata nel 2020: evoluzione del quadro normativo e sfide rimanenti", *GenIUS*, 2020, n. 1, p. 10, secondo cui "nessun deterrente sarebbe più efficace che un'alternativa regolamentata nello Stato di residenza degli aspiranti genitori… La possibilità ...di realizzare la sostituzione di maternità nel proprio Stato di residenza, sicuri del riconoscimento dei suoi effetti, porterà a scoraggiare tante persone tentate di partire all'estero. Se lo Stato invece non è pronto ad accogliere pienamente la maternità surrogata all'interno…, un'alternativa … consisterebbe nel guidare aspiranti genitori verso destinazioni più virtuose, dove standard definiti dallo Stato stesso sarebbero rispettati. Quelli che aderiscono a queste linee guida potrebbero, …, beneficiare di vantaggi burocratici e di maggior celerità e sicurezza nel processo di riconoscimento"; Barba. V.: "Ordine pubblico e", cit., p. 24, "credo che la risposta dell'ordinamento italiano debba essere di ferma chiusura in tutti i casi in cui la maternità surrogata sia avvenuta non soltanto dietro la corresponsione di un prezzo, ma, soprattutto, in violazione di qualunque diritto umano della gestante, quando tra i genitori di intenzione e la gestante non ci sia stato alcun contatto o relazione umana, quando, stipulato il contratto, la gestante non possa più revocare il proprio consenso, quando la donna sia, sostanzialmente, ridotta in stato di schiavitù", la "ferma chiusura" auspicata da B., tuttavia, non esclude affatto il ricorso a forme di ms vietate e lascia quindi impregiudicata l'esigenza di individuare soddisfacenti forma di tutela per il nato, ma sul punto v. anche infra nel testo.

49 Oppo, G.: "Procreazione assistita e sorte del nascituro", *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 105, "il legislatore non avrebbe dovuto, …, limitarsi a vietare e sanzionare: avrebbe dovuto, …, regolare la sorte del nato malgrado il divieto; nato incolpevole e bisognoso di tutela come ogni altro e più di ogni altro".

50 Cass, S.U., 8.5.2019, n. 12193. Bianca, M.: "La tanto attesa", cit., Ead.:,"Il Revirement della Cassazione dopo la decisione a Sezioni Unite. Conflitto o dialogo con la Corte di Strasburgo? Alcune notazioni sul diritto vivente delle azioni di stato", *Giudice donna*, 2/2020. Criticamente verso tale orientamento Venuti, M.C.: "Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri", *GenIUS*, 2/2019, spec. p. 11 ss.; Barba, V.: "Note minime sull'ordine pubblico internazionale", in "La trascrizione dei certificati di nascita tra sindaci, giudici e Sezioni Unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale", Articolo29, p. 9 ss. In giurisprudenza Corte App. Milano, decr. 28.12.2016, *Articolo29.it*.

51 Scrive Capulli, E: "Gestazione per altri", cit., p. 120, che "il ricorso … di coppie italiane alla GPA fuori dal territorio nazionale… è stato sicuramente agevolato dai recenti sviluppi giurisprudenziali nazionali ed europei che hanno elaborato un sistema di riconoscimento della filiazione tra genitori intenzionali e nati da GPA fondato sul best interest of the child".

184/1983. La Consulta ha tuttavia di recente affermato che questa "costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali" in quanto "non attribuisce la genitorialità all'adottante. Inoltre, … è ancora controverso – stante il perdurante richiamo operato dall'art. 55 della legge n. 184 del 1983 all'art. 330 cod. civ. – se anche l'adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri. Essa richiede inoltre, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore "biologico" (art. 46 della legge n. 184 del 1983), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita"[52]. Occorre quindi individuare soluzioni che assicurino "tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rapporto con entrambi i componenti della coppia che non solo ne abbiano voluto la nascita in un Paese estero in conformità alla lex loci, ma che lo abbiano poi accudito esercitando di fatto la responsabilità genitoriale".

Tra le possibili soluzioni, che spetta al legislatore individuare, vi sarebbe la via dell'adozione piena, che certamente riconosce la "pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato", ma che "dovrebbe … essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983". Certamente l'istituto dovrebbe essere integralmente ripensato, a partire dalla sua stessa ratio, che è quella di garantire una famiglia a minori in stato di abbandono, tanto da indurre a chiedersi se ciò che alla fine rimarrebbe inalterato (e bisognerebbe forse domandarsi in quale misura) sarebbe solo la valutazione giudiziale dell'interesse del minore.

L'adeguatezza dell'adozione a rappresentare una soluzione efficace può essere revocata in dubbio anche guardando ad altri profili. Non solo, rebus sic stantibus, l'adozione è accessibile solo a coppie eterosessuali (requisito che, volendo, potrebbe essere abolito) ma, soprattutto, rimane comunque affidata alla volontà "propulsiva" dell'adottante (requisito non eliminabile a meno di non trasformare

52 Corte cost. 9.3.2021, n. 33. Corte App. Napoli, 4.7.2018, in Articolo29. In dottrina in tal senso già Ferrando, G.: "I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto", *GenIUS*, 2019, n. 1, p. 6 ss. e Venuti, M.C.: "Le sezioni unite e à", cit., p. 15, "la formalizzazione del vincolo genitoriale tramite l'adozione *ex* art. 44, lett. d), l. n. 183/1984 non consegue immediatamente (…) alla nascita…, ma discende da un lungo e articolato procedimento, denso di insidie e di possibili precarietà. La sua attivazione e il buon esito dipendono dal permanere in vita e dalla perdurante capacità del genitore d'intenzione, e così pure dalla perdurante attualità della scelta biparentale in capo ad entrambi i partner. L'uno deve avviare il procedimento adottivo e mantenere ferma la propria scelta; l'altro, …, deve cooperare dando il proprio assenso all'adozione del partner. Evenienze nient'affatto scontate. La soluzione appare insoddisfacente anche – … – negli effetti, dal momento che, ..., essi sono più circoscritti di quelli che discendono dall'adozione piena".

radicalmente l'istituto). In questa prospettiva, si è osservato, si atteggerebbe quale rimedio insieme insufficiente ed esorbitante. Infatti, da un lato, dal momento che la sua costituzione non potrebbe prescindere dall'iniziativa degli adottanti, non sembrerebbe tutelare appieno il nato[53]. Mentre, dall'altro, al contrario, all'adulto che ha realizzato un progetto genitoriale disapprovato dall'ordinamento si riconoscerebbe la legittimazione esclusiva ad attivare un meccanismo che, anche se «ex post e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice» della sua conformità all'interesse del minore, gli consente comunque di pervenire esattamente al risultato voluto e perseguito attraverso una condotta «che – per usare ..le parole della Corte costituzionale – offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»[54].

In alternativa all'adozione si potrebbe, come proposto da autorevole dottrina, richiamare l'ipotesi del matrimonio putativo e attribuire al minore tutti i diritti derivanti dallo status di figlio, ma in via, per c.d., "unidirezionale", limitando cioè al minore i vantaggi della filiazione. In questa prospettiva, su esclusiva istanza del minore (da esercitare tramite curatore speciale, nominato all'uopo dal giudice, data la situazione di conflitto di interessi con il genitore)[55], e solo una volta accertato il suo interesse gli verrebbero riconosciuti i diritti derivanti dallo status di figlio della coppia. Non sarebbe, al contrario, reciprocamente riconosciuto lo status genitoriale ai "genitori intenzionali"[56] (ovvero a coloro che hanno proceduto alla ms nella consapevolezza del suo divieto, anche se, in ipotesi, uno dei due fosse anche genitore biologico del bambino[57]).

La strada è certamente percorribile, anche se dovrebbe esserne valutata la compatibilità con la necessità che il procedimento si svolga in tempi rapidi, così da consentire al bambino di non rimanere a lungo in condizione di incertezza rispetto al proprio stato parentale, così come richiesto dalla CEDU[58] (ma il problema si

53 Bilotti, E.: "La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale", di prossima pubblicazione, consultato in dattiloscritto per cortesia dell'A., par. 3.

54 Bilotti, E.: "La tutela dei", cit., par. 3.

55 Bilotti, E.: "La tutela dei", cit., par. 4.

56 Nicolussi, A.: "Famiglia e biodiritto civile", *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 713 ss., par. 6, "Si tratta – … – di prendere spunto dalla disciplina del matrimonio putativo che ne estende gli effetti a favore dei figli anche nei confronti del coniuge di mala fede, ma senza reciprocità in favore di quest'ultimo: gli effetti del matrimonio putativo, tradizionalmente consistenti nell'applicazione dello *status* di figlio legittimo (…) si producono soltanto a vantaggio del figlio e non del genitore che abbia consapevolmente violato la norma. In tale ottica, una volta reputato che il minore nato da eterologa o maternità surrogata all'estero e convivente con una coppia di persone omosessuali avesse avuto un interesse reale e concreto a vedersi riconosciuta l'identità di figlio della coppia, oltre che di beneficiare delle tutele spettanti a chi ha lo *status* di figlio, si sarebbe potuta applicare una regola analoga all'art. 128, co. 3 c.c. limitando al minore i vantaggi della filiazione". N. precisa poi che "non è condivisibile l'ipotesi contraria alla lettera e alla ratio secondo cui la norma si riferirebbe solo ai rapporti tra coniugi" (nt. 101).

57 Bilotti, E.: "La tutela dei", cit., par. 5.

58 CEDU, sent. 16.7. 2020, D. contro Francia, che ritiene l'adozione sufficiente a garantire la tutela dei diritti dei minori nella misura in cui sia in grado di costituire un legame di vera e propria "filiazione" tra adottante

porrebbe in fondo, anche se forse in misura minore, anche con l'adozione). La soluzione presenterebbe il vantaggio di tutelare pienamente il nato - non solo riconoscendogli lo status di figlio ma subordinando tale riconoscimento alla valutazione in concreto del suo interesse - senza tuttavia riconoscere la ms come fonte ulteriore e alternativa della filiazione[59].

È possibile però chiedersi se davvero la ms risulterebbe disincentivata. Anche se all'esito di un "procedimento" più lungo e complesso (forse, però, non tale da "spaventare" soggetti "emigrati" per eludere il divieto della pratica nel nostro ordinamento), infatti, appare difficile ipotizzare che la giurisprudenza – anche in considerazione di quanto finora dalla stessa affermato – riterrà (più che sporadicamente) non corrispondente al superiore interesse del minore la prosecuzione della relazione affettiva instaurata con i genitori di intenzione[60]. E, soprattutto, è possibile chiedersi se anche in tal modo, un riconoscimento sia pure indiretto, o meglio operante sul piano della morale sociale (che, come detto, sarebbe miope e snobistico sottovalutare) piuttosto che su quella della regola giuridica, vale a dire un "radicamento sociale" di tale tipo di "filiazione", comunque non si realizzi.

e adottato, e «a condizione che le modalità previste dal diritto interno garantiscano l'effettività e la celerità della sua messa in opera, conformemente all'interesse superiore del bambino» (par. 51).

59 Senza cioè "incentivare la violazione della legge" (Nicolussi, A.: "Famiglia e biodiritto", cit., par. 6).

60 Niccolai, S.: "Alcune note", cit., p. 57 ss., "Il giudice poi richiama il «possibile interesse del minore al mantenimento di un rapporto giuridico (oltre che di affetto) corrispondente alla effettività della relazione con la persona che ha formulato il progetto familiare e che dalla nascita del bambino ne è la madre». … un simile interesse può certamente bilanciare, ma non annullare, un altrettanto 'possibile' (opinabilità vale opinabilità) interesse del minore a conservare la propria identità, vale a dire la propria storia nella sua complessità" (p. 58). Corte cost., 9.3.2021, n. 33, "Non v'è dubbio, …, che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita (…) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata. …Anzitutto, questi legami sono parte integrante della stessa identità del bambino".

BIBLIOGRAFIA

Barba, V.: "Note minime sull'ordine pubblico internazionale, in La trascrizione dei certificati di nascita tra sindaci, giudici e Sezioni Unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale", Articolo29.

Barba, V.: "Ordine pubblico e gestazione per sostituzione", nota a Cass. Sez. Un., 8.5.2019, n. 12193, *GenIUS*, 2019, n. 2, p. 19 ss.

Bianca, C.M.: "*Diritto civile 2.1. La famiglia*, 6° ed., Giuffrè, Milano, 2017.

Bianca M.: "La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite: Ordine pubblico versus interesse del minore?", *Familia*, 2019, p. 373 ss.

Bianca, M.: "Il Revirement della Cassazione dopo la decisione a Sezioni Unite. Conflitto o dialogo con la Corte di Strasburgo? Alcune notazioni sul diritto vivente delle azioni di stato", *Giudicedonna*, 2020, n. 2.

Bianca, M.: "La genitorialità d'intenzione e il principio di effettività. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 230/2020", *Giustizia insieme*, 2020.

Bilotti, E.: "La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale", di prossima pubblicazione, consultato in dattiloscritto per cortesia dell'A.

Busnelli, F.D.: "Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti", *Riv. dir. civ.*, 2016, n. 1, p. 1447 ss.

Calderai, V.: "Breaking out of the Regulatory Delusion. The Ban to Surrogacy and the Foundations of European Constitutionalism", *Global Jurist*, 2020, 20190062.

Calderai, V.: "Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 986 ss.

Capulli, E.: "Gestazione per altri: corpi riproduttivi tra biocapitale e biodiritto", *BioLawJournal*, 2021, p. 119 ss.

Castronovo, C: "Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale", *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1117 ss.

Cecchini, S.: "Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale", *BioLaw Journal*, 2019, p. 19 ss.

Danna, D.: "«It's not their pregnancy». L'aborto nei contratti di maternità surrogata statunitensi", *AG- AboutGender, International Journal of Gender Studies*, 2014, v. 3, n. 5, p. 139 ss.

Ferrando, G.: "I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto", *GenIUS*, 2019, n. 1, p. 6 ss.

Flamigni, C., dissenso espresso riguardo alla "Mozione sul cosiddetto affitto d'utero approvata a maggioranza il 18 marzo", in Comitato Nazionale per la Bioetica, mozione "Maternità surrogata a titolo oneroso", 18 marzo 2016.

Gattuso, M.: "Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40", *Giudicedonna*, 2017, n. 1.

Gattuso, M.: "Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino", *Questione giustizia*, 2019.

Grasso, A.: "Per una interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata", *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2018, n. 2, p. 151 ss.

Niccolai, S.: "Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia", *GenIUS*, 2017, n. 2 p. 49 ss.

Nicolussi, A.: "Famiglia e biodiritto civile", *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 713 ss.

Olivito, S.: "Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale", *Rivista AIC*, 2018.

Oppo, G.: "Diritto di famiglia e procreazione assistita", *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 329 ss.

Oppo, G.: "Procreazione assistita e sorte del nascituro", *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 99 ss.

Pezzini, B.; "Introduzione" a "Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)", *GenIUS*, 2017, n. 2 p. 6 ss.

Pezzini, B.: "Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri", *Costituzionalismo.it*, 2017, p. 227.

Poli, L.: "Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale", *BioLaw Journal*, 2015, p. 7 ss.

Pozzolo, S.: "Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista", *BioLaw Journal*, 2016, p. 93 ss.

Renda, A: "La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio", *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 415 ss.

Rizzuti, M.: "Maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori", *BioLaw Journal*, 2015, p. 91

Ruggeri, A.- Salazar, C.: "«Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone", *Consulta on line*, 2017, p. 138 ss.

A. Ruggeri, A.: "La maternità surrogata, ovverosia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore", *GenIUS*, 2017, n. 2, p. 60 ss.

Senigaglia, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere", *Eur. dir. priv.,* 2017, p. 952 ss.

Salanitro, U.: "I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1360 ss.

Salanitro, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, n. 1, p. 737 ss.

Saraceno, C.: "Dilemmi intorno alla maternità surrogata", *Giudicedonna*, 1/2017.

Saraceno, C.: "«Dignità relazionale». Un concetto non solo giuridicamente complesso", *Questione Giustizia*, 2019.

Scalisi, V.: "Maternità surrogata: come «far cose con regole»", *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1097 ss.

Trilha Schappo, K.: "La maternità surrogata nel 2020: evoluzione del quadro normativo e sfide rimanenti", *GenIUS*, 2020, n. 1 p. 66 ss.

Venuti, M.C.: "Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri", *GenIUS*, 2019, n. 2, p. 6 ss.

LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN, COMO HIJO MATRIMONIAL, A FAVOR DE LA CÓNYUGE DE LA MADRE BIOLÓGICA Y EL REQUISITO DE LA JUSTIFICACIÓN DEL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

THE REGISTRATION OF THE FILIATION, AS A MARRIAGE CHILD, IN FAVOR OF THE SPOUSE OF THE BIOLOGICAL MOTHER AND THE REQUIREMENT OF JUSTIFICATION OF THE USE OF ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3342-3369

Carolina
del Carmen
CASTILLO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de septiembre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Se plantea si en virtud del nuevo tenor del artículo 44.5 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en su redacción dada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, es inscribible la filiación, como hijo matrimonial, a favor de la cónyuge de la madre biológica de un niño, sin que sea preciso justificar el uso de técnicas de reproducción asistida en la gestación. La autora considera que una interpretación sistemática del precepto, y su valoración contextual desde la perspectiva ineludible del principio del "favor minoris" lo impide.

PALABRAS CLAVE: Determinación de la filiación; inscripción de la filiación; principio del interés del menor; doble maternidad; técnicas de reproducción asistida.

ABSTRACT: *It is considered whether, under the new wording of article 44.5 of Law 20/2011, of July 21, of the Civil Registry, in its wording given by Law 19/2015, of July 13, filiation, as a matrimonial child, in favor of the spouse of the biological mother of a child, without the need to justify the use of assisted reproductive techniques in gestation. The author considers that a systematic interpretation of the precept, and its contextual valuation from the unavoidable perspective of the principle of "favor minoris" prevents it.*

KEY WORDS: Determination of filiation inscription of filiation; principle of the interest of the minor; double maternity; techniques of assisted reproduction.

SUMARIO.- I. CONSIDERACIÓN GENERAL.- II. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 8 DE FEBRERO DE 2017. SUPUESTO DE HECHO.- III. LA UNIÓN MATRIMONIAL ENTRE DOS MUJERES Y LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL DEL HIJO BIOLÓGICO DE UNA DE ELLAS A FAVOR DE LA OTRA. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN LEGAL: REFERENCIA A LAS LEYES 13/2005, 3/2007 Y 19/2015.- IV. EL PRINCIPIO DE LA EQUIPARACIÓN DE EFECTOS ENTRE EL MATRIMONIO HETEROSEXUAL Y EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA INEXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN.- V. REQUISITOS LEGALES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL EN EL SENO DE UNA UNIÓN MATRIMONIAL. LA NECESIDAD DE ACREDITACIÓN DE QUE LA GESTACIÓN ES CONSECUENCIA DEL EMPLEO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA COMO REQUISITO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL Y LA OMISIÓN DE DICHA JUSTIFICACIÓN EN EL ARTÍCULO 44.5 DE LA LEY 20/2011, DEL REGISTRO CIVIL, COMO REQUISITO PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL.- VI. EL PRINCIPIO DEL FAVOR FILII Y LA EXIGENCIA DE LA ACREDITACIÓN DEL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LA DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL COMO INSTRUMENTO QUE GARANTIZA LA SEGURIDAD JURÍDICA.- VI.. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIÓN GENERAL.

El natural sentir a través de la voz de la sabiduría popular inveteradamente nos ha enseñado que madre no hay más que una, no obstante lo cual tal aseveración, tradicionalmente asimilada en nuestro refranero, ya no resulta una verdad cumplida en nuestro entorno ni desde la perspectiva biológica ni tampoco desde el punto de vista legal.

Ciertamente, y por cuanto se refiere al aspecto biológico, en España desde 1988 y con la primera Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, es posible la concurrencia de dos madres biológicas, la que aporta el óvulo (genética) y la que porta el embrión-feto (gestante), habida cuenta de que la fecundación in vitro con trasferencia de embrión así lo posibilita. E incluso cabe la posibilidad de que existan dos madres genéticas[1].

Desde la perspectiva de nuestro Derecho se admite la doble maternidad legal, que en todo caso excluirá la posibilidad de la determinación legal del varón que

1 En efecto, en octubre de 2016 y desde Newcastle (Inglaterra) se conoció el supuesto del primer niño con ADN de proveniente tres personas. Y es que la madre, ante la posibilidad de transmitir una enfermedad genética a su descendencia, interesó que se fertilizara con espermatozoides de su esposo dos óvulos, uno de ella misma y el otro de una donante sana. Los científicos retiraron el núcleo de los dos embriones resultantes y el de la madre se introdujo en el embrión de la donante, ubicándose el embrión resultante en el útero de la esposa. Según se expuso entonces, esta misma técnica podía realizarse a escala de óvulo antes de la fertilización, con la ventaja evidente de evitar la objeción moral –toda vez que no se elimina embrión alguno-, y así fue como procedió la mujer del caso, jordana para más señas, conducida por sus creencias religiosas.

• Carolina del Carmen Castillo Martínez
Magistrado-juez titular del Juzgado de instancia nº 4 de Castellón, Profesora Titular de Derecho Civil (excedente). Correo electrónico: carolina.castillo@uv.es

aportó los gametos masculinos como progenitor, de tal manera que dos mujeres que formen una pareja pueden convertirse en co-madres (que no comadres) legales por el procedimiento de adoptar al hijo simultánea o sucesivamente, o de adoptarse por una al hijo de la otra. Ello es posible para las parejas unidad por el vínculo matrimonial desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, y para las unidas por análoga relación de afectividad desde la Ley 26/2015, de 28 de julio (*cfr.* art. 175.2.4 CC). Por su parte, la Ley 3/2007, introdujo el art. 7.3 en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana (actualmente, Ley 14/2006, de 26 de mayo), estableciendo que "cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge se determine a su favor la filiación respecto del nacido". Ciertamente, la adopción judicial del hijo del cónyuge –o pareja "more uxorio"- ya entonces se encontraba muy simplificada por la disposición del art. 176.2 del Código Civil, que para iniciar el expediente exime de la propuesta previa de la Comunidad Autónoma a favor del adoptante y de la declaración administrativa de que el mismo sea idóneo para el ejercicio de la patria potestad. Por la entrada en vigor del art. 7.3 antes mencionado, el automatismo resulta más acentuado, toda vez que el consentimiento de la esposa de la gestante determina una especie de adopción por la consorte que, empero, no requiere siquiera de la resolución judicial (*cfr.* art. 176.1 CC) que siempre ha de ponderar el interés el adoptando. En definitiva, con el antedicho art. 7.3 se presumen *iuris et de iure* tanto la idoneidad de la esposa como el interés del hijo, si bien, así como en la adopción judicial por el consorte, se ha de contar al menos con el asentimiento del progenitor del adoptando no emancipado (art. 177.2. 2º CC), parece que en el caso del art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana la madre gestante- también debe asentir a que su esposa asuma la condición de madre legal[2].

Conviene significar que nuestro TS ha interpretado expansivamente la norma del art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana, en sus sentencias de 5 de diciembre de 2013 y, muy significativamente, en la de 15 de enero de 2014. Así, en la primera de las mencionadas, el consentimiento fue prestado expresamente en la clínica antes de la entrada en vigor de la norma y de contraer matrimonio las dos mujeres que lo contrajeron durante la gestación. En la segunda de las resoluciones mencionadas, las mujeres no llegaron a casarse y los hechos sucedieron antes de la entrada en vigor de la Ley, sin que nunca llegara a darse el consentimiento expreso de la consorte ni ante el Encargado del Registro Civil ni tampoco en la clínica, pese a lo cual el TS considera que no cabe entender

2 Así se considera en el voto particular de la STS, Sala 1ª, de 15 de enero de 2014, de manera que la gestante no puede imponer la maternidad a su esposa ni ésta a la primera, aunque lo único constatable es que el tenor del precepto únicamente se refiere a la manifestación de la consorte, de manera que, interpretado en su literalidad, prescinde incluso del asentimiento de la gestante que no puede imponer la condición de madre a su esposa, aunque ésta sí pueda hacerlo.

que en una pareja una mujer se practique una técnica de reproducción asistida y su pareja no comparta la circunstancia, considerando de interés para el menor que ambas mujeres, a pesar de estar separadas y enfrentadas gravemente, devinieran en madres del hijo respecto del que, además hubo posesión de estado de madre durante dos años por parte de la que pretendía serlo –la no gestante-.

La Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, modifica el art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana, que actualmente resulta del tenor siguiente: "Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge"[3]. Más adelante volveré sobre esta norma, si bien ahora resulta de interés anticipar que, como es de observar, la reforma modifica el tiempo, que se prolonga más allá de la gestación, con la inseguridad consiguiente al no establecimiento de al menos un plazo a contar desde el nacimiento en que la esposa puede asumir la maternidad legal[4]. En todo caso, la Ley 19/2015 deja abierto indefinidamente el plazo para el ejercicio del derecho a consentir la asunción de la maternidad legal por parte de la esposa de la gestante. Por otra parte, la Ley 19/2015 incorpora una modificación formal al no exigir expresamente que la manifestación del consentimiento se realice ante el Encargado del Registro Civil pues parece que es posible realizarlo en la clínica.

Además, y a lo que ahora nos interesa, la Ley 19/2015 otorga nueva redacción al art. 44.5 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil, que viene a disponer que "también constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y ésta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge". Resulta de relevancia significar que se trata de una norma adjetiva, y no sustantiva, pues no se trata de un precepto del Código Civil, ni tampoco de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana sino de una norma integrada en la Ley del Registro Civil, por lo que su interpretación, -también en aplicación del sistemático criterio hermenéutico (art. 3.1 CC) que

3 Resulta de interés anticipar que, según la Resolución de 8 de febrero de 2017, que sirve de base a este comentario, lo modificado es "la forma en la que debe prestarse el consentimiento de manera que ya no e necesario manifestarlo antes del nacimiento".

4 De conformidad con la información que contiene la *web* del Ministerio de Justicia, "el plazo para remitir la comunicación del nacimiento desde el Centro Sanitario es de setenta y dos horas desde el nacimiento. Cuando por cualquier causa no se haya remitido el documento en el plazo, los obligados a promover la inscripción dispondrán de un plazo de diez días para declarar el nacimiento ante la Oficina del Registro Civil. No obstante, este plazo podría llegar a los treinta días cuando se acredite justa causa. Pasado dicho plazo, es necesario tramitar expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo ante el Encargado del Registro Civil correspondiente". Ciertamente estos plazos derivan de los arts. 46 (el de 72 horas) y 47 (el de 10 días), de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil, resultando que el de 30 días se toma del art. 166 del Reglamento de 14 de noviembre de 1958 de la Ley de Registro Civil de 1957, único reglamente en vigor hasta el momento.

inevitablemente nos conduce a considerar algún otro de sus apartados, como más adelante se verá-, necesariamente debe vincularse al supuesto contenido en el art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana, precepto que sí tiene naturaleza sustantiva. De lo que se infiere que nos encontramos únicamente ante el reflejo registral del consentimiento de la esposa de la progenitora que ha alumbrado un hijo mediante la aplicación de una técnica de reproducción asistida humana.

II. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 8 DE FEBRERO DE 2017. SUPUESTO DE HECHO.

En el contexto anteriormente descrito se produce el supuesto de hecho que seguidamente consideramos.

Mediante comparecencia en el Juzgado de Paz de Benidoleig (Alicante) el 4 de agosto de 2016, Dña. M.J.T.O, mayor de edad, española y con domicilio en la misma localidad, solicitaba la inscripción como hijo matrimonial del nacido de su cónyuge, Dña. B.K, de nacionalidad irlandesa, el 30 de julio anterior. Previa comunicación telefónica con el Registro Civil principal del que depende el de Benidoleig, se trasladó a la promotora la necesidad de comparecer ante aquél, en Denia, para solicitar la inscripción acreditando que el nacimiento se había producido como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida. El 5 de agosto de 2016, la promotora comparece ante el Registro Civil de Denia solicitando nuevamente la inscripción de nacimiento del hijo biológico de su cónyuge y la determinación a su favor de la filiación del nacido, sin necesidad de aportar justificación de haber seguido un procedimiento de reproducción asistida, en virtud de lo establecido en el art. 44.5 de la Ley de Registro Civil de 2011, reformado por la Ley 19/2015, de 13 de julio, alegando que la pareja se había casado el 14 de agosto de 2007 y que ya son madres de otros dos hijos inscritos con la doble filiación. Consta en el expediente la siguiente documentación: inscripciones de nacimiento en el Registro Civil de Atzeneta del Maestrat (Castellón) de N. Y F.K.T, nacidos el 20 de marzo de 2009, hijos de Dña. B.K, de nacionalidad irlandesa y de Dña. M.J.T.O, de nacionalidad española, inscripción practicada en virtud de resolución de consulta planteada por el registro del lugar del domicilio a la encargada del Registro Civil de Castellón; autorización de 15 de abril de 2009 por parte del encargado del Registro Civil de Castellón para proceder a la inscripción de los dos anteriores como hijos matrimoniales de Dña. B.K y de Dña. M.J.T.O, y libro de familia.

El encargado del Registro Civil de Denia, mediante Auto de 22 de agosto de 2016, denegó la inscripción de la filiación del nacido respecto de Dña. M.J.T.O por considerar que para ello es necesario acreditar que la gestación se ha producido como consecuencia del uso de técnicas de reproducción asistida, entendiendo

que el art. 44.5 de la nueva Ley del Registro Civil -que prácticamente reproduce el apartado tercero del art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida- no se puede interpretar desconectado del apartado cuarto, según el cual la filiación, a efectos de la inscripción de nacimiento, se determinará conforme a las leyes civiles –que siguen respondiendo al principio de unidad de la maternidad -y a la Ley 14/2006, que incorpora una ficción legal no basada en la realidad biológica pero únicamente cuando la gestación es consecuencia de técnicas de reproducción asistida, no siendo tampoco aplicables las presunciones del Código Civil en tanto que responden a un esquema normativo distinto. Al mismo tiempo, se requiere a Dña. B.K. para que manifestara si deseaba consignar un nombre de progenitor a efectos de identificación.

En comparecencia de 29 de agosto de 2016, Dña. B.K declaró que, a pesar de no estar conforme con la resolución registral, para no dejar desprotegido a su hijo, optaba por la inscripción sólo con su filiación biológica, pero dejando constancia de que ello supone una situación de desigualdad en relación con los hermanos mayores del nacido, que sí están inscritos como hijos matrimoniales de la pareja.

Notificada la resolución dictada por el encargado del Registro Civil, se presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el que las recurrentes alegaban que los dos hijos mayores de la pareja fueron inscritos en 2009 como matrimoniales y sin que en aquel momento se les exigiera presentar certificado acreditativo del uso de las técnicas de reproducción asistida; que el art. 44.5 de la Ley del Registro Civil de 2011, en vigor desde 2015, prevé la inscripción de la filiación matrimonial cuando la madre está casada con otra mujer y ésta última consienta en que se determine a su favor la filiación, independientemente de que hayan hecho uso o no de las técnicas de reproducción asistida, dado que la noma no introduce esa limitación; que la intención del legislador tiene que ser que el art. 44.5 resulte aplicable con carácter general para determinar la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres porque únicamente así tiene sentido que dicho artículo, introducido en 2015 al mismo tiempo que se reformaba el art. 7.3 de la Ley 14/2006, reproduzca el contenido de éste último; que la interpretación restrictiva del Auto impugnado, introduciendo una limitación que la norma no menciona, atenta contra el interés superior del menor y lo coloca en una situación de desprotección en relación con sus hermanos mayores, que tienen nacionalidad española y doble vínculo materno, mientras que L. únicamente tiene reconocida la nacionalidad irlandesa y figura en un libro de familia distinto del que sólo es titular Dña. B.K, de manera que quien ejerce de hecho como su madre no lo es a efectos legales, lo que perjudica a la estabilidad de la familia; que aunque es cierto que nuestro ordenamiento jurídico parte del principio de veracidad biológica en materia de filiación, dicho principio no tiene carácter absoluto y ha evolucionado hacia un concepto más

social y afectivo, debiendo prevalecer siempre el interés del menor, como han dejado establecido en diversos pronunciamientos el Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y, finalmente, que la interpretación de las normas debe realizarse, según el art. 3 del Código Civil, atendiendo, entre otras cosas, al contexto y a la realidad social en que han de ser aplicadas y, en ese sentido, debe tenerse en cuenta la sucesión de normas aprobadas desde que en 2005 se modificó el Código Civil para dar cabida a los matrimonios entre personas del mismo sexo, la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que introdujo el apartado tercero en el art. 7 de la anteriormente mencionada, permitiendo la determinación de la filiación matrimonial para las parejas formada por mujeres, la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, que declara la ausencia de toda discriminación también en las cuestiones derivadas de la maternidad, las obligaciones familiares y el estado civil y, por último, la Ley 19/2015, que eliminó la necesidad de que el consentimiento de la cónyuge de la madre gestante para que se determine a su favor la filiación se manifestara antes del nacimiento y que introdujo el art. 44 en la Ley del Registro Civil de 2011.

Del recurso de apelación planteado se le dio traslado al Ministerio Fiscal, que interesó su desestimación.

El encargado del Registro Civil se ratificó en su decisión y remitió el expediente a la DGRN para la resolución del recurso.

Por Resolución de 8 de febrero de 2017 la Dirección General de los Registros y del Notariado acordó, con estimación del recurso de apelación planteado contra el Auto de 22 de agosto de 2016, dictado por el encargado del Registro Civil, revocar el referido Auto, autorizando la inscripción de la filiación, como hijo matrimonial, a favor de la cónyuge de la madre biológica, sin necesidad de justificar el uso de técnicas de reproducción asistida.

III. LA UNIÓN MATRIMONIAL ENTRE DOS MUJERES Y LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL DEL HIJO BIOLÓGICO DE UNA DE ELLAS A FAVOR DE LA OTRA. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN LEGAL: REFERENCIA A LAS LEYES 13/2005, 3/2007 Y 19/2015.

En España, la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo resultó incorporada a nuestra legislación por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, adicionando este supuesto en el segundo párrafo del art. 44 que desde entonces declara lo siguiente: "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio

conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo". La apuntada reforma resultó viable de manera esencial por el fundamento que suponían los nuevos principios instaurados por la CE 1978, entre los que merecen ser destacados los arts. 1, 10, y especialmente 14 y 9.

Sin perjuicio de defender la ineludible significación de la heterosexualidad como elemento intrínseco del vínculo conyugal –aunque no necesariamente de otras fórmulas de convivencia al margen de la derivada de la unión matrimonial- contra la ya consolidada previsión normativa[5], y siempre con pleno respeto a las diversas situaciones personales que pueden atenderse en este ámbito, ciertamente, en nuestro país, la apuntada discriminación jurídica padecida por las personas homosexuales se mantuvo prácticamente hasta la publicación de la CE en 1978, emergiendo sustancialmente en el ámbito del Derecho Civil, y muy significativamente en el contexto del Derecho de Familia, toda vez que la homosexualidad venía siendo considerada como una conducta socialmente peligrosa y ciertas manifestaciones de la misma delito de escándalo público, lo que determinaba que quienes con tal disposición sexual se manifestaban quedaran excluidos de determinadas relaciones familiares básicas, como la relación conyugal o la adopción[6].

5 Ciertamente, los autores de la Ley 13/2005, de 1 de julio, parecen considerar que la reforma operada por la referida Ley mantiene incólume en su proyección objetiva la institución matrimonial. Y así lo corrobora el pasaje de la Exposición de Motivos de la reforma en el que se declara que "los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad, respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes" (E. de M., apart. II, párr. 4.º). No obstante, la consideración de que el matrimonio se puede contraer entre personas de igual sexo sin alterar la configuración objetiva de la institución no se sostiene de aceptarse que con la nueva regulación que instaura la Ley 13/2005 no se está alterando el "contenido esencial" del derecho reconocido en el art. 32 de la CE, a cuyo tenor, "el *hombre* y la *mujer* tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica" (el subrayado es mío). En este sentido, *cfr.* el ATC 222/1994, de 11 de julio, en el que se declara que "se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil". Y, de conformidad con tal consideración, se contrapone "el matrimonio entre hombre y mujer" y "la unión entre personas del mismo sexo biológico", señalándose que "al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer, que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990)". Planteada en estos términos la comparación entre unión homosexual y matrimonio (con expresa mención al art. 32.1 CE), el TC parece entender que el art. 32 de la Constitución se refiere de manera exclusiva y excluyente al matrimonio entre personas de diferente sexo. Por ello, es posible concluir que el derecho a contraer matrimonio que "el *hombre* y la *mujer*" tienen garantizado constitucionalmente en el art. 32.1 CE, no puede ser atribuido por ley ordinaria (art. 32.2 CE) a personas del mismo sexo sin alterar "el contenido esencial" del derecho constitucionalmente protegido (art. 53.1 CE). Sin abundar más en esta disquisición, por no ser ésta la sede idónea para ello, conviene no dejar de reparar en la frontera natural que necesariamente emerge al aplicar la regulación de la institución matrimonial y algunos de sus aspectos consecuentes –específicamente la determinación de la filiación que de la misma se deriva- en los supuestos de matrimonio contraído entre personas del mismo sexo. La reflexión no resulta irrelevante en la cuestión objeto del presente comentario, toda vez que, por razones obvias, no podemos descuidar que la presunción prevista en el art. 116 del Código Civil no resulta aplicable a la unión matrimonial entre mujeres, toda vez que el supuesto de hecho al que la misma se refiere únicamente puede verificarse en el caso de matrimonio heterosexual. Y de ahí que el legislador haya tenido que recurrir a sucesivas reformas que, no obstante, no han dejado resuelta la dificultad aplicativa.

6 *Cfr.*, por todos, Alventosa del Río, J.: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español.*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008

En todo caso, la reivindicación del acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio no resulta especialmente cercana en el tiempo, remontándose al año 1988 la primera solicitud de celebración de matrimonio por pareja homosexual, que resultó rechazada por la DGRN, cuya decisión fue confirmada por el ATC 222/1994, de 11 de julio[7]. Y habida cuenta de que durante toda esta etapa no concurría expediente jurídico alguno que permitiera la cobertura de las uniones extramatrimoniales, fueran del sexo que fueran, los conflictos planteados en este ámbito necesariamente generaban controversia judicial, suscitándose las pretensiones más usuales en relación bien con el mismo reconocimiento de la pareja, o bien respecto de la resolución de enfrentamientos surgidos en su propio seno, de índole personal o económica, y también con precisa referencia a la obtención de concretas prestaciones sociales. Además, durante todo este período la doctrina jurisprudencial sobre los distintos aspectos suscitados por las parejas no matrimoniales del mismo sexo no se presentaba homogénea[8].

Fue precisamente a partir de la década de los años noventa del pasado siglo cuando arrancó en nuestro país un proceso reivindicativo a favor de la regularización jurídica de las parejas de hecho, siendo precisamente en el ámbito legislativo de las Comunidades Autónomas cuando, a partir del año 1998, se comenzó a legislar sobre las uniones de hecho, dotándolas de un régimen jurídico específico, si bien desigual, y en modo alguno homogéneo en todos los ámbitos autonómicos. Por lo que, persistente la reivindicación, el proceso culminó con la Ley 13/2005 en la que se admitió la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, la cual resultó impugnada ante el TC por considerarse inconstitucional, resolviéndose el recurso planteado por la STC 198/2012, de 6 de noviembre, que declaró la plena constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, concluyendo básicamente que la misma, en el ámbito del amplio margen permitido por el art. 32 CE, desarrolla la institución matrimonial de conformidad con nuestra cultura jurídica, en donde se constata una amplia aceptación de esta posibilidad matrimonial, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española. En todo caso, una somera revisión de la Ley 13/2005 permite concluir que su contenido alcanzó al régimen jurídico relativo a la relación conyugal, en sus aspectos personales y patrimoniales, a las relaciones paterno-filiales y a la relación de filiación -aunque muy sucintamente en este caso-, resultando que los diversos preceptos modificados por la Ley 13/2005 presentan una proyección muy diversa, toda vez que mientras que la modificación de determinadas normas implicó un cambio sustancial en la regulación de ciertas instituciones, otros cambios no implicaron más que superficiales modificaciones

7 Al respecto, *vid*. De Verda y Beamonte, J.R.: "Principio de libre desarrollo de la personalidad y ius connubii (A propósito del ATC 222/1994)", *Revista de Derecho Privado*, 1998, pp. 720 y ss.

8 *Cfr.* Pérez Cánovas, N.: "La crisis del estado heterosexual: del derecho a la vida privada al derecho a la vida familiar de las parejas homosexuales", Re*vista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, año 2001), pp. 4, y 73-77.

en la terminología aplicada, permaneciendo intacto el fondo de su regulación, si bien ampliando su ámbito aplicativo a otros sujetos diferentes de los destinatarios originarios de las normas. En tal contexto, sin duda, la modificación más relevante es la –ya apuntada- operada en el mencionado art. 44 del Código Civil, al que se adicionó el párrafo segundo, permitiendo la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. El resto de preceptos reformados, y que se refieren tanto a los efectos personales (*cfr.* arts. 66 y 67 CC) como a los efectos patrimoniales (*cfr.* arts. 1323, 1344, 1348,1351, 1361, 1404 y 1458 CC) del matrimonio, son meras adaptaciones terminológicas que en modo alguno alteran el contenido de su regulación, sustituyéndose únicamente las expresiones "marido y mujer" por el término genérico de "cónyuges" o "consortes" a los efectos de no diferenciar el sexo de las personas integrantes del matrimonio, como consecuencia de lo dispuesto en el art. 44 párrafo 2º, del Código Civil. De esta manera se enfatiza la circunstancia de que el régimen jurídico derivado de la relación conyugal, tanto en sus efectos personales como patrimoniales, debe adaptarse a la reforma de fondo dispuesta por la norma, resultando de aplicación a cualquier cónyuge, con independencia de su condición sexual. Por tal razón, la Disposición Adicional Primera de la Ley 13/2005 dispuso lo que sigue: "Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes". Se trata de una fórmula general para consolidar en cualquier ámbito jurídico la equiparación del matrimonio de personas del mismo sexo al matrimonio entre personas de distinto sexo con el claro propósito de que les sean aplicables los mismos efectos jurídicos. Y, específicamente, en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, la Ley 13/2005

modificó tres preceptos, a saber, los arts. 154[9], 160[10] y 164, párrafo segundo, 2º[11], del Código Civil. No obstante, la apuntada modificación no alteró el contenido de los mismos, pues tan solo consistió en una mera variación terminológica por la que se reemplaza las expresiones "padres" o "padre y madre" –en todo caso, concepto jurídico- por la más genérica de "progenitores" – que es un concepto biológico-, a los efectos de acomodar, en su caso, el régimen normativo de la patria potestad –cuyo contenido, no obstante, no se altera- a las parejas de igual sexo.

En el descrito contexto, resulta que si bien la Ley 13/2005 vino a legitimar la unión matrimonial entre dos mujeres, al no resultar de posible aplicación la presunción del art. 116 del Código Civil –toda vez que, como ya se ha anticipado, el supuesto fáctico del precepto únicamente concurre en el caso de matrimonio heterosexual, tal y como se apunta en la propia Exposición de Motivos de la Ley 13/2005-, resulta que la imposibilidad natural de que dos mujeres pudieran tener descendencia biológica limitaba la posibilidad de la determinación de una doble maternidad –o maternidad compartida- a la concurrencia de un reconocimiento de complacencia o al expediente de la adopción[12], ya fuera de ambas respecto de un hijo biológico de una tercera, ya fuera de una de ellas respecto del hijo biológico de la otra –como sucede en el supuesto comentado-.

9 El art. 154 del Código Civil dispone lo siguiente: "Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.
La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.
Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:
1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2.º Representarlos y administrar sus bienes.
Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.
Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad".

10 Establece el art. 160 del Código Civil que: "1. Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el art. 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo, la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.
Los menores adoptados por otra persona, solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el art. 178.4.
2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.
En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores".

11 El art. 164, párrafo segundo, 2º, del Código Civil, en su mención relativa a los bienes exceptuados de la administración paterna, resulta del tenor siguiente: "2.º Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado".

12 *Vid*., por todos, Martínez de Aguirre, C.: "Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida. El juez civil ante la investigación biomédica", *Cuadernos de Derecho Judicial,* X-2004, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 283.

La indicada limitación resultó eliminada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Esta reforma introdujo un tercer apartado en el art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida que, bajo la rúbrica "Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida" dispuso un precepto del tenor siguiente: "Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido"[13]. Posteriormente la referida norma resultó modificada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la administración de Justicia y del Registro Civil, quedando redactada en los términos siguientes, que constituían la redacción aplicable del precepto al tiempo del enjuiciamiento de los hechos objeto del presente comentario: "Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respeto del hijo nacido de su cónyuge". Obsérvese que la esencia de la reforma se localiza en permitir que el consentimiento de la cónyuge de la madre gestante -necesario para poder determinar a su favor la filiación- se pueda manifestar después de haberse producido el nacimiento del hijo, y no necesariamente antes, tal y como constaba en la regulación vigente hasta el momento de la modificación operada por la Ley 19/2015[14]. No obstante

13 Efectivamente, en la Ley 3/2007, de 15 marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, Disposición Adicional primera, se adicionó un apartado 3 al art. 7 de la Ley 14/2006, en la que se establece que: "Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido". En atención a lo expuesto, a juicio de señalada doctrina este precepto permite la atribución de la filiación del hijo nacido de una mujer por aplicación de dichas técnicas a su cónyuge, también mujer (*vid*. Díaz Martínez, A.: "La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida", *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2007 21, pp. 75-129). La apuntada posibilidad determinó posturas encontradas en la doctrina científica, pues mientras unos consideran que se trata de un precepto que aporta una solución a los problemas que planteaba la filiación derivada de la aplicación de las TRHA en el ámbito de las parejas de mujeres casadas, otros consideran que resulta vulnerado el principio de verdad biológica (*Cfr.*, De la Iglesia Monje, M.I.: "Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el matrimonio de parejas homosexuales femeninas", en AA.VV.: *Libro Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Cizur Menor, 2008, Civitas, pp. 471 ss.; Nanclares Valle, J.: "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", *Actualidad Civil* , 2008. 7-8, pp. 15 ss.; y Gonzales Pérez de Castro, M.: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid, 2013, Dykinson, pp. 295, para quien este precepto está tachado de inconstitucionalidad por contravenir los arts. 9.3, 10.1, 14 y 39 CE, habida cuenta de que afecta al principio de la verdad biológica, la dignidad del que va a nacer y discrimina al hijo al atribuirle una filiación imposible en términos biológicos; al mismo tiempo pone de relieve las muchas cuestiones no resueltas que se derivan de la redacción del precepto (pp. 298-305).

14 Como es de apreciar, en el caso de matrimonio entre dos mujeres se exige el consentimiento de la mujer no gestante ante el Encargado del Registro Civil, pero no se hace ninguna referencia al consentimiento para la utilización de las técnicas de reproducción asistida (aunque señala la doctrina que en la práctica registral sí se requiere que la madre no gestante haya prestado su consentimiento en el centro médico donde se vaya a realizar tal práctica; en este sentido, *cfr.*, Tomás Martínez, G.: "El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil", *Actualidad Civil*, 2010, pp. 748 ss., indicando, además, que el consentimiento ante el Encargado del Registro civil plantea diversas cuestiones no resueltas, tales como la competencia del Juez, domicilio del Registro, valor del consentimiento ante el centro médico, consentimiento prestado con posterioridad al nacimiento, entre otras; diversamente,

lo cual, el primero de los apartados del referido art. 7 de la Ley 14/2006, persiste en declarar que: *"La filiación de los nacidos con las* técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos[15]" (la cursiva es mía).

IV. EL PRINCIPIO DE LA EQUIPARACIÓN DE EFECTOS ENTRE EL MATRIMONIO HETEROSEXUAL Y EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA INEXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN.

En el supuesto de hecho considerado las interesadas, que contrajeron matrimonio el 14 de agosto de 2007 y ya eran previamente madres de dos hijos nacidos el 20 de marzo de 2009, pretenden que en la inscripción de nacimiento de otro hijo biológico de una de ellas, nacido el 30 de julio de 2016, se haga constar asimismo su filiación respecto de la cónyuge no gestante, y que a ello se acceda sin necesidad de aportar justificación de que el nacimiento se produjo como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida, alegando que el apartado 5 del art. 44 de la Ley de Registro Civil de 2011, en vigor desde octubre de 2015, no lo exige[16]. Y esta previsión aisladamente considerada podría ser entendida en el sentido de que para inscribir la filiación matrimonial del hijo respecto de la cónyuge de la gestante tan sólo es preciso que concurra el consentimiento de ésta última. No obstante, el encargado del Registro Civil rechazó la pretensión

Gonzales Pérez de Castro, M.: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, *cit*., 301, considera que tal consentimiento carece de importancia puesto que al no existir la preceptiva declaración ante el Encargado del Registro Civil no se determina la filiación). Es de destacar que en caso de matrimonio heterosexual únicamente se exige el consentimiento para la utilización de dichas técnicas, y ningún otro requisito formal. Por lo que parece que existe una mayor exigencia formal para las parejas formadas por dos mujeres que para las parejas heterosexuales. Al respecto, considera la doctrina que el motivo de tal diferenciación se localiza en que el consentimiento que presta el marido cumple la función de evitar la aplicación de las presunciones de paternidad, impidiendo que pueda impugnar a posteriori dicha paternidad (*cfr.* Callejo Rodríguez, C.: "La llamada doble maternidad por 'naturaleza': la prevalencia de la voluntad de ser progenitora", *Diario La Ley* , 2014, nº 8240, p. 3; Díaz Martínez, A.: "La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida", *cit*., p. 81, quien estima que actualmente quizá habría de revisarse el alcance de la presunción de paternidad del art. 116 del Código Civil; y Tomás Martínez, G.: "El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil", *cit*., p. 753).

15 Los arts. 8, 9 y 10 de la Ley 14/2006 no resultan de aplicación al supuesto ahora considerado, toda vez que se refieren, respectivamente, a la determinación legal de la filiación en supuesto de inseminación heteróloga consentida por la progenitora y su esposo (art. 8), a la determinación legal de la filiación en el caso de premoriencia del marido presupuesta la inseminación homóloga (art. 9) y a la determinación de la filiación en el supuesto de gestación por sustitución, cuyo convenio se dispone que será en todo caso nulo de pleno derecho, declarándose, en consecuencia, a salvo "la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales"–importante precisión, también a los efectos de este comentario, toda vez que supone la confirmación legislativa de la prevalencia de la verdad biológica que, a su vez, debe presuponerse en interés del menor y no exclusivamente del progenitor reclamante- (art. 10).

16 Conviene tener presente a tal efecto que el art. 44.5 de la Ley 2072011, de Registro Civil, según redacción dada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, Ley declara que: "También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge".

por entender –a mi juicio atinadamente- que sí es imprescindible probar que la gestación se ha producido mediante técnicas de reproducción asistida y que no es aplicable la presunción de filiación matrimonial del art. 116 del Código Civil porque el supuesto de hecho en este caso es diverso.

Como se ha indicado, la posibilidad de reconocimiento de una doble maternidad, inicialmente limitada a la vía de la adopción, fue introducida por la Ley 3/2007, que reformó el art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida reconociendo, mediante una ficción legal, que en el caso de matrimonio preexistente entre dos mujeres, podría determinarse la filiación del nacido mediante técnicas de reproducción asistida a favor de la cónyuge no gestante siempre que ésta hubiera manifestado previamente su consentimiento al respecto ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal.

En definitiva, el art. 7.3 de la Ley 14/2006 parece haber incorporado en este ámbito un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial, diverso de la presunción del art. 116 del Código Civil, si bien condicionado al cumplimiento de determinados requisitos. Y posteriormente la reforma operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, introdujo también una modificación en el apartado tercero del art. 7 de la Ley 14/2006 en relación con la forma en que debe prestarse este consentimiento, de manera que ya no es preciso expresarlo antes del nacimiento. Pero no cabe descuidar que el art. 7 de la Ley 14/2006, mantiene subsistente en el ámbito de "…la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida…" que la misma "… se regulará por las leyes civiles…", y que precisamente son esas mismas leyes civiles las que posibilitan la averiguación de la realidad biológica –a través de las acciones de reclamación e impugnación de la paternidad- a fin de hacerla coincidente con la legal.

Desde la anterior perspectiva, de no acreditarse que la gestación ha tenido lugar mediante el uso de técnicas de reproducción asistida (con lo que se mantiene el principio del anonimato del donante –art. 5 de la Ley 14/2007-, sin que en ningún caso su identificación implique la determinación legal de la filiación –art- 8.3 de la Ley 14/2006-[17]), siempre va a quedar a salvo la posibilidad de que un tercero

17 La investigación de la paternidad, recogida inmediatamente después de la obligación de protección integral de los hijos, y al servicio del principio de no discriminación por razón del nacimiento se consagra en el art. 39.2 CE y se declara asimismo en el art. 767.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Ciertamente, la recepción constitucional de la obligación legislativa de "posibilitar" la investigación de la paternidad supuso la supresión de una tradicional consideración histórica en defensa del varón frente a la obligación de asumir la propia responsabilidad que le incumbe como progenitor, que constaba juridificada por los Códigos civiles decimonónicos que habían asumido el principio del *Code* de Napoleón como prohibición de dicha investigación. En sentido contrario, favorable a la investigación de la paternidad, se mostraba el Derecho histórico castellano, de cuya tradición se apartó el Proyecto de 1851 para asumir el planteamiento contrario por influencia del Code, pero nuestro Derecho recuperó en este punto su tradición histórica, a último consagrada constitucionalmente, aunque con dos excepciones. La primera de ellas afectaba a la adopción y resultó eliminada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional en su art. 12 (bajo la rúbrica "*Derecho a conocer los orígenes biológicos*") que la hizo extensiva a la nacional al adicionar su D.F. Cuatro un nuevo número al art. 180 del Código Civil, del tenor siguiente:

pueda interesar de los tribunales el reconocimiento de su paternidad biológica con las consecuencias que de ello pudieran derivarse, singularmente incidentes en la situación del menor -y su propia estabilidad- cuyo interés es, en todo caso, principio de consideración prevalente[18].

Por otra parte, se manifiesta en el recurso que esta diferencia de tratamiento en relación con el matrimonio heterosexual -esto es, la no aplicación de la presunción de filiación matrimonial del art. 116 del Código Civil- parece contravenir lo dispuesto en su art. 44 que, en su apartado segundo tantas veces mencionado, declara que "el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".

Conviene reparar en que, no obstante lo indicado, según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional[19], la existencia de diferentes regímenes jurídicos no es

"5.º Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho". La segunda, subsistente en la actualidad, es la que establece la norma reguladora de las técnicas de reproducción asistida humana, que preserva el anonimato del donante (art. 5 de la Ley 14/2006, cuya revelación en ningún caso podrá suponer determinación legal de la filiación –art- 8.3 de la misma Ley-).

18 Se plantea en este punto la cuestión de quién va a poder impugnar, a lo que debe señalarse que, en principio, el propio varón que aportó su material genético, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad, toda vez que, de conformidad con la previsión contenida en el art. 134 CC, podrá impugnar en todo caso una filiación contradictoria. Sin que pueda hacerlo la esposa de la gestante que va asumir la maternidad legal *ex* art. 44.5 de la Ley 20/2011, si bien esta es una cuestión que la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2017, aunque instauradora de una nueva fórmula de determinación de la maternidad con fundamento en el art. 44.5 de la Ley del Registro Civil, deja sin resolver. Ni tampoco la propia gestante, toda vez que con tal actuación iría contra sus propios actos, ni siquiera en el supuesto de enfrentamiento derivado contra su pareja (por causa de una separación o de un divorcio posterior), del mismo modo que en la adopción ya constituida la madre biológica no puede revocar el consentimiento prestado, a no ser que no hubiera asentido en la maternidad legal de su consorte en cuyo caso debería entenderse que la gestante tiene expedita la impugnación a no ser que la misma implique abuso de derecho o mala fe (art. 7 CC).

19 *Cfr.* SSTC de 20 de mayo de 2002 y 27 de octubre de 2005. Así, con precisa referencia al supuesto que la misma enjuicia la STC 123/2002, de 20 de mayo (BOE n.º 146, de 19 de junio de 2002) declara lo siguiente: "Tampoco pueden prosperar las pretensiones de vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14.1 CE) en relación con la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE), realizada por los órganos judiciales con fundamento en las cuales se cuestiona la interpretación y aplicación del delito de estafa en lo relativo al elemento del perjuicio económico. (…) La pretensión de vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, por apartamiento inmotivado de la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ha de desestimarse, pues es doctrina reiterada de este Tribunal que el presupuesto de la vulneración aducida exige que exista identidad del órgano judicial que emite las resoluciones cuyo apartamiento jurisprudencial inmotivado se alega (SSTC 168/1989, de 16 de octubre, FJ 3;134/1991, de 17 de junio, FFJJ 2, 3, 4;104/1996, de 11 de junio, FJ 2; y122/2001, de 4 de junio, FJ 4). Pues bien, no se da dicha identidad ya que las Sentencias impugnadas se dictaron por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Córdoba y la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de la misma ciudad respectivamente, alegándose para el contraste la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo" (F.Jco 8º). Y en la STC 273/2005, de 27 de octubre (BOE n.º 285, de 29 de noviembre de 2005) se manifiesta: "… El art. 14 CE, al proclamar el principio general de que "los españoles son iguales ante la ley", establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, e impone a los poderes públicos la obligación de llevar a cabo ese trato igual, al mismo tiempo que limita al poder legislativo y a los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas (STC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2). Ahora bien, como tenemos declarado desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato

contraria al derecho fundamental a la igualdad cuando los supuestos de hecho a los que se aplican son diferentes, estando objetivamente justificada la diferencia de trato jurídico.

Para que consolide la pretendida injusticia de la desigualdad de trato –de ambos tipos de matrimonio, el de dos mujeres y el heterosexual)- es preciso que nos

contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, careciendo de una justificación objetiva y razonable para ello. Por tanto, como regla general, lo que exige el principio de igualdad es que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por consiguiente, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. De este modo, lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Por lo demás, también es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad desde una óptica constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida [por todas, SSTC 152/2003, de 17 de julio, FJ 5 c); 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 4; y 10/2005, de 20 de enero, FJ 5]. Así pues, el presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del art. 14 CE es que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, equiparables (STC 76/1986, de 9 de junio, FJ 3), y ello entraña la necesidad de que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (STC148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6). Dicho de otro modo, el juicio de igualdad ha de constatarse siempre mediante un criterio de carácter relacional que, cuando se proyecta sobre el legislador, requiere la comprobación de que la norma de que se trate atribuye consecuencias jurídicas diversificadoras a grupos o categorías de personas creadas o determinadas por él mismo (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10), y de que las situaciones subjetivas que quieran compararse sean efectivamente homogéneas o equiparables (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5). Sólo entonces puede decirse que la acción selectiva del autor de la norma resulta susceptible de control constitucional dirigido a fiscalizar si la introducción de "factores diferenciales" (STC 42/1986, de 10 de abril, FJ 5) o de "elementos de diferenciación" (STC 162/1985, de 29 de noviembre, FJ 2) resulta o no debidamente fundamentada" (F.Jco 3º), lo que conduce a expresar que "aplicando la doctrina expuesta al supuesto sometido a nuestro examen, podemos concluir que los términos de comparación ofrecidos por el órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad no resultan adecuados, ya que las situaciones que éste considera iguales no guardan la imprescindible homogeneidad ni son, por tanto, susceptibles de ser comparadas jurídicamente a los efectos constitucionales aquí relevantes, de modo que la diferenciación normativa establecida por el Código civil en este punto presenta una justificación que puede ser considerada suficiente, objetiva y razonable, que radica en los distintos regímenes de determinación de la filiación. En efecto, como acertadamente afirma el Abogado del Estado, el art. 133 CC no contempla un régimen sustantivo que establezca un diferente trato para la filiación no matrimonial respecto de la matrimonial, que es lo que, en definitiva, proscribe la Constitución al disponer en su art. 39 que los poderes públicos aseguran "la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación" (apartado 2) y que "los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio" (apartado 3), previsiones que, como se dijo en la STC184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2, obedecen, precisamente, y entre otros motivos, al hecho de que su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de circunstancias ajenas a los mismos. Esto es, lo que hace el Código civil es establecer un sistema para la determinación, prueba, reclamación e impugnación de la filiación que se articula en función del carácter matrimonial o no matrimonial de la filiación y que, en el supuesto concreto que se nos plantea, se traduce en un diferente régimen para la reclamación de la filiación, cuando falte la posesión de estado, según sea aquélla matrimonial o no matrimonial, pues aunque esta diferencia no puede tener consecuencias sobre sus efectos, por determinación constitucional, sí cabe otorgarle relevancia en relación con la forma de determinar la filiación, que es un aspecto previo, y que puede regirse por criterios distintos. Las diferentes circunstancias concurrentes en los dos supuestos ya se ponían de relieve en la exposición de motivos que acompañaba al proyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (que cristalizó en la Ley 11/1981, de 13 de mayo), en la que, en relación con la cuestión que nos ocupa, se exponía que "para determinar la filiación no puede ignorarse que el matrimonio confiere, en principio, certeza a la paternidad, y que esta idea debe influir en el mismo régimen de las acciones, haciendo más fácil la reclamación de una filiación matrimonial y más difícil su impugnación. Continúa, pues, teniendo el matrimonio importancia primordial en el terreno de la creación del vínculo, con lo que persiste su significado de fundamento de la familia, institución ésta a la que los poderes públicos deben protección jurídica" (F.Jco 4º).

hallemos ante situaciones iguales. Y es que el art. 116 del Código Civil no constituye por sí una fuente de la filiación, sino que regula un medio de determinación legal de la filiación matrimonial habida por medio de un origen concreto que es el natural. Ciertamente, en el supuesto de las parejas "more uxorio" de diverso sexo para que la analogía (art. 4.1 CC) resulta más que palmaria, toda vez que concurre la misma razón e Derecho para que se extienda la referida presunción de paternidad marital –incluso con cierto detrimento de la seguridad jurídica- a los hijos de la pareja del varón incluso aunque ambos no se encuentren unidos por vínculo matrimonial, si al menos concurre acreditación documental del "dies a quo" de la constitución de la pareja (mediante, por ejemplo, un documento público o la inscripción en el registro de parejas de hecho) y no se pruebe la conclusión de la relación con su correlativo cese de la convivencia, pues la presunción quedaría fundada en la cohabitabilidad de ambos durante el tiempo de la concepción del hijo. En el supuesto de parejas de hombres, vinculadas matrimonialmente o no, resulta obvio la inexistencia de analogía alguna con las parejas de distinto sexo, pues la generación natural no es posible por lo que nunca se podrán presumir hijos por naturaleza del marido los que genere un varón, de manera que el art. 116 del Código Civil no tiene aplicación extensiva a los matrimonios o parejas formados por dos varones. Sin duda, la situación que plantean las parejas de mujeres, casadas o no, resulta más complicada pues, como ya se apuntó al principio de este trabajo, es posible la aportación del óvulo por la pareja, el semen de un donante y la gestación por la esposa de la gestante. Pero no es de recibo presumir que el hijo de una mujer casada con otra procede de un óvulo de ésta y de esperma anónimo, ya que lo único presumible es que procede o de una relación natural de la gestante con un varón o de la mediación de técnicas de reproducción asistida en la que se usa un óvulo de la gestante, pues de afirmarse que el óvulo es aportado por una donante o por la esposa dicho extremo necesariamente deberá ser acreditado. En definitiva, el hijo de una mujer no puede proceder de su esposa -por lo que tampoco puede presumirse tal circunstancia-, a menos que se pruebe la técnica de reproducción asistida utilizada, para lo cual bastaría la aportación de una prueba genética o bien del informe de la clínica que haya aplicado la concreta técnica de reproducción asistida. Esto es, en suma, lo que se interesó por el Encargado del Registro Civil de Denia que fuera acreditado. Pero es que, además, en nuestro Derecho el legislador ha optado por que la genética por sí misma no determine derecho alguno a favor de la mujer que aporta el óvulo siendo esposa o compañera de la gestante en el supuesto de que se haya aplicado una técnica de reproducción asistida para atribuirle la condición de madre legal, y ello a pesar del dato biológico que actúa su favor[20] y que no es tenido en cuenta por

20 Por que, en efecto, el art. 108 CC dispone que la filiación tiene lugar por naturaleza, consideración desde la cual es posible afirmar que tan *natural* es la intervención de la madre genética como la de la gestante.

el legislador[21]. De manera que no siendo el factor genético, sino el de la gestación, el criterio atributivo de la maternidad en nuestro Derecho, la pretendiente a ser madre necesariamente deberá acudir al consentimiento previsto en el art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana o al del art. 44.5 de la Ley 20/2011, del Registro Civil –en todo caso, impugnable- o, en defecto de ambos, al expediente de la adopción, o a la posesión de estado en vinculación con el principio del interés superior del menor, a los efectos de alcanzar su objetivo. Y ello incluso en el supuesto de que sólo se encuentre legalmente determinada la filiación respecto de la gestante y no concurra varón alguno determinado como progenitor ni siquiera como donante anónimo respecto del cual la revelación de su identidad en ningún caso implicaría la determinación legal de su paternidad (art. 8.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo).

Resulta evidente que al supuesto ahora considerado no le es aplicable la presunción de filiación matrimonial del art. 116 del Código Civil, toda vez que el supuesto de hecho en este caso es diverso por partir la presunción de matrimonialidad de la premisa de una gestación natural –biológicamente- entre un hombre y una mujer, de ahí que en la dinámica de aplicación de la presunción entren en juego determinados plazos que el legislador ha considerado en el ámbito de una gestación natural, circunstancia imposible en el supuesto de matrimonio entre dos mujeres por lo que en éste último caso sí es imprescindible probar –y, por consiguiente, resulta justificado exigir por parte del encargado del Registro Civil- que la gestación se ha producido mediante técnicas de reproducción asistida a los efectos de excluir una eventual reclamación/impugnación de la filiación determinada por parte de un varón que defienda ser progenitor del nacido.

Por consiguiente, contrariamente a lo manifestado en el recurso de apelación contra el Auto del encargado del Registro Civil, no cabe concluir que en el caso ahora comentado exista discriminación alguna de tratamiento.

V. REQUISITOS LEGALES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL EN EL SENO DE UNA UNIÓN MATRIMONIAL. LA NECESIDAD DE ACREDITACIÓN DE QUE LA GESTACIÓN ES CONSECUENCIA DEL EMPLEO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA COMO REQUISITO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL Y LA OMISIÓN DE DICHA JUSTIFICACIÓN EN EL ART. 44.5 DE LA LEY 20/2011, DEL REGISTRO CIVIL, COMO REQUISITO PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL.

21 A este respecto resulta curioso, por lo paradójico de la situación, que las dos mujeres del supuesto comentado, reivindiquen por una parte el reconocimiento de la doble maternidad legal de ambas al considerar aplicable el art. 116 CC por analogía y, por otra parte, opten por eludir la acreditación de la técnica de reproducción asistida que incluiría la posible aportación de óvulo por la consorte, pues en estos datos sí que podría fundarse la pretensión de una interpretación analógica.

Como se ha indicado el art. 7 apartado 3 de la Ley 14/2006 introdujo en nuestro Derecho un nuevo título de determinación de la filiación matrimonial, diverso de la presunción de paternidad del art. 116 del Código Civil y de la sentencia por la que se concluye un proceso en materia de filiación, posibilitando legalmente mediante una ficción la *generación* en el seno de los matrimonios entre personas del mismo sexo que lo sean mujeres mediante el empleo de las técnicas de reproducción asistida pero, obviamente, sin implantar una nueva categoría de filiación fuera de las ya existentes al margen de las cuales no es posible suponer diversa tipología[22]. En consecuencia, siendo este precepto el único que desde la reforma operada por la Ley 3/2007 permite una doble maternidad legal[23], para que la filiación resulte determinada deberá acreditarse que concurren los presupuestos del mismo, en definitiva, y como es deducible, que la gestación es consecuencia del empleo de técnicas de reproducción asistida. Llegados a este punto, ciertamente, sería posible plantear diversas soluciones *de lege ferenda*, incluso se podría afirmar que sería deseable o conveniente, pero lo cierto es que la norma vigente impide una interpretación distinta.

Y lo precedentemente expuesto conecta con el argumento legal que de manera esencial se contiene en el recurso, atinente a que el art. 44.5 de la Ley 20/2011, de Registro Civil, permite la inscripción de la filiación matrimonial del hijo con independencia de que se haya hecho uso o no de las técnicas de reproducción asistida, toda vez que la norma no plantea esta restricción.

A pesar de lo manifestado por la apelante, este fundamento contenido en el recurso no resulta de recibo, toda vez que supone interpretar aisladamente el precepto antedicho que, por otra parte, y de conformidad con la propia naturaleza –no sustantiva- de la Ley de Registro Civil, regula la *inscripción* del nacimiento y de la filiación y no la *determinación* de la filiación. El art. 44.5.de la Ley 20/2011 demanda una interpretación sistemática (*cfr.* art. 3.1 CC). Es por lo que no cabe obviar el contenido de la previsión establecida en el arábigo previo del mismo precepto, art. 44.4, a cuyo tenor: "La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida".

La *inscripción* de nacimiento no es más que un efecto legal –registral- de la previa *determinación* de la filiación que deberá verificarse de conformidad con

22 Conviene significar que en el ámbito de las categorías de filiación que menciona el art. 108 del Código Civil al declarar que "la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción", el supuesto generado por el uso de técnicas de reproducción asistida es un caso de filiación por naturaleza y, obviamente, no una tercera categoría de filiación que, además, no resulta expresada por el precepto.

23 Y de manera exclusiva y excluyente para el supuesto de unión matrimonial entre dos mujeres, pues el supuesto de que la gestación se verifique e el seno de una unión de hecho no resulta previsto por la norma.

las previsiones –ya conocidas- de nuestro Código Civil, además de la previsión posterior que adiciona la Ley 14/2006 que, tal y como quedó apuntado, dispone el establecimiento en su ámbito, como principio general, del anonimato del donante –art- 5- sin que su identificación implique en ningún caso determinación legal de la filiación –art. 8.3- filiación que, únicamente por este procedimiento –es decir, como la que se ha conseguido mediante el uso de técnicas de reproducción asistida- acreditada posibilitará que la misma pueda determinarse a favor de la cónyuge de la gestante.

En definitiva, cabe concluir que la Ley del Registro Civil no regula la *determinación* de la filiación[24] sino que en este aspecto se remite a lo ya establecido en el Código Civil y en la Ley 14/2006, siendo precisamente ésta ultima la que resulta de aplicación toda vez que es la única norma que prevé la doble maternidad con fundamento en una gestación mediante el empleo de las técnicas reguladas precisamente en la misma. De tal manera que el art. 44.5 de la Ley 20/2011, no hace sino regular el reflejo registral de la filiación, su *inscripción*, que resulta determinada de conformidad con lo previsto en el art. 7.3 de la Ley 14/2006 –preceptos ambos que, como ya se apuntó, deben su redacción actual a la Ley 19/2015-. Si se acogiera la interpretación que pretende la recurrente se estaría dejando absolutamente sin contenido el segundo de los preceptos mencionados que devendría por tal circunstancia en una norma de suyo innecesaria, al atribuirse preferencia a una norma adjetiva sobre la sustantiva y distorsionando, además, el ámbito natural propio de cada una de ellas.

VI. EL PRINCIPIO DEL FAVOR FILII Y LA EXIGENCIA DE LA ACREDITACIÓN DEL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LA DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL COMO INSTRUMENTO QUE GARANTIZA LA SEGURIDAD JURÍDICA.

Todavía concurre un argumento más, de singular relevancia, que no es posible descuidar en la consideración del supuesto cuyo comentario nos ocupa. Me refiero al "favor filii", que se erige en uno de los principios rectores de la filiación (*cfr.* art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor), que supone la primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo imponiendo el establecimiento de un marco que le asegure seguridad jurídica[25].

Ciertamente, el *interés del menor* aparece hoy arraigado como criterio rector del Derecho de Familia. Se desprende con meridiana claridad del art. 39.4 de la Constitución y diversos preceptos del Código Civil, acordes con el texto

24 Por lo que no cabe admitir la interpretación de su art. 44 en el sentido que pretende la recurrente.

25 *Cfr.* Castillo Martínez, C.C.: *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, Madrid, 2010, 2ª ed., La Ley, grupo Wolters Kluwer, pp. 25 y ss.

constitucional, lo mencionan (*cfr.* arts. 92, párr. 2º, 156, párr. 5º, 159, 161, 170, párr. 2º y 216, entre otros)[26]. También se declara el "interés superior del niño" en numerosos textos internacionales, como la Declaración de los Derechos del Niño de 1995 (principios 2 y 7.2º), la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (arts. 3.1 y 9.3), o la Resolución del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por dicho Órgano en Resolución A 3-0172/1992, de 8 de julio (punto 8.14). La conclusión inmediata que se deriva de cuanto antecede es que, en todo caso, la decisión de cualquier cuestión familiar suscitada en el marco de las relaciones de patria potestad -y, por extensión, todo conflicto o situación en que intervengan menores o de un modo u otro les afecte- debe valorar el beneficio del menor como interés prevalente. Desde tal consideración los Tribunales han venido subrayando, con matices diversos, el esencial principio del "favor filii" como imprescindible criterio inspirador en la adopción de cualquier medida referente a los derechos de los hijos sometidos a la potestad paterna.

Constatado el principio general del "favor minoris", cabría preguntarse por el fundamento de la creciente relevancia conferida a la persona del menor, motivadora de la insistente búsqueda de su interés preferente por parte del legislador. Sin duda, como apunté, la actual revalorización de la infancia emerge como reflejo de la general potenciación de los valores individuales de la persona, entendida como trasunto del reconocimiento de su propia dignidad que, respecto de los menores, presenta una peculiaridad determinada por el hecho de integrar la personalidad individual en una de las fases más esenciales de su desarrollo. En esta línea de principio se manifiesta la L.O 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, al declarar en su Exposición de Motivos lo siguiente: "El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una *concepción de las personas menores de edad como sujetos activos*, participativos y creativos, *con capacidad de modificar su propio medio personal y social*; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. El conocimiento científico actual nos permite concluir que *no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro*. Este es el punto crítico de todos

26 Conviene anticipar que el núcleo de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se localiza en "el *interés superior* de los menores". Desde tal perspectiva, "además de establecerse como principio general ..., toda actuación habrá de tener fundamentalmente en cuenta el *interés del menor*" (E. de M.). Tal criterio aparece plasmado en el art. 2.1 de dicha Ley, a cuyo tenor: "En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"; y se reitera como directriz en la actuación de los poderes públicos (art. 11.2.a) de la LO 1/1996 y art. 172.4 CC, según nueva redacción de la D.F 5ª).

los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la *concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección*" (la cursiva es mía).

Efecto inmediato de que el básico principio informador de la patria potestad -como de todas aquellas situaciones afectantes a un menor- no es otro que el beneficio de los hijos es la peculiar naturaleza de orden público que, con esencial fundamento en el art. 53.2 y 3 de la CE, revisten las normas sobre esta materia, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados dirigidos a modificarlas, con la consiguiente imposibilidad para los padres de renuncia a la misma, aspecto éste de *ius cogens* que aparece destacado por la doctrina y también por los Tribunales en numerosas resoluciones.

Esta naturaleza de orden público se predica, en general, del conjunto de normas reguladoras de los derechos e instituciones afectantes a los menores y que, con mayor o menor relieve, configuran el "estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional"[27]. Sin duda, la transcendencia práctica de la calificación es evidente, "porque esa naturaleza de normas de orden público, de *ius cogens*, justificará la interpretación (una interpretación determinada) de algunas normas concretas, la resolución de ciertos conflictos de intereses (del menor con otros), los límites legítimos de algunos derechos y libertades públicas de otras personas que deben ceder ante los del menor y su interés, y los límites también en el ejercicio de potestades y funciones normales (tal, la patria potestad, como más significativa), que sólo se comprende hoy, al cabo de largos siglos de existencia, desde la óptica recién aludida"[28].

Precisamente al fin de protección de la seguridad jurídica del menor contribuye el art. 7.3 de la Ley 14/2006 en los términos que se recogen en la resolución recurrida, toda vez que a último pretende evitar un eventual conflicto entre filiaciones que no se podría eludir de optarse –como opta la DGRN- por la interpretación que se defiende en el recurso. Sin participar en modo alguno del planteamiento expuesto por las recurrentes, por otra parte defendible, fundado en la pretensión de equiparar, a efectos de determinación de la filiación, el matrimonio heterosexual con el contraído entre personas del mismo sexo, esta

27 Según declaración de la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo (B.O.E de 30 de junio de 2000. Ponente: Excmo. Sr. D. Tomás S. Vives Antón), con precisa referencia a la L.O 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica de Menor. En el mismo Fundamento Jurídico 5, y en el ámbito de la específica cuestión sometida al amparo del TC, esta significativa Sentencia añade que "el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores".

28 Rivero Hernández, F.: *El interés del menor*, Madrid, 2000, pp. 31-32.

argumentación encuentra en la actualidad un ineludible escollo jurídico localizado en que no existe en nuestro ordenamiento norma alguna de cobertura a no ser que se realice una interpretación sesgada y forzada (además de contraria a los criterios interpretativos de las normas que se disponen en el Título Preliminar del Código Civil –cuya rúbrica es "De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia", de aplicación general y directa en toda España- *cfr.* art. 3 CC) de los diversos preceptos implicados en la solución del supuesto que, por lo expuesto, no es la adecuada.

Además, en el recurso y en apoyo de sus argumentos, se hace mención a la STS, Sala 1ª, de 5 de diciembre de 2013[29], con mención expresa de las conclusiones a las

29 En este caso, el TS considera que no se debe subordinar la determinación de la filiación derivada de la fecundación asistida en el caso de matrimonio de mujeres a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante el centro médico, en el que se prestó el consentimiento para la realización de la técnica de reproducción asistida, y a la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo, lo que legitima el ejercicio de la acción de reclamación, reconociendo la posesión de estado en base a dicho consentimiento y a dicha voluntad, conjuntamente con otras pruebas, y teniendo en cuenta el interés de las menores y el criterio de la unidad y la estabilidad familiar de las mismas. Señala el TS que el recurso plantea un problema de aplicación del art. 131 CC, referente a la figura de la posesión de estado para declarar la filiación, en relación con el art. 7 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y jurisprudencia sobre dicho artículo; de la doctrina de los actos propios; de los arts. 3 y 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y de los arts. 7.3, 8.1 y 8.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. El TS especifica que en el recurso se denuncian principalmente tres cosas: 1°) el fraude que se produce al reconducir la posesión de estado a la aplicación de la normativa sobre reproducción asistida y de igualdad efectiva entre hombres y mujeres; 2°) la concurrencia de los requisitos exigidos para tal figura y que pueda ser de aplicación la doctrina de los actos propios (matrimonio y rectificación registral); y 3°) la interpretación inadecuada de la Ley de Reproducción Asistida puesto que en el momento de la inseminación no estaban casadas. El supuesto de hecho era el siguiente: Doña CSC y Doña CPH tienen una hija en común. Dicha hija fue concebida por fecundación in vitro por CSP, naciendo el 4 de marzo de 2005 y siendo inscrita en el Registro Civil de Santa Cruz de Tenerife como hija de doña CSC, madre soltera. El 16 de marzo de 2007 ambas partes firman el consentimiento informado para la fecundación in vitro de doña CSC. Con fecha 3 de agosto de 2007 ambas mujeres contrajeron matrimonio. Y el día 14 de diciembre de 2007 nacen las menores M y V, siendo inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre en el mismo orden que ésta los ostenta (CSC). Ante dicha inscripción, la madre biológica CSC inicia ante el Registro Civil expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales de las menores practicadas, a efectos de que se rectifique el error que según refiere existe en dichas inscripciones en cuanto al estado civil de la madre biológica que no es de soltera, sino de casada, y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de apellidos de las dos menores. Dicho expediente de rectificación de error se resolvió por auto de 5 de marzo de 2008 en el que se acuerda la rectificación parcial, únicamente respecto del estado civil de la madre, no accediendo al resto de las solicitudes interesadas. Por lo que CSC interpuso contra dicho auto recurso de apelación que fue resuelto por la DGRN de 26 de noviembre de 2008, desestimándolo íntegramente. En junio de 2009, el matrimonio puso fin a su relación definitivamente yéndose la demandada de la vivienda en la que convivían, formulando doña Concepción demanda de divorcio (aunque este dato proporcionado en la sentencia es un poco confuso), sin haberse resuelto la filiación de las hijas nacidas de la fecundación in vitro. CPH interpuso demanda de juicio declarativo de reclamación de filiación contra CSC ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Santa Cruz de Tenerife suplicando al Juzgado que se dictara sentencia declarando que las menores M y V son también hijas de CPH y que se rectifique la inscripción del nacimiento de dichas menores en el sentido de que aparezcan como apellidos de las mismas los de MSP y VSP, con la oportuna inscripción en el Registro Civil. CSC contestó a la demanda oponiéndose a la misma. El Juzgado dictó sentencia con fecha 11 de abril de 2011, estimando la demanda interpuesta, declarando que M y V son también hijas matrimoniales de CPH, debiendo efectuarse las rectificaciones necesarias en las actas de inscripción de nacimiento del Registro Civil de Santa Cruz de Tenerife, a efectos de hacer constar que las inscritas son hijas de CPH, siendo en lo sucesivo el orden de los apellidos de las hijas el primero S y el segundo P. Recurrida la sentencia en apelación ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, ésta dictó sentencia con fecha 24 de octubre de 2011 desestimando el recurso y confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial entendió que había prueba suficiente de la posesión de estado "de manera ininterrumpida, continuada y pública y por el tiempo suficiente". Dicha prueba se fundamentaba en: 1) La que resultaba de los hechos sucesivos consistentes en la voluntad concorde de las litigantes de que la demandada, CSC, se sometiera de nuevo

que la misma alcanza por cuanto se refiere a la protección del interés del menor. En todo caso y al respecto de esta relevante resolución, resultando incuestionable que se trata de una manifestación jurisprudencial esencial en materia de filiación, no debe desatenderse la circunstancia de que, en punto a la legitimación para el ejercicio de la acción prevista en el art. 131 del Código Civil[30], cuando se trata de parejas del mismo sexo, la Sala otorga una relevancia esencial al consentimiento expresamente prestado al uso de las técnicas de reproducción asistida por parte de la cónyuge o pareja de la gestante[31].

al procedimiento de reproducción asistida, de que ambas prestaron consentimiento para la práctica de dicha prueba, y de que contrajeron matrimonio. 2) La que resultaba de otras pruebas: testificales, documentales, incluso gráficas, aportadas y practicadas en el procedimiento, que eximían incluso del juego de la presunción judicial, cual era la prestación del consentimiento para la práctica de la técnica de reproducción asistida, de particular significación porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de que en casos como éste dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige. 3) La de que la propia demandada iba contra sus propios actos puesto que instó por su propia voluntad ante el Registro expediente de rectificación de error relativo a su estado civil y a filiación de las hijas, solicitando se reconociera su estado de casada y la identificación de su cónyuge como progenitora de las mismas. A ello hay que añadir que cuando rompieron su relación, en las medidas provisionales se fijo régimen de visitas para CPH, que ésta se comportó como madre mientras duró la relación matrimonial y que se insto procedimiento de adopción de las mismas a su favor, con anuencia de la madre biológica. Ante este pronunciamiento, CSC interpuso recurso de casación apoyándose en los siguientes motivos: 1) Infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento, citándose el art. 131 CC en lo referente a la aplicación de la figura de la posesión de estado para declarar la filiación, y vulneración de la doctrina jurisprudencial de los actos propios (SSTS 10 noviembre 2003, 28 mayo 1997 y 14 noviembre 1982. 2) Infracción de jurisprudencia reiterada del TS (SS 4 junio 2004 y 30 octubre 1995). Contra dicho recurso, CPH presento escrito de impugnación al mismo. Por su parte, el Ministerio Fiscal presentó también escrito interesando la desestimación de dicho recurso considerando que legalmente las niñas nacidas son hijas de ambas mujeres. El TS desestimó íntegramente el recurso de casación planteado.

30 En el mismo sentido *cfr.* la STS, Sala 1ª, de 15 de enero de 2014.

31 A este respecto, el El TS declara que la determinación de la filiación en supuestos de fecundación *in vitro* de mujer casada con otra exige su consentimiento *antes* –de conformidad con la normativa anterior- de que nazca el hijo, "con lo que se garantiza la igualdad entre matrimonios heterosexuales y homosexuales para cuya efectividad se exige que la manifestación se haga antes de que nazca el hijo, no en el momento de la inseminación, pues nada se dice ni se infiere del precepto, y es, además, la interpretación más acorde no solo con el hecho de que la inseminación no determina necesariamente el posterior embarazo y nacimiento del hijo de uno de los cónyuges, sino con el art. 39 CE, que reconoce la protección integral de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación". Aunque el TS considere que con esta fórmula se establezca la igualad entre matrimonios heterosexuales y homosexuales, quedó apuntado cómo la doctrina puso de manifiesto que el establecimiento de requisitos diferentes para la atribución de la filiación de hijos nacidos por aplicación de técnicas de reproducción asistida en parejas del mismo y distinto sexo introduce una desigualdad entre ellas, que vulnera la efectiva igualdad perseguida por la Ley 13/2005. A continuación, sin embargo, el TS afirma que la determinación de la filiación derivada de la fecundación asistida en el caso de matrimonio de mujeres "no puede quedar subordinada a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante la clínica, en el que se prestó, una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo" (F.Jco 3.2). Señala que el art. 7 LTRHA posibilita el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación, al amparo del art. 131 CC sobre la base de la posesión de estado "que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras', hasta el punto, dice la sentencia recurrida, que 'dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditado como de ordinario se exige' (…)" (F.Jco 3.5). Refiriéndose, además, al art. 8.2 LTRHA, relativo a la determinación de la filiación no matrimonial en caso de fecundación heteróloga en una pareja de hecho heterosexual, que dispone que "se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el art. 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad", que reforzaría la voluntad de ser madre de la cónyuge no gestante, que da su consentimiento en el centro médico antes de contraer matrimonio (F.Jco 3.5). En

VII. CONCLUSIONES.

Con manifiesta parquedad de fundamento -rayana en la ausencia, por la carencia absoluta de aportación en su argumentación jurídica-, la Dirección General de los Registros y del Notariado, tras exponer con señalada amplitud el *iter* fáctico del supuesto y la normativa aplicable, concluye el último de los Fundamentos de Derecho (F.D. IV) de su resolución de 8 de febrero de 2017 declarando que "cabe colegir que la intención del legislador ha sido facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres, independientemente de que hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida. Todo ello sin perjuicio de las acciones de impugnación de la filiación que pudieran tener lugar en caso de que la gestación no lo hubiera sido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida contempladas en la LTRHA pues la filiación establecida en ese caso no quedaría amparada por la condición de inimpugnable que contempla el art. 8 de la citada Ley"; acordándose seguidamente "estimar el recurso y revocar la resolución apelada".

La Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2017 confunde fuente material con título formal de determinación de la filiación, involucrando en su argumentación las dos fuentes originarias de generación de la filiación, esto es, la filiación por naturaleza y la filiación por adopción (art. 108 CC). Debe significarse que el art. 116 del Código Civil no es fuente de generación de la filiación sino titulo de determinación de una filiación cuyo origen siempre es biológico o por naturaleza ya que se encuentra fijada por la genética materializada en la aportación seminal del esposo que, de concurrir, convierte la filiación así determinada en atacable, mediante la destrucción de la presunción que el referido precepto alberga. Diversamente, los consentimientos a que se refieren tanto el art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana como el art. 44.5 de la Ley 20/2011, del Registro Civil, no son únicamente títulos, sino que son fuentes en sí mimos, como lo es la adopción, por lo que no cabe admitir la impugnabilidad del contenido en el art. 44.5 de la Ley 20/2011 cuando no se encuentre vinculado al art. 7.3 de la Ley 14/2006, según concluye el Centro Directivo. Pues la adopción, salvo precisada excepción (*cfr.* art. 180.2 CC), resulta firme e inatacable en todo caso, sin que quepa ser admitida su impugnación por la evidente inexistencia de nexo biológico entre el adoptante y el adoptado, y del mismo modo cabe entender que es irrevocable cualquier consentimiento otorgado con valor de

cuanto al valor del consentimiento ante el centro médico que otorga la cónyuge no gestante, estimo que el TS no tiene la intención de sustituir dicho consentimiento por la manifestación que debe realizar dicha cónyuge ante el Encargado del Registro Civil que exige el art. 7.3. Sin embargo, el TS considera dicho consentimiento como una prueba más, pero especialmente cualificada, en la atribución de la filiación por reclamación de la misma por posesión de estado, que valora junto a las demás pruebas aportadas. En este sentido señala dicho tribunal que "la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad" (F.Jco 3.5).

fuente de determinación de la filiación a semejanza de la filiación biológica (arts. 7.3 de la Ley 14/2006 y 44.5 de la Ley 20/2011), toda vez que la filiación deriva no del hecho biológico sino de la voluntad personal que ya manifestada no cabe desvincular, salvo excepción jurídicamente fundada (vgr., por concurrencia de vicio en el consentimiento; *cfr.* arts. 1265 y ss. CC).

No contiene la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado comentada ni un atisbo de razonamiento que justifique jurídicamente la posición de las recurrentes, ni tampoco argumentación alguna indiciaria de un mínimo esfuerzo por rebatir la que se alberga en la resolución dictada por el encargado del Registro Civil. Tal circunstancia podría hacernos considerar que el motivo de fondo que ha determinado la decisión del Centro Directivo se localiza extramuros del ámbito jurídico, único territorio no vetado a quienes afianzamos nuestro compromiso de sometimiento a las leyes y el acatamiento de las mismas. Como ya indiqué en páginas anteriores, ante la controversia analizada nada impide plantear diversas soluciones *de lege ferenda*, que incluso pueden ponderarse como justificadamente convenientes, pero la regulación vigente actualmente no permite interpretación diversa que la que se acoge en la resolución que resultó recurrida ante la Dirección General de los Registros y del Notariado con el insatisfactorio resultado que el órgano resolutorio del recurso ofrece.

Queda, pues, ya a juicio del lector, la valoración de la solución consolidada. Y, por supuesto, su inevitable crítica.

BIBLIOGRAFÍA

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*. Madrid, 2008. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: "La llamada doble maternidad por 'naturaleza': la prevalencia de la voluntad de ser progenitora", *Diario La Ley*, 2014, núm.8240.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C.: *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, Madrid, 2010, 2ª ed., La Ley, grupo Wolters Kluwer.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Principio de libre desarrollo de la personalidad y ius connubii (A propósito del ATC 222/1994)", *Revista de Derecho Privado*, 1998, pp. 720 y ss.

DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: "Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el matrimonio de parejas homosexuales femeninas", en AA.VV.: *Libro Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Cizur Menor, 2008, Civitas, pp. 471 ss.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida", *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2007, 21, pp. 75-129.

GONZALES PÉREZ DE CASTRO, M.: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid, 2013, Dykinson, pp. 295.

PÉREZ CÁNOVAS, N.: "La crisis del estado heterosexual: del derecho a la vida privada al derecho a la vida familiar de las parejas homosexuales", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granad*a, año 2001), pp. 4, y 73-77.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida. El juez civil ante la investigación biomédica", *Cuadernos de Derecho Judicial*, X-2004, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 283.

NANCLARES VALLE, J.: "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", *Actualidad Civil*, 2008. 7-8, pp. 15 ss.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Madrid, 2000.

TOMÁS MARTÍNEZ, G.: "El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil", *Actualidad Civil*, 2010. pp. 748 ss.

RAPPORTI GENITORIALI E GESTAZIONE PER ALTRI: LEGAMI ADOTTIVI FRA STEPCHILD ADOPTION E SECOND-PARENT ADOPTION*

PARENTAL RELATIONSHIPS AND GESTATION FOR OTHERS: ADOPTIVE LINKS BETWEEN STEPCHILD ADOPTION AND SECOND-PARENT ADOPTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3370-3391

* *Un giusto diritto di famiglia come condizione prima di una giustizia sociale della famiglia.* C.M. Bianca Bianca, C.M.: "Dove va il diritto di famiglia?", *Familia,* 2001, p. 3.

Alessandra
CORDIANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il presente lavoro intende affrontare il tema dei percorsi adottivi relativi ai legami di omogenitorialità, guardando ai più recenti interventi delle alte Corti.

PALABRAS CLAVE: Omogenitorialità; gestazione per altri; interesse del minore; adozione speciale.

ABSTRACT: *This paper aims to address to the latest issues in the social parenting and surrogacy area, looking at the most recent developments of the case law of the Constitutional Court.*

KEY WORDS: Same sex parenting; surrogacy; best interest of the child; adoption order.

SUMARIO.- I. ALCUNE PREMESSE IN TEMA DI OMOGENITORIALITÀ.- II. RELAZIONI AFFETTIVE OMOGENITORIALI E ASCESA DELLE ADOZIONI SPECIALI.- III. ADOZIONE SPECIALE E QUALITÀ DEI LEGAMI: STEPCHILD E SECOND PARENT ADOPTION A CONFRONTO.- IV. I PIÙ RECENTI APPRODI DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN TEMA DI GESTAZIONE PER ALTRI E DI PERCORSI ADOTTIVI.

I. ALCUNE PREMESSE IN TEMA DI OMOGENITORIALITÀ.

Ragionare in punto di omogenitorialità e di percorsi di strutturazione dei legami significa partire dall'idea che il diritto, se vuole avvicinarsi all'amore, deve, in primo luogo, abbandonare i suoi pregiudizi e farsi "discorso aperto", senza che ciò significhi una perdita in termini di tecnicità[1]. Come a dire che, se "l'amore ha le sue regole", tanto irrazionali, quanto eterogene e variabili, allora il diritto non può pensare di impadronirsene e di soggiogarle in fattispecie impermeabili, ma deve offrire soluzioni a istanze affettive, trasformando tecnicamente se stesso all'interno di una cornice di senso che, pur mantenendo l'assetto valoriale di riferimento, sappia cogliere e accettare contingenza, variabilità e persino irrazionalità, verso un diritto più giusto e una più giusta realtà della famiglia[2].

Quanto premesso pare essere fondamentale quando si ragiona di genitorialità e di omogenitorialità: il diritto, e vieppiù l'interprete, nella costruzione della norma come nel percorso argomentativo del caso concreto, non possono mai esimersi dalla considerazione e dalla valutazione della qualità dei legami. Se ciò vale all'interno della tradizionale e molto più confortevole categoria della genitorialità biologica, non può non valere anche nel contesto della genitorialità sociale, e quindi dell'omogenitorialità.

La significativa diversificazione del modello familiare tradizionale, infatti, induce a constatare un fenomeno tipico, traducibile nell'attestazione, a livello europeo ed extraeuropeo, di una nuova forma di genitorialità sociale, accanto e per certi versi equiparata alla tradizionale genitorialità biologica, che caratterizza la struttura familiare tipica[3]. In questa composita fenomenologia, individuata nella locuzione di sintesi "genitorialità sociale", possono essere ricomprese sia quelle fattispecie nelle quali il progetto familiare è condiviso ab origine, sia quelle dove questa condivisione

1 Rodotà, S.: *Diritto d'amore*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 5 ss.

2 Bianca, C.M.: "Verso un più giusto diritto di famiglia", *Iustitia*, 2012, p. 237.

3 D'Angelo, A.: "La famiglia nel XX secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte", *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 13 ss. Sulla giurisprudenza della Cedu in argomento, Stanzione, M.G.: "Rapporti di filiazione e "terzo genitore": le esperienze francese e italiana", *Fam. dir.*, 2012, part. p. 204 ss.

• Alessandra Cordiano
Associata di Diritto Privato; Università degli studi di Verona. Correo electrónico: alessandra.cordiano@univr.it

ab initio è assente: sia quelle famiglie create attraverso tecniche procreative assistite e mediante la surrogacy, sia quindi le famiglie allargate e ricomposte[4].

Questa prima premessa consente di fare alcune ulteriori riflessioni: è evidente, ormai, che, a fronte di un modello giuridico di filiazione sostanzialmente unitario, archetipico, fondato sul paradigma dominante e tradizionalmente ordinatore della genitorialità biologica – composta di eterosessualità nella procreazione, duplicità delle figure genitoriali, derivazione genetica, gestazione e parto[5] – si contrappongono o si affiancano modelli genitoriali che si costituiscono e vivono nelle forme più diverse, si fondano su differenti presupposti e prescindono da riconoscimenti e divieti esistenti.

Questo non solo perché "l'amore ha le sue regole", contingenti, eterogenee e variabili, ma anche perché queste esperienze affettive si basano su un presupposto tanto semplice, quanto irrazionale: la genitorialità, prima ancora del discorso giuridico, ha radici profonde, saldamente fissate in un terreno antico; essa è legata agli aspetti più primordiali della corporeità, rappresentandosi come un desiderio atavico, una pulsione irrazionale di perpetuazione della vita e, in un senso di onnipotenza, della creazione di un altro da sé, di una ri-nascita.

Se questo è vero, anzi costituisce un pre-dato del discorso giuridico, un elemento implicito, indiscusso, si può dire anche accondisceso, non può stupire che altrettanto sia nelle dinamiche ricorrenti nella genitorialità sociale.

È certo, infatti, che l'avvento dei progressi scientifici e culturali abbia mutato radicalmente il paesaggio, per un verso, rendendo la maternità uno degli ambiti dell'autodeterminazione personale e della disposizione del corpo, luogo e oggetto di una delle scelte realizzabili nel mondo della possibilità procreativa; per altro verso, la stessa maternità appare sciolta dal legame intenso con l'area della femminilità, per assumere una forte dimensione genitoriale e progettuale. Così avviene che la coppia possa accedere alla fecondazione artificiale, e persino alla maternità per surrogazione, chieda le diagnosi prenatali e quelle preimpianto, scelga di conservare gli embrioni e le cellule del proprio cordone ombelicale, decida per la sterilizzazione procreativa. Questa dimensione nuova della corporeità e della genitorialità, in luogo di una maternità per alcuni aspetti dismessa, sembra perdere irreparabilmente quel nucleo proprio di naturalità, per divenire un fatto prettamente autodeterminativo, sociale e psichico. Il corpo e gli aspetti più tradizionali della corporeità – quali la gestazione, l'allattamento, il parto naturale –,

4 Bianca, C.M.: "Note per una revisione dell'istituto dell'adozione", *Jus civile*, 2018, 1, p. 60, commentando l'opera di V. Scalisi.

5 Corti, I.: *La maternità per sostituzione*, Milano, Giuffrè, 2000, *passim*; Rossi Carleo, L.: "Maternità surrogata e status del nato", *Familia*, 2002, p. 377; Zatti, P.: "Maternità e surrogazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 193.

da "luogo" anche metafisico in cui si realizza la procreazione divengono strumento per realizzare la scelta, in una inusitata relazione fra il soggetto e la sua stessa corporeità e integrità fisica.

Se tutto questo è vero, non può sconcertare che la pulsione narcisistica sia assunta, se non con forza maggiore, quanto meno in misura analoga e con modalità simili, appunto, anche nella genitorialità sociale, soprattutto se connessa alle tecniche assistite, dove il dominio sul proprio appare scontato, sconfinando, talvolta con esiti incerti, nel terreno di una procreazione forzata, ossia nell'utilizzo del proprio corpo e degli strumenti della tecnica e della scienza per realizzare, anche "forzando la natura", la propria scelta, il proprio ultimo e quasi estremo desiderio di procreazione.

II. RELAZIONI AFFETTIVE OMOGENITORIALI E ASCESA DELLE ADOZIONI SPECIALI.

Se il fenomeno della genitorialità sociale è consistente ed eterogeneo, acquisendo una graduale rilevanza nell'ordinamento[6], giurisprudenza e dottrina mostrano atteggiamenti fortemente discordanti in tema di tecniche procreative: in giurisprudenza si attesta, infatti, una certa ambiguità nel riconoscimento (o meno) delle adozioni ordinarie costituite all'estero[7] e nella trascrizione dell'atto di nascita del minore nato all'estero da coppia omosessuale tramite l'accesso alla tecnica eterologa[8] o tramite la maternità per sostituzione[9]. Questo percorso, a tratti molto delicato, è segnato in maniera pressoché esclusiva da pronunce giurisprudenziali, certamente determinanti per la costruzione di uno «statuto» in tema di aspirazioni genitoriali e genitorialità sociale[10], nondimeno capaci di imprimere al sistema un

6 In tema di famiglia allargata, v. Uccella, F.: "Dalla famiglia pluriematica alla famiglia putativa come soggetto giuridico: prime considerazioni", *Familia*, 2005, p. 447; Cordiano, A.: "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *Comp. dir. civ.*, novembre 2012, p. 1; Stanzione, M.G.: *Filiazione e genitorialità. Il problema del terzo genitore*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 109 ss. Si osservano, poi, gli affidamenti temporanei a coppie omosessuali (Trib. min. Bologna, 31 ottobre 2013, *Fam. dir.*, 2014, p. 273, con nota di Tommaseo, F. Sull'affidamento familiare di un minore a una coppia omosessuale; e Trib. min. Palermo, 4 dicembre 2013, *Fam. dir.*, 2014, p. 351, con nota di Mastrangelo, G.), gli affidi sine die tramutati in adozione mite o aperta (Trib. min. Bari, 7 maggio 2008, *Fam. dir.*, 2009, p. 393; Trib. min. Brescia, 21 dicembre 2010, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Adozione ordinaria e in casi particolari*, n. 57); v. anche la legge n. 173 del 2015 sul diritto del minore alla continuità affettiva, su cui, Dogliotti, M.: "Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore", *Fam. dir.*, 2015, p. 1107.

7 App. Milano, 16 ottobre 2015, in *www.articolo29.it*; *contra* Trib. min. Bologna, 10 novembre 2014, in *Guida dir.*, 2015, 5, p. 15, annotata da Buffone, G.; diversamente, Cass., 14 febbraio 2011, n. 3572, *Fam. dir.*, 2011, p. 697, annotata da Astone, M.A.

8 Riconosce l'atto di nascita estero, App. Torino, 29 ottobre 2014, *Fam. dir.*, 2015, p. 822, con nota di Farina, M.

9 A favore del riconoscimento dello *status* giuridico del nato da maternità surrogata, Trib. Milano, 1° agosto 2012 e Trib. Milano, 6 settembre 2012, *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 712, con nota di Turlon, F.; *contra*, Cass. 26 settembre 2014, n. 24001, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 235, con nota di Benanti, C.; in *Corr. giur.,* 2015, p. 417, con nota di Renda, A.

10 Così Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 393, sulla caduta del divieto di p.m.a. eterologa, e Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 930, sulla quale il

indirizzo che, se pure appare in larga parte auspicabile in termini di politica del diritto, si colloca tuttavia ai margini, se non in violazione della norma positiva[11].

La medesima argomentazione è valsa, per molto tempo, per le applicazioni, talvolta contraddittorie, dell'art. 44, lett. d), l. ad., strumento oggi sostanzialmente accolto come espediente finalizzato al consolidamento anche giuridico del legame sociale, alla luce del valore non vincolante, benché nomofilattico, delle pronunce della corte, che si espressa recentemente anche a sezioni unite[12].

Di là delle criticità in ordine all'applicazione dello strumento dell'art. 44, lett. d), l. ad., che si proporranno in seguito, è certamente vero che l'adozione in casi speciali abbia acquisito una rilevanza fuori misura se comparata, con tutta probabilità, con l'impianto originario: un impianto inequivocabilmente mutato, in ragione della diminuzione delle adozioni interne, agevolata dall'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza, dall'uso dei metodi contraccettivi e, più in generale, da una sempre maggiore emancipazione femminile in ordine alla consapevolezza della disponibilità del proprio corpo e delle scelte procreative[13]. Alla diminuzione delle adozioni interne si è contrapposta l'ascesa prima delle adozioni internazionali, forse agevolate da un approccio giuridico originariamente meno strutturato[14] e da una percezione sociale, distorta e stereotipata, dello strumento, percepito come un percorso maggiormente celere e, a torto, più facile[15]. In questa evoluzione si è affiancata una corposa letteratura scientifica che ha in larga parte riscritto le teorie moderne dell'attaccamento, descrivendo la strutturazione e ri-strutturazione dei legami e la possibilità di legami multipli proprio nei minori che vivono in contesti di disagio che si protraggono per periodi lunghi[16].

commento di Ferrando, G.: "Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto, *ivi*, II, p. 582.

11 Ad es., attraverso il riconoscimento del ruolo giuridico al genitore sociale omosessuale nelle procedure di cui agli artt. 330 c.c. e 337 ter c.c., Trib. Palermo, 15 aprile 2015, *www.articolo29.it*; sulla partecipazione alla procedura ex art. 330 c.c. della partner della madre biologica, Trib. min. Milano, 20 ottobre 2009, *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 584, commentata da Gattuso, M.; e Trib. min. Milano, 2 novembre 2007, *Guida dir.*, 2008, 3, p. 86. Cfr. Gorgoni, A.: "La rilevanza della filiazione non genetica", *Pers. merc.*, 2017, p. 165 ss.

12 Fra i molti commenti a Cass., S.U., 8 maggio 2019, n. 12193, v. Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", *Fam. dir.*, 2019, p. 677; Dogliotti, M.: "Le Sezioni Unite condanno i due padri e assolvono le due madri", *ivi*, p. 667. Sulla pronuncia che ha rimesso la causa alle sezioni unite, Cass., 22 febbraio 2018, n. 4382, *Fam. dir.*, 2018, p. 837, commentata da Id., "I «due padri» e l'ordine pubblico… tra sezioni semplici e sezioni unite".

13 Lenti, L.: "Introduzione. Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva", in *Tratt. dir. fam. Zatti*, II, 2012, Milano, Giuffrè, p. 619 ss. In questa linea, l'accesso al diritto sancito dal I c. dell'art. 30, d.p.r. 396 del 2000 può aver contribuito a questa deflazione. Sul parto anonimo, Dogliotti, M.: "Verità biologica, legale, affettiva nel rapporto di filiazione", *Fam. dir.*, 2004, p. 90; Lenti, L.: "Adozione e segreti", *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 229; Lisella, G.: "Ragioni dei genitori adottivi, esigenze di anonimato dei procreatori e accesso alle informazioni sulle origini biologiche dell'adottato nell'esegesi del nuovo testo dell'art. 28 l. 4 maggio 1983, n. 184", *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 413; Fadiga, L.: "Il diritto di sapere", in *Tratt. dir. fam. Zatti*, cit., p. 934.

14 Fadiga, L.: "L'adozione internazionale", in *Tratt. dir. fam. Zatti*, cit., p. 797.

15 Lo rilevano, Lenti, L.-Long, J.: *Diritto di famiglia e servizi sociali*, 2018, Torino, Giappichelli, p. 376 ss.

16 Bowlby, J.: *Costruzione e rottura dei legami affettivi*, Milano, Cortina, 1982; Cassibba, R.: *Attaccamenti multipli*, Milano, Unicopli, 2003, diffusamente sul tema.

Tutto ciò ha indotto, di conseguenza, a riflettere sui fondamenti epistemologici della procedura dell'adozione piena, fino a definire i margini di adozioni "diverse", fra le quali quella mite[17] e quella aperta[18], con la strutturazione di un legame giuridico con la nuova famiglia e il mantenimento di legami solo fattuali o anche giuridici con la famiglia d'origine[19].

In queste riflessioni, si conferma il significativo rilievo assunto ormai dalla procedura dell'art. 44 l. ad., che, da adozione speciale, diviene strumento imprescindibile per la giustizia minorile[20], varcando quei "casi particolari" per i quali era stata originariamente congeniata[21], per essere utilizzata come strumento di riconoscimento di realtà familiari anche molto eterogenee.

Se la fattispecie, dunque, consente un'applicazione estesa e oltre le aspettative prospettate ab origine, tuttavia deve concordarsi con l'idea che, esclusa l'ipotesi dell'art. 44, lett. c), l. ad., l'adozione speciale sia una forma adottiva fortemente radicata nella fattualità della relazione affettiva[22].

Il legame esistente, rectius, la qualità del legame esistente costituisce il presupposto e al contempo il limite delle esperienze adottive dell'art. 44: è così per la fattispecie di cui alla lett. a), dove l'esistenza di un preesistente rapporto significativo giustifica anche la strutturazione del legame con soggetti terzi; analogamente avviene nell'ipotesi della lett. b), dove la presenza di un terzo genitore presuppone già avvenuto il radicamento di una relazione affettiva (simil) genitoriale; così è anche per l'utilizzo della lett. d) nelle esperienze dell'adozione mite e dell'affido sine die e, ovviamente, di quelle omogenitoriali.

Anche a fronte di alcune criticità della norma, soprattutto in punto di procedura, la chiave di lettura dell'art. 44, l. ad., più confacente, costituzionalmente orientata,

17 Caffarena, G.: "L'adozione *mite* e il *semiabbandono*: problemi e prospettive", *Fam. dir.*, 2009, p. 393; dubbioso invece Dogliotti, M.: "Adozione forte e mite, affidamento familiare e novità processuali della riforma del 2001, finalmente operative", *Fam. dir.*, 2009, p. 427.

18 Figone, A.: "Adozione legittimante e mantenimento dei rapporti tra minore e famiglia d'origine", *Fam. dir.*, 2001, p. 118; Trib. min. Brescia, 21 dicembre 2010, *Rep. Foro it.*, voce *Adozione ordinaria e in casi particolari*, n. 57; Trib. min. Napoli, 24 novembre 2007, *Fam. dir.*, 2008, p. 80; Trib. min. Roma, 8 gennaio 2003, *Giur. mer.*, 2003, p. 1122.

19 La questione delle forme adottive "aperte" è stata peraltro sollecitata dalla condanna subita dall'Italia ad opera della Corte Edu nel caso Zhou, che ha fatto da "cassa di risonanza" alla tematica, dando voce alle istanze rinnovatrici dell'istituto adottivo; v. Occhiogrosso, F.: "Con la sentenza Cedu Zhou contro l'Italia l'adozione mite sbarca in Europa", *Min. giust.*, 2014, p. 268; Long, J.: "Open records e open adoptions: due proposte dagli Stati uniti per la regolazione dei rapporti tra adottato, genitori adottivi e genitori biologici", *Min. giust.*, 2001, p. 101 ss. Su questi temi, Bianca, C.M.: "Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia", *Familia*, 2016, p. 5.

20 Sull'evoluzione, Collura, G.: "L'adozione in casi particolari", in *Tratt. dir. fam. Zatti*, cit., p. 725 ss.; sulle singole previsioni, Ebene Cobelli, M.C.: "Dell'adozione in casi particolari e dei suoi effetti, *Nuove leggi civ. comm.*, 1984, *sub* art. 44 l. 4 maggio 1983, n. 184, p. 171 ss.

21 Ruscello, F.: "Adozione da parte del singolo e diritti dell'adottato", *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 132 ss.

22 Salvi, G.: *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, Napoli, 2018, p. 27.

sembra essere quella della valutazione della qualità del legame esistente e della sua salvaguardia.

III. ADOZIONE SPECIALE E QUALITÀ DEI LEGAMI: STEPCHILD E SECOND PARENT ADOPTION A CONFRONTO.

Proprio per queste ragioni, dato l'assunto della profonda connessione fra fattispecie adottiva speciale e la qualità del legame preesistente, si deve guardare con una certa criticità alla ricostruzione ormai alquanto consolidata, che vuole l'art. 44, lett. b), l. ad., lo strumento per stabilizzare il legame genitoriale adottivo all'interno di un contesto familiare coniugale, eterosessuale; e, di converso, l'art. 44, lett. d), l. ad., quel mezzo adottivo idoneo a strutturare giuridicamente una relazione con il genitore omosessuale, che non sia genitore legale, ma che potrebbe ben essere genitore genetico (ad esempio, per aver contribuito con il proprio ovulo alla procreazione eterologa nella coppia lesbica).

È indubbio che lo strumento dell'art. d) sia più di altri, lo strumento adottivo che apre all'esigenza del caso concreto: di qui, quello se non più adatto, sicuramente l'unico strumento, ad oggi, idoneo allo scopo che si prefiggono le parti, quello di consolidamento del legame affettivo, anche a fronte del dettato letterale della lett. b), del quale, sempre ad oggi, non sembra volersi accogliere un'interpretazione estensiva. Nondimeno questa piega presa dalla giurisprudenza, con l'avvallo autorevole della dottrina, consente di svolgere alcune riflessioni critiche.

In primo luogo, v'è da dire che l'approdo a cui si è ormai giunti è sicuramente comprensibile se si guarda alla necessità di offrire risposte ad un fenomeno diffuso e a istanze di tutela che non possono rimanere insoddisfatte. Pur tuttavia, la scelta della lett. d) rimane una risposta "emergenziale" ad un'esperienza umana fisiologica, un'interpretazione destinata a tenere insieme un fragile sistema.

Un sistema così ricostruito (si ribadisce, quello che vuole l'art. 44, lett. b, rivolto alla costituzione del legame dentro il nucleo coniugale, eterosessuale e la lett. d, al contesto omogenitoriale) non tiene tuttavia in debito conto che il modello espresso dalla lett. b) e quello ricondotto alla lett. d) in realtà parlano di due esperienze genitoriali, di due modelli di genitorialità sociale diversi, di differenti qualità dei legami esistenti: la così detta step-parent o stepchild adoption e la così detta second-parent adoption.

Parlando di stepchild o step-parent adoption, si fa riferimento a quelle forme di genitorialità sociale nelle quali manca un progetto genitoriale condiviso al momento della costituzione del rapporto affettivo: nelle famiglie così dette allargate o ricomposte, si è in presenza o di una relazione monoparentale, ab origine

ovvero a seguito di vedovanza, o alle ipotesi nelle quali uno o entrambi i partner provengono da una precedente unione e convivono con in figli nati da una o da entrambe le relazioni e, sovente, con i figli nati da quella attuale. In questi casi, pur con intensità affettive diverse e con differenti intenzioni, può accadere, a volte, che le funzioni parentali di cura e di assistenza talvolta siano interamente mantenute solamente dal/i genitore/i biologico/i, residuando al minimo la partecipazione del genitore sociale; a volte, invece, dette funzioni sono in tutto o in parte esercitate in maniera condivisa, comprendendo il genitore sociale, al quale sono (di fatto) delegati compiti di cura morale e materiale della prole, spesso anche sostanziali, senza tuttavia un formale e giuridico riconoscimento degli stessi[23].

In queste fattispecie, il progetto genitoriale "originario" manca, poiché il nucleo familiare deriva dalla (o dalle) disgregazioni delle precedenti unioni ovvero da un modello genitoriale ab origine o ex post monoparentale: può accadere, però, che i legami si costruiscano e vivano con forte intensità. La delega più o meno estesa delle funzioni parentali è affidata al genitore sociale, ma a seguito del consolidamento del legame affettivo con la prole. Sono tendenzialmente assenti, pertanto, vincoli giuridici di sorta, che compongano detto legame con i requisiti della giuridicità[24]. Al contempo, è ragionevole che l'interesse della prole a un legame forte con il nucleo attuale e, particolarmente, con questi terzi significativi non possa essere presunto a priori; ma qualora questo possa essere attestato, si renda opportuna una procedura che vagli questo interesse e che vi attribuisca una giuridica rilevanza.

23 Ne parla Stanzione, M.G.: *Rapporti di filiazione e "terzo genitore": le esperienze francese e italiana*, cit., p. 201 ss., part. p. 204. Indicativo, in tal senso, sotto il profilo terminologico che la denominazione della figura del terzo genitore in Italia sia correlata alle proiezioni negative della tradizionale iconografia raffigurante "matrigne" e "patrigni"; in molti Paesi, invece, invece, il termine si rifà ad un prefisso, (es., in lingua inglese, step; nelle lingue tedesca e olandese, stief; in lingua svedese, styv), che possiede la connotazione di "perdita", se correlato ad esempio alla parola bambino (*stepchil*: orfano); correlativamente, il prefisso associato alla parola "padre" o "madre" acquisisce il senso di indicare colui o colei che divengono padre o madre a seguito della morte del genitore biologico. Il termine è esteso, naturalmente, anche a quanti assumono il ruolo anche a seguito della disgregazione della famiglia d'origine, a seguito di una separazione, ma senza mai possedere una connotazione negativa, che si acquisisce con l'accostamento di un aggettivo specifico (es., the evil stepmother: la matrigna di Biancaneve). In Francia, la figura del terzo genitore, e con questo anche il termine che indica i "fratellastri" e le "sorellastre", è viceversa connotato in termini positivi: i beaux parent, la belle mère, il *beau père*, i quali curiosamente definiscono anche la suocera e il suocero.

24 A ciò si aggiunga che, queste tipologie familiari, derivando dalla disgregazione di precedenti unioni, soggiacciono alle discipline nazionali, le quali, pur con le loro peculiarità, sono caratterizzate tutte dal principio di bigenitorialità e dall'affido condiviso. Con ciò s'intende, che il nuovo nucleo familiare e l'attuale gestione dello stesso si affiancano e si sovrappongono all'esercizio condiviso delle responsabilità e delle funzioni parentali, che rimangono attribuite ai genitori biologici in maniera condivisa, magari a seguito di accordi solo faticosamente raggiunti. Questo produce, talvolta, un'intersecazione dei ruoli genitoriali e delle funzioni di cura e di assistenza attribuite ex lege o volontariamente assunte, ma giuridicamente inesistenti, generando sovente conflitti anche profondi fra genitori biologici e i così detti terzi genitori, quando anche fra la prole nata dalla precedente e dall'attuale relazione coniugale. A ciò si aggiunga, infine, che non è esclusa un'ulteriore e successiva disgregazione del nucleo familiare sociale, magari quando, dopo molti anni, le relazioni affettive si sono ampiamente consolidate, ma non hanno titolo per ricevere una tutela che garantisca il mantenimento del legame, attraverso forme di riconoscimento dell'interesse sotteso, esplicitate magari mediante il ricorso al diritto di visita.

Il riconoscimento di un assodato valore metagiuridico alla famiglia sociale, ossia alla famiglia i cui membri svolgano funzioni di accudimento e di mantenimento morale e materiale, a prescindere dai legami biologici e giuridici, si confronta con le soluzioni adottate dagli ordinamenti, che sono naturalmente molto diverse tra loro e che sottendono il grado di adesione si intende accogliere alla famiglia inclusiva: una famiglia dove i così detti terzi significativi divengano terzi giuridicamente rilevanti nella relazione con la prole: di qui, la diversificazione degli approcci nazionali, che prevedono forme di sostituzione della figura genitoriale biologica con quella sociale, accanto a modelli di partecipazione inclusivi sottoposti e vagliati dal ricorso all'autorità giudiziaria, sino alla completa assenza di disciplina, che nega implicitamente ogni rilievo giuridico alla funzione parentale del genitore sociale[25].

La fattispecie nazionale della stepchild adoption, nonostante la rappresentazione di un modello arcaico di genitorialità sociale allargata, privilegia il criterio della formalizzazione del ruolo del terzo genitore a condizione dell'esclusione del genitore biologico[26] sostituendo una delle due figure genitoriali, in ragione della carenza di un genitore biologico, al fine della riproposizione del modello nucleare[27]. La procedura indicata è volta proprio a questo: a vagliare l'interesse del minore al consolidamento di un legame costituitosi non all'origine del progetto genitoriale, ma affiancandosi successivamente con intensità certamente importanti[28].

Nella second-parent adoption, diversamente, siamo di fronte a contesti familiari costituiti a seguito di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa o mediante il ricorso alla maternità surrogata (talvolta coincidenti, ma non necessariamente, con una famiglia omosessuale). Di là delle peculiarità che i singoli ordinamenti prevedono nel disciplinare e consentire queste forme familiari, si evidenzia, in entrambi i casi, la mancanza della discendenza biologica, in tutto o

25 Cordiano, A.: "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", cit., p. 13 ss.

26 Ne parla Saitta, P.: "La genitorialità "sociale" e la sua regolazione. Una rassegna europea", *Quaderni della Sezione Diritto* e *Comunicazioni Sociali*, 2006, p. 19 ss. Il modello così detto "volontaristico", favorisce il modello non coercitivo e perciò avulso dalla regolamentazione giuridica, fra prole e terzo genitore, promuovendo la relazione affettiva e, eventualmente, l'adozione volontaria. Viceversa, l'approccio "neofamilista", dall'A. caratterizzato dalla forte critica verso la diffusione di modelli familiari caratterizzati dall'assenza di uno dei genitori, in luogo di forme familiari tradizionali, è un modello sostanzialmente non interventista, che, tuttavia, sotto l'angolo prospettico del giurista, risulta in forte analogia con il modello "volontaristico".

27 La distinzione è opera di D'Angelo, A.: "La famiglia nel XX secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte", cit., p. 24 ss.

28 Nell'ipotesi prevista dalla lett. b) dell'art. 44, l'inserimento nella famiglia coniugale legittima del figlio biologico si struttura attraverso l'adozione da parte di un coniuge del figlio (adottivo, ma non solo) dell'altro coniuge. Il disposto di cui all'art. 46, nondimeno, delimita entro confini rilevanti la procedura adottiva speciale, richiedendo, in particolare, l'assenso dei genitori e del coniuge dell'adottando. La ricostruzione della manifestazione della volontà dei genitori (biologici e sociale) nei termini anzi detti dell'assenso, in luogo del consenso, si può spiegare con il disposto del seguente secondo comma dell'art. 46, che consente al tribunale per i minorenni di pronunziare ugualmente l'adozione, ove l'assenso sia negato, nel caso in cui il rifiuto risulti ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando, salvo comunque che il rifiuto non sia stato opposto dai genitori esercenti la potestà. Sul punto, Ruscello, F.: *Lineamenti di diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 240.

in parte[29]; attraverso un accordo diversamente intercorso fra i soggetti coinvolti e l'assunzione della responsabilità genitoriale, il progetto genitoriale è però costituito e condiviso ab origine. Di qui, nei paesi ove queste tecniche procreative sono riconosciute o almeno non osteggiate, l'interesse del minore è presunto dalla duplicità della figura genitoriale, alla quale è riconosciuta dalla legge ogni funzione parentale e il correlato ruolo giuridicamente sancito[30]: questo in ragione del fatto che la qualità dei legami si riferisce a relazioni affettive costituite sin dall'origine in seno alla coppia, quindi di un legame bigenitoriale e di un vissuto genitoriale intenzionale. Viceversa, in quegli ordinamenti dove la procreazione assistita della coppia lesbica e la surrogazione di maternità per coppie etero/omosessuali sono vietate, lo strumento adottivo (come il nostro art. 44, lett. d) costituisce un escamotage per dare una giuridica esistenza ad un rapporto già esistente, ma creato ai margini ovvero in violazione delle norme giuridiche[31].

Trattandosi di questo, di una risposta "emergenziale" ad un'esperienza umana che, si ribadisce, appare fisiologica anche a fronte di limiti e divieti, essa non può che lasciare insoddisfatti: è certo che la scelta di ricorre allo strumento (rimediale) dell'art. 44, lett. d), l. ad., non solamente addossa alle parti i costi, anche emotivi, di un giudizio, ma lascia nell'alveo della discrezionalità la scelta del giudice di accordare il rimedio adottivo: benché, invero, le sezioni unite in altra occasione abbiano convalidato il ricorso alla disciplina predetta[32], consolidando così il legame del figlio del partner mediante la così detta stepchild adoption[33], il giudice dovrà sempre e comunque svolgere una prudente valutazione del caso concreto, bilanciando gli interessi sottesi[34] e comunque valutando sia la qualità del legame affettivo e la sua significatività, sia la competenza genitoriale del ricorrente[35].

Ancora, trattandosi di uno strumento nato per altre funzioni – mentre, nei casi di cui si sta trattando, si è in presenza di un progetto genitoriale condiviso ab

29 Parla di "famiglia pluriematica", Uccella, F. "Dalla famiglia pluriematica alla famiglia putativa come soggetto giuridico: prime considerazioni", cit., p. 447 ss., alludendo alla perdita di rilievo del vincolo di consanguineità.

30 Sul concetto di "parentalità", Stanzione, M.G. : *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, cit., p. 109 ss.

31 Il riferimento è alla Cass., S.U., 8 maggio 2019, n. 12193, che verrà di seguito menzionata, per i riferimenti che fa ad una diversa intensità dei divieti esistenti nella legge n. 40 del 2004; si consenta di rinviare a Cordiano, A.: "C'era una volta e una volta non c'era…: l'interesse del minore nella pronuncia delle sezioni unite in tema di maternità surrogata", in corso di pubblicazione negli atti che raccolgono i contributi dell'incontro di studi dell'Associazione Dottorati di Diritto privato, tenutosi a San Benedetto del Tronto, nel settembre 2019.

32 Già Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1216, con nota di Ferrando, G.

33 Lo osserva Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", cit., p. 686; v. Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 109, con nota di Long, J.

34 Perlingieri, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata", *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 343 s., sul necessario bilanciamento dell'interprete fra divieto di maternità surrogata e sull'adozione in casi particolari.

35 Segnala la precarietà nell'*an* della procedura, Venuti, M.C.: "La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione pe runa coppia di uomini", *www.articolo29.it*, p. 16.

origine dalla coppia[36] – il ricorso all'art. 44, lett. d), l. ad. sarà comunque soggetto alla procedura di cui all'art. 46, l. ad., che richiede l'assenso del genitore legale, superabile non del tutto agilmente dal giudice[37]: cosa che potrebbe rappresentarsi con una certa complessità, ad esempio, nell'ipotesi in cui l'istanza sia fatta a seguito dello scioglimento conflittuale del rapporto di coppia.

Non ultimo, trattandosi di uno strumento giurisdizionale, l'istanza del genitore sociale al giudice minorile potrebbe in effetti non concretizzarsi, consentendogli di fatto di disinteressarsi di quel minore nei confronti del quale ha svolto per un tempo significativo le funzioni parentali di cura e accudimento, magari proprio a causa della crisi del rapporto, senza che il genitore legale possa in qualche modo coartare il genitore sociale inerte: sebbene la giurisprudenza abbia attribuito rilevanza alla genitorialità sociale, applicando estensivamente la norma di cui all'art. 337 ter c.c. e il termine «genitori» e dando rilevanza alla continuità del rapporto di fatto[38], deve segnalarsi che si tratta pur sempre di un rapporto che non solo è sprovvisto della titolarità della situazione soggettiva corrispondente[39] - cosa che emerge nella sua lampante criticità nella pronuncia n. 32 del 2021 di seguito analizzata -, ma che pure, anche quando costituito con l'adozione speciale, conferisce rilievo giuridico alla relazione in un tempo significativamente successivo alla nascita e lascia potenzialmente il minore privo di un ramo parentale[40], a fronte di una questione ancora dibattuta in punto[41], oltre alla teorica revocabilità sine die dell'adozione stessa, seconda una disposizione ormai anacronistica.

Deve dirsi, concludendo, che guardare alla possibilità di riformare l'art. 44, lett. b) nel senso di quello che era probabilmente il disegno originario del legislatore del 2016, come ad "un'occasione mancata" non sembra affatto soddisfacente: anzi, deve ammettersi, che se anche la riforma del 2016 avesse provveduto in tal senso, si sarebbe forse potuto parlare, quasi provocatoriamente, di "un'occasione perduta".

Sarebbe stato, in effetti, deludente modificare il sistema, utilizzando una norma, quella contenuta nella previsione lett. b) come riformata, che parla sostanzialmente di famiglie allargate e ricomposta, al fine di regolamentare un'esperienza affettiva differente, quale quella sinteticamente ricondotta alla formulazione della così

36 Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", cit., p. 686.

37 Cordiano, A.: "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", cit., p. 13 ss.

38 V. Gorgoni, A.: "La rilevanza della filiazione non genetica", cit., p. 165 s. commentando Trib. Palermo, 6 aprile 2015.

39 Già, criticamente, Messinetti, D.: "Diritti della persona e identità della persona", *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 148 ss.

40 Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", cit., p. 686.

41 Cinque, M.: "Adozione in casi particolari: parentela tra fratelli acquisiti?", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 78.

detta second-parent adoption: un'esperienza nella quale il progetto genitoriale è condiviso ab origine; dove l'esercizio delle funzioni parentali si esplicita con la forza tipica di una filiazione desiderata, realizzata e vissuta come tale sin dalla sua costituzione "mentale"; dove i legami di filiazione hanno un'intensità e un elemento qualitativo distinto ed esistono sin dalla nascita.

Sarebbe stato altrettanto insufficiente introdurre nella lett. b) un nuovo presupposto soggettivo a fronte di una procedura che sarebbe rimasta immutata e che si dimostra, soprattutto nei casi di filiazione con tecniche procreative o con surrogazione di maternità, faticosa e tratteggiata secondo un modello sostanzialmente sostitutivo ed escludente di un legame a favore di un altro, distante quindi dalle esperienze predette.

In ultimo, deve ammettersi, la possibilità di regolamentare l'esperienza omogenitoriale attraverso l'art. 44 lett. b), avrebbe dato risposta parziale, ovvero in punto di sola filiazione omoaffettiva, ad un fenomeno, quello della genitorialità sociale ottenuta grazie alle tecniche procreative assistite, come anche alla gestazione per altri, che non solo è molto eterogeneo, ma che soprattutto interessa trasversalmente anche i legami affettivi della coppie eterosessuali, lasciando pertanto insoddisfatto un tema urgente, un'esigenza umana improcrastinabile, un interesse, quello alla costituzione e al mantenimento dei legami affettivi, che rappresenta il fondamento dell'esperienza umana.

IV. I PIÙ RECENTI APPRODI DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN TEMA DI GESTAZIONE PER ALTRI E DI PERCORSI ADOTTIVI.

Le considerazioni sin qui volte non mettono in dubbio la comprensibile necessità di bilanciare, secondo un criterio di proporzionalità, gli interessi del minore con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla gestazione per altri, penalmente sanzionata dal legislatore.

Di questo scopo, proprio, si sono fatte carico le Sezioni unite, negando la trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte attributiva dello status anche al genitore sociale o d'intenzione. La fattispecie affrontata nel 2019, infatti, è caratterizzata dal fatto che la gestazione per altri si è realizzata con il contributo genetico di uno solo dei partner della coppia committente; in essa, la Cassazione si è limitata a consolidare un orientamento acclarato nella giurisprudenza di merito, pervenendo alla decisione di accogliere il legame con il genitore genetico, ma rifiutando quello del genitore sociale e rimandandolo all'art. 44, lett d), l. ad., utilizzando sostanzialmente i tre temi della derivazione genetica

come modello e limite alla genitorialità sociale, del divieto penalmente sanzionato e dell'ordine pubblico, dell'interesse del minore[42].

Ora, la questione appare di vivo interesse guardando alle due recenti sentenze della Corte costituzionale in tema di omogenitorialità, la n. 32 e la n. 33 del 2021, dove la Corte, pur rigettando nel merito dell'ammissibilità le questioni sollevate, evidenzia "una esplicita insofferenza verso la situazione d'ingiustificata discriminazione dei figli minori delle coppie omoaffettive"[43], che si verifica nel nostro ordinamento interno e che di fatto determina un deficit di tutela per il minore nato in detti contesti, creando una disparità di trattamento ingiustificabile[44], a fronte delle più recenti riforme in tema di filiazione e alla luce del principio di unicità dello status di figlio[45].

Nel particolare, la sentenza n. 32 del 2021 si sofferma sulla domanda dalla madre sociale di due gemelle nate da procreazione eterologa all'interno di una relazione omoaffettiva lesbica, finalizzata ad ottenere l'iscrizione della genitorialità sociale nei registri degli atti dello stato civile, sulla scorta dell'art. 8 della l. n. 40 del 2004; in via subordinata, la Cassazione sollecita l'intervento della Corte costituzionale in ordine alla necessità di una sentenza che superi il rifiuto della madre biologica all'adozione in casi particolari, in ragione della rottura della relazione. In questa ipotesi, pur dichiarando la questione inammissibile, la Corte costituzionale non ha omesso di evidenziare l'intollerabilità del protrarsi della grave inerzia legislativa, a fronte del vuoto di tutela del preminente interesse del minore riscontrato: in tal senso, pur nell'esercizio della sua discrezionalità, il legislatore dovrà intervenire mediante una disciplina che, in maniera organica, possa determinare le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore nato da tecniche eterologhe, nei confronti della madre intenzionale, attraverso la "riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento", ovvero l'introduzione "di una nuova tipologia di adozione".

Nella pronuncia n. 33 del 2021, la Corte delle leggi, invece, risponde alla sollecitazione della sezione della Cassazione, la quale ha sollevato alcuni dubbi di illegittimità riguardo all'art. 12, co. 6, l. p.m.a., dell'art. 64, co. 1, lett. g), l. n. 218 del 1995 sul diritto internazionale privato, e dell'art. 18 del d.P.R. n. 396 del 2000, sull'ordinamento dello stato civile, "nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento

42 Si consenta il rimando a Cordiano, A.: "C'era una volta e una volta non c'era…": l'interesse del minore nella pronuncia delle sezioni unite in tema di maternità surrogata, in corso di pubblicazione, cit.

43 Acierno, M.: "La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo sull'omogenitorialità?", *Quest. giust.*, del 7 aprile 2021.

44 Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1.

45 Bianca, C.M.: "La riforma del diritto della filiazione", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 437.

giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta maternità surrogata) del c.d. genitore d'intenzione non biologico".

La sentenza n. 33 della Corte delle leggi, oltre a sollecitare la tempestività di un intervento legislativo, segnala proprio la necessità di bilanciare, secondo un criterio di proporzionalità, gli interessi del minore con il citato e legittimo scopo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla pratica vietata: l'assetto valoriale desumibile in Costituzione, infatti, se non osta alla non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero di riconoscimento della doppia genitorialità (sia essa etero ovvero omosessuale), impone però che sia sempre comunque assicurata la tutela dell'interesse del minore al riconoscimento del legame con chi di svolge le funzioni parentali.

Proprio l'inciso di questo approdo avvalora l'insofferenza a suo tempo percepita nei riguardi del favore delle Sezioni unite verso la soluzione dell'adozione speciale: innanzitutto, per l'assenza di qualsivoglia riferimento ad una legislazione che appare carente, non prevedendo alcuna clausola di salvaguardia in seguito a condotte materiali illecite e irreversibili, ma legittimamente realizzate all'estero, in virtù delle quali il destino di un individuo è segnato sfavorevolmente a favore di più alti interessi pubblicistici; un individuo, ancor più precisamente, nato suo malgrado da comportamenti illeciti, imputabili ad altri e sul quale, di fatto, questi comportamenti ricadono, senza alcuna previsione normativa che contemperi la tutela del nato con la violazione del divieto, come previsto nella p.m.a. eterologa[46].

L'esortazione mossa dalla Corte costituzionale al legislatore (ma, evidentemente, anche alla stessa Cassazione, ai tribunali di merito e, di qui, agli ufficiali dello stato civile) spinge "a farsi carico di una disciplina che assicuri una piena tutela degli interessi del minore", facendolo però in modo aderente alle peculiarità della situazioni: proprio dette peculiarità rendono il fatto odierno assai distante dalla norma dell'adozione particolare dell'art. 44, lett. d), diversa per struttura e per funzione[47]. In tal senso, la Corte costituzionale propone una tutela che venga assicurata attraverso un procedimento di adozione "effettivo e celere", che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino. Di qui, ogni soluzione che non dovesse offrire una tutela siffatta, "finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata".

46 Tengono distinti il piano del divieto di maternità surrogata da quello relativo al diritto del minore all'acquisizione e al mantenimento dello *status* di figlio, Sassi, A. - Stefanelli, S.: "Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella g.p.a.", *www.articolo29.it*, p. 2 ss.

47 Sull'attuale trattamento ingiustificabile che preclude lo strumento adottivo ai partner dell'unione civile, Bianca, C.M.: "Note per una revisione dell'istituto dell'adozione", cit., p. 61.

Un sistema così prospettato, quello di una nuova forma adottiva – piena rispetto allo status, all'identità personale e all'attribuzione del cognome, ai legami, anche parentali[48] – evidentemente dovrebbe sottendere a una particolare esperienza genitoriale, a un modello di genitorialità sociale, ad una precisa qualità dei legami esistenti: con altri termini, dovrebbe trattarsi di una vera e propria second-parent adoption, ovvero di contesti familiari costituiti mediante il ricorso alla gestazione per altri (talvolta coincidenti, ma non necessariamente, con una famiglia omosessuale) con un progetto genitoriale condiviso ab origine dalla coppia, quindi di un percorso di introiezione genitoriale che si realizza con una peculiare partecipazione emotiva, e di specifici legami parentali e di una tipica qualità dell'attaccamento del minore al caregivers.

È evidente, però, che si tratterebbe in ogni caso di una soluzione artificiosa, considerando, in primis, che la formula adottiva, ancorché piena, continuerebbe ad allocare alle parti i costi della procedura, ma soprattutto lascerebbe la fattispecie alla discrezionalità del giudice, secondo un trattamento ingiustificatamente differenziato rispetto allo statuto della genitorialità biologica, che vede il giudice entrare nella dimensione privata unicamente attraverso i meccanismi legittimi del controllo pubblico, di cui agli art. 330, 333 e 403 c.c.

Va considerato poi che la gestazione per altri potrebbe presentare una perfetta corrispondenza genetica, dimostrando una certa artificiosità del percorso adottivo.

La soluzione adottiva proposta, ancora, se potrebbe adattarsi come strumento riconoscere un provvedimento giudiziario costituito all'estero, sarebbe meno consona per quei percorsi di gestazione per altri che non si realizzano con procedimenti simil-adottivi (modalità che è tipica solo di una parte dell'esperienza giuridica mondiale), bensì con la formazione di un atto di nascita tradizionale: in ultima analisi, pure la formula piena sembrerebbe un escamotage volto a dare giuridica esistenza ad un rapporto sussistente, ma creato ai margini/in violazione delle norme giuridiche interne

Viceversa, proponendo la soluzione (fatta propria per il legame genitoriale lesbico nella pronuncia n. 32) della trascrizione diretta del provvedimento giudiziario ovvero dell'atto di nascita esteri derivanti da gestazione per altri, si avrebbe certamente il pregio di consolidare il legame mediante un principio di autoresponsabilità nelle tecniche di procreazione[49] e di privilegiare l'interesse del

48 Sulle questioni già Bianca, C.M.: "Il diritto del minore a crescere nella propria famiglia: un diritto ancora alla ricerca della propria identità e tutela", *Min. giust.*, 2008, p. 27.

49 Così Salanitro, U.: "La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita", *Familia*, 2004, p. 507; Caredda, V.: "Scambio di embrioni e titolo di paternità e maternità", *www.giustiziacivile.com*; Thiene, A.: "Figli, finzioni e responsabilità civile", *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 244; già Ferrando, G.: "Il caso Cremona: autonomia e responsabilità nella procreazione", *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 996. In senso contrario, Virgadamo, P.:

minore al mantenimento di legami affettivi costituiti nei fatti, quindi alla luce della continuità degli status di filiazione e alla certezza di questi legami, ponendosi al contempo in armonia con lo statuto giuridico della genitorialità sociale dettato dall'art. 9 della legge sulla p.m.a., nonché dal principio sancito dall'art. 8 della medesima disciplina.

In effetti, le regole espresse in particolare dall'art. 9, l. 40, ancorché dettate con il principale interesse delle procreazioni eterologhe, appaiono in forte in distonia con il sistema della genitorialità biologica[50]: con esse si impedisce di agire in disconoscimento e di impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità, al coniuge e convivente che abbia acconsentito all'eterologa, alla madre, al figlio e, in virtù della legittimazione assoluta dell'art. 263 c.c., a chiunque possa vantare un interesse attuale[51]. Al limite di contestazione del legame paterno, si associa il divieto, più astratto, del 2 c. dell'art. 9, il quale, estendendosi a qualsiasi tipo di tecnica, impedisce alla donna di avvalersi del diritto di non essere nominata nell'atto di nascita, ai sensi del 1° co., art. 30, d.P.R. 396 del 2000, quale espressione forte della maternità sociale, intenzionale, non genetica[52]. Infine, il 3 c. dell'art. 9, prescrive che il donatore/la donatrice di gameti non acquisisca alcuna relazione giuridica parentale col nato, non possa far valere alcun diritto né assumere alcun obbligo, perché è implicito che, alla base della donazione di parte del corpo, vi sia stato un (mero) atto di solidarietà, non accompagnato dall'elemento volontaristico dell'aspirazione genitoriale[53].

Le norme indicate mostrano, in una linea più generale, una sostanziale distanza dal favor veritatis, esprimendo l'accettazione verso una certa scissione fra elemento naturalistico della gestazione e del parto, elemento identitario ed elemento affettivo e intenzionale. In particolare, superando un'antica dialogica fra favor legitimitatis e favor veritatis, la disciplina pone in particolare rilievo un diverso favor, composto dall'interesse del figlio all'attestazione formale e al mantenimento del rapporto, prescindendo dalla veridicità del rapporto (c.d. favor stabilitatis), e dalla preminenza che, nella costruzione del legame di genitorialità, ha il dato volitivo e affettivo della costruzione di un legame coinvolgente (favor affectionis).

"Falso e consapevole *riconoscimento* del figlio naturale o vero atto (illecito) comportante l'assunzione della responsabilità genitoriale? Per un'interpretazione non formalistica dell'atto privato", *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 943.

50 Cordiano, A.: "Alcune riflessioni a margine di un caso di surrogacy colposa. Il concetto di genitorialità sociale e le regole vigenti", *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 473 ss.

51 Borrello, F.: "Alcune riflessioni sulla disciplina della procreazione eterologa", *Fam. dir.*, 2010, p. 947.

52 In punto, è critica Ferrando, G.: "La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche", *Corr. giur.*, 2004, part. p. 816.

53 Villani, R.: "La nuova procreazione medicalmente assistita", in *Tratt. dir. fam. Zatti, Le riforme*, II, Milano, 2019, p. 328 ss.

Queste norme, il cui senso profondo sembra trovare un posto nello spazio normativo vuoto della gestazione per altri, sprovvista di una disciplina in grado di temperare la violazione del divieto, non solo cristallizzano un modello di genitorialità sociale, ma anche esplicitano un principio di autoresponsabilità nella procreazione, che impone ai soggetti di rispondere di contegni volontariamente e consapevolmente assunti e finalizzati alla condivisione e costituzione di un progetto genitoriale[54]. Esse, infine, operano un bilanciamento fra interessi contrapposti, assumendo come prioritario l'interesse del minore: temi, ancora una volta, scarsamente approfonditi dalle pronunce in analisi[55].

Non terrebbe, in tal senso, l'obiezione che, così facendo, si avallerebbe senza limiti quella pratica vietata, che sarebbe altrettanto legittimo tentare di disincentivare: la prassi degli ufficiali di stato civile, e ancor prima dei consolati investiti della richiesta della documentazione necessaria per oltrepassare i confini stranieri, esplicita già una attenzione al tema, mediante le segnalazioni che investono pratiche con elementi critici.

Si potrebbe invece prevedere la riscrittura della disciplina sulla costituzione dei legami di filiazione, l'aggiornamento delle procedure adottive e, insieme una riflessione sui profili più critici, su cui attenzionare gli autori delle segnalazioni, e così immaginare un sistema duplice, che segue un percorso principale, quello del riconoscimento pieno dei percorsi di genitorialità sociale (da gestazione per altri o da p.m.a. da coppie lesbiche) e che devia nei casi più critici, mediante le segnalazioni, all'attenzione del giudice minorile, attraverso tutti gli strumenti, dalla limitazione della responsabilità genitoriale, agli allontanamenti fino alle forme adottive più consone, che si dimostrino nel caso concerto più rispondenti al fine precipuo, il concreto interesse del minore.

54 Così Salanitro, U.: "La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita", cit., p. 507.

55 Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", cit., p. 683 s. Sulla prudente, ma reale, opera di bilanciamento, v. Perlingieri, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, Esi, 2013, part. p. 111.

BIBLIOGRAFIA

Acierno, M.: "La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo sull'omogenitorialità?", *Quest. giust.*, del 7 aprile 2021.

Bianca, C.M.: "Dove va il diritto di famiglia?", *Familia*, 2001, p. 3.

Bianca, C.M.: "Il diritto del minore a crescere nella propria famiglia: un diritto ancora alla ricerca della propria identità e tutela", *Min. giust.*, 2008, p. 27.

Bianca, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1.

Bianca, C.M.: "La riforma del diritto della filiazione", *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 437.

Bianca, C.M.: "Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia", *Familia*, 2016, p. 5.

Bianca, C.M.: "Note per una revisione dell'istituto dell'adozione", *Jus civile*, 2018, 1, p. 60 s.

Bianca, C.M.: "Verso un più giusto diritto di famiglia", *Iustitia*, 2012, p. 237.

Borrello, F.: "Alcune riflessioni sulla disciplina della procreazione eterologa", *Fam. dir.*, 2010, p. 947.

Bowlby, J.: *Costruzione e rottura dei legami affettivi*, Milano, Cortina, 1982.

Caffarena, G.: "L'adozione *mite* e il *semiabbandono*: problemi e prospettive", *Fam. dir.*, 2009, p. 393.

Caredda, V.: "Scambio di embrioni e titolo di paternità e maternità", *www.giustiziacivile.com*.

Cassibba, R.: *Attaccamenti multipli*, Milano, Unicopli, 2003.

Cinque, M.: "Adozione in casi particolari: parentela tra fratelli acquisiti?", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 78.

Collura, G.: "L'adozione in casi particolari", in *Tratt. dir. fam. Zatti*, II, Milano, Giuffrè, 2012, p. 725 ss.;

Cordiano, A.: "C'era una volta e una volta non c'era…": l'interesse del minore nella pronuncia delle sezioni unite in tema di maternità surrogata, in corso di pubblicazione.

Cordiano, A.: "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *Comp. dir. civ.*, novembre 2012, p. 1 ss.

Cordiano, A.: "Alcune riflessioni a margine di un caso di surrogacy colposa. Il concetto di genitorialità sociale e le regole vigenti", *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 473 ss.

Corti, I.: *La maternità per sostituzione*, Milano, Giuffrè, 2000-

D'Angelo, A.: "La famiglia nel XX secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte", *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 13 ss.

Dogliotti, M.: "Adozione forte e mite, affidamento familiare e novità processuali della riforma del 2001, finalmente operative", *Fam. dir.*, 2009, p. 427.

Dogliotti, M.: "I «due padri» e l'ordine pubblico… tra sezioni semplici e sezioni unite", *Fam. dir.*, 2018, p. 837.

Dogliotti, M.: "Le Sezioni Unite condanno i due padri e assolvono le due madri", *Fam. dir.*, 2019, p. 667.

Dogliotti, M.: "Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore", *Fam. dir.*, 2015, p. 1107.

Dogliotti, M.: "Verità biologica, legale, affettiva nel rapporto di filiazione", *Fam. dir.*, 2004, p. 90.

Ebene Cobelli, M.C.: "Dell'adozione in casi particolari e dei suoi effetti, *Nuove leggi civ. comm.*, 1984, *sub* art. 44 l. 4 maggio 1983, n. 184, p. 171 ss.

Fadiga, L.: "Il diritto di sapere", in *Tratt. dir. fam. Zatti*, II, Milano, Giuffrè, 2012, p. 934.

Fadiga, L.: "L'adozione internazionale", in *Tratt. dir. fam. Zatti*, II, Milano, Giuffrè, 2012, p. 797.

Ferrando, G.: "Il caso Cremona: autonomia e responsabilità nella procreazione", *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 996.

Ferrando, G.: "La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche", *Corr. giur.*, 2004, part. p. 816.

Ferrando, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", *Fam. dir.*, 2019, p. 677 ss.

Figone, A.: "Adozione legittimante e mantenimento dei rapporti tra minore e famiglia d'origine", *Fam. dir.*, 2001, p. 118.

Gorgoni, A.: "La rilevanza della filiazione non genetica", *Pers. merc.*, 2017, p. 165 ss.

Lenti, L.-Long, J.: *Diritto di famiglia e servizi sociali*, 2018, Torino, Giappichelli, p. 376 ss.

Lenti, L.: "Adozione e segreti", *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 229.

Lenti, L.: "Introduzione. Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva", in *Tratt. dir. fam. Zatti*, II, Milano, Giuffrè, 2012, p. 619 ss.

Lisella, G.: "Ragioni dei genitori adottivi, esigenze di anonimato dei procreatori e accesso alle informazioni sulle origini biologiche dell'adottato nell'esegesi del nuovo testo dell'art. 28 l. 4 maggio 1983, n. 184", *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 413.

Messinetti, D.: "Diritti della persona e identità della persona", *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 148 ss.

Perlingieri, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata", *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 343 s.

Perlingieri, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, Esi, 2013.

Rodotà, S.: *Diritto d'amore*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 5 ss.

Rossi Carleo, L.: "Maternità surrogata e status del nato", *Familia*, 2002, p. 377.

Ruscello, F.: "Adozione da parte del singolo e diritti dell'adottato", *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 132 ss.

Ruscello, F.: *Lineamenti di diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 240.

Saitta, P.: "La genitorialità "sociale" e la sua regolazione. Una rassegna europea", *Quaderni della Sezione Diritto e Comunicazioni Sociali*, 2006, p. 19 ss.

Salanitro, U.: "La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita", *Familia*, 2004, p. 507.

Salvi, G.: *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, Napoli, 2018, p. 27.

Sassi, A. - Stefanelli, S.: "Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella g.p.a.", *www.articolo29.it*, p. 2 ss.

Stanzione, M.G. : *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 109 ss.

Stanzione, M.G.: "Rapporti di filiazione e "terzo genitore": le esperienze francese e italiana", *Fam. dir.*, 2012, p. 201 ss.

Thiene, A.: "Figli, finzioni e responsabilità civile", *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 244.

Uccella, F.: "Dalla famiglia pluriematica alla famiglia putativa come soggetto giuridico: prime considerazioni", *Familia*, 2005, p. 447 ss.

Venuti, M.C.: "La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione pe runa coppia di uomini", *www.articolo29.it*, p. 16.

Villani, R.: "La nuova procreazione medicalmente assistita", in *Tratt. dir. fam. Zatti, Le riforme*, II, Milano, 2019, p. 328 ss.

Virgadamo, P.: "Falso e consapevole *riconoscimento* del figlio naturale o vero atto (illecito) comportante l'assunzione della responsabilità genitoriale? Per un'interpretazione non formalistica dell'atto privato", *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 943.

Zatti, P.: "Maternità e surrogazione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 193.

IL DIRITTO DEL FIGLIO A CONOSCERE LE PROPRIE ORIGINI: ALLA RICERCA DELL'IDENTITÀ PERDUTA O MAI ACQUISITA

THE RIGHT OF THE CHILD TO KNOW HIS ORIGINS: IN SEARCH OF HIS LOST OR NEVER ACQUIRED IDENTITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3392-3423

Chiara
INGENITO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: L'identità della persona è un elemento essenziale e distintivo del suo patrimonio individuale e costituisce un vero e proprio diritto. Con questo contributo si ha l'opportunità di riflettere sul tema della tutela dell'identità del figlio, in particolare del figlio nato o da madre anonima e del figlio nato con inseminazione eterologa e sul problema dell'identità nell'ipotesi della donazione di gameti. Inoltre si analizzerà il problema del bilanciamento del diritto all'identità del minore con altri diritti o interessi rilevanti.

PALABRAS CLAVE: Identità; fecondazione eterologa; donazione di gameti; anonimato; madre; superiore interesse del minore; bilanciamento.

ABSTRACT: *The identity of the person is an essential and distinctive element of his individual heritage and constitutes a real right. With this paper there is an opportunity to reflect of the issue of protecting the identity of children, in particular of the child born or anonymous mother and the child born with insemination heterologous and the problem of the identity of the gamete donation. Also we analyze the problem of balancing the right of identity of the child with other relevant rights or interests.*

KEY WORDS: Identity; insemination heterologous; gamete donation; anonymous; mother; best interest of the child; balancing.

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. IL DIRITTO DEL FIGLIO AD UNO STATUS FILIATIONIS E ALLA PROPRIA IDENTITÀ PERSONALE.- III. L'EVOLUZIONE NORMATIVA IN TEMA DI ORIGINI.- IV. LA RICERCA DELLE ORIGINI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CEDU.- V. LE PIÙ RECENTI PRONUNCE SULLA TUTELA DELL'IDENTITÀ DEL FIGLIO NATO DA MADRE ANONIMA.- VI. ANONIMATO E FIGLIO NATO DA FECONDAZIONE ETEROLOGA: IL C.D. DIRITTO ALL'IDENTITÀ FILIALE.- VII. CONCLUSIONI.

I. INTRODUZIONE.

Il tema della tutela dell'identità della persona è sempre stato al centro delle riflessioni del Prof. Bianca.[1] Fin dai primi studi, egli ne ha evidenziato la rilevanza, sia rispetto all'individuo sia alla sua collocazione all'interno della famiglia. Le riflessioni sull'importanza dell'identità all'interno del contesto sociale in cui l'individuo vive e il suo diretto collegamento con la valorizzazione della dignità della persona, hanno costituito per il Professore la salda base da cui partire per mettere in luce la rilevanza dell'identità di ciascun individuo che fa parte della famiglia.

Ciò si iscrive nelle diverse letture che, nel tempo, sono state date del modello familiare, nella sua profonda evoluzione di fenomeno «che si determina secondo matrici umane e sociali largamente estranee al diritto»[2] ed all'interno dei molteplici modelli familiari in cui si sono identificate diverse tipologie di identità in cui la posizione del singolo individuo che è parte della famiglia si è distinta come rilevante per l'ordinamento e meritevole di tutela, in particolare quando riguarda un rapporto di filiazione[3].

Se è vero che alla famiglia vengono riconosciuti i diritti fondamentali dell'uomo, è nell'evoluzione del fenomeno familiare in cui l'individuo si realizza che uno di questi diritti si afferma, ovvero quello alla tutela della propria identità personale[4] come singolo e rispetto ai membri della famiglia.

1 Si rinvia in primo luogo a Bianca, C.M.: Diritto civile, 1, la norma giuridica, i soggetti, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 137 e ss.

2 Rescigno, P.: *Persona e Comunità*, Il Mulino, Bologna 1966, p. 52.

3 Come messo in luce in dottrina, Bianca, C.M.: La famiglia, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 313 e ss., nella disciplina della filiazione contenuta nel codice civile, quale "rapporto intercorrente tra la persona fisica e coloro che l'hanno concepita", viene valorizzata anche la tutela del momento di formazione di tale legame, tanto a livello naturale, quanto giuridico e quindi, oggi, rispetto a tutte le diverse forme di filiazione che conosciamo oltre a quella naturale, quella adottiva e quella che deriva da fecondazione eterologa e da surrogazione di maternità.

4 Bianca ritiene che vada annoverato tra i diritti fondamentali dell'uomo poiché soddisfa un bisogno essenziale della persona. Bianca, C.M., la famiglia, cit.

• Chiara Ingenito
Avvocato e Dottore di ricerca, Università La Sapienza. E-mail: chiara.ingenito@uniroma1.it.

L'identità si configura allora come principale elemento essenziale e distintivo del patrimonio individuale e costituisce, tanto un vero e proprio diritto,[5] che si è consacrato a livello normativo e giurisprudenziale, quanto un interesse della persona ad essere identificata[6] e riconosciuta nella sua realtà individuale[7].

Il diritto civile[8] fu il primo ad interessarsi al tema dell'identità, quale insieme degli elementi identificativi di un soggetto oggettivamente rilevabili dalla collettività.

Tale connotazione sembra aderente anche ad un inquadramento pubblicistico, secondo cui l'obiettivo perseguito è quello di identificare il soggetto nei rapporti con i terzi, nel suo agire sociale, nelle relazioni sociali e nei rapporti con lo Stato. Infatti, l'interesse protetto è, non solo quello del soggetto titolare del diritto, ma anche quello dei terzi e della società alla certa identificazione dei consociati. Si tratta, quindi, non soltanto di un interesse di natura privatistica, ma anche di natura pubblicistica[9].

In giurisprudenza, già dagli anni '70[10], veniva teorizzato un diritto all'identità personale, riconducibile all'art. 2 Cost.[11] e ritenuto giuridicamente meritevole di tutela.

5 Per una prima bibliografia di riferimento: Bavetta, G.: "Identità (diritto alla)", Enc. del dir., vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970; Modugno, F.: I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale, Giappichelli, Torino, 1995; Pace, A.: "Il c.d. diritto alla identità personale gli art. 2 e 21 della Costituzione", (a cura di Alpa, G., Bessone, M., Boneschi, L.): *Il diritto alla identità personale,* Cedam, Padova, 1981, pp. 36 ss.; Finocchiaro, G.: "Identità personale (diritto alla)", Digesto, discipl. Privatistiche, Sez. civ., Agg., Giappichelli, Torino, 2010; Finocchiaro, G.: "Diritto all'anonimato. Anonimato, nome, identità personale", *Trattato di diritto commerciale* e *di diritto pubblico dell'economia*, (diretto da Galgano, F.), Cedam, Padova, 2008.

6 Sul profilo dell'identità quale strumento identificativo, si rinvia a Zeno Zencovich, V.:" Identità personale", Dig. Disc. Priv., IX, Giappichelli, Torino, 1993, p. 294 e poi Pino, G., L'identità personale, Trattato di biodiritto, Giappichelli, Torino, 2010, p. 306 il quale afferma che «l'identità personale è il risultato, continuamente rivedibile, di un processo: un processo di identificazione».

7 Sulla natura multiforme di tale diritto, si rinvia a Matucci, G.: "La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore" (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272), Forum di Quaderni Costituzionali, 15 febbraio 2018, p. 11 e ss., la quale afferma che «Quando ci si riferisce al diritto all'identità personale, si allude, anzitutto, a due situazioni giuridiche distinte ma complementari: il diritto dell'interessato a costruire da sé e per sé la propria identità in modo sereno ed equilibrato (che è, poi, il diritto all'identità nella sua dimensione individuale); il diritto d'essere rispettati per ciò che si è nella propria comunità di appartenenza, ossia il diritto d'essere accolti nella propria interezza, per quelli che sono il proprio modo di essere, di pensare e la propria storia personale».

8 Falco, G.: "Identità personale", Nuovo Digesto Italiano, VI, Giappichelli, Torino, 1938; Bigliazzi Geri, L.: *Impressioni sull'identità personale*, Utet, Milano, 1985; Boneschi, L.: "Persona, diritti della persona, politica dei diritti della persona", *Il diritto all'identità personale. Un seminario promosso dal centro di Iniziativa Giuridica Piero Calamandrei e dal Centro Studi e Documentazione Giuridica*, (a cura di Alpa, G.- Bessone, M.–Boneschi, L.), Cedam, Padova, 1981; De Cupis, A.: "La verità nel diritto", *Foro Italiano*, 1952, IV, p. 223.

9 Finocchiaro, G.: op.cit., p. 724.

10 In merito alla giurisprudenza in tema di identità, si rinvia alla metà degli anni '70 del secolo e precisamente a Pret. Roma 6/05/1974, che ha trovato il suo primo vero riconoscimento operato dalla Suprema Corte circa dieci anni dopo, con una sentenza nota come il "caso Veronesi": Cass. 22/06/1985, n. 3769 e poi ancora Cass. civ. sez. I, 7.2.1996, n. 978.

11 Nello specifico, l'ancoraggio costituzionale del diritto all'identità personale è rinvenibile nell'art. 2 Cost., nella sua più ampia dimensione che va inteso come una fattispecie aperta che non si limitava soltanto a riepilogare i diritti fondamentali espressamente menzionati nel testo costituzionale, ma tutela il libero ed integrale svolgimento della persona umana, idonea di conseguenza ad includere ed assicurare tutela a nuovi interessi emergenti ed essenziali della persona. Barbera, A.: "Nuovi diritti: attenzione

Con la sentenza n. 3769 del 1985, la Cassazione aveva infatti precisato che «Ciascun soggetto ha interesse, ritenuto generalmente meritevole di tutela giuridica, di essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale e particolare, è conosciuta o poteva essere conosciuta con l'applicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede soggettiva; ha, cioè, interesse a non vedersi all'esterno alterato, travisato, offuscato, contestato il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico professionale ecc. quale si era estrinsecato od appariva, in base a circostanze concrete ed univoche, destinato ad estrinsecarsi nell'ambiente sociale». La novità di tale decisione risiede nel superamento dell'identificazione di tale diritto con la tutela del nome e dell'immagine, configurando l'identità come autonomo diritto della personalità, direttamente garantito dalla Costituzione.

In merito alla giurisprudenza della Corte costituzionale, quest'ultima si è soffermata sull'identità con alcune pronunce risalenti (nn. 13/1994 e 297/1996), prima in tema di cognome[12], quale segno distintivo irrinunciabile dell'identità, per poi consacrarne una piena dignità costituzionale[13] affermando che «è certamente vero che tra i diritti che formano il patrimonio irretrattabile della persona umana l'art. 2 della Costituzione riconosce e garantisce anche il diritto all'identità personale. Si tratta del diritto ad essere sè stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo. L'identità personale costituisce quindi un bene per sè medesima, indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata»[14].

A livello normativo, è il codice in materia di dati personali il primo a menzionare l'identità personale, precisamente all'art. 2 del Dlgs. n. 196 del 2003[15].

ai confini", (a cura di Califano, L.), *Corte costituzionale* e *diritti fondamentali*, Utet, Torino, 2004 ed anche Barbera, A.: "Art. 2", (a cura di Branca, G.), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali, art. 1-12,* Il Mulino, Bologna, 1975, pp. 50 ss.

12 Sul tema del rapporto tra identità e cognome, si rimanda a al profilo dell'automatica acquisizione del cognome paterno, Cass., sez. I, ord. 26 febbraio-17 luglio 2004, n. 13298, La Corte costituzionale, con le decisioni nn. 176/1988, 576/1988 e 145/2007, ed infine con la sentenza n. 61 del 2006, fino alla n. 286/2016 e, in ultimo all'ordinanza n. 18/2021, aveva già approfondito le problematiche legate all'attribuzione automatica del cognome paterno al figlio. Sul punto, sia consentito rinviare a Ingenito, C.: "L'epilogo dell'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio (Nota a Corte costituzionale n. 286/2016)", *Osservatorio Aic*, 2/2017, Fra i primi commenti si veda anche: Malfatti, E.: "Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro", *forum di quaderni costituzionali,* 2021, p. 17 e ss.

13 Pizzorusso, A.: "I profili costituzionali di un nuovo diritto della persona", (a cura di Alpa, G. Bessone, M. Boneschi, L)., *Il diritto alla identità personale*, Cedam, Padova,1981.

14 Corte Costituzionale n. 13/1994, 5.1 Cons. in diritto.

15 Palmieri, A. Pardolesi, R.: "Protezione dei dati personali e diritto di cronaca: verso un nuovo ordine?" *Foro Italiano,* I, 2000, pp. 664-675.

Il codice civile, solo successivamente, nel 2012, ha introdotto tale diritto all'art. 262 c.c. comma 2 bis,[16], rispetto alla scelta del figlio di poter aggiungere, anteporre o sostituire il cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto, o al cognome dei genitori in caso di riconoscimento avvenuto da entrambi, con quello attribuitogli dall'Ufficiale dello Stato civile, se divenuto segno autonomo e distintivo nella comunità sociale.

Nell'ambito della dottrina, l'esigenza di tutelare un diritto all'identità o meglio all'identificazione dell'individuo, sorge, già nel 1905, con l'opera di Nicola Stolfi dedicata ai i segni di distinzione personali[17], quali il cognome, il prenome, il soprannome, ect. Solo successivamente si fa chiara, l'esigenza di tutela «non solo dei singoli segni distintivi della persona, bensì anche di un più ampio diritto con una sua fattispecie autonoma direttamente connessa alla tutela della persona»[18].

La tutela dell'identità trova una delle sue principali esplicitazioni, paradossalmente, in una ipotesi in cui, in realtà essa incontra difficoltà proprio nella formazione del suo nucleo primigenio, ovvero sia quello che si fonda sul rapporto primario tra chi da origine e chi prende origine.

Come evidenziato da una parte della dottrina[19], essa è prima di tutto un concetto soggettivo, funzionale alla formazione dell'identità psico-fisica dell'individuo e prescinde anche dal momento relazionale per concentrarsi, invece, sulla formazione di sé e della propria storia. Se guardiamo a questa accezione rispetto all'identità del figlio, essa consiste nel diritto ad una fedele rappresentazione di sè all'esterno e, al contempo, rispetto ad una dimensione più propriamente interna, essa implica il diritto a ricercare le proprie origini biologiche e familiari.

Prima di concentrare l'attenzione sulla tutela dell'identità del figlio rispetto alla conoscenza delle origini, e quindi sulla creazione della sua identità attraverso la storia della propria famiglia biologica e i problemi che si possono porre rispetto alla famiglia adottiva, risulta opportuno premettere un generale inquadramento del diritto del figlio ad un proprio status di figlio all'interno del quale non può non

16 Legge sulla filiazione n. 219/2012 Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali. Si rinvia per tutti a Bianca, C.M.: "Diritto civile, 2.1, La famiglia", quinta edizione 2014, p. 329 e ss.

17 Stolfi, N.: *I segni di distinzione personale: cognome, prenome, soprannome, pseudonimo, titoli nobiliari e altri distintivi araldici,* Editore S. Romano, 1905.

18 Raffiotta, C.E.: "Appunti in materia di diritto all'identità personale", 26 gennaio 2010, 3, *forum di Quaderni Costituzionali*, 10 febbraio 202, che richiama a sua volta De Cupis, A.: *Il diritto all'identità personale*, Giuffrè, Milano, 1949.

19 De Santis, V.: "Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, PMA eterologa e cognome materno", *Nomos*, 1/2018, 4 e ss., ma anche si veda Carlotto, I.: "I nuovi diritti e l'identità biologica", *Diritto e società*, 2014, p. 579; Pino, G.: "L'identità personale", (a cura di Rodotà S. Tallacchini M.), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, Giuffrè, p. 307; Viviani, A., "L'identità personale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo", Esi, Napoli, 2013, pp. 17-18.

distinguersi la definizione della propria identità, prima di tutto biologica ed insieme necessariamente giudica.

II. IL DIRITTO DEL FIGLIO AD UNO STATUS FILIATIONIS E ALLA PROPRIA IDENTITÀ PERSONALE.

Negli ultimi anni, sia al livello normativo, sia nelle elaborazioni di dottrina e giurisprudenza, estrema attenzione è stata data al rafforzamento del diritto del figlio alla propria identità personale[20], nell'ambito dell'evoluzione della famiglia[21], quale espressione di dignità ed individualità della persona[22] e, in particolare ai nostri fini, del figlio.

Già con la riforma del diritto di famiglia del 1975, tale diritto è stato consolidato, in tema di accertamento della filiazione naturale, quale «diritto allo stato di figlio»,[23] al godimento della titolarità sostanziale del rapporto di filiazione[24] in cui l'accertamento di tale rapporto assumeva uno specifico peso e generava, in capo al genitore, una responsabilità[25] per il solo fatto della procreazione[26].

20 Secondo la dottrina, Bianca, lo stato di figlio è «una posizione giuridica fondamentale di diritto familiare», da cui si parte per costruirne l'identità. Bianca, C.M.: op.cit., p. 326. Si rinvia anche a Paterniti, F.: *Figli e ordinamento costituzionale,* Esi, Napoli, 2019 pp. 120 e ss e Frontoni, E.: *Genitori e figli tra giudici e legislatore, una prospettiva relazionale*, Esi, Napoli, 2020, pp. 30 e ss.

21 Nell'attuale evoluzione del concetto di famiglia, oggi, vi sono diverse dimensioni di filiazione, nelle quali lo status dei figli assume tinte diverse: la filiazione fondata sull'affettività, la filiazione biologica, sociale, basata sulla volontà individuale, legata al passare del tempo. Stanzione, G.: "Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari", *www.comparazionedirittocivile.it,* maggio 2013 e Hernandez Diazambrona, M.D., "Notas sobre el derecho del nino y la verdad biologica", *Revista de derecho privado*, 7-8/2005, 19.

22 Natoli, P.: "Sul diritto all'identità personale. Riflessioni introduttive", *Riv. inf.*, 1985, 56; Bigliazzi Geri, L.: "Impressioni sull'identità personale", *Riv. inf.,* 1985, 568; Zatti, P.: "Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale, L'identità nell'orizzonte del diritto privato", Seminario di studi, Padova, 21 aprile 2006, supplemento di *La nuova giurisprudenza civile commentata*, fascicolo n. 4/2007, p. 1.

23 Secondo una parte della dottrina, Nicolussi, «il diritto allo stato sul piano costituzionale trova diretto fondamento negli artt. 2 e 3 Cost., e negli artt. 29 e 30 Cost., sotto il profilo della tutela della propria posizione nella famiglia naturale». Nicolussi, A.: "Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica", *Rivista AIC*, 1/2012, 11. Ed anche Vallino, S.: "Diritto del figlio naturale alla dichiarazione giudiziale del proprio status e parametri di cui agli artt. 2,3, 24, 30 e 111 Cost." *Dir. Fam pers.* 1/2007, p. 10.

24 Secondo una parte della dottrina, quando l'identità si realizza in modo artificiale, essa può essere definita quale «diritto esistenziale, indisponibile e potestativo del figlio, quello che lo legittima a conoscere le proprie origini biologiche, quale momento formativo della sua personalità e dignità umana» Chiappetta, G.: "Favor veritatis ed attribuzione dello status filiationis", *Actualidad Juridica Iberoamericana,* 4ter/2016, p. 168 ed anche Andreola, E.: "Il principio di verità nella filiazione", in *Fam. e Dir.,* 1/2015, p. 89.

25 Della filiazione quale legame volontario, «come esercizio di responsabilità e come volontà di quotidiana creazione di un rapporto», parlava già Rodotà S., Intervento, La riforma del diritto di famiglia, Atti Convegno Venezia 30 aprile – 1 maggio 1967, Padova 1967, p. 94 ed anche Navarretta, E., Palmerini, E., "Famiglia e diritto-voce", Roma, Treccani, 2009.

26 Prima della riforma del 1975 vigeva, a contrario, un sistema di esonero di responsabilità dalla procreazione, in contrasto con l'art. 30 della Costituzione in quanto, l'anonimato del padre biologico a difesa della famiglia c.d. legittima, era la regola. Per una trattazione completa, si rinvia a Chiappetta, G.: cit., p. 154-146. Dopo la riforma, invece, il principio generale di responsabilità dei genitori per il fatto della procreazione, in linea con l'art. 30 Cost., vide anche numerose attuazioni normative, come ad es. l'art. 279 c.c.

In tal modo, lo status filiationis, veniva inteso quale strumento di tutela dell'interesse all'identità personale, perchè alla persona veniva riconosciuto il diritto ad essere considerato figlio di coloro che lo hanno procreato, unendo al dato biologico l'esercizio della responsabilità genitoriale (con i doveri naturali di cui essa è espressione) e la rappresentazione sociale dell'identità di figlio, non oggetto della volontà di un altro, ma soggetto di un rapporto.

A livello normativo, nell'ambito della riforma della filiazione (l. 10 dicembre 2012 n. 219), il nuovo art. 276 c.c. è indice di tale tendenza, poiché in esso viene disposto che la domanda per la dichiarazione di paternità o maternità naturale, oltre ad essere proposta nei confronti del presunto genitore o dei suoi eredi può, in caso di loro mancanza, essere avanzata anche da un curatore speciale nominato dal giudice, possibilità prima non contemplata. La ratio sembra quella di ampliare proprio il diritto del figlio ad una genitorialità, che costituisce esplicazione del suo interesse alle origini, connotato proprio del diritto all'identità. Allo stesso modo, l'art. 263 c.c., come modificato dalla D.lgs. 154/2013, in tema di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, riconosce alla posizione del figlio naturale maggior stabilità[27] in modo funzionale al consolidarsi della sua identità[28].

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 120 del 2001, aveva qualificato l'esistenza di un diritto allo status filiationis, quale elemento costitutivo dell'identità personale, tutelato dagli artt. 7 e 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo e dall'art. 2 della Costituzione.

Se è vero che alla nozione di identità si collega quella di personalità del minore che «si è venuta solidificando»[29], l'identità[30] va identificata, tanto in una accezione naturale, ovvero biologica, frutto della natura, quanto in un'accezione giuridica[31].

27 Sassi, A.: "Azioni di stato" (a cura di Sassi, A.: Scaglione, F. Stefanelli, S.), *Le persone e la famiglia 4, La filiazione e i minori*, *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 266.

28 Diffusamente, Bianca, C.M.: cit., p. 337 ed anche D'Aloia e Romano, che mettono in luce il peso dell'accertamento della filiazione veridica rispetto all'art. 2 Cost. e alla clausola del pieno sviluppo della persona umana. D'Aloia, A. Romano, A.: "I figli e la responsabilità genitoriale nella Costituzione", (a cura di Basini G.F.: Bonilini G. Cendon P. Confortini F.), *Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli*, Torino, 2011, p. 26.

29 Infatti la dottrina sul punto afferma che «il diritto all'identità personale mira a garantire la fedele e completa rappresentazione della personalità individuale del soggetto nell'ambito della comunità, generale e particolare, in cui tale personalità individuale è venuta svolgendosi, estrinsecandosi e solidificandosi. Si tratta di un interesse essenziale, fondamentale e qualificante della persona e la finalità dell'art. 2 Cost. è proprio quella di tutelare la persona umana integralmente in tutti i suoi modi di essere essenziali». Raffiotta, cit., 8.

30 Trucco, L.: *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 2004.

31 Secondo la Corte di Strasburgo, infatti, la tutela dell'identità deve essere rinvenuta a monte nella tutela del legame familiare concretamente instaurato, sebbene non conforme alla verità biologica o genetica. Chiappetta, G.: "Status personae e familiae nella giurisprudenza delle corti sovranazionali", *Famiglie e minori*, Esi, Napoli, 2011, pp. 25 e ss.; Perlingieri, P.: *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee*, Napoli, 2008. Stanzione, afferma che l'identità del figlio si fonda anche su una filiazione c.d. vissuta, basata sul rapporto affettivo, fondamento di riconoscimento del legame tra genitori e figli sul piano del diritto.

Ed è rispetto alla ricerca della propria origine biologica che si afferma una nuova idea di status filiationis[32]. Tale status si collega direttamente e logicamente con il diritto all'identità personale, che si impone come preminente in tutti i contesti in cui diventi urgente la salvaguardia del patrimonio personale del soggetto.

In relazione a questa accezione, è possibile valorizzarne la protezione, in particolare, rispetto al momento genetico di formazione di quel dato patrimonio che permette di intendere come unico un certo soggetto[33].

Il diritto dell'adottato di conoscere la sua condizione di figlio adottivo e di accedere alle informazioni relative alla sua origine biologica e familiare si colloca in questo passaggio dall'esterno all'interno dell'identità o, più precisamente, nel passaggio dalla verità sociale del soggetto alla sua verità più intima, in un processo di rielaborazione e risistemazione di tutte le componenti del sé e delle sue manifestazioni[34]. Affianco si pone l'esigenza di tutela del diritto all'identità filiale[35], cui un esempio chiaro è proprio la richiesta di conoscere l'identità del donatore di gameti nella fecondazione eterologa.

III. L'EVOLUZIONE NORMATIVA IN TEMA DI ORIGINI.

Il diritto fondamentale dell'identità personale, declinato nel diritto individuale di conoscere le proprie origini[36] è stato oggetto di una profonda rivoluzione, sia al livello normativo, sia giurisprudenziale, declinandosi, in particolare, nella tutela del diritto del figlio a conoscere l'identità della madre anonima.

L'evoluzione normativa in tema di origini è stata piuttosto articolata.

L'art. 28 della legge n. 184 del 1983 (l. adozione), non ammetteva la possibilità, per il figlio, di conoscere l'identità dei genitori naturali poiché, se il minore era stato adottato, il suo status era quello di figlio adottivo.

Stanzione, cit., in linea con l'interpretazione dell'art. 8 data dalla Cedu secondo cui, nella nozione di vita familiare, rientra anche il rapporto valido ed affettivo tra genitori e figli.

32 La letteratura psicologica internazionale ha elaborato tre diversi modelli per descrivere le motivazioni che spingono alla ricerca delle origini familiari e genetiche. Ceccarelli e Serra: "L'adulto curioso di sé: l'esigenza di sapere di fronte alla legge. Esperienze nel Tribunale per i minorenni dell'Emilia Romagna", *Minorigiustizia*, n. 1/2003, p. 265.

33 In tal senso l'aspirazione dell'adottato di ricercare la storia prima dell'adozione, e che è la storia sua e della sua prima famiglia o di qualunque altra persona abbia svolto un ruolo nella sua crescita, è strumentale proprio alla costruzione della sua identità, come diritto alla realizzazione del proprio essere.

34 Cass. 10 marzo 2004, n. 4878, in Fam. e dir., n. 5/2004, 504, ove viene espressamente ricondotta l'aspirazione dell'adottato alla conoscenza delle origini e dei dati sui suoi genitori biologici al diritto all'identità personale, «nella sua integrale dimensione psico-fisica, costituita anche dal patrimonio genetico».

35 Bianca, C.M.: *La riforma della filiazione*, Cedam, Padova, 2015, p. 18 e ss.

36 Lisella, G.: "Volontà della madre biologica di non essere nominata nella dichiarazione di nascita e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014, 1, p. 30.

La ratio di tale previsione era quella di scongiurare il pericolo che si potesse realizzare una sorta di doppia genitorialità, ovverosia della concomitanza per il minore di percepire la propria identità di figlio, sia di chi gli avesse dato quella solo biologica, sia di chi gli avesse fornito quella adottiva. Tuttavia, ai sensi del comma 2, era possibile che vi fosse un'espressa autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria a seguito della quale l'Ufficiale dello Stato civile o l'Ufficiale di anagrafe potesse dare le notizie circa l'identità dei genitori biologici. Si trattava delle ipotesi in cui la conoscenza dell'identità dei genitori fosse necessaria per la tutela di diritti di rango costituzionale, come ad esempio la salute[37].

Tuttavia, con la legge n. 149 del 2001[38], l'interesse della persona a conoscere le proprie origini, in particolare rispetto all'identità dei propri genitori di sangue ha trovato una tutela specifica e ciò soprattutto sulla spinta del diritto convenzionale di rango internazionale ed europeo.

Quindi, mentre prima nel nostro ordinamento era negato il diritto della persona abbandonata alla nascita di conoscere le proprie origini, oggi, ai sensi dell'art. 28 comma 5, all'età di 25 anni l'adottato può conoscere il nome dei propri genitori[39]. Prima dei 25 anni il figlio può accedere alle informazioni sui propri genitori, solo se sussistano gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica. In particolare, va segnalata l'ipotesi in cui se l'adottato sia maggiorenne o i genitori adottivi siano deceduti o irreperibili, non serve alcuna autorizzazione, ai sensi dell'art. 24 comma 8, poiché si ritiene che in tale ipotesi non vi sia un reale interesse alla tutela della famiglia adottiva né che si possa realizzare un conflitto di lealtà con la famiglia adottiva causato dalla conoscenza della famiglia di origine.

L'evoluzione normativa ha così sancito il superamento della totale morte simbolica dei primi genitori[40] che, in precedenza, era reputata un indispensabile

37 Tribunale per i minorenni di Napoli, 24 luglio 1998.

38 Si rinvia per gli approfondimenti a Restivo, C.: "L'art. 28 L. ad. tra nuovo modello di adozione e diritto all'identità personale", *Familia,* 2002, I, p. 691 ss; Finocchiaro, A. e Finocchiaro, M.: "Adozione e affidamento dei minori. Commento alla nuova disciplina (l. 28 marzo 2001, n. 149 e d.l. 24 aprile 2001, n. 150)", Giuffrè, Milano 2001; Dogliotti, M.: "Commento alla l. 28 marzo 2001, n. 149", *Fam. e dir.*, 2001, p. 247 ss.; Bianca, C.M.: "La revisione normativa dell'adozione", *Familia,* 2001, p. 525. Cattaneo, G.: "voce Adozione", Dig. disc. priv. -sez. civ., I, Utet, Torino 1987, p. 94 ss.; Marella, M.R.: "voce Adozione", Dig. disc. priv. -sez. civ., Agg., Utet, Torino 2000, pp. 18-22; Morozzo Della Rocca, P.: "Adozione «plena, minus plena» e tutela delle radici del minore", *Riv. crit. Dir. priv.*, 1996, p. 683 ss.

39 La ratio di tale previsione sembra affondare le proprie radici nell'idea per cui "... l'identità, ancor prima di essere oggetto di rappresentazione altrui, rileva quale risultato del processo di costruzione del proprio io, processo che ha nella conoscenza della propria storia personale un elemento fondante: in quest'ottica, risulta evidente che l'aspirazione dell'adottato di ricercare le proprie origini è strumentale alla costruzione dell'identità, la quale, solo in un momento successivo, almeno su un piano logico, è destinata ad essere tutelata nella sua proiezione esterna" Restivo, C.: cit. p. 691 ss.

40 Ammettere la possibilità di conservazione della relazione con i genitori di origine avrebbe significato fare riferimento ad una «doppia genitorialità» e quindi trasmettere l'idea che «l'adozione è bensì l'accettazione e l'accoglienza dell'adottato "proprio come un figlio", ma che, tuttavia, resta sempre sullo sfondo una famiglia di riserva, quella di origine, appunto, cui si penserebbe di fare ricorso in caso di difficoltà» e ciò con effetti concreti ritenuti disastrosi su tutti i protagonisti della vicenda, sintetizzabili nella possibilità di

presupposto per assicurare la definitiva equiparazione tra status di figlio legittimo per adozione e status di figlio legittimo a titolo originario, così da consentire una vera e propria seconda nascita dell'adottato nella famiglia nuova, tale da sostituire e ad estinguere, ex lege, quella ritenuta incapace di farsi interprete ed esecutrice dell'interesse del minore[41].

Il vero limite della normativa in tema di origini è contenuto all'art. 28 comma 7 in cui viene tutelato l'anonimato materno con la prescrizione che, se la madre dichiara alla nascita di non voler essere nominata, l'accesso alle informazioni sulla sua identità non è consentito ai sensi dell'art. 30 comma 1 del DPR 3 novembre 2000 n. 396[42]. Ciò è indice di una tutela rafforzata, della posizione della madre biologica in ragione della c.d. responsabilità della procreazione e si pone come spartiacque tra diritto e divieto di conoscenza. Ammettere la garanzia prenatale dell'anonimato della partoriente significava, almeno in un primo tempo, presupporre la non automatica costituzione del rapporto di filiazione materna, e quindi escludere la formazione del titolo di stato, ovvero dell'atto di nascita da parte dell'ufficiale dello stato civile[43]. Tuttavia, come vedremo, la giurisprudenza, attraverso alcune pronunce rilevanti a livello interno ed europeo, ha cercato di ammorbidire la garanzia prenatale dell'anonimato in funzione della tutela del figlio.

IV. LA RICERCA DELLE ORIGINI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CEDU.

L'art. 28, è stato oggetto di alcuni interventi della Corte Costituzionale e di alcune rilevanti pronunce della Corte Europea dei diritti dell'Uomo.

Prendendo le mosse dagli arresti di quest'ultima Corte, dobbiamo ricordare che essa si è pronunciata riconoscendo la violazione dell'art. 8 CEDU con riferimento alla lesione del diritto della persona a conoscere le proprie origini. La Corte ha individuato il fondamento di tale diritto nella garanzia della protezione della vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, affermando che, mediante

conflitto derivante dal carattere non consensuale dell' adozione. Cfr. Trib. min. Torino 5 febbraio 1997, *Dir. Fam. Pers*., 1998, 149.

41 Finocchiaro, A. Finocchiaro, M.: "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. (Commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983, n. 184)", Giuffrè, Milano, 1983 pp. 313-317; Trabucchi, A.: "Adozione I) In generale", Enciclopedia giuridica, Roma, Treccani, 1988, pp. 1-6; Scognamiglio, C.: "Sul diritto dell'adottato ad ignorare l'identità dei propri genitori naturali", nota a Pretura Bari 30 dicembre 1986, *Giur. it.,* 1988, p. 105; Dogliotti, M.: "Genitorialità biologica, genitorialità sociale, segreto sulle origini dell'adottato", *Fam. e dir.,* n. 4/1999, 406.

42 Per un commento Casiraghi, G.: "Codice della Privacy, Commento al Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196 aggiornato con le più recenti modifiche legislative", Giuffrè, Milano, I, 2004, p. 1309 ss.; Bianca, C.M.: "La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice della privacy)" (a cura di Bianca, C.M. e Busnelli, F.D.) II, Cedam, Padova 2007, sub art. 93, p. 1392.

43 Per un approfondimento sul tema Renda, A.: "L'accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione", *Fam. e dir.,* n. 5/2004, p. 510. Long, J.: "La Corte Europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odievre c. Francia", *Nuova giur. civ. comm*., 2004, II, pp. 293, 283-284 e 299-300.

tale articolo, viene tutelato «un diritto all'identità e allo sviluppo personale e ad allacciare e approfondire relazioni con i propri simili e il mondo esterno» (Corte Eur. Dir. Uomo, 7 febbraio 2002, Mikulic c. Croazia); ed ancora che allo sviluppo della persona umana «contribuiscono la scoperta dei dettagli relativi alla propria identità di essere umano e l'interesse vitale, tutelato dalla Convenzione, a ottenere delle informazioni necessarie alla scoperta della verità riguardante un aspetto importante dell'identità personale, ad esempio l'identità dei propri genitori» (Corte Eur. Dir. Uomo, 7 febbraio 2002, Mikulic c. Croazia). La Corte europea in una pronuncia risalente – la sentenza Odievre c. France[44]– aveva già affermato che l'accesso alle informazioni sulle origini rientra nella nozione di vita privata e non in quella di vita familiare, dal momento che tale accesso non mette in discussione la relazione tra persona adottata e genitori adottivi. Ciò, secondo una parte della dottrina, si spiega laddove «conoscere l'identità del genitore biologico rappresenta un modo per scoprire le circostanze in cui un soggetto è nato ed è stato abbandonato, elementi che fanno parte della vita privata e dell'identità personale di un individuo. La nozione di vita privata risulta così avere una portata molto ampia, perché abbraccia tutte quelle sfere nelle quali l'individuo può liberamente perseguire il proprio sviluppo e la realizzazione della propria personalità»[45].

Successivamente, con la sentenza Corte Eur. Dir. Uomo, 25 settembre 2012, Godelli c. Italia[46], la Corte ha espresso il principio per cui, la conoscenza delle proprie origini, costituisce un interesse fondamentale della persona umana[47], riconducibile al diritto all'identità personale, fondato su un bisogno di conoscenza vero e proprio che, la Corte costituzionale, con sentenza n. 278 del 2013 (punto 4 Cons. in diritto) ha definito quale aspetto della personalità che può «condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale», intervenendo in modo incisivo sulla delicata questione del bilanciamento tra i due diritti[48]. Sul punto infatti la sentenza chiarisce esplicitamente che «l'espressione

44 Corte eur. dir. uomo, sent. Odievre c. Francia, 13.02.2003, ric. n. 42326/98, p.to 45, in www.echr.coe.int.

45 Butturini, D.: "La pretesa a conoscere le proprie origini come espressione del diritto al rispetto della vita privata", *Forum di quaderni costituzionali*, 24 ottobre 2012. La ricerca delle origini, afferisce sia alla tutela della vita e della salute della madre, sia del figlio e ciò a livello sia fisico sia soprattutto psichico.

46 Vigato, E.: "Godelli c. Italia: il diritto a conoscere le proprie origini", *Quad. cost.*, 2012, p. 908 ss.; Currò, G.: "Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di contemperamento", *Fam. Dir.,* 2013, 6, p. 537 ss.. ed anche Stanzione, M.G.: *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Giappichelli, 2015. Si rinvia anche a Pitea, C.: "Sub art. 8, Bartole, S. De Sena, P. Zagrebelsky, V.: Comm. breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo", Cedam, Padova, 2012, p. 299.

47 Secondo la dottrina «il diritto di conoscere le proprie origini è un diritto soggettivo che in generale spetta alla persona in quanto tale e pertanto, sebbene possano essere previste delle modalità particolari di esercizio di esso nel corso della minore età in funzione dell'interesse dello stesso minore, non può essere conculcato per sempre anche nell'età adulta. Esso infatti come diritto della persona trova fondamento nell'art. 2 Cost., alla luce del carattere inviolabile del diritto all'identità personale e anche nell'art. 3 Cost. in funzione del diritto al libero sviluppo della persona che non potrebbe non risultare "ostacolato" (non già solo di fatto, ma per legge) da un eventuale divieto di conoscere le proprie origini». Nicolussi, A.: cit., p. 8.

48 Va ricordato che la Corte Costituzionale si era già pronunciata sul tema con la sentenza n. 425 del 2005, dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 28 comma 7 della legge n. 184 del 1983, con riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., «nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare

- ogni persona – dell'articolo 8 della Convenzione si applica al figlio come alla madre. Da una parte vi è il diritto del figlio a conoscere le proprie origini che trova fondamento nella nozione di vita privata. L'interesse vitale del minore nel suo sviluppo è altresì ampiamente riconosciuto nell'economia generale della Convenzione. Dall'altra, non si può negare l'interesse di una donna a conservare l'anonimato per tutelare la propria salute partorendo in condizioni sanitarie adeguate». La Corte afferma altresì, in modo ancora più incisivo che la normativa italiana «non tenta di mantenere un equilibrio tra i diritti e gli interessi concorrenti in causa». Ciò significa che la legge italiana non mantiene un giusto equilibrio nella ponderazione tra il diritto a conoscere le proprie origini e il diritto della madre a mantenere l'anonimato ed in tal modo censura la disciplina contenuta nell'art. 28 della legge sull'adozione perché eccessivamente rigida[49] ed in aperto contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost. Infatti, la cristallizzazione delle modalità di esercizio dell'anonimato da parte della madre appare, secondo la Corte, come «una manifestazione di volontà che assume connotati di irreversibilità destinati sostanzialmente ad espropriare la persona titolare del diritto da qualsiasi ulteriore opzione, trasformando quel diritto in una sorta di vincolo obbligatorio che finisce per avere un'efficacia espansiva esterna al suo stesso titolare e, dunque, per proiettare l'impedimento alla eventuale relativa rimozione sul figlio, alla posizione del quale si è inteso, ab origine, collegare il vincolo segreto su chi lo abbia generato»[50]. Tuttavia la Corte conclude affermando che la ratio del divieto di informazioni nel caso di parto anonimo è volta alla tutela della salute della gestante e del bambino (alla vita di entrambi) e quindi tale diritto alla riservatezza deve essere tutelato in assoluto senza limitazioni neppure temporali. Nel bilanciamento tra diritti fondamentali

l'adottato all'accesso alle informazioni sulle origini senza aver previamente verificato la persistenza della volontà di non essere nominata da parte della madre biologica» Cozzi, A.O.: "La Corte Costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte Europea dei diritti dell'Uomo?" *Giur. Cost*., 2005, pp. 4602 e ss ed anche Trucco, L.: "Anonimato della madre versus identità del figlio davanti alla Corte Costituzionale", *Dir. inform.,* 2006, p. 107 e ss. Va segnalato che la pronuncia del 2005, nonostante non abbia riconosciuto l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, come affermato con la sentenza n. 287 del 2013, tuttavia aveva teorizzato una concezione ampia di identità, come diritto del singolo a ricostruire la propria storia. Sul punto Frontoni, E.: "Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte Costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117 primo comma, Cost., nella sentenza della Corte Costituzionale n. 287 del 2013" *Osservatorio AIC,* dicembre 2013. Long, J.: "Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: costituzionalmente legittimi i limiti nel caso di parto anonimo", *Nuova giur. civ. comm*., n. 6/2006, p. 545.

49 Rispetto alla valutazione della normativa italiana, si rinvia alla dissenting opinion del giudice Sajò, il quale ha argomentato il proprio parere per il rigetto del ricorso, giungendo alla conclusione che: "La protezione dell'anonimato è una misura che concorre al diritto alla vita del bambino: nel caso di specie, la possibilità del parto anonimo, associata alle garanzie assolute dell'anonimato, ha senza dubbio contribuito a permettere la nascita della ricorrente, e per giunta, la nascita in circostanze in cui erano stati eliminati i rischi per la salute e per quella di sua madre. L'anonimato è legato all'obbligo dello Stato di proteggere il diritto alla vita, che è la diretta emanazione del più alto fra i valori difesi dalla Convenzione". Si veda, oltre a Stanzione, cit., anche Butturini, D.: cit.

50 Si rimanda alla sentenza della Corte Costituzionale n. 287 del 2013 ed anche alla sentenza delle Sezioni Unite n. 1946 del 2017.

della partoriente (alla salute), del neonato (alla vita) e dell'adottato (alla conoscenza della propria identità), quest'ultimo finisce per soccombere[51].

V. LE PIÙ RECENTI PRONUNCE SULLA TUTELA DELL'IDENTITÀ DEL FIGLIO NATO DA MADRE ANONIMA.

Alla luce di quanto già ricordato, nella progressiva formazione dell'identità personale, assume un certo rilievo il diritto a conoscere le proprie origini, in quanto tale diritto non è più solo il diritto ad essere se stessi ed affermare la propria individualità, quanto un diritto a sapere chi si è[52] e, secondo la giurisprudenza interna, il diritto di ricerca delle proprie origini si identifica proprio con il diritto all'identità personale dell'adottato[53].

Nell'ambito della giurisprudenza interna, dobbiamo ricordare che la Corte di Appello di Torino, con una sentenza del 5 novembre 2014, aveva rigettato il reclamo di una donna che chiedeva di avere accesso alle informazioni relative all'identità della madre biologica che non aveva voluto essere nominata e poi era deceduta. La Corte aveva dichiarato infatti che il decesso non costituiva una revoca implicita dell'anonimato. Tuttavia, la Corte di Cassazione, con sentenza del 21 luglio 2016 n. 15024, ribaltava tale decisione ritenendo prevalente il diritto della figlia a conoscere l'identità materna e non prevalente la volontà di quest'ultima, volontà che si era di fatto cristallizzata[54] con l'evento morte.

Sul rilievo dell'evento morte nel rendere conoscibile l'identità della madre che ha dichiarato di non voler essere nominata e sul bilanciamento tra il suo diritto e quello del figlio, si è occupata diffusamente la recente pronuncia, la n. 19824 del 22 settembre 2020, con cui la Corte di Cassazione è tornata sull'annoso problema del bilanciamento tra accesso del figlio alle proprie origini ed anonimato della madre[55]. Nel rapporto tra queste diverse, ma egualmente rilevanti,

51 Paris, D.: "Parto anonimo e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, del Conseil constitutionnel e della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Forum di quaderni costituzionali*, 17 ottobre 2012, secondo cui «la tecnica del bilanciamento scolora quindi in un approccio diverso, che avendo chiaro il quadro degli interessi in gioco, mira non tanto a individuare un astratto punto di equilibrio fra le posizioni giuridiche coinvolte, quanto piuttosto a valutare quale disciplina, nella concretezza di una situazione difficile, possa meglio garantire l'effettività della tutela dei beni giuridici coinvolti ».

52 Frontoni, E.: *Genitori e figli tra giudici e legislatore*, cit., p. 32.

53 Punto 1 del Cons. in diritto della sentenza Corte Costituzionale n. 287 del 2013 in cui la Corte afferma a chiare lettere che l'art. 28 comma 7 della legge n. 184 del 1983 come modificata dall'art. 177 comma 2 del Dlgs. 196 del 2003, contrasta con l'art. 2 della Costituzione «configurando una violazione del diritto di ricerca delle proprie origini e dunque del diritto all'identità personale dell'adottato».

54 L'immobilizzazione della scelta per l'anonimato che verrebbe in tal modo a determinarsi post mortem verrebbe a realizzarsi proprio in presenza dell'affievolimento, se non della scomparsa, di quelle ragioni di protezione, risalenti alla scelta di partorire in anonimo, che l'ordinamento ha ritenuto meritevoli di tutela per tutto il corso della vita della madre Così Cass., 21 luglio 2016, n. 15024.

55 Il fondamento giustificativo della prevalenza del diritto della madre biologica a conservare il segreto sulla propria identità, senza limiti temporali e senza possibilità di ripensamenti, è rinvenuto nella esigenza pubblica di tutela della salute della madre e del nascituro, in tutte le ipotesi di gravidanze indesiderate e

posizioni giuridiche si iscrivono alcune riflessioni che hanno una precisa rilevanza costituzionale soprattutto in termini di bilanciamento tra due diritti, quello della madre a mantenere salda la propria identità nell'anonimato e quella del figlio ad avere invece la tutela della propria identità biologica, rispetto a cui, affianco alle elaborazioni della giurisprudenza interna ed europea che sembrano aver messo ormai un punto sulla necessità di approntare una tutela adeguata a tali posizioni che inevitabilmente si intersecano, si auspica un intervento risolutivo da parte del Parlamento che però fatica ad arrivare[56].

In precedenza, in occasione del caso Godelli, si era affermato che «in caso di morte della madre biologica viene meno il potenziale conflitto tra i due diritti assoluti della personalità, appartenenti a soggetti diversi, quello dell'anonimato della madre e quello del figlio a conoscere le proprie origini ai fini della tutela dei suoi diritti fondamentali, cadendo così la necessità di ricorrere al principio del contemperamento ed alla comparazione degli interessi in conflitto, per lasciare che possa avere piena espansione l'unico diritto fondamentale persistente. Con la sua morte, infatti, si estingue anche il diritto all'oblio, alla riservatezza, in ultima analisi alla salute pisco fisica di cui è titolare la genitrice biologica, diritto personalissimo, nient'affatto patrimoniale, indisponibile, intrasmissibile, privo perciò, a causa della strettissima inerenza rispetto al soggetto che ne è titolare, di ogni possibilità di essere trasmesso ad altri soggetti di qualsiasi capacità rappresentativa esterna».[57]

Prima di prendere diffusamente in esame la sentenza del 2020, dobbiamo soffermare l'attenzione sulla pronuncia n. 1946 del 2017 con cui le Sezioni Unite hanno statuito che una persona nata da un parto anonimo ha la possibilità di verificare mediante interpello riservato se la madre intenda continuare a restare anonima,

rifiutate: l'anonimato assicura che il parto avvenga sempre in condizioni ottimali ed in strutture sanitarie adeguate, distogliendo la donna dal compimento di gesti irreparabili o illeciti nei confronti del neonato, ed incoraggia la scelta della maternità rispetto alla interruzione della gravidanza.

56 Occorre richiamare gli ultimi disegni di legge che hanno avuto ad oggetto il tema della ricerca delle origini e di tutela della madre da un lato e del figlio dall'altro. Con il DDL n. 1978 del 18 novembre 2015 e poi con il DDL n. 922 del 2018, da ultimo esaminato lo scorso 18 novembre, l'obiettivo è intervenire a livello legislativo al fine di consentire la concreta attuazione del diritto alla conoscenza delle origini. In particolare il DDSL 922/2018, contiene la modifica dell'art. 28 della legge n. 184 del 1983 ed in particolare i commi 5 e 7 e l'art. 93 del Codice in materia di dati personali di cui al DL n. 196 del 2003 e l'art. 30 del DPR 396 del 2000. In ultimo il DDL n. 1039/2019 prevede una modifica ulteriore del comma 7 dell'art. 28 della legge n. 184 del 1983, prevedendo l'applicazione dell'art. 93 del DL n. 196 del 2003 stabilendo che la persona non riconosciuta possa fare direttamente un'istanza di accesso alle origini.

57 Il diritto all'anonimato della genitrice biologica coinvolge unicamente la sfera personale della medesima, attinente in particolare allo svelamento della propria maternità, ma non anche lo status del figlio, ormai perfezionato con l'adozione legittimante o, nell'ipotesi sub iudice, acquisito con l'affiliazione, senza, dunque, che possa venire in alcun modo implicata la sfera patrimoniale della madre deceduta, come peraltro rimarcato anche dalla Corte europea nella sentenza Odievre vs Francia e dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 278/2013, «la scelta per l'anonimato legittimamente impedisce l'insorgenza di una "genitorialità giuridica", con effetti inevitabilmente stabilizzati pro futuro». Con la morte della madre biologica viene meno quella cristallizzazione del diritto esercitato dalla medesima e cessa, per utilizzare la stessa espressione lessicale scelta dalla Corte Costituzionale, "quell'efficacia espansiva esterna al suo stesso titolare", che elide la persistenza di ragioni e titolo giuridico per mantenere ancora una tutela al diritto fondamentale di cui era portatrice e precludere, per l'effetto, la revoca della sua dichiarazione di anonimato". Decreto Tribunale per i minori di Trieste 8/05/2015.

anche in assenza di una norma che disciplini tale facoltà. Pertanto, nell'inerzia del Legislatore è necessario trovare una soluzione che permetta al figlio di interpellare la madre biologica, saggiando la sua volontà di rimanere anonima in osservanza di uno standard elevato di riservatezza, trattandosi di posizioni giuridiche soggettive che afferiscono a diritti personalissimi[58]. È di assoluta importanza ricordare che tale pronuncia va letta in relazione alla sentenza della Corte Costituzionale richiamata, la n. 287 del 2013[59], che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28 comma 7 della legge n. 184 del 1983 nella parte in cui escludeva la possibilità per il giudice di interpellare, a seguito della richiesta del figlio, la madre che aveva deciso di restare anonima, ai fini di un'eventuale revoca della dichiarazione, mediante un procedimento stabilito con legge. Una volta dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 28 comma 7, da un lato, si poneva come preminente l'intervento del Legislatore, dall'altro, in via di fatto, veniva ammesso l'interpello anche senza un intervento legislativo che lo regolamentasse. Secondo la Cassazione, con la pronuncia della Corte Costituzionale è cessata l'efficacia dell'art. 28 comma 7 e quindi di fatto il figlio non può vedersi negato il diritto di accesso alle informazioni, contemperando sempre le esigenze di riservatezza della madre[60]. Infatti, l'obiettivo dovrebbe essere assicurare un giusto equilibrio tra la protezione della madre e la tutela del figlio di avere informazioni sulla propria origine biologica[61], anche se in passato si è spesso sacrificata la tutela dell'identità del figlio per garantire l'anonimato materno[62]. Bisogna, infatti, considerare che,

58 È evidente il conflitto fra diritti fondamentali e personalissimi dei soggetti coinvolti, entrambe tutelati dall'ordinamento in quanto meritevoli di tutela: da un lato la madre che decide di partorire a condizione di restare nell'anonimato, dall'altro il figlio con la necessità di conoscere la propria identità anche attraverso la ricostruzione della propria storia parentale. Cass., Sez. Unite, 25 gennaio 2017, n. 1946, in Diritto di famiglia e delle persone, 2017, 2, I, 320.

59 Balestra, L.: "Il diritto alla conoscenza delle proprie origini tra tutela dell'identità dell'adottato e protezione del riserbo dei genitori biologici", *Familia,* 2005, p. 161 ss..; Auletta, T.: "Sul diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini", *Corr. Giur.,* 2014, p. 473 ss.; Palazzo, A., "La filiazione", Trattato Cicu-Messineo, Giuffrè, Milano, 2003, p. 157 ss.; Long, J., "La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata", *Nuova giur. Civ. comm*., 2013, I, p. 110 ss.; Busnelli, F.D.: "La persona alla ricerca dell'identità", *Riv. Crit. Dir. Priv.,* 2010, 1, pp. 7 ss.

60 Infatti, la sentenza della Corte sul punto è chiara nel precisare che per effetto della dichiarazione di illegittimità dell'art. 28 comma 7, questa norma «non è rimasta invariata, ma vive nell'ordinamento con l'aggiunta di questo principio ordinatore, capace di esprimere e di fissare un punto di equilibrio tra la posizione del figlio adottato e i diritti della madre. Tale punto di equilibrio si compendia nella riconosciuta possibilità per il giudice di interpellare in via riservata la madre biologica per raccogliere la sua volontà attuale quando c'è un figlio interessato a conoscere la sua vera origine, ma anche nella preferenza da accordare alla scelta della donna, perché il figlio non ha un diritto incondizionato a conoscere la propria origine e ad accedere alla propria storia parentale, non potendo ottenere le informazioni richieste ove persista il diniego della madre di svelare la propria identità».

61 Si tratta dell'accertamento della verità intesa come diritto del nato di poter conoscere le proprie origini genetiche culturali e sociali, di pervenire alla verità della propria origine per l'adeguato sviluppo psico-fisico del bambino. Tale verità soddisfa l'esigenza del nato e che trova tutela negli articoli 32 e 33 della Costituzione. Saulle, M.R.: "Diritto al nome e all'identità", in *La convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano* (a cura di Saulle, M.R.), 1994, p. 67.

62 Corte Cost. 425/2005 in cui viene esplicitato che vi è «un rapporto conflittuale fra il diritto dell'adottato alla propria identità personale e quello della madre naturale al rispetto della sua volontà di anonimato», punto 6 cons. in diritto. Secondo la Corte, infatti, una scelta per l'anonimato che comporti una rinuncia irreversibile alla «genitorialità giuridica» può, invece, ragionevolmente non implicare anche una definitiva e irreversibile rinuncia alla «genitorialità naturale»: se così fosse risulterebbe introdotto nel sistema una

così come già ricordato per le sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, anche nel nostro ordinamento il rifermento è l'art. 8 Cedu, rispetto a cui bisogna vedere se i due diritti sono tutelati nei loro contenuti essenziali o uno dei due sia irragionevolmente sacrificato per fare prevalere l'altro.

In tal senso viene in rilievo, prima di tutto, il diritto all'identità personale,[63] che, rispetto alla fattispecie in esame, viene letto in una accezione complessa, poiché si tratta di identità, sia rispetto alla posizione della madre, sia rispetto a quella del figlio, all'interno del sistema costituzionale di tutela della persona, in cui, da un lato, vi è il bisogno di conoscenza del figlio che rappresenta uno degli aspetti della personalità che possono condizionarne la vita di relazione e, dall'altro, la tutela dell'anonimato che coinvolge direttamente il bene supremo della vita e della salute.

La questione contenuta nella sentenza del 2020, si origina da una sentenza della Corte di Appello di Lecce che, confermando la sentenza con cui il Tribunale di Taranto accertava giudizialmente che M.A. era figlio di V.C. Avverso tale sentenza, veniva proposto ricorso per Cassazione dalla figlia, affidato a due motivi, di cui con il primo veniva dedotta violazione e falsa applicazione del R.D. 8 maggio 1927 n. 798 art. 9, artt. 190 e 191 c.c. ; D.P.R. 396 del 2000 e art. 30, 269 c.c. e Dlgs 196 del 2003 art. 93 in relazione all'art. 360 c.p.c. comma 1 n. 3, lamentando che «nel bilanciamento dei contrapposti interessi del figlio ad accedere alle informazioni sulle proprie radici e della madre all'anonimato, deve attribuirsi prevalenza alla scelta iniziale dell'anonimato che non sia stata revocata». La Corte ritiene non fondato il motivo e rigetta il ricorso.

Nel bilanciamento tra i due diritti di rango primario, la Corte di Cassazione ritiene in ogni caso prevalente il diritto all'anonimato della madre, finalizzato a tutelare la vita e la salute della stessa e del nascituro. Per tale motivo, il diritto alla propria identità personale, rimane compresso per tutta la durata della vita della madre, a meno che lei stessa non revochi successivamente la volontà espressa al momento del parto. Al contrario, dopo la morte della madre, il diritto del figlio alla propria identità personale acquista prevalenza. La Corte individua i diritti in gioco dopo la morte della madre, costituiti, da un lato, dall'interesse degli eredi della donna alla conservazione della di lei identità sociale, in relazione al nucleo familiare costituito successivamente al parto, e dall'altro lato dal diritto del figlio alla propria identità personale. Operando il bilanciamento tra gli interessi coinvolti, la Corte afferma che il diritto degli eredi della donna al mantenimento della identità sociale della stessa è recessivo rispetto al diritto del figlio a ricostruire la propria identità

sorta di divieto, destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 cost. Sul punto, Chiappetta, cit., p. 166.

63 Raffiotta, E.C. cit.; Bavetta G.: "Identità", in Enc. dir. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 953 ss. De Cupis, G., cit., 17 e Pino, G.: "Il diritto all'identità personale ieri e oggi. Informazione, mercato, dati personali", *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, (a cura di Panetta, R.), Giuffrè, Milano, 2006, t. 1, p. 264.

personale. Quindi, dalla lettura della pronuncia emerge il principio di diritto secondo cui, venendo meno, per effetto della morte della madre, l'esigenza di tutela dei diritti alla vita ed alla salute, che era stata fondamentale nella scelta dell'anonimato, non vi sono più elementi ostativi non soltanto per la conoscenza del rapporto di filiazione (come affermato da Cass. 15024/2016 e Cass. 22838/2016), ma anche per la proposizione dell'azione volta all'accertamento dello status di figlio naturale, ex art. 269 c.c.

Sebbene venga premesso che la tutela della madre a mantenere salda la propria scelta per l'anonimato[64] al momento del parto, trovi un diffuso riconoscimento nel nostro ordinamento[65] come affermato già con sent. 278 del 2013[66], tuttavia la Cedu, mediante l'art. 8 riconosce la preminenza del diritto del figlio a conoscere le proprie origini (sent. Godelli c. Italia, 25 settembre 2012), anche quando la madre possa tornare sulla propria scelta e non solo quando è ormai deceduta[67]. Non solo, ma i giudici di legittimità, già in più occasioni,[68] avevano statuito che «il diritto del figlio ad uno status filiale corrispondente alla verità biologica costituisce una delle componenti più rilevanti del diritto all'identità personale che accompagna senza soluzione di continuità la vita individuale e relazionale non soltanto nella minore età, ma in tutto il suo svolgersi. L'incertezza su tale "status" può determinare una condizione di disagio ed un vulnus allo sviluppo adeguato e alla formazione della personalità riferibile ad ogni stato della vita»[69], e che, secondo la Corte, il diritto al riconoscimento di uno status filiale corrispondente a verità fa parte dei diritti inviolabili della persona ai sensi degli art. 2 Cost. ed 8 Cedu.

Nel caso sottoposto nel 2020 all'attenzione della giurisprudenza di legittimità, in primo luogo, si distinguono le due ipotesi in cui l'istanza di conoscere le origini sia presentata quando la madre è ancora in vita o invece quando è già deceduta. Perché, se l'istanza è presentata dopo la morte della madre, il fondamento

64 Che però non deve mai essere intesa come un vincolo irreversibile, tale da trasformarsi in un «dovere all'anonimato». Frontoni, E.: il diritto del figlio a conoscere, cit., p. 3.

65 Art. 30 comma 1 DPR 3 novembre 2000; art. 93 comma 1 D.lgs. 196 del 2003; art. 28 comma 7 legge 184 del 1983; allegato DM 16 luglio 2001 n. 349.

66 Secondo la Consulta sent.n. 278/2013, la ratio va rinvenuta nell'esigenza di salvaguardare la madre e il neonato da qualsiasi perturbamento, connesso alla più eterogenea gamma di situazioni personali, ambientali, culturali, sociali tale da generare l'emergenza di pericoli per la salute psico-fisica o la stessa incolumità di entrambi e da creare, al tempo stesso, le premesse perché la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili.

67 Al fine di superare la rigida contrapposizione tra la posizione della madre e quella del figlio, bisognerebbe evidenziare la distinzione tra la genitorialità giuridica e la genitorialità naturale, che consente di osservare come «la rinuncia irreversibile alla genitorialità giuridica non può ragionevolmente implicare anche una definitiva ed irreversibile rinuncia alla genitorialità naturale: ove così fosse, d'altra parte, risulterebbe introdotto nel sistema una sorta di divieto destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 Cost.». (punto 5 cons. in diritto Corte Cost. n. 278 del 2015).

68 Cass. civ., 24292/2016; Cass. civ. 11887/2015; Cass.civ., 4020/2017.

69 Si tratta del perseguimento del superiore interesse del minore se letto nell'accezione di tutela del benessere psicofisico di un soggetto in formazione. Per tutti, Bianca C.M.: *Diritto civile, La famiglia*, 2.2., 2005.

stesso dell'anonimato viene meno sotto il profilo della tutela della sfera giuridica personalissima della madre, quale bene che in modo preminente deve essere inteso meritevole di tutela. In tale ipotesi quindi il figlio deve poter veder riconosciuto il diritto a ricostruire la propria identità biologica. Tuttavia la Corte, anche nell'ipotesi in cui la madre non sia deceduta, riconosce una tutela diffusa al diritto del figlio anche se, nel necessario bilanciamento con il diritto della madre all'anonimato, quest'ultimo deve prevalere, perché finalizzato a tutelare i beni supremi della vita e della salute, sia del nascituro, sia della madre che, se non potesse optare per l'anonimato, potrebbe essere indotta a scelte diverse fonte di rischio per la sua vita e quella del figlio.

La pronuncia risulta pertanto innovativa rispetto alle precedenti pronunce perché rivede i termini del bilanciamento tra le due posizioni soggettive del figlio e della madre; inoltre offre l'occasione per riflettere, ancora una volta, sul concetto di identità così come delineato nelle pronunce della giurisprudenza e nelle elaborazioni della dottrina.

VI. ANONIMATO E FIGLIO NATO DA FECONDAZIONE ETEROLOGA: IL C.D. DIRITTO ALL'IDENTITÀ FILIALE.

Il bisogno di conoscenza si avverte come primario anche nell'ipotesi di figlio concepito tramite procreazione medicalmente assistita (PMA) eterologa, tanto che ci si deve domandare se il nato da PMA abbia diritto di conoscere l'identità dei propri genitori genetici, essendo diversi da quelli sociali.

La dottrina, Bianca, non ha mai mancato di sottolineare che va fatta una distinzione preliminare che ha definito necessaria,[70] tra il diritto all'identità filiale e il diritto alla conoscenza delle proprie origini, ove, mentre quest'ultimo è il diritto all'identità genetica riconosciuto anche dalla Cedu in tema di adozione; il primo è, invece, il c.d. diritto all'identità filiale, quale diritto di ciascuno ad avere certezza del proprio rapporto di filiazione, come ad esempio ha disciplinato la Cedu in tema di maternità surrogata e come vedremo in tema di conoscenza del donatore di gameti in ipotesi di fecondazione eterologa.

Ai sensi del comma 3 dell'art. 9 della legge n. 40/2004, «3. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi», sancendo la dissociazione tra parentela genetica e status giuridico, senza

70 Bianca, C.M., La riforma della filiazione, cit. p.p.18 e ss.

nulla invece enunciare sul differente diritto del nato di conoscere l'identità del donatore[71].

Ad oggi, nonostante permangano alcune perplessità tra gli interpreti circa la mancanza di una disciplina in tal senso, non vi è ancora chiarezza sulla possibilità per il nato da fecondazione eterologa di conoscere il proprio donatore.

Dobbiamo ricordare che, secondo l'art. 30, co. 4 Cost., il diritto a ricercare la paternità o maternità biologiche può essere limitato per tutelare "il nucleo familiare", ma non può essere eliminato. Secondo un'interpretazione evolutiva del limite costituzionale, venuti meno tutti gli ostacoli relativi alla ricerca della paternità, tale previsione costituzionale, va oggi intesa nel senso di riconoscere pienamente il principio del favor veritatis, finchè esso persegua l'interesse del minore. La stessa Corte costituzionale, nella sent. n. 272 del 2017, evidenzia che l'art. 30, u.c. consente al Legislatore ordinario di privilegiare, nel rispetto degli altri valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a quella naturale, ma impone altresì di valutare quale sia la soluzione «più idonea per la realizzazione dell'interesse del figlio»[72].

Pertanto, si pone un problema di bilanciamento necessario, ancora una volta, tra la posizione del nato che potrebbe voler fare chiarezza sulla propria origine genetica e l'esigenza del donatore di rimanere anonimo, salvo per i propri dati sanitari. Si tratta quindi di un bilanciamento tra il diritto alla riservatezza del donatore con il diritto del nato ad accedere a determinate informazioni che possono riguardano colui che gli ha donato una parte del patrimonio genetico.

L'esigenza di bilanciamento tra le due posizioni, che potrebbe essere ottenuta solo mediante un intervento legislativo[73], impone di considerare prioritariamente la tutela dell'identità in formazione del figlio ed accanto, di contro, quella donatore.

In relazione alla tutela dell'identità del figlio, bisogna considerare la rilevanza che ha, in termini di tutela della sua salute psichica, la mancanza di informazioni

71 Per alcuni spunti, Villani, R.: *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 146; Ferrando, G.: "La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"", *Corr. giur.*, 2004, 8-9, p. 1074; Cavajoni, C.: "Procreazione assistita e status filiationis", (a cura di Dossetti, M., Lupo, M., Moretti, M.), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità,* Giuffrè, Milano, 2010, p. 113.

72 Lamarque, E.: "Art. 30", (a cura di Bifulco, R., Celotto, A., Olivetti, M.), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, pp. 632-633 e pp. 636-637.

73 La legge di stabilità del 2015 ha istituito presso l'Istituto superiore di Sanità il registro dei donatori di gameti per la PMA di tipo eterologo. Al co. 289 dell'art. 1 della l. n. 190 del 2014 infatti è istituito, presso il Centro nazionale trapianti e nell'ambito del Sistema informativo trapianti, un Registro nazionale di donatori di cellule riproduttive in cui sono registrati i soggetti ammessi alla donazione, mediante l'attribuzione ad ogni donatore di un codice. Sul punto, vedi De Santis, V.: cit. p. 11 e anche Angelini, F.: "Procreazione medicalmente assistita", in Dig. delle discipl. pubbl., Aggiornamento, VI, Utet, Torino, 2015.

riguardo alla propria ascendenza genetica, se essa possa incidere negativamente sulla psiche dei nati.

Secondo una parte della dottrina è necessario valutare l'incidenza della consapevolezza dell'utilizzazione di gameti di persone terze al momento della propria fecondazione.

Sul punto con la sentenza Godelli c. Italia la Corte di Strasburgo ha affermato che la mancata conoscenza delle origini presuppone delle sofferenze morali e psichiche, anche se queste non vengono accertate da un punto di vista sanitario.[74]

E' significativo che sul diritto all'identità filiale si registri un'interessante evoluzione perché può contribuire in maniera profonda a delineare la personalità di un essere umano, tanto da essere incluso nel novero dei diritti umani fondamentali, proclamati e garantiti da Trattati internazionali. Così, l'art. 7 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo (20 novembre 1989) stabilisce che il «bambino fin dalla nascita, nella misura del possibile ha diritto di conoscere i suoi genitori». La Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale (29 maggio 1993) obbliga gli Stati a conservare le informazioni sulla identità del padre e della madre del bambino adottato e a metterle a sua disposizione nei limiti fissati dalle leggi statali. L'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, nella Raccomandazione n. 1443 del 26 gennaio 2000, ha invitato gli Stati ad assicurare il diritto del fanciullo adottato a conoscere le proprie origini al più tardi dopo il raggiungimento dell'età adulta.

Ci si deve domandare allora se questo complesso apparato di fonti possa valere anche per il diritto all'identità filiale nella PMA, cedendo il passo alla regola dell'anonimato.

Una ragione, secondo alcuni interpreti risiede nel vantaggio connesso all'anonimato circa il reperimento dei gameti da parte di persone (i c.d. donatori) che nell'ottica che nessun legame legale o conseguenza giuridica potrà insorgere nei loro confronti, accettano di donare il loro materiale genetico. Viceversa, il diritto di conoscere i propri genitori biologici riduce sensibilmente l'offerta di gameti per la PMA eterologa ed espone i donatori all'eventuale inconveniente di poter essere un giorno ricercati per quello che in realtà, al di la di ogni disposizione legale, sono ovverosia i genitori biologici del nato[75].

74 Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. Godelli c. Italia, § 69.

75 D'altra parte, è innegabile che "donando" i gameti non si dona semplicemente un organo, un tessuto o una cellula qualsiasi, quanto piuttosto la possibilità di concepire un essere umano, un figlio. A differenza degli organi, dei tessuti o di altre cellule, spermatozoi e ovociti non sostituiscono una parte del corpo, ma contraddistinguono un intero individuo, in modo totale, in ogni sua parte, anche a livello psicologico e persino nella discendenza.

Ripartendo dalla distinzione necessaria prospettata dal Bianca, se consideriamo la situazione dal punto di vista, rispettivamente, del nato da PMA eterologa e dell'adottato in seguito a parto anonimo, vanno fatte alcune precisazioni[76]. Il nato, come l'adottato, non viene cresciuto dalle persone da cui deriva geneticamente nè le conosce; entrambi non hanno alcuna storia familiare pregressa con tali persone, se si eccettua il periodo passato dall'adottato nel grembo della madre, dalla quale è stato separato nel momento in cui questa non ha consentito di essere nominata sul certificato di nascita. Con riguardo alla posizione della madre partoriente e del donatore, entrambi hanno volutamente scelto di distaccarsi dal figlio e dai gameti, rinunciando a qualsiasi pretesa giuridica su di essi, con una scelta a monte. Va precisato che, nel caso della fecondazione eterologa, l'apporto dato dal donatore consente l'esistenza stessa del nato, che altrimenti non sarebbe mai nato.

Pertanto, l'interesse a conoscere la persona dalla quale si ha origine, manifestato dall'adottato nei confronti della propria madre biologica si presenta, nel caso di nato da PMA eterologa, in termini non dissimili. I principi espressi dalla Corte EDU e dalla Corte costituzionale, ai fini di tutela dell'interesse del primo, appaiono applicabili anche al caso della PMA eterologa, in cui il nato è stato partorito dalla propria madre sociale, mentre il donatore ha volutamente concesso i propri gameti, consapevole che il bambino nato sarebbe stato figlio di altri. Considerazioni, queste, che portano taluni a giustificare un diritto a conoscere l'identità dei genitori biologici nell'adozione e scoraggiarlo nella PMA eterologa[77]. Per altri, al contrario, mentre nell'adozione un contatto con la famiglia d'origine porterebbe il rischio di una doppia genitorialità e di un conflitto di lealtà, come già evidenziato, nel caso della PMA eterologa non sussistono similari circostanze che invitino a particolari cautele, perché, intanto si tratta del solo donatore di gameti che ha scelto di donare una parte del proprio patrimonio genetico e non di un genitore che, dopo essere diventato tale, decide di restare anonimo, rifiutando di fatto una genitorialità appena nata.

Pertanto, ciò cui si dovrebbe auspicare è una considerazione adeguata delle varie posizioni soggettive, rispetto all'interesse a conoscere la propria storia genetica. Appare necessario un intervento legislativo che, con riguardo al nato da PMA eterologa, approntì le forme di tutela della sua identità e salute psichica e definisca i limiti del relativo diritto a conoscere la propria identità filiale. In tale sede andranno attentamente considerati gli interessi

76 In tal senso, Banchetti, S. "Procreazione artificiale eterologa", (a cura di Cendon, P.), *I diritti della persona. Tutela civile, penale, amministrativa*, volume III, Utet, Torino, 2005, p. 79.

77 In tal senso Casini, M. Casini, C.: "*Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162/2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'"adozione per la nascita*", Biolaw Journal, 2014, pp. 2 148; Bilotti, E.: "Fecondazione eterologa, diritto alla genitorialità naturale e diritto alla conoscenza delle origini biologiche", in *Quad. di diritto mercato tecnologia*, 2014, pp. 3, 74.

della famiglia del nato e quelli del donatore e della relativa famiglia. Al fine di dare una valida considerazione degli interessi dei genitori sociali e del donatore, sarebbe opportuna una disciplina tale per cui, nel momento in cui ricorrono alla PMA eterologa, oppure offrono i propri gameti, siano consapevoli delle possibili conseguenze della propria scelta.

In assenza di un intervento legislativo infatti, qualora nel prossimo futuro i nati venissero ammessi a conoscere i propri genitori genetici, si violerebbe la sfera privata dei donatori, i quali avevano offerto i propri gameti confidando nell'anonimato. Se invece, al contrario, un tale diritto venisse affermato soltanto pro futuro, con riguardo alle persone concepite successivamente a quel momento, ma non per coloro che sono già nati, si porrebbero dei dubbi sulla legittimità di una tale disparità di trattamento, essendo essa non dovuta a evoluzioni del contesto sociale, bensì unicamente alla mancata disciplina, ad opera del legislatore, di una situazione che ab initio appariva già meritevole di tutela.

VII. CONCLUSIONI.

L'identità della persona viene tutelata attraverso la rilevanza che le riconosce l'ordinamento e denota il diritto della persona a non vedere alterata la verità della propria vita, costituendo elemento essenziale del patrimonio del soggetto, espressione della sua personalità individuale e sociale.

Nei casi esaminati, tale diritto viene in rilievo in una particolare accezione, come diritto del figlio correlato all'accertamento o al consolidamento della verità biologica e genetica ed appare ormai superato il favor dell'ordinamento per la conformità dello status alla realtà della procreazione.

Infatti, ciò che rileva, in ultimo è che, nel bilanciamento prevale sempre il principio di conservazione dello status filiationis, rispetto a cui deve essere valorizzato l'interesse del minore a conservare il proprio status al di là dei legami di sangue, attribuendo un rilievo giuridico preminente ai rapporti istaurati[78], nella valorizzazione del rilievo giuridico della c.d. genitorialità sociale, ove non fosse del tutto coincidente con quella biologica poiché «il dato della provenienza genetica non costituisce un requisito della famiglia stessa»[79], anche se ciò non preclude il diritto del nato a conoscere tale provenienza, proprio per soddisfare il suo bisogno di conoscere chi gli ha dato origine.

78 Il distacco tra identità genetica e legale è alla base della disciplina dell'adozione ex lege n.184 del 1983.

79 Sul punto anche Capizzi, G., "Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistroria", *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto,* n. 2/2014. Tuttavia, le numerose resistenze alla fecondazione eterologa, affondavano le proprie radici nella posizione di chi, come richiamato da Sesta in Sesta, M.: "Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita", *Corr. giur.*, 2004, pp. 1405 ss.

I tempi sembrano maturi perché il cosiddetto interesse del minore consista nel riconoscimento, in capo a lui, sin dal concepimento, di diritti inviolabili tra i quali quello ad uno status filiationis ed alla conoscenza e consapevolezza della propria identità. Pertanto, la tutela adeguata dell'identità del minore si potrà realizzare solo imponendo, in tutti procedimenti che lo riguardano, il perseguimento del favor veritatis solo quando coincide con il favor minoris, quale pieno sviluppo della persona del minore[80]. In tal modo la stessa nozione di identità personale acquisita, messa in rapporto con quella di origine, guadagna una indispensabile dimensione relazionale ponendo sempre e comunque in rapporto chi dà origine e chi prende origine[81], nel perseguimento del superiore interesse del minore.

Alla luce di tale assunto, effettuare un reale bilanciamento tra la posizione della madre anonima e del figlio e tra la posizione del nato e del donatore di gameti, significherebbe garantire la possibilità di esercitare una eventuale rimozione del segreto che finirebbe per accordarsi, senza ledere il nucleo essenziale dell'anonimato e senza privare di protezione la partoriente e il donatore, con l'aspirazione dell'adottato di ricostruire la propria storia personale e del nato il proprio patrimonio genetico. In conclusione si dovrebbe parlare non tanto di bilanciamento tra la riservatezza dell'anonimato della madre o del donatore di gameti e la tutela dell'identità del figlio (o del nato nel caso di fecondazione), quanto di contemperamento delle due posizioni giuridiche soggettive, laddove, se in gioco vi è la salute mentale del figlio a non subire un grave pregiudizio, anche in età adulta, non vi è spazio per un bilanciamento, ma al più per un contemperamento, attuando in concreto un modello di garanzia o una rete di sostegno preventivo alle madri anonime o di tutela dei donatori di gameti che, con molta lentezza, si sta provando ad attuare. Infatti se i diritti risultano non bilanciabili, ma contemperabili, si dovrebbe adottare una soluzione che garantisca la minor compressione possibile del diritto di conoscere le proprie origini e della propria identità filiale, nel rispetto della volontà della madre e del donatore, introducendo forme miti di tutela e rendendo, a certe condizioni, l'anonimato reversibile.

80 Lamarque, E.: op.cit., pp. 632-633 ed anche Corte Cost., 216 del 1997 e 170 del 1999.

81 Il rapporto tra chi da origine e chi prende origine, in ipotesi come quelle analizzate, vede la necessaria contrapposizione tra la genitorialità giuridica e la filiazione giuridica da un lato e la genitorialità naturale e la filiazione naturale dall'altro, che mettono in discussione la relazione di fatto tra madre e figlio, rischiando di non rispettare il dettato dell'art. 2 Cost.

BIBLIOGRAFIA.

Angelini, F.: "Procreazione medicalmente assistita", in Dig. delle discipl. pubbl., Aggiornamento, VI, Utet, Torino, 2015.

Andreola, E.: "Il principio di verità nella filiazione", *Fam. e Dir.*, 1/2015, p. 89.

Auletta, T.: "Sul diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini", *Corr. Giur.,* 2014, p. 473 ss.;

Palazzo, A., "La filiazione", Trattato Cicu-Messineo, Giuffrè, Milano, 2003, p. 157 ss.;

Balestra, L.: "Il diritto alla conoscenza delle proprie origini tra tutela dell'identità dell'adottato e protezione del riserbo dei genitori biologici", *Familia*, 2005, p. 161 ss..;

Banchetti, S. "Procreazione artificiale eterologa", (a cura di Cendon, P.), I diritti della persona. Tutela civile, penale, amministrativa, volume III, Utet, Torino, 2005, p. 79.

Barbera, A.: "Nuovi diritti": attenzione ai confini, (a cura di Califano, L.), "Corte costituzionale e diritti fondamentali", Utet, Torino, 2004 ed anche Barbera, A.: Art. 2, (a cura di Branca, G.), Commentario della Costituzione. "Principi fondamentali", art. 1-12, Il Mulino, Bologna, 1975, pp. 50 ss.

Bavetta, G.: "Identità (diritto alla)", Enc. del dir., vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970;

Bianca, C.M.: "Diritto civile", 1, la norma giuridica, i soggetti, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 137 e ss.

Bianca, C.M.: La famiglia, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 313 e ss.,

Bianca, C.M.: Diritto civile, 2.1, La famiglia, quinta edizione 2014, p. 329 e ss.

Bianca, C.M.: *La riforma della filiazione*, Cedam, Padova, 2015, p. 18 e ss.

Bianca, C.M.: "La revisione normativa dell'adozione", *Familia*, 2001, p. 525.

Bianca, C.M.: "La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice della privacy)" (a cura di Bianca, C.M. e Busnelli, F.D.) II, Cedam, Padova 2007, sub art. 93, p. 1392

Bigliazzi Geri, L.: *Impressioni sull'identità personale*, Utet, Milano, 1985, p. 568

Bilotti, E.: "Fecondazione eterologa, diritto alla genitorialità naturale e diritto alla conoscenza delle origini biologiche", *Quad. di diritto mercato tecnologia*, 2014, pp. 3, 74.

Boneschi, L.: *Il diritto alla identità personale*, Cedam, Padova, 1981, pp. 36 ss.;

Boneschi, L.: "Persona, diritti della persona, politica dei diritti della persona, Il diritto all'identità personale. Un seminario promosso dal centro di Iniziativa Giuridica Piero Calamandrei e dal Centro Studi e Documentazione Giuridica", (a cura di Alpa, G.- Bessone, M.–Boneschi, L.), Cedam, Padova, 1981;

Busnelli, F.D.: "La persona alla ricerca dell'identità", *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2010, 1, pp. 7 ss.

Butturini, D.: "La pretesa a conoscere le proprie origini come espressione del diritto al rispetto della vita privata", *Forum di quaderni costituzionali*, 24 ottobre 2012.

Capizzi, G., "Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistroria", *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014.

Carlotto, I.: "I nuovi diritti e l'identità biologica", *Diritto e società*, 2014, p. 579;

Casini, M. Casini, C.: "Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162/2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'"adozione per la nascita"", *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto,* 2014, pp. 2 148;

Casiraghi, G.: "Codice della Privacy, Commento al Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196 aggiornato con le più recenti modifiche legislative", Giuffrè, Milano, I, 2004, p. 1309 ss.;

Cattaneo, G.: "Adozione", Dig. disc. priv. -sez. civ., I, Utet, Torino 1987, p. 94 ss.;

Cavajoni, C.: "Procreazione assistita e status filiationis", (a cura di Dossetti, M., Lupo, M., Moretti, M.), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità,* Giuffrè, Milano, 2010, p. 113.

Ceccarelli e Serra: "L'adulto curioso di sé: l'esigenza di sapere di fronte alla legge. Esperienze nel Tribunale per i minorenni dell'Emilia Romagna", *Minorigiustizia*, n. 1/2003, p. 265.

Chiappetta, G.: "Favor veritatis ed attribuzione dello status filiationis", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 4ter/2016, p. 168

Chiappetta, G.: "Status personae e familiae nella giurisprudenza delle corti sovranazionali", *Famiglie e minori*, Esi, Napoli, 2011, pp. 25 e ss.;

Cozzi, A.O.: "La Corte Costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte Europea dei diritti dell'Uomo?" *Giur. Cost.,* 2005, pp. 4602 e ss

Currò, G.: "Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di contemperamento", *Fam. Dir.,* 2013, 6, p. 537 ss.

D'Aloia, A. Romano, A.: "I figli e la responsabilità genitoriale nella Costituzione", (a cura di Basini G.F.: Bonilini G. Cendon P. Confortini F.), "Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli", Torino, 2011, p. 26.

De Cupis, A.: "La verità nel diritto", *Foro Italiano*, 1952, IV, p. 223.

De Cupis, A.: *Il diritto all'identità personale*, Giuffrè, Milano, 1949.

De Santis, V.: "Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, PMA eterologa e cognome materno", *Nomos*, 1/2018, 4 e ss., ma anche si veda

Dogliotti, M.: "Commento alla l. 28 marzo 2001, n. 149", *Fam.* e *dir.,* 2001, p. 247 ss.;

Dogliotti, M.: "Genitorialità biologica, genitorialità sociale, segreto sulle origini dell'adottato", *Fam.* e *dir.*, n. 4/1999, 406.

Falco, G.: "Identità personale", Nuovo Digesto Italiano, VI, Giappichelli, Torino, 1938;

Ferrando, G.: "La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"", *Corr. giur.*, 2004, 8-9, p. 1074;

Finocchiaro, G.: "Identità personale (diritto alla)", Digesto, discipl. Privatistiche, Sez. civ., Agg., Giappichelli, Torino, 2010;

Finocchiaro, G.: "Diritto all'anonimato. Anonimato, nome, identità personale", "Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia", (diretto da Galgano, F.), Cedam, Padova, 2008.

Finocchiaro, A. e Finocchiaro, M.: "Adozione e affidamento dei minori. Commento alla nuova disciplina (l. 28 marzo 2001, n. 149 e d.l. 24 aprile 2001, n. 150)", Giuffrè, Milano 2001;

Finocchiaro, A. Finocchiaro, M.: "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. (Commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983, n. 184)", Giuffrè, Milano, 1983 pp. 313-317;

Frontoni, E.: *Genitori e figli tra giudici e legislatore, una prospettiva relazionale*, Esi, Napoli, 2020, pp. 30 e ss.

Frontoni, E.: "Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte Costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117 primo comma, Cost., nella sentenza della Corte Costituzionale n. 287 del 2013" *Osservatorio AIC*, dicembre 2013.

Hernandez Diazambrona, M.D., "Notas sobre el derecho del nino y la verdad biologica", *Revista de derecho privado*, 7-8/2005, 19.

Ingenito, C.: "L'epilogo dell'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio (Nota a Corte costituzionale n. 286/2016)", *Osservatorio Aic,* 2/2017

Lamarque, E.: "Art. 30, (a cura di Bifulco, R., Celotto, A., Olivetti, M.)", Commentario alla Costituzione", Utet, Torino, 2006, pp. 632-633 e pp. 636-637.

Lisella, G.: "Volontà della madre biologica di non essere nominata nella dichiarazione di nascita e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014, 1, p. 30.

Long, J.: "La Corte Europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odievre c. Francia", *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, pp. 293, 283-284 e 299-300.

Long, J.: "Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: costituzionalmente legittimi i limiti nel caso di parto anonimo", *Nuova giur. civ. comm.*, n. 6/2006, p. 545

Long, J., "La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata", *Nuova giur. Civ. comm.,* 2013, I, p. 110 ss.;

Malfatti, E.: "Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro", *www.forumcostituzionale.it*, 2021, p. 17 e ss.

Marella, M.R.: "Adozione", in Dig. disc. priv. -sez. civ., Agg., Utet, Torino 2000, pp. 18-22;

Matucci, G.: "La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore" (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272), *Forum di Quaderni Costituzionali*, 15 febbraio 2018, p. 11 e ss.

Modugno, F.: *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale,* Giappichelli, Torino, 1995;

Morozzo Della Rocca, P.: "Adozione «plena, minus plena» e tutela delle radici del minore", *Riv. crit. d. priv.*, 1996, p. 683 ss.

Natoli, P.: "Sul diritto all'identità personale. Riflessioni introduttive", *Riv. inf.,* 1985, 56;

Navarretta, E., Palmerini, E., "Famiglia e diritto", Roma, Treccani, 2009.

Nicolussi, A.: "Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica", *Rivista AIC*, 1/2012, 11.

Pace, A.: "Il c.d. diritto alla identità personale, gli art. 2 e 21 della Costituzione", (acura di Alpa, G., Bessone, M., Boneschi, L.): *Il diritto alla identità personale*, Cedam, Padova, 1981, pp. 36

Palmieri, A. Pardolesi, R.: "Protezione dei dati personali e diritto di cronaca: verso un nuovo ordine?" *Foro Italiano*, I, 2000, pp. 664-675.

Paris, D.: "Parto anonimo e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, del Conseil constitutionnel e della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Forum di quaderni costituzionali*, 17 ottobre 2012 www.forumcostituzionale.it

Paterniti, F.: *Figli e ordinamento costituzionale*, Esi, Napoli, 2019 pp. 120 e ss

Perlingieri, P.: *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee*, Napoli, 2008.

Pino, G., "L'identità personale", Trattato di biodiritto, Giappichelli, Torino, 2010, p. 306

Pino, G.: "L'identità personale", (a cura di Rodotà S. Tallacchini M.), "Ambito e fonti del biodiritto", Milano, Giuffrè, p. 307;

Pino, G.: *Il diritto all'identità personale ieri e oggi. Informazione, mercato, dati personali, Libera circolazione e protezione dei dati personali*, (a cura di Panetta, R.), Giuffrè, Milano, 2006, t. 1, p. 264.

Pitea, C.: "Sub art. 8", (a cura di Bartole, S. De Sena, P. Zagrebelsky, V.): Comm. breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Cedam, Padova, 2012, p. 299.

Pizzorusso, A.: "I profili costituzionali di un nuovo diritto della persona", (a cura di Alpa, G. Bessone, M. Boneschi, L.): *Il diritto alla identità personale*, Cedam, Padova,1981.

Raffiotta, C.E.: "Appunti in materia di diritto all'identità personale", 26 gennaio 2010, 3, *forum di Quaderni Costituzionali*, 10 febbraio 2021,

Renda, A.: "L'accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione", *Fam. e dir.,* n. 5/2004, p. 510.

Rescigno, P.: *Persona e Comunità*, Il Mulino, Bologna 1966, p. 52.

Restivo, C.: "L'art. 28 L. ad. tra nuovo modello di adozione e diritto all'identità personale", *Familia,* 2002, I, p. 691 ss;

Rodotà S., "La riforma del diritto di famiglia", Atti Convegno Venezia 30 aprile – 1 maggio 1967, Padova 1967, p. 94

Sassi, A.: "Azioni di stato" (a cura di Sassi, A.: Scaglione, F. Stefanelli, S.), Le persone e la famiglia 4, "La filiazione e i minori", in "Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco", Giuffrè, Milano, 2015, p. 266.

Saulle, M.R.: "Diritto al nome e all'identità", in "La convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano" (a cura di Saulle, M.R.), 1994, p. 67.

Scognamiglio, C.: "Sul diritto dell'adottato ad ignorare l'identità dei propri genitori naturali", nota a Pretura Bari 30 dicembre 1986, *Giur. it.,* 1988, p. 105;

Sesta, M.: "Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita", *Corr. giur.*, 2004, pp. 1405 ss.

Stanzione, G.: "Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari", *www.comparazionedirittocivile.it*, maggio 2013

Stanzione, M.G.: *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Giappichelli, 2015.

Stolfi, N.: *I segni di distinzione personale: cognome, prenome, soprannome, pseudonimo, titoli nobiliari* e *altri distintivi araldici,* Editore S. Romano, 1905.

Trabucchi, A.: "Adozione I) In generale", Enciclopedia giuridica, Roma, Treccani, 1988, pp. 1-6;

Trucco, L.: *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 2004.

Trucco, L.: "Anonimato della madre versus identità del figlio davanti alla Corte Costituzionale", *Dir. inform.*, 2006, p. 107 e ss.

Vigato, E.: "Godelli c. Italia: il diritto a conoscere le proprie origini", *Quad. cost.*, 2012, p. 908 ss.;

Villani, R.: *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 146;

Vallino, S.: "Diritto del figlio naturale alla dichiarazione giudiziale del proprio status e parametri di cui agli artt. 2,3, 24, 30 e 111 Cost." *Dir. Fam pers.* 1/2007, p. 10.

Viviani, A., *L'identità personale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Esi, Napoli, 2013, pp. 17-18.

Zatti, P.: "Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale, L'identità nell'orizzonte del diritto privato", Seminario di studi, Padova, 21 aprile 2006, supplemento di *La nuova giurisprudenza civile commentata*, fascicolo n. 4/2007,

Zeno Zencovich, V.: "Identità personale", Dig. Disc. Priv., IX, Giappichelli, Torino, 1993, p. 294

LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN "CONTRA LEGEM" DEL NACIDO EN EL EXTRANJERO POR GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: OTRA FORMA DE TENER HIJOS ATENDIENDO A LA VOLUNTAD PROCREACIONAL, LA POSESIÓN DE ESTADO Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR*

THE DETERMINATION OF FILIATION "CONTRA LEGEM" OF THE CHILD BORN ABROAD BY SURROGACY: ANOTHER WAY OF HAVING CHILDREN IN ACCORDANCE WITH THE PROCREATIONAL WILL, THE POSSESION OF STATUS AND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3424-3465

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación: "Armonización del Derecho de Familia derivado de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (DER2017-85756-P)", financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (AEI/FEDER, UE) y dentro del Grupo de Investigación consolidado "Discapacidad y Familia" (VIGROB-175) del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Alicante.

Virginia
MÚRTULA
LAFUENTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: En este artículo se aborda la cuestión de si al menor nacido en el extranjero por gestación por sustitución hay que reconocerle el status filiationis atribuido legalmente por las autoridades extranjeras, en orden a que pueda tener su propia identidad personal en el país donde vive con sus padres intencionales. Tema que presenta especial interés en aquellos casos difíciles donde no existe un vínculo biológico con la parte comitente y tampoco es posible la adopción de ese menor. Para ello se analizan las decisiones del TEDH, la posición de la DGRN, la de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, así como algunas resoluciones recientes de ciertas Audiencias Provinciales. Estas últimas han puesto el acento en los acuerdos de gestación legalizados con todas las garantías, especialmente para la mujer gestante, el interés superior del menor y la posesión de estado vivida entre padres e hijos, como elementos para el reconocimiento de los actos extranjeros.

PALABRAS CLAVE: Filiación; gestación por sustitución; interés superior del menor; posesión de estado; voluntad procreacional.

ABSTRACT: *This paper addresses the question of whether a child born aboard through surrogacy should have recognised the status filiationis legally attributed by the foreign authorities, so that the minor can have their own identity in the country where they live with the commissioning parents. This is of particular interest in those difficult cases where there is no biological link with the commissioning party and where adoption of the child is not possible. For this purpose, the decisions of the ECtHR, the position of the DGRN, the 1st Chamber of the Supreme Court, as well as some recent decisions of certain Spanish Appellate Courts are analysed. The latter have emphasised the surrogacy arrangements legalised with all guarantees, especially from the surrogate mother, the best interests of the child and the possession of status lived between parents and children, as elements for the recognition of foreign acts.*

KEY WORDS: Filiation; surrogacy; best interests of the child; possession of status; procreational will.

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.- II. DE LOS CASOS MENNESSON Y LABASSE AL CASO FJÖLNISDÓTTIR DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.- 1. El derecho a la propia identidad del menor.- 2. El mantenimiento (por ahora) del principio de maternidad biológica. 3. El derecho a la vida familiar entre padres e hijos.- III. CRITERIOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL PARA LA INSCRIPCIÓN DE LOS MENORES NACIDOS EN EL EXTRANJERO POR GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. IV. LA RELEVANCIA DEL VÍNCULO BIOLÓGICO EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN.- 1. La verdad biológica y el art. 10.3 LTRHA. 2. La adopción del menor.- 3 ¿Qué ocurre cuando no hay vinculo biológico con la parte comitente y la adopción no es posible?- V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

En España los contratos de gestación por sustitución se consideran nulos de pleno derecho (art. 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en adelante LTRHA). La consecuencia de esta nulidad es que este contrato no despliega los efectos jurídicos que estaba llamado a provocar. De manera que la mujer que está dispuesta a gestar para otro(s), será considerada como madre del recién nacido cuando da a luz (art. 10.2 LTRHA)[1]. Y solo si el padre comitente es el padre biológico, por haber aportado sus gametos en el procedimiento, podría llevar a cabo la acción de reclamación de la paternidad (art. 10.3 LTRHA).

Si atendemos a la vertiente penal, en el Código penal no hallamos la celebración de un contrato de gestación por sustitución tipificada expresamente como delito, aunque sí lo están acciones que lesionan otros intereses protegidos, como es la suposición de parto, la alteración de la paternidad y el estado o la condición del menor (arts. 220-222 CP). De tal manera que solo se plantea su transcendencia criminal cuando, una vez que ha nacido el niño se altera su filiación, adscribiéndolo a otra u otras personas que no le corresponden legalmente[2].

Estas normas han provocado que la gestación por sustitución no se practique (al menos de forma conocida) en España, pero no ha impedido que numerosas

1 Nótese que en los contratos de gestación por sustitución la mujer gestante consiente en ser fecundada a través de técnicas de reproducción asistida y gestar el feto hasta su nacimiento, renunciando a los derechos de filiación que le corresponderían a favor de los padres comitentes. Existen dos formas de gestación subrogada: la que se conoce como "subrogación tradicional" o plena, en la que la mujer gestante aporta su propio óvulo y la "subrogación gestacional", donde la gestante no aporta su material genético, siendo esta última la más frecuente.

2 Domínguez Izquierdo, E.M.: "La eventual relevancia penal de la aplicación de técnicas de reproducción asistida en casos de maternidad subrogada. El alcance del consentimiento", en AA.VV.: *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)* (dir. por F. Lledó Yagüe/M.P. Ferrer Vanrell/ I. Benítez Ortúzar/ C. Ochoa Marieta / O. Monje Balmaseda), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 686-687.

• Virginia Múrtula Lafuente
Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Alicante. Correo electrónico: vmurtula@ua.es

personas, solas o con su pareja, recurran a ella en el extranjero para ver cumplido su deseo de tener un hijo, gracias a empresas que ofrecen aquí sus servicios de asesoramiento y facilitación de trámites para acceder a esta técnica en aquellos países que lo permiten (como Rusia, EEUU, Ucrania o Georgia, entre los destinos preferidos). De hecho, el número de niños nacidos a través de este procedimiento ha ido creciendo año tras año en España[3], en detrimento de las adopciones internacionales, entre otras razones, por el endurecimiento de algunos países en sus condiciones de adopción para con los extranjeros[4].

Con todo, nuestros nacionales no son los únicos que recurren a terceros países donde está permitida la gestación por sustitución como una forma para tener descendencia. Es frecuente que ciudadanos que residen en un Estado se desplacen a otro para acceder a una determinada técnica de reproducción asistida, bien porque les resulta más fácil o más barata en ese país, o simplemente porque en el suyo propio no pueden o está prohibida, dando lugar a un fenómeno de carácter transnacional conocido como "turismo reproductivo" o *cross-border surrogacy*, cuando hablamos de la gestación por sustitución[5].

Este fenómeno ha provocado que las autoridades nacionales de aquellos países en los que está prohibida la gestación por sustitución tengan que dar solución a la situación del menor nacido en el extranjero por este procedimiento y se tambalee en cierta forma el principio de maternidad biológica del Estado que prohíbe gestar por medio de otra mujer. Y ello por cuanto se han visto obligadas a dar prioridad al elemento volitivo o intencional de querer ser padre o madre, incluso en contra de su propio Derecho, en virtud del interés superior del menor (arts. 2.1 y 2.4 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en adelante LOPJM)[6].

3 Según datos publicados, el número de nacimientos por gestación subrogada registrados en España en los registros consulares extranjeros ascienden a casi 1.000 entre los años 2010 y 2016, siendo Estados Unidos, Ucrania, la India y Méjico, por este orden, los principales países de origen de la mayoría de estos bebés (Publicado por *Statista Research Department*, extracto disponible en: https://es.statista.com/estadisticas/912363/nacimientos-por-gestacion-subrogada-inscritos-segun-origen-en-espana/). Los abusos que se estaban produciendo en algunos de estos países y la explotación que sufrían muchas mujeres, han dado lugar a la modificaciones legislativas en India y el estado mejicano de Tabasco que, en 2015 y 2016 respectivamente, restringen el acceso a la gestación subrogada a sus propios nacionales.

4 Véase aquí noticia publicada en el mundo: https://www.elmundo.es/sociedad/2017/03/05/58bbe43cca4741c1428b4579.html.

5 Entre los muchos términos que hay para referirse a esta práctica (como «vientres de alquiler», «madres de alquiler», «maternidad por sustitución», «gestación para otros» o «maternidad por encargo»), hemos preferido utilizar gestación por sustitución, por ser el empleado por la LTRHA, las Instrucciones de la DGRN y las propuestas legislativas que se han realizado en nuestro país. No obstante, en ocasiones también utilizaremos los de maternidad subrogada y gestación subrogada, pues son los tres términos que, siguiendo al Comité de Bioética de España, en su *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 16 de mayo de 2017, pp. 9-10, mejor recogen esta práctica. Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf.

6 Así, de acuerdo con el art. 2.1 LOPJM: "Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las

II. DE LOS CASOS *MENNESSON* Y *LABASSE* AL CASO *FJÖLNISDÓTTIR* DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

En Europa son muchos los países que no permiten la gestación por sustitución, como Alemania[7], Francia[8], Austria, España, Hungría, Italia[9] o Suiza[10], entre otros. El TEDH ha tenido que hacer frente a las reclamaciones de ciudadanos de estos países, fundamentalmente franceses, pues veían que su Estado no reconocía la filiación establecida por las autoridades extranjeras donde habían tenido a sus hijos por gestación por sustitución. Para resolver estas reclamaciones, la Corte europea ha hecho uso del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), que recoge el derecho al respeto de la vida privada y familiar de toda persona[11].

Desde la perspectiva interpretativa de este precepto, el Tribunal de Estrasburgo ha venido considerando que los Estados tienen un gran margen de apreciación en lo relativo a aquellas cuestiones que afectan a la autonomía reproductiva de las personas. No obstante, considera que la negativa de aquellos Estados donde está prohibida la gestación subrogada, no solo a cerrar la inscripción en sus Registros civiles nacionales de los niños nacidos en el extranjero bajo este procedimiento, sino también a su reconocimiento a través de otras formas de filiación cuando existe un vínculo biológico con el padre comitente, es contraria al derecho de los menores al respeto por su vida privada (art. 8 CEDH). Y ello por cuanto asocia el derecho a la vida privada del menor con su derecho a establecer los detalles de su propia identidad como ser humano y este a su vez con el establecimiento de un vínculo de filiación[12].

medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir". Y a su vez precisa el art. 2.4 del mismo texto legal que: "En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

7 §§ 1.7 *Gesetz zum Schutz von Embryonen* (ESchG) (1990) y §§ 13c), 13d) y 14b) *Gesetz über die Vermittlung und Begleitung der Adoption und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern* (AdVermiG) (1976).

8 Arts. 16-1 y 16-7 CC francés, arts. 227-12, 227-13 y 511-24 CP.

9 Arts. 4.3 y 12.6 *Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*.

10 Art. 119.2.d) Constitución federal y art. 4 de la Ley federal suiza sobre Reproducción Médicamente Asistida (1998).

11 De acuerdo con el art. 8 CEDH: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás".

12 Como resume la STEDH, Secc.5.ª, 16 julio 2020 (JUR 2020, 214195), apdo. 49.

De esta forma, obliga a los Estados a tomar en consideración el interés prevalente del menor en estos casos y proceder al reconocimiento de su filiación, aunque vaya en contra de su Derecho nacional[13]. Lo que no exige, sin embargo, el TEDH es que deba hacerse específicamente por medio de la transcripción del certificado extranjero del nacimiento del niño[14], concediendo libertad a los Estados para elegir el medio de determinación de la filiación que mejor estimen protege el interés del menor.

En los casos en los que no existe vinculación biológica entre el menor y la parte comitente, la Corte europea considera lícito que exista un control judicial interno por parte de las autoridades nacionales, que permita realizar una evaluación caso por caso, en orden a evitar la mercantilización de la madre gestante y proteger el interés superior del niño[15]. Aceptando con ello, por ahora, la conformidad con el CEDH del principio de maternidad biológica, frente a los vínculos que han querido construir los padres comitentes con el menor[16].

1. El derecho a la propia identidad del menor.

La jurisprudencia del TEDH sobre la filiación de los menores nacidos en el extranjero por gestación subrogada principia con los casos *Mennesson y Labassee* contra Francia, ambos resueltos en sentencias de 26 de junio de 2014[17]. En los dos asuntos se trataba de matrimonios heterosexuales de nacionalidad francesa que acuden a dos estados de EEUU (California y Minnesota) para tener a sus hijos por gestación subrogada, ante la prohibición de la legislación de su país de realizar este tipo de contratos (art. 16.7 CC francés)[18]. En ambos casos los hombres aportaron sus propios gametos, procediendo el óvulo de donante. Ante la negativa de las autoridades francesas a inscribir las resoluciones judiciales norteamericanas, inscritas a su vez en el Registro civil estadounidense, los matrimonios citados acuden al Tribunal de Estrasburgo invocando el art. 8 CEDH.

13 SSTEDH, Secc. 5.ª, 26 junio 2014, casos Menneson y Labassee contra Francia (JUR 2014, 176908 y 176905, respectivamente) apdos. 100-101; 21 julio 2016, caso Foulon y Bouvet contra Francia (TEDH 2016, 61); y 19 enero 2017, caso Laborie contra Francia (JUR 2017, 14349) y Dictamen Consultivo del TEDH de 10 de abril de 2019, apdo. 38] y STEDH, Secc.5.ª, 16 julio 2020, caso D. contra Francia, (JUR 2020, 214195), apdo. 49. Esta protección del interés superior del menor incluye la protección contra los riesgos de abusos que puede comportar la gestación por sustitución [STEDH, Gran Sala, 24 enero 2017 caso Paradiso y Campanelli (JUR 2017, 25806), apdo. 202].

14 STEDH, Secc.5.ª, 16 julio 2020, caso D. contra Francia (JUR 2020, 214195), apdo. 49.

15 SSTEDH, Secc. 2.ª, 8 julio 2014, caso D. y otros contra Bélgica (HUDOC 29176, 13), Gran Sala, 24 enero 2017 caso Paradiso y Campanelli (JUR 2017, 25806) y Secc. 3.ª, 18 mayo 2021, caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia (TEDH 2021, 63).

16 Según aprecia también Ochoa Ruiz, N.: "Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto c. Fjölnisdóttir y otros c. Islandia, demanda n.º 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021", *Revista Aranzadi Doctrinal,* n.º 9, 2021, p. 12.

17 SSTEDH, Secc. 5.ª, 26 junio 2014 (JUR 2014, 176908 y 176905, respectivamente).

18 De acuerdo con el cual: "Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle".

Este Tribunal entiende justificado que las autoridades francesas se nieguen a inscribir este tipo de nacimientos, para desanimar a los ciudadanos que pretendan recurrir a un método prohibido en su territorio. Pero también considera que deben tener en cuenta que sus actuaciones tienen efectos no solo en los padres de intención, sino también en los hijos concebidos de esta forma. De manera que cada vez que esté en cuestión la situación de un niño, debe primar el interés superior de este sobre el resto.

Así, distinguiendo el derecho de los hijos al respeto a su vida privada, del derecho de los demandantes a su vida familiar (que no considera violado atendiendo a que en el momento en que se pronuncia la sentencia llevaban conviviendo padres e hijas más de 10 años), el TEDH aprecia que la negativa a la inscripción por las autoridades francesas de los niños nacidos por gestación subrogada, sin posibilidad alguna de reconocer el establecimiento de un vínculo de filiación (ya sea mediante la inscripción del acta de nacimiento expedida en el extranjero, ya del acta de notoriedad de la relación *de facto*, ya mediante la constatación de la filiación biológica paterna o la adopción), no respeta el derecho de los menores a su vida privada. En concreto, a la posibilidad de que cada menor tenga la capacidad de establecer los detalles de su propia identidad como ser humano, lo que incluye la filiación. Esto supone un desequilibrio injustificado entre los legítimos objetivos perseguidos por el Estado francés al prohibir la gestación por sustitución, por un lado; y el interés del menor, por otro.

De ahí que aprecie que las autoridades francesas vulneraron del derecho a la identidad personal de las menores, que forma parte de su vida privada (art. 8 CEDH), pues las niñas quedaban avocadas a la incertidumbre de acceder a la nacionalidad de sus padres intencionales, con todas las consecuencias negativas que ello conlleva (apdos. 100-101 caso Mennesson y 70-80 caso Labasse). Por lo que Francia fue condenada al pago de una indemnización de 5.000 euros por el daño causado a cada una de las menores.

Con posterioridad ha habido otros casos más que se han planteado ante el TEDH, como los casos *Foulon y Bouvet* (donde la gestación tuvo lugar en India) y *Laborie* (en Ucrania), que han sido solventados de forma similar a los anteriores, considerando vulnerado el derecho a la vida privada de los menores (art. 8 CEDH), vinculado a su identidad personal[19].

Las diversas decisiones del TEDH condenando al Estado francés por el no reconocimiento de los menores nacidos en el extranjero por gestación subrogada, han motivado una evolución jurisprudencial importante en la *Cour de Cassation*. Así, tras las dos sentencias de los casos Mennesson y Labasse, admitió la transcripción

19 En las SSTEDH, Secc. 5.ª, 21 julio 2016 (TEDH 2016, 61) y 19 enero 2017 (JUR 2017, 14349).

de las actas de nacimiento extranjeras derivadas de contratos de gestación subrogada cuando el padre comitente había aportado su propio gameto y figuraba como madre la gestante, por cuanto se ajustaba a la realidad biológica (Sentencias de la Asamblea Plenaria, de 3 de julio de 2015)[20]. Luego, permitió la transcripción de las partidas de nacimiento extranjeras que designan al padre biológico y a la madre de intención, particularmente cuando el procedimiento de adopción no es posible o su no reconocimiento resulta contrario a la situación de los interesados (Sentencias de la *Cour de Cassation* n.º 648 de 4 octubre 2019 y n.º 1112 de 18 diciembre 2019)[21]. Para acabar, finalmente, por permitir y facilitar la transcripción completa del certificado de nacimiento de los menores, expedidos legalmente por las autoridades extranjeras, donde consta la filiación del niño a favor de los padres comitentes, aunque sean del mismo sexo, siempre que se haya respetado el sistema jurídico del lugar de nacimiento del menor (Sentencias de la *Cour de Cassation* de 4 noviembre, 12 noviembre y 18 noviembre 2020)[22].

2. El mantenimiento (por ahora) del principio de maternidad biológica.

La relación entre la madre comitente y el niño nacido por gestación subrogada fue resuelta por el TEDH en el Dictamen Consultivo de la Gran Sala de 10 de abril de 2019, a requerimiento de la Corte de Casación francesa (de conformidad con el art. 1 del Protocolo n.º 16 del CEDH, que había entrado en vigor tres meses antes de plantearse la consulta)[23]. En ella se trata de dar solución a la última demanda del matrimonio Mennesson. En el Dictamen, el Tribunal de Estrasburgo afirma que la falta de reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño nacido por subrogación y la madre de intención puede ser contraria al interés del menor, al tener consecuencias negativas en varios aspectos de la vida privada de este como: el riesgo a no tener acceso a la nacionalidad de la madre y todo lo que ello conlleva, el derecho a heredar o su relación con ella si los padres comitentes se

20 Asamblea Plenaria, sentencias de 3 de julio de 2015 (D 2015, 1819).

21 La sentencia de 4 de octubre de 2019 de la *Cour de Cassation* ha venido a cerrar el caso Mennesson, a nivel interno, reconociendo la transcripción literal realizada inicialmente en el Consulado de Los Ángeles a favor, tanto del padre biológico como de la madre comitente, ya que la adopción de las niñas (ahora mayores de edad) no era posible.

22 En esta última se trataba de una pareja de hombres de nacionalidad francesa que tiene un hijo por gestación subrogada en Canadá, obteniendo el correspondiente certificado de nacimiento del niño donde ambos figuran como padres. Cuando llegan a Francia solicitan la transcripción de la partida de nacimiento válidamente expedida por las autoridades canadienses. Mientras que el Tribunal de primera instancia de Nantes aceptó esa transcripción íntegra, el Tribunal de Apelación de Rennes solo lo hizo parcialmente respecto del que se suponía que era el padre biológico del menor (pues al parecer este hecho no quedó claramente acreditado). La denegación de la transcripción completa se basó en que "los hechos declarados (en la partida de nacimiento del niño) no se correspondían con la realidad biológica". Sin embargo, el Tribunal de Casación, sobre la base de los arts. 3.1 CDN, 8 CEDH y 47 *Code civil*, ha anulado la sentencia del Tribunal de Apelación de Rennes, lo que supone ordenar la transcripción íntegra de la partida de nacimiento del niño realizada por las autoridades canadienses en el registro civil francés.
Véase la referencia a estas sentencia francesas en: https://www.dalloz-actualite.fr/flash/gpa-et-transcription-de-l-acte-de-naissance-de-l-enfant-cour-de-cassation-persiste-et-signe.

23 Disponible en: https://idibe.org/noticias-legales/dictamen-consultivo-del-tedh-maternidad-subrogada-practicada-pais-extranjero-donde-esta-practica-legal/ y https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22003-6380464-8364383%22]}.

separan o el padre fallece (apdo. 40), así como la ausencia de identificación legal de las personas responsables del satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar (apdos. 42 y 45).

De ahí que el TEDH mantenga que una vez que se ha reconocido la paternidad legal del padre de intención, que a su vez es padre biológico del niño, el derecho al respecto a la vida privada del menor (art. 8 CEDH) exige que la legislación nacional ofrezca también la posibilidad de reconocer un vínculo de filiación con la madre de intención, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como "madre legal", aunque no sea su madre genética (apdo. 46).

No obstante, la Corte europea establece una obligación de resultado, considerando que la elección de los medios por los cuales es posible permitir este reconocimiento está dentro del margen de apreciación de los Estados. En tal situación, el interés del niño es que la incertidumbre sobre la relación jurídica con la madre comitente sea lo más breve posible, cuando dicha relación se haya convertido en una realidad práctica. Este reconocimiento de la maternidad no exige la inscripción en el Registro civil nacional del certificado de nacimiento extranjero, sino que puede materializarse por otras vías, como la adopción, siempre que se garantice su efectividad y celeridad conforme al interés superior del menor (apdos. 48-55).

En esta línea va también la STEDH 16 julio 2020, caso D. contra Francia[24], que mantiene el mismo criterio del Dictamen Consultivo, aunque haya relación genética entre el menor y la madre comitente. En el caso de autos, los demandantes obtuvieron la transcripción del acta de nacimiento ucraniana en relación con la filiación paterna, pero no con la materna, al exigir el Derecho francés que la madre de intención siguiera el procedimiento de adopción para ver reconocida su filiación, incluso aunque exista vínculo genético con el menor, por lo que los padres comitentes acudieron al Tribunal Europeo.

La Corte de Estrasburgo reconoce que no existe violación del art. 8 ni del art. 14 CEDH[25], cuando el Estado francés deniega la inscripción en su Registro Civil del acta de nacimiento del menor nacido en el extranjero por gestación subrogada, si en ella se designa como madre a la que no ha dado a luz al bebé, aunque sea su madre genética. Pues, aunque el Derecho nacional le obliga a la madre a emprender los trámites de la adopción para el reconocimiento del vínculo de filiación, vista la razonable celeridad de los procedimientos de adopción plena en

24 STEDH, Secc. 5.ª, 16 julio 2020, caso D contra Francia (JUR 2020, 214195).

25 De acuerdo con el art. 14 CEDH: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

Francia (que duran cuatro meses de media), existiría un mecanismo eficaz, ágil y no discriminatorio en relación con otros menores nacidos en el extranjero, en orden a garantizar que en las circunstancias particulares de cada caso queda protegido el mejor interés del niño nacido por este procedimiento (apdos. 70 y 86-88).

El hecho de que la demanda se centrara en los derechos del menor (art. 8 -derecho a su vida privada- y 14 CEDH -igualdad con otros menores-) y no de sus padres de intención, motivó que el Tribunal de Estrasburgo no tuviera que pronunciarse sobre la posible discriminación que se puede producir entre el padre genético y la madre genética en cuanto a la forma de determinación de la filiación de su hijo. Aunque es consciente, y así lo manifiesta expresamente en el Dictamen Consultivo, que en algún momento tendrá que pronunciarse sobre esta cuestión. Pero sí deja claro que la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento de la relación entre el menor nacido por gestación subrogada y la madre comitente no es compatible con el interés del menor, que exige, como mínimo, que cada situación sea examinada conforme a las circunstancias particulares de cada caso[26].

3. El derecho a la vida familiar entre padres e hijos.

A juicio del TEDH, las disposiciones del art. 8 CEDH no garantizan ni el derecho a fundar una familia (pues presupone la existencia de la misma), ni el derecho a adoptar[27]. No obstante, en los casos de gestación subrogada, como vamos a tener ocasión de comprobar, aunque ninguno de los comitentes tuviera vínculos biológicos con el niño, puede haber una vida familiar *de facto* que merezca ser amparada por el art. 8 CEDH.

Uno de los primeros asuntos donde se plantea este tema es el caso D. y otros contra Bélgica[28]. El supuesto litigioso surge ante la imposibilidad de un matrimonio belga que había tenido un bebé por gestación subrogada en Ucrania de regresar a su país tras su nacimiento, porque las autoridades belgas rechazaron en un primer momento la expedición de un pasaporte para el niño. Fue finalmente el Tribunal de apelación de Bruselas el que ordenó al Estado belga emitir un documento a nombre del menor para que pudiera salir de Ucrania y viajar a Bélgica con sus padres de intención. Este proceso duró tres meses, durante los cuales los demandantes tuvieron que viajar en varias ocasiones a Ucrania para visitar al niño, al tener que regresar a su país por expiración de su visado.

26 Como afirma Durán Ayago, A.: "Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Gestación por sustitución: primera consulta planteada por la Corte de Casación francesa y primera respuesta para seguir sin desbrozar del todo el camino", *Revista General de Derecho Europeo*, 2019, n.º 48, p.143.

27 STEDH, Secc. 3.ª, 18 mayo 2021, caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia, ap. 57.

28 STEDH, Secc. 2.ª, 8 julio 2014 (HUDOC 29176, 13).

Entre las cuestiones planteadas en este asunto ante el Tribunal de Estrasburgo por parte de este matrimonio se encuentra la violación del derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), como resultado de la separación temporal por la que habían tenido que pasar. El TEDH consideró que la negativa inicial de las autoridades belgas a expedir el pasaporte del menor, aunque suponía una injerencia en su derecho al respeto a su vida familiar, estaba prevista en la ley y justificada en la necesidad de comprobar que no se había producido un tráfico de menores o violado los derechos de la madre gestante (apdos. 52-53). Además, el poco tiempo en el que estuvieron separados (3 meses), el hecho de que los solicitantes podían realizar visitas al niño, junto con la falta de prueba fehaciente del vínculo biológico a cargo de aquellos en primera instancia, determinaron la inadmisibilidad de la reclamación ante el TEDH.

Las consecuencias que pueden acarrear a los padres de intención acudir a terceros países para tener un hijo por gestación subrogada cuando no aportan sus propios gametos, se planteó con toda su crudeza en el asunto *Paradiso y Campenelli*, resuelto en última instancia por la STEDH, Gran Sala, 24 enero 2017[29]. En él se decide sobre las drásticas medidas adoptadas por las autoridades italianas que dieron lugar a la separación permanente del menor de sus padres comitentes en un supuesto de gestación subrogada realizada en Rusia. Estas medidas se tomaron debido a que la documentación presentada para la inscripción del bebé había sido falseada, haciendo figurar al niño como hijo biológico de Sra. Donatina Paradiso y del Sr. Giovanni Campanelli, cuando no lo era.

La Gran Sala reconoció que los hechos en cuestión están relacionados con la vida familiar de los demandantes, pero decidió finalmente, en contra del criterio de la STEDH de 27 enero 2015[30], que las autoridades italianas no habían violado el art. 8 CEDH, a pesar de la existencia de un plan de parentalidad y lazos afectivos entre el menor y los demandantes, teniendo en cuenta la ausencia de vínculo biológico entre ambos, el breve periodo de tiempo que convivieron juntos (8 meses en total) y la precariedad de vínculos jurídicos entre ellos (apdos. 157-158).

La Corte europea consideró legítima la voluntad de las autoridades italianas de reafirmar su competencia en el reconocimiento de la relación jurídica paterno-filial, si el niño no sufre un daño grave o irreparable con la separación de sus padres comitentes (en este caso había sido dado en adopción a otra familia, donde se encontraba perfectamente integrado). Aunque pueda resultar más que discutible justificar la situación de desamparo que da lugar a la adopción de este niño, con el argumento de que no se produce daño grave al menor al retirar la guarda a los

29 STEDH, Gran Sala, 24 enero 2017 (JUR 2017, 25806).

30 STEDH, Secc.2.ª, 27 enero 2015 (TEDH 2015, 17), que fue revocada por la STEDH, Gran Sala, 24 enero 2017.

comitentes[31], lo relevante de esta sentencia, como explicó el Tribunal de Justicia, es la consideración de que puede existir una vida familiar *de facto*, protegible por el art. 8 CEDH, atendiendo a los vínculos personales existentes entre los padres intencionales y el niño, el papel asumido por estos y el tiempo transcurrido juntos (apdo. 149).

Esta última línea jurisprudencial ha encontrado respaldo en la reciente sentencia de 18 de mayo de 2021, *caso Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia*[32]. En ella, el TEDH aprecia que no existe violación del art. 8 CEDH, en cuanto al derecho a la vida familiar de las demandantes y el menor, cuando las autoridades islandesas deniegan en su Registro la inscripción de la relación paterno-filial establecida en el extranjero entre el niño nacido en 2013 por gestación subrogada en EEUU y la pareja comitente, un matrimonio de dos mujeres, faltando el vínculo biológico. Para ello tiene en cuenta, por un lado, los intereses generales que el Estado quería proteger mediante la prohibición de la gestación subrogada; y, por otro, que el disfrute real de la vida familiar de los tres no fue interrumpido por la intervención del Estado islandés.

Los hechos del caso principian cuando el niño entra en Islandia inicialmente como menor extranjero no acompañado. Su tutela legal la asume la administración (en concreto el Comité de Protección de la Infancia de su municipio) y se le nombra una tutora legal. No obstante, las autoridades islandesas llegan a un acuerdo con las comitentes para que el menor permanezca en situación de acogimiento con ellas mientras se resolvía judicialmente su situación. Dos años después el niño obtiene la nacionalidad islandesa tras la aprobación de la Ley n.º 128/2015 sobre la Concesión de la Ciudadanía, pero las madres intencionales seguían sin ser registradas como sus progenitoras, pues con arreglo a la legislación de ese país la madre legal es la mujer que da a luz un niño, con independencia de que se hubieran utilizando sus gametos. Mientras los procedimientos para el reconocimiento de la filiación del niño seguían su curso, la Sra. Valdís G. Fjölnisdóttir y Sra. Eydís Rós G. Agnarsdóttir se divorcian (en mayo de 2015), retirando la solicitud de adopción del menor que habían realizado. Aún en esta situación de separación de las madres, el Estado islandés procuró que el menor pudiera seguir disfrutando de la guarda compartida por ambas, en igualdad de condiciones, a través de un acuerdo de acogimiento.

El TEDH volvió a recordar en esta sentencia que las disposiciones del art. 8 no garantizan ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar (apdo. 57), sino que trata de salvaguardar la familia ya existente donde haya verdaderos vínculos

31 Como aprecia Quicios Molina, S.: "Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación, parto, presunciones, reconocimientos, posesión de estado…e interés superior del menor", en AA.VV.: *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida* (coord. por Y. Bustos Moreno y V. Múrtula Lafuente), Dykinson, Madrid, 2021., p. 314.

32 STEDH, Secc. 3.ª, 18 mayo 2021 (TEDH 2021, 63).

personales. Y al parecer en este caso así se hizo por parte de las autoridades nacionales, pues la relación entre el niño y sus madres comitentes nunca se rompió. Su guarda se otorgó desde el principio a aquellas y cuando se divorciaron, compartieron la guarda del menor a través de dos acuerdos de acogida[33]. Además, siempre tuvieron abierta la vía de la adopción. Por lo que el menor permaneció con ellas a lo largo de los más de cuatro años que duraron estos procedimientos judiciales y también después. Atendiendo a estos hechos, entiende el Tribunal de Estrasburgo que las medidas adoptadas por el Estado demandado para regularizar y garantizar el vínculo entre las madres comitentes y el menor están dentro del margen de apreciación que en estas cuestiones tienen los Estados.

No obstante, existe un voto particular a esta sentencia formulado el juez Lemmens que resulta de especial interés. Como se indica en el mismo, esta resolución se ha fallado a favor del Estado islandés, en la medida en que las demandantes invocaron una violación de su derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH) y este se considera básicamente desde el disfrute de la compañía entre padres e hijos. Otra cosa sería, sin embargo, si se hubiera planteado desde el punto de vista del derecho del menor a su vida privada, lo que incluye su propia identidad (art. 8 CEDH).

El hecho de que esta reclamación no se planteara desde esta última perspectiva, a través del reconocimiento de su filiación conforme a lo establecido en la resolución extranjera y a lo que se desprende de la vida familiar *de facto* que llevaba con sus madres, a pesar de la inexistencia de vínculos biológicos, ha colocado a este menor en una situación de limbo legal. Máxime teniendo en cuenta que la adopción conjunta por sus madres ya no era posible desde que se divorciaron.

La única justificación que cabe encontrar a la última jurisprudencia del TEDH es que con ello este Tribunal quiere dejar por ahora a salvo el principio de maternidad biológica del Estado que prohíbe la gestación por sustitución y que las autoridades nacionales puedan seguir ejerciendo un control sobre estos contratos caso por caso, siempre que se respete el interés del menor y exista un mecanismo eficaz y rápido que permita reconocer la relación entre el menor y la parte comitente. Pero, precisamente en virtud del interés prevalente del menor, esta posición debe replantearse y parece que el TEDH deja la puerta abierta para

33 Inicialmente se llegó a un acuerdo de acogida donde el niño quedaba al cuidado de las dos mujeres. Tras su divorcio, se llegó a un nuevo acuerdo de acogimiento a favor de una de ellas y de su cónyuge por un año con la condición de que la segunda tuviera un derecho de visitas y luego a la inversa. Debido a que el Derecho islandés no se permiten acuerdos de acogimiento temporales más allá de dos años, a finales de 2019 llegaron a un acuerdo de acogimiento permanente a favor de la primera mujer y su cónyuge, en igualdad de acceso con del menor de la segunda y su cónyuge.

ello[34], cuando la mujer comitente es la única que ha aportado la carga biológica y no puede adoptar e incluso, como apunta el juez Lemmens en la sentencia del caso *Fjölnisdóttir*, cuando no haya vinculación biológica con ninguno de los padres comitentes y repercuta negativamente en la vida privada del menor nacido por gestación subrogada la falta de reconocimiento de la relación jurídica entre el niño y el o los/las progenitor(es) intencional(es).

III. CRITERIOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL PARA LA INSCRIPCIÓN DE LOS MENORES NACIDOS EN EL EXTRANJERO POR GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Los primeros en conocer la problemática que se genera con la gestación por sustitución en España han sido nuestros registros civiles consulares, que dependen en última instancia de las directrices marcadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP). A este organismo llegan los recursos de ciudadanos españoles contra las resoluciones de los distintos encargados de los Registros civiles consulares, que deniegan la inscripción de los certificados de nacimiento de niños nacidos en el extranjero en virtud de contratos de gestación por sustitución.

La Resolución de 18 de febrero de 2009[35] fue la primera respuesta a este problema por parte de la DGRN. En ella se resolvió el recurso que planteó un matrimonio de varones contra el auto del encargado del RC consular español en Los Ángeles, que denegó la inscripción de sus gemelos que habían nacido en California por gestación por sustitución y procedió a su inscripción.

En su razonamiento la Dirección General consideró que en la disyuntiva entre dejar sin filiación inscrita en el Registro Civil a unos menores que son indudablemente hijos de un ciudadano español, puesto que uno de ellos había aportado sus propios gametos [art. 17.1.a) CC], o permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación determinada en virtud de la certificación californiana, siempre será preferible proceder a dicha inscripción atendiendo al interés superior del menor. Y ello por cuanto lo primero supondría una contravención al art. 3 de la Convención sobre Derechos del Niño (1989), adoptada por Naciones Unidas y ratificada por España (1990), que incluye entre otros derechos los del menor a tener una "identidad única", según jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[36]. Todo ello se traduce en el derecho de tales menores a tener los

34 Como afirma el Tribunal de Justicia en el Dictamen de 10 de abril de 2019, "en el futuro podría verse obligado a seguir desarrollando su jurisprudencia en este ámbito, en particular a la vista de la evolución de la cuestión de la gestación subrogada" (apdo. 36).

35 RDGRN 18 febrero 2009 (RJ 2009, 1735).

36 SSTJCE 2 octubre 2003 (TJCE 2003, 314) y 14 octubre 2008 (TJCE 2008, 235).

mismos padres en todos los países y a tener una nacionalidad que les garantice la protección de un Estado, sin tener que cambiar de filiación cada vez que cruzan la frontera de los Estados Unidos con destino a España y viceversa.

Esta resolución y la inscripción registral practicada en ejecución de la misma fue recurrida por el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad y revocada por la SJPI Valencia 15 septiembre 2010[37]. La SAP Valencia 23 noviembre 2011[38] ratificó esta resolución y la STS (Pleno) 6 febrero 2014[39], por cinco votos contra cuatro, la respaldó definitivamente. Y ello por cuanto la Sala 1.ª no admitió como argumento el interés superior del menor como un medio para conseguir un resultado que apreció contrario a ley, en concreto al art. 10 LTRHA y, como tal, contrario al orden público internacional español. Entre otras razones, por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en valores constitucionales de la dignidad de la persona, en particular el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante y del propio menor, convertirlo en objeto del tráfico mercantil en este tipo de contratos (FD 5.º apdo. 7)[40]. No obstante, insta al Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones pertinentes que habilita nuestro ordenamiento jurídico para determinar la correcta filiación de los menores y su protección, tomando en consideración la filiación biológica con respecto a quienes hayan aportado sus propios gametos y la efectiva integración de los niños en ese núcleo familiar *de facto* formado por ellos, el progenitor biológico y su cónyuge[41].

37 SJPI n.º 15 Valencia 15 septiembre 2010 (AC 2010, 1707).

38 SAP Valencia, Secc. 10.ª, 23 noviembre 2011 (AC 2011, 1561).

39 STS (Pleno) n.º 835/2013 6 febrero 2014 (RJ 2014, 833).

40 Frente a la posición mantenida por la Sala 1.ª del TS, la Sala de lo Social del TS ha obviado lo dispuesto en el art. 10.1 LTRHA y ha colocado el interés superior del menor por encima de cualquier otra consideración. Para el Pleno de la de lo Social la gestación subrogada es una situación que queda protegida por nuestro sistema de la Seguridad Social, reconociendo el derecho de los trabajadores que han tenido hijos a través de este procedimiento y se encuentran inscritos en el RC consular, a gozar de las prestaciones y derechos derivados de esta paternidad (art. 48 ET). La razón de este reconocimiento se halla, a juicio de la Sala de lo Social, en la consideración de que el contrato nulo no suprime la necesidad de la prestación, que se encuentra en el cuidado y asistencia de los hijos durante el periodo posterior al nacimiento por parte de cualquiera de los padres por naturaleza, adopción o acogimiento. Así, SSTS (Pleno), n.º 881/2016 25 octubre 2016 (RJ 2016, 6167) y n.º 953/2016 16 noviembre 2016 (RJ 2016, 6152); y SSTS n.º 1002/2017 y 1005/2017 14 diciembre 2017 (RJ 2017, 5889 y 6015, respectivamente), n.º 277/2018 13 marzo 2018 (RJ 2018, 1518) y n.º 347/2018 22 marzo 2018 (RJ 2018, 1414).

41 Aunque la sentencia de 6 de febrero de 2014 fue dictada por el Pleno de la Sala 1.º del TS y pretende, por tanto, sentar jurisprudencia, estamos ante una sentencia muy discutida, pues cuenta con un voto particular emitido por uno de los magistrados, al que se adhirieron otros tres, lo que evidencia lo controvertido de esta cuestión. El voto particular de esta sentencia fue en la línea de ratificar estas situaciones precisamente por el interés superior del menor, entendiendo que en caso contrario se coloca a los menores en una especie de limbo jurídico que no les beneficia y, además, entiende que el principio debe ser evaluado en cada caso concreto, atendiendo a sus circunstancias particulares.

Esta sentencia del TS ha sido también muy comentada por la doctrina patria, entre otros, véase aquí, Heredia Cervantes, I.: "Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014. Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2014, n.º 96, pp. 177-214; Vázquez Muiña, T.: "No se puede inscribir en el Registro Civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, n.º 8 (feb.), pp. 80-96; y Calvo Caravaca, A.L. / Carrascosa González, J.: "Gestación por sustitución en California: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014)", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (coord.

Mientras el TS decidía el recurso de casación que resuelve en la sentencia de 6 de febrero de 2014, la DGRN dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución[42]. En ella se fijan los criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil español de estos nacimientos. Como ha manifestado una parte importante de la doctrina, esta Instrucción ha venido a legalizar *de facto* la gestación por sustitución, en lo que puede considerarse una auténtica legalización administrativa de estas situaciones[43].

De acuerdo con la Instrucción de 2010 es posible inscribir a los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero, siempre que: i) se presente junto a la solicitud de inscripción la resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido a favor de uno de los solicitantes que sea a su vez el padre biológico (art. 10.3 LTRHA); ii) salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur o bien, si tiene su origen en un procedimiento análogo al español de jurisdicción voluntaria, el encargado del RC controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España.

La Dirección General considera que la exigencia de dicho control incidental sobre la resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente es un medio idóneo para que el encargado del RC pueda verificar, antes de proceder a la inscripción de la filiación, que los requisitos de perfección y contenido del contrato de gestación por sustitución respecto del marco legal del país donde se

por M. Yzquierdo Tolsada), 2016, vol. 6, pp. 395-410, para quienes la admisión en España de los efectos legales de la resolución extranjera que reconoce la filiación por gestación subrogada no vulnera el orden público internacional español, pues consideran, por un lado, que el principio del interés superior del menor tiene preferencia en estos casos (en línea con el voto particular formulado a la STS 6 febrero 2014) y está por encima de lo dispuesto en la LTRHA; y, por otro, "apreciar en estos casos *Forum Shopping* fraudulento no es siempre procedente, porque los menores no son responsables de los actos de sus padres y…podría conducir a «castigar a los hijos»".

42 BOE n.º 243, de 7 octubre de 2010.

43 En este sentido, entre otros, Barber Cárcamo, R.: "La «legalización administrativa» de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, n.º 739, pp. 2905-2950; De Verda y Beamonte, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018, vol. 4, n.º 1, p. 339; y Nanclares Valle, J.: "El interés superior del menor en la gestación por sustitución", *Revista General de Derecho Constitucional*, 2020, n.º 31, pp. 12 y 14, quien afirma que la DGRN prejuzga totalmente la cuestión cuando afirma que los padres intencionales constituyen el ambiente que asegura al niño el cuidado y la protección que necesita, pues "esto tendría que ser objeto de una valoración *ad casum* y no con un criterio general derivado de la mera voluntad de tener hijos".
En contra de esta resolución, pero por otros motivos, como son las normas de Derecho internacional privado español [entre ellas, la consideración de que son españoles los hijos de españoles (art. 17.1. a) CC) y la falta de previsión legal de la necesidad de que una resolución como la que reconoce la filiación del menor, acreditada en un Estado extranjero, deba de pasar por los trámites del «exequatur», burocratizando innecesariamente la cuestión], se pronuncia Calvo Caravaca, A.L. / Carrascosa González, J.: "Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* 2011, vol. 3, n.º 1 (marzo), pp. 247-262.

ha formalizado se han cumplido, así como que se han respetado los derechos de las partes[44]. Especialmente, podrá comprobar que el consentimiento de la madre gestante se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia, que tiene capacidad natural suficiente y que ha renunciado a ejercer los derechos derivados de la filiación de forma irrevocable. Y también que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor o existe simulación en el contrato de gestación que encubra el tráfico internacional de menores[45].

Advierte asimismo la Dirección General, en la directriz segunda de la menciona Instrucción, apartándose del criterio sentado en la Resolución de 18 de febrero de 2009, que "en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en que no conste la identidad de la madre", queriendo con ello garantizar la exigencia de que no se va a vulnerar el derecho del menor a conocer su origen biológico (art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional). Si bien no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el art. 10.3 LTRHA, que se remite a un procedimiento de determinación de la filiación basado en la vinculación biológica con el padre comitente.

La Dirección General interpreta que la STS 6 febrero 2014 no impide la inscripción registral cuando se cumplen las condiciones establecidas en la Instrucción de 2010, ya que la sentencia del Supremo se había basado en un supuesto en el que se pretendía la mera transcripción de una certificación registral. Esta última tiene un contenido limitado que no permite desplegar el control incidental sobre todos los extremos a los que se refiere dicha Instrucción, control que persigue salvaguardar los intereses tanto del hijo como de la madre gestante, así como de los padres comitentes[46].

44 Según explica Díaz Fraile, J.M.: "La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea", *Revista de Derecho Civil*, 2019, vol. VI, n.º 1 (enero-marzo), p. 101, lo que pretende la Dirección General con este control es que el encargado del RC consular inscriba una relación de filiación previamente declarada por una autoridad judicial extranjera, ejerciendo una "tutela por reconocimiento", no una "tutela declarativa", motivo por el cual la invocación de los arts. 10.1 y 2 LTRHA resultaría improcedente.
Nótese aquí, por otro lado, que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 46.1.a) de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán cuando fueran contrarias al orden público. Por lo que cabe entender que la DGRN no considera los contratos de gestación por sustitución con carácter general contarios al orden público, porque entonces no sería inscribible la resolución judicial que los avale.

45 Advierte a este respecto el *Informe* (de la ONU) *de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños* (disponible en: https://undocs.org/es/A/HRC/37/60) en su punto 70 (p. 19), que "los Estados no deberían reconocer automáticamente las órdenes de patria potestad o las partidas de nacimiento cursadas por Estados extranjeros en relación con modalidades comerciales de gestación por sustitución, sino examinar detenidamente el procedimiento tramitado en el extranjero".

46 En este sentido véase el Informe emitido por la DGRN de 11 de julio de 2014, seguido por las RRDGRN n.º 14/2014 19 diciembre 2014 (RJ 2015, 5079), n.º 2/2015 16 enero 2015 (RJ 6128), n.º 1/2017 27 octubre 2017

La exigencia de una resolución judicial por parte de la DGRN ha provocado que muchos niños de parejas españolas que habían acudido a países del Este de Europa (como Ucrania, Georgia o Rusia), donde la filiación que deriva de un convenio gestacional se formaliza a través de una certificación emitida por la autoridad competente de ese país, hayan tenido verdaderas dificultades para salir de esos países en orden a iniciar las acciones de filiación oportunas en España[47].

La Instrucción de 2010 ha venido a ser respaldada por la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución[48], dejando sin efectos la efímera Instrucción de 14 de febrero de 2019 (que no llegó a publicarse en el BOE)[49]. Esta última pretendía dar carta de naturaleza a ciertas prácticas de algunos RC consulares, permitiendo la inscripción de los menores nacidos por gestación por sustitución cuando se probara el vínculo biológico paterno, mediante reconocimiento legal del padre confirmado a través de una prueba de ADN[50]. Ya no sería necesario, por tanto, una sentencia firme extranjera que acredite la filiación de los comitentes, sino sencillamente la declaración del padre ante el encargado del Registro Civil consular, acompañada del consentimiento expreso de la madre gestante (conforme al art. 44.7 LRC 2011) y, en su caso, del marido de esta. Además, establecía la posibilidad de que la filiación materna quedara determinada a favor de la madre comitente, si esta había aportado su óvulo y había acudido a este procedimiento sola o con otra mujer (unida por matrimonio o en pareja), por aplicación analógica del art. 10.3 LTRHA. Sin embargo, no salió

(JUR 2019, 101775) y n.º 27/2018 18 mayo 2018 (JUR 2019, 280401), entre otras.

47 Esta dificultad se constata con mayor gravedad en el caso resuelto por la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª, n.º 209/2017 13 marzo 2017 (JUR 2017, 79539), donde el Tribunal rechaza la concesión de un salvoconducto para que el niño nacido en Moscú por gestación por sustitución pueda salir de Rusia para venir a España con sus padres de intención. Para ello el Tribunal tiene en cuenta que de acuerdo con el art. 8 RD 116/2013, de 15 de febrero, por el que se regula la Expedición del Pasaporte Provisional y del Salvoconducto, tienen derecho a que se les expida un salvoconducto para desplazarse a España "los ciudadanos españoles", y este niño no lo era porque los padres comitentes no habían aportado material genético para la gestación (aunque manifestaron en el consulado que quien había dado a luz era la madre comitente) y tampoco se había acreditado convivencia con el menor en Rusia (los padres tuvieron que salir del país por expiración de sus visados tras los tres meses del nacimiento del niño, dejándolo a cargo de una niñera). El problema es que, de acuerdo con la legislación rusa, ese niño es español, porque la legislación de ese país admite la gestación por sustitución y se han cumplido los requisitos exigidos para ello (especialmente la prestación del consentimiento por la madre gestante para el registro de los promotores como padres del menor). Por lo que queda atrapado en un auténtico limbo jurídico.

48 BOE n.º 45, de 21 de febrero de 2019.

49 Aunque la podemos encontrar disponible en: https://www.elindependiente.com/wp-content/uploads/2019/07/instrucci%C3%B3n-14-febrero-2019.pdf.

50 Como observa Quicios Molina, S., "La respuesta de los ordenamientos jurídicos, que prohíben la gestación por sustitución, a las demandas de inscripción de los hijos de nacionales nacidos en el extranjero: El caso español", en AA.VV.: *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez: Perspectivas de derecho comparado* (ed. por N. González Martín), UNAM, México, 2021, p. 192, se enviaba material genético a España con el objeto de conseguir una prueba biológica de paternidad fuera de todos los cauces legales. Y si la prueba daba un resultado positivo, se podía inscribir la paternidad. Por lo que suponía una colaboración activa del Estado en favorecer los efectos de la gestación por sustitución.

adelante precisamente por el rechazo del Gobierno socialista a la maternidad por sustitución[51].

Volviendo a la situación ya existente, la Instrucción de 18 de febrero de 2019 considera que no se estimarán solicitudes de inscripción en el RC consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción (el 21 de febrero de 2019), salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequátur, u objeto del debido control incidental cuando la resolución tenga su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria[52]. En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción de nacimiento una certificación registral extranjera o una simple declaración, acompañada de una certificación médica relativa al nacimiento donde no conste la identidad de la mujer gestante.

En estos casos, el encargado del RC consular deberá suspender la inscripción, se le notificará al M.º Fiscal (de conformidad con el art. 124 RRC) y, si procede, el solicitante podrá obtener de las autoridades locales el pasaporte y los permisos necesarios para viajar a España. Una vez aquí y para comprobar que todas las garantías se cumplen (como indica la Instrucción de 2010), se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de la filiación (art. 108 CC)[53].

La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil no ha cambiado mucho la situación actual (arts. 96 y 98)[54]. De manera que salvo que el TS varíe su posición sobre esta cuestión o se introduzcan cambios normativos[55], seguirá siendo la única solución "fácil" para la inscripción de estos menores la ofrecida por la Instrucción

51 *Vid*. para mayor detalle sobre esta Instrucción Andreu Martínez, M.ªB.: "Una vuelta de tuerca", cit., p. 83 y ss.; y Muñoz Rodrigo, G.: "La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019", *Actualidad Jurídica iberoamericana*, 2019, n.º 10 bis, pp. 728-732.

52 Aunque la Instrucción de 14 de febrero de 2019 no llegó a entrar en vigor, hay autores que han mantenido que debería tenerse en cuenta para resolver los nacimientos producidos antes del 21 de febrero de 2019, pues la Instrucción de 18 de febrero la deja sin efecto en relación con los niños nacidos por este procedimiento con posterioridad a la publicación de la misma en el BOE (en este sentido, Andreu Martínez, M.ªB.: "Una vuelta de tuerca", cit., p. 79 y Quicios Molina, S., "La respuesta de los ordenamientos…", cit., p. 190, not. 39).

53 Como declaran las RRDGSJFP n.º 1 a 16 de-19 junio 2020 (*Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2242, julio 2021).

54 Pues el art. 96 LRC (2011) se refiere a la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras (con independencia de que tengan su origen en un procedimiento contencioso o de jurisdicción voluntaria) y requiere la previa superación del trámite del exequátur. El art. 98 LRC (2011), precisa los requisitos para la inscripción de las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros y exige que «no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español», donde entrará en juego la interpretación que de él hagan los tribunales sobre la base de los criterios interpretativos sentados por la STS 6 febrero 2014. Además, en el caso de que la certificación constituya mero reflejo de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro (art. 98.2 LRC).

55 Como apunta Heredia Cervantes, I.: "La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2015, n.º 2179 (junio), p. 389.

de la DGRN de 2010 (inscripción de la resolución judicial dictada por tribunal competente extranjero cuando exista vínculo biológico con el padre comitente), y como vía alternativa la señalada por la STS 6 febrero 2014 y concreta el Auto del TS de 2 de febrero de 2015[56] (determinación de la filiación a través del reconocimiento de la filiación biológica, la adopción o acogimiento del menor).

IV. SOBRE LA RELEVANCIA DEL VÍNCULO BIOLÓGICO ENTRE EL MENOR Y LA PARTE COMITENTE EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN.

La filiación es un vínculo jurídico entre padres e hijos que genera obligaciones y derechos, como la atribución de la patria potestad, la guarda y custodia, la determinación de los apellidos, la adquisición de la nacionalidad o los derechos sucesorios. El art. 108 CC dispone que la filiación puede tener lugar por adopción o por naturaleza. Esta última a su vez puede ser matrimonial (art. 115 CC) o no matrimonial (art. 120 CC). En este último ámbito, el parto es el hecho biológico que determina legalmente la filiación materna (arts. 120.5º CC y 44.4 pf. 2.º LRC 2011), y el reconocimiento del hijo como propio, lo sea o no biológicamente, la paterna (art. 120.1.º, 2.º y 3.º CC y 7 LTRHA).

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, la filiación derivada de los acuerdos de gestación por sustitución vendría determinada por el parto a favor de la mujer gestante (art. 10.2 LTRHA). Y si el padre comitente es el padre biológico del menor, podría llevar a cabo la reclamación de su paternidad "conforme a las reglas generales" (art. 10.3 LTRHA). Las acciones a las que se refiere este precepto son las generales de determinación legal de la filiación, reguladas en los arts. 764 y siguientes de la LEC, siendo competentes los tribunales españoles, en virtud de los criterios de competencia judicial internacional fijados en el art. 22 LOPJ.

Como vamos a tener ocasión de desarrollar en las siguientes líneas, nuestros tribunales parecen haber encontrado otra forma para determinar la filiación del menor nacido en el extranjero por gestación por sustitución, distinta del reconocimiento del padre biológico o la adopción, en aquellos supuestos en los que no procede ninguna de las dos vías.

56 El ATS (Pleno) 2 febrero 2015 (RJ 2015, 141), que resuelve el incidente de nulidad promovido contra la STS 6 febrero 2014 como consecuencia de las decisiones del TEDH sobre los casos de gestación subrogada en Francia, aclara que el TS en dicha sentencia da la posibilidad del reconocimiento de la filiación en los casos de gestación por sustitución cuando existe vínculo genético, al acordar que solo se anulará la mención de la filiación de los menores en tanto se determina la filiación biológica paterna. De modo que una vez que quedara determinada la filiación biológica paterna, su pareja podría adoptar atendiendo a la situación familiar *de facto* existente (arts. 176.2.2ª y 177.2 CC); y, en todo caso (aunque ninguno de ellos fuera el padre biológico), si los comitentes y los niños forman efectivamente un núcleo familiar de hecho, sería posible la adopción o el acogimiento (al considerarse una situación de desamparo por la decisión de la madre gestante de no ejercer sus funciones como tal). Atendiendo a que se trata de una situación temporal que puede tener una duración razonablemente breve, no alcanza a juicio del TS entidad como para considerar que se vulnera de esta forma el interés del menor.

En esta otra forma de determinación de la filiación está presente la voluntad inicial de ser padre o madre de la parte comitente (manifestada en el contrato de gestación por sustitución debidamente legalizado), la idoneidad para serlo, la posesión de estado (constatada por la existencia de una relación paterno-filial de facto) y el interés superior del menor, en orden a proceder al reconocimiento y consiguiente transcripción del acta extranjera de nacimiento del niño. Y ello por cuanto, una realidad que no se puede ocultar es que el niño nacido por gestación por sustitución en el extranjero tiene derecho a una identidad nacional que corresponda con el Estado donde desarrolla su vida familiar y al reconocimiento de su filiación, como interpreta el TEDH. La acción contraria a derecho (o "contra legem") de quienes han propiciado su existencia no puede suponer perjuicio alguno para ese menor, aunque tampoco se pueda erigir la voluntad procreativa por sí sola en un título legítimo para determinar la filiación a favor de esos padres comitentes. La resolución de estos casos difíciles requerirá, por tanto, un examen *in concreto* por parte del juez de la relación de filiación legalmente establecida en el extranjero, atendiendo a los elementos señalados. Cuando concurran, podrá procederse al reconocimiento judicial de esta filiación procediendo a la inscripción de la certificación o sentencia otorgada por las autoridades extranjeras.

1. La verdad biológica y el art. 10.3 LTRHA.

Cuando el padre comitente ha aportado su propio gameto para la fecundación asistida, nos encontramos con el principio de verdad biológica. De manera que por más que en España el art. 10.1 LTRHA declare nulo el contrato de gestación por sustitución, no impide la atribución al nacido de su filiación, al menos si existen vínculos biológicos con él, por aplicación del art. 10.3 LTRHA. Ya que esta norma, pese a que declara la nulidad del contrato, deja "a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales"[57].

Si la resolución judicial extranjera cumple los requisitos establecidos por la Instrucción de la DGRN de 2010 (ratificada por la Instrucción de 18 de febrero de 2019) y el padre biológico reconoce la paternidad que en ella se refleja, no tendría que haber problemas en la inscripción de esa filiación en el registro civil consular correspondiente, dando así valor legal a este acto voluntario de admisión de la paternidad (arts. 120.2.º y 124 CC)[58]. Este reconocimiento requiere el consentimiento expreso de la madre gestante (art. 44.7 LRC 2011).

57 Como afirma Femenía López, P.: *La determinación de la filiación…*, cit., p. 201, con carácter general los inconvenientes que puedan surgir en el proceso de fijación de la filiación biológica paterna y de la adopción por su cónyuge o pareja son transitorios, superables y no alcanzan un nivel de gravedad tal que puedan considerarse constitutivos de un desequilibrio entre los intereses de la comunidad, los fijados por el legislador sobre la filiación y la reproducción asistida y el interés de los menores.

58 Quicios Molina, S., "La respuesta de los ordenamientos…", cit., p. 199.

En los supuestos que se han planteado en la práctica para su inscripción, lo habitual es que la mujer gestante esté soltera. Si estuviera casada, bajo mi punto de vista, no debería ser necesario realizar una previa impugnación de la filiación del menor respecto del marido de la gestante[59]. Atendiendo fundamentalmente a que, en los Estados en los que está reconocida y legalizada la gestación por sustitución[60], es necesario el consentimiento del marido para que su mujer se someta a este procedimiento y la consiguiente renuncia a la filiación del niño fruto de este contrato (normalmente antes, pero también es posible después del parto para que las autoridades extranjeras puedan emitir el correspondiente certificado de nacimiento del niño)[61].

Cuando la filiación haya venido determinada por una mera certificación administrativa o no se haya procedido a la inscripción en el registro consular correspondiente, será necesaria la reclamación judicial de la filiación por el padre biológico (art. 10.3 LTRHA y art. 133 CC) y la posterior adopción por su cónyuge o pareja. En estos casos, la posesión de estado es un elemento más de prueba de la relación biológica entre el padre y el niño nacido por gestación por sustitución que debe ser tenida en consideración[62].

Si el menor es con la madre comitente con quien comparte vínculos genéticos, en la medida en que en nuestro ordenamiento la maternidad se sigue identificando con el hecho biológico del nacimiento (art. 10.2 LTRHA), sería necesario que esta adopte al menor para establecer una relación de filiación. No obstante, como indica la Corte de Estrasburgo, la incertidumbre sobre la relación jurídica con la madre comitente debe ser lo más breve posible y quedar determinada cuando dicha relación se ha convertido en una realidad práctica. Por lo que, a mi parecer, en los casos en los que no fuera posible la adopción, la madre comitente que ha aportado su propio óvulo podría ver reconocida la filiación judicialmente por

59 En sentido contrario, sin embargo, Lledó Yagüe, F.: "La filiación en la gestación subrogada: el estado de la cuestión (1988-2019)", en AA.VV.: *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)* (dir. por F. Lledó Yagüe/M.P. Ferrer Vanrell/ I. Benítez Ortúzar/ C. Ochoa Marieta / O. Monje Balmaseda), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 45-46.

60 Véase con más detalle sobre las distintas regulaciones Vilar González, S.: *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado,* Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 192 y ss.

61 Como pongo de manifiesto en mi trabajo: "El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución: una propuesta de regulación desde los derechos de la mujer gestante", en AA.VV.: *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida* (coord. Por Y. Bustos Moreno y V. Múrtula Lafuente), Dykinson, Madrid, 2021, p. 363 not. 187, una, entre otras de las objeciones que habría que hacer a la "Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución" realizada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos el 16 de julio de 2019 (BOCG de 16 de julio 2019), es que contempla la gestación por sustitución como un proceso entre dos partes, la mujer gestante y el/los progenitores subrogantes, sin hacer mención en ningún lado al necesario consentimiento del marido o cónyuge de la gestante en el acuerdo. Pues, aunque este sea necesario para acceder a las técnicas de reproducción asistida (art. 6.3 LTRHA), también lo debería ser en el acuerdo de gestación por sustitución, si no se quiere que juegue la presunción de paternidad del niño nacido por este procedimiento conforme a lo dispuesto en el art. 116 CC.

62 Véase en este sentido la SAP Granada, Secc. 5.ª, n.º 222/2019 3 mayo 2019 (JUR 2020, 20463).

aplicación del principio de igualdad (art. 14 CE) y precisando renuncia de la mujer gestante (arts. 131 y 132 CC y 44.4.II LRC 2011)[63].

En el supuesto de que el niño nacido por gestación por sustitución hubiera sido fruto de los gametos aportados por ambos padres intencionales, de acuerdo con lo dispuesto por el TEDH y el TS, la vía sería el reconocimiento del padre biológico y la adopción por parte de la madre comitente, si seguimos atendiendo al principio de que la madre legal es la que da a luz (art. 10.2 LTRHA)[64].

Una vez determinada la filiación a favor de los padres de intención, lo que no será posible es buscar la impugnación de la misma alegando la nulidad del contrato de gestación por sustitución que establece el art. 10.1 LTRHA. Como ocurrió en el caso descrito por la SAP Madrid, Secc. 24.ª, 7 julio 2020[65], donde el padre biológico presentó una demanda por la que solicitaba que se declarase que su exmarido no podía considerarse progenitor de los hijos que ambos habían tenido por gestación por sustitución en Los Ángeles (California) y que habían sido inscritos como tales; y se anulase y dejase sin efecto la inscripción registral de esa filiación tanto del Registro Central como del RC consular de España en los Ángeles, manteniendo solo la paternidad a su favor. La sentencia de primera instancia desestimó la acción porque consideró que la misma se hallaba caducada conforme a lo establecido en el art. 136.1 CC (según el cual: "El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil"), puesto que la inscripción tuvo lugar el 14 de julio de 2011 y la demanda se presentó el 20 de julio de 2018. Sin embargo, el recurrente consideró que la acción entablada no es de impugnación de la filiación matrimonial, sino declarativa y de anulación de la filiación basada en el art. 10 LTRHA, que establece la nulidad de pleno derecho de la gestación por sustitución.

63 En esta dirección también, Navarro Michel, M.: "La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿cómo?", en AA.VV.: *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos* (coord. por R. García Manrique), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 253; Quicios Molina, S.: "La respuesta de los ordenamientos…", cit., p. 201; y Vela Sánchez, A. J.: *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Reus, Madrid, 2015, p. 224.
En contra, Gonsáles Pérez de Castro, M.: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 351, por considerar imperativo el art. 10 LTRHA y el principio de que la madre es la que da a luz, sin importar si la madre biológica es otra persona.

64 Así, el AAP Granada, Secc. 5.ª, n.º 183/2018 16 noviembre 2019 (JUR 2019, 239909), aprecia el recurso conta el auto que deniega la solicitud de adopción de dos menores nacidos por gestación por sustitución en Ucrania por parte de la madre comitente y lo revoca acordando la adopción. El JPI la había denegado, atendiendo a que existían razones suficientes para considerar que la promotora del expediente de adopción era la madre biológica de los niños (por haber aportado su óvulo) y de acuerdo con el art. 175.3.1 CC, no puede adoptarse a un descendiente. La Audiencia considera que la resolución impugnada infringe la normativa sobre determinación de la filiación materna en caso de gestación por sustitución, por cuanto de acuerdo con el art. 10.2 LTRHA la maternidad queda determinada por el parto, incluso en el caso de que la concepción hubiera provenido del óvulo de aquella mediante técnicas de fecundación. Además, resulta claramente contraria al interés de los menores concernidos por la solicitud de adopción, pues, junto al padre biológico de los niños, forman una familia de facto.

65 SAP Madrid, Secc. 24.ª, n.º 586/2020 7 julio 2020 (JUR 2020, 333891).

La Audiencia, con buen criterio, apreció no solo que la impugnación formulada está caducada conforme al art. 136.1 CC, sino que es claramente contraria a la buena fe (art. 7.1 CC) y como tal no podía ser estimada. Pues el demandante, había prestado el consentimiento en el negocio jurídico que pretende que el Tribunal considere nulo por ser contrario al ordenamiento jurídico, y, además, fue promotor y conseguidor de la inscripción que ahora trata de atacar. Su demanda supone un claro ejemplo de abuso de derecho, aprovechando los resquicios legales de la deficiente regulación de estas situaciones. El demandante pretende privar a sus hijos de un estado civil que llevan ostentando desde que tenían dos años (y ahora tienen 11), sin aportar un solo argumento sobre cuál es el interés superior de los menores.

En cuanto a si el art. 10.1 LTRHA contiene o no una norma de orden público, resulta de especial interés el AAP Barcelona, Secc. 18.ª, 17 marzo 2021[66], por los razonamientos que realiza el Tribunal en torno a la excepción de orden público, tal y como ha sido entendida por la STS 6 de febrero 2014 (en cuanto que el contrato de gestación por sustitución atenta a la dignidad de la gestante y mercantiliza al niño). Así, la Audiencia no encontró impedimento para no reconocer una sentencia emitida por un tribunal colombiano, que declaró que la menor no era hija de la madre gestante, por cuanto la dignidad y la voluntad de esta habían quedado garantizadas en este proceso judicial contradictorio. Tampoco ve que afecte a la dignidad del niño "porque no habría nacido sin la gestación subrogada". Es precisamente el interés de la menor lo que se vería afectado si la gestante no lo garantiza y no se reconoce la filiación de los padres intencionales. Por lo que reconoce la validez de sentencia colombiana e insta al padre biológico a que promueva la correspondiente inscripción de la filiación de la niña, que había sido cancelada por el Encargado del RC en Bogotá como consecuencia de la sentencia dictada por el tribunal de ese país[67].

2. La adopción del menor.

Respecto al cónyuge o la pareja comitente, según se desprende de los casos ya resueltos por el TEDH, la Instrucción de la DGRN de 2010, así como por la STS (Pleno) 6 febrero 2014 y el ATS (Pleno) 2 febrero 2015, la solución para el reconocimiento de una relación de filiación pasaría por la adopción del menor. En este caso no se precisaría propuesta previa por parte de Entidad Pública (art.

66 AAP Barcelona, Secc. 18.ª, n.º 104/2021 17 marzo 2021 (JUR 2021, 169793).

67 La cuestión de si el art. 10.1 LTRHA afecta o no al orden público no es una cuestión pacífica tampoco en las distintas Audiencias. Así el AAP Asturias, Secc. 5.ª, n.º 37/2020 26 mayo 2020 (JUR 2020, 277786) rechaza el exequátur de la sentencia dictada por el Tribunal del Distrito del Condado de Dallas (Texas) solicitado por el padre de intención, que declarada a los dos menores nacidos por gestación por sustitución en ese Condado como hijos suyos, no solo porque no considera acreditado de forma fehaciente la existencia de un lazo genético entre los menores y el recurrente, sino fundamentalmente por apreciar que la misma es contraria al orden público, en concreto a lo dispuesto en el art. 10 LTRHA.

176.2.2.ª CC), ni declaración de idoneidad, a diferencia de los otros supuestos en los que existe desamparo. Para la adopción, el/la adoptante debe tener más de 25 años y una diferencia de edad con el adoptando de al menos dieciséis años y no superior a cuarenta y cinco años [arts. 175.1 CC y 235-30.1.b) CCCat.].

El procedimiento de adopción se tendrá que iniciar por parte de la pareja o cónyuge (de acuerdo con los arts. 33 a 39 de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria). Además, se necesita el asentimiento de ambos progenitores [arts. 177.2.2.º CC y 235.32.1.b) CCCat.], el padre biológico y la mujer gestante (considerada madre legal del niño de acuerdo con el art. 10.2 LTRHA), prestado este último después de las seis semanas del parto (arts. 177.2 CC y 235-41.2 CCCat.) en documento fehaciente (pudiendo ser ante el funcionario de la oficina consular española en el país extranjero donde está permitida la gestación por sustitución)[68]. El juez deberá comprobar que el adoptante es idóneo (art. 176.1 CC) y podrá denegar la solicitud de adopción en virtud del interés prevalente del menor (art. 2 LOPJM).

Precisamente estos presupuestos han llevado en ocasiones a nuestros tribunales a denegar la adopción solicitada. Como en los casos resueltos por el AAP La Rioja, Secc. 1.ª, 2 mayo 2017[69]; y el AAP Asturias, Secc. 4.ª, 24 julio 2018[70], donde el matrimonio entra en un proceso de divorcio unos meses después del nacimiento del niño y el todavía marido se opone a la adopción por su esposa. En estas situaciones de crisis matrimonial y cese de la convivencia entre la mujer que se postula como adoptante y el padre biológico, las citadas Audiencias han considerado que el interés del menor está con el padre biológico, cuando no existe una unidad familiar que deba ser amparada, a pesar de la voluntad común de ambos cónyuges de acudir a la gestación por sustitución para tener un hijo.

Evidentemente, el establecimiento de una relación de filiación *de facto* algo más duradera que unos meses[71] y el afianzamiento de unos lazos afectivos propios

68 Así, el AAP Barcelona, Secc. 18.ª, n.º 57/2020 11 febrero 2020 (JUR 2020, 86062) estima el recurso de apelación interpuesto por el demandante y acuerda constituir la adopción por D. Felipe de dos menores (Amanda y Clara) hijas de su consorte, nacidas en México en 2015 por gestación por sustitución. En este caso se cumplían los requisitos para poder adoptar constando la paternidad del esposo del solicitante en la inscripción registral del nacimiento y en autos el asentimiento de la madre de las menores a la adopción ante la autoridad judicial. Primero la madre biológica hizo un Acta de Manifestaciones ante el Cónsul Adjunto de España en México al mes de nacer las niñas a favor de la adopción de sus hijas por D. Felipe y luego este consentimiento lo volvió a reiterar en enero de 2018 ante la Jueza de lo familiar del Distrito Judicial del Estado de Tabasco.
Otros casos en los que se ha estimado la adopción de los menores inscritos con la filiación del padre español y la mujer gestante, a favor de su cónyuge han sido en la SAP Murcia, Secc. 4.ª, n.º 91/2019 31 enero 2019 (JUR 2019, 71777) de una niña nacida en Kiev (Ucrania) y SAP León, Secc. 2.ª, n.º 370/2020 21 diciembre 2020 (JUR 2021, 83790), entre otras.

69 AAP La Rioja, Secc. 1.ª, n.º 44/2017 2 mayo 2017 (JUR 2017, 190039).

70 AAP Asturias, Secc. 4.ª, n.º 87/2018 24 julio 2018 (JUR 2018, 300256).

71 Nótese que el art. 175.5 CC establece que la separación o divorcio legal o ruptura de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal no es impedimento para que pueda promoverse la adopción conjunta respecto del adoptando, que se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de

de las relaciones materno-filiales, pueden hacer aconsejable que se mantengan y se convaliden legalmente esos lazos a través de la adopción, a pesar de la oposición del padre biológico, atendiendo al interés prevalente del menor. Así lo entendió el AAP Soria, Secc. 1.ª, 21 mayo 2018[72] que acuerda constituir la adopción del menor a favor de la madre intencional en un caso donde el matrimonio estaba en trámites de divorcio y existía, además, un proceso penal entre ambos por violencia de género con una orden de protección a favor de la mujer, lo que impedía al padre obtener la guarda del niño que, además, no había solicitado. La petición del padre se había limitado a oponerse a la adopción instada por su esposa, alegando que era necesario su consentimiento para la adopción. El Tribunal considera que la todavía esposa reúne las condiciones para cuidar al menor (como venía haciendo desde su nacimiento hacía ya tres años) y adoptarlo (*ex* art. 176.2.2 CC), sin previa propuesta de la entidad pública de protección de menores, siendo esta la solución más beneficiosa para el niño, en orden a evitar una posible situación de desamparo.

Uno de los problemas que se puede presentar en la práctica es que en ocasiones resulta difícil recabar el consentimiento de la mujer gestante en las condiciones señaladas para que tenga lugar la adopción, por lo que la misma no prosperará. Esta situación se puede producir con más habitualidad cuando el niño que nace por gestación por sustitución lo hace en uno de esos países donde puede haber una mayor explotación de las gestantes y menores garantías para la prestación de un consentimiento libre y voluntario, máxime si no existe un control judicial sobre este tipo de contratos. Un ejemplo de ello lo encontramos en el AAP Barcelona, Secc. 18.ª, 16 octubre 2018[73], que considera no acreditado con todas las garantías la renuncia o el consentimiento a la adopción por la mujer gestante (de nacionalidad tailandesa y soltera) a favor del varón que convive con el padre biológico. Y ello por cuanto, a pesar de que se presenta el acta de nacimiento librada por el Servicio Consular de España en Bangkok, constando como padre la pareja del solicitante (de nacionalidad española) y como madre la mujer gestante, no queda acreditado que esta última tuviera la oportunidad de ser oída en un proceso contradictorio. Tan solo se presenta la renuncia de la gestante a todos sus derechos maternales en un acuerdo de intenciones para un proceso de reproducción asistida y su consentimiento para la adopción (tres días después de dar a luz) realizados ante notario y sin constar la legalización de ninguno de estos documentos. Por lo que se deniega la adopción solicitada.

adopción de ambos cónyuges o pareja, siempre y cuando se acredite una convivencia efectiva durante al menos *dos años anteriores* a la propuesta de adopción.

72 AAP Soria, Secc. 1.ª, n.º 201/2018 21 mayo 2018 (JUR 2018, 242438).

73 AAP Barcelona, Secc. 18.ª, n.º 565/2018 16 octubre 2018 (JUR 2018, 290468).

3. ¿Qué ocurre cuando no hay vínculo biológico con la parte comitente y la adopción no es posible?.

Como hemos visto en anteriores líneas, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH y lo que se desprende de la STS de 6 de febrero de 2014 y el Auto de este mismo tribunal de 2 de febrero de 2015, en los casos donde no exista relación biológica entre la parte comitente y el menor, el camino sería la adopción o el acogimiento de ese niño a favor de los padres intencionales. Y así lo ha entendido también la llamada jurisprudencia menor.

Pero cuando no proceda la adopción (por ejemplo, por la diferencia de edad entre adoptante y menor -art. 175 CC-) o esta sea una solución lenta y, por ende, contraria al propio interés del niño y el acogimiento tampoco sea posible (porque no pueda considerarse al menor en situación de desamparo), nuestros tribunales inferiores están acudiendo al principio de interés superior del menor [art. 2.2 aps. a) c) y d) LOPJM], apoyado en la posesión de estado, como mecanismos para el reconocimiento de la filiación entre el menor y la parte comitente establecida por las autoridades extranjeras, conforme a sus normas nacionales, tomando como base para ello el consentimiento para ser progenitores subrogantes. Y ello por cuanto entienden que no hacerlo afecta al derecho a la vida privada de ese niño en el sentido del art. 8 CEDH. No obstante, existe diversidad de criterios entre las distintas Audiencias, a la espera de una resolución definitiva por parte del Tribunal Supremo.

De manera que el art. 10 LTRHA es plenamente aplicable cuando puede hacerse uso de alguna de las vías que señala, pero no en caso contrario, ya que lo primordial es atender a las circunstancias concretas de este menor y a la protección del ámbito familiar y las relaciones familiares *de facto* existentes desde su nacimiento [art. 2.3 ap. d) LOPJM]. Pues, como afirmó el TEDH en su Dictamen de 10 de abril de 2019 el "interés superior del niño también supone identificar jurídicamente a las personas responsables de su educación, satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar, así como la posibilidad de que el niño crezca y se desarrolle en un entorno estable" (apdo. 42). Y hasta que dicha relación es reconocida, el niño se encuentra en una situación vulnerable en varios aspectos que se refieren a su vida privada (apdo. 49).

Entrando de lleno en el ámbito jurisprudencial, podemos ver que, uno de los primeros casos que resolvió una situación de gestación por sustitución realizada en el extranjero en el que no existía vinculación biológica entre las menores y la madre comitente, fue el de una conocida baronesa. El TSJ de Andorra en sentencia de 12 de septiembre de 2017[74], reconoció la filiación materna establecida en

74 STSJ Andorra 12 septiembre 2017 (TSCJ, 483/2016). Disponible en: http://www.justicia.ad/es/jurisprudencia/10225.html?view=sentencia&format=pdf.

resolución judicial extranjera a favor de esta madre que tuvo gemelas en 2006 a través de una gestación por sustitución en California. Aunque no existía vínculo genético entre ella y las niñas, el tribunal andorrano tuvo en cuenta la duración de la convivencia familiar durante más de once años, los lazos afectivos existentes entre ellas y los efectos perniciosos que el no reconocimiento de esa filiación podía producir en las menores.

Un repaso más actualizado de las últimas sentencias de algunas Audiencias provinciales muestra, precisamente, esta tendencia a erigir la posesión de estado (aunque no haya vínculos biológicos) y el interés superior del menor como presupuestos para el reconocimiento de la filiación establecida por las autoridades extranjeras conforme a su Derecho nacional. Dando en cierta forma la razón a los que afirmaron que el art. 10 LTRHA no es aplicable a la filiación de los nacidos tras gestación por sustitución ya declarada por autoridades públicas extranjeras y de lo que se trataría por parte de las autoridades españolas es concretar qué efectos jurídicos puede tener en España esa decisión ("tutela por reconocimiento")[75]

Una de las resoluciones que destaca en esta dirección es la SAP Madrid, Secc. 22.ª, 1 diciembre 2020[76], que por cierto ha sido recurrida en casación por el Ministerio Fiscal y admitida a trámite por ATS de 15 de septiembre de 2021[77]. Lo primero que llama la atención en este caso es que la acción de determinación legal de la filiación materna se realiza a instancias del abuelo del menor (*ex* art. 131 CC) alegando posesión de estado[78]. Su hija, Doña Rosaura, soltera y nacida en 1969, formalizó en el Estado mexicano de Tabasco, según la legislación de aquel país, un contrato de gestación subrogada, en el que la madre comitente no aportó su material genético por imposibilidad médica, procediendo el óvulo y el esperma de donantes anónimos. Fruto de este contrato, ratificado en procedimiento judicial no contencioso ante el Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial del Centro del Estado de Tabasco, nació Imanol en 2015, que fue inscrito en el RC del Estado de Tabasco, figurando como madre la comitente y como abuelos, los padres de Doña Rosaura. Sin embargo, el RC central español denegó la inscripción de Imanol, sin perjuicio de que pudiera ejercitar la incoación del expediente de inscripción de nacimiento previa obtención de la determinación de la filiación en el correspondiente procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, o por adopción del menor. El niño, que en el momento de dictarse sentencia tenía casi seis años, tiene

75 En este sentido, Calvo Caravaca, A.L. / Carrascosa González, J.: "Notas críticas en torno a la Instrucción…", cit., p. 250-251, quien concluye afirmando que: "El legislador no pretende que «todos» los casos internacionales de filiación en supuestos de gestación por sustitución tengan que ajustarse y solventarse con arreglo a la Ley sustantiva española. Sólo los casos que el legislador entiende vinculados con España (=que son aquellos en los que el hijo ostenta la nacionalidad española: art. 9.4 CC), deben regirse por la Ley material española".

76 SAP Madrid, Secc. 22.ª, n.º 947/2020 1 diciembre 2020 (JUR 2021, 55934).

77 ATS 15 septiembre 2021 (JUR 2021, 302922).

78 Sobre las irregularidades procesales en cuanto a la legitimación activa para demandar del abuelo y la falta de representación de la menor en el juicio véase Quicios Molina, S.: "Reproducción asistida…", cit., p. 314.

reconocida la nacionalidad mejicana (por aplicación de las leyes de ese Estado), pero se halla perfectamente atendido e integrado en un núcleo familiar en España formado por su madre y sus abuelos españoles.

Según razona la AP de Madrid, las soluciones que ofrece la STS (Pleno) de 6 de febrero de 2014 no son viables en este caso. Por un lado, porque Rosaura no es la madre genética del menor y no puede adoptar a Imanol por la diferencia de edad existente entre ambos de acuerdo con el art. 175 CC (pues se llevan 46 años y ocho meses y la norma prevé 45 años de diferencia). Además, de iniciarse este procedimiento, la situación del niño quedaría al albur de las decisiones administrativas e iría en contra de las decisiones del TEDH que rechazan las soluciones "inseguras, inciertas, lentas e ineficaces". Por otro lado, tampoco cabe acudir al mecanismo del acogimiento familiar, porque el menor no convive con su madre en una guarda con fines de adopción, ni tampoco está bajo la tutela de la adoptante, ya que no está en una situación de desamparo.

De manera que el Tribunal acude para solventar este caso a la posesión de estado y considera acreditada, por las pruebas practicadas, que Imanol es tenido como hijo y nieto respectivamente de Rosaura y sus padres, tanto para la familia extensa, como para los amigos, vecinos, centro de salud y guardería donde va el niño. Además, está el interés superior del menor (art. 2 LOPJM), que se erige en principio rector del ordenamiento jurídico con plena concreción normativa, tras la reforma operada por la LO 8/2015, de 22 de julio, que resulta directamente aplicable [art. 2.2.a), c) y d) LOPJM]. Recuerda aquí la Audiencia de Madrid la jurisprudencia del TJUE, afirmando que la falta de reconocimiento en el derecho interno de la relación entre el niño y la madre comitente es perjudicial para este, ya que le coloca en una situación de inseguridad jurídica con respecto a su identidad en la sociedad y en el marco de la familia en la que vive. Debe ostentar una identidad única por encima de las fronteras, no puede ser mejicano, pero vivir como hijo de española en España, la identidad no ha de ser distinta en el país en el que se inscribe y aquel en que reside, donde se le deniega la petición de tarjeta familiar de residencia comunitaria. Por todo ello, la Audiencia estima el recurso de apelación, revoca la sentencia de primera instancia y declara que la madre comitente es madre del menor nacido en México, ordenado la inscripción de dicha declaración en el RC correspondiente, según consta en la documentación registral extranjera.

Un caso parecido fue resuelto en el mismo sentido por la SAP Islas Baleares, Secc. 4.ª 27 abril 2021[79], que consideró procedente inscribir el acta de nacimiento de una niña nacida en Moscú en 2015 a través de un proceso de gestación por sustitución, aun cuando no había concurrencia de material genético con la

79 SAP Islas Baleares, Secc. 4.ª n.º 207/2021 27 abril 2021 (JUR 2021, 163294).

madre comitente y tampoco podía esta acudir al expediente de adopción por la diferencia de edad (de casi cuarenta y siete años) con la menor. En este caso fue la madre comitente la que solicita la inscripción del acta de nacimiento de la niña, efectuada de acuerdo con la legislación rusa, donde consta como su madre legal, demandando para ello a la gestante rusa (declarada en rebeldía).

Atendiendo a que en Rusia la gestante no puede ser quien aporte sus propios ovocitos para la fecundación y puede emplearse gametos procedentes de donantes anónimos (art. 55 de la Ley federal rusa de 21 de noviembre de 2011)[80], el Tribunal considera, en contra del criterio del Ministerio Fiscal, que no puede hablarse de una maternidad por subrogación nula desde la perspectiva del ordenamiento ruso. La Audiencia entiende que, desde la perspectiva de nuestro Derecho, debe ser preservado el derecho a la vida privada de la niña, en el sentido del art. 8 CEDH, que exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, conforme al certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero. Por lo que procede a dar lugar a la inscripción pretendida, atendiendo al principio de superior interés de la niña que debe considerarse de forma primordial sobre cualquier otro legítimo [art. 2.2 aps. a) c) y d) LOPJM], lo que pasa por dar carta de naturaleza y preservar la situación familiar que vive desde su nacimiento -hace ya seis años- (art. 2.3 LOPJM), coadyuvando en ello también la posesión de estado.

Otra de las recientes resoluciones que pone el acento en la posesión de estado y el interés del menor en que su filiación sea reconocida sin demoras indebidas es la SAP Barcelona, Secc. 12.ª, 6 abril 2021[81]. En ella se resuelve la reclamación de la filiación de un niño nacido por gestación por sustitución en Canadá (en 2017). Sus padres intencionales, un matrimonio de dos hombres con residencia en España y vecindad civil catalana, no habían conseguido que el certificado de nacimiento del niño, expedido por las autoridades de la Columbia Británica (Canadá) accediera al Registro Civil Central en virtud de la Instrucción de la DGRN de 2010, ya que el padre biológico no era español sino de nacionalidad sudafricana. Por ello entablan esta peculiar demanda de filiación matrimonial por posesión de estado, donde el demandante es el padre biológico y su hijo y el demandado su esposo, actuando el M.º Fiscal en interés del menor[82].

La Audiencia tiene en cuenta que no resulta razonable que recaiga sobre este niño, directa ni indirectamente, lo que en la práctica supone una "sanción" por

80 Como señala Vilar González, S.: *La gestación subrogada*…, cit., p. 244, quien también indica que, para la inscripción de la filiación, es necesario que la gestante preste su consentimiento libre y voluntario para que los padres intencionales puedan ser registrados como padres legales del nacido (p. 245).

81 SAP Barcelona, Secc. 12.ª, n.º 220/2021 6 abril 2021 (JUR 2021, 192738).

82 La Audiencia interpreta que la legitimación del demandado deriva de la presunción de ser hijo (biológico) de su cónyuge conforme a una interpretación hermenéutica del art. 235-5 CCCat. (hijo nacido durante la vigencia del matrimonio), con lo que establece el art. 235-13.1 CCCat. en cuanto a la fecundación asistida.

haber nacido en contra de lo dispuesto en el art. 10 LTRHA, especialmente si se tiene en cuenta que el ámbito propio de dicha norma es el de los acuerdos o pactos celebrados en el territorio español y, en este caso, el acuerdo tuvo lugar en la región de la British Columbia de Canadá. Estado que ejerce su soberanía legislativa en su territorio y donde, además, la gestación subrogada debe ser altruista por parte de la gestante (salvo los gastos directamente relacionados con el embarazo y el parto). Si a esto unimos que tanto la mujer gestante como la donante del óvulo están perfectamente identificadas y ambas comparecieron ante el Tribunal de su Estado para prestar el consentimiento para la filiación a favor de los padres comitentes y que las otras formas que ofrece la jurisprudencia para homologar la inscripción extranjera, como el acogimiento, la adopción o la vía judicial, no son en este caso posibles (ni jurídicamente o en un tiempo razonable, en el caso de la adopción), la AP de Barcelona declara la filiación paterna matrimonial del menor que resulta de la certificación canadiense donde nació el niño (que ahora tiene cuatro años).

No obstante, no todas las Audiencia -como indicaba- se ponen de acuerdo sobre esta cuestión. Así encontramos, por ejemplo, que el Auto de la AP Ourense, Secc. 1.ª, 21 octubre 2021[83] no aprecia la reclamación de los demandantes que pretendían que se determinará la filiación de una menor que había nacido en Rusia en 2018 por gestación por sustitución a favor de los padres comitentes con el único fundamento en la posesión de estado, pues carecían de vinculación biológica con la niña. La inscripción de nacimiento ante el RC Central había sido denegada por Resolución de este organismo de 20 de noviembre de 2018. El Tribunal argumenta que la posesión de estado es un medio de prueba de la filiación por naturaleza, de manera que, si no hay aportación de material genético de ninguno de los demandantes, la referencia a la posesión de estado resulta irrelevante a efectos de declarar la filiación natural interesada. Para otorgar protección jurídica a ese núcleo familiar *de facto* los demandantes tendrían que ir por la vía del acogimiento familiar y la adopción.

Cabe recordar aquí que la relevancia de la posesión de estado para determinar judicialmente la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida se puso de manifiesto por parte del Tribunal Supremo en las sentencias de 5 de diciembre de 2013[84] y 15 de enero de 2014[85]. En ambos casos se pretendía la fijación judicial de una segunda maternidad, distinta de la biológica, a favor de la excónyuge del mismo sexo (en la primera sentencia) y de la expareja de hecho (también mujer) en la segunda, respecto del hijo que habían querido tener juntas por medio del uso de técnicas de reproducción asistida, cuando eran cónyuge y

83 AAP Ourense, Secc. 1.ª, n.º 143/2020 21 octubre 2021 (JUR 2021, 25912).

84 STS n.º 740/2013 5 diciembre 2013 (RJ 2013, 7566).

85 STS (Pleno) n.º 836/2013 15 enero 2014 (RJ 2014, 1265).

pareja respectivamente de la mujer que dio a luz[86]. En las dos sentencias se puso de manifiesto, en primer lugar, que los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida ya acreditados, integran y refuerzan la posesión de estado de quien quiere ser y actúa como progenitora, aunque no exista nexo biológico, tanto en su función legitimadora del ejercicio de la acción (*ex* art. 131 CC), como en su función de medio de prueba de la filiación reclamada (FD 3.º STS 5 diciembre 2013 y FD 2.º STS 15 enero 2014). Y, en segundo lugar, está la prevalencia del interés del menor, que es un principio absoluto que se proyecta sobre la protección de la vida familiar y alcanza a todas las relaciones, con independencia de la naturaleza matrimonial o no de la misma y del hecho biológico (FD 3.2 STS 15 enero 2014 y FD 3.º *in fine* STS 5 diciembre 2013).

Una parte importante de la doctrina patria criticó estas sentencias, considerando que la mera constatación de la posesión de estado no puede constituirse en un título de determinación de la filiación, sino que se trata de un medio de prueba de la relación biológica que une al hijo con su progenitor[87]. Asimismo, considera que el interés superior del menor no se puede erigir en un criterio de transgresión normativa, ni en un título de determinación de la filiación[88]. La prevalencia del interés superior del menor (art. 2.1 LOPJM) exigiría, según este estado de opinión, examinar caso por caso y que un juez comprobara si existe, aparte de vínculos biológicos, una convivencia familiar de facto completa.

Por el contrario, otra línea de opinión ha puesto en valor la consideración por parte del TS como elemento esencial en las acciones de filiación el consentimiento procreacional, que podrá ser probado por cualquiera de los medios que contempla la LEC, como lo es la posesión de estado de la relación materno-filial[89].

86 Nótese aquí que la LTRHA fue reformada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, adicionando un apartado 3 al art. 7 LTRHA, posteriormente modificado por la Ley 19/2015, del siguiente tenor: "Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge". El matrimonio entre las dos mujeres previo a la inscripción del consentimiento en el RC (que no juega en el caso de las parejas de hecho de distinto sexo -art. 8.2 LTRHA-) y que la declaración registral deba de hacerse necesariamente después de la celebración del matrimonio y antes de que nazca el niño, son exigencias que han sido bastante criticadas por la doctrina.
En el caso de la sentencia de 5 de diciembre de 2013 faltaba el requisito formal del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil; y en la de 15 de enero de 2014, las mujeres no estaban casadas.

87 En este sentido, Barber Cárcamo, R.: "Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales", *Derecho privado y Constitución*, n.º 28, 2014, pp 125-129; Quicios Molina, S.: "Reproducción asistida…", cit., p. 303.

88 Así, Nanclares Valle, J.: "El interés superior del menor", cit., p 11 y 42; Barber Cárcamo, R.: "Doble maternidad legal...", cit., p. 130.

89 Así, Díaz Martínez, A.: "Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2014, n.º 10; Benavente Moreda, P.: "El interés superior de los menores nacidos a partir de un contrato de gestación por sustitución", *Revista General de Derecho Constitucional*, 2020, n.º 31, pp. 36 y 42.

En el ámbito de los contratos de gestación por sustitución cabe pensar que el menor tiene derecho, en virtud de su prevalente interés, a que su filiación sea decida en el menor tiempo posible para dar certidumbre a su situación, dando respuesta a la solicitud de su inscripción en el Registro civil[90]. La actuación "contra legem" de los padres de intención *ex* art. 10.1 LTRHA no puede alcanzar al estatuto jurídico del menor y la protección de su prevalente interés (art. 2 LOPJM), como han puesto de relieve algunas de las sentencias arriba indicadas, incluso en los casos en los que los progenitores subrogantes no sean padres biológicos[91]. Y ello por cuanto, como afirma el TEDH en su Dictamen de 10 de abril de 2019: "Lo que el interés superior del niño -que debe ser evaluado principalmente in concreto y no in abstracto- requiere es que el reconocimiento de esa relación, legalmente establecida en el extranjero, sea posible como máximo cuando se haya convertido en una realidad práctica" (apdo. 52). De manera que el Estado podrá ejercitar una labor de control de estas situaciones caso a caso, pero siempre asegurando el bienestar e interés de ese menor[92].

V. CONSIDERACIONES FINALES.

El derecho a crear una familia, como todos los derechos, no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico, siempre, claro está, que esta falta de reconocimiento no sea contraria a las exigencias constitucionales, ni a los convenios internacionales.

En cuanto a lo primero, hay que tener en cuenta que las normas que regulan los aspectos fundamentales de las relaciones paterno-filiales tienen su anclaje en preceptos constitucionales como la igualdad de los hijos y su no discriminación por razón de filiación o nacimiento (arts. 14 y 39.2 CE) y la protección de la familia, de los hijos y de las madres, con independencia de su estado civil (art. 39 CE). En

90 En esta dirección Femenía López, P.: *La determinación de la filiación…*, cit., p. 201.

91 Según afirma Roca Trías, E.: "*Dura lex sed lex*. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada", en *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (coord. por P. Benavente Moreda y E. Farnós Amorós), *Boletín de Ministerio de Justicia*, n.º 2179, 2015 (junio), p. 333, quien es partidaria de la protección del interés de estos menores, independientemente de la relación biológica con sus padres de intención.
En esta misma dirección véase Navarro Michel, M.: "La gestación por sustitución…", cit., p. 253 y Lamm, E.: "Gestación por sustitución y género: repensando el feminismo", en AA.VV.: *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos* (coord. por R. García Manrique), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 203, esta última autora afirma que: "Efectuar distinciones en la determinación de la filiación según se aporte material genético puede dilatar y condicionar el acceso a la filiación y generar situaciones desigualitarias y discriminatorias que impactan negativamente en el niño o niña que nace".

92 Como se afirma en el voto particular formulado a la STS (Pleno) n.º 835/2013 6 febrero 2014, "la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse caso por caso. Son los tribunales españoles los que deben decidir la cuestión de si los efectos que produce una resolución extranjera en España contrarían los principios constitucionales, no los que emanan de una ley que anula el contrato, pero que no elimina sus consecuencias una vez producidas".

ambos preceptos encuentra su base la preservación del principio del *favor filii*, que ha sido declarado y reconocido jurisprudencialmente a lo largo de todo el proceso de actualización del Derecho de familia y se ha materializado en el principio del interés superior del menor (art. 2 LOPJM, concretado por la LO 8/2015).

Dentro de los convenios internacionales, la solución al problema abordado en este trabajo podría venir de la mano de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, que lleva años trabajando para elaborar un protocolo sobre el reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras relacionadas con la filiación de los niños nacidos como consecuencia de acuerdos internacionales de gestación subrogada[93]. Entre tanto, destacan las exigencias del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y la interpretación que de su art. 8 ha hecho el TEDH, así como el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que todas las medidas concernientes a los niños que se tomen por parte de las instituciones públicas o privadas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, atenderán al interés superior del niño, principio que ha sido concretado y desarrollado por la Observación general n.º 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño.

Todo ello se traduce, como reconoce la propia STS 6 febrero 2014 FD 3.º apdo. 6.º, que las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, sino que existen otros vínculos, como, por ejemplo, los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación *in vitro* con contribución de donante, que ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación. "Con ello se reconoce -siguiendo al TS- que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural".

En la práctica, como hemos podido comprobar en este trabajo, se está produciendo una clara ruptura entre la ley y las decisiones que están tomando los distintos operadores jurídicos, como consecuencia precisamente de esos otros factores de naturaleza social y cultural. Se están forzando las normas aplicables, tanto en los aspectos sustantivos relativos a los títulos de determinación de la filiación, como en las cuestiones procesales que afectan al ejercicio de estas acciones, para dar solución a las nuevas formas de familia que se están creando mediante las técnicas de reproducción asistida. Esto pone de manifiesto, una vez más, la necesidad de una reforma coherente del sistema de determinación de la filiación, pensado fundamentalmente para la filiación por naturaleza, y que un

93 Disponible en: https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy.

sector de la doctrina ya demanda desde hace tiempo para dar mayor protagonismo a la voluntad procreacional[94].

En concreto, frente a la nulidad de los contratos de gestación por sustitución que establece el art. 10.1 LTRHA, el principio de maternidad y paternidad biológica (*ex* art. 10.2 y 3 LTRHA) y la interpretación que de orden público internacional hizo en su día el TS en la sentencia de 6 de febrero de 2014, algunas Audiencias Provinciales están considerando que a los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero hay que reconocerles un estatus jurídico definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir, atendiendo al superior interés del menor.

La aplicación de este principio se manifiesta con mayor intensidad en los casos más difíciles, cuando no hay vínculo biológico con los padres intencionales (y, por lo tanto, no resulta de aplicación el art. 10.3 LTRHA y el principio de verdad biológica), y tampoco es posible la adopción por parte de la pareja o la persona sola que ha acudido a este procedimiento para tener hijos (arts. 175.1, 176.2.2º y 177.2.2 CC). Soluciones que, por ahora, son las que han dado a este problema tanto el TEDH como el TS.

Nuestros tribunales inferiores, con buen criterio, están determinando la filiación en estos casos difíciles atendiendo a la voluntad de ser padre o madre (manifestada en el contrato gestacional, que haya sido legalizado por las autoridades extranjeras), a la posesión de estado y a la relación familiar *de facto* existente entre padre(s)/madre(s) e hijo(s). Erigiendo así a la voluntad procreacional, la posesión de estado (como "filiación vivida"[95]) y al interés superior del menor, en las piezas de toque para el reconocimiento judicial de la filiación legalmente establecida por las autoridades extranjeras conforme a su Derecho.

En suma, bajo mi punto de vista, aunque resulta un interés legítimo que los Estados donde no está permitida la gestación por sustitución puedan seguir ejerciendo un control *in concreto* sobre estos contratos, como entiende el TEDH, en orden a evitar una posible mercantilización de las mujeres y los menores, este control no debería afectar al interés prevalente del menor. Pues el niño que ha nacido en contra de lo dispuesto en el art. 10.1 LTRHA tiene derecho

94 En este sentido, entre otros, Andreu Martínez, M.ª B.: "La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?", *InDret* , 2018, n.º 2, p. 29; Farnós Amorós, E.: "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", *ADC*, 2015, fasc. I, pp. 50-52; Gete-Alonso y Calera, M.C. / Solé Resina, J.: *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 71 y ss.; Paniza Fullana, A.: *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 115-117; y Tamayo Haya, S.: "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas", *Revista Digital Facultad de Derecho*, 2013, n.º 6, pp. 261-316.

95 Utilizando la expresión de Flores Rodríguez, J.: "El derecho a la identidad del niño en las nuevas formas de familia", *La Ley Derecho de familia*, 18 noviembre 2014, p. 5.

a tener una identidad propia conforme a cómo vive, lo que debería implicar el reconocimiento de esa relación de filiación, aunque no haya vinculación biológica con los padres intencionales, cuando se cumplen ciertas condiciones. En particular, en los supuestos donde no es posible el reconocimiento por el padre biológico ni la adopción del menor con cierta celeridad, será posible la inscripción de la resolución judicial o la mera certificación extranjera que determine la filiación a favor de la parte comitente, cuando quede acreditada judicialmente una relación familiar de hecho que beneficia a ese menor (por lo que quedaría acreditada la idoneidad de los padres comitentes) y el contrato gestacional ha cumplido con todas las garantías, entre ellas la identidad de la mujer gestante y la salvaguarda de su consentimiento antes y después del parto.

Si el reconocimiento de esta filiación afecta a la coherencia del sistema que rige nuestro Derecho, tendremos que replantearnos la necesidad de un cambio legal o al menos jurisprudencial por parte de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo. Como ha acabado aconteciendo en otros países como Alemania[96], Francia[97] o Reino Unido[98], donde sus tribunales superiores han reinterpretado el concepto de orden público internacional en relación a la gestación por sustitución, frente a otros Estados más inmovilistas como Italia[99]. El recurso de casación interpuesto

96 En Alemania, una de las decisiones más importantes sobre este tema es la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 10 de diciembre de 2014 (asunto XII ZB 463/13) que, teniendo en cuenta el interés superior del menor y atendiendo a los criterios del TEDH, consideró que no era contrario al orden público internacional alemán el reconocimiento de la filiación constituida por un tribunal de California, en un caso de gestación subrogada, a favor de una pareja del mismo sexo en la que uno de los comitentes había aportado su propio material genético y no existía vínculo genético entre el bebé y la madre gestante. Y ello por cuanto apreció que siempre que se garantice que el acuerdo de gestación subrogada y su posterior ejecución cumplen con los requisitos que salvaguardan la voluntad de la mujer gestante de llevar a cabo el embarazo y después del parto entregar al niño a los padres comitentes, la dignidad de aquella queda garantizada (apdos. 49-51). Esta decisión abrió la posibilidad a las parejas que acuden al extranjero a tener hijos por este procedimiento a su reconocimiento, sin necesidad de recurrir a la adopción, a pesar de que en Alemania están prohibidos los contratos de gestación subrogada.

97 Véanse notas 21 y 22.

98 Aunque en Reino Unido la gestación subrogada es legal y está permitida [de acuerdo con la *Surrogacy Arragements Act* (1985) y *The Human Fertilisation and Ebryology Act* (2008)], la mujer gestante no debe haber percibido remuneración alguna más allá de los gastos razonables que se hubieran producido. Esto motiva la escasez de mujeres que están dispuestas a gestar para otro(s) y que algunos ingleses acudan a otros países para tener hijos. Por lo que, en la práctica, la gestación subrogada comercial se practica en contra de su Derecho y, pese a ello, es respaldada por los tribunales ingleses en virtud del interés superior del menor, otorgando la orden de parentalidad (que equivale el reconocimiento de la filiación) a los padres comitentes que la solicitan [Fenton-Glynn, C.: "Surrogacy in England and Wales", en AA.VV.: *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia (eds. J.M. Scherpe/ C. Fenton-Glynn/ T. Kaan), Cambridge-Antwerp-Chicago, 2019, p. 133].

99 Así, la Sentencia n.º 12193/2019 de 8 de mayo de 2019, de las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana considera que el reconocimiento de la eficacia de la resolución judicial extranjera que establece la relación de filiación entre un menor nacido en el extranjero por gestación por sustitución y el padre intencional no biológico, no puede ser objeto de inscripción, por la prohibición de gestación subrogada prevista en el art. 12.6 de la Ley italiana 40/2004, precepto que considera de orden público, puesto que protege valores fundamentales como la dignidad de la mujer embarazada y la adopción. Dichos valores se consideran como prevalentes respecto del interés superior del menor. Siendo la única solución la adopción por parte del progenitor no bilógico. Véase aquí Barba, V.: "Gestación por sustitución y orden público internacional en el ordenamiento jurídico italiano. La última decisión de Pleno de la Corte de Casación y sus consecuencias", *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, n.º 1, pp. 70, 80 y Mazzilli, E.: "Ineficacia de la relación de filiación entre el progenitor intencional y el niño nacido a través del recurso a la gestación

contra la SAP Madrid de 1 diciembre de 2020 será una buena oportunidad para que nuestro Tribunal Supremo dé un paso al frente y pueda adaptar el concepto de orden público a las nuevas formas de familia.

por sustitución por contrariedad al orden público en el ordenamiento italiano", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, vol. 13, n.º 2 (octubre), pp. 1032-1046.

BIBLIOGRAFÍA.

ANDREU MARTÍNEZ, M.ª B.: "La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?", *InDret,* 2018, n.º 2, pp. 1-35.

- "Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, n.º 10 bis (junio), pp. 64-85.

BARBA, V.: "Gestación por sustitución y orden público internacional en el ordenamiento jurídico italiano. La última decisión de Pleno de la Corte de Casación y sus consecuencias", *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, n.º 1 (enero-marzo), pp. 69-101.

BARBER CÁRCAMO, R.: "La «legalización administrativa» de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, n.º 739, pp. 2905-2950.

- "Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales", *Derecho privado y Constitución*, 2014, n.º 28, pp. 93-136.

BENAVENTE MOREDA, P.: "El interés superior de los menores nacidos a partir de un contrato de gestación por sustitución", *Revista General de Derecho Constitucional*, 2020, n.º 31, pp. 1-64.

CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* 2011, vol. 3, n.º 1(marzo), pp. 247-262.

- "Gestación por sustitución en California: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014)", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (coord. por M. Yzquierdo Tolsada), 2016, vol. 6, pp. 395-410.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*, marzo 2018. Disponible en: https://undocs.org/es/A/HRC/37/60.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después

de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", *Diritto delle successioni* e *della familia*, 2018, vol. 4, n.º 1, pp. 301-340.

Díaz Fraile, J.M.: "La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea", *Revista de Derecho Civil*, 2019, vol. VI, n.º 1 (enero-marzo), pp. 53-131.

Díaz Martínez, A.: "Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2014, n.º 10.

Domínguez Izquierdo, E.M.: "La eventual relevancia penal de la aplicación de técnicas de reproducción asistida en casos de maternidad subrogada. El alcance del consentimiento", en AA.VV.: *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)* (dir. por F. Lledó Yagüe/M.P. Ferrer Vanrell/ I. Benítez Ortúzar/ C. Ochoa Marieta / O. Monje Balmaseda), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 673-712.

Durán Ayago, A.: "Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Gestación por sustitución: primera consulta planteada por la Corte de Casación francesa y primera respuesta para seguir sin desbrozar del todo el camino", *Revista General de Derecho Europeo*, 2019, pp. 132-149.

Farnós Amorós, E.: "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", *Anuario de Derecho Civil*, 2015, fasc. I, pp.5-61.

Femenía López, P.: *La determinación de la filiación "en interés del menor". "Turismo reproductivo" y nuevos modelos de familia*, Dykinson, Madrid, 2019.

Fenton-Glynn, C.: "Surrogacy in England and Wales", en AA.VV.: *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia (eds. J.M. Scherpe/C. Fenton-Glynn/ T. Kaan), Cambridge-Antwerp-Chicago, 2019, pp. 115-134.

Flores Rodríguez, J.: "El derecho a la identidad del niño en las nuevas formas de familia", *La Ley Derecho de familia*, 18 noviembre 2014.

Gete-Alonso y Calera, M.C. / Solé Resina, J.: *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Gonsáles Pérez de Castro, M.: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, Madrid, 2013.

Heredia Cervantes, I.: "Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014. Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2014, n.º 96, pp. 177-214.

- "La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2015, n.º 2179 (junio), pp. 339-396.

Lamm, E.: "Gestación por sustitución y género: repensando el feminismo", en AA.VV.: *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos* (coord. por R. García Manrique), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 191-200.

Lledó Yagüe, F.: "La filiación en la gestación subrogada: el estado de la cuestión (1988-2019)", en AA.VV.: *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)* (dir. por F. Lledó Yagüe/M.P. Ferrer Vanrell/ I. Benítez Ortúzar/ C. Ochoa Marieta / O. Monje Balmaseda), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 29-73.

Mazzilli, E.: "Ineficacia de la relación de filiación entre el progenitor intencional y el niño nacido a través del recurso a la gestación por sustitución por contrariedad al orden público en el ordenamiento italiano", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, vol. 13, n.º 2 (octubre), pp. 1032-1046.

Muñoz Rodrigo, G.: "La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019", *Actualidad Jurídica iberoamericana*, 2019, n.º 10 bis, pp. 722-735.

Múrtula Lafuente, V.: "El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución: una propuesta de regulación desde los derechos de la mujer gestante", en AA.VV.: *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida* (coord. por Y. Bustos Moreno y V. Múrtula Lafuente), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 319-377.

Nanclares Valle, J.: "El interés superior del menor en la gestación por sustitución", *Revista General de Derecho Constitucional*, 2020, n.º 31, pp. 1-48.

Navarro Michel, M.: "La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿cómo?", en AA.VV.: *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos* (coord. por R. García Manrique), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 237-258.

Ochoa Ruiz, N.: "Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto c. Fjölnisdóttir y otros c. Islandia, demanda n.º 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021", *Revista Aranzadi Doctrinal,* 2021, n.º 9.

Paniza Fullana, A.: *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

Quicios Molina, S.: "La respuesta de los ordenamientos jurídicos, que prohíben la gestación por sustitución, a las demandas de inscripción de los hijos de nacionales nacidos en el extranjero: El caso español", en AA.VV.: *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez: Perspectivas de derecho comparado* (ed. por N. González Martín), UNAM, México, 2021, pp. 175-208. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6432/9.pdf.

- "Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación: parto, presunciones, reconocimientos, posesión de estado…e interés superior del menor", en AA.VV.: *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida* (coord. por Y. Bustos Moreno y V. Múrtula Lafuente), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 277-317.

Roca Trías, E.: "*Dura lex sed lex*. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada", en *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (coord. por P. Benavente Moreda y E. Farnós Amorós), *Boletín de Ministerio de Justicia*, 2015, n.º 2179 (junio), pp. 301-338.

Tamayo Haya, S.: "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas", *Revista Digital Facultad de Derecho*, 2013, n.º 6, pp. 261-316.

Vázquez Muiña, T.: "No se puede inscribir en el Registro Civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, n.º 8 (feb.), pp. 80-96.

Vela Sánchez, A. J.: *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Reus, Madrid, 2015.

Vilar González, S.: *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado,* Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

SE LA SITUAZIONE CAMBIA: SEPARAZIONE PERSONALE DEI CONIUGI E IMPIANTO DI EMBRIONI CRIOCONSERVATI

IF THE SITUATION CHANGES: PERSONAL SEPARATION OF SPOUSES AND IMPLANTATION OF CRYOPRESERVED EMBRYOS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3466-3483

Enrico QUADRI

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: L'ordinanza in esame, con la sua rigida applicazione della legge n. 40 del 2004, stimola, alla luce della erosione delle scelte inizialmente operate dal legislatore in conseguenza dei ripetuti interventi della Corte costituzionale, una riflessione circa profili fondamentali della disciplina della procreazione medicalmente assistita, quali, in particolare, la condizione giuridica dell'embrione e, con riguardo ad essa, la rilevanza dell'autodeterminazione procreativa delle parti nel procedimento applicativo delle relative tecniche.

PALABRAS CLAVE: Procreazione medicalmente assistita; embrione.

ABSTRACT: *The order we have been examining with its strict application of Law no. 40 of 2004, elicits, in the context of the progressive abandonment of the choices initially adopted by the lawmaker as a result of the repeated interventions of the Constitutional Court, reflections on fundamental aspects of the regulation of medically assisted procreation and, in particular, on the legal status of the embryo with the relevance of the procreative self-determination of the parties in the procedures for the application of the relative techniques.*

KEY WORDS: Medically assisted procreation; embryo.

SUMARIO.- I. SCELTE DELLA LEGGE N. 40 IN TEMA DI TUTELA DELL'EMBRIONE E RELATIVO PROGRESSIVO SFALDAMENTO.- II. PECULIARITÀ DEL PROCESSO GENERATIVO IN APPLICAZIONE DELLE TECNICHE DI P.M.A. E PREROGATIVE DELLA DONNA.- III. AUTODETERMINAZIONE PROCREATIVA DELLE PARTI NELLA DINAMICA APPLICATIVA DELLE TECNICHE DI P.M.A.- IV. LA SOPRAVVENIENZA DI MODIFICAZIONI DELLE CONDIZIONI PERSONALI E FAMILIARI DELLE PARTI.

I. SCELTE DELLA LEGGE N. 40 IN TEMA DI TUTELA DELL'EMBRIONE E RELATIVO PROGRESSIVO SFALDAMENTO.

L'ordinanza del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere[1] ha avuto, come spesso accade per i provvedimenti destinati ad incidere sulle problematiche che toccano gli aspetti più intimi della vita personale e familiare, una notevole rilevanza mediatica. E ciò non può, invero, apparire casuale, dato che la fattispecie alla base del provvedimento è una di quelle che si prestano a coinvolgere, promuovendone la discussione, profili centrali dell'operatività della regolamentazione della procreazione medicalmente assistita. Anzi, pare forse il caso di sottolineare come proprio la vicenda esistenziale affrontata questa volta finisca con offrire l'occasione per (almeno) avviare una riflessione su aspetti di una disciplina della materia, i cui nodi problematici, pur diffusamente denunciati già all'indomani del varo della legge n. 40 del 2004, continuano a venire al pettine.

In effetti, anche se alla disciplina della p.m.a. non ci si trovò certo di fronte all'improvviso, il tormentato *iter* parlamentare della legge 40/2004 – come, del resto, è accaduto, assai più di recente, con la legge n. 76 del 2016 – non ha propiziato il varo di un testo atto a soddisfare, se non altro, quel bisogno di certezza che i consociati avvertono con particolare urgenza quando ad essere in gioco siano valori e interessi del genere di quelli qui incisi. Con riguardo alla disciplina della p.m.a., così, fallito il tentativo di operare un intervento di sua risistemazione immediata attraverso l'attivazione dello strumento referendario, il tessuto regolamentare della legge 40 ha finito con lo sfaldarsi progressivamente, a seguito del ripetersi di interventi della Corte costituzionale: ciò col risultato, soprattutto, di rendere decisamente poco attendibile, nel (nuovo) contesto sistematico conseguentemente venutosi a determinare, anche il solo pensare che l'interprete – nell'attesa di una, sicuramente auspicabile, ma, allo stato, difficilmente ipotizzabile nonostante le numerose iniziative succedutesi nel corso delle legislature più recenti, ridefinizione del quadro legislativo – possa, ai fini della soluzione dei casi propostigli, semplicemente arroccarsi sulla valorizzazione di taluni dati di carattere letterale.

1 Trib. S. Maria Capua Vetere, ord. 27 gennaio 2021, in *Foro it.*, 2021, I, 1454.

• Enrico Quadri
Ordinario di Diritto Privato, Università di Napoli Federico II. E-mail: enricoquadri@libero.it

L'allusione, in particolare, è al dettato di quell'ultimo periodo dell'art. 6, co. 3, laddove si dispone che "la volontà può essere revocata … fino al momento della fecondazione dell'ovulo", da cui si tende spesso a ricavare senz'altro la regola operativa per la disciplina di fattispecie come quella qui oggetto di attenzione, ascrivibile al novero dell'avverarsi di sopravvenienze esistenziali, tali da incidere sulla situazione personale e familiare sussistente al momento iniziale dell'applicazione delle tecniche di p.m.a. Magari, a fronte della (corretta) rilevazione della contestuale presenza di dati letterali tendenzialmente dissonanti (come quello del co. 1 della stessa disposizione, dedicata al "consenso informato", secondo cui la necessità di un simile consenso viene riferita ad "ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita"), invocando, come fa l'ordinanza in esame, una *ratio legis* ricostruita non solo alla luce di un impianto normativo complessivo ormai non più rispondente a quello originario, ma, addirittura, facendo leva sui relativi – allo stato, quindi, di conseguenza evidentemente tutt'altro che significativi, in quanto riferiti, appunto, ad un contesto ordinamentale superato – lavori preparatori.

In effetti, l'ordinanza in questione finisce col ricollegare strettamente la soluzione favorevole alla prosecuzione delle procedure di p.m.a. nonostante l'intervenuta separazione personale e la opposizione del marito, con il conseguente soddisfacimento della richiesta della donna di impianto degli embrioni crioconservati, ad una esigenza di tutela dell'embrione che, se, forse, tutto sommato in linea con l'impianto originario della legge n. 40, si rivela poco coerente con gli sviluppi disciplinari conseguenti ai ripetuti interventi della Corte costituzionale.

Si tratta, pare quasi inutile ricordarlo, di un *trend* che, dopo la svolta impressa alla materia da Corte cost. 151/2009[2], con l'ammissione – in una con la rimozione del predefinito limite quantitativo alla creazione di embrioni destinati ad essere utilizzati – della possibilità di una (tutt'alto che eccezionale) dilatazione temporale delle procedure relative alla p.m.a., ha visto cadere come un castello di carte le originarie rigorose espressioni di una esasperata tutela dell'embrione, sorda all'adeguato rispetto dei valori personali coinvolti nella – sempre non facile – decisione di ricorre alle tecniche in questione.

Così, dopo avere bollato Corte cost. 96/2015[3] come "risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco" la preclusione dell'accesso alla p.m.a. da parte di coppie fertili, al fine di evitare, attraverso la diagnosi preimpianto, "di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni", Corte cost. 229/2015[4] non ha potuto, per coerenza, che escludere la legittimità

2 Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Foro it.*, 2009, I, 2301.

3 Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *Foro it.*, 2015, I, 2250.

4 Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, in *Foro it.*, 2015, I, 3749.

della configurazione come reato della "selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili". Certo, da Corte cost. 96/2015 emerge la sollecitazione di un intervento del legislatore ai fini della perimetrazione dei consentiti nuovi spazi di intervento: ma i cortocircuiti ideologico-istituzionali che tendono a bloccare l'azione legislativa in materie eticamente sensibili non hanno mancato qui di far avvertire il proprio peso, inducendo al pessimismo anche in ordine ad un prossimo effettivo attuarsi di quella presa di posizione legislativa in tema di ricerca clinica o sperimentazione sull'embrione, che Corte cost. 84/2016[5] ha ritenuto, nel rispetto delle prerogative del legislatore quale "interprete della volontà collettiva", necessaria materia, da parte sua, di un "bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto".

Chi è chiamato, nella persistente latitanza del legislatore, ad interpretare e ad applicare la legge n. 40, non può, allora, azzerare un simile percorso, alla luce del quale sembra difficile fare perno, ai fini della soluzione delle singole problematiche poste in relazione alla p.m.a. dalla realtà delle vicende umane, su di un "diritto alla vita dell'embrione" e su di una sua "aspettativa di vita", che vadano oltre il riconoscimento di una sua "dignità" che valga a differenziarlo – per usare le parole di Corte cost. 229/2015 – da un "mero materiale biologico", in quanto pur sempre "entità che ha in sé il principio della vita".

Non è chi non veda quanto la sua, per così dire, "condizione" sia, in effetti, significativamente mutata già una volta eliminata la originaria necessità di "un unico e contemporaneo impianto" degli embrioni creati, con la conseguentemente programmata "sospensione" del relativo destino: questo, con quelle inevitabili incertezze legate ai potenzialmente indefiniti tempi di crioconservazione, a fronte dei quali, in effetti, l'affermazione di Corte cost. 151/2009, secondo cui "la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione", deve essere letta tenendo ben presente che a differenziare la situazione dell'embrione in stasi criogenica da quella dell'embrione in condizione di svilupparsi concretamente alla vita, in quanto con successo impiantato, siano le ulteriori decisioni da assumere circa il suo destino, con una facoltà di autodeterminazione che non può essere semplicisticamente assimilata – come sembra fare l'ordinanza in discussione quando sostiene, riecheggiando considerazioni svolte da Corte cost. 27/1975[6] con riguardo all'interruzione di una gravidanza in atto, essere sacrificabile il "diritto alla vita" dell'embrione "solo a fronte del rischio di lesione di diritti di pari rango ritenuti prevalenti", come quelli posti "a tutela della salute della donna" – alle

5 Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Foro it.*, 2016, I, 1509.

6 Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in Foro it., 1975, I, 515.

possibilità di scelta consentite alla (sola) donna in gravidanza a tutela della propria salute.

II. PECULIARITÀ DEL PROCESSO GENERATIVO IN APPLICAZIONE DELLE TECNICHE DI P.M.A. E PREROGATIVE DELLA DONNA.

Accantonata, insomma, la prospettiva – effettivamente più sensibile alla tutela dell'embrione nel bilanciamento con gli interessi esistenziali delle persone coinvolte nella vicenda riproduttiva – di una necessitata unitarietà e continuità della dinamica applicativa delle tecniche di p.m.a., sembra, in effetti, ritornare attuale l'impostazione argomentativa offerta, per risolvere un caso sostanzialmente analogo a quello affrontato dall'ordinanza in esame, dal Tribunale di Bologna in epoca anteriore all'intervento della legge n. 40 (in due suoi provvedimenti, rispettivamente del 9 maggio 2000 e del 26 giugno 2000)[7]. La soluzione opposta a quella cui perviene l'ordinanza in esame era, in effetti, significativamente motivata proprio evidenziando la peculiarità, rispetto a quella naturale, della generazione attraverso le tecniche di p.m.a. con creazione di embrioni da impiantare, in quanto caratterizzata da una "procedimentalizzazione" del processo generativo, con "fasi … apprezzabili separatamente", aventi ciascuna una propria autonomia: autonomia che, ovviamente, pur presentandosi insita nella stessa dinamica delle pratiche in questione, risulta destinata a venire esaltata dall'assenza – all'epoca delle pronunce del Tribunale di Bologna, così come pure, ora, dal superamento, a seguito dell'accennato intervento della Corte costituzionale – dell'originaria regolamentazione dell'applicazione delle tecniche di p.m.a., di cui all'art. 14 della legge n. 40.

La sostanza del ragionamento sembra risultare rappresentata dalla valorizzazione della peculiarità delle caratteristiche della situazione sussistente nel periodo intercorrente tra il momento della creazione dell'embrione e quello del relativo impianto che, ove seguito dall'inizio della gravidanza con l'attecchimento in utero dell'embrione stesso, insomma, solo deve ritenersi valere a determinare una modificazione della condizione del frutto dell'unione dei gameti: esclusivamente da tale momento, evidentemente, potendo essere chiamate ad operare possibili tutele a garanzia del regolare attuarsi del processo finalizzato alla nascita, con le limitazioni eventualmente da apprestare – come fa, nel nostro ordinamento, la legge n. 194 del 1978, nell'intento di assicurare una "tutela della vita umana dal suo inizio" – per perimetrare le condizioni legittimanti quelle scelte che possono essere effettivamente intese come "interruzione" dello sviluppo di una vita.

7 Trib. Bologna, ord. 9 maggio 2000 e Trib. Bologna, ord. 26 giugno 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 475.

Proprio (ed esclusivamente) alla luce di un simile chiarimento di fondo, sembra possibile apprezzare le rispettive posizioni di coloro che abbiano partecipato al processo generativo, traendone le necessarie conseguenze in ordine alla rilevanza delle loro scelte e delle vicende personali e familiari il cui sopravvenire può – almeno potenzialmente – interferire con l'applicazione, nel succedersi delle relative "fasi", delle tecniche di p.m.a.

In effetti, pare quasi inutile ribadire come lo sviluppo della vita, fino al raggiungimento del traguardo dello stato di persona umana, sia processo che riguarda esclusivamente il corpo della donna, con le relative esigenze di dovuto rispetto della sua sfera esistenziale quanto alle scelte che lo coinvolgono. E ciò vale a porre fuori gioco anche la mera ipotizzabilità di qualsiasi genere di imposizione nei suoi confronti in ordine al dispiegarsi del processo generativo in atto. Così, nella generazione avviata dal concepimento in via naturale, questo comporta quel carattere di esclusività di rilevanza delle scelte personali della donna – ovviamente entro i limiti ragionevolmente posti dal legislatore – in ordine all'eventuale interruzione della gravidanza (come con chiarezza, infatti, significativamente previsto dalla legge n. 194 del 1978). Nella generazione, poi, perseguita attraverso l'applicazione delle tecniche di p.m.a., qualsiasi tutela che s'intenda apprestare ad interessi estranei alla sfera esistenziale della donna – inerenti che siano alle esigenze di salvaguardia della dignità dell'embrione o a quelle di rispetto della volontà dell'uomo coinvolto nel processo procreativo – risulta destinata ad arrestarsi di fronte alla assoluta inammissibilità di qualsivoglia ipotesi di impianto coattivo nel suo utero, secondo quanto, non a caso, ribadito anche dalla Corte costituzionale (nella sentenza n. 229 del 2015).

In una simile dimensione, pare effettivamente incontestabile la naturale preminenza della posizione della donna, con il peso determinante – anzi esclusivo – da riconoscere, di conseguenza, alla sua volontà, tanto, a ben vedere, da fare tutto sommato ritenere ultronea, a fronte di una simile barriera insormontabilmente opponibile agli interventi esterni, la stessa precisazione di Corte cost. 151/2009, secondo cui il trasferimento degli embrioni sia "da realizzare appena possibile" (come recita l'art. 14, co. 3, della legge n. 40), ma "senza pregiudizio della salute della donna". Insomma, è il coinvolgimento del suo corpo nel processo generativo, tanto per consentire, quanto per condurre in porto, la gestazione a concentrare nella donna ogni relativo potere decisionale. E ciò, addirittura, fino al punto di indurre a riflettere circa la ragionevolezza – alla luce delle condivisibili motivazioni addotte, a conforto della legittimità dell'art. 28, co. 7, della legge 184 del 1983, da Corte cost. n. 425/2005[8] (invero, da ritenere non infirmate neppure dalla curvatura impressa, poi, alla questione di legittimità da Corte cost. 278/2013)[9] – della preclusione (per

8 Corte cost., 25 novembre 2005, n. 425, in *Guida al dir.*, 2005, fasc. 47, 28.

9 Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Foro it.*, 2014, I, 4.

così dire, "rafforzativa", rispetto a quella di chi sia stato generato naturalmente, della condizione del generato attraverso tecniche di p.m.a.), disposta dall'art. 9, co. 2, della legge n. 40, nell'ipotesi di nascita a seguito dell'applicazione di tecniche di p.m.a., della facoltà, pur in linea generale consentita alla madre, di "dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'art. 30, comma 1, del regolamento di cui al d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396".

III. AUTODETERMINAZIONE PROCREATIVA DELLE PARTI NELLA DINAMICA APPLICATIVA DELLE TECNICHE DI P.M.A.

Si tratta, però, di una preminenza che non pare poter essere spinta ad esiti tali da finire col comprimere eccessivamente – o, più esattamente, al di là di un ragionevole bilanciamento delle prerogative da riconoscere alla situazione della donna – il "diritto alla genitorialità" nella sua declinazione maschile, secondo una curvatura significativamente tratteggiata dai ricordati provvedimenti del Tribunale di Bologna del 2000, così come dagli usualmente richiamati, per giungere a soluzioni dissonanti rispetto a quella cui perviene l'ordinanza in esame, precedenti di altri ordinamenti (correntemente richiamata, ad esempio, risultando la decisione della Corte di appello del Tennesse 13 settembre 1990)[10] o sovranazionali (in particolare, Corte europea dei diritti dell'uomo 10 aprile 2007, nel caso Evans[11], in ordine alla legittimità delle opzioni della legislazione inglese del 1990, la quale ammette senz'altro la modificabilità o revocabilità del consenso inizialmente prestato dalle parti, fino all'impianto dell'embrione nell'utero).

In tale ottica, una volta ridimensionata, in conseguenza del percorso di sterilizzazione dei relativamente (e ideologicamente) più sbilanciati contenuti della legge n. 40, la possibilità di dedurre senz'altro – come finisce col fare il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere – la soluzione di casi del tipo di quello qui in discussione dalle esigenze di tutela dell'embrione e della sua affermata "aspettativa di vita" (con i relativi riflessi, sul piano esegetico, su cui si tornerà più oltre), l'interprete deve, allora, prendere atto come, una volta assodata la sicura rilevanza della volontà della donna ai fini della concreta progressione delle operazioni applicative delle tecniche di p.m.a., si ponga effettivamente un problema di, sistematicamente coerente, confronto del diritto di autodeterminazione procreativa dell'uomo con quello della donna medesima: diritti che, ai fini della promozione della generazione attraverso tecniche di p.m.a., si presentano inizialmente sicuramente equiordinati, in quanto accomunati – secondo quanto con chiarezza emerge dal primo comma dell'art. 6 – nella relativa esigenza di (consapevole) consensualità.

10 Court of Appeal of Tennessee, 13 settembre 1990, in *Foro it.*, 1991, IV, 205.

11 Corte eur. dir. uomo, 10 aprile 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1238.

Così, c'è perlomeno da dubitare che si presenti effettivamente coerente con le caratteristiche della situazione conseguente all'avvenuta crioconservazione degli embrioni a seguito del relativo mancato impianto – salvo, appunto, a non voler operare irragionevoli discriminazioni tra le posizioni di chi partecipa alla programmazione dell'iniziativa procreativa – la posizione rispecchiata nelle "Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita", emanate col d.m. 1° luglio 2015, laddove si precisa che "la donna ha sempre il diritto di ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati". O, almeno, si presenta tale se – anche a voler prescindere dal relativo valore nella gerarchia delle fonti – intesa e valorizzata, secondo quanto risulta fatto dal Tribunale di Bologna in una sua ordinanza del 25 agosto 2018[12], nel senso di dedurne senz'altro che "la decisione di effettuare il trasferimento degli embrioni, dunque, dipende esclusivamente dalla volontà della donna, non essendo richiesto il consenso del marito o di altri soggetti". E non se, è da ritenere più correttamente, le espressioni in questione vengano semplicemente assunte nel senso che, giustificandosi la crioconservazione degli embrioni con riguardo a motivi attinenti alla salute della donna, una manifestazione della volontà della donna medesima sia da considerare indispensabile, onde autorizzare il passaggio ad una (appunto ulteriore) "fase" di applicazione delle tecniche di p.m.a. direttamente coinvolgente il suo corpo.

Un simile carattere di indispensabilità della volontà della donna ai fini dell'impianto dell'embrione nel suo utero non può valere, peraltro, ad emarginare quella del partner col quale risulti condiviso il programma procreativo, in un momento in cui la segmentazione temporale delle procedure applicative delle tecniche di p.m.a. non chiama ancora in causa il suo corpo, ma si tratta, piuttosto, di determinare il destino dell'embrione (allo stato) crioconservato.

Si tratta, in effetti, seguendo l'impostazione proposta dal Tribunale di Bologna nel 2000, di assicurare il rispetto – una volta convenuto che "il diritto alla procreazione" vada "necessariamente apprezzato sia che lo stesso venga espresso in via positiva sia che si evidenzi in una volontà negativa" – di una "eguale dignità costituzionale" del diritto alla genitorialità dei due soggetti parimenti coinvolti nella vicenda procreativa, almeno quando, come in questa fase dell'applicazione delle tecniche di p.m.a., non siano ancora in gioco responsabilità nei confronti di chi possa vantare aspettative di vita – appunto con le connesse responsabilità genitoriali – concretamente destinate a realizzarsi a prescindere da ulteriori scelte delle parti coinvolte nella relativa generazione (salvo, ovviamente, secondo quanto dianzi evidenziato, quelle legittime della – sola – madre in ordine all'interruzione della gravidanza).

12 Trib. Bologna, ord. 25 agosto 2018, in *Foro it*., 2019, I, 1430.

Al riguardo, pare anche il caso di evidenziare come l'approccio ad una tale problematica, con la relativa opzione valoriale a favore della preminenza della posizione della donna nelle scelte concernenti il destino dell'embrione, sembri finire col risentire del carattere limitato del ventaglio delle possibili opzioni in materia alla luce del contesto normativo del nostro ordinamento. In particolare, della relativa limitazione alla scelta tra l'impianto dell'embrione nel corpo della donna che ne ha promosso, insieme al partner, la creazione e la continuazione – in persistente applicazione delle datate prescrizioni del d.m. 4 agosto 2004 – della crioconservazione, fino al momento in cui, anche a prescindere da una esplicita rinuncia (scritta) da parte della coppia di genitori, l'accertato "stato di abbandono" valga ad avverare, per gli embrioni ormai definitivamente considerati "orfani", il destino – non è chiaro in quale misura realmente consono alla tutela della relativa "dignità" – di restare a tempo indeterminato congelati. Invero, se non può non risultare già significativo che la decisione circa l'"abbandono" dell'embrione crioconservato sia comunque rimessa – anche nel risalente testo regolamentare in questione – ad una scelta adottata paritariamente dalle due parti (legalmente) coinvolte nella procedura procreativa, il riconoscimento della preminenza della posizione della donna, a tutto scapito delle esigenze di autodeterminazione del partner, si presenta senz'altro difficile da ammettere a fronte di un eventualmente ipotizzabile ampliamento delle opzioni disponibili in ordine alla sorte dell'embrione crioconservato.

In proposito, si pensi – per restare nel campo delle opzioni che sono attendibilmente da credere di prossima realizzazione, attraverso un intervento del legislatore, implicitamente sollecitato da Corte cost. 84/2016[13], o a seguito di una ulteriore presa di posizione della stessa Corte costituzionale, in caso di relativa eventualmente persistente inerzia – alla destinazione alla ricerca, attualmente ostacolata dall'art. 13, co. 1 e 2, legge n. 40). Ovunque tale opzione sia ammessa (e pare il caso di sottolineare, in proposito, come potrebbe essere solo questione di tempo il superamento della posizione attendista assunta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sua sentenza del 27 agosto 2015[14], sfruttata dalla ricordata decisione della nostra Corte costituzionale per prendere tempo a sua volta), chiaramente prevista risulta la pariteticità delle posizioni della donna e dell'uomo. Così, in particolare, in Francia, l'art. L. 2141-4 *code de la santé publique* significativamente allude all'eventuale venir meno del "progetto genitoriale", con la conseguente rilevanza, al fine indicato, del consenso dei "due membri della coppia". Del resto, pure in Spagna, pur nel contesto di un sistema normativo tendente a regolamentare la materia in un'ottica tendente a fare della donna la reale protagonista dell'accesso alla p.m.a., nel (solo) caso di donna coniugata, l'art. 11, co. 5, della *Ley* 14/2006 (in logico sviluppo dell'art. 6, co. 3) richiede, in vista della

13 Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Foro it.*, 2016, I, 1509.

14 Corte eur. dir. uomo, 27 agosto 2015, in *Foro it.*, 2015, IV, 453.

eventuale destinazione in questione (come per gli altri fini ammessi) dell'embrione, il consenso anche del marito.

Così come, non diversamente, nel quadro di una soluzione offerta alla sorte dell'embrione sicuramente rispettosa della sua dignità (ma, evidentemente per il suo carattere controverso, a suo tempo scartata dal nostro legislatore, con una opzione, invero, dissonante dal dichiaratamente perseguito carattere prioritario della salvaguardia dell'esistenza dell'embrione e della sua destinazione allo sviluppo vitale), sempre alla concorde scelta delle parti coinvolte nel "progetto genitoriale" resta riservata la decisione di consentire che i "loro embrioni" siano "accolti" da un'"altra coppia" (avente i requisiti che l'art. 2141-2 *code de la santé publique* prescrive per l'accesso all'applicazione delle tecniche di p.m.a.).

Ma l'eventuale ammissione della possibilità di ottenere da chi lo abbia in consegna quanto necessiti – nel caso di specie, si trattava dell'ottenimento, da parte della moglie, del seme del marito premorto – per procedere all'applicazione di tecniche di p.m.a. vietate nel nostro ordinamento (Trib. Roma ord. 8 maggio 2019)[15], può indurre anche a riflettere sulla competenza ad assumere la relativa decisione in ordine allo stesso embrione crioconservato, al fine – nella impossibilità di impianto per motivi di salute o di età della donna che abbia contribuito col suo ovulo alla sua creazione – di utilizzarlo e consentirne l'accesso alla vita attraverso una (da noi vietata) pratica di surrogazione di maternità (evidentemente applicata dove risulti ammesso il ricorso alla gestazione per conto altrui). In relazione ad un simile (se, in via di mera ipotesi, reputato ammissibile) "rilascio", in effetti, risultando per definizione estraneo alla fattispecie qualsiasi coinvolgimento del corpo della donna, è difficile pensare che la richiesta possa pervenire da una solo delle parti che abbiano partecipato al progetto procreativo (parte che, del resto, a voler ammettere la rilevanza di una richiesta unilaterale, ben potrebbe essere, date le caratteristiche della fattispecie, l'uomo).

Per ritornare al provvedimento alla base della riflessione in questa sede, le considerazioni fin qui svolte, con specifica attenzione ai riflessi dell'intervenuto – a seguito delle prese di posizione della Corte costituzionale – mutamento del quadro normativo della materia (in particolare, con la, per così dire, "normalizzazione" della crioconservazione degli embrioni), sembrano deporre in senso decisamente contrario alla conclusione del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, nel senso di una facile soluzione – in quanto "solo apparente" – della "discrasia" tra la richiesta del "consenso informato" di tutti i soggetti promotori dell'applicazione delle tecniche di p.m.a. "in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita" (art. 6, co. 1) e la prescrizione per cui "la volontà può essere revocata", da ciascuno dei soggetti che hanno espresso la volontà di accedere alle

15 Trib. Roma, ord. 8 maggio 2019, in *Foro it.*, 2019, I, 1952.

tecniche di p.m.a., "fino al momento della fecondazione dell'ovulo" (art. 6, co. 3): soluzione senz'altro dedotta, in direzione contraria alla rivendicata libertà di autodeterminazione procreativa del marito (almeno nel contesto delle circostanze caratterizzanti il caso concreto), come già dianzi accennato, da una *ratio legis* – di esasperata protezione del "diritto alla vita dell'embrione" nel bilanciamento con qualsiasi altro interesse coinvolto nella vicenda procreativa – da considerare, ormai, sicuramente non più attuale nell'attuale quadro disciplinare della materia.

Non ci s'intende qui soffermare, se non di sfuggita, sul profilo della rilevanza, nella composizione degli interessi in gioco, dell'interesse del nascituro all'inserimento in un contesto familiare del tipo di quello – in quanto contraddistinto da una doppia figura genitoriale – proprio in vista della cui garanzia, peraltro, il legislatore ha inteso disciplinare i requisiti di accesso alle tecniche di p.m.a. (problematica, questa, su cui, pure, non possono essere trascurate le riflessioni della decisione di Corte cost. n. 221/2019)[16]. Profilo che, comunque, al di là della indubbia problematicità del carattere di assolutezza del principio della "bigenitorialità", non aveva mancato di venire ampiamente evocato dal Tribunale di Bologna nella sua ricordata giurisprudenza del 2000, ma che l'ordinanza in esame liquida in maniera tale da lasciare perplessi.

Ciò, in particolare, laddove, adducendo l'irrilevanza dello stato (sopravvenuto) di separazione dei potenziali genitori, in quanto "il nato da genitori separati avrà il diritto di godere di entrambe la figure genitoriali", sembrerebbe ammettere – sostenendo che "la separazione tra i coniugi elide solo in apparenza i presupposti soggettivi richiesti dall'art. 5 della legge" – che l'accesso alle tecniche di p.m.a. potrebbe essere consentito anche a soggetti già separati (e, addirittura, legalmente). Conclusione, questa, in misura largamente prevalente, e sicuramente a ragione, respinta: non solo in virtù di un pur significativo possibile richiamo all'art. 6, co. 1, legge 184/1983, quanto alla luce del riferimento della legge n. 40, quale requisito di accesso, anche alla situazione di (effettivamente) "conviventi" in quanto tali, da valorizzare, allora, sul piano sistematico, come indizio di una volontà legislativa precisamente indirizzata ad assicurare la sussistenza, tra i richiedenti, di un legame attuale, che non sia solo di carattere legale, ma soprattutto affettivo e di vita.

Certo è, comunque, come, alla luce di quanto sin qui rilevato, dovrebbe risultare chiara la non manifesta infondatezza dei dubbi di legittimità costituzionale, almeno nella lettura proposta dall'ordinanza in esame, in ordine al dettato – nella parte qui chiamata in gioco – dell'art. 6, co. 3, proprio nella sua connessione con quanto disposto dall'art. 6, co. 1: nella prospettiva, insomma, di quella netta distinguibilità – ai fini della necessaria attualità del consenso delle parti – delle successive "fasi di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita", che attualmente

16 Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Foro it.*, 2019, I, 3782.

risulta di ben diverso spessore rispetto al contesto disciplinare originario (e che, del resto, non ha mancato di essere valorizzata, sua pure incidentalmente, nella motivazione di Cass. 15 maggio 2019, n. 13000)[17]. Questione, quella concernente l'art. 6, co. 3, in relazione alla quale la Corte costituzionale, almeno finora, non ha mai spinto il proprio vaglio al di là della constatazione, e peraltro in diversa prospettiva, della relativa inammissibilità (l'allusione è alle conclusioni di Corte cost. 84/2016). Questo, quindi, con la conseguenza di far considerare non condivisibile l'atteggiamento, in senso contrario, al riguardo assunto dal Tribunale, col non esitare a ritenere evidentemente incontestabile quel proposto bilanciamento degli interessi coinvolti, tutto (persistentemente) incentrato, anche nell'attuale quadro normativo, sulla "tutela dell'aspettativa di vita dell'embrione".

La sollecitazione dell'intervento della Corte costituzionale, prevedibilmente nelle forme di una decisione interpretativa (non necessariamente di accoglimento, ma anche solo di rigetto, con connessa definizione degli spazi esegetici consentiti), ben avrebbe potuto, del resto, essere ritagliata con riferimento, non ad una generale legittimazione della revocabilità del consenso fino all'impianto dell'embrione nell'utero (nella prospettiva seguita, cioè, da regolamentazioni come quella inglese, cui si è dianzi fatto riferimento, ovvero come quella emergente dalla, pure dianzi ricordata, giurisprudenza nordamericana), bensì alle peculiarità della fattispecie concreta: fattispecie caratterizzata non da un mero ripensamento di una delle parti promotrici dell'applicazione delle tecniche di p.m.a, ma dal concreto sopravvenire di un (oggettivo) mutamento sostanziale della – favorevolmente apprezzata dell'ordinamento come premessa per il legittimo esercizio del proprio "diritto alla genitorialità" per via non naturale – situazione familiare iniziale (tale dovendo, evidentemente, essere considerato il sopravvenire della separazione personale, oltretutto di carattere legale, in particolare alla luce della tendenza giurisprudenziale a ravvisare già in essa, con le conseguenze che ne sono fatte derivare sul piano dei rapporti tra i coniugi, il punto di non ritorno della crisi familiare, quale – anche solo per ricordare le parole, ad esempio, di Cass. 4 aprile 2014, n. 7981[18] – "momento della sostanziale esautorazione dei principali effetti del vincolo matrimoniale").

IV. LA SOPRAVVENIENZA DI MODIFICAZIONI DELLE CONDIZIONI PERSONALI E FAMILIARI DELLE PARTI.

Pare evidente come il discorso, così, finisca col coinvolgere una problematica di ampio respiro, la quale fu immediatamente ben presente agli interpreti della legge n. 40. Si tratta di quella problematica connessa, in via generale, alla possibile

17 Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, in *Foro it.*, 2019, I, 1951.

18 Cass., 4 aprile 2014, n. 7981, in *Foro it.*, 2014, I, 1768.

incidenza, sul dispiegarsi delle procedure applicative delle tecniche di p.m.a. e sui relativi effetti, degli eventi di carattere personale e familiare sopravvenuti alla prestazione iniziale del consenso da parte dei componenti della coppia. E, in effetti, già all'indomani della sua entrata in vigore, una vistosa lacuna della legge n. 40 – come tale suscettibile di dar luogo a future gravi incertezze applicative – fu individuata nel non avere il legislatore, una volta fissati i requisiti di accesso alle tecniche di p.m.a., con la contestuale previsione della necessaria prestazione di un "consenso informato", definito, poi, la possibile portata dell'incidenza degli eventi eventualmente sopravvenuti concernenti proprio i requisiti prestabiliti. Problematica che, dunque, decisamente trascurata dal legislatore (se non, evasivamente e in maniera non a caso diffusamente reputata del tutto inappagante, attraverso la previsione di divieti e sanzioni, come, in particolare, nell'art. 12, co. 2), ha avuto modo di emergere carsicamente nella giurisprudenza, con risposte di carattere inevitabilmente episodico e, comunque, per la natura stessa dell'intervento casistico-giurisprudenziale, al di fuori di una prospettiva sistematica, come tale atta – a seguito delle lacerazioni determinate dagli interventi della Corte costituzionale in quello originario – a ricucire, rendendolo coerente ed affidabile per gli interessati, il tessuto della regolamentazione della materia.

Al riguardo, sembra veramente difficile ipotizzare che le vicende in questione – legate al rapporto familiare della coppia promotrice della p.m.a., come la sopravvenuta cessazione della comunità di vita delle parti, ovvero alla capacità personale (giuridica, con la morte, o di agire) – possano, data la indiscutibile centralità del profilo consensuale nella regolamentazione della materia, reputarsi indifferenti in ordine alla valutazione di legittimità dell'applicazione delle tecniche disciplinate dalla legge, considerate in quella loro dinamica temporale che ne costituisce – con la scansione di un succedersi di "fasi" (cui, non a caso, allude esplicitamente l'art. 6, co. 1) – ineliminabile caratteristica e che, come si è avuto modo di vedere, risulta ulteriormente accentuata a seguito degli interventi via via operati dalla Corte costituzionale.

Ovviamente, la questione risulta porsi in termini assai meno problematici per le sopravvenienze intervenute nella fase precedente alla creazione dell'embrione, alla luce della esplicitamente ammessa facoltà, accordata a ciascuna delle parti, di revocare il proprio consenso "fino al momento della fecondazione dell'ovulo" (art. 6, co. 3). Nei limiti, infatti, in cui viene senz'altro ammessa la revoca del consenso, non pare vi siano ostacoli significativi ad ammettere che l'efficacia del consenso inizialmente (legittimamente) prestato possa reputarsi venuta meno a seguito dell'avverarsi degli eventi cui ci si è riferiti. In relazione a simili fattispecie, quindi, sembra che non vi siano ostacoli di rilievo a ricavare, in via interpretativa, una disciplina corrispondente a quella operante in Francia, dove – sulla base degli interventi legislativi in materia – l'art. 311-20 *code civil* e l'art. 2141-2 *code de la santé*

publique prendono in considerazione, appunto, l'efficacia preclusiva della morte di uno dei membri della coppia, dell'istanza di divorzio o di separazione personale o della cessazione della comunità di vita.

Pare interessante notare, peraltro, come l'accennata disciplina francese contempli l'incidenza – sull'efficacia del consenso preventivamente prestato anche "al trasferimento degli embrioni" – degli eventi sopravvenuti cui si riferisce in termini oggettivi, chiaramente contrapponendo alla relativa portata preclusiva della prosecuzione dell'applicazione delle tecniche di p.m.a., appunto compreso lo stesso "trasferimento degli embrioni", la contestualmente consentita possibilità di "revoca per iscritto del consenso dell'uomo o della donna". In una prospettiva sostanzialmente analoga, allora, potrebbe ipotizzarsi una interpretazione della disciplina attualmente vigente, tale da consentire l'incidenza in senso preclusivo del passaggio ad ulteriori "fasi" della p.m.a. – considerando come tale pure l'impianto dell'embrione – delle vicende personali e familiari in questione in un'ottica che potrebbe definirsi, allora, di "inefficacia sopravvenuta", e non di "revoca"[19], del consenso inizialmente prestato.

La prescrizione di cui all'art. 6, co. 3, con la sua allusione, appunto, ai limiti temporali della possibilità di "revoca" del consenso, finirebbe, così, col perdere la portata estensiva che si tende a ricollegargli e da cui l'ordinanza qui in esame fa, in buona sostanza, discendere l'irrilevanza – in quanto successiva a quel "momento della fecondazione dell'ovulo" preso in considerazione dalla citata disposizione – dell'opposizione del marito all'impianto dell'ovulo richiesto dalla moglie, anche se motivata, appunto, sulla base del mutamento (oggettivo) della situazione familiare a seguito della intervenuta separazione personale dei coniugi. Anzi, ci sarebbe da chiedersi se, per coerenza logico-sistematica, a fronte di una simile sopravvenienza, il venir meno dei requisiti richiesti dall'art. 5 (almeno interpretato nel senso dianzi accennato, come preclusivo dell'accesso alla p.m.a. per i coniugi separati) non sia da considerare di per se stesso, sul piano oggettivo, senz'altro ostativo alla prosecuzione – col passaggio alle "fasi" successive e, in particolare, a quella dell'impianto dell'embrione – dell'applicazione delle tecniche di p.m.a., anche a fronte, quindi, di una eventuale volontà in senso favorevole degli interessati. Ragionamento, questo, che, ovviamente dovrebbe valere, a maggiore ragione, in caso di divorzio delle parti, venendo a perdersi da parte loro, con esso, quella stessa qualità di "coniugi", considerata necessaria per l'accesso alla p.m.a., ai sensi dell'art. 5.

I riflessi di una simile impostazione della problematica concernente le sopravvenienze incidenti sui requisiti di ammissione alla p.m.a., fin qui accennata

19 Ottica, quest'ultima, che sembra caratterizzare, invece, la fattispecie presa in considerazione da Cass., ord. 18 dicembre 2017, n. 30294, in *Foro it.*, 2018, I, 6.

con riferimento a quelle concernenti la situazione familiare della "coppia" dei soggetti interessati all'applicazione delle relative tecniche, sono destinati a farsi avvertire, ovviamente, anche con riguardo alle vicende che investono la capacità di ciascuna delle parti.

Non vi può essere dubbio alcuno come, pur tacendo l'art. 5 al riguardo, la rilevanza accordata, ai fini dell'applicazione delle tecniche di p.m.a., al "consenso informato" delle parti, imponga che esse godano, nel momento iniziale, della capacità di agire richiesta ai fini di una valida acquisizione, appunto, del loro "consenso informato". La portata della decisione in questione, tanto sul piano del coinvolgimento psico-fisico della persona, quanto su quello delle responsabilità genitoriali di cui viene programmata l'assunzione nei confronti dei figli così generati, depone decisamente nel senso della configurazione di una tale decisione tra quelle di carattere personalissimo, in ordine alle quali pare veramente difficile ammettere qualsiasi possibilità di sostituzione nella relativa prestazione. Simili caratteri della decisione, poi, finiscono col rendere pure difficilmente concepibile che la relativa capacità non debba sussistere anche per passare alle "fasi" ulteriori dell'applicazione delle tecniche di p.m.a. e, in particolare, nel momento (e in funzione) dell'impianto dell'embrione.

Ciò pare assolutamente incontestabile per quanto concerne la donna, dato quell'intimo coinvolgimento del suo stesso corpo nella gestazione che, come si è dianzi accennato, rende sicuramente rilevante la sussistenza di una sua volontà, libera e consapevole, al fine di procedere all'impianto. Ma, ove si rifletta circa la portata delle conseguenze dell'impianto, con la sua funzionalità a determinare la nascita, sul piano dell'assunzione di future responsabilità genitoriali, si può seriamente dubitare che la sopravvenuta incapacità di agire anche dell'uomo non sia destinata a caricarsi – alla luce di un ragionevole bilanciamento tra gli interessi in gioco che tenga adeguatamente presenti quelli cui si è dimostrato sensibile il legislatore nella definizione dei requisiti di accesso alla p.m.a. – di una rilevanza preclusiva in ordine al passaggio ad una simile (ulteriore) fase dell'applicazione delle tecniche di p.m.a.

In una prospettiva non dissimile ci si dovrebbe muovere, del resto, per dare risposta anche alle delicate questioni legate alle conseguenze di eventuali pratiche riproduttive *post mortem*, pure alla luce del relativo divieto emergente dall'art. 5, con la relativa limitazione dell'accesso alla p.m.a. di "coppie" di soggetti "entrambi viventi", e dall'art. 12, co. 2, con la sanzione ivi comminata a chi applichi "tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi".

A fronte di un simile quadro normativo, pare senz'altro preclusa l'utilizzabilità *post mortem* dei gameti di un soggetto, cui siano stati pur lecitamente prelevati

e crioconservati quando ancora era in vita. E, da tale punto di vista, sembra da respingere, in quanto sostanzialmente formalistico, il ragionamento della ricordata ordinanza di Trib. Roma 8 maggio 2019, nella quale, al fine di consentire il rilascio ad una vedova del seme crioconservato del marito, non si reputa rilevante – nonostante l'esistenza del divieto legislativo, da ritenere insuperabile anche in presenza di una manifestazione di volontà del marito stesso – la successiva possibilità di utilizzazione "dei gameti a fini riproduttivi", pur trattandosi, evidentemente, della destinazione implicitamente presupposta dalla richiesta in questione.

In relazione alle questioni dischiuse dalle pratiche di p.m.a. *post mortem*, sembra, poi, il caso di sottolineare come su di un piano diverso da quello della relativa legittimità si sia, non a torto, ritenuta porsi la questione dello stato del figlio comunque, in concreto, eventualmente nato a seguito della pratica considerata illegittima dal nostro legislatore. Al riguardo, in effetti, decisiva è stata reputata, dalla già menzionata Cass. 15 maggio 2019, n. 13000, la manifestazione del consenso – e la relativa persistenza fino al decesso – da parte del coniuge o del convivente alla utilizzazione del proprio seme crioconservato: questo, con una interpretazione sistematica dell'art. 8 nel senso della valorizzazione del consenso ai fini della determinazione dello stato del figlio, la quale può effettivamente trovare supporto nella prospettiva posta dal legislatore, nell'art. 9, co. 1, a base della disciplina delle conseguenze, appunto sullo stato del figlio, della sua nascita a seguito di pratiche di p.m.a. vietate.

Si tratta, in effetti, di un bilanciamento degli interessi in gioco che privilegia decisamente – secondo una tavola di valori che è si è venuta nel tempo ad consolidare, con ormai innumerevoli espressioni, in materia di tutela del minore – quello del nato, anche se non si può fare a meno di sottolineare come, indiscutibilmente, il riconoscimento di una simile portata *post mortem* al consenso del soggetto da cui provengano i gameti utilizzati nel processo di p.m.a. si presti a innescare – sul piano della proiezione dei rapporti sociali nel tempo – quelle problematicità che, non a caso, evidentemente nella prospettiva di una relativa eccezionalità, hanno spinto il legislatore spagnolo, nell'art. 9 della ricordata *Ley* 14/2006, a limitarne temporalmente la efficacia ad un anno.

Alla luce delle considerazioni dianzi svolte, in via generale, in ordine alla rilevanza, nella dinamica dell'applicazione delle tecniche di p.m.a., degli eventi di natura personale o familiare sopravvenuti, pare difficilmente ipotizzabile non estenderne la portata preclusiva anche all'ipotesi della morte intervenuta successivamente alla creazione dell'embrione. Del resto, pure la stessa Cass. 13000/2019, occupandosi del divieto di p.m.a. *post mortem* e distinguendone le possibili ipotesi, non manca di considerare quella dell'impianto dell'embrione pur sempre quale "fase" dell'applicazione delle tecniche in questione (con la relativa

conseguente esigenza della persistente "esistenza in vita" dei soggetti coinvolti). Non pare, allora, condivisibile la soluzione adottata dall'ordinanza di Trib. Bologna 25 agosto 2018, che consente senz'altro alla moglie rimasta vedova di ottenere il trasferimento intrauterino degli embrioni crioconservati, a tal fine valorizzando essenzialmente quella, dianzi posta in dubbio, disponibilità esclusiva, da parte della donna, della decisione circa l'impianto degli embrioni crioconservati (pretesamente ricollegata alla previsione di cui alle "Linee guida" del 2015).

Al più, anche in questa ipotesi, potendosi porre la questione dello stato di chi sia, poi, in concreto, effettivamente nato, nonostante il divieto dell'applicazione delle tecniche di p.m.a. *post mortem* (da considerarsi esteso, come accennato, all'impianto, dopo la morte dell'altra parte, dell'embrione crioconservato). Esclusa, comunque, l'ipotizzabilità dell'accoglimento di una richiesta di rilascio degli embrioni da parte della donna (in una prospettiva corrispondente a quanto dianzi osservato in senso contrario alla soluzione dell'ordinanza di Trib. Roma 8 maggio 2019), la curvatura impressa alla soluzione, nel senso più favorevole all'interesse di chi sia comunque effettivamente nato, da Cass. 13000/2019, con la rilevanza decisiva accordata all'eventuale manifestazione esplicita di consenso dell'uomo alla pratica *post mortem*, sembra, in effetti, atta a coprire pure l'ipotesi ora considerata (ovviamente con quelle stesse riserve dianzi al riguardo espresse, che fanno avvertire in pieno la difficoltà di offrire sul solo piano esegetico e giudiziale, in materie coinvolgenti valori e interessi della complessità e della delicatezza di quelli qui in gioco, risposte per definizione implicanti il relativo bilanciamento).

LA IMPLANTACIÓN ERRÓNEA DE EMBRIONES Y LAS DIFERENTES CONCEPCIONES SOBRE LA FAMILIA*

WRONG EMBRYO IMPLANTATION AND THE DIFFERENT CONCEPTIONS OF THE FAMILY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3484-3513

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: Análisis de su alcance y límites actuales y futuros", financiado por PID2019-104226GB-I00 / AEI / 10.13039/501100011033 (Ministerio de Ciencia e Innovación), y cuyas IP son Alma Rodríguez Guitián y Pilar Benavente Moreda. El impulso para la elaboración del presente trabajo, ahora debidamente actualizado, es una ponencia, "Análisis de los problemas jurídicos suscitados por el intercambio de embriones", impartida en las Jornadas "*Desafíos contemporáneos en las Técnicas de Reproducción Asistida: una perspectiva comparada Argentina, España, México y Chile*", organizadas por el Proyecto CEAL y el Proyecto Ubacyt, 8-9 de marzo 2016, Universidad de Palermo (Argentina). Dicha ponencia se publicó en la *Revista En Letra Civil y Comercial*, diciembre 2016, año I número 2, Buenos Aires, pp. 84-107.

Alma M.
RODRÍGUEZ
GUITIÁN

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Este trabajo analiza cómo determinar la filiación en las hipótesis de embriones incorrectamente implantados debido a un error médico. Hay una amplia variedad de casos que reflejan la tensión existente entre las concepciones biológica y social de la paternidad: en ocasiones una mujer lleva en su útero un embrión que genéticamente pertenece a otra pareja. Otras veces la embarazada es la madre genética, pero el esperma procede de un hombre que ni es su pareja ni tampoco un donante. Cada caso debería resolverse de acuerdo a sus particulares características teniendo en cuenta el interés superior del niño.

PALABRAS CLAVE: Técnicas de reproducción asistida; determinación de la paternidad; paternidad biológica y social; interés superior del niño.

ABSTRACT: *This paper analyzes how to determine legal parentage in misplaced embryo cases due to a medical error. There are a wide variety of cases which reflect the tensions between biological and social conceptions of parenthood: sometimes a woman carries in her womb an embryo which genetically belongs to another couple. Other times the pregnant woman is the genetic mother but the sperm comes from a man who is neither her partner nor a donor. Each case should be solved according to its unique characteristics taking into account the best interest of the child.*

KEY WORDS: Assisted reproductive technologies; determination of parenthood; biological and social parenthood; best interest of the child.

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.- II. PRIMERA HIPÓTESIS: CONSTITUCIÓN DEL EMBRIÓN CON EL MATERIAL GENÉTICO DE LOS DOS MIEMBROS DEL MATRIMONIO O DE LA PAREJA DEMANDANTE. ANÁLISIS DE LA ORDINANZA DEL TRIBUNAL DE ROMA DE 8.8.2014 Y DE PERRY-ROGERS v. FASANO.- 1. Hechos del caso de la Ordinanza del Tribunal de Roma de 8.8.2014.- A) Pronunciamientos posteriores.- a) Pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16.9.2014.- b) Sentencia del Tribunal de Roma de 22.4.2015.- B) Inadecuación de la normativa del Código Civil y de la normativa de reproducción asistida para la resolución del caso.- C) Análisis crítico de la solución dada por la Ordinanza del Tribunal de Roma.- D) Apertura de ciertos interrogantes.- 2. Perry-Rogers v. Fasano.- A) Hechos del caso.- B) Análisis crítico de la sentencia.- III. SEGUNDA HIPÓTESIS: CONSTITUCIÓN DE EMBRIÓN EXCLUSIVAMENTE CON MATERIAL GENÉTICO DEL VARÓN DEMANDANTE. ANÁLISIS DE ROBERT B. v. SUSAN B.- 1. Hechos del caso.- 2. Análisis crítico de la decisión judicial. IV. TERCERA HIPÓTESIS: CONSTITUCIÓN DE EMBRIÓN CON MATERIAL GENÉTICO DE LA MADRE GESTANTE Y CON ESPERMA DE PERSONA DISTINTA A SU CÓNYUGE/PAREJA. ANÁLISIS DE LEEDS TEACHING HOSPITAL NHS TRUST v. A.- 1. Hechos del caso.- 2. Análisis crítico de la sentencia.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

Las técnicas de reproducción asistida presentan un cierto e ineludible margen de riesgo. Por ello las hipótesis de error en estas técnicas que pueden originarse en la práctica por parte del centro médico y del personal dependiente del mismo son varias y presentan problemas que el derecho está llamado a resolver. El objeto del presente trabajo es el examen de una de estas hipótesis de error en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida: la implantación errónea de embriones en una mujer usuaria de las técnicas, formados con material genético totalmente ajeno a la mujer en la que se implantan o formados con material genético perteneciente sólo en parte a tal mujer.

Los casos de implantación errónea de embriones plantean, al menos, dos tipos de problemas jurídicos: Un primera cuestión es la responsabilidad civil de la clínica y del personal médico que lleva a cabo la técnica de reproducción asistida y una segunda cuestión es la determinación de la paternidad/maternidad respecto al nacido fruto de estas técnicas[1]. En este trabajo sólo me voy a ocupar, por razones evidentes de espacio, de la segunda cuestión, aunque realmente los interrogantes

1 Shultz, M.: "Taking Account of ARTs in Determining Parenthood: A Troubling Dispute in California", *Washington University Journal of Law & Policy*, 2005, Vol. 19, p. 82, afirma que la gente se pregunta la razón de que se preste mucha atención a un problema que afecta sólo a un pequeño número de personas. Su respuesta es que este tipo de casos fuerza a pensar acerca de nuestros valores más esenciales. Por ejemplo, ¿qué hace una familia? o ¿Quién es progenitor? A la hora de responder al problema de la determinación de la paternidad/maternidad se desvelan nuestras actitudes hacia el cuerpo, la biología y la genética, hacia la psicología y el medio ambiente, hacia la conexión humana y la responsabilidad, acerca de la función otorgada a las intenciones y la voluntad tanto en nuestras vidas como en la propia legislación.

• Alma M. Rodríguez Guitián
Catedrática de Derecho Civil acreditada a Catedrática, Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: alma.guitian@uam.es

que plantea la responsabilidad, que sin duda existe, en este tipo de casos son muy interesantes y merecerían un profundo estudio separado[2].

En relación con este segundo problema jurídico este tipo de hipótesis no pueden sino evocar el antiguo drama ya presente en el Antiguo Testamento relativo al juicio del Rey Salomón y las dos mujeres, que disputaban acerca de quién era la madre del niño vivo en un caso de intercambio de recién nacidos; si bien en la actualidad tal drama es imputable al comportamiento negligente del personal dependiente de la clínica de reproducción asistida[3]. Sin duda hay mucho de tragedia en la elección de quién debe ser padre o madre finalmente del niño nacido fruto de tales técnicas.

Por una parte, es comprensible el interés del o de los progenitores genéticos/biológicos (según se haya constituido el embrión con el gameto de uno solo o de ambos miembros de la pareja) en que quede determinada su paternidad y/o maternidad ante la implantación, por error, del embrión en el útero de otra mujer (madre gestante). De hecho se ha destacado que en la sociedad con carácter general, y en los padres que utilizan técnicas de reproducción asistida en particular,

2 Sumamente interesante es la demanda de responsabilidad civil por wrongful birth planteada por una mujer lesbiana, Jeniffer L. Cramblett, contra el Midwest Sperm Bank, LLC, ante el Tribunal del condado de Cook en Illinois el 29 de septiembre de 2014. Ella es inseminada por un error del banco de esperma con semen de un hombre de raza negra, cuando la demandante y su pareja lesbiana habían seleccionado cuidadosamente las características genéticas del donante. La causa del error radica en que la recepcionista del citado banco anotaba los pedidos a mano y hubo una confusión sobre el número del donante seleccionado. Una vez descubierto el error, la demandante recibe una carta del banco disculpándose y devolviéndola parte de la cantidad pagada como precio. El 4 de septiembre de 2015 se desestima por el tribunal la demanda, aunque el tribunal considera que la demandante podría volver a dirigirse contra el demandado ejercitando una acción de negligencia (véase la noticia de tal desestimación en http://www.cbsnews.com/news/judge-throws-out-lawsuit-against-sperm-bank/). En mi opinión la desestimación de la demanda, planteada como una acción de responsabilidad por wrongful birth, es correcta. Por una parte, este tipo de acciones van ligadas a casos donde el niño ha nacido con taras, y la niña de Jeniffer L. Cramblett es perfectamente sana. Por otra parte, es muy dudoso que los daños solicitados en el caso por la demandante puedan ser imputados objetivamente al comportamiento negligente del banco de esperma. En las acciones de responsabilidad por wrongful birth el comportamiento negligente del profesional demandado priva de la información necesaria a los progenitores para poder ejercitar la libertad de procreación. Pero en su demanda Jeniffer L. Cramblett pide una indemnización por otro tipo de daños distintos a la privación de su libertad de procrear. Así, por ejemplo, reclama los daños morales que sufre por la discriminación previsible que experimentará su hija Payton tanto en la comunidad blanca donde nace como en su propia familia, que siempre se ha mostrado insensible con el lesbianismo de la demandante. En relación con daños que aparecen ligados a hechos posteriores al nacimiento del niño, como los reclamados por la demandante, hay serias dudas respecto de su imputación objetiva al profesional demandado. En este sentido véase Macía Morillo, A.: "Una visión general de las acciones de responsabilidad por Wrongful Birth y Wrongful Life y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico", en AA.VV. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (coord. por A.M. Morales Moreno/J.M. Miquel González), núm. 10, Madrid, 2007, p. 84. Consúltese para mayor información su monografía *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. La demanda de Jeniffer L. Cramblett no sólo es planteada como una acción de responsabilidad por wrongful birth sino que también pide responsabilidad por breach of warranty. Probablemente tiene mucho más sentido plantear la demanda por esta segunda vía, es decir, alegando los daños que le había provocado la ruptura de la garantía a que se había comprometido el fabricante del producto. Aquí cabe sostener que el banco de semen se había comprometido a la venta de semen de un determinado donante y, en cambio, entrega un esperma de donante distinto.

3 AT, 1Re 3: 16-28.

parece predominar la importancia del elemento genético[4]. Ello es patente tanto en el número minoritario de parejas que quieren donar sus embriones sobrantes para la implantación en parejas estériles, como en la ansiedad sufrida por los progenitores cuyos embriones han sido erróneamente implantados en mujeres que no han tenido la voluntad de gestarlos. De estadísticas llevadas a cabo en EEUU o Australia se desprende que la gran mayoría de parejas que han acudido con éxito a programas de fecundación *in vitro* o que han abandonado su intención de concebir, se muestran contrarias a que sus hijos genéticos sean criados por extraños[5].

Pero, a la vez, qué duda cabe de que detrás de esta problemática también subyace una cuestión profundamente actual, esto es, la tensión entre las concepciones biológicas/genéticas y sociales de la paternidad. ¿Deben prevalecer también aquí, como en otros casos, los ligámenes afectivos y sociales sobre los lazos de sangre y, por tanto, sobre la verdad biológica? ¿Debe predominar, para la resolución de la implantación errónea de embriones, una visión de la familia, a la que se tiende hoy sin duda por parte de la jurisprudencia, nacional e internacional, entendida como comunidad de afectos más que como un ligamen entre parientes consanguíneos?

Como se explica a lo largo de las páginas que siguen, a mi juicio no debe adoptarse una solución categórica y uniforme (esto es, prevalencia del elemento genético/biológico o prevalencia de la concepción social de la paternidad) para la resolución de estos casos. Por una parte, es muy dudoso que puedan resolverse estas hipótesis a la luz de la actual normativa de los códigos civiles o de la normativa reguladora de la reproducción asistida, en cuanto este tipo de conflictos no se contemplan de forma explícita en ninguna de estas normativas[6]. Por otra parte,

4 Señala la importancia del vínculo genético en la sociedad Farnós Amorós, E.: *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 183-184. No así desde el punto de la normativa legal, ya que uno de los principios básicos sobre los que se sustenta la filiación derivada de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida es el lugar secundario que ocupa el dato genético, en cuanto para la determinación del vínculo filial la voluntad procreacional es la que prima, ya se haya utilizado material genético de la propia pareja o de un tercero. En este sentido Herrera, M.: "Comentario al artículo 562 del Código Civil y Comercial Argentino", *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II, Libro Segundo, Arts. 401-723, (dir. por M. Herrera/G. Caramelo/C. Picasso), Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 290.

5 Katz, K.: "Snowflake Adoptions and Orphan Embryos: The Legal Implications of Embryo Donation", *Wisconsin Women´s Law Journal*, 2003, núm. 18, pp. 188-189.

6 Sostiene esta misma idea, propugnando soluciones externas al ordenamiento jurídico italiano, éticamente apropiadas, el Comitato Nazionale per la Bioetica, en el documento elaborado el 11 de julio de 2014 titulado "Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni" (www.governo.it/bioetica/pdf/Considerazioni_scambio_involontario.pdf) (fecha de consulta: 29/06/2021). El documento es redactado por Lorenzo D´Ávack ante un conflicto de intercambio erróneo de embriones entre dos parejas acontecido en una Hospital de Roma, que se analiza más tarde en este trabajo. Dicho Comité prefiere no expresar una preferencia por una de las parejas implicadas en cuanto a la determinación de la paternidad/maternidad de los hijos nacidos porque, cualquiera que sea la situación en la que los hijos nacidos crecerán, el dilema ético seguirá abierto. Se pone el acento, además, en el carácter dramático y trágico de este tipo de hipótesis y en el sufrimiento humano que ellas llevan consigo (p. 3). Se inclina porque impere una solidaridad, generosidad y responsabilidad entre todos los adultos implicados para darle al menor una vida serena al margen del conflicto, y porque se garantice, a la vez, la no exclusión de todos los sujetos no afectados (por ejemplo, a

estos modernos casos no pueden resolverse invocando "un derecho al hijo" sino que el criterio fundamental que entra aquí en juego es el del interés superior del menor. Por tanto, no se trata de solucionar estos conflictos estableciendo la prioridad entre los adultos de las parejas afectadas sobre un presunto derecho al hijo; lo único que existe es un deseo, lícito, claro, de ser padre o madre. Es indudable que este principio del interés superior del menor no sólo ha de jugar cuando el conflicto se plantea durante la minoría de edad del hijo en materias de educación, salud, visita o custodia, sino que también ha de jugar como un significativo factor para la determinación del status de filiación. Y aquí debe garantizarse, ante todo, la certeza de los nacidos en estas situaciones de tener una referencia parental y la inmersión en un núcleo familiar.

Por tanto, hay que plantearse cuál sea la mejor solución para la determinación de la filiación del menor fruto de tales técnicas a la luz de las circunstancias de cada caso. Ahora bien, ello no significa que no puedan apuntarse desde el inicio ciertos criterios o factores que ayuden a discernir cuál de las soluciones (preferencia por la paternidad genética o preferencia por la paternidad social) es la más idónea para el bienestar del menor en el supuesto particular. Así, cabe citar, entre otros factores, la fecha de la notificación del error (no es lo mismo el descubrimiento del error antes del nacimiento del menor que el descubrimiento ya pasado bastante tiempo) y, por tanto, la posibilidad del establecimiento de una relación paterno-filial de hecho (social, por tanto) de cierta duración. A ello puede añadirse la existencia de hermanos con los que el menor pueda tener una relación afectiva, o la posibilidad real de que pueda simplificarse lo más posible la determinación de la paternidad/maternidad, evitando la multiplicidad de padres y madres jurídicos. Es cierto que las técnicas de reproducción asistida llevan consigo la posibilidad de multiplicidad de sujetos que concurren a las citadas técnicas, pero no necesariamente tal multiplicidad de hecho debe traducirse siempre en una complejidad jurídica en cuanto a la determinación de la paternidad.

Como luego se analizará, los tribunales no siempre se decantan porque la paternidad/maternidad del menor se atribuya en exclusiva a una sola de las parejas implicadas, sino que en ocasiones "dividen" tal paternidad/maternidad entre tales parejas (por ejemplo, se reconoce la maternidad de la gestante y la paternidad del varón, perteneciente a otra pareja, que ha aportado el esperma), causando, o pudiendo causar, a mi juicio, problemas de cierto peso para el equilibrio psíquico y emocional del menor, sobre todo teniendo en cuenta que este tipo de soluciones o fórmulas pueden incrementar los conflictos iniciales ya existentes entre demandantes y demandados[7].

través de la fórmula jurídica de un derecho de visita, pero apela también a un posible acuerdo espontáneo de las parejas) (p. 11).

7 A juicio de Bianca, M.: "Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull´erroneo scambio degli embrioni", *DFP*, núm. 1, enero-marzo, 2015, p. 194, deben

Por consiguiente, parece lo más adecuado, desde el punto de vista metodológico y estructural del presente trabajo, analizar las diferentes hipótesis que pueden darse en la realidad a propósito de la implantación errónea de embriones, a partir de los casos que se han presentado ante los tribunales.

II. PRIMERA HIPÓTESIS: CONSTITUCIÓN DEL EMBRIÓN CON EL MATERIAL GENÉTICO DE LOS DOS MIEMBROS DEL MATRIMONIO O DE LA PAREJA DEMANDANTE. ANÁLISIS DE LA ORDINANZA DEL TRIBUNAL DE ROMA DE 8.8.2014 Y DE PERRY-ROGERS V. FASANO.

1. Hechos del caso de la Ordinanza del Tribunal de Roma de 8.8.2014[8].

Se produce un intercambio erróneo de embriones por parte del Hospital Pertini de Roma cuando se practica una fecundación in vitro homóloga tanto al matrimonio luego demandante como al matrimonio demandado[9]. Parece que la causa del error radica en que las dos mujeres poseen apellidos semejantes. Sólo una de las embarazadas tiene éxito en la gestación, dando a luz a dos gemelos.

El error se descubre con anterioridad al nacimiento de los menores, cuando la mujer embarazada se hace un test genético y las pruebas concluyen que el perfil genético de los gemelos no corresponde con el de ella y con el de su marido.

Nada más darse a conocer el caso en los medios de comunicación se suscita ya un gran debate en la doctrina italiana[10] y a los pocos días, el 11 de julio de 2014, se pronuncia sobre el problema el Comitato Nazionale di Bioetica, a petición de

evitarse soluciones que individualicen tantas figuras parentales como las técnicas de reproducción asistida consienten. Así como deben ser rechazadas soluciones aparentemente tranquilizadoras y transaccionales que, alegando argumentos como la existencia de la familia de los afectos, proponen derechos de visita del menor. En el mismo sentido se pronuncia Novella Bugetti, M.: "Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialitá", *Famiglia e Diritto*, 2014, núm. 10, p. 941. Para esta última autora las tesis que propugnan soluciones de compromiso son instrumentales respecto a las pretensiones de los progenitores (genéticos, en particular) y no lo son, en cambio, respecto a los nacidos, cuyo interés en la certeza y unidad de su estado de filiación deben ser prioritarios. En el derecho español Nanclares Valle, J.: "La filiación en caso de gestación heteróloga por error", *Actualidad Civil*, 2015, núm. 7, p. 12 (www.laleydigital.es) (LA LEY 4947/2015), también considera que la ubicación del niño en dos núcleos familiares diversos y sujetos a una probable tensión en las relaciones entre ellos, no parece ser la solución más correspondiente con el interés de los hijos en este tipo de supuestos de implantación errónea de embriones.

8 Puede leerse el texto de la Ordinanza en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, diciembre 2014, núm. 12, pp. 1110-1115.

9 El intercambio de embriones entre dos parejas, a mi juicio, es únicamente una especie perteneciente al género de la implantación errónea de embriones.

10 Entre otros, D´avack, L.: "Se i veri mamma e papà volessero i loro bambini non avrebbero chance", *La Repubblica. It*., 14 aprile 2014 (para quien la solución es que la madre gestante pida no ser declarada madre y abandone al menor, de modo que el padre genético reconozca al hijo que después adoptará con su mujer); Ferrando, G., en una entrevista para el diario *La Repubblica,it*, 16 aprile 2014, en la página dedicada al tema "Di chi sono questi figli?" y, por último, opiniones de juristas como Santosuosso, F., Zencovich, V. y Mirabelli, C. en el artículo "Scambio di embrioni, per legale ospedale «non sono figli della gestante»", *IlFattoQuotidiano.it*, 18 aprile 2014.

la Regione Lazio, sin tomar posición sobre los criterios éticos y biojurídicos que deben inspirar la ponderación y la composición de los intereses en conflicto[11].

Antes del nacimiento los progenitores biológicos/genéticos interponen un recurso por vía de urgencia ex artículo 700 del Código Procesal Penal requiriendo que se les proporcione información sobre el estado actual del embarazo, el lugar y fecha del parto y que se solicite a los funcionarios del Registro Civil que no inscriban al niño a nombre de la madre gestante y su marido.

Al producirse el nacimiento del niño antes de la resolución del recurso los demandantes modifican la demanda inicial pidiendo, en primer lugar, que se atribuya la guarda del niño a una institución idónea, con la consiguiente separación de los menores de los padres gestantes y, en segundo lugar, solicitando de modo subsidiario el reconocimiento del derecho de visita para ellos con el fin de poder asegurar la construcción de un ligamen afectivo con el menor que no perjudicase el construido con los padres gestantes, en caso de que a éstos últimos se les reconociese finalmente como padres legales. También solicitan que sea elevada una cuestión de legitimidad constitucional de varios preceptos del Código Civil, en concreto, del artículo 269.3° c.c. en la parte en que prevé que la madre legal sea la que da a luz, del artículo 239 párrafo 1° c.c. en la medida en que restringe la posibilidad de reclamar el estado de hijo sólo a los casos de suposición de parto o de sustracción del nacido, del artículo 243 bis c.c. en cuanto limita la legitimación para interponer la acción de desconocimiento de la paternidad a la madre, al marido y al hijo, en relación con el art. 263 c.c. que, en cambio, prevé que la acción pueda ser propuesta por quien tenga interés.

Entiende el Tribunal de Roma que tal procedimiento cautelar debería ser instrumental del ejercicio de la acción de mérito de declaración judicial de la paternidad y maternidad natural, pero que esta última acción, sobre la base de la actual normativa italiana, no podría ser interpuesta por los padres genéticos en cuanto ello conllevaría que se removiera el status de padres legítimos adquirido por los padres gestantes. Y esta última opción no es posible en este caso, según el tribunal, porque no concurren los presupuestos para la reclamación por los recurrentes del estado de filiación en el artículo 239 c.c. (sólo prevista para el caso de suposición de parto o de sustracción del nacido), ni tampoco puede el matrimonio demandante ejercitar la acción de desconocimiento de la paternidad, que está reservada en el art. 243 bis c.c. al marido, a la madre y al hijo mismo.

Resuelve el tribunal de Roma en contra de los demandantes, progenitores genéticos, y a favor del matrimonio demandado, alegando la aplicación de ciertos

11 El Comitato se inclina por fórmulas de resolución no contenciosas, que pasan, no por afirmar derechos, sino por la renuncia a los mismos. Véase la nota de pie de página 7 del presente trabajo.

principios vigentes en el ordenamiento italiano, aplicables a todo el derecho de filiación según el tribunal, con independencia de la modalidad en la cual la filiación se haya producido[12]. En concreto, mantiene que la aplicación de estos principios se hace en consideración al interés superior del menor (en concreto, en aras de la estabilidad de su status y de su derecho a vivir en la propia familia). El primero de los principios es el de que madre legal es aquella que pare (art. 269.3º c.c.), aplicable tanto en la reproducción natural como en la asistida, y que se ha mantenido tras la reforma italiana de la filiación llevada a cabo por Decreto Legislativo 28.12.2013 n. 154[13]. El segundo principio es el de la presunción de paternidad del marido (artículo 231 c.c.), también vigente tras la citada reforma italiana del derecho de filiación, extendiéndose al ámbito de la reproducción asistida al referirse, no solo al hijo concebido dentro del matrimonio, sino también al hijo nacido dentro del mismo[14]. Por consiguiente, se presume padre legal al marido de la madre gestante.

Por último, se aplican los artículos 6 y 9 de la Ley italiana de 19 de febrero de 2004 núm. 40 sobre "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"[15], que impiden, respectivamente, la acción de desconocimiento de la paternidad a quien ha prestado voluntariamente su consentimiento a la fecundación artificial y la asunción del vínculo filial con el nacido por parte del donante de material genético. El Tribunal, aunque afirmando que el caso no es adscribible a la hipótesis de la fecundación heteróloga, aplicando la citada normativa, sostiene que el marido de la madre gestante, en el momento en que ha consentido que la mujer siga adelante con el embarazo, ha prestado de hecho un consentimiento ex post[16]. Asimismo, el padre genético, en presencia del status de hijo de otra persona (el marido de la mujer gestante), no puede promover la acción de desconocimiento de la paternidad y no puede reconocer al hijo. La acción de desconocimiento de

12 Alaba Caredda, V.: "Scambio di embrioni e titolo di paternità e maternità", *Giustizia Civile*, 23.9.2014, p. 4 (www.giustiziacivile.com) la decisión del Tribunal de Roma en la medida en que recurre a una profunda argumentación jurídica para resolver el caso cuando la lógica del procedimiento de urgencia que se interpone hubiera justificado perfectamente no hacerlo.

13 Bianca, M.: "Il diritto del minore", cit., pp. 191-192 ve de forma favorable la aplicación de tal principio a este caso. También en los supuestos de maternidad subrogada se acoge esta solución de privilegiar a la madre uterina frente a la madre genética, con independencia de la validez o no del contrato. Ahora bien, a su juicio es claro que la madre genética debe tener un derecho residual a su maternidad, derecho que puede ejercitar cuando la madre uterina ha decidido de modo explícito renunciar a la propia maternidad.

14 Véase Cian, G./Trabucchi, A.: "Commentario al art. 231 del Codice Civile", *Commentario breve al Codice Civile*, Cedam, 2020, p. 308.

15 En la actualidad los preceptos de esta legislación, que se ocupaban inicialmente sólo de la fecundación homóloga, se aplican a la fecundación heteróloga, una vez que ésta última ha sido declarada constitucional por el Tribunal Constitucional italiano en su sentencia de 9 de abril de 2014. Consúltese el texto legal en *Gazzetta Ufficiale* n. 45 del 24 *febbraio* 2004 (http://www.camera.it/parlam/leggi/04040l.htm).

16 Bianca, M.: "Il diritto del minore", cit., p. 196, considera que, a falta de disposición normativa que prevea la hipótesis del intercambio erróneo de embriones, es correcta la argumentación del Tribunal de Roma en cuanto tiene en cuenta la tutela del preferente interés del menor a la estabilidad del status familiar. Por el contrario, Scalera, A.: "*Mater semper certa* est? Considerazioni a margine dell´ordinanza sullo scambio di embrioni", *NGCC*, 2014, p. 1118 estima que, por un lado, no hay consentimiento del marido de la gestante a que sea implantado un embrión formado con material genético ajeno y, por otra parte, que desde el punto de vista jurídico no es relevante un eventual consentimiento del varón a llevar adelante el embarazo, existiendo tal posibilidad solo para la mujer en cuanto ella decide si aborta o no.

paternidad del hijo nacido en el matrimonio está reservada en el artículo 243 bis del código civil italiano al marido, a la madre y al hijo mismo.

Por otra parte, se aplica al padre genético demandante el principio recogido en el artículo 9 de la ley de 19 de febrero de 2004 núm. 40, de modo que no puede asumir vínculo filial con los nacidos al calificarle como donante.

A) Pronunciamientos posteriores.

a) Pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de septiembre de 2014.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado inadmisible en su pronunciamiento de 16 de septiembre de 2014 (*X C. Y* contro l´Italia) el recurso presentado por los padres genéticos basado en la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho al respeto a la vida privada y familiar). Se alega por el tribunal que los demandantes no han agotado todas las vías que ofrece la legislación italiana para obtener el reconocimiento de la vulneración de sus derechos. En particular, la pareja no ha emprendido ningún procedimiento civil o penal para obtener el resarcimiento del daño por negligencia médica, o para determinar la eventual responsabilidad penal de las partes implicadas. También señala que los recurrentes no han presentado petición de acceso a los documentos administrativos para obtener las informaciones solicitadas en virtud del art. 22 de la Ley 7.8.1990 n. 241[17]. Es decir, parece que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala el remedio de la responsabilidad civil como el adecuado en este tipo de supuestos.

Pero, a mi juicio, puede afirmarse, sin ninguna duda, que los progenitores genéticos demandantes no son los únicos que sufren un daño a causa del error cometido por el centro médico. La solución adoptada por la Ordinanza del Tribunal de Roma da preferencia a la tutela de la certeza y de la unidad del estado de filiación conseguido por el hijo, aplicando ciertas reglas tradicionales de filiación, pero es innegable que lleva consigo la lesión de una multiplicidad de intereses de carácter patrimonial y no patrimonial de los progenitores genéticos demandantes. Por una parte, éstos ven sacrificada su relación parental con el nacido y, por otro, ven vulnerado su propio derecho de autodeterminación en las elecciones procreativas, no habiendo podido impedir de ningún modo el nacimiento de personas que tienen su propio patrimonio genético. Pero es indudable que también los progenitores legales (la madre gestante y su marido) sufren, a causa

17 Señala el Comitato Nazionale per la Bioetica, en el documento emitido el 11 de julio de 2014, que la conciencia de la posibilidad de error en el ámbito de las técnicas de fecundación in vitro, lejos de servir de justificación, debe alertar al máximo el sentido de la responsabilidad del personal médico y de los otros operadores sanitarios en el respeto del procedimiento de seguridad previsto en la normativa vigente (cit. pp. 5 y 12).

del error técnico del intercambio de embriones, una vulneración de la propia autodeterminación en las elecciones procreativas, en cuanto se encuentran con que deben sufrir una escisión, no querida, entre la paternidad legal y la paternidad genética. Se ha mantenido que incluso el propio hijo nacido estaría legitimado para demandar a la estructura sanitaria incumplidora, en cuanto se vulnera el derecho a la propia identidad genética[18].

b) Sentencia del Tribunal de Roma de 22 de abril de 2015[19].

Con posterioridad hay otro pronunciamiento del Tribunal de Roma, sección primera, de 22 de abril de 2015 ante el nuevo recurso planteado por el progenitor genético, que solicita que el juez eleve una cuestión de legítima constitucionalidad del art. 243 bis del Código Civil, en la medida en que, en virtud de tal precepto, sólo pueden ejercitar la acción de desconocimiento de la paternidad el hijo, la madre y el marido de la madre, pero no el padre genético. Es decir, ante la presencia de un padre legal (el marido de la madre gestante), el progenitor genético no puede promover dicha acción de desconocimiento y se ve imposibilitado, por tanto, de poder reconocer a su hijo. Además, en esta nueva demanda el progenitor genético solicita la adopción de una medida cautelar, por la que se le permita tener relación con los nacidos, de modo que los encuentros se desarrollen delante de la presencia de una figura neutra similar a la de un mediador familiar.

El tribunal de Roma decide optar por la misma solución a la que llega la Ordinanza anterior. La Ordinanza prima el ligamen simbiótico establecido entre la madre gestante y el nacido durante el embarazo, además de poner el peso en el argumento de la inserción de los menores en el núcleo familiar formado por la parturienta y su cónyuge durante los primeros días de vida. En este nuevo pronunciamiento el tribunal de Roma afirma, por su parte, que, tras haber pasado ya 8 meses desde el nacimiento de los dos niños, es del todo razonable presumir que en el transcurso de dichos meses la formación social compuesta por la madre gestante, su marido y los dos niños ha tomado y asumido una verdadera y propia identidad familiar.

Asimismo, mantiene que la elevación de una cuestión de constitucionalidad del artículo 243 bis del Código Civil estaría destinada a terminar con una presumible declaración de inadmisibilidad por parte del Tribunal Constitucional. Así, a su juicio, la preferencia por la paternidad genética no es la única alternativa sostenible a la luz del propio texto constitucional. De hecho, la opuesta preferencia por los

18 Todo este conjunto de reflexiones sobre el remedio de la responsabilidad en Novella Bugetti, M.: "Scambio di embrioni", cit., p. 933. Sin embargo, el propio Comitato Nazionale per la Bioetica reconoce (cit. p. 9) que en este tipo de situaciones hay que ser conscientes de que no siempre es posible reparar completamente el daño. Por tanto, a mi juicio, a la hora de la determinación de la cuantía de la indemnización debe tenerse en cuenta el carácter irreversible del daño causado.

19 R.g. 11646/2015.

ligámenes sociales ha sido afirmada por numerosos pronunciamientos nacionales y supranacionales. En concreto, el tribunal de Roma hace referencia a la STEDH de 27 de enero de 2015, en la que el Tribunal estima contrario al interés superior del menor el pronunciamiento judicial italiano por el que se había ordenado la guarda a los servicios de asistencia social de un menor ruso de 9 meses, nacido fruto de un acuerdo de maternidad subrogada concertado por una pareja italiana sin nexo biológico/genético con el niño. Según el TEDH el lapso temporal que el menor había pasado con la pareja había generado ya una dimensión familiar en sentido propio. Y la imposición de una ruptura de tal núcleo, no obstante el modo ilegal en que se había originado, constituía una violación del derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH) no justificada por la gravedad de los hechos.

Señala la sentencia del Tribunal de Roma que para el TEDH el alejamiento del menor del ambiente familiar es una medida extrema, justificable solo en caso de inmediato peligro para el menor. Y subraya la conveniencia de aplicar las mismas reflexiones al caso que está analizando del erróneo intercambio de embriones. Finaliza explicando que, dada las circunstancias del supuesto presente, no es razonablemente previsible ni humanamente exigible que ambas parejas afectadas, demandante y demandado, mantengan en el tiempo una actitud de neutralidad y de serena colaboración entre ellos.

B) Inadecuación de la normativa del Código Civil y de la normativa de reproducción asistida para la resolución del caso.

La doctrina italiana ha llegado a mantener que el caso del intercambio erróneo de embriones es irresoluble utilizando el propio ordenamiento jurídico, en consideración a los derechos fundamentales y antagónicos puestos en juego, ya que originan situaciones que el legislador, tanto en el Código Civil como en la Ley de Reproducción Asistida, no han previsto[20]. Aquí se daría además un doble interrogante: si las reglas tradicionales del Código Civil son aplicables a los casos de reproducción asistida y si las propias normas reguladoras de la reproducción asistida sirven para resolver hipótesis no previstas en ella y que no guardan analogía con las que sí son objeto de regulación.

Es indudable que los Códigos Civiles con carácter general no están pensando en este tipo de nuevas situaciones derivadas de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, de ahí que sea cuanto menos conflictivo aplicar dicha normativa para resolver casos relativos a reproducción asistida dadas las consecuencias a las que pudiera llegarse. Una de las normas básicas sobre las que resuelve el caso la Ordinanza de Roma es aquella que considera madre legal a la

20 Poddighe, E.: "Lo scambio di embrioni fra Salomone, Mosé, Pilato e Giuseppe", *Giustizia Civile*, 1.12.2014, p. 2 (www.giustiziacivile.com).

madre que da a luz. Pero realmente esta norma, cuando se incluye en el código civil italiano y en otros de su época, únicamente está pensando en que la madre genética y la madre gestante son la misma persona[21].

Para mí es criticable que la sentencia mezcle varios planos y textos legislativos. Aplica, por una parte, normas del Código Civil que regulan criterios de determinación de la paternidad aplicables en principio a la procreación natural, para resolver una hipótesis de nacimiento bajo las técnicas de reproducción asistida y, por otra parte, aplica normas de la legislación de técnicas de reproducción asistida para resolver un supuesto que no encaja en ninguno de los previstos en tal normativa especial.

El caso presente es excepcional y no puede subsumirse en ninguna de las hipótesis de procreación médicamente asistida. Ello conduce a sostener que no son aplicables, ni por analogía, los principios que regulan el microsistema de la disciplina de la reproducción artificial, ya sea homóloga o heteróloga. El error humano sustituye al elemento de la voluntad, lo que hace totalmente inaplicables los paradigmas que sobre el consentimiento y sobre el principio de autorresponsabilidad fundamentan la paternidad/maternidad en las técnicas de reproducción asistida[22].

Este caso no es de fecundación homóloga, ya que, aunque en un principio sí lo fue, deviene en heteróloga por error con posterioridad, al utilizarse el material genético de otras personas distintas[23]. Pero tampoco pueden aplicarse las normas de fecundación heteróloga, porque difiere de esta última hipótesis en que, por una parte, no hay consentimiento de los progenitores gestantes a la implantación del embrión constituido con material genético ajeno[24] y, por otra, no hay consentimiento del matrimonio demandante a la donación del embrión creado

21 En este sentido Scalera, A.: "*Mater semper certa* est?, cit., p. 1118. También califica Ciraolo, C.: "Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità", *Jus Civile*, 2014, núm. 12, p. 497 (www.juscivile.it), como una situación perpleja, que puedan aplicarse los criterios reguladores de la determinación de la paternidad contenidos en el código civil a las hipótesis de nacimiento de niños fruto de las técnicas de reproducción asistida. Ya hace varios años que se planteaba Oppo, G.: "Procreazione assistita e sorte del nascituro", *Rivista di Diritto Civile*, 2005, fascículo 2º, pp. 104-105, el problema de la determinación de la paternidad/maternidad en los casos de implantación errónea de embriones. El mantenía que en principio no debe aplicarse a estos casos el artículo 269 c.c., que establece que la madre legal es la que da a luz, ya que se trata de hipótesis no imaginables en el tiempo de la promulgación del código civil. Por ello el status de filiación del nacido debe atribuirse a quien ha constituido el embrión desde el punto de vista genético. A su juicio, el asilo que da la madre uterina al embrión no puede equipararse a la creación del embrión siempre y cuando sea cierto que el embrión lleva dentro de sí ya toda la esencia del individuo futuro. Pero reconoce que puede llegarse a otra conclusión desde una posición más avanzada que admita una preferencia de la paternidad/maternidad legal sobre la natural.

22 Bianca, M.: "Il diritto del minore", cit.,p. 191.

23 El documento del Comitato Nazionale per la Bioetica utiliza dicha expresión de fecundación heteróloga por error en la página 6.

24 Como no hay consentimiento expreso de la madre gestante a que se le implante un embrión creado con material genético ajeno, tal y como exige la normativa de reproducción asistida, no parece que pueda atribuirse la maternidad del niño nacido a aquella. En este sentido se pronuncia Poddighe, E.: "Lo scambio di embrioni", cit., p. 9, para quien la normativa de reproducción asistida habría de aplicarse con preferencia a la normativa del Código Civil al ser aquella ley especial.

con su propio material genético para su implantación en otra mujer[25]. Por tanto, nada impediría que los progenitores genéticos puedan reclamar su paternidad/maternidad ya que no se aplicaría el art. 9 de la Ley n. 40 de 19 de febrero 2004 sobre Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, según la cual el donante no asume ninguna relación de paternidad con el nacido[26].

Tampoco podemos considerarlo en sentido técnico un caso de "maternidad subrogada por error" (más que en un mero sentido descriptivo de la situación de hecho de una mujer que lleva en el útero el patrimonio genético de otra mujer), porque aquí no hay ningún contrato previo entre los sujetos afectados[27]. Si esta situación se produce de facto es sencillamente porque hay un error de la clínica.

C) Análisis crítico de la solución dada por la Ordinanza del Tribunal Roma.

La Ordinanza del Tribunal de Roma identifica el interés del menor con el interés a la estabilidad de la relación de filiación y al mantenimiento de los ligámenes familiares y de los afectos. Y considera que tal interés pasa por privilegiar la paternidad/maternidad social sobre el vínculo genético. Indudablemente este tipo de casos deben resolverse a la luz del interés superior del menor, pero juegan en este caso concreto una serie de factores que podrían llevar a dudar de la corrección de la decisión judicial de identificar tal interés con la paternidad social.

En primer lugar, el material genético del que está constituido el embrión procede exclusivamente de la pareja demandante[28]. En segundo lugar, el error se descubre con anterioridad al nacimiento. Por ello, pudiera pensarse que cuando los hechos se descubren antes de que el niño nazca es factible adoptar medidas de urgencia para que no se establezca un vínculo afectivo duradero con la madre gestante y su pareja que lleve, lógicamente, a considerar que es mejor para el

25 Así Mendola, A.: "*Favor minoris* e presidio del dato biologico", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2015, núm. 2, pp. 561-562.

26 En este sentido Bianca, M.: "Il dirrito del minore", cit.,p. 189. De la opinión contraria es Novella Bugetti, M.: "Scambio di embrioni", cit., p. 939, para quien la fecundación heteróloga por error es una especie dentro del género fecundación heteróloga, de manera que, a falta de reglas previstas para la primera, deberían aplicarse las normas que regulan la segunda. Así, el padre genético debe ser considerado un donante y no podría reclamar la paternidad jurídica de los nacidos. Por el contrario, debería ser estimado padre legal el marido o compañero de la madre que da a luz.

27 Bianca, M.: "Il dirito del minore", cit., p. 190. El documento del Comitato utiliza también esta expresión en la página 6. Entiende también la Ordinanza del Tribunal de Roma, en el mismo sentido, que no puede calificarse como un caso de maternidad subrogada, en cuanto falta completamente el consentimiento y la voluntariedad del comportamiento tanto de la madre genética como de la madre uterina.

28 Nanclares Valle, J.: "La filiación", cit.,p. 10, considera que este tipo de supuestos deberían resolverse en favor de la mujer no gestante y su esposo, tanto desde la verdad biológica como desde la concreta voluntad manifestada en el inicial consentimiento informado a la fecundación homóloga (el consentimiento se da por ambas parejas para concebir su propia descendencia). No se trata de un caso de gestación por sustitución en la que se atribuya la maternidad por razón del parto, tampoco de una fecundación heteróloga en la que se admita una determinación a favor de la gestante de carácter no impugnable para la madre biológica. Por ello, a su juicio, debería permitirse a los progenitores biológicos impugnar la filiación inicialmente determinada y reclamarla para sí.

interés del menor que éste permanezca con estos últimos frente a los progenitores genéticos. Señala en este sentido, a mi juicio con acierto, el ya citado Comitato Nazionale per la Bioetica, que para la resolución de este tipo de hipótesis debería tener gran relevancia el momento temporal del descubrimiento del error. Si el descubrimiento se produce cuando el nacido ya esté inserto en un contexto familiar con consolidadas relaciones afectivas, cualquier otra figura parental distinta a la de ese núcleo familiar resultaría para él completamente lejana[29].

No obstante, la Ordinanza del Tribunal de Roma justifica su decisión de privilegiar la paternidad/maternidad social en que, a su juicio, hay un interés del menor en mantener la estabilidad del status familiar y en su derecho a vivir con aquella que, según el ordenamiento italiano vigente, es su familia. Argumenta que deben prevalecer los lazos afectivos sobre los biológicos, en especial a la luz del hecho de que los gemelos ya han nacido y debe sostenerse que, en sus primeros días de vida, ya han establecido una significativa relación afectiva con la madre gestante y su marido. A mi juicio, es perfectamente legítimo dar preferencia a los lazos sociales y afectivos sobre los biológicos cuando éstos existen realmente. Pero, ¿aquí existen realmente dadas las circunstancias del caso?

Se ha mantenido que la afirmación anterior de la Ordinanza desde un punto de vista psicológico es, al menos, discutible. Aludiendo a uno de los mayores estudiosos que se han ocupado de la relación entre la madre y el hijo, John Bowlby, se concluye que el ligamen afectivo no se consolida de forma estable y profunda hasta después de los nueve meses de vida y no, como señala la Ordinanza, a los pocos días del nacimiento[30].

La Ordinanza también justifica la prevalencia de los lazos afectivos en el ligamen simbiótico que se crea entre el embrión y la mujer que lo lleva en su útero durante nueve meses[31]. En todo caso, tal vínculo, que sí está presente desde luego en el Código Civil cuando estima madre legal a la que da a luz, es extraño, en mi opinión, a la noción comúnmente acogida de familia basada en los afectos.

Se pregunta Elena Poddighe si la solución de la Ordinanza hubiera sido la misma en caso de que el embrión implantado en los padres genéticos hubiese nacido con éxito y que ambas parejas hubieran acudido al juez solicitando el intercambio de los nacidos. Seguramente, afirma ella, el juez no habría tenido problema en

29 Poddighe, E.: "Lo scambio di embrioni", cit., pp. 5 y 12.

30 Explica las tesis de tal autor Scalera, A.: "*Mater semper certa* est?", cit., p. 1119.

31 Francesco D´Agostino realiza un voto contrario a la tesis acogida por el Comitato Nazionale per la Bioetica en el que critica que no se haya dado una solución jurídica al problema planteado. El apunta que la atribución a la madre genética de la maternidad del nacido sería absurdo, porque los nueve meses de gestación crean vínculos entre la madre gestante y el concebido y no nacido que no pueden materialmente establecerse (si no es a nivel imaginario) entre el nasciturus y la madre genética (p. 13).

entender que el interés superior de los menores pasa por la solución opuesta a la acogida finalmente en este caso[32].

D) Apertura de ciertos interrogantes.

La doctrina italiana ha apuntado algunos interrogantes que quedan abiertos tras la Ordinanza del Tribunal de Roma.

El primer interrogante es qué ocurriría si la madre que da a luz y su pareja no estuviesen casados. Si la pareja de hecho de la madre no consiente *ex post* a la fecundación heteróloga el niño fruto de tales técnicas quedaría privado, en este caso concreto, de uno de los progenitores pudiendo tener dos genéticos, quedando sólo determinada la filiación respecto a la madre gestante. No se aplicaría la presunción legal de paternidad de la pareja de la madre gestante (sólo aplicable al marido). La elección entre que una persona tenga un solo progenitor existiendo la posibilidad real de contar con dos biológicos creo que debería inclinarse hacia esta última: ello garantiza en principio de forma más adecuada y segura que puedan cumplirse frente a él los deberes paterno-filiales.

El segundo interrogante sería el siguiente: En el caso hipotético de que la madre que da a luz hubiese renunciado a la maternidad, ¿se declararía al menor en estado de abandono? Ello sería totalmente absurdo teniendo el menor dos progenitores biológicos vivos. Por ello se ha propuesto por la doctrina que tanto la madre genética como el padre genético tuviesen un derecho residual a la paternidad/maternidad en caso de que se produzca la renuncia al menor y evitar así el estado de abandono de éste[33].

El tercer interrogante plantea cómo debería jugar en estos casos el derecho del menor a conocer los propios orígenes. ¿Se vería obstaculizado dicho derecho con una decisión judicial que privilegie la determinación de la relación filial respecto a la madre que da a luz y su marido/pareja en detrimento de los progenitores genéticos? Desde luego tal decisión judicial no debería impedir que el menor pudiera pedir información sobre sus progenitores genéticos[34]. Una cosa es el

32 Poddighe, E.: "Lo scambio di embrioni",cit., p. 4.

33 Bianca, M.: "Il diritto del minore", cit., pp. 192-199.

34 Señala el Comitato Nazionale per la Bioetica, cit.pp. 11-12, que hay un irrenunciable interés de los hijos nacidos por estas técnicas a conocer sus orígenes, y todavía está más justificado que los progenitores con los que los niños convivan finalmente les revelen la verdad sobre su modo de concepción. En estos casos no es deseable que se niegue al nacido la posibilidad de conocer los datos de los padres genéticos y/o de la madre gestante. Debe ser necesaria la existencia de una completa información por parte del centro donde se recoja el procedimiento sobre los orígenes del menor y sobre las parejas implicadas en el error, eventualmente autorizado por los órganos de justicia competentes, no sólo ya para la reconstrucción de la identidad personal del menor sino también para permitir a las parejas una deseable colaboración entre ellas.

derecho a conocer los orígenes y otra distinta el derecho a la identidad filial, que es el derecho al reconocimiento del estado de hijo.

2. Perry-Rogers v. Fasano[35].

En esta sentencia de 26 de octubre de 2000, muy similar en cuanto a los hechos a la Ordinanza del Tribunal de Roma sobre intercambio erróneo de embriones, el Tribunal Supremo de Nueva York decide de forma totalmente contraria a dicha Ordinanza italiana.

A) Hechos del caso[36].

En abril de 1998 los demandantes, la pareja afro-americana formada por Deborah Perry-Rogers y Robert Rogers, empieza una fertilización in vitro en el Centro de Fertilidad In Vitro de Nueva York. Durante el proceso embriones procedentes de tal pareja son implantados por error en el útero de la luego demandada Donna Fasano, junto con otros embriones constituidos con el material genético de ésta última y de su marido. Los Fasano son de raza blanca. Deborah Perry-Rogers no se queda embarazada, pero sí Donna Fasano de dos gemelos. El 28 de mayo de 1998, con anterioridad a que se produzca el nacimiento, ambas parejas son informadas del error por la clínica y de la necesidad de hacerse un test de ADN. Parece que los Rogers intentan averiguar qué había pasado con sus embriones, pero a su vez los Fasano no toman ninguna medida para tratar de identificar a los padres genéticos.

El 29 de diciembre de 1998 Donna Fasano da la luz a dos varones gemelos, uno blanco (hijo biológico de los Fasano, de nombre Vincent Fasano) y otro de color, éste último hijo genético de los Rogers (hoy conocido como Akeil Richard Rogers). El 13 de abril de 1999 los resultados de las pruebas de ADN confirman que los Rogers son los padres genéticos de Akeil.

Finalmente, el 29 de abril de 1999, cuando Akeil tiene cuatro meses, los Fasano acuerdan renunciar a la custodia de Akeil, bajo negociación escrita, a cambio de un futuro derecho de visita cuyo incumplimiento daría lugar a poder reclamar la cantidad de 200,000 dólares. Según testifica Deborah Perry-Rogers ella se sintió compelida a firmar el acuerdo para obtener la custodia de su hijo. El 10 de mayo de 1999, cuando el niño tiene cuatro meses y medio, los Fasano entregan el niño a los Rogers. Pero el 25 de mayo de 1999 los Rogers (que no quieren cumplir el derecho de visita acordado) demandan a los Fasano, pidiendo la declaración

35 276 A.D.2 d 67, 715 N.Y.S. 2 d 19 (N.Y. App. Div. 1 st Dept. 2000).

36 Disponibles en http://caselaw.findlaw.com/ny-supreme-court-appellate-division/1366796.html (fecha de consulta: 29/06/2021)

judicial de su paternidad sobre el niño, buscando la custodia exclusiva del menor, sin mencionar el acuerdo que habían firmado con anterioridad.

El Tribunal emite el 14 de enero de 2000 una orden permitiendo a los Fasano el derecho de visita. Los Rogers apelan tal orden. Bajo la normativa de Nueva York (New York Domestic Relations Law &70), las únicas personas que tienen derecho de visita son los padres, los abuelos y los hermanos. Los Rogers alegan, como primer argumento, que los Fasano no están legitimados para pedir el derecho de visita en cuanto no entran dentro del citado marco legal, unido al hecho de que, al ceder la custodia de Akeil a sus padres genéticos, los Fasano han renunciado a todo derecho relacionado con su status parental, necesario para reclamar derechos de visita. Pero la División de Apelaciones del Tribunal Supremo de Nueva York no estima tal argumento.

Sin embargo, el derecho de visita es negado finalmente por el tribunal a los Fasano sobre el segundo argumento planteado por los Rogers en su recurso: esto es, sobre la base del principio estoppel (similar al principio de ir contra los propios actos). El tribunal otorga mucha relevancia a que los Fasano conocieran el error de la clínica poco después de que se cometiera, de modo que la paternidad nominal de los Fasano sobre Akeil debió ser corregida lo antes posible. Ellos no pueden ser considerados progenitores debido a que han incurrido en un comportamiento deshonesto[37]. Esto es, según el tribunal debieron devolver al niño a sus padres genéticos en cuanto nació para evitar el establecimiento de cualquier tipo de lazo con el menor. Por tanto, los Fasano no pueden reclamar ni discutir sobre un derecho de visita basado en un ligamen con el menor cuanto éste ha sido constituido de forma negligente[38].

B) Análisis crítico de la sentencia.

Desde luego ya he apuntado con anterioridad que el factor del descubrimiento del error en una fecha anterior al nacimiento es decisivo para la resolución de este tipo de disputas entre padres genéticos y padres gestantes. A mi juicio, cuando el error es descubierto muy pronto, tal error puede y debe ser corregido cuanto

37 Muy crítico con la argumentación del tribunal Bender, L.: "Genes, parents and Assisted Reproductive Technologies: Mistakes, Sex, Race & Law", *Columbia Journal of Gender & Law*, 2003, núm. 12, pp. 23 y 25. Señala que ambas partes en el conflicto pueden ser acusados de "dirty hands". Los Rogers firmaron un acuerdo con los Fasano permitiendo el derecho de visita de éstos. Y nada más recibir la custodia física del niño, vulneran los términos del acuerdo.

38 Señala Bender, L.: "Genes, parents", cit., p. 27, que el tribunal no aclara si critica a los Fasano por constituir un lazo con el menor después del nacimiento (durante el tiempo que vive con ellos hasta que es entregado a los Rogers) o los critica por formar un lazo durante el tiempo del embarazo (después de que los Fasano fueran informados de la implantación errónea y de la posibilidad de que uno o ambos gemelos pudieran ser hijos genéticos de otra pareja). De hecho, tampoco queda claro si el tribunal reconoce lazos intrauterinos o cree que todo ligamen entre madre e hijo ocurre después del nacimiento. En cualquier caso, señala este autor (cit. p. 40) que pedir a la señora Fasano que decidiera no formar un ligamen con sus dos fetos porque ellos podrían no ser suyos es irreal, no natural e impensable.

antes en favor de los padres genéticos. Sin embargo, la solución debe ser distinta en caso de que el error del hospital se descubra mucho tiempo después. Entonces un cambio en la determinación judicial de la paternidad y un cambio de custodia a favor de los padres genéticos en absoluto es una buena decisión para el interés del menor, pudiendo los tribunales considerar algún otro tipo de acuerdo.

¿Ha servido aquí el factor de la raza como un claro criterio de determinación de la paternidad a favor de los padres genéticos? Vernellia R. Randall[39] se pregunta la razón de que la mayoría de la doctrina norteamericana haya aceptado sin problemas que Akeil retorne a sus padres genéticos. ¿Es que el resultado parece de alguna manera correcto o moralmente justo, o es que en realidad no parece adecuado que un niño negro tenga progenitores blancos? O más insidiosamente, ¿es porque permitir a los Fasano tener al menor abriría la posibilidad de que familias de color criaran a niños blancos en caso de que se hubiera cometido un error análogo al de este caso?

En este sentido se ha mantenido por alguna voz doctrinal que, aunque parezca así a primera vista, el tribunal no ha decidido en favor de los Rogers aplicando como criterio exclusivo el factor genético. Se ha sostenido que en esta decisión el esencialismo genético (es decir, el ADN es la parte más importante del ser humano, de modo que la genética debería prevalecer sobre cualquier otro factor cuando se deciden cuestiones como la determinación de la paternidad) esconde planteamientos racistas y que decisiones judiciales basadas en la raza perpetúan el racismo biológico en la sociedad[40]. Por ello, se ha cuestionado si, en caso de que la fisonomía racial de Akeil hubiese sido blanca, el tribunal también habría considerado culpable a los Fasano por no devolver al niño en el momento del nacimiento a los padres genéticos.

Cabe preguntase, además, qué hubiera pasado si la madre gestante no hubiera firmado el acuerdo renunciando a la custodia del menor. Probablemente entonces hubiera tenido más peso el principio tradicional de que madre legal es la que da a luz, como ocurrió en la sentencia italiana antes comentada, dando relevancia al ligamen que se forma ya durante el embarazo entre madre e hijo.

Qué valor, por último, tendría aquí el hecho de que los dos nacidos sean gemelos y de que los dos hermanos queden separados en dos familias distintas. La División de Apelaciones del Tribunal niega legitimación activa para solicitar el derecho de visita no sólo a la madre gestante (Sra. Fasano) sino también a Vincent, el hijo genético de los Fasano. El argumento empleado en relación con

39 "Race and Advanced Reproductive Technology Mistakes", p. 10 (http://academic.udayton.edu/health/05bioethics/reproduce09.htm) (fecha de consulta: 29/06/2021)

40 Bender, L.: "Genes, parents", cit., pp. 22, 41, 51-52 y 78.

la legitimación de este último es que lo impide el tenor literal de la normativa de Nueva York (New York Domestic Relations Law &70), que sólo permite reclamar el derecho de visita a los hermanos en cuanto "related by whole or half-blood". El tribunal considera, pues, tanto a Vincent como a Akeil "extraños genéticos". Se ha criticado también la decisión del tribunal en este punto porque, aunque no son gemelos genéticos en sentido estricto, pueden considerarse gemelos porque crecieron juntos en el mismo útero, compartiendo la misma sangre para alimentarse e idéntico oxígeno[41].

III. SEGUNDA HIPÓTESIS: CONSTITUCIÓN DE EMBRIÓN EXCLUSIVAMENTE CON MATERIAL GENÉTICO DEL VARÓN DEMANDANTE. ANÁLISIS DE ROBERT B. V. SUSAN B[42].

1. Hechos del caso.

Una mujer soltera (Susan B.) intenta durante mucho tiempo, sin éxito, concebir un hijo a través de la fecundación in vitro usando sus propios óvulos y el esperma de su entonces novio. Tras el paso del tiempo decide llevar a cabo un intento final, pero esta vez utilizando sólo esperma y óvulos, en ambos casos, de donantes. En este último intento se crean un gran número de embriones de alta calidad. Pero se le transfiere, en junio de 2000, por error, un embrión constituido con óvulo de donante y esperma de un hombre (Robert B.), que también acude a la clínica para un tratamiento de fecundación in vitro con su cónyuge (Denise B.). De tal embrión nace un niño, Daniel, al comienzo de 2001. A su vez, como resultado del tratamiento ocurrido en el mismo día y en la misma práctica, Denise B. se queda embarazada y nace después una niña.

Cuando Daniel tiene diez meses de vida, un inspector del California State Medical Board contacta con Susan, quien a su vez llama a su médico de la clínica de reproducción asistida, que le revela el error cometido. El centro de fertilidad había conocido el error minutos después de que lo hubiera hecho, pero decide no decir nada ni a Susan ni a la pareja luego demandante hasta que se ven forzados a hacerlo cuando un ex empleado notifica dicho error al State Medical Board y se inicia la investigación.

En la visita a su casa el médico de la clínica le habla a Susan de Robert y de su esposa y aquella está de acuerdo en la sugerencia que le hace el profesional de darles su nombre a la pareja. Ella les invita a su casa y traen a la hija que habían tenido como resultado del tratamiento ocurrido el mismo día y en la misma práctica. La pareja parece ver a Daniel como su hijo, un gemelo genético de la

41 Bender, L.: "Genes, parents", cit., pp. 42-43.

42 135 Cal. Rptr. 2d 785 (2003)

niña nacida. Ellos pretenden la custodia de Daniel e insisten a Susan para que se lo entregue de forma inmediata. Susan se niega. Dos semanas más tarde el padre genético interpone demanda solicitando la paternidad del menor y la atribución plena de la guarda, requiriendo del tribunal una orden inmediata para la práctica de un test genético. A su vez su esposa Denise ejercita una acción de reclamación de la maternidad de Daniel.

El Trial Court ordena la práctica de la prueba de test genético, que demuestra que Robert es el padre genético de Daniel y que la hija de Denise y Robert es hermana de un solo vínculo de Daniel. Tal tribunal declara padre legal a Robert (criterio, pues, de preferencia del vínculo genético), al que concede un derecho de visita, en virtud del artículo 7613 (b) del California Family Code y madre legal a Susan, en cuanto da a luz. A la vez afirma que la esposa (Denise) carece de legitimación activa, en la medida en que no ha aportado material genético para la constitución del embrión y en la medida en que no ha sido la mujer que ha dado a luz. Susan apela la declaración de paternidad legal de Robert y Denise apela, a su vez, la desestimación de su petición de maternidad.

En 2003 el Sixth District of the California Court of Appeal confirma la sentencia del tribunal inferior, entendiendo que Robert B. no puede ser considerado "donante" y, por tanto, no puede ser privado de derechos sobre el niño, en cuanto él no ha donado su esperma para inseminar a otra mujer distinta de la suya. Concluye, además, el tribunal que Denise no tiene ningún tipo de relación con Daniel, ni desde el punto de vista genético ni gestacional, y que ella no puede ostentar legitimación para interponer la acción de reclamación de maternidad al amparo del artículo 7650 del California Family Code. Susan solicita la revisión de la sentencia, pero el Tribunal Supremo de California deniega su revisión en el verano de 2003.

Por tanto, aquí se acoge una solución mixta, por una parte, prevalece el criterio genético en favor del varón; por otra parte, se aplica la regla clásica o tradicional de que madre legal es la que da a luz.

2. Análisis crítico de la decisión judicial.

Como ya se ha apuntado antes, no hay inconveniente legal alguno en que Robert pueda reclamar la paternidad en cuanto que él no es un donante. El da su consentimiento para que se constituya un embrión con su esperma y para que éste sea implantado en su mujer, no en otra mujer distinta. Aunque es cierto que se ha mantenido, en contra del reconocimiento de su paternidad, que el hecho de que haya una manifestación expresa por parte del hombre para que el propio material genético sólo pueda utilizarse para fines reproductivos con su mujer

excluye que el uso de su material genético en otra mujer sirva para determinar su paternidad respecto al menor fruto de tales técnicas[43].

Determinadas críticas cabe sostener frente a esta decisión. La primera, que a mi juicio es común para todos estos casos de implantación errónea de embriones, es que las normativas tradicionales no contemplan este tipo de hipótesis y por ello no puede, tal y como es usual en los tribunales que resuelven estos conflictos, aplicarse de forma mecánica normativas o regulaciones jurídicas que no están en absoluto pensadas para estos casos. Así, en concreto y respecto a esta sentencia analizada, se ha objetado la aplicación mecánica y literal que el tribunal lleva a cabo de normas aisladas del Código de Familia de California, código que fue adoptado para regular un tiempo y una realidad diferentes. Esta aplicación, rígida y estrecha, cierra los ojos a un análisis de los hechos del caso y a una política jurídica congruente con ellos. Así, los diferentes tribunales del caso aplican la section 7630 (c) del Código de Familia de California como fundamento de la admisión de la acción de reclamación de paternidad, y la section 7551 de dicho código, que autoriza a hacer un test genético a quien solicita tal acción. Pero lo cierto es que para la aplicación de tales preceptos siempre se había exigido, como condición esencial y previa, la existencia de algún tipo de relación consensual –matrimonio, cohabitación o mero contacto sexual- entre la madre del niño y el sujeto que pretende ser declarado padre legal, condición que desde luego no se da en este caso[44].

La segunda crítica es que los tribunales se centran únicamente en determinar si existe vínculo genético entre Daniel y el demandante y, una vez establecido que sí lo hay, analizan la determinación de la paternidad como una rutina, sin estudiar otros muchos factores que aquí están en juego y que seguramente hubieran minimizado la importancia del vínculo genético. El primero de ellos es el descubrimiento del error por los afectados bastante tiempo después del nacimiento del niño. Se ha llegado a mantener que debido al tiempo pasado antes del descubrimiento del error, la mejor solución para este caso hubiera sido que se impidiera a Robert la determinación de la paternidad sobre Daniel[45]. Otra crítica de diferente signo apuntada por la doctrina es que los tribunales parecen haber olvidado en este caso la intención actual del legislador de proteger a las mujeres solas en su intento de crear una unidad familiar[46].

43 En este sentido Poddighe, E.: "Lo scambio di embrioni", cit., p. 7.

44 Así Shultz, M.: "Taking Account of ARTs", cit., pp. 94-100 y 127-128.

45 Shultz, M.: "Taking Account of ARTs", cit., p. 127. Señala también que la atribución al padre genético de la custodia del menor es dañina tanto para la madre gestante como para el niño Deutsch, J.: "Finders-Keepers: A Bright-Line Rule Awarding Custody to Gestational Mothers in Cases of Fertility Clinic Error", *Cardozo Journal Law & Gender*, 2005-2006, núm. 12, p. 377.

46 Shultz, M.: "Taking Account of ARTs", cit., pp. 122-123.

Pero quizás, a mi juicio, una de las objeciones de mayor peso hecha a la sentencia es que los tribunales no han tenido en cuenta las consecuencias que podría traer en el caso concreto la atribución a Robert de un papel permanente en la vida de Daniel. Es decir, con tal decisión se ha impuesto una relación familiar duradera entre totales extraños, y se ha generado con ello una alta probabilidad de que surja un conflicto continuado en la vida del menor (Daniel) durante 18 años[47].

Pudiera pensarse que en la decisión judicial de "repartir" de este modo la paternidad y la maternidad en dos núcleos familiares diferentes ha pesado la idea de que, para el interés superior del menor, es más adecuado atribuir la filiación a dos progenitores en vez de a uno, aunque sea desde el punto de vista de un más seguro sostenimiento económico del hijo. Quizás pueda subyacer en la decisión judicial la idea de que la viabilidad económica es el mayor problema para las madres que crían a sus hijos solas. Sin embargo, se ha mantenido que hay mucha diferencia desde el punto de vista económico entre las mujeres solas que acuden al uso de las técnicas de reproducción asistida y las familias monoparentales surgidas, por ejemplo, de un divorcio. Porque, al menos en EEUU, las técnicas de reproducción asistida tienen un elevado coste económico y por ello hay razones para pensar que las mujeres solas que acceden a las mismas son probablemente menos marginales desde el punto de vista económico que otros tipos de familias monoparentales. De hecho, para Susan B. el dinero no fue nunca un problema hasta que le es impuesto un progenitor a su hijo por parte de los tribunales. Susan era propietaria de una vivienda y tenía un trabajo estable y bien pagado hasta que la continuada litigación contra Robert la fuerza a dejar su trabajo por falta de tiempo y a tener que hipotecar su casa para pagar los costes del pleito[48].

También podría explicar la decisión del tribunal en favor del padre genético que él y su mujer tengan, al mismo tiempo del nacimiento de Daniel, otra hija, hermana de vínculo sencillo. Es decir, pudiera estar detrás de la decisión del tribunal que, en virtud del interés superior del menor, es conveniente que los dos hermanos tengan contacto entre ellos, posibilitando una relación familiar. Pero, como ha podido analizarse antes, en el caso Perry-Rogers v. Fasano no se tiene en cuenta en absoluto tal circunstancia.

47 En este sentido Shultz, M.: "Taking Account of ARTs", cit., pp. 102, 115, 122 y 124.

48 Shultz, M.: "Taking Account of ARTs", cit.pp. 111 y 84 nota de pie de página 22. Curiosamente este autor fue uno de los consejeros legales de Susan en el pleito. Véase también Deutsch, J.: "Finders-Keepers", cit., p. 376.

IV. TERCERA HIPÓTESIS. CONSTITUCIÓN DE EMBRIÓN CON MATERIAL GENÉTICO DE LA MADRE GESTANTE Y CON ESPERMA DE PERSONA DISTINTA A SU CÓNYUGE/PAREJA. ANÁLISIS DE LEEDS TEACHING HOSPITAL NHS TRUST V. A[49].

1. Hechos del caso.

Dos esposos consienten la transferencia de embriones a la mujer constituidos con material genético de ambos. Sin embargo, los óvulos de la esposa son mezclados con esperma de un hombre de raza negra que iba a someterse, a la vez, a un procedimiento similar con su cónyuge. La mujer del primer matrimonio queda embarazada, por error, de dos mellizos mestizos. El descubrimiento del error se produce en el mismo momento del nacimiento. Posteriores test médicos prueban que la madre gestante es también la madre genética de los niños, pero que el padre genético era el hombre de raza negra.

En el momento del pronunciamiento de esta sentencia está en vigor en Inglaterra la Human Fertilisation and Embriology Act 1990 (HFEA). Sobre la maternidad de la mujer que da a luz no hay el menor problema para el tribunal, ya que la Section 27 (1) HFEA 1990 afirma que la mujer que está llevando o que ha llevado en el útero un niño como resultado de la implantación en ella de un embrión o de esperma y óvulos, será considerada como madre del niño[50].

Por su parte, la section 28 (2) HFEA 1990 regula uno de los supuestos en que excepcionalmente el varón, que no ha aportado su semen, puede ser considerado padre legal del niño. Así, el marido de la madre que da a luz como resultado de una fecundación artificial con donante se presume padre del niño a menos que acredite que no dio su consentimiento para la fecundación o para la implantación del embrión, es decir, al tratamiento de su esposa.

La High Court afirma aquí, sin embargo, que no puede aplicarse dicha section 28 (2) HFEA 1990 para afirmar la paternidad legal del marido de la madre que da a luz porque no se dan las condiciones para que entre en juego el precepto. En concreto, se mantiene que el varón no consiente el tratamiento de su esposa con el esperma de otro hombre. En parecidos términos se expresa la actual section 35 Human Fertilisation and Embriology Act 200.

49 [2003] EWHC 259 (QB) [2003] 1 FLR 1091.

50 Señalan Lowe, N./Douglas, G.: *Bromley´s Family Law*, 11 th edition, Oxford University Press, 2015, p. 246, que no hay la menor duda de que es madre legal aquella en que hay coincidencia entre la mujer que da a luz y la mujer que es madre biológica. La dificultad surge, como afirman estos autores, cuando la madre que da a luz no es la madre biológica del niño, sino que se limita a ser la madre gestante como resultado de una donación de óvulo o de embrión. Por consiguiente, en este caso concreto no se plantea ningún problema en cuanto al reconocimiento de la madre legal. La *section* 33 (1) de la vigente *Human Fertilisation and Embriology Act* 2008 se pronuncia en el mismo sentido de la *section* 27 (1) HFEA 1990 (http://www.legislation.gov.uk).

Ahora bien, frente al hombre de raza negra cuyo esperma se utiliza, no cabe alegar la s. 28 (6) HFEA 1990, ya que no ha dado su consentimiento como donante de esperma: él da su consentimiento para que su esperma insemine los óvulos de su propia mujer. En concreto, no puede aplicarse la consecuencia derivada de tal precepto, que es precisamente la de que el donante de esperma no puede considerarse como padre legal del niño. Por tanto, el tribunal inglés concluye que nada puede impedir que se determine la filiación respecto de él[51].

En consideración a los anteriores argumentos, el tribunal estima padre legal al padre genético, pero sólo a los efectos de atribuirle relación parental meramente formal o de garantizarle un derecho de visita. Pero, a la vez, estima que el marido de la madre debe formar una relación permanente con los menores que ya había tratado como hijos. Por consiguiente, el tribunal se abstiene de decidir sobre la cuestión central, limitándose a reconocer algunos derechos al marido de la madre biológica y algunos derechos al involuntario padre biológico[52].

2. Análisis crítico de la sentencia.

Qué sentido tiene en esta sentencia un mero reconocimiento formal de la paternidad al padre genético más allá de su indudable coherencia con el principio de la verdad biológica. ¿Sólo para que éste cumpla con ciertos deberes, como el pago de alimentos? Probablemente en este caso concreto sea contrario al interés superior del menor que este deba que mantener contacto permanente con dos progenitores, uno a título formal y otro a título efectivo, cuando seguramente, el marido de la madre estuviera dispuesto en todo momento a asumir este tipo de deberes inherentes a la relación paterno-filial.

Sólo se explica tal decisión por una interpretación muy estrecha de las reglas de la normativa inglesa sobre técnicas de reproducción asistida, en concreto, de la section 28 HFEA 1990[53]. La propia doctrina inglesa ha sido bastante crítica con tal sentencia, preguntándose si en el futuro, en casos de similares circunstancias,

51 Explica Steiner, E.: "The tensions between Legal, Biological and Social conceptions of Parenthood in English Law", *Electronic Journal of Comparative Law (EJCL)*, December 2006, vol. 10.3, p. 8 (http://www.ejcl.org/103/article103-14.pdf), que hay una línea de sentencias inglesas, que van desde los años 90 hasta el momento actual, que privilegia a los progenitores biológicos sobre los guardadores de hecho de los menores (como abuelos, por ejemplo), con consecuencias, a su juicio, desafortunadas para el menor.

52 Pero, a mi juicio, la conclusión fáctica a la que llega el tribunal inglés de señalar, al fin y al cabo, "dos padres" para el niño es extraña a la tendencia común de la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Señala Herrera, M.: "Comentario al artículo 558.3 del Código Civil y Comercial Argentino", *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II, Libro Segundo (dir. por M. Herrera/G., Caramelo/S. Picasso), Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 283 (www.infojus.gob.ar), que el artículo 558.3 del Código Civil y Comercial de Argentina, que limita a dos la cantidad de vínculos filiales que una persona puede ostentar, sigue la línea legislativa de la mayoría de los países.

53 Así se pronuncia 5. Señalan en el mismo sentido Lowe, N./Douglas, G.: *Bromley´s Family Law* cit., p. 249, que ésta es una decisión judicial dura y que seguramente no coincide con la finalidad perseguida por el Parlamento cuando promulga tal precepto legal.

los tribunales siempre van a atribuir un significado tan grande al vínculo biológico entre el padre y el hijo[54].

Probablemente aquí se ha buscado llevar a cabo una "acrobacia legal": por una parte, la salvaguarda de la primacía de la familia nuclear como el lugar privilegiado para la crianza de los niños y, por otra parte, la importancia del derecho de los niños y su necesidad de conocer a su padre biológico, con el fin de que los menores no sufrieran ningún trauma psicológico al ser de raza mixta[55]. Pero no ha de olvidarse que en Reino Unido en el momento actual (no cuando se dicta la sentencia aquí analizada) existe ya un reconocimiento legal del derecho del niño a conocer sus orígenes, que no conduce necesariamente a un vínculo filial. Con la reforma introducida por los Statutory Instruments 2004 n. 1511 –The Human Fertilisation and Embriology Authority (Disclosure of Donor Information), el legislador anglosajón permite a los concebidos a partir de abril de 2005 solicitar información sobre la identidad de los donantes de esperma, óvulos o embriones, siempre y cuando el nacido tenga 18 años[56].

También se ha señalado que esta forma de resolución de conflictos semejantes al de la sentencia analizada, esto es, la atribución de la paternidad al padre genético y la maternidad a la gestante podrían inducir a la madre gestante a interrumpir el embarazo (en caso, claro, de que el error se conozca antes del nacimiento), debido a la dificultad de criar al hijo en sintonía con el padre genético, reconocido como padre legal, y con las posibles tensiones con su marido o pareja, el cual no vería reconocido ningún tipo de potestad sobre el niño que ha dado a luz su cónyuge o pareja[57].

54 Consúltese Steiner, E.: "The tensions", cit., p. 5. Vid también sobre ello Mackenzie, R.: "Beyond genetic and gestational dualities. Surrogacy agreements, legal parenthood and choice in family formation", en AA.VV. *Human Fertilisation and Embriology: Reproducing Regulation* (ed. por Horsey/Biggs), London-New York, Routledge-Cavendish, 2007, pp. 167-170, 185-186 y 199.

55 En este sentido C. Gill´ard, M.A.: "Law and Morality in Assisted Reproductive Technology Case study on the Leeds Teaching Hospitals NHS Trust v. Mr & Mrs & Others", *The Journal of Philosophy, Science & Law,* 2004, núm.4, pp. 2, 4 y 17 (http://jpsl.org/archives/law-and-morality-assisted-reproductive-technology-case-study-leeds-teaching-hospitals-nhs-trust-v-mr-mrs-others).

56 Sobre la cuestión Farnós Amorós, E.: "La Regulación de la Reproducción Asistida: Problemas, propuestas y retos", *Derecho y Tecnologías Reproductivas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, pp. 109-110.

57 En este sentido se pronuncia el Comitato Nazionale per la Bioetica, a propósito del caso del intercambio erróneo de embriones en el Hospital de Roma, analizado como primera hipótesis de este trabajo (cit.p. 9).

BIBLIOGRAFÍA.

Bender, L.: "Genes, parents and Assisted Reproductive Technologies: Mistakes, Sex, Race & Law", *Columbia Journal of Gender & Law* , 2003, núm. 12, pp. 1-97.

Bianca, M.: "Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull´erroneo scambio degli embrioni", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2015, enero-marzo,núm. 1, pp. 186-203.

Caredda, V.: "Scambio di embrioni e titolo di paternità e maternità", *Giustizia Civile*, 23.9.2014, pp. 1-7 (www.giustiziacivile.com)

Cian, G./Trabucchi, A.: "Commentario al art. 231 del Codice Civile", *Commentario breve al Codice Civile*, Cedam, 2020, p. 308.

Ciraolo, C.: "Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità", *Jus Civile*, 2014, nº 12, pp. 485-508 (www.juscivile.it)

Deutsch, J.: "Finders-Keepers: A Bright-Line Rule Awarding Custody to Gestational Mothers in Cases of Fertility Clinic Error", *Cardozo Journal Law & Gender*, 2005-2006, núm. 12, pp. 367-389.

Farnós Amorós, E.: *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011.

Farnós Amorós, E.: "La Regulación de la Reproducción Asistida: Problemas, propuestas y retos", *Derecho y Tecnologías Reproductivas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, pp. 99-139.

C. Gill´ard, M.A.: "Law and Morality in Assisted Reproductive Technology Case study on the *Leeds Teaching Hospitals NHS Trust v. Mr & Mrs & Others*", *The Journal of Philosophy, Science & Law*, 2004, núm. 4, pp. 1-22 (http://jpsl.org/archives/law-and-morality-assisted-reproductive-technology-case-study-leeds-teaching-hospitals-nhs-trust-v-mr-mrs-others)

Herrera, M.: "Comentario al artículo 558.3 del Código Civil y Comercial Argentino", *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II, Libro Segundo, Arts. 401-723 (dir. por M. Herrera/G. Caramelo/S. Picasso), Infojus, 2015, pp. 280-283 (www.infojus.gob.ar).

Herrera, M.: "Comentario al artículo 562 del Código Civil y Comercial Argentino", *Código Civil y Comercial de la Nación* Comentado, Tomo II, Libro

Segundo, Arts. 401-723, (dir. por M. Herrera/G. Caramelo/S. Picasso) Infojus, 2015, pp. 290-291 (www.infojus.gob.ar).

Katz, K.: "Snowflake Adoptions and Orphan Embryos: The Legal Implications of Embryo Donation", *Wisconsin Women´s Law Journal*, 2003, núm. 18, pp. 179-231.

Lowe, N./Douglas, G.: *Bromley´s Family Law*, 11 th edition, Oxford University Press, 2015.

Macía Morillo, A.: "Una visión general de las acciones de responsabilidad por *Wrongful Birth* y *Wrongful Life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10 (editado por A.M. Morales y J.M. Miquel González), Madrid, 2007, p. 84.

Macía Morillo, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Mendola, A.: "*Favor minoris* e presidio del dato biologico", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2015, núm. 2, pp. 551-568.

Nanclares Valle, J.: "La filiación en caso de gestación heteróloga por error", *Actualidad Civil*, 2015 julio-agosto, núm. 7, pp. 1-17 (LA LEY 4947/2015) (www.laleydigital.es).

Novella Buguetti, M.: "Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialitá", *Famiglia e Diritto*, 2014, nº 10, pp. 933-942.

Oppo, G.: "Procreazione assistita e sorte del nascituro", *Rivista di Diritto Civile*, 2005, fascículo 2º, pp. 99-112.

Poddigue, E.: "Lo scambio di embrioni fra Salomone, Mosé, Pilato e Giuseppe", *Giustizia Civile*, 1.12.2014, pp. 1-16 (www.giustiziacivile.com).

R. Randall, V.: "Race and Advanced Reproductive Technology Mistakes", pp. 1-11 (http://academic.udayton.edu/health/05bioethics/reproduce09.htm) (fecha de consulta: 20/06/2021)

Scalera, A., "*Mater Semper certa* est? Considerazioni a margine dell´ordinanza sullo scambio di embrioni", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2014, pp. 1115-1121.

SHULTZ, M.M.: "Taking Account of ARTs in Determining Parenthood: A Troubling Dispute in California", *Washington University Journal of Law & Policy*, 2005, núm. 19, pp. 77-128.

STEINER, E.: "The tensions between Legal, Biological and Social conceptions of Parenthood in English Law", *Electronic Journal of Comparative Law (EJCL)*, December 2006, vol. 10.3, pp. 1-14 (http://www.ejcl.org/103/article103-14.pdf).

ALCANCE JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL PROCESO CIVIL TRANSFRONTERIZO

LEGAL SCOPE OF DATA PROTECTION IN THE CROSS-BORDER CIVIL PROCESS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3514-3549

David
CARRIZO
AGUADO

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: La circulación internacional de datos personales constituye un sector pujante en la esfera socio-económica. En tales condiciones, ante la existencia de un tratamiento ilícito de aquellos, el agraviado está legitimado para exigir una indemnización por los daños y perjuicios que se hubieran podido originar en el marco transfronterizo. Tal situación plantea dos cuestiones fundamentales: por un lado, determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de un eventual litigio, y, por otro, precisar la Ley aplicable para resolver la controversia suscitada. En la presente investigación cabe destacar las significativas novedades que introduce el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, en lo relativo a su dimensión transnacional y cómo deben ser comprendidas en conjunción con las normas preexistentes de Derecho internacional privado en sede de obligaciones extracontractuales.

PALABRAS CLAVE: Protección de datos de carácter personal; normas de competencia judicial internacional; Derecho aplicable; responsabilidad civil extracontractual.

ABSTRACT: *The international circulation of personal data constitutes a thriving sector in the socio-economic sphere. In such conditions, given the existence of an illicit treatment of those, the aggrieved is entitled to demand compensation for damages that may have originated in the cross-border framework. Such a situation raises two fundamental questions: on the one hand, to determine the competent court to hear a possible dispute, and, on the other, to specify the applicable law to resolve the controversy raised. In this research, it is worth highlighting the significant novelties introduced by Council Regulation (EU) 2016/679, of April 27, 2016, regarding its transnational dimension and how they should be understood in conjunction with the pre-existing rules of private international law in seat of non-contractual obligations.*

KEY WORDS: Data protection; jurisdiction rules; Law applicable: non-contractual obligations.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: LA TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA EN EL CONTEXTO DEL PROCESAMIENTO DE DATOS.- II. PUNTUALIZACIONES AL MARCO NORMATIVO.- 1. Particularidades en la aplicación del Reglamento (UE) 2016/679.- 2. Eficacia del Reglamento (UE) 2016/679 «extra muros» del territorio europeo.- 3. Evidencias en la globalización de datos.- III. CARACTERES DEL SISTEMA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.- 1. Idea preliminar.- 2. Foro del establecimiento del responsable del tratamiento de datos.- 3. Foro de la residencia habitual del interesado.- 4. «Interfaz» con el Reglamento (UE) 1215/2012. IV. DETERMINACIÓN DEL ORDENAMIENTO APLICABLE.- 1. Aclaración inicial.- 2. El punto cardinal: territorio donde se localice el establecimiento.- 3. Coexistencia con otras normas.- V. ÚLTIMAS LÍNEAS CONCLUSIVAS.

I. INTRODUCCIÓN: LA TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA EN EL CONTEXTO DEL PROCESAMIENTO DE DATOS.

La interconexión global que permite Internet, así como el desarrollo de plataformas y otros operadores económicos en línea de dimensión mundial, son fenómenos que no han ido unidos al desarrollo de estándares comunes significativos a nivel internacional acerca de la licitud de las actividades desarrolladas a través de Internet[1]. Asistimos pues, a un escenario en el que el desarrollo de nuevas tecnologías digitales ofrece novedosas oportunidades para los ciudadanos, las empresas y las administraciones públicas[2] en la Unión Europea[3].

Como es sabido, la sociedad de la información ha evolucionado de manera trepidante trayendo consigo la necesidad de gestionar flujos de datos cada vez más voluminosos y, a menudo, sensibles[4]. Más aún, en una economía cada vez más basada en los datos, la circulación de los mismos es esencial para las actividades

1 De Miguel Asensio, P.A.: "Internet y Derecho internacional privado: balance de un cuarto de siglo", en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas* (eds. por S. Álvarez González, R. Arenas García, P.A. de Miguel Asensio, S. Sánchez Lorenzo y G. Stampa Casas), Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2020, pp. 211-228.

2 La normativa vigente en materia de privacidad y seguridad obliga a las Administraciones públicas a incorporar una nueva cultura de gestión de los datos personales como una dimensión transversal a todo el proceso de transformación integral y holística en la que se encuentran inmersas, *vid*. Moro Cordero, M.A.: "La nueva cultura de gestión de los datos personales y la incorporación de tecnologías disruptivas", *Revista La Ley Privacidad*, 2020, núm. 4, versión *on line*.

3 Internet ha supuesto una herramienta imprescindible para la globalización de la sociedad y como consecuencia de esta globalización el tráfico de datos personales a nivel mundial ha experimentado un crecimiento exponencial (*vid*. Hernández Ramos, M.: "Una vuelta de tuerca más a las relaciones en materia de protección de datos entre la UE y los Estados Unidos. La invalidez de la decisión puerto seguro», *Revista General de Derecho Europeo*, 2016, núm. 39, p. 6).

4 Leo-Castela, J.I.: "Compliance y gestión del riesgo normativo en el contexto del Reglamento europeo de protección de datos», *Diario La Ley*, Sección Ciberderecho, 2019, núm. 32, versión *on line*. Un interesante estudio en torno a las acciones de cesación en el contexto global de Internet, *vid*. De Miguel Asensio, P.A.: "Alcance espacial de las medidas frente a la difusión de información ilícita en línea", en *Nuevo Mundo, Nueva Europa. La redefinición de la Unión Europea en la era del Brexit. XXVIII jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, (dir. P. Martín Rodríguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 151-173.

• David Carrizo Aguado
Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad de León (acreditado a Profesor Contratado Doctor). Correo electrónico: dcara@unileon.es

comerciales de las empresas de todos los tamaños y sectores[5]. Esto es debido al carácter intangible de su objeto de negocio -los datos-, y a la naturaleza global de Internet[6]. Gracias a estos dos elementos, empresas como Dropbox, Facebook[7], Google, Uber o Airbnb consiguen estar presentes en la inmensa mayoría de países. Y no sólo las grandes multinacionales, sino también, las pequeñas y medianas empresas innovadoras que, a partir de una inversión relativamente baja, pueden llegar a tener una presencia mundial, y, lógicamente, a los usuarios finales, los cuales disfrutan de una mayor oferta de servicios[8]. Por consiguiente, la información personal se ha convertido en un factor de competencia para las empresas, descrito como una «materia prima para los modelos de negocios digitales»[9].

Como resultado, se detecta una utilización masiva de medios informáticos en relación con los datos personales permitiéndose, de esta manera, un tratamiento automatizado en los mismos. Si bien, esta situación comporta un alto riesgo de vulneración de ciertos derechos[10], como son, fuga de datos, agravios contra la intimidad personal y familiar, derecho al honor, derecho al olvido[11], tratamiento,

5 A mayor cantidad de datos disponibles, mayores son las posibilidades para una empresa de elegir, entre los conjuntos de datos disponibles, aquellos que mejor se ajustan a sus objetivos, *vid*. López- Tarruella Martínez, A.: "Propiedad intelectual, inteligencia artificial y libre circulación de datos", en *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo* (dir. C. Saiz García y R. Evangelio Llorca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 109.

6 En un mundo cada vez más digitalizado, y a raíz del "tsunami tecnológico que vive la sociedad actual", el derecho a la protección de datos ha surgido como uno de los grandes protagonistas en el escenario jurídico (*vid*. Rallo Lombarte, A.: "Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: las claves de la reforma", *Teoría y Realidad Constitucional*, 2012, núm. 85, p. 45).

7 Messía de la Cerda Ballesteros, J.A.: "El tratamiento de los datos personales que el interesado hubiese hecho manifiestamente públicos. Especial atención a las Redes Sociales", *Actualidad civil*, 2018, núm. 5, versión *on line*.

8 Sin embargo, esta prestación transfronteriza de servicios se ve obstaculizada por el establecimiento por los Estados de requisitos de localización de datos, es decir de normativas o prácticas administrativas que, directa o indirectamente, obligan a que el almacenamiento o el tratamiento de datos se lleve a cabo en el territorio de ese Estado, o que dificultan la transferencia o tratamiento de esos datos a cualquier otro Estado (*Vid*. López-Tarruella Martínez, A.: "Libre circulación de datos personales y no personales en la Unión Europea", *Diario La Ley Privacidad*, 2019, núm. 2, versión *on line*; Velli, F.: "The Issue of Data Protection in EU Trade Commitments: Cross-border Data Transfers in GATS and Bilateral Free Trade Agreements", *European Papers*, Vol. 4, 2019, núm. 3, pp. 881-894).

9 A partir de esta información, las empresas pueden mejorar los propios productos y la publicidad. El resultado es un evidente aumento de los beneficios empresariales, *vid*. de Barrón Arniches, P.: "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)", *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 61, 2019, pp. 33-34.

10 La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho reconocido en el ámbito de la Unión Europea. Desde la aparición del concepto jurídico de privacidad y los diversos avances tecnológicos, la Unión ha considerado que los datos personales tienen un estatus jurídico alto, y ha buscado armonizar los enfoques de cada una de las naciones europeas para poder generar una normativa destinada a proteger la privacidad, *vid*. Sobrino García, I.: "Protección de datos y privacidad. Estudio comparado del concepto y su desarrollo entre la Unión Europea y Estados Unidos", *RDUNED. Revista de derecho UNED*, 2019, núm. 25, p. 710; Caggia, F.: "Il consenso al trattamento dei datti personali nel diritto europeo", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol. 117, 2019, núm. 3, pp. 405-432; Stanio, A.: "Il diritto alla privacy alla prova della sorveglianza di massa e dell'intelligence sharing: la prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 103, núm. 2, 2020, pp. 511-537.

11 Berrocal Lanzarot, A.I.: "El derecho de supresión de datos o derecho al olvido en el Reglamento General de Protección de Datos", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 2017, núm. 1, pp. 70-71; De Miguel Asensio, P.A.: "Ámbito espacial del derecho al olvido: las conclusiones en el asunto C-507/17, Google", *La Ley Unión Europea*, 2019, núm. 67, versión *on line*; Moura Vicente, D.: "¿Aplicación extraterritorial del

portabilidad… En esta coyuntura, empresas, particulares, instituciones públicas y privadas tienen en su haber millares de ficheros que contienen datos personales[12]. Ciertamente, producto de la rápida informatización y automatización en el manejo de la información personal se plantean nuevos desafíos para legisladores, tribunales y profesionales. Tal y como considera un sector doctrinal, se está forjando un nuevo entendimiento del derecho a la privacidad en contextos transfronterizos[13].

Asimismo, se hace preciso asentar una coexistencia entre la protección de los derechos fundamentales y los vertiginosos avances de la sociedad de la información[14]. Ambos son conciliables, necesariamente, y entre ellos, no cabe aplicar una teoría de suma cero, esto es, ninguno anula al otro[15]. En concordancia con este planteamiento, podemos aseverar que los derechos deben salir fortalecidos, no debilitados. La dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad y la igualdad frente a los avances de la técnica, el derecho a la identidad y la privacidad deben reivindicarse con mayor intensidad, pues nunca antes habían estado expuestos a las amenazas que ahora se ciernen sobre ellos[16].

Derecho al olvido en Internet?", *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, 2020, núm. 24, pp. 225-235.

12 Son millones de datos los circulan por Internet: nombres de las personas físicas y jurídicas, estados financieros, números de cuentas bancarias, datos médicos, y un largo etcétera. Como muy bien afirma el Dr. Carrascosa González, las fronteras nacionales no constituyen ningún impedimento técnico para la circulación internacional de datos. Con todo, el contenido y las políticas regulativas de las leyes de protección de datos varían muy profundamente de Estado a Estado, pues los hay más garantistas y otros que siguen criterios más flexibles (*Vid*. Carrascosa González, J.: "La protección de los datos personales en un escenario tecnológico supranacional: "Cloud Computing" tribunales competentes y ley aplicable", en *La protección de datos personales en internet ante la innovación tecnológica: riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica* (coord. J. Valero Torrijos), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 114-115).

13 *Cfr.* Requejo Isidro, M.: "La privacidad y el Derecho internacional privado: la propuesta del Instituto de Derecho Internacional (La Haya, 2019)", en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas* (eds. por S. Álvarez González, R. Arenas García, P.A. de Miguel Asensio, S. Sánchez Lorenzo y G. Stampa Casas), Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2020, pp. 487-488.

14 Dentro del conjunto de derechos fundamentales que se ven afectados por el uso de la informática y de las TICs, el derecho a la protección de datos ocupa el lugar central. No en vano se puede afirmar que es "hijo" del desarrollo tecnológico, puesto que, a colación de la protección que otorgan otros derechos fundamentales, en especial el derecho a la intimidad, frente a las lesiones que éste pudiese sufrir a través del uso de la informática y las TICs, se ha ido creando un nuevo derecho con contornos propios, *cfr.* López Barrero, E.: "La protección de datos e internet: ¿avances o retrocesos?", en *Nuevos retos y amenazas a la protección de los Derechos humanos en la era de la globalización* (coord. A.G. López Martín y J. Chinchón Álvarez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 96. Para un estudio en Derecho comparado vid. Mpame, M.E.: *The General Data Protection Regulation and the effective protection of data subjects' rights in the online environment, Schriften des Augsburg Center for Global Economic Law and Regulation - Arbeiten zum Internationalen Wirtschaftsrecht und zur Wirtschaftsregulierung*, Vol. 85, 2021.

15 Los ordenamientos jurídicos, tanto a nivel europeo como estatal, han de permeabilizarse de un modo constante a las demandas e intereses de los ciudadanos de esta nueva época en constante "digitalización". Potenciar el avance al unísono y armonizado del ordenamiento jurídico con la era digital es la ecuación a resolver en el sistema jurídico contemporáneo (*Vid*. Carrizo Aguado, D. y Alonso García, Mª.N.: "El impacto de internet en las publicaciones fotográficas protegidas por derechos de autor: visión constitucional e internacional-privatista en la era del «boom digital»", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2018, núm. 47, pp. 269-270).

16 Todo ello desde una perspectiva que no admite discusión: la centralidad de la persona en el diseño de lo que podría ser el nuevo derecho de la sociedad digital: *cfr.* Piñar Mañas, J.L.: "Derecho e innovación. Privacidad y otros derechos en la sociedad digital", en *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad digital* (coord. M.E. Casas Bahamonde), Fundación Ramón Areces, Madrid, 2020, p. 40.

II. PUNTUALIZACIONES AL MARCO NORMATIVO.

1. Particularidades en la aplicación del Reglamento (UE) 2016/679.

El Parlamento Europeo y el Consejo, en el marco de la Estrategia del Mercado Único Digital[17], en mayo de 2016, con el fin de aumentar aún más el intercambio transfronterizo de datos e impulsar la economía de los datos[18], adoptaron el *Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE*[19].

Tal norma supone un cambio de paradigma para el sistema de protección de datos personales[20], que queda reforzado a través de esta norma comunitaria, puesto que permite una aplicación directa en todo el territorio de la Unión y evita que el salto cualitativo que pretende darse, quede en manos de la actitud más o

17 Internet y las tecnologías digitales están cambiando el mundo. Pero los obstáculos existentes en Internet hacen que los ciudadanos pierdan bienes y servicios, que las empresas de internet y las emergentes tengan su horizonte limitado, y que las empresas y las administraciones no puedan beneficiarse plenamente de las herramientas digitales [COM (2015) 192 final, de 6 de mayo de 2015].

18 La temática de la protección de datos personales es una de las que viene sufriendo una evolución más dinámica y, hasta cierto punto, desafiante para la doctrina y la jurisprudencia sin que el legislador pueda seguir los rápidos cambios que las nuevas tecnologías vienen imponiendo al Derecho. En nuestros días se habla de una «crisis de la intimidad» sobre todo en aquellos ciudadanos, singularmente los menores, que se denominan «nativos digitales» (*Vid*. interesante estudio de Orozco Pardo, G.: "Reflexiones acerca de los nuevos retos en el ámbito de la protección de datos en la sociedad digital globalizada", *Diario La Ley Privacidad*, 2019, núm. 2, versión *on line*; Martínez Alba, F.: "La transformación digital del dato: nuevos usos y nuevos métodos", en Estudios sobre derecho digital (coord. R. Perea Ortega), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 77-110).

19 DOUE L 119/1, de 4 de mayo de 2016. Constituye una única norma para todo el territorio de la Unión homogeneizando y simplificando el sistema de protección a nivel supranacional; incorpora además el sistema de ventanilla única, a través del cual se establece un único supervisor según el lugar donde radique el establecimiento principal. Igualmente, se puede decir que el Reglamento (UE) 2016/679 configura un nuevo sistema de protección de datos más moderno, menos burocratizado y más homogéneo, aunque la remisión a las normativas internas de los Estados para desarrollar determinados aspectos puede comprometer el tan ansiado objetivo de la unificación de criterios (*Vid*. Fernández Hernández, C. "El RGPD ¿última oportunidad para salvaguardar nuestros datos personales?", *Actualidad civil*, 2018, núm. 5, versión *on line*; AA. VV.: *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* en (dir. Kuner, C., Bygrave, L.A., Docksey, C. y Drechsler, L.), Oxford, 2021; Rodríguez Roca, A.: "Un nuevo orden para proteger los datos personales", *Revista Acta Judicial*, 2019, núm. 3, pp. 101-102; Stanzione, Mª.G.: "Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione", *Europa e diritto privato*, 2016, núm. 4, pp. 1249-1264). Se trata de un marco normativo de máximos difícilmente exigible en todos y cada uno de sus extremos. El mundo digital supera con creces cualquier intento de control que se establezca sobre el mismo, nuestros datos son riqueza y un mero fallo del sistema establecido para su protección da lugar a que ese dato se encuentre sea globalmente compartido (*Vid*. Solar Calvo, M.P.: "Nueva regulación europea en protección de datos. Urgente necesidad de una normativa nacional", *Unión Europea Aranzadi*, 2018, núm. 7, versión *on line*). En cuanto al sistema de adaptación, *vid*. Plaza Penadés, J.: "El nuevo marco normativo de la protección de datos", *Actualidad civil*, 2018, núm. 5, 2018, versión *on line*; *id*., "Implementando el nuevo Reglamento General europeo de Protección de Datos", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2017, núm. 43, pp. 19-21).

20 Una lectura atenta del Reglamento nos permite constatar que el Legislador comunitario ha introducido una serie de previsiones específicas que, aunque no están focalizadas directamente en el Big Data, tiene un impacto sobre este contexto, reforzando las salvaguardas de los interesados, *vid*. al respecto, Armada Villaverde, Mª.E. y López Bustabad, I.J.: "El reglamento general de protección de datos ante el fenómeno del «Big Data»", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2019, núm. 51, versión *on line*.

menos favorable de los Gobiernos de los Estados miembros[21]. En él se refleja la idea de que el tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad y que no es un derecho absoluto, sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad, lo que exige en su regulación mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales de acuerdo al principio de proporcionalidad[22].

Todo esto parece confirmar que, con la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679 se unifica la normativa europea en esta materia[23], de manera que en toda la Unión Europea se aplica un único sistema en lugar de las veintisiete

21 Se consolida un sistema de protección en el que se asumen instituciones ya consideradas tradicionales aunque con un reforzamiento del derecho a la protección de datos que, en unos casos, se realiza de manera explícita a través de la formulación del alcance y límites de estos propios derechos subjetivos o bien a través del establecimiento de principios esenciales de un marco jurídico que a pesar de ser ambicioso, resulta lento para adaptarse al medio tecnológico en el que se producen los peligros para los derechos de los ciudadanos europeos, *vid*. Rodríguez Roca, A.: "Un nuevo orden para proteger los datos personales", *Revista Acta Judicial*, 2019, núm. 3, p. 132. En la doctrina extranjera, hay autores que valoran que, a pesar de poseer la forma legal de Reglamento, en esencia es una directiva y está fuertemente impulsado por el unilateralismo, aunque todavía receptivo a las virtudes del bilateralismo, *vid. in extenso*, Ancel, M.E.: "D'une diversité à l'autre. À propos de la «marge de manoeuvre» laissée par le règlement général sur la protection des données aux États membres de l'Union européenne", *Revue critique de droit international privé*, 2019, núm. 3, 647-664.

22 Carrizo Aguado, D. y Alonso García, Mª.N.: "Métodos de planificación y práctica docente con herramientas digitales: ¿Desencuentro con el Reglamento Europeo de Protección de Datos?, *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, 2019, núm. 19, pp. 16-17.

23 Un estudio crítico al respecto, *vid*. Requejo Isidro, M.: "Procedural Harmonization and Private Enforcement in the area of Personal Data Protection", *MPILux Research Paper Series*, 2019, núm. 3, versión *on line*. Un grupo de expertos de la sección *Data Privacy Institute* (DPI), de la Asociación Española para el Fomento de la Seguridad, han realizado un sendo trabajo en el que señalan que, aunque el Reglamento (UE) 2016/679 no sea posiblemente una revolución, sí que, sin duda, es una evolución de máxima relevancia, por cuanto procura, con más o menos éxito, adaptar la normativa europea de Protección de Datos a la realidad actual en la materia. En este sentido, el reforzamiento de la posición del interesado, como titular de los datos, aunque pueda considerarse excesiva en algunos puntos, no deja de tener su lógica dado que la Privacidad y la Protección de Datos son cada vez más importantes para la Sociedad y sus miembros (*Vid.* AA.VV.: *Estudio de impacto y comparativa con la normativa española de la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea*, ISM Forum Spain, https://www.ismsforum.es/ficheros/descargas/estudio-reglamento-ue-dpi1353525776.pdf). En este mismo sentido, *vid*. Parodo, F.: *La protezione dei dati personali nell'integrazione europea*, Tesis Doctoral, Università degli Studi di Cagliari, 2021, 245 pp.

legislaciones nacionales[24] que hasta el momento coexistían[25], lo que unido a la creación del mecanismo de ventanilla única, refuerza la seguridad jurídica en todo el Espacio Económico Europeo[26].

Incluso cuando intervengan varias Autoridades nacionales de control en asuntos transfronterizos, el Reglamento garantiza una interpretación uniforme y coherente de las nuevas normas, por cuanto que se adoptará una única decisión con el objeto de asegurar que las soluciones sean las mismas ante los mismos problemas[27].

24 En el caso del Reino de España la adaptación de la legislación interna llega de la mano de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018). La posición ordinamental es plenamente nueva, pues ni puede ni debe desarrollar el Reglamento (UE) 2016/679, ni puede regular el contenido esencial del derecho, pues ya lo está en el Reglamento. Y ello porque si el legislador europeo ha optado por un reglamento ha sido para conseguir un marco más sólido y coherente que evite la aplicación fragmentada, la inseguridad jurídica y las diferencias en la protección de derechos y libertades en los Estados, y que, por el contrario, garantice un nivel uniforme y elevado de protección (*Vid*. Piñar Mañas, J.L.: "La protección de datos: nuevos desafíos", en *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas* (dir. B. Pendás García y coord. E. González Hernández y R. Rubio Núñez), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 4500-4501). La norma *supra* mencionada tiene como *leit motiv* fundamental adaptar nuestra regulación al Reglamento europeo, aunque, al ser éste norma de aplicación directa en los Estados miembros de la Unión sin necesidad de transposición, ello explica que la regulación contenida en aquella ley no contemple todas las cuestiones que la materia tratada condensa sino que se centre en determinadas cuestiones (*Vid*. Arjona Guajardo-Fajardo, J.L.: "Datos personales: apuntes sobre la autorización para su recogida y tratamiento, la impugnación del consentimiento prestado y la reclamación por daños sufridos a consecuencia del mismo", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2020, núm. 51, versión *on line*). Respecto de los responsables y encargados de cumplir el Reglamento, debe tenerse en cuenta que la aplicación de esta norma supuso un cambio muy importante en el modelo de cumplimiento de la normativa de protección de datos al pasar de un modelo reglado, que establecía los requisitos que debían observarse, a un modelo en el que cada responsable del tratamiento de datos tiene que ser actuar de forma diligente y proactiva, analizar su situación, adoptar medidas y actualizarlas cuando sea necesario (*Vid*. España Martí, M.: "La aplicación práctica de la Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales", *Diario La Ley*, núm. 34, Sección Ciberderecho, versión *on line*). En todo caso, una parte significativa de la adaptación del Reglamento (UE) 2016/679 al lenguaje nacional se encuentra en el ámbito sancionador y existen aspectos materiales del Reglamento europeo que requieren de su inserción en el ordenamiento jurídico español. Es por ello que, minusvalorar su importancia, atribuirle un valor secundario, relajar nuestro estado de alerta, será un error de trágicas consecuencias (*Vid*. Martínez Martínez, R.: "¿Minusvaloramos la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales?", *Diario La Ley*, Sección Ciberderecho, 2019, núm. 24, versión *on line*).

25 A nadie escapa que los múltiples retos de homogeneización normativa que plantea la aplicación del Reglamento General de Protección de Datos distan de ser sencillos, tanto desde una perspectiva formal como sustantiva: *vid. in extenso*, García Mahmut, R.: *El Reglamento General de Protección de Datos. Un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

26 De cualquier forma, el Reglamento (UE) 2016/679 ha otorgado a los Estados miembros, mediante la adaptación al Derecho nacional, más herramientas para controlar la legalidad de los actos de adecuación de la Comisión Europea, la cual se ha visto superada por las vicisitudes políticas, mediante el planteamiento de una cuestión prejudicial en el caso de que una autoridad de control considere que una decisión de la Comisión Europea puede vulnerar los derechos y libertades, otorgando más flexibilidad e inmediatez al control efectuado por el Estado miembro (*Vid*. Gonzalo Domenech, J.J.: "Las decisiones de adecuación en el Derecho europeo relativas a las transferencias internacionales de datos y los mecanismos de control aplicados por los estados miembros", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 11, 2019, núm. 1, p. 371).

27 Con la ampliación del alcance espacial del Reglamento –respecto de su predecesora la Directiva–, se asegura que se apliquen las mismas reglas tanto a las empresas europeas como aquellas domiciliadas fuera de la Unión Europea si suministran bienes y servicios o vigilan la conducta de los ciudadanos europeos. Esta igualdad de condiciones impuesta conduce básicamente a un aumento de la confianza de los consumidores europeos que, sin duda, revertirá en beneficios tanto para los operadores comerciales de la UE como de terceros países (*Vid*. magnífico estudio de Cordero Álvarez, C.I.: "La transferencia internacional de datos con terceros Estados en el nuevo Reglamento europeo: Especial referencia al caso estadounidense y la Cloud Act", *Revista española de derecho europeo*, 2019, núm. 70, versión *on line*). Determinada doctrina extranjera dista mucho del planteamiento unificador que ha conllevado la promulgación de la norma

Por el contrario, hay expertos que estiman que, la naturaleza transnacional del fenómeno de la captación, el tratamiento y la utilización de los datos personales requiere para su control un instrumentario normativo y jurisdiccional que ningún Estado nacional está en condiciones de ofrecer[28].

No obstante, inequívocamente, supone el cambio a un nuevo modelo de salvaguarda de datos que está llamado a ser la referencia global en protección de datos. No sólo por la influencia que el texto pueda tener en los marcos y desarrollos normativos de no pocos países, sino por la extraordinaria amplitud de su ámbito de aplicación territorial[29].

2. Eficacia del Reglamento (UE) 2016/679 «extra muros» del territorio europeo.

Conviene matizar que, con el fin de garantizar que las personas físicas no se vean privadas de la protección[30] a la que tienen derecho en virtud del Reglamento (UE) 2016/679, el tratamiento de datos personales de personas físicas o jurídicas

europea en formato de "Reglamento", *vid.* bajo esta consideración, Mantovani, M.: "Le RGPD en tant qu'espace juridique multi-échelle : quelles implications pour le droit international privé ?", *Revue de Droit International d'Assas,* núm. 2, 2019, p. 87. Por el contrario, hay autores que consideran beneficios el "efecto Bruselas", así lo entiende Von Moritz Hennemann, P.: "Wettbewerb der Datenschutzrechtsordnungen. Zur Rezeption der Datenschutz-Grundverordnung", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, Vol. 84, núm. 4, 2020, pp. 864-895.

28 *Cfr.* Requejo Pagés, J.L.: "La protección de datos, en la encrucijada entre el derecho de la Unión y la constitución española", en *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad digital* (coord. M.E. Casas Bahamonde), Fundación Ramón Areces, Madrid, 2020, p. 21.

29 Se inscribe en un proceso de globalización la protección de datos que va consolidándose sin pausa en los últimos años y que resulta imprescindible para conseguir que la tutela de la protección de datos no se quede en meras palabras o buenas intenciones en la sociedad digital (*Vid.* Piñar Mañas, J.L.: "Identidad y persona en la sociedad digital", en *Sociedad Digital y Derecho* (dir. T. De La Quadra Salcedo y J.L. Piñar Mañas y coord. M. Barrio Andrés y J. Torregrosa Vázquez), Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018, pp. 109-110).

30 El derecho a la protección de datos es considerado un derecho fundamental y parte inherente a la dignidad humana, también denominado derecho a la "autodeterminación informativa". Además, la protección de datos está reconocida como derecho fundamental en el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*Vid.* Álvarez Rigaudias, C.: "Personal Data protection", en *Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación* (dir. A. López-Tarruella Martínez y coord. C.Mª. García Mirete), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 362-363; Concellón Fernández, P.: "El concepto de dato personal en la Unión Europea: una pieza clave en su protección", *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, núm. 46; Leo-Castela, J.I.: "Compliance y gestión del riesgo normativo en el contexto del Reglamento Europeo de Protección de Datos", *Diario La Ley*, Sección Ciberderecho, 2019, núm. 32, versión *on line*; Lopes Da Mota, J.L. y Pérez Souto, G.: "Publicación on-line de las decisiones judiciales en Europa, derechos fundamentales y protección de datos a la luz del RGPD: ¿misión cumplida?", *Revista General de Derecho Europeo*, 2019, núm. 49, pp. 20-30; Ordóñez Solís, D.: "La nueva regulación europea de la protección de datos personales y su aplicación en el ámbito de la hacienda pública en un contexto tecnológico avanzado", *Diario La Ley*, 2019, núm. 9491, versión *on line*; Recio Gayo, M.: "Los nuevos y los renovados Derechos en Protección de Datos en el RGPD, así como sus limitaciones", *Actualidad civil*, 2018, núm. 5, versión *on line*). Contribuyendo a la salvaguarda de este derecho fundamental, las autoridades de protección de datos, como el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), desempeñan diariamente un papel crucial (*Vid.* Costa, G., Peris Brines, N. y Cervera Navas, L.: "Espacio Europeo de Protección de datos. Tribuna de actualidad en las Instituciones Europeas", *Diario La Ley Privacidad*, 2019, núm. 2, versión *on line*). Se debe apuntar que, uno de los objetivos de la ya derogada *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos* (DO núm. L 281, de 23 de noviembre de 1995) era el de garantizar una protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales. Igualmente, el TJUE lo deja meridianamente claro en su jurisprudencia (*Vid.* STJUE de 27 de septiembre de 2017, asunto C-73/16, *Puškár* [EU:C:2017:725]).

que residen en la Unión llevado a cabo por un responsable[31] o un encargado no establecido en el espacio europeo, debe regirse por dicho Reglamento si las actividades de tratamiento se refieren a la oferta de bienes o servicios a los interesados, con independencia de que medie pago.

Para establecer si dicho responsable o encargado ofrece bienes o servicios a interesados que residan en la Unión, debe determinarse si es evidente que dicho responsable o encargado proyecta ofrecer servicios a eventuales beneficiarios en uno o varios de los Estados miembros[32]. Es por ello que, aquel tratamiento de datos personales de los interesados que residen en la Unión realizado por un responsable o encargado no establecido en territorio comunitario, debe ser también objeto del Reglamento. Empero, se exigirá que esté relacionado con la observación del comportamiento de dichos interesados en la medida en la actuación tenga lugar en el territorio europeo[33].

Resulta relevante conocer las últimas directrices efectuadas por el *The European Data Protection Board* -EDPB-, en lo que se refiere a los conceptos de responsable y encargado del tratamiento en el Reglamento (UE) 2016/679, a la luz de las *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*[34]. El Comité recuerda que los conceptos de responsable, corresponsable y encargado del tratamiento juegan un papel crucial en la aplicación del Reglamento, ya que determinan quién asume la responsabilidad en relación con el cumplimiento de la normativa de protección de datos y el ejercicio en la práctica de los derechos de los interesados. En este aspecto, destaca el hecho de que estos conceptos son funcionales y autónomos: funcionales en el sentido de que tienen por objeto asignar responsabilidades en función del papel real de cada parte en el tratamiento de los datos, y, autónomos en el sentido de que deben interpretarse principalmente de acuerdo con la legislación de protección de datos de la UE.

31 El Alto Tribunal Europeo acuña una interpretación amplia del concepto de responsable (*Vid*. STJUE de 29 de julio de 2019, asunto C-40/17, *Fashion ID* [EU:C:2019:629] apartados 79, 81, 82) puesto que tanto el administrador del sitio de Internet, así como el proveedor, deben perseguir, con la recogida y la transmisión de datos personales, un interés legítimo para que dichas operaciones queden justificadas. A pesar de esta asignación amplia de responsabilidad, el Tribunal asegura que esta corresponsabilidad «no supone necesariamente que, con respecto a un mismo tratamiento, los agentes tengan una responsabilidad equivalente». (*Vid*. Gil González, E.: "¿Qué implicaciones tiene insertar en una página web el botón «Me gusta» de Facebook?", *Diario La Ley Privacidad*, 2019, núm. 2, versión *on line*). La consideración de los administradores de sitios web como responsables conjuntamente del tratamiento parece coherente con el objetivo de una elevada protección del derecho fundamental a la protección de datos personales, que condiciona el contenido e interpretación de la legislación de la Unión Europea en la materia (*Vid*. De Miguel Asensio, P.A.: "El botón "me gusta": aspectos legales", http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/09/el-boton-me-gusta-aspectos-legales.html, 9 de septiembre de 2019).

32 Barletta, A.: "La tutela effettiva della privacy nello spazio (giudiziario) europeo nel tempo (della "aterritorialità") di internet", *Europa e diritto privato*, 2017, núm. 4, pp. 1179-1214.

33 De esta forma magistral matiza el ámbito de aplicación material y territorial el juzgador europeo en la STJUE de 24 de septiembre de 2019, asunto C-507/17, *Google LLC* (EU:C:2019:772).

34 *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, 2 de septiembre de 2020. https://edpb.europa.eu/our-work-tools/public-consultations-art-704/2020/guidelines-072020-concepts-controller-and-processor_es

3. Evidencias en la globalización de datos.

Generalmente, el sector de la protección de los derechos de la personalidad es especialmente dificultoso debido a que incorpora elementos de internacionalidad derivados de la difusión de información atentatoria que conduce a la aplicación atomizada de una relación de leyes nacionales[35]. Ello se acentúa en la violación de derechos de la personalidad en línea, pues reviste especial complejidad por el anonimato –o el uso de pseudónimo- tolerado en Internet, que dificulta en gran medida la tarea del letrado a la hora de presentar la demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que esté domiciliado el demandado[36]. Así, desde el punto de vista del Derecho internacional privado europeo[37] conviene realizar un idóneo tratamiento jurídico, y, para ello, resulta imprescindible determinar cuáles son los tribunales estatales competentes para conocer de una reclamación en vía judicial, a consecuencia de una infracción de la norma que impone una serie de obligaciones a los sujetos responsables en el tratamiento de datos y, además, precisar el Derecho aplicable a la responsabilidad civil extracontractual que se deriva de un inapropiado tratamiento automatizado de datos[38].

III. CARACTERES DEL SISTEMA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.

1. Idea preliminar.

Como punto de partida, amén de lo dispuesto por el artículo 79.2 Reglamento (UE) 2016/679, concede a los eventuales perjudicados que vean conculcados

35 Álvarez Rubio, J.J.: "Jurisdicción, competente y ley aplicable en materia de difamación y protección de los derechos de la personalidad", *Anuario español de derecho internacional privado*, 2011, núm. 11, pp. 89-118.

36 Castelló Pastor, J.J.: "Sociedades mercantiles, centro de intereses y vulneración de los derechos de la personalidad en la red. Competencia judicial internacional. Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 17 octubre 2017 (JUR 2017, 261903)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2018, núm. 106, pp. 341-356.

37 La irrupción de las nuevas tecnologías en la sociedad ha traído condigo un aumento considerable de litigios transfronterizos, es decir, la intervención de numerosos ordenamientos jurídicos protectores del derecho fundamental de protección de datos, justificando por tanto la presencia de las normas de Derecho internacional privado *vid*. Ortega Giménez, A.: "La tutela del afectado ante los tratamientos ilícitos de sus datos personales desde la perspectiva internacional y su proyección en Internet", en *La protección de datos personales en internet ante la innovación tecnológica: riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica* (coord. J. Valero Torrijos), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 197-221; Palao Moreno, G.: "Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet", en *Cuestiones actuales de derecho y tecnologías de la información y la comunicación: (TICs)* (coord. J. Plaza Penadés), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 275-298.

38 El *Institut de Droit International*, en su sesión de 31 de agosto de 2019, ha aprobado una interesante resolución a partir del Rapport que lleva por título «Internet and the Infringement of Privacy: Issues of Jurisdiction, Applicable Law and Enforcement of Foreign Judgments» el que se afirma la necesidad de un consenso internacional para lograr un equilibrio entre las políticas de salvaguarda de la libertad de expresión frente a la tutela de los derechos de personalidad. Teniendo en cuenta que diversos Estados asignan diferentes prioridades a las políticas de protección de la libertad de expresión *vs*. protección de la privacidad, se observa que estas divergencias derivan en conflictos agudos sobre qué tribunales estatales deberían tener jurisdicción para juzgar sobre la disputa, qué ley estatal debería regir y si las resoluciones resultantes deberían ser reconocidas en otros Estados.

sus derechos, las reglas de competencia para que la autoridad judicial resuelva un eventual litigio en materia de infracción de datos personales[39]. Al análisis del mismo, se observa un doble foro de competencia: podrán conocer los tribunales donde el responsable o el encargado del tratamiento tengan su establecimiento y, de manera alternativa, los tribunales de la residencia habitual del afectado[40].

2. Foro del establecimiento del responsable del tratamiento de datos.

Cobra especial relevancia, en sede de litigación civil, la localización del establecimiento del encargado del tratamiento de datos. Así, en base a lo señalado por los considerandos número 22 y 36 debe entenderse por establecimiento aquel que realiza ejercicio de manera efectiva y real de una actividad a través de modalidades estables, es decir, sucursal o filial con personalidad jurídica[41]. Cabe señalar que la forma jurídica no es un factor determinante al efecto.

Resulta razonable que, el establecimiento principal de un responsable del tratamiento debe ser el lugar de su administración central localizada en la Unión Europea, salvo que las decisiones relativas a los fines y medios del tratamiento de los datos personales se tomen en otro establecimiento, en cuyo caso, esa otra sede debe ser considerada como principal[42]. En suma, el establecimiento principal del encargado del tratamiento debe ser el lugar de su administración central en la Unión o, si careciese de administración central en territorio europeo, el lugar

39 Conviene tener en cuenta que, la medida cautelar es de suma importancia en la protección de la privacidad, especialmente en el contexto de Internet. En el entorno transfronterizo, las medidas cautelares implican problemas específicos: por un lado, la jurisdicción puede recaer en muchos tribunales, a menudo en todo el mundo debido a la ubicuidad de Internet y, por otro lado, las medidas cautelares operan con un efecto extraterritorial, ordenando o prohibiendo conductas fuera del Estado donde se encuentra el tribunal que emite la orden (*Vid* el notable estudio de Hess, B.: "Protecting Privacy by Cross-Border Injunction", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Vol. 55, 2019, núm. 2, pp. 284-301).

40 Las acciones se fundamentan en la solicitud de indemnización por los daños sufridos por el tratamiento de datos que vulnere la normativa aplicable a los mismos, siendo directamente aplicable a la reclamación los aspectos generales de competencia judicial del Reglamento (UE) 1215/2012, sin que la protección de datos se encuentre entre una de las materias excluidas del mismo (*Cfr.* Pérez Martín, L.A.: "Seguridad versus intimidad y ciudadanía; papel del Delegado de proyección de datos y responsabilidad de las instituciones y empresas en el nuevo Reglamento europeo de proyección de datos", en *Repensar la Unión Europea: gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía. XXVII Jornadas AEPDIRI* (eds. por N. Cornago Prieto, J.L. De castro y L. Moure Peñín), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 475-476).

41 De manera análoga, el artículo 7.5 Reglamento (UE) 1215/2012, regla de competencia judicial internacional especial, establece como foro la ubicación de la de agencia, sucursal o establecimiento, comprendiendo por tal todo tipo de asentamientos secundarios que dependen y son controlados por la empresa matriz. Ello impide utilizar este foro en relación con agentes independientes o en relación a filiales con dirección propia, luego son personas jurídicas diferentes (Acerca de esta problemática, *vid.* Carrizo Aguado, D.: "«Trampantojo» de foros ante los profusos incumplimientos llevados a cabo por la compañía Ryanair en vuelos internacionales", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 11, 2019, núm. 2, 2019, pp. 496-499).

42 Conviene tener presente que, el Tribunal de Luxemburgo aclara que, en caso de tratamiento de datos transfronterizo, el ejercicio de la facultad de una autoridad de control de un Estado miembro, distinta de la autoridad de control principal, de iniciar o ejercitar acciones judiciales no exige que el responsable o encargado del tratamiento transfronterizo de datos personales contra el que se ejercite dicha acción disponga de un establecimiento principal u otro establecimiento en el territorio de dicho Estado miembro, vid. al respecto, STJUE de 15 de junio de 2021, asunto C-645/19, *Facebook Ireland y otros* (EU:C:2021:483).

donde se lleven a cabo las principales actividades de tratamiento en la Unión Europea.

En estos términos, el Tribunal de Luxemburgo en el asunto C-230/14, *Weltimmo* precisa que, el concepto de «establecimiento» abarca cualquier actividad real y efectiva, aun mínima, ejercida mediante una instalación estable[43]. De igual forma, se aprecia en el pronunciamiento de 5 de junio de 2018, asunto C-210/16[44] que, la interpretación del concepto de establecimiento viene a confirmar el criterio de que dicho foro de competencia tiene un alcance muy amplio en demandas frente a redes sociales con una estructura organizativa como la de Facebook pues se trata de una mercantil con varios establecimientos en diversos Estados miembros. El Alto Tribunal añade que, cuando la autoridad de control de un Estado miembro pretende ejercitar acciones frente a una entidad establecida en el territorio de ese Estado miembro, dicha autoridad de control es competente para sopesar, de manera autónoma respecto de la autoridad de control del último Estado miembro, la legalidad del referido tratamiento de datos y puede ejercer sus poderes de intervención frente a la entidad establecida en su territorio sin instar previamente la intervención de la autoridad de control del otro Estado miembro[45].

Ahora bien, dicho establecimiento, en ocasiones, podrá coincidir con el Estado donde se localiza el domicilio del demandado en los términos del artículo 4 Reglamento (UE) 1215/2012[46]. Así las cosas, existe cierto sector doctrinal que estima que, la pluralidad de foros propicia la utilización del denominado *forum shopping* por parte del sujeto afectado, quien podrá optar por plantear

43 STJUE de 1 de octubre de 2015, C-230/14, *Weltimmo* (EU:C:2015:639).

44 STJUE de 5 de junio de 2018, asunto C-210/16, *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein / Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH* (EU:C:2018:388).

45 El objetivo de garantizar la tutela a los afectados justifica el empleo del concepto amplio y flexible de establecimiento como foro de competencia, por consiguiente, se otorgar competencia a tribunales de Estados miembros que no la tendrían con base en el artículo 4 Reglamento (UE) 1215/2012, foro general del domicilio del demandado. Sobre esta cuestión, *vid.* De Miguel Asensio, P.A.: "Demandas frente a redes sociales por daños en materia de datos personales: precisiones sobre competencia judicial", *La Ley Unión Europea*, 2018, núm. 56, versión *on line*).

46 DOUE L 351/1, de 20 de diciembre de 2012. El foro del domicilio del demandado responde a la necesidad de previsibilidad pues impone al actor la carga de presentar su demanda ante los tribunales donde el demandado tenga su domicilio, y así, permite al demandado defenderse fácilmente ante la iniciativa procesal del actor. No olvidemos que, el demandante siempre tiene más tiempo para preparar su demanda, recabar documentación clave para fundamentar su reclamación y confeccionar informes periciales y, en definitiva, configurar su estrategia en el litigio. Es decir, el actor maneja los tiempos y, ese control de la situación generalmente se produce en un momento en el que el demando desconoce que el demandante está llevando a cabo esta labor preparatoria del procedimiento (*Vid*. en este sentido, Lorenzo Guillén, M.L.: "Comentario al artículo 4", en *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil Reglamento Bruselas I* (coord. P. Blanco-Morales Limones, F.F. Garau Sobrino, M.L. Lorenzo Guillén y F.J. Montero Muriel), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 116-119. Por el contrario, hay un sector doctrinal que considera que, este foro no responde necesariamente al principio de proximidad. Por ello, el objeto del litigio puede estar vinculado con un país que no es el país del domicilio del demandado. Obligar al demandante a acudir a los tribunales del Estado de domicilio del demandado puede resultar totalmente ineficiente para dicho actor y con mucha frecuencia lo será (*Vid.* Carrascosa González, J.: "Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas 'I-bis 1215/2012'. Análisis crítico de la regla *actor sequitur forum rei*", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 11, 2019, núm. 1, p. 134).

la demanda de responsabilidad extracontractual ante aquellos tribunales cuyas normas de conflicto designen como ley aplicable una ley que prevea un régimen de responsabilidad extracontractual más favorable para sus propios intereses[47].

3. Foro de la residencia habitual del interesado.

De manera alternativa a la competencia judicial internacional enmarcada por el artículo 79.2 Reglamento (UE) 2016/679, el interesado puede acudir a los jueces competentes de su propia residencia[48]. Este planteamiento queda aseverado por el considerando número 141 en el que se dispone que, todo interesado debe tener derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control única, en particular en el Estado miembro de su residencia habitual, y, además, derecho a la tutela judicial efectiva de conformidad con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[49] si considera que se vulneran sus derechos con arreglo al conjunto de disposiciones del Reglamento (UE) 2016/679. Empero, la consideración de este foro de competencia no parece ser la más adecuada para determinar el tribunal que debe conocer de la pretensión, puesto que no exige que exista una vinculación entre el centro de intereses y el lugar donde efectivamente se produce el daño[50].

Ahora bien, el foro del domicilio del demandado en un Estado miembro no responde necesariamente a la buena administración de la Justicia ni a la idea de proximidad, tal y como avala en una asentada jurisprudencia el Tribunal de Justicia

47 No obstante, las posibilidades de ataque nos pueden llevar en la práctica a la utilización de un foro realmente exorbitante en el que se aprecie una falta de vinculación real del litigio con la esfera española; (*Cfr.* Ortega Giménez, A.: *El nuevo régimen jurídico de la Unión Europea para las empresas en materia de protección de datos de carácter personal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 52-53).

48 Apropiadamente queda apuntado por la doctrina más especializada que, el foro de la residencia habitual permite a la víctima concentrar todas sus reclamaciones ante un solo tribunal, independientemente del país donde los contenidos están disponibles y separadamente donde se ha accedido a los contenidos en cuestión. De hecho, también beneficia al autor del daño, ya que debe comparecer ante el tribunal de un solo Estado (*Cfr.* Carrascosa González, J.: "The Internet – Privacy and Rights Relating to Personality", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, 2016, Vol. 378, pp. 464-465).

49 DOUE C 202/390, de 7 de junio de 2016.

50 Orejudo Prieto de los Mozos, P.: "La vulneración de los derechos de la personalidad en la jurisprudencia del tribunal de justicia", *La Ley Unión Europea*, 2013, núm. 4, versión *on line*.

de la Unión Europea[51], pues con frecuencia lleva a una litigación costosa y, por tanto, ineficiente[52].

4. «Interfaz» con el Reglamento (UE) 1215/2012.

Con fundamento al artículo 67 Reglamento (UE) 1215/2012[53] el legislador no prejuzga la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regulan la competencia judicial[54]. Esta idea queda igualmente reflejada en el Reglamento (UE) 2016/679 en su considerando número 147 en el que se afirma que, el Reglamento (UE) 2016/679 contiene normas específicas sobre competencia judicial, en particular por lo que respecta a las acciones que tratan de obtener satisfacción por la vía judicial, incluida la indemnización, contra un responsable o encargado del tratamiento, y que estas deben entenderse sin perjuicio de la aplicación de dichas normas específicas.

La perspectiva descrita conlleva que, el ejercicio llevado a cabo por los perjudicados ante cualquier infracción ilícita de sus datos pueda activarse o bien, en los tribunales de los Estados miembros en los que el responsable o encargado tenga un establecimiento, o bien ante los jueces de su propia residencia habitual y,

51 Las reglas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado y esta competencia debe regir siempre, excepto en algunos casos muy concretos en los que la materia en litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de vinculación. Además, este foro del domicilio del demandado debe completarse con otros foros alternativos a causa del estrecho nexo existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia (*Vid*. entre otras, STJUE de de noviembre de 2018, asunto C-308/17, *Hellenische Republik* [EU:C:2018:911]; STJUE de 24 de octubre de 2018, asunto C-595/17, *Apple Sales International* [EU:C:2018:854]; STJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-337/17, *Azteca Products & Services, S.L* [EU:C:2018:805]; STJUE de 12 de septiembre de 2018, asunto C-304/17, *Helga Löber* [EU:C:2018:701]; STJUE de 11 de julio de 2018, C-88/17, *Zurich Insurance plc* [EU:C:2018:558]; STJUE de 31 de mayo de 2018, asunto C-306/17, Éva Nothartová [EU:C:2018:360].

52 Dicho foro es débil pues puede darse el caso de que resultase imposible demandar a un sujeto con domicilio en un Estado miembro en dicho Estado miembro si las normas nacionales de dicho Estado miembro no dispusieran de un foro de competencia judicial internacional que atribuya competencia a sus tribunales. Este resultado es contrario al principio de seguridad jurídica y previsibilidad de la competencia judicial internacional en la Unión Europea. (*Vid*. Calvo Caravaca, A-L. y Carrascosa González, J.: *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 275 y p. 277).

53 Voces sólidas en la materia abogan por una revisión del Reglamento (UE) 1215/2012 concretamente en lo que concierne a la protección de datos. Así se contempla en Hess, B.: "Reforming the Brussels Ibis Regulation: Perspectives and Prospects", *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, núm. 4, 2021.

54 El principio de especialidad que introduce este artículo parte de la idea de que las normas comunitarias sobre materias particulares contendrán a su vez disposiciones más específicas y certeras que la propia normativa del Reglamento (UE) 1215/2012, que tiene un enfoque más general. Por ello, el artículo 67 establece como principio regulador que la normativa comunitaria de carácter específico contenida en otros instrumentos se aplicará con carácter preferente a las disposiciones del Reglamento (UE) 1215/2012 (*Vid*. Poch Port, A.: "Comentario al artículo 67", en *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil Reglamento Bruselas I* (coord. P. Blanco-Morales Limones, F.F. Garau Sobrino, M.L. Lorenzo Guillén y F.J. Montero Muriel), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 1050.

por ende, dichos foros son de carácter adicional a los diseñados por el Reglamento (UE) 1215/2012[55].

Por lo tanto, junto a los foros de competencia establecidos por el 79.2 Reglamento (UE) 2016/679, los perjudicados disponen de los establecidos en el Reglamento (UE) 1215/2012 bajo una estructura jerárquica de la competencia judicial internacional entre los distintos Estados miembros[56]. De esta suerte que, *prima facie* deben conocer los tribunales que vean asignada su competencia a través de acuerdos atributivos de competencia, bien tácita o expresa, y, en su defecto sean competentes o bien, los tribunales del lugar del domicilio del demandado, o bien, con alguno de los foros especiales por razón de la materia, esencialmente el foro especial en materia extracontractual del artículo 7.2[57].

Conviene recordar el célebre pronunciamiento *eDate Advertising*[58] en el que el Tribunal de Luxemburgo evoca que, la expresión «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» se refiere al mismo tiempo al lugar del hecho causal y al lugar donde se ha producido el daño, esto es, la víctima puede acudir a los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro en cuyo territorio un contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible[59].

55 A sensu contrario, un sector doctrinal opina que, los foros del Reglamento (UE) 1215/2012 tienen como objeto cubrir supuestos generales de responsabilidad civil extracontractual. Por tanto, los principios que subyacen de ambos Reglamentos son diferentes y excluyentes entre sí, y uno de debe imponer su justicia sobre el otro, por lo que el artículo 79.2 Reglamento (UE) 2016/679 debe prevalecer sobre el artículo 7.2 Reglamento (UE) 1215/2012, *cfr.* Ortega Giménez, A.: "Tratamiento ilícito internacional de datos personales, reglamento general de protección de datos y derecho internacional privado: cuestiones de competencia judicial internacional y de determinación de la ley aplicable" en *Era Digital, Sociedad y Derecho* (dir. O. Fuentes Soriano y coord. P. Arrabal Platero, Y. Doig Díaz, A. Ortega Giménez e I. Turégano Mansilla), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 543.

56 Si bien, las reglas del Reglamento (UE) 1215/2012 no pueden privar el efecto útil del artículo 79.2 Reglamento (UE) 2016/679, pues ello conllevaría limitar la eficacia de los acuerdos atributivos de jurisdicción, especialmente en aquellas situaciones en las que dichos acuerdos se pretendan invocar para oponerse a la demanda interpuesta por un interesado ante el tribunal competente en virtud del foro del artículo 79.2 Reglamento (UE) 2016/679 (*Vid.* en este sentido, De Miguel Asensio, P.A.: "Competencia y derecho aplicable en el reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea", *Revista española de derecho internacional*, Vol. 69, 2017, núm. 1, pp. 101-102).

57 Cuando el lugar del origen del daño y el lugar de resultado no coinciden vale la llamada "regla de la ubicuidad", esto es, el actor puede acudir al tribunal del lugar de origen como al lugar del resultado, puesto que en ambos lugares han sucedido hechos relevantes para resolver el fondo que ha dado lugar al litigio. Además, se asegura mejor la función preventiva de las reglas de responsabilidad extracontractual y se garantiza una tutela adecuada para las acciones colectivas o los daños a una misma persona pero distribuidos en distintos lugares (*Vid.* Carrizo Aguado, D.: "Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de mayo de 2013, asunto C-228/11, Melzer", *Ars Iuris Salmanticensis: AIS : revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 1, 2013, núm. 2, pp. 254-258; García Mirete, C.Mª.: *Las bases de datos electrónicas internacionales*, Tirant lo Blanch Valencia, 2014, pp. 260-262; Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Navarra, Thomson Civitas, 2007, pp. 190-191).

58 STJUE de 25 de octubre de 2011, asunto C-509/09, *eDate Advertising* y otros (EU:C:2011:685).

59 La evolución jurisprudencial descrita no ha hecho sino multiplicar los foros de competencia a disposición de la víctima de una difamación llevada a cabo vía Internet y, por tanto, de alcance internacional (*Vid.* Torralba Mendiola, E.C.: "La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2012, núm. 1). Los foros son los del domicilio del emisor, el centro de intereses de la víctima, que podrán conocer de la totalidad del daño, y los tribunales del lugar donde el contenido haya sido o sea accesible, que conocerán únicamente de la parte del daño causado en su territorio. El centro de intereses es entendido como la residencia habitual,

Como muy bien aclara De Miguel Asensio, el legislador europeo no contempla un foro de competencia en el que la parte actora sea el responsable o encargado del tratamiento frente a los interesados. Ello es debido a que las eventuales acciones que el responsable ejercite frente a los interesados se basarán típicamente en una relación contractual existente entre ambos y no como consecuencia del incumplimiento de las normas del Reglamento (UE) 2016/679[60].

IV. DETERMINACIÓN DEL ORDENAMIENTO APLICABLE.

1. Aclaración inicial.

A tenor de lo señalado por el artículo 3 Reglamento (UE) 2016/679, la norma es aplicable al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión Europea, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no[61].

2. El punto cardinal: territorio donde se localice el establecimiento.

Para la determinación de la Ley aplicable al tratamiento de datos hay que fijar el punto de conexión en el lugar donde está ubicado el establecimiento del responsable en el cual se realizan actividades de tratamiento de datos[62] en el marco de una actividad responsable[63]. Es decir, la autoridad competente en un

si bien puede entenderse establecido en otro estado como el lugar donde la víctima ejerza una actividad profesional, permitiendo realizar el criterio de la previsibilidad de las normas de competencia (*Vid.* Gimeno Ruiz, A.: "Derechos de la personalidad e Internet", *Revista de Derecho Civil*, Vol. 1, 2014, núm. 4, p. 235; Martínez Calvo, J.: "El ejercicio transfronterizo de la acción civil de rectificación ", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, núm. 2, 2020, p. 1332; Vilar González, S.: "Los conflictos internacionales sobre la protección de los derechos de la personalidad en internet", en *Internet y los derechos de la personalidad* (dir. L.M. Martínez Vázquez de Castro y coord. P. Escribano Tortajada), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 579).

60 De Miguel Asensio, P.A.: "Competencia y derecho aplicable en el reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea", *Revista española de derecho internacional*, Vol. 69, 2017, núm. 1, p. 101.

61 El artículo 3, como norma imperativa del Reglamento, determina que la cuestión de la legislación nacional aplicable ya no se aborda en el Reglamento (UE) 2016/679 y que, por tanto, debe hacerse una distinción crucial entre conflictos de leyes internos y externos: el origen donde se ocasiona el daño es la clave para determinar qué ley nacional de protección de datos se aplica, *vid.* sugerente estudio Thon, M.: "Transnationaler Datenschutz: Das Internationale Datenprivatrecht der DS-GVO (Transnational Data Protection: The GDPR and Conflict of Laws)", *RabelsZ*, 2020, Issue 1, pp. 24 y ss. Sin embargo, el Reglamento, claramente, busca garantizar que las personas físicas dentro de la Unión Europea no se vean privadas de la protección a la que tienen derecho en virtud de tal norma, a pesar de que procesamiento de sus datos personales sea realizado por un encargado no establecido en la Unión, siempre que dichas actividades en cuestión estén relacionadas con el suministro de bienes o servicios a esas personas o con el control de su comportamiento, *vid.* Moura Vicente, D. y de Vasconcelos Casimiro, S.: "A protecao de dados pessoais na Internet a luz do direito comparado", *Revista de direito intelectual*, 2018, núm. 2, pp. 78-79.

62 Se concibe por tratamiento, cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción (*Vid.* artículo 4.2 Reglamento (UE) 2016/679).

63 El tratamiento de datos personales llevado a cabo en el marco de la actividad de un motor de búsqueda se distingue del efectuado por los editores de sitios de Internet, que consiste en hacer figurar esos datos en una página en Internet, y se añade a él (STJUE de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12, *Google Spain y*

determinado Estado miembro deberá aplicar las disposiciones que hayan adoptado en virtud de la norma europea cuando el tratamiento de datos se efectúe en el contexto de actividades llevadas a cabo en su territorio por un establecimiento del responsable del tratamiento. Así, el requisito del "marco de actividades" tiene la finalidad de abstraer del lugar donde el tratamiento de datos es efectuado; de todos modos, si la ubicación es decisiva para la determinación de la Ley aplicable resulta fácil esquivar la aplicación de los derechos internacionales de los Estados miembros, *exempli gratia*, trasladando el tratamiento a un Estado tercero fuera de la UE[64].

Asimismo, con el fin de garantizar un alto nivel de protección, tal y como se demostró en el epígrafe del sistema de competencia judicial internacional[65], se percibe una interpretación amplia y flexible referente al concepto de establecimiento, que se extiende "a cualquier actividad real y efectiva, aun mínima, ejercida mediante una instalación estable", tal y como queda establecido por el considerando 22 del Reglamento (UE) 2016/679.

A este respecto, el Tribunal de Justicia puntualiza que, en determinadas circunstancias, la presencia de un único representante puede bastar para constituir un establecimiento si dicho representante actúa con un grado de estabilidad

Google, apartado 35 (EU:C:2014:317). En torno a dicho pronunciamiento, *vid*. De miguel Asensio, P.A.: "El tratamiento de datos personales por buscadores de Internet tras la sentencia Google Spain del Tribunal de Justicia", *La Ley Unión Europea*, 2014, mes 17, pp. 5-10.

64 Por lo tanto, si el responsable tiene un establecimiento en un Estado miembro efectuando un tratamiento de datos personales en el marco de actividades distintas de las específicamente llevadas a cabo en dicho establecimiento no ha lugar a la activación de dicha conexión (*Vid*. Piroddi, P.: "Computación en la nube y derecho aplicable a la protección de datos personales en la Unión Europea", *Anuario español de derecho internacional privado*, 2011, núm. 11, pp. 291-292). Asimismo, tras el paradigmático asunto de 25 de enero de 2018, C-498/16, *Schrems* (EU:C:2018:37) se han planteado las diferencias significativas entre los modelos de protección de datos prevalentes en Estados Unidos de América y la Unión Europea ante la ausencia de coordinación en lo que acontece a las actividades de supervisión llevadas a cabo por los Estados Unidos. En torno a este pronunciamiento, *vid*. entre otros, AA.VV.: *Access to Electronic Data by Third-Country Law Enforcement Authorities. Challenges to EU Rule of Law and Fundamental Rights*, Centre for European Policy Studies, 2015; Crespi, S.: "The Applicability of Schrems Principles to the Member States: National Security and Data Protection within the EU Context", *European law review*, 2018, núm. 5, pp. 669-686; Cruz Villalón, P.: "The EU Charter of Fundamental Rights and the Legal Order of Third Countries. A Commentary on the Schrems/PNR Data Jurisprudence", en *The External Tax Strategy of the EU in a Post-BEPS Environment* (dir. A.J. Martín Jiménez), Amsterdam, 2019, pp. 361-375; De Miguel Asensio, P.A.: "Demandas frente a redes sociales por daños en materia de datos personales: precisiones sobre competencia judicial", *La Ley Unión Europea*, 2018, núm. 56, versión *on line*; *id*. "Aspectos internacionales de la protección de datos: las sentencias Schrems y Weltimmo del Tribunal de Justicia", *La Ley Unión Europea*, 2015, núm. 31, versión *on line*; Eichenhofer, J.: "e-Privacy im europäischen Grundrechtsschutz Das "Schrems"-Urteil des EuGH", *Europarecht*, 2016, núm. 1, pp. 76-89; Gutiérrez Colominas, D.: "Schrems v Facebook: the consumer definition in the framework of digital social networks", *European Data Protection Law Review*, Vol. 4, 2018, pp. 542-546; Metallinos, N y Coutron, L.: "La libre circulation des données personnelles fondées sur l'adéquation après l'arrêt Schrems: la fin de l'innocence", *Revue des affaires europeennes*, 2016, núm. 2, pp. 265-272; Piroddi, P.: "I trasferimenti di dati personali verso paesi terzi dopo la sentenza Schrems e nel nuovo regolamento generale sulla protezione dei dati", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, Vol. 31, 2015, núm. 4-5, pp. 827-864; Sánchez Ferro, S.: "La alargada sombra del derecho a la protección de datos personales y otras cuestiones: reflexiones al hilo del caso Schrems", en *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales. Un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta* (dir. A.M. Carmona Contreras), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 87-108.

65 *Vid*. notas 41 a 43.

suficiente para prestar los servicios de que se trate en el Estado miembro en cuestión[66]. Por consiguiente, las normas englobadas en el Reglamento (UE) 2016/679, en tanto que legislación sobre protección de datos, son, dentro de su ámbito territorial, aplicables por los tribunales de los Estados miembros para determinar si los derechos de los interesados con base en el Reglamento han sido vulnerados[67].

En todo caso, la primacía de la legislación de protección de datos se manifiesta en una limitada autonomía de la ley aplicable en una cláusula contractual, la cual siempre deberá atenerse a los criterios del propio Reglamento (UE) 2016/679[68].

No debe caer en el olvido que, Reino Unido, desde el pasado 31 de enero de 2020 no forma parte de la Unión Europea, y, por tanto, pasa a ser considerado un «tercer país» para muchas cuestiones y, en particular, en materia de protección de datos y transferencias internacionales[69]. Pese a la materialización del Brexit ello no significa la total exención al cumplimiento del Reglamento (UE) 2016/679, debido a que, en el caso de que una entidad británica trate datos personales de ciudadanos que se encuentren en la Unión Europea, ya sea en un marco de acuerdo, o por la aplicación extraterritorial del Reglamento, deberá cumplir con las obligaciones

66 STJUE de 1 de octubre de 2015, asunto C230/14, *Weltimmo* (EU:C:2015:639).

67 *Cfr.* De Miguel Asensio, P.A.: "Competencia y derecho aplicable en el reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea", *Revista española de derecho internacional*, Vol. 69, 2017, núm. 1, p. 104.

68 Ortega Giménez, A.: "Tutela jurisdiccional ante un tratamiento ilícito internacional de datos personales y el nuevo reglamento general de protección de datos de la unión europea", *Revista Acta Judicial*, 2020, núm. 6, p. 10.

69 El Reglamento (UE) 2016/679 dispone que la transferencia de datos a un país tercero solo puede llevarse a cabo, en principio, si el país tercero en cuestión garantiza un nivel de protección adecuado a dichos datos. De esta manera, en la reciente STJUE de 16 de julio de 2020, asunto C-311/18, *Facebook Ireland y Schrems* (EU:C:2020:559), el juzgador europeo declara que las exigencias establecidas por las disposiciones del Reglamento, referentes a las garantías adecuadas, los derechos exigibles y las acciones legales efectivas, deben interpretarse en el sentido de que las personas cuyos datos personales se transfieren a un país tercero sobre la base de cláusulas tipo de protección de datos deben gozar de un nivel de protección sustancialmente equivalente al garantizado dentro de la Unión. En este contexto, el Tribunal de Justicia precisa que la evaluación de ese nivel de protección debe tener en cuenta tanto las estipulaciones contractuales acordadas entre el exportador de datos establecido en la Unión y el destinatario de la transferencia establecido en el país tercero de que se trate, como, por lo que se refiere a un posible acceso de las autoridades públicas de ese país tercero a los datos personales transferidos de ese modo, los elementos pertinentes del sistema jurídico de dicho país, *vid.* Martínez Martínez, R.: "Schrems II: una breve reflexión desde los derechos fundamentales", *La Ley Privacidad*, 2020, núm. 5, versión *on line*; García Escobar, E. y Ortega Giménez, A.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de julio de 2020 («Schrems II»)", *La Ley privacidad*, núm. 6, 2020, versión *on line*. En la medida en que las carencias de la normativa del tercer Estado destinatario de los datos, por ejemplo, en lo relativo al ulterior acceso de las autoridades de ese país a los datos transferidos, puedan tener como consecuencia que el empleo de las cláusulas tipo entre las partes de la transferencia no resulta suficiente para asegurar un nivel de protección sustancialmente equivalente al garantizado dentro de la Unión, la transferencia no estará amparada con base en el artículo 46.2 Reglamento (UE) 2016/679, *vid.* De Miguel Asensio, P.A.: "La nueva sentencia Facebook-Schrems más allá de la invalidez del Escudo de Privacidad", https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2020/07/la-nueva-sentencia-facebook-schrems-mas.html, 20 de julio de 2020; Dhont, J.X.: "Schrems II. The EU adequacy regime in existential crisis?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 26, 2019, núm. 5, pp. 597-601; Peraro, C.: "Protezione extraterritoriale dei diritti: il trasferimento dei dati personali dall'Unione europea verso Paesi terzi", *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, pp. 666-691; Sobrino García, I.: "Las decisiones de adecuación en las transferencias internacionales de datos. El caso del flujo de datos entre la Unión Europea y Estados Unidos", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 25, núm. 68, 2021, pp. 227-256.

de la mencionada norma, aunque sólo en aquellas actividades de tratamiento que estén sujetas por la legislación. Además, es aplicable el Reglamento a todos los datos de interesados fuera del Reino Unido, que se hayan tratado con anterioridad al fin del período transitorio, que termina, *a priori*, el 31 de diciembre de 2020[70].

3. Coexistencia con otras normas.

Respecto a la reclamación de indemnización prevista en el artículo 82, párrafo 6 Reglamento (UE) 2016/679, el derecho aplicable será aquel que coincida con el estado donde se reclame el derecho, es decir, depende del lugar donde se haya iniciado la acción ante el juez competente. En esta atmósfera, debemos poner de manifiesto que el Reglamento (CE) 864/2007[71] excluye de manera sorprendente las obligaciones extracontractuales que se derivan de los daños a la intimidad o a los derechos de la personalidad, en particular la difamación, y por extensión, la protección de datos[72]. Al estar descartados, los jueces españoles determinarán la Ley aplicable a esos daños con arreglo a lo regulado por el artículo 10.9 Código Civil[73]. Ello conduce a la aplicación de la Ley del país donde se produce el hecho que genera la responsabilidad[74].

Cabe señalar que la norma interna plantea problemas de interpretación que se traducen en cierta inseguridad jurídica a la hora de la concreción del Derecho

70 Transcurrido este periodo, Reino Unido sale de la zona de «libre circulación de datos» y ello implicará que pase a ser considerado como «tercer país». No obstante, es presumible que la Comisión le otorgue el estatus de «país seguro», dado que heredaría la regulación vigente hasta el momento, desarrollada y aplicada al igual que el resto de los países de la Unión, al respecto *vid*., Corral Sastre, A.: "Las transferencias de datos personales al Reino Unido en la era postbrexit", *Revista de Derecho Digital e Innovación*, 2019, núm. 3, versión *on line*; Ortega Giménez, A.: "Brexit, relaciones privadas internacionales y protección de datos de carácter personal: ¿y ahora qué?.. ¿dejará de ser el Reino Unido un «país seguro»?", *La Ley Unión Europea*, 2020, núm. 80, versión *on line*; Ortega Giménez, A. y Gonzalo Domenech, J.J.: "Brexit y protección de datos de carácter personal: ¿dejará de ser el Reino Unido un "país seguro"?", *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2019, núm. 11, versión *on line*); Villalba Cano, L.: "Brexit y protección de datos personales: un futuro incierto", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 53, 2021.

71 Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») [DOUE núm. 199, de 31 de julio de 2007].

72 A pesar de ser muy frecuentes en la *práxis*, pues tienen lugar o bien, a través de medios de comunicación, o bien, de Internet. Esta exclusión es resultado de la falta de acuerdo en el proceso de elaboración del Reglamento (*Vid*. De Miguel Asensio, P.A.: "Bienes inmateriales, Derecho de la competencia y responsabilidad extracontractual", en *Derecho de los Negocios Internacionales* (dir. J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. De Miguel Asensio), 5ª ed., Iustel, Madrid, 2016, pp. 181-182).

73 Si alguno de los tradicionales ilícitos civiles son hoy casi constitutivamente internacionales, son justamente la intromisión ilegítima en la intimidad, honor o reputación (*Vid*. Amores Conradi, M.A. y Torralba Mendiola, E.C.: "Difamación y "Roma II"", *Anuario español de derecho internacional privado*, 2007, núm. 7, pp. 252-253; Cerdeño Hernán, M.: "La tutela transfronteriza de los derechos de la personalidad en la Unión Europea", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 110-133).
Ortiz Vidal, MªD.: "La libertad de expresión convertida en discurso de odio: la responsabilidad extracontractual del prestador del servicio de comunicación audiovisual en asuntos transfronterizos", en *Libertad de expresión y prevención de la violencia y discriminación por razón de religión* (coord. Z. Combalía Solís, Mª.P. Diago Diago y A. González-Varas Ibáñez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 190-191).

74 En el supuesto de ilícitos a distancia se aplicará de manera exclusiva la Ley del país donde se verifica el daño y, si son de carácter plurilocalizados, el daño sufrido en cado uno de los países se regulará por la Ley del país correspondiente (*Vid*. Calvo Caravaca, A-L. y Carrascosa González, J.: *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2008, pp. 188-191).

aplicable[75]. El legislador no deja claro si opta por consagrar como criterio de conexión la ley del *locus deliciti* o la ley del *locus damni*[76].

Debido a ello, en supuestos de daños deslocalizados -situación típica cuando el medio utilizado es Internet- no se puede concretar *a priori* la Ley que regiría en tal situación[77]. Evidentemente, el legislador español no ha tenido en consideración los posibles y dispares supuestos especiales que en la práctica pueden darse y, que con la aplicación automática del Derecho localizado, puede poner en riesgo la deseada justicia material, en virtud de que puede resultar aplicable una Ley no previsible para las partes[78].

En lo que respecta a la relación que posee el Reglamento (CE) 864/2007[79], tal y como afirma su artículo 27, dicha norma no afectará a la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen los conflictos de leyes relativos a las obligaciones extracontractuales[80].

V. ÚLTIMAS LÍNEAS CONCLUSIVAS.

La Comisión Europea ha hecho público un informe[81], como balance de los dos años de la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679, en el que sostiene que la norma reglamentaria ha cumplido la mayoría de sus objetivos, fundamentalmente porque ofrece a los ciudadanos un conjunto sólido de derechos exigibles y ha

75 El gran escollo en este *topic* surge como consecuencia de que es una materia no cubierta por el Derecho internacional privado europeo y, por tanto, será la norma de conflicto nacional la que cubre su regulación (*Vid.* el extraordinario estudio de Calvo Caravaca, A-L.: "El Derecho internacional privado de la Unión Europea. Valores y principios regulativos", *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./ UFRGS*, Vol. 15, 2020, núm. 1, p. 13).

76 Hay autores que contemplan que el criterio de conexión debe concretarse en los mismos términos que en el Reglamento (CE) 864/2007, como el lugar donde se ha producido el daño -*locus damni*- y no el lugar del acto causal. En el caso de los daños a los derechos de la personalidad nos llevaría a aplicar la ley de cada uno de los estados donde la víctima haya padecido los daños (*Vid.* Calvo Caravaca, A-L., Carrascosa González, J. y Sánchez Cano, Mª.J.: "Obligaciones extracontractuales", en *Compendio de Derecho Internacional Privado* (dir. por A-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González), Murcia, Rapid Centro Color, 2019, p. 713; Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho Internacional Privado*, 5ª ed., Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2019, p. 422).

77 Agrifoglio, G.: "Risarcimento e quantificazione del danno da lesione della privacy: dal danno alla persona al danno alla personalità", *Europa e diritto privato*, 2017, núm. 4, pp. 1265-1342.

78 En opinión de una sólida doctrina, la situación se podría fundamentar en una posible flexibilización del punto de conexión; ello supondría que la determinación del Derecho aplicable sería en consecuencia de un análisis de las circunstancias y hechos que han rodeado el supuesto, esto es, en función de los datos y elementos probatorios que las partes aporten ante el tribunal competente (*Vid.* Cordero Álvarez, C.I.: *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 290-292).

79 En cuanto a su convivencia con diversos Convenios Internacionales, *vid.* Rodríguez Vázquez, Mª.A.: "La ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el espacio europeo", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2010, núm. 25, pp. 170-171.

80 El preámbulo de la norma, en el considerando número 35, conserva lo esencial de la propuesta del Reglamento (CE) 864/2007 (*Vid.* Fallon, M.: "La relación del reglamento "Roma II" con otras normas de conflicto de leyes", *Anuario español de derecho internacional privado*, 2007, núm. 7, p. 211).

81 *Data protection as a pillar of citizens' empowerment and the EU's approach to the digital transition - two years of application of the General Data Protection Regulation*, COM (2020) 264 final, 24 de junio de 2020.

creado un nuevo sistema europeo de gobernanza y control del cumplimiento. El informe concluye, asimismo que, aumenta la armonización en todos los Estados miembros, aunque existe cierto nivel de fragmentación que debe ser supervisado de manera continuada. También, apunta que las empresas están desarrollando una cultura del cumplimiento y recurren cada vez más a una sólida protección de datos como ventaja competitiva.

Si bien es cierto que, la confianza y certeza jurídica en el tratamiento de datos constituyen elementos esenciales en el entorno europeo, de hecho, el Reglamento nos hace entrever que su llegada era fundamental para permitir un cuerpo normativo común en todos los países de la Unión Europea, estableciendo una igualdad de condiciones en un Mercado único digital europeo; de ahí, la importancia de un reglamento, y no de cualquier otro instrumento o acto jurídico, para ejercer las competencias legislativas de la Unión Europea en esta materia, siendo un instrumento directamente aplicable a todos los Estados miembros.

Precisamente, para afianzar un nivel adecuado de protección de las personas físicas en toda la Unión y evitar divergencias que dificulten la libre circulación de datos personales dentro del mercado interior, es necesario un reglamento que proporcione solidez jurídica y transparencia a los operadores económicos y con ello brindar, a las personas físicas y responsables del tratamiento de todos los Estados miembros, el mismo nivel de derechos y obligaciones.

Fruto de la globalización de la información y tratamientos masivos de datos de carácter personal, la redacción llevada a cabo por el legislador está sustentada en un sistema de garantías y protección a los ciudadanos preocupados por el tratamiento de su información, generando así una mayor certidumbre al usuario en el momento que alguna empresa, institución o Administración Pública usa y trate sus datos.

En el terreno de la responsabilidad civil extracontractual por daños transnacionales, como es el tratamiento ilícito internacional de datos, es ostensible que, el *forum delicti commissi* deba interpretarse en un sentido favorable a la víctima para así, reequilibrar las posiciones de las partes, es decir, debería identificarse el foro con los tribunales del domicilio del perjudicado. Se infiere como evidente dejar patente la perfecta compatibilidad existente entre el Reglamento (UE) 2016/679 con el Reglamento (UE) 1215/2012, puesto que, en base a lo señalado por el considerando número 147 del Reglamento (UE) 2016/679, la aplicación de las normas del Reglamento (UE) 1215/2012 no prejuzgan su plena puesta en funcionamiento.

Por otra parte, en sede de Ley aplicable, cuando el tratamiento no se produce en el contexto de las actividades de un establecimiento en la Unión Europea, la

protección se limita a los interesados que se encuentren en territorio comunitario pues se requiere una conexión adicional con la Unión Europea. Así las cosas, el lugar de situación del afectado por el tratamiento de datos personales constituye un criterio legítimo para fundar la Ley aplicable, en especial cuando va acompañado de elementos indicativos de una vinculación adicional. En este aspecto, no debemos obviar la inaudita exclusión, llevada a término por el Reglamento (CE) 864/2007, de las obligaciones extracontractuales que se deriven de daños personalísimos. Por esta razón, el único reducto es conferir protagonismo pleno al Derecho interno, esto es, el artículo 10.9 Código Civil. Dicha norma de conflicto recoge un supuesto de carácter genérico con un punto de conexión meramente localizador y consecuencia neutra. La redacción, sea dicho, poco específica y nada clarividente, acarrea una evidente pérdida de protección de la persona que es titular del derecho a la protección de sus datos personales ante un eventual tratamiento ilícito y, más aún si cabe, en el marco internacional, ya que se coloca en una clara posición de inferioridad.

Sobre este asunto, el Parlamento Europeo traslada a la Comisión de Asuntos Jurídicos un Informe de 2 de mayo de 2012 [(2009/2170(INL)] en el que se establecen trascendentales recomendaciones sobre la modificación del Reglamento (CE) 864/2007 con el propósito de prevenir ciertas dosis de inseguridad jurídica al no otorgarse plenamente al perjudicado su deseada protección efectiva. Exactamente, peticiona a la Comisión que presente, sobre la base del artículo 81, apartado 2, letra c) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, una propuesta con vistas a añadir al Reglamento Roma (CE) 864/2007 una disposición que permita determinar la Ley aplicable a una obligación extracontractual derivada de violaciones de la privacidad o de los derechos relacionados con la personalidad, y, además, la creación de un centro para la resolución voluntaria de los litigios transfronterizos derivados de las violaciones en esta materia. No obstante, considera que Internet ha añadido la complicación del acceso virtualmente universal. Asimismo, sopesa que la libertad de prensa y de los medios de comunicación son características fundamentales de una sociedad democrática y que cada Estado miembro debe determinar discrecionalmente el equilibrio adecuado entre el derecho al respeto de la vida privada y el derecho a la libertad de expresión, ambos garantizados por los artículos 8 y 10 del Convenio Europeo de Derecho Humanos.

Innegablemente, la propuesta es bien recibida pues supone un intento por colmar un vacío difícilmente comprensible. La unificación en la Unión Europea de las normas sobre Ley aplicable en este tema reviste cierta envergadura, habida cuenta de la trascendencia de disponer de criterios de conexión uniformes en territorio europeo, frente al crecimiento masivo a causa del tratamiento de datos en múltiples países a través de Internet. A pesar de las importantes diferencias en el contenido de los Derechos sustantivos de los Estados miembros

en este *topic*, la codificación del Derecho de las obligaciones extracontractuales transfronterizas refleja una tendencia hacia una progresiva armonización, a fin de evitar la contradicción normativa y la discontinuidad jurídica en el espacio europeo originado por el pluralismo de sistemas jurídicos, razón por la cual, el Derecho uniforme, se erige como una opción funcional del Derecho internacional privado en el terreno de los métodos de reglamentación.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Estudio de impacto y comparativa con la normativa española de la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea*, ISM Forum Spain, https://www.ismsforum.es/ficheros/descargas/estudio-reglamento-ue-dpi1353525776.pdf).

AA.VV.: *Access to Electronic Data by Third-Country Law Enforcement Authorities. Challenges to EU Rule of Law and Fundamental Rights*, Centre for European Policy Studies, 2015.

AA. VV.: *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* en (dir. Kuner, C., Bygrave, L.A., Docksey, C. y Drechsler, L.), Oxford, 2021.

Agrifoglio, G.: "Risarcimento e quantificazione del danno da lesione della privacy: dal danno alla persona al danno alla personalità", *Europa e diritto privato*, 2017, núm. 4.

Álvarez Rigaudias, C.: "Personal Data protection", en *Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación* (dir. A. López- Tarruella Martínez y coord. C.Mª. García Mirete), Tirant lo Blanch, Valencia.

Álvarez Rubio, J.J.: "Jurisdicción, competente y ley aplicable en materia de difamación y protección de los derechos de la personalidad", *Anuario español de derecho internacional privado*, 2011, núm. 11.

Amores Conradi, M.A. y Torralba Mendiola, E.C.: "Difamación y "Roma II"", *Anuario español de derecho internacional privado*, 2007, núm. 7.

Ancel, M.E.: "D'une diversité à l'autre. À propos de la «marge de manoeuvre» laissée par le règlement général sur la protection des données aux États membres de l'Union européenne", *Revue critique de droit international privé*, 2019, núm. 3.

Arjona Guajardo-Fajardo, J.L.: "Datos personales: apuntes sobre la autorización para su recogida y tratamiento, la impugnación del consentimiento prestado y la reclamación por daños sufridos a consecuencia del mismo", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2020, núm. 51.

Armada Villaverde, Mª.E. y López Bustabad, I.J.: "El reglamento general de protección de datos ante el fenómeno del «Big Data»", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2019, núm. 51, versión *on line*.

Barletta, A.: "La tutela effettiva della privacy nello spazio (giudiziario) europeo nel tempo (della "aterritorialità") di internet", *Europa e diritto privato*, 2017, núm. 4.

Berrocal Lanzarot, A.I.: "El derecho de supresión de datos o derecho al olvido en el Reglamento General de Protección de Datos", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 2017, núm. 1.

Caggia, F.: "Il consenso al trattamento dei datti personali nel diritto europeo", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol. 117, 2019, núm. 3.

Calvo Caravaca, A-L.: "El Derecho internacional privado de la Unión Europea. Valores y principios regulativos", *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Vol. 15, 2020, núm. 1.

Calvo Caravaca, A-L. y Carrascosa González, J.: *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2008.

Calvo Caravaca, A-L. y Carrascosa González, J.: *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

Calvo Caravaca, A-L., Carrascosa González, J. y Sánchez Cano, Mª.J.: "Obligaciones extracontractuales", en *Compendio de Derecho Internacional Privado* (dir. A-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González), Murcia, Rapid Centro Color, 2019.

Carrascosa González, J.: La protección de los datos personales en un escenario tecnológico supranacional: "Cloud Computing" tribunales competentes y ley aplicable", en *La protección de datos personales en internet ante la innovación tecnológica: riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica* (coord. J. Valero Torrijos), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.

Carrascosa González, J.: "The Internet – Privacy and Rights Relating to Personality", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, 2016, Vol. 378.

Carrascosa González, J.: "Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas 'I-bis 1215/2012'. Análisis crítico de la regla *actor sequitur forum rei*", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 11, 2019, núm. 1.

Carrizo Aguado, D.: "Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de mayo de 2013, asunto C-228/11, Melzer", *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 1, 2013, núm. 2.

Carrizo Aguado, D.: "«Trampantojo» de foros ante los profusos incumplimientos llevados a cabo por la compañía Ryanair en vuelos internacionales", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 11, 2019, núm. 2.

Carrizo Aguado, D. y Alonso García, Mª.N.: "El impacto de internet en las publicaciones fotográficas protegidas por derechos de autor: visión constitucional e internacional-privatista en la era del «boom digital»", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2018, núm. 47.

Carrizo Aguado, D. y Alonso García, Mª.N.: "Métodos de planificación y práctica docente con herramientas digitales: ¿Desencuentro con el Reglamento Europeo de Protección de Datos?, *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, 2019, núm. 19.

Castelló Pastor, J.J.: "Sociedades mercantiles, centro de intereses y vulneración de los derechos de la personalidad en la red. Competencia judicial internacional. Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 17 octubre 2017 (JUR 2017, 261903)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2018, núm. 106.

Cerdeño Hernán, M.: "La tutela transfronteriza de los derechos de la personalidad en la Unión Europea", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 110-133.

Concellón Fernández, P.: "El concepto de dato personal en la Unión Europea: una pieza clave en su protección", *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, núm. 46.

Cordero Álvarez, C.I.: *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2015.

Cordero Álvarez, C.I.: "La transferencia internacional de datos con terceros Estados en el nuevo Reglamento europeo: Especial referencia al caso estadounidense y la Cloud Act", *Revista española de derecho europeo*, 2019, núm. 70, versión *on line*.

Corral Sastre, A.: "Las transferencias de datos personales al Reino Unido en la era postbrexit", *Revista de Derecho Digital e Innovación*, 2019, núm. 3, versión *on line*.

Costa, G., Peris Brines, N. y Cervera Navas, L.: "Espacio Europeo de Protección de datos. Tribuna de actualidad en las Instituciones Europeas", *Diario La Ley Privacidad*, 2019, núm. 2, versión *on line*.

Crespi, S.: "The Applicability of Schrems Principles to the Member States: National Security and Data Protection within the EU Context", *European law review*, 2018, núm. 5.

Cruz Villalón, P.: "The EU Charter of Fundamental Rights and the Legal Order of Third Countries. A Commentary on the Schrems/PNR Data Jurisprudence", en *The External Tax Strategy of the EU in a Post-BEPS Environment* (dir. A.J. Martín Jiménez), Amsterdam, 2019, pp. 361-375.

de Barrón Arniches, P.: "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)", *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 61, 2019.

De miguel Asensio, P.A.: "El tratamiento de datos personales por buscadores de Internet tras la sentencia Google Spain del Tribunal de Justicia", *La Ley Unión Europea*, 2014, mes 17.

De miguel Asensio, P.A. "Aspectos internacionales de la protección de datos: las sentencias Schrems y Weltimmo del Tribunal de Justicia", *La Ley Unión Europea*, 2015, núm. 31, versión *on line*.

De miguel Asensio, P.A.: "Bienes inmateriales, Derecho de la competencia y responsabilidad extracontractual", en *Derecho de los Negocios Internacionales* (dir. J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. De Miguel Asensio), 5ª ed., Iustel, Madrid, 2016.

De miguel Asensio, P.A. "Competencia y derecho aplicable en el reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea", *Revista española de derecho internacional*, Vol. 69, 2017, núm. 1.

De miguel Asensio, P.A.: "Demandas frente a redes sociales por daños en materia de datos personales: precisiones sobre competencia judicial", *La Ley Unión Europea*, 2018, núm. 56, versión *on line*.

De miguel Asensio, P.A.: "Ámbito espacial del derecho al olvido: las conclusiones en el asunto C-507/17, Google", *La Ley Unión Europea*, 2019, núm. 67, versión *on line*.

De miguel Asensio, P.A.: "El botón "me gusta": aspectos legales", http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/09/el-boton-me-gusta-aspectos-legales.html, 9 de septiembre de 2019).

De miguel Asensio, P.A.: "Internet y Derecho internacional privado: balance de un cuarto de siglo", en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje*

al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas (eds. por S. Álvarez González, R. Arenas García, P.A. de Miguel Asensio, S. Sánchez Lorenzo y G. Stampa Casas), Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2020.

De miguel Asensio, P.A.: "La nueva sentencia Facebook-Schrems más allá de la invalidez del Escudo de Privacidad", https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2020/07/la-nueva-sentencia-facebook-schrems-mas.html, 20 de julio de 2020.

De miguel Asensio, P.A.: "Alcance espacial de las medidas frente a la difusión de información ilícita en línea", en *Nuevo Mundo, Nueva Europa. La redefinición de la Unión Europea en la era del Brexit. XXVIII jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales* (dir. P. Martín Rodríguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 151-173.

Dhont, J.X.: "Schrems II. The EU adequacy regime in existential crisis?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 26, 2019, núm. 5.

Eichenhofer, J.: "e-Privacy im europäischen Grundrechtsschutz Das "Schrems"-Urteil des EuGH", *Europarecht*, 2016, núm. 1.

España Martí, M.: "La aplicación práctica de la Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales", *Diario La Ley*, núm. 34, Sección Ciberderecho, versión *on line*.

Fallon, M.: "La relación del reglamento "Roma II" con otras normas de conflicto de leyes", *Anuario español de derecho internacional privado*, 2007, núm. 7.

Fernández Hernández, C. "El RGPD ¿última oportunidad para salvaguardar nuestros datos personales?", *Actualidad civil*, 2018, núm. 5, versión *on line*.

García Escobar, E. y Ortega Giménez, A.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de julio de 2020 («Schrems II»)", *La Ley privacidad*, núm. 6, 2020, versión *on line*.

García Mahmut, R.: *El Reglamento General de Protección de Datos. Un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

García Mirete, C.Mª.: *Las bases de datos electrónicas internacionales*, Tirant lo Blanch Valencia, 2014.

Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho Internacional Privado*, 5ª ed., Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2019.

Gil González, E.: "¿Qué implicaciones tiene insertar en una página web el botón «Me gusta» de Facebook?", *Diario La Ley Privacidad*, 2019, núm. 2, versión *on line*.

Gimeno Ruiz, A.: "Derechos de la personalidad e Internet", *Revista de Derecho Civil*, Vol. 1, 2014, núm. 4.

Gonzalo Domenech, J.J.: "Las decisiones de adecuación en el Derecho europeo relativas a las transferencias internacionales de datos y los mecanismos de control aplicados por los estados miembros", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 11, 2019, núm. 1.

Gutiérrez Colominas, D.: "Schrems v Facebook: the consumer definition in the framework of digital social networks", *European Data Protection Law Review*, 2018, Vol. 4.

Hernández Ramos, M.: "Una vuelta de tuerca más a las relaciones en materia de protección de datos entre la UE y los Estados Unidos. La invalidez de la decisión puerto seguro», *Revista General de Derecho Europeo*, 2016, núm. 39.

Hess, B.: "Protecting Privacy by Cross-Border Injunction", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Vol. 55, 2019, núm. 2.

Hess, B.: "Reforming the Brussels Ibis Regulation: Perspectives and Prospects", *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, núm. 4, 2021.

Leo-Castela, J.I.: "Compliance y gestión del riesgo normativo en el contexto del Reglamento europeo de protección de datos», *Diario La Ley*, Sección Ciberderecho, 2019, núm. 32, versión *on line*.

Lopes Da Mota, J.L. y Pérez Souto, G.: "Publicación on-line de las decisiones judiciales en Europa, derechos fundamentales y protección de datos a la luz del RGPD: ¿misión cumplida?", *Revista General de Derecho Europeo*, 2019, núm. 49.

López Barrero, E.: "La protección de datos e internet: ¿avances o retrocesos?", en *Nuevos retos y amenazas a la protección de los Derechos humanos en la era de la globalización* (coord. A.G. López Martín y J. Chinchón Álvarez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

López- Tarruella Martínez, A.: "Propiedad intelectual, inteligencia artificial y libre circulación de datos", en *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo* (dir. C. Saiz García y R. Evangelio Llorca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

López- Tarruella Martínez, A.: "Libre circulación de datos personales y no personales en la Unión Europea", *Diario La Ley Privacidad*, 2019, núm. 2, versión *on line*.

Lorenzo Guillén, M.L.: "Comentario al artículo 4", en *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil Reglamento Bruselas I* (coord. P. Blanco-Morales Limones, F.F. Garau Sobrino, M.L. Lorenzo Guillén y F.J. Montero Muriel), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

Mantovani, M.: "Le RGPD en tant qu'espace juridique multi-échelle: quelles implications pour le droit international privé ?", *Revue de Droit International d'Assas,* núm. 2, 2019, pp. 63-116.

Martínez Calvo, J.: "El ejercicio transfronterizo de la acción civil de rectificación", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, núm. 2, 2020, pp 1324-1336.

Martínez Martínez, R.: "¿Minusvaloramos la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales?", *Diario La Ley*, Sección Ciberderecho, 2019, núm. 24, versión *on line*.

Martínez Martínez, R.: "Schrems II: una breve reflexión desde los derechos fundamentales", *La Ley Privacidad*, 2020, núm. 5, versión *on line*.

Messía de la Cerda Ballesteros, J.A.: "El tratamiento de los datos personales que el interesado hubiese hecho manifiestamente públicos. Especial atención a las Redes Sociales", *Actualidad civil*, 2018, núm. 5, versión *on line*.

Metallinos, N y Coutron, L.: "La libre circulation des données personnelles fondées sur l'adéquation après l'arrêt Schrems: la fin de l'innocence", *Revue des affaires europeennes*, 2016, núm. 2.

Moro Cordero, M.A.: "La nueva cultura de gestión de los datos personales y la incorporación de tecnologías disruptivas", *Revista La Ley Privacidad*, 2020, núm. 4, versión *on line*.

Moura Vicente, D.: "¿Aplicación extraterritorial del Derecho al olvido en Internet?", *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, 2020, núm. 24.

Moura Vicente, D. y de Vasconcelos Casimiro, S.: "A protecao de dados pessoais na Internet a luz do direito comparado", *Revista de direito intelectual*, 2018, núm. 2.

Mpame, M.E.: *The General Data Protection Regulation and the effective protection of data subjects' rights in the online environment, Schriften des Augsburg Center for Global Economic Law and Regulation - Arbeiten zum Internationalen Wirtschaftsrecht und zur Wirtschaftsregulierung*, Vol. 85, 2021.

Ordóñez Solís, D.: "La nueva regulación europea de la protección de datos personales y su aplicación en el ámbito de la hacienda pública en un contexto tecnológico avanzado", *Diario La Ley*, 2019, núm. 9491, versión *on line*.

Orejudo Prieto de los Mozos, P.: "La vulneración de los derechos de la personalidad en la jurisprudencia del tribunal de justicia", *La Ley Unión Europea*, 2013, núm. 4, versión *on line*.

Orozco Pardo, G.: "Reflexiones acerca de los nuevos retos en el ámbito de la protección de datos en la sociedad digital globalizada", *Diario La Ley Privacidad*, 2019, núm. 2, versión *on line*.

Ortega Giménez, A.: "La tutela del afectado ante los tratamientos ilícitos de sus datos personales desde la perspectiva internacional y su proyección en Internet", en *La protección de datos personales en internet ante la innovación tecnológica: riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica* (coord. J. Valero Torrijos), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.

Ortega Giménez, A.: *El nuevo régimen jurídico de la Unión Europea para las empresas en materia de protección de datos de carácter personal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

Ortega Giménez, A.: "Brexit, relaciones privadas internacionales y protección de datos de carácter personal: ¿y ahora qué?... ¿dejará de ser el Reino Unido un «país seguro»?", *La Ley Unión Europea*, 2020, núm. 80, versión *on line*.

Ortega Giménez, A.: "Tutela jurisdiccional ante un tratamiento ilícito internacional de datos personales y el nuevo reglamento general de protección de datos de la unión europea", *Revista Acta Judicial*, 2020, núm. 6.

Ortega Giménez, A.: "Tratamiento ilícito internacional de datos personales, reglamento general de protección de datos y derecho internacional privado: cuestiones de competencia judicial internacional y de determinación de la ley aplicable" en *Era Digital, Sociedad y Derecho* (dir. O. Fuentes Soriano y coord. P. Arrabal Platero, Y. Doig Díaz, A. Ortega Giménez e I. Turégano Mansilla), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Ortega Giménez, A. y Gonzalo Domenech, J.J.: "Brexit y protección de datos de carácter personal: ¿dejará de ser el Reino Unido un "país seguro"?", *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2019, núm. 11, versión *on line*.

Ortiz Vidal, MªD.: "La libertad de expresión convertida en discurso de odio: la responsabilidad extracontractual del prestador del servicio de comunicación audiovisual en asuntos transfronterizos", en *Libertad de expresión y prevención de la violencia y discriminación por razón de religión* (coord. Z. Combalía Solís, Mª.P. Diago Diago y A. González-Varas Ibáñez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Palao Moreno, G.: "Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet", en *Cuestiones actuales de derecho y tecnologías de la información y la comunicación: (TICs)* (coord. J. Plaza Penadés), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2006.

Peraro, C.: "Protezione extraterritoriale dei diritti: il trasferimento dei dati personali dall'Unione europea verso Paesi terzi", *Ordine internazionale* e *diritti umani*, 2021, pp. 666-691.

Pérez Martín, L.A.: "Seguridad versus intimidad y ciudadanía; papel del Delegado de proyección de datos y responsabilidad de las instituciones y empresas en el nuevo Reglamento europeo de proyección de datos", en *Repensar la Unión Europea: gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía. XXVII Jornadas AEPDIRI* (eds. por N. Cornago Prieto, J.L. De castro y L. Moure Peñín), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Piñar Mañas, J.L.: "Identidad y persona en la sociedad digital", en *Sociedad Digital y Derecho* (dir. T. De La Quadra Salcedo y J.L. Piñar Mañas y coord. M. Barrio Andrés y J. Torregrosa Vázquez), Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018.

Piñar Mañas, J.L.: "La protección de datos: nuevos desafíos", en *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas* (dir. B. Pendás García y coord. E. González Hernández y R. Rubio Núñez), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

Piñar Mañas, J.L.: "Derecho e innovación. Privacidad y otros derechos en la sociedad digital", en *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad digital* (coord. M.E. Casas Bahamonde), Fundación Ramón Areces, Madrid, 2020.

Piroddi, P.: "Computación en la nube y derecho aplicable a la protección de datos personales en la Unión Europea", *Anuario español de derecho internacional privado*, 2011, núm. 11.

Piroddi, P.: "I trasferimenti di dati personali verso paesi terzi dopo la sentenza Schrems e nel nuovo regolamento generale sulla protezione dei dati", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, Vol. 31, 2015, núm. 4-5.

Plaza Penadés, J.: "Implementando el nuevo Reglamento General europeo de Protección de Datos", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2017, núm. 43.

Plaza Penadés, J.: "El nuevo marco normativo de la protección de datos", *Actualidad civil*, 2018, núm. 5, 2018, versión *on line*.

Poch Port, A.: "Comentario al artículo 67", en *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil Reglamento Bruselas I* (coord. P. Blanco-Morales Limones, F.F. Garau Sobrino, M.L. Lorenzo Guillén y F.J. Montero Muriel), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

Rallo Lombarte, A.: "Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: las claves de la reforma", *Teoría y Realidad Constitucional*, 2012, núm. 85.

Recio Gayo, M.: "Los nuevos y los renovados Derechos en Protección de Datos en el RGPD, así como sus limitaciones", *Actualidad civil*, 2018, núm. 5, versión *on line*.

Requejo Isidro, M.: "Procedural Harmonization and Private Enforcement in the area of Personal Data Protection", *MPILux Research Paper Series*, 2019, núm. 3, versión *on line*.

Requejo Isidro, M.: "La privacidad y el Derecho internacional privado: la propuesta del Instituto de Derecho Internacional (La Haya, 2019)", en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas* (eds. por S. Álvarez González, R. Arenas García, P.A. de Miguel Asensio, S. Sánchez Lorenzo y G. Stampa Casas), Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2020.

Requejo Pagés, J.L.: "La protección de datos, en la encrucijada entre el derecho de la Unión y la constitución española", en *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad digital* (coord. M.E. Casas Bahamonde), Fundación Ramón Areces, Madrid, 2020.

Rodríguez Roca, A.: "Un nuevo orden para proteger los datos personales", *Revista Acta Judicial*, 2019, núm. 3.

Rodríguez Vázquez, Mª.A.: "La ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el espacio europeo", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2010, núm. 25.

Sánchez Ferro, S.: "La alargada sombra del derecho a la protección de datos personales y otras cuestiones: reflexiones al hilo del caso Schrems", en *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales. Un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta* (dir. A.M. Carmona Contreras), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018.

Sobrino García, I.: "Protección de datos y privacidad. Estudio comparado del concepto y su desarrollo entre la Unión Europea y Estados Unidos", *RDUNED. Revista de derecho UNED*, 2019, núm. 25.

Sobrino García, I. "Las decisiones de adecuación en las transferencias internacionales de datos. El caso del flujo de datos entre la Unión Europea y Estados Unidos", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 25, núm. 68, 2021, pp. 227-256.

Solar Calvo, M.P.: "Nueva regulación europea en protección de datos. Urgente necesidad de una normativa nacional", *Unión Europea Aranzadi*, 2018, núm. 7, versión *on line*.

Stanio, A.: "Il diritto alla privacy alla prova della sorveglianza di massa e dell'intelligence sharing: la prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 103, núm. 2, 2020, pp. 511-537.

Stanzione, Mª.G.: "Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione", *Europa e diritto privato*, 2016, núm. 4.

Thon, M.: "Transnationaler Datenschutz: Das Internationale Datenprivatrecht der DS-GVO (Transnational Data Protection: The GDPR and Conflict of Laws)", *RabelsZ*, 2020, Issue 1.

Torralba Mendiola, E.C.: "La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2012, núm. 1.

Velli, F.: "The Issue of Data Protection in EU Trade Commitments: Cross-border Data Transfers in GATS and Bilateral Free Trade Agreements", *European Papers*, Vol. 4, 2019, núm. 3.

Villalba Cano, L.: "Brexit y protección de datos personales: un futuro incierto", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 53, 2021.

Vilar González, S.: "Los conflictos internacionales sobre la protección de los derechos de la personalidad en internet", en *Internet y los derechos de la personalidad*

(dir. L.M. Martínez Vázquez de Castro y coord. P. Escribano Tortajada), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Navarra, Thomson Civitas, 2007.

Von Moritz Hennemann, P.: "Wettbewerb der Datenschutzrechtsordnungen. Zur Rezeption der Datenschutz-Grundverordnung", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, Vol. 84, núm. 4, 2020, pp. 864-895.

SHARENTING E RISERVATEZZA DEL MINORE IN RETE

SHARENTING AND CONFIDENTIALITY OF CHILDREN ONLINE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3550-3569

Massimo
FOGLIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il contributo affronta il tema del diritto alla riservatezza del minore nel contesto dei social media.

PALABRAS CLAVE: Sharenting; minori; riservatezza.

ABSTRACT: *The work addresses the issue of the minor's right to privacy in the context of social media.*

KEY WORDS: Sharenting; minors; right to privacy.

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. LO SHARENTING IN ITALIA.- III. ESISTENZA DIGITALE DEL MINORE E RIMEDI CIVILISTICI.- IV. LA TUTELA DELLA RISERVATEZZA DEL MINORE NEL CONTESTO DELLE RELAZIONI FAMILIARI.- V. CONCLUSIONI.

I. INTRODUZIONE.

Se si vuole giungere, nell'era tecnologica, al significato di identità personale nella sua piena comprensione biografica, occorre monitorare quella propaggine di noi stessi che germoglia dal terreno d'un altro mondo, quello della rete. I cosiddetti nativi digitali si muovono con naturalezza nel contesto dei *social media* sin dai primi anni di vita; essi hanno una connaturata propensione a "vivere in pubblico" e una parte rilevante della loro vita (ma ormai pure quella dei loro genitori) si svolge in questa dimensione elettronica[1].

È in tale contesto che appare interessante osservare *come* la responsabilità genitoriale debba operare nel rispetto di quei doveri di cura e di controllo che garantiscono lo sviluppo della personalità e dell'identità dei figli minori[2]. Un angolo prospettico particolarmente favorevole a tale disamina è rappresentato dal diritto alla riservatezza del minore[3]. Occorre chiarire sin d'ora quale significato dare al concetto di riservatezza nell'ambito di questa breve riflessione. Due sono le

1 V. per tutti Rodotà, S.: *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 103 e p. 108 e Id.: *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 327, il quale si chiedeva se, in tale contesto, avessero ancora senso regole che privilegiano un bisogno di vita privata.

2 Tra le opere più recenti v. Bianca, C.M.: *La riforma della filiazione*, in C.M. Bianca (a cura di), Cedam, Padova, 2015, *passim*; Id.: *Diritto civile*, *2, La famiglia - le successioni*, Giuffré, Milano, 2005, p. 313 ss.; Gorgoni, A.: *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Cedam, Padova, 2017. In dottrina la tematica è stata approfondita, in particolare, da Giardina, F.: "Interesse del minore: gli aspetti identitari", *Nuova giur. civ. comm*., 2016, p. 159; Id., "Morte della potestà e capacità del figlio", *Riv. dir. civ*., 2016, p. 1609 ss.; Thiene, A.: "Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali", *Fam. dir*., 2017, p. 172; Sesta, M.: "Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma", *ivi*, 2015, p. 1009; Ferrando, G.: "Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari", *ivi*, p. 952; Al Mureden, E.: "La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità dei modelli familiari", *ivi*, 2014, p. 466; De Cristofaro, G.: "Dalla potestà alla responsabilità genitoriale. Profili problematici di una innovazione discutibile", *Nuova giur. civ. comm*., 2014, in particolare p. 782 e p. 788.

3 V. Bianca, C.M.: *Diritto civile, 1, La norma giuridica - i soggetti*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 175 ss. Sul dibattito, nella letteratura italiana, sul diritto alla riservatezza v. Giampiccolo, G.: "La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza", *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1958, p. 458 ss. e Pugliese, G.: "Il diritto alla «riservatezza» nel quadro dei diritti alla personalità", *Riv. dir. civ*., 1963, I, p. 605 ss. Il diritto alla riservatezza, diretto a tutelare principalmente l'intimità privata del soggetto tutelato dalle ingerenze da parte di terzi, va tenuto distinto dal diritto alla privacy, inteso come corretto trattamento dei dati personali. Sottolinea opportunamente tale distinzione Bianca, M.: "Il minore e i nuovi media", in R. Senigaglia (a cura di), *Autodeterminazione e minore d'età. Itinerari di diritto minorile*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, p. 151 ss., ma v. anche Bianca, C.M.: *Diritto civile*, 1, cit., p. 176, il quale insegnava: «Il diritto alla riservatezza tutela l'esigenza della persona a che i fatti della sua vita privata non siano pubblicamente divulgati. Questo diritto si distingue rispetto al diritto alla segretezza in quanto vieta la pubblica diffusione dei fatti della vita privata altrui mentre il diritto alla segretezza vieta l'abusiva conoscenza della vita altrui e la comunicazione a terzi dei fatti riservati. Può anche dirsi, quindi, che la riservatezza protegge il soggetto contro la curiosità pubblica, mentre la segretezza lo protegge contro la curiosità individuale».

• Massimo Foglia
Ricercatore di diritto privato, Università degli studi di Bergamo. E-mail: massimo.foglia@unibg.it

prospettive che interessa ora indagare: la prima riguarda la tutela dei dati personali del minore (ad esempio, l'immagine)[4] nei confronti di terzi e del mondo esterno al contesto familiare[5] (si parlerà, a questo riguardo, del fenomeno dello *sharenting*); la seconda concerne il divieto di intromissione nella vita privata del minore (si pensi alla segretezza della comunicazione e al rispetto della corrispondenza)[6].

Entrambe le questioni vanno risolte nell'ambito del rapporto tra identità e autonomia[7], che all'interno del diritto di famiglia conduce quasi fisiologicamente ad un conflitto tra autorità e libertà[8]. Se l'autonomia postula il potere di autodeterminazione soggettiva, inteso come «potere di controllare le modalità di costruzione della propria identità»[9], è opportuno sottolineare come la costruzione dell'identità personale, e in particolare di quella digitale, molto spesso sfugga al controllo del suo titolare: si parla, in tal senso, di identità "esterna", in quanto *da altri* imposta all'interessato[10].

4 Sul concetto di "dato personale" alla luce del Codice in materia di protezione dei dati personali, così come modificato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, in adeguamento al regolamento UE 2016/679/UE (GDPR), v. Irti, C.: "Dato personale, dato anonimo e crisi del modello normativo dell'identità", *Jus*, 2020, 2, p. 379 ss.

5 Per un approfondimento su tale profilo v. Bianca, M.: "Il minore ", cit., p. 145 ss.

6 Per un'ampia e recente indagine sul punto v. Camardi, C.: "Minore e privacy nel contesto delle relazioni familiari", in R. Senigaglia (a cura di), *Autodeterminazione* e , cit., p. 117 ss., nonché Id., "Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore", *Juscivile*, 2018, p. 6 ss.

7 Per un quadro generale sul tema dell'autonomia del minore v. Belvedere, A. - De Cristofaro, M.: *L'autonomia dei minori tra famiglia* e *società*, Giuffré, Milano, 1980.

8 Pone in luce questa prospettiva, di recente, Senigaglia, R.: "Le misure di protezione dell'interesse del soggetto minore di età tra autonomia ed eteronomia", in R. Senigaglia (a cura di), *Autodeterminazione* e *minore d'età*, cit., p. 43 ss., svolgendo alcune riflessioni sulla considerazione giuridica del minore d'età e sul ruolo dei genitori nella crescita del minore: «È evidente, infatti, che nei primi anni di vita il "fanciullo" necessiti di essere cresciuto, ovvero di ricevere tutti quegli stimoli e fattori educativi che gli consentano di farsi adulto, di costruire la propria personalità; stimoli esterni promananti da chi ne ha la responsabilità, anzitutto genitoriale, in nome della quale è chiamato a plasmare l'altrui persona attingendo, evidentemente, dalle proprie risorse identitarie. Successivamente, lo sviluppo della razionalità e del discernimento del soggetto alimenta l'identità individuale, che va a definirsi e con essa l'interesse all'autonomia e all'autodeterminazione, quali strumenti funzionali allo svolgimento e allo sviluppo della personalità (artt. 2 e 3 Cost.). Un interesse, quest'ultimo, che va senz'altro tutelato anche se, proprio in ragione della vulnerabilità sempre più residuale, sotto il controllo, graduato, di chi ha la cura dell'infradiciottenne» p. 44.

9 Marini, G.: "La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità", *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 366.

10 Occorre chiedersi chi siano questi *altri*. In una prima approssimazione si potrebbe rispondere: chi raccoglie, conserva e diffonde i dati personali. A titolo esemplificativo, è noto infatti che chi gestisce i *social network* o i motori di ricerca può condizionare il nostro modo di pensare e di comportarci: emblematico di ciò è il meccanismo della *filter bubble* (sul punto si rinvia a Bianca, M.: "La *filter bubble* e il problema dell'identità digitale", *MediaLaws*, 2019, 2, p. 1 ss.). Non solo. Oggi tutti sanno quanto i *social media* possano influenzare le opinioni dei cittadini, l'integrità del confronto democratico, forse addirittura l'esito di elezioni politiche di paesi democratici (cfr. Origgi, G.: "La democrazia può sopravvivere a Facebook? Egualitarismo epistemico, vulnerabilità cognitiva e nuove tecnologie", *Ragion pratica*, 2018, p. 445 ss.; Resta, G.: "Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza", *Pol. dir.*, 2019, p. 199 ss.). È il fenomeno della postverità e delle *fake news*, che dimostra come la tecnologia possa essere sfruttata dagli attivisti della disinformazione per scopi illeciti ed eversivi. È illuminante il libro di Nichols, N.: *The Death of Expertis*e, trad. it. *La conoscenza e i suoi nemici*, Luiss, Roma, 2018, dove l'A. racconta come nel 2014 il «Washington Post» abbia chiesto agli americani se considerassero giusto intervenire militarmente in Ucraina in seguito all'aggressione russa. I più erano favorevoli, ma la cosa curiosa è che lo erano soprattutto coloro che non avevano idea, nemmeno lontanamente, di dove fosse l'Ucraina.

È utile sottolineare che la tutela della riservatezza e dei dati personali del minore opera non soltanto nei confronti dei terzi[11], ma anche nei confronti dei genitori. A questi ultimi è imposto, per un verso, un divieto di intrusione incondizionata nella privacy del minore all'interno della famiglia o nei luoghi che il minore frequenta; per altro verso è dovere del genitore evitare esternazioni che abbiano ad oggetto dati personali del minore nei confronti di terze persone, che in tal modo ne vengano a conoscenza senza una ragione giustificatrice[12].

La questione che si vuol trattare si situa sul crocevia tra il diritto del minore alla privacy (che incorpora il potere di escludere le ingerenze altrui) e la responsabilità genitoriale (dotata invece della forza di invadere la sfera altrui nell'adempimento di un potere/dovere)[13]. Ad orientare l'asticella, come è noto, è il cosiddetto "*best interest of the child*"[14]; un principio, tuttavia, vuoto di contenuti specifici e la cui applicazione varia a seconda di molteplici elementi contestuali, imponendo così un'attenta analisi del caso concreto ed una valutazione delle personali circostanze di vita del minore.

II. LO *SHARENTING* IN ITALIA.

Una condotta lesiva della riservatezza dei figli minori ad opera dei genitori si configura nei comportamenti mediante i quali gli stessi genitori diffondono immagini o informazioni riguardanti i figli minori sui *social network* o altrove, senza il loro consenso oppure all'insaputa o nonostante l'opposizione dell'altro genitore[15]. In area anglofona tale fenomeno prende il nome di *sharenting*.

11 Sul punto v. Camardi, C.: "Minore e privacy", cit., p. 126; Carriero, V.: "Privacy del minore e potestà dei genitori", *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1004 e p. 1011; Scalisi, A.: "Famiglia e diritti del minore", *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 815 e p. 821 ss.; Thiene, A.: "Riservatezza e", cit., p. 173 ss.

12 Camardi, C.: "Minore e", cit., p. 129. Ulteriori pericoli che minacciano l'autonomia ed il governo dell'identità digitale del minore possono configurarsi nella possibilità che il profilo di un utente, presente in rete, possa essere accostato a testi, messaggi o immagini raffiguranti una falsa realtà dei gusti, delle opinioni o dei convincimenti della persona interessata; che la rappresentazione distorta e fuorviante del patrimonio intellettuale e personale dell'interessato possa integrare una lesione del diritto all'onore ed alla reputazione; che l'immagine di un utente venga diffusa senza il consenso dell'interessato e che venga sottratta l'identità digitale altrui. Tale casistica è tratta da Pasquino, T.: "Identità digitale della persona, diritto all'immagine e reputazione", in E. Tosi (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Giuffré, Milano, 2019, p. 106. Tutti questi esempi mettono in luce la potenziale pericolosità di un luogo, quello della rete, che non conosce confini geografici.

13 In questi termini Camardi, C.: "Minore e ", cit., p. 117.

14 Sul punto v. Scalisi, V.: "Il superiore interesse del minore. Ovvero il fatto come diritto", *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 405; Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *ivi*, 2016, p. 86; Senigaglia, R.: *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene Editore, Napoli, 2013, p. 85, 145 ss.; Salanitro, U.: "Azioni di stato e *favor minoris* tra interessi pubblici e privati", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 552; Lucchini Guastalla, E.: "Maternità surrogata e best interest of the child", *ivi*, 2017, p. 1722; Falletti, E.: "Vita familiare e vita privata nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera della Corte di Strasburgo", *Fam. dir.*, 2017, p. 729.

15 In questa prospettiva il dovere di vigilanza dei genitori consiste pure nella protezione del minore e dei suoi dati dalla ingerenza di terzi soggetti. V. Camardi, C.: "Minore e", cit., p. 130.

Lo *sharenting* (neologismo nato dalla combinazione di *parenting* e *sharing*)[16] indica quella diffusa tendenza dei genitori a condividere sul web tutto ciò che riguarda i propri figli: dal momento della nascita alla prima poppata, dal primo sorriso alle prime parole, dai primi passi al primo compleanno e via dicendo.

Negli Stati Uniti tale tendenza è oggetto di studio anche nella letteratura giuridica[17]. Di recente sono apparsi i primi contributi con riguardo al potenziale conflitto tra diritto dei genitori a condividere *online* immagini dei figli (oltre che discutere e confrontarsi sulla vita e l'educazione di questi ultimi) e, di contro, l'interesse dei minori alla tutela della loro privacy e identità digitale[18].

Nella società moderna, infatti, accade sovente che siano proprio i genitori a lasciare nella rete la prima *digital footprint*[19] dei loro figli; una traccia digitale indelebile, capace di resistere all'azione del tempo e rimanere nel web anche quando i figli diventeranno adulti, col rischio che questi, in futuro, possano considerarla lesiva della propria identità personale e ricevere nocumento da tale indesiderata esposizione di sé[20].

È utile dunque svolgere qualche considerazione con riguardo al "valore" della propria immagine, quale frammento dell'identità personale dell'individuo sin dai primi anni di vita, per cogliere appieno il motivo di tanta preoccupazione relativamente alla divulgazione delle immagini nella rete.

16 Per un'efficace rappresentazione del fenomeno, si consiglia la visione del video apparso nel sito del *New York Times* il 7 agosto 2019 al seguente url: *https://www.nytimes.com/2019/08/07/opinion/parents-social-media.html* (consultato il 16.5.2021).

17 Cfr. Shmueli, B. - Blecher-Prigat, A.: *Privacy for Children*, 42 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 759 (2011); Harmon Cooley, A.: *Guarding Against a Radical Redefinition of Liability for Internet Misrepresentation: The United States v. Drew Prosecution and the Computer Fraud and Abuse Act*, 14 *J. Internet L.*, Feb. 2011, 1, 23; McPeak, A.: *Social Media Snooping and Its Ethical Bounds*, 46 *Ariz. St. L.J.* 845, 848 (2014).

18 V., in particolare, Steinberg, S.B.: *Sharenting: Children's Privacy In The Age Of Social Media*, *Emory Law Journal* 66 (2017), pp.839-1007, secondo la quale le corti americane, seppur riconoscano un interesse alla privacy del minore come meritevole di protezione, attribuiscono maggior rilevanza al diritto dei genitori al controllo sull'educazione dei propri figli e ai limiti della loro privacy: «Current laws protecting children's privacy reflect the strong tradition of parental rights to control and shape the lives of their children. Many laws aimed at protecting children's privacy are written from the paternalistic viewpoint that the parent has exclusive control over the disclosure of a child's personal information».

19 Cfr. Steinberg, S.B.: *Sharenting*, cit., p. 849 s. Le tracce o impronte della propria identità costruita tramite informazioni pubblicate online sono destinate a perdurare negli archivi digitali ed avere conseguenze anche nel lungo periodo. Sono dati "persistenti" che in futuro potranno sempre influire sull'immagine dell'interessato diventato ormai "adulto". Cfr. McPeak, A.: *The Facebook Digital Footprint: Paving Fair and Consistent Pathways to Civil Discovery of Social Media Data*, 48 *Wake Forest L. Rev.* 887, 911 (2013).

20 Cfr. Caggiano, I.A.: "Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione", *Familia*, 2018, p. 3 ss., la quale osserva che, anche in ragione dell'esibizionismo dei genitori, il minore si trova ad essere spesso online, pure prima di nascere, "sotto forma di ecografia". Si dà origine, così, ad una identità digitale che precede quella anagrafica e che non risponde alla proiezione del sé voluta dall'individuo una volta maturo. Sicché il minore ha bisogno di essere particolarmente protetto da un'esposizione o sovraesposizione di dati per i possibili rischi sullo sviluppo della sua personalità, per l'esteso tracciamento della persona (profilazione) nel corso dell'intera vita, per i furti di dati o di identità, che se relativi al minore possono avere ripercussioni più gravi. Per ulteriori approfondimenti sul tema del consenso del minore v. R. Senigaglia (a cura di), *Autodeterminazione e,* cit.; Astone, A.: *I dati personali dei minori in rete. Dall'internet delle persone all'internet delle cose*, Giuffré, Milano, 2019.

Va sottolineato che l'immagine è, da un lato, la rappresentazione con mezzi tecnici o grafici dell'aspetto fisico di una persona; dall'altro essa costituisce l'espressione pubblica più generale della sua personalità. È stato detto che l'immagine di ciascun individuo è lo specchio di una memoria personale e, contemporaneamente, di una memoria sociale[21]. Tutto ciò evidentemente risulta amplificato nella dimensione digitale e nelle interazioni sociali sul web, dove mondo reale e mondo virtuale si trasformano reciprocamente al punto che «quando ci confrontiamo con la nostra immagine nello specchio della macchina arriviamo a vederci in modo diverso»[22], poiché «il mondo immateriale cattura la nostra vita e la ritraduce attraverso nuove convenzioni, artificiali e tecnologiche»[23].

Chiarito il ruolo fondamentale della propria immagine, può essere affrontato il profilo giuridico della questione, sul presupposto che la pubblicazione di una fotografia *online* si inquadra nel trattamento di dati personali e sensibili, e costituisce interferenza nella vita privata del minore, anche se si tratta dei propri figli[24].

Va detto che, di regola, i genitori devono rispettare la riservatezza della vita personale del minore a partire dall'età nella quale lo stesso comincia a manifestarla in relazione alla sua maturità[25]. Nel caso di minore munito della capacità di discernimento (è il caso del "grande minore"), questi potrà direttamente reagire contro i genitori, quantomeno manifestando una qualche forma di opposizione. Mentre quando il fenomeno riguarda i cosiddetti *petits enfants*, per i quali non

21 Eco, U.: "Ero troppo preoccupato a fotografare e non ho guardato", riflessioni sulla fotografia rese in occasione del XXXVIII Congresso dell'Associazione Italiana di Studi Semiotici, dal titolo «La fotografia: oggetto teorico e pratica sociale», tenutosi a Roma dall'8 al 10 ottobre 2010, reperibile in *www.doppiozero.com/materiali/fuori-busta/umberto-eco-e-paolo-fabbri-due-riflessioni-sulla-fotografia* (cit. da Peron, S.: "Sul divieto di diffusione sui social network delle fotografie e di altri dati personali dei figli", *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 589).

22 Turkle, S.: *La vita sullo schermo. Nuove identità e relazioni sociali nell'epoca di Internet*, Apogeo, Milano, 1997, p. 1.

23 Ricciardi, M.: "Lo schermo e lo specchio", introduzione a Turkle, S: *La vita*, cit., p.13..

24 Il quadro normativo, con riferimento particolare al diritto all'immagine, si articola su più livelli. Esso trae anzitutto fondamento nell'art. 2 Cost. ed è altresì ricavabile dall'*art. 10 c.c.* e dagli artt. 96 e 97 della legge sul diritto d'autore (l. 22 aprile 1941, n. 633). A queste norme deve poi aggiungersi il combinato disposto degli artt. 4,7,8 e 145 del d. lgs. 30-6-2003 n. 196 (riguardanti la tutela della riservatezza dei dati personali) nonché degli artt. 1 e 16, co. 1, della Convenzione di New York del 20.11.1989 ratificata dall'Italia con legge 27.5.1991 n. 176 (su cui v. Dogliotti, M.: "I diritti del minore e la convenzione dell'ONU", *Dir. fam. pers.*, 1992, p. 301 ss.). A livello europeo, una specifica normativa di tutela dei minori in relazione ai servizi della società dell'informazione è contenuta ora nell'art. 8 del Regolamento (UE) 679/2016 del 27 aprile 2016, laddove l'immagine fotografica dei figli costituisce dato personale e la sua diffusione integra un'interferenza nella vita privata. Il GDPR prevede disposizioni specifiche dedicate al minore. Il considerando n. 38, in particolare, dichiara che «I minori meritano una specifica protezione relativamente ai loro dati personali, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali». Sulla specifica disciplina sul trattamento dei dati personali dei minori d'età dettata dal Regolamento UE 2016/679 v. Perlingieri, C.: "La tutela dei minori di età nei «social networks»", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1324 ss.; Astone, A.: *I dati personali*, cit. e Id., "L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul codice per la protezione dei dati personali", *Contr. impr.*, 2019, p. 614 ss.; Montaruli, V.: "La protezione dei dati personali e il minore", in V. Cuffaro - R. D'Orazio - V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 280 ss.

25 Camardi, C.: "Minore e", cit., p. 134.

può che sussistere una tutela "dinamica" della persona affidata al controllo di autorità garanti[26], il potere del genitore di incidere sulla riservatezza del minore nella rete conosce ben pochi argini sotto il profilo giuridico, dacché molto dipende dall'educazione, dalla cultura e dalla sensibilità degli stessi genitori al rispetto della sfera privata del minore.

È ovvio che il rafforzamento del diritto del minore alla costruzione della propria identità digitale non può certo tradursi in un diritto esclusivo di autorappresentazione[27], ma i principi sin qui delineati dovrebbero essere sufficienti ad impedire l'abuso del potere dei genitori, consistente nel rendere pubblica la sfera privata del minore (e per conseguenza incidere negativamente sulla costruzione dell'identità digitale del figlio) senza tener conto del suo interesse[28].

Quale autonomia e quale rilevanza allora assegnare ai figli e alle proprie risorse identitarie rispetto al potere di ingerenza dei genitori nella vita privata del minore? Il dibattito dottrinale in Italia si può riassumere in due opposte visioni: un'impostazione più tradizionalista e rigida della "potestà" genitoriale (com'era definita prima dell'intervento legislativo del 2013)[29], da un lato; e l'opinione di chi, dall'altro, attribuisce all'identità del figlio un «criterio-guida imprescindibile dell'azione educativa e delle decisioni dei genitori», e alla capacità di discernimento «lo strumento indispensabile per garantire il rispetto di una personalità in divenire»[30].

26 V., da ultimo, Astone, M.: "La protezione dei dati personali e il (possibile) ruolo dell'autorità garante per le comunicazioni", *Nuovo dir. civ.*, 2019, 3, p. 247 ss.

27 V. Rodotà, S.: *Tecnologie e diritti*, il Mulino, Bologna, 1995, p. 109: «Vi sono molti, e ben noti, motivi per rispondere dicendo che nessuno può avere il monopolio della propria presentazione "in pubblico", sì che sarebbero illegittime tutte le rappresentazioni diverse da quelle in cui l'interessato si riconosce pienamente». Con riguardo ai dati personali del minore sussiste in ogni caso un principio che riconosce il superiore interesse del minore da bilanciarsi con le esigenze di protezione, v. Montaruli, V.: "La protezione ", cit., p. 280 ss.

28 Cfr. Forciniti, R.; "Tutela cautelare e d'urgenza e diffusione di immagini di soggetti minori sui social networks", *Fam. dir.*, 2019, p. 591 ss., la quale giustamente osserva: «L'abitudine, sempre più diffusa, e talvolta addirittura compulsiva, di fotografare i momenti di vita dei bambini e di "immortalarli" postandoli immediatamente sui social, non consente loro di vivere momenti intensamente, ma anzi li induce a proiettarsi precocemente in un mondo non solo virtuale ma anche insidioso. È indubbio che, dalla disamina delle più importanti carte nazionali e sovranazionali, l'interesse del minore debba essere considerato sempre preminente. Dare l'esempio ai propri figli di una pubblicazione non controllata di foto personali sui social può predisporli altresì a subire le conseguenze di un uso distorto degli stessi». Cfr. anche Senigaglia, R.: "Le misure ", cit., p. 49: «In sostanza, i genitori pur non essendo liberi rispetto al se (se educare, istruire, mantenere, assistere moralmente, ecc.), lo sono con riguardo al come, la cui definizione è demandata alla (ampia) discrezionalità (e non al mero arbitrio) degli stessi, sussistendo il (solo) limite di non arrecare pregiudizio all'interesse superiore del figlio. Un limite che con riguardo al "minore piccolo", la cui personalità è in formazione – evidentemente educata dall'identità valoriale dei genitori, fermo restando il modello imprescindibile dei "valori di libertà emergenti dalla Costituzione" –, è rappresentato dalla dignità umana (art. 1, Carta dei diritti fondamentali UE); con riferimento, invece, al "minore grande", la cui personalità si è già definita, il limite è rappresentato dalla sua identità, da tutto ciò che lo rende unico, distinguibile da chiunque altro».

29 Cfr. Ruscello, F.: "Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento «pubblico»", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 717.

30 Giardina, F.: "«Morte» della potestà e «capacità» del figlio", *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1620.

L'analisi della giurisprudenza italiana, e in particolare delle pronunce di merito, dimostra quanto lo strumento del diritto sia inadeguato o comunque insufficiente ad affrontare un problema di tipo culturale che concerne anche l'educazione all'uso della rete. Alla base delle motivazioni dei provvedimenti di cui si dirà appresso, vi è infatti la preoccupante constatazione secondo cui «la diffusione incontrollata di fotografie e altri dati personali dei figli minori risponda più a un desiderio di riconoscimento e gratificazione del genitore, perseguiti attraverso il meccanismo della condivisione sui *social network* al fine di stimolare *like* e commenti da parte degli altri utenti, senza considerare le conseguenze che potrebbero derivare ai figli da tale condotta e, dunque, senza ponderare adeguatamente l'interesse oggettivo dei figli a non subire interferenza arbitrarie nella loro vita privata (quand'anche esse provengano da uno o da entrambi i genitori)»[31].

Una breve ricognizione di alcune pronunce delle corti italiane potrà risultare utile a definire le coordinate del problema.

III. ESISTENZA DIGITALE DEL MINORE E RIMEDI CIVILISTICI.

Nella giurisprudenza delle corti di merito italiane si trova ormai un'ampia casistica con riferimento al dovere di vigilanza e di controllo dei genitori sulla protezione del minore e dei suoi dati nella rete. È emblematica, ad esempio, la vicenda di un minore sedicenne (sottoposto alla cura di un tutore a seguito della sospensione della responsabilità genitoriale di entrambi i genitori), il quale aveva ripetutamente segnalato ai servizi sociali, incaricati ad attuare il percorso di sostegno, il forte senso di disagio causato dai comportamenti della madre, responsabile di aver divulgato attraverso i social network *post* e immagini relativi al figlio, alla loro complessa storia familiare ed alle controversie giudiziarie da loro attraversate[32]. Il Tribunale aveva ritenuto che la volontà espressa dal ragazzo di proseguire gli studi all'estero fosse fondata «sulla necessità di allontanarsi dall'attuale contesto sociale, nel quale tutti i compagni» erano a «conoscenza delle sue vicende personali, rese note dalla madre con uso costante e sistematico dei *social network*». Ad avviso del Tribunale, tale «massiccia presenza mediatica della vicenda del minore» giustificava il «turbamento dello stesso e la resistenza a proseguire gli studi in un contesto nel quale particolari della propria vita personale, erano ampiamente noti». Sicché, a tutela del minore, il Tribunale disponeva l'immediata rimozione di immagini, informazioni, dati relativi al figlio inseriti su *social network* dai genitori, inibendo loro, pena il pagamento di una somma di denaro *ex* art. 614-*bis* c.p.c., la diffusione nella rete delle suddette immagini, informazioni o dati relativi al minore.

31 Così Peron, S.: "Sul divieto", cit., p. 589 ss.

32 Trib. Roma (ord.), 23 dicembre 2017, *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 589, con nota Peron, S.: "Sul divieto ", cit., p. 589 ss.

In altri casi registrati dalle corti italiane, benché il minore non si dichiari contrario alla pubblicazione di proprie immagini in rete, risulta mancare il consenso di entrambi i genitori alla divulgazione di tali immagini. È il caso riguardante una madre che aveva acconsentito alla pubblicazione su *Facebook* di fotografie della figlia sedicenne in pose allusive e provocanti, nonostante l'opposizione del padre[33]. Analogamente, in altra vicenda affrontata dal Tribunale di Mantova[34], il giudice aveva ordinato ad una madre, separata dal marito, presso la quale vivevano i due figli rispettivamente di tre anni e mezzo e di un anno e mezzo, di non inserire le foto dei minori sui *social network* e di provvedere alla rimozione di tutte le immagini sino ad allora pubblicate senza il consenso del padre[35].

Questa breve ricognizione delle vicende più comuni nell'ambito del dovere di controllo dei genitori sui dati del minore nella rete mostra non solo come il problema esista, ma anche che ci sia sempre più esigenza di governarlo. Non è infrequente, difatti, che nell'ambito del ricorso congiunto per lo scioglimento del matrimonio i genitori si impegnino formalmente a non pubblicare o divulgare foto, immagini, video o altro materiale concernente il minore all'interno di una pagina *web*, un *blog*, un *social network* né come immagini di profilo su applicazioni come *WhatsApp* o e simili, senza il consenso congiunto di entrambi i genitori[36].

Gli strumenti di tutela in caso di violazione delle regole suddette, diretti a garantire una effettiva protezione del diritto di riservatezza del minore, possono essere incisivi, come si dirà ora, ma il vero problema è che quando un'immagine (o qualsiasi altra informazione o dato personale) viene immessa nella rete[37], la portata lesiva della sua divulgazione risulta particolarmente intensa poiché la perpetuità della rete determina inevitabilmente l'immanenza dell'informazione.

33 Trib. Prato, 28 ottobre 2016, reperibile nel database *DeJure*.

34 Trib. Mantova, 19 settembre 2017, con nota di Nitti, M.: "La pubblicazione di foto di minori sui social network tra tutela della riservatezza e individuazione dei confini della responsabilità genitoriale", *Fam. dir.*, 2018, p. 380.

35 Il giudice mantovano ha ritenuto che, nel caso di specie, l'inserimento di foto dei minori sui *social network* costituisse un «comportamento potenzialmente pregiudizievole» per essi e che il pregiudizio per i minori fosse «insito nella diffusione della loro immagine sui *social network*»: «in quanto ciò determina la diffusione delle immagini fra un numero indeterminato di persone, conosciute e non, le quali possono essere malintenzionate e avvicinarsi ai bambini dopo averli visti più volte in foto *on-line*, non potendo inoltre andare sottaciuto l'ulteriore pericolo costituito dalla condotta di soggetti che "taggano" le foto *on-line* dei minori e, con procedimenti di fotomontaggio, ne traggono materiale pedopornografico da far circolare fra gli interessati, come ripetutamente evidenziato dagli organi di polizia».

36 V., *inter alia*, Trib. Ferrara, 5 giugno 2017; Trib. Trieste, 18 luglio 2017; Trib. Velletri, 27 aprile 2017; Trib. Brescia, 2 settembre 2017, tutte reperibili nel database *DeJure*.

37 Cfr. Senigaglia, R.: "Reg. UE 2016/679 e diritto all'oblio nella comunicazione telematica. Identità, informazione e trasparenza nell'ordine della dignità personale", *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, p. 1023 ss., il quale osserva: «[…] nel trattamento dei dati operato in internet, focalizzare l'attenzione sul comportamento del gestore del sito sorgente risulta evidentemente riduttivo. L'informazione collocata nel cyberspazio si presta ad essere "raccolta" da chiunque, indicizzata e intrecciata, per il tramite di algoritmi, ad altre informazioni, facendo emergere un'identità virtuale dell'individuo oggettivamente diversa, perché artificiosa, da quella reale».

Ad ogni modo, al fine di proteggere la riservatezza del minore, il giudice può apprestare anzitutto una tutela inibitoria, come visto nella casistica giurisprudenziale suddetta, rivolgendo ai genitori l'ordine di immediata cessazione della diffusione sui *social network* di immagini, notizie e dettagli relativi alla vita privata del minore, nonché la rimozione di quanto già pubblicato in passato. È inoltre nel potere del giudice diffidare soggetti terzi dal diffondere tali informazioni, nonché consentire al genitore o al tutore di richiedere anche a terzi la rimozione di tali contenuti e ai gestori dei motori di ricerca di deindicizzare informazioni relative al minore[38].

Ulteriore strumento di grande rilevanza, poiché utile al fine di assicurare l'osservanza degli obblighi di fare, è rappresentato dall'istituto dell'*astreinte* di cui all'art. 614 *bis* del codice di procedura civile. Si tratta di una misura funzionale a favorire la conformazione a diritti della condotta della parte contro cui è disposta, nonché ad evitare la produzione di ulteriori danni, riducendo quindi l'entità del pregiudizio. In particolare, il giudice può stabilire che, in caso di mancata ottemperanza del genitore all'obbligo di interrompere la diffusione di immagini, video, informazioni relative al minore nei *social network*, ovvero di mancata ottemperanza all'obbligo di rimuovere tali dati, il genitore inadempiente dovrà corrispondere una somma di denaro al ricorrente (o al suo tutore) per la violazione posta in essere[39].

In proposito si è fatto notare che il contenuto generale della previsione di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. non limita la concessione del rimedio dell'*astreinte* alle pronunce giudiziali di natura ordinaria rese al termine di controversia, essendo consentita la condanna a misure di coercizione indiretta, anche in sede cautelare[40], tutte le volte in cui la soddisfazione dell'interesse del ricorrente non possa prescindere dalla volontà e fattiva collaborazione dell'obbligato[41].

IV. LA TUTELA DELLA RISERVATEZZA DEL MINORE NEL CONTESTO DELLE RELAZIONI FAMILIARI.

Un limite ulteriore che i genitori incontrano nel garantire il diritto alla riservatezza dei figli minori è rappresentato dal divieto di intromissione nella vita privata di questi ultimi. Ci si chiede, cioè, quando e fino a che punto i genitori possano intrudere nella sfera privata dei loro figli minorenni in un contesto sociale dominato dalle comunicazioni elettroniche e dai *social network*.

38 Il gestore del motore di ricerca deve essere considerato a tutti gli effetti di legge quale titolare del trattamento. Conseguentemente le azioni volte a chiedere la rimozione, cancellazione o deindicizzazione di un contenuto presente su internet possono essere rivolte sia a chi pubblica le informazioni sia ai gestori dei motori di ricerca.

39 V. Trib. Roma, 23 dicembre 2017, cit.

40 V. Trib. Rieti, 7 marzo 2019, *Fam. dir.*, 2019, p. 591 ss., con nota di commento di Forciniti, R.: "Tutela cautelare d'urgenza", cit.; v. anche Trib. Mantova, 19 settembre 2017, cit.

41 V. Trib. Bari, 16 maggio 2016, *Giur. it.*, 2017, 839, con nota di Montanari, M.: "Astreinte in sede cautelare ed azione di manutenzione del contratto".

I comportamenti volti a "frugare" nella vita personale dei figli vanno dalla lettura non autorizzata della corrispondenza, degli appunti personali e di qualsiasi materiale che il minore ritenga riservato, fino alle cosiddette intrusioni informatiche, realizzate con qualunque mezzo, nei *device* usati dal minore per comunicare con terzi o per navigare. A ciò si aggiungano i sistemi di controllo a distanza mediante *webcam* o programmi utilizzati dai genitori per sorvegliare i figli, in casa o fuori.

Non v'è dubbio che il dovere di vigilanza dei genitori nei confronti dei figli includa anche un potere di sorveglianza e di ingerenza nella vita privata, inteso ad evitare la produzione di danni in capo ai figli medesimi o nei confronti di terzi, alla stregua degli artt. 2047 e 2018 del codice civile[42]. Tuttavia è altrettanto certo che tale ingerenza incontri un limite nel diritto di riservatezza del minore come sin qui descritto. È poi compito dell'interprete «elaborare un appropriato criterio di bilanciamento e tracciare il confine oltre il quale l'ingerenza dei genitori deve arrestarsi per non diventare "illecita"»[43], ma in via di principio si potrebbe affermare che il travalicamento da parte del genitore di quella sottile linea di confine che separa l'ingerenza legittima dall'intrusione ingiustificata (che nella realtà pratica rimane comunque difficile da tracciare nettamente) appare giustificato ogni qual volta l'intervento di questi risulti *funzionale* alla protezione del minore[44] ovvero ad evitare la produzione di pregiudizi in capo a terzi.

A ciò si aggiunga che i riferimenti normativi applicabili alla casistica in esame sono piuttosto vaghi, nel senso che non offrono indicazioni concrete e definitive in ordine ai limiti di ingerenza dei genitori. Si pensi all'art. 315 *bis* del codice civile, secondo cui il rispetto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del minore dovrebbe costituire la bussola per orientare i genitori nell'educazione dei propri figli; specialmente in quella fascia d'età che prende avvio attorno ai 12 anni (ma anche di età inferiore se il figlio fosse capace di discernimento) in cui il figlio minore «ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano».

Basti pensare all'esempio classico del genitore che accede alla pagina *Facebook* del figlio per verificare presunte condotte illecite del minore e in tale occasione venga a conoscenza di altri dati, concernenti attività altre o esperienze del minore che nulla hanno a che fare con le ragioni che hanno motivato l'intromissione del genitore[45]. La questione in dottrina è stata affrontata sotto un duplice profilo:

42 Camardi, C.: "Minore e", cit., p. 130.

43 *Ibidem.*

44 Cfr. Bianca, C.M.: *Diritto civile, 2*, cit., p. 329, che sul significato di potestà osserva: «In quanto strettamente funzionalizzato all'interesse del minore e alla formazione della sua personalità, l'esercizio della potestà personale si evolve nel corso della formazione della personalità del figlio. Nella misura in cui il minore matura la capacità di fare le proprie scelte di vita viene meno la ragione del suo assoggettamento ad una scelta esterna».

45 È l'esempio proposto da Camardi, C.: "Minore e", cit., p. 132.

con riguardo all'*an* del potere/dovere del genitore, la sua ingerenza si potrebbe giustificare allorquando il criterio del *best interest* richieda di violare la privacy del figlio[46]; mentre con riferimento al *quantum* e/o al *quomodo* il genitore possa spingersi nella conoscenza o nella ricerca dei dati riguardanti la vita personale del figlio, si è osservato che le norme civilistiche sulle relazioni familiari non danno alcuna specifica indicazione[47], ma il bilanciamento dell'interesse del minore con quello del genitore dovrebbe rispettare quei principi dettati dal Regolamento UE in materia di privacy[48] in virtù dei quali «i genitori dovrebbero prendere conoscenza o "prelevare" soltanto quei dati necessari alla soluzione del problema esistenziale del minore in ragione del quale l'accesso è stato motivato»[49].

V. CONCLUSIONI.

L'epoca di internet ha segnato un radicale cambiamento nella costruzione dell'identità personale[50], che ora conosce anche una dimensione tecnologica e virtuale. Le persone sono occupate a convertire le loro esperienze in dati che fluiscono liberamente nella rete e sui *social network*[51]; informazioni che, nel loro insieme, costituiscono un patrimonio digitale[52], destinato ad alimentarsi ogni volta che il suo titolare affidi al web dati che lo riguardano, attraverso, ad esempio,

46 Camardi, C.: "Minore e", cit., p. 133.

47 Camardi, C.: "Minore e", cit., p. 135.

48 Si allude in particolare ai principi della necessità e finalità, della pertinenza, della proporzione, della limitazione o non eccedenza dei dati.

49 Camardi, C.: "Minore e", cit., p. 136.

50 Secondo un'ormai risalente definizione della Corte di Cassazione, «l'identità rappresenta una formula sintetica per contraddistinguere il soggetto da un punto di vista globale nella molteplicità delle sue specifiche caratteristiche e manifestazioni»: così Cass. 22.6.1985, n. 3769, *Foro it*., 1985, I, p. 2211 ss. con nota di R. Pardolesi.

51 Bianca, M.: "Il minore ", cit., p. 150, osserva come «i nuovi media rispetto al soggetto minore d'età, proprio perché utilizzati da soggetti la cui personalità è ancora in formazione, sono diventati strumenti di costruzione della stessa esistenza e della identità dei giovani, e sono i fattori cui è principalmente addebitabile la formazione di una *esistenza digitale* che talvolta assorbe o prevarica la loro esistenza fisica non virtuale. La dimensione assorbente della *esistenza digitale* dei soggetti minori di età mostra lo scarto e la distanza rispetto all'uso dei nuovi media da parte dei soggetti adulti, denunciando la maggiore pericolosità e le insidie della loro infosfera digitale» (corsivo dell'A.).

52 Tale patrimonio "digitale" è destinato altresì a divenire oggetto di successione ereditaria. Per un approfondimento sul tema della c.d. "eredità digitale", v. Camardi, C.: "L'eredità digitale. Tra reale e virtuale", *Dir. inform*., 2018, p. 92; Marino, G.: "La successione digitale", *Osserv. dir. comm*., 2018, p. 167 ss.; Resta, G.: "La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali", in A. Mantelero - D. Poletti (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, Pisa University Press, Pisa, 2018, p. 403 ss.; Patti, F.P. - Bartolini, F.: "*Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection*: *The Italian Reform*", *European Review of Private Law*, 2019, 5, p. 1181 ss.; Cinque, M.: "La successione nel «patrimonio digitale»: prime considerazioni", *Nuova giur. civ. comm*., 2012, p. 645 ss.; Magnani, A.: "L'eredità digitale", *Riv. not*., 2014, p. 147 ss.; Deplano, S.: "La successione a causa di morte nel patrimonio digitale", in C. Perlingieri - L. Ruggieri (a cura di), *Internet e diritto civile*, ESI, Napoli, 2015, p. 427 ss.; Sasso, I.: "La tutela dei dati personali "digitali" dopo la morte dell'interessato alla luce del Reg. UE 2016/679", *Dir. succ. fam*., 2019, p. 181 ss.; Vizzoni, L.: "Mandato *post mortem* ed eredità digitale", *RivistaFamilia.it*, 2019.

l'utilizzo di profili dei social, e-*mail*, *tweet*, file di testo, immagini, *chat*, *account*, *cloud computing* e via dicendo[53].

L'esistenza di tale patrimonio informativo pone in luce una nuova dimensione della persona – un "oltremondo" – che si realizza nella cosiddetta mediasfera, e cioè nel virtuale contesto dei *social media*[54]. Potrebbe sembrare un paradosso discutere di riservatezza su tali premesse, ma da uno sguardo più attento appare subito chiaro che il bisogno di tutela della propria intimità accresce proprio lì dove aumentano i rischi e i pericoli di una sua irrimediabile frustrazione.

È in tale cornice che emerge con solare evidenza non soltanto il ruolo fondamentale della protezione dei dati personali del minore, oggi intesa nella più moderna accezione di «forma di controllo sul modo in cui l'identità individuale può essere costruita»[55], ma anche del diritto alla riservatezza del minore.

Per un verso, tale diritto è stato qui inteso in maniera esemplificativa «quale diritto a che i genitori rispettino l'intimità della vita del minore sui *social networks*»[56]; per altro verso, si tratta di un diritto del minore alla costruzione della propria identità digitale che, in virtù del principio del *best interest*, pone un limite al potere dei genitori di rendere pubblica la sfera privata del minore senza tener conto del suo interesse.

Tuttavia, su tale controllo dei dati del minore, specialmente quando si tratta di *petits enfants*, appare decisivo il ruolo dei genitori nell'ambito dell'esercizio della loro responsabilità genitoriale. Parte della dottrina ritiene infatti che il concetto di educazione debba oggi ricomprendere anche un'educazione ad un buon uso dei *social network* per comporre in un giusto equilibrio opportunità e rischi[57]. E che tale problematica richieda altresì un cambiamento di paradigma relativamente ai

53 In area anglofona si è giunti a coniare un nuovo termine per indicare un fenomeno che taluni non esitano a definire una nuova religione: il dataismo (in inglese, *dataism*). Fenomeno che poggia sull'idea secondo cui le esperienze umane non avrebbero un valore intrinseco: il valore, cioè, non consisterebbe nel vivere esperienze, ma piuttosto nel trasformarle in dati e nel condividerle. Così Harari, Y.N.: *Homo deus*, Bompiani, Firenze-Milano, 2018, p. 473.

54 Con riferimento ai concetti di corpo fisico e corpo "elettronico", quest'ultimo inteso come «l'insieme delle informazioni che costruiscono la nostra identità», v. Rodotà, S.: *Diritto di*, cit., p. 315; Resta, G.: "Identità personale e «identità digitale»", in G. Resta (a cura di), *Dignità, persone, mercati*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 335.

55 Marini, G.: "La giuridificazione", cit., p. 364. Sulla definizione di *privacy* v. anche Rodotà, S.: *Tecnologie e diritti*, cit., p. 80, dove afferma: «il riferimento alla *privacy* esprime l'indicazione di un valore tendenziale più che una vera e propria definizione legislativa. E questo è confermato dal fatto che tutta la legislazione sulla protezione dei dati non contiene al suo interno formali definizioni di *privacy*».

56 Bianca, M.: "Il minore", cit., p. 163.

57 V. al riguardo Thiene, A.: "Ragazzi perduti online: illeciti dei minori e responsabilità dei genitori", *Nuova giur. civ. comm*., 2018, p. 1621: «Va da sé che nel percorso di istruzione circa l'utilizzo dei social media è fondamentale il ruolo educativo dei genitori, che non possono farsi trovare impreparati o peggio distratti di fronte agli strumenti informatici o di nuova generazione, compresi i siti di socializzazione e i servizi di messaggistica istantanea. Per favorire un ambiente online costruttivo e arricchente è necessario incoraggiare i fanciulli a sviluppare un pensiero critico e consapevole sulle opportunità ma anche sulle insidie del web».

soggetti coinvolti nella cura e nell'educazione del minore, rafforzando per tale via il ruolo della scuola e di altre istituzioni[58].

58 V. Bianca, M.: "Il minore e i nuovi media", cit., p. 168.

BIBLIOGRAFIA

Al Mureden, E.: "La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità dei modelli familiari", *Fam. dir.*, 2014, p.466.

Astone, A.: "L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul codice per la protezione dei dati personali", *Contr. impr.*, 2019.

Astone, A.: *I dati personali dei minori in rete. Dall'internet delle persone all'internet delle cose*, Giuffré, Milano, 2019,p.614ss.

Astone, M.: "La protezione dei dati personali e il (possibile) ruolo dell'autorità garante per le comunicazioni", *Nuovo dir. civ.*, 2019, 3,p.247ss.

Belvedere, A. - De Cristofaro, M.: *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Giuffré, Milano, 1980.

Bianca, C.M.: *Diritto civile, 1, La norma giuridica - i soggetti*, Giuffrè, Milano, 2002,p.175ss.

Bianca, C.M.: *Diritto civile, 2, La famiglia - le successioni*, Giuffré, Milano, 2005,p.313ss.

Bianca, C.M.: *La riforma della filiazione*, in C.M. Bianca (a cura di), Cedam, Padova, 2015.

Bianca, M.: "Il minore e i nuovi media", in R.Senigaglia (a cura di), *Autodeterminazione e minore d'età. Itinerari di diritto minorile*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019,p.151ss.

Bianca, M.: "La *filter bubble* e il problema dell'identità digitale", *MediaLaws*, 2019, 2.,p.1ss.

Caggiano, I.A.: "Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione", *Familia*, 2018,p.3ss.

Camardi, C.: "L'eredità digitale. Tra reale e virtuale", *Dir. inform.*, 2018.p.92.

Camardi, C.: "Minore e privacy nel contesto delle relazioni familiari", in R.Senigaglia (a cura di), *Autodeterminazione e minore d'età*, p. 117 ss.

Camardi, C.: "Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore", *Juscivile*, 2018.

Carriero, V.: "Privacy del minore e potestà dei genitori", *Rass. dir. civ.*, 2004.

Cinque, M.: "La successione nel «patrimonio digitale»: prime considerazioni", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012,p.645ss.

De Cristofaro, G.: "Dalla potestà alla responsabilità genitoriale. Profili problematici di una innovazione discutibile", *Nuova giur. civ. comm.*, 2014,p.782ss.

Deplano, S.: "La successione a causa di morte nel patrimonio digitale", in C. Perlingieri - L. Ruggieri (a cura di), *Internet e diritto civile*, ESI, Napoli, 2015, p. 427 ss.

Dogliotti, M.: "I diritti del minore e la convenzione dell'ONU", *Dir. fam. pers.*, 1992,p.301ss.

Falletti, E.: "Vita familiare e vita privata nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera della Corte di Strasburgo", *Fam. dir.*, 2017,p.729.

Ferrando, G.: "Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari", *Fam. dir.*,p.952.

Forciniti, R.; "Tutela cautelare e d'urgenza e diffusione di immagini di soggetti minori sui social networks", *Fam. dir.*, 2019,p.591ss.

Giampiccolo, G.: "La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958,458ss.

Giardina, F.: "«Morte» della potestà e «capacità» del figlio", *Riv. dir. civ.*, 2016,p.1609ss.

Giardina, F.: "Interesse del minore: gli aspetti identitari", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016,p.159.

Giardina, F.: "Morte della potestà e capacità del figlio", *Riv. dir. civ.*, 2016.

Gorgoni, A.: *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Cedam, Padova, 2017.

Harari, Y.N.: *Homo deus*, Bompiani, Firenze-Milano, 2018,p.473.

Harmon Cooley, A.: *Guarding Against a Radical Redefinition of Liability for Internet Misrepresentation: The United States v. Drew Prosecution and the Computer Fraud and Abuse Act*, 14 *J. Internet L.*, Feb. 2011, 1, 23.

Irti, C.: "Dato personale, dato anonimo e crisi del modello normativo dell'identità", *Jus*, 2020,p. 2.

Lenti, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016,p.86.

Lucchini Guastalla, E.: "Maternità surrogata e *best interest of the child*", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017,p.1722.

Magnani, A.: "L'eredità digitale", *Riv. not.*, 2014,p.147ss.

Marini, G.: "La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità", *Riv. dir. civ.*, 2006, I,p.366.

Marino, G.: "La successione digitale", *Osserv. dir. comm.*, 2018,p.167ss.

McPeak, A.: *Social Media Snooping and Its Ethical Bounds*, 46 *Ariz. St. L.J.* 845, 848 (2014).

McPeak, A.: *The Facebook Digital Footprint: Paving Fair and Consistent Pathways to Civil Discovery of Social Media Data*, 48 *Wake Forest L. Rev.* 887, 911 (2013).

Montanari, M.: "Astreinte in sede cautelare ed azione di manutenzione del contratto", *Giur. it.*, 2017,p. 839.

Montaruli, V.: "La protezione dei dati personali e il minore", in V. Cuffaro - R. D'Orazio - V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2019,p.280ss.

Nichols, N.: *The Death of Expertise*, trad. it. *La conoscenza e i suoi nemici*, Luiss, Roma, 2018.

Nitti, M.: "La pubblicazione di foto di minori sui social network tra tutela della riservatezza e individuazione dei confini della responsabilità genitoriale", *Fam. dir.*, 2018,p.380.

Origgi, G.: "La democrazia può sopravvivere a Facebook? Egualitarismo epistemico, vulnerabilità cognitiva e nuove tecnologie", *Ragion pratica*, 2018,p.445ss.

Pasquino, T.: "Identità digitale della persona, diritto all'immagine e reputazione", in E. Tosi (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Giuffré, Milano, 2019,p.106.

Patti, F.P. - Bartolini, F.: "*Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection*: *The Italian Reform*", *European Review of Private Law*, 2019, pp.5-1181ss.

Perlingieri - L. Ruggieri (a cura di), *Internet e diritto civile*, ESI, Napoli, 2015.

Perlingieri, C.: "La tutela dei minori di età nei «social networks»", *Rass. dir. civ.*, 2016,p.1324ss.

Peron, S.: "Sul divieto di diffusione sui social network delle fotografie e di altri dati personali dei figli", *Resp. civ. prev.*, 2018,p.589.

Pugliese, G.: "Il diritto alla «riservatezza» nel quadro dei diritti alla personalità", *Riv. dir. civ.*, 1963, I,p.605ss.

Resta, G.: "Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza", *Pol. dir.*, 2019,p.199ss.

Resta, G.: "Identità personale e «identità digitale»", in G. Resta (a cura di), *Dignità, persone, mercati*, Giappichelli, Torino, 2014.

Resta, G.: "La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali", in A. Mantelero - D. Poletti (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, Pisa University Press, Pisa, 2018,p.403ss.

Ricciardi, M.: "Lo schermo e lo specchio", introduzione a Turkle, S: *La vita sullo schermo. Nuove identità e relazioni sociali nell'epoca di Internet*, Apogeo, Milano, 1997.

Rodotà, S.: *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

Rodotà, S.: *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006,p.327.

Rodotà, S.: *Tecnologie e diritti*, il Mulino, Bologna, 1995,p.109.

Ruscello, F.: "Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento «pubblico»", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015,p.717.

Salanitro, U.: "Azioni di stato e *favor minoris* tra interessi pubblici e privati", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018,p.552.

Sasso, I.: "La tutela dei dati personali "digitali" dopo la morte dell'interessato alla luce del Reg. UE 2016/679", *Dir. succ. fam.*, 2019,p.181ss.

Scalisi, A.: "Famiglia e diritti del minore", *Fam. pers. succ.*, 2006,p.815ss.

Scalisi, V.: "Il superiore interesse del minore. Ovvero il fatto come diritto", *Riv. dir. civ.*, 2018,p.405.

Senigaglia, R.: "Le misure di protezione dell'interesse del soggetto minore di età tra autonomia ed eteronomia", in R. Senigaglia (a cura di), *Autodeterminazione e minore d'età. Itinerari di diritto minorile*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019,p.43ss.

Senigaglia, R.: "Reg. UE 2016/679 e diritto all'oblio nella comunicazione telematica. Identità, informazione e trasparenza nell'ordine della dignità personale", *Nuove leg. civ. comm.*, 2017,p.1023ss.

Senigaglia, R.: *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene Editore, Napoli, 2013,p.85ss.

Sesta, M.: "Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma", *Fam. dir.*, 2015,p.1009.

Shmueli, B. - Blecher-Prigat, A.: *Privacy for Children*, 42 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 759 (2011).

Steinberg, S.B.: *Sharenting: Children's Privacy In The Age Of Social Media*, *Emory Law Journal* 66 (2017),p.839ss.

Thiene, A.: "Ragazzi perduti online: illeciti dei minori e responsabilità dei genitori", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018.

Thiene, A.: "Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali", *Fam. dir.*, 2017,p.172.

Turkle, S.: *La vita sullo schermo. Nuove identità e relazioni sociali nell'epoca di Internet*, Apogeo, Milano, 1997,p.1.

Vizzoni, L.: "Mandato *post mortem* ed eredità digitale", *RivistaFamilia.it*, 2019

L'INFORMAZIONE A TUTELA DELLA PARTE DEBOLE NELLA CONTRATTAZIONE DIGITALE

INFORMATION AS A MEANS TO PROTECT THE WEAKER SIDE IN THE DIGITAL MARKET

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3570-3611

Marialuisa
GAMBINI

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: L'articolo esamina, nella prospettiva soggettiva di tutela sostanziale della parte debole del rapporto contrattuale tracciata dal Maestro, prof. Cesare Massimo Bianca, gli obblighi di informazione posti a carico del prestatore e a vantaggio del destinatario nei contratti di accesso ai contenuti e servizi Internet, siano essi ricostruiti in via interpretativa attraverso il richiamo alla buona fede (pre)contrattuale ovvero introdotti puntualmente dal diritto europeo con previsioni speciali e generali (di recente recepimento, in corso di recepimento e di prossima adozione), da ultimo susseguitesi sempre più numerose e reiterate.

In una prospettiva più ampia ed oggettiva, l'indagine si apre ad una riflessione sul ruolo centrale che assume l'informazione nella realizzazione del mercato digitale europeo, avendo essa, altresì, lo scopo di innalzare il livello di trasparenza della contrattazione in ordine ai soggetti che vi operano, alle caratteristiche dei beni e dei servizi offerti, alle condizioni praticate, ai diritti e agli obblighi delle parti, per rendere il mercato stesso più efficiente e dinamico anche sotto il profilo concorrenziale.

PALABRAS CLAVE: Diritto dei consumatori; obblighi informativi; trasparenza; contratti di accesso ai contenuti e servizi Internet; mercato digitale.

ABSTRACT: *The essay examines, in the subjective perspective of substantial protection of the weaker side of the contractual relationship traced by Prof. Cesare Massimo Bianca, the disclosure obligations charged to the provider for the benefit of the recipient in contracts for the access to Internet content and services. Whether they are reconstructed in an interpretative way through the reference to the (pre)contractual good faith or punctually introduced by European law with special and general provisions (recently transposed, in the process of being transposed and soon to be adopted) recently increased.*

In a broader and more objective perspective, the essay opens to a reflection on the central role of the information in the creation of the European digital market, that has also the purpose of raising the level of transparency of bargaining with regard to the subjects who operate there, to the characteristics of the goods and services offered, to the conditions applied, to the rights and the obligations of the parties, to make the market more efficient and dynamic also from a competitive point of view.

KEY WORDS: Consumer law; disclosure obligations; transparency; contracts for the access to Internet content and services; digital market.

SUMARIO.- I. OBBLIGHI INFORMATIVI A TUTELA DELLA PARTE DEBOLE E DELLA TRASPARENZA DEL MERCATO DIGITALE.- II. INFORMAZIONI PRECONTRATTUALI E PRINCIPIO DI BUONA FEDE.- III. OBBLIGHI INFORMATIVI NEI CONTRATTI A DISTANZA.- IV. OBBLIGHI INFORMATIVI NEL COMMERCIO ELETTRONICO RIFERITI ALLA FASE DELLA TRATTATIVA E DELLA FORMAZIONE DEL CONTRATTO.- V. SEGUE. E ALLA FASE DELL'ESECUZIONE DEL CONTRATTO.- VI. INFORMAZIONE E PIATTAFORME ON-LINE.- VII. LA PUBBLICITÀ INFORMATIVA NELLA PRESTAZIONE DEI SERVIZI DELLA SOCIETÀ DELL'INFORMAZIONE.

I. OBBLIGHI INFORMATIVI A TUTELA DELLA PARTE DEBOLE E DELLA TRASPARENZA DEL MERCATO DIGITALE.

Le leggi speciali[1] intervenute in tempi recenti a regolare taluni profili dei contratti di accesso ai contenuti e servizi Internet[2], che hanno preceduto o seguito le previsioni introdotte con la modifica della legge generale a tutela dei diritti dei consumatori[3], rappresentano una specificazione e integrazione di quella tutela e, ad un tempo, un'evoluzione «verso una tutela generalizzata del contraente debole», attuativa di una tendenza normativa che, più di venti anni or sono, nel Capitolo VI intitolato «La tutela del contraente debole», introdotto nella II edizione del suo volume insuperato sul contratto[4], il Maestro prof. Cesare Massimo Bianca

1 Riguardo all'oggetto del presente studio rilevano, in particolare, la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico e il d.lg. 9 aprile 2003, n. 70 di recepimento, la direttiva 2019/770/UE relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali e la direttiva 2019/771/UE relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni.

2 Sull'importanza del diritto di accesso, cfr. Rifkin, J.: *The age of access*, New York, 2000, trad. it., *L'era dell'accesso*, Milano, 2000, p. 6 s., per il quale «lo scambio di proprietà fra compratori e venditori – l'aspetto piú importante del moderno sistema di mercato – cede il passo a un accesso temporaneo che viene negoziato tra client e server operanti in una relazione di rete. Ciò in quanto, «nella new economy sono le idee, i concetti, le immagini – non le cose – i componenti fondamentali del valore». Sui contratti di accesso ai servizi Internet v., in dottrina, De Nova, G.: *I contratti di accesso ad Internet,* in *AIDA,* Milano, 1996, p. 39, che ha definito il contratto di accesso ad Internet come quel «contratto col quale una parte, il fornitore di accesso ad Internet (o Internet Service Provider), concede all'altra, il cliente, la connessione con Internet e fornisce ulteriori servizi verso un determinato corrispettivo». Sull'insufficienza di tale sola nozione a ricomprendere il diverso atteggiarsi delle singole fattispecie contrattuali in concreto configurabili nell'accesso a contenuti e servizi Internet, v. Palmieri, A.: *I contratti di accesso*, Milano, 2002; Gambini, M.: *Le responsabilità civili telematiche*, Napoli, 2006, p. 49 ss.; Id., *Standardizzazione degli obblighi di diligenza* e *colpa professionale dell'Internet service provider*, in *I contratti informatici* (a cura di R. Clarizia), in *Trattato dei contratti* (diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli), 2007, Torino, pp. 641-674. Per la distinzione del contratto di accesso ad Internet dal contratto di accesso all'informazione telematica, cfr. Palmieri, A., Pardolesi, R.: *Gli «access contracts»: una nuova categoria per il diritto dell'età digitale*, in *Le banche di dati giuridici* (a cura di F. Di Ciommo), Milano, 2002, p. 8. Sulla recente disciplina della vendita dei beni con elementi digitali e dei contratti fornitura di contenuto digitale e servizi digitali v. De Franceschi, A.: *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2019.

3 Si tratta della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori e del d.lg. 21 febbraio 2014, n. 24 di recepimento.

4 Si riportano nel testo le parole del Maestro prof. Bianca, C. M.: *Diritto civile, 3, Il contratto,* II ed., Milano, 2000, pp. 394, 396 s.; cfr., altresì, da ultimo, Id., *Diritto civile, 3, Il contratto,* III ed., Milano, 2019, p. 313: nel § 167 "Il contraente debole", di nuova introduzione, il Maestro parla di realtà emersa riguardo alla «diffusa categoria del contraente debole, cioè del contraente che ha una posizione contrattuale intrinsecamente

• Marialuisa Gambini
Professore ordinario di diritto privato dell'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara. E-mail: m.gambini@unich.it

preconizzava verso una «giustizia del mercato», in cui «al di là dei divieti di abuso di posizioni dominanti sanciti a diretta tutela della concorrenza» risulti sancito, quale nuovo principio del diritto dei contratti, «il dovere della parte forte di non abusare del suo potere contrattuale per squilibrare a suo favore il regolamento del contratto».

Nella prospettiva soggettiva di tutela sostanziale della parte debole tracciata dal Maestro, si esamineranno gli obblighi di informazione[5] posti a carico del prestatore e a vantaggio del destinatario nei contratti di accesso ai contenuti e servizi Internet – siano essi ricostruiti in via interpretativa attraverso il richiamo alla buona fede (pre)contrattuale ovvero introdotti da recenti regole adottate sotto l'impulso di direttive europee – indagati quali norme che tutelano «il contraente non in ragione delle sue particolari condizioni o qualità, ma in ragione della sua soggezione al potere di regolamentazione del contratto detenuto dai produttori e distributori di beni e servizi».

Lo studio riguarderà, in primo luogo, gli obblighi di informazione che investono la fase che precede e quella della formazione dell'accordo, allo scopo di risolvere le asimmetrie informative[6] sussistenti tra le parti contraenti e ristabilire un equilibrio

inferiore a fronte di quella dominante di un contraente che ha di fatto il potere di regolamentazione del contratto (il contraente 'forte'»; tuttavia, esclude che possa ravvisarsi una posizione di intrinseca debolezza contrattuale dell'imprenditore che legittimi l'estensione della disciplina dei contratti del consumatore ai contratti tra imprese, giustificandosi l'intervento equilibratore della legge a tutela dell'imprenditore solo in relazione a tipiche situazioni di disparità contrattuali e di soggezione all'altrui potere economico dominante, come è nella subfornitura. Sul punto cfr. Minervini, E., Il «terzo contratto», *Contratti,* 2009, p. 493 ss. Sui contratti asimmetrici e sulle diverse tipologie di debolezza contrattuale, Benedetti A.M.: voce *Contratto asimmetrico,* in *Enc. dir.,* Annali, V, Milano, 2012, p. 370 ss.; per la ricostruzione della macrocategoria del contratto asimmetrico, cfr. Roppo, V.: *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, p. 54; Id., "Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?", *Corr. giur.*, 2009, p. 279-280; Id., "Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?", *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 5-7; Per la definizione di terzo contratto, v. Pardolesi, R.: *Prefazione*, Colangelo, G.: *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata,* Torino 2004, p. XIII; Amadio, G.: *Il terzo contratto. Il problema,* in Gitti, G., Villa, G.: *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 14 ss.

5 Sul tema specifico degli obblighi di informazione, cfr., ex multis, Grisi, G.: *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990; Id., *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* (a cura di S. Mazzamuto), Torino, 2002, p. 144 ss.; Id., voce *Informazione (Obblighi di)*, in *Enc. giur. Treccani, agg.*, Roma, 2006, p. 1 ss.; Id., voce *Informazione (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011, p. 595 ss.; D'Amico, G.: *"Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto,* Napoli, 1996; Valentino, D.: *Obblighi di informazione. Contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999; Nazzaro, A.C.: *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali,* Napoli, 2000; Alessi, R.: *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo* (a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto), II, Milano, 2007, p. 391 ss.; Di Donna, L.: *Obblighi informativi precontrattuali*, Milano, 2008; Id., *Gli obblighi di informazione nella disciplina dei contratti con il consumatore*, in *I diritti dei consumatori* (a cura di G. Alpa), Torino, 2009, p. 272 ss. Sul rilievo particolare che assumono gli obblighi di informazione nel settore contrattuale considerato, cfr. Monina, M.: "Obblighi di informazione e contratti informatici", *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 115 ss.; Rossello, C.: *Gli obblighi informativi del prestatore di servizi*, in *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina* (a cura di C. Rossello, G. Finocchiaro e E. Tosi), Torino, 2003, p. 35 ss.; Gambini, M.: *Gli inadempimenti contrattuali dell'Internet* service provider – 5. *Gli obblighi informativi*, in *I contratti informatici* (a cura di R. Clarizia), cit., p. 592 ss.; Dore, G.: "I doveri di informazione nella rete degli scambi commerciali telematici", *Giur. merito*, 2013, p. 2569B.

6 Sulle asimmetrie informative, v. Perlingieri, P.: "Nuovi profili del contratto", *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 545 ss.; Alpa, G.: "Consumatori e utenti, il problema dell'informazione", *Dir. inf. e inform.*, 1985, p. 86; Id., "Il ruolo dell'informazione nella tutela del consumatore", *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 815; De Poli, M.:

nel meccanismo di conclusione del contratto: il destinatario, ordinariamente privo di un completo quadro informativo e per questo limitato nella possibilità di maturare un consenso libero e consapevole, viene appunto principalmente tutelato, garantendogli un'adeguata informazione. Verranno altresì esaminati gli obblighi informativi relativi alla fase successiva dell'esecuzione del rapporto contrattuale, funzionali alla corretta gestione o riguardanti le fasi patologiche del rapporto stesso e, in particolare, lo svolgersi delle vicende estintive, ad esempio, connesse all'esercizio del diritto di recesso[7].

In una prospettiva più ampia ed oggettiva, l'indagine si aprirà ad una riflessione sul ruolo centrale che assume l'informazione nella realizzazione del mercato digitale europeo[8], avendo essa, altresì, lo scopo di innalzare il livello di trasparenza della contrattazione in ordine ai soggetti che vi operano, alle caratteristiche dei beni e dei servizi offerti, alle condizioni praticate, ai diritti e agli obblighi delle parti, per rendere il mercato stesso più efficiente e dinamico anche sotto il profilo concorrenziale[9].

La tutela della trasparenza rappresenta una sorta di filo conduttore degli interventi europei in materia di protezione del consumatore. Esso, in una forma embrionale alla base di numerose disposizioni già vigenti nell'ordinamento, ha trovato esplicitazione nell'art. 1469-quater, comma 1, c.c. (oggi art. 35, comma 1, cod. cons.), come principio generale che impone un dovere di chiarezza e comprensibilità delle clausole contrattuali proposte al consumatore per iscritto,

Asimmetrie informative e *rapporti contrattuali*, Padova 2002; Gallo, P.: "Asimmetrie informative e doveri di informazione", *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 641 s.; Battelli, E.: *I contratti del commercio* on line, in *Diritti* e *tutele dei consumatori* (a cura di G. Recinto, L. Mezzasoma, S. Cherti), Napoli, 2014, p. 397 ss.

7 In tal senso, ex multis, Pagliantini, S.: "La riforma del Codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)", *Contratti*, 2014, p. 803, per il quale la nuova normativa «implementa l'idea di una funzionalità fondamentale dell'informazione al dischiudersi di un contrarre del consumatore che sia consapevole ex ante ... e responsabile in executivis».

8 Sulla rilevanza dell'informazione in àmbito contrattuale, cfr. Perlingieri, P.: *L'informazione* e *il contratto*, in Id.: *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 369 ss. Sul ruolo dell'informazione nel diritto europeo dei contratti, cfr. Scalisi, V.: "Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti", *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 489; Roppo, V.: "L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo", *Riv. dir. priv.,* 2004, p. 757, che giunge a considerare l'informazione «una delle caratteristiche più importanti del diritto contrattuale dell'Unione Europea»; Alessi, R.: "Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale", *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 311 s.; Astone, M.: "Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra direttiva 25-10-2011 n. 83 e d.lgs. 21-2-2014 n. 24. Ambito applicativo: i contratti standard di servizi di assistenza legale", ivi, 2015, p. 671 ss.

9 Così Battelli, E.: "La nuova disciplina degli obblighi informativi nei contratti con i consumatori", *Giur. it.*, 2014, 11, c. 2612 s.; cfr., altresì, le osservazioni di Pagliantini, S.: "La riforma del Codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014", cit., p. 820, per il quale «un'informazione standardizzata, veicolata per il tramite di formalità fisse e costanti, se da un lato vale a combattere l'asimmetria informativa, dall'altra senza dubbio concorre a procedimentalizzare l'attività del professionista, predeterminandone lo standard necessario di diligenza da osservare nell'attività di contrattazione. Dunque si rinnova l'immagine di una forma - dell'informazione - in realtà bifronte, ad protectionem consumatoris ma anche market oriented»; per D'Amico, G.: "Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?", *Contratti*, 2012, VII, p. 612, la direttiva 2011/83/UE intende altresì favorire il commercio transfrontaliero in àmbito europeo, eliminando la disomogeneità delle normative interne.

nonché nell'art. 1, comma 2, lett. c) ed e), l. 30 luglio 1998, n. 281 (oggi art. 2, lett. c) ed e), cod. cons.), che ha riconosciuto il fondamentale diritto del consumatore «alla correttezza, alla trasparenza e all'equità nei rapporti contrattuali» di consumo[10].

Per quel che rileva ai fini della presente indagine, il principio della trasparenza contrattuale trova un'ulteriore, esplicita formulazione nelle prescrizioni normative speciali in materia di contratti di accesso ai contenuti e servizi Internet, assumendo specifiche connotazioni di riequilibrio (informativo) delle posizioni reciproche delle parti del rapporto contrattuale a vantaggio del destinatario-vittima di asimmetrie informative. In tal senso si consideri, in primo luogo, la normativa sul commercio elettronico[11], nella quale i diversi obblighi informativi posti a carico del prestatore intermediario risultano ordinati in una serie procedimentale unitaria, tendente a rendere chiaro e intellegibile il contratto: così, l'art. 7 del d. lg. n. 70 del 2003, che nel sancire il contenuto delle informazioni generali obbligatorie che il prestatore di servizi deve rendere, nella fase delle trattative, ai destinatari dei servizi e alle Autorità competenti, prevede l'obbligo di indicarle in modo chiaro e inequivocabile; gli artt. 8 e 9 del decreto, ai sensi dei quali le comunicazioni commerciali - anche non sollecitate - devono contenere determinate informazioni, in modo chiaro e inequivocabile; l'art. 12 del decreto il quale dispone che le informazioni dirette alla conclusione del contratto devono essere fornite, in modo chiaro, comprensibile e inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio.

Nella stessa direzione si colloca oggi la disciplina degli obblighi informativi introdotta dagli artt. 48 e 49 cod. cons. riformato, che, nel porre obblighi informativi precontrattuali specifici a carico del professionista, stabilisce che le informazioni devono essere fornite in modo chiaro, comprensibile e intellegibile[12].

Le richiamate prescrizioni, risultando finalizzate a garantire la comprensione da parte del consumatore di tutti gli elementi indispensabili per scegliere se accettare o meno di concludere l'affare propostogli sulla base di una decisione pienamente informata e consapevole, nonché dei diritti e delle facoltà che gli competono nel corso dello svolgimento del rapporto, sembrano ispirarsi ed attuare un principio di trasparenza sostanziale[13].

10 In tal senso, Rizzo, V.: *Trasparenza e "contratti del consumatore" (La novella al codice civile),* Napoli, 1997, che considera la trasparenza come una nuova clausola generale ad efficacia rafforzata; Di Giovanni, F.: *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998. Individua nella tutela della trasparenza una sorta di filo conduttore degli interventi comunitari in materia consumeristica, Marcatajo, G.: "Asimmetrie informative e tutela della trasparenza nella politica comunitaria di consumer protection: la risposta della normativa sulle clausole abusive", *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 752. Sul controllo di trasparenza nelle contrattazioni v. Bianca, C. M.: *Diritto civile, 3, Il contratto*, II ed., cit., p. 390 s.; Di Nella, L.: *La tutela dei consumatori*, in *Il diritto della distribuzione commerciale* (a cura di L. Di Nella, L. Mezzasoma, V. Rizzo), Napoli, 2008, p. 245 ss.; Minervini, E.: "La trasparenza contrattuale", *Contratti*, 2011, p. 977 ss.

11 V., diffusamente, infra, §§ 4-7.

12 V., diffusamente, infra, § 3.

13 Così, in riferimento alle previsioni riformate del codice di consumo, De Cristofaro, G.: *La direttiva 2011/83/UE sui «diritti dei consumatori»: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali,* in

II. INFORMAZIONI PRECONTRATTUALI E PRINCIPIO DI BUONA FEDE.

Con particolare riguardo al commercio elettronico, i contratti di accesso ai servizi della società dell'informazione[14] si caratterizzano per uno squilibrio informativo, di competenze tecnico-informatiche e di conoscenze della realtà telematica in cui l'accordo si inserisce[15] tra le posizioni delle parti delle relazioni negoziali: i prestatori

Annuario del contratto (a cura di A. D'Angelo-V. Roppo), Torino, 2011, p. 50 ss.

14 Per servizio della società dell'informazione» deve intendersi - secondo il considerando n. 17 della direttiva 2000/31/CE, che richiama la definizione data dal diritto comunitario «nella direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche, e nella direttiva 98/84/CE del Palamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 1998, sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato e dei servizi di accesso condizionato» - «qualsiasi servizio prestato dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, mediante apparecchiature elettroniche di elaborazione (compresa la compressione digitale) e di memorizzazione di dati, e a richiesta individuale di un destinatario dei servizi». Il considerando n. 18 chiarisce ulteriormente che «i servizi della società dell'informazione abbracciano una vasta gamma di attività economiche svolte in linea (on-line)» che «possono consistere, in particolare, nella vendita in linea di merci. Non sono contemplate attività come la consegna delle merci in quanto tale o la prestazione di servizi non in linea. Non sempre si tratta di servizi che portano a stipulare contratti in linea, ma anche di servizi non remunerati dal loro destinatario, nella misura in cui costituiscono un'attività economica, come l'offerta di informazioni o comunicazioni commerciali in linea o la fornitura di strumenti per la ricerca, l'accesso e il reperimento di dati. I servizi della società dell'informazione comprendono anche la trasmissione di informazioni mediante una rete di comunicazione, la fornitura di accesso a una rete di comunicazione o lo stoccaggio di informazioni fornite da un destinatario dei servizi». Il considerando n. 22 della direttiva 2000/31/CE, «per garantire efficacemente la libera circolazione dei servizi e la certezza del diritto per i prestatori e i loro destinatari», stabilisce che i servizi della società dell'informazione «devono in linea di principio essere sottoposti alla normativa dello Stato membro nel quale il prestatore è stabilito», accogliendo il principio del controllo alla fonte dei servizi stessi. Quanto alla determinazione del luogo di stabilimento del prestatore, il legislatore accoglie un principio di effettività nella prestazione del servizio di cui trattasi: ai sensi dall'art. 1, comma 1, lett. c), infatti, la nozione di stabilimento implica l'esercizio effettivo di un'attività economica mediante una stabile organizzazione e per un tempo indeterminato, la presenza e l'uso dei mezzi tecnici e delle tecnologie necessarie per prestare un servizio non costituendo di per sé uno stabilimento del prestatore (ad esempio, il luogo dove si trova la tecnologia di supporto del sito ovvero il luogo dal quale il sito risulti accessibile). Il considerando n. 19 della direttiva 2000/31/CE, richiamando al riguardo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, precisa ulteriormente che, per le società che forniscono servizi tramite Internet, il luogo di stabilimento «non è là dove esso è accessibile, bensì il luogo in cui tali società esercitano la loro attività economica» e che «se uno stesso prestatore ha più luoghi di stabilimento, è importante determinare da quale luogo di stabilimento è prestato il servizio in questione. Nel caso in cui sia difficile determinare da quale dei vari luoghi di stabilimento un determinato servizio è prestato, tale luogo è quello in cui il prestatore intermediario ha il centro delle sue attività per quanto concerne tale servizio specifico.

15 Alla natura telematica dell'àmbito in cui tali rapporti contrattuali sono necessariamente destinati a svolgersi, si accompagna, di norma, la conclusione dell'accordo per via telematica: si utilizzano, al riguardo, alternativamente, le categorie dei «contratti telematici» (in tal senso, v. Bianca, C. M.: *Diritto civile, 3, Il contratto*, II ed., cit., p. 304, che individua, all'interno di tale ambito, i «contratti digitali», stipulati con la c.d. firma digitale) e dei «contratti informatici per il mezzo», contrapposti ai «contratti ad oggetto informatico» in seno alla più ampia categoria dei «contratti informatici o dell'informatica» (Così, Finocchiaro, G.: *I contratti informatici*, Padova, 1997, Id., *I contratti di informatica,* in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario* (diretto da F. Galgano), II, Torino, 1995, p. 1609 ss.; Clarizia, R.: voce *Contratto informatico (per l'oggetto e per il mezzo),* in *Enc. dir., Aggiornamento*, II, Milano, 1998, p. 245 ss.; Rossello, C.: *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, Milano, 1997, p. 1-2, per il quale, però, «l'espressione «contratti dell'informatica», lungi dal designare una categoria dotata di autonomia concettuale e sistematica, corrisponde a esigenze meramente descrittive» e «sconta una certa indeterminatezza»).

dei servizi, professionisti del settore[16], da un lato, e i destinatari dei servizi stessi[17], dall'altro. E ciò non nei soli casi in cui essi siano consumatori[18], potendosi trattare anche di imprese dotate della medesima forza economica e contrattuale della società erogatrice dei servizi Internet, comunque operanti in questo particolare settore in posizione di debolezza e di disuguaglianza informativa[19].

16 Ai sensi dell'art. 2, lett. b), d.lg. n. 70 del 2003 si tratta della «persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione». In genere, si tratta di soggetti che svolgono in misura professionale ed imprenditoriale la propria attività di intermediazione tra la rete, i servizi Internet e gli utenti finali, che è attività remunerativa in via diretta (nei casi in cui i destinatari dei servizi pagano un canone fisso di abbonamento o una somma versata una tantum e commisurata all'entità delle controprestazioni) ovvero, in misura sempre maggiore, indiretta (nei casi in cui i servizi sono offerti gratuitamente agli utenti finali, ma i providers ottengono un guadagno consentendo ad altre imprese di utilizzare i servizi stessi per scopi pubblicitari o facendosi comunicare, in cambio, dai destinatari dei servizi dati personali ai sensi del regolamento 2016/679/UE o altri dati che gli vengono trasmessi consapevolmente, per via diretta o indiretta). Tuttavia, esistono anche operatori che non rivestono la qualifica di imprenditori: si tratta dei providers amatoriali (persone fisiche o associazioni che per passione o ragioni di servizio) e istituzionali (istituti di ricerca, università, biblioteche, enti pubblici che forniscono l'accesso e/o ulteriori servizi Internet attraverso la propria organizzazione e struttura), operanti senza finalità di profitto. Sui diversi ruoli assunti dagli intermediari di rete cfr. Di Giovanni, F.: *Gli intermediari dell'e-commerce*, in *Commercio elettronico e categorie civilistiche* (a cura di S. Sica, P. Stanzione), Milano, 2002, p. 61 ss.

17 I servizi della società dell'informazione si caratterizzano per essere, tendenzialmente, rivolti ad un ampio pubblico di destinatari, indifferenziato, non selezionato né, in genere, selezionabile (un esempio è rappresentato dalla pubblicazione di una pagina web per l'esercizio del commercio elettronico). Solo eccezionalmente, dalla possibilità di effettuare una scelta rispetto ai fruitori delle informazioni o delle comunicazioni (si pensi al servizio di posta elettronica, a tutti i servizi riservati a particolari categorie di utenti, previamente registrati) discende la determinatezza o determinabilità dei soggetti cui sono indirizzati i servizi offerti in rete dall'Internet service provider. L'ampio riferimento contenuto nella definizione del destinatario dei servizi della società dell'informazione, di cui all'art. 2, lett. d) del d.lg. n. 70 del 2003, al «soggetto che, a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell'informazione, in particolare per ricercare o rendere accessibili le informazioni» – in modo da ricomprendere le distinte ipotesi in cui l'utente finale chiede, o, invece, fornisce materiale informativo su reti aperte quali Internet – esprime l'esigenza, avvertita a livello europeo prima ancora che nel diritto interno, di dettare una tutela uniforme e generale per i fruitori dei servizi della società dell'informazione, a prescindere dal fatto che essi agiscano per motivi privati o professionali e, conseguentemente, rivestano o meno la qualità di consumatori. Utente è, dunque, chiunque, persona giuridica o persona fisica, consumatore o imprenditore, privato cittadino o pubblica amministrazione, usufruisca dei servizi telematici resi possibili dalla rete (quali, ad esempio, l'accesso ad Internet, l'uso della posta elettronica, l'accesso a spazi di discussione) di cui, di volta in volta, abbisogni. I soggetti possono essere interessati a svolgere un'attività di scambio di beni o servizi, per via telematica, vale a dire a distanza, operando, in tal caso, con finalità commerciali, ovvero essere mossi da fini professionali, ma possono anche tendere a realizzare attività non necessariamente lucrative, agendo per scopi ludici, di svago, ricreativi o amatoriali. Utente è, però e sempre più frequentemente, pure chi non si limiti semplicemente ad accedere alla rete usufruendone, bensì, si renda a sua volta fornitore di informazioni, pubblicando su Internet le pagine del proprio sito, mediante l'utilizzo dello spazio server dell'Internet service provider, ovvero utilizzando le piattaforme on-line, come i social media.

18 La modulistica contrattuale predisposta dagli operatori di settore richiede, in genere, al destinatario del servizio di specificare quale utilizzazione intenda farne (se personale o professionale) e finisce col calibrare il tipo di offerta anche sulla forma di utilizzo dichiarata (ad esempio, riservando la proposta di abbonamento gratuito ad Internet alle sole ipotesi di utilizzo personale del servizio di accesso). È evidente che tale dichiarazione negoziale rappresenti un indice rivelatore importante, anche se non sufficiente ad escludere o riconoscere all'utente la qualità di consumatore ai fini dell'applicazione delle forme di tutela introdotte dalla normativa consumeristica, potendosi presumere nel cliente il possesso della qualità conseguente all'uso dichiarato.

19 Sul tema della tutela del destinatario del servizio nel commercio elettronico, cfr. Gambini, M.: *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit., p. 161 ss. Id.: *La responsabilità civile telematica*, in *Internet e diritto civile* (a cura di C. PERLINGIERI e L. RUGGERI), Napoli, 2015 p. 313 ss.; Ghidini, G., Estrangeros, F.: *La libera circolazione dei servizi della società dell'informazione nella comunità europea e la tutela degli acquirenti* online, in *La tutela del navigatore in Internet* (a cura di A. Palazzo, U. Ruffolo), Milano, 2002, p. 99 ss.; Perez Pereira, M.: *La tutela del navigatore in Internet: profili di diritto comunitario e comparato*, in *La tutela del navigatore in Internet* (a cura di A. Palazzo, U. Ruffolo), cit., p. 127 ss.

Se, infatti, la diffusione di Internet ha sicuramente aumentato la preparazione tecnica media dei potenziali utilizzatori, l'elevato livello tecnico-informatico dei servizi prestati e la complessità delle operazioni negoziali di norma realizzate, che comprendono servizi di diversa natura e in varia e articolata combinazione[20], rendono impossibile, anche all'utente più avvertito, una piena valutazione, ex ante – vale a dire nella fase di progettazione, in cui le parti discutono i termini e il contenuto del futuro contratto – delle effettive qualità e degli eventuali difetti del servizio richiesto, nonché della reale rispondenza dello stesso ai propri bisogni. Un tale riscontro potrà essere effettuato solo ex post, mediante il concreto utilizzo.

Peraltro, il fatto che gli utilizzatori finali di tali servizi non possano essere, preliminarmente, racchiusi entro categorie predefinite, non esclude che possa manifestarsi anche in questo settore la necessità di estendere talune delle regole volte alla protezione di particolari gruppi di contraenti. Si pensi alle disposizioni dettate a tutela dei consumatori, che dovranno trovare applicazione a tutte le relazioni negoziali che vedano contrapporsi un utente-consumatore a un fornitore di servizi Internet che assuma – ed è ciò che normalmente accade – la veste di imprenditore[21].

Il divario informativo e di competenze tra i contraenti e la situazione di affidamento in cui viene, di conseguenza, a trovarsi l'utente nei confronti dell'Internet service provider, che riveste, in alcuni casi, la forma di una vera e propria condizione di dipendenza tecnologica del destinatario dei servizi Internet verso il prestatore, spiegano l'importanza che in questo settore assumono la circolazione e la diffusione delle informazioni e la rivalutazione del ruolo da esse assunto nella fase pre-negoziale.

Particolarmente significativa in tale prospettiva appare l'indicazione del diritto dei consumatori ad un'adeguata informazione e alla correttezza dei rapporti contrattuali, (ex art. 1, comma 2, lett. c) ed e), l. n. 281 del 1998, oggi art. 2, lett. c) ed e), cod. cons., che ha riconosciuto il fondamentale diritto del consumatore *«ad una adeguata informazione* e *ad una corretta pubblicità»* e «alla correttezza, alla trasparenza e all'equità nei rapporti contrattuali» di consumo), a conferma che l'operazione interpretativa tesa a rendere più penetranti gli obblighi informativi gravanti sul fornitore di servizi Internet a vantaggio del destinatario stesso trovi, in primo luogo, il suo referente nel precetto della buona fede.

20 La complessità delle prestazioni, dal punto di vista tecnologico ed economico, è dovuta alla crescita progressiva delle possibilità di utilizzo del sistema Internet, che ha comportato l'affermazione di servizi nuovi e innovativi, quali i social network e i mercati on-line e il miglioramento qualitativo dei servizi offerti in rete dai prestatori che consentono ai destinatari di accedere alle informazioni, diffonderle ed effettuare transazioni in modi nuovi, determinando, conseguentemente, la promozione di una molteplicità di offerte contrattuali a condizioni differenziate, spesso ritagliate su specifiche esigenze degli utenti, capaci di dare risposta ad una tipologia di richieste sempre più vasta e variegata.

21 Sul punto v., diffusamente, infra, § 3.

Una prima riflessione riguarda il contenuto di tale clausola generale nella fase delle trattative e della formazione del contratto (art. 1337 c.c.). Come evidenziato dalla migliore dottrina, essa rileva qui come regola di condotta, «esprime il principio di solidarietà contrattuale e si specifica nei due fondamentali aspetti della lealtà e della salvaguardia (del)l'utilità dell'altra parte nei limiti di un apprezzabile sacrificio», ai quali «possono ricondursi gli obblighi tipici in cui si specifica ulteriormente la buona fede nella fase precontrattuale»[22].

Il giudizio secondo buona fede dei comportamenti del prestatore dei servizi in fase precontrattuale consente di misurare, volta a volta, l'efficacia dell'informazione in relazione alle differenti caratteristiche personali e alla situazione dei destinatari (ad es., adeguando lo standard informativo alla particolare vulnerabilità del consumatore), di verificare in concreto la sua idoneità a garantire la messa a disposizione del destinatario del servizio di ogni dato rilevante per la formazione di una sua decisione informata e consapevole in merito alla conclusione del contratto, nonché di garantire pratica protezione al suo diritto alla trasparenza contrattuale.

Il contenuto minimo di informazioni che, nella fase delle trattative e della formazione dei contratti in esame, il prestatore dei servizi Internet è, in ogni caso, vincolato a trasmettere al destinatario, ex art. 1337 c.c., va, innanzitutto, riferito, alle condizioni economico-normative delle operazioni negoziali offerte, alle capacità e competenze tecnico-organizzative in suo possesso, alla qualità e alle caratteristiche dei beni e servizi offerti, ai diritti e agli obblighi delle parti. Ciò, al fine di consentire la formazione di una decisione informata e consapevole anche nell'utente-contraente meno esperto ed aggiornato; di permettere al cliente la valutazione autonoma del possesso da parte del fornitore delle capacità tecniche necessarie al perseguimento del risultato atteso e il giudizio di convenienza dell'affare, soprattutto per ciò che concerne la rispondenza della prestazione alle proprie esigenze; nonché allo scopo di facilitare, in fase attuativa, il controllo di congruità tra le prestazioni eseguite e i livelli di qualità offerti e quelli pattuiti.

In tale prospettiva, oltre a rilevare la documentazione scambiata tra le parti nel corso delle trattative precontrattuali, assumono importanza lo stesso documento contrattuale e le schede tecniche eventualmente allegate, per la parte in cui contengono la puntuale definizione degli elementi in questione. Va, in particolare, considerata l'evoluzione della normativa sui diritti dei consumatori in generale (direttiva 2011/83/UE) e sul commercio elettronico (direttiva 2000/31/CE) verso un'informazione precontrattuale standardizzata nelle forme e nei contenuti dalla legge[23], attuata attraverso la prescrizione di un elenco di elementi da fornirsi o

22 Così, testualmente Bianca, C. M.: *Diritto civile, 3, Il contratto*, II. Ed., cit., p. 162 s., al quale si rinvia per l'esame dell'obbligo di informazione, considerato una tipica espressione della buona fede nelle trattative.

23 Sul punto v., diffusamente, infra, §§ 3-7.

mettere a disposizione del destinatario/consumatore. Peraltro, si ritiene che tale standardizzazione non escluda il possibile apprezzamento della (non) conformità a buona fede del comportamento del prestatore nei confronti del singolo destinatario/consumatore, nel caso in cui ometta di fornirgli informazioni diverse e/o ulteriori rispetto a quelle prescritte ex lege e che risultino tuttavia rilevanti nel caso concreto.

Ancora, gli Internet service providers dovranno fornire agli utenti della rete gli strumenti informativi necessari per utilizzare più consapevolmente i servizi e i contenuti messi a loro disposizione: gli utenti dovranno, pertanto, essere adeguatamente informati sulle funzionalità dei servizi offerti; ma anche sui rischi che corrono utilizzando Internet, ad esempio, effettuando operazioni di copia o distribuzione di materiale immesso in rete coperto dal diritto d'autore; ovvero accedendo a siti o informazioni illeciti o potenzialmente dannosi e sugli strumenti tecnici esistenti per limitarli (quali quelli che consentono di restringere o di selezionare l'accesso ad alcuni contenuti) e sui relativi costi.

In tale direzione muove più di una disposizione normativa[24], nonché i codici di autoregolamentazione[25], che introducono obblighi informativi a carico degli

24 V., da ultimo, la proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 gennaio 2017 relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE (regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche) che, al considerando 37, prevede che i fornitori di servizi che offrono servizi di comunicazione elettronica dovrebbero informare gli utenti finali delle misure a loro disposizione per proteggere la sicurezza delle loro comunicazioni, ad esempio attraverso l'uso di particolari tipi di programmi o tecniche di cifratura. L'obbligo di informare gli utenti finali su particolari rischi relativi alla sicurezza non esonera il fornitore di servizi dall'obbligo di prendere, a sue proprie spese, provvedimenti adeguati ed immediati per rimediare a tutti i nuovi rischi imprevisti relativi alla sicurezza e ristabilire il normale livello di sicurezza del servizio. La fornitura all'abbonato di informazioni sui rischi relativi alla sicurezza dovrebbe essere gratuita. La sicurezza è valutata alla luce dell'articolo 32 del regolamento 2016/679/UE. E all'art. 17 - Informazioni sui rischi relativi alla sicurezza rilevati - stabilisce che, nel caso in cui esista un particolare rischio di compromettere la sicurezza delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, il fornitore di un servizio di comunicazione elettronica ne informa gli utenti finali e, qualora il rischio sia al di fuori del campo di applicazione delle misure che devono essere prese dal fornitore di servizio, comunica agli utenti finali tutti i possibili rimedi, compresi i relativi costi presumibili.

25 In tal senso, dispone espressamente l'art. 13.1 del codice ANFOV (Contenuti illegali e nocivi), in forza del quale i fornitori di accesso (access provider): a) informano gli abbonati riguardo alla possibile presenza in rete di contenuti potenzialmente illegali, lesivi della dignità umana o dannosi in relazione all'età, alla sensibilità morale, alla fede religiosa degli utenti, nonché in merito alle procedure di segnalazione al Comitato per l'autodisciplina telematica dei contenuti illegali; b) segnalano agli abbonati la possibilità di adottare procedure di filtratura idonee a limitare l'accesso ai contenuti selezionati dall'abbonato o classificati, sotto la responsabilità dell'autore e secondo standards internazionalmente accettati come non potenzialmente dannosi. Ai sensi di tale previsione, il prestatore ha, dunque, l'obbligo di informare l'utente in merito agli strumenti tecnici a disposizione, ma sembra doversi, comunque, rimettendo all'utente la scelta di attivare o meno il relativo servizio. I fornitori di servizi sono, inoltre, tenuti ad informare i propri clienti riguardo alle responsabilità connesse all'immissione nel sistema o nella rete telematica di contenuti illegali e lesivi della dignità umana e a promuovere l'utilizzazione di sistemi standards di classificazione dei contenuti potenzialmente nocivi (art. 13.2). Un più generale obbligo informativo, in ordine alle responsabilità per illeciti di qualsiasi natura commessi in rete dagli utenti, ai quali sia stata concessa dagli stessi abbonati la facoltà di accesso alla rete o di erogazione dei servizi, prevede, sempre a carico dei fornitori di accesso e di servizi, anche l'art. 6.1, lett. e). I fornitori di contenuti che immettono in rete contenuti potenzialmente nocivi sono, invece, tenuti a segnalarne la presenza con appositi avvisi e ad organizzarli in modo che non sia possibile accedervi direttamente. In ogni caso, i medesimi contenuti sono contrassegnati secondo gli standards internazionali di classificazione (art. 13.3). In caso di violazione dei richiamati obblighi informativi, lo stesso codice prevede che il trasgressore possa incorrere in censure, quali l'espulsione dalla associazione

Internet service providers, volti a rendere edotti gli utenti sui rischi connessi all'accesso alla rete, sulle corrette modalità di utilizzo della stessa, sulle procedure di segnalazione alle autorità competenti dei contenuti illeciti, nonché tesi a favorire la conoscenza di strumenti di filtraggio e di autoclassificazione dei contenuti, allo scopo di promuovere la massima sicurezza nell'utilizzo di Internet e dei suoi servizi[26]. Ne discende la sicura configurabilità di una responsabilità da consiglio e da "informazione professionale" in capo all'Internet service provider, almeno nelle ipotesi in cui – tenuto conto delle qualità del destinatario, del tipo di contratto stipulato e delle circostanze del caso concreto – debba ritenersi che questi, per la posizione professionale rivestita e in quanto soggetto munito di particolari conoscenze e competenze tecnico-informatiche, abbia assunto un generale dovere di conservazione della sfera giuridica del fruitore del servizio che a tale professionalità si affida, che si traduce, tra l'altro, in un obbligo di carattere consultivo-assistenziale.

di riferimento, unitamente alla pubblicazione, anche in rete, del relativo provvedimento, a sue spese (art. 17). Analoghi obblighi di informazione prevede il codice di autoregolamentazione AIIP (Associazione Italiana Internet Providers), 1998, che, all'art. 6, pone, sempre a carico dei providers di contenuti, con riguardo particolare alla tutela della dignità umana, dei minori e dell'ordine pubblico, l'obbligo di utilizzare strumenti atti ad informare, attraverso la visualizzazione di appositi segnali, gli utenti finali della presenza di argomenti potenzialmente offensivi, in modo da impedirne la visione involontaria; nonché l'obbligo di rendere facilmente accessibili in linea con ogni mezzo idoneo, compresa la posta elettronica, le informazioni circa le caratteristiche tecniche, le modalità di funzionamento e gli strumenti per l'utilizzazione di programmi di filtraggio. Viene, altresì, previsto l'obbligo di eseguire un'autoclassificazione dei propri contenuti, in base al sistema riconosciuto come standard dal codice e ad accettare le variazioni alle proprie classificazioni eventualmente richieste dall'organismo di autodisciplina. I fornitori di accesso e ospitalità sono, invece, tenuti, a rendere facilmente accessibili in linea, con ogni mezzo idoneo, compresa la posta elettronica, le informazioni circa le modalità di segnalazione alle autorità competenti dei contenuti illegali o potenzialmente dannosi dei quali vengano a conoscenza (art. 6). Sempre in un'ottica di autodisciplina e in risposta ad una precipua finalità di tutela del minore, va letta la specifica imposizione ai providers di accesso di inserire «clausole che responsabilizzino il cliente anche per l'uso dei servizi concessi a terzi», disposta dall'art. 4 del codice di autoregolamentazione Internet@Minori (19 novembre 2003) e sanzionata con un provvedimento di richiamo, censura o revoca dell'autorizzazione all'uso del marchi Internet@Minori e con pubblicazione del provvedimento anche in rete, al termine di una procedura disciplinare attivata dal Comitato di Garanzia costituito. Si è inteso, in tal modo, richiamare l'attenzione dell'utente sui rischi connessi all'utilizzo della rete Internet da parte dei minori, allo scopo di prevenire il pericolo che il minore entri in contatto con contenuti illeciti o dannosi. Alla luce della richiamata disposizione, dovrà, pertanto, valutarsi la sufficienza della clausola informativa, normalmente contenuta nei contratti di accesso, con cui il provider richiama il genitore o più in generale l'utente maggiorenne, ai doveri di sorveglianza e di custodia dell'accesso alla rete da parte dei minorenni. Si segnala, altresì, nella medesima direzione, la previsione dell'obbligo per gli aderenti di inserire nella home page dei propri servizi un riferimento chiaramente visibile alla «tutela dei minori», e un link di rinvio ad apposite pagine web con le quali fornire informazioni sulle corrette modalità per l'utilizzo sicuro della rete Internet, sull'esistenza degli strumenti più utilizzati per la tutela dei minori e sulle modalità di segnalazione al Comitato di Garanzia delle violazioni del codice (art. 3.1). Sui codici di autoregolamentazione della rete Internet, cfr. l'analisi di Pasquino, T.: *Servizi informatici e criteri di responsabilità*, Roma, 2003, p. 302 ss. Evidenziano il rischio di dissoluzione del sistema giuridico sotto la spinta di interessi corporativi particolari, Perlingieri, P.: "Mercato, solidarietà e diritti umani", *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 90 ss.; Lipari, N.: "La formazione negoziale del diritto", *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 307 ss.; Alpa, G.: *Autodisciplina e codici di condotta*, in *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente* (a cura di P. Zatti), Padova, 1996, p. 3.

26 Sul problema dell'individuazione della fonte – negoziale o autoritativa – su cui debba far carico la disciplina della realtà telematica, cfr. Alpa, G.: *Le «fonti» del diritto civile: policentrismo normativo e controllo sociale*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del 1° Convegno nazionale S.I.S.Di.C., Napoli, 2006, p. 107 ss. Per Rossello, C.: *Commercio elettronico. La governance di Internet tra diritto statuale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Milano, 2006, p. 21, la soluzione migliore sembra quella di un «Equilibrato mix fra strumenti di regolazione autoritativa e di disciplina convenzionale e, nell'ambito di quest'ultima, di autoregolamentazione e coregolamentazione (o, se si preferisce, di «autoregolamentazione controllata».

Peraltro, in base alla considerazione che la buona fede precontrattuale «non si concreta soltanto in una serie di obblighi di comunicazione e di informazione, ma determina anche obblighi di custodia e di conservazione»[27], appare possibile sostenere, ulteriormente, la generale doverosità di comunicazioni di natura consultiva a carico del prestatore di servizi Internet miranti, ad esempio, a rendere edotto l'utente sulle opportunità connesse all'acquisizione del servizio di connettività o alla scelta di una particolare modalità di accesso (permanente, continuo, ecc.), ovvero a consigliare l'adozione degli strumenti tecnici più confacenti alle esigenze di protezione da realizzare, così riconoscendo la finalità di consulenza che l'informazione viene ad assumere a fini di sicurezza.

Sul piano sanzionatorio, i relativi inadempimenti risultano perseguibili quali lesioni dell'altrui affidamento precontrattuale, ex art. 1337 c.c.[28]; fatti salvi i casi in cui la reticente o cattiva informazione, incidendo sulla corretta formazione della volontà a contrarre dell'utente e, dunque, configurandosi quale vizio del consenso, ovvero, traducendosi in una carenza del contenuto minimo essenziale del contratto, finisca col determinare l'invalidità dell'intera operazione negoziale posta in essere[29].

III. OBBLIGHI INFORMATIVI NEI CONTRATTI A DISTANZA.

L'importanza assunta nel settore della contrattazione digitale dall'informazione pre-negoziale trova conferma in misura vieppiù significativa nei puntuali e reiterati obblighi informativi precontrattuali che sempre più numerose disposizioni di leggi speciali, in genere di derivazione europea, impongono a carico del prestatore-professionista, talvolta a tutela del consumatore in riferimento a tecniche aggressive di contrattazione basate sull'utilizzo della comunicazione a distanza[30]; talaltra, e più generalmente, a tutela dei destinatari dei servizi della società dell'informazione[31], intesi a fronteggiare la situazione di asimmetria informativa tra i contraenti e ad innalzare il livello di protezione della parte in posizione debolezza contrattuale[32].

27 Così, testualmente, Mengoni, L.: "Sulla natura della responsabilità precontrattuale", *Riv. dir. comm*., 1956, II, p. 370.

28 Accolgono la tesi della natura contrattuale della culpa in contrahendo, Visintini, G.: *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972; Benatti, F.: voce *Responsabilità precontrattuale*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur. Trecc*., XVII, Roma, 1991, p. 8; Per la natura extracontrattuale, cfr. Sacco, R.: *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (a cura di F. Vassalli), VI, 2, Torino, 1975, pp. 676 e 918. Costruisce la culpa in contrahendo come un tertium genus di responsabilità, Rescigno, P.: voce *Obbligazioni (nozioni),* cit., pp. 142 e 160; Per l'esame delle problematiche poste dalle regole sulla responsabilità precontrattuale, v. Perlingieri, G.: *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003.

29 Secondo la soluzione avanzata con riguardo alla violazione degli specifici ed inderogabili obblighi di informazione in materia di contratti a distanza da Gentili, A.: "L'inefficacia del contratto telematico", *Riv. dir. civ.,* 2000, p. 747 ss., condivisa da Delfini, F.: *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002, p. 151 ss.

30 Su cui v., diffusamente, nel testo.

31 Su cui v., infra, §§ 4-7.

32 Così Dore, G.: *I doveri di informazione nella rete degli scambi commerciali telematici*, cit., p. 2569B.

In questi casi, la configurabilità e il contenuto degli obblighi informativi precontrattuali e delle informazioni esigibili non è più affidato all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale[33], ma viene ad essere dettato analiticamente, potrebbe dirsi, standardizzato ed imposto ex lege, segnando un mutamento, anche dal punto di vista qualitativo, della natura e rilevanza riconosciuta all'informazione precontrattuale. In queste ipotesi, infatti, essa si tramuta in (mera) comunicazione[34] ed il suo contenuto, se, nella maggioranza dei casi, costituisce un parametro di verifica della buona fede del prestatore-professionista, concorrendo a dare consistenza oggettiva all'obbligo di correttezza dettato dall'art. 1337 c.c.[35]; in altri casi, costituisce parte integrante e sostanziale del contratto, finendo col rilevare sul piano della (corretta) formazione della volontà a contrarre del destinatario[36].

In primo luogo, si esamineranno le regole in tal senso previste dalla direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori[37] e dal d.lg. 21 febbraio 2014, n. 21 di

33 Sulla inutilità di una tipizzazione dei singoli doveri derivanti dalla regola generale di buona fede cfr. Ravazzoni, A.: *La formazione del contratto*, Milano, 1966, 145. Tradizionalmente, si è riferito l'obbligo di informazione a eventuali cause di invalidità ed inefficacia del negozio; a probabili cause di inadempimento; all'esistenza di rischi nell'esecuzione della prestazione.

34 Così, Alessi, R.: "Gli obblighi di informazione", cit., p. 312, che «Vede l'informazione tramutarsi in (mera) comunicazione (…), lungo un percorso di progressiva standardizzazione delle condotte (specie della parte professionale) e delle relative tutele».

35 Cuffaro, V.: "Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21", *Corr. giur.* I, 2014, p. 747; Battelli, E.: *Artt. 48-51 cod. cons.*, in *Il Codice del consumo* (a cura di V. Cuffaro), IV ed., Milano, 2015, p 388; Id. *La nuova disciplina degli obblighi informativi nei contratti con i consumatori*, cit., c. 2614.

36 Sulla standardizzazione e il relativo ridimensionamento delle trattative, v. Perlingieri, P.: *L'informazione e il contratto*, cit., p. 367 ss.; per Grisi, G.: *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, p. 447 ss. si sarebbe in presenza di un fenomeno di assorbimento della fase precontrattuale nel contratto; D'Amico, G.: *Introduzione*, in *La riforma del codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014* (a cura di G. D'Amico), Padova, 2015, p. 7 ss., evidenzia l'assenza di soluzione di continuità tra l'informazione precontrattuale e la disciplina oggettiva del rapporto contrattuale.

37 Sulla direttiva dei diritti dei consumatori e, più generale, sui recenti sviluppi del diritto privato europeo, v. Mazzamuto, S.: "La nuova direttiva sui diritti dei consumatori", *Eur. dir. priv.*, 2011, pag. 861; Palmieri, A.: "La direttiva sui diritti dei consumatori (direttiva 25 ottobre 2011 n. 2011/83/Ue)", *Foro it.*, V, 2012, c. 181 ss.; Alessi, R.: "Gli obblighi di informazione", cit., p. 314, per la quale «Gli obblighi di informazione – e per converso il diritto all'informazione – nella «versione europea», sembrano profilarsi ora definitivamente come parte della disciplina generale del contratto (di consumo)»; De Cristofaro, G.: *La direttiva 2011/83/UE sui «diritti dei consumatori»*, cit., p. 30 ss.; Riva, I.: "La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che resta", *Contr. impr. Eur.*, 2011, p. 754 ss.; D'Amico, G.: "Direttiva sui diritti dei consumatori", cit., p. 611 ss.; Pagliantini, S.: "La riforma del Codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014", cit., p. 796 ss.; Id.: "Il neoformalismo contrattuale dopo i d.lgs n. 141/10, n. 79/11 e la Dir. 2011/83/UE: una nozione (già) vieille renouvelée", *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, II, p. 325 ss.; Battelli, E.: "La nuova disciplina degli obblighi informativi nei contratti con i consumatori", cit., c. 2608 ss.; Id.: *Artt. 48-51 cod. cons.,* in *Il Codice del consumo* (a cura di V. Cuffaro), cit., p. 374-432; Id.: "L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e "nuovi" diritti", *Eur. dir. priv.,* 2014, pp. 927 ss. e spec. p. 948 s.; De Franceschi, A., Lehmann, M.: "Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori", *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 419 ss.; Camardi, C.: "La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo", *www.juscivile.it,* 2013, p. 317 ss.; Delfini, F.: "La novella del codice del consumo in tema di contratti a distanza dei consumatori. Prime considerazioni sul D.lg. 21/2014 di attuazione della direttiva 2011/83/UE (Commento a d.lg. 21 febbraio 2014, n. 21)", *Riv. dir. priv.,* 2015, p. 189 ss.

recepimento[38], applicabili a tutti i contratti di accesso ai contenuti e servizi Internet dei quali sia parte un consumatore[39].

Così, l'art. 48 cod. cons. che, secondo il criterio dell'armonizzazione minima, estende gli obblighi di informazione precontrattuale a carico del professionista con riferimento a tutti i contratti dei consumatori, anche 'diversi' da quelli conclusi a distanza o fuori dei locali commerciali[40], includendovi espressamente i «contratti di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale», quali le forniture on-line di software, i prodotti fruibili in streaming, la messa a disposizione di spazi digitali[41].

Rispetto alla contrattazione digitale, inoltre, acquista particolare rilievo l'indicazione tra le informazioni enumerate nell'art. 48 cod. cons. - che devono essere fornite al consumatore prima che sia vincolato dal contratto in modo chiaro e comprensibile, qualora non siano già apparenti dal contesto - di quelle relative alla funzionalità del contenuto digitale, comprese le misure applicabili di protezione tecnica e alla sua interoperabilità con l'hardware e il software, ex art. 48, comma 1, lett. g) e h) cod. cons., con formulazione poi riprodotta nell'art. 49, comma 1, lett. t) ed u), cod. cons.[42]. Ciò, al fine di colmare le asimmetrie informative in danno di colui che fruisce di contenuti digitali e consentire la formazione di una sua decisione informata e consapevole al contratto.

38 Riguardo all'impatto che il d.lg. n. 21 del 2014 determina sul codice del consumo, v. Cuffaro, V.: "Nuovi diritti per i consumatori", cit., p. 748 ss., che, nel disegnare il quadro complessivo delle fonti cui occorre far riferimento quando si vogliono individuare i diritti del consumatore, esclude che «Alla disciplina del contratto dettata nel codice del consumo possa attribuirsi il significato di regolamentazione di settore quando, al contrario, la stessa è ormai pienamente integrata nell'ordinamento: compito dell'interprete è delineare i tratti ed i caratteri di un sistema unitario». Pagliantini, S.: "La riforma del Codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014", cit., p. 797, per il quale l'ampia portata delle nuove regole (in particolare di quelle sugli obblighi informativi) non consente di parlare di una nuova legislazione quadro per i contratti tra imprese e consumatori «non almeno in quell'accezione omnicomprensiva che la rubrica del capo I – titolata ai diritti dei consumatori – potrebbe d'istinto lasciare intendere»; Febbrajo, T.: "L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali", *Contr. impr. Eur.*, 2015, p. 478; Granelli, C.: "«Diritti dei consumatori» e tutele nella recente novella del Codice del Consumo", *Contratti*, 2015, p. 59 s.

39 Gli obblighi informativi introdotti dalla normativa in esame vanno tuttavia coordinati con quelli delle previsioni normative relative allo specifico settore negoziale considerato. In generale, sul punto, cfr. Di Donna, L.: *Obblighi informativi precontrattuali*, cit., p. 209 ss.

40 Pagliantini, S.: "La riforma del Codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014", cit., p. 797, contrappone l'obbligo informativo «generale a statuto debole» disposto dall'art. 48 cod. cons. per tutti i contratti dei consumatori, anche «diversi» da quelli conclusi a distanza o fuori dei locali commerciali, all'obbligo informativo «specifico a statuto forte» previsto dall'art. 49 cod. cons. per i contratti a distanza o fuori dei locali commerciali; Pagliantini, S., Salvi, G.: *artt. 48, 49,* in *Codice del Consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di E. Capobianco, L. Mezzasoma e G. Perlingieri), II edizione, Napoli, 2018, p. 301 ss.; si esprime per un'armonizzazione «a doppia velocità» Occhiuzzi, P.: "Gli obblighi informativi", *Corriere giur. Speciale*, p. 15.

41 Così, Cuffaro, V.: "Nuovi diritti per i consumatori", cit., p. 741; Battelli, E.: *Artt. 48-51 cod. cons.,* in *Il Codice del consumo* (a cura di V. Cuffaro), cit., p 388.

42 L'art. 2, § 1, nn. 11) e 12) della direttiva 2019/770/UE definisce ora espressamente la «funzionalità» e l'interoperabilità. La prima è «la capacità del contenuto digitale o del servizio digitale di svolgere tutte le sue funzioni in considerazione del suo scopo». Per «interoperabilità» deve, invece, intendersi la capacità del contenuto digitale o del servizio digitale di funzionare con hardware o software diversi da quelli con cui sono normalmente utilizzati i contenuti digitali o i servizi digitali dello stesso tipo. Inoltre, ai sensi dell'art. 7, § 1, lett. a), l'interoperabilità è uno dei requisiti soggettivi di conformità al contratto del contenuto digitale o del servizio digitale.

Ampliando la disciplina già dettata dal codice del consumo, secondo il criterio dell'armonizzazione massima, la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori estende i contenuti delle informazioni dovute nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali e a distanza - ai quali di norma sono riconducibili i contratti di accesso ai contenuti e servizi Internet, in quanto generalmente stipulati per via telematica - che la direttiva 85/577/CE riferiva al solo regime del diritto di ripensamento.

In particolare, il nuovo art. 49 cod. cons. regola gli obblighi di informazione precontrattuali, stabilendo che il professionista deve fornire al consumatore - prima che questi sia vincolato dal contratto - in modo chiaro e intellegibile, una serie di informazioni eterogenee individuate in modo analitico dalle lett. a-v dello stesso articolo e riferite, innanzitutto, all'oggetto, al prezzo totale dei beni o dei servizi, ai costi dello scambio, alla garanzia, alla durata e agli obblighi principali, stabilendo che esse formino parte integrante del regolamento contrattuale e non possano essere modificate se non con accordo espresso delle parti (comma 5) [43]. Una regola non dissimile vige già per alcune tipologie di contratto (ad es., per i contratti di multiproprietà, ex art. 72, comma 4, cod. cons. e per le informazioni contenute nell'opuscolo informativo nei contratti del turismo organizzato, ex art. 38, comma 2, d.lg. 23 maggio 2011, n. 79, c.d. codice del turismo), ma la sua estensione a tutti i contratti negoziati fuori dei locali commerciali e a distanza riveste un peculiare rilievo, inducendo «a ritenere cogente un generale principio di vincolatività dell'informazione precontrattuale»[44].

In aggiunta ai descritti obblighi generali di informazione, ancora una volta al fine di colmare le asimmetrie informative in danno di colui che fruisce di contenuti digitali e di favorire l'assunzione di una decisione informata e consapevole, la disposizione impone al professionista l'obbligo di informare il consumatore in merito alla funzionalità e a qualsiasi interoperabilità pertinente del contenuto digitale con l'hardware e il software del consumatore stesso, della quale il professionista sia a conoscenza o della quale ci si possa ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza (art. 49, comma 1, lett. t) ed u), cod. cons.).

L'art. 49, comma 10, cod. cons. pone a carico del professionista l'onere di provare l'adempimento degli obblighi di informazione gravanti su di lui[45]. In tale

43 In mancanza di accordo, in dottrina c'è chi (Cuffaro, V.: "Nuovi diritti per i consumatori", cit., p. 749; Pagliantini, S.: "La riforma del Codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014", cit., p. 805 s.) sostiene che le informazioni precontrattuali prevalgono di diritto sulle clausole contrattuali difformi (anche in assenza e non solo in sostituzione); e chi (v. De Cristofaro, G.: *La direttiva 2011/83/UE sui «diritti dei consumatori»*, cit., p. 74) ritiene, invece, che sorga sul punto un conflitto interpretativo da risolversi nel senso della prevalenza della clausola più favorevole per il consumatore, ex art. 35, comma 2, cod. cons.

44 Così, Febbrajo, T.: "L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali", cit., p. 498.

45 Per la sua applicazione analogica anche ai contratti diversi si esprime Pagliantini, S.: "La riforma del Codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014", cit., p. 798. Contra, De Cristofaro, G.: "La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato", *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 929.

prospettiva, assumono rilievo le specifiche indicazioni normative in merito alle modalità formali nelle quali l'obbligo informativo precontrattuale deve essere assolto[46], con ciò riconoscendosi una «inedita rilevanza a prescrizioni di forma riferite alle modalità di corretta comunicazione dell'informazione e, per questa via, di corretto adempimento dell'obbligazione (di informazione)»[47], operanti come veicolo di trasmissione delle informazioni[48].

In particolare, per i contratti negoziati fuori dai contratti commerciali, l'art. 50 cod. cons. dispone che le informazioni debbano essere fornite al consumatore su supporto cartaceo o su altro supporto durevole (così determinandosi il passaggio, se il consumatore è d'accordo, dalla forma documentale alla forma informatica); devono essere leggibili e presentate in un linguaggio semplice e comprensibile. Per i contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici, l'art. 51 cod. cons. prevede, invece, che le informazioni siano «messe a disposizione del consumatore in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato». E l'art. 51, comma 4° c. cons. - con riferimento ai contratti conclusi mediante un mezzo di comunicazione a distanza che consente uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni - stabilisce che il professionista fornisca, su quel mezzo in particolare e prima della conclusione del contratto, almeno le informazioni precontrattuali riguardanti: - le caratteristiche principali dei beni o servizi, - l'identità del professionista, - il prezzo totale, - il diritto di recesso, - la durata del contratto e, - nel caso di contratti a tempo indeterminato, le condizioni di risoluzione del contratto, conformemente all'art. 49, comma 1°, lettere a), b), e), h) e q). Ciò ferme le prescrizioni relative al linguaggio da utilizzarsi che deve essere «semplice e comprensibile».

Riguardo al giudizio di trasparenza delle informazioni fornite al consumatore nella fase precontrattuale, ex artt. 48 e 49 cod. cons., si ritiene che esso debba fondarsi sul parametro del consumatore medio, ferma restando la necessità per il professionista, nel fornire le informazioni, di tener conto delle situazioni di

46 Per la verifica sui limiti di efficacia del documento informatico nell'assolvimento della forma informativa e della documentazione degli obblighi informativi, cfr. Tosi, E.: "La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21", *Contr. impr.*, 2014, p. 1264, per il quale «Nei casi previsti dalla normativa consumeristica e più in generale dalla normativa a protezione degli interessi del contraente debole nella contrattazione asimmetrica - il semplice documento informatico privo di firma elettronica può ben assolvere gli obblighi di documentazione delle informative precontrattuali e contrattuali, ma non anche gli obblighi della forma informativa del contratto».

47 Così, Alessi, R.: "Gli obblighi di informazione", cit. p. 319.

48 Battelli, E.: "La nuova disciplina degli obblighi informativi nei contratti con i consumatori", cit., c. 2616 s., parla al riguardo di forma con funzione informativa. Contra Tosi, E.: "La dematerializzazione della contrattazione", cit., p. 1264, che distingue la forma informativa, che ricorre quando l'obbligo informativo viene soddisfatto incidendo direttamente sul contenuto informativo minimo necessario del contratto, dalla mera documentazione dell'obbligo informativo che ricorre, invece, quando non vi è alcun riferimento espresso a vincoli normativi di contenuto.

particolare debolezza e vulnerabilità (per ragioni di età, infermità mentale, ecc.) nella quale versi il consumatore al quale rivolge la propria offerta[49].

La normativa europea e di recepimento non introduce sanzioni a carattere generale per la violazione dei prescritti obblighi informativi (da mancata, incompleta o errata informazione), limitandosi a prevedere alcuni rimedi specifici[50].

Così, l'art. 49, comma 6, cod. cons. nei contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali, stabilisce che la violazione da parte del professionista dell'obbligo di informazione sulle spese o altri costi aggiuntivi (art. 49, comma 6, cod. cons.) esonera il consumatore dal pagamento, in sostanza escludendo dal regolamento contrattuale ciò che non è stato comunicato in sede precontrattuale.

E, ai sensi dell'art. 51, comma 2, cod. cons., nel caso in cui il contratto a distanza concluso con mezzi elettronici imponga al consumatore anche il contestuale pagamento, alcune informazioni gli devono essere fornite in modo chiaro ed evidente prima che inoltri l'ordine e questi deve essere messo in condizione di riconoscere l'ordine con obbligo di pagare. In mancanza, il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine[51].

L'art. 53 cod. cons., in caso di inadempimento dell'informativa circa il diritto di recesso, stabilisce, infine, che il periodo di recesso termina dodici mesi dopo la fine del periodo di recesso iniziale, come determinato a norma dell'art. 52, comma 2°; in caso di adempimento informativo tardivo circa il diritto di recesso - comunque entro dodici mesi dalla data di cui all'art. 52, comma 2 cod. cons. - il periodo di recesso termina, invece, quattordici giorni dopo il giorno in cui il consumatore riceve le informazioni.

Agli inadempimenti informativi non espressamente contemplati da prescrizioni specifiche si applicheranno i rimedi generali del diritto civile[52], diversamente graduati

49 Così, De Cristofaro, G.: "La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato", cit., p. 919. Pagliantini, S.: "La riforma del Codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014", cit. p. 800 ss., ritiene invece che occorra fare riferimento al modello del consumatore "debole" e vulnerabile.

50 Sul punto la direttiva 2011/83/UE lascia la scelta ai legislatori nazionali, stabilendo all'art. 24, § 1 – Sanzioni, stabilendo che «Gli Stati membri determinano le disposizioni relative alle sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali adottate conformemente alla presente direttiva e adottano tutte le misure necessarie per assicurarne l'applicazione. Le sanzioni previste devono essere effettive, proporzionate e dissuasive».

51 Per Alessi, R.: "Gli obblighi di informazione", cit., p. 321 «A fronte di tale disposizione, è dubbio se, in caso di inadempimento dell'obbligo di informazione, il professionista debba comunque adempiere alle sue obbligazioni e il consumatore semplicemente non sia vincolato al pagamento; ovvero se esso interferisca con la nascita stessa del vincolo contrattuale, nel senso cioè che il consumatore non sia vincolato perché nessun contratto è stato concluso».

52 Sul tema dei rimedi, cfr. le osservazioni critiche di Mazzamuto, S.: "La nuova direttiva sui diritti dei consumatori", cit., p. 861 s. e spec. p. 867 s.; Granelli, C.: "«Diritti dei consumatori» e tutele nella recente novella del Codice del Consumo", cit., p. 61; Astone, M.: "Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo", *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1 s.; Id.: Diritti dei consumatori e obblighi di informazione", cit., p. 671 ss. Cfr., altresì, le osservazioni di Bianca, C. M.: *Diritto civile, 3, Il contratto*, III

a seconda del tipo e della gravità del singolo inadempimento, della sua incidenza sugli interessi protetti, nonché della (differente) funzione dell'informazione nella vicenda negoziale considerata, secondo l'insegnamento di autorevole dottrina per la quale la scelta del giusto rimedio[53] – vale a dire del rimedio capace di garantire la decisione piú giusta in relazione al singolo caso concreto – è condizionata, quando non determinata, da tali elementi e deve appunto seguire un attento esame della fattispecie concreta, che tenga conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso[54].

Da ciò consegue che, dovendosi escludere l'univoca riconducibilità delle violazioni degli obblighi informativi in esame nell'area tradizionale della responsabilità precontrattuale e quindi nell'*àmbito di applicazione dell*'art. 1337 c.c.; potrà, esemplificativamente, sostenersi, almeno nei casi nei quali l'informazione è *divenuta* parte integrante del contratto, che la violazione degli obblighi informativi interferisca sulla fase di formazione della volontà del consumatore, aprendo la via al rimedio dell'annullamento del contratto, ove ricorra l'ipotesi dell'errore o del dolo incidente; o, ancora, che, costituendo, in tali casi, gli obblighi legali di informazione delle regole di condotta a carico del professionista derivanti dal contratto, la loro violazione possa rilevare come inadempimento contrattuale, con conseguente diritto del consumatore al risarcimento del danno subito, eventualmente sanzionabile con la risoluzione del contratto, laddove ricorrano i presupposti di gravità richiesti dall'art. 1455 c.c. Appare, invece, più problematico sostenere, in tali casi, l'utilizzabilità del rimedio della nullità del contratto concluso, invocando una carenza del suo contenuto minimo essenziale o la mancanza di accordo[55].

L'art. 66, comma 2, cod. cons. attribuisce, infine, in via esclusiva all'Autorità garante della concorrenza e del mercato la competenza ad accertare la violazione delle disposizioni inserite nei novellati artt. 48-51 cod. cons. e ad adottare i

ed., cit., p. 361, per il quale «La disciplina rimediale volta alla tutela contrattuale del consumatore delinea un autonomo sistema normativo che non si contrappone ma si integra nel diritto generale del contratto conferendogli un nuovo respiro in sintonia con il quadro normativo europeo».

53 Così Perlingieri, P.: "«Il giusto rimedio» nel diritto civile", *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss.

54 Cfr. le osservazioni di Pagliantini, S.: "Il neoformalismo contrattuale dopo i d.lgs n.141/10, n. 79/11 e la Dir. 2011/83/UE", cit., p. 345 ss.; Scalisi, V.: "Il diritto europeo dei rimedi", *Riv. dir. civ.,* 2007, I, 852 ss.; Febbrajo, T.: "L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali", cit., p. 491, per il quale «Non esiste un unico rimedio alla violazione dei doveri precontrattuali di informazione, ma le soluzioni debbono essere diversificate in relazione alla tipologia di inadempimento ed al diverso grado di incidenza di esso sull'interesse tutelato».

55 Sui rimedi civilistici applicabili in caso di violazione dei doveri precontrattuali di informazione, v. Pagliantini, S.: "La riforma del Codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014", cit., p. 804 ss.; Cuffaro, V.: "Nuovi diritti per i consumatori", cit., p. 748; Occhiuzzi, P.: "Gli obblighi informativi", cit., p. 16; De Cristofaro, G.: "La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato", cit., p. 934 e l'analisi di Febbrajo, T.: "L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali", cit., il quale afferma (p. 510) che, ad una valutazione complessiva, «La disciplina sui diritti dei consumatori determini un incremento di tutela rispetto alla normativa previgente e contribuisca a definire in maniera organica il sistema dei rimedi operanti in caso di violazione dei doveri precontrattuali d'informazione».

conseguenti provvedimenti inibitori, ripristinatori e sanzionatori, stabilendo che, in materia di accertamento e sanzione delle violazioni, debba applicarsi l'art. 27 c. cons., concernente le pratiche commerciali scorrette. Tuttavia, non è chiaro se la condotta del professionista che non adempia gli obblighi informativi diventi censurabile di per sé o solo nel caso in cui integri gli estremi di una pratica commerciale scorretta, risultando idonea ad indurre «il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»[56].

IV. OBBLIGHI INFORMATIVI NEL COMMERCIO ELETTRONICO RIFERITI ALLA FASE DELLA TRATTATIVA E DELLA FORMAZIONE DEL CONTRATTO.

Per quel che attiene, in particolare, al prestatore di servizi della società dell'informazione, il d.lg. n. 70 del 2003 – che articola la tutela accordata al destinatario dei servizi in due distinti momenti relativi, rispettivamente, alla fase di formazione del contratto e al momento dell'esecuzione, nei casi in cui la navigazione via Internet e la prestazione dei relativi servizi divenga l'occasione e il mezzo di compimento di fatti illeciti – procede alla definizione puntuale degli obblighi informativi posti a suo carico, predisponendo un nucleo minimo essenziale di informazioni obbligatorie che devono essere fornite al destinatario dei servizi stessi e tale non è il solo consumatore. L'ampio riferimento introdotto dalla normativa sul commercio elettronico ai destinatari del servizio, «che a scopi professionali e non utilizzano un servizio della società dell'informazione», esprime, infatti, l'esigenza avvertita a livello europeo di dettare una tutela uniforme e generale per i fruitori dei servizi della società dell'informazione, pur permanendo un'attenzione particolare per i casi in cui questi rivestano la qualità di consumatori[57].

56 Per Battelli, E.: "La nuova disciplina degli obblighi informativi nei contratti con i consumatori", cit., p. 2619 «Sebbene sussistano differenze per *ratio* e obiettivi di tutela, il rapporto tra le due discipline è di evidente continuità che diventa in alcuni casi di apparente sovrapposizione».

57 In proposito, rileva più di una disposizione della nuova normativa: così, per le informazioni generali e relative alle comunicazioni commerciali, gli artt. 7 e 8 prevedono puntuali obblighi informativi che si aggiungono ad altri obblighi informativi fissati per specifici beni e servizi, anche dalla normativa consumeristica; per le comunicazioni commerciali non richieste dal destinatario, l'art. 9 fa salvi, con espresso richiamo, tra gli altri, gli obblighi previsti dal d.lg. n. 185 del 1999, sui contratti a distanza; analogamente a quanto dispone l'art. 12 che, nel disciplinare le informazioni che devono essere fornite prima della conclusione del contratto, precisa che esse si affiancano agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi, nonché a quelli stabiliti dall'art. 3 del d.lg. n. 185 del 1999. Nell'ottica di una maggiore protezione degli interessi dei consumatori, devono leggersi anche le ulteriori disposizioni di cui agli artt. 12 e 13, che sanciscono l'inderogabilità dei prescritti obblighi informativi, ogni qual volta sia parte del rapporto contrattuale un consumatore. D'altro canto, la stessa direttiva 2000/31/CE, nell'individuare il proprio ambito applicativo, fa salvo il livello di tutela raggiunto nel settore dei contratti dei consumatori, con la direttiva 97/7/CE, in materia di contratti a distanza; la direttiva 93/13/CEE in materia di clausole abusive nei contratti con il consumatore; la direttiva 90/314/CEE, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso»; la direttiva 87/102/CEE, in materia di credito al consumo; la direttiva 84/450/CEE, in tema di pubblicità ingannevole e comparativa – per citare, tra i numerosi provvedimenti di cui all'undicesimo considerando, quelli rilevanti ai fini che qui interessano –, precisando, in particolare, che le direttive 93/13, sulle clausole vessatorie e 7/97, sui contratti a distanza si applicano nella loro interezza ai servizi della società dell'informazione. Il problema della parziale coincidenza degli ambiti applicativi delle normative sul commercio elettronico e sui contratti a distanza e delle possibili interferenze e sovrapposizioni tra norme, sembra potersi risolvere, in base al

Venendo all'esame dei singoli obblighi informativi introdotti dalla normativa sul commercio elettronico, l'art. 7 del decreto, nel sancire il contenuto delle informazioni generali obbligatorie che il prestatore di servizi deve rendere, nella fase delle trattative[58], ai destinatari dei servizi e alle Autorità competenti, intende, in primo luogo, ovviare alla normale esiguità e scarsa trasparenza delle notizie relative alle condizioni cui il contratto andrà soggetto. In tale prospettiva, si spiegano, in particolare, l'obbligo di indicare, in modo chiaro e inequivocabile, i prezzi e le tariffe dei diversi servizi forniti, precisando se siano comprensivi di imposte, costi di consegna o altro (lett. h); nonché di specificare le attività consentite al consumatore o al destinatario del servizio e gli estremi del contratto di licenza d'uso in base al quale l'oggetto della prestazione sia eventualmente fornito (lett. i).

Le altre previsioni sembrano, invece, prestare precipua attenzione a uno degli aspetti più problematici del commercio elettronico: quello relativo alle incertezze sull'identità e serietà professionale del prestatore di servizi. In tale chiave è possibile leggere, tra gli altri, l'obbligo che incombe in capo al prestatore di servizi di fornire gli estremi che consentono all'utente di contattarlo rapidamente e di comunicare con lui direttamente ed efficacemente, compreso l'indirizzo di posta elettronica (lett. c).

Quanto alle modalità in cui le informazioni devono essere rese accessibili, dalla previsione che richiede che debba trattarsi di accesso facile, diretto e permanente, sembra potersi desumere che esse debbano essere messe a disposizione sul sito web, attraverso il quale viene offerto il bene o il servizio. Sul piano tecnico, dovrà, appunto, essere garantita un'accessibilità facile al sito – tale per un utente medio – diretta – non essendo consentito il rinvio tramite link ad altri siti – e permanente – nel senso di assicurarne la stabilità, non l'immodificabilità, come è evidente, solo

principio del c.d. *favor* per il consumatore, nel senso della prevalenza, di volta in volta, delle disposizioni che garantiscano una maggiore tutela delle ragioni dello stesso. Propendono per l'applicazione del principio di specialità, Zeno-Zencovich, V.: "La tutela del consumatore nel commercio elettronico", *Dir. inf.,* 2000, p. 450, per il quale lex specialis è la direttiva n. 97/7/CE e Amato, C.: *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori*, Milano, 2003, p. 313, la quale, invece, riconosce natura di lex specialis alla direttiva sul commercio elettronico. Quanto, in particolare, agli obblighi informativi, cfr. S. SICA, *Il contratto «nella rete»,* in Comandè, G., Sica, S.: *Il commercio elettronico. Profili giuridici, Torino, 2001,* p. 49, che ravvisa in tale normativa «Una vera e propria lex generalis delle «informazioni precontrattuali» nell'e-business.».

58 Può discutersi se, in assenza di trattativa, tali obblighi informativi generali possano intendersi estesi alla fase di promozione dei servizi della società dell'informazione, cui specificamente si riferiscono gli artt. 8 e 9 del decreto. Com'è noto, infatti, nel settore della contrattazione di massa, la fase delle trattative è generalmente assente e spesso sostituita proprio dai messaggi pubblicitari, contenenti le informazioni relative alle condizioni di contratto offerte ai possibili contraenti, che vengono ad assolvere alla funzione non tanto di promuovere il servizio, quanto, piuttosto, di farne conoscere le qualità e, più in generale, di comunicare gli elementi essenziali dell'operazione contrattuale da concludere. Si è parlato al riguardo di pubblicità «informativa», che finisce col vincolare il prestatore alle informazioni rese in quella sede. In tal senso, cfr. Cafaggi, F.: voce *Pubblicità commerciale*, in *Dig. disc. priv. (sez. comm.)*, XI, Torino, 1995, p. 474 ss.; De Nova, G.: "Informazione e contratto: il regolamento contrattuale", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 708 ss.; Alpa, G.: "La «trasparenza» del contratto nei settori bancario, finanziario ed assicurativo", *Econ. dir. terz.*, 1992, p. 655 ss.

ove si consideri l'obbligo di aggiornare puntualmente le informazioni fornite, di cui al comma 2 dello stesso art. 7[59].

Le informazioni elencate dalla norma non esauriscono gli obblighi di informazione a carico dei prestatori, ma, ai sensi del comma 1 dell'art. 7, esse costituiscono una sorta di contenuto informativo minimo, al quale possono aggiungersi ulteriori obblighi informativi previsti da norme speciali per specifici beni o servizi[60].

L'ambito di rilevanza che la normativa sul commercio elettronico riconosce agli obblighi di informazione non resta circoscritto alla sola fase delle trattative, bensì, viene esteso ad altri momenti della vita del rapporto contrattuale. L'interesse del destinatario dei servizi della società dell'informazione, specie se consumatore, ad un'adeguata e corretta informazione viene, infatti, in rilievo con riguardo ai diversi momenti in cui si articola il rapporto contrattuale che lo vede coinvolto, estendendosi gli obblighi informativi previsti in capo ai prestatori di servizi, normalmente precontrattuali, in parte, alla fase antecedente della pubblicità, in parte, alla fase successiva della conclusione del contratto, quando non, addirittura, alla fase di esecuzione del contratto medesimo e riferiti, in tale ultimo caso, sia al momento dell'attuazione delle prestazioni, sia alle eventuali vicende estintive del rapporto contrattuale.

Rinviando le osservazioni sulle informazioni che devono essere obbligatoriamente contenute nelle comunicazioni commerciali, ex art. 8 d.lg. n. 70 del 2003[61], si segnalano, nel senso ora descritto, gli obblighi informativi imposti al prestatore di servizi della società dell'informazione dall'art. 12 del decreto, riferiti, più propriamente, alla fase di conclusione del contratto on line. Tali obblighi, si aggiungono agli obblighi informativi specifici previsti per particolari beni o servizi, nonché agli obblighi informativi di cui alla normativa sui contratti a distanza[62] e si specificano nella previsione di una serie di notizie e informazioni che, in quanto richieste a garanzia della trasparenza e della completezza del regolamento contrattuale e destinate ad entrare a far parte del contenuto di singole clausole contrattuali, finiscono col disegnare una sorta di contenuto legale minimo del contratto stesso[63]. La norma fa salvo il diverso accordo delle parti

59 Così, Rossello, C.: *Gli obblighi informativi del prestatore di servizi*, cit., p. 35 ss.

60 In tema di commercio elettronico, l'art. 49, comma 8, cod. cons. dispone che gli obblighi di informazione stabiliti nella presente sezione si aggiungono agli obblighi di informazione contenuti nel d.lg. n. 70 del 2003 e successive modificazioni. Il comma 9 stabilisce però che, in caso di conflitto di una disposizione del d.lg. n. 70 del 2003 e successive modificazioni, riguardante il contenuto o le modalità di rilascio delle informazioni, con una delle norme della presente sezione, prevale quest'ultima.

61 Su cui v., diffusamente, infra, § 7.

62 Su cui v., diffusamente, supra, § 3.

63 Sul tema specifico della responsabilità precontrattuale nella contrattazione telematica, cfr. Cuffaro, V.: *La responsabilità precontrattuale nella contrattazione telematica*, in *Il contratto telematico* (a cura di V. Ricciuto, N. Zorzi), in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.* (diretto da F. Galgano), vol. XXVII, Padova, 2002, p. 215-222.

che non siano consumatori[64], grazie al quale il prestatore potrà sottrarsi al rilascio delle informazioni e al rispetto della disciplina in esame, che ha, dunque, carattere imperativo, solo nei confronti dei destinatari-consumatori.

Ad informazioni più generali, relative agli eventuali codici di condotta cui il prestatore aderisca, alle lingue in cui il contratto potrà essere concluso, agli strumenti alternativi di composizione delle controversie cui si potrà far ricorso (lett. d-f), si accompagna una serie puntuale di informazioni volte a garantire la trasparenza delle modalità di conclusione del contratto on-line e a colmare, in tal modo, il divario di conoscenze tecnologiche corrente tra il prestatore e il destinatario del servizio, che potrebbe ostacolare il ricorso a tale tecnica di formazione dell'accordo: tali le informazioni relative alle varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto, al modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e alle relative modalità di accesso, ai mezzi tecnici a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore (lett. a-c).

Anche in questo caso, l'obbligo di informazione a carico del prestatore viene soddisfatto dal mero obbligo di documentazione delle informazioni obbligatorie: l'art. 12, comma, 1 del decreto, infatti, senza vincolare la forma dell'intero contratto, con una nuova, esplicita formulazione del principio di trasparenza, stabilisce che le informazioni indicate devono essere fornite al destinatario del servizio in modo chiaro, comprensibile e inequivocabile prima dell'inoltro dell'ordine; inoltre, le clausole e le condizioni generali di contratto proposte al destinatario devono essere messe a sua disposizione, in modo che gli sia consentito di procedere alla loro memorizzazione e riproduzione.

V. SEGUE. E ALLA FASE DELL'ESECUZIONE DEL CONTRATTO.

Gli obblighi informativi investono non soltanto le fasi esaminate della trattativa e della formazione dei contratti di accesso ai servizi Internet, ma anche quella successiva dell'esecuzione del rapporto contrattuale, risultando, in tali casi, funzionali alla corretta gestione del rapporto stesso.

Con riguardo alle informazioni che i prestatori dei servizi Internet sono tenuti a fornire agli utenti in pendenza di rapporto contrattuale, quindi nella fase successiva

64 I richiamati obblighi informativi vengono confermati, con riguardo particolare alle ipotesi in cui l'utente è consumatore, negli «Usi nei contratti di fornitura di beni e/o servizi conclusi on line tra fornitore e consumatore» raccolti dalla Camera di Commercio di Milano (ed. 2005). Difatti, ai sensi degli artt. 1, 3 e 4, il prestatore deve fornire e mantenere aggiornati i dati richiesti dalla legge, rendendoli facilmente accessibili, in modo diretto, unitario e permanente e deve riepilogare, in forma unitaria, tali dati, prima dell'invio dell'ordine; inoltre, deve concedere al consumatore la possibilità di stampare le condizioni contrattuali, al fine di conservazione e analisi e consentirgli di accedere, in modo diretto e permanente, alle condizioni generali di contratto, senza bisogno di intraprendere la procedura d'ordine.

a quella della trattativa e della formazione del contratto – che trovano il loro primo fondamento normativo nell'obbligo che incombe in capo alle parti di eseguire il contratto secondo buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.)[65] – rilevano, innanzitutto, le istruzioni relative all'uso del servizio fornito e alla sua installazione, configurabili, talvolta, quali modalità attuative della prestazione principale avente ad oggetto il conferimento del servizio; talaltra, quali prestazioni accessorie di assistenza tecnica che accompagnano la sua esecuzione, eventualmente, forniti in outsoursing, anche via Internet, da altri operatori[66].

Tra le informazioni successive rilevano, inoltre, quelle dovute dal fornitore all'utente per gli aggiornamenti - tipicamente prestati a distanza, via Internet – volti a migliorare e potenziare i contenuti o servizi digitali, ad ampliarne la funzionalità, ad adattarli agli sviluppi tecnici, a proteggerli da nuove minacce alla sicurezza, ecc. Quello degli aggiornamenti è un problema noto riguardo ai contenuti e ai servizi digitali, stante la loro natura in rapida evoluzione e costante miglioramento: per tale profilo, essi finiscono per non essere mai del tutto separati dalla sfera del fornitore o del venditore, sia nei casi in cui risultino necessari a garantirne la funzionalità e interoperabilità, sia nei casi in cui siano rilevanti a fini di sicurezza.

La questione ha trovato recentemente una soluzione normativa nelle direttive 2019/770/UE, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali e 2019/771/UE, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE, che, rispettivamente, agli artt. 8, § 2, e 7, § 3, dispongono che, oltre agli aggiornamenti convenuti contrattualmente, il fornitore di contenuti o servizi digitali e il venditore di beni con elementi digitali sono tenuti ad assicurare che al consumatore siano notificati e forniti gli aggiornamenti anche di sicurezza, necessari per mantenerne la conformità, ai sensi delle direttive stesse, con conseguente responsabilità a suo carico per mancato, incompleto o errato aggiornamento[67].

Il consumatore rimane libero di decidere se eseguire o meno gli aggiornamenti forniti (così, l'art. 8, § 3 della direttiva 2019/770/UE e l'art. 7, § 4 della direttiva 2019/771/UE), purché sia posto nella condizione di decidere consapevolmente in merito al se e al quando dell'aggiornamento, una volta informato circa la disponibilità dello stesso e le conseguenze della mancata installazione. Tuttavia,

65 Ancora i doveri di informazione e di avviso, definiti come integrativi e accessori rispetto alla prestazione principale, al principio di buona fede, tra gli altri, Di Majo, A.: *Delle obbligazioni in generale* (artt. 1173-1176), in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Bologna-Roma, 1988, p. 315 ss.

66 Valentino, D.: *I computer service contracts e l'informatizzazione delle imprese*, in *Manuale di diritto dell'informatica* (a cura di D. Valentino), Napoli, 2004, p. 285 ss.

67 Sulle novità introdotte dal legislatore europeo mediante le direttive 2019/770 e 2019/771 in tema di aggiornamenti e sulla misura nella quale incidano sul regime della responsabilità, v. De Franceschi, A.: *La vendita di beni con elementi digitali*, cit., pp. 88-101, 119-123.

in caso di inerzia del consumatore che non installi entro un termine ragionevole gli aggiornamenti forniti dall'operatore economico o dal venditore, questi non sono responsabili per qualsiasi difetto di conformità derivante unicamente dalla mancanza dell'aggiornamento pertinente (artt. 8, § 3, direttiva 2019/770/UE e 7, § 4, direttiva 2019/771/UE)[68].

Nell'*àmbito degli obblighi informativi in* executivis posti dalla recente direttiva 2019/770/UE a carico dell'operatore economico, rivestono peculiare interesse le informazioni dovute in caso di esercizio dello ius variandi a lui riconosciuto dal contratto di fornitura di contenuti e servizi digitali.

La nuova normativa stabilisce che, se il contratto prevede che il contenuto o il servizio digitale siano forniti o resi accessibili al consumatore per un certo periodo di tempo, stante la loro rapida evoluzione e obsolescenza, l'operatore economico possa apportarvi delle modifiche ex uno latere oltre a quanto è necessario al mantenimento dei requisiti di conformità, purché siano cumulativamente soddisfatte le condizioni prescritte dall'art. 19, § 1, della direttiva stessa, vale a dire che il contratto consenta la variazione e ne fornisca una ragione valida (ad es., qualora essa risulti necessaria per adattarlo a un nuovo ambiente tecnico o a un numero maggiore di utenti, o per altre ragioni operative importanti, secondo il considerando n. 75); che la modifica sia realizzata senza costi aggiuntivi per il consumatore; che l'operatore economico osservi gli obblighi informativi posti a suo carico.

Riguardo alle informazioni obbligatorie, il consumatore deve essere informato in modo chiaro e comprensibile della modifica; inoltre, nel caso in cui la modifica incida negativamente, in modo non trascurabile, sull'uso del contenuto digitale o del servizio digitale o sull'accesso allo stesso da parte del consumatore, questi ha diritto ad essere informato, con un anticipo ragionevole, su un supporto durevole (ad es., documenti su carta, DVD, CD, chiavi USB, schede di memoria o dischi rigidi nonché messaggi di posta elettronica) circa le caratteristiche e il momento in cui viene effettuata la modifica, nonché circa il suo diritto di recedere dal contratto gratuitamente, entro il termine di trenta giorni dalla data di ricevimento

68 Ai sensi dell'art 8, § 3, direttiva 2019/770/UE, se il consumatore non installa entro un termine ragionevole gli aggiornamenti forniti dall'operatore economico a norma del § 2, quest'ultimo non è responsabile per qualsiasi difetto di conformità derivante unicamente dalla mancanza dell'aggiornamento pertinente, a condizione che: a) l'operatore economico abbia informato il consumatore circa la disponibilità dell'aggiornamento e le conseguenze della mancata installazione dello stesso da parte del consumatore; e b) la mancata installazione o l'installazione errata dell'aggiornamento da parte del consumatore non fosse dovuta a carenze delle istruzioni di installazione fornite dall'operatore. Conformemente, ai sensi dell'art. 7, § 4 direttiva 2019/771/UE, se il consumatore non installa entro un termine ragionevole gli aggiornamenti forniti a norma del § 3, il venditore non è responsabile per qualsiasi difetto di conformità derivante unicamente dalla mancanza dell'aggiornamento pertinente, a condizione che: a) il venditore abbia informato il consumatore circa la disponibilità dell'aggiornamento e le conseguenze della mancata installazione dello stesso da parte del consumatore; e b) la mancata installazione da parte del consumatore o l'installazione errata dell'aggiornamento da parte del consumatore non sia dovuta a carenze delle istruzioni di installazione fornite al consumatore.

dell'informazione o, se successivo, dal momento in cui il contenuto o il servizio digitale è stato modificato dall'operatore economico, nonché circa la possibilità di mantenere il contenuto o il servizio digitale senza tale modifica (art. 19, par. 2 direttiva 2019/770/UE).

Come già verificato in riferimento alla disciplina legale dello ius variandi in altri settori ordinamentali[69] - nei quali si è manifestata l'analoga esigenza di tutelare il contraente destinato a subire la variazione contro eventuali eccessi od abusi dell'operatore economico che se ne avvale - il potere di modifica unilaterale nella contrattazione digitale è subordinato al rispetto di una serie di presupposti e condizioni, che si sostanziano in una procedimentalizzazione minima del suo esercizio, ottenuta attraverso la previsione espressa di una sequenza di atti - soggetta a particolari condizioni temporali e formali - con funzione prevalentemente informativa e comunicativa, preordinati all'attuazione del principio di trasparenza, con la specifica connotazione che esso viene ad assumere nella specie di riequilibrio delle posizioni delle parti contraenti e rafforzamento della posizione della parte destinata a subire il mutamento realizzato ex uno latere dall'altra. Gli obblighi informativi operano quali limiti dello ius variandi, in parte, in via diretta, intervenendo a conformarne l'esercizio con la previsione di indicazioni e menzioni obbligatorie che pre-scrivono, in certo modo, il contenuto stesso del mutamento; e, in parte, in via indiretta, mettendo il consumatore-soggetto passivo della modifica in condizione di valutare ed eventualmente eccepire la violazione degli obblighi informativi e degli ulteriori limiti imposti al potere modificativo[70].

Resta fermo, in ogni caso, il diritto di recesso riconosciuto al consumatore che si configura in questo come nella quasi totalità dei recenti interventi normativi come lo strumento antagonista dello ius variandi, entrando, per così dire, a far parte del contenuto naturale della clausola attributiva del potere di modifica unilaterale riconosciuto all'operatore economico nella contrattazione digitale[71].

Infine, se i requisiti (anche) informativi per la modifica indicati nella direttiva non sono soddisfatti ed essa *dà luogo a un difetto di conformità*, restano salvi i diritti del consumatore al ripristino della conformità del contenuto digitale o del servizio digitale, alla riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto, normativamente previsti (considerando n. 77 direttiva 2019/771/UE).

69 Per l'esame della disciplina consumeristica in materia e, in particolare, delle vicende modificative unilaterali nei contratti del turismo organizzato e dello ius variandi bancario, sia consentito il rinvio a Gambini, M.: *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000, p. 239 ss., p. 261 ss.; Id.: *Ius variandi nella subfornitura e nei contratti bancari, quale espressione di uno speciale potere conformativo del rapporto contrattuale*, in AA.VV.: *Scritti in memoria di Mario Buoncristiano*, Napoli, 2002, p.453 ss.

70 Sugli obblighi informativi e la trasparenza come limiti all'operatività dello ius variandi, v. Gambini, M.: *Fondamento e limiti dello ius variandi*, cit., p. 223 ss.

71 Sui limiti di tale strumento di autotutela privata, legati al fatto che trattasi di rimedio operante *ex post* che non riesce ad impedire la modifica unilaterale, ma consente soltanto lo scioglimento unilaterale del rapporto contrattuale, sia consentito il rinvio a Gambini, M.: *o.u.c.*, p. 247 ss.

Nel senso dell'ulteriore estensione degli obblighi informativi alla fase che segue la conclusione dei contratti di accesso ai servizi della società dell'informazione, rilevano anche le informazioni che, salvo differente accordo tra parti diverse dai consumatori, devono essere fornite, senza ingiustificato ritardo e per via telematica, dal prestatore nella ricevuta dell'ordine del destinatario del servizio, ai sensi dell'art. 13, comma 2, d.lg. n. 70 del 2003.

Si ritiene che l'obbligo di rilasciare tale ricevuta non entri a far parte del procedimento di formazione del contratto, ma segua l'ordine effettuato dal destinatario del servizio mediante strumenti telematici destinati alla contrattazione di massa (si pensi all'utilizzo di piattaforme on-line[72]), stante l'eccezione introdotta dall'art. 13, comma 4 del decreto, per i contratti conclusi esclusivamente mediante posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti, collocandosi, appunto, nella fase successiva dell'esecuzione del rapporto[73].

Quanto al contenuto, la ricevuta deve comprendere un riepilogo delle condizioni generali e particolari applicabili al contratto, le informazioni relative alle caratteristiche essenziali del bene o del servizio, nonché l'indicazione dettagliata del prezzo, dei mezzi di pagamento, del recesso, dei costi di consegna e dei tributi applicabili, ancora una volta, a garanzia della trasparenza del contratto[74] e a vantaggio della parte debole del rapporto contrattuale, in riferimento a forme di contrattazione nelle quali manchi un canale di comunicazione individuale.

Infine, a dimostrazione dello stretto legame tra informazione e contratto, il professionista, in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, deve fornire al consumatore «copia del contratto firmato o conferma del contratto» su supporto cartaceo o altro mezzo durevole, se il consumatore è d'accordo; e, per i contratti negoziati a distanza, deve dare conferma del contratto al consumatore prima dell'esecuzione del servizio oggetto del contratto oppure al più tardi al momento della consegna del bene (ex artt. 50, comma 1 e 51, comma 7, cod. cons.).

Si tratta di un obbligo informativo confermativo rispetto alle informazioni previste dall'art. 49, comma 1, cod. cons., già comunicate al consumatore in fase precontrattuale e ora meramente ripetute, si ritiene, allo scopo di consentirgli di esercitare i propri diritti: in alcuni casi, la conferma informativa tendendo a garantire la normale esecuzione del rapporto contrattuale; in altri casi, invece,

72 Su cui v., infra, § 6.

73 In tal senso, Tosi, E.: "La dematerializzazione della contrattazione", cit., p. 1264 ss.

74 Anche la previsione di cui all'art. 13, comma 3, d.lg. n. 70 del 2003, ai sensi della quale la ricevuta – al pari dell'ordine – si considera pervenuta, quando la parte alle quale è indirizzata ha la possibilità di accedervi, sembra attribuire rilievo al momento in cui possa ritenersi assolto l'obbligo di informazione che incombe a carico del prestatore.

riguardando le fasi patologiche del rapporto contrattuale e, in particolare, lo svolgersi delle vicende estintive dello stesso. Tra queste, assume particolare rilievo la comunicazione al consumatore in merito al diritto di recesso previsto dall'art. 52, cod. cons. e alle sue modalità di esercizio[75].

VI. INFORMAZIONE E PIATTAFORME ON-LINE.

Dopo l'adozione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico si sono affermati nuovi e innovativi servizi della società dell'informazione, si pensi in particolare alle piattaforme digitali, come i social media e i mercati on-line, che hanno contribuito in modo decisivo alle trasformazioni economiche e sociali avvenute (non solo) nell'Unione europea, cambiando il modo di comunicare, connettersi, consumare e svolgere attività economiche degli individui. Allo stesso tempo, dall'uso dei nuovi servizi sono scaturiti nuovi rischi e nuove asimmetrie informative, legati in particolare all'emergere delle piattaforme on-line (soprattutto di quelle molto grandi).

Per risolvere le nuove asimmetrie informative sollevate dal ricorso a tale servizio digitale, richiamando l'esaminato art. 12, comma 1, lett. a), d.lg. n. 70 del 2003, che impone al prestatore dei servizi della società dell'informazione di fornire al destinatario le informazioni relative alle «varie fasi tecniche della conclusione del contratto», sembra potersi sostenere l'obbligo della piattaforma on-line di informare il destinatario in merito al ruolo svolto nell'operazione contrattuale in via di conclusione, dovendogli cioè comunicare, in modo chiaro e comprensibile, se essa rivesta la funzione di mero intermediario tra fornitore/venditore e utilizzatore/compratore o, invece, operi essa stessa come parte del contratto, dunque, come fornitore o venditore. Al riguardo, si osserva, peraltro, che, di norma, le piattaforme on-line, sebbene tendano a presentarsi quali meri intermediari, non si limitano a favorire lo scambio contrattuale in via di conclusione, ma svolgono un ruolo attivo, partecipando, in varia misura, al processo di formazione dell'accordo (ad es., determinando le condizioni generali di contratto, il prezzo, gestendo le procedure di pagamento, pubblicizzando i contenuti e servizi o beni con elementi digitali offerti per il loro tramite) [76]. Sarà, pertanto, necessario stabilire caso per caso il

75 Sul rimedio generale dello ius poenitendi, cfr. Valentino, D.: *Recesso e vendite aggressive,* Napoli, 1996. Con riguardo alla contrattazione telematica, v. Grisi, G.: *Ius poenitendi e tutela del consumatore* in *Il contratto telematico* (a cura di V. Ricciuto, N. Zorzi), cit., p. 163 ss.; Id., *Negoziazione telematica, informazione e recesso*, in *La tutela del navigatore in Internet* (a cura di A. Palazzo, U. Ruffolo), cit., p. 75 ss.

76 In merito alla possibilità di configurare un dovere della piattaforma *on-line* di rispettare obblighi di informazione relativamente ai contenuti e servizi digitali offerti per il suo tramite, cfr. le osservazioni di De Franceschi, A.: *La vendita di beni con elementi digitali*, cit., p. 67 ss. e spec. p. 76 s. L'Autore evidenzia che le piattaforme on-line, anche ove assumano il ruolo di mero intermediario, si inseriscono attivamente nel flusso di comunicazioni che intercorrono tra utente e fornitore di contenuti e servizi digitali. Alla luce di tale considerazione e dell'ampia formulazione degli artt. 7, § 1, lett. d), direttiva 2019/771/UE e 8, § 1, lett. b), direttiva 2019/770/UE, i quali dispongono che, in sede di valutazione della conformità al contratto dei beni e servizi, debba tenersi conto «delle dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore, o

ruolo effettivamente svolto dalla piattaforma per stabilire se essa debba essere considerata anche come fornitore o venditore, oltre che prestatore intermediario del servizio della società dell'informazione.

Le più recenti iniziative normative dell'Unione europea e, da ultimo, la proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio europeo COM (2020) 825 relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, intesa ad assicurare le condizioni migliori per la prestazione di servizi digitali innovativi nel mercato interno e a rafforzare la sicurezza e la fiducia dei consumatori nell'economia digitale e la protezione dei diritti fondamentali dei destinatari dei servizi[77], introduce nuove misure incentrate sulla trasparenza e sulla previsione di obblighi chiari di informazione asimmetrici per diversi tipi di prestatori di servizi digitali, calibrati in funzione delle loro dimensioni e della natura dei servizi prestati.

Riguardo alle piattaforme on-line, al fine di assicurare ai consumatori un ambiente on-line più sicuro e trasparente, la sezione 3 della proposta introduce una serie di obblighi di informazione applicabili a tutte le piattaforme - esonerando i soli prestatori che siano micro-imprese o piccole imprese -. In particolare, esse, qualora consentano ai consumatori di concludere contratti a distanza con gli operatori commerciali, hanno l'obbligo di acquisire, memorizzare, verificare parzialmente e pubblicare informazioni sugli operatori commerciali che utilizzano i loro servizi, dopo aver fatto quanto possibile per valutare l'attendibilità di tali informazioni (art. 22). La sezione comprende anche obblighi specifici di trasparenza per le piattaforme on-line in relazione alla pubblicità on-line (art. 24) [78].

da altre persone nell'ambito dei passaggi precedenti della catena di transazioni commerciali, compreso il produttore, in particolare nella pubblicità o nell'etichetta», sostiene la rilevanza delle informazioni fornite dalla piattaforma on-line riguardo alle caratteristiche dei contenuti e servizi digitali e beni con elementi digitali offerti..

77 La proposta mantiene fermi gli obiettivi e i principi essenziali della direttiva sul commercio elettronico, in particolare, il divieto di imporre un obbligo generale di sorveglianza a carico dei prestatori di servizi Internet e conserva le norme relative alla responsabilità stabilite dalla direttiva sul commercio elettronico – così come interpretate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha fornito chiarimenti e orientamenti preziosi – affermando che esse rappresentino ormai un fondamento dell'economia digitale e siano essenziali per la tutela dei diritti fondamentali on-line.

78 La sezione 3 introduce obblighi applicabili a tutte le piattaforme on-line, in aggiunta a quelli previsti dalle sezioni 1 e 2. Secondo quanto ivi stabilito, tale sezione non è applicabile alle piattaforme on-line che sono microimprese o piccole imprese ai sensi dell'allegato della raccomandazione 2003/361/CE (art. 16). La sezione introduce l'obbligo per le piattaforme on-line di istituire un sistema interno di gestione dei reclami relativi alle decisioni adottate in relazione a presunti contenuti o informazioni illegali incompatibili con le loro condizioni generali (art. 17). Obbliga inoltre le piattaforme on-line a rivolgersi a organismi certificati di risoluzione extragiudiziale delle controversie per risolvere eventuali controversie con gli utenti dei loro servizi (art. 18). Obbliga ancora le piattaforme on-line a garantire che le notifiche presentate da enti cui è stato riconosciuto lo status di segnalatori attendibili siano trattate in via prioritaria (art. 19) e indica le misure che le piattaforme on-line devono adottare in caso di abusi (art. 20). Questa sezione impone inoltre alle piattaforme on-line di informare le autorità di contrasto competenti qualora vengano a conoscenza di informazioni che destino il sospetto di gravi reati comportanti una minaccia per la vita o la sicurezza delle persone (art. 21). Qualora le piattaforme on-line consentano ai consumatori di concludere contratti a distanza con gli operatori commerciali, la sezione obbliga altresì tali piattaforme a ricevere, memorizzare e pubblicare informazioni specifiche sugli operatori commerciali che utilizzano i loro servizi, dopo aver fatto quanto possibile per valutare l'attendibilità di tal informazioni (art. 22). Tali piattaforme on-line hanno

Il riconoscimento del particolare impatto sulla nostra economia e sulla nostra società delle piattaforme on-line con un ampio raggio d'azione nell'Unione europea, stimato attualmente a oltre 45 milioni di destinatari dei servizi, determina, poi, la fissazione di standard di trasparenza e responsabilità più rigorosi in relazione alle modalità di moderazione dei contenuti da parte dei fornitori di tali piattaforme che si avvalgano di sistemi di raccomandazione (art. 29), alla pubblicità visualizzata sulla loro interfaccia on-line (art. 30) e ai processi algoritmici, nonché ulteriori obblighi specifici di comunicazione trasparente (art. 33)[79].

VII. LA PUBBLICITÀ INFORMATIVA NELLA PRESTAZIONE DEI SERVIZI DELLA SOCIETÀ DELL'INFORMAZIONE.

L'art. 8 del d. lg. n. 70 del 2003 estende l'ambito di rilevanza degli obblighi di informazione e trasparenza alle comunicazioni commerciali che costituiscono un servizio della società dell'informazione o ne sono parte integrante, con ciò sancendo un nesso strettissimo tra momento pubblicitario, momento precontrattuale e conclusione dei contratti di accesso ai servizi Internet. Ai sensi di tale disposizione, le comunicazioni commerciali – e per tali devono intendersi le comunicazioni destinate, in modo diretto o indiretto, a promuovere beni, servizi o l'immagine di un'impresa di un'organizzazione o di un soggetto che esercita un'attività agricola, commerciale, industriale, artigianale o una libera professione – devono ottemperare ad alcuni obblighi di trasparenza, dovendo contenere, sin dal primo invio, in modo chiaro ed inequivocabile, una specifica informativa diretta ad evidenziarne la natura di comunicazioni commerciali, così come chiaramente identificabile deve essere la persona fisica o giuridica per conto della quale esse sono inviate. Allo stesso modo, devono essere identificabili come tali le offerte promozionali di qualsiasi natura, nonché i concorsi o giochi promozionali.

anche l'obbligo di organizzare la propria interfaccia in modo da consentire agli operatori commerciali di rispettare il diritto dell'Unione in materia di tutela dei consumatori e sicurezza dei prodotti (art. 22-bis). Le piattaforme on-line sono inoltre obbligate a pubblicare relazioni sulle loro attività riguardanti la rimozione delle informazioni che si ritiene costituiscano contenuti illegali o contrari alle loro condizioni generali e la disabilitazione dell'accesso alle stesse (art. 23). La sezione comprende anche obblighi di trasparenza per le piattaforme on-line in relazione alla pubblicità on-line (art. 24).

79 La sezione 4 stabilisce altri obblighi, oltre a quelli previsti nelle sezioni da 1 a 3, a carico delle piattaforme on-line di dimensioni molto grandi (come definite dall'art. 25) per la gestione dei rischi sistemici. Le piattaforme on-line di dimensioni molto grandi hanno l'obbligo di compiere valutazioni dei rischi in relazione ai rischi sistemici derivanti dal funzionamento e dall'uso dei loro servizi o connessi a tale uso e funzionamento (art. 26), nonché di adottare misure ragionevoli ed efficaci per l'attenuazione di tali rischi (art. 27). Tali piattaforme devono anche sottoporsi a audit esterni e indipendenti (art. 28). La sezione comprende anche un obbligo specifico per i casi in cui le piattaforme on-line di dimensioni molto grandi si avvalgano di sistemi di raccomandazione (art. 29) o visualizzino pubblicità on-line sulla loro interfaccia on-line (art. 30). La sezione fissa, inoltre, le condizioni alle quali le piattaforme on-line di dimensioni molto grandi forniscono l'accesso ai dati al coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento o alla Commissione e a ricercatori abilitati (art. 31), e stabilisce l'obbligo di nominare uno o più responsabili della conformità per garantire il rispetto degli obblighi sanciti dal regolamento (art. 32) nonché ulteriori obblighi specifici di comunicazione trasparente (art. 33).

Il senso di tale disposizione si spiega ove si rifletta sul ruolo essenziale assolto dalle comunicazioni commerciali per il finanziamento dei servizi della società dell'informazione e per lo sviluppo stesso di un'ampia gamma di nuovi servizi gratuiti, (si pensi ai siti che forniscono informazioni su rete, alla connettività), che devono naturalmente essere sovvenzionati dalla pubblicità. E qualora si considerino i problemi di tutela degli interessi degli utenti e, più in generale, di garanzia della correttezza delle operazioni negoziali realizzate, connessi all'utilizzo, sempre più frequente, di forme di distribuzione dei servizi Internet che trovano la loro remunerazione proprio nel fatto che l'Internet service provider consente ad altre imprese di utilizzare il servizio prestato per scopi pubblicitari.

L'art. 8 del decreto sugli obblighi di informazione per la comunicazione commerciale, va letto, peraltro, in stretto collegamento con il successivo art. 9 sulla comunicazione commerciale non sollecitata, con cui interviene a disciplinare l'intero fenomeno della comunicazione pubblicitaria via Internet. Se, infatti, lo strumento più diffuso attraverso cui si attua la pubblicità in Internet è rappresentato dall'invio di informazioni commerciali attraverso la posta elettronica – per i costi ridotti che comporta insieme alla possibilità di raggiungere un pubblico estremamente vasto di consumatori – al largo utilizzo di tale mezzo comunicativo si accompagna quale risvolto negativo il c.d. spamming, consistente nell'invio indiscriminato di una miriade di messaggi commerciali ad utenti che si trovano la casella di posta elettronica intasata da comunicazioni non richieste, che vengono aperte per verificarne il contenuto ed il mittente, andando incontro ai costi dei tempi di connessione necessari per scaricare i messaggi[80], oltre al fastidio dell'interruzione dell'attività che si stava svolgendo.

Oggi, grazie alle disposizioni in esame, le comunicazioni commerciali devono essere identificabili come tali, in modo chiaro e inequivocabile, fin dal momento in cui il destinatario le riceve, così da rendere immediatamente riconoscibile lo scopo pubblicitario cui tendono; allo stesso modo, deve essere chiaramente identificabile la persona fisica o giuridica per conto della quale esse sono inviate. Ciò consentirà al navigatore di evitare di aprire i messaggi indesiderati, ma non di opporsi allo scaricamento automatico della posta elettronica pervenuta al proprio indirizzo e-mail e al conseguente aggravio di costi impliciti nella ricezione di tali messaggi.

Al navigatore sarà, comunque, consentito di esercitare il diritto di opporsi per il futuro all'ulteriore invio di comunicazioni commerciali non sollecitate, ex art. 9; diritto al quale dovrà essere fatta espressa menzione in tutti i messaggi pubblicitari non sollecitati inviati.

80 Ciò, peraltro, in contrasto col disposto del considerando n. 30 della direttiva 2000/31/CE, ai sensi del quale «l'invio per posta elettronica di comunicazioni commerciali non sollecitate non dovrebbe dar luogo a costi supplementari di comunicazione per il destinatario».

Il modello normativo accolto nella normativa sul commercio elettronico è, dunque, quello dell'assenza di consenso preventivo rispetto alla prima comunicazione commerciale e della possibilità di opposizione successiva al primo invio: dunque, una forma di tutela normativa che obbliga il destinatario ad un comportamento attivo di opposizione alle comunicazioni commerciali indesiderate, mediante iscrizione in registri negativi. A tale riguardo, l'art. 7 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico stabilisce che gli Stati membri adottino i provvedimenti necessari per far sì che i prestatori intermediari che inviano per posta elettronica comunicazioni commerciali non sollecitate, consultino regolarmente e rispettino i registri negativi in cui possono iscriversi le persone fisiche che non desiderano riceverle.

Il legislatore europeo nella normativa sul commercio elettronico sceglie, pertanto, la strada di non vietare la pratica dello spamming, ma di assoggettarla ad un filtro di ammissibilità in grado di garantire all'utente la libertà di opporsi al ricevimento della comunicazione commerciale non sollecitata. E facendo, in ogni caso salvo il disposto del d.lg. n. 185 del 1999, sui contratti a distanza (abrogato dal d.lg. 6 settembre 2005, n. 206) e del d.lgs. 13 maggio 1998, n. 171, recante norme in materia di tutela della riservatezza nel settore delle telecomunicazioni (abrogato e sostituito dal codice sulla protezione dei dati personali, c.d. codice privacy, emanato con d.lg. 30 giugno 2003, n. 196 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2004, integrato con le modifiche introdotte dal d.lg. 10 agosto 2018, n. 101, recante "Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)".

Gli interventi normativi in materia di privacy nelle comunicazioni elettroniche sembrano, invece, aver sancito il definitivo divieto di pratiche pubblicitarie che utilizzino comunicazioni commerciali non sollecitate, assoggettandone l'impiego al consenso preventivo dell'interessato. In tal senso dispone, in particolare, l'art. 13 della direttiva 2002/58/CE – relativa alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, cui ha dato attuazione il codice privacy – ora art. 130 del codice privacy[81], sulle comunicazioni indesiderate, che subordina al consenso preventivo del contraente o utente le comunicazioni elettroniche effettuate per l'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale, mediante posta elettronica, telefax, messaggi del tipo mms o sms o di altro tipo (commi 1 e 2).

81 L'art. 11 d.lg. n. 101 del 2018 ha mantenuto invariato il testo dell'art. 130 del codice privacy, se si eccettua l'aggiornamento dei rinvii normativi alle nuove disposizioni del Regolamento privacy europeo.

Viene prevista un'unica eccezione, nell'ambito dei normali rapporti instaurati con la clientela, laddove si riconosce al titolare del trattamento il diritto di utilizzare le coordinate di posta elettronica fornite dall'interessato nel corso di una precedente transazione commerciale, a scopi di commercializzazione diretta di propri analoghi prodotti e servizi, anche senza il consenso dell'interessato stesso, a condizione che questi, adeguatamente informato, non rifiuti tale uso, inizialmente o in occasione di successive comunicazioni. Inoltre, l'interessato, al momento della raccolta e in occasione dell'invio di ogni comunicazione effettuata per le indicate finalità, deve essere informato della possibilità di opporsi in ogni momento al trattamento, in maniera agevole e gratuitamente (comma 4).

Viene, altresì, inserito il divieto della prassi frequente degli operatori on-line, di inviare comunicazioni per le finalità di cui al comma 1, o comunque a scopo promozionale, camuffando o celando l'identità del mittente da parte del quale la comunicazione è effettuata o in violazione dell'articolo 8 del d.lg. n. 70 del 2003 o senza fornire un idoneo recapito presso il quale l'interessato possa esercitare i diritti di cui all'art. 15 e 22 del Regolamento privacy europeo o esortando i destinatari a visitare siti web che violino il predetto articolo 8 del d.lg. n. 70 del 2003.

In caso di reiterata violazione delle disposizioni in esame, il Garante può prescrivere, nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 58 del Regolamento, ai fornitori dei sevizi di comunicazione elettronica di adottare procedure di filtraggio dei flussi di corrispondenza telematica o altre misure praticabili relativamente alle coordinate di posta elettronica da cui sono state inviate le comunicazioni. Di più, ai sensi dell'art. 167, comma 1, del codice, che rinvia anche all'art. 130, il trattamento attuato, tra l'altro, in violazione della norma di cui trattasi, con volontà di arrecare danno o di trarre profitto e provocando un effettivo nocumento, costituisce un illecito penale.

Resta fermo, inoltre, in ogni caso, il diritto dell'interessato di opporsi in qualsiasi momento, ai sensi dell'art. 21, § 2 del Regolamento, al trattamento di dati personali che lo riguardano per finalità di marketing diretto, compresa la profilazione connessa al marketing, rientrante tra i trattamenti automatizzati, ex art. 4, § 4 del Regolamento. La norma non modifica quanto già garantiva l'art. 7, comma 4, lett. b, del codice privacy, che riconosceva all'interessato un diritto incondizionato di opposizione, con motivo legittimo in re ipsa, al trattamento a fini di marketing. A fronte dell'opposizione dell'interessato, i dati personali non sono più trattati per tali finalità (art. 21 § 2 del Regolamento).

Il complesso regime normativo descritto pone in capo al prestatore del servizio, mittente del messaggio indesiderato, l'onere di provare il carattere «sollecitato» della comunicazione commerciale spedita mediante e-mail o Sms (ex art. 9 del

d.lg. n. 70 del 2003), ovvero, il consenso libero, specifico e informato all'invio manifestato in precedenza dall'interessato.

In materia di comunicazioni commerciali non sollecitate, si sono, pertanto, venute a sovrapporre più disposizioni dal contenuto in parte diverso, che hanno finito col creare una condizione di ambiguità di fondo, che non facilita l'adozione di comportamenti chiari e univoci da parte degli operatori on-line. In questa situazione, sembra potersi interpretare l'art. 9 del d. lg. n. 70 del 2003 nel senso che occorra sempre il consenso espresso dell'interessato all'invio di comunicazioni commerciali non sollecitate – fatta salva la segnalata eccezione – e che, in aggiunta, ogni volta che si spedisca una comunicazione di questo tipo, debba essere ricordato al destinatario il proprio diritto di opporsi ad ulteriori comunicazioni analoghe. Ciò anche alla luce dei considerando n. 14 e 30 della direttiva 2000/31/CE: la prima disposizione, esclusa la libera circolazione dei dati personali tra gli Stati membri dal proprio àmbito di interesse, stabilisce, infatti, che l'applicazione della direttiva debba essere pienamente conforme ai principi relativi alla protezione dei dati personali, in particolare proprio per quel che riguarda le comunicazioni commerciali non richieste, oltre che per il regime di responsabilità degli intermediari. La seconda, contiene, invece, un espresso rinvio della disciplina del consenso dei destinatari delle comunicazioni commerciali non sollecitate alle direttive 97/7/CE e 97/66/CE.

Sul piano sanzionatorio, la violazione degli obblighi informativi normativamente imposti ai sensi degli artt. 7-12 della disciplina sul commercio elettronico, è sanzionata dalla previsione di un puntuale rimedio normativo, rappresentato dalle sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'art. 21, d.lg. n. 70 del 2003.

Conclusivamente, nel mercato digitale, l'informazione assume una valenza generale ed è chiamata a svolgere la funzione fondamentale di promuovere una contrattazione consapevole ex ante e responsabile ex post, potendosi guardare agli obblighi informativi introdotti dalle leggi speciali intervenute in tempi recenti a regolare i contratti di accesso ai contenuti e servizi Internet come a segmenti ordinati di una serie procedimentale unitaria, tendente a rendere chiaro e intellegibile il contratto in tutte le sue fasi – promozione, trattativa, conclusione ed esecuzione – in attuazione di un generale principio di trasparenza, con le specifiche connotazioni che esso viene ad assumere nella specie, di tutela dei destinatari dei servizi Internet, siano essi o meno consumatori, in funzione di riequilibrio (informativo) delle posizioni reciproche delle parti del rapporto contrattuale.

BIBLIOGRAFIA

Alessi, R.: "Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale", *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 311 s.

Alessi, R.: *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo* (a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto), II, Milano, 2007.

Alpa, G.: "Consumatori e utenti, il problema dell'informazione", *Dir. inf. e inform.*, 1985, p. 86.

Alpa, G.: "Il ruolo dell'informazione nella tutela del consumatore", *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 815.

Alpa, G.: "La «trasparenza» del contratto nei settori bancario, finanziario ed assicurativo", *Econ. dir. terz.*, 1992, p. 655 ss.

Alpa, G.: *Autodisciplina e codici di condotta*, in *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente* (a cura di P. Zatti), Padova, 1996.

Alpa, G.: *Le «fonti» del diritto civile*: *policentrismo normativo* e *controllo sociale*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del 1° Convegno nazionale S.I.S.Di.C., Napoli, 2006.

Amadio, G.: *Il terzo contratto. Il problema,* in Gitti, G., Villa, G.: *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

Amato, C.: *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori*, Milano, 2003.

Astone, M.: "Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra direttiva 25-10-2011 n. 83 e d.lgs. 21-2-2014 n. 24. Ambito applicativo: i contratti standard di servizi di assistenza legale", *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 671 ss.

Astone, M.: "Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo", *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1 s.

Battelli, E.: "L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e "nuovi" diritti", *Eur. dir. priv.,* 2014, pp. 927 ss.

Battelli, E.: "La nuova disciplina degli obblighi informativi nei contratti con i consumatori", *Giur. it.,* 2014, 11, c. 2612 s.

Battelli, E.: *Artt. 48-51 cod. cons.,* in *Il Codice del consumo* (a cura di V. Cuffaro), IV ed., Milano, 2015.

Battelli, E.: *I contratti del commercio on line*, in *Diritti e tutele dei consumatori* (a cura di G. Recinto, L. Mezzasoma, S. Cherti), Napoli, 2014.

Benatti, F.: voce *Responsabilità precontrattuale*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur. Trecc.*, XVII, Roma, 1991, p. 8.

Benedetti A.M.: voce *Contratto asimmetrico,* in *Enc. dir.,* Annali, V, Milano, 2012.

Bianca, C. M.: *Diritto civile, 3, Il contratto,* Milano, 2000.

Cafaggi, F.: voce *Pubblicità commerciale*, in *Dig. disc. priv. (sez. comm.)*, XI, Torino, 1995.

Camardi, C.: "La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo", *www.juscivile.it,* 2013, p. 317 ss.

Clarizia, R.: voce *Contratto informatico (per l'oggetto e per il mezzo),* in *Enc. dir., Aggiornamento*, II, Milano, 1998.

Cuffaro, V.: "Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21", *Corr. giur.* I, 2014, p. 747;

Cuffaro, V.: *La responsabilità precontrattuale nella contrattazione telematica*, in *Il contratto telematico* (a cura di V. Ricciuto, N. Zorzi), in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.* (diretto da F. Galgano), vol. XXVII, Padova, 2002.

D'Amico, G.: "Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?", *Contratti*, 2012, VII, p. 612.

D'Amico, G.: *"Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto,* Napoli, 1996.

D'Amico, G.: *Introduzione*, in *La riforma del codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014* (a cura di G. D'Amico), Padova, 2015.

De Cristofaro, G.: "La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato"*, Nuove leggi civ. comm.,* 2014, p. 929.

De Cristofaro, G.: *La direttiva 2011/83/UE sui «diritti dei consumatori»: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali,* in *Annuario del contratto* (a cura di A. D'Angelo-V. Roppo), Torino, 2011.

De Franceschi, A., Lehmann, M.: "Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori", *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 419 ss.

De Franceschi, A.: *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2019.

De Nova, G.: "Informazione e contratto: il regolamento contrattuale", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 708 ss.

De Nova, G.: *I contratti di accesso ad Internet,* in *AIDA,* Milano, 1996.

De Poli, M.: *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.

Delfini, F.: "La novella del codice del consumo in tema di contratti a distanza dei consumatori. Prime considerazioni sul D.lg. 21/2014 di attuazione della direttiva 2011/83/UE (Commento a d.lg. 21 febbraio 2014, n. 21)", *Riv. dir. priv.,* 2015, p. 189 ss.

Delfini, F.: *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002.

Di Donna, L.: *Gli obblighi di informazione nella disciplina dei contratti con il consumatore*, in *I diritti dei consumatori* (a cura di G. Alpa), Torino, 2009, p. 272 ss.

Di Donna, L.: *Obblighi informativi precontrattuali*, Milano, 2008.

Di Giovanni, F.: *Gli intermediari dell'e-commerce*, in *Commercio elettronico e categorie civilistiche* (a cura di S. Sica, P. Stanzione), Milano, 2002.

Di Giovanni, F.: *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998.

Di Majo, A.: *Delle obbligazioni in generale* (artt. 1173-1176), in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Bologna-Roma, 1988.

Di Nella, L.: *La tutela dei consumatori*, in *Il diritto della distribuzione commerciale* (a cura di L. Di Nella, L. Mezzasoma, V. Rizzo), Napoli, 2008.

Dore, G.: "I doveri di informazione nella rete degli scambi commerciali telematici", *Giur. merito*, 2013, p. 2569B.

Febbrajo, T.: "L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali", *Contr. impr. Eur.*, 2015, p. 478.

Finocchiaro, G.: *I contratti di informatica,* in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario* (diretto da F. Galgano), II, Torino, 1995.

Finocchiaro, G.: *I contratti informatici*, Padova, 1997.

Franco, R.: *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche,* Padova, 2010.

Gallo, P.: "Asimmetrie informative e doveri di informazione", *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 641 s.

Gambini, M.: *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000.

Gambini, M.: *Gli inadempimenti contrattuali dell'Internet* service provider – 5. *Gli obblighi informativi*, in *I contratti informatici* (a cura di R. Clarizia), in *Trattato dei contratti* (diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli), 2007, Torino.

Gambini, M.: *Ius variandi nella subfornitura e nei contratti bancari, quale espressione di uno speciale potere conformativo del rapporto contrattuale,* in AA.VV.: *Scritti in memoria di Mario Buoncristiano*, Napoli, 2002.

Gambini, M.: *La responsabilità civile telematica*, in *Internet e diritto civile* (a cura di C. Perlingieri e L. Ruggeri), Napoli, 2015.

Gambini, M.: *Le responsabilità civili dell'Internet service provider,* Napoli, 2006.

Gambini, M.: *Standardizzazione degli obblighi di diligenza e colpa professionale dell'Internet service provider*, in *I contratti informatici* (a cura di R. Clarizia), in *Trattato dei contratti* (diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli), 2007, Torino.

Gentili, A.: "L'inefficacia del contratto telematico", *Riv. dir. civ.,* 2000, p. 747 ss.

Ghidini, G., Estrangeros, F.: *La libera circolazione dei servizi della società dell'informazione nella comunità europea e la tutela degli acquirenti* online, in *La tutela del navigatore in Internet* (a cura di A. Palazzo, U. Ruffolo), Milano, 2002.

Granelli, C.: "«Diritti dei consumatori» e tutele nella recente novella del Codice del Consumo", *Contratti*, 2015, p. 59 s.

Grisi, G.: *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* (a cura di S. Mazzamuto), Torino, 2002.

Grisi, G.: *Ius poenitendi e tutela del consumatore* in *Il contratto telematico* (a cura di V. Ricciuto, N. Zorzi), in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.* (diretto da F. Galgano), vol. XXVII, Padova, 2002.

Grisi, G.: *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.

Grisi, G.: *Negoziazione telematica, informazione e recesso*, in *La tutela del navigatore in Internet* (a cura di A. Palazzo, U. Ruffolo), Milano, 2002.

Grisi, G.: voce *Informazione (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011.

Grisi, G.: voce *Informazione (Obblighi di)*, in *Enc. giur. Treccani, agg.*, Roma, 2006.

Lipari, N.: "La formazione negoziale del diritto", *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 307 ss.

Marcatajo, G.: "Asimmetrie informative e tutela della trasparenza nella politica comunitaria di consumer protection: la risposta della normativa sulle clausole abusive", *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 752.

Mazzamuto, S.: "La nuova direttiva sui diritti dei consumatori", *Eur. dir. priv.*, 2011, pag. 861.

Mengoni, L.: "Sulla natura della responsabilità precontrattuale", *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 370.

Minervini, E.: "La trasparenza contrattuale", *Contratti*, 2011, p. 977 ss.

Monina, M.: "Obblighi di informazione e contratti informatici", *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 115 ss.

Nazzaro, A.C.: *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali,* Napoli, 2000.

Occhiuzzi, P.: "Gli obblighi informativi", *Corriere giur. Speciale*, p. 15.

Pagliantini, S., Salvi, G.: *artt. 48, 49,* in *Codice del Consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di E. Capobianco, L. Mezzasoma e G. Perlingieri), II edizione, Napoli, 2018, p. 301 ss.

Pagliantini, S.: "Il neoformalismo contrattuale dopo i d.lgs n. 141/10, n. 79/11 e la Dir. 2011/83/UE: una nozione (già) vieille renouvelée", *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, II, p. 325 ss.

Pagliantini, S.: "La riforma del Codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)", *Contratti*, 2014, p. 803

Palmieri, A., Pardolesi, R.: *Gli «access contracts»: una nuova categoria per il diritto dell'età digitale*, in *Le banche di dati giuridici* (a cura di F. Di Ciommo), Milano, 2002, p. 8.

Palmieri, A.: "La direttiva sui diritti dei consumatori (direttiva 25 ottobre 2011 n. 2011/83/Ue)", *Foro it*., V, 2012, c. 181 ss.

Palmieri, A.: *I contratti di accesso*, Milano, 2002.

Pardolesi, R.: *Prefazione*, in Colangelo, G.: *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata,* Torino 2004, p. XIII;

Pasquino, T.: *Servizi informatici e criteri di responsabilità*, Roma, 2003, p. 302 ss.

Perez Pereira, M.: *La tutela del navigatore in Internet: profili di diritto comunitario e comparato*, in *La tutela del navigatore in Internet* (a cura di A. Palazzo, U. Ruffolo), Milano, 2002.

Perlingieri, G.: *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003.

Perlingieri, P.: "«Il giusto rimedio» nel diritto civile", *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss.

Perlingieri, P.: "Mercato, solidarietà e diritti umani", *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 90 ss.

Perlingieri, P.: "Nuovi profili del contratto", *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 545 ss.;

Perlingieri, P.: *L'informazione e il contratto*, in Id.: *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 369 ss.

Ravazzoni, A.: *La formazione del contratto*, Milano, 1966, 145.

Rescigno, P.: voce *Obbligazioni (nozioni),* cit., pp. 142 e 160.

Rifkin, J.: *The age of access*, New York, 2000, trad. it., *L'era dell'accesso*, Milano, 2000, p. 6 s.

Riva, I.: "La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che resta", *Contr. impr. Eur.*, 2011, p. 754 ss.

Rizzo, V.: *Trasparenza e "contratti del consumatore" (La novella al codice civile),* Napoli, 1997.

Roppo, V.: "L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo", *Riv. dir. priv.,* 2004, p. 757.

Roppo, V.: "Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?", *Corr. giur.*, 2009, p. 279-280.

Roppo, V.: "Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?", *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 5-7.

Roppo, V.: *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, p. 54.

Rossello, C.: *Commercio elettronico. La governance di Internet tra diritto statuale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Milano, 2006, p. 21.

Rossello, C.: *Gli obblighi informativi del prestatore di servizi*, in *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina* (a cura di C. Rossello, G. Finocchiaro e E. Tosi), Torino, 2003, p. 35 ss.

Rossello, C.: *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, Milano, 1997.

Sacco, R.: *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (a cura di F. Vassalli), VI, 2, Torino, 1975.

Scalisi, V.: "Il diritto europeo dei rimedi", *Riv. dir. civ.,* 2007, I, 852 ss.

Scalisi, V.: "Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti", *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 489.

Sica, S.: *Il contratto «nella rete»,* in Comandè, G., Sica, S.: *Il commercio elettronico. Profili giuridici,* Torino, 2001.

Tosi, E.: "La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21", *Contr. impr.*, 2014, p. 1264.

Valentino, D.: *I computer service contracts e l'informatizzazione delle imprese*, in *Manuale di diritto dell'informatica* (a cura di D. Valentino), Napoli, 2004, p. 285 ss.

Valentino, D.: *Obblighi di informazione. Contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999.

Valentino, D.: *Recesso e vendite aggressive,* Napoli, 1996.

Visintini, G.: *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.

Zeno-Zencovich, V.: "La tutela del consumatore nel commercio elettronico", *Dir. inf.,* 2000, p. 450.

LA REGULACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA Y SU REPERCUSIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO*

THE REGULATION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE EUROPEAN UNION AND ITS IMPACT ON THE INSURANCE CONTRACT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3612-3641

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación "Nuevos retos en el Derecho de seguros: hacia un mercado asegurador más transparente y competitivo" (ref.: DER2017-87993-P), financiado por FEDER/ Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades – Agencia Estatal de Investigación/ Proyecto.

Pablo
GIRGADO
PERANDONES

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Los sistemas de inteligencia artificial (IA) desempeñan cada día más una función destacada en el desarrollo de la actividad económica. No obstante, su aplicación suscita riesgos en las empresas y miedos en los consumidores. Po ello, la Unión Europea promueve un marco jurídico fiable y común, que genere confianza entre los ciudadanos. En una primera parte, el artículo analiza su proceso de elaboración y dedica una atención especial a la Propuesta reciente de Reglamento comunitaria -de 21 de abril de 2021-, calificada como "Ley de Inteligencia Artificial". En la segunda parte, se aborda las implicaciones jurídicas que estos sistemas tienen en el negocio asegurador, poniéndose de manifiesto cuáles son sus riesgos, especialmente para los consumidores, y postulando el establecimiento de medidas de control y protección útiles para alcanzar la necesaria transparencia en la contratación de seguros.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial; riesgos; regulación comunitaria; contrato de seguro; transparencia y protección.

ABSTRACT: *Artificial intelligence (AI) systems play an increasingly prominent role in the development of economic activity. However, its application raises risks in companies and fears in consumers. For this reason, the EU authorities promote a reliable and common legal framework to gain trust among European citizens. In the first part, the article analyzes its developing process and pays special attention to the recent Proposal of Community Regulation -of April 21, 2021-, classified as "Artificial Intelligence Law". In the second part, the legal implications that these systems have on the insurance business are addressed, showing what their risks are, especially for consumers, and postulating the establishment of control and protection measures useful to achieve the necessary transparency in the insurance policies.*

KEY WORDS: Artificial intelligence (AI); risks; regulation in the European Union; insurance; transparency and protection.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS INTENTOS DE ELABORACIÓN DE UN MARCO COMÚN REGULADOR DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA).- 1. Primeros pasos.- 2. Las propuestas regulatorias del Parlamento Europeo .- A) La propuesta relativa a los aspectos éticos de la IA, la robótica y las tecnologías conexas.- B) La propuesta relativa al establecimiento de un régimen de responsabilidad civil por la actuación de los sistemas de IA.- III. EL REGLAMENTO DE ARMONIZACIÓN EN MATERIA DE IA ("LEY DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL").- 1. Contexto jurídico. Razones y objetivos.- 2. Notas características de la propuesta.- IV. LAS IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) EN EL SEGURO.- 1. Significación jurídica.- 2. Transparencia y protección del consumidor de seguros.- 3. La exigencia de un control de los riesgos.- 4. Nuevos riesgos ligados a la aplicación de la IA.-

I. INTRODUCCIÓN.

La inteligencia artificial (IA) es uno de los fenómenos más relevantes y con mayor repercusión en la sociedad actual. El riesgo inherente a su aplicación y el peligro de su funcionamiento sin control requiere de la intervención del legislador a fin de prevenir y enfrentar la amplia variedad de interrogantes que, sin duda, suscita en la actividad empresarial. No obstante la referencia habitual a su carácter disruptivo, los principios básicos empleados para su regulación se mantienen, lo cual hace siquiera más necesario la consulta de obras clásicas como las del "professore" Cesare Massimo Bianca, a cuyo magisterio homenajeamos en las siguientes líneas[1], y de quien siempre destacó su permanente interés por las cuestiones más novedosas[2].

Más bien, la influencia decisiva que tiene en nuestros días el fenómeno de la IA radica en la dimensión internacional inherente a los sistemas que la aplican. En especial, porque un tratamiento jurídico individual por cada Estado resultaría una solución claramente insuficiente y parcial y, en consecuencia, supondría que la industria dedicada a la IA se traslade a aquellos países no reguladores, que actuarían a modo de paraísos fiscales para la IA[3]. Por ello, y como se pone de manifiesto a lo largo de este trabajo, está justificada la necesidad de una regulación a nivel supranacional, como la que es objeto ahora de atención en el ámbito de la Unión Europea.

1 Entre muchas, cabe destacar su obra en varios volúmenes *Diritto Civile*, ed. Giuffrè.

2 Especialmente, por lo que ahora interesa reseñar, son bien conocidas sus relevantes aportaciones en temas relativos a la firma digital y el derecho de las tecnologías de la información; entre muchas, v. la obra realizada bajo su dirección, *La protezione dei dati personali*, CEDAM, Padova, 2007.

3 López Oneto, M.: *Fundamentos para un Derecho de la inteligencia artificial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 20.

• Pablo Girgado Perandones
Profesor titular de Universidad, Universitat Rovira i Virgili (Tarragona). Correo electrónico: pablo.girgado@urv.cat.

Por otro lado, a la hora de analizar esta nueva tecnología, no podemos tampoco obviar la ideología -el trashumanismo- que la trasciende y de cuyas graves consecuencias se ha advertido por los expertos en la materia[4]. En cierta medida, su regulación -recientemente calificada como "Derecho de la IA"- es un freno a los excesos de esta nueva ideología y, además, sirve como mecanismo imprescindible para ajustarla a un uso correcto y respetuoso con la dignidad de la persona[5].

Al mismo tiempo, el desarrollo exponencial de las nuevas tecnologías, calificado como la cuarta revolución digital[6], y su incorporación progresiva a la actividad empresarial ha supuesto un impacto en todas las actividades económicas, especialmente las financieras[7]. La digitalización se instrumentaliza a través de la IA, y se sirve de los algoritmos como recurso para la elaboración de una ingente cantidad de datos, que convenientemente, ordenada permite las más diversas actuaciones. Entre muchas, cabe destacar la modulación que permite en la contratación a través de los llamados "contratos inteligentes" ("smart contracts")[8]. Un riesgo inherente a esta actuación explica el intento de delimitación de la responsabilidad civil -y de su cobertura- por las entidades aseguradoras a fin de emplearlo en el proceso de digitalización de los productos financieros que elaboran para sus clientes, como se verá más adelante.

Durante los últimos años, el Derecho del seguro en España se encuentra inmerso en un proceso modernizador que ha permitido consolidar las bases para una mayor transparencia y competitividad en la actividad aseguradora. Claro reflejo de ello son los cambios legislativos en la ordenación[9] y en la distribución de seguros[10].

4 Sobre los peligros de esta nueva ideología, v. López Oneto, M.: *Fundamentos*, cit., pp. 20 ss.

5 Aunque puede parecer algo obvio, entendemos que es importante puntualizar el significado auténtico de la calificación como "artificial" a esta "inteligencia". Frente a una aparente ajenidad -incluso separación- de la inteligencia humana, la realidad es que, tanto en su origen como en su configuración, procede del ingenio humano. La traducción inglesa de "artificial" puede suscitar algunas dudas en este sentido, a diferencia de otras lenguas que identifican claramente esta procedencia (así, en el caso alemán se denomina como "Künstliche Intelligenz", KI). No obstante, como resalta el DRAE, en sus acepciones primera y tercera del adjetivo "artificial": "hecho por mano o arte del hombre", "producido por el ingenio humano". La correspondiente a inteligencia artificial se remite al ámbito informático ("Disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico").

6 Expresión acuñada por Klaus Schwab, fundador del Foro Económico Mundial en su edición de 2016.

7 Más en detalle, v. Fernández De Lis, S./ Urbiola Ortún, P.: "Transformación digital y competencia en el sector financiero", *Información Comercial Española* (*ICE*), núm. 905, 2018, pp. 73 ss.

8 Cabe considerar otras opciones, como el aseguramiento a medida (*on demand*) o también las coberturas dinámicas (*wearables*), como indica Tapia Hermida, A.J.: "Insurtech", cit., pp. 553-554.

9 Con la Ley 20/2015, de 14 de julio, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras). Entre muchos, v. los trabajos dedicados en AA. VV.: *Un Derecho del seguro más social y transparente* (dir. por J. Bataller grau y M. J. Peñas Moyano), Aranzadi, Cizur Menor, 2017. Recientemente, sobre el tema, v. Benito Osma, F.: *La transparencia en el mercado asegurador*, Comares, Granada, 2021.

10 Como es objeto de crítica generalizada por la doctrina, la norma de distribución de seguros no reside en un texto específico y con título propio, sino que, desgraciadamente, se encuentra comprendida en un Real Decreto-Ley de medidas urgentes -el núm. 3/2020, de 4 de febrero- con una denominación aséptica

En esta tesitura, la industria aseguradora se encuentra inmersa en un período de transformación y de adaptación a un entorno digital de gran envergadura tanto en su actividad negocial como en su organización empresarial. Claro ejemplo de ello es la reciente aprobación de la Ley 7/2020, de 13 de noviembre, para la transformación digital del sistema financiero[11]. Cabe advertir que este fenómeno -tecnoseguros o "insurtech"[12]- se despliega, de manera indistinta, por las entidades exclusivamente digitales o por las entidades aseguradoras tradicionales. Del mismo modo, ambas realizan esta actividad de forma alternativa o cumulativa a las tradicionales del seguro[13].

Igualmente, la tecnología no sólo está sirviendo como una herramienta para la eficiencia en la industria aseguradora, sino que también está transformando los diferentes aspectos de "la cadena de valor"[14]. Ello implica nuevos retos -no exclusivos de la actividad aseguradora- derivados de la utilización de los datos personales y la IA que reclaman, por un lado, la adaptación de la legislación vigente a las cuestiones de carácter ético y jurídico relacionadas con la IA y, además, un marco regulador europeo, efectivo y con visión de futuro, que evite el exceso de regulación, limitándose a subsanar aquellas lagunas jurídicas existentes y aumentar la seguridad jurídica para las empresas y para los ciudadanos.

Este escenario de nuevos retos en el sector asegurador supone la necesidad de un análisis en profundidad de las previsiones europeas en la regulación de la IA

a las diversas Directivas de la Unión Europea que son objeto de incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. Así, el RD-L 3/2020 comprende materias tan dispares -al margen de la distribución de seguros- como la contratación pública, los fondos de pensiones, el fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas, la armonización del IVA, los mecanismos de resolución de litigios fiscales, etc. Sobre el tema de distribución, v. AA. VV.: *La distribución de los seguros privados* (dir. por J. Bataller grau y M. R. Quintans Eiras), Marcial Pons, Madrid, 2019, AA. VV., *El contrato de seguro y su distribución en la encrucijada* (dir. por P. Girgado Perandones), Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

11 Sobre su itinerario legislativo, v. Tapia Hermida, A.J.: "Anteproyecto de Ley de medidas para la transformación digital del sistema financiero", *RDBB*, núm. 152, 2018, pp. 355 ss.

12 Sobre el tema, v. recientemente Landini, S.: "Insurtech: Innovation in production, distribution, governance and supervision in the insurance market", en AA. VV.: *Transparencia y competitividad en el mercado asegurador* (coord. por Girgado Perandones, P./ Gonzales Bustos, J. P), Comares, Granada, 2021, pp. 9 ss. Desde la perspectiva profesional, Uría Fernández, F./ Requeijo Torcal, Á.: "Insurtech. Retos y desafíos de cara a la nueva distribución y contratación de seguros", *RES*, núm. 169, 2017; Fernández Manzano, L. A.: "Insurtech: ¿revolución o evolución? una aproximación a los desafíos regulatorios y contractuales que plantea la aplicación de la tecnología en el sector asegurador", en AA. VV.: *Retos y desafíos del contrato de seguro: del necesario aggiornamento a la metamorfosis del contrato. Libro Homenaje al profesor Rubén Stiglitz* (dir. por A. B. Veiga Copo), Civitas, 2020, pp. 955 ss.

13 Tapia Hermida, A. J.: "Insurtech", en AA. VV.: *Revolución digital, derecho mercantil y Token economía* (dir. por A. F. Muñoz Pérez), Tecnos, Madrid, 2019, p. 546.

14 Este impacto de las nuevas tecnologías –"insurtech"- en las nuevas tecnologías, se observa, de manera detallada, en el Informe elaborado en marzo de 2019 por la Autoridad Europea de Seguros y Fondos de Pensiones (EIOPA, en las siglas en inglés: "European Authority on Insurance and Pensions Funds"). El citado Informe -titulado "Report on best practices on licencing requirements, peer-to-peer insurance and the principle of proportionality in an insurtech context"- pretendía hacer un análisis y evaluación de las mejores prácticas que se venían empleando en el sector asegurador mediante las nuevas tecnologías –"insurtech"- y así ofrecer una información relevante y útil sobre este tema a las autoridades nacionales de supervisión.

y las propuestas planteadas en la búsqueda de soluciones eficaces. A continuación, se aborda cuáles son las implicaciones jurídicas que tiene en el Derecho del seguro.

II. LOS INTENTOS DE ELABORACIÓN DE UN MARCO COMÚN REGULADOR DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA).

1. Primeros pasos.

En los últimos años, la IA es objeto de un profundo debate en las políticas comunitarias. Entre otros documentos de trabajo, cabe destacar las orientaciones políticas comprendidas bajo el título "Una Unión que se esfuerza por lograr más resultados" para el período 2019-2024[15]. A dicho documento, le siguió un "Libro Blanco sobre la inteligencia artificial" en el que se pretendía promover y desarrollar la IA y los sistemas que la emplean en la UE y, al mismo tiempo, abordar los complejos riesgos que la acompañan[16]. Todo ello con la finalidad de crear a nivel europeo un marco jurídico fiable -un "ecosistema de confianza"- que permita la implementación y desarrollo de la IA, que, como es bien sabido, representa la palanca de esta revolución digital.

De entre esta documentación, a continuación, vamos a tratar las referidas a dos propuestas de Reglamento formuladas por el Parlamento Europeo. El primero relativo a los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la IA, la robótica y las tecnologías conexas. La segunda Resolución, con un objetivo más delimitado, promueve la elaboración de un régimen de responsabilidad civil en materia de IA. Posteriormente, se examina la reciente propuesta de la Comisión de un Reglamento comunitario para establecer una regulación armonizadora en materia de IA (denominada como "Ley de Inteligencia Artificial").

En todas estas propuestas, se pone el acento en el potencial de la IA para trasformar nuestro entorno y la necesidad de abordar los retos y las oportunidades que le son inherentes. Igualmente, reclaman una solidez y seguridad técnicas, así como los mecanismos de protección -por ej., su aseguramiento- para dotarla de seguridad jurídica, imprescindible para incorporarlo al proceso negocial.

Como señala el propio comité de expertos, para que la IA sea fiable requiere de tres componentes: la conformidad con la ley, el respeto a los principios éticos y la solidez en su configuración. Además, el desarrollo y la utilización de la IA

15 Elaborada por la presidente de la Comisión Europea -entonces candidata-, la Dra. Ursula von der Leyen. Se puede consultar en la página web: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/political-guidelines-next-commission_es_0.pdf.

16 Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, COM (2020) 65 final, 2020. Sobre el tema, v. Zurita Martín, I.: "Las propuestas de reforma legislativa del Libro Blanco Europeo sobre inteligencia artificial en materia de seguridad y responsabilidad civil", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (*AJI*), núm. 14, 2021, pp. 438 ss.

requiere de unas directrices éticas que se deben de incorporar a las líneas de actuación de la Unión Europea y cumplir una serie de requisitos esenciales que confirmen su fiabilidad (en concreto, se señalan las siguientes: "intervención y supervisión humanas", "solidez y seguridad técnicas", "privacidad y gestión de datos", "transparencia", "diversidad", "no discriminación y equidad", "bienestar social y medioambiental", "rendición de cuentas")[17].

2. Las propuestas regulatorias del Parlamento Europeo.

A) La propuesta relativa a los aspectos éticos de la IA, la robótica y las tecnologías conexas.

Respecto a las dos propuestas regulatorias formuladas por el Parlamento Europeo a la Comisión Europea en materia de IA de 20 de octubre de 2020, analizaremos en este primer apartado la primera de ellas[18]. Así, el Parlamento Europeo promueve el impulso de un marco regulador común para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, basado en la legislación y los valores de la Unión. Este marco regulatorio pretende evitar la fragmentación del mercado interior y así integrar en el Derecho comunitario una serie de obligaciones jurídicas comunes y principios éticos en todo su territorio. Es evidente la inquietud que esta materia suscita en muchos ámbitos de la actividad económica, entre otros, en relación con la protección de los consumidores, la seguridad de los productos o la protección de datos. Pero también en sectores más específicos, como el de los seguros, pues conviene no olvidar las repercusiones que el empleo de estas nuevas tecnologías supone sobre su contratación y distribución en el mercado.

Este marco regulador de la IA en la Unión Europea debe ser adecuado y proporcionado sin que pueda implicar un obstáculo en la innovación y el crecimiento, especialmente de las pequeñas y medianas empresas. Así, se ha de contar con una minuciosa evaluación de los riesgos lo que requiere un enfoque específico en cada una de sus variadas aplicaciones sin que pueda alcanzarse una solución única para todos ellos. Igualmente, la Resolución pretende que cada Estado miembro designe una autoridad nacional de control encargada de garantizar, evaluar y supervisar que el empleo y el desarrollo de la IA, la robótica y las tecnologías conexas cumplan con este marco común y garantice un enfoque armonizado en toda la Unión Europea, especialmente cuando sean de naturaleza transfronteriza. En este último punto no podemos olvidar cómo los nuevos riesgos tienen lugar en un mercado donde la subcontratación o externalización de las actividades -"outsourcing"- es

17 Desde la perspectiva española, conviene, además, tener como referencia el informe de 2019 publicado por el Grupo de trabajo en I+D+i en Inteligencia Artificial del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (https://cpage.mpr.gob.es/producto/estrategia-espanola-de-idi-en-inteligencia-artificial/).

18 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_ES.html.

práctica habitual, incluso con empresas domiciliadas en otros países; en tal caso, la normativa aplicable dependerá de dónde se encuentre el prestador del servicio.

La Recomendación comunitaria propone a la Comisión la elaboración de un Reglamento sobre principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la IA, la robótica y las tecnologías conexas. Con tal finalidad, aporta una serie de recomendaciones detalladas en su anexo y sistematizadas en una propuesta legislativa que deberá respetar plenamente la dignidad, la autonomía y la seguridad humanas y los demás derechos fundamentales establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 5 Propuesta)[19].

La Propuesta establece una serie de obligaciones aplicables sólo a la IA, la robótica y las tecnologías conexas calificadas como "de alto riesgo"[20], garantizando que no se vulneran los principios éticos establecidos en la Propuesta (art. 6)[21].

Una de las primeras exigencias radica en que el desarrollo, despliegue y utilización de las mencionadas tecnologías de alto riesgo deberán garantizar, en todo momento, una supervisión humana integral (art. 7). Es decir, en cualquier caso, habrá de ser posible el restablecimiento del control humano sobre la tecnología, bien mediante la alteración o la desactivación de la instrumentación empleada.

Con la finalidad de favorecer la seguridad y la transparencia en su empleo, la propuesta pretende que, en el desarrollo, despliegue y utilización de estas nuevas tecnologías, se garanticen las siguientes medidas (art. 8):

- la capacidad de adaptación a circunstancias adversas y que se garantice un nivel de seguridad acorde a unos parámetros mínimos de ciberseguridad en relación

19 v. Diario Oficial de la Unión Europea, de 7 de junio de 2016, C 202/389-405.

20 Se considera como tal el "… riesgo significativo, derivado del desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, de causar lesiones o daños a las personas o a la sociedad, vulnerando los derechos fundamentales y las normas de seguridad establecidas en el Derecho de la Unión, teniendo en cuenta su uso o finalidad específicos, el sector en el que se desarrollan, despliegan o usan y la gravedad de las lesiones o daños que cabe esperar que se produzcan" (art. 4, letra e). La exigencia de delimitar con exactitud que se entiende por "alto riesgo" ya se ponía de manifiesto en las Conclusiones del Consejo de 9 de junio de 2020 al analizar la configuración del futuro digital de la Unión Europea y, más adelante, en el de 5 de octubre del mismo año. Se trata, en definitiva, de conocer cuáles son los recursos clave definidos como críticos y sensibles en la evaluación coordinada de riesgos de la UE.

21 La Propuesta de reglamento se basa en los siguientes principios: "una inteligencia artificial, una robótica y unas tecnologías conexas antropocéntricas, antropogénicas y controladas por seres humanos; evaluación de la conformidad obligatoria de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas de alto riesgo; seguridad, transparencia y rendición de cuentas; salvaguardias y vías de recurso contra el sesgo y la discriminación; derecho de resarcimiento; responsabilidad social e igualdad de género en la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas; una inteligencia artificial, una robótica y unas tecnologías conexas ambientalmente sostenibles; respeto de la intimidad y restricciones al uso del reconocimiento biométrico; buena gobernanza relativa a la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, incluidos los datos utilizados o producidos por dichas tecnologías". Sobre esta nueva perspectiva económica sostenible, v. Pastor Sempere, M. C.: *Economía digital sostenible*, Pamplona, Aranzadi, 2020, RB 1-1.

con el riesgo correspondiente, evitando la explicación fines malintencionados o ilícitos de cualquier vulnerabilidad técnica (letra a);

- el establecimiento de mecanismos de salvaguarda que prevean un plan alternativo frente a posibles riesgos de seguridad o protección (letra b);

- un rendimiento fiable que permita al usuario alcanzar, de manera razonable, los objetivos y las actividades previstas y garantice la posibilidad de su reproducción (letra c);

- la exactitud en la realización de las actividades previstas, y, en caso de imposibilidad de evitar inexactitudes ocasionales, la información a los usuarios y desplegadores de la probabilidad de tales errores (letra d);

- la comprensión y explicación accesible de su funcionamiento que permita realizar una revisión del proceso técnico empleado (letra e);

- la información a los usuarios y desplegadores del empleo de sistema de IA que les permite conocer sus capacidades, exactitud y limitaciones (letra f);

- la posibilidad de desactivar temporalmente estas nuevas tecnologías y volver a unas funcionalidades seguras en caso de incumplimiento de las medidas de seguridad de los puntos anteriores (letra g).

Además, estas medidas a adoptar se deberán implementar de manera transparente y rastreable por los propios desarrolladores, desplegadores y usuarios de estas tecnologías (art. 8.2). Ello permitirá que tales medidas sean auditadas por las autoridades competentes de velar por su cumplimiento (art. 8.3).

Igualmente, se impone la imparcialidad y la no discriminación en el desarrollo, despliegue y utilización de las nuevas tecnologías (art. 9). No obstante, de manera excepcional, sí se admite un trato diferenciado entre personas o grupos de personas cuando concurran dos requisitos. Primeramente, la existencia de "una finalidad objetiva, razonable y legítima que sea proporcionada y necesaria. Y, en segundo lugar, no exista otra alternativa que pueda ser menos lesiva al principio de igualdad de trato.

En la misma línea, el proyecto incorpora el cumplimiento de otros puntos fundamentales en la regulación europea de los últimos años al desarrollo, al despliegue y a la utilización de las nuevas tecnologías. Así, en relación con la responsabilidad social y la igualdad de género, se prohíbe que interfieran en los procesos electorales o difundan informaciones confusas o erróneas que generen desinformación. Y se exige el respeto a los derechos de los trabajadores, la

promoción de la educación de calidad y de la alfabetización digital; sin que, en modo alguno, puedan contribuir a incrementar la desigualdad de oportunidades en la conocida como "brecha de género", ni vulnerar los derechos de propiedad intelectual, o cualesquiera de sus limitaciones o excepciones.

Y, en relación con la sostenibilidad medioambiental, las autoridades competentes evaluarán y velarán -conforme al art. 11- datos personales por el cumplimiento de las medidas que mitiguen y remedien el impacto que puedan ocasionar estas nuevas tecnologías en el medio ambiente ("…los recursos naturales, el consumo de energía, la producción de residuos, la huella de carbono, la emergencia climática y la degradación del medio ambiente…").

El respeto de la intimidad y la protección de los datos personales también es objeto de atención en el proyecto por los riesgos que puede entrañar para los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión. Por ello, especialmente en relación con el uso y la recogida de datos biométricos con fines de identificación remota, se establece que su despliegue o utilización sólo es admisible por las autoridades públicas y siempre que cumplan con fines de interés público esencial (art. 12)[22].

Finalmente, un punto muy relevante a tener en cuenta en la propuesta se aprecia en el reconocimiento de un derecho de resarcimiento (art. 13). Así, tiene derecho a ser resarcida toda persona física o jurídica que haya sufrido daños o lesiones por el desarrollo, el despliegue o la utilización de la IA, la robótica o las tecnologías conexas, incluyendo también a los programas informáticos, los algoritmos y los datos utilizados o producidos por dichas tecnologías. En cualquier caso, el derecho al resarcimiento requiere que se haya infringido el Derecho comunitario y las obligaciones impuestas en esta propuesta de Reglamento.

B) La propuesta relativa al establecimiento de un régimen de responsabilidad civil por la actuación de los sistemas de IA.

A diferencia de la primera Resolución ya examinada, la segunda[23] no demanda, en cambio, un nuevo régimen de responsabilidad sino que considera suficiente una intervención más delimitada a través de adaptaciones específicas y coordinadas

22 De igual modo, el proyecto se remite al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, Reglamento General de Protección de Datos, RGPD) y la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (en adelante, Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas, DPCE).

23 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.html#title1.

de los regímenes de responsabilidad ya existentes en los Estados miembros[24]. La finalidad perseguida por tal medida radica en la voluntad de evitar que el empleo de la IA pueda acabar sin indemnización cuando el resultado de su empleo sea la causación de un daño o menoscabo a las personas[25].

Desde la perspectiva aseguradora, la propuesta reconoce el papel clave de la cobertura del riesgo en el éxito del recurso a las nuevas actividades entre el público destinatario. Con ello, se permite no sólo aprovechar las ventajas derivadas de los sistemas de IA sino también establecer mecanismos sólidos de salvaguardia. En el caso específico de la circulación de vehículos automóviles, se propone que todos los operadores de sistemas de IA de alto riesgo sean titulares de un seguro de responsabilidad civil, equivalente al vigente y obligatorio para todos los vehículos[26]. Al respecto, la propuesta advierte del más que probable encarecimiento de las pólizas con tal cobertura debido a la incertidumbre que suscitan estas nuevas tecnologías. Sin duda, ello implicaría un serio obstáculo a su establecimiento y, por tanto, a la innovación e investigación inherentes al desarrollo de estos sistemas.

Respecto de este último punto, la propuesta tiene serias dudas sobre cuál sea el mecanismo indemnizatorio idóneo. Por un lado, no es partidaria de un mecanismo que recurra a la financiación con fondos públicos; por otro, tampoco le parece aconsejable que sea el mercado exclusivamente el que se ocupe de su desarrollo. En este último caso, la falta de datos suficientes sobre los riesgos inherentes a las nuevas tecnologías y la incertidumbre sobre su implementación conducen, irremediablemente, a un modelo único de póliza con una prima muy elevada. Al final, los destinatarios acabarían recurriendo a la póliza más económica, pero con una cobertura muy reducida. Ello tendría un impacto negativo sobre la innovación en estas nuevas tecnologías.

Por otro lado, una de las cuestiones más complejas en la utilización de los sistemas de IA se revela a la hora de identificar quién es la persona que controla el riesgo asociado a dicho sistema o cuál es el código o entra responsable del funcionamiento lesivo. La opacidad y el gran número de agentes intervinientes en estos sistemas son las causas principales de esta dificultad. Al mismo tiempo, la utilización de los sistemas de IA puede causar daños graves en diversos ámbitos,

24 En este caso, no se trata de una cuestión nueva, la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, planteó un conjunto de recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil, entre otros temas, sobre los robots inteligentes y su responsabilidad.

25 La propuesta destaca como uno de sus pilares fundamentales la Directiva comunitaria en materia de responsabilidad del fabricante por los daños causados por productos defectuosos. Sobre el tema, entre nosotros, v. Atienza Navarro, M. L.: "La responsabilidad civil por daños causados por sistemas de inteligencia artificial", en AA. VV., *Retos y desafíos*, cit., pp. 1093-1104.

26 Sobre el tema, v. Benito Osma, F.: "Vehículos y sistemas inteligentes en la circulación: responsabilidad civil y seguro", *RES*, núm. 173, 2018, pp. 43 ss.

como por ejemplo en sede de seguros, a la hora de adoptar decisiones sobre la contratación de seguros de enfermedad.

Desde la perspectiva de la responsabilidad civil, la propuesta parte de la ausencia de personalidad jurídica y de conciencia humana de los sistemas de IA, en tanto su función es la de servir a la actividad humana[27]. En tal sentido, y a fin de dotarle de una mayor claridad jurídica, la propuesta entiende la IA como equivalente al término "toma de decisiones automatizada". Con ello, lo que se pretende es identificar a la persona que crea, controla e interfiere en el sistema y, de tal modo, hacerle responsable del daño o perjuicio que pueda causar el mismo, en cualquier momento de su actividad. Esta idea de hacerle responsable del daño es conforme con la normativa europea, en concreto con la Directiva sobre la responsabilidad causada por productos defectuosos[28]. Ello explica que no sea necesario una revisión completa de las normas en materia de responsabilidad civil sino adecuarlas a las especificidades de los sistemas de IA.

Dos cuestiones son relevantes a juicio de la propuesta. La primera está relacionada con la identificación del operador u operadores que intervienen en el sistema de IA. El usuario sólo asumiría responsabilidad si, además, interviene como operador. En caso contrario, su responsabilidad no sería de naturaleza objetiva -como los operadores-, sino subjetiva, derivada de su negligencia o dolo en el empleo del sistema de IA.

La segunda cuestión relevante se corresponde al tipo de sistema de IA, distinguiendo entre los que son de alto riesgo y los que no. La propuesta se preocupa no sólo por definir qué entiende por tal, sino también por establecer un listado exhaustivo de los sistemas que asumen tal condición[29]. Igualmente, reglamenta la revisión periódica de tal lista para acomodarlo a los continuos avances e innovaciones tecnológicas, incluso creando un Comité técnico de sistemas de alto riesgo, dedicado a estas labores de mantenimiento y adecuación del listado.

En otro orden, la propuesta tiene en cuenta los riesgos que, en materia de responsabilidad civil, implica la inclusión de un sistema de IA en un producto o servicio. Riesgos que no sólo repercuten en el destinatario final sino también

27 En este sentido, cabe recordar el rechazo al reconocimiento de personalidad jurídica a los robots, como puso de manifiesto el "Informe sobre responsabilidad derivada de la inteligencia artificial y otras tecnologías digitales emergentes" ("Report from the Expert Group on Liability and New Technologies") emitido por el Grupo de Expertos el 12 de noviembre de 2011. El Grupo se había creado por la Comisión Europea el 9 de marzo de 2018 con la finalidad de analizar las consecuencias jurídicas que suscitaban la IA y otras nuevas tecnologías en materia de responsabilidad. El grupo de expertos consideraba innecesario y superfluo dotarles de personalidad propia cuando, a continuación, la actuación iba a repercutir irremediablemente sobre una persona física o jurídica ya existente.

28 Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

29 En concreto, la propuesta de Reglamento tiene un anexo enumerativo.

en las empresas, en sus capacidades, en su aseguramiento y financiación para incorporarlos a sus proyectos de investigación y desarrollo basados en las nuevas tecnologías. En este sentido, la propuesta pone el acento, de modo especial en la repercusión -negativa- que pudiera tener sobre el recurso a la innovación en las empresas de tamaño medio o reducido (PYMES).

Por último, cabe indicar que la propuesta atiende al papel del seguro en esta modalidad de responsabilidad civil y la función que desempeña a fin de que los perjudicados puedan recibir una indemnización efectiva. En este sentido, reconoce las dificultades que ofrece la configuración de un seguro nuevo que dé cobertura a las nuevas tecnologías. La escasez de información suficiente o su calidad aún precaria afecta, de un modo considerable, a la evaluación de los riesgos y supone un importante hándicap a la hora de ofertar tales seguros. Por ello, la Resolución pretende implementar una serie de medidas que permitan a las entidades aseguradoras aumentar su capacidad para configurar el riesgo inherente a los sistemas de IA y, así, ofrecer una cobertura más innovadora. Entre ellas, destaca el objetivo de incrementar el acceso a los datos generados por las nuevas tecnologías, la búsqueda de los instrumentos más oportunos para mejorar sus resultados, y la pretensión de facilitar información bien documentada a fin de impedir los fallos antes mencionados en su tratamiento por los sistemas de IA.

Así, la propuesta entiende que labor de las entidades aseguradoras debería estar orientada a conocer cómo y en qué condiciones es asegurable la responsabilidad, si bien no vinculada a la relación con la persona responsable sino con el producto objeto de cobertura. De este modo, las pólizas ofertadas en el mercado no seguirán un patrón único en su configuración -solución "de talla única"- sino que, trascurrido un tiempo prudencial, se adaptarán y especializarán conforme las peculiaridades de cada producto o servicio que emplee los sistemas de IA.

El hecho de que la indemnización pueda superar significativamente los máximos fijados en la propuesta de Reglamento ha servido de justificación para que la Resolución promueva la creación de un Fondo especial de indemnización de carácter temporal. Así, y de manera excepcional, en aquellos supuestos con indemnizaciones muy elevadas, como por ejemplo al tratarse de daños colectivos, se configura un fondo específico que pueda dar cobertura a las necesidades del momento. Incluso se llega admitir que algunos países puedan constituir tales fondos, aunque el sistema de IA no esté calificado de alto riesgo. En cualquier caso, sí se destaca la importancia de publicar, de manera clara y exhaustiva, las condiciones exigidas para acogerse a tal fondo.

III. EL REGLAMENTO DE ARMONIZACIÓN EN MATERIA DE IA ("LEY DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL").

1. Contexto jurídico. Razones y objetivos.

Con posterioridad a las propuestas del Parlamento Europeo analizadas en los epígrafes precedentes, la Comisión ha presentado una nueva propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2021, con el fin de establecer normas armonizadas en materia de inteligencia artificial[30]. Al respecto, conviene poner el acento en el instrumento jurídico elegido por el legislador europeo. Si bien es cierto que no concurre la existencia de una previa normativa nacional en cada Estado miembro, la elección del Reglamento revela una intención uniformadora y la búsqueda de una norma común, alejada de los riesgos posibles de fragmentación inherentes a otros recursos normativos, como sucede con las Directivas.

El reconocimiento de los beneficios económicos y sociales generados por la IA en los diversos ámbitos socio-económicos conduce al establecimiento de una serie de pautas que puedan evitar los riesgos inherentes a su aplicación. En realidad, la norma pretende superar uno de los obstáculos más significativos con los que se encuentra la implementación de la IA entre los operadores del mercado (empresas, consumidores), que no es otro que la falta de confianza.

Como se afirma en la Exposición de Motivos de esta reciente propuesta, "la mejora de la predicción, la optimización de las operaciones y de la asignación de los recursos y la personalización de la prestación de servicios" supone indudables ventajas competitivas a quienes los sepan aprovechar, poniéndose de manifiesto su importancia dentro de determinados sectores como el financiero, dentro del cual se comprende el de seguros objeto de nuestra atención. Pero también puede dar lugar a desventajas y perjuicios tanto a personas concretas como a la propia sociedad. Ello justifica la adopción de medidas, como la de este Reglamento, que pretender "buscar un enfoque equilibrado", a fin de que el ejercicio de estas nuevas tecnologías sea conforme a los valores, los derechos fundamentales y los principios de la Unión Europea.

De esta nueva propuesta cabe destacar una mayor concreción de los objetivos respecto de las propuestas del Parlamento Europeo, centrándose ahora en el establecimiento de un marco jurídico que implemente un ecosistema de confianza para la IA. Este ecosistema focaliza su reglamentación en las personas, en su seguridad y en el respeto de los derechos fundamentales. Además, pretende

30 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM/2021/206 final).

garantizar una seguridad jurídica en beneficio de un mayor desarrollo e inversión en los sistemas de IA. De este modo, se podría compatibilizar la mejora en la aplicación de los derechos fundamentales y el desarrollo de un mercado único y no fragmentado con unos estándares legales, seguros y comunes a todo el territorio de la UE.

Sin embargo, la propuesta no persigue una reglamentación excesivamente detallada, sino que se limita a establecer unos requisitos mínimos necesarios para solventar los riesgos y conflictos vinculados a su empleo en el mercado. Lo contrario podría suponer inconvenientes e impedimentos en el desarrollo de estas nuevas tecnologías y su implementación en toda la UE.

Con tal finalidad, se articula un marco jurídico sólido y flexible, por un lado, a través de normas y principios que puedan resistir el paso del tiempo sin necesidad de una reforma continua. Y, por otro, mediante un sistema regulatorio enfocado en los riesgos, claramente delimitados, y que no imponga restricciones innecesarias para su implementación en el mercado. Estas medidas se concretan en una definición única de la IA resistente al paso del tiempo, en la prohibición de prácticas de la IA significativamente perjudiciales para los valores de la UE y en la adopción de determinados límites a los sistemas de IA de identificación biométrica. Ello se consigue mediante la imposición de una serie de obligaciones -proporcionadas y previsibles- a los usuarios y proveedores de los sistemas de IA.

La normativa propuesta, sin embargo, no crea nuevas estructuras, sino que aprovecha las ya existentes de supervisión y gobernanza, configurando un mecanismo específico de cooperación entre los Estados Miembros y un seguimiento continuado de su aplicación; en concreto, articulado a través del *Comité Europeo de Inteligencia Artificial*. Al mismo tiempo, se facilita la creación de espacios controlados de prueba para los sistemas de IA, que hagan posible disminuir la carga normativa y fomentar su desarrollo por las pymes y las llamadas empresas emergentes.

Al respecto, cabe resaltar que uno de los primeros requisitos de la propuesta es su coherencia con otras disposiciones relacionadas con la aplicación de los sistemas de IA. Así, cabe atender, en primer lugar, a las normas en materia de protección de datos y de consumidores, de no discriminación y de igualdad de género[31]. En segundo lugar, se refiere a la legislación sectorial en materia de componentes de seguridad de productos susceptibles de utilizar los sistemas de IA de alto riesgo. En tercer lugar, se alude a las autoridades supervisoras de los servicios financieros que emplean los sistemas de IA a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones

31 No obstante, la norma ha sido objeto de serias críticas por la BEUC ("Bureau Européen des Unions de Consommateurs"), que resalta la débil protección de la norma al consumidor, especialmente de seguros. https://www.beuc.eu/publications/eu-proposal-artificial-intelligence-law-weak-consumer-protection/html.

previstas. Finalmente, considera también la normativa en materia de servicios de intermediación en el comercio electrónico[32] y la futura Ley de Servicios Digitales[33].

Esta coherencia también lo es con el conjunto de medidas anunciadas en el "Libro Blanco sobre la inteligencia artificial", algunas ya comentadas anteriormente[34]. Todo ello enlaza con la estrategia digital de la propia Comisión –"Configurar el futuro digital de Europa"[35]- que pretende garantizar los derechos de las personas -y ganar su confianza- en la utilización de los sistemas de IA, en conexión con las iniciativas de gobernanza y protección de datos en la UE[36].

La propuesta pretende adoptar medidas que garanticen el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, conforme al art. 114 TFUE. Las diversas iniciativas de algunos Estados miembros tendentes a regular de manera individualizada la IA puede conducir, por un lado, a la fragmentación del mercado interno en cuestiones esenciales (requisitos, comercialización, responsabilidad, supervisión), y, por otro, a la inseguridad jurídica inherente a la diversidad regulatoria y a su interpretación, a la vista de la relevante circulación transfronteriza de productos y servicios entre los diversos Estados de la UE.

Es evidente que los objetivos propuestos no se pueden alcanzar de manera efectiva a través de la actuación individualizada de cada Estado, sino que se requiere de una actuación conjunta como la prevista en la propuesta de Reglamento. Con ello, se trata de establecer herramientas sólidas que favorezcan la circulación de productos y servicios, la igualdad de condiciones y de protección a todas las personas, reforzando la competitividad en el mercado y la innovación de la industrial de IA en el seno de la UE.

Igualmente, la regulación de la Propuesta no actúa sino de manera proporcionada al marco jurídico existente sin que incremente injustificadamente su reglamentación. Pues, atiende a un enfoque basado en los riesgos que despliega los sistemas de IA y sólo interviene dentro de los que sean calificados como

32 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior ("Directiva sobre el comercio electrónico") (DO L 178 de 17.7.2000, p. 1).

33 Así, está en fase preparatoria una Propuesta de Reglamento, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un mercado único de servicios digitales, que modifica la Directiva 200/31/CE [COM (2020) 825]. Sobre el tema, v. Benito Osma, F.: "El mercado digital de seguros", en AA. VV.: *Transparencia y competitividad*, cit., pp. 42 ss.

34 En concreto, nos referimos a la reforma de las Directivas sobre máquinas o sobre seguridad general de los productos, así como a las diversas iniciativas en materia de responsabilidad por la utilización de sistemas de IA.

35 Comunicación de la Comisión «Configurar el futuro digital de Europa» [COM(2020) 67 final].

36 Así, cabe destacar la Propuesta de Reglamento relativo a la gobernanza europea de datos (Ley de Gobernanza de Datos), COM(2020)767, la Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público, PE/28/2019/REV/1 (DO L 172 de 26.6.2019, p. 56).

significativamente altos respecto a los derechos fundamentales y la seguridad. En otro caso, las obligaciones que establece la Propuesta son muy limitadas y esta fundamentalmente orientada a la exigencia de transparencia en su actuación.

Conforme a la propuesta, cuando los sistemas de IA alberguen la posibilidad de entrañar un alto riesgo es necesario establecer una serie de requisitos –" los datos de alta calidad, la documentación y la trazabilidad, la transparencia, la vigilancia humana, la precisión y la solidez"- necesarios para reducir tales riesgos para los derechos fundamentales y la seguridad, siempre que no estén cubiertos por otros marcos jurídicos específicos. Ello permite a los proveedores y usuarios de tales sistemas de IA reducir los costes de su implementación a parámetros proporcionales a los objetivos y beneficios esperados.

La Propuesta ha tenido en cuenta, mediante la preceptiva consulta, una amplia variedad de observaciones y opiniones de especialistas y profesionales en la materia, quienes, en su momento, pusieron el acento, especialmente, en la necesidad de evitar duplicidades, contradicciones entre normativas y exceso regulatorio. Al mismo tiempo, y junto a la importancia de delimitar determinados conceptos esenciales, se mostraron favorables a un planteamiento enfocado en el riesgo, centrado en las necesidades de cada sector y en la protección de los derechos fundamentales y la seguridad ante la utilización de los sistemas de IA. Además, los partícipes en la consulta se mostraron partidarios de promover espacios controlados de pruebas calificados como una herramienta útil para la implementación de tales sistemas. Y también se mostraron a favor de una combinación de mecanismos preventivos -*ex ante*- de autoevaluación de riesgos por los operadores con mecanismos de supervisión -*ex post*- para aquellos sistemas de IA calificados de alto riesgo.

En definitiva, el resultado es el establecimiento de un conjunto normativo armonizado que tiene por objetivo introducir, poner en servicio y utilizar los sistemas de IA en el mercado de la UE.

2. Notas características de la propuesta.

La norma propuesta fija un ámbito de aplicación suficientemente amplio que comprenda tanto a los proveedores, con independencia de su establecimiento en algún Estado miembro de la UE, que introduzcan en el mercado o pongan en servicio sistemas de IA (art. 2.1), como a los usuarios de tales sistemas de IA.

Asimismo, delimita concienzudamente cada una las nociones esenciales que serán objeto de atención a lo largo del Reglamento. Cabe destacar por su interés

en sede de seguros el correspondiente a los "sistemas de inteligencia artificial"[37] y a los diversos integrantes de la cadena de valor de la IA, englobados bajo el término conjunto de operadores (proveedor[38], usuario[39], representante autorizado[40], importador[41], distribuidor[42]).

La definición de "inteligencia artificial" pretende dos objetivos. El primero, la neutralidad tecnológica. El segundo, la durabilidad en el tiempo. De tal modo, se busca proporcionar la seguridad jurídica necesaria ante la rápida evolución de los cambios tecnológicos y de su aplicabilidad en el mercado.

Las definiciones de los operadores destacan por su amplitud, como se observa en la inclusión entre los proveedores y usuarios "de toda persona física o jurídica …" y también -conviene remarcarlo- "… autoridad pública, agencia u organismo de otra índole". Además de ello, las definiciones son claras y sencillas en su redacción, con la misma vocación de permanencia que la correspondiente a la IA.

El enfoque basado en los riesgos de la IA y de los sistemas que la emplean, conduce a clasificarlos en tres grupos:

- los que generan un riesgo inaceptable;

- los que generan un riesgo alto;

- los que generan un riesgo bajo o mínimo;

Los primeros de ellos –"riesgo inaceptable"- se engloban en un listado de prácticas prohibidas y se desarrollan en un título propio (Título II). Se trata de aquellos supuestos en los que se considera que las prácticas de tales sistemas de IA actúan contrariamente a los valores fundamentales que inspiran los derechos de la UE (art. 5).

37 "Sistema de inteligencia artificial (sistema de IA): el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa.

38 "toda persona física o jurídica, autoridad pública, agencia u organismo de otra índole que desarrolle un sistema de IA o para el que se haya desarrollado un sistema de IA con vistas a introducirlo en el mercado o ponerlo en servicio con su propio nombre o marca comercial, ya sea de manera remunerada o gratuita".

39 "toda persona física o jurídica, autoridad pública, agencia u organismo de otra índole que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad, salvo cuando su uso se enmarque en una actividad personal de carácter no profesional".

40 "toda persona física o jurídica establecida en la Unión que haya recibido el mandato por escrito de un proveedor de un sistema de IA para cumplir las obligaciones y llevar a cabo los procedimientos establecidos en el presente Reglamento en representación de dicho proveedor".

41 "toda persona física o jurídica establecida en la Unión que introduzca en el mercado o ponga en servicio un sistema de IA que lleve el nombre o la marca comercial de una persona física o jurídica establecida fuera de la Unión".

42 "toda persona física o jurídica que forme parte de la cadena de suministro, distinta del proveedor o el importador, que comercializa un sistema de IA en el mercado de la Unión sin influir sobre sus propiedades".

El segundo grupo –"de alto riesgo"- comprende aquellos sistemas de IA que comportan un riesgo elevado para la salud y la seguridad de las personas físicas o sus derechos fundamentales. La propuesta de reglamento ha optado por acompañarse de un anexo en el que identifica cuáles son los sistemas de IA calificados como de "alto riesgo"[43]. Sin menoscabo de las posibles modificaciones que se realizan por la Comisión en un futuro próximo, la propuesta de reglamento clasifica los sistemas de alto riesgo en dos categorías principales, por un lado, aquellos diseñados para utilizarse como componentes de seguridad de productos sujetos a una evaluación previa de conformidad por terceros; y por otro, aquellos que, siendo independientes, tengan implicaciones con los derechos fundamentales expresamente indicados en el anexo III.

Con una finalidad de prevención, se establece un sistema de gestión de riesgos asociado a cualquier sistema de IA de alto riesgo que funcionará "ex ante". De este modo, se fija una serie de requisitos que han de cumplir durante la vida del sistema. Estos requisitos -recogidos en el capítulo 2, del Título III- se refieren a diversos apartados (datos y gobernanza, documentación técnica, registro, transparencia y comunicación a los usuarios, vigilancia humana, precisión, solidez y ciberseguridad).

Además, se establece un conjunto de obligaciones que habrán de cumplir, por un lado, los operadores (proveedores -arts. 16 ss.-, fabricantes de productos -art. 24-, representantes autorizados -art. 25-, importadores, -art. 26- y distribuidores -art. 27) y los usuarios de estos sistemas de alto riesgo (art. 29). Estas obligaciones se amplían con otras nuevas -de transparencia- cuando los sistemas de IA impliquen riesgos específicos de manipulación. También se exige informar a las personas físicas cuando el sistema de IA interactúa con ellas, se dedique a detectar sus emociones o la asocie con categorías concretas o incluso cuando genere o manipule el contenido de imagen, sonido o vídeo que pueda inducirlas a confusión y pensar que son auténticos o verídicos (art. 52).

Estas medidas no se limitan a la introducción y comercialización de los sistemas de IA de alto riesgo, sino que se exige un seguimiento posterior conforme a un plan (art. 61) y el intercambio de información sobre los incidentes graves y fallos de funcionamiento que puedan tener lugar en el mercado (art. 62).

43 En concreto, en el anexo se clasifican los sistemas de IA de alto riesgo en ocho ámbitos diferentes: "Identificación biométrica y categorización de personas físicas", "Gestión y funcionamiento de infraestructuras esenciales", "Educación y formación profesional", "Empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo", "Acceso y disfrute de servicios públicos y privados esenciales y sus beneficios", "Asuntos relacionados con la aplicación de la ley" (desde la perspectiva del seguro, suscita un cierto interés el punto *b* relativo a los "sistemas de IA destinados a utilizarse para evaluar la solvencia de personas físicas o establecer su calificación crediticia, salvo los sistemas de IA puestos en servicio por parte de proveedores a pequeña escala para su uso propio), "Gestión de la migración, el asilo y el control fronterizo", "Administración de justicia y procesos democráticos".

Por otro lado, se establecen medidas de apoyo a la innovación, a través de la creación de espacios controlado de pruebas para la IA, frecuentemente conocidos como "sandbox", de regulación reciente en nuestro ordenamiento (Ley 7/2020, de 13 de noviembre, para la transformación digital del sistema financiero)[44]. Así, antes de su implementación en el mercado, determinados sistemas de IA podrán contar, durante un período limitado, con un entorno operativo controlado que les permita ser objeto de prueba, desarrollo y validación (art. 53). En modo alguno, la creación de tales espacios controlados puede reducir las facultades de supervisión y vigilancia atribuidas a las autoridades competentes[45]. La propuesta fija un marco básico en términos de gobernanza, supervisión y responsabilidad; reduciendo la carga normativa a las pymes y a las empresas emergentes a fin de que también puedan aprovechar estas medidas en favor de la innovación.

Finalmente, la propuesta da cabida a la elaboración de Códigos de Conducta entre los operadores que sirva como mecanismo útil para promover la aplicación voluntaria de los requisitos exigidos en la norma[46]. Especialmente, se está pensando en los sistemas de IA que no son de alto riesgo y, por tanto, no se encuentran obligados a su cumplimiento (art. 69).

IV. LAS IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) EN EL DERECHO DEL SEGURO.

1. Significación jurídica.

La orientación de este cambio de paradigma está caracterizada por el influjo de la IA y sus múltiples aplicaciones. Por ello, conviene profundizar en su significado y en su repercusión sobre la visión cada vez menos tradicional del sector asegurador.

44 BOE, núm. 300, de 14 de noviembre de 2020.

45 La norma, además, se preocupa, por ordenar los mecanismos de gobernanza y aplicación de las propuestas mencionadas. A nivel europeo, se crea un Comité Europeo de Inteligencia Artificial que tiene como misión facilitar la implementación del Reglamento entre los Estados miembros y la cooperación entre las autoridades nacionales (Título VI, capítulo 1, arts. 56-58). A nivel nacional, cada Estado habrá de designar una autoridad competente en la aplicación y ejecución del Reglamento (art. 59). Este órgano tendrá, entre otras, la función de vigilancia del mercado y control de los sistemas de IA, en coordinación con el Comité Europeo y el resto de los órganos propios de cada Estado miembro (arts. 63 ss.).

46 Sin poder ser calificado como un Código de Conducta, no podemos dejar de hacer referencia al Informe recientemente publicado por EIOPA, titulado *Artificial intelligence governance principles: towards ethical and trustworthy artificial intelligence in the european insurance sector. A report from EIOPA's Consultative Expert Group on Digital Ethics in insurance* (Luxembourg, 2021). Como es sabido, EIOPA es una de las tres Autoridades Europeas de Supervisión (junto con la EBA y la ESMA), por lo que tal informe desempeña un papel muy relevante en la elaboración de los futuros Códigos de Conducta. Sin menoscabo de su valor, no deja de llamar la atención la percepción que EIOPA -en este informe- tiene de qué es la ética, fundándola en normas legales y/o en el criterio de la mayoría: "Ethics is thought to mean approaches that are fair based on international and national recommendations, standards and treaties, and of course legislation. Our understanding is that this represents what most people would understand as ethical".

Es evidente que la IA supone un impulso innovador indiscutible en el diseño, distribución y comercialización de los productos de seguro. Gracias a ello, se consiguen reducir los costes operativos de la actividad aseguradoras y ofrecer al mercado productos más personalizados, en beneficio tanto de las empresas como de los clientes. En este sentido, la tecnología aplicada al seguro dispone de una serie de instrumentos útiles para el asesoramiento automatizado, la evaluación de los riesgos y la gestión de un número ingente de datos en el sector asegurador[47]. De este modo, la compañía aseguradora podrá interrelacionar una gran cantidad de información que le permita predecir eventos futuros y mejorar la calidad del producto asegurador acomodándola a las características del propio cliente.

No obstante, tales instrumentos no dejan de suscitar dudas a la hora de delimitar las implicaciones jurídicas que esta nueva revolución digital implica en el sector asegurador. Así, conviene no olvidar que la mera automatización y acumulación de datos no entraña sustituir el análisis y reflexión imprescindible sobre su contenido[48]. Las consecuencias de su desatención repercuten negativamente en el resultado final, sin que pueda obviarse, por otro lado, las consecuencias jurídicas del recurso a su empleo. De entre ellas, cabe resaltar, por su gran importancia en nuestro estudio, dos muy relevantes, en concreto, nos referimos, por un lado, a la falta de neutralidad de la IA[49], y, por otro, al riesgo de seguridad jurídica inherente a un empleo sin control de los datos correspondientes a los asegurados.

Además, la aplicación de los sistemas de IA puede causar no sólo daños sino un tratamiento discriminatorio a los consumidores, excluyendo a los más vulnerables de su cobertura aseguradora. Por ello, la normativa ahora vigente y la pendiente de incorporación a nuestro ordenamiento[50] no podrán ignorar

47 Así, v. Martínez-Gijón Machuca, P.: "Diseño", cit., pp. 226-227; Feliu Rey, J.: "Tecnología y seguro: la automatización (*smart contracts*)", *RES*, núm. 117, 2019, pp. 54 ss. Igualmente, cabe destacar la Resolución aprobada por el Parlamento Europeo, de 17 de mayo de 2017, sobre la tecnología financiera, en la que se pone también de manifiesto la aparición de nuevos riesgos, como por ej. los llamados "riesgos cibernéticos", que se mencionan más adelante.

48 Alarcón Fidalgo, J.: "El futuro Libro Blanco de las insurtech", *Revista Española de Seguros* (*RES*), núm. 180, 2019, p. 374.

49 Como recuerda S. Landini: "Insurtech", cit., p. 10, una de las claves que se suelen destacar en la comunicación electrónica a nivel comunitario es la "neutralidad tecnológica". Así, se recoge entre los objetivos generales en el art. 3.4.c del "Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas" (aprobado por la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018).
Además, las Autoridades nacionales cuando regulen el acceso a los operadores al mercado electrónico, deberán tener en cuenta "la necesidad de garantizar una neutralidad tecnológica que permita a las partes diseñar y gestionar sus propias redes" (art. 7.2.c Directiva 2018/1972). En realidad, se trata de velar por la competencia en el mercado y fomentarla, favoreciendo el acceso de nuevos operadores y evitando obstáculos que perjudiquen la libertad de elección de los usuarios, porque se imponga o discrimine el uso de una tecnología en favor de otra.
No obstante, este principio de neutralidad tecnológica difiere de la falta de neutralidad que ahora comentamos. En este punto, nos referimos al hecho de que los sistemas de IA son implementados por las propias entidades aseguradoras, velando por su propio interés, y, por ello, su postura sea subjetiva o no neutral, respecto a los intereses propios de los consumidores de seguros.

50 Tanto la normativa de distribución - Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero- como el Reglamento Delegado (UE) 2017/2358 de la Comisión, de 21 de septiembre de 2017 y el más reciente -pendiente de incorporación y que modifica al anterior- Reglamento Delegado de 21 de abril de 2021. Sobre el tema,

estas consecuencias negativas que, en un futuro no tan lejano, implicará esta nueva tecnología digital en el mercado, en los operadores económicos y en sus clientes[51], siendo imprescindible la adopción de medidas tuitivas, especialmente a estos últimos[52]. Al respecto, cabe advertir que tales medidas deben adoptarse en armonía con el papel innovador de estas nuevas tecnologías en el mercado asegurador, sin que puedan significar un obstáculo a su desarrollo.

De tal modo, el objetivo debería consistir en analizar e identificar cuáles son los riesgos que la aplicación de los sistemas de IA puede causar en toda la cadena de valor de los seguros y que, frecuentemente, afectan a los clientes. La innovación de los sistemas de IA es fruto del obrar humano y, por tanto, pueden también corregirse sus efectos -potencialmente- nocivos; así, se consigue aprovechar la innovación en el sentido pretendido por la Unión Europea, es decir, a fin de alcanzar una IA fiable conforme a los principios éticos de respeto de la autonomía humana, prevención del daño, equidad y explicabilidad[53].

2. Transparencia y protección del consumidor de seguros.

En conexión con el apartado anterior, la propuesta pone también el foco de atención en la necesidad de seguridad, transparencia y rendición de cuentas en la información facilitada a los clientes[54]. Como se recuerda, la "materia prima" en el mercado asegurador es la información. La digitalización del mercado influye decisivamente en su acceso, empleo y circulación entre los operadores y, de forma especial, en los consumidores y usuarios[55]. La protección de estos últimos es uno

v. Martínez-Gijón Machuca, P.: "Diseño, aprobación, control y distribución de productos de seguro", *RES*, núms. 185-186, 2021, pp. 217 ss. Más recientemente, del mismo autor, v. "Requisitos en el diseño, aprobación y control de productos de seguro y en materia de gobernanza (a propósito del artículo 185 del real decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero)", en AA. VV.: *Transparencia y competitividad en el mercado asegurador*, cit. pp. 86 ss., quien advierte del control más exhaustivo y la exigencia de un mayor desarrollo por los nuevos sistemas de IA.

51 Así, cabe destacar, entre los operadores económicos, la aparición de nuevas figuras, como las plataformas de aseguramiento colaborativo (*peer to peer*), los comparadores de seguros, los agregadores de información de seguros, el asesoramiento robotizado, etc. Sobre el tema, v. Tapia Hermida, A.J.: "Insurtech", cit., pp. 549.

52 Es cierto, como se ha puesto de relieve entre nosotros (Martínez-Gijón Machuca, P.: "Requisitos en el diseño", cit., p. 96), la resistencia -cuando no el escaso interés- de las entidades aseguradoras por la promoción de los sistemas de IA en las pólizas ya existentes (especialmente, por el aumento del coste que tendría en la prima y su posible perjuicio frente a otros competidores), pero no menos cierto es que el mercado de seguros es abierto y pueden entrar nuevos competidores con un grado mayor de desarrollo en sus seguros con sistemas de IA.

53 Así, v. las *Directrices éticas para una IA fiable* elaboradas por el "Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial" (creado por la Comisión Europea en 2018) y publicadas en abril de 2019. Puede consultarse en: https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.

54 Esta exigencia de transparencia se recoge en la normativa de distribución respecto de los mismos sujetos implicados en la actividad aseguradora, tanto públicos (así, las exigencias a la DGSFP, v. art. 7.2 norma de distribución), como privados (aparte de las entidades aseguradoras, también a los mediadores de seguros, la misma norma de distribución, art. 8.3).

55 Como es sabido, la digitalización se corresponde a una tecnología de información caracterizada por el tratamiento de los datos y de las infraestructuras creadas para su desarrollo ("software" y "hardware"). Sobre este tema, v. Hoffmann-Riem, W.: *Big Data. Desafíos también para el Derecho*, Aranzadi, Cizur Menor,

de los pilares fundamentales del Derecho de la Unión Europea y, por ello, la regulación en el empleo de la IA, la robótica y las tecnologías conexas, requieren, en especial, de transparencia en sus mecanismos de actuación internos y externos, entre operadores y con consumidores y usuarios[56].

La digitalización también afecta a la protección de los consumidores. No se escapa de nuestra atención la "conversión" de las entidades aseguradoras en uno de los principales "consumidores" de big data. Se trata de una herramienta que les va a permitir conocer con un mayor detalle cuál es el perfil de sus posibles asegurados. En cierto modo, se puede hacer referencia a un incremento exponencial de tal información y a su influencia decisiva en la contratación de seguros[57].

Sin menoscabo de las ventajas que ello puede ocasionar, cabe no olvidar que éstas, en principio, repercutirían sobre la industria aseguradora, pero no necesariamente sobre los usuarios y consumidores de seguros, que incluso pueden ver mermado aún más su posición[58].

Con tal finalidad, cabe subrayar la importancia de contar con un marco regulador para la IA aplicable en aquellos casos en que los consumidores y usuarios estén sujetos a un sistema algorítmico, sean sus destinatarios o estén orientados a él. La normativa, en aras de la seguridad jurídica, debe aplicarse a todos los desarrolladores y a toda la cadena de valor y garantizar un alto nivel de protección a los consumidores.

3. La exigencia de un control de los riesgos.

Desde la perspectiva aseguradora, cabe destacar, por un lado, que la IA, la robótica y las tecnologías conexas son determinadas por los seres humanos

2018. Suscita especial interés la transmisión de estos datos en las diversas fases contractuales y el empleo de "soportes digitales" duraderos en sustitución del empleo tradicional del papel (v. art. 56 norma de distribución, RD-L 3/2020, de 4 de febrero).

56 Cabe atender al Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, y a la normativa española (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal, LOPD). En consonancia con el régimen general, y desde la perspectiva aseguradora, la normativa de ordenación también detalla, pormenorizadamente, la protección de datos de carácter personal de tomadores, asegurados, beneficiarios o terceros perjudicados (art. 99 LOSSEAR).
Igualmente, resulta relevante la propuesta formulada por EIOPA en su informe de 2019 ("Report on best practices …", cit., p. 31) alentado a las autoridades nacionales de supervisión a exigir una información clara y precisa a las plataformas P2P. En concreto, se demanda a los proveedores de estas plataformas que informes a los consumidores que no son entidades sujetas a supervisión y, por tanto, su nivel de protección es mucho menor al de las entidades que sí lo están.

57 Sobre esta función de los big data, v. Muñoz Paredes, M. L.: "El 'big data' y la transformación del contrato de seguro", en AA. VV.: *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil* (dir. por A. B. Veiga Copo), Civitas, Madrid, 2021, pp. 1017 ss. Alarcón Fidalgo, J.: "Big data, blockchain y algoritmos y su repercusión en la contratación de seguros", en AA. VV.: *Transparencia y competitividad*, cit., pp. 33 ss.

58 Sobre este punto, v. el informe elaborado por la BEUC "The use of big data and artificial intelligence in insurance" (ref: BEUC-X-2020-039), de fecha 19 de marzo de 2020. En dicho informe, se pone de manifiesto los nuevos riesgos -especialmente de discriminación- que puede generar el empleo de la "big data" por la industria aseguradora en los consumidores y usuarios.

y que sus elecciones son las que determinan su verdadero potencial. Por otro lado, el marco regulador de la Unión Europea para la IA ha de ser adecuado y proporcionado y debe ser objeto de una minuciosa evaluación. Esta evaluación requiere, además, un análisis específico de los riesgos y obstáculos que puede suscitar en las innovaciones y en las pymes. Como se ha apuntado con anterioridad, la solución no puede ser única, sino que dependerá de cada riesgo afectado. Igualmente, el marco regulador debe evitar la fragmentación del mercado y fomentar las actividades de inversión e investigación. Ello explica la necesidad de contar con obligaciones jurídicas comunes y principios éticos, como se pretende en las propuestas comunitarias examinadas en los epígrafes precedentes.

De esto modo, el legislador comunitario propone un control de riesgos en la digitalización del sector asegurador. La IA, la robótica y las tecnologías conexas deben considerarse de alto riesgo y, por lo tanto, estar sujetas al obligado cumplimiento de las obligaciones jurídicas y los principios éticos tal como se establecen en el marco regulador para la IA, es necesario basarse siempre en una evaluación *ex ante* imparcial, regulada y externa apoyada en criterios concretos y definidos. El resultado permite poner de manifiesto la interconexión entre dos aspectos claves: la transparencia en el proceso contractual y la controvertible independencia de los algoritmos[59].

4. Nuevos riesgos ligados a la aplicación de la IA.

Finalmente, no podemos concluir el trabajo sin recordar, en primer lugar, las múltiples aplicaciones de la IA en sectores muy relevantes del seguro (marítimo, transporte, automóvil, industria, salud, …) o en otros nuevos (por ej., el aseguramiento de los robots[60]). En estos ámbitos, se ha manifestado la existencia de diversos proyectos de innovación ligados a la IA, como por ejemplo el promovido por UNESPA en la declaración de accidentes en el seguro de automóviles, mediante el empleo de las nuevas tecnologías, IA y digitalización[61]. Y también los llamados "open insurance", nueva modelo de negocio que se postula como un instrumento tecnológico avanzado en el que los operadores económicos y otras entidades intercambian una gran cantidad de información y datos[62]. Ello

59 Sobre este punto, y desde la perspectiva del Derecho de sociedades, cabe atender al trabajo del prof. N. Abriani, "La corporate governance nell'era dell'algoritmo Prolegomeni a uno studio sull'impatto dell'intelligenza artificiale sulla corporate governance" (*Il nuovo Diritto delle Società*, núm. 3, 2020, pp. 261 ss.) en el que se pone de manifiesto los riesgos inherentes a la incorporación de los sistemas de IA en la adopción de decisiones en el órgano de administración y, en especial, las situaciones de conflicto de intereses.

60 Badillo Arias, J. A.: "La responsabilidad civil y el aseguramiento obligatorio de los robots" en AA. VV., *Retos y desafíos*, cit., pp. 913 ss.

61 Alarcón, J.: "El futuro", cit., p. 374.

62 Este modelo de negocio está basado en la existencia de una gran cantidad de datos con los que cuentan sus partícipes y las funciones esenciales que desempeñan son comunes al de cualquier empresa de datos: consumir, compartir y colaborar.

se pretende crear nuevos productos de seguros, mejorar la cadena de valor y su eficiencia, ofreciendo un producto más personalizado y ajustado a sus clientes[63]. No obstante, cabe considerar los riesgos de que tal intercambio de información entre entidades pueda ser calificado, en cierto modo, como un acuerdo anticompetitivo y, por tanto, prohibido[64]. Ello requiere una atención especial por el legislador español y comunitario para diferenciar entre la mera circulación de datos y lo que es propiamente un acuerdo anticompetitivo entre empresas de seguros[65].

Y, en segundo lugar, cabe destacar que la actividad desarrollada por los sistemas de IA suscita -y genera- nuevos riesgos necesitados de cobertura. Ello implica la necesidad de contratar nuevas coberturas para los llamados "riesgos cibernéticos"[66], que representan uno de los más frecuentes peligros existentes en la innovación y entraña una dificultad evidente en su configuración contractual por las entidades aseguradoras[67].

Claro ejemplo de la dificultad de tales "coberturas cibernéticas" (pérdida de datos, interrupción del negocio, responsabilidad, …) se refleja en su habitual concurrencia como una pluralidad de riesgos en un mismo siniestro. O la existencia de nuevos riesgos generados por el "cloud computing", en cuanto que las TIC ofrecen un "ambiente" más vulnerable y problemático. Junto a ello, cabe también poner de manifiesto la problemática de la materialización de tal riesgo en un daño. El recurso a la compensación de daños no parece la solución más eficaz, pues concurre no sólo la dificultad de delimitarlo sino también una cadena interminable de pérdidas sufridas ("an interminable chain of losses and events prejudicial")[68].

63 Al respecto, puede ser interesante la consulta del "discusion paper" elaborado por EIOPA sobre el tema, v. en https://www.eiopa.europa.eu/content/open-insurance-accessing-and-sharing-insurance-related-data . Sobre el mismo, con carácter crítico, v. Landini, S.: "Insurtech", cit., pp. 16 ss. Por otro lado, y con carácter explicativo del significado y funcionamiento del "open insurance", v. el blog de la empresa Accenture: https://insuranceblog.accenture.com/the-ultimate-guide-to-open-insurance.

64 Al respecto, y desde la perspectiva italiana, la prof. S. Landini ("Insurtech", cit., p. 18) llama la atención sobre los riesgos a la competencia y la postura de las autoridades italianas de mercado.

65 *Ibidem*.

66 Téngase en cuenta el crecimiento exponencial de los seguros cibernéticos. Según el último informe de Global Data ("*Cyber Insurance, 2021 Update – Thematic Research*"), las primas brutas suscritas en 2021 alcanzaron un valor de 7.000 millones de dólares -que representaba un crecimiento del 33,5% respecto del año anterior- y se prevé que en 2025 alcance los 20.600 millones de dólares.

67 Sobre el tema, v. recientemente, desde la perspectiva contractual, Illescas, R.: "Ciberriesgos y su aseguramiento: lineamentos contractuales", en AA. VV.: *Transparencia y competitividad*, cit., pp. 20 ss., quien, ante su escasa regulación, propone el establecimiento del "ciberriesgo" como un nuevo ramo de seguro vinculado a la electrónica (*ibidem*, p. 27). Igualmente, v. Alarcón Fidalgo, J.: "Big data, blockchain y algoritmos y su repercusión en la contratación de seguros", en AA. VV.: *Transparencia y competitividad*, cit., pp. 29 ss.

68 Así, S. Landini: "Insurtech", cit., p. 11. No obstante, el mercado de los seguros cibernéticos está, actualmente, experimentando una creciente expansión -v. las cifras indicadas en la nota 64- con altos límites de cobertura y tarifa plana, que, progresivamente, van a ir reduciéndose y aumenta la prima al compás de la cadena interminable de daños mencionada por la autora. Sin embargo, se prevé un fuerte crecimiento de las primas suscritas a partir de los próximos años por el crecimiento de estos fenómenos, que se han visto incrementados a raíz de la pandemia.

Por ello, se considera más adecuada actuar en la búsqueda de medidas preventivas a fin de evitar los efectos tan perjudiciales que causa la realización del daño[69].

Igualmente, la utilización de información genética en determinados seguros implica la necesidad de contar con un tratamiento jurídico específico que determine el derecho o no de la aseguradora de acceder y utilizar los datos genéticos de los asegurados, incluso en los casos de concurrencia de un riesgo de discriminación[70].

También cabe indicar como la piratería informática tiene consecuencias muy graves en diferentes sectores de la actividad económica y paraliza el funcionamiento de los sistemas tecnológicos más avanzados[71]. Igualmente, el secreto empresarial es uno de los puntos más afectados por estas prácticas en las empresas y ponen en riesgo su gestión y crecimiento, especialmente en las pequeñas y medianas empresas y en el buen funcionamiento del mercado.

En definitiva, todo este complejo entramado de riesgos cibernéticos demanda de la propuesta de reglamento comunitario la adopción de medidas preventivas -especialmente ante los ciberataques- y la configuración de un seguro adecuado a las nuevas necesidades y a la complejidad creciente generada por la IA y su empleo por las empresas y otros operadores económicos del tráfico.

69 *Ibídem*.

70 En este sentido, cabe considerar las críticas recibidas por la BEUC a la Propuesta de Reglamento antes analizada s importante considerar también las cuestiones éticas relevantes a la luz de los seguros abiertos. Además de lo que dijo la EIOPA en su documento, vemos un problema particular de discriminación. El análisis de Big Data por parte de las compañías de seguros podría conducir a evaluaciones de riesgo hiperpersonalizadas, dejando a ciertos y posiblemente segmentos más amplios de consumidores "no asegurables". Es importante encontrar formas de coberturas para esas personas. En seguros de salud podría ser importante promover formas de mutualidad (Ver informe BEUC sobre "El uso de big data e inteligencia artificial en seguros", MAYO 2020). Sobre este tema, v. recientemente, Muñoz Paredes, M. L.: "La discriminación de los asegurados en el precio del contrato fijado con uso del *Big Data*" en AA. VV.: *Transparencia y competitividad*, cit., pp. 224 ss.

71 Sin entrar en otro tipo de actividades, de carácter delictivo, como la llamada "agresión electrónica", que se concreta en los supuestos de robo de identidad o acoso.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV.: *El contrato de seguro y su distribución en la encrucijada* (dir. por P. Girgado Perandones), Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

AA. VV.: *La distribución de los seguros privados* (dir. por J. Bataller grau y M. R. Quintáns Eiras), Marcial Pons, Madrid, 2019.

AA. VV.: *Un Derecho del seguro más social y transparente* (dir. por J. Bataller grau y M. J. Peñas Moyano), Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

Alarcón Fidalgo, J.: "Big data, blockchain y algoritmos y su repercusión en la contratación de seguros", en AA. VV.: *Transparencia y competitividad en el mercado asegurador* (coord. por Girgado Perandones, P./ Gonzales Bustos, J. P), Comares, Granada, 2021, pp. 28 ss.

Alarcón Fidalgo, J.: "El futuro Libro Blanco de las insurtech", *Revista Española de Seguros* (*RES*), núm. 180, 2019, pp. 373-395.

Atienza Navarro, M. L.: "La responsabilidad civil por daños causados por sistemas de inteligencia artificial" en AA. VV., *Retos y desafíos del contrato de seguro: del necesario aggiornamento a la metamorfosis del contrato. Libro Homenaje al profesor Rubén Stiglitz* (dir. por A. B. Veiga Copo), Civitas, Madrid, 2020, pp. 1093-1104.

Badillo Arias, J. A.: "La responsabilidad civil y el aseguramiento obligatorio de los robots" en AA. VV., *Retos y desafíos*, cit., 913-954.

Benito Osma, F.: "El mercado digital de seguros", en AA. VV.: *Transparencia y competitividad*, cit., pp. 42 ss.

Benito Osma, F.: "Vehículos y sistemas inteligentes en la circulación: responsabilidad civil y seguro", *RES*, núm. 173, 2018, pp. 43-61.

Benito Osma, F.: *La transparencia en el mercado asegurador*, Comares, Granada, 2021.

EIOPA ("European Authority on Insurance and Pensions Funds"), *Report on best practices on licencing requirements, peer-to-peer insurance and the principle of proportionality in an insurtech context*, EIOPA, Luxembourg, 2019.

EIOPA, "Artificial intelligence governance principles: towards ethical and trustworthy artificial intelligence in the european insurance sector. A report

from EIOPA´s Consultative Expert Group on Digital Ethics in insurance", EIOPA, Luxembourg, 2021.

Feliu Rey, J.: "Tecnología y seguro: la automatización (*smart contracts*)", *RES*, núm. 117, 2019, pp. 53-80.

Fernández De Lis, S./ Urbiola Ortún, P.: "Transformación digital y competencia en el sector financiero", *Información Comercial Española* (*ICE*), núm. 905, 2018, pp. 73-82.

Fernández Manzano, L. A.: "Insurtech: ¿revolución o evolución? una aproximación a los desafíos regulatorios y contractuales que plantea la aplicación de la tecnología en el sector asegurador" en AA. VV., *Retos y desafíos*, cit., pp. 955-986.

Illescas, R.: "Ciberriesgos y su aseguramiento: lineamentos contractuales", en AA. VV.: *Transparencia y competitividad*, cit., pp. 20 ss.

Landini, S.: "Insurtech: Innovation in production, distribution, governance and supervision in the insurance market", en AA. VV.: *Transparencia y competitividad*, cit., pp. 9 ss.

López Oneto, M.: *Fundamentos para un Derecho de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Martínez-Gijón Machuca, P.: "Diseño, aprobación, control y distribución de productos de seguro", *RES*, núm. 185-186, 2021, pp. 217-238.

Martínez-Gijón Machuca, P.: "Requisitos en el diseño, aprobación y control de productos de seguro y en materia de gobernanza (a propósito del artículo 185 del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero)", en AA. VV.: *Transparencia y competitividad*, cit., pp. 86 ss.

Muñoz Paredes, M. L.: "El 'big data' y la transformación del contrato de seguro" en AA. VV., *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil* (dir. por A. B. Veiga Copo), Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 1017-1052.

Pastor Sempere, M. C.: *Economía digital sostenible*, Pamplona, ed. Aranzadi, 2020.

Tapia Hermida, A. J.: "Insurtech" en AA. VV., *Revolución digital, derecho mercantil y Token economía* (dir. por A. F. Muñoz Pérez), ed. Tecnos, Madrid, 2019, pp. 545-559.

Tapia Hermida, A.J.: "Anteproyecto de Ley de medidas para la transformación digital del sistema financiero", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (*RDBB*), núm. 152, 2018, págs. 355-360.

Uría Fernández, F./ Requeijo Torcal, Á.: "Insurtech. Retos y desafíos de cara a la nueva distribución y contratación de seguros", *RES*, núm. 169, 2017, pp. 3-94.

Veiga Copo, A. B.: *Seguro y Tecnología. El impacto de la digitalización en el contrato de seguro*, Civitas, Madrid, 2020.

Zurita Martín, I.: "Las propuestas de reforma legislativa del Libro Blanco Europeo sobre inteligencia artificial en materia de seguridad y responsabilidad civil", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (*AJI*), núm. 14, 2021, pp. 438 ss.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS EN LA ERA DIGITAL

LIABILITY OF SERVICE PROVIDERS IN THE DIGITAL AGE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3642-3683

Sonia MARTÍN SANTISTEBAN

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: La crisis sanitaria ha impulsado el comercio electrónico, en general, y los servicios de la sociedad de la información, en particular. Esta explosión del mundo digital hace necesario evaluar si las herramientas legales actuales se ajustan a la evolución del mercado digital. Tras un repaso al agitado marco normativo de los servicios en línea y una identificación de los agentes que intervienen en las transacciones telemáticas, la autora se centra en una de las piezas claves en el desarrollo del sector y el surgimiento de nuevos modelos de negocio: la responsabilidad contractual de los prestadores de servicios en línea. Entre ellos se encuentran los suministradores de contenidos y servicios digitales, ya actúen éstos como socio contractual directo del destinatario del servicio electrónico o como prestador de servicios de intermediación, pero también ha de atenderse a la situación de determinados profesionales y empresarios, que prestan servicios en línea, pero no se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770.

PALABRAS CLAVE: Prestadores de servicios en línea, servicios de la sociedad de la información, prestadores de servicios intermediarios, plataformas, proveedores de bienes, servicios, y contenidos digitales, responsabilidad civil.

ABSTRACT: *The health crisis has boosted electronic commerce, in general, and information society services, in particular. This explosion of the digital world makes it necessary to assess whether current legal tools are in line with the evolution of the digital market. After a review of the hectic regulatory framework of online services and an identification of the agents involved in telematic transactions, the author focuses on one of the key pieces in the development of the sector and the emergence of new business models: the contractual liability of online service providers. Among them are the providers of digital content and services, whether they act as a direct contractual partner of the recipient of the electronic service or as a provider of intermediation services. But the situation of certain professionals and entrepreneurs, who provide services online but are not included in the scope of Directive 2019/770, must also be addressed.*

KEY WORDS: On-line services providers, information society services; intermediary services providers, platforms, suppliers of goods, services and digital contents, civil liability.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. MARCO LEGAL DE LOS SERVICIOS EN LÍNEA.- 1. Los servicios de intermediación.- III. LOS ACTORES DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LÍNEA. DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN A LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES Y LOS CONTRATOS DE VENTA DE BIENES CON ELEMENTOS DIGITALES.- 1. Los suministradores de contenidos y servicios digitales y los vendedores de bienes con elementos digitales.- 2. Los prestadores de servicios de intermediación.- IV. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS EN LÍNEA.- 1. Los suministradores de contenidos y servicio digitales y los vendedores de bienes con elementos digitales.- A) Entrega de los bienes. B) Falta de conformidad.- C) Persona responsable- D) Plazos para el ejercicio de derechos- E) Carga de la prueba.- F) Medidas correctoras por incumplimiento y falta de conformidad.- G) Responsabilidad por daños.- 2. Los servicios de intermediación.- 3. Los demás prestadores de servicios en línea.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La crisis sanitaria ha impulsado el comercio electrónico, en general, y los servicios de la sociedad de la información, en particular. Junto a la adquisición de productos en el ciberespacio, las medidas sanitarias generadas por el Covid han propiciado el desarrollo de sectores como el e-learning, la telemedicina, el teleasesoramiento, el telegym, la telecultura, el ocio o el entretenimiento electrónico y todo apunta al desarrollo de nuevos servicios destinados a ser consumidos en línea. A las restricciones en el consumo presencial de ciertos servicios, que se mantendrán mientras dure la pandemia, debemos sumar el éxito de ciertas marcas que han ganado nuevos consumidores digitales que permanecerán fieles a las mismas, y el desarrollo de nuevas herramientas tecnológicas que amplían el abanico de prestaciones ofertadas a distancia. A principios de la pandemia, los *Principios Europeos para la crisis generada por el Covid 19,* elaborados por el *European Law Institute*, ya decían, en su artículo 10.2, que "los estados deben garantizar que las medidas tomadas por el brote de Covid 19 no impidan el cumplimiento de los contratos en curso y otras relaciones en un grado que sea mayor del necesario y, cuando sea posible, permitan la prestación a distancia"[1] y más recientemente, la Nueva Agenda Europea del Consumidor, publicada en noviembre de 2020, ponía de relieve que las medidas de confinamiento han destacado "el papel fundamental de las tecnologías digitales en la vida de las personas, permitiendo comprar bienes esenciales que, de otra manera, no serían asequibles y acceder a servicios a pesar de las restricciones"[2].

1 European Law Institute. ELI Principles for the covid-19 crisis, 2020 (disponible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf). Article 10: "States should ensure that measures taken due to the COVID-19 outbreak should not prevent the performance of ongoing contracts and other relationships to an extent that is more than necessary and, where possible, should permit performance at a distance".

2 Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo Nueva Agenda del Consumidor Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible Bruselas,

• Sonia Martín Santisteban
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Cantabria. Correo electrónico: sonia.martin@unican.es

Esta explosión del mundo digital va pareja a una mayor preocupación por la seguridad y la privacidad, lo que implica una nueva oportunidad para aquellas empresas relacionadas con la ciberseguridad, pero también hace necesario evaluar si las herramientas legales actuales se ajustan a la evolución del mercado digital. El interés de las instituciones europeas en el entorno digital no es reciente. En el marco, primero de la Agenda Digital para Europa (mayo 2010)[3], y después de la Estrategia para el Mercado único Digital (mayo 2015)[4], se han ido revisando directivas y tomando iniciativas legislativas dirigidas a proteger a los consumidores frente a quienes prestan contenidos y servicios digitales, ya sea como proveedores de los contenidos y servicios o como intermediarios en la contratación.

La diversidad de normativas concurrentes en esta materia (comercio electrónico, consumo, propiedad intelectual, protección de datos, derechos fundamentales) y de enfoques desde los cuales proteger al destinatario del servicio (información, desistimiento, conformidad, responsabilidad civil contractual y extracontractual), dificultan el estudio de una materia ya de por sí compleja y cuyo régimen jurídico se ve abocado a una evolución constante. Por ello, comenzaremos repasando el agitado marco normativo de los servicios en línea, en el que se suceden a ritmo vertiginoso Directivas y Reglamentos cuya interacción no está exenta de dificultades. En un segundo momento, identificaremos los agentes que intervienen en las transacciones telemáticas y nos detendremos en los prestadores de servicios intermediarios, que se han erigido en protagonistas de la era digital al actuar, en muchos casos, como "llave" o "candado" de las empresas que ofrecen bienes y servicios a través de la red. Finalmente, centraremos este trabajo en una de las piezas claves en la generación de la confianza que necesita el desarrollo del sector y el surgimiento de nuevos modelos de negocio: la responsabilidad contractual de los prestadores de servicios en línea, entendiendo por tales los prestadores de servicios de la sociedad de la información (servicios prestados normalmente a a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario de dichos servicios). Entre los mismos se incluyen sin duda los tan de actualidad suministradores de contenidos y servicios digitales (también haremos referencia a los vendedores de bienes con elementos digitales, aunque no sean prestadores de servicios), ya actúen éstos como socio contractual directo del destinatario del servicio electrónico o como prestador de servicios de intermediación, pero

13.11.2020 COM(2020) 696 final (disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0696&from=EN), p.3.

3 Comisión Europea, Una Agenda Digital para Europa. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 19.5.2010, COM (2010) 245 final, pp. 14-15. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:es:PDF.

4 Comisión Europea, Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 6.5.2015 COM (2015) 192 final, COM 2015) 192 final. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=HU.

también los profesionales y empresarios que prestan servicios en línea, no incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770.

II. MARCO LEGAL DE LOS SERVICIOS EN LÍNEA.

La Directiva 2000/31, de 8 de junio de 2000, sobre el comercio electrónico (DCE)[5], traspuesta a nuestro derecho a través de la Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (LSSI), ha constituido el régimen jurídico general de los servicios de la sociedad de la información durante los últimos veinte años. El objetivo de la norma europea fue el de reglamentar el correcto funcionamiento del mercado interior y asegurar la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros, para lo cual instituyó un régimen privilegiado en materia de libre prestación de servicios en toda la Unión Europea, además de imponer una obligación general, a todos los prestadores de servicios, de proporcionar determinada información y colaborar en incidentes de ciberseguridad. Entre otros ámbitos se regula el de la responsabilidad civil de los prestadores de servicios intermediarios, ya que uno de los argumentos que invocó el legislador para justificar la adopción de la Directiva 2000/31 fue la necesidad de armonizar las divergencias entre las normativas y jurisprudencias de los distintos Estados miembros, en el ámbito de la responsabilidad civil de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios. El considerando número 40 decía expresamente que dichas divergencias perjudican el buen funcionamiento del mercado interior y, en particular, el desarrollo de servicios transfronterizos, produciendo distorsiones en el marco de la competencia.

Cualquier prestación de servicios ejecutada por vía electrónica, a petición del destinatario y a cambio de una remuneración, entra en el ámbito de aplicación de la Directiva[6], con las puntuales excepciones por ella previstas[7]. La normativa europea y las leyes nacionales no contemplan ninguna condición subjetiva por parte del prestador o el destinatario de dichos servicios. Se considera prestador de servicios "cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información" y destinatario del mismo "cualquier persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información por motivos

5 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). DOCE L 178 de 17 de julio de 2000.

6 Art.2a) que remite al art.1.2 de la Directiva 98/34/CE modificada por la Directiva 98/48/CE y Anexo de la Ley de servicios de la sociedad de la información (LSSI): "servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios".

7 Art.1.5d): "Las actividades de los notarios o profesiones equivalentes, en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública, la representación de un cliente y la defensa de sus intereses ante los tribunales y las actividades de juegos de azar que impliquen apuestas de valor monetario incluidas loterías y apuestas". En nuestro país, éstos últimos quedaron excluidos de esta lista durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de servicios de la sociedad de la información, de modo que entran en el ámbito objetivo de aplicación de la Ley: art.5.

profesionales o de otro tipo" (art. 2b), siempre que el prestador del servicio esté establecido en un estado miembro. No obstante, cuando el destinatario del servicio tiene la condición de consumidor, le es aplicable el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios (cndo 11DCE), con las especificidades que han introducido, en lo referente a los contenidos y servicios digitales, la Directiva 2011/83, de 25 de octubre y las Directivas 2019/770 y 2019/771, de 20 de mayo.

La normativa sobre servicios de la sociedad de la información no implica por sí misma una alteración sustancial del derecho de obligaciones y contratos ya que, tal y como prevé expresamente el art. 23.1LSSI, que consagra en el derecho español el principio de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos, "Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos para su validez. Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este título, por los Códigos civil y de Comercio, y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial". Entre las particularidades que contempla la DCE se encuentran las exigencias acerca de la información que sobre el servicio suministrado ha de recibir el usuario y que se imponen como obligación al prestador del servicio, o el deber de informar sobre los códigos de conducta a los que, en su caso, esté adherido y la forma de consultarlos electrónicamente (art. 10DCE). La responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios se asienta en dos principios fundamentales: la inexistencia de una obligación general de monitorización para impedir la publicación o transmisión de contenidos ilícitos y la ausencia de responsabilidad por los contenidos ilícitos que alojan o transmiten, siempre que no tengan conocimiento efectivo de los mismos (arts.12-15).

La propuesta de Ley de servicios digitales, de 15 de diciembre de 2020[8], prevé la modificación de la DCE con el objetivo de actualizar las reglas y obligaciones de los prestadores de servicios digitales, y en particular de las plataformas que presten servicios intermediarios a destinatarios del servicio establecidos o residentes en la Unión. La norma mantiene los principios de la DCE en lo referente a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, pero introduce nuevas obligaciones adaptadas al tipo y a la naturaleza del servicio intermediario de que se trate. Este Reglamento viene de la mano de la propuesta de Ley de

8 Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. Bruselas, 15.12.2020, COM (2020) 825 final 2020/0361 (COD). Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=ES.

mercados digitales, de 15 de diciembre de 2020[9], que establece disposiciones aplicables a las plataformas que actúan como "gatekeepers" en el mercado único. Es decir, las plataformas que actúan como puerta de acceso para que otras empresas lleguen a sus clientes, ostentando una posición privilegiada sobre el mercado que les permite imponer reglas a sus usuarios, ya sean éstos, empresarios o consumidores. La propuesta de Ley de mercados digitales se ocupa de los desequilibrios económicos, las prácticas comerciales desleales de los guardianes de acceso y sus consecuencias negativas, como la reducida disputabilidad de los mercados de plataformas.

En el ámbito del Derecho de consumo, el régimen informativo se amplía de la mano de la Directiva 2011/83, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores[10], traspuesta al Derecho español a través del Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLGDCU) y modificada por la Directiva 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019, sobre la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión[11]. Además de contener requisitos formales específicos para los contratos celebrados fuera del establecimiento y a distancia (arts. 7 y 8), la Directiva 2011/83 contiene previsiones específicas para los contratos de suministro de contenidos digitales. Por una parte, introduce dos requisitos de información precontractual específicos para los contenidos digitales concertados, a través de cualquier tipo de contrato y soporte, entre un comerciante y un consumidor: la obligación de informar acerca de la funcionalidad e interoperabilidad del contenido digital (art. 6). Y, por otra parte, añade ulteriores requisitos de información a cargo de los proveedores de mercados en línea (nuevo art. 6bis incorporado a la Directiva 2011/83 tras la modificación operada por la Directiva 2019/2161), que deberán facilitarse "de forma clara, comprensible y adecuada a las técnicas de comunicación a distancia": informar sobre los principales parámetros que determinan la clasificación de las ofertas y su importancia relativa frente a otros, indicar si el contrato se celebra con un comerciante o un no comerciante y, en este último caso, que los derechos de los consumidores derivados de la legislación de la Unión en materia de protección

9 Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de mercados digitales). Bruselas, 15.12.2020, COM (2020) 842 final 2020/0374 (COD). Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=ES.

10 Directiva 2011/83 del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. DOCE L 304/64, 22 de noviembre de 2011.

11 Directiva 2019/2161 del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. DOCE L-328/7. 18 diciembre 2019. Esta Directiva deberá ser traspuesta por los estados miembros antes del 28 de diciembre de 2021 y sus disposiciones de transposición deberán aplicarse a partir del 28 de mayo de 2022. Su objetivo es mejorar la protección del consumidor y adaptar la normativa de consumo al desarrollo tecnológico, por lo que contempla modificaciones en cuatro directivas: la Directiva 93/13 del Consejo y las Directivas 98/6, 2005/29 y 2011/83 del Parlamento Europeo y del Consejo.

de los consumidores no son de aplicación al contrato, e informar, cuando proceda, acerca de cómo las obligaciones relacionadas con el contrato se reparten entre el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital y el proveedor del mercado en línea, sin perjuicio de las obligaciones que recaigan sobre cada uno de ellos en virtud de otra normativa europea o nacional. Además, sin perjuicio de la DCE, todo ello independientemente de que los Estados miembros puedan introducir requisitos de información adicionales a los proveedores de mercados en línea, siempre y cuando sean proporcionados, no discriminatorios y tengan como único fin la protección de los consumidores (nuevo art. 6bis). Otra de las protecciones otorgadas por la Directiva 2011/83 (en su modificación operada por la Directiva 2019/2161) a los consumidores que contratan contenidos digitales, suministrados con soporte o sin él y siempre que se trate de contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil, radica en el derecho de desistir del contrato en un periodo de 14 o 30 días. A estos efectos, se contemplan reglas específicas en el ámbito del *dies a quo* (art. 9), el coste del desistimiento (art. 14) y sus excepciones (art. 16)[12].

Es también en el ámbito del consumo donde el legislador europeo ha dictado normas específicas sobre incumplimiento o falta de conformidad con el contrato y mecanismos de tutela. La Directiva 2019/770, de 20 de mayo de 2019, sobre suministro de contenidos y servicios digitales[13] y la Directiva 2019/771, de la misma fecha, sobre compraventa de bienes[14] -traspuestas a través del Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, cuyo artículo decimosexto prevé la modificación del TRLGDCU[15]- comparten el objetivo de regular la conformidad de los bienes, los contenidos o servicios digitales con el contrato y las medidas correctoras en caso de falta de conformidad o incumplimiento del suministro[16]. Pero, así como la Directiva 2019/770 tiene por objeto exclusivo la prestación de contenidos o servicios digitales o la venta de soportes materiales que sirven exclusivamente

12 Acerca del régimen legal de protección del consumidor de contenidos digitales, diseñado en la Directiva 2011/83: Cámara Lapuente, S.: "La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº11, 2014.

13 Directiva 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. DOCE L 136/1. 22 de mayo de 2019.

14 Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº2017/2394 y la Directiva 2009/22 y se deroga la Directiva 1999/44. DOCE L/13628. 22 de mayo de 2019.

15 La entrada en vigor de ambas directivas y del RDL está prevista para el 1 de enero de 2022, con la salvedad de los artículos 126 y 126 bis (modificación de los contenidos o servicios digitales), que se aplicarán solo a los contratos celebrados a partir de esa fecha (Disposición Final 8ª.1). Acerca de la incorrecta trasposición de la entrada en vigor de la Directiva 2019/771 por parte del Real Decreto Ley 7/2021, ver Cámara Lapuente, S: "Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Diario La Ley*, nº9881, Sección Tribuna, 29 de junio de 2021, p. 9.

16 La directiva 2019/770 hace además referencia a las modificaciones del contrato de contenidos digitales, sea éste de ejecución periódica (art.19) y la directiva 2019/771 a las garantías comerciales (art.17).

como portadores de contenidos digitales, entre un empresario[17] y un consumidor y a cambio de precio o datos personales, la Directiva 2019/771 tiene por objeto la venta de bienes muebles tangibles, incluidos los que lleven incorporados o interconectados contenidos o servicios digitales (de tal manera que la ausencia de dicho contenido o servicio impediría que los bienes cumpliesen su función: los denominados bienes con elementos digitales), entre un empresario y un consumidor y a cambio de precio. Luego ambas normas son complementarias en sus ámbitos objetivos de aplicación, aunque la Directiva 2019/770, en consonancia con la frecuencia con que los consumidores tienen que consentir el uso o tratamiento de sus datos personales, por el suministrador de un contenido o servicio, a cambio de recibir los contenidos o servicios sin desembolso económico, ha dado un paso más en la protección del consumidor al extender su ámbito de aplicación a aquellos contratos que no tienen necesariamente por contraprestación un precio.

Estas dos directivas, separadas pero entrelazadas, constituyen a día de hoy el régimen jurídico más completo de los contratos que tienen por objeto contenidos y servicios digitales o bienes con elementos digitales. No alcanzan al suministro de contenidos o servicios digitales entre empresarios, pero, como veremos, ambas dejan abierta la puerta a que los estados miembros puedan ampliar su ámbito de aplicación a situaciones en principio excluidas.

Entre las normas jurídicas a través de las cuales las instituciones europeas quieren adaptar el mercado europeo a la era digital (Mercado Único Digital) se encuentran también las destinadas a regular materias conexas, pero con gran incidencia en la prestación de servicios en línea. Es el caso del Reglamento 2016/679, de 26 de abril, de datos personales[18] -traspuesto al Derecho español a través de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales-, que recobra plena actualidad con la previsión específica que hace la Directiva 2019/770 a los contratos en que el consumidor facilita o se compromete a facilitar datos personales al comerciante (art. 3.1) y la extensión de dicha previsión a la Directiva 2011/83/UE (nuevo art. 3.1bis). También cabe mencionar el Reglamento 2017/1128, de 14 de junio, sobre portabilidad transfronteriza de servicios de contenidos digitales[19], que permite a los consumidores que residen en un Estado miembro acceder y utilizar los servicios de contenidos digitales portables, disponibles en su país de residencia,

17 Emplearemos el término "empresario" que es el que ha utilizado el legislador español con ocasión de la trasposición de las Directivas por medio del Real Decreto 7/2021, aunque la Directiva 2019/770 utiliza el de "vendedor" y la Directiva 2019/771 el de "suministrador".

18 Reglamento 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos). DOCE L 119/1. 4 de mayo de 2016.

19 Reglamento 2017/1128 del parlamento europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior. DOCE L 168/1.

cuando se encuentran temporalmente en otro Estado miembro. El Reglamento busca el equilibrio entre los derechos de los consumidores de la Unión y los de los titulares de derechos de autor, actualmente regulados por la Directiva 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital.

En estos momentos son objeto de debate dos propuestas de Reglamento complementarias: la propuesta de Ley de inteligencia artificial[20] y la propuesta de Ley sobre máquinas[21], ambas de 21 de abril de 2021. La primera prohíbe ciertos usos de Inteligencia Artificial (IA) que generan riesgos considerados inadmisibles, regula los sistemas de IA de alto riesgo, establece obligaciones específicas de transparencia para ciertos sistemas de IA que generan un riesgo limitado y normas para garantizar su cumplimiento. El Parlamento europeo ha señalado que todo debate político sobre este Reglamento debe ir acompañado de una revisión de la Directiva 85/374, de 25 de julio, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (traspuesta al TRLGDCU), para adaptarla al mundo digital y abordar los retos que plantean las tecnologías digitales emergentes. La segunda propuesta de reglamento tiene por objeto revisar la Directiva 2006/42, de 17 de mayo, relativa a las máquinas. Entre otros aspectos, se abordan los riesgos derivados de las tecnologías digitales emergentes, por lo que garantiza, cuando proceda, la integración segura del sistema de IA en la maquinaria en general, a fin de no poner en peligro la seguridad de la máquina en su conjunto.

1. Los servicios de intermediación.

Como ya hemos adelantado, el legislador europeo también ha acometido la regulación de algunos aspectos relacionados con un tipo específico de prestador de servicios digitales: los servicios de intermediación. Por una parte, en el ámbito de la responsabilidad civil por contenidos ajenos, la DCE introdujo hace ya veinte años una exención de responsabilidad (los llamados puertos seguros) por la información ilícita transmitida o almacenada de forma automática, transitoria y temporal, o almacenada por algunos prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Este régimen -que se verá sustituido por el de la mencionada Ley de servicios digitales, que introduce un marco horizontal para todas las categorías de

20 Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Bruselas, 21.4.2021, COM (2021) 206 final 2021/0106 (COD). Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF.

21 Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a las máquinas y sus partes y accesorios. Bruselas, 21.4.2021 COM (2021) 202 final 2021/0105 (COD). Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:1f0f10ee-a364-11eb-9585-01aa75ed71a1.0014.02/DOC_1&format=PDF.

contenidos, productos, servicios y actividades en servicios intermediarios- debe completarse con la legislación sectorial existente que se aplicará con carácter de *lex specialis*. Por ejemplo, en el caso de los "prestadores de plataformas de intercambio de videos", con las medidas previstas en el capítulo IX bis de la Directiva 2018/1808, de 14 de noviembre de 2018, de servicios de comunicación audiovisual[22]. Si bien este tipo de prestador de servicios de intermediación no tiene control sobre los contenidos generados por los usuarios, sí lo tiene sobre su presentación, etiquetado y secuenciación, por lo que el legislador europeo les impone obligaciones en la organización de los contenidos, con el objeto de proteger a los menores y al público en general: a) medidas adecuadas para proteger a los menores de contenidos que puedan afectar a su desarrollo físico, mental o moral; b) medidas para proteger al público en general de contenidos que inciten a la violencia o al odio contra un grupo o miembros de un grupo por los motivos mencionados en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y c) medidas para evitar la difusión de contenido que constituya una infracción penal según el Derecho de la Unión.

En el caso de las plataformas para compartir contenidos en línea, hay que remitirse a la Directiva 2019/790, de 17 de abril de 2019, de derechos de autor[23]. Esta norma contiene diferentes medidas dirigidas a armonizar aspectos específicos de los derechos de propiedad intelectual y crear un sistema europeo único, pero sin duda, uno de los aspectos más polémicos es su regla dirigida a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, una subcategoría de intermediarios de la sociedad de la información que tendrán que contar con la autorización previa de los titulares de derechos de autor para poder cargar contenidos protegidos. La norma sujeta este tipo de plataformas a un régimen de responsabilidad específico en lo referente a los actos ilícitos cometidos, a través de sus servicios, en materia de propiedad intelectual (art.17 y cndos 61 a 71).

Las plataformas de financiación participativa (*crowdfunding*), que actúan de intermediarias entre inversores y solicitantes de préstamo, no contaban hasta hace poco con una regulación armonizada, sino que debían adaptar sus modelos de negocio a las normativas nacionales (en nuestro caso comunicaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y Ley 5/2015, de 27 de abril, de Fomento de la Financiación Empresarial). Afín de eliminar la barrera que supone

22 Directiva 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado. DOCE l. 303/69. 28 de noviembre de 2018. Dicha Directiva había de ser objeto de trasposición antes del 19 de septiembre de 2020.

23 Directiva 2019/790 del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado Único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. DOCE L 130/92. 17 de mayo de 2019. Dicha Directiva había de ser objeto de trasposición antes del 30 de junio de 2021.

requerir diferentes autorizaciones dentro de la Unión, ha surgido el Reglamento 2020/1503, de 7 de octubre de 2020, de servicios de financiación participativa para empresas[24]. El Reglamento regula los requisitos para prestar estos servicios, la organización, autorización y supervisión de los proveedores de servicios de financiación participativa, la explotación de las plataformas de financiación participativa, y la transparencia y las comunicaciones publicitarias de estos servicios.

Por otra parte, el 12 de julio de 2020 comenzó a aplicarse el Reglamento 2019/1150, de 20 de junio de 2019, sobre servicios de intermediación en línea[25]. El reglamento se aplica a proveedores de servicios de intermediación en línea y proveedores de motores de búsqueda, con independencia de donde estén establecidos o residan y de la ley que les sea aplicable, pero la norma sólo los obliga en la medida en que faciliten o propongan servicios a usuarios profesionales establecidos o domiciliados en la Unión Europea que, a su vez, ofrezcan bienes o servicios a consumidores ubicados en la Unión. Las obligaciones impuestas por la norma a los prestadores de servicios de intermediación y motores de búsqueda tienen por objetivo establecer un entorno digital más transparente, equitativo y fiable para aquellos usuarios profesionales que usan los servicios de los prestadores y motores de búsqueda. El Reglamento 2019/1150 ha servido de fuente de inspiración a la Ley de mercados digitales.

En el ámbito del Derecho de consumo contamos con tres directivas que, si bien no tienen por objeto exclusivo los prestadores de servicios intermediación, hacen una referencia explícita a los mismos. Por una parte, la ya mencionada Directiva 2019/2161, que incluye obligaciones de información específicas a cargo de los proveedores de mercados en línea (nuevo art. 6bis de la Directiva 2011/83) y regula algunos aspectos relacionados con las prácticas comerciales de los mismos (art. 7.4f de la Directiva 2005/29). Y, por otra parte, las también mencionadas Directivas 2019/770 y 2019/771, que precisan que los prestadores de plataformas pueden ser considerados empresarios a los efectos de las respectivas Directivas "si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor" e, incluso cuando no actúen en calidad de tal, si los estados miembros deciden calificarlos como empresarios y hacerles responder frente al consumidor por cualquier falta de conformidad del bien, contenido o servicio digital (considerando 18 Directiva 2019/770 y considerando 23 Directiva 2019/771).

24 Reglamento 2020/1503 del Parlamento europeo y del Consejo, de 7 de octubre de 2020, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/1129 y la Directiva (UE) 2019/1937. DOCE L 347/1. 20 de octubre de 2020.

25 Reglamento 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. DOCE L 186/57. 11 de julio de 2019.

III. LOS ACTORES DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LÍNEA. DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN A LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES Y LOS CONTRATOS DE VENTA DE BIENES CON ELEMENTOS DIGITALES.

Uno de los motivos del carácter fragmentario de la normativa aplicable a la materia que nos ocupa radica en el rápido desarrollo tecnológico y la necesidad de incluir nuevas realidades y agentes en los ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo de la normativa europea.

1. Los suministradores de contenidos y servicios digitales y los vendedores de bienes con elementos digitales.

La necesidad de proseguir la tarea armonizadora necesaria para impulsar la economía digital de la Unión ha llevado a ampliar los aspectos regulados por la Directiva 2000/31, al ámbito de la responsabilidad contractual. Pero las directivas que cumplen este cometido (Directivas 2019/770 y 2019/771) ya no se refieren a los servicios de la sociedad de la información, sino a la venta y suministro de contenidos y servicios digitales, y no son aplicables a las relaciones B2B o C2C, sino exclusivamente a las relaciones B2C, sin perjuicio de la posibilidad de los estados miembros de ampliar sus ámbitos de aplicación en los términos por ellas previstos.

La Directiva 2019/770 es una directiva de consumo que sustituye los prestadores de servicios de la sociedad de la información por los suministradores de contenidos y servicios digitales, dos categorías sólo parcialmente coincidentes. Los servicios de la sociedad de la información comprenden una gran variedad de actividades económicas desarrolladas en línea: "todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios" (art. 2a DCE, que remite al art. 1.2 de la Directiva 98/34/CE modificada por la Directiva 98/48/CE), aunque lo que se define como un servicio puede consistir en la contratación de bienes[26]. Quedan excluidos de su ámbito de aplicación determinados servicios muy concretos: los servicios prestados por notarios y profesiones equivalentes (por ejemplo registradores de la propiedad y mercantiles) en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas, la representación de un cliente y defensa de sus intereses ante los tribunales (luego los servicios prestados por abogados y procuradores en el ejercicio de sus funciones de representación y defensa en juicio) y las actividades de juegos de azar (art. 1.4DCE), a las que sí se aplica en cambio, en nuestro país,

26 A tenor del considerando 18 DCE, "Los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea: dichas actividades en particular consisten en la venta de mercancías en línea. Las actividades como la entrega de mercancías en sí misma o la prestación de servicios fuera de la línea no están cubiertas. (…)".

la Directiva, por haber quedado estos servicios excluidos de la lista durante la tramitación parlamentaria del proyecto de LSSI.

El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales constituye una nueva categoría que se define a través del bien sobre el recae, sin prejuzgar la naturaleza jurídica de la figura (contrato de compraventa, de servicios, de obra, de arrendamiento mobiliario, atípico, etc…). Estamos ante un contrato en virtud del cual el empresario suministra (en el sentido de entrega, sin prejuzgar el carácter periódico o no de la prestación)[27] o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y éste paga o se compromete a pagar un precio o a facilitar datos personales al empresario (art. 3.1 de la Directiva 2019/770 y nuevo art. 59.4 del TRLGDCU). Luego habrá contrato de suministro de contenidos o servicios digitales siempre que el bien objeto de tráfico jurídico sean contenidos o servicios digitales, independientemente de que el suministrador se obligue a una obligación de dar, hacer o dejar hacer y de que éstos se suministren mediante entrega física de un soporte material que sirva de transmisor de los contenidos digitales (DVD, CD, memoria USB y tarjetas de memoria) o enteramente en la red (art. 3.3 de la Directiva 2019/770 y nuevo artículo 114.1 del TRLGDCU). A estos efectos, se entiende por "contenido digital" aquellos datos que se producen y se suministran en formato digital y por "servicio digital" aquellos servicios que permiten al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, así como aquellos servicios que permiten compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos (art .2 de la Directiva 2019/770 y nuevo art. 59bis 1. del TRLGDCU)[28].

Los servicios digitales no son ya una subespecie de los contenidos digitales -tal y como era el caso en la Propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de diciembre de 2015, sobre ciertos aspectos relativos al suministro de contenidos digitales- sino una categoría autónoma con dos variantes: los servicios que permiten al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, y los que le permiten compartir datos en formato digital cargados o creados por el

27 Ver al respecto Castillo Parrilla, J.A.: "A vueltas con el agotamiento del derecho de distribución en los contratos llamados "de suministro de contenidos digitales", a propósito de la STJUE de 12 de octubre de 2016 (C-166/2015), en AAVV: *Derecho digital: Retos y cuestiones actuales* (coord. F. Capilla Roncero), Thomson Navarra, 2018, p.73.

28 El considerando 19 de la Directiva completa esta definición enumerando como ejemplos de contenidos digitales, "los programas informáticos, aplicaciones, archivos de vídeo, archivos de audio, archivos de música, juegos digitales, libros electrónicos u otras publicaciones electrónicas" y como ejemplo de servicios digitales que permiten la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, incluido el programa (*software*) como servicio, "el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales". La figura del contrato de suministro de contenidos digitales aparecía ya mencionada en la fallida Propuesta de Reglamento de normativa común de compraventa europea (art.2k.) y en la Directiva 2011/83 (art.2.11 y considerando 19), traspuesta en España en el TRLGDCU (art.59 bis1.i) mediante la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que no definen la figura, pero sí lo que se entiende por contenido digital: "los datos producidos y suministrados en formato digital".

consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos. El suministro de un servicio digital, aunque relacionado con datos en formato digital, no tiene por qué conllevar el suministro de contenidos digitales, ya que puede ser el propio destinatario del servicio quien proporcione esos datos, como es el caso del *cloud computing* o almacenamiento en la nube, las redes sociales (Facebook, twitter) o los servicios de comunicación interpersonal y mensajería de transmisión libre (WhatsApp o Telegram). En la Directiva 2019/770, el régimen jurídico dispensado por el legislador europeo a contenidos y servicios digitales es el mismo, aunque la distinción entre contenidos y servicios sigue siendo relevante a otros efectos, como, por ejemplo, en materia de responsabilidad por productos o servicios defectuosos[29].

De acuerdo con el art. 3.5a) de la Directiva 2019/770, quedan excluidos de su ámbito de aplicación material "la prestación de servicios distintos de los servicios digitales, independientemente de que el empresario haya utilizado formas o medios digitales para obtener el producto del servicio o para entregarlo o transmitirlo al consumidor". Por ejemplo, "la prestación de servicios profesionales, como los de traducción, arquitectura, asesoramiento jurídico u otros servicios de asesoramiento profesional que el empresario suele realizar personalmente, independientemente de que este haya utilizado medios digitales para obtener el producto del servicio o para entregarlo o transmitirlo al consumidor" (cndo 27). Asimismo, quedan excluidos los servicios de comunicaciones electrónicas, la asistencia sanitaria (no así las aplicaciones sanitarias que el consumidor pueda obtener sin que sea prescrito o suministrado por un profesional de la salud) y los servicios de juego. Luego el legislador europeo no considera servicio digital, a efectos de aplicación de la Directiva 2019/770 (aunque sí es servicio de la sociedad de la información), la cada vez más frecuente prestación de servicios profesionales a través de la red, pero no vinculados necesariamente al entorno virtual, como el teleasesoramiento jurídico o financiero, la teledocencia, los telespectáculos, y en general cualquier tipo de servicio que no se preste de forma automatizada sino mediante la intervención personal del profesional.

Para quedar incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770, el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales ha de tener además carácter oneroso, ya que el consumidor ha de pagar o comprometerse a pagar un precio o facilitar o comprometerse a facilitar datos personales al empresario, salvo cuando los datos sean tratados exclusivamente para suministrar los contenidos o servicios digitales o para que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto y no trate esos datos para ningún otro fin (art. 3.1 de la Directiva 2019/770 y nuevo art. 59.4 del TRLGDCU). Y si había alguna duda sobre el

29 Ver. IV. La responsabilidad contractual de los prestadores de servicios electrónicos. 1.G) Responsabilidad por daños.

carácter oneroso o no de los contratos de suministro que se celebran a cambio de datos personales (con la especialidad de que el intercambio afecta a derechos fundamentales), el nuevo artículo 119ter.2 del TRLGDCU parece haberlas disipado al referirse a ellos como "supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación". El considerando 25 de la Directiva 2019/770 remite a los estados miembros el determinar si constituyen o no contratos a efectos de aplicación de la misma "situaciones en las que el empresario recaba únicamente metadatos tales como información sobre el dispositivo del consumidor o el historial de navegación", o "en las que el consumidor, sin haber celebrado un contrato con el empresario, se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos o servicios digitales". El Real Decreto-Ley 7/2021 no se ha pronunciado al respecto por lo que debemos remitirnos a las normas generales en materia contractual para determinar si cabe o no calificar estos supuestos como contrato.

Por lo que respecta al ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva, no quedan incluidos en el mismo los empresarios o profesionales que usan servicios digitales en el desempeño de su actividad principal (investigador que recurre a bases de datos para recabar información o abogado que utiliza herramientas digitales en la redacción de contratos o preparación de sus casos), en la medida en que no son consumidores, y ni tan siquiera quienes celebran contratos con doble objeto (usuario que contrata un servicio de mensajería instantánea que utiliza puntualmente para su actividad profesional). La Directiva 2019/770 -al igual que la Directiva 2019/771- deja abierta la puerta a la posibilidad de que los estados miembros extiendan su aplicación a contratos excluidos del mismo. Por ejemplo, menciona expresamente la posibilidad de extender la protección dispensada a los consumidores, a personas físicas o jurídicas que no sean consumidores en el sentido de la Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas emergente y pymes (cndo 16) y a quienes celebran contratos con doble objeto, en parte relacionados y en parte no con la actividad comercial de la persona, cuando "el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato" (cndo 17). El Real Decreto 7/2021, de 27 de abril no ha hecho uso de estas posibilidades por lo que el nuevo régimen jurídico debe aplicarse exclusivamente a los contratos de contenidos o servicios digitales suministrados por un empresario y, al no modificarse el artículo 3 del TRLGDCU, exclusivamente cuando su destinatario sea una persona física, persona jurídica o entidad sin ánimo de lucro, que actúe en un ámbito ajeno al profesional. Compartimos la opinión de quienes no ven acertada la discrecionalidad de los estados miembros en la calificación, como consumidor o no, de quien celebra un contrato mixto, cuando viene siendo lo habitual, en el ámbito del derecho de consumo, atender a cuál es el

uso predominante[30]. Se pronuncian expresamente en este sentido el considerando 17 de la Directiva 2011/83 o el considerando 12 de la Directiva 2014/17, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial[31], y las sentencias del Tribunal Supremo 364/2016, de 3 de junio[32] y 224/2017, de 5 de abril[33].

La Directiva 2019/771 complementa la Directiva 2011/83/UE (que regula los requisitos de información, entrega y transmisión del riesgo de los contratos celebrados con los consumidores), a la vez que la Directiva 2019/770, en la medida en que incluye en su ámbito de aplicación lo que excluye ésta: los "contenidos o servicios digitales que estén incorporados a los bienes o interconectados con ellos, (…) y que se suministren con los bienes con arreglo al contrato de compraventa, con independencia de si dichos contenidos o servicios digitales son suministrados por el vendedor o por un tercero" (artículo 3.3) y de si se encuentran preinstalados en el propio bien o deben descargarse posteriormente en otro dispositivo interconectado con el bien comprado (cndo 15). Pero para que la venta de dichos contenidos o servicios quede incluida -junta a la de los bienes a los que se encuentran conectados- en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/771 y no en el Directiva 2019/770, es preciso que la incorporación o interconexión se haga en "modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones" (art. 2.5.b de la Directiva 2019/771 y nuevo art. 59bis 1. del TRLGDCU), atendiendo a la interpretación del contrato (cndo 15). En caso de duda acerca de si el suministro de un contenido o servicio digital incorporado a un bien o interconectado con él forma o no parte del contrato de compraventa, se presume que el contenido o servicio digital está comprendido en el contrato de compraventa (art. 3.3). Luego, en los casos de duda o cuando resulte claro que la ausencia del contenido o servicio digital incorporado o interconectado -y suministrado con el bien objeto de compraventa- impediría que el bien cumpliera su función, se aplicará el régimen de conformidad previsto por la Directiva 2019/771. De no ser así, estaremos en principio ante un contrato mixto, que se regirá por la Directiva 2019/771 en lo

30 En este sentido Cauffman, C.: "New EU Rules on Business-to-Consumer and Platform-to-Business Relationships", en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 26, 4, 2019, p. 479 afirma que la decisión es problemática y Morais Carvalho, J.: "Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770). Ámbito de aplicación y grado de armonización", https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5230 , pp.935-936 afirma que "Por supuesto, los Estados miembros son libres de calificar a esta persona como consumidor, al igual que pueden hacerlo para las personas jurídicas o las empresas. Esta restricción del concepto de consumidor nos parece criticable, ya que puede dar lugar a discrepancias a escala europea y, al mismo tiempo, socavar el mercado interior y la protección efectiva del consumidor".

31 Directiva 2014/17, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48 y 2013/36 y el Reglamento 1093/2010. DOCE L 60/43. 28 de febrero de 2014.

32 RJ 2016\2300

33 RJ 2017\2669

referente a la faceta material y por la Directiva 2019/770 en lo referente a la faceta digital (art. 3.6 de la Directiva 2019/770)[34].

2. Los prestadores de servicios de intermediación.

Las relaciones bilaterales entre el empresario que presta el bien, servicio, o contenido digital y quien lo recibe (ya sea en calidad de consumidor o no) dan paso, en más de una ocasión, a relaciones triangulares en donde en el vértice del triángulo se sitúa un empresario-intermediario -organizado habitualmente como plataforma digital- que ofrece un espacio cerrado en el que se desarrolla la relación entre el proveedor del bien, servicio, o contenido digital y el adquirente del mismo (*market place* o mercado en línea). Por lo tanto, en estos supuestos de intermediación transaccional confluyen diferentes prestaciones de servicios. Por una parte, los servicios ofrecidos por la plataforma -el intermediario- a quienes recurren a ella, es decir, la relación contractual entre la plataforma y sus usuarios, que son tanto el proveedor del bien, servicio, o contenido digital, como su adquirente. Dicha relación viene regulada a través del contrato de acceso, generalmente un contrato de adhesión, complejo y atípico[35], a través del cual la plataforma asume diversas obligaciones que varían dependiendo de los servicios ofertados pero que incluye, como prestación esencial, la de permitir el acceso al usuario y, en su caso, el alojamiento de datos (otros servicios frecuentes son los de gestionar cobros, crear bancos de reputación de los usuarios oferentes, regular la actuación de los usuarios, supervisar el cumplimiento de las normas, aplicar sanciones en caso de incumplimiento de sus normas, etc.). Y, por otra parte, la relación entre el proveedor del bien, servicio, o contenido digital y su adquirente, es decir el contrato principal celebrado entre los usuarios de la plataforma y que justifica los otros dos. Este contrato, aunque celebrado en línea, puede ejecutarse en línea o no, inscribirse en el seno de una relación B2C, B2B o C2C, y tener por objeto el suministro de bienes, servicios (incluidos o no en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770) o contenidos digitales.

La Directiva 2000/31 ya contemplaba, junto a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, que definía como quienes prestan un servicio "a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario" (art. 2a)[36], los prestadores de servicios intermediarios, distinguiendo a estos

34 Acerca de la dificultad de distinguir entre los bienes con contenidos digitales y los contratos mixtos: Fernández Chacón, I.: "El ámbito material de aplicación de la nueva Directiva relativa a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: Aspectos clave", en VVAA. *Derecho y Nuevas Tecnologías* (coord. L.A. Fernández Villazón). Thomson, Navarra, 2020, p.575 y bibliografía allí citada.

35 Acerca de la naturaleza del contrato entre la plataforma y sus usuarios: Rodriguez Martinez, I.: "El servicio de mediación electrónica y las plataformas de economía colaborativa", *Revista de Derecho mercantil*, núm.305/2017, p.25 y ss.

36 Art.2a) de la Directiva 2000/31/CE, que remite al art.1.2 de la Directiva 98/34/CE modificada por la Directiva 98/48/CE. El considerando 18 de la Directiva complementa la definición: "Los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea;

efectos entre quienes prestan servicios de mera transmisión, memoria-tampón y alojamiento de datos, pero en el año 2000 el legislador no podía anticipar la realidad técnica, económica y social de los servicios digitales actuales. Se refiere también a este tipo de agente el ya mencionado Reglamento 2019/1150, que impone obligaciones específicas a los prestadores de servicios de intermediación en línea (definidos también como prestadores de servicios de la sociedad de la información), si éstos "permiten a los usuarios profesionales ofrecer bienes o servicios a los consumidores, con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas entre dichos usuarios profesionales y consumidores", y se "prestan a los usuarios profesionales sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios y los usuarios profesionales que ofrecen los bienes o servicios a los consumidores" (art. 2.2). Ambos textos incluyen además expresamente en su ámbito de aplicación los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

En la actualidad, dichos servicios de intermediación se suelen desarrollar bajo la forma de plataformas, sin perjuicio de que los mismos no siempre actúen como mediadores en el sentido indicado, sino que en ocasiones prestan directamente los bienes, servicios, o contenidos digitales al adquirente. Así, las Directivas 2019/770 y 2019/771 prevén que los prestadores de plataformas pueden ser considerados vendedores o suministradores, a efectos de aplicación de las mismas, si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor. Aunque el legislador europeo prevé incluso la posibilidad de ampliar la cobertura de las Directivas a quienes contraten con prestadores de plataformas que no cumplan los requisitos anteriores (cndo18 de la Directiva 2019/770 y cndo 23 de la Directiva 2019/771).

A pesar de que han sido cada vez más las normas europeas que utilizan expresamente el término "plataformas" o "mercados en línea" en sus

dichas actividades en particular consisten en la venta de mercancías en línea. Las actividades como la entrega de mercancías en sí misma o la prestación de servicios fuera de línea no están cubiertas. Los servicios de la sociedad de la información no se limitan únicamente a servicios que dan lugar a la contratación en línea, sino también, en la medida en que representan una actividad económica, son extensivos a aquellos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos. Los servicios de la sociedad de la información cubren también servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario del servicio. La radiodifusión televisiva según se define en la Directiva 89/552/CEE y la radiodifusión radiofónica no son servicios de la sociedad de la información, ya que no se prestan a petición individual; por el contrario, los servicios que se transmiten entre dos puntos, como el vídeo a la carta o el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico son servicios de la sociedad de la información. El uso del correo electrónico o, por ejemplo, de sistemas equivalentes de comunicación entre individuos, por parte de personas físicas que actúan fuera de su profesión, negocio o actividad profesional, incluso cuando los usan para celebrar contratos entre sí, no constituyen un servicio de la sociedad de la información. La relación contractual entre un empleado y su empresario no es un servicio de la sociedad de la información; las actividades que por su propia naturaleza no pueden realizarse a distancia ni por medios electrónicos, tales como el control legal de la contabilidad de las empresas o el asesoramiento médico que requiere el reconocimiento físico de un paciente, no constituyen servicios de la sociedad de la información".

considerandos[37], son pocas las que se han atrevido hasta ahora con una definición[38], lo cual no es de extrañar ya que estamos ante un término genérico que abarca diferentes tipos de negocio. Buena prueba de ello la tenemos en la amplia definición propuesta por el Proyecto de Normas Modelo sobre Plataformas de Intermediación en Línea (*Draft Model Rule on Online Intermediary Platforms*), elaborado por el Instituto de Derecho Europeo, en 2019[39]: "servicio de la sociedad de la información que proporciona uno o varios de los siguientes servicios: a) permiten a los consumidores celebrar contratos de suministro de bienes, servicios o contenidos digitales en un entorno digital controlado por el operador de la plataforma; b) permiten a los suministradores hacer publicidad en un entorno digital controlado por el operador de la plataforma que puede ser explorado por los consumidores afín de contactar con los suministradores y concluir un contrato fuera de la plataforma; c) ofrecen comparativas u otro servicio de asesoramiento a los consumidores que identifican relevantes suministradores de bienes, servicios o contenidos digitales y que dirigen a los consumidores a los sitios web de esos suministradores o les proporcionan datos de contacto; d) permiten a los usuarios de la plataforma proporcionar reseñas acerca de los suministradores, consumidores, bienes, servicios o contenido digital ofertado por los suministradores, a través de un sistema de buena reputación" (arts.1.2 y 2a). Tal y como destaca el Comentario Oficial al Proyecto de Normas Modelo, "la característica común a estos cuatro tipos de servicios radica en que facilitan o influyen en la celebración de un contrato sobre bienes, servicios, o contenidos digitales entre un suministrador y un consumidor, ya sea a cambio de dinero, datos o cualquier otra contraprestación"[40]. Es decir que, tal y como las define Barrio Andrés, estamos ante un servicio de la sociedad de la información "capaz

37 La Directiva 2011/83, sobre los derechos de los consumidores, la Directiva 2018/1808, de servicios de comunicación audiovisual, el Reglamento 2019/1150, sobre servicios de intermediación en línea, la Directiva 2019/770, sobre suministro de contenidos y servicios digitales, la Directiva 2019/271, de compraventa de bienes, la Directiva 2019/790, de derechos de autor, o el Reglamento 2020/1503, sobre servicios de financiación participativa para empresas.

38 Una de las pocas es la Directiva 2019/2161, que elige la expresión "proveedores de mercados en línea", para referirse a todo comerciante que pone a disposición del consumidor "un servicio que emplea programas ("software"), incluidos un sitio web, parte de un sitio web o una aplicación, operado por el comerciante o por cuenta de éste, que permite a los consumidores celebrar contratos a distancia con otros comerciantes o consumidores" (art.4.1e).

39 Las *Model Rules on On-line Platforms,* publicadas por el Instituto de Derecho Europeo (Busch, C et Al: *Report of the European Law Institute. Model Rules on Online Platforms*. https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf), se basan en el *Borrador de directiva sobre plataformas en línea (*Busch, C et. Al: "Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms", *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2016, pp.164-169. Una traducción al español en https://www.elsi.uni-osnabrueck.de/projekte/model_rules_on_online_intermediary_platforms/translations/spanish.html). Este borrador de Directiva, elaborado en 2016 por el *Research Group on the law of digital services* (un grupo de investigación formado por varias universidades europeas) tenía como propósito ofrecer "un conjunto de reglas que contribuyan a la ecuanimidad y transparencia en las relaciones entre operadores de plataformas y usuarios", y de "poder servir como modelo a los legisladores nacional, europeo e internacional, así como de fuente de inspiración para una autorregulación y estandarización".

40 Busch, C et Al: *Report of the European Law Institute. Model Rules on Online Platforms*. https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf), p.23

de facilitar la interacción "on-line" entre usuarios mediante el aprovechamiento de los sistemas de economía en red (por ej. Über, E-Bay, Amazon, etc.). Y ello con independencia de que las transacciones se completen en última instancia en línea -en el portal web de la plataforma o del proveedor del servicio en cuestión-, o fuera de línea, o de que no lleguen a completarse'[41].

Podríamos incluso emplear una definición más amplia (por ejemplo, la acuñada por Rodriguez de las Heras: "entorno digital cerrado de interacción múltiple entre los usuarios gestionado centralizadamente por un operador'[42]), en la medida en que, fuera del ámbito del consumo, dichas plataformas se emplean también con fines no transaccionales: redes sociales, plataformas de citas, de interacción social e intercambio de contenidos sin fines comerciales[43]. Entre estas últimas se encuentran las plataformas de intercambio de videos o las plataformas para compartir contenidos en línea, en general, a las que el legislador europeo ha exigido la adopción de medidas de control respecto de los contenidos ajenos que albergan, ya sea para proteger a menores y al público en general frente a contenidos que perjudiquen a su integridad física o moral o que inciten a la violencia, al odio o a la comisión de conductas delictivas (Directiva 2018/1808 de servicios de comunicación audiovisual), ya sea para proteger los derechos de propiedad intelectual y afines frente a quienes los vulneran recurriendo a una plataforma de intermediación (Directiva 2019/790 de derechos de autor).

La Propuesta de Ley de servicios digitales ofrece una definición precisa de lo que se entiende por plataforma en línea a los efectos de su aplicación. La Propuesta distingue, dentro de la categoría general de prestadores de servicios de alojamiento de datos (un tipo específico de servicio intermediario), la subcategoría de plataformas en línea que define como un "prestador de un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde al público información, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio y, por razones objetivas y técnicas, no pueda utilizarse sin ese otro servicio y la integración de la característica en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento" (art. 2h y cndo 13). Por lo tanto, no reserva el término plataforma para las plataformas transaccionales o mercados en línea (puesto que caben dentro de la definición las redes sociales), pero sí requiere que el intermediario, además de almacenar la información proporcionada por el destinatario del servicio a petición suya, la difunda al público, es decir, que la ponga "a disposición de un número potencialmente

41 Barrio Andrés, M.: *Manual de derecho digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.141

42 Definición acuñada por Rodriguez De Las Heras Ballell, T.: "La contratación en plataformas electrónicas en el mercado de la estrategia para un mercado único digital en la Unión Europea", AA.VV., *El Mercado digital en la Unión Europea* (dir. por Castaños Castro, P. y Castillo Parrilla J.A.), Reus, Madrid, 2019, p.105.

43 A tenor del comentario oficial, este tipo de plataformas quedan fuera del ámbito de aplicación del Proyecto de Normas Modelo: Busch, C et Al.: *Report of the European Law Institute,* cit., p.23.

ilimitado de terceros a petición del destinatario del servicio que ha facilitado dicha información" (art. 2e y cndo 14). A tenor del considerando 14 "el concepto debe excluir la difusión de información en grupos cerrados integrados por un número finito de personas predeterminadas. Los servicios de comunicaciones interpersonales definidos en la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, como los correos electrónicos o los servicios de mensajería privada, quedan fuera del ámbito de aplicación del presente Reglamento'[44].

IV. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS.

Sin duda, la diversidad de normativas nacionales constituye un importante obstáculo al comercio transfronterizo, al incrementarse los costes de las transacciones en una materia tan necesitada de reglas comunes como lo son las transacciones transfronterizas en línea. Y esta realidad es especialmente acusada en el caso del suministro de contenidos o servicios digitales, en unas ocasiones ofertados solos y en otras ocasiones junto a los bienes a los que van unidos o interconectados, a veces adquiridos con un propósito ajeno a la actividad profesional del adquirente, y otras veces como instrumento necesario al desempeño de la misma pero que, en cualquier caso, constituyen un tipo de bien que, por su propia naturaleza, está llamado a suministrarse en formato electrónico.

En este sentido, la entrada en vigor de las Directivas 2019/770 y 2019/771 -que se materializará en nuestro país el 1 de enero de 2022, a través del Real Decreto 7/2021, de 27 de abril, que contempla en su artículo decimosexto la modificación del TRLGDCU-dotará de un marco contractual claro a los contenidos y servicios digitales suministrados por un empresario a un consumidor y a la venta de productos inteligentes ligados al Internet de las cosas o, como los llama el legislador, los "bienes con elementos digitales" (vehículos, teléfonos, juguetes, ropa, accesorios, electrodomésticos inteligentes, etc.)". Seguirán regulándose por los respectivos derechos nacionales los aspectos generales del derecho contractual (como la celebración, validez, nulidad o efectos de los contratos), la legalidad de los bienes, contenidos o servicios digitales (cndos 12 de la Directiva

44 Cndo 14: "El concepto de «difusión al público», tal como se utiliza en el presente Reglamento, debe comprender la puesta de información a disposición de un número potencialmente ilimitado de personas, es decir, hacer que la información sea fácilmente accesible para los usuarios en general sin necesidad de que el destinatario del servicio que proporciona la información haga nada más, sean quienes sean las personas que efectivamente obtengan acceso a la información en cuestión. No cabe entender que la mera posibilidad de crear grupos de usuarios de un determinado servicio implique, de por sí, que la información difundida de esa manera no se difunde al público. Sin embargo, el concepto debe excluir la difusión de información en grupos cerrados integrados por un número finito de personas predeterminadas. Los servicios de comunicaciones interpersonales definidos en la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, como los correos electrónicos o los servicios de mensajería privada, quedan fuera del ámbito de aplicación del presente Reglamento. La información solo debe considerarse difundida al público en el sentido del presente Reglamento cuando ello ocurra a petición directa del destinatario del servicio que ha proporcionado la información".

2019/770 y 18 de la Directiva 2019/771), pero pasan a ser objeto de armonización los aspectos referentes a la entrega, los requisitos de conformidad en el suministro y las medidas correctoras en caso de falta de conformidad o incumplimiento. El propósito del legislador europeo es que, en el ámbito del derecho de consumo, estos aspectos pasen a ser una materia armonizada sin posibilidad de que los Derechos nacionales se aparten de lo establecido a nivel europeo si no es en los casos puntuales previstos por las propias Directivas[45]. Si bien es cierto que son varias las cuestiones sobre las que puede darse una no deseada fragmentación jurídica y varias las materias que quedan fuera del ámbito de aplicación de las normas europeas.

La relevancia de la Directiva 2019/771 no se limita a los bienes con elementos digitales, sino que afecta al régimen de falta de conformidad en la compraventa de bienes de consumo, en general (con la consiguiente derogación del régimen introducido en el TRLGDCU por la Directiva 1999/44) y la Directiva 2019/770 contempla aspectos como la modificación de los contratos duraderos de contenidos o servicios digitales, que exceden el objetivo de este trabajo. Nos limitaremos a resaltar aquí los aspectos atinentes a la responsabilidad de los vendedores de bienes con elementos digitales (aunque no sean prestadores de servicios en línea) y los suministradores de servicios y contenidos digitales, analizando el lugar en que quedan frente a este nuevo régimen jurídico, los prestadores de servicios de intermediación y los prestadores de servicios en línea[46], en general.

1. Los suministradores de contenidos y servicios digitales y los vendedores de bienes con elementos digitales.

A) Entrega de los bienes.

De acuerdo con el régimen jurídico resultante de estas dos Directivas, el suministrador de contenidos o servicios digitales debe, siempre que no se haya previsto otra cosa en el contrato, suministrar sin demora indebida tras su celebración los contenidos o servicios objeto del contrato. En el caso de tratarse de "bienes con elementos digitales" o de contenidos digitales suministrados a través de un soporte material, debe aplicarse el art. 18 de la Directiva 2011/83 (pensado para la venta de bienes muebles tangibles) al elemento material y a su contenido, por lo que deberá efectuarse la entrega al consumidor, sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días a partir de la celebración del contrato (art. 5 de la Directiva 2019/770 y art. 66bis 1. del TRLGDCU).

45 Arts.1 y 4 y cndos 3 y 6 de la Directiva 2019/770 y arts.1 y 4 y cndos 1 a 10.

46 Se utiliza en este trabajo el concepto de servicio en línea como sinónimo del de servicio de la sociedad de la información: servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.

Para cumplir con dicha obligación de entrega o suministro, el empresario (vendedor de un bien con elementos digitales o suministrador de contenidos o servicios digitales) debe poner a disposición del consumidor o hacer que le resulte accesible el bien, contenido o servicio digital, incluidas sus actualizaciones. De ahí que, en el caso de que el consumidor tenga acceso al contenido o servicio a través de una instalación física o virtual gestionada por un tercero (por ejemplo, una plataforma electrónica o una instalación de almacenamiento en nube), el suministrador no será responsable de los actos u omisiones del tercero que gestione la instalación física o virtual, a no ser que ésta esté sometida al control del empresario o vinculada contractualmente a él, o que el consumidor no haya podido elegir la instalación a través de la cual recibir los contenidos o servicios digitales (considerando 41 de la Directiva 2019/770). Sin respaldo alguno en las Directivas, el nuevo artículo 123 del TRLGDCU prevé que "salvo prueba en contrario, la entrega o el suministro se entienden hechos en el día que figure en la factura o tique de compra, o en el albarán de entrega correspondiente si este fuera posterior".

B) Falta de conformidad.

La conformidad con el contrato exige que el bien, contenido o servicio digital cumpla los requisitos subjetivos previstos en el contrato y los requisitos objetivos exigibles para bienes, contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar. Se incluye la obligación del empresario de suministrar actualizaciones, según se hayan pactado en el contrato o según puedan ser necesarias para mantener la conformidad (arts.7 y 8 de la Directiva 2019/770 y arts.6 y 7 de la Directiva 2019/771, nuevo art. 115bis y ter del TRLGDCU).

Se admite una desviación de los criterios objetivos cuando, al concluir el contrato, el consumidor fue específicamente informado de que una determinada característica del bien, contenido o servicio digital se apartaba de los requisitos de conformidad objetivos previstos en la ley y el consumidor expresa y separadamente aceptó esa desviación al celebrar el contrato (art. 8.5 de la Directiva 2019/770 y art. 7.5 de la Directiva 2019/771; nuevo art. 115ter.5 del TRLGDCU).

La falta de conformidad alcanza la incorrecta instalación del bien o la incorrecta integración del contenido o servicio en el entorno digital del consumidor si la instalación o integración era responsabilidad del empresario o fue realizada por el consumidor siguiendo el suministro de instrucciones deficientes por parte del empresario (art. 8 de la Directiva 2019/771 y art. 9 de la Directiva 2019/770; nuevo art. 115 quater del TRLGDCU). Finalmente, la falta de conformidad también alcanza los vicios materiales y jurídicos, incluyendo las posibles limitaciones o restricciones derivadas de la vulneración de derechos de terceros, aunque en estos casos debe

prevalecer el tratamiento dispensado al contrato por los derechos nacionales (art. 9 y cndo 35 de la Directiva 2019/771 y art. 10 y cndo 54 de la Directiva 2019/770). A estos efectos, el nuevo artículo 117.2 del TRLGDCU reproduce el contenido de las Directivas al permitir que el consumidor o usuario pueda también en estos casos exigir las medidas correctoras por falta de conformidad, "salvo que una ley establezca en esos casos la rescisión o nulidad del contrato".

C) Persona responsable.

De acuerdo con la Directiva 2019/770, la persona responsable de la falta de conformidad del contenido o servicio digital, ya se haya prestado éste en línea o mediante entrega física de un soporte material que sirva de transmisor de los contenidos digitales, es el empresario suministrador de los mismos. Sin embargo, a tenor de la Directiva 2019/771, es el vendedor quien debe responder de las faltas de conformidad existentes en los bienes vendidos cuando éstos se suministran con elementos digitales. Es decir que la Directiva 2019/771 traslada la falta de conformidad de un bien con elementos digitales, incluida la de los contenidos o servicios a él incorporados, al vendedor. El Real Decreto-Ley 7/2021 ha optado por referirse en ambos casos al "empresario", aunque será preciso tener presente en cado caso quien contrató con el consumidor.

Ambas Directivas contemplan la existencia de un derecho de repetición de quien fue parte contractual del consumidor (y a quien no le fuera imputable el incumplimiento o falta de conformidad) contra la persona o personas responsables en la cadena de transacciones, pero remiten a los derechos nacionales la determinación de quién es el responsable y las acciones y condiciones de ejercicio correspondientes (art. 20 y cndo 78 de la Directiva 2019/770 y art. 18 y cndo 63 de la Directiva 2019/771). El considerando 63 de la Directiva 2019/771 se refiere expresamente a la posibilidad de una responsabilidad directa de la persona que interviene en fases anteriores de la cadena de transacciones frente al consumidor, pero excluye dicha cuestión del ámbito de aplicación de la Directiva, a no ser que se trate de una garantía comercial ofrecida al consumidor por el productor. El Real Decreto 7/2021 prevé un plazo de un año, desde que se ejecutó la medida correctora, para repetir frente al responsable de la falta de conformidad y contempla la responsabilidad directa del productor, en los mismos plazos y condiciones que los establecidos para el empresario, con el fin de que el bien, contenido o servicio digital sea puesto en conformidad, en aquellos casos en que al consumidor "le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse al empresario" (nuevo art. 125.1 del TRLGDCU). El texto español también obliga al productor a garantizar la existencia de repuestos durante un mínimo de diez años a partir de la fecha en que el bien deja de fabricarse (nuevo art. 127 bis 1 del

TRLGDCU), haciendo uso de la opción reconocida por el considerando 33 de la Directiva 2019/771.

Como veremos, nada dicen las Directivas 2019/770 y 2019/771 sobre los daños que puedan derivarse de la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales o de los bienes con elementos digitales, lo que obliga a remitirse a los derechos nacionales, incluidas las normas sobre trasposición de la Directiva 85/374, de 25 de julio de 1985, sobre la responsabilidad por productos defectuosos.

D) Plazos para el ejercicio de derechos.

El empresario es responsable de las faltas de conformidad existentes en el momento del acto de entrega o suministro, siempre que se manifiesten en el plazo mínimo de dos años, o de las que aparezcan y se manifiesten durante la vigencia del contrato de suministro de carácter continuo (art. 11 de la Directiva 2019/770 y art. 10 de la Directiva 2019/771). Haciendo uso de la facultad que reconoce el legislador europeo a los estados miembros, de ampliar los plazos en favor del consumidor, el nuevo artículo 120.1 del TRLGDCU diferencia a estos efectos entre la compraventa de bienes (con o sin elementos digitales), en cuyo caso el plazo se extiende hasta tres años desde la entrega del bien, y el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, para el cual se mantiene el plazo de dos años desde el suministro, previsto por la Directiva 2019/770. Para los supuestos de suministro continuo también se contempla la responsabilidad del empresario por los defectos de conformidad que se manifiesten durante la vigencia del contrato pero, en el caso de tratarse de un contrato de compraventa de bienes con elementos digitales que establece un suministro continuo de contenidos o servicios digitales durante un período inferior a tres años, se precisa que "el plazo de responsabilidad será de tres años a partir del momento de la entrega" (art. 120.2 del TRLGDCU).

Haciendo uso de la opción que contemplan, por una parte, el art. 11.3.2 de la Directiva 2019/770 y 10.4 y 10.5 de Directiva 2019/771 y, por otra parte, el considerando 44 de la Directiva 2019/771, el Real Decreto-Ley 7/2021 prevé que la acción para reclamar las medidas correctoras prescribirá a los cinco años desde la manifestación de la falta de conformidad (art. 124 del TRLGDCU), y el ejercicio de dichas medidas suspende el cómputo de los plazos en que ha de manifestarse la falta de conformidad y en que se presume su existencia (art. 122 del TRLGDCU). A estos efectos, el artículo 123.2 del TRLGDCU prevé que el empresario tendrá la obligación de entregar al consumir que ejercite su derecho a la puesta en conformidad, justificación documental que acredite la puesta a disposición del bien o del contenido o servicio digital por parte del consumidor, así como el retorno del mismo, una vez conforme. Se contempla además un plazo de un año, tras la entrega del bien o el suministro del contenido o servicio digital, durante el cual

el empresario responde de las faltas de conformidad que motivaron la puesta en conformidad, cuando se reproduzcan los defectos del mismo origen (art. 122.3 del TRLGDCU).

E) Carga de la prueba

El consumidor ha de probar que el bien, servicio o contenido no es conforme con el contrato, pero no debe probar la existencia de la falta de conformidad en el momento de la entrega o suministro, sino que se presume su existencia siempre que se manifieste en el plazo de un año desde la fecha de entrega o suministro, o dentro del periodo del suministro continuo (art. 12 de la Directiva 2019/770 y art.11 de la Directiva 2019/771). La versión española extiende el plazo de presunción a dos años en el caso de compraventa de bienes con elementos digitales y en caso de suministro continuo de éstos inferior a tres años, mientras mantiene el plazo de un año para el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales (art. 121.1 y 2 del TRLGDCU). A pesar de encontrarnos dentro de los plazos señalados anteriormente, el legislador europeo contempla una inversión de la carga de la prueba si el empresario demuestra que el entorno digital del consumidor no era compatible con los requisitos técnicos de los contenidos o servicios digitales suministrados y que el consumidor había sido informado acerca de los mismos antes de la celebración del contrato (art. 12.4 de la Directiva 2019/770 y nuevo art. 121.3 del TRLGDCU), así como en aquellos casos en que el consumidor se niegue a colaborar con el suministrador para establecer la causa de la falta de conformidad (art. 12.5. de la Directiva 2019/770 y nuevo art. 121.4 del TRLGDCU). Tratándose de una compraventa de bienes, corresponde a los derechos nacionales determinar en qué medida una contribución del consumidor a la falta de conformidad afecta a su derecho a exigir medidas correctoras (art. 13.7 de la Directiva 2019/771) y si para hacer valer sus derechos el consumidor ha de informar al vendedor de la falta de conformidad en un plazo mínimo (art. 12 de la Directiva 2019/771). El Real Decreto 7/2021 no se pronuncia al respecto por lo que, por lo que respecta a la primera cuestión, habrá que aplicar los criterios generales en materia de concurrencia de culpa. En lo referente a la segunda, hay que entender que, en caso de compraventa de bienes con elementos digitales, al igual que en el de suministro de contenidos o servicios digitales (cndo 11 in fine de la Directiva 2019/770), el consumidor no tiene obligación de notificar al empresario la falta de conformidad en un plazo mínimo.

F) Medidas correctoras por incumplimiento y falta de conformidad.

Ante el incumplimiento del suministro de contenidos o servicios digitales, la Directiva 2019/770 prevé que el consumidor podrá pedir el cumplimiento específico de la prestación acordada y, en caso de que no se atienda su pretensión sin demora indebida o en el periodo acordado por las partes, tendrá derecho a

resolver el contrato (art. 13.1 de la Directiva 2019/770 y nuevo art. 66bis 2 del TRLGDCU). Sólo en ciertos casos tendrá un derecho de resolución inmediata (art. 13.2 de la Directiva 2019/770 y nuevo art. 66bis 3 del TRLGDCU).

Para los casos de falta de conformidad, los remedios que contemplan ambas directivas y que son objeto de armonización, son la puesta en conformidad del bien, contenido o servicio digital, una reducción proporcional del precio y la resolución del contrato, dependiendo de cuáles sean las circunstancias de la falta de conformidad. Al igual que en el caso de la Directiva 1999/44/CE, la puesta en conformidad del bien es la medida correctora por defecto, salvo que resulte imposible o suponga costes desproporcionados, mientras que la reducción del precio y la resolución contractual son remedios subsidiarios o secundarios. Pero si la falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica una reducción inmediata del precio o la resolución del contrato, el consumidor podrá recurrir directamente a ellas (art. 14.4.d) de la Directiva 2019/770 y art. 13.4c) de la Directiva 2019/771 y nuevo art. 119e) del TRLGDCU).

Luego, con carácter general, para poder solicitar la resolución será necesario haber exigido previamente la reparación o sustitución de los bienes o la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales, o que resulte que los mismos no se pondrán en conformidad en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor, siendo preciso, además, que el empresario demuestre que la falta de conformidad no es de escasa importancia. La Directiva 2019/770 prevé como salvedad a este último requisito el que los contenidos o servicios digitales no se suministren a cambio del pago de un precio (art. 14.6 de la Directiva 2019/770), ya que en estos casos el consumidor no dispone de una corrección consistente en la reducción del precio (cndo 67 de la Directiva). Con una redacción no totalmente coincidente, el Real Decreto 7/2021 también contempla dicha excepción (nuevo art. 119ter 2 del TRLGDCU)[47].

La resolución del contrato exige una declaración del consumidor, dirigida al empresario, en la que exprese su decisión de resolver el contrato (art. 15 Directiva 2019/770, art. 16.1 Directiva 2019/771 y nuevo art. 119ter 1 del TRLGDCU). En el caso de venta o de que el suministro de contenidos o servicios digitales se hubiese efectuado a cambio de precio, el empresario deberá devolver al consumidor, sin demora indebida y en el plazo máximo de 14 días desde el ejercicio del derecho de resolución, todos los importes pagados o la parte proporcional correspondiente a los bienes no conformes o al periodo durante el cual los contenidos o servicios digitales no fueron conformes (art. 16.1 Directiva 2019/770, art. 16.2 Directiva

47 Art. 119ter 2. "La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación". Acerca de las consecuencias del tratamiento de los datos personales como contraprestación: Cámara Lapuente, S.: "Un primer balance", cit, p.17 y ss.

2019/771 y nuevo art. 119ter 1, 4 y 5 del TRLGDCU). En el caso de que los contenidos o servicios digitales se hubiesen entregado a cambio de datos, en lo referente a los de carácter personal se aplicará el Reglamento general de protección de datos y, en nuestro caso, la Ley orgánica 3/2019, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. En lo atinente a los datos no personales, el empresario deberá poner a disposición del consumidor los contenidos que este último haya facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario y deberá abstenerse de utilizar los mismos. Como contrapartida, el empresario tendrá derecho a impedir cualquier uso posterior de los contenidos o servicios digitales por parte del consumidor y a exigirle, en su caso, la devolución del soporte material en que se hubieren suministrado (art. 16.3 a 5 Directiva 2019/770 y nuevo art. 119ter 5 y 6 del TRLGDCU).

Se aprecian algunas diferencias entre ambas directivas, que obedecen a la distinta naturaleza de los bienes objeto de regulación. Por ejemplo, así como en el caso del contrato de compraventa de bienes la puesta en conformidad ha de materializarse en la reparación o sustitución del bien disconforme (a elección del consumidor), salvo imposibilidad de realizar la medida y/o modalidad elegida o imposición de costes desproporcionados o no razonables para el vendedor teniendo en cuenta todas las circunstancias (art. 13.2 y 3), la Directiva 2019/770 no concreta cómo habrá de llevarse a cabo la puesta en conformidad en el caso del suministro de contenidos o servicios digitales, lo cual parece acorde con la variada naturaleza que pueden revestir los contenidos y servicios digitales. El legislador se limita a exigir que se realice en un periodo razonable de tiempo, a partir del momento en que el consumidor haya informado acerca de la disconformidad (art. 14.3). Asimismo, el reconocimiento del derecho del consumidor a suspender el cumplimiento de sus obligaciones o parte de ellas, hasta que el empresario haya cumplido con las suyas, sólo se armoniza en la Directiva sobre compraventa de bienes, que remite no obstante a los estados miembros la determinación de las condiciones y modalidades de su ejercicio (art. 13.6); la Directiva sobre suministro de contenidos o servicios digitales sólo menciona, en su considerando núm. 15, la posibilidad de que los estados miembros regulen este derecho. El Real Decreto-Ley 7/2021 tampoco concreta cómo ha de llevarse a cabo la puesta en conformidad en el caso del suministro de contenidos o servicios digitales, pero amplia el derecho a suspender el pago por parte del consumidor al suministro de contenidos o servicios digitales, sin determinar en ninguno de los dos casos las condiciones y modalidades de su ejercicio (art.117.1 del TRLGDCU).

El legislador europeo remite a los derechos nacionales la regulación de otras posibles medidas, como la de una medida correctora concreta si la falta de conformidad del bien se manifiesta en los 30 días siguientes a la entrega

(art.3.7 de la Directiva 2019/771), o indemnizaciones por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento o falta de conformidad del bien, contenido o servicio digital. De hecho, los considerandos 73 de la Directiva 2019/770 y 61 de la Directiva 2019/771 contemplan el derecho del consumidor a reclamar una indemnización por los perjuicios debidos a una falta de conformidad o a un incumplimiento en la venta o suministro de bienes, contenidos o servicios digitales, en cuyo caso la indemnización debe situar al consumidor en la posición la más parecida posible a aquella en la que se encontraría de haberse suministrado en conformidad los bienes, contenidos o servicios. Sin embargo, dicha declaración no encuentra reflejo en el articulado de las Directivas[48], que sólo reconocen la libertad de los estados miembros de compensar los daños y perjuicios causados a los consumidores por incumplimiento de sus normas (art.3.10 Directiva 2019/770 y art. 3.6 de la Directiva 2019/771). Será por tanto conforme al régimen general de responsabilidad de los estados miembros qué habrá que determinar el ámbito de extensión de dicha responsabilidad por incumplimiento o falta de conformidad y si puede alcanzar, en su caso, a daños causados más allá del entorno digital del consumidor.

G) Responsabilidad por daños.

El art.116 del TRLGDCU se limita a reconocer el derecho del consumidor a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad "de acuerdo con la legislación civil y mercantil". Entre dichas normas se encuentran las resultantes de la trasposición de la Directiva 85/374, de 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por productos defectuosos[49] (DRPD) -en nuestro país, los arts.135 y ss. del TRLGDCU-, no pensadas para los contenidos o servicios digitales. Si se trata de un contenido o servicio digital incorporado a un bien o interconectado con él (ejemplo, adquisición de un coche con un sistema de navegación GPS (contenido digital) y actualizaciones de software durante un determinado periodo de tiempo (servicio digital), o suministrado en soporte material (ejemplo, adquisición de un programa informático suministrado en CD), cabría defender la aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad generada por los daños de los productos, en la medida en que el bien al que aparece incorporado el elemento digital es un bien mueble[50]. Otra cosa es si, en el caso de los bienes con software de código abierto, en los que el código fuente se comparte abiertamente y los usuarios pueden acceder libremente al programa (*software*), podemos hablar

48 La mayor parte de las Directivas sobre consumo no se pronuncian al respecto, aunque sí lo hacía el art. 14 de la propuesta de Directiva de suministro de contenidos digitales de 2015, que también remitía las condiciones de ejercicio de este derecho a la legislación de los Estados Miembros.

49 Directiva del Consejo 85/374, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. DOCE L 210/29. 7 de agosto de 2985.

50 Gerhard, W.: "Robot Liability" (June 19, 2018). Disponible en https://ssrn.com/abstract=3198764 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3198764, p.10.

de un producto acabado a efectos de aplicación de esta DRPD[51]. Estos softwares quedan precisamente excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770, a no ser que el software se suministre a cambio de precio o datos personales del consumidor (cndo 32).

Resulta más discutible la inclusión de los contenidos o servicios digitales, no incorporados o interconectados con un bien o no suministrados en soporte material, en el ámbito de aplicación de la DRPD. Cabe defender un concepto amplio de producto y extender el ámbito de aplicación de la norma a los "productos digitales", dejando sólo fuera los inmuebles y los servicios[52], aunque la compleja naturaleza de algunos contratos de suministro de contenidos y servicios digitales hace que resulte difícil mantener, en el ámbito tecnológico, la distinción entre bienes y servicios[53].

Al margen de las dificultades que plantea la aplicación de la DRPD a los daños derivados de la prestación de servicios o contenidos digitales (incorporados o no a un bien)[54], debemos recordar que los protagonistas de la misma no son los mismos que los de la Directiva 2019/270 y la Directiva 2019/271. En primer lugar, a pesar de la ambigüedad que ha generado el art.3 del TRLGDCU en torno a las personas protegidas por el régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos,

51 Precisamente, el art.3DRPD indica que la responsabilidad del productor se limita a los defectos existentes en el momento que el bien se pone en el mercado, porque está pensando en productos acabados y no en productos que evolucionan tras su puesta en circulación. Estos softwares quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770, a no ser que el software se suministre a cambio de precio o datos personales del consumidor (cndo 32).

52 En este sentido: Gerhard, W.: "Robot Liability", cit., p.11, para quien la Directiva no debería ver limitado su ámbito de aplicación a los productos "de la vieja escuela" y su aplicación debería ser independiente del modo en que los programas de ordenador son guardados, copiados y distribuidos; Zurita Martín, I: "Las propuestas de reforma legislativa del Libro Blanco europeo sobre inteligencia artificial en materia de seguridad y responsabilidad civil", 7 de abril de 2021, Instituto de Derecho iberoamericano (https://idibe.org/doctrina/las-propuestas-reforma-legislativa-del-libro-blanco-europeo-inteligencia-artificial-materia-seguridad-responsabilidad-civil/): "creemos que el software debe ser considerado bien mueble a estos efectos incluso sin la existencia de soporte físico, tanto por la falta de alusión de los arts. 6 y 136 LCU a la necesaria corporeidad, como por aplicación del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. Esta amplitud de concepto de producto tiene asimismo relación con el concepto de productor, que el art. 138 LCU extiende al fabricante o importador de cualquier elemento integrado en un producto terminado. Finalmente, su consideración como bien mueble con fundamento en el art. 335 CC también puede argumentarse acudiendo a la doctrina que defiende como decisivo el criterio de la susceptibilidad de apropiación –y no el de la movilidad- para determinar qué bienes pertenecen a esta categoría".

53 De ahí el rechazo de la Directiva 2019/770 a clasificar la naturaleza de este tipo de contrato (cndo 12). En este sentido Cámara Lapuente, S.: "La nueva protección", cit, pp.94-95.

54 Recordemos que la misma está siendo objeto de revisión para adaptarla al mundo digital y abordar los retos que plantean las tecnologías digitales emergentes, como los sistemas del Internet de las cosas. En su Resolución de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.html), el Parlamento insta a la Comisión a que "evalúe si la Directiva debe transformarse en un Reglamento, a que aclare la definición de "productos", determinando para ello si el contenido digital y los servicios digitales entran dentro de su ámbito de aplicación, y a que considere la posibilidad de adaptar conceptos como "daño", "defecto" y "productor"; opina que, en aras de la seguridad jurídica en toda la Unión, tras la revisión de la Directiva el concepto de "productor" debe incluir a fabricantes, desarrolladores, programadores, prestadores de servicios y operadores finales (…)" (considerando 8).

entendemos que cualquier persona que usa o consume un producto y sufre alguno de los daños previstos en el art.129 entra en el ámbito de protección del régimen legal, sea o no un consumidor. De lo contrario habría que concluir que no coincide el ámbito de aplicación de la DRPD con el del TRLGDCU[55]. En segundo lugar, el "perjudicado", que debe probar el defecto ("un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso la presentación del producto, el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto y el momento en que el producto se puso en circulación)[56], el daño y la relación de causalidad entre ambos, puede exigir la reparación de los daños causados al productor, importador y si el productor no pudiera ser identificado, al suministrador. En este último caso, a menos que dentro del plazo de tres meses el suministrador indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto (art. 2.3 de la DRPD y art.138.2 del TRLGDCU).

La DRPD establece un sistema de responsabilidad objetivada (cndos 2 y 3 de la Directiva) en que el productor no puede exonerarse probando un comportamiento diligente sino exclusivamente la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el art.7 (art.140 del TRLGDCU)[57]. Luego si el defecto de seguridad procede del contenido o servicio digital incorporado o interconectado, el productor final y el del software, en calidad de productor de una parte integrante, responderán solidariamente (arts.3 y 5 de la DRPD)[58], sin perjuicio de que el productor final pueda repetir frente al fabricante del software (art.5 de la DRPD y art.132 del TRLGDCU). Este último podrá liberarse de responsabilidad frente a la víctima si prueba que el defecto es imputable al diseño del bien corporal al que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto (art.7f. de la DRPD y art.140.2 del TRLGDCU). Eso sí, en ambos casos debemos estar ante daños resarcibles con cargo a la DRPD y las normas nacionales de trasposición. Es decir, daños causados por muerte o lesiones corporales o daños en cosas distintas del propio producto defectuoso y destinadas al uso o consumo privado, y que el perjudicado haya utilizado principalmente para su uso o consumo

55 En este sentido Parra Lucán, Mª. A.: *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Madrid, 2011, pp. 39-44.

56 Art. 10DRPD, traspuesto al derecho español a través del art. 137.1TRLGDCU: "Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación".

57 Art.7 Directiva 1985 y art. 140.1 del TRLGDCU: "Que no se había puesto en circulación el producto; que es posible presumir que el defecto no existía cuando el producto se puso en circulación; que el producto no había sido fabricado para la venta o distribución, ni fabricado, importado, etc., en el marco de una actividad profesional o empresarial; que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a la normativa vigente; que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante; o que el estado de los conocimientos científicos existentes cuando se puso en circulación no permitía saber la existencia del defecto".

58 Siempre que el productor final se presente como productor del bien acabado ya que si el contenido o servicio digital y el bien corporal se adquieren por separado el perjudicado deberá determinar la fuente del daño.

privado (art. 9 de la DRPD y arts.129.1 y 142 del TRLGDCU)[59]. Luego, si bien el producto causante del daño no ha de ser necesariamente de uso privado (puesto que la Directiva no se aplica sólo a consumidores), sí lo ha de ser la cosa dañada cuya reparación se pretende, siendo preciso atender al uso principal que le dé el perjudicado. Se aplica además deducción de una franquicia de 500 euros en el caso de daños materiales y un límite de 63.106.270,96 euros en el caso de daños por muerte y lesiones personales (arts.9 y 16 de la DRPD y art.141 del TRLGDCU). La acción está sujeta al plazo de prescripción especial de tres años desde que se produjeron los daños (art.10 de la DRPD y art.143 del TRLGDCU).

El resarcimiento de daños no incluidos en el ámbito de aplicación del art.129.1 del TRLGDCU da lugar a la aplicación de las reglas generales de responsabilidad contractual (arts.1101 y ss. del Código Civil) y extracontractual (arts.1902 y ss del Código Civil), por lo que será conforme a las mismas que el adquirente de bienes con contenidos o servicios digitales incorporados o interconectados podrá dirigirse frente al vendedor o quienes intervinieron en las fases previas de la cadena de transmisiones.

2. Servicios de intermediación.

Los prestadores de servicios de intermediación responden frente a sus usuarios de las obligaciones asumidas en los respectivos contratos de acceso (permitir el acceso y alojamiento de datos, impedir o controlar el acceso a determinados lugares o contenidos, clasificar productos según criterios o parámetros predeterminados, crear bancos de reputación de los usuarios oferentes, supervisar el cumplimiento de normas internas, aplicar sanciones, resolver disputas …) y de las obligaciones previstas por la ley según la naturaleza y el sector de actividad del servicio prestado (servicio de retransmisión y memoria tampón, servicio de alojamiento, plataforma para compartir contenidos en línea, plataforma de intercambio de videos, plataforma de financiación participativa, mercado en línea), el perfil del intermediario (plataforma en línea o no y en su caso, grande plataforma en línea) y el del destinatario del servicio (profesional/empresario o consumidor)[60].

En caso de incumplimiento o falta de conformidad de los servicios objeto del contrato de acceso y siempre que el usuario del servicio sea un consumidor, será aplicable la Directiva 2019/770 ya que, aunque el Real Decreto-Ley 7/2021 no se hay pronunciado expresamente al respecto, no parece discutible la condición de suministrador de servicios digitales de las plataformas que prestan servicios

59 Quedarían por lo tanto excluidos los daños económicamente puros y a la dignidad humana.

60 Sin olvidar la prohibición de las empresas de incurrir en prácticas comerciales desleales en su relación con los consumidores. A estos efectos, la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales ha sido modificada por la Directiva 2019/2161, que ha visto ampliado el concepto de bien para incluir "los servicios digitales y el contenido digital.

de intermediación. Sin embargo, el prestador de la plataforma no responde en principio de la venta o suministro de bienes, servicios (ya sean estos servicios digitales incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770 o no) o contenidos digitales ofertados a través de la plataforma y objeto del contrato principal entre proveedor y adquirente, ya que no asumió dicho programa prestacional.

A pesar de que la Directiva 2019/770 y la Directiva 2019/771 reconocen a los estados miembros la posibilidad de calificar al operador de la plataforma como empresario y de hacerle responder frente al consumidor por cualquier falta de conformidad, incluso cuando dicho intermediario "no actúa con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor" (cndo 18 Directiva 2019/770 y cndo 23 Directiva 2019/771), el Real Decreto-Ley 7/2021 no ha hecho uso de esa posibilidad, por lo que, a falta de previsión legal específica al respecto, es difícil hacer responsable a la plataforma de obligaciones que vinculan a terceros (podrá ser responsable, en su caso, del incumplimiento de la obligación de informar acerca de los requisitos específicos previstos por el art.6bis de la Directiva 2011/83, como el de informar si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital es un comerciante o no, con arreglo a la declaración de dicho tercero al proveedor del mercado en línea)[61]. De la misma forma, tampoco cabe hacer responsable al proveedor del bien, contenido o servicio digital del incumplimiento de las obligaciones de la plataforma, a no ser que ésta esté sometida al control del proveedor o vinculada contractualmente con él, o cuando el consumidor la haya seleccionado para recibir el bien, contenido o servicio, pero esa opción era la única ofrecida por el proveedor (cndo 41 Directiva 2019/770).

Es de lamentar que, con ocasión de su trasposición, el legislador español no haya hecho uso de la posibilidad brindada por las Directivas 2019/770 y 2019/771, aclarando la responsabilidad de las plataformas en situaciones como las previstas por el Proyecto de Normas Modelo. Éstas prevén la responsabilidad solidaria de la plataforma por incumplimiento contractual de las obligaciones del proveedor del bien, servicio, o contenido digital, cuando la plataforma no informó al consumidor

61 Entre nosotros, hay quien entiende que cabe defender esta corresponsabilidad al amparo del artículo 1258 CC: Pertiñez Vilchez, F.: "La economía colaborativa en la estrategia del Mercado Digital único de la Unión Europea", AA.VV., *El Mercado digital en la Unión Europea* (dir. por Castaños Castro, P. y Castillo Parrilla J.A.), Reus, Madrid, 2019, p.155: "este principio puede incardinarse en el ordenamiento español en el art. 1258 CC., en virtud del cual, según las características del caso, el contrato que liga al usuario con el operador de la plataforma no obligaría sólo al cumplimiento de lo estrictamente pactado -esto es, la prestación de un servicio de intermediación entre usuario y proveedor- sino a todas las obligaciones que conforme a la buena fe pudiera legítimamente esperar el usuario, entre las cuales podrían estar la de responder por el incumplimiento del proveedor si el usuario pudo percibir que la prestación del servicio subyacente se ejercía bajo el control y la influencia decisiva del operador de la plataforma". En la idea de protección de la apariencia se basa también la STJUE de 9 de noviembre de 2016. Asunto C 149/15 Sabrina Wathelet y Garage Bietheres & Fils SPRL, aunque en este caso quien actuaba como intermediario no era una plataforma sino un concesionario de coches, que actúa por cuenta de un particular.

de que estaba celebrando un contrato con el proveedor del bien, servicio, o contenido digital y no con la plataforma (art.19) o el consumidor confiaba razonablemente en que la plataforma asumía el control sobre el proveedor (art. 20.1). En ambos casos, el artículo 21 reconoce al consumidor la posibilidad de ejercer frente al operador de la plataforma los mismos derechos y remedios que tendría frente al proveedor si éste fuera un empresario, independientemente de que en realidad no lo sea. Para evaluar si el consumidor pudo confiar razonablemente en la influencia predominante del operador de la plataforma sobre el proveedor, el artículo 20.2 proporciona una lista de posibles criterios a considerar: "a) El contrato proveedor-consumidor se ha concluido exclusivamente a través de las instalaciones proporcionadas en la plataforma; b) El operador de la plataforma oculta la identidad del proveedor o los datos de contacto hasta después de la conclusión del contrato proveedor-consumidor; c) El operador de la plataforma utiliza exclusivamente sistemas de pago que permiten al operador de la plataforma retener los pagos realizados por el consumidor al proveedor; d) Los términos del contrato proveedor-consumidor los determina esencialmente el operador de la plataforma; e) El precio a pagar por el consumidor lo fija el operador de la plataforma; f) El marketing se centra en el operador de la plataforma y no en los proveedores; o g) El operador de la plataforma se compromete a monitorear la conducta de los proveedores y hacer cumplir sus estándares más allá de lo requerido por la ley". A tenor del artículo 25 del Proyecto de Normas Modelo, dicha responsabilidad solidaria deja a salvo un derecho de retorno del operador de la plataforma frente al proveedor del bien, servicio, o contenido digital[62].

En calidad de prestador de servicios de la sociedad de la información, el prestador de la plataforma sí puede llegar a responder, en cambio, de los daños causados al usuario y adquirente del bien, servicio, o contenido digital, y a cualquier tercero, cuando los mismos obedecen a contenidos ilícitos en los datos alojados por el proveedor (por ejemplo venta de productos falsificados, suministro de contenidos digitales que vulneran el derecho de propiedad intelectual, incitan al odio, son constitutivos de pornografía infantil u otros contenidos audiovisuales nocivos). En estos casos, para exonerarse de responsabilidad será preciso que el prestador de la plataforma no tuviera conocimiento efectivo de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito y, de haberlo tenido, que hubiera actuado con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a los mismos sea imposible (art.14.1DCE)[63]. El prestador puede obtener dicho conocimiento efectivo, en particular, a través de investigaciones

62 Entre los detractores de la opción adoptada por el Proyecto de Normas Modelo: Maultzsch, F.: "Contractual Liability of Online Platforms Operators: European Proposals and established Principles", *European Review of Contractual Law*, nº4, 2018, p.227 y ss.

63 La LSSI se aparta ligeramente de la Directiva al fijar el requisito del no conocimiento. El art. 16 LSSI exige que el prestador de servicios de alojamiento no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita "o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización".

realizadas por iniciativa propia, o a través de avisos recibidos de terceros, en la medida en que dichos avisos sean suficientemente precisos y estén adecuadamente fundamentados para que un operador económico pueda detectar de manera razonable, evaluar y, en su caso, actuar contra el contenido presuntamente ilícito (STJUE 12 julio 2011. Asunto C-324/09. L'Oréal v. EBay, apartado 120). A estos efectos, el artículo 16.1b) LSSI indica que "Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución (…)". Pero los tribunales han declarado que no es preciso esperar a obtener una resolución judicial o administrativa para negar al prestador de un servicio de la sociedad de la información la posibilidad de acogerse a la exclusión de responsabilidad prevista en el art. 14 DCE[64]. Para beneficiarse de la exoneración será además necesario que el proveedor del bien, servicio, o contenido digital no actuase bajo la autoridad o control de la plataforma (art.14.2DCE) y que la plataforma no prestase una asistencia activa consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas (STJUE 12 julio 2011. Asunto C-324/09. L'Oréal v. EBay, apartado 116). De no darse los requisitos para beneficiarse del puerto seguro, la plataforma puede llegar a responder, con arreglo a las normas generales de responsabilidad civil, de los daños derivados de la actuación o contenidos ilícitos alojados por el destinatario del servicio de intermediación.

La Directiva 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, modifica el régimen general establecido por la DCE, en lo referente a la responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea (una subcategoría de prestador de servicios de alojamiento), sin perjuicio de que se les siga aplicando la DCE con respecto a fines ajenos al ámbito de aplicación de la Directiva 2019/790, como la vulneración del derecho al honor, derecho de marcas, etc… (art.17.3). Las plataformas, entre cuyos fines principales se encuentre el de almacenar y dar al público acceso a una gran cantidad de obras o prestaciones protegidas cargadas por los usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos, son responsables de la comunicación y puesta a disposición al público de obras protegidas, sin la debida autorización. La Directiva sobre derechos de autor sustituye el régimen de exoneración de responsabilidad previsto por el artículo 14DCE (ausencia de conocimiento efectivo de la ilicitud y prontitud en la retirada del contenido cuando tenga conocimiento de ella) por otro que requiere demonstrar la concurrencia de tres elementos: a) haber hecho los mayores esfuerzos para obtener una

64 STS de 7 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:68); STS de 5 de mayo de 2016 (RJ 2016\2451).

autorización, b) haber hecho, de acuerdo con normas específicas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos para garantizar la indisponibilidad de obras y otras prestaciones específicas respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria y, en cualquier caso, c) haber actuado de modo expeditivo al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web, y haber hecho los mayores esfuerzos para evitar que se carguen en el futuro, de conformidad con la letra b)[65]. No obstante, a tenor del artículo 2.6 de la Directiva 2019/790, los mercados en línea y los prestadores de servicios entre empresas y en la nube, que permiten que los usuarios carguen contenido para su propio uso, no son considerados prestadores de servicios para compartir contenidos en línea a efectos de la presente Directiva. Luego la plataforma que facilite la conclusión de un contrato que tenga por objeto la entrega o el suministro de bienes, servicios, o contenidos digitales, no quedará sujeta al ámbito de aplicación de la Directiva 2019/790 sino al de la DCE, o en su caso, al de la propuesta de Ley de servicios digitales.

En el caso de que la plataforma no actué como prestador de un servicio de alojamiento de datos sino como mero transmisor de los datos facilitados por el destinatario del servicio de intermediación, será suficiente para exonerarse de responsabilidad con que la plataforma no haya originado la transmisión, no haya seleccionado al destinatario de la transmisión y no haya seleccionado ni modificado los datos transmitidos (art.12 DCE). Por tanto, en el caso de los servicios de retransmisión que ofrecen las plataformas de videoconferencias, tanto a consumidores como a profesionales que se valen de las mismas para prestar servicios en línea no incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770 (profesional que recurre a Teams o Skype para impartir clases, dar una conferencia, prestar asesoramiento jurídico o financiero o pasar consulta), el perjudicado por la información o actividad ilícita transmitida por medio de la plataforma sólo podrá dirigirse al proveedor del servicio principal, al amparo de las normas generales sobre responsabilidad civil.

La propuesta de Ley de servicios digitales mantiene las exenciones de responsabilidad previstas por la DCE, conforme a la interpretación del TJUE, aunque introduce un nuevo requisito para beneficiarse de la exención de responsabilidad por contenidos ilícitos, cuando la plataforma actúa como prestador de un servicio de alojamiento de datos en una transacción B2C: "no inducir a un consumidor medio y razonablemente bien informado a creer que esa información,

65 Las exigencias previstas en los apartados b y c no son aplicables a los prestadores cuyos servicios lleven menos de tres años a disposición del público en la Unión y cuyo volumen de negocios anual sea inferior a 10.000.000 de euros, aunque el último inciso del c sí es exigible a los prestadores cuyo promedio de visitantes únicos mensuales supere el año anterior los 5 millones (art. 14.6).

o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea, o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control" (art.5.3 y cndo 23). Este nuevo requisito coincide con la mencionada previsión que hacen los artículos 19 y 20 del Proyecto de Normas Modelo, aunque la propuesta de Ley de servicios digitales no especifica el alcance de dicha responsabilidad ni ofrece indicios acerca de cuándo debe entenderse que el consumidor pudo confiar razonablemente en la influencia predominante del operador de la plataforma sobre el proveedor. Una vez más, queda en manos del TJUE la concreción de estos aspectos.

3. Los demás prestadores de servicios en línea.

La entrada en vigor de la Directiva 2019/770 va a dotar de unas reglas armonizadas a la responsabilidad contractual de los prestadores de servicios y contenidos digitales, pero deja fuera de su ámbito de aplicación la responsabilidad de numerosos profesionales (todos los prestadores de servicios en línea no incluidos en su ámbito de aplicación), cuyo número va en aumento y que se valen de herramientas tecnológicas para prestar sus servicios. La exclusión de estos servicios del ámbito de cobertura de la Directiva 2019/770 implica la aplicación de las estipulaciones contenidas en el contrato y el régimen de responsabilidad contractual de los respectivos derechos nacionales (art.1301 y ss. CC, y normativa del marco contractual en el que se prestan los servicios: arrendamientos de servicios, contrato de obra, mandato, etc..), ya que el TRLGDCU parece haber reservado el régimen legal de los servicios defectuosos (arts.147 y 148) al ámbito conectado con la seguridad personal, con el que no suelen interactuar los servicios en línea[66]. Solamente en aquellos supuestos en que existen dudas sobre la naturaleza contractual de la relación existente entre el prestador del servicio y quien lo recibe o cuando no existe dicha relación, estaría justificado el recurso a las reglas generales de responsabilidad extracontractual, especialmente cuando resultan afectadas la vida, la seguridad y la integridad de las personas.

En los años 1990, tras el fracaso de la propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil del prestador de servicios[67], se apeló a la heterogeneidad de los servicios como principal obstáculo a la construcción de un régimen unitario de responsabilidad civil del prestador de servicios[68], y en 2003, el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la seguridad de los servicios

66 Parra Lucán, Mª. A.: *La protección del consumidor"*, cit., pp.229-231, para quien dicho régimen ha sido raramente aplicado por nuestros tribunales en el caso de servicios que no pueden afectar a la seguridad personal.

67 Propuesta de Directiva del Consejo, de 9 de noviembre de 1990, sobre la responsabilidad del prestador de servicios COM/90/482, final, DOCE C12, 18 de enero de 1991.

68 En este sentido Pasquau Liaño, M.: "El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios", en AA.VV.: *La responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos* (coord. por A. Orti Vallejo), Thomson, Navarra, p.2006, p.72.

prestados a los consumidores, mencionaba que los futuros trabajos debían orientarse a considerar la especificidad de las diferentes categorías de servicios[69]. Tal vez ha llegado el momento de considerar la oportunidad de centrarse en las particularidades de los servicios prestados a través de la red para actualizar, aunque sea de forma fragmentada, las rudimentarias regulaciones nacional y comunitaria en materia de servicios. La importancia de la sociedad de la información y la era digital en la acelerada aparición de nuevos servicios pondrán si cabe, más de manifiesto, las insuficiencias de la actual normativa.

V. CONCLUSIONES.

El régimen jurídico de las Directivas 2019/770 y 2019/771 guarda grandes similitudes con el de la Directiva 1999/44, sobre venta y garantías de bienes de consumo, a la que reemplazan. Todas ellas protegen al consumidor (en este caso no sólo de bienes, sino también de contenidos o servicios digitales y de bienes con elementos digitales) frente a cualquier incumplimiento o falta de conformidad, aunque éstos sean imputables a dolo o culpa del vendedor. Como no podía ser de otro modo, a pesar de refundirse ambas directivas en un mismo texto, el nuevo TRLGDCU mantiene las diferencias de régimen jurídico previstas por la Directiva 2019/770 y por la Directiva 2019/771, en materia de entrega, falta de conformidad, remedios o personas responsable, según se trate, respectivamente, de contenidos y servicios digitales o de bienes con elementos digitales.

Se echa de menos una mayor concreción del legislador español en cuestiones que el legislador europeo ha remitido a los derechos nacionales, como la previsión de criterios para la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento o la falta de conformidad. Pero, sobre todo, es de lamentar no haber aprovechado la trasposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771 para ampliar su ámbito de cobertura a los profesionales destinatarios de bienes con elementos digitales o de contenidos o servicios digitales, así como a los contratos mixtos. Por lo que respecta al primer supuesto, si uno de los pilares de la Estrategia para el mercado único digital es mejorar el acceso de consumidores y empresas a los bienes y servicios digitales en toda Europa[70], sería necesario que las pymes o los profesionales pudieran contar con el mismo grado de protección frente al incumplimiento o la falta de conformidad que los consumidores. El Reglamento 2019/1150, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, constituye una buena prueba

69 Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la seguridad de los servicios prestados a los consumidores COM (2003), 313 final, 6 junio 2003, p. 8 (https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0313:FIN:ES:PDF).

70 Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa. COM (2015) 192 final (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=EN).

de que no todos los empresarios son iguales y de que algunos pueden necesitar protección frente a otros, por ser éstos, más poderosos. En lo referente a los contratos mixtos, la oportunidad de incluirles en el ámbito de aplicación de ambas Directivas viene respaldada por la decisión adoptada por otras directivas europeas y por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En el ámbito de los prestadores de servicios de intermediación, la propuesta de Ley de servicios digitales viene a cubrir las insuficiencias del marco normativo actual y a recoger la postura del Tribunal de Justicia Europeo, que lleva algún tiempo exigiendo una mayor responsabilidad a estos intermediarios. Con todo, sigue echándose en falta un pronunciamiento claro acerca de la responsabilidad que asumen los mercados en línea en las obligaciones contraídas por los profesionales que ofrecen bienes, servicios y contenidos a través de dichos entornos virtuales.

Finalmente, el considerando 27 de la Directiva 2019/770 deja expresamente fuera de su ámbito de aplicación la prestación de servicios electrónicos que no impliquen el suministro de contenidos o servicios digitales, aunque el empresario haya utilizado medios digitales para obtener el producto del servicio o para entregarlo o transmitirlo al consumidor. Luego la responsabilidad contractual en que incurran los profesionales que presten servicios en línea, aunque con el apoyo de herramientas digitales, quedará sujeta a los sistemas generales de responsabilidad de los estados miembros (reglas generales sobre responsabilidad contractual por daños derivados del incumplimiento contractual y marco contractual del arrendamiento de servicios, principalmente). Tal vez haya que volver a plantearse si constituye un obstáculo serio para el correcto funcionamiento del mercado interior el heterogéneo mosaico legislativo que ofrecen los estados miembros en materia de servicios que, hoy más que nunca, no saben de fronteras físicas.

BIBLIOGRAFÍA

Barrio Andrés, M: *Manual de derecho digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Busch, C., et Al: *Report of the European Law Institute. Model Rules on Online Platforms*. https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf).

Busch, C. et. Al: "Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms", *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2016. Una traducción al español en https://www.elsi.uni-osnabrueck.de/projekte/model_rules_on_online_intermediary_platforms/translations/spanish.html).

Cámara Lapuente, S: "La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* nº11, 2014.

Cámara Lapuente, S: "Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales", *Diario La Ley*, nº 9881, Sección Tribuna, 29 de junio de 2021.

Castillo Parrilla, J.A: "A vueltas con el agotamiento del derecho de distribución en los contratos llamados "de suministro de contenidos digitales", a propósito de la STJUE de 12 de octubre de 2016 (C-166/2015), en AAVV: *Derecho digital: retos y cuestiones actuales* (coord. F. Capilla Roncero), Thomson, Navarra, 2018, p. 71 y ss.

Cauffman, C: "New EU Rules on Business-to-Consumer and Platform-to-Business Relationships", en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 26, 4, 2019.

Fernández Chacón, I: "El ámbito material de aplicación de la nueva Directiva relativa a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: Aspectos clave", en VVAA. *Derecho y Nuevas Tecnologías* (coord. L.A. Fernández Villazón), Thomson, Navarra, 2020, p.559 y ss.

Gerhard, W: "Robot Liability" (June 19, 2018). Disponible en https://ssrn.com/abstract=3198764 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3198764.

Maultzsch, F: "Contractual Liability of Online Platforms Operators: European Proposals and established Principles", *European Review of Contractual Law*, nº4, 2018.

Morais Carvalho, J: "Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770). Ámbito de aplicación y grado de armonización", https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5230.

Parra Lucán, Mª. A: *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Madrid, 2011.

Pasquau Liaño, M: "El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios", en AA.VV.: *La responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos* (coord. por A. Orti Vallejo), Thomson, Navarra, p.2006, p. 59 y ss.

Pertiñez Vilchez, F.: "La economía colaborativa en la estrategia del Mercado Digital único de la Unión Europea", AA.VV., *El Mercado digital en la Unión Europea* (dir. por Castaños Castro, P y Castillo Parrilla J.A.), Reus, Madrid, 2019, p. 129 y ss.

Rodriguez De Las Heras Ballell, T: "La contratación en plataformas electrónicas en el mercado de la estrategia para un mercado único digital en la Unión Europea", AA.VV., *El Mercado digital en la Unión Europea* (dir. por Castaños Castro, P y Castillo Parrilla J.A.), Reus, Madrid, 2019, p. 93.

Rodriguez Martinez, I: "El servicio de mediación electrónica y las plataformas de economía colaborativa", *Revista de Derecho mercantil*, núm. 305/2017.

Zurita Martín, I: "Las propuestas de reforma legislativa del Libro Blanco europeo sobre inteligencia artificial en materia de seguridad y responsabilidad civil ", 7 de abril de 2021, Instituto de Derecho iberoamericano (https://idibe.org/doctrina/las-propuestas-reforma-legislativa-del-libro-blanco-europeo-inteligencia-artificial-materia-seguridad-responsabilidad-civil/).

COMUNICARE NELL'INFOSFERA. SOCIETÀ DIGITALE E NUOVA VULNERABILITÀ DELLA PERSONA UMANA

COMMUNICATING IN THE INFOSPHERE. DIGITAL SOCIETY AND THE NEW VULNERABILITY OF THE HUMAN PERSON

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3684-3707

Raffaella
MESSINETTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il lavoro si propone di ricercare, nel dialogo tra etica e diritto sui temi dell'Intelligenza artificiale, strumenti capaci di tutelare la persona umana dalle nuove vulnerabilità coniate dalla società digitale. In questa prospettiva, centrale è il seguente quesito: il diritto alla spiegazione della decisione algoritmica è un principio etico universale ma è anche un diritto in senso giuridico? La risposta è che nel sistema giuridico europeo, alla stregua dell'interpretazione sistematica e assiologica dell'art. 22 del GDPR, quel diritto esiste: costruito come una garanzia individuale fondamentale nel processo algoritmico che sia interamente automatizzato e ad "alto rischio" per l'impatto della decisione nella sfera della persona. La conclusione raggiunta nel lavoro è che l'art. 22 GDPR ha un ruolo cruciale nel governo giuridico della tecnica: incorporare i principi di trasparenza ed "explanibility" nei sistemi decisionali governati dall'IA per assicurare che questi ultimi siano "umano-centrici" e "trustworthy".

PALABRAS CLAVE: AI; machine learning; processi decisionali automatizzati; legibility; accountability; explainability; data protection; privacy; democrazia; trasparenza.

ABSTRACT: *The individual right to an explanation of an algorithmic individual decision is a universal ethical principle. But is it also a legal right?. This Article argues that under European Law that right does exists: a new Data Protection right serving as a transparency and accountability tool in algorithmic decision- making addressed by art. 22 GDPR: solely automated decision-making, having high-risk impact on individual fundamental rights and freedoms. This Article shows that fully automated decisions with significant effects must be made explainable to individuals, allowing them to invoke their rights under the GDPR. The GDPR meant to incorporate the principles of transparency and explainability into AI-governed decision-making systems in order to make them be "human-centered" and "trustworthy".*

KEY WORDS: AI; machine Learning; automated decision making; legibility; accountability; explainability; data protection; privacy; democracy; transparency.

SUMARIO.- I. ETICA E DIRITTO DELL'IA: UN IA UMANO-CENTRICA.- II. COMPRENDERE LA DECISIONE ALGORITMICA. UN DIRITTO?.- III. PROCESSO ALGORITMICO E IDENTITÀ PERSONALE.- IV. COMUNICAZIONE E DESIGN GIURIDICO DELL'INFOSFERA.

I. ETICA E DIRITTO DELL'IA: UN IA UMANO-CENTRICA.

Nel tempo della rivoluzione digitale, il discorso etico sull'intelligenza artificiale sembra avvolgere il mondo non meno di quanto lo abbiano avvolto le ICT[1].

Da Roma alla Cina, dall'UE agli USA, si levano Call for Ethics, Carte e Dichiarazioni di principi[2] cercando di orientare un'impresa naturaliter comune e globale: riprogettare in modo uniforme le infrastrutture tecnologiche del mondo a garanzia di una AI "trustworthy": "affidabile" per la sua capacità di massimizzare i benefici e prevenire e minimizzare i rischi per l'umanità[3].

Sfogliandole, è forte l'impressione che l'etica stia davvero inverando la sua naturale vocazione universale: nonostante la multiforme diversità delle loro radici culturali[4], quei documenti parlano un linguaggio a tutti comune - quello dei diritti

1 Su questi aspetti, si vedano le riflessioni di Donatelli, P.: *La filosofia* e *la vita etica*, Einaudi, Torino, 2020.

2 Per esemplificare: China Governance Principles for a new Generation of AI: Develop Responsible AI (2019); OECD Principles on AI (2019); Hambach Declaration on AI (2019) (Germany); ICO Guidance on AI and Data Protection (2020) (UK); White House OMB Draft Memo on the Regulation of AI (2020) (USA); Rome Call for AI Ethics (2020)
Relativamente all'EU: Artificial Intelligence Act (21 April 2021). "Proposal for a regulation of the European Parliament and the Council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts";
European Parliament Resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a framework of ethical aspects of artificial intelligence, robotics and related technologies;
European Commission. (19 February 2020). White Paper on AI - An European approach to excellence and trust;
European Parliament. (16 February 2017). European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics.

3 HLEGAI. (8 April 2019). High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, EU - Ethics guidelines for trustworthy AI. https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai.
HLEGAI. (18 December 2018). High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, EU -Draft ethics guidelines for trustworthy AI. *https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/draft-ethics-guidelines* trustworthy-ai.
HLEGAI. (26 June 2019). High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, EU - Policy and investment recommendations for trustworthy artificial intelligence. https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/policy-and-investment-recommendations-trustworthy-artificial-intelligence.

4 Floridi, L.: "The European Legislation on AI: a Brief Analysis of its Philosophical Approach", *Philosophy and Technology*, 2021, 215 p. ss.; Cath, C., Wachter, S., Mittelstadt, B., Taddeo, M., & Floridi, L.: "Artificial Intelligence and the 'Good Society': The US, EU, and UK approach" *Science and Engineering Ethics*, 2018, p. 505 ss. ; Roberts, H., Cowls, J., Morley, J., Taddeo, M., Wang, V., & Floridi, L.: "The Chinese approach to artificial intelligence: An analysis of policy, ethics, and regulation" *AI & SOCIETY,* 2021, p. 59 ss.

• Raffaella Messinetti
Professore ordinario di Diritto Privato, Sapienza-Università di Roma. Email, raffaella.messinetti@uniroma1.it

umani - promettendo un'intesa: il governo etico e giuridico dell'IA al servizio della dignità della persona umana e del benessere dell'umanità[5].

Se, quindi, la comunicazione tra sistemi culturali (e giuridici), anche assai diversi tra loro, è resa possibile, a costituire problema è, invece, quella tra intelligenza artificiale e intelligenza umana, in ragione di una singolare asimmetria: la trasparenza dell'uomo - "datificato" - di fronte alla macchina e, per contro, l'opacità della macchina di fronte all'uomo "letto" dalla macchina.

Ciò, a prima vista, potrebbe apparire sorprendente alla stregua della natura informazionale che l'essere umano - un "inforg"[6] al pari delle macchine - condivide con il suo nuovo ambiente vitale: l'infosfera. Da questa prospettiva, sorprende perché apparentemente contraddittoria l'idea che sia un deficit comunicativo a connotare una relazione che, connettendo "organismi informazionali" è, di per sé, essenzialmente comunicativa.

A ben guardare, la spiegazione è banale: il codice informazionale con cui le ICT reinterpretano e riscrivono il mondo è autoreferenziale. Ciò

ha una ragione evidente: digitalizzare il mondo implica ridefinirlo dal punto di vista della macchina; perché il sistema funzioni, tutto il reale deve essere riducibile a dati operazionali; ad input processabili dalla macchina.

Nel "mondo che si fa macchina" questo è un condizionamento sistemico - in certo senso - universale[7].

Come sappiamo, anche l'essere umano vi soggiace, in virtù della scomposizione (e ricomposizione) della sua identità in dati informativi: i dati personali che lo riguardano. Una "ristrutturazione" della persona e della sua identità[8] che

5 E' proprio in virtù di una "rinnovata" vocazione universale che l'etica promette di fare ciò che il diritto non può fare: adattarsi alle caratteristiche "liquide" dell'infosfera per regolarla. Sotto questo profilo, il discorso etico funziona come un super-istanza normativa adeguata a un mondo che, riconfigurato dalle tecnologie, dis-conosce i confini (in primis spaziali) che limitano l'azione del diritto positivo. Su questi temi, Ferrarese, M.R.: *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

6 Inforg e infosfera sono nuove parole coniate per adeguare il linguaggio alla realtà, denotando la "natura informazionale" condivisa dell'essere umano e dal suo ambiente digitale: un ambiente che l'uomo abita insieme ad altri organismi informazionali, senza occuparne il centro: Floridi, L.: *Infosfera. Etica e Filosofia nell'età dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 185 ss.; Id.: *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina, Milano, 2017, p.135.

7 Nella sterminata letteratura sul punto vale la pena – per le riflessioni svolte in queste pagine – rammentare almeno Lessig, L.: *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999.

8 Si intravede un paradosso dell'intelligenza artificiale dell'essere umano: la comprensione che la macchina ha della persona umana non è "semantica": non è intelligenza della sua individualità umana, dei significati che definiscono la sua identità. Per contro, la lettura statistico-computazionale sarebbe così profonda da permettere persino di prevedere gli sviluppi futuri dell'identità. Per sintetizzare quest'ultimo aspetto: la macchina promette di conoscerci meglio di quanto noi conosciamo noi stessi.

condiziona soggettività e cittadinanza nella società digitale[9]: è solo come "organismo informazionale" - infatti - che l'uomo ha accesso all'infosfera.

All'autoreferenzialità del codice fa ovvio riscontro l'asimmetria nella distribuzione sociale del potere digitale[10]. La ragione è storica - non logica né irreversibile: nel disallineamento tra il tempo (veloce) dell'evoluzione delle ICT e quello (lento) del diritto, il codice tecnologico ha funzionato come (unica) legge evolutiva della società digitale, generando il suo effetto rivoluzionario: "ciò che è reale è informazionale e ciò che è informazionale è reale"[11].

Si intuisce che questa "frattura sociale tra individui sempre più trasparenti e poteri sempre più opachi e incontrollabili[12]" dia spazio a una nuova condizione: la vulnerabilità della persona di fronte al potere digitale[13]. Un potere inedito, la cui presa è tanto pervasiva quanto sfuggente. Per definirla, anche l'analisi giuridica si è avvalsa della forza comunicativa di metafore letterarie: la distopia di Orwell ha fornito una rappresentazione icastica degli effetti individuali e sociali della dataveillance[14]. Da questa prospettiva, la sorveglianza generalizzata definirebbe un connotato originale ma non conclusivo della società digitale.

Secondo una convincente riflessione, infatti, la velocità dell'evoluzione tecnologica e delle correlate trasformazioni della prassi esasperano la «liquidità" della società contemporanea[15]: irriducibile ad un'unica rappresentazione formale, la nuova complessità digitale restituirebbe una pluralità multiforme di immagini, riflesse dalle diverse prospettive da cui essa viene osservata. Quella - ora egemonica - dei c.d. big data e dell'intelligenza artificiale paleserebbe l'inadeguatezza

9 Sulla "forza strutturante delle tecnologie" fondamentale il pensiero di Rodotà, S.: *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione,* Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 134 ss. Secondo l'illustre autore, occorre "chiedersi, prima di tutto, quale sia il soggetto che le tecnologie della comunicazione e dell'informazione fanno emergere, come avvenga la sua costruzione".

10 Vedi *infra*, nota 12.

11 Secondo Floridi, L.: *La quarta rivoluzione,* cit., p. 45, questa corrispondenza definirebbe un connotato fondamentale della contemporaneità, l'effetto di una nuova rivoluzione (la quarta, appunto) nella storia dell'umanità. In questa narrazione, l'espressione rivoluzione risalta in una doppia comunicazione: segnalare, da un lato, che per la prima volta nella storia "il progresso e il benessere dell'umanità sono non soltanto collegati ma, soprattutto, dipendenti dall'efficace ed efficiente gestione del ciclo di vita dell'informazione"; dall'altro, una "radicale trasformazione" antropologica indotta dalle ICT: non meri strumenti di comunicazione ma "agenti di riconcettualizzazione della nostra ontologia" in termini conformi al loro codice (Floridi, L.: *Infosfera*, cit., p. 185 ss).

12 Rodotà, S.: *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 335.

13 Sulla «nuova vulnerabilità sociale», Rodotà, S.: *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 335; Hilderbrandt, M.: "Slaves to Big Data. Or are we?", *Revista de Internet, Derecho y Politica*, 2013, p. 7 ss.; Rouvroy, A.: *Technology, virtuality and utopia. Governmentality in an age of autonomic computing*, in M. Hildebrandt e A. Rouveroy (a cura di): *Law, Human Agency and Autonomic Computing. The philosophy of law meets the philosophy of technology*, Routledge, London and New York, 2011, p. 119 s.

14 E' la nota espressione di Clarke, R.: "Information Technology and Dataveillance", *Communication of the ACM*, 1988, p. 408 ss.

15 Riferimento scontato al pensiero di Zygmunt Bauman e in particolare alle riflessioni contenute nei seguenti volumi: Bauman, Z.: *La società individualizzata. Come cambia la nostra esperienza*, Laterza, Roma-Bari, 2002; Id.: *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2003; Id.: *Vita liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

della metafora della sorveglianza[16] per evocare quella del processo di Kafka: la vulnerabilità dell'individuo esposto, nell'infosfera, a infiniti e indefiniti trattamenti dei dati personali'"che lo riguardano"; a processi ininterrotti di ricostruzione e utilizzazione della sua identità sui quali egli - come, forse, nessuno - non esercita alcun controllo[17].

Questa, allora, è la doppia forza della metafora: restituire sia il senso del problema fondamentale posto dalla rivoluzione dell'informazione: "salvare l'umanità dalla schiavitù dell'IA[18]", sia il principio della sua soluzione: il potere della persona di controllare i processi aventi ad oggetto la sua identità. Per riassumere: controllare l'identità personale è il nodo della questione del potere e della libertà nella società digitale[19].

II. COMPRENDERE LA DECISIONE ALGORITMICA. UN DIRITTO?

Per queste stesse ragioni, la metafora del processo di Kafka sarebbe la più adeguata a comprendere una pratica essenziale della società digitale: i processi decisionali automatizzati, governati o intermediati dall'Intelligenza Artificiale. In questo profilo, la metafora del processo dà immediata evidenza di un'istanza etica universale: il diritto della persona di conoscere le ragioni della decisione algoritmica che la riguarda per poterla controllare ed eventualmente contestare[20].

Se, per un verso, il discorso etico assegna a questo diritto valore "costituzionale" di una IA umano-centrica, per l'altro, la sua esistenza sul piano del diritto positivo è questione inconclusa. Al centro dell'indagine giuridica vi è il Regolamento Generale Europeo sulla protezione dei dati n. 2016/679 (GDPR)[21] per una doppia ragione; la prima: il regolamento fornisce la prima, organica sistemazione giuridica della multiforme fenomenologia del trattamento dei dati personali; la seconda: il regolamento dedica una norma esplicita ai processi decisionali integralmente automatizzati - "compresa la profilazione" - che producano "effetti giuridici" o incidano "in modo analogo significativamente sulla persona".

16 Ampio panorama del tema in Lyon, D.: *L'occhio elettronico. Privacy e filosofia della sorveglianza*, Milano, 1997; Id..; *La società sorvegliata. Tecnologie di controllo della vita quotidiana*, Milano, 2002.

17 Solove, D.: *The Digital Person. Technology and Privacy in the Information Age*, New York-London, 2004, p. 30 ss.

18 Pasquale, F.: *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Harvard University press, Harvard, 2015; Hildebrandt, M.: *The Dawn of a Critical Transparency Right for the Profiling Era*, in M. Hildebrandt et al (a cura di): *Digital Enlightenment Yearbook 2012*, IOS Press, Amsterdam, 2012.

19 E' il pensiero che percorre tutte le opere di Stefano Rodotà citate in queste pagine. Per una sintesi, in particolare: Rodotà S.: *Il diritto di avere diritti*, cit.

20 Donatelli, P.: *La filosofia*, cit., p. 229 ss. Vedi *retro* nota n.1.

21 Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la dir. 95/46/CE, d'ora in poi citato anche come GDPR (General Data Protection Regulation).

In questi casi, secondo l'art. 22, par. 1, "l'interessato ha diritto a non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato": il quale, cioè, sia interamente governato dalla macchina, senza alcuna reale e significativa supervisione umana[22]. Il par. 2 introduce tre categorie di eccezioni al divieto di decisione totalmente algoritmica stabilito dal par. precedente. Il par. 3 conia le garanzie minime per l'individuo sottoposto alla decisione algoritmica.

Il rapporto tra le tre norme è chiaro: il divieto di sottoporre una persona fisica a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato è la regola generale; le situazioni descritte dal par. 2 introducono le eccezioni: quando si verificano, il divieto posto dal par. 1 viene sospeso – e sottoporre una persona fisica a processo decisionale interamente algoritmico è possibile giuridicamente (lecito) a condizione che siano garantiti alla persona i diritti individuati dal par. 3.

Alla stregua della loro forza condizionante, i diritti previsti dall'art. 22, comma 3 costituiscono i pilastri del "due process" algoritmico e "de-umanizzato"[23]: "il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione".

Sebbene la disposizione non menzioni espressamente il diritto di conoscere le ragioni della decisione[24], la sua esistenza sul piano del diritto positivo risulta, a mio parere, indubitabile: l'interpretazione sistematica ed assiologica[25] dell'art. 22 lo restituisce come diritto fondamentale e ne garantisce l'effettività[26], realizzando

22 Chiarissime le notazioni contenute nelle Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679 redatte dall' Art. 29 Data Protection Working Party: "Article 22(1) refers to decisions 'based solely' on automated processing. This means that there is no human involvement in the decision process. Example: an automated process produces what is in effect a recommendation concerning a data subject. If a human being reviews and takes account of other factors in making the final decision, that decision would not be 'based solely' on automated processing. The controller cannot avoid the Article 22 provisions by fabricating human involvement. For example, if someone routinely applies automatically generated profiles to individua ls without any actual influence on the result, this would still be a decision based solely on automated processing. To qualify as human involvement, the controller must ensure that any oversight of the decision is meaningful, rather than just a token gesture. It should be carried out by someone who has the authority and competence to change the decision. As part of the analysis, they should consider all the relevant data. As part of their DPIA, the controller should identify and record the degree of any human involvement in the decision-making process and at what stage this takes place".

23 Hildebrandt, M.: *Privacy, Due process and the Computational Turn*: *The Philosophy of Law Meets the Philosophy of Technology*, Routledge, New York-London, 2013; Craword, K. – Shultz, J.: "Big data and Due process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms", *Boston College Law Review*, 2014, p. 93 ss.

24 L'unico riferimento esplicito è contenuto nel *Considerando* n. 71: «In ogni caso, tale trattamento dovrebbe essere subordinato a garanzie adeguate, che dovrebbero comprendere la specifica informazione all'interessato e il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione, di ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione e di contestare la decisione. Tale misura non dovrebbe riguardare un minore». Come noto, i considerando sarebbero norme (solo) di interpretazione.

25 Su questo canone dell'interpretazione della legge, d'obbligo il riferimento a Perlingieri, P.: *Interpretazione e legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 2012.

26 Sul punto, per tutti, Bianca, C.M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo. Un problema di metodo della dottrina privatistica", in *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor*

un punto di coincidenza importante tra discorso etico e discorso giuridico sull'IA. Questa conclusione - alla stregua del canone interpretativo suddetto - si ritrova all'esito di due percorsi che, seppure combinati, sul piano dell'argomentazione giuridica risultano autosufficienti: quello dei diritti fondamentali della persona umana e quello della logica funzionale interna all'art. 22 GDPR come regola del processo algoritmico relativo alla persona datificata.

Dalla prospettiva dei valori giuridici, l'interesse a conoscere le ragioni della decisione è intuitivamente rilevante: intercetta in modo palese principi cardinali dell'ordinamento costituzionale - democratico europeo riportati al centro del GDPR: trasparenza e tutela della persona umana. Nell'architettura del regolamento i due principi sono strettamente collegati: la trasparenza è un aspetto essenziale della protezione dei dati personali; del sistema - cioè - che protegge i dati per proteggere la persona alla quale i dati si riferiscono[27].

Come è noto, alla protezione dei dati personali è espressamente riconosciuto il rango di diritto fondamentale, dalla Carta dei diritti dell'Unione Europea, per la sua finalità: "trasferire nella dimensione tecnologica la garanzia di fondamentali libertà"[28]. Il *medium* di questa finalizzazione è reso evidente dal ruolo dell'espressione "diritto alla protezione dei dati personali" nel discorso giuridico: "formula riassuntiva di nuovi diritti e della nuova dimensione di vecchi diritti"[29]; questi ultimi riletti alla luce dell'innovazione tecnologica e tutti correlati per garantire un potere "dinamico" della persona umana: controllare i processi di costruzione e utilizzazione della propria persona digitale[30].

Castàn Tobeñas, II, Pamplona, 1969, ora in C.M. Bianca: *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, vol.I, tomo I, Milano, Giuffrè, 2002.

27 Non menzionando la persona, che costituisce oggetto e finalità della tutela, l'espressione risulta fuorviante: Watcher, S. e Mittelstadt, B.: "A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data protection Law in the Age of Big Data and AI", *Columbia Business Law Review*, 2019, p. 82.

28 Rodotà, S.: *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995., p. XXX

29 Rodotà, S.: *Tecnologie e diritti*, cit., p. XXIX

30 E' una delle "due anime" della privacy. A ciascuna di esse la Carta riserva un distinto articolo: l'art. 7 «Rispetto della vita privata e familiare» e l'art. 8 «Protezione dei dati di carattere personale». Secondo il primo: «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni»; per la seconda disposizione: «1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente». Stefano Rodotà (*Il diritto di avere diritti*, cit., p. 397 - 398) ha conclusivamente chiarito che: «La distinzione non è solo di facciata. Nel rispetto della vita privata e familiare si manifesta soprattutto il momento individualistico, il potere si esaurisce sostanzialmente nell'escludere interferenze altrui: la tutela è statica, negativa. La protezione dei dati, invece, fissa regole ineludibili sulle modalità del loro trattamento, si concretizza in poteri di intervento: la tutela è dinamica, segue i dati nella loro circolazione». Nella nuova dimensione vitale del *cyberspazio* non serve soltanto un «recinto in cui essere lasciati soli», protetto in virtù del potere di esclusione dell'alterità; serve soprattutto un potere dinamico: «entrare» nei circuiti della comunicazione seguendo il flusso dei propri dati personali e controllare la propria identità. Si tratta di un dispositivo giuridico di apertura che garantisce un controllo democratico sulle nuove forme di esercizio del potere sociale. Nella c.d. società dell'informazione il problema della *privacy* è naturalmente connesso al tema dell'organizzazione del potere in virtù del legame inscindibile e qualificante che in questa si istituisce tra esercizio del potere e uso delle informazioni. Se l'esercizio del potere implica l'uso strategico di

Come Rodotà ha conclusivamente dimostrato[31] - è questa la "reinvenzione della privacy[32]" ed il nucleo intangibile della tutela giuridica della persona nella società dell'informazione digitale, alla stregua del peculiare legame tra la persona e i dati che la riguardano. Un legame tanto costitutivo quanto ambivalente; per un verso, non potrebbe essere più stretto: l'identità personale tende a coincidere con la sintesi dei dati informativi che "parlano" della persona nella pluralità multiforme dei luoghi dell'interazione sociale. Infatti, a determinare la rappresentazione sociale della persona è il «corpo profondamente modificato dall'immersione nel flusso delle comunicazioni elettroniche» [33]. Ed è chiaro che se «noi siamo le nostre informazioni», «tutto ciò che viene fatto alle nostre informazioni è fatto a noi e non a ciò che possediamo» [34].

Per l'altro verso, il legame tra la persona e i suoi dati risulta indebolito proprio dalla complessità dei nuovi processi di costruzione dell'identità: processi che appaiono – in certo senso – "separati" dall'individuo nella misura in cui vengono consegnati alla potenza computazionale dell'apparato tecnologico e quindi alla cifra autoreferenziale del suo codice informatico-statistico. È la macchina, infatti, a ricomporre l'identità della persona frantumata nella pluralità dei suoi dati e a costruire, a partire da questi ultimi, nuovi dati personali, in virtù della "big data analytics". La conseguenza sul piano dei diritti fondamentali è scontata: il nucleo intangibile della tutela della persona umana include (e non può non includere) il controllo della macchina.

Da questa prospettiva, controllare l'immagine della persona costruita dalla macchina equivale a controllare le ragioni della decisione presa dalla macchina. La coincidenza è chiara nella fattispecie dell'art. 22 reg., dove l'identità personale ha un doppio valore: non solo costituisce il punto di applicazione finale della decisione: si tratta - per definizione - di decisioni capaci di produrre effetti giuridici che riguardano la persona o di incidere «in modo analogo significativamente» nella sua sfera vitale; ma definisce le ragioni giustificatrici della decisione: la «valutazione di aspetti personali concernenti una persona fisica determinata» e la previsione di "aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute,

informazioni personali, ciò in una organizzazione democratica ha una conseguenza necessaria: garantire all'individuo il controllo sull'uso dei propri dati personali da parte dei poteri. Si tratta, con evidenza, di un momento costitutivo del controllo democratico. Così Rodotà, S.; *Tecnologie e diritti*, cit., p.105 ss; Id.: *Tecnopolitica* cit., p. 164 ss.

31 Rodotà, S.: *Tecnologie e diritti,* cit., p.105 ss.; Id., "Protezione dei dati e circolazione delle informazioni" in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984, p. 721 ss.; Id.: *Tecnopolitica,* cit., p.164 ss.

32 Rodotà, S.: "Antropologia dell'homo dignus", *Riv.crit.dir.priv.*, 2010, p. 457 ss.; Floridi, L.: "On Human Dignity as a Foundation for the Right to Privacy", *Philosophy and Technology*, 2016, p. 307 ss.

33 Rodotà, S.: *Tecnologie e diritti*, cit., p.185.

34 Floridi, L.: *Infosfera. Etica e Filosofia nell'età dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 148; Id.: *La quarta rivoluzione,* cit., p. 135.

le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione e gli spostamenti"[35].

Questo doppio ruolo palesa che controllare la decisione implica controllare la (etero)ricostruzione della propria identità e che, in questa operazione, il controllo della logica e delle ragioni degli outputs algoritmici è cruciale. Dal punto di vista della tutela giuridica della persona, rispetto a una decisione costituente l'outputs di un processo automatizzato, conoscere le ragioni della decisione significa conoscere come sia stata ricostruita l'identità personale dell'interessato e in che modo tale configurazione dell'identità spieghi la decisione finale. L'esempio del profilo è chiaro: non basta conoscerlo; occorre capire come sia stato costruito, perché sia stato applicato alla persona e come ciò abbia determinato la decisione finale.

Sul piano dei principi fondamentali, il diritto di conoscere le ragioni della decisione risulta perciò «autofondato» nella natura informazionale e computazionale dell'identità personale nella società digitalizzata(36) e contenuto essenziale del potere di controllarne la etero-costruzione "tecnologica". Sotto questo profilo, il controllo sulla macchina è nuova frontiera della privacy: la "libertà da vincoli irragionevoli nella costruzione della propria identità[37]" e profilo cruciale del controllo democratico sul potere digitale.[38]

III. PROCESSO ALGORITMICO E IDENTITÀ PERSONALE.

Dalla prospettiva "interna" al GDPR il discorso è ancor più semplice e si incentra sull'art. 22. Come abbiamo già detto, la norma regola il processo algoritmico "de-umanizzato" come processo di etero-costruzione della persona digitale, ponendo alcune garanzie minime (par. 3): "il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione".

35 E' il disposto testuale dell'art. 4, par. 4; in modo analogo e più diffusamente, il Considerando n. 71: "L'interessato dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa includere una misura, che valuti aspetti personali che lo riguardano, che sia basata unicamente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, quali il rifiuto automatico di una domanda di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani. Tale trattamento comprende la «profilazione», che consiste in una forma di trattamento automatizzato dei dati personali che valuta aspetti personali concernenti una persona fisica, in particolare al fine di analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato, ove ciò produca effetti giuridici che la riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona".

36 Floridi, L.: *La quarta rivoluzione,* cit., p. 136 ss.

37 Agree, P. e Rotenberg, M.: *Technology and Privacy. The New Landscape*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 2001, p. 6 ss.

38 Rodotà, S.: *Tecnopolitica,* cit., p. 164 ss.

Tutte e ciascuna delle garanzie espressamente coniate dalla norma inverano un potere individuale di controllare il processo algoritmico che è modellato da una ineludibile, palese finalità: verificare il rispetto dei diritti e libertà fondamentali della persona umana posti in gioco della fenomenologia del trattamento[39] ed implicati dalla Data Protection (art. 1, par. 2 reg.), alla stregua della corrispondenza che (come abbiamo già visto) la privacy esprime: "se io sono i miei dati, tutto ciò che è fatto ai miei dati è fatto a me e non a ciò che possiedo[40]"-.

L'ambito del controllo risulta conseguentemente definito, includendo come parte essenziale il "ragionamento" in virtù del quale la macchina restituisce la sua immagine della persona digitale - composta da "dati". Infatti, se il "ragionamento" prodotto dal sistema informatico resta incognito, risulta difficile contestare due conseguenze: per un verso, che l'intervento umano "pensato" proprio per governarlo ed eventualmente correggerlo risulti ab origine frustrato; per l'altro, che la decisione (output) finale, non manifestando le proprie rationes, non possa essere, nel merito, razionalmente contestata.

La rete delle connessioni funzionali interne all'art. 22 fornisce perciò indicazioni decisive per la sua interpretazione: le garanzie coniate dall'art. 22, par. 3, GDPR, implicano, per la persona-titolare dei dati personali, trasparenza come "leggibilità"[41]: la possibilità di comprendere la logica e le rationes che hanno governato il processo decisionale[42] quale processo avente ad oggetto e termine di riferimento finale la sua identità personale[43]. E' palese che questa sia la trasparenza indispensabile al controllo della decisione[44]. La forza di questa implicazione spiega

39 Zarsky, T.: "Understanding Discrimination in the Scored Society", *Washington Law Review*, 2014, p. 1375 ss.

40 Floridi, L.: *Infosfera*, cit., p. 148; Id.: *La quarta rivoluzione,* cit., p. 135.

41 Malgieri, G. e Comandè, G.: "Why a Right to Legibility of Automated Decision Making Exists in the General data protection Regulation", *International Data Privacy Law*, 2017.

42 Non serve precisare che per poter contestare la decisione algoritmica occorre poterla capire; e che, a tal fine, la spiegazione della decisione non può che essere cronologicamente successiva alla sua elaborazione (*right to an ex post explanation*). Come vedremo più chiaramente tra breve, nei sistemi di IA la "logica utilizzata" che è oggetto dell'informativa di cui agli artt. 13 e 14 GDPR è quella conoscibile *ex ante* (prima del processo decisionale); in quanto tale, non solo è diversa da quella sviluppata in concreto dai sistemi c.d. machine learning nell'elaborazione degli outputs ma neppure permette di identificarne le ragioni giustificatrici.

43 Watcher, S., Mittelstadt, B., Floridi, L.: "Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation", *International Data Privacy Law*, 2017, p. 105 s.: «The right to contest a decision, to obtain human intervention or to express views granted in Article 22 (3) may be meaningless if the data subject cannot understand how the contested decision was made. To this end, a right to explanation can be introduced requiring data controllers to provide information about the rationale of the contested decision».

44 Nel sistema delle tutele soggettive, la trasparenza, come conoscenza della logica applicata al trattamento e delle razionalità che ne spiegano le conclusioni, è essenziale; una condizione necessaria per l'effettività sia delle garanzie particolari individuate nell'art. 22, par. 3, sia degli altri poteri, previsti nella parte generale del GDPR, in cui viene declinato il contenuto del diritto alla protezione dei dati personali come sintesi dei diritti e libertà fondamentali posti in gioco dalla fenomenologia del trattamento.
Dal profilo delle garanzie stabilite dall'art. 22, par. 3, reg., è intuitivo che «The data subject will only be able to challenge a decision or express their view if they fully understand how it has been made and on what basis». Da quello delle tutele di carattere generale, è parimenti chiaro che: «The rights to rettificate and erasure apply to both the input personal data (the personal data used to create at the profile) and the

la relazione comunicativa che il regolamento istituisce tra titolare dei dati personali e titolare del trattamento: il diritto del primo di ottenere dal secondo una spiegazione significativa della decisione effettuata in virtù della "valutazione" della sua personalità[45]. Il limite giuridico della "disclosure" è e chiaro: non occorre una "full disclosure" degli algoritmi[46] ma occorre conoscere ciò che serve per tutelare la persona coinvolta in un processo di etero-determinazione tecnologica della sua identità che potrebbe lederne i diritti fondamentali[47].

In conclusione: dalla prospettiva tradizionale della tutela giuridica della persona umana, la rilevanza fondamentale di un potere soggettivo di controllare, con l'uso altrui dei propri dati personali, i processi decisionali che la riguardano è evidente: esso intercetta immediatamente la plurale varietà delle istanze sottese alle premesse antropologiche dello Stato costituzionale – democratico: il principio di autodeterminazione individuale e quello della dignità della persona umana [48]. Dalla più moderna prospettiva che guarda alle capacità di tenuta dei diritti umani nelle trasformazioni della società dell'informazione e teme nuove oppressioni dell'individuo correlate all'oscurità del potere digitale, il diritto di «comprendere la macchina» appare ancora più importante: uno strumento capace di aprire la

output data (the profile itself or "score" assigned to the person» Così, Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated decision-making and Profiling for the purposes of regulation 2016/679*, p. 25.

45 Nel discorso del GDPR il principio di trasparenza si invera anche nel diritto di essere informato (artt. 13 e 14) e in quello di accesso (art. 15), richiedendo, nelle peculiari ipotesi dei "processi decisionali automatizzati, inclusa la profilazione", che l'individuo consegua «informazioni significative sulla logica utilizzata nel trattamento, sull'importanza e le conseguenze previste per la persona». Sebbene in questi enunciati non vi sia nessun riferimento esplicito a un diritto di conoscere le ragioni di una specifica decisione, non si dubita che: «The controller should find simple ways to tell the data subject about the rationale behind, or the criteria relied on in reaching the decision. The GDPR requires the controller to provide meaningful information about the logic involved, not necessary a complex explanation of the algorithms used or disclosure of the full algorithm. The information provided should, however, be sufficiently comprehensive for the data subject to understand the reasons for the decision»: così, Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated decision-making and Profiling for the purposes of regulation 2016/679*, p. 25. Per una disamina critica, Veale. M. e Edwards, L.; "Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling", *Computer Law & Security Rev.*, 2018, p. 398 ss.

46 Secondo Watcher, S., Mittelstadt, B., Russell, C.: "Counterfactual explanations without opening the black box: automated decision and the GDPR", *Harvard Journal of Law and Technology*, 2018, p. 1 ss., questo aspetto della spiegazione della decisione non costituisce una precondizione necessaria della sua contestazione non solo sul piano del diritto positivo ma anche su quello della logica comune. Questa disconnessione sembra funzionare almeno in un senso: che la decisione possa essere efficacemente contestata indipendentemente dalla piena conoscenza degli algoritmi del processo decisionale. Di conseguenza, il diritto alla spiegazione delle ragioni della decisione potrebbe essere ragionevolmente ricostruito ed assicurare effettività alla tutela della persona escludendo dal suo contenuto minimo la *full disclosure* degli algoritmi. Vedi, sul punto, Zarsky, T.: "Transparent Predictions", *University of Illinois Law Review*, 2013, p. 1503 ss.; Hildebrandt, M. - Gutwirth, S.: *Profiling the European Citizen. Cross Disciplinary Perspectives*, Springer, Dordrecht, 2008.

47 E' sterminata e risaputa la letteratura scientifica sui casi di decisioni algoritmiche lesive del principio di eguaglianza e non discriminazione e della privacy (come tutela dei dati sensibili). E' evidente che «Profiling can involve an element of prediction, which increases the risk of inaccuracy. The input data may be inaccurate or irrelevant, or taken out of context. There may be something wrong with the algorithm used to identify correlations. The article 16 right to rectification might apply where, for example, an individual is placed into a category that says something about their ability to perform a task, and that profile is based on incorrect information. Individuals may wish to challenge the accuracy of the data used and any grouping or category that has been applied to him»: Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Automated decision-making and Profiling for the purposes of regulation 2016/679, p. 17.

48 D'obbligo i riferimenti a Häberle, P.: *Lo Stato costituzionale*, Treccani, Roma, 2005.

scatola nera degli algoritmi e «salvare l'umanità dalla schiavitù» dell'intelligenza artificiale[49].

Questa visione ottimistica della tutela normativa[50] non è unanimemente condivisa. Si obietta che il diritto alla spiegazione della decisione, sebbene esistente sul piano del diritto positivo, sarebbe ineffettivo sul piano della realtà. Dal profilo delle "Computer sciences", si osserva che la logica funzionale dell'autonomic computing sarebbe inconoscibile proprio nella fase in cui governa la produzione degli outputs – quella cruciale nella prospettiva normativa del GDPR[51]. Non si tratterebbe di un mero problema di comunicazione tra intelligenze diverse - la difficoltà di tradurre in forme compatibili con la comprensione umana le logiche autoprodotte dell'intelligenza artificiale - ma di un limite cognitivo più profondo, di natura tecnologica[52]: nei sistemi ad apprendimento autonomo (machine learning) sarebbe conclusivamente incognito l'algoritmo "in azione": il suo funzionamento nella elaborazione e nella produzione dei nuovi dati (personali) e quindi nella definizione delle risposte che il sistema intelligente restituisce all'ambiente esterno.

A ben guardare, la spiegazione richiesta dal GDPR sarebbe impossibile alla stregua dei modelli di spiegazione sinora elaborati dall'informatica [(53)]; modelli progettati non per fornire spiegazioni nel senso atteso dal GDPR ma per finalità affatto diverse: assicurare, con l'efficienza statistica dei sistemi, l'affidabilità del calcolo predittivo.

Come dire: il costo della trasparenza della persona umana è l'opacità della macchina e dei suoi processi. Ciò individua un aspetto importante per intercettare il senso dei mutamenti della prassi implicati dal governo statistico della realtà[54]. Si sostiene, infatti, che un'elevata affidabilità del calcolo predittivo offrirebbe un

49 Pasquale, F.: *The Black Box Society*, cit.

50 Goodman, B. - Flaxman, S.: "EU Regulations on Algoritmic Decision-Making and a Right to Explanation", *AI Magazine*, 2017; Selbst, A. e Powles, J.: "Meaningful information and the Right to explanation", *International Data Privacy Law*, 2017, p. 233 ss.

51 Resterebbe incognito, specificamente, il funzionamento degli algoritmi «in azione», nell'atto del processare i dati e della messa a punto delle risposte da restituire all'ambiente esterno. Per tutti, Burrell, J.: "How the Machine «Thinks»: Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms", *Big Data & Society*, 2016; Edwards, L. e Veale, M.: "Slave to the Algorithm? Why a Right to an Explanation is Probably Not the Remedy You are Looking for", *Duke Law & Technology Rev.*, 2017, p. 18 ss.

52 Siffatta impossibilità di conoscenza avrebbe la sua ragione nel *proprium* dei sistemi di ML applicati all'AI: l'apprendimento autonomo. Si osserva, in particolare, che la logica del processo non è stabilita *ex ante* ma, in qualche modo, viene coniata *in itinere*, nelle dinamiche dell'apprendimento del sistema; ciò che per definizione avviene secondo modalità che non sono predeterminate per effetto della programmazione e che quindi non risultano incluse «visibilmente» nei suoi codici.

53 Ne deriverebbe un limite cognitivo insensibile alle scansioni cronologiche del processo automatizzato e in questo senso assoluto: la logica funzionale del sistema non soltanto non sarebbe rappresentabile *ex ante* - attesa l'imprevedibilità degli effetti computazionali dell'apprendimento autonomo - ma resterebbe incognita anche *ex post* per una ragione: i sistemi stessi e i c.d. *explanatory tools* a disposizione degli utilizzatori sarebbero progettati per finalità connesse all'efficienza dei sistemi, attualmente non compatibili con l'esigenza di "legibility" ed "explainability" implicate dal controllo di legittimità alla stregua del GDPR.

54 Rinvii scontati a Anderson, C.: "The End of Theory: The Data Deluge Makes the Scientific Method Obsolete", *Wired Magazine*, 2008.

vantaggio capace di compensare gli inconvenienti legati alla sostanziale inaccessibilità cognitiva degli "innards" del sistema e delle sue decisioni. Se questo scambio fosse accettato, nella relazione tra intelligenza umana e intelligenza artificiale si avrebbe una singolare asimmetria: da un lato, la macchina comprenderebbe l'uomo fino a prevederne il comportamento; dall'altro, l'uomo non riuscirebbe a prevedere né a comprendere la macchina che ne ricostruisce la personalità. La conseguenza è scontata: l'identità personale nella sua nuova forma computazionale sarebbe inconoscibile dal suo stesso titolare. L'individuo avrebbe perduto ogni controllo sul processo di (in)formazione della sua identità; nel linguaggio giuridico: il nucleo intangibile della tutela giuridica della persona sarebbe violato e negato.

In conclusione: il potere giuridico coniato dal GDPR (conoscere logica e ragioni della decisione) sarebbe inadeguato alla realtà che vuole incidere: l'infosfera; e inidoneo allo scopo che persegue: la comunicazione efficace tra intelligenza umana e intelligenza artificiale. In particolare, il paradigma della trasparenza sarebbe stato impropriamente trasposto in un contesto – l'ambiente digitale – in cui non può non essere fallace e ingenerare nuova opacità[55].

IV. COMUNICAZIONE E DESIGN GIURIDICO DELL'INFOSFERA.

Questa lettura "tecnologica" non è affatto condivisibile sotto il profilo dell'interpretazione giuridica. L'impatto delle regole della comunicazione uomo-macchina nell'assetto dell'infosfera è - al contrario - "costituzionale[56]": inverte l'ordine tra diritto e tecnica, incorporando nell'IA principi etici e giuridici che sono fondamentali nella società liberale e democratica. Innanzitutto, la trasparenza-: la funzione prescrittiva del principio è messa in opera sia nella programmazione sia nella utilizzazione dei sistemi di IA che, per realizzare le finalità dell'art. 22 (cioè per effettuare processi decisionali interamente automatizzati), devono rendersi "leggibili" e "spiegabili" - nel senso che abbiamo precisato.

Del resto, il limite tecnologico che viene individuato è definito attualmente insuperato ma non certamente insuperabile. Non a caso, sono i diritti fondamentali a chiedere alla tecnica di superarlo. Al contrario, il condizionamento giuridico della tecnica è insuperabile, alla stregua dei principi giuridici fondamentali che coniano il nucleo identitario e, perciò, intangibile dei sistemi costituzionali e democratici.

Nell'interpretazione normativa, la relazione tra limite tecnologico al diritto positivo e limite giuridico alla tecnologia deve dunque essere ricostruita

55 Stohl, C.: "Managing Opacity: Information Visibility and the Paradox of Transparency in the Digital Age", "Int'l J. of Communication", 2016, p. 123 ss.

56 Celeste, E.: "Digital constitutionalism: A new systematic theorization" (2019). *International Review of Law, Computers & Technology*, 2019, p. 76

diversamente[57]. L'idea, espressa dal discorso tecnologico, che il diritto a (ottenere) una spiegazione della decisione algoritmica sia "nato già morto" non può essere automaticamente trasposta nel discorso giuridico ma va verificata secondo i suoi codici[58]. Non per invocare una pretesa autoreferenzialità del discorso giuridico ma per rivendicare l'autonomia dei punti di vista da cui il diritto guarda la realtà e la organizza per realizzare la sua finalità essenziale: risolvere i problemi evidenziati dal mondo della vita[59]. Dal punto di vista del diritto, infatti, l'irrealizzabilità del potere soggettivo costituisce proprio il problema da risolvere, non la soluzione.[60]

Occorre quindi chiedersi in che modo l'ipotesi della irrealizzabilità pratica del diritto alla spiegazione reagisca nel sistema del GDPR, alla luce delle sue finalità e dei principi fondamentali che lo orientano. In questa prospettiva, se si assume che ad essere fattualmente precluso sia proprio il tipo di spiegazione richiesto dal GDPR, risultando pertanto impossibile verificare la liceità del trattamento, la conseguenza che si produce sul piano logico non è che il potere soggettivo non esiste e la norma che lo prevede inapplicabile (inutile) ma è un'altra: l'impossibilità giuridica di sottoporre la persona a un processo decisionale interamente automatizzato – cioè disumanizzato - i cui outputs (volti a inciderne la sfera giuridica e vitale) siano fondati su rationes che non sono umanamente controllabili, neppure nel nucleo minimo indispensabile per accertare la non-violazione dei diritti fondamentali della persona umana.

Come sappiamo, la vulnerabilità della persona esposta al potere decisionale dell'apparato tecnologico è la chiave per comprendere il senso precettivo dell'art. 22 GDPR: il divieto di sottoporre la persona umana a processi decisionali interamente automatizzati è generale; può essere eccezionalmente sospeso nelle situazioni individuate dalla norma medesima e nel rispetto delle garanzie minime che questa definisce. La logica della norma è chiara: se le garanzie non operano, il processo algoritmico non è giuridicamente possibile. Come abbiamo osservato, quelle garanzie non operano se non vi è (un minimo di) "disclosure" delle ragioni della decisione. Sotto questo profilo, le garanzie giuridiche chiedono garanzie tecnologiche per il rispetto dei diritti fondamentali della persona umana[61].

57 Stohl C., Stohl, M., Leonardi, P. M.: "Managing Opacity: Information Visibility and the Paradox of Transparency in the Digital Age", *International Journal of Communication*, 2016, p. 123 ss.; Annany M., e Crawford, K.: "Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability", *New Media & Society*, 2016, p. 1 ss.

58 Malgieri, G. e Comandè, G.: "Why a Right to Legibility, cit.

59 Per questa impostazione, per tutti: Barcellona, M.: *Diritto, sistema e senso: lineamenti di una teoria*, Giappichelli, Torino, 1996.

60 Bianca, C. M.: "Interpretazione e fedeltà alla norma", in C.M. Bianca: *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, vol. 1, Milano, Giuffrè, 2002, p. 135 ss.

61 Halevy, A., Norvig, P., Pereira, F.: "The unreasonable effectiveness of data", in *IEEE Intelligent Systems*, 2009, p. 8 ss.; Kleinberg, J., Ludwig, J., Mullainathan, S., Obermeyer, Z.: "Prediction policy problems", *The American Economic Review*, 2015, p. 491 ss.; Goodman, B: "A step towards Accountable Algorithms? Algorithmic Discrimination and the European Union General Data Protection", *29 Conference on Neural Information Processing Systems* (NIPS 2016), NIPS Foundation, Barcelona; Kroll, J.A., Huey, J. et al.,

Nella trama complessiva del GDPR il diritto di ottenere una spiegazione significativa della logica utilizzata nella produzione degli outputs costituisce il medium necessario per l'esercizio di poteri fondamentali nei confronti dell'I.A.: in primis quello contestarne la decisione. In questo senso, il diritto alla spiegazione costituisce una garanzia (implicita ma non perciò meno cogente) che condiziona la possibilità giuridica (liceità) della soggezione della persona umana al potere decisionale della macchina.

È – questo – un aspetto cruciale, che stabilisce così l'ordine della relazione tra l'impossibilità fattuale di esercitare con successo questo diritto e la sua conseguenza giuridica: l'impossibilità di osservare le garanzie del GDPR – preservando i diritti dell'interessato – informa che non sussistono le condizioni per sospendere il divieto di sottoposizione della persona al processo decisionale interamente automatizzato posto dal primo comma dell'art. 22.

Ritenere diversamente significa implicare che il diritto positivo possa affidare la sfera giuridica e vitale della persona umana al potere "conclusivo" della macchina; un potere, in certo senso, "assoluto" nella misura in cui si esprima in virtù di decisioni completamente de-umanizzate e incontrollabili razionalmente: infatti – come abbiamo visto – un limite tecnologico attualmente insuperato ma non insuperabile non permetterebbe di decostruirle per lasciarne emergere le ragioni giustificatrici.

In tale ipotesi, dal punto di vista dell'individuo soggetto al potere decisionale altrui, la "fede" (imposta) nelle capacità cognitive e predittive dell'intelligenza artificiale dovrebbe sostituire (e obliterare) l'intelligenza umana del "come" e del "perché" delle decisioni che lo riguardano[62]. La questione intercetta un nodo cruciale del mutamento che sarebbe implicato dal governo statistico della realtà: il costo dell'efficienza del sistema è la nuova vulnerabilità [63] della persona digitalizzata. Una condizione – questa – inammissibile per l'ordinamento costituzionale e democratico, fondato – proprio in quanto tale – sulla centralità della persona umana[64], per una palese ragione: la relazione di strumentalità tra

"Accountable Algorithms", *University of Pennsylvania Law Review*, 2017, p. 633 ss.; Lipton, Z.: "The Mythos of Model Interpretability," 2017., DOI: 10.1145/ 3233231; Tolan, S.: "Fair and Unbiased Algorithmic decision Making: Current State and Future Challenges", *JRC Technical Reports*, 2019.

62 Il contrasto radicale con il nucleo del progetto etico-giuridico dell'umanesimo liberale della modernità è posto in chiarissima luce da Donatelli, P.; *La filosofia*, cit., in particolare, p. 238 ss.

63 Sulla «nuova vulnerabilità sociale», vedi *retro,* nota 12.

64 Su questa primazia, tanto scontato quanto fondamentale il riferimento a Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, ESI, Napoli,1972; Id: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., ESI, Napoli, 2006; Id. *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, 2005. Nel contemperamento proporzionale tra diritti e libertà fondamentali in reciproca collisione, ai sensi del *considerando* n. 4. GDPR e dell'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la primazia assiologica della persona umana risulta salvaguardata nella originale ricostruzione di Bravo, F.: *Il diritto a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Wolters-Kluwer, Cedam, Milano, 2018, p.199 ss.

uomo e macchina risulta invertita rispetto all'ordine imposto dal principio di dignità [65], conformemente al diritto fondamentale al libero sviluppo della personalità (artt. 2 e 3 Cost. it.). Infatti, l'uomo "disincarnato" [66] e semplificato nell'insieme dei suoi dati informativi [67] è ridotto ad "oggetto" della macchina se è *solo* la macchina a deciderne l'identità e a disporre della sua sfera vitale [68] in virtù di decisioni che, non potendo essere comprese e perciò contestate, risultano conclusive. Con altre parole: se all'autodeterminazione individuale si sostituisce l'etero-determinazione informatica, l'uomo è (divenuto) materia prima del processo tecnologico [69].

A ben guardare, in questa situazione i diritti fondamentali non sono "presi sul serio"[70] neppure in un altro aspetto: è palese che l'efficienza statistica del processo decisionale automatizzato – condizione che sarebbe garantita dalla tecnologia informatica – nulla ha a vedere con la liceità e correttezza del processo medesimo e dei suoi outputs – condizioni che, invece, non risulterebbero garantite dalla tecnologia giuridica, proprio per l'assenza di un diritto di conoscere le ragioni della decisione[71].

In questa condizione, "permettere" comunque il processo decisionale interamente automatizzato risulta incoerente rispetto alle finalità e alla logica del sistema del GDPR: l'obiettivo di favorire l'espansione dell'economia digitale convive infatti con la riaffermazione della centralità della persona e dei suoi diritti fondamentali – e con la ricerca di nuovi punti di equilibrio tra persona e mercato[72].

I due profili considerati si saldano trovando il limite all'assoggettamento della persona al potere decisionale dell'IA: è il nucleo identitario del sistema giuridico,

65 Verbeek, P.P.: "Subject to technology: on autonomic computing and human autonomy" in M. Hildebrandt e A. Rouveroy (a cura di), *Law, Human Agency and Autonomic Computing. The philosophy of law meets the philosophy of technology*, Routledge, London and New York, 2011, p. 27 ss.

66 Solove, D.: *The Digital Person,* cit., p. 30 ss.; sulla relazione uomo-macchina nella prospettiva dell'analisi giuridica, fondamentale la riflessione di Rodotà, ora riassunta in I*l diritto di avere diritti*, cit., in particolare p. 312 ss.

67 Il tema è al centro di CM/Rec (2010)13 *The protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling* (: «*profile refers to a set of data characterizing a category of individuals that is intended to be applied to an individual*.» È, cioè, uno strumento di organizzazione – mediante semplificazione – della molteplicità del reale in virtù di una tecnologia: le connessioni statistiche. È specificamente questa tecnologia a realizzare la finalità della profilazione: "valutare" e "prevedere" caratteristiche e comportamenti di una persona fisica determinata. Con altre parole: la capacità narrativa e predittiva del profilo si fonda proprio sulla regolarità statistica: infatti, «*profiling means an automatic data processing technique that consists of applying a "profile" to an individual, particularly in order to take decisions concerning her or him for analyzing or predicting her or his personal preferences, behaviours and attitudes*», *ibidem*.

68 Secondo la previsione esplicita dell'art. 22, par. 1, GDPR.

69 Hildebrandt, m. "Autonomic and autonomous "thinking". Preconditions for criminal accountability", in *Law, Human Agency and Autonomic Computing*, cit., p. 141 ss.; Harcourt, b.: *Against Prediction. Profiling, Polishing and Punishing in an Actuarial Age*, University of Chicago Press, Chicago-London, 2007.

70 Scontati riferimenti a Dworkin, R.: *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010.

71 Bianca, C. M.: "Il diritto privato e la sfida sociale", in C.M: Bianca: *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, cit., p. 141 ss.

72 Bravo, F.: "Sul bilanciamento proporzionale di diritti e delle libertà fondamentali tra mercato e persona: nuovi assetti dell'ordinamento europeo?", *Contratto e Impresa*, 2018, p. 190 ss.

coniato dai principi fondamentali dello Stato costituzionale e democratico, con il suo problema essenziale: limitare, in virtù della norma giuridica, il potere di incidere nella sfera dei diritti e delle libertà altrui. Un problema – questo – che ripropone il suo senso anche nell'infosfera [73]: la disciplina giuridica dei processi decisionali interamente automatizzati – tanto con le norme che istituiscono poteri individuali quanto con quelle che definiscono misure oggettive – persegue lo stesso obiettivo: disciplinare il potere digitale, per escluderne interferenze arbitrarie nella sfera vitale della persona umana. È in vista di questa finalità che il potere decisionale della macchina (etero-determinare l'identità e influire nella sfera vitale delle persone fisiche) è circoscritto nel confine di un procedimento [74] volto ad assicurare liceità, correttezza e trasparenza[75]: assicurare che il processo e la decisione algoritmica non violino i diritti e delle libertà fondamentali per l'ordinamento costituzionale-democratico e la sua società [76].

Sotto questo profilo, il limite del processo decisionale automatizzato si rivela non solo coerente, ma – più propriamente – imposto dalle rationes fondamentali del sistema giuridico. La conclusione è perciò chiara: la norma istitutiva di questa garanzia non è affatto inutiliter data ma è decisiva in un doppio aspetto "costituente": quello della costruzione giuridica del nuovo ambiente vitale – l'infosfera – e quello delle garanzie "minime" della cittadinanza digitale.

In questo aspetto, il diritto realizza il governo giuridico della tecnica, incorporando e sanzionando nei sistemi di IA e nei processi algoritmici il principio della trasparenza come "explainability": un principio necessario per una IA umano-centrica e umano-genica e perciò "trustworthy"[77].

A ben vedere, infatti, regolando le decisioni algoritmiche inerenti la persona umana il Regolamento europeo definisce l'architettura dell'infosfera in un formante essenziale: la comunicazione tra organismi informazionali. L'obiettivo di design giuridico è parimenti chiaro: correggere l'asimmetria della relazione tra uomo e macchina come "inforg" garantendo al primo la comprensione della seconda nei processi decisionali in cui è ricostruita la sua personalità.

73 Danaher, J.: "The threat of algocracy: reality, resistance and accommodation", *Philosophy and Technology*, 2016., p. 245 ss.

74 Hildebrandt, M.: *Privacy, Due process and the Computational Turn*, cit.; Crawford, K. e Shultz, J.: "Big data and Due process, cit., p. 93 ss.

75 Sul ruolo dei processi di auditing per la c.d. algorithmic accountability, Kemper, J. e Kolkman, D.: "Transparent to whom? No algorithmic accountability without a critical audience", *Information, Communication & Society*", 2019.

76 Binns, R.: "Algorithmic Accountability and Public Reason", *Philosophy and Technology*", 2018, p. 543 ss., individua nel concetto di ragione pubblica il canone in virtù del quale declinare i problemi della trasparenza e *dell'accountability* dei sistemi algoritmici.

77 European Parliament Resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a framework of ethical aspects of artificial intelligence, robotics and related technologies.

BIBLIOGRAFIA

AGREE, P. e ROTENBERG, M.: *Technology and Privacy. The New Landscape*, MIT PRESS, Cambridge (Mass.), 2001, p. 6 ss.

ANDERSON, CHRIS: "The End of Theory: The Data Deluge Makes the Scientific Method Obsolete", *Wired Magazine*, 2008

ANNANY M., E CRAWFORD, K.: "Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability", *New Media & Society*, 2016, p. 1 ss.

BARCELLONA, M.: *Diritto, sistema e senso: lineamenti di una teoria*, Giappichelli, Torino, 1996

BAUMAN, Z.: *La società individualizzata. Come cambia la nostra esperienza*, Laterza, Roma-Bari, 2002;

BAUMAN, Z.: *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2003

BAUMAN, Z.: *Vita liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2006

BIANCA, C.M.: "Interpretazione e fedeltà alla norma", in C.M. BIANCA: *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, vol.1, tomo I, Milano, Giuffrè, 2002, p. 135 ss.

BIANCA, C.M.: "Il diritto privato e la sfida sociale", in C.M. BIANCA: *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, vol.1, tomo I, Milano, Giuffrè, 2002

BIANCA, C.M.: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo. Un problema di metodo della dottrina privatistica", in *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castàn Tobeñas*, II, Pamplona, 1969, ora in C.M. BIANCA: *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, vol.1, tomo I, Milano, Giuffrè, 2002

BIANCA, C.M.: "Tutela della privacy,", in C.M. BIANCA: *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, vol.1, tomo II, Milano, Giuffrè, 2002

BIANCA, C.M.: "Il diritto alla riservatezza," in *Valore della persona e giustizia contrattuale. Scritti in onore di A. De Cupis*, Milano, Giuffrè, 2005

BINNS, R.: "Algorithmic Accountability and Public Reason", *Philosophy and Technology*", 2018, p. 543 ss.,

Bravo, F.: *Il diritto a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Wolters-Kluwer, Cedam, Milano, 2018, p.199 ss.

Bravo, F.: "Sul bilanciamento proporzionale di diritti e delle libertà fondamentali tra mercato e persona: nuovi assetti dell'ordinamento europeo?", *Contratto e Impresa*, 2018, p. 190 ss.

Burrell, J.: "How the Machine «Thinks»: Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms", *Big Data & Society*, 2016 ;

Cath, C., Wachter, S., Mittelstadt, B., Taddeo, M., & Floridi, L.: "Artificial Intelligence and the 'Good Society': The US, EU, and UK approach" *Science and Engineering Ethics*, 2018, p. 505 ss.

Celeste, E.: "Digital constitutionalism: A new systematic theorization" (2019). *International Review of Law, Computers & Technology*, 2019, p. 76

Craword, K. – Shultz, J.: "Big data and Due process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms", *Boston College Law Review*, 2014, p. 93 ss.

Danaher, J.: "The threat of algocracy: reality, resistance and accommodation", *Philosophy and Technology*, 2016., p. 245 ss.

Donatelli, P.: *La filosofia e la vita etica*, Einaudi, Torino, 2020.

Dworkin, R.: *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010.

Edwards, L. e Veale, M.: "Slave to the Algorithm? Why a Right to an Explanation is Probably Not the Remedy You are Looking for", *Duke Law & Technology Rev.*, 2017, p. 18 ss.

Ferrarese, M.R.: *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

Floridi, L.: *Infosfera. Etica e Filosofia nell'età dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 185 ss.;

Floridi, L.: "On Human Dignity as a Foundation for the Right to Privacy", *Philosophy and Technology*, 2016, p. 307 ss.

Floridi, L: *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina, Milano, 2017, p.135.

FLORIDI, L.: "The European Legislation on AI: a Brief Analysis of its Philosophical Approach", *Philosophy and Technology*, 2021, 215 p. ss.

GOODMAN, B: "A step towards Accountable Algorithms? Algorithmic Discrimination and the European Union General Data Protection", *29 Conference on Neural Information Processing Systems* (NIPS 2016), NIPS Foundation, Barcelona, 2016

GOODMAN, B. E FLAXMAN, S.: "EU Regulations on Algoritmic Decision-Making and a Right to Explanation", *AI Magazine*, 2017;

HÄBERLE, P.: *Lo Stato costituzionale*, Treccani, Roma, 2005.

HARCOURT, B.: *Against Prediction. Profiling, Polishing and Punishing in an Actuarial Age*, University of Chicago Press, Chicago-London, 2007.

HALEVY, A., NORVIG, P., PEREIRA, F.: "The unreasonable effectiveness of data", in *IEEE Intelligent Systems*, 2009, p. 8 ss.;

HILDEBRANDT, M. - GUTWIRTH, S.: *Profiling the European Citizen. Cross Disciplinary Perspectives*, Springer, Dordrecht, 2008.

HILDEBRANDT, M. E ROUVEROY, A. (a cura di): *Law, Human Agency and Autonomic Computing. The philosophy of law meets the philosophy of technology*, Routledge, London and New York, 2011

HILDEBRANDT, M. "Autonomic and autonomous "thinking". Preconditions for criminal accountability", in *Law, Human Agency and Autonomic Computing, The philosophy of law meets the philosophy of technology*, Routledge, London and New York, 2011, p. 141 ss.;

HILDEBRANDT, M.: *The Dawn of a Critical Transparency Right for the Profiling Era*, in M. HILDEBRANDT ET AL (a cura di): *Digital Enlightenment Yearbook 2012*, Amsterdam, 2012.

HILDERBRANDT, M.: "Slaves to Big Data. Or are we?", *Revista de Internet, Derecho y Politica*, 2013, p. 7 ss.;

HILDEBRANDT, M.: *Privacy, Due process and the Computational Turn: The Philosophy of Law Meets the Philosophy of Technology*, Routledge, New York-London, 2013;

KEMPER, J. e KOLKMAN, D.: "Transparent to whom? No algorithmic accountability without a critical audience", *Information, Communication & Society*", 2019.

Kleinberg, J., Ludwig, J., Mullainathan, S., Obermeyer, Z.: "Prediction policy problems", *The American Economic Review*, 2015, p. 491 ss.;

Kroll, J.A., Huey, J. et al., "Accountable Algorithms", *University of Pennsylvania Law Review*, 2017, p. 633 ss.;

Lessig, L.: *Code and Other Laws of Cyberspac*e, Basic Books, New York, 1999.

Lipton, Z.: "The Mythos of Model Interpretability," 2017., DOI: 10.1145/3233231; Lyon, D.: *L'occhio elettronico. Privacy* e *filosofia della sorveglianza*, Milano, 1997

Lyon, D.: *La società sorvegliata. Tecnologie di controllo della vita quotidiana*, Milano, 2002.

Malgieri, G. e Comandè, G.: "Why a Right to Legibility of Automated Decision Making Exists in the General data protection Regulation", *International Data Privacy Law*, 2017.

Pasquale, F.: *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Harvard University press, Harvard, 2015;

Perlingieri, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, ESI, Napoli, 1972

Perlingieri, P.: *La persona* e *i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, 2005

Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., ESI, Napoli, 2006

Perlingieri, P.: *Interpretazione* e *legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 2012

Roberts, H., Cowls, J., Morley, J., Taddeo, M., Wang, V., & Floridi, L.: "The Chinese approach to artificial intelligence: An analysis of policy, ethics, and regulation" *AI & SOCIETY,* 2021, p. 59 ss.

Rodotà, S.: *Tecnologie* e *diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995

Rodotà, S.: *Tecnopolitica. La democrazia* e *le nuove tecnologie della comunicazione,* Laterza, Roma-Bari, 2004, p.

Rodotà. S.: "Protezione dei dati e circolazione delle informazioni" in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984, p. 721 ss.;

Rodotà, S.: "Antropologia dell'homo dignus", *Riv.crit.dir.priv.*, 2010, p. 457 ss.;

Rodotà, S.: *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 335.

Rouvroy, A.: 2011, *Technology, virtuality and utopia. Governmentality in an age of autonomic computing*, in M. Hildebrandt e A. Rouveroy (a cura di): *Law, Human Agency and Autonomic Computing. The philosophy of law meets the philosophy of technology*, Routledge, London and New York, 2011, p. 119 s.

Selbst, A. e Powles, J.: "Meaningful information and the Right to explanation", *International Data Privacy Law*, 2017, p. 233 ss.

Solove, D.: T*he Digital Person. Technology and Privacy in the Information Age*, New York-London, 2004, p. 30 ss.

Stohl, C.: "Managing Opacity: Information Visibility an the Paradox of Transparency in the Digital Age", "Int'l J. of Communication", 2016, p. 123 ss.

Stohl C., Stohl, M., Leonardi, P. M.: "Managing Opacity: Information Visibility and the Paradox of Transparency in the Digital Age", *International Journal of Communication*, 2016, p. 123 ss.;

Tolan, S.: "Fair and Unbiased Algorithmic decision Making: Current State and Future Challenges", *JRC Technical Reports*, 2019.

Veale. M. e Edwards, L.; "Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling", *Computer Law & Security Rev.*, 2018, p. 398 ss.

Verbeek, P.P.: "Subject to technology: on autonomic computing and human autonomy" in M. Hildebrandt e A. Rouveroy (a cura di), *Law, Human Agency and Autonomic Computing. The philosophy of law meets the philosophy of technology*, Routledge, London and New York, 2011, p. 27 ss.

Watcher, S., Mittelstadt, B., Floridi, L.: "Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation", *International Data Privacy Law*, 2017,

Watcher, S., Mittelstadt, B., Russell, C.: "Counterfactual explanations without opening the black box: automated decision and the GDPR", *Harvard Journal of Law and Technology*, 2018, p. 1 ss.,

Watcher, S. e Mittelstadt, B.: "A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data protection Law in the Age of Big Data and AI", *Columbia Business Law Review*, 2019, p. 82.

ZARSKY, T.: "Transparent Predictions", *University of Illinois Law Review*, 2013, p. 1503 ss.;

ZARSKY, T.: "Understanding Discrimination in the Scored Society", *Washington Law Review*, 2014, p. 1375 ss.

L'ECONOMIA DI PIATTAFORMA E LA QUALIFICAZIONE DEL LAVORO DIGITALE AL VAGLIO DELLA *UK SUPREME COURT*: IL CASO UBER V. ASLAM

DEFINING THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP IN THE PLATFORM ECONOMY: THE UK SUPREME COURT DECISION IN UBER V. ASLAM

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3708-3745

Rosario
PETRUSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il saggio prende in esame la sentenza della Supreme Court del Regno Unito riguardante la qualificazione giuridica del lavoro prestato dai conducenti di Uber. L'importanza della decisione risiede nel fatto che la Supreme Court, al fine di tutelare la parte debole del rapporto di lavoro nel capitalismo di piattaforma, focalizza l'attenzione sulle informazioni generate ed aggregate dall'intermediario digitale.

PALABRAS CLAVE: Economia di piattaforma; informazioni; qualificazione del rapporto di lavoro.

ABSTRACT: *The essay analyses the judgment of the UK Supreme Court concerning the status of drivers working for Uber. The importance of the decision lies in the fact that the Supreme Court emphasizes the relevance of the data generated and aggregated by Uber to give protection to vulnerable individuals who have little or no say over their pay and working conditions in platform capitalism.*

KEY WORDS: Platform Economy; data; worker classification.

SUMARIO.- I. OSSERVAZIONI INTRODUTTIVE.- II. IL SERVIZIO PRESTATO DA UBER NEL REGNO UNITO E LA FATTISPECIE POSTA ALL'ATTENZIONE DELLE CORTI INGLESI.- III. IL CONTESTO NORMATIVO DI RIFERIMENTO: LA TRIPARTIZIONE DEI RAPPORTI DI LAVORO.- IV. LE SENTENZE RESE NEI PRIMI GRADI DI GIUDIZIO.- V. LA SENTENZA DELLA SUPREME COURT.- 1. Il controllo datoriale e la posizione di subordinazione e dipendenza economica del conducente di Uber; 2. La Supreme Court al confronto con il "tempo tecnologico": l'ermeneutica contrattuale e quella legislativa al servizio dell'ordinamento protettivo giuslavoristico.- VI. UNA CHIAVE DI LETTURA DELLA SENTENZA DELLA SUPREME COURT: ECONOMIA DI PIATTAFORMA E ASIMMETRIE INFORMATIVE.- VII. LA CORTE EUROPEA DI GIUSTIZIA AL CONFRONTO CON ALCUNI MODELLI DELL'ECONOMIA COLLABORATIVA: LE SENTENZE RESE NEI CASI UBER E AIRBNB.- VIII. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

I. OSSERVAZIONI INTRODUTTIVE.

Il tema dell'incidenza delle tecnologie informatiche sui rapporti di lavoro si è di recente arricchito di una complessa parabola giudiziale inglese che affronta una delle questioni più tradizionali e maggiormente controverse sottoposte alla riflessione giuslavorista: la qualificazione del rapporto di lavoro. Questione, questa, spesso definita come dirimente nell'era digitale[1], in quanto dalla sua soluzione finirebbero per dipendere non solo le sorti del prestatore del servizio (determinandosi o meno l'accesso all'ordinamento protettivo del diritto del lavoro), ma anche (almeno a parere di molti autori sensibili alle ricadute positive dell'innovazione tecnologica[2]) la stessa sopravvivenza dei modelli di profitto sottostanti all'economia di piattaforma, che - si suole dire - non reggerebbero né al peso delle complesse e costose regole previste per il lavoro subordinato né alle conseguenze indirette che potrebbero discendere da un tale inquadramento formale[3].

A rendere ancora più importante la risposta al quesito circa la qualificazione dell'attività di lavoro prestata dal gig worker[4] vi sarebbe poi la considerazione di chi ritiene che, ove si mettessero in discussione le nuove modalità di impiego create dalle imprese digitali e fondate sul pilastro della flessibilità, entrerebbe in crisi non

1 Mostacci, E. e Somma, A.: *Il caso Uber. La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Egea, Milano, 2016, p. 80.

2 Coen, M. e Sundararajan, A.: "Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy", *The University of Chicago Law Review Dialogue*, 2015, p. 116 s.

3 Si pensi ad esempio alla responsabilità civile per fatto illecito del lavoratore dipendente, responsabilità destinata a ricadere sul datore di lavoro chiamato a sopportarne oggettivamente il peso.

4 Il lavoro nell'ambito della gig economy è tradizionalmente inquadrato nella logica riduttiva di lavoretti integrativi di redditi altrimenti conseguiti. Sul punto, *cfr.* Blackham, A.: *""We are All Entrepreneurs Now": Options and New Approaches for Adapting Equality Law for the "Gig Economy""*, *Int. J. Comp. Labour L. & Ind. Rel.*, 2018, 420; Carinci, F.: "Il percorso giurisprudenziale sui rider. Da Tribunale Torino 7 maggio 2018 a Tribunale Palermo 24 novembre 2020", *ADL*, 2021, p. 22.

• Rosario Petruso
Ricercatore di Diritto privato comparato, Università degli Studi di Palermo. E-mail: rosario.petruso@unipa.it

solo il relativo modello di profitto, ma prima ancora l'intensa attività di ricerca e sviluppo che le ha generate[5].

Nelle pagine che seguono si prenderà in esame la sentenza resa dalla Supreme Court del Regno Unito nel caso Uber v. Aslam lo scorso 19 febbraio[6]. L'interesse è suscitato dal fatto che il precedente del giudice inglese rileva non solo per i profili strettamente laburistici esaminati, ma anche per considerazioni di più ampio respiro relative all'economia di piattaforma ed alla tradizionale narrazione secondo cui il modello imprenditoriale adottato dagli intermediari digitali che operano alla stregua di Uber[7] si limiti ad essere quello incentrato sul semplice sfruttamento degli strumenti tecnologici, volti a facilitare l'incontro tra privati, i quali concluderebbero l'accordo nella più ampia autonomia[8]. Ciò che contraddistingue la sentenza della Supreme Court - come si cercherà di dimostrare nel prosieguo di questa ricerca - è infatti la netta presa d'atto che alcuni intermediari della sharing economy incentrano il loro modello economico (a dispetto di una impressione assai diffusa) non già sulla eliminazione, ma sulla artificiale introduzione di barriere informative nel mercato sottostante e, di conseguenza, sulla frapposizione di disarmonie di potere contrattuale tra i partecipanti alle comunità digitali da loro create[9]. Concentrare l'attenzione sulle informazioni distribuite in maniera profondamente asimmetrica tra gli intermediari digitali e gli altri partecipanti alla sharing economy e segnatamente tra gli intermediari digitali ed i lavoratori potrebbe essere pertanto

5 Sundararajan, A.: *The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, MIT Press, Cambridge, MA, 2016, p. 69.

6 [2021] UKSC 5.

7 Il modello di business adottato da tale piattaforma è l'archetipo di una grossa fetta dell'economia di piattaforma: non a caso si parla di uberizzazione di interi comparti dell'economia o di "modello Uber". *Cfr.* Belloni, A.: *Uberization. Il potere globale della disintermediazione*, Egea, Milano, 2017.

8 L'elemento distintivo è rappresentato dal fatto che le piattaforme digitali operano su larga scala, soprattutto grazie alla diffusione capillare tra la popolazione di smartphone e di altri dispositivi connessi in rete e di tecnologie come i sistemi di classificazione, che facilitano la fiducia tra estranei. *Cfr.* Calo, R. e Rosenblat, A.: "The Taking Economy: Uber, Information, and Power", 117, *Colum. L. Rev.*, 2017, p. 1625.

9 Un'espressione invalsa nel descrivere molti dei modelli imprenditoriali sottostanti all'economia di piattaforma è quello di economia collaborativa (sharing economy). Secondo uno sforzo classificatorio teso ad individuare un contenuto sufficientemente condiviso nella comunità scientifica, l'economia collaborativa può essere definita come quel modello economico peer-to-peer - con o senza scopo di lucro - volto alla condivisione (e non al trasferimento proprietario) di beni o servizi sottoutilizzati, facilitato dalle nuove tecnologie dell'informazione e dunque dall'interposizione, tra i due lati del mercato, di un intermediario digitale (così Schlagwein, D. e Schoder, D. e Spindeldreher, K.: "Consolidated, systemic conceptualization, and definition of the "sharing economy"", *J Assoc Inf Sci Technol.*, 2020, p. 829). Meno analitica è la definizione adottata dalla Commissione europea nella sua Comunicazione sull'economia collaborativa (COM/2016/0356): l'espressione economia collaborativa, per l'istituzione promotrice del processo legislativo europeo, si riferisce infatti «ai modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati». Da entrambe queste proposte definitorie - pur nella loro diversità - discende che l'economia collaborativa è un'economia a struttura tripartita, che si caratterizza cioè per la presenza di tre attori distinti: il fornitore del servizio, il destinatario di esso e la piattaforma digitale. Si noti che sin dal Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Il consumo collaborativo o partecipativo: un modello di sviluppo sostenibile per il XXI secolo» (parere d'iniziativa) del 21 gennaio 2014, relatore Hernández Bataller, C 177/1 la sharing economy è stata ritenuta compatibile con un approccio sia autenticamente altruistico sia a fine di lucro. Sul punto *cfr.* Smorto, G., "I contratti della sharing economy", *Foro it.*, 2015, V, c. 221.

la chiave di volta per comprendere come regolare i fenomeni dell'economia di piattaforma e in particolare le incerte[10] responsabilità dell'impresa digitale.

A tale stregua, il punto di vista del diritto del lavoro sembra molto promettente, in quanto mette a nudo, in maniera più efficace rispetto ad altre prospettive[11], i reali modelli di impresa adottati dalle piattaforme digitali per realizzare profitti ed esternalizzare i costi di produzione[12]. Il sistema protettivo del diritto del lavoro apre infatti ad una considerazione d'insieme dei problemi posti dalla rivoluzione digitale, coincidente con un'ottica inclusiva che tiene conto del benessere complessivo all'interno del sistema economico e di «valori non negoziabili, quali la solidarietà, la dignità e la salute del lavoratore», «asimmetrici rispetto alla libertà di iniziativa economica»[13].

Nelle considerazioni che seguono, si focalizzerà l'attenzione sul servizio erogato dall'intermediario digitale e sul quadro normativo di riferimento. Si passerà poi all'esame delle sentenze rese dai giudici inglesi nei primi tre gradi di giudizio. Si esaminerà quindi la pronuncia della Supreme Court: su due aspetti in particolare ci si soffermerà. Prima di tutto, si cercherà di dimostrare come la Corte metta esattamente a fuoco le conseguenze discendenti dalla disponibilità, in capo all'intermediario tecnologico, del bene più prezioso nell'economia di piattaforma: le informazioni; in secondo luogo, si guarderà al tentativo dei giudici inglesi di aggiornare consolidate regole ermeneutiche (nel campo contrattuale ed in quello legislativo) al fine di adeguare l'ordinamento giuslavoristico alle sfide poste dal tempo tecnologico. La trattazione si incentrerà infine su una recente traiettoria giurisprudenziale della Corte europea di giustizia relativa all'economia di piattaforma[14] che, ad una lettura d'insieme, parrebbe indicare anch'essa la necessità che il riflettore dell'attenzione, nel regolare i mercati digitali e prima ancora nel comprenderne le dinamiche sottostanti, sia spostato sui meccanismi di sfruttamento, da parte del proprietario dell'infrastruttura tecnologica, delle informazioni acquisite per mezzo dei propri servizi elettronici. Nella parte finale di

10 Così Zeno-Zencovich, V.: "Uber: modello economico e implicazioni giuridiche", *Riv. dir. media*, 2018, 142.

11 Come ad esempio quella incentrato sulla tutela del consumatore, che sconta il difetto di presentare al regolatore una visione estremamente parziale del fenomeno, incentrata esclusivamente sull'orizzonte mercantilistico del "consumer welfare". Sul punto, *cfr.* Mostacci, E. e Somma, A.: "Il caso Uber", cit., p. 200, ove si nota che «la prospettiva incentrata sul *consumer welfare* può mostrarsi ingannevole, in quanto essa coglie sostanzialmente una diminuzione del prezzo o, specularmente, un aumento dell'offerta».

12 Sulla esternalizzazione dei costi di produzione nel capitalismo di piattaforma, *cfr.* Todolì-Signes, A.: "The End of the Subordinate Worker? The On-Demand Economy, the Gig Economy, and the Need for Protection for Crowdworkers", *Int. J. Comp. Lab. Law*, 2017, 242.

13 Così Santoro-Passarelli, G.: "Il diritto del lavoro a cinquanta anni dallo statuto dei lavoratori", *Riv. it. dir. lav.*, 2020, p. 101. Id.: "La funzione del diritto del lavoro", *Riv. it. dir. lav.*, 2018, p. 339, ove si individua «la funzione ontologica e quindi permanente del diritto del lavoro» nella tutela della dignità della parte debole del rapporto di lavoro.

14 Ci si riferisce alle sentenze rese dalla Corte europea di giustizia nei casi C-434/15 (*Uber Spain*), C-320/16 (*Uber France*) e C-390/18 (*Airbnb Ireland*), rese rispettivamente il 20 dicembre 2017, il 10 aprile 2018 ed il 19 dicembre 2019.

questo lavoro si proverà a trarre delle conclusioni sulla bontà, in punto di metodo, della soluzione prescelta dalla Supreme Court nella qualificazione della prestazione lavorativa svolta nell'ambito dell'economia di piattaforma.

II. IL SERVIZIO PRESTATO DA UBER NEL REGNO UNITO E LA FATTISPECIE POSTA ALL'ATTENZIONE DELLE CORTI INGLESI.

Il modello imprenditoriale di Uber è semplice e, almeno nei suoi tratti essenziali, conosciuto ai più. E tuttavia, considerata la varietà dei servizi offerti dalla piattaforma negli Stati in cui essa opera e i diversi formulari contrattuali sottoposti alla sottoscrizione dei prestatori materiali del servizio e dei fruitori finali, è necessario guardare alla singolare fattispecie presa in esame dai giudici inglesi.

Ad alcuni dati in particolare occorre prestare attenzione: posto che l'intermediario digitale tende a presentarsi come piattaforma di connessione tra due sponde del mercato e dunque come mero terzo che si interpone in maniera imparziale nel rapporto tra chi fornisce il servizio di trasporto e chi lo ricerca, giova mettere a fuoco quali siano i meccanismi di accesso alla comunità digitale, quali i sistemi reputazionali adottati per favorire la creazione di un clima di fiducia nel mercato intermediato[15], quale la regolamentazione contrattuale che lega le parti del rapporto e disciplina il piano tripartito delle relative obbligazioni e quale l'effettiva distribuzione delle informazioni sorte in occasione della prestazione del servizio.

Guardando ai meccanismi di accesso alla comunità digitale organizzata da Uber, è senz'altro semplice la posizione dei beneficiari finali del servizio. I potenziali passeggeri scaricano gratuitamente l'applicazione sul proprio smartphone e creano un profilo fornendo alcuni dati personali, tra cui un metodo di pagamento: a partire da questo momento, possono accedere al servizio e prenotare le corse.

Più complesse sono le procedure di accreditamento del conducente: a seguito di una registrazione telematica, l'aspirante conducente è tenuto infatti a prendere parte ad un colloquio ed a presentare alla filiale londinese di Uber alcuni documenti, tra cui la patente di guida, il certificato di assicurazione dell'autovettura e l'apposita licenza prevista nel Regno Unito per guidare un veicolo privato a

15 I sistemi reputazionali sono quelle strutture informative che aggregano e diffondono dati relativi alla reputazione individuale entro un certo contesto di riferimento, con la funzione di offrire indicazioni utili alla conclusione degli affari e favorire la creazione di fiducia nel mercato. Così Smorto, G. "Reputazione, fiducia e mercati", *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 206. Sulla necessità di curare la propria *web reputation* nel lavoro svolto per mezzo di piattaforme digitali e sugli usi distorti dei sistemi di *rating*, *cfr.* Dagnino, E.: "Il lavoro che cambia: questioni giuridiche e di relazioni industriali - Uber law: prospettive giuslavoristiche sulla sharing/on-demand economy," *Diri. Rel. Ind.*, 2016, p. 137 s.

noleggio[16]. Anche il veicolo è oggetto di selezione da parte della piattaforma: deve figurare tra quelli inclusi in un elenco di marche e modelli accettati predisposto dall'intermediario, deve trovarsi in buone condizioni, non deve superare una certa età e deve rispondere ad alcune caratteristiche cromatiche.

Passando ai meccanismi reputazionali, occorre dire che al fine di garantire un clima di fiducia all'interno del mercato intermediato, Uber appronta un'impalcatura organizzativa del servizio, incentrata su strumenti che consentano la sicurezza della transazione economica realizzata dai due versanti del mercato. In questa logica, l'intermediario predispone un sistema di verifica della reputazione, in modo da stabilire la credibilità del singolo passeggero e del singolo conducente. Ciò trova attuazione attraverso uno strumento di peer reviewing, basato sui giudizi di tutti gli utenti della comunità: dopo ogni corsa, passeggeri e conducenti sono infatti chiamati a valutarsi reciprocamente in maniera anonima. Va considerato in questa luce anche l'altro strumento volto ad alleviare i problemi legati all'assenza di fiducia nel mercato intermediato, consistente nella creazione di un sistema di attuazione dei diritti affidato allo stesso intermediario: la piattaforma infatti arbitra eventuali momenti di conflitto sorti tra i due versanti del mercato, gestendo i reclami dei passeggeri[17].

Quanto al piano delle obbligazioni che si sviluppano in questa operazione trilaterale, la piattaforma digitale, nei moduli contrattuali sottoposti all'adesione di passeggeri e conducenti, si presenta come terzo che intermedia lo scambio. In questo scenario tripartito, i poli soggettivi del servizio di trasporto sono conducenti e passeggeri, il cui incontro è facilitato da servizi tecnologici: a tale stregua, i primi sono tenuti a corrispondere alla piattaforma la commissione da questa prevista per la fornitura del servizio di intercettazione e smistamento della domanda dei secondi. Da questa logica discende che i conducenti sono chiamati a sostenere tutti i costi relativi alla gestione dei veicoli e dei titoli abilitativi all'esercizio del servizio di trasporto. Allo stesso tempo, i conducenti sono liberi di rendersi disponibili quando e dove meglio credono: a tal fine, basta effettuare l'accesso sulla relativa applicazione entro i confini territoriali individuati nella licenza personale. Grazie ad un sistema di geolocalizzazione, Uber identifica la posizione del passeggero e del conducente a lui più vicino. Informa dunque quest'ultimo della richiesta, gli comunica la valutazione media del passeggero e gli attribuisce un tempo limitatissimo per decidere se accettare o rifiutare la corsa. Una volta accettato l'incarico, conducente e passeggero sono messi in contatto

16 Conformemente al quadro regolatorio previsto nel Regno Unito sia il prestatore fisico del servizio di trasporto sia l'intermediario che mette in contatto domanda ed offerta di un veicolo privato a noleggio devono essere in possesso di una apposita licenza autorizzativa. Sul punto, *cfr.* Mostacci, E. e Somma, A.: "Il caso Uber", cit., p. 104.

17 Sul ruolo conciliativo degli intermediari digitali, *cfr.* Casabona, S.: "Intermediazione digitale e composizione delle controversie: dall'Alternative Dispute Resolution all'alien dispute resolution", *Dir. Inf.*, 2017, p. 497 s.

al fine di consentire loro di incontrarsi. Il conducente non è informato circa la destinazione del passeggero fino al momento in cui quest'ultimo sia salito a bordo dell'autovettura. Avviata la corsa, il conducente è guidato fino alla meta da un software di navigazione integrato nell'applicativo tecnologico; sebbene non sia tenuto a seguire tali istruzioni, normalmente vi si atterrà: in caso di abbandono della rotta consigliata, si esporrebbe a eventuali reclami.

La tariffa è determinata dall'applicazione sulla base del tempo trascorso e della distanza percorsa, nonché di un moltiplicatore che adegua automaticamente il prezzo a fattori di mercato (come ad esempio un aumento della domanda in un dato momento). La tariffa così determinata è "suggerita" dalla piattaforma: i conducenti possono infatti richiedere al passeggero una somma inferiore; le commissioni di servizio spettanti a Uber saranno però addebitate sulla somma originariamente calcolata.

In chiusura di queste osservazioni relative all'organizzazione dei rapporti tra piattaforma digitale, fornitore materiale del servizio sottostante e utente finale, occorre ancora dire della effettiva distribuzione delle informazioni e più in generale dei dati che sono occasionati e trattati durante la prestazione del servizio intermediato. Va subito detto che il servizio è congegnato in modo tale che i conducenti non possano scambiare i propri contatti con i passeggeri: l'incontro tra i due attori del mercato sottostante è gestito esclusivamente per mezzo del software integrato nell'applicazione; il pagamento della tariffa avviene tramite addebito diretto sulla carta di credito del passeggero; la ricevuta di pagamento inviata elettronicamente al passeggero non menziona il nome del conducente e il promemoria trasmesso al conducente relativamente al servizio prestato non riporta i dati personali del passeggero.

Occorre inoltre segnalare che, allorché il conducente abbia effettuato l'accesso nell'applicazione, la piattaforma monitora costantemente il tasso di accettazione delle corse: ove tale dato dovesse assestarsi al di sotto di un livello prestabilito, i conducenti ricevono dei messaggi in cui si ricorda loro che l'aver attivato l'applicativo informatico implica la disponibilità ad effettuare corse. Nell'ipotesi poi in cui tale indice non dovesse migliorare, gli avvisi si intensificano e culminano nella disconnessione automatica dal servizio per un tempo prefissato.

La piattaforma infine rileva e analizza elettronicamente i giudizi dei passeggeri e, ove la valutazione media dei conducenti si dovesse assestare su una soglia inferiore ad un dato valore, assoggetta questi ultimi ad una serie graduale di interventi finalizzati a incrementare il loro punteggio: se l'indice di gradimento non dovesse migliorare, i conducenti sono rimossi definitivamente dalla piattaforma e i loro account disattivati.

È nell'ambito di questo quadro tecnologico che si articola la domanda posta da due conducenti nei confronti di Uber BV (l'impresa olandese che possiede l'infrastruttura tecnologica necessaria a fornire il servizio di trasporto) e Uber London Ltd (la filiale per il Regno Unito provvista di licenza, per gestire uno dei due servizi di trasporto pubblico non di linea nell'ambito della mobilità urbana londinese: il private hire vehicle). Gli attori rivendicavano dinnanzi all'Employment Tribunal alcune tutele di matrice lavoristica, tradizionalmente spettanti a lavoratori soggetti a vincolo di subordinazione. In particolare, la questione principale sollevata dai ricorrenti era se, in quanto prestatori materiali del servizio di trasporto, fossero qualificabili come "worker", ai fini della applicabilità della legislazione laburistica inglese che conferisce ad alcune categorie di prestatori importanti tutele, quali - nel caso che si sta analizzando - quelle concernenti il salario minimo legale, il rispetto della disciplina sull'orario di lavoro, le ferie retribuite e il diritto di critica nel caso in cui avessero agito come informatori ("whistleblower"), riferendo degli abusi datoriali[18].

III. IL CONTESTO NORMATIVO DI RIFERIMENTO: LA TRIPARTIZIONE DEI RAPPORTI DI LAVORO.

La crisi dei mercati finanziari del 2008 che ha colpito la maggior parte dei paesi industrializzati ha amplificato e accelerato un fenomeno di precarizzazione e deregolamentazione del mercato del lavoro già in atto nel Regno Unito da alcuni decenni[19]. In questo contesto, la nuova "economia dei lavoretti" sottostante al capitalismo di piattaforma ha contribuito ad uno spostamento senza precedenti della forza lavoro dall'area del lavoro subordinato a quella del lavoro autonomo[20].

A differenza di quanto accaduto in altri ordinamenti giuridici[21], tuttavia, il legislatore inglese non ha fornito alcuna risposta specifica ai bisogni di tutela della persona che si inserisce nel mercato del lavoro rivoluzionato dalle tecnologie digitali.

18 Sul whistleblowing *cfr.* Stone, K.V.W.: "Ripensare il diritto del lavoro: i regimi di protezione per i lavoratori nel nuovo mercato del lavoro", *Riv. it. dir. lav.*, 2005, p. 395; Dessì, O.: "Il diritto di critica del lavoratore", *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 395. Sulle fonti internazionali ed europee del *whistleblowing*, Pizzuti, P.: *Whistleblowing e rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 57 s.

19 Crisi economica che ha contribuito anche all'indebolimento dei modelli economici tradizionali (basati sull'acquisto di beni e sul loro successivo consumo) e al parallelo sorgere di sistemi produttivi diversi: sul punto, *cfr.* Forti, M.: "L'economia collaborativa davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea: alcune riflessioni a margine della sentenza Uber Spain", *Riv. it. dir. pub. com.*, 2019, p. 515.

20 Sul punto, *cfr.* Mason, L.: "Locating Unity in the Fragmented Platform Economy: Labor Law and the Platform Economy in the United Kingdom", *Comp. Lab. L. & Pol'y J.*, 2020, p. 329; Whiteside, N.: "State Policy and Employment Regulation in Britain: an Historical Perspective", *Int'l J. Comp. Lab. L. & Indus. Rel.*, 2019, p. 379.

21 Per una sintesi delle soluzioni adottate, *cfr.* Dirringer J.: "Progetti e sviluppi normative per la tutela del lavoro nelle piattaforme digitali in alcuni Paesi europei e nell'Unione Europea", *RGL*, 2017, 2, p. 147.

In assenza di modifiche normative, l'interprete è chiamato a muoversi nell'ambito delle coordinate giuridiche esistenti. Il diritto inglese però, accanto ai due tradizionali poli entro cui classificare i lavoratori (prestatore subordinato e autonomo), conosce una terza categoria. Alla divisione rigidamente binaria di employee e independent contractor è stata sostituita negli anni '90 del secolo scorso una più complessa architettura normativa, incentrata su di una figura unificante. L'elemento di novità è rappresentato dalla categoria del worker. Il campo semantico di tale termine copre infatti nella legislazione laburistica inglese due figure: il lavoratore genuinamente subordinato (che per comodità espositiva sarà qui indicato con il termine employee) ed una figura affine, ma dai contorni meno netti e per certi versi maggiormente accostabile al prestatore di lavoro autonomo, destinataria di una parte soltanto delle tutele previste dal diritto del lavoro del Regno Unito: il worker in senso lato (cui ci si riferirà da ora in avanti con il termine worker).

Per intendere la portata delle tutele previste per quest'ultima categoria, occorre preliminarmente chiarire che il paradigma di riferimento, ai fini dell'attribuzione di tutta una serie di diritti al lavoratore, è il contract of service, che dà luogo ad un rapporto di employment e al correlativo status di employee. A fronte di tale posizione giuridica ben assistita di tutele, si staglia l'attività prestata da quanti operino alla stregua di independent contractor, in forza di un contract for service.

L'archetipo del contratto di lavoro subordinato è oggi disciplinato dall'Employment Rights Act del 1996, la cui sezione 230(1) definisce la figura dell'employee nei seguenti termini: «an individual who has entered into or works under [...] a contract of employment». A propria volta, il contratto di employment è definito alla sezione 230(2) come un «contract of service». Dinanzi ad un quadro normativo così lacunoso, ben si comprende come sia spettato al case law - nel tempo precedente e in quello successivo all'intervento statutario del 1996 - individuare gli indici che consentono di qualificare una certa attività come lavoro dipendente o autonomo.

Tra i criteri differenziali elaborati nell'ambito del common law figura innanzitutto il controllo datoriale. Si tratta dell'elemento basilare di ogni rapporto di lavoro subordinato, la cui importanza nel diritto inglese è storicamente ricollegata alla responsabilità civile del datore di lavoro per il fatto illecito commesso dal dipendente durante lo svolgimento delle mansioni. La vicarious liability dell'employer trova infatti la propria ragione giustificatrice nelle misure di prevenzione e controllo adottabili dal soggetto che, nell'ambito del rapporto di lavoro, si trova in posizione apicale. Lo status del lavoratore subordinato è pertanto, almeno con riguardo a questa prima caratteristica, individuato in negativo, guardandosi all'esercizio dei

poteri datoriali di direzione e di controllo, che deprivano il lavoratore nell'ambito della sua attività di autonomia[22].

Nel tempo, la giurisprudenza ha enucleato altri indici che concorrono alla definizione dell'employee e l'accesso di quest'ultimo alle tutele ad esso connesse. Il leading case è tradizionalmente individuato nella sentenza resa nel caso Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v Minister of Pensions and National Insurance[23]. Nella pronuncia dell'8 dicembre 1967, la High Court ha articolato il test diretto a delineare la nozione di subordinazione (e la sussistenza di un «contract of service») intorno alla ricorrenza di tre condizioni: 1) la remunerazione come contropartita della prestazione di attività di lavoro; 2) l'assoggettamento (espresso o implicito) del prestatore nell'esecuzione del contratto al controllo datoriale; 3) l'assenza nel contratto di clausole incompatibili con un contratto di employment.

A questi tre requisiti, nella dinamica tipica del common law, sono state affiancate due ulteriori condizioni, la cui ricorrenza, ai fini dell'assoggettamento allo status di protezione conseguenziale al contract of service, è richiesta – analogamente alle precedenti - cumulativamente: l'obbligazione, in capo al lavoratore di eseguire la prestazione personalmente e la presenza di una «mutuality of obligation[24]».

Agli indici appena passati in rassegna, la giurisprudenza inglese ha aggiunto altri indicatori che in via sussidiaria possono concorrere a dimostrare la sussistenza di un rapporto subordinato. Tra i più ricorrenti si possono annoverare il rischio assunto dal prestatore e il relativo livello di integrazione funzionale nell'organizzazione del committente[25].

L'impressione che si potrebbe ricavare da questa sommaria rassegna degli indici elaborati dalla giurisprudenza per distinguere tra lavoro subordinato e lavoro autonomo è che essi riflettano un'impostazione generalmente condivisa[26] nell'ambito degli ordinamenti della tradizione giuridica occidentale. Ad indebolire questa prima impressione, si pone però la circostanza che le Corti inglesi hanno

22 Sul punto, *cfr. Performing Right Society Ltd. v Mitchell & Booker Ltd*, 1 KB 762 [1924], nonché *Mersey Docks and Harbour Board v Coggins and Griffiths (Liverpool) Ltd*, A.C. 1, [1947].

23 [1968] 2 QB 497, 515C.

24 *Cfr. Nethermere (St Neots) Ltd v Gardiner* (1984) ICR 612; *Cornwall County Council v Prater* [2006] EWCA Civ 102. Quest'ultimo requisito concerne la reciproca promessa delle parti di mantenere in essere un rapporto di lavoro subordinato per un certo periodo di tempo, nel senso che deve ricorrere «an obligation on the employer to provide work and a correlative obligation on the employee to accept that work». Su questo elemento, *cfr.* Perulli, A.:"Il rider di Glovo: tra subordinazione, etero-organizzazione, e libertà", *ADL*, 2021, p. 60.

25 *Cfr. Hall (HM Inspector of Taxes) v Lorimer,* [1993] EWCA Civ 25.

26 *Cfr.* Smorto, G. e Quarta, A.: *Diritto privato dei mercati digitali*, Le Monnier, Milano, 2021, p. 137, ove si osserva che «mentre la tradizione di *common law* ricorre principalmente alla nozione di "controllo" in modo non dissimile la tradizione di *civil law* […] fa riferimento alla nozione di "subordinazione"»; Cherry, M. A., "The Sharing Economy and the Edges of Contract Law: Comparing U.S. and U.K. Approaches", *Geo. Wash. L. Rev.*, 2017, p. 1815.

storicamente assunto un atteggiamento sostanzialmente conservativo e sono state tradizionalmente riluttanti ad interpretare il contratto di lavoro discostandosi dalla sua lettera[27].

Piuttosto che considerare le concrete modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, i giudici inglesi hanno preferito guardare al modo in cui il rapporto di lavoro fosse stato pattiziamente regolamentato e superare lo schermo delle qualificazioni fornite dalle parti solo eccezionalmente, allorché ricorressero in maniera inoppugnabile tutti gli indici della subordinazione prima passati in rassegna.

La combinazione di questi due fattori ha determinato, in maniera più visibile nell'esperienza giuridica inglese rispetto a quanto accaduto in altri Paesi industrializzati, l'emarginazione delle figure lavorative più direttamente coinvolte nei processi di profonda trasformazione dei nuovi sistemi di produzione[28].

È per correggere queste storture che - dalla fine degli anni '80[29] e in maniera più incisiva dalla seconda metà degli anni '90[30] - il legislatore inglese ha avvertito la necessità di assicurare un pacchetto minimo di tutele al prestatore di lavoro indipendentemente dal formale ed inequivocabile inquadramento nella categoria della subordinazione[31]. È stata dunque estesa la platea dei destinatari delle tutele originariamente previste per il solo employee. Importanti interventi legislativi, quali ad esempio l'Employment Rights Act 1996, le National Minimum Wage Regulations 1999, le Working Time Regulations 1998 - per citare giusto i plessi normativi rilevanti nel caso Uber v. Aslam -, prevedono pertanto con una identica formulazione letterale che la parola «... 'worker' … means an individual who has entered into or works under … (a) a contract of employment; […] (b) any other contract, whether express or implied and (if it is express) whether oral or in writing, whereby the individual undertakes to do or perform personally any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of the contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual[32]».

Ad entrambe le categorie abbracciate dal nostro termine - lavoratori subordinati di cui alla lettera a) e worker di cui alla lettera b) della definizione prima citata -

27 Sul punto, *cfr.* Davidov, G.: "Who is a worker?", *Indus. L.J.*, 2005, p. 63.

28 È questa una impressione diffusa nella letteratura giuridica inglese. Sul punto, Mason, L.: "Locating Unity", cit., p. 330.

29 *Cfr.* la sezione 8(2) del Wages Act 1986.

30 *Cfr.*, a titolo meramente esemplificativo, la sezione 13 dell'Employment Relations Act 1996, la sezione 230 dell'Employment Rights Act 1996, la sezione 54(3) del National Minimum Wage Act 1998 e le sezioni 10 e s. dell'Employment Relations Act 1999.

31 Sul punto, *cfr.* Burchell, B. e Deakin S. e Honey, S.: *The Employment Status of Individuals in Non-Standard Employment*, University of Cambridge, 1999, p. 25 e Davidov, G.: "Who is a worker?", cit., p. 57.

32 È questo il testo della sezione 230(3)(b).

spettano dunque una serie di diritti individuali e collettivi minimi (ferie retribuite, minimo salariale, applicabilità della normativa del whistelblowing, tutela della salute e sicurezza, contributi previdenziali e fiscali, il diritto di costituire sindacati per contrattare a livello di categoria). Solo ai lavoratori subordinati propriamente intesi (gli employee di cui alla lett. a) della nostra definizione) spetta invece l'accesso al più esteso ordinamento protettivo del diritto del lavoro.

Nonostante la seconda propaggine della definizione del termine worker sia stata ritenuta inutilmente verbosa, di difficile comprensione e in qualche modo circolare[33], essa ha il merito di porre in luce come tale figura sia accomunata alla prima (l'employee) dalle circostanze che la prestazione della persona che lavora è di natura personale, si basa su una relazione di tipo contrattuale e si caratterizza per l'assenza di una effettiva autonomia, che farebbe del prestatore un autentico independent contractor. Alla stregua della definizione legislativa, per verificare se il prestatore abbia diritto allo status di protezione accordato alla figura, occorre dunque preliminarmente accertare la ricorrenza di tre elementi: 1) un contratto in base al quale il singolo si impegna a eseguire lavori o servizi per un'altra parte; 2) l'impegno a svolgere il lavoro o eseguire la prestazione personalmente; 3) il requisito che l'altra parte del contratto non sia cliente o acquirente di alcun servizio professionale prestato dal singolo. Ai rapporti così enucleati ed identificati - pur a fronte della natura autonoma che non viene negata[34] - si estende l'applicazione di una porzione non trascurabile della disciplina del lavoro subordinato. Tale estensione vale però a patto che dalle concrete modalità di svolgimento dell'attività sia evincibile - sia pure con un minor grado di corrispondenza rispetto a quanto richiesto per il contratto di employment - un certo tasso di subordinazione o di dipendenza economica dal committente, tale da far dedurre una situazione di debolezza del prestatore sostanzialmente assimilabile a quella dell'employee[35].

Come chiarito dalla Supreme Court in Bates van Winkelhof v Clyde & Co LLP[36], il legislatore infatti non ha introdotto un nuovo tipo legale, una categoria tipologica cioè intermedia tra l'autonomia e la subordinazione, caratterizzata dalla ricorrenza di precisi indici rivelatori di un tertium genus: la scelta del legislatore è stata piuttosto quella di intervenire nell'area del lavoro autonomo, enucleando

33 Davidov, G.: "Who is a worker?", cit., 59.

34 *Cfr.* la definizione offerta dalla Baroness Hale of Richmond in *Bates van Winkelhof v Clyde & Co LLP* [2014] UKSC 32, ove si legge che « […] employment law distinguishes between three types of people: those employed under a contract of employment; those self-employed people who are in business on their own account and undertake work for their clients or customers; and an intermediate class of workers who are self-employed but do not fall within the second class».

35 Il leading case in materia è il caso *Byrne Brothers (Formwork) Ltd v Baird*, [2002] ICR 667, ove si legge al p. 2(4) che «The reason why employees are thought to need such protection is that they are in a subordinate and dependent position vis-à-vis their employers: the purpose of the Regulations is to extend protection to workers who are, substantively and economically, in the same position».

36 *Bates van Winkelhof v Clyde & Co LLP* [2014] UKSC 32, cit.

al suo interno un sottogruppo di rapporti identificati da alcuni tratti tipizzanti e da una posizione di sostanziale debolezza contrattuale della persona che lavora[37].

In chiusura di questo paragrafo dedicato all'esame della cornice normativa di riferimento, occorre ancora dire di una importante novità che si è registrata in anni recenti nell'ordinamento giuridico inglese. Nel caso Autoclenz Ltd v Belcher[38], deciso dalla Suprema Corte inglese il 27 luglio 2011, è stato superato quel carattere retrivo che contraddistingueva il case law in materia di qualificazione del rapporto di lavoro cui si faceva riferimento poco sopra. Secondo una classica regola di ermeneutica contrattuale applicata anche nell'ambito del rapporto di lavoro e nota come plain meaning rule, il giudice nell'interpretare il contratto, nel caso in cui non sussistano ambiguità, dubbi o polisemie, è vincolato all'elemento letterale, che costituisce il punto di partenza ed al tempo stesso di approdo dell'attività interpretativa[39]. Fa da pendant a questa regola, dal punto di vista probatorio, la parol evidence rule[40], la quale prescrive che il ricorso alle prove estrinseche al contratto sia ammissibile solo nel caso in cui esso sia, a prima vista, di dubbio significato[41]. Alla luce di questi principi di ermeneutica contrattuale, tutto ciò che si colloca al di fuori del documento contrattuale è extrinsic evidence, background, matrix of facts e, come tale, potrà essere adoperato dall'interprete soltanto nel caso in cui il contratto non sia del tutto chiaro o nell'ipotesi in cui il suo significato non sia univocamente accertabile, in quanto la sua lettera sia ambigua e portatrice, nel suo alone semantico, di due o più spiegazioni[42].

È da questi consolidati canoni di interpretazione contrattuale che la Supreme Court nel caso deciso nel 2011 ha preso le distanze, prefigurando la necessità che nell'ambito dei rapporti di lavoro ci si serva di una disciplina speciale, funzionale

37 *Cfr. Cotswold Developments Construction Ltd v Williams* [2006] UKEAT 0457, [2006] IRLR 181. Nell'accertamento di tali elementi, particolare rilievo assumono le circostanze che il prestatore sia integrato o meno nell'attività commerciale del committente e la ragione pratica e principale dell'affare (dominant purpose) consistente nel conferire autonomia ad un soggetto che esegue un'attività per proprio conto (anche se solo in minima parte) o nell'irreggimentare tale attività nell'ambito di una prestazione di natura personale assoggettata alle direttive del committente. Sul punto, *cfr. James v Redcats (Brands) Ltd* [2007] UKEAT 0475, [2007] ICR 1006.

38 [2011] UKSC 41.

39 Treitel, G. H.: *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, London, 1995, p. 181; Kniffin, M. N.: *Interpretation of contract*, Corbin on contracts, West Pub. Co., St. Paul, Minn. 1998, p. 34.

40 In dottrina si chiarisce che, a dispetto della locuzione, la parol evidence rule non vieta esclusivamente le prove orali, ma, più in generale, qualsiasi fatto estrinseco al documento contrattuale. *Cfr.* Chitty, J., *Chitty on Contracts*, Sweet & Maxwell, London, 2004, p. 753; Criscuoli, G.: *Il contratto nel diritto inglese*, Cedam, Padova, 2001, p. 146.

41 Sul punto, *cfr.* Corbin, A. L.: "The Interpretation of Words and the Parol Evidence Rule", *Cornell L. Q.*, 1965, p. 161.

42 Il postulato di questa concezione riposa nell'idea che le corti possano accertare l'unico significato della dichiarazione, limitandosi all'esame dei suoi quattro angoli, confidando nell'infallibilità della formulazione lessicale. Per una critica di questa impostazione, *cfr.* Lord Hoffmann, "The Intolerable Wrestle with Words and Meanings", South African Law Journal, 1997, p. 670. Il punto di vista corrisponde a quello adottato dalle corti italiane ed espresso nel noto adagio secondo cui in claris non fit interpretatio. Sulla necessità di superare questo approccio ermeneutico e di accertare il contenuto *sostanziale* del contratto, *cfr.* i preziosi insegnamenti di Bianca, C. M.: *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 408 s.

alla tutela del soggetto debole: una spiegazione dei termini dell'accordo incentrata esclusivamente sull'elemento testuale e sganciata dallo svolgimento complessivo dei fatti che ne accompagnarono la conclusione, dalla sua esecuzione e soprattutto dall'asimmetria di potere contrattuale delle parti non sarebbe infatti sufficiente per la Supreme Court a contrastare i tentativi del datore di lavoro di eludere la normativa posta a protezione della parte marginale del rapporto[43].

In questa logica, la diversità di potere contrattuale va considerata come parte del factual matrix del contratto e come elemento sempre rilevante nell'accertamento del reale piano delle obbligazioni assunte dai contraenti, anche a dispetto di una chiara formulazione letterale dell'accordo. Nella pronuncia del 2011 si legge che "il vero accordo" dovrà essere desunto da tutte le circostanze del caso, di cui l'elemento letterale costituisce solo una parte[44]. Nelle parole di Lord Clarke questo nuovo paradigma interpretativo - con cui si fa applicazione del principio di prevalenza della realtà fattuale sulla forma contrattuale - è descritto nei termini di un purposive approach[45], alla stregua del quale il giudice può discostarsi dalla lettera del contratto fino al punto di assegnare ad essa un significato contrastante con quello testuale, ove essa non rifletta quanto sia stato effettivamente concordato[46].

IV. LE SENTENZE RESE NEI PRIMI GRADI DI GIUDIZIO.

La complessa vicenda giudiziaria di cui ci si sta occupando si è articolata, prima che la questione fosse posta all'attenzione della Supreme Court, in tre distinti gradi di giudizio. La sentenza di primo grado, resa dall'Employment Tribunal il 28 ottobre 2016[47], è stata seguita infatti, su ricorso della piattaforma soccombente, dalla pronuncia dell'Employment Appeal Tribunal del 10 novembre 2017 [48] e da quella della Civil Division della Court of Appeal del 19 dicembre dell'anno successivo[49].

43 [2011] UKSC 41, pp. 34 e 35.

44 Alla luce di questi principi la Supreme Court ha riqualificato il servizio prestato da venti parcheggiatori descritti nelle clausole contrattuali come subappaltatori. I giudici supremi hanno ritenuto all'unanimità che i parcheggiatori fossero stati assunti come employee e che a nulla sarebbe valsa la considerazione che dal tenore letterale delle clausole contrattuali si sarebbe chiaramente evinto che fossero independent contractor.

45 In dottrina, *cfr.* Davidov, G.: "A purposive interpretation of the national minimum", *Mod. L. Rev*, 2009, p. 581.

46 *Cfr.* p. 35. Le parole appena riportate nel testo non possono non far tornare alla mente il magistrale insegnamento di chi - nell'ambito del diritto italiano - ha strenuamente difeso l'utilità della causa del contratto, intesa «nei termini della causa concreta, ossia dell'interesse che l'operazione è concretamente diretta a realizzare», e che trova spazio per giudicare «la validità del contratto, per interpretarlo, per qualificarlo, per accertarne le connessioni e gli effetti». In particolare, l'Onorato in questo numero speciale della Rivista presta attenzione all'interpretazione del contratto (Bianca, C. M.: "Causa concreta del contratto e diritto effettivo", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 258), che «deve procedere con riferimento alla causa concreta», in quanto «il significato di ciò che le parti hanno concordato non può essere adeguatamente accertato se non si tiene conto della ragione pratica dell'affare, ossia della causa concreta».

47 [2016] EW Misc B68 (ET), su cui si veda Cabrelli D., "Uber e il concetto giuridico di "Worker": la prospettiva britannica", *DRI*, 2017, p. 575.

48 *Uber B.V. & Ors v Aslam & Ors* UKEAT/0056/17/DA.

49 [*2018*] EWCA Civ 2748.

Nelle osservazioni che seguono si concentrerà l'attenzione sulla prima decisione, il cui impianto motivazionale è fatto proprio, almeno nei tratti che qui rilevano, sia dall'Employment Appeal Tribunal sia dalla Court of Appeal. Alla sentenza di quest'ultimo organo si farà invece riferimento per la presenza in seno ad essa della opinione dissenziente di uno dei componenti del collegio.

Come si diceva in apertura di questo lavoro, la fattispecie affrontata dal circuito giudiziario inglese riguardava la corretta qualificazione giuridica della prestazione lavorativa del conducente di Uber. Inevitabilmente, però, il giudice inglese è stato chiamato in via preliminare a determinare la natura dei servizi prestati dalla piattaforma telematica: fornitrice di una mera interfaccia tecnologica per consentire l'incontro nel mercato sottostante di conducenti e passeggeri o vero e proprio prestatore del servizio di trasporto? Come visto, infatti l'attribuzione dello status di worker al prestatore materiale di un servizio presuppone, ai sensi della lett. b) della sezione 230(3) dell'Employment Rights Act, che il lavoratore esegua la sua prestazione per un terzo e che quest'ultimo non sia il beneficiario finale dei servizi professionali prestati dal primo. Nella fattispecie esaminata dal giudice inglese, occorreva dunque dimostrare prioritariamente che il prestatore materiale del servizio di mobilità urbana svolgesse la propria attività non "per sé" attraverso la piattaforma, ma "per" Uber, che a propria volta forniva servizi di trasporto a vantaggio dei clienti/consumatori e su loro richiesta.

Solo risolta tale questione preliminare, il giudice inglese avrebbe potuto verificare se l'attività lavorativa prestata dal conducente fosse esercitata in via genuinamente autonoma o con caratteristiche maggiormente prossime alla subordinazione. Al fine dunque di dimostrare come fosse Uber a prestare il servizio sottostante, l'Employment Tribunal ha fatto perno su una serie di elementi che così si possono riassumere: 1) la contraddittorietà delle clausole contrattuali, secondo cui l'intermediario digitale sarebbe stato, al tempo stesso, mero mandatario del conducente e l'unica parte che avrebbe potuto decidere se accettare o meno le prenotazioni; 2) la circostanza che Uber reclutasse attraverso una vera e propria selezione i conducenti; 3) il fatto che Uber controllasse le informazioni chiave per la fornitura del servizio; 4) la circostanza che Uber incentivasse i conducenti ad accettare le corse a pena di disconnessione dalla piattaforma; 5) l'impostazione predefinita del percorso che il conducente avrebbe dovuto seguire; 6) la fissazione automatica di una tariffa non derogabile verso l'alto; 7) l'imposizione ai conducenti di una gamma di veicoli utilizzabili e di direttive sullo svolgimento della prestazione lavorativa; 8) la predisposizione di un sistema di valutazione tra pari diretto ad organizzare l'esecuzione della prestazione ed a sottoporre i conducenti a vere e proprie procedure disciplinari; 9) la circostanza che Uber decidesse di eventuali rimborsi per i passeggeri; 10) il fatto che occasionalmente il costo dei rimborsi fosse sopportato da Uber; 11) la circostanza che la piattaforma gestisse i reclami dei

passeggeri; 12) il fatto che Uber si riservasse il potere di modificare unilateralmente le clausole contrattuali che regolamentavano la prestazione del servizio.

Dall'insieme di questi elementi, l'Employment Tribunal ha respinto come «piuttosto ridicola» la tesi difensiva di Uber secondo cui i conducenti avrebbero dato vita ad un mosaico di trentamila piccole realtà imprenditoriali collegate da un'unica piattaforma digitale[50].

Dimostrato che il servizio di trasporto fosse gestito direttamente dalla piattaforma nel proprio esclusivo interesse economico e non in quello dei singoli conducenti, anche l'ostacolo ulteriore consistente nel qualificare come worker i prestatori che fornivano la «manodopera qualificata attraverso la quale la piattaforma incentrava la propria strategia di profitto[51]», avrebbe dovuto essere considerato superato. Per il giudice Snelson infatti l'attività lavorativa prestata dal conducente sarebbe rientrata «a pieno titolo» nella definizione statutaria del worker[52]: il conducente era infatti tenuto ad eseguire la prestazione personalmente; era a ciò obbligato sulla base di un rapporto contrattuale; era vincolato ad eseguire la prestazione a favore di un soggetto (il beneficiario finale del servizio di trasporto) che non coincideva con chi aveva commissionato il lavoro.

Alla luce di queste considerazioni, a nulla sarebbe valso il tentativo - abilmente camuffato dietro ad un linguaggio contrattuale «contorto, diretto a dissimulare la realtà e intriso persino di neologismi[53]» - *di inquadrare il rapporto di lavoro intercorrente tra la piattaforma ed il conducente nell'ambito di una prestazione* autenticamente autonoma. *È proprio il grado di vincolatività* sull'interprete della lettera del contratto l'oggetto delle successive pronunce.

La sentenza della Court of Appeal[54] merita alcune considerazioni. La pronuncia del 2018 è stata resa infatti solo a maggioranza ed il punto su cui si è consumato il dissenso è relativo alla importanza da assegnare all'elemento letterale del contratto, riguardato alla luce del contesto fattuale di riferimento e, in particolare, alla credibilità del modello economico adottato dalla piattaforma. Come è facile intuire, la posta in gioco consisteva nel significato da attribuire al mutamento giurisprudenziale consumatosi nel diritto inglese con la decisione del 2011 prima richiamata, che per la prima volta dalla sua approvazione era portata all'attenzione

50 In altri termini, è la conclusione sul punto del Tribunale (*cfr.* p. 92), «Uber non lavora per il conducente; è vero, piuttosto, il contrario». *Cfr.* p. 89, ove è *condivisa la conclusione della North Carolina District Court in Douglas O'Connor v Uber Technologies Inc, No. C-13-3826 EMC, 2015, secondo cui «Uber non vende semplicemente software; vende corse. Uber non è una "società tecnologica" più di quanto non lo sia la Yellow Cab che utilizza comunicazioni radio nella banda per contattare i taxi».*

51 *Cfr.* p. 92.

52 *Cfr.* p. 93.

53 *Cfr.* nota 38 della sentenza, ove si fa notare come nel contratto si usi l'espressione *«disattivazione dell'account» per dissimulare ciò che nel diritto del lavoro corrisponde ad un vero e proprio «licenziamento».*

54 UBV v Aslam [2018] EWCA Civ 2748.

di una Corte Superiore[55]. Da un lato, vi è infatti l'opinione di maggioranza, ove si ritiene conformemente alle conclusioni cui erano giunti il giudice di primo grado e l'Employment Appeal Tribunal come non fosse credibile la posizione, sostenuta dalla piattaforma, di essere un mero intermediario il cui modello imprenditoriale fosse incentrato esclusivamente sullo sfruttamento dei diritti di proprietà intellettuale sull'applicazione informatica: stabilito che il servizio effettivamente prestato da quest'ultimo non coincidesse affatto con il solo servizio di intermediazione digitale, la maggioranza ha riqualificato il rapporto di lavoro dei conducenti, concentrando l'attenzione sul grado di controllo esercitato dalla piattaforma sul lavoratore. Da questo punto di vista, il precedente reso in Autoclenz è interpretato nel senso che l'interprete può arrivare al punto di assegnare al contratto, redatto unilateralmente dal datore di lavoro, un significato diverso da quello testuale, ogniqualvolta quest'ultimo abbia qualificato il rapporto in modo artificioso, ai danni della controparte in posizione di debolezza: il precedente della Supreme Court è, pertanto, letto in chiave antielusiva della disciplina laburistica[56].

Dall'altro lato, vi è invece l'opinione dissenziente di Lord Underhill, che adotta una posizione maggiormente conservativa: da questo punto di vista infatti i principi affermati in Autoclenz - si sostiene - potrebbero giustificare l'allontanamento dalla lettera del contratto solo ove la rappresentazione dell'effettivo rapporto intercorrente tra le parti sia assolutamente inverosimile[57]. Questa palese deviazione dallo schema contrattuale non ricorrerebbe nel caso di specie: secondo il giudice dissenziente il modello di profitto adottato da Uber non dissimulerebbe una realtà fattuale difforme; al contrario, non farebbe altro che replicare ed aggiornare all'era delle tecnologie informatiche un modello economico già esistente ed invalso nell'ambito dei servizi di mobilità urbana: quello dei minicab, le cui corse devono essere prenotate[58] tramite un servizio di intermediazione sovrapponibile a quello prestato da Uber. A tale stregua, l'unica differenza tra i servizi di prenotazione dei minicab ed il modello di intermediazione adottato da Uber, entrambi incentrati su di un rapporto intercorrente tra un mandatario (l'intermediario: tradizionale o digitale) ed un mandante (il conducente, imprenditore di se stesso), riposerebbe nelle proporzioni del fenomeno, ingigantite (nel secondo caso) dall'uso di una tecnologia indubbiamente più sofisticata[59].

55 Sulla distinzione tra Corti Superiori e Corti inferiori, *cfr.* Criscuoli, G. - Serio, M.: *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 370 s. p. 242 s.

56 *Cfr.* p. 73.

57 *Cfr.* p. 120.

58 Il *minicab* è un'auto a noleggio con autista e può procacciarsi utenza soltanto «per il tramite di un intermediario provvisto di regolare licenza di *private hire vehicle operator*»: così Mostacci, E. e Somma, A.: "Il caso Uber", cit., p. 104.

59 *Cfr.* p. 132.

Nulla di nuovo sotto il sole, secondo questa prospettiva, anche per quanto concerne l'interesse dell'intermediario ad assicurare la qualità del trasporto: come accade per i servizi di intermediazione nel settore dei minicab, Uber avrebbe tutto l'interesse a mantenere un certo livello qualitativo del servizio da cui indirettamente trae profitti, così giustificandosi l'imposizione a lavoratori genuinamente autonomi di standard qualitativi nella erogazione della prestazione sottostante.

Ragionando in questi termini, il precedente della Supreme Court non avrebbe potuto essere di soccorso alla parte debole del rapporto, in quanto i principi in essa affermati non consentono la riscrittura dell'accordo e la riqualificazione dello status del conducente sol perché esso sia risultato svantaggioso per quest'ultimo: la laconica conclusione del giudice dissenziente è dunque che proteggere il singolo da condizioni contrattuali particolarmente sfavorevoli, che possano essergli imposte a causa di asimmetrie di potere contrattuale, è compito che spetta esclusivamente al legislatore[60].

V. LA SENTENZA DELLA SUPREME COURT.

La pronuncia della Court of Appeal prima esaminata è servita a fotografare la compresenza nel diritto inglese di due approcci antitetici in materia di ermeneutica contrattuale relativamente ai rapporti di lavoro: come si è visto, il dissenso tra l'opinione di maggioranza e quella di Lord Underhill sembrerebbe essere radicale ed il terreno di scontro parrebbe risiedere sul grado di vincolatività che il linguaggio adoperato dalle parti ha sull'interprete o, osservando il fenomeno da un diverso angolo di visuale, sul peso da accordare al contesto extra-testuale e, nell'ambito di questo elemento, alla diseguaglianza di potere contrattuale delle parti. La pronuncia della Court of Appeal pone inoltre in evidenza, per quanto qui più direttamente rileva, una spiccata diversità di vedute circa il funzionamento dell'economia di piattaforma e segnatamente relativamente al modello di profitto adottato da Uber: da un lato, la posizione del Master of the Rolls e di Lord Bean maggiormente inclini a porre in luce i tratti salienti e l'impatto destrutturante del fattore tecnologico sullo standard di protezione dei diritti della persona che lavora e, dall'altro, quella del giudice dissenziente, propenso a ritenere che le forme economiche e le questioni giuridiche sottese al capitalismo di piattaforma siano quelle tradizionali, con la sola differenza che a presentare elementi di novità sarebbe la consistenza del fenomeno e in particolare un ampliamento senza precedenti della base dei soggetti coinvolti grazie all'uso delle tecnologie digitali.

È all'insieme di queste due diverse anime, con riguardo ai due poli di contrapposizione che si sono registrati in seno alla Court of Appeal, che

60 *Cfr.* p. 167.

necessariamente guarda la Supreme Court. Ad una prima parte della sentenza volta a destituire di fondamento la tesi sostenuta da Uber, secondo cui i rapporti tra piattaforma e conducenti andrebbero inquadrati nell'ambito di un potere di rappresentanza conferito alla prima dai secondi[61], si affianca la restante e più interessante parte dell'opinione di Lord Leggatt (l'unica di cui si compone la sentenza), dedicata a due questioni centrali nella regolamentazione del lavoro digitale: 1) la necessità di adottare un approccio ermeneutico che consenta di dare prevalenza alla realtà fattuale del rapporto piuttosto che alla forma contrattuale, sì da consentire all'ordinamento protettivo del diritto del lavoro di svolgere appieno la funzione che gli è propria[62]; 2) l'individuazione degli elementi di debolezza del lavoratore, inserito nella peculiarissima organizzazione imprenditoriale di Uber, che si discosta tanto da modelli di profitto dell'economia tradizionale, quanto da quelli invalsi nella società dell'informazione.

Per comodità espositiva, le due questioni saranno esaminate qui di seguito in ordine inverso.

1. Il controllo datoriale e la posizione di subordinazione e dipendenza economica del conducente di Uber.

Come si è visto nella parte dedicata all'illustrazione del quadro normativo di riferimento, la figura del worker non è costruita intorno alla ricorrenza di specifici indici tipologici atti a distinguerla nettamente dall'employee e dal **s**elf-employed. Il case law rinvenibile sul punto adopera infatti gli stessi parametri che concorrono a guidare il giudice nel determinare l'attribuzione al lavoratore dello status di employee: seguendo questa impostazione, l'interprete è chiamato ad accontentarsi di un minor grado di corrispondenza alla figura paradigmatica di riferimento[63]. In tale ottica, i giudici inglesi, nel decidere sul livello di tutele spettante alla persona che lavora, hanno attribuito valore dirimente alla ricorrenza in termini complessivi di una situazione di vulnerabilità, riconducibile ad una condizione di subordinazione e/o di dipendenza economica.

È esattamente questo il punto di vista adottato dalla Supreme Court nel caso qui studiato. Il fattore discriminante nell'accertamento della ricorrenza di una condizione di debolezza del conducente di Uber, è da individuare, secondo Lord Leggatt, nel potere di controllo esercitato dal datore di lavoro tanto sulle modalità di svolgimento della prestazione di cui il lavoratore è debitore, quanto

61 *Cfr.* pp. 45 – 55.

62 *Cfr.* pp. 66 - 83.

63 Come precisato infatti dal leading case *Byrne Brothers (Formwork) Ltd v Baird*, cit., «drawing that distinction in any particular case will involve all or most of the same considerations as arise in drawing the distinction between a contract of service and a contract for services - but with the boundary pushed further in the putative worker's favour».

più in generale sulle condizioni di prestazione del servizio di trasporto a favore del passeggero[64].

È in questa luce, che per Lord Leggatt occorre accertare chi determini la tariffa addebitata al passeggero, chi sia responsabile della definizione e dell'erogazione del servizio di trasporto, quanti e quali siano gli spazi di autonomia lasciati al conducente. Nel rispondere a questi interrogativi, il ragionamento della Corte si articola sull'esame di cinque circostanze fattuali. Il primo elemento è quello relativo alla remunerazione[65] corrisposta ai conducenti per il lavoro svolto. Gli autisti - nota la Corte - non hanno margini di autonomia. La possibilità di applicare una tariffa diversa rispetto a quella determinata dalla piattaforma è puramente "nominale". I conducenti non sono infatti autorizzati ad addebitare importi maggiori rispetto a quelli calcolati dall'algoritmo; di contro, una riduzione tariffaria non avvantaggerebbe i conducenti: le commissioni dovute all'intermediario andrebbero comunque calcolate sulla tariffa consigliata e la fornitura del servizio è organizzata in modo tale da impedire al conducente la possibilità di intessere un rapporto di fiducia con il passeggero, foriero di future opportunità di guadagno. Il controllo di Uber sulla remunerazione si estende inoltre al punto che la piattaforma può decidere, con assoluta discrezionalità, se effettuare o meno un rimborso al passeggero insoddisfatto. L'unica vera prospettiva lasciata al lavoratore che desideri incrementare le proprie occasioni di guadagno è dunque conclude la Corte sul punto, quella di vincolarsi ad orari di lavoro sempre più faticosi.

Il secondo profilo su cui si sofferma la leading opinion è relativo alle condizioni contrattuali in base alle quali i conducenti effettuano il servizio di trasporto. Il punto non necessita di essere approfondito, a giudizio della Corte: i conducenti sono tenuti ad accettare il formulario predisposto unilateralmente dalla piattaforma e non hanno nessuna voce in capitolo nell'organizzazione del servizio di trasporto.

Il terzo elemento intorno a cui ruota il ragionamento della Supreme Court è invece più articolato e si incentra sul grado di controllo esercitato dalla piattaforma sul tasso di accettazione delle corse[66]. A giudizio della Corte, infatti, la possibilità di rifiutare le corse è fortemente condizionata da Uber secondo due modalità. La prima consiste nel controllare le informazioni fornite al conducente: quest'ultimo è infatti messo a parte della valutazione media del passeggero (sì da consentirgli di evitare i clienti "difficili"), ma non della sua destinazione. Il conducente pertanto non ha la possibilità di rifiutare corse poco remunerative. La seconda modalità[67] di cui si serve la piattaforma per condizionare l'accettazione delle corse consiste nel

64 *Cfr.* p. 87.

65 *Cfr.* p. 94.

66 *Cfr.* p. 96.

67 *Cfr.* p. 97.

monitorare proprio quest'ultimo dato: un conducente il cui indice di accettazione scenda al di sotto di un livello minimo (o il cui tasso di cancellazione superi un tetto massimo) riceve un numero crescente di messaggi di allerta; ove questo dato della prestazione non dovesse migliorare, il software procede alla disconnessione automatica del conducente e gli impedisce la possibilità di riconnettersi per dieci minuti. Il controllo così esercitato è sintomatico, secondo la Supreme Court, di una relazione giuridica asimmetrica, in cui una parte esercita un potere sanzionatorio nei confronti dell'altra e quest'ultima subisce le scelte della prima.

Il quarto profilo preso in considerazione da Lord Leggatt[68] è relativo allo stringente grado di controllo esercitato da Uber sulle modalità di esecuzione del trasporto. Anche su questo profilo, il ragionamento si articola su due punti. Il primo riguarda gli strumenti attraverso cui la prestazione è eseguita; il secondo concerne invece i giudizi degli utilizzatori precedenti sulla qualità della prestazione stessa.

Quanto al primo di tali elementi, la Corte osserva come il fatto che i conducenti si servano della propria autovettura non sia indice sicuro di autonomia: Uber infatti non solo esercita una selezione delle autovetture che possono essere adoperate, ma possiede la tecnologia che è parte integrante del servizio e che assolve alla funzione primaria di consentire al conducente di eseguire la prestazione.

Quest'ultima parte dei mezzi di produzione è interamente «posseduta e controllata» da Uber che determina nel dettaglio la tratta che il conducente dovrà seguire dal punto di prelievo del passeggero e da lì alla sua destinazione finale. Quanto al secondo di tali elementi, la Corte incentra le proprie riflessioni sul giudizio - registrato e continuamente monitorato dalla piattaforma - di chi in concreto si è avvalso del servizio. Si tratta di un «potente metodo di controllo[69]», alle cui conseguenze il lavoratore non si può sottrarre: il mancato mantenimento di una precisa valutazione media da parte di un conducente comporterà infatti l'inoltro automatico di una serie mirata di messaggi di allerta e, infine, l'interruzione del rapporto di lavoro. In questa logica, i giudizi espressi dai passeggeri servono al solo intermediario digitale come strumento interno per l'organizzazione della prestazione e per l'esclusione dei conducenti che non soddisfano gli standard di servizio da esso prestabiliti.

Il quinto ed ultimo fattore preso in considerazione dalla Supreme Court[70] consiste nella circostanza che Uber limita la comunicazione tra passeggeri e conducenti a quanto strettamente necessario a consentire l'esecuzione delle corse

68 *Cfr.* p. **98**.

69 *Cfr.* p. **99**.

70 *Cfr.* p. **100**.

e adotta misure specifiche per impedire ai secondi la possibilità di stabilire una rete personale di relazioni con i primi in grado di proiettarsi oltre il singolo incontro: al momento della prenotazione, al passeggero non è offerta l'opportunità di scegliere in autonomia il conducente; una volta che quest'ultimo abbia accettato l'incarico, la comunicazione tra le due parti è limitata alle informazioni relative alla singola tratta e ogni aspetto ulteriore del servizio (la gestione dei reclami, il pagamento della tariffa e il conseguenziale accreditamento a favore del conducente) è gestito centralmente dall'applicazione.

La Suprema Corte, in un giudizio di sintesi, dall'insieme delle cinque circostanze considerate, trae una duplice conclusione: innanzitutto, che il servizio di trasporto «è definito e controllato in modo estremamente pervasivo da Uber[71]»; in secondo luogo, che il servizio è rigorosamente "standardizzato" a beneficio esclusivo della piattaforma: Uber si avvantaggia della fidelizzazione del cliente e i conducenti non possono migliorare la propria posizione economica mettendo a profitto le rispettive capacità professionali o imprenditoriali.

2. La Supreme Court al confronto con il "tempo tecnologico": l'ermeneutica contrattuale e quella legislativa al servizio dell'ordinamento protettivo giuslavoristico.

Esaminate le modalità capillari del controllo esercitato dalla piattaforma sul conducente e sul servizio di trasporto, alla Corte non resta altro che procedere alla corretta qualificazione del rapporto di lavoro che nel programma negoziale è modulato sul carattere autonomo della prestazione. La Corte si prefigge dunque il compito di superare le difficoltà cui è andata incontro la Court of Appeal nell'intendere il significato del mutamento giurisprudenziale registratosi in campo di ermeneutica contrattuale con il caso Autoclenz.

Dal punto di vista della Supreme Court, occorreva pertanto liberarsi definitivamente (almeno con riferimento ai rapporti di lavoro) della regola aurea dell'ermeneutica contrattuale (la plain meaning rule) e del suo risvolto dal punto di vista probatorio (la parol evidence rule). Nell'economia di piattaforma, in cui gli intermediari digitali si presentano invariabilmente come semplici agenti digitali o abilitatori tecnologici al fine di negare lo status di lavoratore subordinato di chi con essi collabora, il punto adesso affrontato è di cruciale importanza: il vincolo dell'interprete alla qualificazione prescelta dalle parti potrebbe essere infatti fatale alla necessità di accordare prevalenza alla realtà fattuale sulla forma contrattuale per porre rimedio alla situazione di debolezza che tradizionalmente caratterizza la persona che lavora[72].

71 *Cfr.* p. 101.

72 Non sussiste nel diritto inglese un principio paragonabile a quello conosciuto nell'ordinamento giuridico italiano "dell'indisponibilità del tipo contrattuale", su cui *cfr.* Corte di Cassazione, Sez. Lav., 11 luglio

La Supreme Court dunque porta a compimento il percorso iniziato nel caso Autoclenz, fornendo una

chiara giustificazione teorica ai principi enunciati nel 2011. Questa è rinvenuta nella esigenza di rendere effettivo ed inderogabile l'assoggettamento del rapporto di lavoro all'ordinamento protettivo giuslavoristico. Nella sentenza viene evocato infatti un termine che appartiene alla tradizione dell'ermeneutica (questa volta) legislativa inglese, che affonda le proprie radici nell'equity: la parola cui ci si riferisce - richiamata nell'opinion di Lord Leggatt[73] - è "mischief". La tecnica ermeneutica ad essa sottesa prevede che, a scopi equitativi, si debba procedere ad interpretare le norme ambigue in modo da rendere possibile l'eliminazione dell'inconveniente (il mischief) che esse erano chiamate a correggere: si tratta, come è ben facile intuire, di quello strumento che si è soliti indicare con il termine di interpretazione teleologica e che nel diritto inglese va sotto il nome di "mischief rule" (alla lettera "regola del malanno").

Sennonché, l'ordinamento giuridico inglese ammette una interpretazione per gradi della legge e la nostra regola costituisce solo l'ultimo tassello di questo percorso[74]: i tre canoni ermeneutici di base sono infatti, nell'ordine in cui li si sta per indicare, la "literal rule" (che sancisce la necessità del rispetto della lettera della legge), la "golden rule" (che legittima l'interpretazione logico-sistematica) e la "mischief rule", che «presiede ad una speciale (e ristretta) interpretazione teleologica[75]». E tuttavia, proprio questo carattere di specialità da riconoscere all'interpretazione teleologica verrebbe meno, nell'opinione di Lord Leggatt, ove si debba riconoscere effettività alle finalità perseguite dal legislatore con riferimento a particolari esigenze di protezione.

Ricondotte queste riflessioni al caso di specie, ciò significa - con evidenti riflessi (anche) sul piano dell'ermeneutica contrattuale - che il giudice può fare a meno della qualificazione giuridica prescelta dalle parti e guardare alla «transazione in modo realistico[76]». Una volta riconosciuta la primazia del canone dell'interpretazione teleologica nell'ermeneutica legislativa, appare infatti incoerente tributare alla plain meaning rule il ruolo di regola aurea dell'ermeneutica contrattuale per determinare se il lavoratore debba essere qualificato come employee, worker o independent contractor. Ragionando in termini diversi - si osserva al p. 76 della decisione - «si riproporrebbe il malanno per combattere il quale la legislazione è stata emanata».

2018, n. 18262 e in dottrina, in prospettiva comparatistica, Freedland, M. e Kountouris, N.: "*Towards a Comparative Theory of the Contractual Construction of Personal Work Relations in Europe*", *Industrial Law Journal*, 2008, p. 64.

73 *Cfr.* p. 76.

74 Non dunque una interpretazione "globale", quale quella cui è abituato l'interprete continentale, ma una interpretazione "scalare": sul punto, *cfr.* Criscuoli, G. - Serio, M.: "Nuova introduzione", cit., p. 370 s.

75 *Cfr.* Criscuoli, G. - Serio, M.: "Nuova introduzione", cit., 372.

76 *Cfr.* p. 70.

È la stessa finalità di protezione sottesa all'ordinamento giuslavoristico a richiedere che tutti quei soggetti che versino in una situazione di debolezza contrattuale siano destinatari di particolari tutele volte ad assicurare un sostanziale riequilibrio del rapporto.

In quest'ottica pertanto al regolamento di interessi prescelto dalle parti non va riconosciuto nemmeno il più modesto ruolo di costituire «il punto di partenza» per qualificare l'attività di lavoro dei conducenti. Tali protezioni sarebbero infatti suscettibili di facile elusione ove il datore di lavoro potesse dettare unilateralmente i termini contrattuali che qualificano l'attività lavorativa del soggetto meritevole di protezione[77].

È questa la rivincita della sostanza sulla forma; del caso concreto sulla regolamentazione astratta: nessun ostacolo si sarebbe dunque frapposto a giudizio della Supreme Court alla sussunzione del rapporto di lavoro entro la categoria del worker.

VI. UNA CHIAVE DI LETTURA DELLA SENTENZA DELLA SUPREME COURT: ECONOMIA DI PIATTAFORMA E ASIMMETRIE INFORMATIVE.

Invocare il carattere innovativo dei servizi prestati e l'idea di fornire a terzi forme nuove e creative per consentirne l'incontro nel mercato sottostante è un espediente classico nell'economia di piattaforma volto a condizionare l'individuazione delle regole da applicare[78]: le piattaforme infatti, come è stato efficacemente detto, «soffrono la regolamentazione[79]».

Il corollario che si vorrebbe seguisse da questa impostazione è che la potestà regolativa dello Stato dovrebbe arrestarsi al governo dello spazio virtuale organizzato dall'impresa digitale, senza che quest'ultima sia implicata nella dimensione fisica del mercato sottostante.

Nel caso affrontato in questo studio però la evidente mascheratura del reale modello di profitto adottato da Uber è stata lucidamente messa a nudo dalla Supreme Court. Il motivo conduttore della sentenza sembra infatti dipanarsi intorno alle asimmetrie informative che sono, per così dire, coltivate dalla piattaforma ai danni del prestatore materiale del servizio di trasporto. Il filo rosso che unisce i diversi passaggi motivazionali dell'opinione di Lord Leggatt è la circostanza che Uber tende a ostacolare tutto ciò che potrebbe ridurre il deficit informativo del

77 *Cfr.* p. 76.

78 *Cfr.* Fleischer, V.: "Regulatory Arbitrage", *Texas Law Rev.*, 2010, p. 227.

79 Zeno-Zencovich, V.: "Uber: modello economico", cit., 142; *Cfr.* anche Amaxopoulou, M.: "Sticks and Carrots: Lessons from Regulating Uber as a Private Hire Operator in England", *King's Law Journal*, 2020, p. 260 s.

conducente sia nella fase prodromica all'incontro con l'altro versante del mercato sia in costanza di rapporto sia ancora nelle occasioni future.

Proprio su questo fronte, la Corte si avvede come da tale deficit informativo consegua una posizione di svantaggio del lavoratore, che va necessariamente contro-bilanciata con l'attribuzione di una serie di tutele inderogabili apprestate in suo favore dall'ordinamento. Nelle valutazioni concretizzanti del giudice inglese, la necessità di riparare alla situazione di debolezza in cui versa il lavoratore consente infatti di spostare in secondo piano la difesa della piattaforma incentrata sull'esigenza di rendersi competitiva sul mercato. Non trovano dunque spazio nell'impianto motivazionale della sentenza considerazioni di tipo economico basate sulle strategie competitive della piattaforma e in particolare sulle "esternalità di rete[80]" e pertanto sul bisogno di quest'ultima di incentivare una partecipazione in misura massiva dei passeggeri, di cui occorre "evitare esperienze negative".

Non rileva nemmeno la circostanza che Uber non possegga un parco auto. Ed invero, il bene essenziale usato per fornire la prestazione del servizio sottostante, rilevante per verificare l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale, nell'ottica di Lord Leggatt, non è tanto l'autovettura, quanto la tecnologia informatica che consente alla piattaforma di controllare il servizio e le informazioni generate.

A guardare le cose non più dalla prospettiva della piattaforma, ma da quella della parte marginale del rapporto di lavoro, ci si accorge dunque come la prima consolidi la posizione di debolezza della seconda, traendo vantaggio in maniera opportunistica dalle informazioni generate dagli utenti in occasione dell'utilizzo della propria infrastruttura tecnologica.

Le informazioni sono infatti adoperate dall'impresa digitale a proprio esclusivo vantaggio secondo due modalità: innanzitutto, come mezzo attraverso il quale esercitare in forma nuova le tradizionali prerogative datoriali; in secondo luogo, al fine di rafforzare la posizione di dipendenza economica della persona che lavora.

Quest'ultimo punto è valorizzato ampiamente nella pronuncia della Supreme Court. Ed infatti, le concrete modalità di definizione del servizio rendono impossibile al singolo lavoratore di ritagliarsi all'interno della fetta di mercato gestito dall'intermediario digitale anche solo limitatissimi spazi di autonomia. In un certo senso quindi il lavoratore non ha la possibilità di "crescere" all'interno della piattaforma. Ed ancora una volta, la strategia adottata dall'intermediario

80 Sulle esternalità di rete, *cfr.* Smorto, G. e Quarta, A. "Diritto privato", cit., p. 149; Caso, R. e Pascuzzi, G.: "Il diritto d'autore dell'era digitale", *Il Diritto dell'era digitale*, (a cura di Pascuzzi, G.), Il Mulino, Bologna, 2016, p. 167.

per perpetuare questa situazione di sostanziale marginalità si incentra sullo sfruttamento delle informazioni.

Contrariamente a quanto avviene su altri mercati digitali, ove il possesso di un alto punteggio reputazionale consente al prestatore di conquistare la fiducia dei futuri committenti (che aumentano in maniera proporzionale alla reputazione della sua identità digitale), l'insieme delle recensioni di chi si è già avvalso del servizio intermediato da Uber esprime esclusivamente il rendimento complessivo di ogni prestatore iscritto alla piattaforma e serve ad offrire un prodotto estremamente standardizzato[81]. Ben si capisce, dunque, come il termine di confronto adottato dalla Supreme Court per intendere le nuove forme di sfruttamento della posizione di debolezza del lavoratore non possa essere individuato (contrariamente a quanto fatto dal giudice dissenziente in grado di appello) nel tradizionale servizio di intermediazione dei minicab, ma debba essere scelto nell'ambito della stessa economia di piattaforma.

Il tertium comparationis è dunque rintracciato da Lord Leggatt nelle piattaforme per le prenotazioni alberghiere o per gli affitti a breve termine: questi intermediari telematici accentuano infatti una caratteristica tipica dell'avvento della digitalizzazione consistente nella possibilità di rispondere in maniera flessibile alle richieste dei consumatori, attraverso la personalizzazione del bene o del servizio.

Ancora una volta, l'anello nevralgico del ragionamento della Corte riguarda dunque la distribuzione e la disponibilità delle informazioni: a giudizio della Corte, in tale ultimo modello, attraverso il passaggio delle informazioni tra i diversi versanti del mercato si offre al professionista l'opportunità di valorizzare le proprie competenze individuali e di distinguersi dalla concorrenza ed al consumatore la possibilità di scegliere in maniera informata e razionale tra una varietà di sistemazioni, ciascuna con proprie caratteristiche distintive.

Anche la gestione dei sistemi reputazionali, nell'ambito di queste piattaforme, è messa a servizio della esigenza di semplificare la scelta del consumatore e di alleviare i problemi posti dall'assenza di fiducia: le informazioni generate dalla "folla" dei fruitori e dei fornitori del servizio sottostante - chiamati a valutarsi reciprocamente - sono di norma poste in questi spazi digitali a correzione delle asimmetrie informative che tipicamente affliggono gli attori di tali mercati e che soprattutto nell'era pre-digitale ne ostacolavano gli scambi commerciali.

Occorre poi considerare che nel modello imprenditoriale fatto proprio da questa fetta dell'economia di piattaforma, le comunicazioni tra i due versanti del mercato sottostante, non sono certo impedite: ogni interazione tra le parti diviene

81 Sul punto, *cfr.* De Petris, P.: "Le discriminazioni da algoritmo nella gig economy", *ADL*, 2020, p. 892.

dunque un'occasione di guadagno futuro. Ne discende che chi offre un alloggio è posto in concorrenza diretta con gli altri partecipanti allo spazio digitale approntato dall'intermediario tecnologico e svolge un'attività economica indipendente da quella prestata dalla piattaforma.

Dallo studio della sentenza della Supreme Court e dal filo conduttore che sembra animare il suo impianto motivazionale, pare potersi pacificamente sostenere dunque come la capacità di Uber di raccogliere, analizzare e mettere in relazione tra loro tutta una serie di informazioni da non condividere con gli altri attori del mercato intermediato ponga la piattaforma in una posizione di estremo vantaggio rispetto al prestatore di lavoro, evidenziandone una posizione di subordinazione e/o di dipendenza economica.

VII. LA CORTE EUROPEA DI GIUSTIZIA AL CONFRONTO CON ALCUNI MODELLI DELL'ECONOMIA COLLABORATIVA: LE SENTENZE RESE NEI CASI UBER E AIRBNB.

La sentenza della Supreme Court si inserisce in un più ampio contesto giurisprudenziale che dimostra come alcuni dei modelli dell'economia di piattaforma e in particolare molti di quelli che si presentano sotto le vesti della sharing economy, manifestino un'attitudine destrutturante nei confronti dei mercati all'interno dei quali vanno ad inserirsi e soprattutto (contrariamente a quanto ci si potrebbe attendere) una forza soverchiante nei confronti degli altri attori operanti nel comparto economico di riferimento[82]: il consumatore finale che acquista un bene o un servizio, il lavoratore che esegue fisicamente la prestazione sottostante, i terzi che, esercitando professioni regolamentate, subiscono la concorrenza sleale di chi, invocando il carattere innovativo del servizio offerto, tenta di sottrarsi alla relativa regolamentazione.

Per rendersi conto di ciò, basta volgere lo sguardo alla giurisprudenza della Corte europea di giustizia che sembrerebbe aver intrapreso un processo di demitizzazione delle dinamiche sottostanti ai modelli di profitto adottati nell'economia digitale, volto a eliminare dalla narrazione proposta dalle piattaforme quegli aspetti che hanno contribuito a camuffare la reale consistenza delle strategie imprenditoriali adottate.

Il punto, limitatamente agli atti di concorrenza sleale ai danni di professionisti operanti in mercati regolati, è stato ampiamente dimostrato dal giudice europeo proprio con riferimento alla piattaforma Uber. In due diverse occasioni la Grande

82 Sul punto, *cfr.* Domurath, I.: "Platforms as contract partners: Uber and beyond", *Maastricht j. Eur. & comp. l.*, 2018, p. 581.

Sezione della Corte europea di giustizia[83] è stata chiamata a chiarire la natura del servizio prestato dall'intermediario digitale: mera attività di trasporto o servizio della società dell'informazione ai sensi dell'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34[84]? Dalla qualificazione accolta ne sarebbe discesa o meno la necessità per la piattaforma di munirsi di previe autorizzazioni e licenze amministrative al fine di non violare, nel primo caso, la disciplina sulla concorrenza sleale e, nel secondo, la normativa penale posta a presidio della sicurezza del servizio di trasporto di persone su strada. Com'è noto, l'assoggettamento delle piattaforme telematiche alla regolamentazione sull'intermediazione digitale porta con sé - nel mercato unico europeo - una serie di benefici innegabili: i servizi della società dell'informazione sono infatti destinatari di una disciplina speciale di estremo favore rispetto ai servizi dell'economia tradizionale. Ci si riferisce alla direttiva 2000/31/CE [85] e in particolare ad uno degli elementi più innovativi della regolamentazione del commercio elettronico, consistente nel principio, di cui all'art. 4 della direttiva in parola, dell'assenza di autorizzazione preventiva: la regola cioè in base alla quale l'accesso all'attività di prestatore di un servizio della società dell'informazione ed il suo esercizio non sono soggetti, in quanto tali, ad autorizzazione preventiva o ad altra misura di effetto equivalente[86].

Nelle sentenze rese rispettivamente il 20 dicembre 2017 ed il 10 aprile 2018 l'attenzione del giudice europeo è per lo più incentrata sull'"influenza decisiva" che Uber esercita sulle modalità concrete di erogazione del servizio di trasporto[87]. In questa logica, l'elemento centrale del ragionamento della Corte è la capacità della piattaforma di controllare l'intera costruzione dello spazio virtuale e di quello fisico soggiacente all'interno del quale si muovono gli altri attori del mercato. Rileva, in particolare, il rapporto che essa ha instaurato con chi esegue materialmente il servizio e segnatamente la possibilità di attuare una strategia di «controllo […] sul comportamento» dei conducenti che possa «portare, se del caso, alla loro esclusione»[88].

83 Ci si riferisce alle sentenze rese nei casi Uber Spain (C-434/15), cit. e Uber France (C-320/16), cit.

84 La definizione della nozione di «servizio della società dell'informazione», di cui all'articolo 2, lettera a), della direttiva sul commercio elettronico, fa riferimento all'articolo 1, primo comma, punto 2, della direttiva 98/34, ed ora all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2015/1535, ove si legge che il «servizio della società dell'informazione» comprende «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi».

85 Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»).

86 Su tale principio, *cfr.* Zeno Zencovich, V.: "Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal d.lgs 70/2003", *Dir. inf.*, 2003, p. 505; Rossello, C.: "La nuova disciplina del commercio elettronico. principi generali e ambito di applicazione", *Dir. comm. internaz.*, 2004, p. 43.

87 L'altro elemento del cosiddetto test Uber si articola intorno al ruolo della piattaforma nella creazione del mercato sottostante. Sul punto, *cfr.* McKee, D.: "The platform economy: natural, neutral, consensual and efficient?", *Trans. Legal Theory*, 2017, p. 456.

88 *Cfr.* p. 39 Uber Spain, cit., e p. 21 Uber France, cit.

Indirettamente in queste prime pronunce del giudice europeo è dunque chiamato in causa il patrimonio di informazioni possedute dall'intermediario digitale: il livello di controllo esercitato dalla piattaforma sulle "informazioni" chiave per l'erogazione del servizio (tra cui, senz'altro, quelle circa l'affidabilità del conducente) e il relativo uso che di esso se ne faccia (la gestione interna della forza lavoro) sono invero i criteri fattuali che contribuiscono in maniera decisiva a chiarire l'intensità dell'influenza esercitata dalla piattaforma sulle modalità di erogazione del servizio di trasporto. In filigrana dalle sentenze ora prese in esame sembra potersi desumere come uno degli elementi su cui incentrare l'attenzione nella regolamentazione dell'economia di piattaforma (e in particolare su quei modelli incentrati sull'economia della collaborazione) debba essere proprio la gestione del flusso di informazioni e segnatamente la loro distribuzione tra i partecipanti alla comunità digitale: tanto più pervasive appaiano l'accumulazione e la gestione delle informazioni a proprio esclusivo vantaggio, tanto più giustificata sarà la qualificazione della piattaforma come prestatore del servizio sottostante e l'assoggettamento alla relativa regolamentazione di settore.

Questa prima impressione sembrerebbe trovare una netta conferma nella successiva giurisprudenza della Corte europea di giustizia relativa ad altri servizi della sharing economy: ci si riferisce alla sentenza resa il 19 dicembre 2019 nel caso Airbnb Ireland[89]. In questa occasione, la Corte europea, con riferimento al noto servizio che consente di mettere in contatto locatori (professionisti e non) e locatari tramite una piattaforma elettronica di centralizzazione delle offerte, ha affermato che il servizio di intermediazione e le prestazioni accessorie (consistenti nella fornitura di una stima del prezzo della locazione e di un sistema di rating incrociato volto a valutare locatore e locatario) ben si conciliano con lo «spirito di collaborazione inerente alle piattaforme di mediazione che consente, da un lato, ai richiedenti alloggio di procedere a una scelta pienamente consapevole tra le offerte […] proposte dai locatori sulla piattaforma e, dall'altro, ai locatori di essere compiutamente informati in merito alla serietà dei locatari nei confronti dei quali potrebbero vincolarsi[90]».

Il servizio della società dell'informazione prestato da Airbnb avrebbe cioè a giudizio della Corte europea il benefico effetto di intervenire sui classici problemi che i servizi della sharing economy si prefiggono di alleviare: l'assenza di fiducia nell'incontro tra terzi e il contenimento dei rischi di inadempimento del prestatore e del beneficiario del servizio sottostante.

La distribuzione delle informazioni tra tutti i versanti del mercato fa sì che la piattaforma agevoli un mercato aperto che è concorrenziale tanto sul lato

89 Airbnb Ireland, C-390/18, 19 dicembre 2019.

90 *Cfr.* p. 60.

dell'offerta quanto su quello della domanda: ed infatti, dalla condivisione delle informazioni raccolte («presentate in modo coordinato con l'aggiunta di strumenti per la ricerca»), il consumatore può procedere alla «localizzazione» delle offerte ed anche al loro «confronto»; sull'altro versante del mercato, con la condivisione da parte della piattaforma delle stesse informazioni, il locatore (messo al corrente delle offerte dei propri concorrenti) ha la responsabilità finale di determinare entro una cornice di massima le caratteristiche del servizio sottostante: il prestatore resta libero ad esempio di stabilire in autonomia il prezzo o di innalzare la qualità dei servizi offerti.

L'effettiva distribuzione delle informazioni sembrerebbe pertanto essere vista dal giudice europeo quale strumento di empowerment tanto del consumatore quanto del prestatore materiale del servizio di ospitalità: in un giudizio di sintesi, dall'intera sequenza giudiziale esaminata in questo paragrafo, parrebbe potersi affermare che la condivisione delle informazioni tra tutti gli attori che partecipano al mercato intermediato è il vero elemento differenziale che giustifica l'attribuzione dei benefici di cui prima si è detto, riservati dalla direttiva sul commercio elettronico ai soli servizi della società dell'informazione e non a chi eserciti una influenza decisiva sulla erogazione dei servizi sottostanti.

VIII. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

Da una considerazione d'insieme della giurisprudenza inglese ed europea qui esaminata sembrerebbe potersi trarre delle preziose indicazioni per il regolatore che voglia apprestare delle tutele per quanti esercitino la propria attività lavorativa per mezzo di intermediari digitali.

Ed invero, se il semplice fatto di fornire il servizio sottostante è incapace di dare una indicazione precisa ed univoca circa lo status del lavoratore che fisicamente eroga la prestazione[91] (posto che ogni attività umana, economicamente rilevante, può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato sia di rapporto di lavoro autonomo[92]), un'indagine incentrata sul governo delle informazioni e sull'esatta individuazione della platea dei relativi beneficiari parrebbe invece fornire indizi maggiormente affidabili sulla qualificazione giuridica da dare alla prestazione lavorativa o, comunque, ed a prescindere dalle cornici normative di riferimento dei singoli ordinamenti giuridici, sulla sostanziale posizione di debolezza del lavoratore.

Nelle forme di occupazione emergenti nell'economia digitale infatti una distribuzione orizzontale delle informazioni - quale quella realizzata nell'ambito

91 Sul punto, però, *cfr.* E. Gramano: "Riflessioni sulla qualificazione del rapporto di lavoro nella gig-economy", *ADL*, 2018, p. 730.

92 *Cfr.* Amendola, F.: "Subordinazione e autonomia: il sindacato di legittimità", *ADL*, 2018, p. 1002 s.

delle piattaforme di ospitalità alternativa - sembrerebbe appalesare una relazione tra pari, non governata da rapporti di gerarchia nonché un sostanziale allineamento degli interessi delle parti che partecipano alla struttura tripartita dell'operazione economica, che possono, pertanto, comportarsi da agenti razionali. La piattaforma digitale, il fornitore del servizio sottostante e l'utente finale nel caso Airbnb Ireland, in perfetta armonia algoritmica, opererebbero in un mercato amministrato in maniera efficiente e neutrale sulla base della domanda e dell'offerta. In tale scenario, volto a correggere le asimmetrie informative dei due versanti del mercato intermediato, tutti e tre gli attori dell'economia di piattaforma traggono un vantaggio collaborativo.

Nel caso Uber le cose invece cambiano. Un intermediario digitale che in ultima analisi offra al prestatore dell'attività lavorativa - come unica possibilità di crescita professionale e misura per ottenere un reddito complessivamente più elevato - la sola opportunità di passare quante più ore possibile al volante trattiene tutti i vantaggi per sé: grazie alla massiva partecipazione di una folla di "offerenti" una prestazione standardizzata[93], l'intermediario ha infatti risolto a proprio vantaggio il problema del reperimento delle risorse umane disponibili a svolgerla nel luogo e nel momento di volta in volta necessario ed ha dunque la possibilità di sfuggire alla necessità di un inquadramento del lavoratore entro le coordinate tipiche del rapporto di lavoro subordinato tradizionale. La partecipazione massiva dei conducenti consente invero alla piattaforma di organizzare l'attività lavorativa in assenza di una obbligatorietà della prestazione. Con una platea così ampia di forza lavoro (per restare alla fattispecie esaminata dalla Supreme Court, oltre 30.000 conducenti nella sola Londra), vi sarà infatti sempre qualcuno disponibile a procacciarsi un reddito in ogni fascia oraria. Ove ciò non bastasse, a garantire la capillarità della copertura del servizio nelle fasce orarie e nei luoghi di maggior interesse per l'intermediario, soccorrerà l'incentivo adottato da quest'ultimo consistente nel meccanismo di determinazione dinamica della tariffa sulla base della domanda.

Al contrario, invece, a causa di una disfunzione del mercato derivante da asimmetrie informative create dalla stessa piattaforma, al lavoratore (contrattualmente libero di accedere o meno alla piattaforma per rispondere alle chiamate e dunque per ciò solo difficilmente inquadrabile nello schema della subordinazione) non è lasciata l'opportunità né di rifiutare una corsa non profittevole (non gli è data infatti l'informazione relativa alla destinazione del passeggero se non dopo che quest'ultimo sia salito a bordo dell'autovettura) né di proporsi nel mercato con tariffe differenti (e più elevate) da quelle "suggerite"

93 Sulle modalità estremamente statiche e predeterminate del lavoro digitale, *cfr.* Donini, A. "Il lavoro su piattaforma digitale "prende forma" tra autonomia e subordinazione. Nuove regole per nuovi lavori?", *DRI*, 2016, p. 164.

dalla piattaforma, giustificabili in ragione di una maggiore professionalità in termini di affidabilità o competenza acquisite: non è invero remota l'ipotesi in cui il cliente (ove informato della valutazione media dell'autista) potrebbe avere interesse a preferire, piuttosto che il conducente fisicamente più vicino, quello maggiormente affidabile.

Anche l'incentivo consistente nel meccanismo di surge pricing, se riguardato dalla prospettiva della persona che lavora, potrebbe non risolversi mai a suo vantaggio. E ciò accade per più di una ragione. Innanzitutto, il prestatore materiale del servizio nel recarsi nelle zone o nelle fasce orarie in cui più intensa è la domanda ha solo una mera aspettativa a che la piattaforma intercetti per lui una corsa: egli ha comunque investito tempo e risorse (il costo del carburante). In secondo luogo, il deficit informativo circa la destinazione del passeggero (conosciuta invece dalla piattaforma) fa sì che anche l'eventuale corsa attribuitagli con l'incremento tariffario possa dimostrarsi poco redditizia (ciò si verifica ad esempio per le corse brevi). Al contrario, la piattaforma è posta nelle condizioni di poter efficacemente sfruttare la partecipazione diffusa alla propria community sul versante dell'offerta: per le corse effettuate dagli altri conducenti, il meccanismo di rideterminazione automatica del prezzo avrà svolto per intero il suo compito, riversando sicuramente a vantaggio della piattaforma una percentuale dell'incremento tariffario goduto da quanti abbiano avuto attribuita la corsa maggiormente profittevole. E ciò avverrà a beneficio della piattaforma a prescindere dalla distanza percorsa e fino a quando ciò convenga all'intermediario.

Ed invero, occorre considerare che nel modello Uber gli interessi dell'intermediario non sono allineati con quelli del lavoratore: come messo in evidenza da indagini di mercato, Uber non genera utili ed è in perdita. Sulla base delle aspettative di guadagni futuri, ottiene però valutazioni record sul mercato azionario: in uno scenario del genere, la capacità di continuare ad attrarre investimenti dipende dalla possibilità di aumentare la base dei propri utenti attivi[94]. Per un versante del mercato, il problema è già risolto dalla partecipazione massiva di chi cerca un'occupazione; per attrarre la base dei consumatori è invece necessario proporre prezzi competitivi e tempi di attesa ridotti: ecco che entra in gioco il meccanismo di determinazione algoritmica della tariffa. La canalizzazione dell'offerta, attraverso il meccanismo del surge pricing, verso i luoghi in cui la domanda è più elevata, tenderà infatti dopo un momento iniziale ed allorché sia ristabilito un equilibrio tra domanda ed offerta, ad abbattere nuovamente i costi a vantaggio del consumatore e ai danni del conducente.

94 Muller, Z.: "Algorithmic Harms to Workers in the Platform Economy: The Case of Uber", *Colum. J.L. & Soc. Probs.* , 2020, p. 183.

Conclusivamente si può dunque affermare che la gestione algoritmica del servizio sottostante ed il deficit informativo del conducente rivelano rispettivamente quanto poco controllo abbiano i conducenti di Uber sugli aspetti essenziali della prestazione lavorativa e quanto grande sia invece il controllo esercitato dalla piattaforma sul lavoro dei propri conducenti. L'impressione finale che sembra ricavarsi è pertanto che l'organizzazione imprenditoriale prescelta da Uber sia esattamente quella dell'azienda verticale incentrata sul «modello fordista-taylorista della produzione industriale di massa, basato sulla gerarchia e su una ferrea distribuzione del lavoro[95]», cui dovrebbero accompagnarsi i conseguenziali regimi protettivi della persona che lavora solo nominalmente in autonomia[96].

Dalle osservazioni che precedono, sembra pertanto lecito sostenere che nella regolamentazione di nuovi interventi protettivi a favore della persona che lavora sia necessario focalizzare l'attenzione sulle informazioni detenute dalla piattaforma e sulla misura in cui queste siano surrettiziamente strumentalizzate a proprio vantaggio e correlativamente ai danni del singolo[97].

95 Così Smorto, G. e Quarta, A.: "Diritto privato", cit., 27.

96 Un tale schema non si discosta dall'idea del mercato del lavoro incentrata sul modello del monopsonio, «ovvero di un mercato dove è l'imprenditore la sola parte ad avere una libertà di scelta effettiva, mentre il lavoratore, anche se formalmente libero, si trova di fatto nella situazione di dover accettare passivamente ciò che gli viene offerto»: così, Ichino, P.: "Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro", *Riv. It. Dir. Lav.,* 2017, p. 538 s.

97 *Cfr.* Ichino, P.: "Le conseguenze", cit., 537 suggerisce l'emanazione di regole che impongano inderogabilmente la necessaria imparzialità e trasparenza del funzionamento delle piattaforme.

BIBLIOGRAFIA

Amaxopoulou, M.: "Sticks and Carrots: Lessons from Regulating Uber as a Private Hire Operator in England", *King's Law Journal*, 2020, p. 260 s.

Amendola, F.: "Subordinazione e autonomia: il sindacato di legittimità", *ADL*, 2018, p. 1000 s.

Bianca, C. M.: *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000.

Bianca, C. M.: "Causa concreta del contratto e diritto effettivo", *Riv. dir. civ.*, 2014, 251 s.

Blackham, A.: *""We are All Entrepreneurs Now": Options and New Approaches for Adapting Equality Law for the "Gig Economy"", Int. J. Comp. Labour L. & Ind. Rel.*, 2018, 420 s.

Burchell, B. e Deakin S. e Honey, S.: *The Employment Status of Individuals in Non-Standard Employment*, University of Cambridge, 1999, p. 25 s.

Cabrelli D., "Uber e il concetto giuridico di "Worker": la prospettiva britannica", *DRI*, 2017, p. 575 s.

Calo, R. e Rosenblat, A.: "The Taking Economy: Uber, Information, and Power", 117, *Colum. L. Rev.*, 2017, p. 1625 s.

Carinci, F.: "Il percorso giurisprudenziale sui rider. Da Tribunale Torino 7 maggio 2018 a Tribunale Palermo 24 novembre 2020", *ADL*, 2021, p. 1 s.

Casabona, S.: "Intermediazione digitale e composizione delle controversie: dall'Alternative Dispute Resolution all'alien dispute resolution", *Dir. Inf.*, 2017, p. 497 s.

Caso, R. e Pascuzzi, G.: "Il diritto d'autore dell'era digitale", *Il Diritto dell'era digitale*, (a cura di Pascuzzi, G.), Il Mulino, Bologna, 2016, p. 167 s.

Cherry, M. A., "The Sharing Economy and the Edges of Contract Law: Comparing U.S. and U.K. Approaches", *Geo. Wash. L. Rev.*, 2017, p. 1804 s.

Chitty, J., *Chitty on Contracts*, Sweet & Maxwell, London, 2004.

Coen, M. e Sundararajan, A.: "Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy", *The University of Chicago Law Review Dialogue*, 2015, p. 116 s.

Criscuoli, G.: *Il contratto nel diritto inglese*, Cedam, Padova, 2001.

Criscuoli, G. - Serio, M.: *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 2016.

Dagnino, E.: "Il lavoro che cambia: questioni giuridiche e di relazioni industriali - Uber law: prospettive giuslavoristiche sulla sharing/on-demand economy," *Diri. Rel. Ind.*, 2016, p. 137 s.

Davidov, G.: "Who is a worker?", *Indus. L.J.*, 2005, p. 57 s.

Davidov, G.: "A purposive interpretation of the national minimum", *Mod. L. Rev*, 2009, p. 581.

De Petris, P.: "Le discriminazioni da algoritmo nella gig economy", *ADL*, 2020, p. 889 s.

Dessì, O.: "Il diritto di critica del lavoratore", *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 395 s.

Dirringer J.: "Progetti e sviluppi normative per la tutela del lavoro nelle piattaforme digitali in alcuni Paesi europei e nell'Unione Europea", *RGL*, 2017, 2, p. 147 s.

Domurath, I.: "Platforms as contract partners: Uber and beyond", *Maastricht j. Eur. & comp. l.*, 2018, p. 581 s.

Donini, A. "Il lavoro su piattaforma digitale "prende forma" tra autonomia e subordinazione. Nuove regole per nuovi lavori?", *DRI*, 2016, p. 164 s.

Fleischer, V.: "Regulatory Arbitrage", *Texas Law Rev.*, 2010, p. 227 s.

Forti, M.: "L'economia collaborativa davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea: alcune riflessioni a margine della sentenza Uber Spain", *Riv. it. dir. pub. com.*, 2019, p. 507 s.

Freedland, M. e Kountouris, N.: "*Towards a Comparative Theory of the Contractual Construction of Personal Work Relations in Europe*", *Industrial Law Journal*, 2008, p. 49 s.

E. Gramano: "Riflessioni sulla qualificazione del rapporto di lavoro nella gig-economy", *ADL*, 2018, p. 730 s.

Ichino, P.: "Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro", *Riv. It. Dir. Lav.,* 2017, p. 525 s.

KNIFFIN, M. N.: *Interpretation of contract*, Corbin on contracts, West Pub. Co., St. Paul, Minn. 1998.

MASON, L.: "Locating Unity in the Fragmented Platform Economy: Labor Law and the Platform Economy in the United Kingdom", *Comp. Lab. L. & Pol'y J.*, 2020, p. 329 s.

MCKEE, D.: "The platform economy: natural, neutral, consensual and efficient?", *Trans. Legal Theory*, 2017, p. 455 s.

MOSTACCI, E. e SOMMA, A.: *Il caso Uber. La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Egea, Milano, 2016.

MULLER, Z.: "Algorithmic Harms to Workers in the Platform Economy: The Case of Uber", *Colum. J.L. & Soc. Probs.* , 2020, p. 167 s.

PERULLI, A.:"Il rider di Glovo: tra subordinazione, etero-organizzazione, e libertà", *ADL*, 2021, p. 37 s.

PIZZUTI, P.: *Whistleblowing e rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2019.

ROSSELLO, C.: "La nuova disciplina del commercio elettronico. principi generali e ambito di applicazione", *Dir. comm. internaz.*, 2004, p. 43 s.

SANTORO-PASSARELLI, G.: "Il diritto del lavoro a cinquanta anni dallo statuto dei lavoratori", *Riv. it. dir. lav.*, 2020, p. 101 s.

SANTORO-PASSARELLI, G.: "La funzione del diritto del lavoro", *Riv. it. dir. lav.*, 2018, p. 339 s.

SCHLAGWEIN, D. e SCHODER, D. e SPINDELDREHER, K.: "Consolidated, systemic conceptualization, and definition of the "sharing economy"", *J Assoc Inf Sci Technol.*, 2020, p. 829 s.

SMORTO, G. "Reputazione, fiducia e mercati", *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 206 s.

SMORTO, G. e QUARTA, A.: *Diritto privato dei mercati digitali*, Le Monnier, Milano, 2021.

STONE, K.V.W.: "Ripensare il diritto del lavoro: i regimi di protezione per i lavoratori nel nuovo mercato del lavoro", *Riv. it. dir. lav.*, 2005, p. 395 s.

SUNDARARAJAN, A.: *The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, MIT Press, Cambridge, MA, 2016.

Todolì-Signes, A.: "The End of the Subordinate Worker? The On-Demand Economy, the Gig Economy, and the Need for Protection for Crowdworkers", *Int. J. Comp. Lab. Law*, 2017, 242 s.

Treitel, G. H.: *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, London, 1995.

Whiteside, N.: "State Policy and Employment Regulation in Britain: an Historical Perspective", *Int'l J. Comp. Lab. L. & Indus. Rel.*, 2019, p. 379 s.

Zeno-Zencovich, V.: "Uber: modello economico e implicazioni giuridiche", *Riv. dir. media*, 2018, 142 s.

Zeno Zencovich, V.: "Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal d.lgs 70/2003", *Dir. inf.*, 2003, p. 505 s.

QUESTIONI IN TEMA DI INTELLIGENZA ARTIFICIALE E DISCIPLINA DEL CONTRATTO*

ISSUES OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND CONTRACT DISCIPLINE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3746-3761

* Apparirà anche in Giordano, R., Panzarola, G., Police, G., Peziosi, S. e Proto, M. (a cura di), *Il diritto nell'era digitale e dell'IA,* Giuffrè, Milano, 2021

Massimo
PROTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il saggio pone talune questioni, accennando alle possibili soluzioni, circa le conseguenze recate dallo sviluppo dell'intelligenza artificiale – intesa quale scienza che studia come fare eseguire alle macchine attività che postulano capacità di discernimento e di scelta quando vengono svolte dagli uomini – sulle categorie contrattuali così come sino ad oggi concepite.

PALABRAS CLAVE: Intelligenza artificiale; smart contract; blockchain; autoesecuzione.

ABSTRACT: *The essay raises some questions, pointing to possible solutions, about the consequences of the development of artificial intelligence - the science that studies how to make machines perform activities that require the ability to discern and choose when they are carried out by humans - on contractual categories as they have been conceived so far.*

KEY WORDS: Artificial intelligence, smart contracts, blockchain, self-execution.

SUMARIO.- I. IL MERCATO NELL'ERA DELLE IMPRESE TECNOFINANZIARIE.- II. IDENTIFICAZIONE DELLE ARTI ED IMPUTAZIONE DELLE DECISIONI.- III. GLI SMART CONTRACT.- IV. RILEVANZA DELL'ERRORE.- V. BUONA FEDE IN EXECUTIVIS E GESTIONE DELLE INFORMAZIONI.- VI. UNO SGUARDO OLTREOCEANO.

I. IL MERCATO NELL'ERA DELLE IMPRESE TECNOFINANZIARIE.

La progressiva espansione di modelli tecnologici nuovi e capaci di rivoluzionare i fenomeni socio-economici induce a riflettere sulla perdurante adeguatezza di categorie e concetti giuridici ereditati dal passato. Categorie e concetti che, talvolta, sono sopravvissuti solo per inerzia, nonostante le tensioni alle quali sono stati sottoposti nel corso del tempo.

È imprescindibile, oggi, rivolgere l'attenzione alle più recenti innovazioni introdotte nel settore dell'intelligenza artificiale – intesa quale scienza che studia come fare eseguire alle macchine attività che postulano capacità di discernimento e di scelta quando vengono svolte dagli uomini – e al loro ripercuotersi sul diritto dei contratti. La digitalizzazione di beni e servizî non è un fenomeno limitato al settore dell'informatica e delle telecomunicazioni; si tratta, piuttosto, di un fenomeno che sta cambiando la struttura e il funzionamento di tutto il mercato: i rapporti *business-to-business* e quelli *business-to-consumers*, come pure i comportamenti dei consumatori.

Fermiamo l'attenzione sul sistema bancario. Il sistema competitivo, nel quale le banche si sono mosse fino ad ora, sta conoscendo un'importante trasformazione che lascia immaginare – se non il tramonto del così detto sistema banco-centrico, che a lungo ha contraddistinto la storia del nostro ordinamento finanziario – certamente il ridimensionamento del ruolo svolto dagli intermediari tradizionali.

Il settore bancario già da qualche tempo si è arricchito di una pluralità di soggetti operanti nell'esercizio del credito: accanto alle comuni banche, ad esempio, sono comparsi gli intermediari speciali e le società di intermediazione immobiliare. Questo processo di ampliamento degli attori, di 'pluralizzazione soggettiva' del settore, in tempi recenti si è ulteriormente accentuato per effetto dell'innovazione tecnologica[1].

L'innovazione tecnologica ha portato lo sviluppo di nuove forme di attività e di nuovi operatori, i quali stanno gradualmente mutando la fisionomia del

1 Pitruzzella, G.: "FINTECH e i nuovi scenari competitivi nel settore finanziario-creditizio e assicurativo", in G. Finocchiaro e V. Falce (a cura di), *Fintech: diritti, concorrenza, regole,* Zanichelli, Bologna, 2019, p. 1 ss.

• Massimo Proto
Ordinario di diritto privato, Link Campus University di Roma, E-mail: m.proto@unilink.it

mercato bancario tradizionale. E ciò, in particolare, con la crescita delle imprese tecnofinanziarie (o FinTech, cioè legate alla *Financial Technology*) e con la modifica del modello tradizionale di erogazione dei servizî e dei prodotti, al quale si accompagna il mutamento del rapporto banca-cliente. Sono due, dunque, i nuovi obiettivi: ripensare i prodotti finanziari e avvicinare il consumatore attraverso nuovi canali tecnologici.

Certamente, le imprese FinTech rappresentano un'opportunità per l'intera economia: per i consumatori, che potranno ottenere servizî di alta qualità a basso costo; per le imprese, soprattutto quelle di minore dimensione, che potranno più facilmente accedere a una più vasta gamma di fonti di finanziamento; per gli stessi intermediari tradizionali, che attraverso il ricorso alla tecnologia potranno accrescere la propria efficienza e offrire servizî finanziari digitali innovativi[2].

È molto complesso e forse impossibile elaborare un discorso unitario sulla materia, perché il settore della Financial Technology è assai variegato ed eterogeneo, spingendosi a includere tutte le realtà che, attraverso nuove tecnologie, rendono più efficienti i servizî finanziari esistenti o ne creano di originali e sofisticati: dalla gestione delle valute digitali a quella, automatizzata, dei conti correnti, dalla consulenza erogata attraverso *robot advisor* all'attività di *crowdfunding*.

Ciò non di meno, vi sono alcuni punti comuni e profili trasversali, legati alla materia contrattuale, sui quali è possibile svolgere alcune riflessioni.

II. IDENTIFICAZIONE DELLE PARTI E IMPUTAZIONE DELLE DECISIONI.

Congegni informatici e reti telematiche sono ormai impiegati costantemente in àmbito contrattuale: dalle trattative fino all'esecuzione, nonché all'eventuale fase contenziosa. E l'Unione Europea – sulle cui orme si sono mossi i legislatori degli Stati membri – è stata più volte sollecitata a intervenire, per aggiornare talune regole reputate ormai obsolete.

Oggi siamo in una fase di pieno sviluppo dell'intelligenza artificiale[3], e tutto lascia presagire che tale sviluppo possa avere un impatto molto forte sul diritto dei contratti; una incidenza ancora più dirompente rispetto a quella determinata

2 Cinque, A.: "Gli smart contract nell'ambito del FinTech e dell'Insurtech", *Juscivile,* 2021, p. 193.

3 L'importanza del tema si coglie nella recente *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council laying down requirements for Artificial Intelligence* (https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence-artificial-intelligence) elaborata dalla Commissione Europea il 21 aprile 2021, per una compiuta regolamentazione dell'intelligenza artificiale nell'àmbito dell'Unione. Muovendo dal *White Paper On Artificial Intelligence* (*https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf*), la proposta mira a offrire soluzione a questioni etiche sull'intelligenza artificiale, come la trasparenza algoritmica e la supervisione umana sui sistemi automatizzati.

dall'avvento dei sistemi informatici. L'obiettivo è di verificare se e in che modo reagiranno, di fronte a questi fenomeni, le categorie contrattuali così come sino ad oggi concepite. Cercando, in particolare, di comprendere l'attitudine delle categorie tradizionali a metabolizzare il cambiamento, anche al fine di indicare opportuni correttivi sul piano interpretativo.

Un primo problema è quello relativo all'identificazione delle parti e alla imputazione delle relative decisioni.

Nella rete telematica non è sempre agevole identificare i contraenti, i quali possono nascondersi attraverso meccanismi di pseudonimizzazione o di anonimizzazione.

In realtà, il legislatore europeo, reputando che una delle principali ragioni in ordine al ritardato sviluppo del commercio *on line* fosse da rinvenire nella scarsa fiducia nei mezzi capaci di veicolare le dichiarazioni contrattuali, si è adoperato per trovare una soluzione sin dagli anni '90 del secolo scorso. E, con l'obiettivo di risolvere questo problema, ha emanato, dapprima, la direttiva sulle firme elettronich[4]; quindi, il regolamento eIDAS (*electronic IDentification Authentication and Signature*)[5].

Senza imporre l'adozione di un sistema di identificazione *on line* omogeneo per l'Unione Europea, è previsto che gli Stati membri comunichino alla Commissione quello utilizzato in àmbito nazionale, nel rispetto di precisi requisiti di garanzia e sicurezza. Se munito di tali requisiti, il sistema è approvato dalla Commissione e – insieme ai relativi procedimenti di identificazione – deve essere riconosciuto anche dagli altri Stati membri[6]. Nell'ordinamento italiano, il sistema di identificazione elettronica è lo SPID (Sistema Pubblico per la gestione dell'Identità Digitale di cittadini e imprese), disciplinato dall'art. 64 del d.lgs. n. 82 del 7 marzo 2005 (codice dell'Amministrazione digitale, o CAD)[7]; e l'imputazione della volontà nei

4 Dir. 1999/93/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 1999, relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche.

5 Reg. (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno (che ha abrogato la dir. 1999/93/CE ed è efficace dal 1° luglio 2016).

6 È il principio di neutralità tecnologica: v., sul punto, Finocchiaro, G.: "Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale", *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2018, p. 441 ss.

7 A séguito delle modifiche apportate con d.lgs. n. 179 del 26 agosto 2016, che ha provveduto ad armonizzare le disposizioni nazionali al mutato quadro normativo europeo, il CAD opera un rinvio diretto alle definizioni contenute nel regolamento, abrogando quelle precedentemente previste. Lo SPID è inoltre disciplinato dal d.p.c.m. 24 ottobre 2014, "Definizione delle caratteristiche del sistema pubblico per la gestione dell'identità digitale di cittadini e imprese (SPID), nonché dei tempi e delle modalità di adozione del sistema SPID da parte delle pubbliche amministrazioni e delle imprese", pubblicato in Gazz. Uff., n. 285 del 9 dicembre 2014 e dai conseguenti.

contratti *on line* è attuata attraverso quattro diverse tipologie di firma: elettronica, elettronica avanzata, elettronica qualificata e digitale[8].

Nel panorama mondiale, peraltro, la situazione resta incerta. Non esistono, al momento, sistemi di identificazioni condivisi. Sul tema sta lavorando, ormai da qualche anno, il Gruppo di lavoro sul commercio elettronico dell'UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*). L'obiettivo di questo gruppo di lavoro è di giungere alla creazione di un sistema internazionale comune per l'identificazione dei contraenti nelle negoziazioni telematiche, al fine di assicurare uno sviluppo sicuro del mercato globale *on line*[9]. In questa direzione, al fine di agevolare la circolazione dei titoli di credito in forma digitale, è stato recentemente elaborato il *Model Law on Electronic Transferable Records*[10]. Sino a quando non vi saranno standard internazionali condivisi, tuttavia, l'interprete deve sforzarsi di elaborare un bagaglio ermeneutico, il quale sia in grado di governare un fenomeno che tende a sottrarsi al controllo del diritto.

III. GLI SMART CONTRACT.

Questione ancora più complessa e affascinante è quella relativa alla conoscibilità del contenuto del contratto e alla prevedibilità, da parte dei contraenti, delle sue modalità esecutive.

Il tema assume rilievo, in particolare, negli *smart contract*; contratti, tradotti in programmi informatici che ne consentono la autoesecuzione[11], i quali offrono

8 Finocchiaro, G.: "Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale", cit., p. 452 ss., la quale si sofferma sulle definizioni offerte dal legislatore, che nel regolamento eIDAS pone l'accento sulla funzione dichiarativa della firma elettronica e reputando già identificato il soggetto che la appone. La firma elettronica, non altrimenti qualificata, contiene "dati in forma elettronica, acclusi oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici e utilizzati dal firmatario per firmare" (art. 3 reg. eIDAS); la firma elettronica avanzata è una firma elettronica la quale "a) è connessa unicamente al firmatario; b) è idonea a identificare il firmatario; c) è creata mediante dati per la creazione di una firma elettronica che il firmatario può, con un elevato livello di sicurezza, utilizzare sotto il proprio esclusivo controllo; e d) è collegata ai dati sottoscritti in modo da consentire l'identificazione di ogni successiva modifica di tali dati» (art. 26 reg. eIDAS); la firma elettronica qualificata è "una firma elettronica avanzata creata da un dispositivo per la creazione di una firma elettronica qualificata e basata su un certificato qualificato per firme elettroniche" (art. 3 reg. eIDAS); la firma digitale, infine, non contemplata dal regolamento eIDAS, è "un particolare tipo di firma qualificata basata su un su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare di firma elettronica tramite la chiave privata e a un soggetto terzo tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici" (art. 1 CAD).

9 Finocchiaro, G.: "Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale", cit., p. 450 s.; l'a. è anche presidente del richiamato Gruppo di lavoro sul commercio elettronico dell'UNCITRAL.

10 *MLETR* o, nella traduzione meno frequente in lingua italiana, *Legge modello dell'UNCITRAL sui titoli di credito elettronici*, v., spec., Finocchiaro, G.: "La legge modello dell'UNCITRAL sui titoli di credito elettronici", *Contratto e impresa,* 2021, p. 38 ss.

11 Il sintagma è stato coniato nel 1996 da Szabo, N.: "Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets"*http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html* (consultato il 6 maggio 2021) il quale definisce gli smart contract come "a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these promises". Sul tema definitorio si soffermano Finck, M.: "Grundlagen und Technologie von Smart

testimonianza della evoluzione tecnologica che ha condotto a configurare negli ultimi anni, accanto ai contratti *telematici*, nei quali la macchina racchiude le dichiarazioni di soggetti distanti[12], quelli *cibernetici*, dove l'utilizzatore affida al programma elettronico il compito di concludere l'accordo ed eseguire lo scambio per suo conto[13].

Negli *smart contract* il tradizionale schema di conclusione del contratto viene adattato al programma informatico e il testo contrattuale tradotto in un codice crittografato, leggibile da un *hardware*. Il programma informatico, tenuto conto dei dati che sono stati immessi e di cui è in possesso, provvede esso stesso ad applicare le clausole pattuite e a gestire gli eventi che accadono, senza necessità di un ausilio umano.

Il verificarsi di una certa condizione determina la conseguenza programmata. Ad esempio, il mancato pagamento di un certo numero di rate cagiona automaticamente il blocco del veicolo che è stato acquistato[14]; il versamento del corrispettivo per l'acquisto di un definito spazio di archiviazione sul *computer* determina automaticamente la liberazione di quello spazio; l'omesso pagamento delle bollette relative a utenze domestiche impedisce la ulteriore erogazione del servizio[15]; il ritardo del volo aereo garantito dalla polizza assicurativa, provoca automaticamente il rimborso[16].

Tutto ciò accade, appunto, automaticamente: il contratto si autoesegue.

Le ipotesi che tali accordi possono prevedere sono concepite, secondo il linguaggio informatico, come altrettanti *if-then*. Può essere previsto un numero pressocché infinito di clausole le quali stabiliscono, in un dato momento e tenuto conto delle circostanze (*if*), il contenuto delle prestazioni (*then*). E l'automazione si traduce nella sostituzione dell'uomo non soltanto con riguardo all'esecuzione

Contracts", in M. Fries e B.P. Paal (a cura di), *Smart Contracts*, Tübingen, 2019, p. 1 ss.; Janssen, A.U. e Patti, F.P.: "Demistificare gli *smart contracts*", *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, p. 33 ss.
Il d.l. n. 135 del 14 dicembre 2018, così come convertito dalla legge n. 12, dell'11 febbraio 2019, all'art. 8-ter (rubricato "Tecnologie basate su registri distribuiti e *smart contract*") provvede a definire lo "*smart contract*" come "un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli *smart contract* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale […]" (co. 2).

12 È ancora attuale l'indagine di Gambino, A., *L'accordo telematico,* Giuffrè, Milano, 1997.

13 Stazi, A.: *Automazione contrattuale* e *"contratti intelligenti",* Giappichelli, Torino, 2019, p. 68.

14 Fries, M.: "Schadensersatz *ex machine*", *Neue Juristische Wochenschrift,* 2019, p. 902.

15 Paulus, C.G e Matzke, R.: "Smart Contracts und Smart Meter - Versorgungssperre per Fernzugriff", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2018, p. 1905 ss.

16 Osservano tuttavia Janssen, A.U. e Patti, F.P.: "Demistificare gli *smart contracts*", cit., p. 37, come la disciplina normativa europea in tema di indennizzo "per il ritardo o la cancellazione del volo […] in alcune circostanze […] prevede che la compagnia aerea è esonerata" dall'obbligo della relativa corresponsione, inducendo così a porre "in discussione l'assunto, secondo cui il contratto possa essere eseguito del tutto autonomamente".

dell'attività, ma altresì nella scelta circa gli atti da compiere; anche se, in molti casi, l'esecuzione degli *smart contract* richiede l'intervento di un soggetto esterno – il così detto *oracle* – deputato a fornire le informazioni relative al verificarsi delle condizioni pattuite[17].

Gli *smart contract*, in realtà, sono nati prima della tecnologia *blockchain*, che tuttavia ne ha consentito un'ampia e rapida diffusione.

Ideate per consentire pagamenti elettronici senza l'intervento di intermediari (banche o istituti finanziari autorizzati a tale scopo), le *blockchain* e, più in generale, le tecnologie basate su registri distribuiti (DLT, *Distributed Ledger Technologies*) possono essere intese come sofisticati sistemi di contabilità, dei quali il *bitcoin* rappresenta soltanto la prima e più popolare applicazione[18]. Si tratta di *database* – decentralizzati e consultabili da tutti gli utenti (anche detti 'nodi') – strutturati in blocchi, nei quali possono essere inseriti valori digitali o rappresentati beni materiali, in modo che sia facile identificarne l'attuale proprietà e registrarne i trasferimenti, al pari di un registro notarile[19].

L'utilizzo delle DLT consente la 'disintermediazione'[20] le parti entrano direttamente in contatto tra loro e, acquisiti in modo certo e non modificabile i dati rilevanti dell'accordo, la macchina ne cura al contempo la conclusione [21] e l'esecuzione, senza che sia configurabile un inadempimento.

Una volta incluso in una *blockchain*, lo *smart contract* trova esecuzione secondo regole predefinite. Ad esempio, il soggetto che desideri commercializzare le preferenze alimentari relative a un gruppo di utenti della rete telematica e delle quali egli sia entrato in possesso, introduce il protocollo in una *blockchain* allegando permanentemente tale informazione e programmando che essa sia trasferita

17 Cerrato, S.A.: "Appunti su smart contract e diritto dei contratti", *Banca borsa e tit. cred.*, 2020, pp. 370 ss.

18 L'art. 8-ter del richiamato d.l. n. 135/2018 definisce oggi le "tecnologie basate su registri distribuiti" (*Distributed Ledger Technology*) come "le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili" (co. 1). Rilievi critici, su questa disposizione, in Cinque, A.: "Gli smart contract nell'ambito del FinTech e dell'Insurtech", cit., p. 188 ss.

19 In corrispondenza di ogni trasferimento dei beni rappresentati nei *database*, i nodi all'uopo autorizzati – definiti *miners* – attraverso un complesso procedimento matematico di validazione – definito *mining* – aggregano le informazioni relative allo scambio, così plasmando i blocchi che compongono la blockchain. Mano a mano che hanno luogo i trasferimenti, si formano nuovi blocchi, che vengono uniti ai precedenti aventi per oggetto il medesimo bene, formando una catena.

20 Maugeri, M.: *Smart Contracts e disciplina dei contratti,* Il Mulino, Bologna, 2021, p. 24.

21 Dovendosi precisare, tuttavia, che restano ancora individuabili la sequenza proposta-accettazione (cfr. Gitti, G.: "Robotic transactional decisions", *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, p. 622; Janssen, A.U. e Patti, F.P.: "Demistificare gli *smart contracts*", cit., p. 37) e la identità dei contraenti (almeno di regola, tenuto conto che alcune *blockchain* ricorrono a tecniche crittografiche avanzate che consentono un'azione del tutto anonima e non tracciabile: cfr. Battelli, E. e Incutti, .M.: "Gli «smart contracts» nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione", *Contr e impr.*, 2019, p. 931 ss.); v., con riguardo a quest'ultimo profilo, *infra*, § 4, testo e nota 27.

al soddisfacimento di determinate condizioni, come il pagamento di un certo corrispettivo in moneta virtuale. Colui il quale abbia interesse ad acquistare tali dati interagisce con il protocollo, ponendo a disposizione la somma richiesta. Risultando integrate le condizioni dello scambio, la macchina rilascia la licenza e, al contempo, trasferisce il corrispettivo al venditore[22].

I vantaggi legati all'uso degli *smart contract* non derivano soltanto dalla circostanza che l'ineludibilità della loro esecuzione ne rende difficilmente immaginabile l'inadempimento. Gli operatori economici potrebbero essere indotti a concludere tali accordi anche in ragione del ridotto spazio riservato all'attività ermeneutica, grazie all'uso del linguaggio binario proprio dei programmi informatici: la condizione (l'*if*) può verificarsi oppure non verificarsi; *tertium non datur.* Ancora, la trasparenza e la tracciabilità delle azioni compiute nelle *blockchain* consentono di conoscere con certezza l'esatto momento in cui lo *smart contract* si è perfezionato e quando esso è stato eseguito dalle parti.

IV. RILEVANZA DELL'ERRORE.

Gli *smart contract*, tuttavia, pongono anche numerosi problemi. Proviamo a evidenziarne alcuni.

Un primo interrogativo riguarda la loro stessa natura giuridica: accanto a chi reputa che il programma informatico incorpori il contratto[23], vi è chi riduce gli *smart contract* a strumenti esecutivi di accordi già raggiunti prima e al di fuori di essi[24]. Una tesi intermedia, ancora, rinviene nel programma informatico una parte dell'accordo, che attende di essere completato con ulteriori elementi negoziali esterni (è il modello del così detto *split contracting*); come accade, ad esempio, quando sia previsto l'intervento di un *oracle* [25].

Indipendentemente dalla natura giuridica degli *smart contract*, si pone il tema di comprendere se, e in quali limiti, siano adattabili alle nuove modalità di conclusione del contratto[26] i rimedî che l'ordinamento prevede per i casi in cui si manifesti una divergenza tra gli effetti programmati da una delle parti e le concrete modalità

22 Cuccuru, P.: "*Blockchain* ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli *smart contract*", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, pp. 111 ss.

23 Tale impostazione riecheggia le argomentazioni riconducibili al concetto di "code is law" e, più in generale, agli studi di Lawrence Lessig (cfr. in particolare, Lessig, L., *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999; nonché Id., "Code is Law. On Liberty in Cyberspace", https://www.harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html, consultato il 21 maggio 2021).

24 Di Sabato, D.: "Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale", *Contr. impr.,* 2017, p. 378 ss.

25 Parola, L., Merati, P. e Gavotti, G.: "*Blockchain* e *smart contract*: questioni giuridiche aperte", *Contratti*, 2018, p. 685.

26 Con le quali sono senz'altro incompatibili diverse disposizioni sul contratto in generale: si pensi, solo a modo d'esempio, alla revoca della proposta e dell'accettazione (art. 1328 cod. civ.).

di esecuzione del contratto. Occorre domandarsi cosa accade se il programma contrattuale, pensato dalla parte e poi riversato nella macchina che direttamente esegue il contratto, non coincide con quanto effettivamente si verifica nella realtà. Il contratto si autoesegue; le parti non fanno nulla. Cosa succede se il programma previsto da una delle parti non corrisponde a quanto poi effettivamente eseguito dalla macchina?

Il riferimento più immediato è alla disciplina dell'errore (art. 1433 cod. civ.); e intorno a questa figura l'interprete è chiamato a svolgere la propria indagine per individuare le soluzioni più opportune.

Se lo *smart contract* viene elaborato e trascritto in una *blockchain* o comunque in una macchina informatica, la prima fase consiste nella redazione in linguaggio informatico (così detto *coding*) delle linee di codice contenenti le istruzioni per il funzionamento del *software*. E, in questa fase, non soltanto può configurarsi una divergenza, qualificabile come errore ostativo, tra la volontà di uno dei contraenti e la relativa esternazione informatica (dichiarazione codificata), ma può altresì accadere che il *software* non provveda a trasmettere correttamente la dichiarazione già regolarmente codificata.

Qualora l'errore risulti essenziale, ma non riconoscibile dall'altro contraente, non parrebbero sorgere problemi: le conseguenze della dichiarazione trasmessa in modo inesatto restano, secondo la disciplina generale, in capo a chi abbia assunto il rischio connesso alle disfunzioni del mezzo di trasmissione. È dubbio però cosa accada nell'ipotesi in cui l'errore nella (trasmissione della) dichiarazione sia, oltre che essenziale, riconoscibile dall'altro contraente (art. 1433 cod. civ.).

Se la volontà si è correttamente perfezionata ed esternata attraverso la dichiarazione codificata, le conseguenze della disfunzione del *software* si riflettono inesorabilmente nel momento esecutivo dell'accordo, che resta immodificabile e soprattutto – quando incluso in una *blockchain* – dalle conseguenze non rimovibili. Si impone, allora, di verificare in quali limiti sia qui applicabile la disciplina dell'errore, pensata dal legislatore con riguardo al tradizionale schema proposta-accettazione.

A rigore, la immodificabilità dell'accordo e la difficoltà di rimuovere le conseguenze della sua esecuzione rappresenterebbero temi ulteriori e diversi rispetto a quello dell'annullamento per errore ostativo. In concreto, tuttavia, la disciplina dell'annullamento appare difficilmente applicabile agli *smart contract*; o, almeno, a quelli inseriti in *blockchain* [27]: il contenuto dei blocchi della catena, una

27 Cfr., con diversità d'accenti, Parola, L., Merati, P. e Gavotti, G.: "*Blockchain* e *smart contract*: questioni giuridiche aperte", cit., p. 686; Fauceglia, D.: "Il problema dell'integrazione dello *smart contract*", *Contratti,* 2020, p. 593; Morace Pinelli, A.: "Il contratto giusto", *Riv. dir. civ.,* 2020, p. 679. Il tema è connesso a quello – al quale si è fatto cenno *retro,* § 3, nota 21 – relativo alla difficoltà di determinare la sussistenza della capacità di agire in capo alle parti che agiscano in forma anonima o sotto pseudonimi.

volta che questi siano stati validati dai *miners*[28], non è modificabile. L'immutabilità del codice informatico, reso valido dagli altri nodi della catena, appare difficilmente compatibile con la possibilità di un successivo intervento esterno; di qui, i dubbî circa la governabilità degli *smart contract* attraverso gli ordinari rimedî civilistici[29].

Una soluzione potrebbe rinvenirsi attraverso il ricorso al così detto *kill code*, funzione capace di rimuovere definitivamente il blocco dalla catena, attivabile dalle parti congiuntamente o da quella che abbia fatto valere vittoriosamente le proprie ragioni in giudizio. Attraverso la rimozione del blocco, il *kill code* consentirebbe di ripristinare la situazione antecedente alla conclusione dello *smart contract*[30]; lasciando aperto, tuttavia, il problema relativo ai diritti acquisiti dai terzi in buona fede.

V. BUONA FEDE IN EXEXUTIVIS E GESTIONE DELLE INFORMAZIONI.

Gli *smart contract* – lo si è accennato – in ragione del programma informatico costituito dalla catena *if-then*, consentono di rendere l'esecuzione inevitabile: al versamento del corrispettivo per l'acquisto di un determinato spazio di archiviazione sull'elaboratore elettronico consegue l'automatica liberazione dello spazio; non sono ammesse soluzioni diverse: è tutto automatizzato. Allo stesso tempo, tali contratti – grazie alle innumerevoli variabili che il programma informatico può includere – consentono di neutralizzare il rischio delle sopravvenienze. Se il programma informatico riesce a prevedere in anticipo tutto quanto può accadere, e se tutto accade in modo automatico, lo schema *if-then* non lascia margini per decisioni diverse da quelle previste nel programma informatico.

La conseguenza è che non sono ammessi spazi di tolleranza, né sembra esservi margine per valutazioni che possano indurre a considerare doveroso un comportamento del contraente differente rispetto a quello previsto[31].

L'interprete, dunque, deve domandarsi quale sia il residuo àmbito riservato alla clausola generale di buona fede, la cui cogenza non è posta in discussione, ma il cui ampio contenuto e i cui incerti confini appaiono difficilmente compatibili – almeno

28 *Retro*, § 3, nota 19.

29 Cuccuru, P.: "*Blockchain* ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli *smart contract*", cit., p. 113.

30 Cerrato, A.: "Appunti su smart contract e diritto dei contratti", cit., p. 381, il quale aggiunge che "solitamente all'interno della funzione *kill* viene anche prevista la destinazione di eventuali somme di denaro virtuale che siano presenti nel *wallet* collegato allo *smart contract*" (nota 19). Non possono nascondersi le difficoltà legate all'individuazione del soggetto legittimato ad attivare il *kill code* in sede di redazione dello *smart contract*; difficoltà forse superabili tramite l'ausilio di un *oracle*.

31 Il profilo è indagato da Di Sabato, D.: "Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale", cit. pp. 378 ss..

attualmente[32] – con il rigido linguaggio binario del codice che compone lo *smart contract* [33].

Il margine appare alquanto ristretto. L'unica strada percorribile, al fine di dare attuazione alla clausola generale, potrebbe essere quella di rimettere la valutazione, circa il concreto oggetto della prestazione che attende di essere eseguita, a un terzo – atteggiantesi a *oracle* – chiamato a intervenire qualora la parte o le parti lo reputassero necessario. Ciò che tuttavia sarebbe configurabile soltanto prevedendo tale possibilità già al momento della elaborazione del programma informatico, ossia fin dalla conversione dell'accordo in un codice binario; diversamente, resterebbe preclusa qualsiasi modificazione degli atti programmati nello *smart contract*.

La riflessione sulla elaborazione del programma informatico e sulle informazioni in esso contenute schiude l'ulteriore problema – che può essere qui soltanto accennato – connesso all'(illegittimo) uso dei *Big Data*. Il tema degli *smart contract* è legato in modo ineludibile a quello relativo delle informazioni che essi inevitabilmente gestiscono: si pensi alla necessità, per la tecnologia *blockchain*, di immagazzinare e trattare i dati necessarî all'esecuzione degli scambi; o, più in generale, alle offerte personalizzate, che il sistema informatico elabora alla luce delle informazioni acquisite.

Se i dati immessi dagli utenti nelle *blockchain*, ancorché cifrati e dunque pseudonimizzati, non sono considerati anonimi[34], essi sono qualificabili come dati personali[35] e la relativa gestione deve conciliarsi con la disciplina, prevista dal d. lgs. n. 196 del 30 giugno 2003 (come modificato dal d.lgs. n. 101 del 10 agosto 2018 e dalla l. n. 160 del 27 dicembre 2019) e dal reg. (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, che ne impone un trattamento soggetto

32 Casey, A.J. e Niblett, A.: *Self-Driving Contracts*, in *43 The Journal of Corporation Law*, 2017, p. 101 ss., i quali auspicano che le prossime evoluzioni della tecnologia *blockchain* consentano di ampliare la capacità predittiva attualmente possibile per il programma informatico.

33 Fauceglia, D.: *Il problema dell'integrazione dello smart contract*, cit., p. 607.

34 Sul punto è intervenuto il Gruppo di lavoro – istituito ai sensi dell'art. 29 della dir. 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati – nel parere n. 5/2014, in https://ronchilegal.eu/wp-content/uploads/2017/12/Anonimizzazione-secondo-il-WP29-del-2014_it-1.pdf (consultato il 21 maggio 2021). Con particolare riferimento alla "funzione di *hash*" (utilizzata comunemente per identificare ciascun blocco della catena), il Gruppo di lavoro ha evidenziato che "permane la possibilità di calcolare con mezzi ragionevolmente utilizzabili il valore dell'attributo originario che si cela dietro al risultato di" una tale funzione.

35 L'art. 4, n. 1, GDPR, definisce "dato personale" "qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale".

a particolari vincoli[36]. Chi dovrebbe rispondere – è lecito allora domandarsi[37] – in ordine ai danni (conseguenti all'uso illecito dei *Big Data*) cagionati dal *software* al quale sono delegate le decisioni? È immaginabile una responsabilità 'da ideazione' o 'da algoritmo'?

VI. UNO SGUARDO OLTRE OCEANO.

Il legislatore italiano è intervenuto per ora soltanto timidamente, limitandosi a definire *smart contract* e DLT senza provvedere a disciplinarli[38]. La medesima linea è stata seguita da altri Paesi – extraeuropei[39] – che hanno inteso prendere posizione rispetto ai nuovi fenomeni.

In Australia, ad esempio, gli *smart contract* sono semplicemente qualificati come atti che consentono scambi elettronici, ai quali, in virtù dell'*Electronic Transactions Act*, trova applicazione la medesima disciplina prevista per gli scambi analogici[40].

Negli Stati Uniti l'orientamento prevalente è ancora più prudenziale: la legislazione del Vermont conferisce valore legale alla data e all'ora in cui è avvenuta la registrazione dello scambio nella *blockchain*, senza però neppure definire gli *smart contract*[41]. Arizona e Tennessee rendono applicabile agli accordi tradotti in programmi informatici la disciplina contrattuale, soltanto qualora tali accordi – adeguatamente integrati con elementi esterni ai programmi informativi – siano effettivamente qualificabili come contratti perché ne contengono tutti i requisiti previsti secondo la disciplina generale[42]. Sulla linea dell'Australia, invece, la

36 Dunque, ai sensi dell'art. 5, co. 1, del richiamato reg. (UE) 2016/679, il trattamento dei dati contenuti nella *blockchain* deve essere: lecito, corretto e trasparente (lett. a); compatibile con le finalità determinate, esplicite e legittime per le quali i dati sono stati raccolti (lett. b); limitato ai soli dati assolutamente necessari alle finalità individuate (lett. c); tale da garantire che i dati siano esatti e, se necessario, aggiornati (lett. d), nonché conservati per un arco di tempo non superiore a quello necessario per il conseguimento delle finalità (lett. e); infine, effettuato in maniera tale da garantire un'adeguata sicurezza dei dati personali (lett. f).

37 Giuliano, M.: "La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del diritto nel terzo millennio", *Dir. inf. e informatica*, 2018, p. 1007.

38 V. *retro*, § 3, testo e note 11 e 18 È la così detta *regulatory humility*, sintagma utilizzato da M. K. Ohlhausen – già componente della *Federal Trade Commission* statunitense – per indicare "the inherent limitations of regulation" dinanzi allo sviluppo di nuove tecnologie: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/635811/150401aeihumilitypractice.pdf (consultato il 26 maggio 2021).

39 Il ritardo dell'Unione Europea è posto in luce da Maugeri, M.: *Smart Contracts e disciplina dei contratti,* cit., p. 41 ss.; anche se un importante passo avanti è rinvenibile nella *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council laying down requirements for Artificial Intelligence* elaborata dalla Commissione il 21 aprile 2021 (v. *retro*, § 1, nota 3).

40 *Electronic Transactions Act* 1999, *https://www.legislation.gov.au/details/c2011c00445* (consultato il 25 maggio 2021).

41 Vermont, H868 (Act 157), *https://legislature.vermont.gov/bill/status/2016/H.868* (consultato il 25 maggio 2021).

42 Per l'Arizona, v. *Arizona House, Bill n. 2417, https://www.azleg.gov/legtext/53leg/1r/bills/hb2417p.pdf* (consultato il 25 maggio 2021). Per il Tennessee, v. *Tennessee Senate, Bill 1662, 2018, https://legiscan.com/TN/bill/SB1662/2017* (consultato il 25 maggio 2021).

California che ha direttamente equiparato lo *smart contract* – ovvero il contratto che contiene anche solo uno *smart contract term* – al contratto tradizionale[43].

La cautela del legislatore, tuttavia, non sembra frenare la tendenza alla 'disintermediazione', soprattutto con riguardo alle imprese tecnofinanziarie[44]: la quasi totale assenza di regole giuridiche condivise, almeno per il momento non ha interrotto l'attività degli operatori economici, i quali continuano a promuovere prodotti innovativi attraverso strumenti difficilmente catalogabili con l'ausilio delle categorie tradizionali.

In attesa di un intervento normativo, che munisca di compiuta disciplina fenomeni riconducibili all'intelligenza artificiale e oggi non regolati, la risposta agli interrogativi sopra posti resta affidata al sapiente lavoro che sapranno svolgere gli interpreti.

43 *California Civil Code*, Section 1633.2 (modificata il 28 settembre 2018): "*e) "Contract" means the total legal obligation resulting from the parties' agreement as affected by this title and other applicable law. 'Contract' includes a smart contract.* […] *p) 'Smart contract' means an event-driven program that runs on a distributed, decentralized, shared, and replicated ledger that can take custody over, and instruct transfer of, assets on that ledger*".
Espressi riferimenti agli *smart contract* o alle *blockchain* si rinvengono altresì in provvedimenti normativi assunti dal Wyoming (che ha introdotto le definizioni di *Digital Asset, Blockchain, DLT* e *Smart Contract*: v. R.T. Isham, *Wyoming's Digital Assets Amendments: Marked Out or Missed Out? A Review of Recent Amendments to Article 9 of the Wyoming UCC*, in *Business Law Today*, pubblicato il 1° ottobre 2019), dal Colorado, dal Connecticut, dal Delaware e dall'Ohio; mentre altri Stati, quali Florida, Kentucky e Virginia, hanno istituito commissioni di studio con il compito di elaborare proposte normative: ampî riferimenti, su ciascuno di tali Stati, in C. Fields, *State Regulations on Virtual Currency and Blockchain Technologies (Updated March 2021)*, *JDSupra, https://www.jdsupra.com/legalnews/state-regulations-on-virtual-currency-2160466* (consultato il 10 giugno 2021).

44 Lo evidenzia anche Di Ciommo, F.: "Smart contract e (non-)diritto. Il caso dei mercati finanziari", *Nuovo dir. civ.*, 2019, pp. 290 ss.

BIBLIOGRAFIA

Battelli, E. e Incutti, M.: "Gli «smart contracts» nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione", *Contr* e *impr.*, 2019, pp. 931 ss.

Casey, A.J. e Niblett, A.: Self-Driving Contracts, in 43 The Journal of Corporation Law, 2017, pp. 101 ss.

Cerrato, S.A.: "Appunti su smart contract e diritto dei contratti", *Banca borsa* e *tit. cred.*, 2020, pp. 370 ss.

Cinque, A.: "Gli smart contract nell'ambito del FinTech e dell'Insurtech", *Juscivile,* 2021, p. 193.

Cuccuru, P.: "Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, pp. 111 ss.

Di Ciommo, F.: "Smart contract e (non-)diritto. Il caso dei mercati finanziari", *Nuovo dir. civ.*, 2019, pp. 290 ss.

Di Sabato, D.: "Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale", *Contr. impr.*, 2017, pp. 378 ss.

Fauceglia, D.: "Il problema dell'integrazione dello smart contract", *Contratti*, 2020, p. 593.

Finck, M.: "Grundlagen und Technologie von Smart Contracts", in M. Fries e B.P. Paal (a cura di), Smart Contracts, Tübingen, 2019, pp. 1 ss.

Finocchiaro, G.: "Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale", *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2018, pp. 441 ss.

Finocchiaro, G.: "La legge modello dell'UNCITRAL sui titoli di credito elettronici", *Contratto* e *impresa,* 2021, pp. 38 ss.

Fries, M.: "Schadensersatz ex machine", Neue Juristische Wochenschrift, 2019, p. 902.

Gambino, A., L'accordo telematico, Giuffrè, Milano, 1997.

Gitti, G.: "Robotic transactional decisions", *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, p. 622.

Giuliano, M.: "La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del diritto nel terzo millennio", *Dir. inf.* e *informatica*, 2018, p. 1007.

Janssen, A.U. e Patti, F.P.: "Demistificare gli smart contracts", *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, pp. 33 ss.

Maugeri, M.: Smart Contracts e disciplina dei contratti, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 24.

Morace Pinelli, A.: "Il contratto giusto", *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 679.

Paulus, C.G. e Matzke, R.: "Smart Contracts und Smart Meter - Versorgungssperre per Fernzugriff", Neue Juristische Wochenschrift, 2018, p. 1905 ss.

Pitruzzella, G.: "FINTECH e i nuovi scenari competitivi nel settore finanziario-creditizio e assicurativo", in G. Finocchiaro e V. Falce (a cura di), *Fintech: diritti, concorrenza, regole,* Zanichelli, Bologna, 2019, pp. 1 ss.

Stazi, A.: *Automazione contrattuale* e *"contratti intelligenti",* Giappichelli, Torino, 2019, p. 68.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LOS DERECHOS EN TORNO A LA CREACIÓN Y LA IMAGEN*

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE RIGHTS AROUND THE CREATION AND THE IMAGE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3762-3791

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i «Retos investigación» del Programa estatal de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades "Contratos, transparencia y protección de datos en el mercado digital". RTI2018-097354-B-I00 (2019-2022). Investigadores Principales: Dr. D. Javier Plaza Penadés. Catedrático de Derecho civil y Dra. Dª. Luz M. Martínez Velencoso. Catedrática de Derecho civil. Universitat de València, Proyecto de I+D+i Retos MICINN "Derechos y garantías frente a las decisiones automatizadas en entornos de inteligencia artificial, IoT, big data y robótica" (PID2019-108710RB-I00, 2020-2022). Investigador Principal: Dr. D. Lorenzo Cotino Hueso. Catedrático de Derecho Constitucional. Universitat de València. Microcluster VCL/CAMPUS "Estudios de Derecho y empresa sobre Tecnologías de la Información y la Comunicación (Law business studies on ICT)", resolución de la Convocatoria para la creación de Microcluster de Investigación (MCI) de 5 de mayo de 2011. Investigador responsable del Microcluster, Dr. D. Javier Plaza Penadés, Catedrático de Derecho civil. Departamento de Derecho civil. Universitat de València. Coordinadora desde abril de 2013, en la Universitat Politècnica de València, Francisca Ramón Fernández.

Francisca
RAMÓN
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: En el presente estudio se analizan diversos aspectos de la inteligencia artificial en relación con la propiedad intelectual y el derecho a la imagen. Partiendo de la normativa vigente se discute si una obra creada por una máquina es susceptible de generar derechos de autor. Se deslindan distintos supuestos en los que teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del algoritmo se puede tener en consideración. Se atenderá al concepto de originalidad y de creación que establece la legislación y jurisprudencia para determinar su oportunidad. En cuanto a los derechos relativos a la imagen, se centrará en la utilización de la misma en los "Deepfakes" y su actual tratamiento jurídico en relación con el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen tras la reciente emisión de un contenido publicitario en el que se utiliza la imagen de una artista fallecida con la finalidad de promocionar una bebida alcohólica. Tras su estudio, realizaremos aportes de interés para la comunidad científica y propuestas para la solución de los distintos conflictos objeto de estudio.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial; propiedad intelectual; autoría; creación; imagen; "Deepfakes"; legislación.

ABSTRACT: *In this study, various aspects of artificial intelligence in relation to intellectual property and the right to the image are analyzed. Based on current regulations, it is discussed whether a work created by a machine is capable of generating copyright. Different assumptions are defined in which, taking into account the legal nature of the algorithm, it can be taken into consideration. The concept of originality and creation established by legislation and jurisprudence will be taken into account to determine its opportunity. Regarding the rights related to the image, it will focus on the use of the same in the "Deepfakes" and its current legal treatment in relation to the right to honor, personal and family privacy and the image itself after the recent broadcast of an advertising content in which the image of a deceased artist is used for the purpose of promoting an alcoholic beverage. After its study, we will make contributions of interest to the scientific community and proposals for the solution of the different conflicts under study.*

KEY WORDS: Artificial intelligence; intellectual property; authorship; creation; image; "Deepfakes"; legislation.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA AUTORÍA: ¿SER HUMANO O ROBOT? EL CONCEPTO DE ORIGINALIDAD.- III. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA CREACIÓN.- 1. La creación como consustancial al ser humano. Creaciones a través de las máquinas. Creaciones de las máquinas. IV. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA IMAGEN. 1. Los "Deepfakes" y el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En la actualidad, nos encontramos que en muchas de las actividades cotidianas están presente las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs). Podemos pensar en el ámbito de la medicina, la agricultura, la ciencia de datos, la información, etc. No se concibe la vida sin las herramientas vinculadas a la tecnología. Los robots y las máquinas y su comportamiento humanizado forman parte de ese conglomerado que supone la era digital. Utilizamos robots para intervenciones quirúrgicas, drones para sobrevolar el cielo y tomar imágenes[1], robots para la agricultura de precisión[2], y tantas más utilidades en las que un robot puede ser más preciso, más "inteligente" y más productivo que una persona. Bienvenid@s, pues, a la inteligencia artificial.

Distintas situaciones y escenarios se pueden producir en el ámbito de la inteligencia artificial. Podemos hablar de ciencia ficción, en algunos casos. La irrupción en la vida de dispositivos, big data, algoritmos, y robótica es una combinación que puede afectar no sólo a los derechos fundamentales[3], sino también a derechos de carácter inmaterial. Nos referimos a la propiedad intelectual.

Hay que tener presente que un robot dispone de autonomía, y que puede "tomar decisiones", por lo que afectaría al ámbito de las relaciones personales, e incluso una desconfianza en el ser humano[4]: ¿es seguro el robot? ¿no me va a hacer daño? Recordemos la película "2001: Una Odisea en el Espacio" en el que

1 Saiz García, C.: "Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2019, p. 3. Véase también: Rogel Vide, C.: "Robots y personas", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2018, pp. 79-90.

2 Ramón Fernández, F.: "Inteligencia artificial y agricultura: nuevos retos en el sector agrario", *Revista Campo Jurídico. Revista de Direito Agroambiental e Teoria do Direito, de Brasil*, vol. 2, núm. 2, 2020, pp. 123-139; "Inteligencia artificial y agricultura: nuevos retos en el sector agrario", *Revista FOCO. Journal of Business Studies and Law (JBS)*, vol. 13, núm. 1, 2020, pp. 1-22.

3 Castellanos Claramunt, J. y Montero Caro, Mª. D.: "Perspectiva constitucional de las garantías de aplicación de la inteligencia artificial: la ineludible protección de los derechos fundamentales", *Ius et Scientia*, vol. 6, núm. 2, 2020, pp. 72-82._

4 Martínez Devia, A.: "La inteligencia artificial, el big data y la era digital: ¿una amenaza para los datos personales?", *La Propiedad Inmaterial*, núm. 27, 2019, p. 8 y sigs.

• Francisca Ramón Fernández
Profesora titular de Derecho civil de la Universitat Politècnica de València. Correo electrónico: frarafer@urb.upv.es

un ordenador "HAL" intenta matar a los integrantes de la tripulación[5]. Podríamos hablar de una "inteligencia artificial asesina".

Pero, ¿qué es la inteligencia artificial? Resulta muy complejo encontrar una definición que se ajuste a todo el contenido de la misma. Si acudimos a la Real Academia Española (RAE) nos encontramos que se define como "disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico".[6]

Este sistema inteligente funciona a través del procesamiento de los datos, tanto macrodatos como big data, que la máquina procesa con la finalidad de obtener un resultado[7]. El macrodato es definido en la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley (2016/2225 (INI)), que se refiere al mismo como "recopilación, análisis y acumulación constante de grandes cantidades de datos, incluidos datos personales, procedentes de diferentes fuentes y objeto de un tratamiento automatizado mediante algoritmos informáticos y avanzadas técnicas de tratamiento de datos, utilizando tanto datos almacenados como datos transmitidos en flujo continuo, con el fin de generar correlaciones, tendencias y patrones".

La determinación de patrones de comportamiento es una de las finalidades de los datos masivos[8].

Nos proponemos en el presente estudio abordar la inteligencia artificial en relación con la creación intelectual centrada en la propiedad intelectual, planteando la discusión de si una obra creada por inteligencia artificial puede generar derechos de autor, con lo que analizaremos el concepto de creación y de obra original; y también extenderemos el análisis a los derechos de imagen en los supuestos de imágenes de personas fallecidas creadas por inteligencia artificial. Para concluir el trabajo realizaremos unas breves reflexiones a modo de conclusiones que puedan resultar de interés para la comunidad científica.

La metodología que vamos a aplicar será la habitual en los trabajos de tipo jurídico. En este caso concreto, vamos a partir de los conceptos proporcionados

5 Merino, M.: "Inteligencia artificial en '2001: Una odisea del espacio', cuando el padre de la «Singularidad» creó el primer computador asesino", *Xataka*, 2019.

6 Real Academia Española: Voz "inteligencia artificial", 2021.

7 Martínez Devia, A.: "La inteligencia artificial, el big data y la era digital: ¿una amenaza para los datos personales?", cit., p. 9.

8 Suárez Gonzalo, S.: "Big social data: límites del modelo notice and choice para la protección de la privacidad". *El profesional de la información*, vol. 26, núm. 2, 2017, pp. 283-292.

por la legislación que vamos a aplicar y que iremos perfilando a lo largo de los distintos epígrafes, así como la postura de la doctrina especializada que se ha pronunciado sobre la problemática analizada, y la orientación de la jurisprudencia en torno a la originalidad de la obra y la protección del derecho a la propia imagen en el caso de personas fallecidas.

II. LA AUTORÍA: ¿SER HUMANO O ROBOT? EL CONCEPTO DE ORIGINALIDAD.

Cuando nos referimos a la autoría de una obra, tenemos que referirnos al Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.[9] que en su artículo 1, como hecho generador, establece que "la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación". La consideración de autor se predica, como establece el artículo 5, de una "persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica."

Como vemos, no habla de máquinas, ni de robots, por lo que se plantea si se pueden generar derechos de autor por parte de las máquinas en la normativa actual, o sería necesario la creación de un nuevo derecho o bien enmarcarlo en alguno de los actuales derechos conexos[10]. En verdad, supone un gran reto para la normativa actual de propiedad intelectual poder encajar dentro de su articulado la creación de una obra por parte de un robot inteligente.[11]

9 BOE núm. 97, de 22 de abril de 1996. Posteriormente modificado por Ley 21/2014, de 4 de noviembre, afectando también a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 268, de 5 de noviembre de 2014); Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada (BOE núm. 158, de 4 de julio de 2017); Real Decreto 1398/2018, de 23 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 25, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada (BOE núm. 298, de 11 de diciembre de 2018) y Ley 2/2019, de 1 de marzo, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017 (BOE núm. 53, de 2 de marzo de 2019).

10 Véase sobre estas opciones Saiz García, C.: "Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor", cit., p. 29 y sigs.

11 Cfr. Azuaje Pirela, M. y Finol González, D. E.: "Algunos retos de la propiedad intelectual e industrial frente a la inteligencia artificial y otras nuevas tecnologías", *Anuario de propiedad intelectual*, núm. 2018, 2019, pp. 391-417. No obstante, la inteligencia artificial tiene distintas aplicaciones en relación a obras protegidas, que no suscitan cuestiones referentes a los sujetos, autoría u originalidad. Se puede consultar, entre otras, las aportaciones de López Muñoz, J. y Hernández Gil, J. F.: "Algoritmo WMARK de marcado de imágenes digitales con etiquetas indelebles e invisibles para la protección de derechos de autor", en *XIII Simposium Nacional de la Unión Científica de Radio*, Iberdrola Instituto Tecnológico, Pamplona, 1998, pp. 297-298; Unzilla Galán, J. J.: *Nuevo método de definición e inserción de marcas de aguas en imágenes digitales para la protección de la propiedad intelectual en internet*, Universidad del País Vasco, 1999; Blázquez Ochando, M. y Ramos Simón, L. F.: "Digitalización de obras protegidas: software para la detección de obras fuera del circuito comercial", *El profesional de la información*, vol. 28, núm. 6, 2019, pp. 1-13; Caballero Trenado, L.: "Gobernanza algorítmica, propiedad intelectual y libertad de expresión en la comunicación digital", en *Redes sociales, tecnologías digitales y narrativas interactivas en la sociedad de la información* (coord. por J. Sierra Sánchez y J. Mª. Lavín de la Cavada), McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 2019, pp. 257-267.

Dentro de ese concepto de creación alberga distinta tipología de obra libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra, las composiciones musicales, con o sin letra, las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales; las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales; las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas, los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería; los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y en general, a la ciencia; las obras fotográficas y las expresadas por procedimientos análogo a la fotografía, y los programas de ordenador, tal y como indica el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/1996.

Junto con la autoría se precisa que la obra sea "original", tal y como preceptúa el artículo 10, al establecer "son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro".

Se refiere no al sujeto creador, sino a la forma de expresión de dicha creación, al soporte o medio en el que se plasme la obra. Teniendo en cuenta que las ideas "no se protegen" si no están plasmadas, es decir, "materializadas" de alguna forma[12].

En cuanto a la originalidad, este concepto no es fácil de definir. Es un concepto que resulta muy cercano a lo que es el plagio[13], que precisamente el copiar una obra original, la falta de originalidad por antonomasia.

Además, la originalidad va tener en cuenta el tipo de obra, ya que tendrá en cuenta las características de la misma, evidentemente no va ser lo mismo una obra literaria que una obra artística o audiovisual, en el que va a intervenir la imagen y la música[14]. no va a ser el mismo concepto aplicado a una obra literaria que a una obra artística precisamente por las características de la misma, por ejemplo en el caso de las obras audiovisuales y las obras musicales, en los que aparece el

12 Sobre el tema, se puede consultar: Saiz García, C.: "¿Protección de las ideas por el derecho de autor?, en *Ideas, bocetos, proyectos y derecho de autor* (dir. por C. Rogel Vide y C. Saiz García), Reus, Madrid, 2011, pp. 17-40.

13 Véase: Ramón Fernández, F.: "La redefinición de las excepciones en materia de propiedad intelectual. Derecho de cita, plagio e internet", en *Libertad de expresión e información en internet. Amenazas y protección de los derechos personales* (coord. por L. Cotino Hueso y L. Corredoira Alfonso), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, pp. 233-258.

14 Ramón Fernández, F.: "El concepto de la originalidad en la videodanza: una cuestión de pasos e imagen", en *Proceedings of the international screendance meeting*, Universitat Politècnica de València, Valencia, 2016, pp. 131-140.

elemento de la imagen y las notas, se ha discutido hasta dónde llega una creación original y cuando no, teniendo en cuenta el ingenio y la imaginación del autor.

La originalidad no está definida por el derecho, ha sido la doctrina y la jurisprudencia la que ha indicado qué se entiende por dicho concepto. De esta forma, lo original se identifica con "lo auténtico", "lo genuino", "lo confiable" y, por lo tanto, se contrapone a "lo falso", a "lo imitado" [15].

De especial interés resulta la STS 18 diciembre 2008[16] que señala que "el interés del plagio se centra en la copia sustancia, como actividad material mecanizada y poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad" y que no constituye plagio "cuando son dos obras distintas y diferenciables aunque tengan puntos comunes de exposición (…) y no se da un pleno calco y copia aunque tengan «múltiples e innegables coincidencias» (…) que se refieran, no a coincidencias estructurales básicas y fundamentales, sino «accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales»". Cita el Alto Tribunal las SSTS 28 enero 1995[17]; 17 octubre 1997[18]; 23 marzo 1999[19]; 20 febrero 1992[20] y 7 junio 1995[21].

Más recientemente la STS 26 noviembre 2003 que recoge la doctrina anterior del tribunal, reitera en lo siguiente: "por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio. Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarse de los ardides y ropajes que las disfraza, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectivo. No produce confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y el conocimiento de todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino más bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta, pura y total invención, desnuda de toda aportación posterior. Por todo lo cual, el concepto de

15 López Farjeat, L. X.: "Falsificación, apropiación y plagio. Reflexiones a partir de la transfiguración del lugar común", *Páginas de Filosofía*, vol. 16, núm. 19, 2015, p. 65.

16 STS 18 diciembre 2008 (RAJ 2009, 534).

17 STS 28 enero 1995 (RAJ 1995, 387).

18 STS 17 octubre 1997 (RAJ 1997, 7468).

19 STS 23 marzo 1999 (RAJ 1999, 2005).

20 STS 20 febrero 1992 (RAJ 1992, 1329).

21 STS 7 junio 1995 (RAJ, 1995, 4628).

plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no transcendentales".

III. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA CREACIÓN.

1. La creación como consustancial al ser humano. Creaciones a través de las máquinas. Creaciones de las máquinas.

La doctrina ha indicado que para la protección de la obra tiene que existir "creatividad humana" [22]: Esta afirmación excluiría automáticamente las obras que sean fruto de una actividad realizada íntegramente por un dispositivo informático, una máquina, animal o la naturaleza[23].

La obra debe ser fruto del ingenio, imaginación o talento del ser humano como presupuesto de la norma, tal y como hemos indicado.

Pero, se plantean distintos problemas, que vamos a deslindar: la creación de un ser humano a través de la utilización de una máquina; y la creación de las propias máquinas o robots.

En el primer caso, no plantea tantos problemas, ya que la máquina se convertiría en un instrumento, un accesorio de la creación, y el ser humano sería el creador de la obra a través de una herramienta de la tecnología[24]. La máquina o robot por sí mismo, no crearía la obra.[25]

22 Ramón Fernández, F.: "La originalidad en la música y la imagen: una aproximación y estudio de diversos supuestos en el Derecho Español", *Revista La Propiedad Inmaterial*, núm. 25, 2018, p. 7. En este sentido, Parets Gómez, J.: *Teoría y práctica del derecho de autor*, Sista, México, 2012, citado por Díaz Limón, J. A.: "Daddy´s Car: la inteligencia artificial como herramienta facilitadora de derechos de autor", *Revista La Propiedad Inmaterial*, núm. 22, 2016, p. 90, "Sólo el hombre es capaz de crear obras protegidas por el derecho de autor, en virtud de que goza de la capacidad humana para llevar a cabo creaciones de diversa naturaleza que de forma original se hacen susceptibles de la tutela jurídica y que es parte del proceso de *creación intelectual*… El sujeto principal del derecho de autor es el creador en su amplio sentido, toda vez que tal calidad jurídica no se adquiere en virtud de una obra determinada, sino como producto de la actividad humana originaria que fija ideas que adquieren una traducción material a través de un soporte básico sea cual sea su naturaleza".

23 García Sedano, T.: "Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la Ley de propiedad intelectual", *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. 49, 2016, p. 258.

24 Este planteamiento también lo indica Ríos Ruiz, W.: "Los sistemas de inteligencia artificial y la propiedad intelectual de las obras creadas, producidas o generadas mediante ordenador", *Revista La Propiedad Inmaterial*, núm. 3, 2001, p. 10, aludiendo a la teoría del Profesor Thomas K. Dreier. También Navas Navarro, S.: "Obras generadas por algoritmos. En torno a su posible protección jurídica", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 2, 2018, p. 284, afirma "si la obra fuera creada con la «ayuda» de un programa informático sí que estaría protegida por la legislación en la medida en que no elimine la presencia humana".

25 Sobre esta discusión, resulta de interés: López-Tarruella Martínez, A.: "Propiedad intelectual, inteligencia artificial y libre circulación de datos", en AA.VV.: *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo* (dir. por C. Saiz García y R. Evangelio Llorca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 108-158; "Inteligencia artificial y derechos de propiedad intelectual: ¿Pueden las máquinas ser consideradas autores?, *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, núm. 112, 2019, pp. 124-129. Este autor también alude al requisito de que sea una persona humana, y en esta última aportación (p. 126) indica "En Estados Unidos, este requisito viene afirmado expresamente por la *Copyright Office*, y ha sido confirmado por un tribunal de California en el asunto *Naruto vs Slater* relativo a la titularidad de los derechos de autor de unas fotografías tomadas

Pero otro supuesto diferente es la creación de una obra por una máquina[26]. Cuestión que tenemos que enlazar con los algoritmos y también con los datos, como puso de manifiesto el Libro Blanco sobre la inteligencia artificial[27].

Si bien la máquina por sí, no puede crear nada, ya que tiene que ser programada por un ser humano. Esa programación a través de la utilización de inteligencia artificial y el uso de algoritmos, en los que el ser humano no va a intervenir, aunque sí en su diseño del mismo, pueden no ser tan fácil resolver la cuestión.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012 (INL)) se indica la propuesta de un "Reglamento sobre principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas" que proporciona una definición de "inteligencia artificial".

Se considera como tal "un sistema que se basa en programas informáticos o se incorpora a dispositivos físicos que tiene un comportamiento inteligencia ya que puede realizar distintas actividades como recopilar, analizar datos, interpretar el entorno, y decidir con cierta autonomía con la finalidad de conseguir objetivos concretos".

Según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) se encuadra dentro de una disciplina de la informática para elaborar máquinas y sistemas capaces de desarrollar tareas que realiza la inteligencia humana. Dentro de su espectro se encuentra el "aprendizaje automático" y el "aprendizaje profundo", y que tras

por un simio (Naruto) con la cámara propiedad del señor Slater. El tribunal entendió que Naruto -cuyos intereses en el litigio fueron defendidos por una asociación de defensa de los animales- no podía ser titular de esos derechos. Para la doctrina, esta interpretación sería igualmente válida para el caso de las creaciones generadas por máquinas". También se puede consultar: Seuba Hernández, X.: "Big Data, inteligencia artificial y observancia de derechos de propiedad intelectual", en AA.VV.: *Retos jurídicos de la inteligencia artificial* (coord. por A. Cerrillo i Martínez y M. Peguera Poch), Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 241-252; Shraier De Quadros, A.: "Autoria de obras geradas por inteligência artificial. Desafio para o sistema internacional de proteção de direitos autorais", en *Studi sui Diritti Emergenti* (coord. por R. Miranda Gonçalves, F. Da Silva Veiga y dir. por A. Viglianisi Ferraro), Mediterranea International Centre for Human Rights Research (Università degli Studi Mediterranea) & Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, Reggio Calabria, 2019, pp. 263-271; Sanjuán Rodríguez, N.: "La inteligencia artificial y la creación intelectual: ¿está la propiedad intelectual preparada para este nuevo reto?, *La Ley mercantil*, núm. 72, 2000; Vega García, P.: "El algoritmo de Youtube, el artículo 17 de la Directiva 2019/790 y la protección de los derechos de autor", en *La regulación de los algoritmos* (coord. por G. M. Díaz González y dir. por A. J. Huergo Lora), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 331-347; Xalabarder Plantada, R.: "Inteligencia artificial y propiedad intelectual", en AA.VV.: *Retos jurídicos de la inteligencia artificial* (coord. por A. Cerrillo i Martínez y M. Peguera Poch), Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 205-223.

26 Navas Navarro, S.: "Obras generadas por algoritmos. En torno a su posible protección jurídica", cit., p. 278, indica "Se trata más bien de que el propio sistema «cree por sí mismo obras, sin intervención humana alguna, salvo en el momento de la elaboración del algoritmo, que ostenten una originalidad equiparable a la de la persona o incluso superior».

27 Unión Europea: Libro Blanco sobre la inteligencia artificial-Un enfoque europeo orientado a la excelencia y a la confianza. COM (2020) 65 final. Bruselas, 19 de febrero de 2020.

las nuevas técnicas y equipos que se basan en redes neuronales es sinónimo la inteligencia artificial al "aprendizaje automático profundo supervisado"[28].

Esta formada por "una serie de algoritmos lógicos suficientemente entrenados a partir de los cuales las máquinas son capaces de tomar decisiones para casos concretos a partir de las normas generales"[29]

La Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica[30] establece una serie de recomendaciones destinadas a la Comisión sobre robótica y aboga por "crear una definición generalmente aceptada de robot y de inteligencia artificial que sea flexible y no lastre la innovación". Se precisa alguna de las características que debe tener un "robot inteligente", entre las que estarían que fuera capaz de adquirir autonomía mediante la utilización de sensores o intercambio de datos, capacidad de autoaprendizaje mediante experiencia e interacción, disponer de un soporte físico, y una capacidad de adaptación del comportamiento y actuaciones al entorno, así como no ser un ente con vida en un sentido puramente biológico[31].

La Real Academia Española define el algoritmo[32] con dos acepciones: "conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema" y como "método y notación en las distintas formas del cálculo".

La protección del algoritmo en el ámbito de la propiedad intelectual es compleja, atendiendo a la naturaleza jurídica del mismo. De una forma directa no se puede proteger, pero sí de una forma indirecta[33], ya que como indicó la STJU 2 mayo 2012[34]:

"1) El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, debe interpretarse en el sentido de que ni la funcionalidad de un programa de ordenador ni el lenguaje de programación o el formato de los archivos de datos utilizados en un programa de ordenador para explotar algunas de sus funciones constituyen una forma de expresión de ese programa y, por ello, carecen de la

28 Nurton, J.: "La propiedad intelectual y el auge de la inteligencia artificial", *OMPI Revista*, 2019.

29 Ávila de Tomás, J. F., Mayer Pujadas, M. A. y Quesada Varela, V. J.: "La inteligencia artificial y sus aplicaciones en medicina II: importancia actual y aplicaciones prácticas", *Atención primaria: Publicación oficial de la Sociedad Española de Familia y Comunitaria*, vol. 53, núm. 1, p. 81.

30 Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica [2015/2103 (INL)].

31 Tirado Robles, C.: "¿Qué es un robot? Análisis jurídico comparado de las propuestas japonesas y europea", *Mirai. Estudios japoneses*, núm. 4, p. 43.

32 Real Academia Española: Voz "algoritmo", 2021.

33 Bonmatí Sánchez, J.: "Protección legal de los algoritmos", *Economist &Jurist*, 2018.

34 STJU 2 mayo 2012 (ECLI:EU:C:2012:259).

protección del derecho de autor sobre los programas de ordenador en el sentido de esa Directiva.

2) El artículo 5, apartado 3, de la Directiva 91/250 debe interpretarse en el sentido de que quien haya obtenido una copia con licencia de un programa de ordenador puede, sin la autorización del titular de los derechos de autor, observar, estudiar y verificar el funcionamiento de ese programa con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquiera de sus elementos, cuando realice operaciones cubiertas por esa licencia así como los actos de carga y desarrollo necesarios para la utilización del programa de ordenador, siempre y cuando no infrinja los derechos exclusivos del titular de los derechos de autor sobre ese programa.

3) El artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que la reproducción, en un programa de ordenador o en un manual de utilización de ese programa, de algunos elementos descritos en el manual de utilización de otro programa de ordenador protegido por los derechos de autor puede constituir una infracción de los derechos de autor sobre ese último manual si tal reproducción constituye la expresión de la creación intelectual propia del autor del manual de utilización del programa de ordenador protegido por los derechos de autor, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente".

Consideramos que podría ser objeto de secreto empresarial teniendo en cuenta la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, al indicar que entraría dentro de dicho concepto, en su artículo 1, "cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico".

La doctrina ha puesto de relieve distintos casos y herramientas para la creación de obras mediante la utilización de la inteligencia artificial[35] como es "Flow Machines" en cuya plataforma se creó la canción "Daddy's Car" de estilo pop inspirada en las composiciones de The Beatles. O el caso del ordenador al que se le "enseñó" a pintar como Rembrandt imitando los trazos del pintor holandés, y que creó a través de inteligencia artificial una obra semejante a la que hacía el artista[36].

35 Díaz Limón, J. A.: "Daddy´s Car: la inteligencia artificial como herramienta facilitadora de derechos de autor", cit., p. 84.

36 Díaz Hernández, M.: "Inteligencia artificial y el derecho de autor: bots… ¿estructuras autónomas?, *Lexology*, 2019. Véase también: Guadamuz, A.: "La inteligencia artificial y el derecho de autor", *OMPI Revista*, 2017; González Martín, J. F.: "Inteligencia artificial y Propiedad Intelectual: introducción", *Visual: magazine de diseño, creatividad gráfica y comunicación*, núm. 200, 2019, pp. 74-75; Jiménez Serranía, V. y Martínez Salcedo, J. C.: "Inteligencia Artificial, Robótica y Propiedad Intelectual: ¿puede un robot ser autor?", en

Según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) considera como obra a toda la creación original que se desarrolle en el ámbito del intelecto humano artístico y literario[37] y que se encuentran incluidas en el artículo 2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, en su artículo 5 concede protección a las bases de datos al señalar que: "Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación".

IV. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA IMAGEN.

1. Los "Deepfakes" y el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La emisión de un anuncio televisivo de una conocida marca de cerveza utilizando un "Deepfake" de una artista muy famosa pero ya fallecida, haciendo hincapié en la importancia del "acento" como identificador cultural, ha puesto sobre el tablero la utilización de la imagen generada a través de inteligencia artificial.

Este anuncio ha supuesto la utilización de una imagen de una persona fallecida y su tratamiento con inteligencia artificial a través del procesamiento de distintas imágenes de la persona en vida, y el tratamiento de la voz de su propia hija para asemejarla a la de la artista.

Pero ello no es nuevo, la industria cinematográfica, a través de diversas películas ha ido "resucitando" a actores, glorias de antaño, que ya fallecidos, podría realizar algún "cameo" con actores vivos, eliminando cualquier límite espacio-tiempo. En unos casos con más credibilidad que en otros, ya que la imagen de los "Deepfakes" ha ido perfeccionándose con diversas técnicas, para hacerlas más verosímiles y que convencieran al público de su realismo. No en todos los supuestos se ha conseguido, evidentemente. En otras ocasiones, la delimitación entre lo que es

AA.VV.: *FODERTICS 7.0: estudios sobre derecho digital* (coord. por I. González Pulido y dir. por F. Bueno de Mata), Comares, Granada, 2019, pp. 91-100; Górriz López, C.: "Medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual y servicios de la sociedad de la información", en *Nuevos desafíos para el derecho de autor: Robótica. Inteligencia artificial. Tecnología* (dir. por S. Navas Navarro), Reus, Madrid, 2019, pp. 89-144; Duque Lizarralde, M.: "Las obras creadas por Inteligencia Artificial, un nuevo reto para la propiedad intelectual", *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, núm. 64, 2020, pp. 13-67.

37 Díaz Limón, J. A.: "Daddy´s Car: la inteligencia artificial como herramienta facilitadora de derechos de autor", cit., p. 92.

real y lo que es falso no resulta tan sencillo, y el consumidor no es capaz de dilucidar si lo que está viendo es real o es fruto de la inteligencia artificial.[38]

Son diversos motivos por los cuales se utiliza un "Deepfake", puede ser el carisma del artista, incentivar su recuerdo, evitar su olvido, potenciar el consumo de un producto a través de la fidelidad del consumidor, que ve cómo su artista favorito "vuelve a la vida" para ofrecer un producto destacado. Pero también para otros fines no tan "amables" como puede ser influir en el comportamiento de los sujetos, a través de información falsa y la "posverdad"[39], y también en el caso de procesos electorales para el caso de comportamientos de los sujetos en aras de orientación del voto[40]. En definitiva, la pretensión de generar en realidad una desinformación hacia el sujeto[41], e incluso una información no veraz con apariencia de veracidad.

Efectivamente todo ello supone una serie de preguntas en relación con la legitimidad de la utilización de la imagen de una persona que ya no está entre nosotros, y que no puede decidir, o bien determinar si esa persona decidió en su momento (siendo ya un visionario/a) que no se utilizará o sí se utilizará su imagen para fines publicitarios, audiovisuales o comerciales para después de su muerte, y con ello además la obtención de pingües beneficios, pero ¿para quién?

A ello habría que ir contestando por partes, es decir, primero las disposiciones de última voluntad; por otro, los contratos que hubiera firmado en vida el/la artista y que contemplaran en alguna cláusula dicha opción; y por otro, lo que dice la ley al respecto, si es que podemos considerar que dice algo en relación a estos supuestos tan avanzados en el campo de la tecnología.

La intención del "Deepfake" resulta fundamental, es decir, la intención de no causar un daño a la reputación de la persona a través de su imagen, incluso estando fallecida, o también la perfección de la imagen que nos haga creer que esa persona

38 Padilla Castillo, G., García Guardia, Mª. L. y Cerdán Martínez, V.: "Alfabetización moral digital para la detección de deepfakes y fakes audiovisuales", *CIC: Cuadernos de información y comunicación*, núm. 25, 2020, pp. 165-181. Véase también: Cerdán Martínez, V. y Padilla Castillo, G.: "Historia del «fake» audiovisual: «deepfake» y la mujer en un imaginario falsificado y perverso", *Historia y comunicación social*, vol. 24, núm. 2,. 2019, pp. 505-520; Lemoine, S.: "L´art en 2050: le deepfake, nouvel object d´inquiétude… et de curiosité", *L´oeil: revue d´art mensuelle*, núm. 731, 2020, p. 26.

39 Chesney, R. M. y Keats Citron, D.: "Deepfakes: la nueva guerra de la desinformación: el advenimiento de la geopolítica de la posverdad", *Foreing affairs: Latinoamérica*, vol. 19, núm. 2, 2019, pp. 85-91.

40 González de la Garza, L. M.: "«Deepfakes», campañas electorales cognitivas y la fragmentación de la democracia virtual en el siglo XXI", *Sistema: revista de ciencias sociales*, núm. 256, 2019, pp. 3-30; "Por qué las campañas electorales cognitivas basadas en la posverdad pueden erosionar las democracias de opinión: Cómo afecta a este tipo de campañas las mentiras profundas de base audiovisual basadas en redes neuronales generativas", *Revista general de derecho constitucional*, núm. 32, 2020.

41 Fresno García, M. Del: "Desórdenes informativos: sobreexpuestos e infrainformados en la era de la posverdad", *El profesional de la información*, vol. 28, núm. 3, 2019, pp. 1-11; Menéndez, L.: "Vídeos «depfakes»: la desinformación tiene un nuevo formato", *Escritura pública*, núm. 118, 2019, pp. 18-19; Robles Lessa M. M., Boechat Cabral, H. y Fachetti Silvestre, G.: "Deepfake", *Derecho y Cambio Social*, núm. 61, 2020, pp. 475-487.

está viva cuando está fallecida. Esto puede suceder con determinados artistas que distintas generaciones que pueden ser desconocidos por las generaciones actuales y que transmitan la creencia de que la persona está viva. Ello giraría en torno a la utilización del mensaje, si es para desprestigiar, atentar contra la integridad, o bien injuriar o calumniar, en este caso, a la memoria de la persona fallecida,[42] e incluso para determinar el contenido del mensaje que se emite, con finalidad de facilitar información falsa o manipulación de las audiencias.

Cuestión distinta es que se utilice a modo de "homenaje" o "reconocimiento" de la persona fallecida, es decir, inexistencia de mala fe.

La Real Academia Española no define la palabra, "fake" , ya que no existe en nuestra lengua, aunque se viene usando como anglicismo de forma habitual para indicar algo que es falso.

La legislación vigente en relación a los derechos de imagen, como derecho personalísimo, no está "adaptada" a lo que ha surgido con posterioridad en relación con la inteligencia artificial. No se contemplan los "Deepfakes" en la ley.[43], pero la ley sí que dice algo que podemos considerar aplicable[44].

Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen son derechos fundamentales y se reconocen en el artículo 18 de la Constitución Española. Este mismo texto legal aprecia que la ley "limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

Por su parte, el artículo 20.1 del texto constitucional indica el reconocimiento y protección de los derechos a la libertad de expresión y difusión de "los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción", también el derecho "a la libertad de cátedra", el derecho "a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades".

Estas libertades están sujetas a una limitación, ya que el artículo 20.4 del mismo texto legal nos indica que "estas libertades tienen su límite en el respeto

42 Pérez, E.: "«Resucitar» a Lola Flores (o a cualquier otra persona) para hacer anuncios con deepfakes: esto es lo que dice la ley", *Xataka*, 2021.Pérez, E.: "«Resucitar» a Lola Flores (o a cualquier otra persona) para hacer anuncios con deepfakes: esto es lo que dice la ley", cit.

43 Pérez, E.: "«Resucitar» a Lola Flores (o a cualquier otra persona) para hacer anuncios con deepfakes: esto es lo que dice la ley", cit.

44 Como señala Pérez, E.: "«Resucitar» a Lola Flores (o a cualquier otra persona) para hacer anuncios con deepfakes: esto es lo que dice la ley", cit., "a la hora de tratar los deepfakes, la legislación no los diferencia de una caricatura o cualquier otra herramienta que nos haga creer que estamos ante la persona original".

a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia".

La actual Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen[45] regula los indicados derechos de la personalidad[46], y que como tales son inalienables, irrenunciables e imprescriptibles, pero, sin embargo, contempla situaciones en torno a las personas fallecidas.

El artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1982 determina la protección de carácter civil del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Por su parte la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal[47] contempla el delito de calumnias (artículos 205 a 207) y el delito de injurias (artículos 208 a 210), dentro de los delitos contra el honor.

45 BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982. Modificada por Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo, sobre modificación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE núm. 129, de 30 de mayo de 1985). Véase también Pleno. Sentencia 9/1990, de 18 de enero. Cuestión de inconstitucionalidad 194/1989. En relación con el último inciso del párrafo primero del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, introducido por la Ley Orgánica3/1985, de 29 de mayo.

46 Sobre esta materia resulta imprescindible la consulta de las aportaciones del Profesor De Verda, sin ánimo exhaustivo: De Verda y Beamonte, J. R.: "El derecho a la propia imagen", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 2, 2006, pp. 179-206; "Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2007, pp. 1390-1402; "El derecho a la propia imagen", en *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coord. por J. R. De Verda y Beamonte), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007, pp. 145-179; "El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión", en *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coord. por J. R. De Verda y Beamonte), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007, pp. 239-253; "Las intromisiones en los derechos al honor, intimidad y propia imagen autorizadas por la ley", en *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coord. por J. R. De Verda y Beamonte), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007, pp. 255-277; "Derecho al honor, intimidad y propia imagen", en *La persona y sus derechos* (coord. por Mª. P. Ferrer Vanrell y Mª. J. García Alguacil), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 97-126; "La protección constitucional del derecho a la propia imagen", en *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (coord. por J. R. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 23-40; "El derecho a la propia imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo", en *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (coord. por J. R. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 41-66; "Intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen autorizadas por la Ley", en *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (coord. por J. R. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 87-120; "El derecho a la propia imagen y libertades de información y de expresión", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 15, 2013, pp. 10-29; "Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿una nueva sensibilidad de los tribunales?", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015, pp. 389-436; "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, 2017, pp. 54-111; "La protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores frente a los medios de comunicación", en *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España* (coord. por B. Andreu Martínez, A. Leciñena Ibarra y J. Martínez Moya, dir. por J. A. Cobacho Gómez y F. Legaz Cervantes), Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 447-467; De Verda y Beamonte, J. R. y Soriano Martínez, E.: "El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión", en *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (coord. por J. R. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 67-86; "La protección del derecho a la imagen de menores e incapaces", en *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (coord. por J. R. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 121-140.

47 BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Como indica la propia Ley Orgánica 1/1982 estos derechos que se protegen no son "absolutamente ilimitados" ya que estarán limitados por el interés público o bien por el consentimiento del interesado, que no se considerarán como intromisiones ilegítimas en ninguno de los dos casos, ya que en el caso del consentimiento del sujeto interesado "no se opone a la irrenunciabilidad abstracta de dichos derechos, pues ese consentimiento no implica la absoluta abdicación de los mismos, sino tan sólo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran". Dicho consentimiento debe ser de carácter expreso y no tácito, pudiendo ser revocado en cualquier momento, previa la indemnización por los perjuicios causados.

Se considera como una intromisión ilícita, según el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, "la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga". Por su parte, el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982 exceptúa de la consideración de intromisión ilegítima "cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante", y también el derecho a la propia imagen no impedirá "su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público", o "la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social", entre otros supuestos.

A este respecto cabe destaca la STS 9 mayo 1988[48] que consideró que "el carácter público de una persona cuya imagen se reproduzca sin su consentimiento, únicamente legitima su captación, reproducción o publicación a fines de mera información, pero nunca cuando se trata de su explotación para fines publicitarios o comerciales".

El Alto Tribunal esgrime, entre otros, el siguiente argumento: "porque resulta lógico concluir que un derecho fundamental como es el derecho a la protección de la propia imagen, tan solo puede ceder ante otro que ostente el mismo rango, como es el de información, máxime cuando precisamente por el carácter público del personaje cuya imagen se reproduce ha de entenderse que existe un interés por parte de la sociedad en ser informada de cuanto le afecte en relación con el mismo, pero nunca puede ceder ante el mero interés crematístico de un tercero, que en forma alguna alcanza un rango jurídico tan elevado como el de los derechos fundamentales".

48 STS 9 mayo 1988 (RAJ 1988, 4049).

Invoca la STC 26 noviembre 1984[49] que consideró que la ley "sólo puede autorizar esas intromisiones por «imperativos de interés público»".

Y la STC 27 abril 2010 respecto a las caricaturas, consideró que "debe entenderse por tal toda creación satírica realizada a partir de las facciones y el aspecto de alguien, deformando su realidad". Y menciona la influencia de las TICs en su ejecución "con la generalización de las nuevas tecnologías de tratamiento de la imagen, esta categoría, que tradicionalmente se había basado exclusivamente en la dimensión humorística del dibujo, se plasma cada vez con más frecuencia en la alteración de fotografías originales, aunque no pierde por ello su esencia de creación irónica basada en la reelaboración de la fisionomía del modelo que tiene por objeto".

También la citada sentencia incide en que la caricatura es una distorsión de la imagen de la persona, y viene a afectar el derecho a la propia imagen, que se justifica por la libertad de expresión o creación, ambas contempladas en el artículo 20 del texto constitucional.

Alude la sentencia a diversas sentencias del TEDH como la Vereinigung Bildender Künstler c. Austria 25 enero 2007[50] en la que se indica "este tipo de sátira es una forma de expresión artística y crítica social que con su contenido inherente de exageración y distorsión de la realidad persigue naturalmente la provocación y la agitación" y a las SSTS 16 diciembre 1986[51] y 23 marzo 2009[52].

Se hace referencia en la sentencia indicada al "animus iocandi" como propósito de burla y con la intención de degradar o difamar al sujeto ridiculizado. En estos casos hay ausencia de un interés público constitucionalmente que se pueda defender y ello "priva de justificación a la intromisión en el derecho a la propia imagen, de tal modo que si se usa ésta sin consentimiento de su titular puede resultar lesionado el citado derecho fundamental garantizado"[53].

En cuanto a las personas fallecidas, se recoge en los artículos 4 a 6 de la Ley Orgánica 1/1982 el caso de que haya fallecido el titular del derecho que se ha lesionado. Hay que tener en cuenta que como dispone el artículo 32 del Código civil, "la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas", por lo que los derechos de la personalidad tras el fallecimiento quedan extinguidos. Sin embargo, la memoria no queda extinguida y la misma constituye una prolongación

49 STC 26 noviembre 1984 (RTC 1984, 110).

50 STEDH Vereinigung Bildender Künstler c. Austria 25 enero 2007 (JUR 2007, 30037).

51 STS 16 diciembre 1986 (RAJ 1986, 159).

52 STS 23 marzo 2009 (RAJ 2009, 77).

53 Véase. STEDH Aguilera Jiménez y otros c. España (TEDH 2009, 139).

de la personalidad, como dice la Ley Orgánica 1/1982, y debe ser objeto de tutela jurídica.

Se establece que la protección en el caso de que se hubiera producido una lesión después del fallecimiento a quién la misma hubiera designado en testamento, y en su defecto, a los parientes supervivientes (establece la norma un orden: cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos), y, en última instancia, al Ministerio Fiscal, en defecto de todos ellos. Podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hayan transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento de la persona afectada. Plazo aplicable también en el caso de que el ejercicio de las acciones corresponda a una persona jurídica, ya que se permite que la designación pueda recaer no sólo en personas físicas, siempre que aquella se designe en el testamento.

En cuanto al testamento, hay que atender a lo indicado en el Código civil, en los artículos 667 y siguientes[54], respecto a la forma, diferenciando el común (ológrafo, abierto o cerrado) y los especiales (militar, marítimo y el hecho en país extranjero).

Se diferencia entre si la lesión se ha producido antes de la muerte, sin que el titular del derecho lesionado hubiera ejercitado las acciones, sólo subsistirán en el supuesto de que no hubieran podido ejercerse por el fallecido, o si las puedo ejercitar y no lo hizo exista una fundada pretensión de que los actos que de forma objetiva pudieran constituir una lesión no se consideraban como tales según el perjudicado.

También se considera intromisión ilegítima (artículo 7.8 de la Ley Orgánica 1/1982) "la utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas". En estos casos estará legitimado para el ejercicio de las acciones de protección "el ofendido o perjudicado por el delito cometido, haya o no ejercido la acción penal o civil en el proceso penal precedente", también el Ministerio Fiscal. En el caso de fallecimiento, se aplicará lo anteriormente expuesto.

54 Sobre algunas cuestiones en materia de testamentos, más recientemente se puede consultar: Alventosa del Río, J., Cobas Cobiella, Mª. E., Montés Rodríguez, Mª. P. y Martínez Velencoso, L. M.: "Aspectos sustantivos del Derecho hereditario", en *Derecho de Sucesiones* (dir. por J. Alventosa del Río y Mª. E. Cobas Cobiella), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 149-725; Cobas Cobiella, Mª. E.: "Testamentos y drogodependencia. Algunas reflexiones", *Revista española de drogodependencias*, núm. 1, 2016, pp. 80-94; Ramón Fernández, F.: "El testamento y la futura reforma del Código civil en materia de discapacidad: Algunas reflexiones", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. Extra 10, 2019, pp. 346-373; "Última voluntad digital, testamento digital, heredero digital: el mundo virtual de la transmisión hereditaria en el derecho español", *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, vol. 4, núm. 14, 2019, pp. 77-121; "El coronavirus, el testamento en situación de epidemia y el uso de las TICs en el Derecho español", *Revista de Derecho Privado*, núm. 40, 2021, pp. 395-435.

Se contempla la transmisión de la acción entablada, por la existencia de la expectativa a la indemnización.

La existencia de perjuicio se mide conforme lo indica el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, en la existencia de la intromisión ilegítima a la que se ha hecho referencia.

La indemnización comprende el daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión que se haya producido. Se atenderá a los parámetros de difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

Conviene traer a colación la conocida STS 20 junio 2016[55] sobre el caso de la Fundación Gala-Salvador Dalí, en el que el pintor fallecido dejó la responsabilidad de defender su obra, bienes y derechos a la citada fundación, pero habiendo otorgado testamento previo a favor del Estado como su heredero universal. La sentencia niega la legitimación de la fundación para la protección de la imagen, y diferencia de la misma el concepto de "memoria".

Considerada la imagen como un "dato" al que se aplicaría el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)[56] y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales[57], y en aras de la protección de la misma, la Agencia Española de Protección de Datos ha elaborado el "Pacto Digital para la protección de las personas" en el que se indica que "las informaciones difundidas por los medios no incluirán imágenes innecesarias desde el punto de vista puramente informativo, ya sea de forma cualitativa o cuantitativa, evitándose por tanto la repetición sistemática de las imágenes".

Son diversas las voces que se han alzado en contra de las "Deepfakes" argumentando la desprotección de la imagen de los sujetos, proponiendo una

55 Esta STS 20 junio 2016 (RAJ 2016, 2537) fue objeto de comentario por Yzquierdo Tolsada, M.: "Derecho a la propia imagen y explotación inconsentida de la imagen: lo que sí y lo que no está protegido por la Ley del Honor. Legitimación activa para la defensa de la imagen del fallecido: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2016 (2781/2016), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (coord. por M. Yzquierdo Tolsada), vol. 8, 2016, Madrid, 2016, pp. 285-298, y por Vivas Tesón, I.: "Protección «post mortem» del derecho de imagen de Salvador Dalí. Comentario a la STS de 20 de junio de 2016 (RJ 2016, 2537)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 103, 2017, pp. 315-344.

56 DOUE L 119/1, de 04 de mayo de 2016. Menciona, en su artículo 4, los denominados "datos biométricos" indicando que son: "datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico-específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos".

57 BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

legislación específica para ello[58] y "poner en peligro la seguridad nacional, alterar la estabilidad social, alterar el orden social e infringir los derechos e intereses legítimos de otros"[59].

V. CONCLUSIONES.

La inteligencia artificial aplicada a distintos órdenes jurídicos plantea algunas cuestiones que la legislación actual no contempla de una forma clara, y que a través de la denominada "fictio iuris" se puede adoptar una solución, aunque sería preferible que existiera una regulación específica que lo observara.

Nos hemos detenido en el presente estudio en la aplicación de la inteligencia artificial en el ámbito de la propiedad intelectual, y en concreto en la creación de una obra a través de sistemas informáticos, en el que el algoritmo juega un papel principal. Conceptos con los de autoría y originalidad que se predican del sujeto persona física tienen dificultades para ser extrapolados cuando nos referimos a la inteligencia artificial, en tanto en cuanto se plantea si existen derechos de autor.

Se tiene que distinguir entre la creación que realiza una persona asistida por una máquina o robot, como instrumento para la elaboración de una obra, del supuesto en el que sea el ordenador o un robot, que previamente programado a través de un algoritmo, cree la obra. El algoritmo lo ha creado un programado y no la máquina.

La normativa comunitaria va avanzando en el sentido de dotar personalidad jurídica a los robots, lo que se denominaría personalidad electrónica, a efectos también de responsabilidad[60], contemplándose en la Resolución del Parlamento Europeo de 2017 a la que hemos hecho referencia. Dicho texto "constata que no hay ninguna disposición jurídica que se aplique específicamente a la robótica pero que las doctrinas y los regímenes jurídicos actuales pueden aplicarse fácilmente a esta, aunque algunos aspectos requieran especial consideración" y se solicita a la Comisión "que apoye un enfoque horizontal y de neutralidad tecnológica para la propiedad intelectual en los distintos sectores en que se pueda utilizar la robótica".

La inteligencia artificial también se conexiona con el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Nos hemos ocupado del análisis

58 Schapiro, Z.: "Deep fakes accountability Act: overbrod and ineffective", *IPTF*, 2020, aboga por una "combinación de derechos de autor, derecho penal y de responsabilidad civil estatal para imponer responsabilidad".

59 Yang, Y. y Goh, B.: "China busca erradicar las fake news y deepfakes con nuevas reglas de contenido en línea", *Reuters*, 2019.

60 Ramón Fernández, F.: "Robótica, inteligencia artificial y seguridad: ¿Cómo encajar la responsabilidad civil?", *Diario La Ley*, núm. 9365, 2019, pp. 1-13.

de la utilización de la imagen de las personas fallecidas, a través de lo que se conoce como "Deepfakes" y su repercusión respecto a los derechos fundamentales. La legislación actual sí que contempla las cuestiones respecto a la utilización de la imagen de una persona fallecida.

No obstante, la utilización de los "Deepfakes" con fines de promover la confusión o lo que se ha denominado "posverdad" mediante el uso de algoritmos y la inteligencia artificial sí que necesitaría una regulación mucho más específica para depurar responsabilidades, ya que puede influir en el comportamiento de los sujetos utilizando información falsa.

BIBLIOGRAFÍA

Alventosa del Río, J., Cobas Cobiella, Mª. E., Montés Rodríguez, Mª. P. y Martínez Velencoso, L. M.: "Aspectos sustantivos del Derecho hereditario", en *Derecho de Sucesiones* (dir. por J. Alventosa del Río y Mª. E. Cobas Cobiella), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 149-725.

Ávila de Tomás, J. F., Mayer Pujadas, M. A. y Quesada Varela, V. J.: "La inteligencia artificial y sus aplicaciones en medicina II: importancia actual y aplicaciones prácticas", *Atención primaria: Publicación oficial de la Sociedad Española de Familia y Comunitaria*, vol. 53, núm. 1, pp. 81-88.

Azuaje Pirela, M. y Finol González, D. E.: "Algunos retos de la propiedad intelectual e industrial frente a la inteligencia artificial y otras nuevas tecnologías", *Anuario de propiedad intelectual*, núm. 2018, 2019, pp. 391-417.

Blázquez Ochando, M. y Ramos Simón, L. F.: "Digitalización de obras protegidas: software para la detección de obras fuera del circuito comercial", *El profesional de la información*, vol. 28, núm. 6, 2019, pp. 1-13.

Bonmatí Sánchez, J.: "Protección legal de los algoritmos", *Economist &Jurist*, 2018.

Caballero Trenado, L.: "Gobernanza algorítmica, propiedad intelectual y libertad de expresión en la comunicación digital", en *Redes sociales, tecnologías digitales y narrativas interactivas en la sociedad de la información* (coord. por J. Sierra Sánchez y J. Mª. Lavín de la Cavada), McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 2019, pp. 257-267.

Castellanos Claramunt, J. y Montero Caro, Mª. D.: "Perspectiva constitucional de las garantías de aplicación de la inteligencia artificial: la ineludible protección de los derechos fundamentales", *Ius et Scientia*, vol. 6, núm. 2, 2020, pp. 72-82._

Cerdán Martínez, V. y Padilla Castillo, G.: "Historia del «fake» audiovisual: «deepfake» y la mujer en un imaginario falsificado y perverso", *Historia y comunicación social*, vol. 24, núm. 2,. 2019, pp. 505-520.

Cobas Cobiella, Mª. E.: "Testamentos y drogodependencia. Algunas reflexiones", *Revista española de drogodependencias*, núm. 1, 2016, pp. 80-94.

Chesney, R. M. y Keats Citron, D.: "Deepfakes: la nueva guerra de la desinformación: el advenimiento de la geopolítica de la posverdad", *Foreing affairs: Latinoamérica*, vol. 19, núm. 2, 2019, pp. 85-91.

De Verda y Beamonte, J. R.: "El derecho a la propia imagen", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 2, 2006, pp. 179-206.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2007, pp. 1390-1402.

De Verda y Beamonte, J. R.: "El derecho a la propia imagen", en *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coord. por J. R. De Verda y Beamonte), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007, pp. 145-179.

De Verda y Beamonte, J. R.: "El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión", en *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coord. por J. R. De Verda y Beamonte), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007, pp. 239-253.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Las intromisiones en los derechos al honor, intimidad y propia imagen autorizadas por la ley", en *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coord. por J. R. De Verda y Beamonte), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007, pp. 255-277.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Derecho al honor, intimidad y propia imagen", en *La persona y sus derechos* (coord. por Mª. P. Ferrer Vanrell y Mª. J. García Alguacil), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 97-126.

De Verda y Beamonte, J. R.: "La protección constitucional del derecho a la propia imagen", en *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (coord. por J. R. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 23-40.

De Verda y Beamonte, J. R.: "El derecho a la propia imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo", en *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (coord. por J. R. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 41-66.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen autorizadas por la Ley", en *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (coord. por J. R. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 87-120.

De Verda y Beamonte, J. R.: "El derecho a la propia imagen y libertades de información y de expresión", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 15, 2013, pp. 10-29.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿una nueva sensibilidad de los tribunales?", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015, pp. 389-436.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, 2017, pp. 54-111.

De Verda y Beamonte, J. R.: "La protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores frente a los medios de comunicación", en *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España* (coord. por B. Andreu Martínez, A. Leciñena Ibarra y J. Martínez Moya, dir. por J. A. Cobacho Gómez y F. Legaz Cervantes), Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 447-467.

De Verda y Beamonte, J. R. y Soriano Martínez, E.: "El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión", en *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (coord. por J. R. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 67-86.

De Verda y Beamonte, J. R. y Soriano Martínez, E.: "La protección del derecho a la imagen de menores e incapaces", en *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (coord. por J. R. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 121-140.

Díaz Hernández, M.: "Inteligencia artificial y el derecho de autor: bots… ¿estructuras autónomas?, *Lexology*, 2019.

Díaz Limón, J. A.: "Daddy´s Car: la inteligencia artificial como herramienta facilitadora de derechos de autor", *Revista La Propiedad Inmaterial*, núm. 22, 2016, pp. 83-100.

Duque Lizarralde, M.: "Las obras creadas por Inteligencia Artificial, un nuevo reto para la propiedad intelectual", *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, núm. 64, 2020, pp. 13-67.

Fresno García, M. Del: "Desórdenes informativos: sobreexpuestos e infrainformados en la era de la posverdad", *El profesional de la información*, vol. 28, núm. 3, 2019, pp. 1-11.

García Sedano, T.: "Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la Ley de propiedad intelectual", *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. 49, 2016, pp. 251-274.

González de la Garza, L. M.: "«Deepfakes», campañas electorales cognitivas y la fragmentación de la democracia virtual en el siglo XXI", *Sistema: revista de ciencias sociales*, núm. 256, 2019, pp. 3-30.

González de la Garza, L. M.: "Por qué las campañas electorales cognitivas basadas en la posverdad pueden erosionar las democracias de opinión: Cómo afecta a este tipo de campañas las mentiras profundas de base audiovisual basadas en redes neuronales generativas", *Revista general de derecho constitucional*, núm. 32, 2020.

González Martín, J. F.: "Inteligencia artificial y Propiedad Intelectual: introducción", *Visual: magazine de diseño, creatividad gráfica y comunicación*, núm. 200, 2019, pp. 74-75.

Górriz López, C.: "Medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual y servicios de la sociedad de la información", en *Nuevos desafíos para el derecho de autor: Robótica. Inteligencia artificial. Tecnología* (dir. por S. Navas Navarro), Reus, Madrid, 2019, pp. 89-144.

Guadamuz, A.: "La inteligencia artificial y el derecho de autor", *OMPI Revista*, 2017.

Jiménez Serranía, V. y Martínez Salcedo, J. C.: "Inteligencia Artificial, Robótica y Propiedad Intelectual: ¿puede un robot ser autor?", en AA.VV.: *FODERTICS 7.0: estudios sobre derecho digital* (coord. por I. González Pulido y dir. por F. Bueno de Mata), Comares, Granada, 2019, pp. 91-100.

Lemoine, S.: "L´art en 2050: le deepfake, nouvel object d´inquiétude… et de curiosité", *L´oeil: revue d´art mensuelle*, núm. 731, 2020, p. 26.

López Farjeat, L. X.: "Falsificación, apropiación y plagio. Reflexiones a partir de la transfiguración del lugar común", *Páginas de Filosofía*, vol. 16, núm. 19, 2015, pp. 58-79.

López Muñoz, J. y Hernández Gil, J. F.: "Algoritmo WMARK de marcado de imágenes digitales con etiquetas indelebles e invisibles para la protección de derechos de autor", en *XIII Simposium Nacional de la Unión Científica de Radio*, Iberdrola Instituto Tecnológico, Pamplona, 1998, pp. 297-298.

López-Tarruella Martínez, A.: "Propiedad intelectual, inteligencia artificial y libre circulación de datos", en AA.VV.: *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo* (dir. por C. Saiz García y R. Evangelio Llorca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 108-158.

López-Tarruella Martínez, A.: "Inteligencia artificial y derechos de propiedad intelectual: ¿Pueden las máquinas ser consideradas autores?, *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, núm. 112, 2019, pp. 124-129.

Martínez Devia, A.: "La inteligencia artificial, el big data y la era digital: ¿una amenaza para los datos personales?", *La Propiedad Inmaterial*, núm. 27, 2019, pp. 5-23.

Menéndez, L.: "Vídeos «depfakes»: la desinformación tiene un nuevo formato", *Escritura pública*, núm. 118, 2019, pp. 18-19.

Merino, M.: "Inteligencia artificial en '2001: Una odisea del espacio', cuando el padre de la «Singularidad» creó el primer computador asesino", *Xataka*, 2019.

Navas Navarro, S.: "Obras generadas por algoritmos. En torno a su posible protección jurídica", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 2, 2018, pp. 273-291.

Nurton, J.: "La propiedad intelectual y el auge de la inteligencia artificial", *OMPI Revista*, 2019.

Padilla Castillo, G., García Guardia, Mª. L. y Cerdán Martínez, V.: "Alfabetización moral digital para la detección de deepfakes y fakes audiovisuales", *CIC: Cuadernos de información y comunicación*, núm. 25, 2020, pp. 165-181.

Parets Gómez, J.: *Teoría y práctica del derecho de autor*, Sista, México, 2012.

Pérez, E.: "«Resucitar» a Lola Flores (o a cualquier otra persona) para hacer anuncios con deepfakes: esto es lo que dice la ley", *Xataka*, 2021.

Ramón Fernández, F.: "La originalidad en la música y la imagen: una aproximación y estudio de diversos supuestos en el Derecho Español", *Revista La Propiedad Inmaterial*, núm. 25, 2018, pp. 5-25.

Ramón Fernández, F.: "El concepto de la originalidad en la videodanza: una cuestión de pasos e imagen", en *Proceedings of the international screendance meeting*, Universitat Politècnica de València, Valencia, 2016, pp. 131-140.

Ramón Fernández, F.: "La redefinición de las excepciones en materia de propiedad intelectual. Derecho de cita, plagio e internet", en *Libertad de expresión*

e *información en internet. Amenazas y protección de los derechos personales* (coord. por L. Cotino Hueso y L. Corredoira Alfonso), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, pp. 233-258.

Ramón Fernández, F.: "Robótica, inteligencia artificial y seguridad: ¿Cómo encajar la responsabilidad civil?", *Diario La Ley*, núm. 9365, 2019, pp. 1-13.

Ramón Fernández, F.: "El testamento y la futura reforma del Código civil en materia de discapacidad: Algunas reflexiones", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. Extra 10, 2019, pp. 346-373.

Ramón Fernández, F.: "Última voluntad digital, testamento digital, heredero digital: el mundo virtual de la transmisión hereditaria en el derecho español", *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, vol. 4, núm. 14, 2019, pp. 77-121.

Ramón Fernández, F.: -El coronavirus, el testamento en situación de epidemia y el uso de las TICs en el Derecho español", *Revista de Derecho Privado*, núm. 40, 2021, pp. 395-435.

Ramón Fernández, F.: "Inteligencia artificial y agricultura: nuevos retos en el sector agrario", *Revista Campo Jurídico. Revista de Direito Agroambiental* e *Teoria do Direito, de Brasil*, vol. 2, núm. 2, 2020, pp. 123-139.

Ramón Fernández, F.: "Inteligencia artificial y agricultura: nuevos retos en el sector agrario", *Revista FOCO. Journal of Business Studies and Law (JBS)*, vol. 13, núm. 1, 2020, pp. 1-22.

Real Academia Española: Voz "inteligencia artificial", 2021.

Real Academia Española: Voz "algoritmo", 2021.

Ríos Ruiz, W.: "Los sistemas de inteligencia artificial y la propiedad intelectual de las obras creadas, producidas o generadas mediante ordenador", *Revista La Propiedad Inmaterial*, núm. 3, 2001, pp. 5-13.

Robles Lessa M. M., Boechat Cabral, H. y Fachetti Silvestre, G.: "Deepfake", *Derecho y Cambio Social*, núm. 61, 2020, pp. 475-487.

Rogel Vide, C.: "Robots y personas", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2018, pp. 79-90.

Saiz García, C.: "¿Protección de las ideas por el derecho de autor?, en *Ideas, bocetos, proyectos y derecho de autor* (dir. por C. Rogel Vide y C. Saiz García), Reus, Madrid, 2011, pp. 17-40.

Saiz García, C.: "Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2019, pp. 1-45.

Sanjuán Rodríguez, N.: "La inteligencia artificial y la creación intelectual: ¿está la propiedad intelectual preparada para este nuevo reto?, *La Ley mercantil*, núm. 72, 2000.

Schapiro, Z.: "Deep fakes accountability Act: overbrod and ineffective", *IPTF*, 2020.

Seuba Hernández, X.: "Big Data, inteligencia artificial y observancia de derechos de propiedad intelectual", en AA.VV.: *Retos jurídicos de la inteligencia artificial* (coord. por A. Cerrillo i Martínez y M. Peguera Poch), Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 241-252.

Shraier De Quadros, A.: "Autoria de obras geradas por inteligência artificial. Desafio para o sistema internacional de proteção de direitos autorais", en *Studi sui Diritti Emergenti* (coord. por R. Miranda Gonçalves, F. Da Silva Veiga y dir. por A. Viglianisi Ferraro), Mediterranea International Centre for Human Rights Research (Università degli Studi Mediterranea) & Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, Reggio Calabria, 2019, pp. 263-271.

Suárez Gonzalo, S.: "Big social data: límites del modelo notice and choice para la protección de la privacidad". *El profesional de la información*, vol. 26, núm. 2, 2017, pp. 283-292.

Tirado Robles, C.: "¿Qué es un robot? Análisis jurídico comparado de las propuestas japonesas y europea", *Mirai. Estudios japoneses*, núm. 4, pp. 35-48.

Unión Europea: Libro Blanco sobre la inteligencia artificial-Un enfoque europeo orientado a la excelencia y a la confianza. COM (2020) 65 final. Bruselas, 19 de febrero de 2020.

Unzilla Galán, J. J.: *Nuevo método de definición e inserción de marcas de aguas en imágenes digitales para la protección de la propiedad intelectual en internet*, Universidad del País Vasco, 1999.

Vega García, P.: "El algoritmo de Youtube, el artículo 17 de la Directiva 2019/790 y la protección de los derechos de autor", en *La regulación de los algoritmos* (coord. por G. M. Díaz González y dir. por A. J. Huergo Lora), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 331-347.

Vivas Tesón, I.: "Protección «post mortem» del derecho de imagen de Salvador Dalí. Comentario a la STS de 20 de junio de 2016 (RJ 2016, 2537)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 103, 2017, pp. 315-344.

Xalabarder Plantada, R.: "Inteligencia artificial y propiedad intelectual", en AA.VV.: *Retos jurídicos de la inteligencia artificial* (coord. por A. Cerrillo i Martínez y M. Peguera Poch), Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 205-223.

Yang, Y. y Goh, B.: "China busca erradicar las fake news y deepfakes con nuevas reglas de contenido en línea", *Reuters*, 2019.

Yzquierdo Tolsada, M.: "Derecho a la propia imagen y explotación inconsentida de la imagen: lo que sí y lo que no está protegido por la Ley del Honor. Legitimación activa para la defensa de la imagen del fallecido: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2016 (2781/2016), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (coord. por M. Yzquierdo Tolsada), vol. 8, 2016, Madrid, 2016, pp. 285-298.

RECUERDOS

"L' impegno di giustizia sociale... tutela prioritaria della persona quale valore ultimo al quale tutti i rapporti della comunità devono essere ordinati" .

Questo - penso- sia il pensiero che ha caratterizzato l' essenza di Cesare Massimo Bianca padre, uomo, docente, giurista, ed è quello che fa di Lui un illuminato, moderno, imperituro e secondo cui, in modo del tutto "rosminiano", la persona è "principio, soggetto e fine di tutte le istituzioni sociali" (*Gaudium et spes,* n. 25). E che ne "globalizza" - mi sia consentito il termine- il Suo pensiero, in cui vi è una visione di libertà che dal punto di vista etico e sociale fa leva sulla centralità della persona umana che era centrale anche nel Suo modo di svolgere la Sua funzione di Docente - mi è parso di capire dagli scritti su di Lui- in cui l'arte della maieutica l'ha reso amato dai Suoi discenti in un'attività svolta nell'intento di far crescere in loro la cultura della responsabilità e permettere che le capacità, i talenti e gli interessi della persona, in altre parole la loro autorealizzazione, si esprimessero appieno.

Valeria Butitta

Semplicemente un pensiero.

Mitico Prof., carissimo Massimo, con dolce melanconia continuo ad adeguarmi ad un Tuo desiderio che più volte mi hai manifestato con amorevole atto d'imperio, e che ho sempre cercato di assecondare anche se, lo riconosco, con estremo imbarazzo: rivolgermi a Te con il Tu o con Massimo.

Molto difficile per chi (e siamo tanti) con i Tuoi libri, le Tue riflessioni, è cresciuto imparando ad amare il diritto con quel sottile equilibrio tra le norme scritte e il loro reale significato. Per chi ha recepito quel Tuo costante insegnamento di accettare sempre le sfide del pensare giuridico, di avere coraggio nel portare avanti le proprie idee, le proprie convinzioni: sempre con serenità e rispetto verso l'altrui diverso pensare, elaborando soluzioni fatte di linearità costruttiva, con argomentazioni volutamente sintetiche basate sull'evidenza della logica dogmatica con finalità interpretativa, senza mai perdere di vista il tessuto normativo ed i lavori preparatori che ne costituiscono pur sempre l'origine, la vera ragion d'essere.

Ed i risultati non si sono fatti attendere: non saprei in quante occasioni la suprema Corte ha fatto proprie, e continua a farlo, le Tue impostazioni, recependo quelle elaborazioni così essenziali, quelle stesse che sono lì nei Tuoi manuali, e poi naturalmente e ineludibilmente seguite dalla dottrina.

I Tuoi manuali e le Tue opere: lavori dai quali è difficile prescindere. Tutti caratterizzati da chiarezza espositiva, attraverso una semplicità narrativa che è proprio dei grandi, perché la cosa più difficile è essere semplici.

E non saprei se collocare prima, o dopo i Tuoi scritti, le tante generazioni di allievi che hai condotto per mano, in modo generoso, sempre pronto ad ascoltarli, senza pregiudizi, senza severità, a meno che non si voglia includere nella severità la fermezza delle idee e del metodo.

Per loro è stato e sarà sempre semplice confrontarsi con il Tuo diritto, avendo recepito come fosse importante condensare il problema in poche righe, dare risposte alla portata di tutti, talchè la soluzione diviene un fatto scontato, accoglierla una conseguenza naturale, opporla un diritto intangibile purchè si utilizzino gli stessi criteri e lo stesso garbo accademico.

Insegnamento chiaro per i Tuoi allievi, e ancor prima per i Tuoi studenti, che all'infinito amerai in modo unico, con quel senso di protezione e con la preoccupazione che a tutti, anche e soprattutto ai meno abbienti, sia data la possibilità di consultare testi, studiare sugli stessi, tenerli seco, aggiornarsi in tempo reale, e così avvalersi di meccanismi talvolta onerosi per la spesa pubblica ai quali Tu invero (e mi consta personalmente) hai continuato a sopperire prodigandoti in prima persona nelle richieste ad enti ed organizzazioni ordinistiche giuridiche,

ricordando loro l'importanza di formare classi di giuristi all'altezza del futuro e come quel fine fosse un bene comune, un valore fondante che mai può essere trascurato.

E poi gli affetti. Ovviamente non oso riferirmi a quelli familiari che appartengono ad una sfera del privato e dell'intimo che non ammette eccezioni, che non contempla altri che non siano i componenti familiari.

Nel contesto degli affetti il Tuo impegno verso la tutela dei più deboli, dei minori, verso coloro che non sono in grado di far valere le proprie ragioni, e che necessitano di concreta protezione. E così le riforme del diritto di famiglia che Ti hanno visto spesso motore e non solo partecipe alle Commissioni, giungendo a nuove elaborazioni codicistiche o intervenendo sulle preesistenti, realizzando percorsi di estrema garanzia per queste categorie, tutele che rivelano un nuovo modo di prendersi cura di chi ne ha bisogno in un mix di dolcezza e di amore.

E cosi quel diritto dei nonni verso i nipoti, per il quale mi continuo a chiedere se scopo recondito della protezione fossero proprio i nonni ovvero i nipoti che attraverso i nonni danno vita ad una sfera affettiva difficilmente comprensibile se non vi si appartiene per fatto naturale.

E Tu, caro Massimo, sei di diritto e per amore filiale in quella sfera che hai sempre gelosamente avocato ai Tuoi sentiment

Rimedito sui sentimenti che caratterizzano il nostro rapporto: ritrovo accanto al valore dell'amicizia il Tuo senso di sopportazione giuridica tipica del Maestro, la Tua grande pazienza quando con il Prof. Falzea (altro Maestro di vita e di diritto) hai voluto seguire le "fughe in avanti" in tema di destinazione di beni allo scopo di Mirzia, mia e dei miei colleghi Alessandro de Donato e Concetta Priore, sia per guidarci al testo normativo dell'art. 2645 ter c.c., sia per aiutarci successivamente a spiegare una norma comunque rimaneggiata dal legislatore rispetto all'impostazione originaria, indirizzandoci verso un concetto di realità mutuato dalle Tue amate obbligazioni propter rem.

Tematica che con convinzione ci hai illustrato e che ha permesso, in uno sforzo comune con le altrettante uniche riflessioni del Prof. Falzea, di contribuire a far decollare questo istituto, pienamente oggi utilizzato (e non solo dai notai) in moltissimi settori della quotidianità giuridica, con una originalità, duttilità, economicità e certezza di opponibilità.

Impegno che ha chiarito come la destinazione dei beni allo scopo dovesse porsi in una posizione ben diversa dal Trust, pure incantevole prodotto giuridico, che conserva tuttavia il vizio originario di non appartenere al nostro sistema se non fosse per il profilo del recepimento in quanto derivato da convenzione di

diritto internazionale privato, e che raggiunge il suo splendore solo quando è attiva la tutela in Equity,

Ed a proposito dei notai, visto che li ho citati, Ti sono grato, facendone parte, per la considerazione sempre a loro riservata, a volte in veste di allievi altre di relatori ai Tuoi convegni, quando consapevolmente lasciavi loro la scena con quel Tuo fare e garbo istituzionali invero rari ai nostri giorni.

Proprio quei notai, e non solo (ci sono le altre professioni giuridiche), che continuano a rifarsi ai Tuoi scritti, che ne condividono l'impostazione, e che Ti studiano da sempre fin dai tempi del concorso notarile.

Mi ritornano alla mente gli insegnamenti del Presidente Guido Capozzi che per anni ha preparato molti dei notai ancora oggi in esercizio, e che volentieri riprendeva le Tue riflessioni, le tue osservazioni, che inseriva nelle Sue lezioni.

In una calda estate di tanti anni fa (troppi per indicarli) il Presidente Capozzi mi aveva concesso di collaborare (collaborare si fa per dire) a preparare le Sue lezioni, con il compito precipuo di curare l'apprensione dei testi rimuovendoli dalla libreria, inserendo dei segni nelle pagine di interesse, fino al tavolo del Presidente: c'erano sempre i Tuoi testi, e così caro Massimo posso dire di averti avuto tra le mani... e c'era il mio amato Presidente che mi insegnava a leggerTi.

E così ho cominciato a crescere giuridicamente.

E gelosamente conservo questi momenti.

Queste poche righe che ho scritto con il cuore, caro Prof., non vogliono essere un ricordo, ma solo un pensiero.

Se fossero un ricordo significherebbe collocare la Tua scienza giuridica e i Tuoi insegnamenti nella sfera del passato. E così non è. Essi sono attuali, continuano a sopravvivere a tutti e a tutto.

Anzi sono una base per le future evoluzioni del pensare giuridico.

Ed è per questo che mi sono espresso ove possibile al presente, avendo ben chiare le Tue chiacchierate e le Tue parole, seduto nel Tuo studio di via Po', tra appunti sparsi, manuali in progress, travolto dall'odore della carta che mi infonde sicurezza, e affascinato dalle Tue riflessioni pacate anche quando mi interrogavi con gli occhi ed io provavo a risponderTi.

Grazie Prof.
Maurizio d'Errico.

C. Massimo Bianca apparteneva alla "Generazione dei Maestri" del diritto civile italiano. Un gruppo di anziani studiosi (anziani agli occhi della mia generazione) che, per la loro autorevolezza, influenzavano con i loro scritti non solo gli allievi, ma tutto il mondo degli operatori giuridici, avvocati, legali d'azienda, notai, giudici. Alcuni di questi Maestri sostenevano teorie molto originali, anche affascinanti, ma poco adatte a incidere nella vita pratica del diritto. Le idee di Massimo Bianca, invece, erano equilibrate, ragionevoli, di buon senso, e proprio per questa caratteristica erano un riferimento affidabile, un approdo sicuro soprattutto per la giurisprudenza della Corte Suprema. La dottrina di Bianca era, e lo è ancora, considerata come lo *ius quo utimur*. Molte delle sue proposte (penso a quelle in tema di filiazione, ad esempio) sono state riversate in leggi e sono diventate *ius scriptum*.

La mia conoscenza (che poi si trasformò in solida amicizia) con il prof. Bianca risale a molti anni fa. Ci trovammo insieme in una commissione di concorso a cattedra. Bianca presidente. Entrai subito in sintonia sia con il presidente sia con l'altro commissario, un amico e collega catanese. Notai immediatamente che il presidente era una persona dalla mente fine e dal carattere mite, mentre io, ahimè, ho la naturale tendenza a comandare e a imporre la mia volontà. Tuttavia, proprio quella mitezza e quella finezza di Bianca arginarono senza fatica le mie tendenze e in poco tempo scoprimmo di essere d'accordo su tutto. Ognuno di noi mise le carte sul tavolo con assoluta lealtà e trasparenza. Presidente e commissari avevano la borsa piena di raccomandazioni, di segnalazioni, di "mi raccomando", di "ci conto", e così via. Decidemmo concordemente di non inseguire i desideri degli altri, ma di fare di testa nostra. E' così che nacque tra noi un'amicizia fondata sulla stima reciproca e sui valori della serietà scientifica e del rigore.

Ogni amicizia, per resistere nel tempo, va alimentata. Non occorrono grandi cose. E' sufficiente una cartolina, una telefonata, un augurio a Natale o al compleanno. Basta ricordarsi di inviare all'amico una pubblicazione, un saggio, un libro. Posso dire, non senza soddisfazione, che l'amico Massimo era tra i lettori più assidui e affezionati dei miei libri non giuridici. Ogni anno ricevevo la cartolina dai Bianca dall'Argentario e io sorprendevo l'amico con un messaggio dai luoghi più esotici e lontani. Comunque la vita dell'Università crea di continuo occasioni di incontro e di frequentazione. Convegni, seminari, congressi nazionali, appuntamenti internazionali, partecipazioni a commissioni di concorso o ministeriali. Ricordo di aver partecipato a una Commissione ministeriale, presieduta da Bianca, che aveva il compito di studiare e poi di elaborare un testo di legge in tema di tutela della *privacy*. Le riunioni si svolgevano a Roma, in un palazzo di Corso Vittorio, e si susseguirono per lungo tempo. Io scendevo da Milano e mi fermavo spesso a dormire a Roma. Anche queste erano occasioni per cenare e stare insieme la sera, alimentando e coltivando una bella amicizia, condividendo le soddisfazioni e le tante gioie che la vita ci aveva regalato, ma anche i dispiaceri per i lutti che, con il passare degli anni, si susseguivano inesorabilmente.

Una volta l'autorevole amico mi chiese se volevo partecipare a un convegno a Nicosia. Nonostante io sia un accanito viaggiatore, avendo percorso in lungo e in largo, insieme a mia moglie, tutta l'Europa, le Americhe e l'Oriente (sono andato sedici volte in India, per capirci), non ero mai stato a Cipro e dunque accettai la proposta con molto entusiasmo. Mi informai subito sulle cose da vedere in quell'isola, i templi dedicati alla Venere ciprea, le spiagge, e così via. Ma non si trattava di Nicosia capitale di Cipro, ma di un paesello in provincia di Enna! Non ebbi il coraggio di declinare l'invito. Presi l'aereo per Catania e poi andammo insieme al convegno di Nicosia organizzato dal locale Ordine degli avvocati. Quel villaggio non ha industrie, non possiede alcuno dei fattori di una fiorente economia, ma in compenso vanta decine e decine di Studi legali in ogni strada e in ogni angolo del paese! Cosa fanno a Nicosia, tutti i giorni, queste legioni di avvocati civilisti, penalisti, amministrativisti? Per me era difficile riuscire a trovare una risposta. L'Ordine degli avvocati, comunque, doveva avere le casse ben floride per permettersi di sostenere le spese di un convegno di due giorni, invitando professori da Roma e da Milano.

Il prof. C. Massimo Bianca era anche un docente molto seguito dagli allievi, dai colleghi e dagli studenti, da cui era adorato. L'avevo invitato diverse volte in Bocconi a tenere lezioni magistrali e, più di una volta, pure un ciclo di conferenze integrative, che ogni anno affidavo a un grande Maestro della civilistica italiana. Il suo modo di fare lezione era davvero unico. I concetti si snodavano con assoluta chiarezza e anche i nodi più aggrovigliati e complessi si scioglievano in un discorrere piano. Il suo atteggiamento era del più puro *under statement* anglosassone. Mentre cercava l'articolo nel Codice, gli cadevano gli occhiali e poi, trovati gli occhiali, gli cadevano a terra i fogli degli appunti e così via. Formidabile! Gesti impacciati di una persona semplice dal cuore puro che incantavano l'*audience*. Non una traccia di barocco siciliano o di sciatteria romanesca.

Una volta l'eternità era una prerogativa degli dei, non degli esseri umani. Poi, dopo Platone e il suo mondo delle idee, qualche religione ha pensato bene, con una buona dose di demagogia, di allargare la cerchia dell'immortalità, concedendola anche agli uomini. In Francia "*les immortels*" sono pochissimi, sono quei grandi che siedono nel Palazzo Mazzarino, in quell'Accademia fondata dal cardinale Richelieu.

Io mi rifiuto di credere che certe persone (non faccio nomi) possano avere questo meraviglioso dono dell'immortalità come fossero degli dei. Ma se ci fossero al mondo persone che meritino quest'omaggio, tra queste ci metterei, per il suo cuore gentile, per la sua mitezza angelica, per il suo impareggiabile stile, il mio illustre amico prof. C. Massimo Bianca.

Gianni Iudica

RICORDO DEL MAESTRO

MEMORY OF THE PROFESSOR

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3800-3814

Monica
VELLETTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il presente contributo ricorda l'incontro formativo con il Prof. Cesare Massimo Bianca, in particolare i suoi insegnamenti giuridici, ma anche e soprattutto la sua profondità umana, l'indiscusso valore morale, la semplicità, la generosità e la sua dedizione al lavoro.

PALABRAS CLAVE: Incontro formativo; diritto; famiglia.

ABSTRACT: *This contribution recalls the formative meeting with Prof. Cesare Massimo Bianca, in particular his legal teachings, but also and above all his human depth, the undisputed moral value, simplicity, generosity and his dedication to work.*

KEY WORDS: Training meeting; law; family.

SUMARIO.- I. L'INCONTRO CON IL PROF. CESARE MASSIMO BIANCA.- 1. I lavori della Commissione per l'analisi della normativa vigente in materia di relazioni giuridiche familiari e per l'indicazione di soluzioni normative conformi a un più giusto diritto di famiglia.- II.CONCLUSIONI.

I. L'INCONTRO CON IL PROF. CESARE MASSIMO BIANCA.

Cesare Massimo Bianca è stato uno dei massimi accademici italiani.

Ho conosciuto il Prof. Bianca tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90 come professore di diritto civile all'Università "La Sapienza" di Roma, alla quale ero iscritta. All'epoca la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza" era, senza dubbio, la più importante d'Italia e tra le più importanti d'Europa. Il corpo docente era costituito dai maggiori esperti di diritto italiani. Tra gli studenti era, comunque, nota la differenza tra i vari professori; pure nell'indiscusso riconoscimento del valore dell'intero corpo docente, tra gli studenti i professori venivano distinti tra i "baroni", presenti solo per le lezioni, impossibili da contattare, lontani dalle esigenze degli allievi, e i "professori" sempre presenti, generosi, mai scortesi pronti a fornire chiarimenti e spiegazioni. Il Prof. Bianca era senza dubbio "Il Professore". Nelle sue lezioni sempre affollatissime, guidava per mano gli studenti per far cogliere la ratio degli istituti, le ragioni di ogni scelta normativa, con continua attenzione al diritto vivente. Seguii con passione le lezioni di Diritto Civile, prima e seconda annualità, scoprendo un modo diverso di studiare diritto, lontano dalla acquisizione mnemonica delle nozioni, che all'esito dei primi esami di diritto mi aveva fatto ritenere la materia arida e noiosa, e vicino alla acquisizione critica della conoscenza, che mi ha fatto scoprire la bellezza dello studio della giurisprudenza. L'incontro con il Prof. Bianca è stato per me fondamentale, perché fu il primo, tra i docenti da me incontrati, a credere nella necessità di formare gli studenti alla scrittura del diritto. La quasi totalità dei corsi universitari, e dei laboratori di approfondimento, erano infatti organizzati in lezioni frontali orali, durante le quali il professore o i suoi assistenti, spiegavano i diversi istituti, senza sostanziale possibilità di scambio ed interazione da parte degli studenti, che si limitavano ad ascoltare e prendere appunti. La cattedra del Prof. Bianca era organizzata in modo diverso: c'erano le lezioni del professore, in cui era continua l'interazione con gli studenti, e c'erano i laboratori in cui veniva sviluppata la scrittura del diritto. La prima volta che scrissi un parere di diritto, al terzo anno di Università fu proprio seguendo i laboratori della cattedra del Prof. Bianca. Venne assegnata una traccia sulla buona fede, trovai molto difficile sviluppare per iscritto le nozioni che oralmente padroneggiavo. Allora capii l'importanza della scrittura nel diritto,

• Monica Velletti
Magistrato, Presidente della Sezione Civile del Tribunale di Terni. E-mail:monica.velletti@gmail.com

che la formazione universitaria, all'epoca, trascurava. L'attenta correzione delle diverse tracce assegnate nel corso dei laboratori, curate dal Prof. Bianca e dai suoi collaboratori, non si limitava alla valutazione dell'elaborato ma forniva chiarimenti e precisazioni, permettendo agli studenti una crescita elevatissima, orientata alla profondità e non alla superficialità del sapere.

Oltre alle modalità di insegnamento tanto attente e generose, il Prof. Bianca ha donato un altro grande regalo ad intere generazioni di studenti e giuristi italiani: il trattato di diritto civile. Il mio incontro con il Trattato di diritto civile del Prof. Bianca, fu contestuale alla sua conoscenza, in quanto materia di studio dell'esame di Civile I era "Il contratto" e dell'esame di Civile II era "La famiglia e le successioni". I testi sui quali doveva essere preparato l'esame erano i rispettivi volumi del Trattata di Diritto civile (edizione 1989). Lo studio di questi testi fu per me una folgorazione. La difficoltà che avevo incontrato nello studio del diritto con testi o eccessivamente semplici, che si limitavano a parafrasare il testo delle norme, ovvero eccessivamente complessi, perché orientati a sviluppare teorie a volte molto distanti dal testo normativo, furono superate. I testi del Prof. Bianca erano semplici e complessi nello stesso tempo. Colpiva nella loro lettura il rigore logico nell'affrontare l'analisi dei diversi istituti, con la capacità propria di chi ha la piena conoscenza della materia, oltre alla attitudine a semplificare e rendere comprensibili le nozioni più complesse. Da segnalare l'attenzione allo sviluppo degli istituti. Mi colpiva, in particolare nello studio del diritto di famiglia (che sarebbe, dopo molti anni, diventata la mia principale passione) la cura dedicata all'analisi dell'evoluzione del diritto sia come specchio dei costumi sociale, sia in funzione di promozione del mutamento.

"Il diritto di famiglia non può quindi essere inteso come una semplice traduzione in termini giuridici del dato sociale. Anche tale diritto si prospetta piuttosto come uno dei fattori di sollecitazione della realtà della famiglia"[1].

L'incontro con il Prof. Bianca ha influenzato e determinato la mia formazione oltre ad aver avuto il ruolo di introdurmi al diritto di famiglia, incontro formativo che ha contraddistinto la mia futura attività professionale. Terminata la formazione con una tesi in Diritto industriale, e con la frequenza della Scuola di specializzazione in "Diritto ed economia delle Comunità europee", decisi quasi per caso di sostenere l'esame per l'accesso in magistratura, con la certezza che avendo completato i miei studi sui testi redatti dal Prof. Bianca la prova scritta di diritto civile non sarebbe stata un ostacolo. Ed, infatti, il giorno dalla prova di diritto civile venne selezionata una traccia che chiedeva ai canditati di affrontare il tema dei rapporti negoziali di

1 Bianca, C.M.: *Diritto civile II*, *Famiglia e successioni*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 9.

fatto, ed in particolare della famiglia di fatto[2]. Le parole contenute nel Trattato di diritto di civile del Prof. Bianca, l'apertura e la lungimiranza del suo pensiero, furono anche in questo caso una guida: "La Costituzione riconosce i diritti della famiglia quale società fondata sul matrimonio. Questo riferimento al matrimonio segna un sicuro limite rispetto alla famiglia di fatto, e cioè rispetto alla famiglia sorta dalla semplice convivenza personale. Il significato di questo limite non può tuttavia essere quello della totale irrilevanza o, peggio, della riprovazione dell'ordinamento verso il fenomeno della convivenza non formalizzata nel matrimonio. Al riguardo deve ritenersi presente un sicuro mutamento del costume sociale che, pur senza equiparare la famiglia di fatto alla famiglia legittima, ha assunto verso la prima un atteggiamento che non è più improntato allo sfavore o all'indifferenza di un tempo. …L'idea secondo la quale anche la famiglia di fatto rientra tra "le formazioni sociali" previste dalla Costituzione (art. 29) può essere condivisa. Essa tuttavia non comporta che la famiglia naturale sia giuridicamente equiparata alla famiglia legittima, ma, piuttosto, significa che l'ordinamento deve tutelare l'interesse essenziale della persona a realizzarsi nella famiglia, quale prima forma di convivenza umana, e cioè quale società naturale. …Il rapporto di convivenza personale avente carattere di stabilità secondo il modello del matrimonio non è però più inteso come contrario alla morale sociale. Viceversa, anche la giurisprudenza ammette ormai che le prestazioni alimentari a favore del convivente stabile costituiscono adempimento di un'abitazione naturale, cioè di un dovere sociale."

Fu sufficiente ricordare quanto studiato nei testi del Prof. Bianca per superare senza difficoltà la prova.

Prese le funzioni giudiziarie, fui assegnata al Tribunale di Pordenone, e dopo una breve parentesi come giudice penale, fui destinata con il mio consenso allo svolgimento di funzioni civili, con il particolare ruolo di giudice delegato alla trattazione dei procedimenti di famiglia, anche con delega allo svolgimento di funzioni presidenziali. Da giovane magistrata di prima nomina, venni quindi assegnata a funzioni svolte all'epoca dai magistrati con funzioni presidenziali o comunque di più consolidata esperienza. All'inizio fui disorientata e preoccupata per la rilevante responsabilità del giudice della famiglia, di determinare all'esito dell'udienza presidenziale, dopo un breve incontro con le parti, il nuovo assetto della famiglia, con l'adozione dei provvedimenti provvisori sull'affidamento dei figli, sul loro mantenimento, con la determinazione dell'eventuale mantenimento per il coniuge ed ex coniuge debole, con l'adozione di disposizioni sulla assegnazione della casa familiare. Provvedimenti provvisori che sono destinati ad incidere in maniera immediata e significativa sulla vita delle persone coinvolte nei procedimenti

2 Traccia di diritto civile del concorso indetto con d.m. 25 febbraio 1995 "Premessi generali cenni sulla rilevanza giuridica dei rapporti negoziali di fatto, tratti il candidato della famiglia di fatto – con riferimento, in diritto romano, ai gruppi familiari ed alla piccola famiglia di fatto – soffermandosi in particolare sugli obblighi alimentari e di mantenimento."

separativi e divorzili. La funzione mi piacque in maniera così totalizzante da divenire da allora in poi la mia materia di elezione, per la carica umana, per l'ausilio che il giudice della famiglia può offrire alle parti ed ai minori, con ascolto, disponibilità, invito alla mediazione ed alla conciliazione (laddove possibile), sostegno alle parti deboli, in particolare alle vittime di violenza domestica, con l'utilizzo dei poteri officiosi.

1. I lavori della Commissione per l'analisi della normativa vigente in materia di relazioni giuridiche familiari e per l'indicazione di soluzioni normative conformi a un più giusto diritto di famiglia.

L'incontro con il Prof. Bianca non si è limitato al ruolo fondamentale nella mia formazione, un secondo capitolo, ben più rilevante si è aggiunto più tardi quando ero già magistrata di esperienza. Nel 2007 sono stata assegnata, con il mio consenso, in posizione di fuori ruolo come magistrata addetta all'Ufficio Legislativo del Ministero della giustizia. Giunta nel nuovo ufficio, in considerazione delle mie esperienze specifiche fui destinata a seguire i provvedimenti legislativi in materia di diritto di famiglia, diritti fondamentali e diritto dell'Unione europea.

Dopo qualche tempo dal mio arrivo nella nuova sede, l'allora Capo dell'Ufficio legislativo del Ministero della giustizia, mi rappresentò l'opportunità di partecipare ai lavori di una Commissione costituita, con decreto del 20 settembre 2006, dall'allora Ministro delle Politiche per la famiglia, per "L'analisi della normativa vigente in materia di relazioni giuridiche familiari e per l'indicazione di soluzioni normative conformi a un più giusto diritto di famiglia", proponendomi di partecipare agli incontri della Commissione già nel 2007. Ricordo la mia gioia e l'emozione nell'apprendere che la Commissione era presieduta dal Prof. Bianca, oltre ad essere composta dai più illustri esperti di diritto di famiglia del nostro Paese.

Nel corso della prima riunione mi presentai come magistrata addetta all'Ufficio Legislativo del Ministero della giustizia, ma soprattutto come allieva del Prof. Bianca che tanta parte aveva avuto nella mia formazione. Ovviamente il Prof. Bianca non poteva ricordarsi di me, tra le migliaia di studenti da lui formati, ma io mi ricordavo benissimo i suoi insegnamenti. Nel corso della mia presentazione rappresentai a tutti gli altri componenti della Commissione l'importanza che il suo insegnamento aveva avuto nella mia formazione. La mia presenza come componente della Commissione venne formalizzata qualche mese dopo, rispetto all'effettivo inizio della mia partecipazione, con il DM 13 febbraio 2008. Da allora e fino al termine dei lavori della Commissione nel 2013, sono stata confermata nel ruolo di componente della Commissione nei diversi Governi e legislature che si sono freneticamente avvicendati nel periodo. Pur mutando incarichi e ministeri di riferimento, essendo divenuta Capo dell'Ufficio Legislativo del Ministro per le Pari

Opportunità, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, ho mantenuto il ruolo di componente della Commissione.

In quegli anni, dal 2007 al 2013, si è instaurato uno strettissimo rapporto di collaborazione con il Prof. Bianca, Presidente della Commissione, che mi scelse quale redattrice delle norme da sottoporre ai diversi e numerosi componenti delle diverse Commissioni che si sono avvicendate nel periodo, incaricandomi di redigere la quasi totalità delle relazioni illustrative che hanno accompagnato l'articolato normativo poi approvato e divenuto legge delega (l.n. 219/2012) e decreto legislativo delegato (n.154/2013).

Dei lavori dalla Commissione voglio ricordare alcuni passaggi cruciali, che hanno segnato una svolta nella stessa approvazione della legge che solo grazie alla indiscussa autorevolezza ed alla sorprendente tenacia del Prof. Bianca ha visto la luce.

Già dagli studi universitari avevo apprezzato lo sforzo del Prof.Bianca per sostenere la necessità di superare le numerose discriminazioni ancora presenti nell'ordinamento in danno dei figli, allora definiti, naturali. In una delle prime riunioni della Commissione ricordai ai diversi componenti le appassionate lezioni del Prof. Bianca sul tema della filiazione c.d. naturale, della da lui criticata lettura data anche dalla Consulta dell'art. 30 della Cost. che aveva permesso che si perpetuassero odiose discriminazione in danno di figli solo per essere nati da genitori tra loro non uniti in matrimonio. Appariva in stridente contrasto con il principio di eguaglianza la previsione che impediva il riconoscimento dei figli nati da rapporti incestuosi. Parimenti non in linea con i principi costituzionali e con il sentire comune risultava essere il mancato riconoscimento della parentela collaterale dei figli c.d. naturali nonché la presenza di norme in tema di successione che prevedevano un diverso e deteriore trattamento dei figli nati fuori del matrimonio rispetto a quelli c.d. legittimi.

Lucidissimo e lungimirante il pensiero del Prof. Bianca sulla necessità del superamento di ogni differenziazione e di ogni discriminazione in danno dei figli nati fuori del matrimonio, espressa molti decenni prima della approvazione della riforma che porta il suo norme.

Queste le sue parole, espresse molti decenni prima della approvazione della riforma del 2012/2013: "Il rapporto di filiazione deriva dal fatto naturale della procreazione e prescinde dal rapporto matrimoniale dei genitori. La posizione del figlio nato fuori del matrimonio (naturale) è stata dalla riforma quasi totalmente parificata a quella del figlio nato in costanza di matrimonio (legittimo). I genitori hanno infatti verso i figli naturali tutti i doveri e tutti i diritti sanciti nei confronti dei figli legittimi (art. 261 c.c.). E' stata così largamente rimossa la grave discriminazione

che colpiva i figli naturali (chiamati addirittura illegittimi) e che era persistita pur dopo la Costituzione, la quale, con formula ambigua, assicura ogni tutela ai figli nati fuori del matrimonio, ma compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima. La riforma (del '75 ndr) rappresenta la tappa fondamentale di un'evoluzione interpretativa e legislativa che si è maturata rapidamente in un breve arco di tempo. La riforma non è tuttavia giunta, come auspicato, ad abolire ogni differenziazione tra le posizioni di figlio legittimo e naturale in quanto ha sancito una diversa qualificazione della filiazione fuori del matrimonio indicata appunto come naturale. Anche questa diversa forma di qualificazione è una forma di discriminazione giuridica, ma essa non sembra comunque giustificare il mantenimento della tradizionale contrapposizione tra lo stato di figlio legittimo e quello di figlio non legittimo. La fondamentale parificazione del contenuto delle posizioni consente piuttosto di riportare lo stato di figlio ad un concetto unitario, e cioè la titolarità del rapporto di filiazione. Le indicazioni di naturale o legittimo attengono ad un'ulteriore qualificazione dell'unico stato di figlio. La conservata discriminazione a carico del figlio di parenti (cd incestuoso) si traduce ancora nella negazione del diritto allo stato di figlio, e cioè nella negazione della titolarità formale del rapporto di filiazione, essendogli comunque riconosciuti i diritti e i doveri inerenti alla filiazione. Questa discriminazione residua non ha altra spiegazione al di fuori del giudizio di riprovazione sociale che indubbiamente colpisce il rapporto tra i genitori. Ma proprio tale spiegazione conferma come il deteriore trattamento del figlio non abbia alcuna giustificazione attinente alla posizione del discriminato e sia quindi lesivo del principio costituzionale di eguaglianza[3]". La lucidità degli argomenti riportati è stata alla base delle modifiche normative poi approvate.

I lavori della Commissione da lui presieduta avevano come obiettivo la concretizzazione del risultato della abolizione di ogni discriminazione tra figli, perseguito dal Prof. Bianca dall'inizio della carriera accademica.

Ricordo che un giorno al termine dei lavori, dopo aver seguito la passione e l'intensità spiegata nel sostenere la necessità di creare un unico stato di figlio, e richiamando alla memoria quanto studiato e lucidamente espresso nel trattato di diritto civile, chiesi al Prof. Bianca quando per la prima volta avesse intuito l'esistenza del problema, il prof. Bianca con il garbo e con l'ironia che contraddistingueva il suo pensiero, mi chiese la mia età, e sorridendo mi disse che i primi scritti sul tema erano anteriori alla mia nascita. Mi disse infatti che aveva parlato per la prima volta della necessità di superare ogni discriminazione tra figli in un articolo della metà degli anni '60.

3 Bianca, C.M.: *Diritto civile*, cit. p. 234

Rimasi colpita perché i suoi scritti erano di molto anteriori alla stessa riforma del diritto di famiglia del 1975, quando la sensibilità sociale oltre che accademica doveva essere lontana e presumibilmente ostile ad idee tanto innovative.

Il Prof. Bianca ebbe cura di portarmi i primi interventi da lui scritti sul tema tra i quali l'intervento al Convegno di Venezia, presso la Fondazione Giorgio Cini tenuto nel 1972, durante il quale aveva sostenuto come "una delle più pressanti esigenze morali che reclamano un mutamento della disciplina e della concezione dei diritti familiari è quella della equiparazione dello stato di figlio naturale allo stato di figlio legittimo".

L'intervento del Prof. Bianca fu decisivo nel momento in cui la riforma ha rischiato di non vedere la luce a causa delle divergenze politiche sulla possibilità di riconoscimento dei figli nati da persone legate da vincoli di parentela o affinità, i c.d. figli incestuosi. Il Prof. Bianca non tollerava tale qualificazione, come peraltro ogni qualificazione quando riferita ai figli, famosa la sua frase "la legge conosce solo figli" divenuta poi titolo di uno dei primi articoli pubblicati a sua firma dopo l'approvazione della riforma. Il Prof. Bianca sosteneva in ogni sede l'incongruenza, la schizofrenia, di un sistema legislativo nel quale dopo la pronuncia della Consulta del 28 novembre 2002, n. 494, con la quale era stata dichiarata la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 278 c.c., come introdotto dalla riforma del 1975, nella parte in cui impediva l'azione di accertamento e ogni indagine sulla ricerca della paternità o della maternità nei casi in cui il riconoscimento dei figli c.d. incestuosi, era invece vietato il riconoscimento dei figli da parte dello stesso genitore. L'incongruenza era presente nella decisione della Corte Costituzionale nella parte in cui veniva precisato che l'incostituzionalità "non coinvolge il parallelo divieto di riconoscimento nelle medesime ipotesi"[4]. Con fermezza e forza degli argomenti il Prof. Bianca spiegò ai rappresentati del Governo, resistenti sul possibile superamento del divieto di riconoscimento dei figli nati da genitori legati da rapporti incestuosi, l'incongruenza di un sistema che riteneva ammissibile, dopo l'intervento della Consulta, l'accertamento giudiziale della filiazione naturale anche nell'ipotesi di incesto, mantenendo il divieto assoluto ex art. 251 c.c. di riconoscimento, da parte dei genitori, dei figli nati dalle medesime relazioni incestuose. Con una attenta opera di mediazione venne trovata una soluzione, confluita nell'attuale formulazione dell'art. 251 c.c. che ammette il riconoscimento seppure previa autorizzazione del giudice "avuto riguardo all'interesse del figlio".

Il Prof. Bianca durante i lavori della Commissione ha dimostrato particolare lungimiranza anche nel raccogliere alcune proposte da me formulate, mutuate dall'esperienza nata nelle aule di giustizia. Fu convinto sostenitore delle norme

4 Bianca,C.M.: "La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità di cui all'art. 278, comma 1 c.c. (ma i figli irriconoscibili rimangono)", *Giur. cost.*, 2002, I, p.4068.

sull'ascolto del minore, che riproducevano prassi virtuose presenti solo in alcuni Tribunali. Tali disposizioni, grazie al suo sostegno, sono entrate a pieno titolo tra le norme codicistiche. Il Prof. Bianca era sensibile alla necessità di dare voce alle persone minori di età, di ascoltare il loro punto di vista.

Parimenti lungimirante la posizione del Prof. Bianca nel sostenere altre mie proposte apparentemente solo lessicali ma in realtà piene di significati sostanziali:

- il superamento della nozione di "potestà genitoriale" con l'introduzione della nozione di "responsabilità genitoriale" mutuata dalle fonti sovranazionali;

- la creazione di un unico Titolo all'interno del codice civile (l'attuale Titolo IX del Libro I) nel quale sono state raccolte tutte le norme relative all'unico statuto di figlio, finalmente senza aggettivazioni.

Su un punto particolarmente controverso l'intervento del Prof. Bianca fu determinate. Alla fine dei lavori dovevano essere elaborate disposizioni transitorie. Dovendo elaborare la proposta di articolato normativo, predisposi una norma (confluita poi nell'art. 104 del d. leg.vo n.153/2013) nella quale era riconosciuta la legittimazione a proporre azioni di petizioni di eredità, ai sensi dell'art. 533 del codice civile a coloro "che in applicazione dell'art. 74 dello stesso codice, come modificato dalla medesima legge, hanno titolo a chiedere il riconoscimento della qualità di erede" con la precisazione che tale disposizione potesse applicarsi anche "nei confronti dei discendenti dei figli nati fuori del matrimonio morti prima dell'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219", nonché ai giudizi promossi prima della entrata in vigore della nuova formulazione dell'art. 74. La complessa disposizione riconosceva, con il solo limite della formazione di un giudicato, a coloro che avessero in forza delle nuove disposizioni in materia di parentela acquisito il titolo di erede rispetto a parenti "naturali" il diritto di agire per richiedere il riconoscimento di tale qualità. In applicazione di questa disposizione coloro che in forza del novellato art. 74 c.c. avrebbero potuto richiedere "il riconoscimento della qualità di erede" (art. 104), avrebbero potuto essere chiamati ex lege alle successioni anche qualora apertesi prima dell'entrata in vigore della novella, che modificando il precedente regime, aveva previsto la loro inclusione nel novero dei parenti. All'interno della Commissione si creò una frattura tra coloro che sostenevano la proposta da me formulata e coloro che la contrastavano. In particolare le perplessità nell'approvazione di una disposizione tanto innovativa risiedevano nella retroattività delle nuove regole, applicabili alle successioni apertesi prima della sua entrata in vigore; si sarebbe, infatti, riconosciuto a soggetti che solo a seguito della novella del 2012 si erano visti attribuire la qualità di parenti, la legittimazione ad agire in petizione rispetto a eredità aperte precedentemente al gennaio 2013, con il solo limite del giudicato. Venivano quindi evocate, alcune decisioni della Corte Costituzionale nella quali

erano stati affermati stringenti limiti per il legislatore nell'adozione di norme retroattive, giustificate solo qualora sorgesse l'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituivano altrettanti motivi imperativi di interesse generale. Proprio evocando tali principi al contrario ritenevo di poter sostenere la necessità di prevedere l'espressa retroattività delle disposizioni contenute nell'art. 74 c.c., poiché riconoscere solo con efficacia futura il legame di parentela tra i figli naturali e i parenti collaterali, avrebbe significato perpetuare un ulteriore discriminazione in danno di chi, solo per la sventura di vedere aperta la successione prima dell'entrata in vigore della legge, non avrebbe visto riconosciuti i propri diritti successori. A sostegno della mia posizione evocai la copiosa giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo che aveva ritenuto discriminatorie le norme del diritto francese che nel disciplinare i diritti successori dei figli c.d. adulterini, perché nati da genitori ancora uniti in matrimonio, non riconoscevano pieni diritti ereditari ai figli illegittimi (Case Marurek c. France del 1.2.2000; Case Merger and Cross c. France del 22.12.2004). Soprattutto richiamai la allora recente sentenza della Grande Camera del 7 febbraio 2013 (Case Fabris c. France) che modificando le conclusioni della Quinta Sezione rese nel medesimo caso, il 21 luglio 2011, proprio analizzando una questione di diritto transitorio aveva ritenuto la legislazione francese in contrasto con i principi di non discriminazione. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo aveva condannato la Francia per violazione dell'articolo 14 CEDU, che vieta ogni forma di discriminazione e dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 sul diritto di proprietà, in presenza del ricorso di un figlio nato da relazione extraconiugale che era stato danneggiato da una donazione inter vivos con la quale la madre aveva attribuito i beni ai due figli legittimi; la domanda del figlio c.d. adulterino era stata rigettata dai giudici francesi in quanto la legge introdotta nel 2001, a seguito della sentenza della Corte europea nel caso Mazurek, con la quale erano stati riconosciuti eguali diritti a figli legittimi e naturali, non aveva applicazione retroattiva. Nelle decisioni di diritto interno francese e nella decisione della Quinta Sezione della Corte di Strasburgo era stata data prevalenza alla necessità di assicurare certezza alle situazioni giuridiche, rispetto al diritto di non discriminazione dei figli c.d. "adulterini" con conseguente rigetto del ricorso. La Grande Camera modificando il verdetto della Quinta Camera, ha invece ritenuto la violazione dell'articolo 14 della CEDU, ravvisando nella mancata applicazione retroattiva della novella legislativa che aveva superato la disparità di trattamento tra figli una discriminazione.

Il Prof. Bianca, che tra i numerosi pregi aveva anche quello di un'approfondita conoscenza della lingua inglese, volle leggere le decisioni della Corte di Strasburgo, e convinto che l'unico modo per garantire il reale divieto di ogni discriminazione fosse quello di prevedere la retroattività della disposizione si pronunciò in questo senso. La sua autorevolezza convinse i membri della Commissione, inizialmente contrari alla proposta, che fu quindi approvata all'unanimità. L'unico compromesso,

rispetto alla mia iniziale formulazione del testo, fu l'inserimento dell'inciso "fermi gli effetti del giudicato formatosi prima dell'entrata in vigore della legge", che io non avrei voluto prevedere ritenendo che l'evoluzione dei tempi avrebbe indotto, prima o poi, gli interpreti a considerate anche il principio dell'intangibilità del giudicato recessivo rispetto alla tutela dei diritti fondamentali, quali quello di non discriminazione. Ma il compromesso venne comunque da me accettato pur di vedere applicato nella massima estensione possibile, in quel momento, il principio di non discriminazione.

Non appena varate le nuove norme questa disposizione fu quella maggiormente criticata dalla dottrina. Ricordo ancora in alcuni importanti Convegni, in cui ho avuto l'onore di affiancare il Prof. Bianca nell'esporre i contenuti della nuova riforma, alcuni accademici che affermavano la portata "eversiva" della disposizione, ritenendola addirittura viziata da eccesso di delega. Il Prof. Bianca anche in quei contesti difese la scelta operata dalla Commissione con la forza degli argomenti e con la pacatezza che contraddistingueva ogni suo intervento. Entrambi eravamo certi che la questione sarebbe stata la prima ad essere portata all'attenzione della Consulta. E così fu!

Il Tribunale di Genova investito di un giudizio di petizione di eredità, promosso nel marzo 2011 e relativo ad una successione apertasi nel novembre 2004, ha sollevato la questione di costituzionalità delle norme indicate. Il giudice remittente rilevando che la domanda proposta dall'attore avrebbe presupposto "il riconoscimento in capo allo stesso dello status di chiamato a pieno titolo alla successione legittima di una parente "naturale" collaterale in quarto grado, ai sensi delle disposizioni di cui agli artt. 74 e 258 C.C.", come innovate dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219 applicabili retroattivamente, ai giudizi pendenti, in forza dei commi 2 e 3 dell'art. 104 del decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 ha rilevato il potenziale contrasto di tali disposizioni con gli artt. 2 e 3 Cost. "a causa della sua portata retroattiva non giustificata dalla natura di norma di interpretazione autentica", evidenziando, inoltre, la possibile violazione dell'art. 77 Cost. sotto il profilo del mancato rispetto dei limiti imposti dalla legge delega".

La Consulta con la sentenza 9 luglio 2015, n. 146, ha rigettato la questione sollevata ritenendo quanto al prospettato eccesso di delega che "l'art. 76 Cost. non riduce la funzione del legislatore delegato ad una mera scansione linguistica delle previsioni stabilite dal legislatore delegante, poiché consente l'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e completamento dei contenuti di indirizzo della delega, nel quadro della fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi (ex plurimis, sentenze n. 229 del 2014, n. 98 del 2008, n. 163 del 2000). Nella specie, l'applicabilità retroattiva, ai giudizi pendenti, del novellato art. 74 cod. civ. - introdotta dall'art. 104, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 154 del 2013

- riflette una scelta del legislatore delegato compatibile con la ratio della delega (sub art. 2, comma 1, lettera l, della legge n. 219 del 2012) e in linea con i criteri direttivi della stessa. Tra i quali vi è, infatti, l'espressa previsione che l'obiettivo dell'<<adeguamento della disciplina delle successioni e delle donazioni al principio di unicità dello stato di figlio>> si realizzi assicurando appunto, <<anche in relazione ai giudizi pendenti>>, una disciplina che consenta <<la produzione degli effetti successori riguardo ai parenti anche per gli aventi causa del figlio naturale premorto o deceduto nelle more del riconoscimento e conseguentemente l'estensione delle azioni di petizione di cui agli artt. 533 e seguenti del codice civile>>". Quanto alla sospetta violazione degli artt. 2 e 3 Cost. la Consulta ha rilevato come "Con riguardo al principio di irretroattività delle leggi in materia civile - sancito dall'art. 11 delle preleggi, e che non ha valenza costituzionale a differenza di quanto espressamente previsto in materia penale dall'art. 25, secondo comma, Cost. - questa Corte ha reiteratamente chiarito come al legislatore non sia, quindi, precluso di emanare norme retroattive (sia innovative che di interpretazione autentica), <<purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nella esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti "motivi imperativi di interesse generale" ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU>> (sentenze n. 156 del 2014 e n. 264 del 2012). Nella specie, la normativa denunciata dal rimettente è volta alla tutela di un valore di rilievo costituzionale - quello della completa parificazione dei figli naturali ai figli nati all'interno del matrimonio - specificamente riconducibile all'art. 30, primo comma, Cost.: un valore coerente anche al bene della <<vita familiare>>, di cui all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, nel senso della sua tutelabilità anche con riguardo alla famiglia costruita fuori dal matrimonio (sentenza 13 giugno 1979, Marckx contro Belgio, e successive conformi).E ciò, appunto, esclude la violazione dei parametri evocati dal rimettente."

Il Prof. Bianca mi chiamò per commentare la decisione della Consulta che aveva recepito pienamente la nostra condivisa opinione in merito alla necessità di assicurare a tutti i figli lo stesso trattamento, anche in materia successoria, con prevalenza rispetto al principio di non retroattività della legge.

Per la forza degli argomenti e per le indiscusse conoscenze, ogni proposta del Prof. Bianca è stata recepita prima della Commissione e poi dal Parlamento, al quale i contenuti della proposta sono stati più volte esposti nel corso delle numerose audizioni svolte per illustrare i contenuti della riforma nel 2012/2013. Ho avuto l'onore di accompagnare in queste audizioni il Prof. Bianca, e ogni accesso nelle Commissioni parlamentari era un evento; tutti lo aspettavano, numerosi erano i Ministri, i parlamentari, i dirigenti e i funzionari della Camera e del Senato che

si avvicinavano al Prof. Bianca ringraziandolo per i suoi insegnamenti, o diretti ricordando di essere stati suoi allievi o acquisiti con lo studio dei suoi testi. Con la semplicità che lo contraddistingueva il Prof. Bianca rispondeva ad ogni saluto, si tratteneva con tutti quelli che lo fermavano per conoscerlo o salutarlo, sempre schivo e riservato, oltre che estremamente garbato.

In un solo punto della riforma il Prof. Bianca non riuscì a convincere i suoi interlocutori. Nella riscrittura dell'art. 315 bis c.c., cardine della riforma in quanto norma nella quale sono stati elencati i diritti e i doveri del figlio, il Prof. Bianca avrebbe voluto inserire come primo diritto del figlio "il diritto all'amore". La norma avrebbe dovuto essere così formulata: "Il figlio ha diritto di essere amato, mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori…". I membri della Commissione dopo un'iniziale perplessità avevano approvato questa proposta. Personalmente pur nella consapevolezza della incoercibilità del diritto all'amore, ho immediatamente aderito alla formulazione proposta, memore degli insegnamenti del Prof. Bianca relativi allo scopo anche promozionale dei testi di legge. La proposta non superò il vaglio degli uffici legislativi dei diversi Ministeri coinvolti nella approvazione del testo di legge, che rilevando l'impossibilità di verificare e "quantificare" l'amore dei genitori, ritennero preferibile espungere tale riferimento dalla formulazione finale dell'articolato. Il Prof. Bianca se ne dispiacque ritenendo che seppure sia innegabilmente vero che l'amore non è quantificabile, è pur vero che l'esistenza dell'amore genitoriale è valutabile con quasi certa oggettività, o per meglio dire se pure è difficile quantificare l'amore, è semplice verificarne l'assenza.

II. CONCLUSIONI.

Del Prof. Bianca ricorderò sempre gli insegnamenti giuridici, ma anche e soprattutto la profondità umana, l'indiscusso valore morale, la semplicità e la generosità, la invidiabile dedizione al lavoro. Conservo con cura i numerosi testi che mi ha donato, tutti arricchiti da una dedica personalizzata. L'omaggio che mi è più caro è una copia della relazione conclusiva della "Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina" che contiene il riassunto di tutti i decreti, le proposte normative e le relazioni elaborate dal 2006 al 2013, e che nella copertina reca una dedica sottoscritta dal Prof. Bianca: "Alla cara Monica Velletti, colonna portante della Commissione con animo grato.".

A tutti resta l'insegnamento e il pensiero lucido e innovativo del Prof Bianca, uno dei padri del diritto civile italiano che resterà sempre con noi.

"Con animo grato, al mio grande maestro".

BIBLIOGRAFIA

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, II, *Famiglia e successioni*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 9.

BIANCA,C.M.: "La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità di cui all'art. 278, comma 1 c.c. (ma i figli irriconoscibili rimangono)", *Giur. cost.,* 2002, I, p.4068.

